

Kroniek insolventierecht 2002

INHOUD

DEEL I

Aandeelhoudersaansprakelijkheid
Actio Pauliana
Afkoelingsperiode
Beroep op en van rechter-commissaris
Bestuurdersaansprakelijkheid – Boek 2 BW
Bestuurdersaansprakelijkheid – onrechtmatige daad
Bodemvoorrecht
Boedelomvang
Curator
Faillietverklaring

DEEL II

Huur
Internationale aspecten
Lopende procedures
Misbruik faillissement
Onverschuldigde betaling
Processuele aspecten, inclusief renvooi- en verificatieprocedures
Separatisten (hypotheek en [stil] pandrecht)
Surseance van betaling
Uitdelingslijst
Vennootschapsrechtelijke aspecten
Verificatie van vorderingen
Verrekening
Wederkerige overeenkomsten
Wederzijdse zekerhedenregeling
Werknemers

Georg van Daal, Menno van Oostveen,
Jeroen Rommes en Ilan Spinath⁴

Het is een aantal jaren geleden dat er in dit blad een thematische kroniek van het insolventierecht verscheen; voor het laatst gebeurde dat in 1996. Hieronder volgt een dergelijke kroniek voor de in het jaar 2002 gepubliceerde jurisprudentie.¹ In deze kroniek wordt de schuldsanering van natuurlijke personen buiten beschouwing gelaten,² evenals invorderingszaken.³

AANDEELHOUDERSAANSPRAKELIJKHEID

Het arrest Sobi/Hurks II⁵ deed in vele opzichten stof opwaaien, niet in de laatste plaats vanwege de actieve waarschuwingsplicht die een enig aandeelhouder thans onder omstandigheden heeft gekregen. Een dergelijke aandeelhouder heeft, aldus de Hoge Raad, feitelijke macht via het ontslag van de bestuurders van de dochtervennootschap. Als de enig aandeelhouder dan ook nog de concernfinanciering bestiert, moet zij op straffe van aansprakelijkheid vanaf het moment dat zij weet – moet weten – dat de dochter geen of onvoldoende verhaal biedt voor haar schuldeisers, ofwel die schuldeis-

sers waarschuwen, ofwel surseance bewerkstelligen. In die lijn doorredenerend oordeelt het Hof 's-Hertogenbosch⁶ dat een intensief betrokken moedermaatschappij onrechtmatig handelt jegens de crediteuren van haar dochter, indien zij in de hand werkt of toestaat dat die dochter in geval van insolvabele bedrijfsbeëindiging schuldeisers binnen het concern bevoordeelt boven schuldeisers van daarbuiten, of in de hand werkt of toestaat dat die dochter dusdanig onverplichte rechtshandelingen met concernvennootschappen aangaat, dat daardoor ernstige benadeling van de belangen van andere schuldeisers is te verwachten.

ACHTERSTELLING

zie Verrekening.

ACTIO PAULIANA

Een curator riep met succes de actio pauliana in tegen betaling door de failliet van twee declaraties ten behoeve van een zustervenootschap, aangezien de betalingen binnen één jaar vóór faillissement hadden plaatsgevonden en bleek dat de failliet zich vóór aanvang van die termijn niet reeds had verplicht tot betaling van voornoemde declaraties. Het bewijsvermoeden van art. 43 Fw was dus van toepassing⁷. Ook in een geval dat bij de inbetalinggeving van een auto ter voldoening

van een schuld de waarde van de auto de hoogte van de schuld aanmerkelijk overtrof, was de actio pauliana succesvol. Hier was eveneens het bewijsvermoeden van art. 43 Fw van toepassing⁸. Een andere curator vernietigde met succes een overeenkomst waarin de (toekomstige) failliet haar kantoorinventaris aan een geldschietster verkocht en de koopprijs werd verrekend met een uitstaande lening. Tevens vorderde de curator in kort geding met succes afgifte van de zaken. Een belangenafweging bracht met zich dat de afgifte van de zaken ook in kort geding kon worden bevolen, ondanks dat die waarschijnlijk tot onomkeerbare gevolgen zou leiden. Bij dit oordeel werd ook betrokken de hoge mate van waarschijnlijkheid dat de transactie als paulianeus moest worden gekwalificeerd⁹. De Rechtbank Arnhem oordeelde over een curator die op grond van art. 42 jo. art. 43 lid 1 sub 5 onder a Fw ten behoeve van de boedel een verrekeningsovereenkomst vernietigde. Deze overeenkomst maakte het mogelijk dat de wederpartijen, tevens bestuurders van (toekomstige) failliet, hun verplichting tot volstorting van de aandelen konden verrekenen met vorderingen uit hoofde van managementvergoedingen op de (toekomstige) failliet. Er werd benadeling aangenomen omdat er meer geld in de boedel zou hebben gezeten – zeker na de verplichte volstorting van de aandelen – ten behoeve van de overige crediteuren als gedaagden zichzelf geen voorrang hadden verleend via de verrekeningsovereenkomst¹⁰.

Een geslaagd beroep op art. 42 Fw biedt niet altijd soelaas. Door opeenvolgende overdrachten, de laatste te goeder trouw, kon de curator ondanks het met succes vernietigen van de eerste overdracht op grond van art. 42 Fw, geen aanspraak meer maken op teruggave van een onroerende zaak¹¹. Vervolgens stelde de curator echter mede op grond van het vernietigen van de eerste overdracht de bestuurders, die bij elke overdracht waren betrokken, succesvol aansprakelijk op grond van art. 6:162 BW. Soms prefereert de curator zonder meer een actie uit onrechtmatige daad boven de actio pauliana. Uit een uitspraak van het Hof 's-Gravenhage¹² blijkt dat het de curator vrij staat te ageren uit onrechtmatige daad, ook wanneer is voldaan

aan de vereisten van art. 42 Fw. Dit is geen misbruik van recht, aangezien de curator een ruime beleidsvrijheid heeft.

Uit een uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage komt naar voren dat wanneer niet blijkt dat er sprake is van pluraliteit van schuldeisers, er ook geen sprake kan zijn van (wetenschap van benadeling) van schuldeisers als bedoeld in art. 42 Fw¹³.

In vervolg op het arrest Van Dooren q.q./ABN-AMRO Bank oordeelde het hof¹⁴ na terugverwijzing dat de bestreden overeenkomst tot het verschaffen van hypotheekrechten onverplicht tot stand was gekomen, nu deze niet zag op de reeds bestaande kredietfaciliteit. Of ook sprake was van benadeling hangt af van de hypothetische situatie waarin de overige faillissementscrediteuren zouden hebben verkeerd zonder deze zekerheidstelling, die dan moet worden vergeleken met de situatie waarin zij feitelijk hadden verkeerd als die handeling onaangetast was gebleven.

Ten slotte oordeelde de Rechtbank Arnhem rond de vernietiging van een verplichte rechtshandeling ex art. 47 Fw dat in beginsel de bewijslast met betrekking tot samenspanning in de zin van dat artikel op de curator rust. De omstandigheden van het geval zijn bepalend of de vereiste samenspanning van art. 47 Fw aanwezig is. Nu de volledige zeggenschap over beide vennootschappen, waartussen de samenspanning zou hebben plaatsgevonden, in handen was van één en dezelfde persoon levert dat een voor tegenbewijs vatbaar vermoeden op dat er sprake is geweest van overleg in de zin van art. 47 Fw¹⁵.

AFKOELINGSPERIODE

Een bewindvoerder in een surseance verzocht om verlenging van de afkoelingsperiode. Zijn verlengingsverzoek kwam echter pas ter griffie binnen ná het verstrijken van de eerste afkoelingsperiode. Daarom werd hij niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek. Zijn beroep op artikel 1 Algemene Termijnenwet werd terzijde geschoven, nu de eerste afkoelingsperiode niet een in de wet gestelde termijn is.¹⁶

BEROEP OP EN VAN RECHTER-COMMISSARIS (ARTT. 67 EN 69 Fw)

Er werd maar weinig gepubliceerd over (geweigerde) beschikkingen van de rechter-commissaris. Of dat de conclusie kan dragen dat er maar weinig wordt geageerd tegen dergelijke beschikkingen is maar de vraag. Een – mislukte – poging deden twee bestuurders tegen wie de curator een procedure op grond van bestuurdersaansprakelijkheid wenste te voeren, waarvoor hij toestemming van de r-c vroeg en kreeg. De rechtbank oordeelde in beroep dat de bestuurders weliswaar als belanghebbenden konden worden aange merkt, doch dat nu de r-c goede gronden had om de toestemming te geven – er was voldoende actief en er was een redelijke kans op succes – er geen reden was de beschikking te vernietigen.¹⁷ Een andere – eveneens mislukte – poging deed de failliet, die de r-c verzocht om een groot gedeelte van zijn letselschadeuitkering buiten de boedel te houden.¹⁸ Zie voor het uiteindelijke besluit van de Hoge Raad hierna onder Boedelomvang.

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID – BOEK 2 BW (ARTIKELN 2:9 EN 2:138/248 BW)

In de relevante periode werden twee belangrijke arresten gepubliceerd over respectievelijk artikel 2:9 BW en artikel 2:248 BW. Verder werd er een aantal uitspraken van lagere rechters gepubliceerd, die interessant zijn vanwege al dan niet juiste invulling op technisch detail-niveau.

In zijn arrest van 29 november 2002¹⁹ bepaalde de Hoge Raad in lijn met eerdere jurisprudentie dat een bestuurder op de voet van artikel 2:9 BW vanwege onbehoorlijke taakvervulling slechts aansprakelijk is, indien hem daarvoor een ernstig verwijt treft. Zo'n ernstig verwijt treft in principe de bestuurder die een statutaire bepaling schendt die de rechtspersoon beoogt te beschermen, waardoor derhalve in beginsel van aansprakelijkheid sprake is. Als een bestuurder in zo'n geval echter expliciete weren naar voren brengt om te betogen dat in de specifieke omstandigheden van het

geval de schending van de statuten geen ernstig verwijt oplevert, mag de feitenrechter daaraan niet voorbijgaan²⁰.

Bij arrest van 23 november 2001²¹ herhaalt de Hoge Raad de regel²² dat de curator geen derde is die zich kan beroepen op de beschermingsbepalingen van de Handelsregisterwet in geval van onjuiste registratie van bestuurders in het Handelsregister. Zijn de onterecht ingeschrevenen formeel niet bestuurders maar wel feitelijk leidinggevers, dan staat de curator lid 7 van artikel 2:138/148 BW ten dienste, dat feitelijke leidinggevers gelijk stelt aan formele bestuurders van een kapitaalvennootschap. Op dergelijke feitelijke leidinggevers rusten net als op de formele bestuurders de verplichtingen tot deponeering van de jaarstukken en tot het bijhouden van een deugdelijke administratie, op straffe van aansprakelijkheid zonder meer voor het faillissementsdeficit. Tegen een en ander staat nog wel tegenbewijs open, ook voor de feitelijke leidinggevers, dat andere feiten of omstandigheden in overwegende mate het faillissement hebben veroorzaakt. Belangrijk aan dit arrest is dat de Hoge Raad hier expliciet bepaalt dat voor dat tegenbewijs een voldoende aannemelijk maken volstaat.

Bij vonnis van 5 december 2001 bepaalde de Rechtbank Amsterdam²³ dat buitenlandse bestuurders in geval van aansprakelijkheid ex artikel 2:248 lid 2 BW geen beroep toekomt op matiging, op grond van het feit dat zij zich niet bewust waren van de in voormeld artikellid op straffe van aansprakelijkheid gestelde publicatieplicht. De evenzeer op straffe van aansprakelijkheid voor het faillissementsdeficit bij te houden deugdelijke administratie hoeven dergelijke buitenlandse bestuurders echter niet per definitie in Nederland te voeren. Eveneens op 5 december 2001 wees de Rechtbank Utrecht vonnis²⁴ over de aansprakelijkheid van het bestuur van een vennootschapsbelastingplichtige stichting. Een dergelijk bestuur wordt bij een niet-deugdelijke administratie net als het bestuur van een kapitaalvennootschap getroffen door aansprakelijkheid op grond van de artikelen 2:300a juncto 2:248 lid 2 BW. Juist als vanwege de ondeugdelijke

administratie subsidie voor de betreffende stichting is uitgebleven, wat vervolgens in het faillissement heeft geresulteerd, staat vast dat de ondeugdelijke administratie een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Laatste gemelde rechtbank ging bij vonnis van 9 januari 2002 tegen de wet in²⁵. Hij baseerde namelijk de veroordeling op grond van artikel 2:248 lid 2 BW van het bestuur op de stelling dat de publicatieplicht door faillissement niet vervalt, dat ook ná faillissement gedeponereerd had kunnen worden en dat dat niet was gebeurd. Het betrof hier een boekjaar waar de publicatietermijn vóór faillissement met slechts één dag was verstreken, en een boekjaar waar vóór faillissement nog lang niet had hoeven te worden



gedeponereerd. Tussen het einde van dat laatste boekjaar en het faillissement zaten namelijk slechts 32 dagen. De veroordeling is dus in strijd met lid 6 van artikel 2:248 BW, dat een dergelijke aansprakelijkheid alleen vestigt voor onbehoorlijke taakvervulling voortvloeiende uit het faillissement, mits (lid 2) dat geen onbelangrijk verzuim is. Eén dag overschrijding is volgens vaste jurisprudentie een onbelangrijk verzuim. In zijn uitspraak van 30 januari 2002²⁶ had dezelfde rechtbank het weer wel bij het rechte eind door de schadestaatprocedure ter vaststelling van de omvang van de aansprakelijkheid van het bestuur aan te houden, omdat zowel het bestuur als de curator er aan was voorbijge-

gaan dat de vaststelling van de vorderingen in faillissement plaatsvindt via de verificatievergadering, die op dat moment nog moest plaatsvinden. Pas als die vergadering zou zijn gehouden en als de lijst van erkende vorderingen definitief zou zijn geworden, zou namelijk een juist beeld van de omvang van de aansprakelijkheid van het bestuur kunnen worden geschetst. Dat het bestuur niet voldoende heeft aan ruggensteun door de aandeelhoudersvergadering blijkt uit een arrest van het Gerechtshof Arnhem van 19 februari 2002²⁷. Ook al heeft namelijk volgens dat hof de vergadering van aandeelhouders een rechtsgeldig dividendbesluit genomen, dan nog kan het bestuur onder omstandigheden zijn taak in de zin van arti-

kel 2:248 BW kennelijk onbehoorlijk vervullen door dat dividendbesluit uit te voeren, bijvoorbeeld als daardoor de solvabiliteit van de vennootschap ernstig in het gedrang komt. Uit Rechtbank Utrecht 31 juli 2002²⁸ kunnen wij ten

slotte opmaken dat een ernstige ziekte van een bestuurder geen disculpatiegrond is die van aansprakelijkheid onder artikel 2:248 BW bevrijdt. Een dergelijke ziekte kan wel een reden zijn de aansprakelijkheid te matigen.

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID – ONRECHTMATIGE DAAD

In 2002 zijn er maar liefst zes arresten van de Hoge Raad gepubliceerd over het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, reden waarom de bespreking hierna langer uitvalt dan men van een kroniek zou verwachten. Naast die zes hierna te bespreken arresten volgen kort nog vier uitspraken van lagere rechters met interessante invullingen van in eerdere jurisprudentie ontwikkelde deelaspecten van dit leerstuk.

In zijn juridische strijd tegen de Ontvanger werd de heer Boogaardt door de Hoge Raad tegengeworpen²⁹ dat hij zich ter afwering van aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad niet achter het concern-

belang en concerninstructies kon verschuilen. Of een bepaald bestuurshandelen onrechtmatig is moet namelijk vanuit het perspectief van de afzonderlijke concernvennootschap zelf worden beoordeeld. Concernbelang kan daarbij een rol spelen, maar nooit in doorslaggevende zin. Is het oordeel dat er van onrechtmatigheid sprake is, dan geldt voor alle gevallen dat een onrechtmatig benadeelde crediteur zelfstandig tegen de bestuurder mag optreden in rechte, onafhankelijk van wat de curator doet. Tot datzelfde oordeel kwam de Hoge Raad in zijn arrest van 21 december 2001³⁰. Nu een onrechtmatige-daadsactie van de curator namens de verzamelde crediteuren de failliet vóór faillissement niet toekwam, kan immers door een parallel optreden van individuele crediteuren tegen dezelfde bestuurder van een verstoring van de paritas creditorum geen sprake zijn. In gelijke zin oordeelde de Hoge Raad in het hiervoor onder het kopje Aandeelhoudersaansprakelijkheid al genoemde arrest Sobi/Hurks II³¹.

In het hiervoor als laatste genoemde arrest³² bepaalde de Hoge Raad dat ook de bestuurder van de moedermaatschappij van een failiete dochtervennootschap, zonder dat ofwel de moedermaatschappij ofwel de bestuurder van de moedermaatschappij bestuurder is geweest van die dochtervennootschap, aansprakelijk kan zijn jegens de schuldeisers van die dochtervennootschap. Dat is zo indien deze bestuurder, bij een hoge mate van inmenging in het beleid en met kennis van de financiële problemen, roekeloos te werk gaat. Dat is bijvoorbeeld het geval indien hij bewerkstelligt dat de dochter activiteiten voortzet ondanks de slechte financiële situatie, als van die voortzetting slechts de banken en dus de rest van de groep als borg jegens de banken beter worden.

In een arrest dat in dit blad al het nodige stof deed opwaaien³³ werd met uiteindelijk succes een Nederlandse bestuurder van een Belgische Bvba aansprakelijk gehouden voor de schade die de vervoerder van een verdwenen partij trainingspakken had geleden, doordat deze een vervoersfout had gemaakt

en daarvoor met succes in regres was aangesproken door de verzekeraar van de leverancier van de bewuste verdwenen trainingspakken aan de Bvba. Hof en Hoge Raad oordeelden dat de bestuurder in maar liefst 1992 had moeten voorzien dat door zijn weigering toen de trainingspakken terug te geven, vanwege het faillissement in 1996 van de Bvba, onwaarschijnlijk was dat de prijs voor de foutief afgeleverde trainingspakken zou worden voldaan, wat mede jegens vormalige vervoerder onrechtmatig zou zijn geweest. De bestuurder in casu had ongetwijfeld boter op zijn hoofd, doch die had er ook op andere wijze van kunnen worden afgeveerd. Dit arrest vergt te grote telepathische gaven van de bestuurder, die niet alleen wordt geacht vier jaren vooruit te kunnen zien, maar die ook nog eens de belangen in de gaten moet houden van partijen met wie hij of de handelende rechtspersoon geen overeenkomst heeft gehad en die zij ook niet kenden of konden kennen.

Op 8 februari 2002 wees de Hoge Raad een arrest in een casus waarin men zou verwachten, bijvoorbeeld gegeven de strenge positie ingenomen in het hiervoor besproken arrest Steins/Textile, dat de bestuurder bikkelhard aansprakelijk zou worden gehouden³⁴. In tegenstelling tot die verwachting laat dit arrest een tegengeluid horen. Een bestuurder namelijk die in een inactieve en verder

lege vennootschap een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis in eerste instantie laat executeren, en die het nettoresultaat daarvan op zijn privé-rekening laat uitbetalen, is níét per definitie aansprakelijk als het vonnis in appèl wordt vernietigd en de vennootschap die eerder het vernietigde vonnis executeerde geen verhaal meer biedt voor terugbetaling. Daar is volgens de Hoge Raad in deze casus meer voor nodig, in de eerste plaats dat de betreffende bestuurder persoonlijk kan worden verweten dat de vennootschap geen verhaal meer biedt voor het onverschuldigd betaalde, ook al heeft de bestuurder zichzelf vóór de andere crediteuren laten betalen. In de tweede plaats had de bestuurder, om hem met succes aansprakelijk te kunnen houden, redelijkerwijs rekening moeten houden met de vernietiging van het geëxecuteerde vonnis. Ten derde had hij dan moeten weten dat de vennootschap niet meer zou kunnen nakomen. Ten slotte moeten bijkomende omstandigheden de doorbetaling aan de bestuurder van het onverschuldigd aan de vennootschap uitbetaalde onrechtmatig maken. Een arrest, kortom, dat men na het arrest Steins/Textile niet zou verwachten. Het vermoeden dringt zich op dat de Hoge Raad in dit arrest Beverwijk/Maarskens Bouwbedrijf heeft moeten roeien met de riemen van slecht procederen in feitelijke instanties.

het verdient absoluut
aanbeveling om als evidente
bestuurder een slechte fiscalist
tot je beschikking te hebben...

maar dan ook
echt slecht...



In het laatste arrest van de Hoge Raad in deze reeks³⁵ bevestigt de Hoge Raad de lijn die is begonnen met het arrest Salas/Van Dullemen³⁶ dat een bestuurder van een vennootschap aansprakelijk kan zijn voor de schade die een derde oploopt doordat die bestuurder bewerkstelligt of toelaat dat de rechtspersoon een overeenkomst niet nakomt. In dit arrest uit 2002 bevestigt de Hoge Raad verder de reeds eerder door hem neergelegde nuancering op deze regel³⁷ dat een en ander wel voldoende ernstig verwijtbaar moet zijn om de bestuurder persoonlijk aansprakelijk te kunnen houden.

Een al wat oude uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 18 oktober 2000³⁸ leert ons dat het feit dat een vennootschap in betalingsonmacht verkeert, niet uitsluit dat er bij de bestuurder sprake was van onrechtmatige betalingsonwil in de zin van het arrest Van Waning/Van der Vliet³⁹. Dat neemt volgens de Rechtbank Amsterdam in zijn uitspraak van 5 september 2001⁴⁰ niet weg dat een bestuurder vrij is om over te gaan tot bedrijfsbeëindiging. Een bestuurder kan niet tegen zijn wil worden gehouden de onderneming van de rechtspersoon voort te zetten omdat dit in het belang van de schuldeisers zou zijn, indien de rechtspersoon een negatief eigen vermogen kent. Ook de Rechtbank Dordrecht wees bij vonnis van 6 maart 2002⁴¹ vorderingen op basis van onrechtmatige daad tegen een bestuurder af. De bestuurder was evident fiscaal niet onderlegd, terwijl hij net zo evident onrechtmatig had gehandeld ten aanzien van de fiscus. Daarbij was hij echter geheel afgestaan op het advies van zijn fiscalist, die wist of moest weten dat een en ander fiscaal niet in de haak was. Volgens de Rechtbank kan het verwijt dat de fiscalist treft echter niet naar de bestuurder worden doorgeleid. In een ander geval ving een crediteur van een rechtspersoon evenzeer bot⁴². Een schuldeiseres van een rechtspersoon had uit eigenbelang de leveranties aan die rechtspersoon voortgezet, ondanks dat zij wist dat die in een slechte financiële positie verkeerde. In dat geval kon de crediteur de bestuurder niet verwijten dat hij de rechtspersoon verbintenissen had laten aangaan, terwijl hij wist dat deze niet

zouden worden nagekomen en dat de rechtspersoon ook overigens geen verhaal meer zou bieden.

BODEMVOORRECHT

(zie ook Separatisten)

Met zijn arrest van 12 juli 2002 houdt de Hoge Raad⁴³ vast aan de eerder ingeslagen weg inzake de vaststelling van het vrije actief en de omslag van de algemene faillissementskosten. Het vrije actief dient te worden vastgesteld ná de omslag van de algemene boedelkosten. Dat betekent dat in het onderhavige geval de Ontvanger zich, indien het vrije actief niet volstaat voor de voldoening van zijn vorderingen, ten laste van de bezitloos pandhouder van bodemzaken kan verhalen op de netto-opbrengst van die (inmiddels uitgewonnen) zaken. Omdat de Ontvanger – anders dan de pandhouder – moet delen in de omslag van algemene faillissementskosten levert de vaststelling van de hoogte van de boedelkosten een betrekkelijk ingewikkelde berekening met één onbekende op. De Hoge Raad stelt daarover dat, ook al moet worden aangenomen dat de berekening van met name de omslag van de algemene faillissementskosten enige rekenkundige vaardigheid vereist, niet kan worden gezegd dat deze berekening onuitvoerbaar of onaanvaardbaar ingewikkeld is. Zie voor een voorbeeld van de berekeningswijze Faber in NdBW.⁴⁴

Over de vraag welke zaken wel en welke niet tot die bodemzaken behoren stredden ING Bank en de Ontvanger bij de Rechtbank Alkmaar⁴⁵. Inzet was een bowlingbaan met toebehoren in de kelder van een pand, waarop door ING Bank ten laste van de failliet een recht van hypotheek was gevestigd. Het geschil spitte zich toe op de vraag of de bowlingbaan en toebehoren door natrekking tot de onroerende zaak waren gaan behoren, of dat het bodemzaken betrof, waarvan de opbrengst aan de Ontvanger zou toekomen. De rechtbank oordeelde dat sprake was van natrekking, zodat de zaken niet als bodemzaken kunnen worden aangemerkt.

BOEDELOMVANG

De gemoederen omtrent wat er in de boedel valt werden in de in 2002 gepubliceerde jurisprudentie vooral beziggehouden met betalingen op kwaliteitsrekeningen en andere rekeningen. In zijn arrest van 12 januari 2001⁴⁶ bepaalde de Hoge Raad dat zowel bij de algemene notariële kwaliteitsrekening in de zin van artikel 25 Wet op Notarisambt, als bij een bijzondere notariële kwaliteitsrekening de rechthebbenden als deelgenoten gelden in een enkelvoudige gemeenschap, met een voorwaardelijk recht op (deel)uitkering. Bij faillissement van een rechthebbende valt dat voorwaardelijk recht in de boedel. In een ander geval⁴⁷ hield een failliete factuurdienst onder eigen naam met de toevoeging van de naam van haar klant een bankrekening aan, en inde daarop uitsluitend facturen van afnemers van die klant. Het hof concludeerde dat, behoudens voldoende zwaarwegende feiten en omstandigheden die het tegendeel schragen, rekeningsaldi toekomen aan de rekeninghouder. In dit geval bekleedde de factor geen vertrouwenspositie tussen haar klant en diens afnemers, zoals bijvoorbeeld een notaris, én zij mocht haar vorderingen op de klant met het incassosaldo verrekenen. Daardoor was van een kwaliteitsrekening met een buiten de boedel vallend saldo dus geen sprake. Tot diezelfde uitkomst komt de Rechtbank Rotterdam in een vonnis van 20 december



2001⁴⁸. De debiteuren van een failliete vennootschap hadden betaald op de rekening die op naam stond van de bestuurder, voor welke betalingen de vennootschap hen steeds had gekwet. Het betrof een geval waarin na het doorzakken van de eenmanszaak naar een vennootschap de tenaamstelling van de rekening niet was gewijzigd, en de vennootschap waarschijnlijk wel een andere eigen rekening had gekregen. Ná faillissement debiteerde de bank de betreffende ten name van de bestuurder staande rekening. De curator sprak de bank tevergeefs aan tot terugbetaling. De bank had slechts rekening te houden met de rechten van degene op wiens naam de rekening stond, en dat was niet de failliet. Een geheel ander geval betrof het arrest van de Hoge Raad van 22 november 2002⁴⁹. Het ging in dit andere geval om een aanspraak op smartengeld. Een dergelijke aanspraak is hoogst persoonlijk en niet vatbaar door beslag, executie of faillissement. Zodra deze aanspraak echter is geconcretiseerd in een vordering tot of overeenkomst omtrent vergoeding van immateriële schade, valt deze vordering in de boedel, indien de gelaedeerde failliet is. In gelijke zin bepaalde al eerder de Rechtbank Maastricht in zijn vonnis van 19 maart 2002⁵⁰, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis bij artikel 6:106 BW, waarin uitdrukkelijk is overwogen dat zodra een dergelijke vordering bestaat, deze vatbaar is voor (faillissements)beslag.

CURATOR

Een curator stelde als voorwaarde dat een opdrachtgever eerst de reeds door de failliet gefactureerde termijnen moest voldoen, alvorens de opdrachtgever een overeenkomst zou mogen aangaan met het bedrijf waarmee de curator een overeenkomst had gesloten dat zij de werkzaamheden voor de failliet zou afmaken. De curator maakte met het stellen van een dergelijke voorwaarde geen misbruik van zijn positie⁵¹.

Een curator had in het kader van een doorstart hardware ter beschikking gesteld ten behoeve van meeverhuizende medewerkers in het kader van een reeds gesloten overeenkomst met betrekking tot overdracht van

goodwill en mogelijk een aantal personeelsleden. Er kwam echter geen overeenstemming tot stand over de koopprijs van de hardware. In dergelijke gevallen waarin een derde boedelbestanddelen onder zich heeft die snel in waarde dalen, in casu hardware, stond het de curator vrij ervoor te kiezen in kort geding afgifte van de hardware te vorderen⁵².

FAILLIETVERKLARING

Om tot een faillietverklaring te kunnen overgaan moet de schuldenaar in de toestand verkeren dat hij heeft opgehouden te betalen. Hiervoor moet een pluraliteit van schuldeisers bestaan. Zelfs als deze bestaat, dan nog moet de rechter vaststellen of de schuldenaar daadwerkelijk in een toestand verkeert dat hij opgehouden heeft te betalen. Als het hof niet heeft uitgewerkt op welke gronden hij dit laatste heeft vastgesteld, heeft hij zijn arrest niet naar de eis der wet met redenen omkleed. Derhalve zal na verwijzing opnieuw moeten worden bepaald of het verzoek tot faillietverklaring moet worden toegewezen⁵³.

Wanneer een vordering niet wordt betaald en de schuldenaar aangeeft deze ook niet te willen betalen, hoeft dit niet automatisch te leiden tot een faillietverklaring. In een uitspraak van het Hof 's-Gravenhage⁵⁴ werd het verzoek tot faillietverklaring alsnog afgewezen omdat enerzijds niet aannemelijk was gemaakt dat de schuldenaar de vordering niet kon betalen, alsmede dat het vooruitzicht op betaling ontbrak en anderzijds de schuldenaar aannemelijk had gemaakt dat eventuele steunvorderingen regelmatig werden of zouden worden afgelost. ●



NOTEN

- 1 Zoals gepubliceerd in Rechtspraak van de Week (RvdW), Nederlandse Jurisprudentie (NJ), Jurisprudentie Ondernemingsrecht (JOR) en Kort Geding (KG), alsmede in de rubriek Ongepubliceerde Jurisprudentie in de in het Tijdschrift voor Insolventierecht opgenomen Insolad Nieuwsbrief (*Nieuwsbrief TvI*). Voorzover uitspraken zowel in RvdW en NJ zijn verschenen, is alleen de NJ-vindplaats vermeld. Voorzover uitspraken zowel in JOR als enig ander tijdschrift zijn opgenomen, is er naar gestreefd steeds beide vindplaatsen te vermelden. Voor de gepubliceerde rechtsgeleerde literatuur op dit gebied verwijzen wij naar de overzichten die daarvan regelmatig verschijnen in het TvI.
- 2 Zie hiervoor de jurisprudentie-overzichten die tweemaandelijks verschijnen in het tijdschrift *SchuldSanering*. Deze worden onder trefwoord gerubriceerd, wat sinds het verschijnen van dit tijdschrift eenmaal tot een trefwoordenregister heeft geleid, en wel in *SchuldSanering* 2001/4, p. 22 e.v., over de periode 1999 tot en met september 2001. Zie hiervoor verder ook de website www.rvr.org
- 3 Zie voor bestuurdersaansprakelijkheid uit hoofde van de Tweede Misbruikwet het recente proefschrift van J.A. Booi, *Aansprakelijkheid van bestuurders voor belastingschulden*, Kluwer, Deventer 2003, waarvan de handeseditie is uitgebracht als nummer 104 in Kluwers serie Fiscale Monografieën.
- 4 De eerste drie auteurs zijn als advocaten werkzaam bij AKD Prinsen Van Wijmen te Utrecht, de vierde auteur is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam.
- 5 HR 21 december 2001, RvdW 2002, 6 en JOR 2002, 38.
- 6 Hof 's-Hertogenbosch 22 augustus 2002, JOR 2002, 209.
- 7 Rechtbank Amsterdam 17 juli 2002, *Nieuwsbrief TvI* 2002, p. 73.
- 8 Rechtbank Groningen 21 juni 2002, KG 2002, 184.
- 9 Rechtbank Haarlem, 4 januari 2002, JOR 2002, 89.
- 10 Rechtbank Arnhem 7 maart 2002, JOR 2002, 158.
- 11 Rechtbank 's-Gravenhage 17 oktober 2001, JOR 2002, 144.
- 12 Hof 's-Hertogenbosch 22 augustus 2002, JOR 2002, 209.
- 13 Rechtbank 's-Gravenhage 30 januari 2002, JOR 2002, 120.
- 14 Hof Arnhem 23 juli 2002, *Nieuwsbrief TvI* 2002, p. 73.
- 15 Rechtbank Arnhem 21 februari 2002, JOR 2002, 169.
- 16 Rechtbank Amsterdam 30 januari 2002, *Nieuwsbrief TvI* 2002, p. 25.
- 17 Rechtbank Arnhem 9 januari 2002, JOR 2002, 40.
- 18 HR 22 november 2002, RvdW 2002, 187.
- 19 RvdW 2002, 195 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek).
- 20 Zie in dit verband verder Georg van Daal, 'De ernst van de verwijten aan de statutair bestuurder', *Advocatenblad* 2003-4.
- 21 NJ 2002, 95; JOR 2002, 4 (Mefigro/Wind q.q.).
- 22 Zoals bijvoorbeeld eerder vastgelegd in HR 28 juni 1996, NJ 1997, 58.
- 23 JOR 2002, 53.
- 24 JOR 2002, 52.
- 25 JOR 2002, 54.
- 26 *Nieuwsbrief TvI* 2002, p. 25.
- 27 JOR 2002, 56.
- 28 JOR 2002, 161.
- 29 HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 94 en JOR 2002, 2.
- 30 RvdW 2002, 7 en JOR 2002, 37 (Jachtwerf Neptunus).
- 31 RvdW 2002, 6 en JOR 2002, 38.
- 32 Zie voorgaande voetnoot.
- 33 HR 18 januari 2002, NJ 2002, 96 en JOR 2002, 59 (Steins/Textile). Zie hierover Georg van Daal, Bestuurdersaansprakelijkheid: Steeds wijdere kringen in de vijver, *Advocatenblad* 2002-6, p. 254 e.v. en de reactie hierop van F. Kemp, *Advocatenblad* 2002-8, p. 353, met naschrift van Van Daal.
- 34 NJ 2002, 196 en JOR 2002, 62 (Beverwijk/Maarskens Bouwbedrijf).
- 35 HR 12 juli 2002, JOR 2002, 160 (Enzing/IDM).
- 36 HR 31 januari 1958, NJ 1958, 251.
- 37 Zie het arrest HR 18 februari 2000, JOR 2000, 56.
- 38 JOR 2002, 47.
- 39 HR 3 april 1992, NJ 1992, 411.
- 40 JOR 2002, 49.
- 41 NJ 2002, 321.
- 42 Rechtbank Rotterdam 21 maart 2002, JOR 2002, 99.
- 43 HR 12 juli 2002, NJ 2002, 437 en JOR 2002, 179.
- 44 N.E.D. Faber, 'Bodemvoorrecht versus stil pandrecht, Enkele formules voor de afwikkeling van de failliete boedel', in: *NBBW* 1999, p. 119-123.
- 45 Rb. Alkmaar 16 mei 2002, *Nieuwsbrief TvI* 2002, p. 52.
- 46 NJ 2002, 371.
- 47 Gerechtshof Amsterdam 3 mei 2001, JOR 2002, 84.
- 48 JOR 2002, 87.
- 49 RvdW 2002, 187 (Leonardus/Linssen q.q.).
- 50 *Nieuwsbrief TvI* 2002, p. 43.
- 51 Rechtbank Amsterdam 19 juni 2001, JOR 2002, 149.
- 52 Hof 's-Gravenhage 17 mei 2002, JOR 2002, 123.
- 53 HR 18 januari 2002, NJ 2002, 146, JOR 2002, 77.
- 54 Hof 's-Gravenhage 6 november 2001, JOR 2002, 73.

(advertentie)

Advertentieacquisiteur is verhuisd

Met ingang van 1 juli 2003 is het nieuwe adres van Brouwer's Direct Marketing bv:

Steekterweg 80G
2407 BH Alpen aan den Rijn
Tel.: 0172-23 44 60
Fax: 0172-23 30 17
E-mail: bdmbv@euronet.nl

De feiten onder uw pleidooi.

Onafhankelijk accountantsonderzoek naar feiten en omstandigheden? Bel Peter Schimmel van Ernst & Young Integrity Services & Investigations op (070) 441 21 20 of mail naar peter.schimmel@nl.ey.com

 ERNST & YOUNG
Quality In Everything We Do