

Kroniek insolventierecht 2002

deel II

Dit is het tweede deel van de Kroniek insolventierecht; deel I verscheen in nr. 2003-14 van 25 juli jl. De kroniek bevat de in 2002 gepubliceerde jurisprudentie.² In deze kroniek wordt de schuldsanering van natuurlijke personen buiten beschouwing gelaten,³ evenals invorderingszaken.⁴

Georg van Daal, Menno van Oostveen,
Jeroen Rommes en Ilan Spinath¹

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

HUUR

Een curator erkende dat krachtens huurovereenkomst de verplichting bestond een pand in oorspronkelijke staat op te leveren. Vervolgens weigerde hij echter het pand te ontruimen onder het betoog dat de middelen daartoe zouden ontbreken. Hij stelde dat deze schending van de huurovereenkomst geen boedelschuld opleverde. Onder verwijzing naar eerder door de Hoge Raad gewezen arresten⁵ oordeelde de rechtbank⁶ dat een schadevergoedingsverplichting die ontstaat door opzegging door de curator van een overeenkomst tussen de failliet en een derde gekwalificeerd moet worden als boedelschuld.

HYPOTHEEK: zie Separatisten.

INTERNATIONALE ASPECTEN

Jurisprudentie met betrekking tot de interpretatie van de op 31 mei 2002 in werking getreden Europese Insolventieverordening laat vooralsnog op zich wachten. Wellicht brengt de IVO minder problemen mee dan menig auteur heeft verwacht, maar waarschijnlijk is dit te vroeg gejuicht. De Hoge Raad heeft zich in NBC/Sisal⁷ in elk geval van zijn internationale kant laten zien door te bepalen dat een naar buitenlands recht gevestigd zekerheidsrecht waar mogelijk dient te worden ingepast in de Nederlandse regelgeving en dat het buitenlandse zekerheidsrecht gelijk moet worden behandeld als het vergelijkbare Nederlandse zekerheidsrecht. Duidelijk van vóór de inwerkingtreding van de IVO is de uitspraak van rechtbank Almelo, die aangeeft dat het Duitse faillissement territoriale werking heeft en het dus niet in de weg staat aan een nadien gedane mededeling ex art. 3:94 BW⁸.

De curator die de nietigheid inroept van een tussen de failliet en een derde gesloten koopovereenkomst op grond van paulianeus handelen, is niet gebonden aan het in de overeenkomst opgenomen forumkeuzebeding, aldus het Hof 's-Hertogenbosch⁹. De curator oefent met het inroepen van de pauliana een zelfstandige, slechts de curator toekomende bevoegdheid uit en treedt in zoverre niet in de rechten en verplichtingen van de failliet.



LOPENDE PROCEDURES

Wordt de eiser failliet verklaard, dan geldt het regime van art. 27 Fw; de curator is na schorsing op verzoek van gedaagde, ook zonder opgeroepen te zijn, bevoegd het proces te allen tijde over te nemen en de gefailleerde buiten het geding te doen stellen. De Hoge Raad¹⁰ oordeelde dat die bevoegdheid mede omvat de bevoegdheid het geding over te nemen door het instellen van een rechtsmiddel, nu die bevoegdheid is gegeven in het belang van de boedel en het instellen van een rechtsmiddel in een lopende procedure in het belang van de boedel kan zijn. In het onderhavige geval betekende dit dat de curator die was opgeroepen maar niet verscheen, ontvankelijk was in zijn cassatie tegen het door het hof verleende ontslag van instantie. Een praktische invulling van art. 27 lid 2 Fw geeft de rechtbank Utrecht¹¹: het geding is weliswaar niet op verzoek van gedaagde geschorst, maar de appèldagvaarding kan niettemin als oproeping van de curator worden beschouwd.

In de casus die aanleiding gaf tot het arrest Ontvanger/Slootmakers¹² had de Ontvanger twee executoriale derdenbeslagen gelegd. De beslagdebiteur ging failliet. Ingevolge artikel 33 Fw nam het geding met betrekking tot de vordering tot afgifte van hetgeen de derde-beslagene onder zich had van de failliet, een einde. De Ontvanger verminderde vervolgens haar eis tot de vordering om de derde-beslagene te veroordelen in de kosten

van het geding. De Hoge Raad besliste dat geen rechtsregel in de weg stond aan voortzetting van het geding voorzover het de verminderde eis betrof en veroordeelde de derde-beslagene in de proceskosten van het geding in eerste aanleg.

MISBRUIK FAILLISEMENT

In de in 2002 gepubliceerde jurisprudentie zijn meerdere gevallen te vinden waarin verzet werd aangetekend tegen een faillissement op basis van de stelling dat misbruik werd gemaakt van het recht dat aan te vragen.

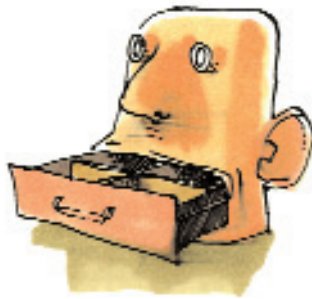
Het faillissement van Toonder Facilitair Holding B.V.¹³ werd vernietigd wegens misbruik van recht. De conclusie kon volgens Rechtbank Amsterdam geen andere zijn dan dat het faillissement was aangevraagd met het uitsluitende doel te ontkomen aan arbeidsrechtelijke bescherming van verzoeker. De rechtbank oordeelde dat de failliete vennootschap weliswaar juridisch een zelfstandige vennootschap was die als werkgever van verzoeker optrad, maar dat aannemelijk was dat de 100%-aandeelhouder feitelijk functioneerde als werkgever. De rechtbank kwam tot dit oordeel aangezien de ondernemingsactiviteiten in de gebruikelijke zin des woords ontbraken. De failliete vennootschap bleek onder andere geen eigen geldmiddelen te hebben en alle schulden hadden betrekking op de ene werknemer.

De Rechtbank Rotterdam honoreerde eveneens een verzet wegens misbruik van faillissementsrecht, welk vonnis in hoger beroep echter werd vernietigd. De failliet was een onderdeel van een internationaal concern met aan de top een Amerikaanse moeder. Wegens tegenvallende omzetcijfers besloot de Amerikaanse concernvennootschap de verkoop van de producten te wijzigen. Uiteindelijk beëindigde zij de financiering van de (toekomstige) failliet. Het hof¹⁴ kwam tot de conclusie dat de failliet inderdaad in de toestand verkeerde dat zij was opgehouden te betalen, en dat haar schuld aan haar Amerikaanse moeder hierbij niet buiten beschouwing mag worden gelaten. Vervolgens concludeerde het hof dat er geen sprake was van misbruik van recht. Het onderhavige geval verschilde volgens het hof principieel van de gevallen waarbij een onderneming haar eigen faillissement uitlokt om vervolgens met behulp van de curator een deel van haar activiteiten met een deel van de personeelsleden voort te zetten. Bij de onderhavige strategiewijziging was geen sprake van overgang van onderneming, zodat de toepasselijkheid van art. 7:662 BW door het faillissement niet werd verijdeld. Nu de failliet niet meer in staat was haar loonverplichtingen over de lopende maand te voldoen en ook de hoofdelijkheidsverklaring alsmede een aansprakelijkstelling door de Amerikaanse concernvennootschap de liquiditeit van de failliet niet vergrootten, rechtvaardigde de eigen financiële situatie de faillissementsaanvraag.

Ook een vordering uit onrechtmatige daad kan soelaas bieden voor de werknemer. Het Hof 's-Hertogenbosch¹⁵ stelde vast dat het aanvragen van het faillissement door de enig (in)direct bestuurder en aandeelhouder onder de daargenoemde omstandigheden onrechtmatig was jegens de (enige) werknemer. Voor de begroting van de schade werd aansluiting gezocht bij de analoge toepassing van de kantonrechttersformule, waarbij vanwege de omstandigheden van het geval ook rekening wordt gehouden met de (lange) diensttijd van de werknemer bij de vorige werkgever.

ONVERSCHULDIGDE BETALING

Mr. Komdeur te Curaçao blijft aanleiding geven tot arresten. In dit geval¹⁶ executeerde hij als curator, ondanks protesten en hoger beroep een vonnis van eerste instantie dat uitvoerbaar bij voorraad was verklaard. Na verlies in hoger beroep verwees hij de vordering ter zake van het, na vernietiging in appèl, onverschuldigd gebleken bedrag naar de hopeloze positie van concurrente boedelvordering. Zijn wederpartij greep naar het arrest Ontvanger/Hamm q.q.¹⁷ om te vorderen dat mr. Komdeur het onverschuldigd betaalde vóór hij alle andere betalingen moest voldoen. De Hoge Raad greep een en ander aan om het leerstuk van de onverschuldigde betaling aan een failliet nader te verduidelijken. Alleen als er, zo leert de Hoge Raad, sprake is van een onmiskenbare vergissing moet de curator vóór alles, zelfs vóór zijn eigen salaris, een onverschuldigd betaald bedrag terugstorten. Heeft er ook



maar iets bestaan wat lijkt op een rechtsverhouding, zelfs al is dat een vernietigd vonnis dat dus achteraf theoretisch wordt geacht nooit te hebben bestaan, dan nog heeft een vordering terzake een op basis daarvan onverschuldigd betaald bedrag de rangorde onder de boedelschuldeisers tegen zich te laten gelden.

PANDRECHT: zie Separatisten.

PROCESSUELE ASPECTEN, INCLUSIEF RENVOOI- EN VERIFICATIEPROCEDURES (ZIE OOK LOPENDE PROCEDURES)

Het faillissement van een gedaagde brengt schorsing van het reeds voor het faillissement aanhangige geding met zich mee. Hervatting vindt slechts plaats indien de verificatie van de vordering wordt betwist (art. 29 Fw). Een redelijke wetsuitleg brengt

met zich mee dat, mede gezien het feit dat in lang niet alle faillissementen een verificatievergadering wordt gehouden, ook indien er geen verificatievergadering plaatsvindt, het geding dient te worden hervat tussen de oorspronkelijke partijen¹⁸. Dit zal overigens slechts betekenis kunnen hebben indien de gedaagde geen rechtspersoon is, nu een rechtspersoon die op het tijdstip van zijn ontbinding geen baten meer heeft, ophoudt te bestaan (art. 2:19 lid 4 BW).

Ingevolge art. 137 lid 2 Fw kunnen de curator, de schuldeisers en de gefailleerde na nederlegging van het proces-verbaal van de verificatievergadering aan de rechtbank verbetering daarvan verzoeken, indien uit de stukken zelve blijkt dat in het proces-verbaal een vergissing is geslopen. Het Hof 's-Hertogenbosch¹⁹ lijkt dit uit breiden tot fouten in het proces-verbaal die niet uit de stukken zelf blijken; appellanten worden in de gelegenheid gesteld de rechtbank te verzoeken een kennelijke onjuistheid in het proces-verbaal, die niet uit dit proces-verbaal zelf blijkt, te verbeteren.

De slechts in één artikel geregelde renvooi-procedure (art. 122 Fw) geeft nogal eens aanleiding tot vragen van processuele aard. De hierna genoemde uitspraken geven een invulling van een aantal van deze vragen.

Een schuldeiser kan zijn vordering in een renvooi-procedure niet verhogen, nu hij daarmee het systeem van het aanbieden van een akkoord, de stemming daarover met vereisten van een gekwalificeerde meerderheid en de homologatie van dat akkoord zou doorkruisen. De latere verhoging zou de stemverhouding immers kunnen wijzigen²⁰. Deze redenering is opmerkelijk nu art. 147 Fw juist aangeeft dat latere wijzigingen in het bedrag der vorderingen geen invloed hebben op de geldigheid van het akkoord. Wel begrijpelijk is de overweging van de rechtbank dat de failliet een bedrag ter beschikking heeft gesteld waarmee het aangeboden percentage van de concurrente schuldvorderingen kan worden voldaan en dat een verhoging uitbetaling van dit percentage zou doorkruisen.

Uit een uitspraak van de Rechtbank Utrecht²¹ lijkt te volgen dat de in HR 16 april 1999, NJ 2001, 1 ontwikkelde regel, inhoudende dat de Nederlandse rechter zich ook in het kader van een renvooiprocedure onbevoegd dient te verklaren indien partijen bij uitsluiting een andere rechter hebben aangewezen, ook geldt indien partijen bij uitsluiting een arbitrage-instantie zijn overeengekomen.

De wettelijke regeling van de renvooi-procedure voorziet niet in een procedure in het geval de rechtbank (mogelijk) ten onrechte heeft bepaald dat de betwiste crediteur zijn vordering heeft laten varen wegens niet-verschijning (art. 122 lid 3 Fw). Het Hof 's-Gravenhage²² oordeelt dat de rolrechter terecht aansluiting heeft gezocht bij de regeling van het verstek en verzet van de gewone contentieuze procedure en de betwiste crediteur alsnog in de gelegenheid wordt gesteld te verschijnen.

Met de invoering van het nieuwe Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is de regel van het request-civiel vervangen door de regeling van de herroeping. Had de Hoge Raad reeds in HR 9 december 1983, NJ 1984, 384 uitgemaakt dat rechtsmiddel van request-civiel niet openstaat tegen een beslissing tot faillietverklaring, het Hof Arnhem²³ oordeelde in gelijke zin waar het de herroeping betreft.

SEPARATISTEN (HYPOTHEEK EN (STIL) PANDRECHT)

In een lange reeks arresten en vonnissen hebben de diverse rechtsprekende instanties zich uitgelaten over de rechten en plichten van separatisten in faillissementsituaties. Alhoewel daarbij niet of nauwelijks werd afgeweken van de reeds gebaande paden is het zinvol een aantal van de arresten en vonnissen te bespreken.

Rond de vestiging van een pandrecht had de Hoge Raad zich in 2001 al nadrukkelijk uitgesproken ten faveure van de pandhouders. In 2002 werd duidelijk dat de eerder ingezette trend ten aanzien van het bepaalbaarheidsvereiste werd voortgezet. Het lijkt er op

dat het pleit ter zake van de bepaalbaarheid van verpande goederen is gewonnen door de pandhouders, ten koste van de faillissementscuratoren en daarmee de crediteuren-niet-separatisten.

Zo werd door de Hoge Raad de vraag, of een pandrecht op (de auteursrechten op) een softwareprogramma genaamd 'Quest' in de pandakte voldoende omschreven was, bevestigend beantwoord. De curator in het faillissement van de pandgever vorderde in eerste instantie verklaring voor recht dat de (auteursrechten op de) software in de faillissementsboedel viel, stellende dat door de software slechts bij de naam in de pandakte te noemen en niet (ook) technische gegevens te vermelden, niet is voldaan aan het vereiste van voldoende bepaalbaarheid. Het hof oor-



deelde dat met de naamsaanduiding 'Quest' in de pandakte en het feit dat beide partijen duidelijk was wat daarmee werd bedoeld is voldaan aan het bepaalbaarheidsvereiste, hetgeen door de Hoge Raad is bevestigd.

Op de vraag of debiteuren rechtsgeldig zijn verpand indien bij stam-pandakte onder meer is overeengekomen dat '... alle vorderingen uit bestaande en toekomstige rechtsverhoudingen' stil zijn verpand aan de bank, terwijl later blijkt dat op de geregistreerde pandlijsten een aantal namen van debiteuren ontbreekt, oordeelde de Rechtbank Dordrecht²⁴ dat voor het rechtsgeldig vestigen van een pandrecht het voldoende is

indien uit de administratie van de – inmiddels gefailleerde – pandgever is op te maken welke debiteuren er zijn. De pandlijst is in dat kader eerder een hulpmiddel dan van doorslaggevend betekenis voor rechtsgeldige vestiging van een pandrecht.

Geconcludeerd kan worden dat in 2002 duidelijk is geworden dat aan de vestiging van een pandrecht niet te zware eisen dienen te worden gesteld.

De Ontvanger heeft een poging ondernomen om te ontkomen aan de gevolgen van het Rentekas-arrest²⁵. Bij dat arrest en, voor het nieuwe recht, Glebbeek/Dijkstra q.q.²⁶, heeft de Hoge Raad vastgesteld dat voor 'oneigenlijke lossing' dezelfde voorwaarden en bepalingen gelden als voor eigenlijke lossing ex art. 58 lid 2 Fw. De Ontvanger verzette zich tegen een overeenkomst tussen de bezitloos pandhouder en de curator, waarbij partijen overeenkwamen dat de curator tegen een boedelbijdrage de verpande zaken onderhands verkocht, waarna de opbrengsten van de verkoop volledig aan de pandhouder werden overgemaakt. De Ontvanger stelde dat deze vorm van uitwinning van verpande zaken in strijd is met het systeem van de wet inzake parate executie. Die regeling, aldus de Ontvanger, is juist bedoeld voor situaties als de onderhavige. Indien die wijze van uitwinning wordt gevolgd betekent dat dat de omzetbelasting als bijzondere boedelschuld kan worden voldaan. Door niet onderhands te executeren maar de verkoop door de curator te laten geschieden mist de Ontvanger deze omzetbelasting, doordat deze op grond van de overeenkomst tot onderhandse verkoop aan de pandhouder toekomt. De Hoge Raad wijst het cassatieverzoek van de Ontvanger af en stelt vast dat de pandhouder kan kiezen tussen ofwel onderhandse executie, ofwel uitwinning door de curator. Faber spreekt in zijn noot van 'een voor de Ontvanger kansloze zaak'²⁷.

Dat de pand- of hypotheekhouder er in sommige gevallen beter aan doet om zelf tot onderhandse executie over te gaan blijkt uit een uitspraak van de rechtbank Arnhem²⁸ waarin zij overweegt dat indien de hypotheekhouder er zeker van wil zijn dat hij

zich op (de opbrengst van de verkoop van) de verhypothekerde zaak kan verhalen, hij van zijn recht tot parate executie ex art. 3:268 BW gebruik dient te maken. Omdat executoriale verkoop van het met hypotheek belaste pand in casu waarschijnlijk minder zou opbrengen dan onderhandse verkoop (een veelvoorkomende situatie), is tussen de bank en de eigenaar overeengekomen dat de laatste ter aflossing op zijn schulden aan de bank tot onderhandse verkoop van het pand zou overgaan. Bij de levering van het pand heeft de bank van haar zekerheden afstand gedaan. De verkoopopbrengst is daarna in delen betaald op een rekening, die werd aangehouden bij de bank. Een belangrijk deel werd daarop bijgeschreven nádat het faillissement van de verkoper is uitgesproken. De curator weigerde de gelden af te staan en stelde dat deze, voorzover die na de faillissementsdatum waren ontvangen, in de boedel vielen. De hypotheekhouder beriep zich op (analoge toepassing van) de regel uit Mulder q.q. / CLBN²⁹, waarbij de Hoge Raad bepaalde dat wanneer de faillissementscurator een stil verpande vordering heeft geïnd, waardoor de verpande vordering en daarmee het pandrecht teniet is gegaan, de pandhouder zijn voorrecht op het geïnde behoudt. Deze vanuit het oogpunt van de separatistenregelingen in faillissementen logische gevolgtrekking geldt echter niet in situaties buiten faillissement. Door voor onderhandse verkoop door de hypotheekgever te opteren en de zekerheidsrechten op te geven had de bank volgens de rechtbank haar voorrechten verspeeld.

Een vergelijkbare uitspraak deed de Hoge Raad op 12 juli 2002³⁰. In dit geval had de Rabobank de huidige en toekomstige debiteuren van de kredietnemer stil aan zich laten verpanden als zekerheid. In het zicht van het faillissement had de pandgever zelf een aantal debiteuren geïnd, waardoor de bank zijn pandrecht teniet zag gaan. De bank poogde de schade te beperken door zich te beroepen op een voorrecht op de opbrengsten, zulks analoog aan de genoemde regel uit Mulder q.q. / CLBN. De Hoge Raad stelde echter dat zelfs indien kort daarna het faillissement van de pandgever wordt

uitgesproken, de bank niet analoog aan de regel uit Mulder q.q. / CLBN een voorrecht kan hebben op de opbrengsten van de geïnde vorderingen.

Ook wanneer een hypotheekhouder besluit tot parate executie over te gaan, heeft hij echter wel nog te maken met de belangen van de hypotheekgever, al is die failliet. In zijn arrest van 26 april 2002³¹ honoreerde de Hoge Raad de stelling van de curator en q.q. eigenaar van een onroerende zaak, dat met een machtiging ex art. 3:267 BW de hypotheekhouder weliswaar vrij was tot beheer en overdracht van een zaak, doch dat deze niet gerechtigd was om ook overeen te komen vóór de juridische levering plaatsvond de bebouwing te slopen, aangezien de bank daarmee de boedel met een aanzienlijke schuldenlast zou opzadelen uit hoofde van de alsdan over de overdracht verschuldigde omzetbelasting.

STIL PANDRECHT: zie Separatisten.

SURSEANCE VAN BETALING

Een minst genomen apart staaltje van import van buitenlands faillissementsrecht, namelijk het fundamenteel van het Nederlandse recht afwijkende recht van de Verenigde Staten op het gebied van de stemming rond een akkoord, vertoont het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 21 februari 2002³². In een voorlopige surseance van betaling in Nederland, die gecoördineerd parallel liep met een Chapter 11-procedure in de Verenigde Staten, trof de rechtbank op grond van artikel 225 Faillissementswet een voorziening over de stemprocedure ter vergadering van de schuldeisers van de sursiet, voordat de rechter-commissaris zijn bevoegdheid op grond van artikel 268 Faillissementswet ter vergadering had kunnen uitoefenen. De rechtbank meldt dit voortouw te hebben genomen wegens de grote belangen die er speelden en het technische punt dat de uiteindelijk belanghebbenden bij de obligaties (de meest relevante schulden van de sursiet) niet bij name bekend waren. De rechtbank bepaalde dat de in de Chapter 11-procedure in de Verenigde Staten vóór een akkoord uitgebrachte stem-



men ook hadden te gelden als stemmen vóór het akkoord in de Nederlandse surseance, nu een en ander in de Verenigde Staten met voldoende waarborgen omkleed is geweest.

UITDELINGSLIJST

In het arrest Verdonk/Ontvanger³³ oordeelde de Hoge Raad, voortbordurend op Aerts q.q. / ABN-AMRO³⁴ dat bij de beoordeling van de vraag of de fiscus uit het vrije boedelactief kan worden voldaan, moet worden uitgegaan van hetgeen de fiscus daadwerkelijk uit die opbrengst ontvangt na omslag van de algemene faillissementskosten. Het gaat dus om de netto-opbrengst, anders dan de curator in dezen betoogde.

VENNOOTSCHAPSRECHTELIJKE ASPECTEN

De curator is bevoegd tot inning van alle nog niet gedane stortingen op aandelen uit hoofde van art. 2:193 BW. Deze verplichting tot volstorting moet worden aangemerkt als een verplichting tot een geven of een doen, waar-

NOG ÉVEN
VBLIETT...



voor ex art. 3:307 BW een verjaringstermijn van vijf jaar geldt. Indien de aandelen op het moment van faillissement nog niet behoeften te worden volgestort, begint deze termijn pas te lopen vanaf faillissement³⁵.

VERIFICATIE VAN VORDERINGEN

De curator heeft de arbeidsovereenkomst met een werknemer opgezegd. De vordering van de werknemer ex art. 7:685 BW wordt afgewezen. Ten overvloede merkt de rechtbank nog op dat, zou een vergoeding zijn toegekend, deze niet voor verificatie in aanmerking zou komen, nu de vordering ontstaat door de beslissing van de rechter en na het uitspreken van het faillissement³⁶.

VERREKENING

Aan te verrekenen vorderingen mogen in een faillissementssituatie niet te hoge eisen worden gesteld. Zo zag de bank een deel van de vordering waarop zij een pandrecht had verworven van de inmiddels failliete kredietne-

mer tenietgaan, doordat de debiteur van de kredietnemer een tegenvordering pretendeerde te hebben en zich beriep op het recht van verrekening. De bank wierp tegen dat de pretense vordering slechts voorlopig was erkend door de curator, en dat die noch was geverifieerd noch een vonnis op andere executoriale titel betrof. De Rechtbank Zutphen, wier oordeel werd gevraagd, benadrukte echter dat aan verrekening in het kader van een faillissementssituatie niet te zware eisen mogen worden gesteld, en wees het recht op verrekening toe.³⁷ Al eerder had dezelfde rechtbank in een min of meer vergelijkbare situatie (alleen werd daar de vordering zelfs door de curator betwist) de verrekening toegestaan³⁸.

Verrekening van een schuld met een achtergestelde vordering is – onder omstandigheden – toelaatbaar. Van belang is daarbij de vraag, welke bedoeling partijen hadden toen zij de overeenkomst van achterstelling hebben gesloten. In de casus die heeft geleid tot het onderhavige arrest³⁹ oordeelde de Hoge Raad dat het hof terecht heeft getoetst aan de Haviltex-criteria, nu de bedoeling van partijen bij de achterstelling niet zozeer was om de vordering in rangorde achter die van andere crediteuren te plaatsen, doch om de schuldenaar enig respijt te geven om de financiën weer op orde te krijgen. Omdat dat niet is gelukt en de schuldenaar zelfs in staat van faillissement kwam te verkeren, werd de vordering direct opeisbaar en mocht er conform de bedoeling van partijen worden verrekend.

In het zicht van of tijdens een faillissement is verrekening niet toegestaan, omdat dat strijdig is met de bepalingen van de artikelen 53 en 54 Fw. Als de debiteur echter een door de kredietnemer aan de bank stil verpande vordering betaalt door overboeking van het verschuldigde bedrag op de bankrekening van de kredietnemer bij de bank, is die verrekening door de bank niet in strijd met de artikelen 53 of 54 Fw, indien de verrekening niet na het faillissement plaatsvindt, dan wel de bank niet wist dat het faillissement van de kredietnemer te verwachten is. De Rechtbank Arnhem voegde daaraan toe dat

het een gevestigd pandrecht op vorderingen moet betreffen.⁴⁰ Deze regel geldt niet voor de opbrengsten uit verkoop van een door de bank met een hypotheekrecht belaste zaak, aldus de rechtbank. Dat het laatste hierover nog niet is gezegd, blijkt uit de noot van Kortmann bij dit vonnis.

WEDERKERIGE OVEREENKOMSTEN

In een uitspraak van de Rechtbank Alkmaar⁴¹ komt het lot van vorderingen voortvloeiende uit wederkerige overeenkomsten die ten tijde van de faillietverklaring nog niet (geheel) zijn afgewikkeld aan de orde. De rechtbank oordeelde dat het faillissement in beginsel geen gevolgen heeft voor de op het moment van faillietverklaring nog bestaande wederkerige overeenkomst. De over en weer uit die overeenkomst voortvloeiende verplichtingen blijven in beginsel onaangetast. De enkele mededeling van de curator dat hij niet zal nakomen, is in beginsel onvoldoende om de overeenkomst te kunnen ontbinden of te vernietigen.

WEDERZIJDSE ZEKERHEDENREGELING

Over de wederzijdse zekerhedenregeling werd in 2002 alleen een arrest van het Hof Amsterdam van 13 juli 2002 gepubliceerd⁴². In een tripartiete overeenkomst tussen NMB-Heller, Cordis II BV en de ING Bank, verbond NMB-Heller zich uit hoofde van borgtocht tegenover de bank om van de debiteuren van Cordis II ontvangen betalingen, waarvan het totaal uitkomt boven de vordering van NMB-Heller wegens bevoorschotting op Cordis II, op grond van een zogenaamd overwaarde-arrangement op eerste verzoek te voldoen aan ING Bank. NMB-Heller verkreeg daardoor een latente regresvordering op Cordis II. Ter zekerstelling van al haar vorderingen op Cordis II had NMB-Heller onder andere de vorderingen van Cordis II aan zich laten verpanden. Toen Cordis II faillieerde, vorderde de bank betaling door NMB-Heller uit hoofde van het overwaarde-arrangement. NMB-Heller stelde daarop dat de door haar bóven haar oorspronkelijke vordering uit bevoorschotting op Cordis II geïnde vorderingen van Cordis II ook aan haar waren verpand, tot zekerheid van haar regresvordering als borg. De cura-

tor ageerde hiertegen, stellende dat de regresvordering van NMB-Heller eerst was ontstaan ná het faillissement. Pas toen had namelijk de bank het overwaarde-arrangement ingeroepen, waardoor de regresvordering van NMB-Heller is opgekomen. De regresvordering van NMB-Heller kon op het moment van het faillissement niet, aldus het hof, worden aangemerkt als een reeds bestaande vordering. Het bepaalde in art. 132 lid 2 Fw brengt echter in beginsel mee dat het mogelijk is dat een borg zijn regresvordering die na het faillissement van de schuldenaar is ontstaan, kan verhalen op de reeds voordien gevestigde zekerheden, mits de rechtsverhouding die leidt tot de regresvordering is ontstaan vóór het faillissement. Nu aan die voorwaarde was voldaan, kon NMB-Heller als separatist handelen en de vorderingen uitwinnen als aan haar verpand.

WERKNEMERS (zie ook Misbruik faillissement)

In 2002 zijn er over de vraag of een concurrentiebeding ook in faillissement gehandhaafd kan worden door de curator twee uitspraken gepubliceerd. In de eerste uitspraak⁴³ werd geoordeeld dat uitgangspunt is dat een concurrentiebeding nog rechtskracht kan hebben na faillissement. In beginsel heeft de curator echter geen belang bij handhaving van het concurrentiebeding. Indien evenwel de curator aannemelijk maakt dat de boedel daar wél belang bij heeft, doordat bepaalde activa slechts kunnen worden verkocht bij instandhouding van het concurrentiebeding, kan dit anders zijn. In casu werd het concurrentiebeding gehandhaafd. De tweede uitspraak⁴⁴ is geheel in lijn met de eerste uitspraak. Het kantongerecht oordeelde na afweging van belangen eveneens dat het belang van de curator zwaarder woog dan het belang van de werknemers die aan een (gematigd) concurrentiebeding werden gehouden nadat de curator een doorstart had gerealiseerd. De curator had in casu voldoende aannemelijk gemaakt dat het kennelijk in het belang van de crediteuren was om te voorkomen dat werknemers vanuit een andere onderneming klanten bewerkten die door de doorstarter waren overgenomen.

In de in 2002 gepubliceerde jurisprudentie vinden we ook uitspraken terzake gevallen waarin werknemers van een failliet via arbeidsrechtelijke weg hebben getracht ofwel de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator ongedaan te maken, ofwel een vergoeding te krijgen op grond van kennelijk onredelijk ontslag of ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Een werknemer van failliet werd ontslagen door de curator⁴⁵. Vervolgens diende hij ex artikel 7:685 BW een verzoek in tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Hij claimde een ontbindingsvergoeding, te betalen door ofwel de failliet, ofwel een (ex-)bestuurder. De kantonrechter wees het verzoek tegen de failliet af wegens gebrek aan belang. Deze procedure is namelijk bedoeld om in bijzondere gevallen op grond van gewichtige redenen de arbeidsovereenkomst op korte termijn te beëindigen. Die beëindiging deed zich op korte termijn voor door het ontslag door de curator. Het verzoek ten opzichte van de (ex-)bestuurder werd niet-ontvankelijk verklaard, aangezien zij niet als werkgever was te beschouwen. De procedure ex art. 7:685 BW leent zich daarbij niet voor het aansprakelijk stellen van een bestuurder voor wanbeleid of onrechtmatige daad.

In een andere procedure⁴⁶ was de vraag of een ontslag ex art 40 Fw kennelijk onredelijk kan zijn. De kantonrechter oordeelde dat een



ontslag ex art 40 Fw kennelijk onredelijk kan zijn indien de curator na zijn aantreden zicht heeft op een boedel waar een positief saldo resteert nadat alle faillissementscrediteuren zijn voldaan en hij desondanks geen passende ontslagvergoeding aanbiedt. ●

NOTEN

- 1 De eerste drie auteurs zijn als advocaten werkzaam bij AKD Prinsen Van Wijnen te Utrecht, de vierde auteur is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam.
- 2 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 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.
- 3 Zie hiervoor de jurisprudentieoverzichten 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, blz. 22 e.v., over de periode 1999 tot en met september 2001. Zie hiervoor verder ook de website www.rvr.org
- 4 Zie voor bestuurdersaansprakelijkheid uit hoofde van de Tweede Misbruikwet het recente proefschrift van J.A. Booij, Aansprakelijkheid van bestuurders voor belastingschulden, Kluwer, Deventer 2003, waarvan de handelseditie is uitgebracht als nummer 104 in Kluwers serie Fiscale Monografieën.
- 5 HR 28 september 1990, NJ 1991, 304 (De Ranitz q.q./Ontvanger) en HR 12 november 1993, NJ 1994, 229 (Frima q.q./Blankers)
- 6 Rechtbank Rotterdam 25 april 2002, JOR 2002, 146.
- 7 HR 14 december 2001, NJ 2002, 241 en JOR 2002, 70.
- 8 Rechtbank Almelo 12 juni 2002, JOR 2002, 170.
- 9 Hof 's-Hertogenbosch 1 maart 2001, NJ 2002, 116.
- 10 HR 11 januari 2002, RvdW 2002, 17 en JOR 2002, 76.
- 11 Rechtbank Utrecht 24 juli 2002, Nieuwsbrief TvI 2002, blz. 74.
- 12 HR 22 december 2000, NJ 2002, 35, JOR 2001, 48.
- 13 Rechtbank Amsterdam 6 februari 2002, JOR 2002, 90.
- 14 Rechtbank Rotterdam 31 mei 2002, Hof 's-Gravenhage 9 juli 2002, JOR 2002, 171.
- 15 Hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2002 en 17 oktober 2002, JOR 2002, 235.
- 16 HR 7 juni 2002, NJ 2002, 608 en JOR 2002, 47 (Komdeur q.q./Nationale Nederlanden).
- 17 HR 5 september 1997, NJ 1998, 437.
- 18 Rechtbank Alkmaar 13 december 2001, JOR 2002, 74.
- 19 Hof 's-Hertogenbosch 27 september 2001, JOR 2002, 86.
- 20 Rechtbank 's-Gravenhage 13 maart 2002, JOR 2002, 93.
- 21 Rechtbank Utrecht 4 september 2002, NJKort 2002, 82.
- 22 Hof 's-Gravenhage 11 september 2001, NJ 2002, 132.
- 23 Hof Arnhem 22 juli 2002, JOR 2002, 183.
- 24 Rechtbank Dordrecht 6 februari 2002, JOR 2002, 36.
- 25 HR 6 mei 1983, NJ 1984, 228.
- 26 HR 3 december 1993, NJ 1994, 176.
- 27 JOR 2002, 36.
- 28 Rechtbank Arnhem 20 december 2001, JOR 2002, 39.
- 29 Zie noot 8.
- 30 HR 12 juli 2002, RvdW 2002, 123 en JOR 2002, 180.
- 31 RvdW 2002, 75.
- 32 JOR 2002, 107.
- 33 HR 12 juli 2002, NJ 2002, 437 en JOR 2002, 179.
- 34 HR 26 juni 1998, JOR 1998, 126.
- 35 Hof 's-Hertogenbosch 7 februari 2002, JOR 2002, 109.
- 36 Rechtbank Arnhem 23 augustus 2002, JOR 2002, 185.
- 37 Rechtbank Zutphen 27 juni 2002, JOR 2002, 104.
- 38 Rechtbank Zutphen 7 juni 2001, Nieuwsbrief TvI 2002, blz. 5.
- 39 Hoge Raad 18 oktober 2002, RvdW 2002, 166.
- 40 Rechtbank Arnhem 20 december 2001, JOR 2002, 30.
- 41 Rechtbank Alkmaar 4 april 2002, JOR 2002, 108.
- 42 JOR 2002, 182.
- 43 Rechtbank Amsterdam 13 september 2001, JOR 2002, 22.
- 44 Kantongerecht 's-Gravenhage 12 december 2001, JOR 2002, 42.
- 45 Rechtbank Arnhem sector kanton Nijmegen 23 augustus 2002, JOR 2002, 185.
- 46 Kantongerecht Amsterdam 31 augustus 2000, JOR 2002, 41.

(advertentie)

TOGA

atelier

Schout & Katsantonis

Toga's op maat

- Uitsluitend eerste kwaliteit stof wordt gebruikt voor uw toga
- Uitzonderende prijs/kwaliteit verhouding
- Korte levertijd
- Confectiematen uit voornad leverbaar
- *Befoeden bij bestelling toga*

WWW.TOGA.NET

Industrieweg 51
Tel. 010 - 245 07 66

3044 AS Rotterdam
Fax 010 - 245 07 67

FIF 33

RECHERCHE- EN INFORMATIEBUREAU
Voor bedrijven, particulieren en advocatuur

- Onrechtmatig ziekteverzuim
- Controle werkzaamheden
- Fraude / Bedrijfsdiefstal

- Alimentatiezaken
- Handelsinformatie
- Privé-onderzoeken

010 - 477 33 22 www.fif33.nl

Goedgekeurd door Min. van Justitie POB 238
Heemraadssingel 186 • 3021 DM Rotterdam
fax: 010 477 08 30 • e-mail: info@fif33.nl




Wil je werken bij een gespecialiseerd kantoor met grote cliënten en mooie zaken op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht?

Meer weten? Bel mr. Maggy Buschgens

VOXIUS

VOOR JURISTEN
VA ST EN INTERIM



WWW.VOXIUS.NL

Tel. 010 - 240 06 05