

# kroniek insolventie recht



2006

.....  
**Inhoud**

Aandeelhoudersaansprakelijkheid  
Afkoelingsperiode  
Beroep op en van de rechter-  
commissaris (artt. 67 en 69 Fw)  
Bestuurdersaansprakelijkheid –  
Boek 2 BW  
Bestuurdersaansprakelijkheid –  
Onrechtmatige daad  
Boedelomvang  
Curator  
Internationale aspecten  
-COMI  
-Secundaire procedure  
-Bevoegdheid  
Processuele aspecten  
(inclusief renvooi- en  
verificatieprocedures)  
Retentierecht  
Surseance van betaling  
Uitdelingslijst  
Verrekening  
Werknemers  
.....

# In dit nummer de kroniek met de meest belangwekkende uitspraken die in 2006 op het gebied van het insolventierecht zijn gepubliceerd.

.....  
**Alice Koop, Esther Oppedijk van Veen, Carin Schreuder, Ilan Spinath**  
.....

## Aandeelhoudersaansprakelijkheid

Bij de beoordeling van de vraag of een moedermaatschappij aansprakelijk is jegens onbetaald gebleven schuldeisers van haar failliete dochter, stelt het Hof Arnhem<sup>2</sup> voorop dat daarvan enkel sprake kan zijn indien de schuldeisers van de dochter zijn benadeeld. Volgens het Hof is er sprake van benadeling in het geval de moedermaatschappij, terwijl zij wist dan wel behoorde te weten dat de dochtermaatschappij niet langer aan haar verplichtingen kon voldoen, naliet om (vanaf dat moment) in het belang van de schuldeisers van haar dochter maatregelen te nemen, zoals het (doen) waarschuwen van de schuldeisers of het doen aanvragen van surseance van betaling. De moedermaatschappij heeft zich in dit geval de belangen van de schuldeisers van haar dochter voldoende aangehouden door aanzienlijke bedragen aan haar dochter te lenen. Het Hof acht het daarbij mede relevant dat de moedermaatschappij deze bedragen heeft geleend zonder daartegenover zekerheden te eisen, wat ertoe heeft geleid dat de moedermaatschappij zelf veruit de grootste concurrente crediteur is geworden. Dat de dochter er uiteindelijk niet in is geslaagd om de moeilijke financiële

situatie door middel van de (tijdelijk bedoelde) steun van haar moedermaatschappij te overwinnen, komt niet voor rekening van de moedermaatschappij. Bovendien kan de moedermaatschappij niet worden verweten dat zij, toen de financiële situatie van haar dochter hopeloos bleek te zijn, niet nog meer gelden aan haar dochter heeft verstrekt. In dit geval kan de moedermaatschappij immers niet worden beschouwd als een moedermaatschappij die in feite via haar dochter mede haar eigen belangen diende. De moedermaatschappij was bovendien geen kredietverlener die met betrekking tot het al dan niet verlenen van verdere kredieten op grond van een contractuele verhouding een zorgplicht had in verband met (het in stand houden van) de financiële ruimte van haar dochter.

## Afkoelingsperiode

Singulus legde conservatoir beslag tot afgifte ten laste van Memox aan wie surseance van betaling was verleend onder afkondiging van een afkoelingsperiode. Vanwege de afkoelingsperiode was gerechtelijke bewaring van de beslagen machines echter niet mogelijk. Kort daarna legde de Ontvanger op dezelfde machines bodembeslag. Door de werking van de afkoelingsperiode bevonden de machines zich nog op de bodem van Memox. Vervolgens weigerde de Ontvanger de machines aan Singulus af te geven. Het Hof<sup>3</sup> overweegt dat met de invoering van de afkoelingsperiode is beoogd een instrument in het leven te roepen om de bewindvoerder of curator na de verlening van de (voorlopige) surseance van betaling of de faillietverklaring de tijd te geven zich een oordeel te

vormen over de vraag (i) welke goederen in de boedel vallen en (ii) welke goederen hij voor de boedel wil behouden. De afkoelingsperiode voorkomt dat de curator, bijvoorbeeld door afgifte van roerende zaken aan schuldeisers, de onderneming niet kan continueren. De artt. 63a en 241 Fw bevriezen dus tijdelijk de rechten van individuele schuldeisers, met het oog op het belang van de boedel en de continuïteit van de onderneming. Met die strekking strookt het volgens het Hof niet dat de Ontvanger door de werking van de afkoelingsperiode zich verhaalsmogelijkheden verschafte die hij anders niet zou hebben gehad, ten koste van de schuldeisers die door de afkoelingsperiode geen afgifte van de aan hen toebehorende of verpande bodemzaken kunnen bewerkstelligen. Volgens de annotator is het opmerkelijk dat er in deze zaak niet is gekozen voor anticipatie op de per 15 januari 2005 ingevoerde artt. 63c en 241c Fw.<sup>4</sup>

## Beroep op en van de rechter-commissaris

(artt. 67 en 69 Fw)

In 2006 werd een aantal uitspraken gedaan rond het beroep op en van de rechter-commissaris. Een bestuurder van een failliet ging in hoger beroep tegen de beschikking van de rechter-commissaris, inhoudende dat hij geen inzage in de stukken van de curator kreeg. De rechtbank is van oordeel dat een bestuurder q.q. geen recht heeft op inzage in de niet-openbare stukken van de curator. Allereerst geldt dat alleen de failliet en diens crediteuren een eventueel recht

1 Alice Koop en Carin Schreuder zijn werkzaam bij Van Riet & Associees Advocaten te Utrecht. Ilan Spinath en Esther Oppedijk van Veen zijn werkzaam bij Loyens & Loeff N.V. te Amsterdam.  
2 Gerechtshof Arnhem 30 mei 2006, JOR 2006/230.

3 Gerechtshof Amsterdam 28 september 2006, JOR 2006/304, NJF 2007/47.

4 Annotatie W.J.M. van Andel bij Gerechtshof Amsterdam 28 september 2006, JOR 2006/304.



op inzage hebben. De bestuurder werd niet als schuldeiser aangemerkt. Verder geldt dat een individuele schuldeiser alleen een recht op inzage heeft om invloed uit te oefenen op het beheer van de boedel en niet om persoonlijke rechten tegenover de boedel geldend te maken (wat hier het geval was).<sup>5</sup> Ten aanzien van het verstrekken van een uittreksel of afschrift van, dan wel het verlenen van inzage aan derden in het proces-verbaal van een faillissementsverhoor bepaalde de Hoge Raad als volgt. Op grond van de strekking van art. 66 Fw en de omstandigheid dat het verhoor niet in het openbaar plaatsvindt, kunnen derden in principe geen aanspraak maken op een uittreksel of afschrift van dan wel inzage in het proces-verbaal. Desalniettemin staat het de rechter-commissaris vrij om een dergelijk verzoek tot inzage of afgifte in te willigen, indien hij van oordeel is dat het belang van de boedel dit vergt, de derde daarbij voldoende belang heeft en de bescherming van reputatie of persoonlijke levenssfeer van anderen

zich daartegen niet verzet.<sup>6</sup> De Hoge Raad oordeelde verder dat alle beslissingen die de rechter-commissaris neemt op grond van art. 66 Fw, beschikkingen zijn in de zin van art. 67 Fw, met uitzondering van de maatregelen die enkel dienen ter verzekering van de geregelde loop van het faillissementsverhoor. Het horen van getuigen door de rechter-commissaris op grond van art. 66 Fw dient ertoe de rechter-commissaris en de curator in staat te stellen om opheldering te verkrijgen ten aanzien van alle omstandigheden van het geval die het faillissement betreffen. Van een 'wederpartij' is geen sprake. Het recht van hoger beroep geldt alleen voor degene die partij is bij de beschikking. Gelet op de strekking van en de gevolgen verbonden aan het verhoor op de voet van art. 66 Fw vindt het verhoor niet plaats ter openbare terechtzitting. De rechter-commissaris kan derden al dan niet als toehoorders tot het verhoor toelaten.<sup>7</sup>

5 Rechtbank Maastricht 11 juli 2006, JOR 2006/226; Tvl 2006/6, Nieuwsbrief, gepubliceerde jurisprudentie.

6 Hoge Raad 6 oktober 2006, JOR 2006/282.  
7 Hoge Raad 6 oktober 2006, JOR 2006/281 en Hoge Raad 6 oktober 2006, JOR 2006/282.

## Bestuurders- aansprakelijkheid – Boek 2 BW

Art. 2:11 BW bepaalt dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Op grond van dit artikel dient de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder 'doorgeschakeld' te worden tot de eerste natuurlijke persoon-bestuurder.<sup>8</sup>

Het Hof Arnhem heeft zich gebogen over de vraag of ook doorgeschakeld kan worden naar de natuurlijke persoon-bestuurder van een rechtspersoon die aansprakelijk is als feitelijk beleidsbepaler in de zin van art. 2:248 lid 7 BW.<sup>9</sup> Het Hof meent dat deze vraag niet is beantwoord door de Hoge Raad in zijn arrest van 28 april 2000, NJ 2000, 411. Daarin heeft de HR bepaald dat art. 2:11 BW niet van toepassing is op feitelijk leidinggevend van een rechtspersoon-bestuurder. Volgens het Hof Arnhem kan op grond van art. 2:11 BW ook doorgeschakeld worden naar een natuurlijk persoon-bestuurder van een feitelijk leidinggever in de zin van art. 2:248 lid 7 BW.<sup>10</sup> In de literatuur wordt echter door gezaghebbende auteurs verdedigd dat de Hoge Raad wel degelijk in voornoemd arrest heeft geoordeeld dat art. 2:11 BW niet kan worden gebruikt om bestuurders van rechtspersonen-feitelijk beleidsbepalers aansprakelijk te houden.<sup>11</sup>

Niet aansprakelijk is de bestuurder die vóór het plaatsvinden van de onbehoorlijke taakvervulling is afgetreden. Naar het oordeel van de Rechtbank Alkmaar is het feit dat de voormalig bestuurder 15 dagen voor ommekomst van de publicatietermijn voor de jaarstukken

8 Gerechtshof 's-Gravenhage 27 april 2006, JOR 2006/260.

9 Gerechtshof 's-Gravenhage 27 april 2006, JOR 2006/260.

10 Gerechtshof Arnhem 10 januari 2006, JOR 2006/173, m.nt. H.M.L. Dings.

11 Zie voor een overzicht van de opvattingen de hiervoor genoemde noot van H.M.L. Dings.

in elk geval voorziet de wet niet in de categorie tegennatuurlijke rechtspersoon...



Anders dan het Hof 's-Hertogenbosch is het volgens de Hoge Raad mogelijk dat schending van de in art. 2:394 BW neergelegde voorschriften op het punt van de openbaarmaking van de jaarrekening onder omstandigheden als een onbelangrijk verzuim moet worden beschouwd. De wetgever heeft weliswaar willen voorkomen dat de curator telkens moet nagaan of de gepubliceerde stukken wat betreft hun inhoud kloppen voordat hij zich op art. 2:248 lid 2 BW zou kunnen beroepen, maar dat neemt niet weg dat, wanneer is komen vast te staan dat de gepubliceerde gegevens correct zijn, het enkele verzuim de accountantsverklaring te publiceren onder omstandigheden als een onbelangrijk verzuim kan gelden.<sup>13</sup>

Het enkele nalaten ervoor te zorgen dat wordt voldaan aan de stortingsplicht op de aandelen van de vennootschap heeft volgens het Hof 's-Gravenhage niet automatisch tot gevolg dat de bestuurders van de vennootschap hun bestuurstaken onbehoorlijk hebben vervuld.<sup>14</sup>

## Bestuurdersaansprakelijkheid – Onrechtmatige daad

Ingeval een vennootschap haar verplichtingen jegens haar schuldeisers niet nakomt, kan er, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. Voor de onder (i) bedoelde gevallen is in de rechtspraak de maatstaf aanvaard dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan

worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan hem ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. In de onder (ii) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.<sup>15</sup>

Ingeval de opdrachtnemer volledig op de hoogte is van de betalingsproblemen aan de zijde van de opdrachtgever, maar om moverende redenen desondanks doorgaat met het op bestelling leveren van zaken, kan volgens het Hof Leeuwarden niet, althans niet zonder meer, worden aangenomen dat er sprake is van onrechtmatig handelen door de bestuurder van de opdrachtgever. In een dergelijk geval kan naar het oordeel van het Hof bezwaarlijk van een waarschuwingsplicht aan de zijde van de bestuurder van de opdrachtgever worden gesproken. Dit zou eventueel anders kunnen zijn indien aanvankelijk uitdrukkelijke garanties ter zake van de betaling zouden zijn verstrekt.<sup>16</sup>

Als gevolg van de voldoening van een concurrente vordering is de door een pandrecht gedekte kredietschuld bij de bank toegenomen. Een dergelijke verschuiving in de verhaalspositie zal, behoudens het geval dat de bank de verkregen zekerheid niet behoeft aan te spreken, nadeel voor de andere schuldeisers meebrengen. In dit geval is de betaling verricht door de bestuurder van de failliete vennootschap aan een vennootschap waarvan hij DGA was. Volgens het Hof Arnhem moet worden aangenomen dat een bestuurder slechts persoonlijk aansprakelijk is als hem, gelet op de

als bestuurder is uitgeschreven echter onvoldoende grond om hem van zijn aansprakelijkheid op grond van art. 2:248 BW te ontslaan. Het betoog van de voormalig bestuurder zou leiden tot de ongerijmde slotsom dat de onbehoorlijke taakvervulling slechts kan worden toegekend aan de bestuurder die op de laatste dag van de aan de orde zijnde termijn – nog of inmiddels juist – als zodanig functioneert.<sup>12</sup>

12 Rechtbank Alkmaar 25 januari 2006, JOR 2006/147 m.nt. H.M.L. Dings. Deze JOR-annotator neemt stelling tegen deze uitspraak. Hij meent dat de gevolgen van toepassing van art. 2:248 lid 2 BW dermate ingrijpend zijn dat de rechtszekerheid zijns inziens dient te prevaleren. Ná zijn aftreden heeft de bestuurder

immers geen invloed meer op de nakoming van de publicatieplicht.

13 Hoge Raad 20 oktober 2006, JOR 2006/288.

14 Gerechtshof 's-Gravenhage 26 september 2006, JOR 2006/286.

15 Hoge Raad 8 december 2006, NJ 2006/659.

16 Gerechtshof Leeuwarden 24 mei 2006, JOR 2006/204.

concrete omstandigheden van het geval, een verwijt kan worden gemaakt dat voldoende ernstig is om hem persoonlijk aansprakelijk te houden. Het Hof is van oordeel dat door de betrokkenheid van de bestuurder als bestuurder van zowel de debiteur als de crediteur bij de paulianeuze betaling er in beginsel sprake is van een voldoende ernstig verwijt.<sup>17</sup>

## Boedelomvang

Valt de bevoegdheid tot aanwijzing van de begunstigde bij een levensverzekering in de faillissementsboedel? Als hoofdregel gold dat rechten uit levensverzekeringspolissen binnen de faillissementsboedel vielen, wat ertoe leidde dat de curator de rechten uit die polissen kon uitoefenen. Zo kon de curator de verzekering afkopen of de aanwijzing van de begunstigde wijzigen. Indien echter een derde begunstigde was aangewezen, en deze derde de begunstiging had aanvaard, had de verzekeringnemer/failliet zonder toestemming van de begunstigde geen recht tot wijziging van de begunstiging. In dat geval kon de curator geen wijziging van de begunstiging realiseren. Op 1 december 1998 is op de hoofdregel een nuance aangebracht in die zin dat de curator geen wijziging meer kan aanbrengen in de begunstiging (noch de verzekering kan afkopen), tenzij de wijziging geschiedt ten behoeve van de boedel en de begunstigde of de verzekeringnemer daardoor niet onredelijk wordt benadeeld (art. 22a Fw). Het oordeel of van dit laatste sprake is, komt toe aan de rechter-commissaris wiens toestemming vereist is indien de curator de begunstigde wil wijzigen. Het recht om de begunstiging te wijzigen, heeft de curator echter niet meer indien de begunstiging is aanvaard.<sup>18</sup> De genoemde regeling leent zich volgens de Hoge Raad<sup>19</sup> echter niet voor anticipatie omdat de regel een breuk inhoudt met het tot die datum geldende recht.

17 Gerechtshof Arnhem 25 april 2006, JOR 2006/168.

18 C. den Besten, *Sdu Commentaar Insolventierecht* 2007/2008, art. 22A Fw, c2.

19 Hoge Raad 15 december 2006, NJ 2007/6.

## Curator

Sinds het arrest-Peters q.q./Gatzen<sup>20</sup> is het vaste jurisprudentie dat een curator onder omstandigheden ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren van zijn failliet kan optreden wegens een jegens hen gezamenlijk gepleegde onrechtmatige daad. Een curator begon een procedure tegen de bestuurder van zijn failliet namens een selectie uit de crediteuren, namelijk degenen wier vorderingen van ná 31 juli 1998 dateerden, en vond tot het met het Hof de rechter aan zijn zijde. In het succesvolle cassatieberoep dat de bestuurder tegen het arrest van het Hof aanhangig maakte, besliste de Hoge Raad<sup>21</sup> dat een curator op deze wijze uitsluitend ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren kan optreden. Optreden ten behoeve van een selectie uit de crediteuren valt buiten de grenzen van art. 68 Fw en vindt ook overigens geen basis in de Faillissementswet. Dit alles geldt ongeacht of en zo ja, welke crediteuren financieel beter zouden worden van het door de curator bepleite optreden.

## Internationale aspecten

### COMI

Het faillissement van de commanditaire vennootschap heeft – van rechtswege – het faillissement van de enig beherend vennoot tot gevolg. Aangezien de beherend vennoot, Food Express Netherlands Ltd, in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd, rijst de vraag of de bevoegdheid van de rechtbank ten aanzien van het failliet verklaren van de beherend vennoot moet worden gebaseerd op de Europese Insolventieverordening (hierna: IVO). De rechtbank laat de beantwoording van deze vraag in het midden omdat een bevestigend antwoord niet tot een ander resultaat zou leiden. Daartoe overweegt zij dat op grond van art. 3 lid 1 IVO de Nederlandse rechter bevoegd is een hoofd-insolventieprocedure te openen indien het centrum van de voor-

naamste belangen (hierna: COMI) van de vennootschap in Nederland is gelegen. Daarbij zou – in dit geval – het vermoeden gelden dat de COMI in het Verenigd Koninkrijk is gelegen, nu de statutaire zetel daar gelegen is. Dit vermoeden wordt weerlegd, nu uit de beperkt aanwezige informatie blijkt dat genoemde rechtspersoon in Nederland activiteiten ontwikkelt. Tot weerlegging van het wettelijk vermoeden draagt ook bij de naam van de vennootschap en het feit dat de enig beherend vennoot is toegetreden op de dag waarop de commanditaire vennootschap is opgericht. De slotsom is dat – voor zover de IVO van toepassing is – aangenomen moet worden dat de COMI van de beherend vennoot in Nederland is gelegen, zodat de Nederlandse rechter bevoegd is en er ook ten aanzien van de beherend vennoot sprake is van een hoofd-insolventieprocedure.<sup>22</sup>

Het Bundesgerichtshof heeft de volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie EG gesteld: ‘Blijft de rechter van de lidstaat waarbij een verzoek om opening van een insolventieprocedure is ingediend, bevoegd inzake de beslissing over de opening van de insolventieprocedure indien de schuldenaar na de indiening van het verzoek, doch vóór de opening van deze procedure het centrum van zijn voornaamste belangen naar het grondgebied van een andere lidstaat heeft verplaatst, of wordt dan de rechter van de andere lidstaat bevoegd?’<sup>23</sup> Een overdracht van bevoegdheid van de als eerste aangezochte rechter naar de rechter van een andere lidstaat op deze grondslag zou in strijd zijn met de door de IVO nagestreefde doelstellingen, zoals het verhinderen dat er voor de partijen prikkels bestaan om ter verbetering van hun rechtspositie geschillen of goederen van de ene lidstaat naar de andere over te brengen. Een dergelijke overdracht van bevoegdheid zou eveneens in strijd zijn met de doelstelling van een meer efficiënte, doeltreffender en snellere afwikkeling van grensoverschrijdende procedures. Daarenboven waarborgt het behoud van de bevoegdheid van de rechter die als eerste is aan-

20 NJ 1983, 597.

21 Hoge Raad 16 september 2005, JOR 2006/52.

22 Rechtbank Arnhem 4 april 2006, JOR 2006/143.

23 Hof van Justitie EG 17 januari 2006, JOR 2006/59, NJ 2006/307.

Europa, IVO, Europa, IVO,  
IVO, IVO... Ik wil het  
zelf doen...



gezocht, een grotere rechtszekerheid voor de schuldeisers, die de in geval van insolventie van de schuldenaar te dragen risico's hebben geëvalueerd aan de hand van de plaats van het centrum van de voornaamste belangen van deze laatste op het ogenblik waarop zij met hem rechtsbetrekkingen zijn aangegaan. Op grond van het voorgaande komt het Hof van Justitie EG tot de conclusie dat art. 3 lid 1 IVO aldus moet worden uitgelegd dat de rechter van de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar gelegen is op het moment waarop het verzoek om opening van de insolventieprocedure is ingediend, bevoegd blijft om deze procedure te openen wanneer de schuldenaar het centrum van zijn voornaamste belangen naar het grondgebied van een andere lidstaat verplaatst na de indiening van het verzoek, maar vóór de opening van deze procedure.

Art. 3 IVO bepaalt dat de COMI van een rechtspersoon wordt vermoed de plaats van de statutaire zetel te zijn. Van dit vermoeden kan slechts worden afgeweken indien aan de hand van objectieve, voor derden kenbare factoren kan worden aangetoond dat het centrum van voornaamste belangen een andere is dan de plaats van de statutaire zetel. Volgens het Hof van Justitie EG zal dit in het bijzonder het geval kunnen zijn met 'brievenbusvennootschappen' die geen enkele activiteit uitoefenen in de lidstaat van hun statutaire zetel. Wanneer een vennootschap echter haar activiteiten uitoefent op het grondgebied van de lidstaat van haar statutaire zetel, volstaat het

enkele feit dat haar economische keuzen worden of kunnen worden bepaald door een moedermaatschappij in een andere lidstaat niet om het vermoeden van art. 3 IVO buiten beschouwing te laten.<sup>24</sup>

### Secundaire procedure

Art. 3 lid 2 IVO bepaalt dat wanneer de COMI van de schuldenaar op het grondgebied van een lidstaat is gelegen, de rechters van een andere lidstaat slechts tot opening van een insolventieprocedure ten aanzien van deze schuldenaar bevoegd zijn indien hij op het grondgebied van laatstgenoemde lidstaat een vestiging heeft. De gevolgen van een secundaire procedure gelden alleen ten aanzien van de goederen van de schuldenaar die zich op het grondgebied van die lidstaat bevinden. Naar het oordeel van de Rechtbank Gent<sup>25</sup> kan de procedure worden geopend, maar moet dat niet. Het openen van een secundaire procedure is volgens de Rechtbank Gent een opportuniteitsmaatregel, aangezien de hoofdprocedure voor alle schuldeisers (ook in andere lidstaten) geldt. Wat het opportuniteitsbeginsel betreft, moet worden vastgesteld dat de eiser pas is opgetreden nadat de Nederlandse curatoren de vestiging van Megapool in België hebben ontruimd en de goederen naar Nederland hebben overgebracht dan wel hebben verkocht. Lezing van art. 18 lid 2 IVO brengt met zich dat de Belgische curator in een secundaire procedure slechts de goederen zou kunnen terugvorderen die na het openen

van een secundaire procedure door de Nederlandse curatoren zijn verplaatst en niet de eerder verplaatste goederen. De opening van een secundaire procedure is in de gegeven omstandigheden mogelijk noch opportuun. Enerzijds is er als gevolg van de ontruiming geen vestiging meer in België, anderzijds kan een curator geen terugvordering meer instellen nu de goederen al voor het openen van de secundaire procedure zijn verplaatst dan wel verkocht.

### Bevoegdheid

Welke rechter is bevoegd te oordelen over een faillissementspauliana naar Duits recht, ingesteld door een Duitse curator tegen een Nederlandse wederpartij? Een en ander dient volgens de Rechtbank Utrecht<sup>26</sup> te worden vastgesteld aan de hand van de EEX-Verordening, de IVO of het Wetboek van Rechtsvordering. Art. 1 lid 2 sub b EEX-Verordening sluit echter 'faillissementen, akkoorden en andere soortgelijke procedures' uit van haar toepassing. Daaronder vallen volgens de Gourdain/Nadler-uitspraak<sup>27</sup> ook beslissingen die rechtstreeks uit het faillissement voortvloeien en geheel binnen het kader van het faillissement passen. Op grond van het feit dat een Duitse faillissementspauliana alleen door de curator ten behoeve van de boedel kan worden ingesteld en na toewijzing de gezamenlijke schuldeisers ten goede komt, is de rechtbank van oordeel dat de EEX-Verordening niet van toepassing is. Vervolgens concludeert de rechtbank dat de IVO niet van toepassing is omdat volgens de definities van art. 2 IVO de door de curator ingestelde vordering niet onder de noemer 'insolventieprocedure' valt. Het gevolg van het voorgaande is dat de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt op grond van de artt. 1 en 2 van het Wetboek van Rechtsvordering. Spinath stelt in zijn noot bij deze uitspraak dat de rechtbank op onjuiste gronden heeft geconcludeerd tot het niet van toepassing zijn van de IVO. Bij de beantwoording van de vraag of de IVO van toepassing is op vorderingen als de faillissementspauliana dient eerst te worden vastgesteld of de Duitse rechter zijn rechtsmacht wel

24 Hof van Justitie EG 2 mei 2006, JOR 2006/224.  
25 Rechtbank Gent 21 februari 2006, JOR 2006/164.

26 Rechtbank Utrecht 26 juli 2006, JOR 2006/278.  
27 Hof van Justitie EG 22 februari 1979, NJ 1979, 564.

heeft ontleend aan de IVO. Pas indien dat het geval is, komt de vraag op of de IVO wel een regeling bevat voor de rechtsmacht met betrekking tot vorderingen als de faillissementspauliana. Spinath komt tot de conclusie dat de IVO enkel regels geeft om te bepalen welke rechter bevoegd is de procedure te openen, maar geen regels om te bepalen welke rechter bevoegd is andere beslissingen te nemen. Hij meent echter dat er goede gronden zijn om aan te nemen dat in de IVO wel degelijk bevoegdheidsregels voor kwesties als de onderhavige kunnen worden gelezen. Het strookt immers met de geest van de IVO dat de rechter die de insolventieprocedure heeft geopend ook bevoegd is de andere beslissingen te nemen. Een andere opvatting zou leiden tot de ongewenste consequentie dat twee verschillende rechters beslissingen nemen die gevolgen hebben in dezelfde insolventieprocedure.

In spiegelbeeld kwam de voorgaande kwestie aan de orde in een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam d.d. 7 juni 2006.<sup>28</sup> In deze uitspraak ging het om de vraag of de Nederlandse rechter bevoegd is te oordelen over een vordering uit hoofde van art. 2:248 BW ingesteld tegen een in Praag woonachtige bestuurder. Ook in deze uitspraak concludeert de rechtbank dat deze vordering niet valt onder het materiële toepassingsgebied van de EEX-Verordening. Vervolgens concludeert de rechtbank dat, gelet op art. 1 lid 1 IVO, de vordering evenmin onder de reikwijdte van de IVO valt. Ook in dit geval acht de rechtbank zich dus bevoegd op grond van het Wetboek van Rechtsvordering en niet op grond van (de strekking van) de IVO.

## Processuele aspecten

(inclusief renvooi- en verificatieprocedures)

Art. 137 lid 2 FW voorziet in de mogelijkheid voor de curator, de schuldeisers en de gefailleerde, na nederlegging van het

28 Rechtbank Rotterdam 7 juni 2006, JOR 2007/52.

proces-verbaal van de verificatievergadering, aan de rechtbank verbetering daarvan te verzoeken, indien uit de stukken zelf blijkt dat in het proces-verbaal een vergissing is geslopen. Voor zover het verzoek is gegrond op de stelling dat het proces-verbaal van de verificatievergadering verbeterd dient te worden omdat de daarin opgenomen beslissing van de rechter-commissaris om de verificatievergadering te sluiten onjuist was wegens strijd met de Faillissementswet, treft het volgens de Rechtbank Amsterdam geen doel. De bepaling van art. 137 lid 2 is slechts bedoeld om vergissingen in het proces-verbaal van de verificatievergadering te herstellen en niet als rechtsmiddel tegen op de verificatievergadering genomen beslissingen van de rechter-commissaris.<sup>29</sup>

Tenzij de aard van de beschikking zich daartegen verzet, kan een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan op vordering van een partij worden herroepen, indien (a) het berust op bedrog door de wederpartij in het geding gepleegd, (b) het berust op stukken waarvan de valsheid na het vonnis is erkend of bij gewijsde is vastgesteld of (c) de partij na het vonnis stukken van beslissende aard in handen heeft gekregen die door toedoen van de wederpartij waren achtergehouden (art. 382 juncto art. 390 juncto art. 391 Rv). Op grond van vaste jurisprudentie van de Hoge Raad<sup>30</sup> staat tegen een beslissing op een verzoek tot faillietverklaring niet het rechtsmiddel van herroeping open, nu de strekking en de regeling van de Faillissementswet betreffende de behandeling van een zodanig verzoek en de rechtsmiddelen die krachtens die wet tegen een beslissing daarop kunnen worden aangewend zich hiertegen verzetten. Deze regeling is in verband met de rechtszekerheid en de behoeften van het rechtsverkeer immers gericht op een snelle berechting en beslissing met betrekking tot de faillietverklaring en stelt daartoe voor de wel in de wet geregelde rechtsmiddelen korte termijnen die ingaan op

29 Rechtbank Amsterdam 4 mei 2006, JOR 2006/169.  
30 Hoge Raad 9 december 1983, NJ 1984, 384 en Hoge Raad 7 maart 2003, Ro2/054HR en Hoge Raad 1 oktober 2004, Co3/056HR.

de dag na de uitspraak waartegen het rechtsmiddel zich richt.<sup>31</sup>

In algemene zin kan worden gesteld dat een aanvrager van een faillissement een redelijk belang moet hebben.<sup>32</sup> Als uitgangspunt geldt dat het door de curator niet aantreffen van baten als zodanig onvoldoende grond is voor een vernietiging van het faillissement vanwege het ontbreken van enig belang aan de zijde van de aanvrager. Zijn belang kan immers gelegen zijn in het onderzoek van de curator naar de eventuele baten. Bovendien geldt dat, in het geval er geen baten zijn, de curator de rechter-commissaris kan verzoeken het faillissement voor te dragen voor opheffing.<sup>33</sup>

## Retentierecht

Een curator erkent de vordering van de voormalige advocaat van de failliet, maar gaat niet over tot voldoening daarvan. De advocaat weigert afgifte van de lopende dossiers uit hoofde van haar retentierecht. De voorzieningenrechter stelt vast dat curator niet over de middelen beschikt om de concurrente vordering van de advocaat te voldoen. Nu de dossiers zich niet voor verkoop lenen in de zin van artt. 101 en 106 Fw, geldt dat het belang van de curator om over de stukken te kunnen beschikken zo veel zwaarder weegt dan het belang van de advocaat, dat voortgezette uitoefening van het retentierecht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.<sup>34</sup> Verder geldt dat de advocaat niet afgifte van haar dossier kan weigeren op grond van eigendomsrecht, aangezien zij dat niet aannemelijk heeft gemaakt. Ook het beroep op de geheimhoudingsplicht kan niet slagen, zo overwoog de voor-

31 Rechtbank Haarlem 7 februari 2006, NJF 2006/173.  
32 Hoge Raad 26 juni 1942, NJ 1942/585; 10 mei 1974, NJ 1975/267; 20 september 1996, NJ 1997/640; 10 november 2000, NJ 2001/249.  
33 Rechtbank 's-Gravenhage, 6 februari 2006, JOR 2006/113.  
34 Verwijzing naar Hoge Raad 15 april 1994, NJ 1995, 640 en Hof Amsterdam 28 december 1995, NJ 1998, 450.

Vooruit, mevrouw de rechter, het dossier als zodanig kan ik niet langer bij mij houden — maar de ordners én de tabbladen hoef ik toch niet aan de curator te schenken! Hij kan de velletjes morgen ophalen, dan liggen ze speciaal voor hem op een berg op de stoep...



zieningenrechter, nu de curator in de positie van de cliënt is getreden.<sup>35</sup>

## Surseance van betaling

In het geval dat een faillissement wordt voorafgegaan door een surseance van betaling, liggen de rechtsposities van de bij de boedel betrokken crediteuren vanaf de surseancedatum jegens elkaar vast. De tijdens de surseance opgekomen rente dient in het daarop volgende faillissement dan ook niet in aanmerking te worden genomen. Het stelsel van de Faillissementswet brengt met zich dat rente tot aan de dag van de verlening van de surseance als deel van de vordering bij de bewindvoerder kan worden aangemeld, maar dat rente die na de verlening van surseance vervalt, niet voor verificatie vatbaar is.<sup>36</sup>

## Uitdelingslijst

<sup>35</sup> Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht 12 september 2006, JOR 2006/280. Dat de laatste overweging onjuist is, blijkt uit G.C. van Daal, Hof van Discipline 12 februari 2007, nummer 4602 (ongepubliceerd). De geheimhoudingsplicht van de advocaat tegenover de curator, *TvI* 2007/4, 26, p. 141.

<sup>36</sup> Rechtbank Amsterdam 25 januari 2006, JOR 2006/220.

Slechts in uitzonderlijke omstandigheden kan een schuldeiser verboden worden verzet tegen een uitdelingslijst in het faillissement van de schuldenaar in te stellen. Van dergelijke omstandigheden kan sprake zijn indien het verzet wordt gebruikt met een ander doel dan waarvoor het is verleend of indien de schuldeiser, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen haar belang bij het verzet en het belang van de overige schuldeisers dat daardoor wordt geschaad, in redelijkheid niet tot het verzet had kunnen komen (misbruik van bevoegdheid). De enkele omstandigheid dat het verzet tegen de tussentijdse uitdelingslijst in het belang van de schuldeiser tot vertraging van de verbindendheid van de uitdelingslijst leidt, is, wanneer (i) niet blijkt dat die vertraging het enige doel is, of (ii) niet blijkt dat de schuldeiser naar redelijkheid niet tot uitoefening van haar bevoegdheid had kunnen komen, niet voldoende voor het oordeel dat de schuldeiser misbruik van zijn bevoegdheid maakt. De inhoud van het aangekondigde verzetschrift van de schuldeiser zal de doorslag moeten geven.<sup>37</sup>

Tijdens de verificatievergadering in het faillissement van Van der Hoop Bankiers

<sup>37</sup> Rechtbank Amsterdam 4 mei 2006, JOR 2006/170.

N.V. is gebleken dat er een ongelijkheid dreigt tussen schuldeisers, omdat rekeninghouders die een uitkering krachtens de Collectieve Garantierегeling (hierna: CGR) ontvangen, voorafgaande aan een uitkering door curatoren in een slechtere positie verkeren dan rekeninghouders die een uitkering krachtens de CGR ontvangen nadat curatoren een uitkering hebben gedaan. Daarnaast subrogeert DNB in het eerste geval in een vordering waarop nog wordt uitgedeeld en in het tweede geval in een vordering waarop al is uitgedeeld. DNB is in verzet gegaan tegen het verbindend worden van de uitdelingslijst. DNB stelt daartoe onder meer dat schuldeisers ongelijk worden behandeld door het verbindend worden van de uitdelingslijst voordat de aanmeldingstermijn van de CGR is gesloten. De Rechtbank Amsterdam overweegt echter dat het beginsel van gelijkheid van schuldeisers in faillissement in wezen niet een gelijkheid van schulden betreft, maar een gelijkheid van schulden. Overeenkomstige schulden worden op dezelfde wijze behandeld. Schulden van verschillende rang worden verschillend behandeld. In het onderhavige geval worden de vorderingen van rekeninghouders op de boedel echter gelijk behandeld. Op de vordering wordt, ongeacht of deze voor dan wel na de eerste uitdeling geheel of gedeeltelijk is overgegaan op DNB, een gelijk percentage uitgedeeld, zij het dat de verdeling van dat percentage over de oorspronkelijke en de gesubrogeerde schuldeiser kan verschillen.<sup>38</sup>

## Verrekening

Art. 6:136 BW geeft de rechter de bevoegdheid om een bij wijze van verweer gedaan beroep op verrekening te passeren indien de gegrondheid van dit verweer niet op eenvoudige wijze is vast te stellen. In art. 53 lid 3 Fw wordt de curator dit beroep op artikel 6:136 BW onthouden. De Hoge Raad moest oordelen over de vraag of art. 53 lid 3 Fw ook in de weg staat aan toepassing van art.

<sup>38</sup> Rechtbank Amsterdam 10 mei 2006, JOR 2006/171.



6:136 BW in geval een pandhouder van vorderingen de debiteur aanspreekt tot betaling en deze zich verweert met een beroep op verrekening met een tegenvordering op de inmiddels gefailleerde pandgever. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat art. 53 lid 3 Fw buiten twijfel wil stellen dat art. 6:136 BW in geval van faillissement 'in elk geval' niet van toepassing is. De gedachte van art. 53 lid 1 Fw is dat iedere schuldeiser van de failliet zijn schuld daaraan als onderpand mag beschouwen voor betaling van zijn vordering. De Hoge Raad oordeelde in 2003<sup>39</sup> al dat in die lijn geldt dat in een door een cessionaris aangespannen vordering tegen de debiteur – ook mede gelet op art. 6:145 BW – art. 6:136 BW geen toepassing kan vinden. De Hoge Raad oordeelt nu op vergelijkbare gronden dat in geval van faillissement van de pandgever de debiteur van de verpande vordering met overeenkomstige toepassing van art. 53 lid 3 Fw zijn tegenvordering kan verrekenen zonder dat de pandhouder een beroep kan doen op art. 6:136 BW.<sup>40</sup>

Het Hof Arnhem mocht zich buigen over het door een curator ingestelde appel tegen een tweetal vonnissen van de rechtbank die ten gunste van de bank zijn geweest.<sup>41</sup> De bank had aan de failliet (kredietnemer) toestemming verstrekt tot verkoop van aan haar verhypothekerde en verpande goederen. De bank deed daarbij afstand van haar zekerheidsrechten onder de voorwaarde dat de verkoopopbrengst zou worden aangewend ter aflossing van het krediet. De koopsom was overgemaakt op de rekening-courant van de kredietnemer die wordt aangehouden bij de bank. De bank heeft het binnengekomen bedrag aangewend ter aflossing van het krediet. Vervolgens gaat de kredietnemer failliet. In hoger beroep staat de vraag centraal of de betaling van de koopsom door de notaris op de rekening-courant van de

39 Hoge Raad 11 juli 2003, NJ 2003, 539, m.nt. PvS.

40 Hoge Raad 18 november 2005, JOR 2006/28 m.nt. Vermunt. De rechtbank wees de vordering tot betaling van de pandhouder in eerste aanleg af. Het hof wees de vordering in hoger beroep toe, onder afwijzing van het verrekeningsverweer.

41 Rechtbank Arnhem 7 mei 2003 en 2 juni 2004, JOR 2004/ 218, m.nt. Verdaas.

kredietnemer als een betaling aan de kredietnemer of een betaling aan de bank moet worden beschouwd. Voor zover de betaling niet als een rechtstreekse betaling aan de bank kan worden beschouwd is subsidiair de vraag of art. 54 Fw in de weg staat aan verrekening. Het Hof stelt voorop dat de in de jurisprudentie ontwikkelde strenge regels over verrekening in het zicht van faillissement niet voor toepassing in aanmerking komen indien de bank – die afstand heeft gedaan van haar zekerheidsrechten in het kader van vrijwillige verkoop door de eigenaar – de verkoopopbrengst met instemming van de verkoper rechtstreeks aan haar laat voldoen.<sup>42</sup> In dat geval geldt dat sprake is van betaling van de vordering en niet van verrekening. Het Hof leidt uit de feiten en omstandigheden af dat in casu rechtstreekse betaling aan de bank is overeengekomen. De enkele omstandigheid dat de notaris het bedrag vervolgens op de rekening-courant van de kredietnemer heeft geboekt, doet daaraan niet af. Het Hof bekrachtigt de in eerste aanleg gewezen vonnissen.<sup>43</sup>

#### De Rechtbank Arnhem wees haar eind-

42 Hoge Raad 19 november 2004, NJ 2005, 199.

43 Hof Arnhem 21 maart 2006, JOR 2006/140.



vonnis in de bekende affaire ING/Gunning q.q.<sup>44</sup> De rechtbank is van oordeel dat de vorderingen van de curator uit hoofde van art. 54 Fw tegen de bank van de failliet moeten worden afgewezen. De curator heeft namelijk onvoldoende aannemelijk weten te maken dat de bank wist of behoorde te weten dat de toestand van failliet zodanig was dat het faillissement was te verwachten. De curator stelt volgens de rechtbank terecht dat de woorden 'wist of had moeten weten' gelezen moeten worden in de zin van het in art. 3:11 BW gegeven criterium. Daar valt dus ook onder de kennis die de bank zou hebben gekregen na nader onderzoek, althans voor zover goede reden tot twijfel tot een dergelijk onderzoek zou nopen. Echter, anders dan de curator stelt, mag de term 'te verwachten' daarbij niet zover worden opgerekt dat het voor hem in het kader

44 Vervolg op Rechtbank Arnhem 21 december 2000, JOR 2001/47 en 20 december 2001, JOR 2002/39, alsmede Hof Arnhem 25 maart 2003, JOR 2003/131 en HR 19 november 2004, JOR 2005/19, m.nt. Steneker. Voor de volledige rechtsvragen die aan het arrest en ook aan het huidige vonnis ten grondslag liggen, wordt naar laatstgenoemd arrest verwezen en naar 'Kroniek Insolventierecht 2005' (Advocatenblad 2006, nrs. 17 en 18 onder 'verrekening') en 'Kroniek van vijf jaar Insolventierecht' (NTBR 2006/5) waarin dit arrest is behandeld.

van de bewijsopdracht al voldoende zou zijn om aan te tonen dat de bank wist of had behoren te weten dat het faillissement van de failliet mogelijk moest worden geacht of dat de bank rekening hield met de mogelijkheid dat een faillissement zou kunnen volgen. Wat vast moet komen te staan, is, dat de bank wist dat het faillissement ook daadwerkelijk zou volgen. Dit is niet komen vast te staan.

De Hoge Raad verstrekt definitief duidelijkheid over de vraag wat de omvang en de reikwijdte zijn van het verrekeningsverbod van art. 24 IW 1990. Indien zowel de schulder van de Ontvanger als de vordering van de Ontvanger civielrechtelijk van aard is, kan tot verrekening op de voet van het Burgerlijk Wetboek worden overgegaan. Daaraan staat art. 24 Iw niet in de weg.<sup>45</sup>

.....  
45 Hoge Raad 14 juli 2006, JOR 2006/275, m.nt. Tekstra. Vervolg op Hoge Raad 29 oktober 2004, JOR 2004/399 (Ontvanger/ Van Kampen I); Tvl 2006/5, Nieuwsbrief, gepubliceerde jurisprudentie.

## Werknemers

Op 14 juli 2006 heeft de Hoge Raad een belangwekkend arrest gewezen over de positie van werknemers tijdens faillissement en doorstart. In art. 7:668a BW lid 1 is aangegeven in welke gevallen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geldt als aangegaan voor onbepaalde tijd. Art. 7:668a lid 2 BW bepaalt dat lid 1 van overeenkomstige toepassing is op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn. Een werknemer is op basis van diverse arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd werkzaam geweest bij een failliet. De curator zegt de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig op. De werknemer krijgt van de doorstarter een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden in dezelfde functie. Na verloop van de bepaalde tijd stelt de doorstarter dat de overeenkomst van rechtswege is geëindigd. De werknemer stelt dat op grond van art. 7:668 a BW sprake is van een

arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De doorstarter stelt dat art. 7:666 BW toepassing van de regeling rondom overgang van onderneming uitsluit in geval van faillissement. Volgens haar is art. 7:668 a BW ten tijde van de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid in 1999 ingevoerd om een einde te maken aan draaideurconstructies. Van zo'n constructie is geen sprake. De sector kanton wijst de vordering tot loondoorbetaling af, in appel worden de vorderingen grotendeels toegewezen. De Hoge Raad<sup>46</sup> oordeelt dat tekst noch strekking van art. 7:668a lid 2 juncto lid 1 BW de toepassing van deze bepaling in een faillissement gevolgd door een doorstart uitsluit. Toepassing van art. 7:668a lid 2 BW is niet beperkt tot gevallen waarin opvolging van werkgevers wordt misbruikt bij hantering van tijdelijke arbeidsovereenkomsten. Dat de curator de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig heeft opgezegd doet hieraan niet af.

.....  
46 Hoge Raad 14 juli 2006, JOR 2006/227.

.....  
(Ingezonden mededeling)

### Cock Brouwer met pensioen

## Advertentie-acquisitie voortgezet

**Op 1 december jl.** ging Cock M. Brouwer, oprichter van Brouwer's Direct Marketing (Bureau BDM bv), met pensioen. Ruim 25 jaar bouwde hij aan zijn familiebedrijf. Sinds januari 1994 acquireerde hij commerciële en personeelsadvertenties voor het Advocatenblad, aanvankelijk in opdracht van Sdu Uitgevers, tegenwoordig voor Reed Business bv.

Wie Cock Brouwer een goed pensioen wil toewensen, mailt of schrijft naar [bdmbv@euronet.nl](mailto:bdmbv@euronet.nl) of Bureau BDM bv, t.a.v. dhr. C.M. Brouwer, Steekterweg 80G, 2407 BH Alphen aan den Rijn.

Met echtgenote Loes Brouwer werd het bedrijf uitgebouwd. Sinds 2000 werkt zoon Wiebe mee, als werver en opmaker van advertenties, en sinds 2005 zoon Bas, die advertenties werft en samen met Loes de (langlopende) relaties onderhoudt.

Cock heeft er alle vertrouwen in dat de adverteerder in de praktijk niet veel van zijn pensionering zal merken: 'Loes, Bas en Wiebe werken al meer dan twee jaar op de voorgrond, en ik "als commissaris" op de achtergrond.' Hij zal de komende jaren betrokken blijven bij het kantoor.

