

Kroniek Insolventie- recht



kroniek
2011

INHOUD

Pandrecht » Bodemvoorrecht » Beslag » Bestuurdersaansprakelijkheid » Tegenstrijdig belang »
Aansprakelijkheid curator » Werknemers » Schadevergoeding bij einde huur » Internationale aspecten
» Procesrecht » Schuldsaneringen

Ook dit jaar is op het insolventierechtelijk gebied de kroniek opgesteld. De voor de rechtsontwikkeling in 2011 belangrijkste nieuwe arresten van de Hoge Raad (en waar nodig oudere arresten) en voor de praktijk relevante lagere rechtspraak worden daarbij behandeld.



Illustratie s: Floris Tilanus

Tekst: Jaap van der Meer, Floris Dix, Suzan Winkels-Koerselman, Aubrey Klerks-Valks, Marianne van der Hoek, Inge Beulen en Jacklien Quirijnen.¹

Pandrecht

De HR heeft in Hamm q.q./ABN Amro² overwogen dat de curator de uitoefening door de pandhouder van zijn uit art. 57 Fw jo. 3:246 lid 1 BW voortvloeiende rechten niet mag frustreren. Dit betekent dat de curator de pandhouder op verzoek alle aanwezige informatie moet verstrekken over de verpande vorderingen, die de pandhouder nodig heeft om de mededeling ex art. 3:246 lid 1 BW te doen. De Rechtbank Rotterdam³ geeft antwoord op de vraag of de curator gehouden is op verzoek van de pandhouder méér gegevens uit de admi-

nistratie van de failliet te verschaffen dan alleen de gegevens die nodig zijn om het pandrecht mede te delen. Daaronder vallen de overige gegevens uit de administratie, die nodig zijn ter onderbouwing van de (gerechtelijke) incasso van de vorderingen, daaronder begrepen het weerleggen van tegen de betrokken vorderingen gevoerde verweer. De rechtbank bepaalt dat de curator die gegevens moet verschaffen, want al zou de genoemde verplichting zich beperken tot het doen van opgave van de naw-gegevens van de debiteuren – zoals de curator bepleit – dan zou de uitoefening van de bevoegdheden van de pandhouder grotendeels illusoir worden, aldus de rechtbank. Uiteraard mag de curator voor zijn werkzaamheden een gepaste vergoeding vragen aan de pandhouder.

Uit het arrest Butterman q.q./Rabobank⁴ blijkt dat de Rabobank de problematiek omtrent ING/Gunning q.q.⁵, namelijk aflossing van hypotheek terwijl

het faillissement naderend was, conform alle regels heeft uitgevoerd. De koopsom was onder de notaris gestort. Aan de notaris was mededeling ex art 3:246 BW van pandrecht op de vordering tot betaling koopprijs gedaan. Op grond van dat pandrecht – dat niet was vervallen enkel door storting onder de notaris – kon de bank als pandhouder uitbetaling van de notaris verlangen en was zij vervolgens bevoegd tot verrekening van de koopprijs ingevolge HR Mulder q.q./Rabobank⁶. Daarnaast speelde ook een Peeters/Gatzen-vordering zijdens curator een rol. De bank zou volgens de curator onrechtmatig hebben gehandeld tegenover de gezamenlijke schuldeisers van failliet Amlin door, terwijl zij wist of behoorde te weten dat Amlin in een uitzichtloze situatie verkeerde, na opzegging van de kredietovereenkomst Amlin in staat te stellen schulden te blijven maken tegen verschaffen van extra zekerheden aan de bank. De HR herhaalt wederom zijn oordeel in het arrest De Bont/Bannen-

¹ Advocaten bij Turnaround Advocaten te Best.

² HR 30 oktober 2009, JOR 2009/341 (Hamm q.q./ABN Amro Bank).

³ Rechtbank Rotterdam 15 maart 2011, JOR 2011/269.

⁴ HR 14 januari 2011, JOR 2011/343.

⁵ HR 19 november 2004, NJ 2005/199.

⁶ HR 20 september 2002, JOR 2002/211.

berg q.q.⁷, dat de curator slechts bevoegd is om voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers op te komen. Een selectieve behartiging van schuldeisers wier vordering na een bepaalde datum is ontstaan valt buiten de grenzen van de in art. 68 lid 1 Fw aan de curator gegeven opdracht. Dat de opbrengst in boedel zal vallen is daarbij niet van belang.

HR 21 oktober 2011⁸ betrof een bezitloos pandrecht op een auto ten behoeve van financieringsmaatschappij DFM. DFM behield het zogenaamde overschrijvingsbewijs, het kentekenbewijs deel II. Kredietnemer Strien verkoopt de auto aan leasemaatschappij Mobile. Nadat Strien failliet wordt vordert DFM van Mobile afgifte van het voertuig op grond van haar bezitloos pandrecht. Mobile beroept zich op goede trouw ex art. 3:86 lid 2 BW. Mobile geniet echter geen bescherming, want een geslaagd beroep op goede trouw vereist dat koper de autopapieren heeft onderzocht, waaronder kentekenbewijs deel II. Deze (zware) onderzoeksplicht voor Mobile volgt reeds uit HR Apon/Bisterbosch⁹ en is bevestigd in HR Coppes/Van de Kolk I¹⁰.

In HR ING/Hielkema q.q.¹¹ verlegt de curator bij de verkoop van de activa van failliet de btw naar de koper. Deze verlegging heeft een nadelige invloed op de verhaalsmogelijkheid van ING. De HR bepaalt: oneigenlijke lossing – onderhandse verkoop door de curator krachtens overeenstemming tussen hem en pandhouder – valt binnen het toepassingsbereik van art. 57 Fw en moet worden beschouwd als (een vorm van) uitoefening van het recht van parate executie van de pandhouder. Oneigenlijke lossing is dus een vorm van executie, terwijl lossing als bedoeld in art. 58 lid 2 Fw juist geschiedt ter voorkoming van uitoefening van het recht van executie. Op grond hiervan moet worden aangenomen, dat bij oneigenlijke lossing sprake is van een levering tot executie van zekerheid als bedoeld in art. 24ba lid 1 onder d Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968. Deze uitleg is in overeenstemming met het bepaalde in art. 199 lid 1 onder e Richtlijn

2006/112/EG, welke bepaling naar zijn letterlijke en niet voor misverstand vatbare tekst het mogelijk maakt dat een verleggingsregeling als bedoeld in art. 24ba lid 1 onder d Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968 wordt getroffen.

Bodemvoorrecht

In de Insolventiekroniek van 2009 is reeds stilgestaan¹² bij de vraag of showroommodellen bodemzaken zijn. De rechtbank vond van wel en het hof van niet. De HR¹³ is duidelijk. Showroommodellen zijn geen zaken tot stoffering ex art. 22 lid 3 Iw 1990. Showroommodellen – of zij nu ooit verkocht worden of niet – behoren tot de handelswaar voor de verhandeling waarvan het gebouw juist dient. Zij plegen bovendien met zekere regelmaat te worden vervangen door nieuwe modellen. Daarom strekken zij niet tot een enigszins duurzaam gebruik van de winkel of showroom waarin zij zijn opgesteld.

Beslag

HR Ontvanger/Eijking q.q.¹⁴ betreft een sprongcassatie. De Ontvanger en enkele andere schuldeisers hebben beslag gelegd op een onroerend goed. De ING bank koopt het onroerend goed als eerste hypotheekhouder onderhands. Na voldoening van de vordering van de eerste hypotheekhouder en aftrek veilingkosten resteert er een bedrag. De overige beslagleggers op het onroerend goed, onder wie de Ontvanger, komen niet tot overeenstemming over de wijze van verdeling van de resterende opbrengst. De notaris stort het restant op een kwaliteitsrekening in afwachting van de rangregelingprocedure. Kort daarna failliet de schuldenaar. De vraag die speelt is of het restant van de executieopbrengst in de faillissementsboedel valt. Rb meent van wel, HR oordeelt (in lijn met HR Ontvanger/Brink q.q.¹⁵) dat de executie is voltooid als de onroerende zaak aan de

executiekoper is geleverd. De executieopbrengst valt buiten het vermogen van de schuldenaar. Slechts het eventuele surplus na voldoening van de beslagleggers valt in de boedel.

Bestuurders- aansprakelijkheid

Een lichaam, dat niet in staat is om omzetbelasting te betalen, moet daarvan rechtsgeeldig melding maken bij de Ontvanger, aldus art. 36 lid 2 Iw 1990. De wetgever heeft met deze regeling beoogd te bewerkstelligen dat de Ontvanger op een vroeg tijdstip bekend wordt met de betalingsmoeilijkheden, waarin het lichaam verkeert.¹⁶ Gelet op deze strekking is volgens de HR¹⁷ ook sprake van betalingsonmacht in het geval dat het lichaam over liquide middelen beschikt tot (ten minste) het bedrag van de belastingschulden, maar die middelen in verband met zijn overige verplichtingen niet aanwendt voor de voldoening van zijn belastingschulden.

Wanneer sprake is van betalingsonmacht dient men de Ontvanger hiervan expliciet op de hoogte te stellen. De boodschap aan de belastingdeurwaarder dat van een (tijdelijk) liquiditeitsgebrek sprake is alsmede de omstandigheid dat ontvanger executoriale maatregelen neemt houdt geen melding betalingsonmacht in.¹⁸

Wanneer geen rechtsgeeldig melding plaatsvindt, wordt behoudens tegenbewijs vermoed dat de niet betaling aan de bestuurder te wijten is en is hij persoonlijk aansprakelijk, aldus lid 4 van art. 36 Iw 1990. In HR 21 januari 2011 werd de vraag gesteld of dit bewijsvermoeden in strijd is met het rechtszekerheids- en/of het evenredigheidsbeginsel. De HR¹⁹ heeft bepaald dat hiervan geen sprake is, omdat de regeling volgens de HR niet verder gaat dan de wetgever voor het te bereiken doel redelijkerwijs noodzakelijk kon achten. Opvallend is dat zowel A-G mr. Van Ballegooijen als mr. Tekstra in zijn noot zich

7 HR 16 september 2005, JOR 2006/52.

8 HR 21 oktober 2011, NJ 2011/494.

9 HR 4 april 1986, NJ 1986/810.

10 HR 7 oktober 2005, NJ 2006/351.

11 25 februari 2011, NJ 2012/74 (ING/Hielkema q.q.).

12 Rechtbank Rotterdam 16 april 2009, JOR 2009/161 en Gerechtshof Amsterdam 2 maart 2010, JOR 2010/251.

13 HR 9 december 2011, NJ 2011/600.

14 HR 29 april 2011, NJ 2011/372 (Ontvanger/Eijking q.q.).

15 HR 25 januari 2008, NJ 2008/66 (Ontvanger/Brink q.q.).

16 HR 16 maart 2007, JOR 2007/131 (Ontvanger/Rijntjens).

17 HR 4 februari 2011, JOR 2011/170.

18 Hof Den Haag 30 november 2011, JOR 2012/206.

19 HR 21 januari 2011, JOR 2011/68, concl. A-G van Ballegooijen (m.nt. A.J. Tekstra).



niet kan vinden in het oordeel van de HR. In het arrest wordt daarnaast ingegaan op de vraag welke belasting valt onder de werking van art. 36 Iw 1990. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat een bestuurder uitsluitend aansprakelijk kan worden gesteld voor belasting, die een in de hoedanigheid van ondernemer handelend lichaam zelf verschuldigd is geworden. Art. 37 Wet OB 1968 – van toepassing vanwege het door de ondernemer vermelden van een bedrag aan omzetbelasting op een factuur – heeft niet het karakter van een aansprakelijkstelling. Een bestuurder kan op grond van art. 36 Iw 1990 ook voor de daardoor ontstane belastingschuld aansprakelijk worden gesteld, aldus de HR.²⁰

Wanneer door de ontvanger een naheffingsaanslag wordt opgelegd, is het mogelijk ook ten aanzien van deze naheffing melding van betalingsonmacht te doen (binnen twee weken nadat de naheffingsaanslag is opgelegd). Dat is echter niet mogelijk indien de naheffingsaanslag het gevolg is van opzet of grove schuld aan de zijde van het bestuur van de onderneming.²¹

Vaak worden activa, al dan niet in het kader van een doorstart, door de curator verkocht aan de bestuurder van failliet. De koper heeft dan een lastige positie. Enerzijds dient hij als bestuurder de curator zo goed mogelijk te informeren om

een zo hoog mogelijke opbrengst voor de activa te realiseren, anderzijds heeft hij als (potentiële) koper belang bij een zo laag mogelijke koopprijs. In casu betreft het een verkoop aan de dga van failliet. De curator dacht met een koopprijs voor de voorraad tegels van f 250.000 (f 100.000 boven de getaxeerde liquidatiewaarde) een goede deal te hebben, terwijl de kopende bestuurder al contact had met een partij die de tegels voor f 850.000 van hem wilde kopen. De vraag die in casu aan de orde is, is of de dga in strijd heeft gehandeld met een op hem rustende bijzondere zorgplicht jegens schuldeisers van failliet. Het hof heeft voor de beantwoording van deze vraag beslissend geacht in welke hoedanigheid de bestuurder door de curator is benaderd: als bestuurder met een bijzondere zorgplicht, of als 'koopman' waarbij de bestuurder de bijzondere zorgplicht niet in acht hoeft te nemen. Het hof is niet toegekomen aan de inhoudelijke vraag of de dga in strijd heeft gehandeld met deze zorgplicht, omdat hij door de curator slechts als 'koopman' zou zijn benaderd. De HR²² oordeelt daarover dat het hof miskent dat de bijzondere zorgplicht van de dga op de bestuurder blijft rusten, ook als hij door de curator als (kandidaat-)koper is benaderd. De HR is met het hof van oordeel dat deze bijzondere zorgplicht niet rust op de bank, die bij de aankoop door de bestuurder is opgetreden als onafhankelijke kredietverschaffer en

tevens een pandrecht heeft op de tegels. De uitspraak van het hof wordt vernietigd en verwezen naar een ander hof voor verdere behandeling en beslissing.

Een bv heeft een kredietovereenkomst gesloten met een bank onder verlening van zekerheden. Deze lening is aangewend voor de aankoop van aandelen. Twee dagen na ondertekening van de kredietovereenkomst heeft de bv opgave ter eerste inschrijving in het handelsregister gedaan. Enkele jaren later gaat de vennootschap failliet. De bank wint haar zekerheden uit, waarna er nog een restantvordering resteert van een paar miljoen. De bank stelt de bestuurder en de (voormalig) indirect bestuurder aansprakelijk voor deze restschuld op grond van art. 2:180 lid 2 aanhef en onder a BW. De HR²³ oordeelt dat art. 2:180 lid 2 aanhef en onder a BW niet slechts strekt ter bescherming van derden die met de vennootschap handelen in het tijdvak tussen haar oprichting en de eerste inschrijving in het handelsregister, maar ook strekt ter bescherming van het algemene belang, dat is betrokken bij de naleving door de bestuurders van deze inschrijvingsplicht, omdat daardoor een geordend rechtsverkeer wordt bevorderd en het repressieve toezicht van de overheid wordt vergemakkelijkt. De bepaling is niet van openbare orde en kan gecorrigeerd worden door de redelijkheid en billijkheid. Het hof heeft in casu zijn oordeel gebaseerd op de omstan-

20 HR 21 januari 2011, JOR 2011/68.

21 HR 23 december 2011, JOR 2012/68.

22 HR 11 februari 2011, JOR 2011, 114.

23 HR 28 januari 2011, JOR 2011, 70.

digheid dat het de bank volstrekt duidelijk was wie haar contractuele wederpartij was en dat deze wederpartij op het moment van het ter beschikking stellen van het krediet bestond. Daarnaast heeft de bank toestemming gegeven aan de notaris om direct na oprichting van de bv het krediet aan de bv ter beschikking te stellen. Dit in afwijking van de (standaard) in de kredietovereenkomst opgenomen voorwaarde dat het krediet eerst ter beschikking wordt gesteld nadat een uittreksel uit het handelsregister is ontvangen. Bovendien heeft de inschrijving in het handelsregister slechts twee dagen na de overeenstemming plaatsgevonden. Art. 2:180 lid 2 aanhef en onder a BW mist derhalve in casu toepassing, omdat dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Volgens de HR heeft het Hof juist geoordeeld en wordt het cassatieberoep verworpen.

Tegenstrijdig belang

In de arresten 'Bruil'²⁴ en 'Nieuwe Steen Investments'²⁵ heeft de HR het leerstuk 'tegenstrijdig belang' uitgewerkt. In 'Bruil' heeft de HR aangegeven dat het feit dat de bestuurder in meerdere hoedanigheden betrokken is bij een bepaalde rechtshandeling, onvoldoende is voor het aannemen van een tegenstrijdig belang. In 'Nieuwe Steen Investments' oordeelde de HR dat een statutaire bepaling, dat de bestuurder bij een tegenstrijdig belang bevoegd blijft, niet de *ava* haar aanwijzingsbevoegdheid kan ontnemen. Op het bestuur rust de plicht om de *ava* zo tijdig mogelijk te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang. De *ava* kan alsdan haar aanwijzingsbevoegdheid uitoefenen. Indien de *ava* haar bevoegdheid om een andere vertegenwoordiger aan te wijzen niet uitoefent, blijft degene bevoegd, die krachtens de statutaire bepaling in geval van een tegenstrijdig belang bevoegd is. HR²⁶ 14 oktober 2011 bevat weinig nieuws.

Nieuw is alleen dat de HR in dit arrest heeft beslist dat de verplichting van het bestuur om de *ava* tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, meebrengt dat alle vergadergerechtigden, zoals houders van bewilligde certificaten, daarvan op de hoogte moeten worden gebracht.

Aansprakelijkheid curator

Het Hof 's-Hertogenbosch²⁷ heeft geoordeeld dat een curator niet gehouden is failliet te controleren om te voorkomen dat hij nieuwe schulden maakt of frauduleuze handelingen verricht. In het arrest van de HR 16 december 2011²⁸ is de norm ter toetsing van het optreden van de curator nader uitgewerkt. De aansprakelijkheid van de faillissementscurator in persoon (*pro se*) wordt bepaald aan de hand van de zogenaamde Maclou-norm²⁹, die een invulling geeft van de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW. De Maclou-norm houdt in dat een curator, kort gezegd, behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. De persoonlijke aansprakelijkheid van de curator moet worden onderscheiden van de aansprakelijkheid van de curator *qualitate qua* (in hoedanigheid van curator). Voor laatstgenoemde aansprakelijkheid, die leidt tot een boedelschuld, gelden volgens de heersende opvatting de normale onrechtmatigheidscriteria van art. 6:162 BW en bestaat geen 'bijzondere' zorgvuldigheidsnorm, zoals de Maclou-norm. Voorgaande is een belangrijke nuance die in de regel niet of nauwelijks wordt uitgewerkt. Uit het arrest van 16 december 2011 volgt dat voor de aansprakelijkheid van de curator *pro se* als uitgangspunt geldt dat hem een *persoonlijk verwijt* kan worden gemaakt en dat daarvan alleen sprake is wanneer de curator gehandeld heeft terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag

of redelijkerwijs behoorde in te zien. Dit uitgangspunt brengt mee dat in gevallen waarin de curator 'een ruime mate van vrijheid' toekomt bij de uitoefening van zijn taak, een terughoudende toetsing – aan de hand van de Maclou-norm – aangewezen is. Dit betekent dat voor de (*pro se*) aansprakelijkheidsvraag van groot gewicht is of de curator in het concrete geval over de bedoelde vrijheid beschikt, dan wel gebonden is aan regels met name de voorschriften uit de Faillissementswet. Indien en voor zover een curator in strijd handelt met een regel, bijvoorbeeld het niet-nakomen van een beschikking van de rechter-commissaris³⁰, komt daarmee een aansprakelijkheid van een curator *pro se* eerder in zicht.

Werknemers

In een arrest van het Hof Leeuwarden was de positie van de directeur-groootaandeelhouder als werknemer van de vennootschap aan de orde.³¹ Tussen A, die via zijn holdingvennootschap enig bestuurder en 100% aandeelhouder was van de vennootschap, en de vennootschap bestond een arbeidsovereenkomst. Na de faillietverklaring maakte A bij de curator aanspraak op doorbetaling van zijn loon, welke vordering als boedelvordering zou moeten worden erkend. Hoewel er naar vaste jurisprudentie een arbeidsovereenkomst kan bestaan tussen de dga en de vennootschap, dient deze arbeidsovereenkomst te worden gerelativeerd. Zou er een andere rechtsvorm, zoals een eenmanszaak, zijn gedreven, dan had de dga geen enkel recht op vergoeding voor gemiste inkomsten na datum faillissement. In het onderhavige geval, waarin A zich naar buiten onmiskenbaar als eigenaar van de onderneming presenteerde en waarin A zelf het faillissement van de vennootschap heeft aangevraagd, is volgens het hof geen reden om zijn verhouding tot de failliete vennootschap als arbeidsovereenkomst als in art. 40 Fw aan te merken. Van een gezagsituatie en afhankelijke positie is immers geen sprake en de bestuursmacht van A is

24 HR 29 juni 2007, NJ 2007/420 ('Bruil').

25 HR 21 maart 2008, NJ 2008/297 ('Nieuwe Steen Investments').

26 HR 14 oktober 2011, JOR 2011/363.

27 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 13 september 2011, JOR 2012/60.

28 HR 16 december 2011, JOR 2012/65.

29 HR 19 april 1996, JOR 1996/48.

30 Vgl. HR 27 november 1998, RvdW 1998, 221 ('Komdeur/Nederlandse Antillen').

31 Hof Leeuwarden, 5 juli 2011, JOR 2011/312.

met het uitspreken van het faillissement geëindigd. De HR oordeelde in 2012 echter anders over deze zaak³².

Op 17 november 2011 oordeelde het HvJ EU over een aantal prejudiciële vragen van de Centrale Raad van Beroep.³³ Die vragen betroffen de uitleg van art. 3 en 4 van de Richtlijn betreffende de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever.³⁴ De artikelen verplichten de lidstaten om een waarborgfonds in te stellen waaruit onvervulde aanspraken van werknemers kunnen worden voldaan, gedurende een door de lidstaat te bepalen periode. De vraag was of aan uitkering door dat waarborgfonds de voorwaarde gesteld mag worden dat de werknemer zich als werkzoekende heeft laten registreren, ex art. 65 Werkloosheidswet. Het HvJ oordeelde, dat een regeling die werknemers, voor het volledig geldend maken van hun recht op honorering van onvervulde loonuitspraken, verplicht om zich als werkzoekende te laten registreren, in strijd is met voornoemde artikelen van de Richtlijn.

Schadevergoeding bij einde huur

In zijn arrest van 14 januari 2011 gaf de HR antwoord op de vraag wat de betekenis is van een contractueel schadevergoedingsbeding dat de verhuurder recht geeft op schadevergoeding bij opzegging door de curator van huurder ex art. 39 Fw.³⁵ De HR oordeelt dat art. 39 Fw berust op een afweging van enerzijds het belang van de boedel tot voorkoming van het oplopen van een boedelschuld ter zake van verschuldigde huurpenningen en anderzijds het belang van de verhuurder bij betaling van de huurpenningen. Deze belangenafweging kan niet worden doorbroken door een contractueel beding dat recht geeft op



schadevergoeding ter hoogte van de huur die verschuldigd zou zijn geworden als de huurovereenkomst niet tussentijds op grond van art. 39 Fw zou zijn geëindigd. In het arrest Van der Kooi/curatoren Van Gelder³⁶ overwoog de HR dat een gelijksoortige belangenafweging ten grondslag ligt aan de opzegging van een arbeidsovereenkomst ex art. 40 Fw.

Internationale aspecten

De HR³⁷ heeft bepaald, dat de verhouding tussen een Nederlandse vennootschap en haar rechtspersoon-bestuurder ingevolge het incorporatiestelsel beheerst wordt door Nederlands recht. Het feit dat de rechtspersoon-bestuurder een buitenlandse vennootschap is, doet aan de toepasselijkheid van art. 2:11 BW niets af.

De juiste maatstaf voor de beantwoording van de vraag of een rechterlijke beslissing rechtstreeks uit de insolventieprocedure voortvloeit ex art. 25 lid 1 IVO, is of de beslissing is te beschouwen als een die haar oorsprong vindt in het insolventierecht en die uitsluitend tijdens de insolventieprocedure of in direct verband daarmee ingesteld kan worden.³⁸

Het HvJ EU heeft zich in een aantal zaken uitgelaten over insolventieprocedures. Om te bepalen welke rechter bevoegd is tot het openen van een insolventieproce-

dure wordt ex art. 3 lid 1 tweede volzin IVO aangesloten bij het centrum van de voornaamste belangen van de vennootschap. Dit wordt in beginsel vastgesteld door de statutaire zetel en voorts door na te gaan waar het hoofdbestuur van deze vennootschap zich bevindt. Wanneer dat niet de plek van de statutaire zetel is, wordt aansluiting gezocht bij – kort gezegd – de aanwezigheid van vermogensbestanddelen en de financiële exploitatie. Het vermoeden dat geen aansluiting moet worden gezocht bij de statutaire zetel, kan echter pas als op een voor derden verifieerbare wijze blijkt dat het werkelijke centrum zich in de andere lidstaat bevindt. Wanneer de statutaire zetel van een vennootschap vóór indiening van een verzoek tot opening van een insolventieprocedure is verplaatst, wordt het centrum van de belangen van de vennootschap eerst vermoed de plaats van haar nieuwe statutaire zetel te zijn.³⁹ Inschrijving in een buitenlands register, wijzigt niet de statutaire zetel.⁴⁰

Een autoriteit van een lidstaat, die in het algemeen belang handelt, maar noch als schuldeiser, noch namens schuldeisers handelt, is geen schuldeiser ex artikel 3 lid 4 sub b IVO en is niet bevoegd om een zelfstandige territoriale procedure aan te vragen voordat om opening van een hoofdinsolventieprocedure is verzocht.⁴¹

Voorts heeft het hof⁴² geoordeeld dat het IVO zo moet worden uitgelegd, dat een rechterlijke instantie van een lidstaat, die een hoofdinsolventieprocedure heeft geopend tegen een vennootschap op grond dat zij het centrum van haar voornaamste belangen in deze staat heeft, deze procedure op grond van nationaal recht enkel kan uitbreiden tot een tweede vennootschap, die haar statutaire zetel in een andere lidstaat heeft, indien vaststaat dat het centrum van de voornaamste belangen van de tweede vennootschap in de eerste lidstaat gelegen is. Daarnaast geldt dat wanneer een vordering met betrekking tot een vennootschap, met statutaire zetel in een lidstaat, het voorwerp uitmaakt van een vordering die ertoe strekt de gevolgen van

32 HR 13 juli 2012, LJN: BW7009. De HR bepaalde dat het hof de arbeidsovereenkomst onterecht heeft gerelativeerd en volgens de HR diende de curator de arbeidsovereenkomst weldegelijk ex art. 40 Fw op te zeggen.

33 HvJEG 17 november 2011, NJ 2012/87.

34 Richtlijn 80/987/EEG betreffende de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2002/74/EG.

35 HR 14 januari 2011, JOR 2011/101.

36 HR 12 januari 1990, NJ 1990, 662.

37 HR 18 maart 2011, JOR 2011/144.

38 HR 18 maart 2011, JOR 2011/204.

39 HvJ EU 20 oktober 2011, JOR 2012/30.

40 Gerechtshof Leeuwarden 21 juli 2011, JOR 2011/314.

41 HvJ EU 20 oktober 2011, JOR 2012/62.

42 HvJ EU 15 december 2011, JOR 2012/93.



een insolventieprocedure die in een andere lidstaat is geopend, tegen een in laatstbedoelde lidstaat gevestigde vennootschap tot haar uit te breiden, de enkele vaststelling van de vermenging van de vermogens van deze vennootschappen niet volstaat als bewijs dat het centrum van de voornaamste belangen van de vennootschap waartegen de vordering is gericht, ook in de andere lidstaat is gelegen. Ter weerlegging van het vermoeden dat dit centrum op de plaats van de statutaire zetel is gelegen, moet op grond van alle relevante factoren op een voor derden verifieerbare wijze kunnen worden vastgesteld, dat het werkelijke bestuurs- en toezichtcentrum van de vennootschap die het voorwerp uitmaakt van de vordering tot uitbreiding, gelegen is in de lidstaat waar de oorspronkelijke insolventieprocedure werd geopend.

Procesrecht

Drie verschillende gerechtshoven oordelen dat een verzoeker door het faillissement aan te vragen misbruik maakt van zijn bevoegdheid. In het ene geval bestaat dit misbruik eruit dat het enige motief voor de aanvraag van een schuldeiser is gelegen in het feit dat voor een beroep op zijn kredietverzekering is vereist dat de oninbaarheid van zijn vordering kan worden vastgesteld.⁴³ In de twee andere uitspraken

gaat het om een schuldenaar die zijn eigen faillissement aanvraagt, terwijl er geen activa aanwezig of te verwachten zijn⁴⁴ en de kosten van de curator niet kunnen worden voldaan.⁴⁵

In HR 15 april 2011⁴⁶ was de volgende situatie aan de orde. De rechtbank oordeelt dat na beëindiging van de schuldsaneringsregeling sprake is van nagekomen baten ex art. 194 Fw, die verdeeld dienen te worden op basis van de vroegere uitdelingslijst. Sanieten betwisten dat het gaat om nagekomen baten. De vraag is of sanieten hoger beroep in kunnen stellen tegen het bevel ex art. 194 Fw. Art. 360 Fw bepaalt dat tegen beslissingen op grond van titel III van de Faillissementswet geen hogere voorziening openstaat, behoudens gevallen waarin het tegendeel is bepaald en in geval van cassatie in het belang der wet. Het tegendeel wordt bepaald in art. 321 jo. 85 Fw, waaruit volgt dat alle beschikkingen in zaken, het beheer of de vereffening van de boedel betreffende, door de rechtbank in hoogste ressort worden gewezen, tenzij het tegendeel is bepaald. Aangezien er geen afwijkende bepaling is ten aanzien van een bevel ex art. 194 Fw geldt dat tegen het geven van een dergelijk bevel geen hoger beroep mogelijk is. Echter, de aanvraag of art. 194 Fw toepassing behoort te vinden, kan niet worden aangemerkt als het

beheer of de vereffening van de boedel als in art. 85 Fw. Daarom dienen de gewone procedureregels van Rechtsvordering te gelden. Art. 360 Fw doet daar niet aan af. De algemene regel van art. 358 Rv bepaalt dan dat er hoger beroep openstaat.

De HR⁴⁷ wees een arrest over de rechtsmiddelen die kunnen worden ingesteld tegen een rolbeslissing tot ontslag van instantie. In casu is er ten tijde van de faillietverklaring een procedure aanhangig, in welke procedure de failliet gedaagde en eiser in reconventie is. Na faillissement vindt er een zitting plaats waarbij de wederpartij in reconventie ontslag van instantie is verleend. In conventie staat de zaak voor doorprocederen. De curator zegt niet bekend te zijn geweest met de oproeping voor de zitting en stelt dat het besluit tot het verlenen van ontslag van instantie in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor is genomen. Per brief doet de curator een (informeel) verzoek om herziening van de rolbeslissing, maar dat mag niet baten aangezien er geen sprake is van een processueel verzuim dat ex art. 31 Fw met een verzoek tot herstel kan worden opgelost. De curator had hoger beroep moeten instellen tegen de rolbeslissing strekkende tot ontslag van instantie. De termijn voor hoger beroep was echter al verstreken toen de curator kennisnam van de rolbeslissing. In de gegeven omstandigheden (waarin er sprake is van een pro-

⁴³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 december 2011, JOR 2012, 271.

⁴⁴ Gerechtshof Amsterdam 19 mei 2011, JOR 2012, 22.

⁴⁵ Gerechtshof 's-Gravenhage 14 april 2011, JOR 2011, 272.

⁴⁶ HR 15 april 2011, JOR 2011/244.

⁴⁷ HR 27 mei 2011, JOR 2011/275.

cessueel verzuim en er een ingrijpende beslissing is genomen) leidt onverkorte toepassing van de beroepstermijn tot strijd met een eerlijk proces als in art. 6 EVRM. In een geval als het onderhavige wordt de beroepstermijn verlengd met veertien dagen ingaande op de dag na die waarop de curator van die beslissing kennis heeft genomen of redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen.

De Ondernemingskamer⁴⁸ oordeelt dat art. 27 Fw van overeenkomstige toepassing is in de enquêteprocedure bij het faillissement van een verzoeker. De Ondernemingskamer kan derhalve op verzoek van verweerder de procedure schorsen, zodat de curator kan worden opgeroepen.

Ook indien de schuldeiser over een onherroepelijk vonnis beschikt voor zijn vordering, dient deze vordering ter verificatie te worden ingediend, aldus de HR.⁴⁹ Het doel van de verificatie is immers om een lijst van erkende vorderingen vast te stellen, die later wordt gebruikt voor de uitdelingslijst. Als de curator een aanhangige procedure voortzet ex. art. 29 Fw of wanneer er een renvooiprocedure plaatsvindt ex art. 122 lid 1 Fw, dan kan de vordering nog niet op de lijst van erkende vorderingen worden opgenomen. Is de vordering in de renvooiprocedure of in de voortzetting van de procedure onherroepelijk toegewezen, dan wordt deze opgenomen in de uitdelingslijst zonder dat er nog nadere verificatie nodig is. Als de curator een rechtsmiddel aanwendt tegen een uitspraak die kort voor of na de faillietverklaring is gedaan, is art. 29 Fw niet van toepassing. In dat geval heeft de curator door het instellen van het rechtsmiddel al een keuze gemaakt voor voortzetting van de procedure en vindt er geen schorsing plaats van de instantie die door het rechtsmiddel van de curator geopend is. Dit laat de bevoegdheid van de schuldeisers ex. art. 29 en 122 lid 1 Fw om deel te nemen aan de procedure onverlet. De schuldeisers kunnen zich dan voegen in de instantie die geopend is door het rechtsmiddel dat de curator heeft ingesteld. Hier geldt dan

de eis van art. 122 lid 4 Fw dat de betrokken schuldeiser de vordering ter verificatie heeft betwist.

Schuldsaneringen

De HR⁵⁰ overwoog dat de in art. 295 lid 3 Fw aan de rechter-commissaris toegekende bevoegdheid om het vrij te laten bedrag te verhogen, niet bedoeld is om de schuldenaar in staat te stellen al zijn niet in de schuldsanering betrokken financiële verplichtingen te voldoen. Het artikel kent weliswaar een discretionaire bevoegdheid aan de rechter-commissaris toe, maar is niet bedoeld voor het stelselmatig verhogen van het vrij te laten bedrag met de kinderalimentatie die de saniet dient te voldoen, zonder daarbij acht te slaan op de omstandigheden van het geval. Door het vrij te laten bedrag met de kinderalimentatie te verhogen, wordt aan de kinderalimentatievordering een voorrangspositie toegekend ten opzichte van de overige vorderingen die in de schuldsanering zijn betrokken. Dat gaat de rechtsvormende taak van de rechter te buiten.

De HR oordeelt in zijn arrest van 27 mei 2011⁵¹ dat de omstandigheid dat verzoeker niet in staat is om te werken, niet betekent dat zij zich niet kan inspannen om te voldoen aan de verplichtingen ex art. 288 lid 1, aanhef en onder c Fw. In casu bestaat de inspanningsverplichting erin dat verzoeker zich moet inspannen om weer arbeidsgeschikt te worden.

In art. 288 lid 3 Fw is bepaald dat het verzoek tot toelating tot de WSNP, ondanks het ontbreken van goede trouw bij het ontstaan of onbetaald laten van schulden, toch kan worden toegewezen indien het voldoende aannemelijk is dat de schuldenaar de omstandigheden die bepalend zijn geweest voor het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden, onder controle heeft gekregen. In casu⁵² was de slechte financiële positie van verzoeker te wijten aan een wanordelijke administratie van haar onderneming. De onderneming is echter beëindigd en verzoekster heeft

haar thans beperkte administratie onder controle gekregen, zodat het verzoek toch kan worden toegewezen.

Het Hof Leeuwarden⁵³ oordeelt dat de aanspraak van een vrouw op een gedeelte van het pensioen van haar ex-man ontstaat op het moment dat het echtscheidingsvonnis wordt ingeschreven, in casu vóór toepassing van de schuldsaneringsregeling. Dat geldt ook als de man pas na toepassing van de schuldsaneringsregeling de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt. Art. 129 Fw maakt het mogelijk dat de vordering van de vrouw voor de actuele waarde wordt geverifieerd. Indien de vordering geheel niet ter verificatie is ingediend, kan er na beëindiging van de schuldsaneringsregeling met schone geen betaling meer worden afgedwongen.

In onderhavige zaak is in de periode tussen de indiening van het verzoekschrift tot toelating tot de schuldsaneringsregeling en de behandeling daarvan een schuld te kwader trouw ontstaan. Volgens de letterlijke wettekst zou het moment van indiening bepalend zijn voor de goede trouw toets. De HR oordeelt echter dat kwade trouw in de periode tussen de indiening van het verzoekschrift en de beslissing van de rechter in de weg staat aan toelating of grond kan zijn voor beëindiging van de schuldsaneringsregeling.⁵⁴

In deze uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch⁵⁵ heeft de rechter-commissaris de curator verboden om de kosten, die hij heeft gemaakt ten behoeve van een beslag, ten laste van de boedel te brengen. De curator is op grond van art. 67 Fw in beroep gegaan tegen deze beschikking. De rechtbank oordeelt dat het tot de bevoegdheid van de rechtbank behoort om de faillissementskosten vast te stellen. De rechter-commissaris is door zijn bevel derhalve buiten zijn bevoegdheden getreden.

48 Gerechtshof Amsterdam Ondernemingskamer 21 juni 2011, JOR 2011/289.

49 HR 23 september 2011, JOR 2011/354.

50 HR 18 november 2011, JOR 2012/31.

51 HR 27 mei 2011, NJ 2011, 256.

52 HR 22 april 2011, NJ 2011/186.

53 Gerechtshof Leeuwarden 5 april 2011, LJN BQ1320.

54 HR 17 juni 2011, NJ 2012/227.

55 Rechtbank 's-Hertogenbosch 26 april 2011, JOR 2011,308.