

# *Kroniek* Insolventie- recht

Net als voorgaande jaren is op het insolventierechtelijke gebied de kroniek opgesteld. De voor de rechtsontwikkeling in 2014 belangrijkste nieuwe arresten van de Hoge Raad en voor de praktijk relevante lagere rechtspraak worden behandeld.



*Jaap van der Meer, Floris Dix, Suzan Winkels-Koerselman,  
Aubrey Klerks-Valks, Mandy van Brunschot-van der Sanden, Inge Beulen,  
Jacklien Quirijnen en Arjen van Haandel.<sup>1</sup>*

**Pandrecht » Bestuurdersaansprakelijkheid » Verrekening » 403-verklaring » Borgtocht » Wederzijds zekerheidsarrangement  
» Bodembeslag fiscus » Doorstart en werknemers » Commissie uit schuldeisers » Artikel 37 Fw: Onverschuldigde betaling »  
Kwalificatie vorderingen: Rangorde vorderingen » Inbewaringstelling » Faillissementsaanvraag » Formeel insolventierecht »  
Internationale aspecten » Wsnp**

## PANDRECHT

De Hoge Raad oordeelt in *Feenstra q.q./ING* dat een tussen pandhouder en pandgever overeengekomen onderhandse executieverkoop met zich brengt dat de pandhouder gerechtigd is tot de executieopbrengst die – in het zicht van faillissement – is gestort op een bij de pandhouder aangehouden bankrekening van de pandgever.<sup>2</sup> Als de pandhouder de gestorte opbrengst in mindering brengt op haar vorderingen, is dat geen verrekening ex art. 54 Faillissementswet (Fw). In casu was sprake van een kredietfaciliteit en wilde de ondernemer de bedrijfsactiviteiten staken. De ING Bank had daardoor onmiddellijk het krediet opgezegd en nadien de afspraak gemaakt met de ondernemer om een (opheffings)uitverkoop van de nog aanwezige voorraad te houden. De pinbetalingen en de kasstortingen vonden plaats op de rekening van de eenmanszaak aangehouden bij de ING om vervolgens door de bank verrekend te worden met het negatieve saldo. Dat is volgens de Hoge Raad een afwijkende wijze van verkoop als bedoeld in art. 3:251 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW).

In het arrest *Neo-River* geeft de Hoge Raad antwoord op de vraag of de mededeling van een pandrecht aan de schuldenaar tot gevolg heeft dat de pandgever onbevoegd wordt om afstand te doen van een verpande vordering.<sup>3</sup> De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend. Art. 3:246 lid 1 BW houdt in dat, indien het pandrecht aan de schuldenaar is medegedeeld, de pandhouder bevoegd is in en buiten rechte nakoming van de vordering te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. Na die mededeling is de pandhouder ook bevoegd tot opzegging wanneer de vordering niet opeisbaar is, maar door opzegging opeisbaar kan worden gemaakt (art.

3:246 lid 2 BW). Andere schuldeisers-bevoegdheden met betrekking tot de vordering kent de wet de pandhouder niet toe, zodat moet worden aangenomen dat deze bij de pandgever blijven rusten. De pandgever blijft derhalve bevoegd handelingen te verrichten zoals het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en het omzetten van de vordering tot nakoming in een vordering tot schadevergoeding. Daarnaast blijft de pandgever bevoegd tot ontbinding en beëindiging van de overeenkomst waaruit de vordering voortspuit, wat ook gevolgen voor de vordering kan hebben. Normaliter wordt deze beperking ondervangen door een regeling in de kredietdocumentatie van de financier, zodat de pandhouder ook over deze bevoegdheden beschikt. Bij faillissement verliest deze constructie evenwel kracht en wordt de pandhouder weer beperkt in haar bevoegdheden. Dit kan tot gevolg hebben dat een curator de bevoegdheden kan aanwenden in het belang van de boedel. Tot slot, hoewel de Hoge Raad in dit arrest expliciet aangeeft dat de bevoegdheden van de pandhouder beperkt zijn tot hetgeen is vermeld in art. 3:246 BW, rijst bij ons de vraag hoe dit zich verhoudt tot de informatieplicht van de curator om de pandhouder de benodigde gegevens te verstrekken om de inning te kunnen uitoefenen.<sup>4</sup>

In de kroniek *Insolventierecht van 2013 (Advocatenblad Kroniek 2014-3)* is het arrest van het Hof Amsterdam van 19 februari 2013 behandeld.<sup>5</sup> De casus betrof een overeenkomst tot bouw en levering van een volledige tanker die middels een addendum zodanig werd gewijzigd dat er slechts een casco schip zou worden geleverd. Het hof oordeelde dat de oorspronkelijke overeenkomst zodanig was gewijzigd dat

dit leidde tot een ander karakter van de overeenkomst en dat daarmee een andere rechtsverhouding tussen partijen is ontstaan. De Hoge Raad<sup>6</sup> is het daar niet mee eens en oordeelt dat de wijziging van de rechten en verplichtingen uit hoofde van een bestaande overeenkomst nog altijd de rechtstreekse grondslag voor de toekomstige vorderingen kan vormen. Het pandrecht van de bank is aldus op de (gewijzigde) koopprijs blijven rusten.

Over pandrecht op onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken zijn in 2014 belanghebbende uitspraken geweest. In de procedure voor het Hof Den Haag<sup>7</sup> heeft *Revadap van Meteor* een teeltmachine onder eigendomsvoorbehoud gekocht. Een deel van de koopsom blijft onbetaald. Kort daarna sluit *Revadap* met de bank een financieringsovereenkomst, waarbij een pandrecht wordt gevestigd op roerende zaken.<sup>8</sup> Op 24 november 2009 gaat *Revadap* failliet. Na faillissement voldoet de Rabobank de restant-koopsom van de teeltmachine aan *Meteor*. Tussen de curator en de Rabobank ontstaat een geschil of een pandrecht is gevestigd op de teeltmachine. Rabobank meent van wel en beroept zich op art. 3:92 lid 1 BW. Zij stelt dat *Revadap* als koper onder eigendomsvoorbehoud niet een toekomstig goed, te weten het eigendomsrecht, heeft verkregen, maar dat zij terstond een goed, te weten een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, heeft gekregen en dat daarop het pandrecht is gevestigd. In de literatuur wordt dit standpunt door diverse schrijvers verdedigd, maar ook bestreden. Het hof is van mening dat in de visie van de wetgever op een zaak slechts één eigendomsrecht kan bestaan. Nu vóór faillissement de koopsom nog niet volledig was voldaan,

2 HR 14 februari 2014, *JOR* 2014, 118, m.nt. B.A. Schuiling en N.E.D. Faber (*Feenstra q.q./ING*).

3 HR 21 januari 2014, *JOR* 2014, 119 (*Neo-River*).

4 HR 30 oktober 2009, *JOR* 2009, 341 (*Hamm q.q./ABN AMRO*).

5 Hof Amsterdam 19 februari 2013, *JOR* 2013, 290, m.nt. J.M. Atema.

6 HR 23 mei 2014, *JOR* 2014, 252, m.nt. B.A. Schuiling.  
7 Hof 's-Gravenhage 2 september 2014, *JOR* 2015, 53, m.nt. W.J.M. van Andel en M.E. ten Brinke.

8 Het hof oordeelt kort gezegd dat de teeltmachine roerend is.



rustte het eigendom van de teeltmachine bij Meteor en is geen rechtsgeldig pandrecht gevestigd op de teeltmachine. De Rabobank heeft inmiddels cassatieberoep ingesteld tegen dit oordeel van het hof.

In *Snippers q.q./Rabo* vordert de curator een schadevergoeding van de Rabobank omdat de Rabobank niet zou beschikken over een vuistpandrecht en daardoor zou de executieverkoop onrechtmatig zijn.<sup>9</sup> Tijdens vestiging van het pandrecht door de Rabobank zou de pandgever als gevolg van een eigendomsvoorbehoud niet bevoegd zijn over de betreffende zaken te beschikken. De Rabobank stelt dat voor het faillissement afstand zou zijn gedaan van het eigendomsvoorbehoud, waardoor het voordien gevestigde pandrecht alsnog – door bekrachtiging ex art. 3:58 BW – tot stand is gekomen. De Hoge Raad oordeelt dat tussen de voorheen eigendomsgerichtigde en pandgever sprake was van een overeenkomst waarin afstand werd gedaan van het eigendomsrecht. Voor bekrachtiging ex art. 3:58 BW is voldoende dat de onmiddellijk belanghebbenden, zijnde de (voorheen) eigendomsgerichtigde,

de pandgever en de Rabobank als pandhouder, zich niet – in het tijdvak tussen het verrichten van de rechtshandeling en de vervulling van een voor haar geldigheid gesteld wettelijk vereiste – op de nietigheid van de handeling hebben beroepen of zich hebben gedragen op een wijze die onverenigbaar is met de geldigheid van de desbetreffende rechtshandeling. De Hoge Raad volgt de curator dus niet.

Het Hof Amsterdam heeft geoordeeld over de vraag of een ten behoeve van Heineken vóór faillissement gevestigd pandrecht mede strekt tot zekerheid voor een ex art. 39 Fw ontstane boedelvordering van Heineken van ná faillissement.<sup>10</sup> Het hof is gezien de uitleg van de pandakte in casu van oordeel dat dit pandrecht ook ziet op de boedelvordering. Het pandrecht was mede gevestigd op de inventaris van het café. Art. 57 lid 3 Fw stond volgens het hof niet aan het pandrecht van Heineken (ter zake de boedelvordering) in de weg, omdat deze regeling buiten toepassing moet blijven als Heineken zich voor een boedelvordering beroept op de executieopbrengst. Het bodemvoorrecht van de fiscus ziet volgens het hof namelijk

alleen op prefaillissementsvorderingen en die concurreren niet met een boedelvordering. Heineken hoeft als separatist voor haar boedelvordering dan ook niet gehinderd te worden door het bodemvoorrecht van de fiscus, aldus het hof.

## BESTUURDERS- AANSPRAKELIJKHEID

In HR 24 januari 2014 betrof het een doorleenconstructie in het kader van de overname van aandelen in een vennootschap,<sup>11</sup> die werd getoetst aan art. 2:207c BW (oud).<sup>12</sup> Magista leent een van Rabobank verkregen lening van 500.000 euro aan Sansto door. Sansto besteedt het geld aan de koop van de aandelen in Magista en betaalt aan Whittan de koopprijs. Magista gaat failliet. De curator merkt de doorleenconstructie aan als kennelijk onbehoorlijk bestuur en spreekt haar statutair bestuurders ex art. 2:248 lid 1 BW aan. Er was geen sprake van een omkering van de bewijslast ex lid 2. De Hoge Raad benadrukt dat dan de stelplicht en bewijslast ingevolge art. 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) op

9 HR 28 november 2014, *JOR* 2015, 26, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Snippers q.q./Rabo*).

10 Hof Amsterdam 18 november 2014, *JOR* 2015, 88 (*Van der Maas q.q./Heineken*).

11 HR 24 januari 2014, *NJ* 2014, 177; *JOR* 2014, 122.

12 Dit artikel is door de inwerkingtreding van de Flex BV per 1 oktober 2012 vervallen.

de curator rust. De hamvraag was of de doorleenconstructie als een belangrijke oorzaak van het faillissement was aan te merken. De Hoge Raad acht de enkele vaststelling door het hof dat de lening een voorwaarde voor het faillissement was onvoldoende. Het hof had moeten beoordelen of de lening een belangrijke oorzaak van het faillissement was door ook de andere oorzaken van het faillissement bij die toets te betrekken. Er mag derhalve niet te snel worden aangenomen dat een handeling als een belangrijke oorzaak van het faillissement is te gelden.

Op 5 september 2014 deed de Hoge Raad uitspraak in *Hezemans Air*<sup>13</sup> waarmee de discussie rond de gevolgen van het Spaanse Villa-arrest<sup>14</sup> de kop in werd gedrukt. Ter herinnering: in het Spaanse Villa-arrest werd een bemiddelaar bij de verkoop van een Spaanse villa aan een Nederlands echtpaar in persoon uit hoofde van art. 6:162 BW aansprakelijk gehouden voor, kort gezegd, het echtpaar bewust niet informeren over het niet kunnen verkrijgen van een bouwvergunning. Die bemiddelaar schond jegens het echtpaar de zorgvuldigheidsnorm en werd uit onrechtmatige daad rechtstreeks aansprakelijk gehouden. Naast de bemiddelaar werd ook zijn vennootschap aansprakelijk gehouden, omdat zijn handelen aan die vennootschap werd toegerekend.<sup>15</sup> De vraag was of naast de reeds geldende norm voor persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders een nieuwe norm werd geïntroduceerd. De Hoge Raad geeft in *Hezemans Air* aan dat het in het Spaanse Villa-arrest niet ging om het handelen van de bemiddelaar als bestuurder, maar om het handelen van de bemiddelaar in strijd met een op hem als persoon rustende zorgvuldigheidsnorm. De Hoge Raad herhaalt

dat bij wanprestatie of onrechtmatige daad alleen de vennootschap aansprakelijk is en slechts onder bijzondere omstandigheden haar bestuurder, om te voorkomen dat bestuurders hun handelen laten bepalen door defensieve overwegingen.<sup>16</sup> Uiteindelijk gaat de Hoge Raad er in casu vanuit dat de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt omdat hij in strijd met de instructies de koopsom had overgemaakt. De zaak wordt terug verwezen naar het hof. Belangrijkste conclusie is dus dat in het Spaanse Villa-arrest geen uitbreiding van de gronden voor bestuurdersaansprakelijkheid werd aangenomen en dat de verhoogde drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid gehandhaafd blijft.

Op 4 april 2014<sup>17</sup> oordeelt de Hoge Raad over verhaalsfrustratie, betalingsonwil en selectieve (wan)betaling. Van der Valk is bestuurder van *Vlieg Ver Weg B.V.* (hierna 'VWV'), onderdeel van het Van der Valk concern. *Air Holland* verzorgde in opdracht van VWV vlieggreizen. VWV failleerde en liet een schuld van 500.000 euro aan *Air Holland* (eveneens failliet) achter. In de optiek van Van der Valk had VWV echter geen schuld aan *Air Holland* maar een (tegen)vordering wegens geleden schade van minstens 2,3 miljoen gulden. Zo'n twee jaar voorafgaand aan het faillissement van *Air Holland* droeg VWV haar activa over aan zustermaatschappij *Van der Valk Tours* zonder gelden te reserveren voor de claim van *Air Holland*. De curatoren stelden Van der Valk als bestuurder van VWV persoonlijk aansprakelijk op basis van de tweede categorie van het arrest-*Ontvanger/Roelofsen*.<sup>18</sup> Van der Valk verweerde

zich met de stelling dat hij de claim van *Air Holland* niet hoefde te voldoen vanwege de aanzienlijke tegenvordering. De Hoge Raad maakt daar echter korte metten mee door de norm in *Ontvanger/Roelofsen* ook toepasselijk te achten op onzekere verplichtingen waarmee een bestuurder ten tijde van de verweten handeling ernstig rekening mee moest houden.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt in een tussenarrest inzake aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW over het handelen van bestuurder mevrouw Kamer.<sup>19</sup> Vanaf 20 december 1997 was zij via *Kamer Beheer B.V.* dga van *Goedewaagen Gouda B.V.* Daags voordat de aandelen alsmede het bestuur aan *Royal Goedewaagen Beheer B.V.* werden overgedragen, heeft Kamer als dga van *Goedewaagen Gouda B.V.* een in rechte vastgestelde vordering van *Goedewaagen Gouda B.V.* op een crediteur om niet aan *Kamer Beheer B.V.* gecedeerd. Negen jaar daarvoor was reeds een museumcollectie keramiek door *Goedewaagen Gouda* aan *Kamer Beheer* om niet overgedragen. Het hof gaat ervan uit dat bestuurders zich bij de vervulling van hun taak, bij wege van eigen verantwoordelijkheid, dienen te richten naar het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming (vergelijk art. 2:239 lid 5 BW). Dat belang hangt af van de omstandigheden van het geval. Bij een onderneming wordt het vennootschapsbelang in beginsel bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming. Bij hun taakvervulling dienen bestuurders voorts zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van iedereen die betrokken is bij de onderneming. Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat de belangen van betrokken partijen niet onnodig of onevenredig worden

<sup>13</sup> HR 5 september 2014, *JOR* 2014, 296 (*Hezemans Air*).

<sup>14</sup> HR 23 november 2012, *JOR* 2013, 40 (*Van de Riet/Hofmann*).

<sup>15</sup> HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 (*Kleuterschool Babbel*) en HR 9 januari 1998 *JOR* 1998, 47 (*Rabobank/Erven Van Dam*).

<sup>16</sup> HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 (*Willemsen/NOM*).

<sup>17</sup> HR 4 april 2014, *JOR* 2015, 1 (*Air Holland/Van der Valk*).

<sup>18</sup> HR 8 december 2006, *JOR* 2007, 38 (*Ontvanger/Roelofsen*): het bewerkstelligen dan wel toelaten dat de vennootschap bestaande verplichtingen niet nakomt en het voorzienbaar is dat de vennootschap voor de daardoor gelden schade geen verhaal biedt.

<sup>19</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, *JOR* 2014, 295, m.nt. J. van Bekkum (*Goedewaagen Gouda c.s./Kamer Beheer c.s.*).

Die Van Andel heeft natuurlijk gelijk, poes.  
Dit is misschien niet behoorlijk  
in relatie tot mijn vrouw...



geschaad.<sup>20</sup> Het hof concludeert dat Goedewagen Beheer, in alle omstandigheden van het geval, door haar handelwijze is tekortgeschoten in de behoorlijke bestuurstaakvervulling ex art. 2:9 BW. Op grond van art. 2:11 BW rust die aansprakelijkheid ook hoofdelijk op de (in)direct bestuurders van Goedewaagen Beheer in de betrokken periode (Kamer Beheer en Kamer). De argumentatie van het hof overtuigt de annotator echter niet. Hij beschouwt de betreffende transacties als uitkeringen aan de aandeelhouder. Een formele uitkering leidt pas tot aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap als – kort gezegd – voorzienbaar is dat de uitkering de continuïteit van

de vennootschap in gevaar brengt (art. 2:216 lid 2 en 3 BW). Daarvan was volgens hem in dit geval geen sprake.

Rechtbank Midden-Nederland overweegt in een zaak over Stichting Dailados,<sup>21</sup> dat ook indien onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW of onrechtmatige daad jegens gezamenlijke schuldeisers vaststaat, de vorderingen van de curator alleen toewijsbaar zijn wanneer de verwijtbare gedragingen afzonderlijk, of in elk geval in hun onderlinge samenhang bezien, tot schade hebben geleid voor de stichting en/of diens gezamenlijke schuldeisers ter hoogte van het faillissementstekort. De rechtbank oordeelt dat de bestuurders hun bestuurstaak onbehoorlijk heb-

ben vervuld door niet zorg te dragen voor een deugdelijke administratie in de periode van 2008 tot aan het faillissement, door geen jaarrekeningen op te maken over 2007 t/m 2010 en door zich niet in te spannen voor benoeming van een nieuwe Raad van Toezicht. Daarmee hebben zij ook onrechtmatig gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van de stichting. De curator maakt echter niet aannemelijk dat de stichting of haar gezamenlijke schuldeisers hierdoor schade hebben geleden, zodat de vorderingen alsnog zijn afgewezen. Annotator Van Andel vraagt zich overigens af of het oordeel, dat niet-nakomen van de administratieplicht en het opstellen van een jaarrekening ook onrechtmatig is jegens de gezamenlijke schuldeisers, onder alle omstandigheden zo is. Volgens Van Andel past in het algemeen enige terughoudendheid om aan te nemen dat iets dat onbehoorlijk is in relatie tot de één, ook onbehoorlijk zal zijn in relatie tot de ander. Dit moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

In een arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden (Dennis de Vries c.s./Wimminhove-Kosse q.q.) wordt overwogen dat de indirect bestuurder van een vennootschap, naast de weg van art. 2:11 BW, ook rechtstreeks aansprakelijk kan zijn voor schade ontstaan door het onbetaald laten en onverhaalbaar blijven van vorderingen door de vennootschap.<sup>22</sup> Daarvoor geldt dezelfde maatstaf als voor de directe bestuurder, overweegt het hof met verwijzing naar Kok/Maas q.q.<sup>23</sup> De bedoelde maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid is neergelegd in

20 Het hof verwijst hierbij naar HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014, 286 (Cancun), r.o. 4.2.1 e.v.

21 Rb. Midden-Nederland 30 april 2014, JOR 2014, 291, m.nt. W.J.M. van Andel (Van Dijk q.q./Becht c.s.).

22 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, JOR 2015, 3, m.nt. J. van Bekkum (De Vries c.s./Wimminhove-Kosse q.q.).

23 HR 23 mei 2014, JOR 2014, 229, m.nt. J. van Bekkum (Kok/Maas q.q.).

Lawe wel weze —  
 bodemloosheid en insolventie zijn  
 ten diepste verweven...



Ontvanger/Roelofsen.<sup>24</sup> In casu gaat het om de vraag<sup>25</sup> of gezien de omstandigheden van het geval grond bestaat voor aansprakelijkheid van de bestuurder, omdat hij heeft bewerkstelligd dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakomt, waarbij een schuldeiser is benadeeld. Wat betreft betalingen aan Dennis de Vries c.s. komt het hof tot de slotsom dat a) deze plaatsvonden in het zicht van het faillissement, b) dat Dennis de Vries c.s. wisten of behoorden te weten dat het faillissement aanstaande was, c) dat het gaat om betalingen van eigen vorderingen van de (in)directe bestuurders die in rang niet hoger waren dan die van andere schuldeisers en d) dat geen sluitende rechtvaardiging voor deze selectieve betalingen is gegeven. Ten aanzien van deze betalingen is de conclusie dat Dennis de Vries c.s. wisten of redelijkerwijs moesten begrijpen dat deze betalingen aan henzelf tot gevolg zouden hebben dat De Vries Yacht- en Interieurbouw andere verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de daaruit ontstane schade en dat in dat kader persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken. Daarmee is aansprakelijkheid in zoverre gegeven. Annotator Van Bekkum betreurt dat het hof er zonder motivering vanuit gaat dat art. 2:11 BW ook kan worden toegepast als de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder geen grondslag vindt in Boek 2 BW, maar in art. 6:162 BW. Daarmee miskent het hof volgens hem dat dit niet evident is, omdat in rechtspraak en literatuur hierover verschil-

lend wordt gedacht. Van Bekkum pleit in elk geval tegen toepassing van art. 2:11 BW bij art. 6:162 BW.

De Hoge Raad oordeelt in Allianz Belgium/De Witte over de aanvang van de verjaringstermijn (art. 3:310 lid 1 BW). Het betreft hier een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad van Allianz op de heer De Witte als bestuurder van GS.<sup>26</sup> De Witte heeft als bestuurder bewerkstelligd dat GS toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de agentuurovereenkomst en geen verhaal meer bood voor de vorderingen van Allianz. De Witte verweert zich met een beroep op verjaring. De Hoge Raad oordeelt dat voor beantwoording van de vraag of de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot scha-

devergoeding in te stellen, bepalend is of hij voldoende zekerheid heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. Niet tevens geldt de eis dat (al duidelijk is dat) de in te stellen vordering 'voor toewijzing vatbaar is'. Allianz betoogt volgens de Hoge Raad terecht dat bekendheid met gedragingen van De Witte, die later de oorzaak van de schade blijken te zijn, niet betekent dat de verjaringstermijn aanvangt, nu juist geldt of de benadeelde met de schade bekend is geworden. De schadevergoeding die Allianz vordert, bestaat uit een onverhaalbare vordering op GS. Het oordeel van het hof hieromtrent is onvoldoende gemotiveerd. Een eerdere stellingname hieromtrent is onvoldoende om in casu uit te gaan van reeds in 1997 of 1998 bestaande, daadwerkelijke subjectieve

<sup>24</sup> HR 8 december 2006, JOR 2007, 38 (Ontvanger/Roelofsen).

<sup>25</sup> Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, JOR 2015, 3, (De Vries c.s./Wimshove-Kosse q.q.). r.o. 3.5 onder (ii).

<sup>26</sup> HR 14 november 2014, JOR 2015, 65 (Allianz Belgium/De Witte).

bekendheid bij Allianz (in de zin van voldoende zekerheid) dat zij door toedoen van De Witte schade lijdt vanwege een verhaalstekort bij GS.

Het vonnis van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant in de faillissementen van de Vilenzo-vennootschappen is – zoals ook de annotator vindt – met name interessant vanwege het oordeel omtrent toepasselijkheid van de klachtplicht van art. 6:89 BW bij vorderingen ex artt. 2:9, 2:138/248 en 6:162 BW.<sup>27</sup> De rechtbank neemt eerst tot uitgangspunt dat de in art. 6:89 BW neergelegde bepaling ziet op een gebrek in de nakoming van een verbintenis, waarop de bepalingen van Boek 6 BW, titel 1, afdeling 9, over de gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis, van toepassing zijn. De rechtbank overweegt vervolgens, samengevat, dat art. 2:9 BW een norm inhoudt voor het handelen van de bestuurder bij de vervulling van de hem opgedragen taak. Een verbintenis tot schadevergoeding ontstaat pas nadat de schending van art. 2:9 BW vast is komen te staan. Hierdoor is de klachtplicht van art. 6:89 BW niet van toepassing op art. 2:9 BW. Hetzelfde geldt voor vorderingen ex art. 2:138/248 BW en art. 6:162 BW en voor de vorderingen jegens de commissarissen.

In RCI Financial Services/Kastrop<sup>28</sup> gaat de Hoge Raad, onder verwijzing naar het Beklamel-arrest<sup>29</sup> en HR Ontvanger/Roelofsen,<sup>30</sup> nader in op het zogenoemde ‘Beklamelcriterium’. In de kern houdt het ‘Beklamelcriterium’ in dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou lijden. In casu wordt aan de bestuurder het verwijt gemaakt dat

hij namens de vennootschappen een verplichting tot (eerste) verpanding aan RCI van de door deze gefinancierde auto’s aanging, waarvan hij wist of redelijkerwijze moest begrijpen dat de vennootschappen deze niet konden nakomen. Anders dan het middel aanvoert, leidt ook een zodanig verwijt pas tot aansprakelijkheid van de bestuurder indien deze wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de schuldeiser als gevolg van het niet-nakomen van de verplichting schade zou lijden. Het middel betoogt dat die schade in dit geval is gelegen in de gevolgen van het verkrijgen van een slechtere zekerheidspositie dan is overeengekomen. De enkele omstandigheid dat de schuldeiser, anders dan was overeengekomen, geen eerste maar een tweede pandrecht heeft verkregen, brengt evenwel nog niet mee dat hij dientengevolge schade lijdt. De Hoge Raad overweegt dat in het arrest van het hof besloten ligt dat RCI onvoldoende heeft gesteld dat de door haar geleden schade, als gevolg van het niet verkrijgen van eerste pandrechten, voorzienbaar was ten tijde van (de verplichting tot) het vestigen van die pandrechten. Dit oordeel is feitelijk van aard en geenszins onbegrijpelijk.

## VERREKENING

Op basis van de toepasselijke heffingsverordening kan het productschap heffingen opleggen aan bedrijven zoals Groninger Vleeshandel B.V. (GVH). De heffingsverordening treedt echter pas in werking na een besluit van de voorzitter, dat nog niet was genomen in deze zaak. GVH faillieert en de curator vordert alle betaalde voorschotfeffingen terug van het productschap. De voorzitter neemt na datum faillissement het benodigde besluit en bepaalt dat de heffingsverordening met terugwerkende kracht in werking treedt. Het productschap legt nieuwe heffingen aan GVH op en beroept zich op verrekening ex art. 53 Fw. De Hoge Raad

oordeelt dat het productschap door de inwerkingtreding van de heffingsverordening weliswaar met terugwerkende kracht heffingen kon opleggen, dit betekent echter niet dat het productschap reeds voor inwerkingtreding vorderingen op GVH had. De vorderingen zijn derhalve pas na datum faillissement ontstaan en kunnen niet worden verrekend met de vordering van de curator betreffende de terugvordering van de voorschotfeffingen.<sup>31</sup>

In Eurostrip/Velenturf q.q.<sup>32</sup> is tussen Newa en Eurostrip een overeenkomst gesloten voor het leveren van een installatie, waarbij de mogelijkheid tot verrekening is uitgesloten. Newa vordert in rechte betaling van de installatie, terwijl Eurostrip stelt een vordering te hebben op Newa vanwege het feit dat de installatie niet aan de eisen voldoet. Hangende de procedure in eerste aanleg faillieert Newa. Hierdoor wordt de procedure in reconventie, betrekking hebbende op de vordering van Eurostrip op Newa, van rechtswege geschorst. De curator neemt de vordering in conventie over. Omdat Eurostrip geen bevoegdheid heeft om zich te beroepen op verrekening, lijkt zij in een lastig parket te belanden. Zij besluit daarop een beroep te doen op opschorting. Het hof oordeelt dat een beroep op opschorting onmogelijk of ontoelaatbaar is, nu dit slechts tot uitstel leidt, aangezien Eurostrip haar vordering niet kan verrekenen. De Hoge Raad is het hiermee niet eens en bepaalt dat Eurostrip zich, ondanks het verrekeningsverbod, op opschorting kan beroepen, omdat opschorting ertoe strekt pressie uit te oefenen opdat de haar toekomende schadevergoeding wordt voldaan. Het feit dat haar vordering vanwege het faillissement naar alle waarschijnlijkheid niet zal worden voldaan, maakt dat niet anders. Een beroep op opschorting zal er in casu toe leiden dat hetzelfde

27 Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, JOR 2015, 94, m.nt. R.G.J. de Haan (Maessen en Hermesen q.q./Van Loon c.s.).

28 HR 5 september 2014, JOR 2014, 325, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (RCI Financial Services/Kastrop).

29 HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 (Beklamel).

30 HR 8 december 2006, JOR 2007, 38 (Ontvanger/Roelofsen).

31 HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1213.

32 HR 31 oktober 2014, JOR 2015, 30 (Eurostrip/Velenturf q.q.).

resultaat wordt bereikt als dat zou zijn bereikt met een beroep op verrekening.

### 403-verklaring

Econcern N.V. heeft een 403-verklaring gedeponeerd inhoudende dat zij hoofdelijk aansprakelijk is voor uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van haar dochtermaatschappij. Het UWV heeft in het faillissement van Econcern haar op grond van art. 66 lid 1 Werkloosheidswet (WW) bevoorrechte vordering ingediend. De vraag of deze bevoorrechte vordering op de dochtermaatschappij tot een bevoorrechte vordering op moedermaatschappij leidt, is voorgelegd aan de Hoge Raad. De Hoge Raad oordeelt<sup>33</sup> dat de vordering van het UWV op Econcern niet is bevoorrecht. Daartoe heeft hij overwogen dat volgens art. 3:278 BW voorrechten slechts ontstaan uit de wet. Art. 3:288, aanhef, sub e BW geeft slechts een voorrecht aan bepaalde vorderingen van de werknemer op (het vermogen van) de werkgever en Econcern is in dit verband niet de werkgever. Art. 2:403 BW zelf verbindt evenmin voorrecht aan de op de aansprakelijkheidsverklaring gebaseerde vordering.<sup>34</sup>

### Borgtocht

Rechtbank Midden-Nederland oordeelt over de vordering van de bank, als begunstigde van een borgtocht, dat deze volledig wordt afgewezen wegens schending van op haar rustende nevenverplichtingen.<sup>35</sup> De bank had een krediet verleend aan twee vennootschappen. Als zekerheid had zij een stil pandrecht en een door de dga afgegeven borgtocht bedongen. De bank heeft vervolgens nagelaten om de pandakte

te registreren waardoor geen geldig pandrecht tot stand was gekomen. De opbrengst van de zaken is daardoor niet bij de bank maar in de faillissementsboedel van de vennootschap terechtgekomen. Bij uitwinning van de borg stelt de borg zich op het standpunt dat de bank haar zorgplicht heeft geschonden. Was het pandrecht wel geldig gevestigd, dan had de bank zich daarop afdoende kunnen verhalen, of de borg kunnen aanspreken die dan gesubrogeerd zou worden in de vordering met daaraan verbonden het pandrecht.<sup>36</sup> De borg wordt door de rechtbank volledig in het gelijk gesteld.

Tussen een curator en echtgenote van een frauderende curator (die eerstgenoemde heeft opgevolgd) is een borgtochtovereenkomst gesloten. Hiermee staat de echtgenote borg voor de door haar echtgenoot veroorzaakte schade als frauderend curator. De echtgenote stelt dat er sprake is van oneigenlijke dwaling en roept de vernietiging in van de borgtochtovereenkomst. De Hoge Raad overweegt in zijn arrest van 21 maart 2014<sup>37</sup> onder meer dat op de curator niet de bijzondere zorgplicht toepasselijk is die voor banken en financiële dienstverleners uit hun maatschappelijke positie en professionele deskundigheid geldt.<sup>38</sup> De Hoge Raad acht het bovendien onbegrijpelijk dat het hof verlangde dat de curator de echtgenote op de aan de borgstelling verbonden risico's had gewezen, gelet op de genoemde omstandigheden.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Zie art. 6:12 en art. 6:142 BW.

<sup>37</sup> HR 21 maart 2014, *JOR* 2014, 183, m.nt. Bertrams en *NJ* 2014, 266, m.nt. Tjong Tjin Tai.

<sup>38</sup> De onderhavige informatieplicht wordt dus thans uitdrukkelijk gebaseerd op de bijzondere zorgplicht voor banken en andere financiële dienstverleners (zie hierover de conclusie van de plv. P-G). Deze informatieplicht wordt bovendien beperkt tot uitsluitend die grondslag, zodat zij niet geldt voor de curator.

<sup>39</sup> Deze omstandigheden, die in de overeenkomst uitdrukkelijk zijn vermeld, lijken immers onmiskenbaar duidelijk te maken dat de echtgenoot een significant risico loopt om aansprakelijk gesteld te worden, zodat de echtgenote zelf ook grote kans heeft dat zij

### Wederzijds zekerheidsarrangement

Actueel is de vraag of er tijdens faillissement verhaal kan worden genomen op vóór faillissement gevestigde zekerheden voor regresvorderingen die voortvloeien uit een wederzijds zekerheidsarrangement. In een procedure bij de Rechtbank Amsterdam<sup>40</sup> werd betoogd dat er met het aangaan van de wederzijdse zekerhedenregeling een contractuele regresvordering was ontstaan. Deze regresvordering zou, in tegenstelling tot de in ASR/Achmea<sup>41</sup> bedoelde wettelijke regresvordering, een ten tijde van het faillissement bestaande vordering onder opschortende voorwaarde zijn, zodat deze vordering op de gevestigde zekerheden kon worden verhaald. De rechtbank gaat hierin mee en oordeelt dat er voor deze vordering verhaal kan worden genomen op de gevestigde zekerheden. In een procedure bij de Rechtbank Midden-Nederland kwam tussen partijen vast te staan dat er sprake was van een wettelijke regresvordering die na datum faillissement was ontstaan. De rechtbank zag in deze procedure aanleiding om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad over het uitwinnen van voorafgaand aan het faillissement gevestigde zekerheden voor een vordering die op of na de faillietverklaring is ontstaan.<sup>42</sup>

### BODEMBESLAG FISCUS

De Hoge Raad heeft in 2014 opnieuw geoordeeld over wanneer sprake is van een bodem van de belastingplichtige.<sup>43</sup> In casu had de fiscus bodembeslag gelegd op een café-inventaris. Op dat moment waren de activiteiten echter al

daadwerkelijk uit hoofde van de borgtocht zal worden aangesproken.

<sup>40</sup> Rb. Amsterdam 27 augustus 2014, *JOR* 2014, 318.

<sup>41</sup> HR 6 april 2012, *JOR* 2014, 172, m.nt. NEDF en Vermunt.

<sup>42</sup> Rb. Midden-Nederland 27 augustus 2014, *JOR* 2014, 317 (tussenvonnis) en Rb. Midden-Nederland 8 oktober 2014, *JOR* 2015, 24 (tussenvonnis).

<sup>43</sup> HR 11 april 2014, *JOR* 2014, 185, m.nt. Tekstra.

<sup>33</sup> HR 11 april 2014, ECLI:NL:2014:904.

<sup>34</sup> Tevergeefs is ook het beroep van het UWV op de Vierde Richtlijn betreffende de jaarrekening (78/660/EEG) (hierna: de Richtlijn). Een richtlijnconforme interpretatie van art. 2:403 BW leidt naar het oordeel van de HR evenmin tot een andere uitkomst.

<sup>35</sup> Rb. Midden-Nederland 8 januari 2014, *JOR* 2014, 117, m.nt. Bertrams.



gestaakt, was zowel de huur- en franchisovereenkomst van het café beëindigd en was er sprake van een faillissement. De curator had wel toegang tot het pand doordat hij de sleutels bezat en er stond nog een deel van de administratie in het pand. De ontvanger meende op basis van de deze omstandigheden dat er sprake was van een bodem ex art. 22 lid 3 Invorderingswet 1990. De Hoge Raad ziet dat echter anders en stelt dat de curator het pand in casu slechts als 'boedelberedderaar' kan betreden, zonder dat activiteiten zijn/worden voortgezet. Dat maakt niet dat het pand als bodem van de belastingplichtige geldt. Dat zou anders zijn als de curator de onderneming (kan) voortzet(ten), maar daar was in casu geen sprake van. Tekstra stelt in zijn noot dat tevens cruciaal is dat de huurovereenkomst in casu reeds was beëindigd.

## DOORSTART EN WERKNEMERS

Een werknemer van het failliete Henk Wind Transport B.V. trad in dienst van de doorstartende partij. In de nieuwe arbeidsovereenkomst was een proeftijdbeding opgenomen. De kantonrechter stelt vast dat het proeftijdbeding nietig is, nu de nieuwe arbeidsovereenkomst dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige en er tussen de nieuwe en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het inzicht van de vorige werkgever in de geschiktheid van de werknemer moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.<sup>44</sup> Daarbij was van belang dat de werknemer bij de nieuwe werkgever in dezelfde functie werkte, onder dezelfde leidinggevend.

Art. 7:666 lid 1 BW bepaalt dat regels van overgang van onderneming niet van toepassing zijn in een

faillissementssituatie. Rechtbank Noord-Nederland oordeelt in de faillissementen van het Jan de Roos-concern dat er toch sprake was van overgang van onderneming.<sup>45</sup> De voornaamste redenen daarvoor zijn dat de doorstart buiten de curator om was uitgevoerd en dat reeds voorafgaand aan het faillissement door de bestuurder op een doorstart werd aangestuurd. Ook was dit al het derde doorstartscenario voor het concern.

## COMMISSIE UIT SCHULDEISERS

SNS Property Finance, Rabobank als mede de bestuurder van failliet (als crediteur) hebben verzocht een voorlopige commissie uit schuldeisers samen te stellen. Zowel de rechter-commissaris als de rechtbank heeft dit verzoek afgewezen. De Hoge Raad stelt voorop dat een crediteurencommissie volgens de wetsgeschiedenis wordt ingesteld vanwege de belangrijkheid van een faillissement of de aard van de boedel. Het gaat hierbij zowel om de omvang als de wijze van beheer van de boedel. De Hoge Raad vindt de afwijzing door de rechtbank in deze zaak niet onbegrijpelijk.<sup>46</sup> Interessant is vooral het daaropvolgende oordeel van de Hoge Raad: de failliet zelf is belanghebbende in de procedure tot het instellen van een crediteurencommissie. De reden hiervoor is dat de crediteurencommissie bevoegdheden heeft die de gefailleerde in zijn eigen belang kunnen treffen, waaronder de verschijningsplicht en inlichtingenplicht uit art. 105 Fw. Bij beantwoording van de vraag wie in ter zake zo'n verzoek ingevolge de Faillissementswet als belanghebbende kan worden aangemerkt dient volgens de Hoge Raad zo veel mogelijk aansluiting wordt gezocht bij het begrip 'belang-

hebbende' van art. 282 Rv en de in dat verband ontwikkelde rechtspraak.

## ARTIKEL 37 FW

Hof 's-Gravenhage oordeelt over of het niet gestand doen van een overeenkomst door de curator ex art. 37 Fw meebrengt dat er door de curator ook geen tegenprestatie meer kan worden gevorderd ter zake vóór faillissement door de failliet verrichte werkzaamheden.<sup>47</sup> In casu was sprake van een aannemer die conform de aanneemovereenkomst recht had op betaling van de eerste termijn van twintig procent van de aanneemsom. Met verwijzing naar de wetsgeschiedenis bepaalt het hof dat het verbod van art. 37 Fw om nakoming te vorderen geen betrekking heeft op de vordering tot nakoming van de tegenprestatie waarvoor de failliet vóór de faillietverklaring de prestatie al heeft verricht. Daarvoor is echter wel vereist dat zowel de prestatie als de tegenprestatie deelbaar is.

### Onverschuldigde betaling

In het arrest van de Hoge Raad van 31 oktober 2014<sup>48</sup> was sprake van een onverschuldigde betaling door CZ Zorgkantoor, die niet berustte op een onmiskenbare vergissing,<sup>49</sup> zodat CZ Zorgkantoor een concurrente boedelvordering toekwam. Een boedelvordering behoeft geen verificatie en kan buiten het faillissement om tegen de curator worden ingesteld. Als vaststaat dat de boedel onvoldoende actief heeft om de vordering te kunnen voldoen, vormt dat grond voor afwijzing van de vordering. Daarbij is de toestand van de boedel ten tijde van de slotuitdeling beslissend, aldus de Hoge Raad, niet de toestand van de boedel zoals deze

44 Rb. Noord-Nederland (Vzr.) 24 juli 2014, JOR 2014, 233.

45 Rb. Noord-Nederland 22 augustus 2014, JOR 2014, 315.

46 HR 6 juni 2014, JOR 2014, 280 m.nt. Van Hees.

47 Hof 's-Gravenhage 30 december 2014, JOR 2015, 179 m.nt. T.T. van Zanten.

48 HR 31 oktober 2014, JOR 2015, 55.

49 HR 6 september 1997, NJ 1998, 437 (Ontvanger/Hamm q.q.).

is ten tijde van de beoordeling van de vordering.

## KWALIFICATIE VORDERINGEN

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft al een aantal keren geoordeeld dat curatoren na faillissement verantwoordelijk zijn voor de naleving van de milieuwetgeving. Meest recent is dat het geval geweest ter zake van bluswater dat voor verontreiniging heeft gezorgd. De ABRvS<sup>50</sup> heeft daarin bepaald dat een vordering die ter zake van verontreiniging wordt opgelegd, zoals toepassing van bestuursdwang en de bijkomende kosten, met verwijzing naar Koot/Tideman q.q.,<sup>51</sup> een boedelvordering is omdat zij een gevolg is van een handelen van de curator q.q. in strijd met de op hem als curator rustende verplichting om de (in casu) Waterwet na te leven, althans handelen/nalaten dat hem q.q. kan worden toegerekend.

De Rechtbank Zeeland-West-Brabant<sup>52</sup> stelt echter dat de Afdeling in voormeld arrest als bestuursrechter buiten haar bevoegdheid is getreden door over een civielrechtelijk geschil ter zake van de kwalificatie van een dergelijke vordering te oordelen. De rechtbank oordeelt, tevens met verwijzing naar Koot/Tideman q.q., dat handhavingskosten niet per definitie als boedelvordering zijn aan te merken, maar dat er drie categorieën vorderingen zijn die als préfaillissements-, boedel- of niet-verifieerbare vordering kwalificeren. De categorieën in het kader van bestuursdwang zijn: a) opruimverplichtingen en/of handhavingskosten van vóór faillissement (concurrente préfaillissementsvordering); b) opruimkosten

en/of handhavingskosten ter zake verontreiniging ontstaan tijdens voortzetting van de onderneming door de curator (boedelschuld); c) opruimverplichtingen en/of handhavingskosten die geen betrekking hebben op een opruimverplichting die voortvloeit uit een handelen of nalaten van curatoren in het kader van voortzetten van de onderneming na faillissement (niet verifieerbare vordering). Het hangt er zodoende vanaf wanneer een vordering is ontstaan en als dat na faillissement is gebeurd of dit concreet aan de curator is toe te rekenen.

### Rangorde vorderingen

In beginsel kwalificeert een vordering uit hoofde van een proceskostenveroordeling als concurrente boedelvordering. In de zaak van 24 april 2014 promoveerde de vordering echter door toedoen van de curator.<sup>53</sup> Hij had zonder daarbij enig voorbehoud te maken ten aanzien van de rangorde of de stand van de boedel aan eiser expliciet toegezegd de proceskosten te zullen betalen. De rechtbank oordeelt dat de curator door deze toezegging ook daadwerkelijk gehouden is om de proceskosten direct uit te betalen. Boeve wijst er in zijn noot op dat dergelijke toezeggingen voor de curator het risico met zich kunnen brengen dat hij door de andere boedelschuldeisers persoonlijk wordt aangesproken voor een bedrag gelijk aan de betaling aan de 'gepromoveerde' schuldeiser. Een curator dient derhalve terughoudend te zijn met het doen van dergelijke beloftes.

### Inbewaringstelling

De Hoge Raad heeft bepaald dat de rechter-commissaris niet kan worden aangemerkt als een verzoeker of belanghebbende die het recht toekomt een rechtsmiddel aan te wenden tegen de op zijn voordracht gegeven beschikking

van de rechtbank.<sup>54</sup> In casu had de rechter-commissaris ex art. 87 lid 1 Fw een voordracht aan de rechtbank gedaan tot inbewaringstelling van de bestuurder van de gefailleerde vennootschap. Bij afwijzing door het hof, stelt zowel de curator als de rechter-commissaris cassatie in. De rechter-commissaris wordt niet-ontvankelijk verklaard, omdat hij ook bij die voordracht optreedt in zijn hoedanigheid van rechter.

Kort daarna geeft de Hoge Raad invulling aan het arrest van 12 juli 2013,<sup>55</sup> waarin is bepaald dat het uitoefenen van dwang door gijzeling, die erop is gericht failliet te bewegen te voldoen aan de inlichtingenplicht ex art. 105 Fw, geen strijd oplevert met art. 6 EVRM. Wanneer niet kan worden uitgesloten dat de inlichtingen tevens in verband met een 'criminal charge' tegen de gegijzelde zullen worden gebruikt, moeten de nationale autoriteiten waarborgen dat deze zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen. In casu zijn aan de failliet geen waarborgen verschaft zoals hiervoor bedoeld. De Hoge Raad verbindt daarom een restrictie aan de gijzelneming, die erin bestaat dat door de failliet te verstrekken inlichtingen uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement. Indien die inlichtingen desondanks gebruikt worden voor doeleinden van strafvervolgning, dient de strafrechter te bepalen welk gevolg aan schending van de restrictie toekomt.

### Faillissementsaanvraag

Appellante heeft een eigen aangifte tot faillietverklaring gedaan met als doel snel tot de Wet schuldsanering natuurlijke personen (Wsnp) te worden toegelaten. Zij vond dat het minnelijke schuldhulpverleningstraject niet (snel genoeg) haar financiële problemen oploste. Bovendien wilde ze zo probe-

50 ABRvS 23 juli 2014, JOR 2015, 19 m.nt. Tekstra (De Groot q.q./Waterschap).

51 HR 19 april 2013, JOR 2013, 224 m.nt. Boekraad (Koot Beheer/Tideman q.q.).

52 Rb. Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, JOR 2015, 18 (Thermphos).

53 Rb. Noord-Nederland 24 april 2014, JOR 2015, 86, m.nt. Boeve.

54 HR 10 januari 2014, NJ 2014, 116.  
55 HR 12 juli 2013, JOR 2013, 339.

tot onze spijt kunnen wij  
de klachten van mevrouw  
niet behandelen; zij is arm  
en spreekt immer Nederlands.



ren een uithuisplaatsing te voorkomen. Een faillissement dient echter een schuldeisersbelang, namelijk verdeling van de boedel. Er was geen sprake van enig actief en dat was ook niet binnen afzienbare tijd te verwachten, zodat appellante misbruik van bevoegdheid tot faillietverklaring maakte, aldus Hof Den Bosch.<sup>56</sup>

Door de Hoge Raad is bevestigd dat de appelrechter bij hoger beroep tegen faillietverklaring ex nunc moet toetsen of aan het pluraliteitsvereiste is voldaan, waarbij opnieuw wordt getoetst of de steunvorderingen nog bestaan.<sup>57</sup> Het in dit kader voldoen van steunvorderingen door derden levert geen doorbreking van de paritas creditorum op. Daarnaast heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bij de beoordeling van het vereiste dat summierlijk blijkt van het vorderingsrecht van de aanvrager, de juistheid van een verstekvonnis – in eerste aanleg gewezen zonder dat de gedaagde in de procedure is gehoord – niet zonder meer uitgangspunt kan

zijn, indien daartegen verzet is ingesteld of nog kan worden ingesteld.<sup>58</sup>

In het inmiddels veelvuldig besproken Berzona-arrest verzocht de bank het faillissement van schuldenaar Berzona.<sup>59</sup> De bank had een opeisbare vordering en stelde dat Berzona ook andere schuldeisers onbetaald liet. Zij verwees daarvoor naar de vorderingen die huurders van de door Berzona verhuurde flats op Berzona zouden verkrijgen ter zake van het verschaffen van huurgenot en het verrichten van onderhoud aan de flats. Berzona betwist dat deze (toekomstige) als steunvorderingen kunnen dienen. Er waren geen overige steunvorderingen bekend. De Hoge Raad overweegt dat uitgangspunt is dat een steunvordering niet opeisbaar hoeft te zijn en dat de omvang van die vordering niet hoeft vast te staan. Voorts is niet vereist dat een steunvordering betrekking heeft op betaling van een geldsom. Ook de vordering tot het verrichten van onderhoud en tot het verschaffen van huurgenot kunnen derhalve een steunvordering zijn. Een toekomstige vordering kan geen steunvordering zijn, omdat niet vaststaat dat zo'n vordering daadwerkelijk zal ontstaan. De Hoge Raad stelt vast dat de vordering tot het plegen van onderhoud een toekomstige vordering is, omdat niet is gebleken dat tijdens de behandeling sprake is van achterstallig onderhoud. Aangezien ook geen sprake is van niet-nakoming door Berzona van het verstrekken van huurgenot kan de vordering ook daarom niet dienen als steunvordering. Nadrukkelijk merkt de Hoge Raad op dat naar zijn oordeel in het Nebula-arrest<sup>60</sup> geen ander oordeel ligt besloten.

### Formeel insolventierecht

In een cassatieprocedure zijn op 13 september 2013 stukken gefourneerd voor

arrest en de conclusie van de advocaat-generaal staat bepaald op 24 januari 2014. De wederpartij faillieert echter op 25 september 2013. De Hoge Raad stelt dat partijen op de voet van art. 44 lid 3 Rv nog invloed kunnen uitoefenen op de procedure door hun reactie te geven op de conclusie van de advocaat-generaal. De procedure is dus nog niet aan de invloed van partijen onttrokken en art. 30 Fw is niet van toepassing. Voorts oordeelt de Hoge Raad dat de gehele procedure ingevolge art. 29 Fw van rechtswege geschorst is, zelfs betreft de niet-verifieerbare vorderingen, omdat deze geen zelfstandige betekenis hebben en geen ander doel dienen dan de voldoening van een verbintenis uit de boedel.<sup>61</sup>

Rechtbank Midden-Nederland heeft geoordeeld dat een renvooiprocedure met name ziet op geschillenbeslechting ter zake van de omvang en preferentie van ter verificatie ingediende vorderingen. In een renvooiprocedure is daarom geen plaats voor het vaststellen van aansprakelijkheid, vernietiging van een vordering of een beroep op verrekening door een van de schuldeisers, maar wordt enkel geoordeeld over de erkenning van een vordering.<sup>62</sup>

## INTERNATIONALE ASPECTEN

Een schuldeiser verhaalt zich na faillietverklaring op buitenlands vermogen op basis van vóór faillietverklaring in New York verkregen beslagverlof. De curator vordert ex art. 203 Fw de opbrengst van de schuldeiser. Art. 203 Fw kent als uitzondering op de vergoedingsplicht van een schuldeiser het geval dat de goederen waarop hij zich verhaald heeft 'bij voorrang aan hem zijn verbonden'. De vraag die bij de Hoge Raad is voorgelegd, is of het verkregen beslagverlof naar inhoud en strekking kan worden

58 HR 7 maart 2014, NJ 2014, 155.

59 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:2014:1681 (Berzona).

60 HR 2 november 2006 JOR 2007, 76 m.nt. Kortmann en Bartels (Nebula).

61 HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:675.

62 Rechtbank Midden-Nederland, 19 maart 2014, JOR 2015, 149.

gelijkgesteld met een voorrangrecht naar Nederlands recht.

De Hoge Raad neemt aan<sup>63</sup> dat het verkregen verlot een beslagmaatregel is, dat beslag naar Nederlands recht geen voorrang schept en dat uit de stellingen van de schuldeiser niet volgt dat de aan de zogeheten 'Rule B Attachment' (RBA) te ontleen voorrangspositie kan worden gelijkgesteld met een voorrangspositie als bedoeld in art. 3:278 BW. Het recht waar de schuldeiser zich op beroept, kan niet worden beschouwd als een recht van voorrang in de zin van art. 203 Fw.

Het Hof van Justitie<sup>64</sup> geeft een vervolg op zijn arrest van 12 februari 2009,<sup>65</sup> waarin is bepaald dat art. 3 lid 1 Insolventieverordening (IVO) inhoudt dat de rechterlijke instanties van de lidstaat op wiens grondgebied de insolventieprocedure is geopend, bevoegd zijn om uitspraak te doen over een faillissementspauliana die gericht is tegen een verweerder die zijn statutaire zetel in een andere lidstaat heeft. In casu oordeelt het hof dat er geen reden is om af te wijken van deze regel als de gedaagde

partij geen woonplaats heeft in een EU-lidstaat. Dit draagt immers bij aan de bevordering van de voorspelbaarheid van de rechterlijke bevoegdheid en rechtszekerheid en verhindert forum-shopping. Bovendien geldt dat als art. 3 lid 1 IVO niet als zodanig wordt uitgelegd, er een prikkel bestaat om goederen buiten de EU te brengen door transacties aan te gaan met in derde landen woonachtige partijen. Het hof acht het dan ook niet problematisch dat een buiten de EU woonachtige partij ter zake van faillissementspauliana voor een andere rechter kan worden gedaagd dan de rechter van zijn woonplaats.

## WSNP

In een Wsnp-zaak weigerde het hof toelating tot de schuldsanering, omdat de schuldenaar in kwestie gezondheidsklachten had en de Nederlandse taal onvoldoende beheerste. Daardoor is het niet aannemelijk dat de schuldenaar de verplichtingen uit de schuldsanering zal kunnen nakomen. In cassatie vernietigt de Hoge Raad dit oordeel.<sup>66</sup> Nu het hof niets heeft gesteld omtrent de aard en ernst van de gezondheidsklachten kan dat niet leiden tot de

conclusie dat niet voldaan zal worden aan de verplichtingen uit de schuldsanering. En de enkele omstandigheid dat de schuldenaar de Nederlandse taal onvoldoende beheerst, belet niet dat toch kan worden voldaan aan deze verplichtingen.

In een andere zaak was de looptijd van de schuldsanering ingevolge art. 349a lid 1 Fw geëindigd. Het hof heeft twee prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad over de verlenging van de schuldsanering. De Hoge Raad stelt ten eerste dat verlenging van de schuldsanering na afloop van de looptijd uit art. 349a lid 1 Fw mogelijk is, mits de schuldsanering niet reeds formeel is beëindigd met toekenning van de *schoone lei* ex artt. 352-356 Fw. Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat de verplichtingen uit de schuldsanering niet gelden in de periode tussen het einde van de looptijd ex art. 349a lid 1 Fw en het onherroepelijk worden van de beslissing tot verlenging van de schuldsanering. Gedragingen van de schuldenaar in deze tussenliggende periode kunnen echter wel worden meegewogen bij de beslissing tot verlenging van de schuldsanering.<sup>67</sup> <<

63 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1630.

64 HvJ EU 16 januari 2014, JOR 2014, 182 m.nt. Veder (*Schmid q.q./Hertel*).

65 HvJ EG 12 februari 2009, JOR 2011, 340 m.nt. Veder (*Deko Marty*).

66 HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:331.

67 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2935.