

KRONIEK INSOLVENTIERECHT

Alle voor de rechtsontwikkeling belangrijke arresten uit de tweede helft van 2019 en de eerste helft van 2020 van de Hoge Raad en voor de praktijk relevante rechtspraak op het gebied van insolventierecht worden in deze Kroniek behandeld.¹ Thans bevinden wij ons vanwege het coronavirus in een totaal andere economische situatie. Hoewel op moment van schrijven van deze kroniek weinig faillissementen worden uitgesproken, is onze verwachting dat een nieuwe golf van faillissementen onvermijdelijk is.

DOOR / MATTHIEU BRINK, FLORIS DIX, JAAP VAN DER MEER, BASTIAAN ROLEVINK, MARK SCHOLLEN, BART SMINK, RENÉ SMINK, SANDRA TIJSSEN-DELLEMIJN & SUZAN WINKELS-KOERSELMAN.

PROCEDURES EN FAILLISSEMENT

Een schuldenaar blijft tijdens faillissement bevoegd om in rechte op te treden, ook wanneer het gaat om rechten of verplichtingen die tot de boedel behoren, aldus de Hoge Raad (HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1243, RI 2020/77). De verweerder kan in dat geval tijdens faillissement een beroep doen op niet-ontvankelijkheid van de schuldenaar op grond van de artikelen 23 en 25 lid 1 Fw. Na faillissement komt hem dat beroep niet meer toe. Over een failliete oud-burgemeester die haar goede naam wilde redden oordeelde de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2020:416, JOR 2020/161) als volgt. Bij de overname van een rectificatievordering van failliet door de curator moet voorop worden gesteld dat de regeling van artikel 27 Fw op grond van artikel 25 lid 1 Fw niet geldt voor rechtsvorderingen die een niet tot de boedel behorend recht tot onderwerp hebben. Met betrekking tot die rechtsvorderingen is de curator dus niet bevoegd tot overneming. Indien de toe- of afwijzing van zodanige rechtsvordering indirect van belang is voor de boedel, kan de curator zo nodig voor de belangen van de boedel

opkomen door middel van voeging of tussenkomst in de door de gefailleerde gevoerde procedure.

Om te kunnen aannemen dat een rechtsvordering een tot de failliete boedel behorend recht tot onderwerp heeft als bedoeld in artikel 25 lid 1 Fw, is niet voldoende dat de boedel op de een of andere wijze wordt geraakt door de toe- of afwijzing van die vordering. Het moet gaan om vorderingen waarbij vermogensbelangen in geschil zijn. In de wetsgeschiedenis is in dit verband de vordering tot echtscheiding genoemd als voorbeeld van een vordering die, doordat zij de persoonlijke staat van de gefailleerde tot onderwerp heeft, onbetwistbaar tot de bevoegdheid van de gefailleerde blijft behoren, ook al zal toewijzing daarvan doorgaans financiële consequenties hebben voor de boedel.

Wanneer de gefailleerde verscheidene rechtsvorderingen heeft ingesteld, hangt het van de aard van iedere vordering afzonderlijk af of zij al dan niet onder het toepassingsbereik van de artikelen 25 en 27 Fw valt. Dat geldt ook als de rechtsvorderingen op dezelfde feitelijke grondslag berusten en de beoordeling daarvan in elkaars verlengde ligt.

Beantwoording van de vraag of een bepaalde vordering onder het bereik van de artikelen 25 en 27 Fw valt, kan mede een feitelijke beoordeling vergen, die verricht moet worden aan de maatstaf van artikel 25 Fw of de vordering een tot de failliete boedel behorend recht tot onderwerp heeft. Ten aanzien van de in het geding zijnde rectificatievordering is uitgangspunt dat deze ziet op de eer en goede naam van failliet. Dat brengt mee dat die vordering een hoogstpersoonlijk karakter heeft, en dat gefailleerde daarom zelf behoort te kunnen bepalen of en op welke wijze bescherming of herstel van haar eer en goede naam zal worden nagestreefd. De rectificatievordering van failliet heeft geen betrekking op rechten en verplichtingen van de boedel. Dat toewijzing van de rectificatievordering ook gevolgen zou kunnen hebben voor de boedel, is niet toereikend voor het oordeel dat de vordering door artikel 27 Fw wordt beheerst. Voorts is in dit verband niet beslissend dat rectificatie mede kan worden beschouwd als een vorm van schadevergoeding anders dan in geld. De curator heeft deze vordering ten onrechte overgenomen en failliet is ten onrechte buiten het geding gesteld.² De Hoge Raad (HR 12 april 2019,

De auteurs zijn allen werkzaam bij Turnaround Advocaten.

ECLI:NL:HR:2019:589, *JOR* 2019/207) overwoog dat een gefailleerde belastingplichtige kan opkomen tegen een beschikking van de rechter-commissaris. Daarbij wordt aan de curator toestemming verleend om op de voet van artikel 8:22 lid 1 Algemene wet bestuursrecht (Awb) in verbinding met artikel 27 lid 3 Fw een door de belastingplichtige ingestelde bestuursrechtelijke procedure over een belastingaanslag over te nemen en nadien direct in te trekken. Een behoorlijke rechtsbescherming brengt mee dat die beschikking voor de gefailleerde belastingplichtige bij wijze van uitzondering op de voet van artikel 67 Fw voor hoger beroep vatbaar is.

Aan het stelsel van de artikelen 25, 27 en 28 Fw ligt volgens de Hoge Raad (HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1917, *JOR* 2020/75) de gedachte ten grondslag dat de wederpartij van de gefailleerde in het geval de curator ervoor kiest buiten de procedure te blijven, een zekere bescherming ter zake van het risico van onverhaalbare proceskosten behoeft. Anders dan artikel 27 Fw, voorziet artikel 28 Fw niet in de mogelijkheid om ontslag van de instantie te vragen. In de bescherming van de wederpartij van de gefailleerde tegen het onverhaalbaar zijn van de proceskosten, heeft de wetgever voor het in artikel 28 Fw geregelde geval voorzien door het buiten toepassing laten van artikel 25 lid 2 Fw. In dat geval levert een eventuele proceskostenveroordeling ten laste van de gefailleerde een boedelschuld op, voor zover de proceskosten gedurende het faillissement zijn gemaakt. Gelet op deze regeling die geldt in het geval van artikel 28 lid 4 Fw, is geen plaats voor analoge toepassing van artikel 27 lid 2 Fw op procedures ten aanzien van vorderingen die onder het bereik van artikel 28 Fw vallen. Dat in een concreet geval de boedel mogelijk geen verhaal biedt voor de proceskosten, maakt dat niet anders. In een andere zaak overwoog het

hof (Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:6050, *JOR* 2019/291) dat een curator die optreedt in het faillissement van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid het griffierecht is verschuldigd voor een niet-natuurlijk persoon. Het hof verwijst naar een beschikking van het Hof Amsterdam waarin het hof ten aanzien van artikel 2 lid 3 onder 3 Wet tarieven in burgerlijke zaken (Wtbz) had overwogen dat de curator in rechte niet voor zichzelf optreedt, maar in zijn hoedanigheid van curator.³ Daarbij is het financieel belang van de failliete boedel in het geding. Het is dan ook niet de staat van de curator die bij de toepasselijkheid van de Wtbz bepalend behoort te zijn voor de vaststelling van het vast recht, maar die van de rechthebbenden op de failliete boedel, die de curator vertegenwoordigt.

De rechtbank (Rb. Rotterdam 29 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5213, *JOR* 2020/12) beoordeelt de ontvankelijkheid van een Peeters/Gatzen-vordering van de curator en overweegt in dat kader dat ter beoordeling staat of sprake is of kan zijn van benadeling van de gezamenlijke schuldeisers. Naar het oordeel van de rechtbank geldt voor de vordering van de curator als geheel bezien dat zij bij toewijzing zou kunnen leiden tot een toename van het actief van de failliete boedel. Die enkele mogelijkheid is voldoende voor het instellen van een Peeters/Gatzen-vordering. Met de *JOR*-annotator menen wij dat op deze overweging wat valt af te dingen nu elke vordering van de curator bij toewijzing kan leiden tot toename van het actief van de failliete boedel. Gekeken zal moeten worden of onzorgvuldig is gehandeld ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers en hen dientengevolge schade is toegebracht. Van belang is dat de rechtbank oordeelt dat de verjaringstermijn van de Peeters/Gatzen-vordering eerst gaat lopen vanaf datum faillissement en niet reeds daarvoor.

IPR

Peeters/Gatzen-vordering

Artikel 5, aanhef en onder 3, Verordening Brussel I verklaart het gerecht van de plaats waar het schadetoebrengeende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen bevoegd voor kennisname van verbintenissen uit onrechtmatige daad (HR 3 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:1223, *JOR* 2020/222). Het begrip 'plaats waar het schadetoebrengeende feit zich heeft voorgedaan' doelt zowel op de plaats waar de schade is ingetreden ('Erfolgsort') als op de plaats van de gebeurtenis die met de schade in oorzakelijk verband staat ('Handlungsort'). Dientengevolge kan de verweerder naar keuze van de eiser voor het gerecht van de ene dan wel van de andere plaats worden opgeroepen. Deze zaak kenmerkt zich hierdoor dat de curator in het belang van de gezamenlijke schuldeisers een Peeters/Gatzen-vordering heeft ingesteld. Het doel hiervan is om de verhaalsbenadeling te herstellen die is veroorzaakt door het gestelde onrechtmatig handelen van Fortis jegens de gezamenlijke schuldeisers. Fortis had meegewerkt aan opnames in contanten zonder te voldoen aan haar wettelijke verplichtingen. Het nadeel dat de gezamenlijke schuldeisers hebben geleden is dat het tegoed op de rekening als verhaalsobject is verdwenen. Daarmee is de plaats waar die rekening werd aangehouden de plaats waar de schade aanvankelijk is ingetreden. Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt volgens de Hoge Raad dat het 'Erfolgsort' is gelegen in België en niet in Nederland, ook al hebben de schuldeisers in Nederland financiële schade geleden. Die schade is immers een gevolg van de aanvankelijk in België ingetreden schade.

WERKNEMERS EN INSOLVENTIE

De Hoge Raad (17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, *JOR* 2020/162) komt tot het voorlopige oordeel

dat de *prepack* van Heiploeg moet worden aangemerkt als een procedure die de liquidatie van Heiploeg beoogde en dus onder het toepassingsbereik van de in artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG bedoelde uitzondering valt. In vervolg op het Smallsteps-arrest formuleert de Hoge Raad nieuwe vragen aan het Hof van Justitie Europese Unie over de overgang van een onderneming die tijdens een *prepack* is voorbereid en plaatsvindt tijdens de daaropvolgende faillietverklaring.⁴ In vergelijking met de vragen uit het Smallsteps-arrest zijn de vragen nu meer toegespitst op het Nederlandse insolventierecht en het doel en de inrichting van de *prepack* in het algemeen, zodat het Hof van Justitie Europese Unie dit bij zijn oordeelsvorming kan betrekken. Op de vraag voorgelegd door een Belgisch gerecht aan het Hof van Justitie (16 mei 2019, ECLI:EU:C:2019:424, JOR 2019/210) of de richtlijn 2001/23/EG over de bescherming van werknemers bij overgang van onderneming zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling, waarbij de verkrijger kan kiezen welke werknemers hij wenst over te nemen, wordt als volgt overwogen. Het gaat hier om de Belgische gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijke toezicht. Het hof komt tot de conclusie dat de richtlijn zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling waarbij geen verplichting rust op de verkrijger het ontslag van de werknemers die niet worden overgenomen te baseren op redenen van economische, technische of organisatorische aard.

VERREKENING

De rechter overwoog (Rechtbank Midden-Nederland 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2310, JOR 2019/211) over artikel 24 Invoeringswet 1990 (Iw 1990), waarin de verrekeningsbevoegdheid van de ontvanger is geregeld. De ontvanger had onrechtmatig jegens failliet

gehandeld door hangende een verzet procedure tegen opgelegde aanslagen over te gaan tot executieverkoop. De daaruit voortvloeiende verplichting tot vergoeding van de schade was daarom op grond van artikel 24 Iw 1990 niet uitgesloten van verrekening en deze was dan ook niet in strijd met het systeem van de Faillissementswet. Vast stond dat het verzet van failliet kansloos was en dat failliet daardoor misbruik van recht heeft gemaakt. Toch is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de ontvanger in dit geval een beroep doet op zijn bevoegdheid tot verrekening. Daarvoor is van belang dat uit de tekst van artikel 17 Iw 1990 (zoals die bepaling in 2010 luidde) duidelijk was dat het verzet de tenuitvoerlegging van een dwangbevel schorste. Uit rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat aan het verzet tegen een dwangbevel een schorsende werking toekomt.⁵ In geval van misbruik van bevoegdheid

kan alleen door een rechterlijke beslissing de schorsende werking aan het verzet worden ontnomen. Daarvan was in dit geval geen sprake. Daarnaast had de ontvanger moeten begrijpen dat failliet als gevolg van de openbare executieverkoop vrijwel onmiddellijk failliet zou gaan. Daarom zou een verrekeningsbevoegdheid van de ontvanger ertoe leiden dat hij zichzelf zou bevoordelen en de overige schuldeisers van failliet zouden worden benadeeld. Als verrekeningsbevoegde, preferente schuldeiser zou de ontvanger immers zelfs voorgaan ten opzichte van de boedelcrediteuren en andere preferente schuldeisers. In deze situatie, waarin de overheid bewust in strijd met de wet heeft gehandeld en zich daarbij ook nog de opbrengst van haar onrechtmatig handelen heeft toegeëigend, is het onaanvaardbaar dat de ontvanger zijn verplichting tot schadevergoeding zou kunnen verrekenen met vorderingen op de failliet.



In het arrest-Houtman q.q./Rabobank (HR 21 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:995, *JOR* 2019/262) had Rabobank als pandhouder van roerende zaken gebruikgemaakt van een bodemverhuurconstructie. De Hoge Raad oordeelde dat de mogelijkheid voor de pandhouder om op grond van artikel 53 lid 1 Fw de uit de overeenkomst verschuldigde huur te verrekenen met zijn openstaande vordering waarvoor het pandrecht door hem is bedongen, geen onaanvaardbare doorbreking vormde van de gelijkheid van de schuldeisers als bedoeld in Tiethoff q.q./NMB.⁶ Het gaat om verhuur voor de in de regel slechts korte tijd die is gemoeid met het bereiken van het doel daarvan, die op korte termijn kan worden beëindigd. Het doel van de huur als onderdeel van de bodemverhuurconstructie is bovendien de uitoefening van het zekerheidsrecht mogelijk te maken, waarop de pandhouder jegens de schuldenaar en de andere schuldeisers aanspraak kan maken. Dit geval verschilt dan ook op meerdere punten wezenlijk van het geval waarop het arrest-Tiethoff q.q./NMB betrekking heeft.

De Hoge Raad overwoog in zijn arrest van (HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789, *JOR* 2020/22) ten aanzien van artikel 53 Fw, dat die bepaling tot doel heeft dat een schuldeiser van de gefailleerde die tevens schuldenaar is van de gefailleerde, zeker kan zijn van voldoening van zijn vordering door zijn schuld in verrekening te brengen. Buiten faillissement kunnen partijen de in artikel 6:127 BW geregelde verrekeningsbevoegdheid rechtsgeldig uitbreiden door overeen te komen dat verrekening kan plaatsvinden ook indien zij niet over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn. De Hoge Raad oordeelde dat geen grond bestaat om aan een dergelijke overeenkomst haar werking te ontnemen indien een van hen later in staat van faillissement wordt verklaard. Zodanige overeenkomst past bij de zekerheidsfunctie van verrekening en

strookt daarom met het zojuist vermelde doel van artikel 53 Fw. Het wederkerigheidsvereiste in artikel 53 Fw kan daarom niet worden aangemerkt als dwingend recht. Die contractuele uitbreiding kan inhouden dat de wederpartij bevoegd is haar schuld te verrekenen met een vordering die een andere partij heeft op een ander dan de failliet.

ZEKERHEDEN

Pand & hypotheek

De uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam (11 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2018:3439, *JOR* 2019/197) maakt (opnieuw) duidelijk dat partijen, als zij een algemeen werkend verpandingsverbod beogen, dit concreet moeten vastleggen. Dat betekent dat duidelijk geformuleerd moet worden dat goederenrechtelijke werking ex artikel 3:83 lid 2 BW bedoeld is ter zake het verbod tot verpanden van de vordering die een derde partij heeft op betreffende schuldenaar. Uitgangspunt blijft anders dat een dergelijk 'algemeen' geformuleerd beding uitsluitend verbintenisrechtelijke werking heeft. Daarbij speelt geen rol hoe derden, waaronder pandhouders, de gehanteerde verboden dienen op te vatten. Het geschil dat voorlag bij de Rechtbank Zeeland-West-Brabant (15 mei 2019 ECLI:NL:RBZWB:2019:2251, *JOR* 2019/286) had betrekking op een hypotheekrecht dat een bank had gevestigd tot zekerheid voor haar vordering op hypotheekgever uit welke hoofde dan ook. Het hypotheekrecht was gevestigd voor een maximum bedrag van € 145.000. Van de lening van de bank ad € 100.000 stond op het moment van overname van de vordering van de bank op hypotheekgever door een stichting nog € 61.000 open. Betreffende stichting had bij de uitwinning van het object een vordering op de hypotheekgever van circa € 358.000. De stichting meent dat zij door overname van de vordering van de bank en daarmee de hypotheek recht heeft op het maximum bedrag van € 145.000 van de executieop-

brengr. Twee andere schuldeisers, een gemeente en de Belastingdienst, die beslag hadden gelegd op het object, meenden van niet en stelden zich op het standpunt dat de stichting zich tot een bedrag van maximaal € 61.000 mocht verhalen, zijnde de vordering die op het moment van opzegging van de bancaire relatie open stond en is overgenomen door de stichting. De rechtbank oordeelt dat verkrijger van de hypotheek ten gevolge van overgang door subrogatie van een door bankhypotheek gezekerde vordering uitsluitend de overgenomen vordering van € 61.000 kan verhalen onder het verkregen hypotheekrecht.

Een assurantieportefeuille is geen goed in de zin van artikel 3.1 BW en derhalve niet vatbaar voor overdracht of verpanding, stelde de Hoge Raad vast (HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1909, *JOR* 2020/74). Een assurantieportefeuille is een samenstel van overeenkomsten, vorderingen en *goodwill*. Overeenkomsten en *goodwill* zijn geen goederen, vorderingen wel, maar het samenstel hiervan dat de assurantieportefeuille vormt, is volgens de Hoge Raad geen individueel vermogensrecht.

In het arrest van de Hoge Raad op 22 november 2019 (ECLI:NL:HR:2019:1841) laat de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand. In deze zaak heeft een pandgever zich verplicht jegens pandnemer om al haar vorderingen op derden aan pandnemer te verpanden. In een ter uitvoering van die verplichting geregistreerde pandakte wordt verwezen naar een lijst waarop de te verpanden vorderingen zijn gespecificeerd. Een vordering op Heijmans stond daar echter niet op. Nu een generieke omschrijving van de te verpanden vorderingen ontbrak, heeft het hof terecht overwogen dat bij verpanding met behulp van een lijst waarop de te verpanden vorderingen expliciet zijn vermeld, die lijst leidend is. Had in de akte gestaan dat het pandrecht zich ook strekte tot vestiging van pandrechten op alle niet-gespecifi-

ceerde vorderingen, dan was er voor de pandhouder geen vuiltje aan de lucht geweest.

Het gerechtshof (Hof 's-Hertogenbosch 24 december 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4663, *JOR* 2020/126) wees een arrest over het leerstuk van de selectieve betaling, maar dan in het licht van aansprakelijkheid ten opzichte van de pandhouder/bank. Het hof oordeelde dat de rechtstreekse (selectieve) betaling door de debiteur van de verpande vordering aan de 'voortgangscrediteuren' (de werknemers en nutsleveranciers) van de pandgever na opzegging van het krediet niet onrechtmatig was tegenover de bank/pandhouder. Het hof overwoog daarbij onder meer dat door de rechtstreekse betalingen geen gelden aan de pandgever werden onttrokken en de pandhouder/bank ervoor had kunnen kiezen om mededeling van de verpanding aan de debiteur te doen. Zolang dat niet was gebeurd, was de debiteur vrij om met instemming van de pandgever de betaling aan de voortgangscrediteuren te doen, zonder onrechtmatig jegens de bank te handelen.

Begin dit jaar heeft de Hoge Raad (HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:590, *JOR* 2020/187) zich uitgelaten over het bepaaldheidsvereiste ex. artikel 3:84 lid 2 jo. artikel 3:98 BW. Het gaat in casu om een sprongcassatie tegen een vonnis van de rechtbank waarin werd geoordeeld dat ING geen geldig pandrecht had op de door gefailleerde ontwikkelde software. De rechtbank stelde dat de omschrijving in de pandakte niet voldeed aan de vereiste bepaalbaarheid nu de categorie 'goederen' te algemeen is. Volgens vaste rechtspraak wordt aan het bepaaldheidsvereiste voldaan als de pandakte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welk goed het gaat.⁷ Anders dan de rechtbank heeft overwogen is volgens de Hoge Raad niet vereist dat het bestaan en de omvang van het auteursrecht uit de administratie kunnen worden afgeleid

of dat die op de balans zijn vermeld. Volgens de Hoge Raad kan dit ook aan de hand van andere objectieve gegevens dan de administratie en balans worden vastgesteld.

Nakoming en regres

De curator vordert een geldbedrag van de moeder vennootschap primair op grond van een geldlening, die zou blijken uit een rekening-courant-overeenkomst en overboeking. De rechter (Rechtbank Den Haag 17 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7282, *JOR* 2019/290) oordeelde dat geen sprake was van een overeenkomst van geldlening omdat niet is komen vast te staan dat de moeder zich verbonden heeft het ontvangen bedrag aan de dochter terug te betalen. Of de curator een regresvordering heeft op de moeder voor zover de dochter ex artikel 6:10 BW is uitgewonnen boven het deel dat haar aanging, hangt af van het antwoord op de vraag hoe of waarvoor de moeder het bedrag heeft aangewend.

Borgtocht

De Hoge Raad (HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:483, *JOR* 2020/185) heeft zich uitgesproken over de vraag of de borgstelling van een directeur-groootaandeelhouder (DGA) om uitstel van betaling van zijn onderneming te verkrijgen en een faillissement te voorkomen, vernietigd kan worden door de echtgenoot

Zet maar in de akte: dat het pandrecht zich ook strekt tot vestiging van pandrechten op alles en iedereen.



van de DGA ex artikel 1:88 lid 1 onder c BW en artikel 1:88 lid 5 BW. Volgens de Hoge Raad had het hof moeten onderzoeken of in dit geval de verstrekte zekerheid die strekte tot uitstel van betaling van de bestaande verplichtingen en die beoogde dat de schuldeiser niet zou overgaan tot aanvraag van het faillissement behoort tot de rechtshandelingen die ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de verstrekker pleegden te worden verricht. Het hof had daarbij ook kenbaar moeten ingaan op de stelling dat tegenover de borgtocht niet een tegenprestatie stond die de verstrekker financiële of andere voordelen opleverde.

De casus die zich afspeelde bij het Gerechtshof (hof 's-Hertogenbosch 26 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:702, *JOR* 2019/180) betrof een familiebedrijf dat (indirect) geleid werd door twee bestuurders zijnde tevens echtelieden. Een leverancier eist zekerheid voor levering van goederen en de man verstrekt onder meer een persoonlijke garantstelling. De onderneming verkeerde op het moment van het verstrekken van de garantstelling al in financiële moeilijkheden en enige maanden later gaat zij failliet. De man biedt geen verhaal omdat het gehele vermogen op naam van de vrouw staat. De garantstelling was dus een lege huls. De man wordt persoonlijk aansprakelijk gehouden omdat hij namens de vennootschap een verplichting aangaat waarvan hij weet dat de vennootschap die niet nakomt en dat de vennootschap geen verhaal zal bieden. De vrouw wordt uiteindelijk ook aansprakelijk gehouden omdat de garantstelling van haar man een lege huls bleek. Als medebestuurder heeft zij namelijk toegelaten dat haar man namens de vennootschap heeft gehandeld zoals hij dat heeft gedaan en hem daarvan niet heeft weerhouden. De vraag of zij als medebestuurder al dan niet betrokken was bij de bedrijfsvoering is daarbij niet relevant. De Hoge Raad (HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1310, *RI* 2020/76)



sprak zich in een arrest van 17 juli 2020 uit over de verjaring van een vordering op een rechtspersoon. Bij arrest⁸ van 30 juni 2017 had de Hoge Raad zich al uitgelaten over een rechtspersoon die was opgehouden te bestaan nadat het faillissement was opgeheven bij gebrek aan baten. Ook in een geval waarin een rechtspersoon na faillietverklaring en na vereenvoudigde afwikkeling door insolventie is ontbonden en opgehouden te bestaan, bestaat gedurende het tijdvak waarin de rechtspersoon is opgehouden te bestaan een verlengingsgrond als bedoeld in artikel 3:320 BW. Een borg kan zich daarom niet verweren met de stelling dat een borgtocht op grond van artikel 7:853 BW teniet is gegaan.

ONRECHTMATIGHEDEN

Faillissementspauliana

In een zaak bij het Hof Arnhem-Leeuwarden (Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7111, *JOR* 2019/294) speelde het volgende. In casu had Rabobank een krediet verstrekt aan Melkwinning waarbij de inventaris, voorraden en vorderingen zijn verpand. Gezien de financiële problemen heeft Melkwinning zijn bedrijfsactiviteiten overgedragen, waarvoor Rabobank toestemming heeft gegeven en afstand doet van haar pandrecht. Tussen partijen wordt een gewijzigde kredietovereenkomst aangegaan met daarin de verplichting tot versnelde aflossingen van het krediet uit de ontvangsten

koopsomtermijnen. Melkwinning gaat na enkele betalingen failliet. Volgens het hof is de gewijzigde kredietovereenkomst niet paulianeus omdat het aangaan van de gewijzigde overeenkomst niet heeft geleid tot benadeling van de gezamenlijke schuldeisers en verwijst daarbij naar de rechtsregel uit het arrest-Diepstraten/Gilhuis.⁹ Het hof acht aannemelijk dat als geen gewijzigde kredietovereenkomst was aangegaan, Rabobank geen toestemming zou hebben gegeven voor de verkoop van de verpande activa en haar pandrechten niet zou hebben vrijgegeven. In deze hypothetische situatie was de verkoopopbrengst evenmin beschikbaar geweest voor de gezamenlijke schuldeisers.

Selectieve betaling

De Hoge Raad (HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, *JOR* 2020/55) heeft zich begin 2020 gebogen over de vraag of een bestuurder van een vennootschap onrechtmatig handelt ten aanzien van onbetaald gebleven schuldeisers als die bestuurder het faillissement van de vennootschap heeft aangevraagd en vervolgens selectieve betalingen verricht. De Hoge Raad verwijst in zijn oordeel naar het arrest-Ontvanger-Roelofsen en overweegt dat de enkele grond dat die bestuurder het faillissement heeft aangevraagd en daarna heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap een of meer schuldeisers met voorrang boven andere vennootschapsschuldeisers heeft betaald onvoldoende is om persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder aan te nemen.¹⁰ De Hoge Raad overweegt dat het op grond van de onderliggende feiten en omstandigheden onvoldoende is om een persoonlijk belang bij de selectieve betalingen aan te nemen en de bestuurder geen ernstig verwijt treft.

Bestuurdersaansprakelijkheid

Onder omstandigheden kan de bestuurder van een vennootschap een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt wanneer deze vennootschap een individuele verplichting jegens een ex-werknemer tot nabetaling van loon en een transitievergoeding niet nakomt. Het Hof Den Bosch (Hof Den Bosch 9 juli 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2381, *RI* 2019/67) rekent in haar uitspraak van 9 juli 2019 de bestuurder aan dat hij door het nalaten van het treffen van daadwerkelijke financiële voorzieningen bij de herstructurering de voldoening van de vorderingen van de ex-werknemer heeft gefrustreerd, terwijl hij het in zijn macht had dat de vorderingen wel werden voldaan door de vennootschap.

RECHTEN EN PLICHTEN CURATOR

Het Hof Amsterdam (Hof Amsterdam 10 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4414, *JOR* 2020/125) bepaalde dat de verplichting van de curator op grond van artikel 193 lid 3 Fw na beëindiging van het faillissement de administratie aan de schuldenaar af te geven zowel ziet op de natuurlijk persoon als de rechtspersoon. In het geval van een failliete rechtspersoon is bij gebreke van een aanwijzing door de kantonrechter van de curator als bewaarder, de bestuurder van de rechtspersoon ex artikel 2:24 lid BW de bewaarder. De curator moet dan ook na het einde van het faillissement de administratie van failliet aan de bestuurder afgeven en niet aan de crediteuren die voornemens zijn de bestuurder aan te spreken.

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Limburg (12 februari 2020, rolno. KG ZA 19-573, *JOR* 2020/131) oordeelde dat de curator van Alucast International de in zijn bezit zijnde e-mail bestanden die ook toebehoorden tot de administratie van het failliete Brabant Alucast aan de curator moest afgeven. Het bestuur van Alucast International had

de curator bij het overhandigen van die e-mailbestanden geïnstrueerd dat niet te doen op straffe van een aansprakelijkstelling. Een dergelijke instructie van het bestuur was strijdig met de op het bestuur rustende informatieplicht (artt. 92 en 105a Fw) en met de plicht van de curator zijn taak uit te oefenen zonder aan iemands bevelen of goedkeuring onderworpen te zijn.¹¹ De curator van Brabant Alucast moest van de voorzieningenrechter de e-mail bestanden van Alucast International die hij onder zich zou krijgen terzijde leggen. Hij oordeelde ook nog dat de verplichting voor derden in artikel 105b Fw om de onder zich bevindende administratie aan de curator te overhandigen niet alleen geldt voor commerciële partijen, maar ook voor de curator van Alucast International. De curator verzoekt om verlenging van de inbewaringstelling nu gefailleerde niet aan zijn informatieverplichting van artikel 105 Fw voldoet. De rechtbank (Rb. Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2019:9931, *JOR* 2020/95) moet hierbij afwegen of voldoende gronden aanwezig zijn die de voortdurende van de inbewaringstelling en daarmee de inbreuk op de persoonlijke vrijheid van gefailleerde rechtvaardigen. Blijkens het arrest¹² van de Hoge Raad moet de rechtbank het recht op persoonlijke vrijheid van gefailleerde – waaraan naarmate de inbewaringstelling langer duurt een zwaarder gewicht toekomt – afwegen tegen de bij de voortdurende van de inbewaringstelling betrokken belangen. Doordat de gefailleerde in casu alle medewerking weigert wijst de rechtbank het verzoek van de curator toe. Een verpleeghuis gaat failliet. Er bestaat een geschil tussen de kinderen en hun stiefmoeder over de afwikkeling van de nalatenschap van een overleden bewoner van het verpleeghuis. De kinderen vorderen van de curator in kort geding ten behoeve van de procedure tegen stiefmoeder een kopie van het medisch dossier van de overledene dat

in het verpleeghuis is bijgehouden. De voorzieningenrechter veroordeelt de curator tot afgifte van het dossier aan een arts. De curator gaat in hoger beroep. Volgens het hof (Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2644, *JOR* 2020/11) is de curator verplicht medische dossiers te bewaren en zonodig tot overdracht over te gaan aan een opvolgend hulpverlener. Het behoort ook tot de taak van een curator inzage en afschrift van deze bescheiden te verstrekken aan een derde, zoals erfgenamen van de patiënt, indien de inbreuk op de geheimhoudingsplicht gerechtvaardigd is. In casu is het hof van mening dat dit niet het geval is omdat geen sprake is van een zwaarwegend belang en er andere mogelijkheden waren om de verzochte informatie te vergaren. In een ander arrest heeft de Hoge Raad (HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801, *JOR* 2020/188) zich uitgelaten over de vraag of in een geval waarin de faillissementsboedel voldoende baten omvat om de geverifieerde schuldeisers en boedelkosten volledig te voldoen, het faillissement moet worden beëindigd, dan wel de curator mag doorgaan met het te gelde maken van activa ten behoeve van niet geverifieerde schuldeisers en aandeelhouders. Zodra de geverifieerde schuldeisers zijn voldaan, eindigt het faillissement en daarmee de beheers- en vereffeningstaak van de curator. Dit is de ratio van artikel 193 lid 1 Fw. Als de boedel toereikend is om de geverifieerde schuldeisers te voldoen, staat het de curator niet vrij de vereffening voort te zetten en overige activa te gelde te maken ten behoeve van andere niet geverifieerde schuldeisers en aandeelhouders. Halverwege 2020 heeft de Hoge Raad (HR 5 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1016, *RI* 2020/66) zich uitgesproken over de vraag hoe artikel 16 lid 1 Fw, de opheffing wegens gebrek aan baten, moet worden uitgelegd. De schuldeiser die tegen deze opheffing ingevolge artikel 18 Fw opkomt, moet aannemelijk maken dat nog wel

voldoende baten in het faillissement aanwezig zijn voor de voldoening van de in artikel 16 Fw genoemde kosten en schulden. De curator heeft aangevoerd dat hij geen aanwijzingen ziet om een vordering ex artikel 2:248 BW in te stellen en dat er ook geen verhaalsmogelijkheden zijn. Daarom ziet hij geen heil in een beroep op de garantstellingsregeling. Volgens de Hoge Raad bestond voor de curator geen reële mogelijkheid een beroep te doen op de GSRC 2012. Daarbij overwoog het hof dat de boedel leeg was en dus geen middelen aanwezig waren voor verder onderzoek en het instellen van rechtsvorderingen.

AANSPRAKELIJKHEID CURATOR EN ADVOCaat

De Hoge Raad liet zich uit over de maatstaf die gehanteerd moet worden ter beoordeling van de persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator (HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494, *JOR* 2019/269). De beoordeling van de persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator dient steeds te geschieden aan de hand van de Maclou-norm en sluit hiermee aan bij de maatstaf die geldt voor de faillissementscurator.¹³ Dit betekent dat moet worden onderzocht of de beoogd curator heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende beoogd curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Bij de toepassing van de Maclou-norm kan betekenis toekomen aan hetgeen de curator in de fase voorafgaand aan het faillissement als beoogd curator heeft gedaan en nagelaten en aan de kennis die hij in die hoedanigheid heeft verworven. Het hof (Hof 's-Hertogenbosch 13 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3019, *JOR* 2019/293) boog zich over de vraag of een curator in privé aansprakelijk is als deze een betaling ten onrechte niet als onverschuldigd aanmerkt en daarna niet overgaat tot ongedaanmaking. Het hof beant-

wordt deze vraag aan de hand van de Maclou-norm en het arrest-Prakke/Gips en stelt vast dat het in onderhavig geval niet gaat om een handelen van de curator waarvoor hem een vrijheid van beleid toekwam. In casu gaat het om een bij vergissing aan de boedel gedane betaling waarvoor de Hoge Raad in het arrest-Ontvanger/Hamm q.q. duidelijk aanwijzing heeft gegeven voor de wijze waarop een curator in een dergelijke situatie dient te handelen.¹⁴ Nu de curator dit heeft nagelaten, heeft hij niet gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht en is daarom persoonlijk aansprakelijk voor de schade.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:598, JOR 2020/159) oordeelde dat de curator in zijn hoedanigheid verantwoordelijk is voor de naleving van milieuregeling en als zodanig kan worden aangemerkt als overtreder. Hij is echter niet *pro se* aansprakelijk voor die overtreding, waardoor de kosten van bestuursdwang niet op hem persoonlijk kunnen worden verhaald.

De Hoge Raad (HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:61, JOR 2020/152) overwoog dat een advocaat, in casu een insolventierechtsspecialist, geen rekening dient te houden met de belangen van derden bij voorgenomen financiële transacties waarop zijn dienstverlening betrekking heeft, tenzij hij uit de door de cliënt verstrekte gegevens of andere omstandigheden van het geval redelijkerwijs moet afleiden dat zodanige, rechtvaardige, belangen door de van hem gevraagde dienstverlening op onaanvaardbare wijze kunnen worden geschaad. Of dat het geval is hangt af van alle omstandigheden van het geval, waaronder de inhoud en reikwijdte van de opdracht. Ook relevant, maar op zichzelf niet voldoende, is kennis omtrent de financiële positie van de cliënt.

WETTELIJKE RENTE EN BOEDELSCHULDEN

Het Gerechtshof Den Haag (Hof Den Haag 11 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:153, JOR 2020/180) stelde zonder prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen vast dat de curator na opzegging van de huurovereenkomst ex artikel 39 Fw geen rente over de boedelschuld was verschuldigd omdat nog onzeker was of een positieve boedel zou resteren. Daarom kan de vertraging niet aan de curator worden toegerekend (art. 6:75 BW), is geen sprake is van verzuim (art. 6:81 BW) en is geen rente verschuldigd (art. 6:119 lid 1 BW).

AFSLUITING

De jurisprudentie op het gebied van het insolventierecht heeft zich ook afgelopen jaar op verschillende onderdelen verder ontwikkeld. De Hoge Raad lijkt de deur ten aanzien van de pre-pack iets open te stellen in weerwil van het Smallsteps-arrest van het Europese Hof van Justitie, een gebeurtenis die we met veel belangstelling volgen. Wij verwachten over dit onderwerp volgend jaar nieuwe rechtspraak. Daarnaast zal de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA), die het mogelijk maakt om via de rechter een onderhands akkoord over schuldsanering op te leggen, op 1 januari 2021 in werking treden. Of - en hoe - de wet het aantal door de coronacrisis te verwachten faillissementen zal beïnvloeden, is nog ongewis. Hoe dan ook ligt voor insolventieadvocaten een spannende tijd in het verschiet.

NOTEN

- 1 Deze Kroniek ziet op alle gepubliceerde uitspraken tot en met de editie 7/8, 2020 van de *Jurisprudentie Onderneming & Recht (JOR)* en de *Rechtspraak Insolventierecht (RI)*.
- 2 De Hoge Raad verwijst daarbij naar zijn eerdere arrest: HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1100, JOR 2018/262.
- 3 Hof Amsterdam van 19 september 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AP2098.
- 4 HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:NL:EU:C:2017:489, JOR 2017/184.
- 5 HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1188, JOR 2015/188.
- 6 HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995, NJ 1990, 661 (*Tiethoff q.q./NMB*).
- 7 HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1488 (*Spaarbank Rivierenland/Gispen q.q.*) en HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1841 (*X/Heijmans*).
- 8 (HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2020:1182, JOR 2017/222)
- 9 HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3654.
- 10 HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758.
- 11 HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, JOR 2012/65 (*Prakke/Gips*).
- 12 HR 2 december 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4705, NJ 1984/306.
- 13 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727.
- 14 Hoge Raad 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419 (*Maclou*).

Luister knul, je hoeft ook van de Hoge Raad met niks of niemand rekening te houden zolang je van niks weet. Zo oud als de wereld: geen vragen stellen, dan blijven de onwetenden zalig...

