

— Kroniek

# Insolventierecht

door **Matthieu Brink, Floris Dix, Dennis Helmons, Jaap van der Meer, Yannick Panhuizen, Bastiaan Rolevink, Bart Smink, Sandra Tijssen-Dellemijn & Suzan Winkels-Koerselman.**  
beeld **Floris Tilanus**

In deze Kroniek behandelen wij de voor de rechtsontwikkeling in het insolventierecht belangrijke uitspraken die in het afgelopen jaar werden gewezen, dan wel in de literatuur werden besproken. De Kroniek sluit hierdoor aan op die van vorig jaar. Ook dit jaar hebben we veel aandacht voor ontwikkelingen in de lagere rechtspraak over de WHOA.

## FAILLISSEMENTS(PROCES)RECHT

Het Hof Amsterdam vernietigde een faillissementsvonnis op de grond dat geen sprake was van de toestand 'opgehouden te zijn met betalen' nu de schuldenaar zogenoemde *'standstill agreements'* had gesloten. In die overeenkomsten werd namelijk bepaald dat de vorderingen tijdelijk niet opeisbaar waren. Daardoor waren er op het moment van toetsing geen opeisbare niet-betaalde schulden (Gerechtshof Amsterdam 21 december 2021 ECLI:NL:GHAMS:2021:3983, *JOR* 2022/51).

In een ander arrest tekende een schuldenaar verzet aan tegen faillietverklaring in appel (Gerechtshof 's-Gravenhage 24 oktober 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2225, *RI* 2023/3). Het hof oordeelde dat de mogelijkheid van verzet bestaat voor degene die niet is verschenen bij de behandeling van zijn faillissementsaanvraag, zodat diegene het recht heeft om zijn belangen in rechte te verdedigen.<sup>1</sup> Voorts wees het hof erop dat voldoening van de vordering van de aanvrager van het faillissement voor de behandeling van het verzet met zich meebrengt dat de aanvrager de bevoegdheid tot het doen van de faillissementsaanvraag wordt ontnomen.<sup>2</sup> Een andere appellant ging in beroep tegen zijn faillietverklaring (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 november 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:10728, *RI* 2022/15). Eén van de grieven was dat het faillissement geen positief gevolg zou hebben en er dus geen noodzaak was om het faillissement voort te zetten. De aanvrager zou derhalve geen redelijk be-

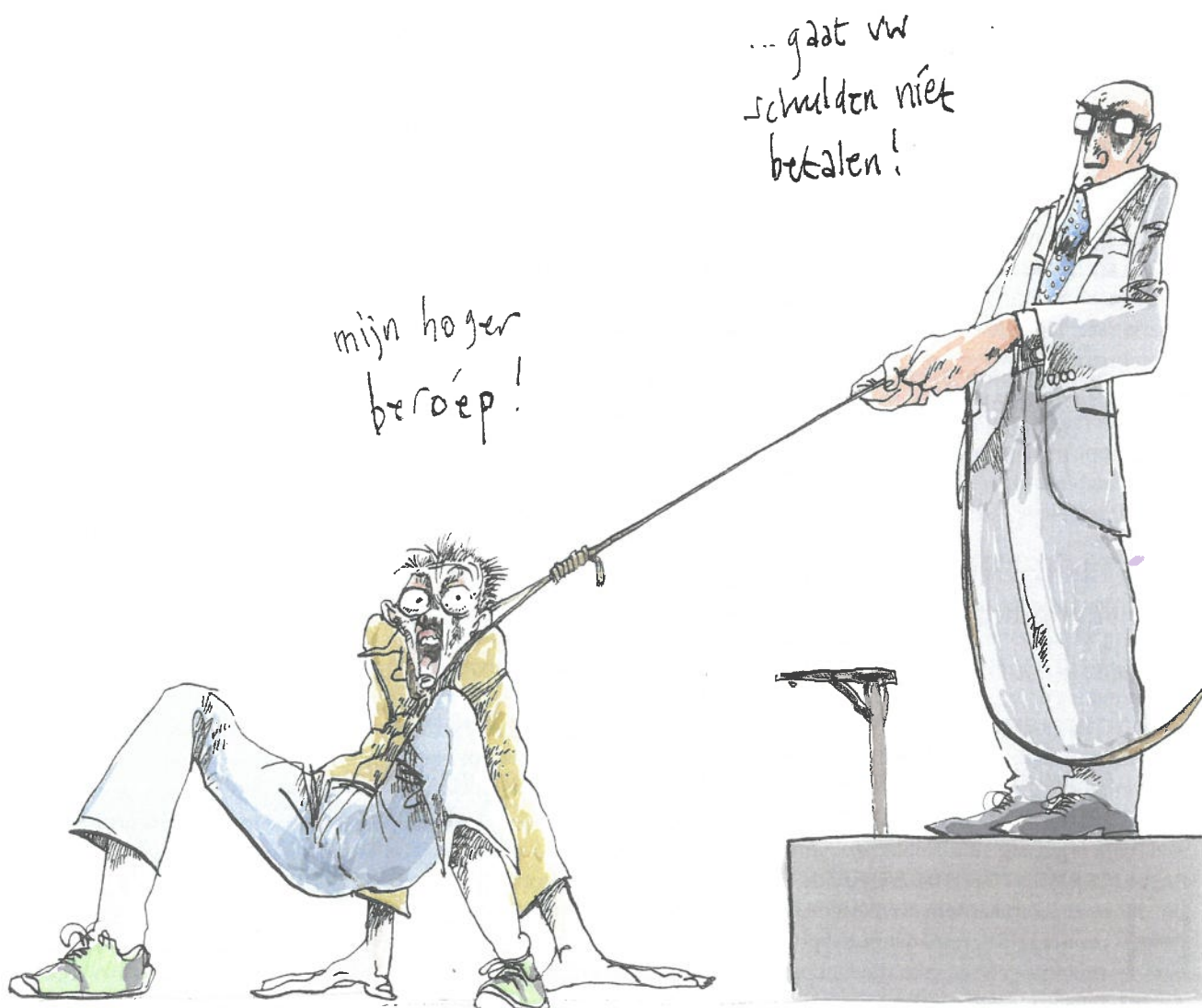
lang hebben. Het hof oordeelde dat het onvoldoende was om het faillissement te vernietigen wanneer tijdens de uitspraak van het faillissement nog geen actief bekend is. Het is immers aan de curator om onderzoek te doen naar de aanwezigheid van vermogen.

De rechtbank liet zich in een andere uitspraak uit over een faillissementsverzoek dat door een gemeente was ingediend (Rechtbank Overijssel 7 september 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2560, *JOR* 2023/21). De rechtbank concludeerde dat het vorderingsrecht van de gemeente – een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis – vaststond. Dat de schuldenaar hoger beroep had ingesteld, veranderde daar niets aan. Het hoger beroep heeft geen schorsende werking ten aanzien van de tenuitvoerlegging van het vonnis. Nu naar het oordeel van de rechtbank ook andere schulden onbetaald waren gelaten, werd het faillissement van de schuldenaar uitgesproken.

## INTERNATIONAAL

### FAILLISSEMENTS(PROCES)RECHT

Het Hof van Justitie EU besliste – in antwoord op prejudiciële vragen van de Rechtbank Midden-Nederland – (onder meer) over de rechtsmacht onder de EEX-verordening om kennis te nemen van een Peeters Gatzten-vordering (HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173). Het hof oordeelde dat artikel 7 lid 2 Brussel I-bis aldus moet worden uitgelegd. Als een vennootschap geen verhaal biedt voor de vorderingen



van haar schuldeisers omdat de grootmoedermaatschappij van de vennootschap haar zorgplicht jegens de schuldeisers van de kleindochter niet is nagekomen, is de rechter in de plaats van vestiging bevoegd om kennis te nemen van een op onrechtmatige daad gebaseerde collectieve schadevordering. De curator in het faillissement van de vennootschap kan deze, in het kader van zijn wettelijke taak tot afwikkeling van de boedel, instellen ten behoeve van, maar niet namens de gezamenlijke schuldeisers.

Dat is niet anders in geval de collectieve belangen van de schuldeisers in het hoofdgeding worden behartigd door een stichting en bij de ingestelde vordering hoeft geen rekening te worden gehouden met de individuele omstandigheden van de schuldeisers. Daarnaast oordeelde het hof dat artikel 4 Rome II aldus moet worden uitgelegd dat het recht dat van toepassing is op de verplichting tot schadeloosstelling uit hoofde van de zorgplicht die rust op de grootmoedermaatschappij van een failliete vennootschap in beginsel het recht is van het land waar deze vennootschap is gevestigd. Dit geldt ook als deze twee vennootschappen een financie-

ringsovereenkomst hebben gesloten waarin een forumkeuze is opgenomen, een omstandigheid waardoor kennelijk nauwere banden met een ander land in de zin van lid 3 van dit artikel kunnen worden vastgesteld.

In een andere prejudiciële beslissing overwoog het Hof van Justitie dat artikel 12 lid 1 onder b Rome I en artikel 13 IVO zodanig moeten worden uitgelegd dat op grond van de Rome I verordening het toepasselijke recht op de betreffende overeenkomst ook de betaling beheerst die een derde op grond van nakoming van die overeenkomst doet in het geval tegen die betaling wordt opgekomen in de faillissementsprocedure op grond van een benadelende handeling jegens de schuldeisers in dat faillissement (HvJ EU 22 april 2021, ECLI:EU:C:2021:315, JOR 2022/128).

Het Hof van Justitie oordeelde voorts dat wanneer een curator in een hoofdinsolventieprocedure de vorderingen die al in deze procedure zijn ingediend aanmeldt, en dat vervolgens ook doet in een secundaire insolventieprocedure, aan de bepalingen betreffende de termijnen voor indiening van vorderingen van schuldeisers is gebonden. Ook is hij gebon-

den aan de gevolgen van tardieve indiening die gelden volgens het recht van de staat waar de secundaire procedure is geopend (HvJ EU, 23 november 2021, ECLI:EU:C:2021:963, *JOR* 2022/72).

## OVEREENKOMSTEN IN FAILLISSEMENT

### Wederkerige overeenkomsten

Als een energiemaatschappij faillieert, wordt het klantenbestand van gefailleerde veelal door de curator verkocht aan een andere energiemaatschappij. Vervolgens krijgen de betrokken klanten van de gefailleerde ongevraagd een nieuw contract met nieuwe voorwaarden en tarieven van de kopende energiemaatschappij. De kantonrechter kwalificeert deze gang van zaken als een oneerlijke handelspraktijk en oordeelt dat de bedragen die in onderhavige procedure werden gevorderd (ter incasso) zijn gebaseerd op een niet-bestaande overeenkomst (Kantonrechter Rechtbank Amsterdam 10 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6001, *JOR* 2023/48).

### Huur

De kantonrechter oordeelde dat de opzeggingsbevoegdheid van artikel 39 Fw niet aan nadere voorwaarden is gebonden (Kantonrechter Rechtbank Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7783, *JOR* 2023/46). De mogelijkheid van een opzegging op grond van artikel 39 Fw moet worden gezien als een vereenvoudigde mogelijkheid om de huur te beëindigen op grond van een (in verband met het faillissement te verwachten) toerekenbare tekortkoming aan de zijde van de huurder. Voor die bevoegdheid tot opzegging is geen plaats indien redelijkerwijs niet te verwachten is dat de huurder zijn verplichtingen niet zal nakomen. Opzegging van de huurovereenkomst kan dan als misbruik van recht worden aangemerkt dan wel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Bijvoorbeeld in een situatie – zoals in deze casus – waarin de huurachterstand gedurende het faillissement niet oploopt.

### Arbeidsovereenkomsten

Bij de doorstart van de in 2019 in staat van faillissement verklaarde vennootschappen Vleems Bakery B.V en Vleems Food B.V. is sprake van een wettelijk geregelde faillissementsprocedure (HR 14 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1446, *RI* 2022/108). De procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Niet de subjectieve bedoelingen van de schuldenaar en het doel van de overdracht van de onderneming (de transactie) zijn bepalend, maar het doel waarop de betrokken procedure is gericht. Er was bij Vleems c.s. sprake van betalingsonmacht en geen sprake van misbruik van de faillissementsaanvraag. Er is een curator benoemd die na een vergelijking van biedingen de transactie tot vervreemding van de ondernemingen is aangegaan, onder toezicht van de rechter-commissaris als overheidsfunctionaris. Er is daarom voldaan aan de faillissementsuitsluiting in artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG.

Het gerechtshof oordeelde dat een ontslag op staande voet dat door de werkgever voor diens faillissement was gegeven onterecht was (Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 oktober 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:3624, *JOR* 2023/49). Het hof overweegt vervolgens dat het verzoek van de werknemer om het gegeven ontslag te vernietigen zich niet leent voor toewijzing, gezien het wettelijk systeem (zie artikel 7:683 lid 3 BW). Herstel van de arbeidsovereenkomst is in de gegeven omstandigheden echter evenmin mogelijk, nu in de visie van de werknemer zelf de arbeidsovereenkomst in ieder geval door de (voorwaardelijke) opzegging door de curator op de voet van artikel 40 Fw rechtsgeldig is geëindigd, hetgeen het hof onderschrijft. In de gegeven omstandigheden wijst het hof bij wege van billijke vergoeding als bedoeld in artikel 7:683 lid 3 BW het reguliere loon toe aan de werknemer. Het hof overweegt nog dat een deel daarvan ter verificatie als bevoorrechte vordering had moeten worden aangemeld en dat de rest als boedelschuld had kunnen worden aangemerkt in het – naar is gebleken – reeds opgeheven faillissement.

## BANK EN ZEKERHEDEN

### Pandrecht

De Hoge Raad (HR 1 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:984, *JOR* 2022/269) maakt duidelijk dat een beding dat de overdraagbaarheid geheel en onvoorwaardelijk uitsluit ook leidt tot onverpandbaarheid. Einde discussie op dit punt; wel leidt dit tot de vraag of dit ook geldt voor beperkt overdraagbare goederen. Denk aan bv-aandelen waarvoor wettelijke of statutaire blokkeringsregelingen gelden. Andersom is eveneens mogelijk, namelijk dat een beding alleen de verpanding uitsluit en niet de overdraagbaarheid. Dit kan via artikel 3:98 jo. 3:83 lid 2 BW bedongen worden.

Bij de rechtbank Overijssel speelde de vraag of een vooruitbetaling op zwemlessen te gelden heeft als een toekomstige of reeds bestaande vordering (Rechtbank Overijssel 16 maart 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2528, *JOR* 2022/191). Deze vraag is van belang voor de pandhouder: is immers sprake van een reeds bestaande vordering, dan heeft zij daarop een pandrecht. De rechtbank zoekt aansluiting bij HR WUH/



Emmerig q.q. en oordeelt dat de vorderingen als toekomstige vordering kwalificeren.<sup>3</sup> Immers, bij het aangaan van de overeenkomst is onduidelijk of de failliet de zwemlessen zal uitvoeren en daarmee zijn tegenprestatie waarvoor de betaling is geschied, zal verrichten. Hierdoor is geen pandrecht gevestigd en kan de pandhouder zich niet verhalen.

#### Fixatiebeginsel

De Duitse bank N26 heeft tijdens een Nederlands faillissement betaalopdrachten in opdracht van de failliet uitgevoerd (Rechtbank Rotterdam 23 februari 2022, ECLI:NLRBROT:2022:1359). De curator vordert afdracht van het bedrag op grond van artikel 23 Fw. De rechter oordeelt dat ongeacht de verweren van N26 dat N26 aan de redelijkheid en billijkheid geen uitzonderingspositie kan ontlenen binnen het systeem van de Faillissementswet die haar tegen de gevolgen van artikel 20 en 23 Fw beschermt. De curator kon overeenkomstig de vaste rechtspraak van de Hoge Raad, naar zijn keuze, de begunstigde van de betaling of de bankinstelling aanspreken ongeacht of zij al dan niet bekend was met het faillissement.<sup>4</sup>

#### Bankgaranties

In een andere casus werd geoordeeld over de vraag of bankgaranties rechtsgeldig waren ingeroepen (Rechtbank Den Haag 22 juli 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:7781, JOR 2023/19). In de bankgaranties was per vergissing een gelieerde vennootschap als debiteur opgenomen die geen partij was bij de onderliggende overeenkomst van de garanties. Daarom bestaat, volgens de rechtbank, de overeenkomst waarnaar

in de bankgaranties wordt verwezen niet, zodat de bankgaranties niet geldig kunnen worden ingeroepen. Immers, de rechtsverhouding waarvoor de bankgaranties zijn gesteld, ontbreekt. Door dit gebrek zijn de bankgaranties, aldus de rechtbank, in feite waardeloos gebleken.

#### Eigendomsvoorbehoud

Wanneer een curator ten behoeve van de pandhouder/bank een voorraad verkoopt, kan het zijn dat zich in die voorraad goederen bevinden die zijn geleverd onder eigendomsvoorbehoud (Rechtbank Amsterdam 23 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1496, JOR 2023/16). Zo ook in deze zaak. Doordat de koper in casu te goeder trouw ex artikel 3:86 BW bleek, werd hij eigenaar van de voorraad en daarmee kwam het eigendomsvoorbehoud van leveranciers te vervallen. Hierdoor kon de leverancier niet langer een goederenrechtelijke vordering instellen, maar enkel een verbintenissenrechtelijke schadevergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking. De pandhouder/bank die zich heeft verhaald op de opbrengsten uit de verkoop is aansprakelijk voor die schade.

#### Uitleg draagplicht van artikel 6:10 BW in concernverhoudingen

De Rechtbank Noord-Nederland stelde prejudiciële vragen aan de Hoge Raad over de draagplicht en het profijtbeginsel bij hoofdelijkheid en regres in artikel 6:10 BW (HR 24 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:295, RI 2023/35).<sup>5</sup> Het antwoord van de Hoge Raad is dat wanneer een lening of krediet is verstrekt aan een vennootschap en een ande-

ik koop altijd heel  
grag partijen op onder  
eigendomsvoorbehoud...



maar alleen  
te goeder trouw...

re (zuster)vennootschap zich hoofdelijk heeft verbonden tot terugbetaling van de lening of het krediet, bij de bepaling van de onderlinge draagplicht en de vraag wie de schuld aangaat, betekenis kan toekomen aan het feit dat de andere (zuster)vennootschap direct of indirect profijt heeft gehad van de lening of het krediet. Alle feiten en omstandigheden van het geval mogen worden betrokken in de rechterlijke oordeelsvorming. Het is aan de feitenrechter om te bepalen welke betekenis en welk gewicht toekomt aan deze feiten en omstandigheden.

## DE CURATOR & DE RECHTER-COMMISSARIS

### Toestemmingsverzoek procederen

Bij de beoordeling van een verzoek van de curator om te mogen procederen moet de rechter-commissaris inschatten in hoeverre dat wenselijk is (Rechtbank Rotterdam, 2 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13374, *RI* 2022/51). Het belang van de boedel is maatgevend, naast dat van een voortvarende afwikkeling van het faillissement. De curator hoopt als boedelschuldeiser dat met de mogelijke opbrengst van de procedure zijn salaris alsnog kan worden uitgekeerd. Een procedure is dan ook niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers, maar hoogstens in dat van de curator. Onder die omstandigheden mocht de rechter-commissaris het verzoek van de curator afwijzen. De rechtbank bekrachtigt de beschikking van de rechter-commissaris. De curator heeft cassatie ingesteld.

### Medewerking en afgifte administratie

In kort geding oordeelde de voorzieningenrechter dat Microsoft de curatoren van Amsterdam Trade Bank, een bank waarvan de Russische moeder Alfabank op de sanctielijst stond, inzage moest geven in de bij haar gevoerde digitale administratie (Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 3 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4452, *JOR* 2022/220). Volgens de rechter was die inzage niet in strijd met sanctiewetgeving uit de VS of EU.

### Recofa-richtlijnen

De Hoge Raad oordeelde dat de Recofa-richtlijnen geen recht in de zin van artikel 79 RO vormen (HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1093, *JOR* 2022/272).<sup>6</sup> De Recofa-richtlijnen zijn namelijk niet vastgesteld door een instantie die de bevoegdheid heeft rechters te binden.<sup>7</sup> Dit betekent dat een rechter-commissaris in een faillissement van een natuurlijk persoon voor de vaststelling van het vrij te laten bedrag kan aansluiten bij de berekeningswijze zoals vermeld in artikel 3.7 van de Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen. Een gefailleerde kan dit niet in rechte afdwingen.

### Artikel 69 Fw-verzoek

Een schuldeiser van een failliet deed een verzoek ex artikel 69 Fw aan de rechter-commissaris om de curator te bevelen gerechtelijke stappen tegen de oud-bestuurder te nemen (Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 september 2021,

ECLI:NL:GHSHE:2021:2974, *JOR* 2022/45). De rechter-commissaris wees dit verzoek af en daar werd geen hoger beroep tegen ingesteld. Later voert de curator alsnog een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure maar de vordering wordt in twee instanties afgewezen. De schuldeiser heeft vervolgens wederom verzocht om de curator alsnog te bevelen een andere procedure te starten. Dat is wederom afgewezen en daartegen is beroep ingesteld ex artikel 67 Fw. Dat beroep is verworpen door de rechtbank. Tegen deze beslissing is hoger beroep ingesteld bij het Hof Den Bosch. Het Hof Den Bosch verklaart de schuldeiser niet-ontvankelijk, omdat het gesloten stelsel van de Faillissementswet niet voorziet in een hoger beroep tegen een hoger beroep.

### Delen informatie door curator met derden

Een (oud-)curator doet er goed aan om informatie over een failliet die hij onder zich heeft niet zomaar aan derden te verstrekken (Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 18 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1196, *JOR* 2023/161). Enkel op grond van een wettelijke verplichting dan wel op grond van een vonnis van de rechter zou een (oud-)curator hier medewerking aan moeten verlenen. In kort geding oordeelt de voorzieningenrechter of met succes een beroep gedaan kan worden op artikel 843a Rv op grond van de vier vereisten, namelijk (i) er is sprake van een rechtmatig belang bij de informatie, (ii) het gaat om bepaalde bescheiden, (iii) de informatie ziet op een rechtsbetrekking waarbij eiseres partij is en (iv) de informatie staat ter beschikking of is onder berusting van degene tegen wie het verzoek is gericht. Aan deze eisen is voldaan, aldus de voorzieningenrechter. Wel moet rekenschap worden gegeven aan de belangen van de curator. Zo worden de gemoede kosten aan de zijde van de voormalig curator vergoed en dient hij onder meer een vrijwaring te krijgen voor claims van derden voor zover deze claims op directe of indirecte wijze samenhangen met het verstrekken van het databestand.

## ONREGELMATIGHEDEN

### Matiging bij bestuurdersaansprakelijkheid

In een arrest van de Hoge Raad van mei 2022 (HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691) oordeelt de Hoge Raad dat 'zowel uit de tekst als uit de parlementaire geschiedenis van art. 2:248 lid 4, eerste volzin, BW blijkt dat de gronden voor vermindering van het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn, in deze bepaling limitatief zijn opgesomd'. Op grond van de tweede volzin van lid 4 kan slechts op één grond individueel gematigd worden, namelijk als het bedrag van de aansprakelijkheid van een individuele bestuurder de rechter bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijk taakvervulling plaatsvond. Wellicht dat hiermee bestuurders die weliswaar onbekwaam of nalatig zijn geweest, maar die zich niet bezondigd hebben aan 'schurkerij', (gedeeltelijk) kunnen ontsnappen aan de gevolgen van onbehoorlijk bestuur. In een later arrest verwijst de Hoge

Raad naar de bovenstaande uitspraak (Hoge Raad 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:635) en wordt nadere invulling aan de matigingsgrond van artikel 2:248 lid 4 BW gegeven. Volgens de Hoge Raad kan de rechter matiging toepassen wanneer het boedeltekort niet groter is dan de door de onbehoorlijke taakvervulling veroorzaakte schade. Daarbij kan de rechter eventueel door bestuurders genoten persoonlijk voordeel in aanmerking nemen bij de beoordeling of matiging wordt toegepast.

### Schadebepaling

Het hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde over een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid wegens onrechtmatig handelen door overdracht aan activa tegen een te lage prijs aan een vennootschap met dezelfde (indirect) bestuurder (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:2977, *JOR* 2022/252). De schade die gefailleerde en haar schuldeisers hebben geleden en waarvoor de wederpartijen aansprakelijk zijn, moet worden vastgesteld door middel van een vermogensvergelijking. Daarbij moet de situatie die door en onmiddellijk na de overdracht van het bedrijf van gefailleerde is ontstaan, vergeleken worden met de situatie die zou hebben bestaan in het geval die overdracht niet zou hebben plaatsgevonden. Uitgegaan wordt daarbij van het meest waarschijnlijke scenario dat zich in dat geval zou hebben voltrokken. Het hof overweegt dat, gelet op de matige resultaten die met het bedrijf van gefailleerde werden behaald, het bedrijf vermoedelijk niet zou zijn voortgezet en haar activa vanuit een faillissement zouden zijn verkocht. Dat betekent dat voor de waarde van die activa moet worden uitgegaan van de liquidatiewaarde en dat voor de goodwill en lopende contracten vermoedelijk geen opbrengst zou zijn gerealiseerd.

### VORDERINGEN IN FAILLISSEMENT

#### Renvooi

De Hoge Raad oordeelde dat een wijziging van eis in een renvooiprocedure toelaatbaar is zolang die wijziging binnen de grenzen blijft van hetgeen partijen ten overstaan van de rechter-commissaris verdeeld hield (Hoge Raad 8 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1057, *JOR* 2022/270). Hierbij is geen scherpe grens wenselijk nu bij het indienen van de vordering als bij betwisting een summier opgave gebruikelijk is.

#### Loongarantieregeling

In een ander arrest speelde het volgende. UWV verrichtte over de gehele opzegtermijn betalingen aan de ontslagen werknemers, ook over de periode na indiensttreding bij de doorstarter (HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823, *JOR* 2022/246). Volgens de Hoge Raad heeft een werknemer geen aanspraak op de loongarantieregeling door UWV vanaf in-

diensttreding bij de doorstarter. De werknemer is dan immers niet bereid arbeid te verrichten bij failliet en dit komt niet voor rekening van failliet. De Hoge Raad merkt op dat de wetswijziging van 1 januari 2020 (in deze zaak draaide het om oud recht) hierop geen inhoudelijke verandering beoogt.

### NOW en TOGS

In een andere kantonzaak bleek de NOW-subsidie en TOGS-subsidie verpand aan de bank, die de bedragen vervolgens verrekende in rekening-courant (Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland 30 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1261, *JOR* 2022/239). De aard van de NOW-subsidie verzet zich tegen overdraagbaarheid, hetgeen bij de TOGS-subsidie niet het geval is. Volgens de kantonrechter zit dit onderscheid in de begunstigde van de subsidies: NOW-subsidie dient om werknemers te betalen, TOGS-subsidie komt toe aan de onderneming. Hierdoor is de TOGS-subsidie verpand, waardoor de bank aldus kan verrekenen conform HR Mulder q.q./CLBN. NOW-subsidie is niet verpand, volgens de rechtbank was de bank echter wel te goeder trouw waardoor zij alsnog kon verrekenen.<sup>8</sup>

### Erfpachtcanon

In een zaak bij het gerechtshof lag de vraag voor of de tijdens het faillissement opeisbaar geworden erfpachtcanon een boedelschuld is (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 oktober 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:8502, *JOR* 2023/23). Onder verwijzing naar de uitspraak Koot Beheer/Tideman q.q.<sup>9</sup> oordeelt het hof dat hiervan geen sprake is. Allereerst ontbreekt er een wettelijke bepaling om de verplichting tot het betalen van erfpachtcanon tijdens faillissement aan te merken als boedelschuld. Daarnaast is er volgens het hof geen sprake van een schuld die door de curator in zijn hoedanigheid is aangegaan. Dat de curator aan de erfverpachter in het kader van een boedelfinanciering had gevraagd om de erfpacht in stand te houden, maakt dit niet anders. Tot slot is de canonbetalingsverplichting, nu dit een kwalitatieve verbintenis is, geen verplichting die na een faillissement op de curator q.q. komt te rusten, maar op de erfverpachter in die hoedanigheid.

### WET HOMOLOGATIE ONDERHANDS AKKOORD Achterstallige pensioenpremies

De Hoge Raad is via een prejudiciële procedure de vraag gesteld of achterstallige pensioenpremies binnen de reikwijdte van artikel 369 lid 4 Fw vallen (HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:328, *JOR* 2022/163). Kunnen deze schulden via de WHOA geherstructureerd worden? Het antwoord van de Hoge Raad daarop is: nee. De Hoge Raad beantwoordt de vraag van de rechtbank met de constatering dat een vor-

dering van achterstallige premies van een bedrijfstakpensioenfonds tegen de werkgever voortvloeit uit het recht van de werknemer tegen de werkgever op betaling van die premies aan het bedrijfstakpensioenfonds. Dat recht volgt uit een arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 BW en wordt beschermd door de Herstructureringsrichtlijn. Daarom kan deze vordering niet via de WHOA geherstructureerd worden.

### Voorstemmende klasse niet 'in the money'

In deze zaak heeft de klasse waarin de bank is ingedeeld tegengestemd (Rechtbank Amsterdam, 28 juni 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:3855, RI 2022/111). Geen van de voorstemmende klassen zijn 'in the money' bij vereffening van het vermogen in faillissement. Hiermee is niet voldaan aan de voorwaarde van artikel 383 lid 1 Fw. Ten overvloede overweegt de rechtbank dat het akkoord op een zodanig moment moet worden aangeboden dat het voor de schuldeisers nog mogelijk is om een vergelijking te maken met de uitkomsten in geval van vereffening van de onderneming in faillissement. Als activa al zijn verkocht en de onderneming is gestaakt op het moment dat het akkoord wordt aangeboden, zijn de schuldeisers voor een voldongen feit gesteld en kunnen zij geen invloed (meer) op het akkoord uitoefenen. Een dergelijke handelwijze verstaat zich niet met de systematiek van de Faillissementswet en in het bijzonder de WHOA.

### Lopende procedures

In een WHOA-procedure kan de rechtbank op grond van artikel 379 Fw zodanige voorzieningen treffen als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders nodig acht (Rechtbank Gelderland 31 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3062, RI 2022/93). Het schorsen van lopende procedures is een te vergaande voorziening die niet past in het kader van artikel 379 Fw, zo oordeelt de rechtbank.

### Afkoelingsperiode

Om een liquidatieakkoord tot stand te brengen is een 'plus' noodzakelijk (Rechtbank 's-Gravenhage 25 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3956, JOR 2022/244). De Rechtbank Den Haag oordeelde dat deze 'plus' volgt uit de aannemelijkheid dat een liquidatieakkoord een grotere executiewaarde kan creëren dan een faillissement, doordat een faillissement mogelijk kan leiden tot intrekking van de groothandelsvergunning op grond van de Geneesmiddelenwet. Om de huidige voorraad te verkopen en openstaande schulden te innen en daarmee de 'plus' te verwezenlijken, acht de rechtbank, gelet op de dreigende faillissementsaanvraag van een schuldeiser, een afkoelingsperiode noodzakelijk. Achteraf blijkt de grootste schuldeiser niet mee te werken

aan het akkoord, waardoor de vennootschap failliet alsnog wordt verklaard.

Tijdens een ander WHOA-traject verzocht een onderneming om een afkoelingsperiode. Deze werd tijdelijk toegewezen, maar partijen moesten wel nog afspraken maken over het krijgen van toereikende vervangende zekerheid voor de Rabobank als pandhouder en over het benutten van de kredietruimte (Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:166, JOR 2022/155). Rabobank en de onderneming hebben in een akte een betaalsysteem afgesproken waaruit volgt dat de zekerheids-/schuldenpositie van de Rabobank op 5 november 2021 leidend is, deze niet verslechtert gedurende het traject en partijen tweewekelijks een budget vaststellen. Deze afspraak wordt door de rechtbank als afdoende bestempeld en de afkoelingsperiode wordt afgekondigd.

In een ander WHOA-traject verzocht de verzoekster aan de rechtbank om een voorziening te treffen inhoudende dat een schuldeiser weerhouden wordt om tijdens de afkoelingsperiode de stemrechten op de aandelen in verzoeker uit te oefenen, omdat het uitoefenen van het stemrecht tot een door kruising van de afkoelingsperiode zou leiden (Rechtbank Amsterdam 25 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1876, JOR 2022/101). Schuldeiser wil namelijk het bestuur en de raad van commissarissen ontslaan en vervangen, wat als een verhaalsactie gezien moet worden. De rechtbank is het hiermee eens en bepaalt dat schuldeiser gedurende de afkoelingsperiode het stemrecht op de aandelen in verzoeker niet kan uitoefenen.

### Aspectenverzoek

Verzoekers hebben een aspectenverzoek bij de rechtbank ingediend met de vraag of Interpolis een dwangcrediteur onder de WHOA was (Rechtbank Limburg 21 juni 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:4990, JOR 2022/292). Verzoekers wilden namelijk Interpolis met voorrang volledig voldoen en met de restantgelden de andere schuldeisers, waaronder de Belastingdienst, afbetalen, waardoor die minder ontvingen. Verzoekers meenden dat Interpolis een dwangcrediteur was omdat Interpolis zonder volledige betaling de verzekeringen zou royeren. Na royement zouden zij onverzekerbaar zijn. Dat hebben verzoekers echter onvoldoende gemotiveerd en bewezen. De Belastingdienst wordt in zijn belang geschaad, omdat de Belastingdienst in het voorgelegde akkoord minder van zijn vordering krijgt dan in het geval dat de schuld aan Interpolis niet was voldaan. Interpolis was geen dwangcrediteur, aldus de rechtbank.

Aan de Rechtbank Amsterdam werd een aspectenverzoek (artikel 378 Fw) voorgelegd over de klassenindeling van concurrente schuldeisers die ook aandeelhouder zijn (Rechtbank Amsterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7643,

RI 2022/35). In een overweging ten overvloede oordeelde de rechtbank dat als deze schuldeisers/aandeelhouders in beide klassen stemmen ('cross-holdings') zij in twee klassen invloed kunnen uitoefenen op het aannemen van het akkoord. Zij hebben dus een voordeel ten opzichte van andere schuldeisers die niet over deze dubbele positie beschikken. Bij de homologatie van het akkoord zal aan de orde komen of de stemuitslag ook het resultaat is van het gegeven dat binnen een klasse sprake is van partijen met tegenstrijdige belangen. Hoewel de rechtbank vindt dat de klassenindeling formeel voldoet aan de wettelijke eisen, zou er voor de schuldenaar die het akkoord aanbiedt daarom aanleiding kunnen zijn een andere klassenindeling te hanteren.

De rechtbank overwoog voorts in het kader van een aspectenverzoek (artikel 378 Fw) een aantal voor de WHOA-praktijk belangrijke vragen (Rechtbank Midden-Nederland 31 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1329, JOR 2022/240). De eerste vaststelling is dat voor het bepalen van het geseceurreerde deel van de vordering van Rabobank mag worden uitgegaan van een waardering van de verpande zaken op basis van een doorstartscenario. De waarde van die zaken ligt dan in het midden tussen de getaxeerde liquidatiewaarde en de onderhandse verkoopwaarde. De tweede vaststelling is dat op basis van artikel 136 Fw de schuldeiser zijn vordering, waaraan de schuldenaren die een akkoord hebben aangeboden zich hoofdelijk hebben verbonden, die vordering in alle akkoorden voor het volledige bedrag te gelde kan maken totdat zijn vordering volledig is voldaan. Een derde vaststelling is dat als bestaande aandeelhouders een deel van het akkoord financieren en daardoor een deel van het aandelenbelang behouden dat een redelijke grond is voor afwijking van de wettelijke rangorde. Voorwaarde is wel dat de waarde die de aandeelhouder inbrengt nieuw en substantieel is, op geld waardeerbaar en noodzakelijk voor een succesvolle reorganisatie. Ook moet de inbreng in redelijke verhouding staan tot de aandelenwaarde die wordt verkregen of behouden. De rechtbank heeft nog geen eenduidig antwoord op de vraag of Rabobank ten aanzien van het concurrente deel van haar vordering in het akkoord aanspraak kan maken op een uitkering in geld (artikel 384 lid 4 sub c Fw) en is voornemens daarover prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen.

### Homologatie

De schuldenaar van de vorige uitspraak nam de overweging ten overvloede van de rechtbank ter harte en wijzigde de klassenindeling in een aparte klasse voor concurrente schuldeisers die ook aandeelhouder zijn en een klasse alleen voor externe schuldeisers (Rechtbank Amsterdam 28 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:886, JOR 2022/189). De Amsterdamse rechtbank homologeerde het akkoord ondanks bezwaren van een schuldeiser dat hij beter af zou zijn in een faillissement ('Best interest of creditors', artikel 384 lid 3 Fw). Een curator zou namelijk een artikel 2:248 BW-procedure kunnen starten en een *actio pauliana* kunnen in-

stellen (artikel 42 Fw). De rechtbank gaat hier niet in mee omdat voldoende aannemelijk is dat de COVID-pandemie en plotselinge opeising van langlopende financieringsverplichtingen het faillissement hebben veroorzaakt. Ook de *actio pauliana* legt de rechtbank naast zich neer omdat het daarmee gemoeide bedrag van € 9.000 niet opweegt tegen het door de Rabobank voor het akkoord beschikbaar gestelde bedrag van € 47.000. Een schuldeiser had ook bezwaar gemaakt tegen de afwijking van de 'absolute priority rule' (artikel 384 lid 4 sub b Fw) door onder meer de juistheid van de reorganisatiewaarde te bestrijden. Ondanks dat aandeelhouders een derde van hun rechten behouden en crediteuren niet volledig worden voldaan, homologeert de rechtbank het aangeboden akkoord vanwege de onvoldoende gemotiveerde betwisting van die reorganisatiewaarde.

Tijdens een WHOA-traject homologeerde de rechtbank een akkoord van een vennootschap onder firma dat alleen betrekking had op de zakelijke schuldeisers van de vof en niet de privéschuldeisers van de vennoten (Rechtbank Oost-Brabant 22 november 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:5331, JOR 2023/51). Door een in het akkoord opgenomen opschortende voorwaarde en derdenbeding werd ook finale kwijting verleend aan de vennoten in privé. De rechtbank constateerde dat in het akkoord hiervoor een derdenbeding ex artikel 6:253 BW is opgenomen ten behoeve van de vennoten in privé. De fiscus nam genoegen met hetzelfde uitbetalingspercentage als de concurrente crediteuren, anders dan voorheen het dubbele percentage.

### NAWOORD

Ook de afgelopen periode zien wij dat de lagere rechtspraak steeds meer invulling geeft aan de WHOA. Het blijft een interessante ontwikkeling. Verder staat de ontwikkeling op het gebied van het overige insolventierecht niet stil, maar blijft het vooral nog ook nog wachten op een stijging van het aantal faillissementen.

**– De auteurs zijn allen werkzaam bij Turnaround Advocaten.**

### Noten

1. HR 20 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1992, NJ 1993/350.
2. HR 8 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:193, JOR 2010/311.
3. HR 30 januari 1997, NJ 1997/390 (WVU/Winnings o.p.).
4. Zie HR 25 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AV0650, JOR 2003/220 (Rijk/jaar o.p./Rabobank).
5. Rb. Noord-Nederland 15 juni 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:3480, JOR 2023/43.
6. Vgl. HR 27 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:EB069, NJ 2010/27 en HR 1 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:Z30400, NJ 1992/30.
7. Vgl. HR 9 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:524, RvdV 2022/350.
8. HR 7 oktober 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC0157 (AMRO/Ordevoer 77-B) en HR 30 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:12 (Doyer & Rijk).
9. HR 10 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:105, JOR 2010/224.