

KRONIEK INSOLVENTIERECHT

In deze Kroniek worden alle voor de rechtsontwikkeling belangrijkste nieuwe arresten uit de tweede helft van 2018 en de eerste helft van 2019 van de Hoge Raad en voor de praktijk relevante lagere rechtspraak behandeld.¹

DOOR / JAAP VAN DER MEER, FLORIS DIX, SUZAN WINKELS-KOERSELMAN, MARK SCHOLLEN, BASTIAAN ROLEVINK, MURIËLLE VAN DER PLAS, SANDRA TIJSSEN-DELLEMIJN & DANIËLLE KRIST

FAILLIETVERKLARING

De vraag of aan het pluraliteitsvereiste is voldaan als zowel een vordering van de staat uit hoofde van een bestuurlijke boete als een vordering van de Ontvanger onbetaald wordt gelaten, wordt door de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2018:1988) ontkennend beantwoord. De voor een faillietverklaring geldende eis dat summierlijk blijkt van een steunvordering wordt gesteld omdat het faillissement ten doel heeft het vermogen van de schuldenaar te verdelen onder zijn gezamenlijke schuldeisers. Met dat doel strookt niet de faillietverklaring van iemand die slechts één schuldeiser heeft. Onder schuldeiser valt in de Faillissementswet te verstaan een natuurlijk persoon of een rechtspersoon. De staat bezit rechtspersoonlijkheid (art. 2:1 lid Burgerlijk Wetboek, BW). Organen en onderdelen van de staat, waaronder tot de staat behorende bestuursorganen, bezitten geen rechtspersoonlijkheid. De vermogensrechtelijke gevolgen van een handeling van zo'n orgaan of onderdeel treffen de staat. Vorderingen van organen en onderdelen van de staat die geen rechtspersoonlijkheid bezitten, zoals de Ontvanger en de Belastingdienst, hebben voor de toepassing van de Faillissementswet te gelden als vorderingen van een en

dezelfde schuldeiser, de staat. Er is geen grond om hierop een uitzondering te maken voor organen of onderdelen van de staat die organisatorisch, budgettair of begrotingstechnisch in vergaande mate zelfstandig zijn.

Bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2018:11327) lag de vraag voor of naast de vereffenaar ook een schuldeiser kan verzoeken om het faillissement uit te spreken van een rechtspersoon in liquidatie (ex art. 2:23a lid 4 BW). Argument van de vereffenaar was onder meer dat eerst de vereffening afgewacht moest worden. Indien en voor zover de vereffenaar zou vaststellen dat de schulden de baten zouden overtreffen, zou het uitsluitend aan de vereffenaar zijn om het faillissement aan te vragen. Het hof oordeelt echter dat ook op verzoek van een schuldeiser het faillissement kan worden uitgesproken als summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn en daarnaast aan de overige vereisten voor faillietverklaring ex artikel 1 (Faillissementswet, Fw) en artikel 6 lid 3 Fw is voldaan.

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (ECLI:NL:GHSHE:2018:3695) bevestigt dat, gezien de aard van het faillissement – dat van openbare

orde is en waarbij ook belangen van derden zijn betrokken – en gezien het gesloten rechtsmiddelenstelsel in het kader van de procedure tot faillietverklaring (artt. 8 t/m 12 Fw), het bijzondere rechtsmiddel van herroeping niet openstaat tegen een vonnis tot faillietverklaring. Het hof verwijst naar de uitspraken van de Hoge Raad van 9 december 1983², 7 maart 2003,³ 1 oktober 2004⁴ en de conclusie van AG mr. Rank-Berenschot van 20 april 2018.⁵ Gerechtshof 's-Hertogenbosch (ECLI:NL:GHSHE:2019:2920) acht een faillissementsaanvraag op basis van betwiste facturen of facturen waarvan uitleg is gevraagd niet de geëigende weg om een vordering betaald te krijgen. Het hof is van oordeel dat sprake is van misbruik van recht of bevoegdheid, door in de gegeven omstandigheden een onevenredig zwaar middel (een faillissementsaanvraag) in te zetten, terwijl er juist in deze zaak een goed juridisch alternatief was in de vorm van het entameren van een bodemzaak en eventueel beslaglegging. De aanvrager wordt veroordeeld in de proceskosten en de faillissementskosten.

IPR

Het Hof van Justitie EU (ECLI:EU:C:2018:398) bepaalde wat de gevolgen zijn voor een vóór

Jaap van der Meer, Floris Dix, Suzan Winkels-Koerselman, Mark Schollen, Bastiaan Rolevink, Muriëlle van der Plas, Sandra Tijssen-Dellelijn en Daniëlle Krist zijn allen werkzaam bij Turnaround Advocaten in Best.

de opening van een insolventieprocedure aanhangige rechtsvordering tot betaling van een geldsom uit hoofde van een dienstverleningsovereenkomst. Die worden niet beheerst door de 'lex concursus' van het land waarin die insolventieprocedure is geopend (art. 4 lid 2 onder f IVO I/art. 7 lid 2 onder f) maar uitsluitend door het recht van het land waarin de procedure aanhangig is (art. 15 IVO), de 'lex fori processus'. Het hof schakelde daarmee een dergelijke rechtsvordering gelijk met lopende rechtsvorderingen 'betreffende een goed of recht waarover de schuldenaar het beheer en de beschikking heeft verloren' in de zin van artikel 15 IVO.

Het Hof van Justitie wees ook twee belangwekkende arresten over de al of niet exclusieve rechtsmacht van de rechters van het land waarin de insolventieprocedure is geopend. Zo besliste het hof dat de rechter van het land waarin de insolventieprocedure is geopend exclusief bevoegd is om een uitspraak te doen over een door de curator ingeroepen faillissementspauliana gericht tegen een verweerder in een andere lidstaat. De curator kan er dus niet voor kiezen die procedure bij een rechter in die andere lidstaat aanhangig te maken (ECLI:EU:C:2018:902).

Dat is anders bij een door de curator ingestelde 'Peeters/Gatzen'-vordering. Een dergelijke op onrechtmatige daad gebaseerde vordering valt uitsluitend binnen de werkingssfeer van de EEX-verordening (Brussel I) omdat die niet voortvloeit uit een specifieke regel van het insolventierecht maar is gebaseerd op het gemene burgerlijke en handelsrecht (ECLI:EU:C:2019:96).

De Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2019:688) stelde vast dat een rechtsvordering van een schuldeiser/bank uit hoofde van een positieve/negatieve hypotheekverklaring jegens een schuldenaar om hypotheekrechten op het onroerend goed van die schuldenaar te laten vestigen niet bij uitsluiting aanhangig moet worden gemaakt bij het gerecht van de

lidstaat waar het onroerend goed is gelegen (art. 24 lid 1 Brussel – bis, EU Verordening no. 1215/2012). Dat geldt wel bij rechtsvorderingen waarin het eigendom of bezit van zakelijke rechten met betrekking tot het onroerend goed een rol speelt, maar niet met betrekking tot een rechtsvordering tot nakoming van een persoonlijk recht jegens de schuldenaar uit hoofde van zo'n positieve/negatieve hypotheekverklaring. Het in die hypotheekverklaring gekozen forum van een gerecht in een andere lidstaat dan waarin het onroerend goed is gelegen, was derhalve bevoegd.

De Hoge Raad deed ook een baanbrekende uitspraak in de zaak-Yukos waarin hij overwoog dat het in Rusland uitgesproken faillissement van Yukos Oil op basis van het commune internationaal privaatrecht niet kon worden erkend wegens strijd met de openbare orde (ECLI:NL:HR:2019:54). Belangwekkend was dat de Hoge Raad een oordeel gaf over de in Rusland gevolgde fiscale procedures en aanslagen op basis waarvan het faillissement van Yukos Oil in Rusland was uitgesproken. De Russische partij in de cassatieprocedure Promneftstroy had aangevoerd dat deze fiscale procedures, waarvan de uitspraken in kracht van gewijsde waren gegaan, de faillietverklaring van Yukos Oil niet konden besmetten. De Hoge Raad ging daarin niet mee en oordeelde dat schendingen van de Russische belastingrechtelijke regels juist het oogmerk hadden om het faillissement van Yukos Oil uit te lokken. Dat de fiscale uitspraken in Rusland in kracht van gewijsde waren gegaan, deed daar niet aan af. Op de vraag welk recht van toepassing was op een borgtochtovereenkomst waarin geen expliciete rechtskeuze werd gemaakt, oordeelde de Rechtbank Oost-Brabant dat artikel 3 van het Rome I-verdrag van toepassing is. Bij de beoordeling of een stilzwijgende rechtskeuze is gemaakt, dient de rechter terughoudend te oordelen. Dat de overeenkomst in het Duits, door een

Duitse advocaat en in Duitsland is opgesteld en ondertekend, impliceert geen stilzwijgende rechtskeuze. De Duitse rechtsfiguren genoemd in de overeenkomst bestaan ook in het Nederlandse recht. Er dient derhalve te worden gekeken waar de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten haar gewone verblijfplaats heeft. Dat was in dit geval Nederland, zodat Nederlands recht van toepassing is (ECLI:NL:RBOBR:2019:82).

VERREKENING

In het arrest van de Hoge Raad van 21 juni 2019 (ECLI:NL:HR:2019:995) is de vraag aan de orde of de pandhouder de huurpenningen verschuldigd vanwege een bodemverhuurconstructie kan verrekenen op grond van artikel 53 Fw of dat het arrest-Tiethoff q.q./NMB⁶ daaraan in de weg staat. Gelet op de karakteristieken van de bodemverhuurconstructie vormt 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 van de gelijkheid van de schuldeisers als bedoeld in het arrest-Tiethoff q.q./NMB. 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.

In zijn arrest van 15 maart 2019 (ECLI:NL:HR:2019:377) bepaalt de Hoge Raad dat geen verrekening met een tegenvordering – die na toekenning van de schone lei in een natuurlijke verbintenis is omgezet – mogelijk is. De ratio van



de WSNP-regeling staat analoge toepassing van artikel 6:131 lid 1 BW namelijk in de weg.

PROCESRECHT

In de casus die ten grondslag ligt aan het arrest van de Hoge Raad van 28 september 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1799) heeft de rechter-commissaris het verzoek van een schuldeiser aan de rechter-commissaris (op grond van art. 69 Fw) om de curator te verbieden de activa en de onderneming onderhands te verkopen aan een aan gefailleerde gelieerde partij afgewezen en machtiging verleend aan de curator voor de onderhandse verkoop. In het hoger beroep heeft de rechtbank de schuldeiser niet-ontvankelijk verklaard op grond van artikel 67 lid 1 Fw. In cassatie overweegt de Hoge Raad dat de uitsluiting van hoger beroep in artikel 67 lid 1, derde volzin, Fw in verbinding met artikel 176 lid 1 Fw uitsluitend ziet op de procedure waarin de curator toestemming heeft verzocht om tot onderhandse verkoop van goederen over te gaan en de rechter-commissaris die toestemming heeft verleend. Deze uitsluiting heeft dus geen betrekking op het geval dat een schuldeiser opkomt tegen de handeling waartoe de curator het voornemen heeft, zelfs als de curator eerder toestemming van de rechter-commissaris zou hebben verzocht en verkregen voor onderhandse verkoop. Daarnaast overweegt de Hoge Raad

nog dat een proceskostenveroordeling in procedures ingevolge de Faillissementswet mogelijk is en het aan het inzicht van de betrokken rechter is overgelaten of hij in het gegeven geval tot een zodanige veroordeling aanleiding vindt.

In het arrest van HR 30 november 2018 (ECLI:NL:HR:2018:2220) beslist de Hoge Raad positief op een verzoek van curatoren in het faillissement van vastgoedondernemer Roger Lips om de cassatieprocedure te schorsen teneinde de bewindvoerder c.q. de curator van diens echtgenote ex artikel 27 Fw op te mogen roepen. Zij was namelijk gedurende het hoger beroep toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling en is gedurende het cassatieberoep failliet verklaard. Artikel 27 Fw bepaalt dat een procespartij tegen wie een rechtsvordering is ingesteld door een partij die gedurende het geding failliet wordt verklaard om schorsing van het geding kan vragen. Dit met als doel om de curator op te roepen tot overneming van het geding. Neemt de curator het geding niet over, kan de gefailleerde zelf verder procederen mits zij zekerheid kan bieden voor een eventuele proceskostenveroordeling. Als dit laatste niet het geval is, kan gedaagde ontslag van instantie vragen.

In hetzelfde faillissementsdossier wordt door de bestuurster verzet ingesteld tegen de op eigen aangifte uitgesproken faillietverklaring van een vennootschap. Tijdens het hoger beroep tegen de afwijzing van het verzet wordt de bestuurster zelf failliet verklaard. Haar curatoren geven aan dat zij de procedure ex artikel 27 lid 3 Fw overnemen en de bezwaren daartegen wijst het hof af. De Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2018:1100) verklaart de bestuurster niet-ontvankelijk. Indien de curator van zijn in artikel 27 lid

3 Fw neergelegde bevoegdheid tot overneming van het geding gebruik maakt, wordt hij van rechtswege partij in plaats van de gefailleerde. Het oordeel van het hof dat de curatoren op de voet van artikel 27 lid 3 Fw het geding in hoger beroep hebben overgenomen van de failliet, houdt tevens de vaststelling in dat zij buiten het geding is gesteld. Dat is een beslissing die, omdat zij ingrijpt in de rechten en belangen van failliet, dient te worden aangemerkt als een uitspraak waartegen voor haar in beginsel een rechtsmiddel openstaat. De uitspraak van het hof houdt voor haar het einde in van het door haar ingestelde hoger beroep tegen de faillietverklaring van de vennootschap. De uitspraak heeft ten opzichte van haar dan ook te gelden als een einduitspraak. Deze einduitspraak moet ten opzichte van haar op een lijn worden gesteld met een uitspraak zoals bedoeld in artikel 12 lid 1 Fw waarbij een hoger beroep van haar ongegrond is geoordeeld.⁷ Tegen die uitspraak staat dan ook cassatieberoep open. Dat cassatieberoep kan de failliet zelf, buiten bezwaar van de boedel (in haar eigen faillissement) instellen. Ingevolge artikel 12 Fw kan gedurende acht dagen na de dag van de uitspraak beroep in cassatie worden ingesteld. In dit geval was het cassatieberoep te laat ingesteld en was er geen sprake van een verschoonbare termijnoverschrijding. In hetzelfde dossier Lips vordert de curator van LCG Canada Financial Products 1 B.V. incidenteel om een verplichting aan echtgenote op te leggen tot het stellen van zekerheid voor proceskosten. De curator had als vereffenaar eigen aangifte gedaan van faillietverklaring van LCG Canada Financial Products 1 B.V. De echtgenote was bestuurder en was niet verschenen op de faillissementszitting. Er werd zodoende verzet ingesteld, maar wel door een derde.

De Hoge Raad concludeert dat artikel 224 Rv van overeenkomstige toepassing is als een derde op voet van artikel 10 Fw in verzet komt tegen de faillietverklaring van een andere (rechts)persoon. De echtgenote moet dus zekerheid stellen. Terecht merkt de annotator mr. M.C. van Genugten (*JOR* 2019/70) op dat het jammer is dat de Hoge Raad zich uitdrukkelijk beperkt tot de positie van de derde-belanghebbende die ex artikel 10 Fw het verzet instelt. Voor andere procedures waarbij verzet wordt ingesteld door een procespartij zelf is nu nog steeds geen duidelijkheid of artikel 224 Rv van toepassing is.

De (voor deze Kroniek althans) laatste procedure in het faillissement van Lips betreft HR 12 april 2019 (ECLI:NL:HR:2019:589). In deze procedure gaat het om het faillissement van een holding waarvan de echtgenote bestuurder is en waaraan aanslagen dividendbelasting zijn opgelegd. De holding heeft hiertegen voor haar faillietverklaring bezwaar en beroep ingesteld. Na de faillietverklaring verzoeken curatoren toestemming aan de rechter-commissaris om de beroepsprocedures over te mogen nemen om deze vervolgens in te trekken. Hoewel de beweegredenen van de kant van de curatoren onbekend zijn en het de vraag is of de curatoren hiervoor toestemming nodig hebben, verleent de rechter-commissaris de gevraagde toestemming. De holding en de echtgenote stellen beroep in bij de rechtbank maar worden niet-ontvankelijk verklaard omdat zij geen partij zouden zijn bij de beschikking van de rechter-commissaris. De Hoge Raad oordeelt evenwel dat in dit geval een behoorlijke rechtsbescherming met zich meebrengt dat gefailleerde hoger beroep moeten kunnen instellen tegen de beschikking waarbij de curator toestemming krijgt een bestuursrechtelijke procedure over een belastingaanslag over te nemen en in te trekken. Het fiscale systeem van het opleggen van aanslagen en het niet betwisten hiervan leidt immers

ertoe dat hiermee de vordering vast komt te staan, ook nadat het faillissement is geëindigd.

In het kader van de artikelen 25 e.v. Fw oordeelt Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2018:2093) dat de schadevergoedingsvordering een vordering tot schadevergoeding in geld is, terwijl de rectificatievordering een vordering tot schadevergoeding in een andere vorm dan geld betreft zoals bedoeld in artikel 6:103 tweede zin BW. De rectificatievordering strekt er bovendien mede toe om verdere financiële schade te voorkomen. De rectificatievordering kan daarom niet als een louter persoonlijke vordering van de failliet worden beschouwd, maar betreft een vordering die (mede) rechten van de boedel betreft en waarbij (ook) de boedel belang heeft. Voor zover de rectificatievordering al niet direct in de faillissementsboedel valt, geldt bovendien dat de schadevergoedingsvordering en de rectificatievordering en de daaraan ten grondslag gelegde feitelijke grondslag zozeer in elkaars verlengde liggen en zozeer met elkaar zijn verweven, dat in dit geval het maken van een onderscheid tussen een vordering die wel en een vordering die niet (alleen) de boedel betreft, niet strookt met het doel en de strekking van artikelen 25-29 Fw.

Op grond van artikel 25 Fw kan gedaagde een beroep doen op niet-ontvankelijkheid als de eiser tijdens zijn faillissement een dagvaarding uitbrengt zonder machtiging van de rechter-commissaris of curator. In de zaak die speelde voor het Gerechtshof Den Haag (ECLI:NL:GHDHA:2018:3933) bracht de gefailleerde de tijdens zijn faillissement uitgebrachte dagvaarding niet tijdig aan. Dit deed hij pas met een herstel-exploot nadat zijn faillissement was geëindigd. Het hof boog zich over de vraag of dit geding aanhangig was vanaf het moment van dagvaarding of vanaf de dag waarop het herstel-exploot was uitgebracht. Volgens het hof is door het uitbrengen van

het herstel-exploot de rechtskracht van de uitgebrachte dagvaarding hersteld. De eiser werd aldus niet-ontvankelijk verklaard.

AFWIKKELING FAILLISSEMENT BIJ HONDERD PROCENT UITKERING

Twee aandeelhouders verzoeken op grond van artikel 69 Fw de curator te bevelen over te gaan tot opheffing van het faillissement nu er een honderd procent uitkering kan plaatsvinden aan de geverifieerde crediteuren. Zij zien aldus geen belang meer voor de curator om de overige activa van de vennootschap te verffenen, waaronder een vordering op de aandeelhouders. De Rechtbank Gelderland verklaart één van de aandeelhouders niet-ontvankelijk op grond van artikel 25 Fw nu deze aandeelhouder in staat van faillissement verkeert en zijn curator geen machtiging heeft verleend voor deze procedure. Het verzoek van de andere aandeelhouder wordt afgewezen. De rechtbank overweegt dat de curator tevens rekening dient te houden met de belangen van de 'post-concurrente' schuldeisers (rentevorderingen), andere (niet-verifieerbare) schuldeisers en de belangen van de aandeelhouders; dit laatste vanwege de niet-toepasselijkheid van de artikelen 2:23a t/m 2:23c BW in faillissement (ECLI:NL:RBGEL:2019:1985). In het faillissement van MC Slotervaart heeft de gemeente een verzoek ex artikel 69 Fw ingediend om 1) een rechtmatigheidsonderzoek af te dwingen en 2) de curatoren te dwingen om onderhandelingen met haar te voeren over de verkoop van het onroerend goed op grond van haar voorkeursrecht. Deze verzoeken worden door de rechter-commissaris afgewezen. De curatoren hebben namelijk aangekondigd dat er een akkoord zal worden aangeboden waarbij aan alle schuldeisers – behoudens de achtergestelde –



honderd procent van haar vordering zal worden voldaan. Ook al staat een honderd procent uitkering niet in de weg aan een oorzakenonderzoek. In dit specifieke geval komt de rechter-commissaris tot de conclusie dat toewijzing van beide verzoeken tot onnodige kosten en vertraging zal leiden (ECLI:NL:RBAMS:2019:3999).

INZAGE MAILS DOOR CURATOR

In de zaak die aan de orde was bij de Rechtbank Oost-Brabant (ECLI:NL:RBOBR:2019:4091) weigerden de bestuurders van de failliete Paradigit-vennootschappen om curatoren inzage in hun e-mailboxen te verstrekken. Als reden voerden ze aan dat die op een server stonden die niet toebehoorde aan een van de gefailleerde vennootschappen en dat in de inboxen ook e-mails zaten van hen in hoedanigheid van bestuurders van andere (niet-failliete) vennootschappen alsmede privé-e-mails. De rechtbank overweegt dat ook tot de administratie behorende (e-mail)gegevens die zich op een aan een derde toebehorende server bevinden onder artikel 92 Fw vallen.⁸ De rechtbank overweegt dat het uitgangspunt is dat de curator zijn wettelijke taak, als omschreven in artikel 68 Fw, naar behoren moet kunnen uitvoeren en hij hierbij

naar eigen inzicht kan handelen, zonder aan iemands bevelen of goedkeuring onderworpen te zijn. Dat hij daarbij inzage krijgt in gegevens die mogelijk behoren tot de administratie van andere, niet-failliete vennootschappen komt voor risico van de vennootschappen die voor deze manier van werken hebben gekozen. Het verweer van dat het de eigenaar van de server op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens niet vrijstaat om aan curatoren zomaar een volledige kopie te verstrekken van alle data van de Paradigit-groep, die zich op de server bevindt, slaagt niet. De Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) is inmiddels vervangen door de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG). De rechtbank is van oordeel dat, zonder nadere toelichting, niet valt in te zien dat verstrekking van die gegevens aan de curator in het kader van de uitoefening van zijn wettelijke taak in strijd is met de AVG of de Uitvoeringswet AVG. Ten aanzien van de privé-e-mailcorrespondentie en de mogelijke strijd van inzage daarin met artikel 8 EVRM, 10 en 13 van de Grondwet (Gw) overweegt de rechtbank dat e-mailverkeer (nog) niet onder het bereik van artikel 10 jo. artikel 13 Gw valt, zodat het beroep op dat artikel niet slaagt. Beperking van het respecteren van het correspon-

dentiegeheim kan volgens artikel 8 EVRM alleen als die beperkingen zijn gebaseerd op een wettelijke regeling en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving in het belang van de in artikel 8, lid 2 EVRM genoemde doeleinden, wat inhoudt dat de beperking proportioneel moet zijn in verhouding tot het doel dat ermee wordt gediend. De rechtbank oordeelt dat de vereiste wettelijke regeling voor de beperking van het grondrecht in dit geval is gelegen in artikel 92 jo. artikel 68 Fw. Daarnaast zoekt de rechtbank aansluiting bij het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 20 september 2000, zaak 33274/96 (Foxley/Engeland), waaruit blijkt dat de bescherming van de rechten van schuldeisers een legitiem doel is voor beperking van het grondrecht van artikel 8 EVRM. Een concrete grond om ook kennis te nemen van de privécorrespondentie in de e-mailboxen van gedaagden ontbreekt echter, dus de inzage is beperkt in die zin dat de privécorrespondentie eerst door een deskundige uit de e-mailboxen moet worden verwijderd.

STILLE BEWINDVOERING

In onze Kroniek van 2018 gingen wij in op de vrees dat de reguliere doorstart werd bedreigd door het arrest van het Europees Hof van Justitie in de Estro-zaak.⁹ Hier werd kort gezegd geoordeeld dat bij een doorstart door middel van een 'prepack' de Europese Richtlijn (2001/23/EG) ter zake overgang van onderneming van toepassing is. De nadien gedane uitspraken van het gerechtshof inzake Heiploeg en de rechtbank in Bogra¹⁰ en Tuunte¹¹ temperden deze vrees. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539 inzake Heiploeg en Gerechtshof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339 inzake Bogra bekrachtigen beide het vonnis in eerste aanleg. Onder de uitzonderingen van artikel 5 Europese Richtlijn valt een doorstart enkele weken, dagen en zelfs uren na





het uitspreken van het faillissement, al dan niet voorafgegaan met een periode van stille voorbereiding, onder voorbehoud van toestemming van de rechter-commissaris, gesloten door de curator en een doorstarter.

BESTUURDERS-AANSPRAKELIJKHEID

De Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2018:2370) kan instemmen met de veroordeling van een bestuurder op de voet van artikel 2:248 BW tot voldoening van het boedelttekort wegens het indienen van (en persisteren bij) de eigen aangifte tot faillietverklaring van de vennootschap. De Hoge Raad oordeelt dat artikel 2:246 BW weliswaar strekt tot bescherming van de belangen van de vennootschap en haar aandeelhouders, maar dat dit niet eraan in de weg staat dat het in strijd met artikel 2:246 BW aanvragen van het faillissement van de vennootschap onder omstandigheden tevens de belangen van de gezamenlijke schuldeisers kan schaden en op die grond aangemerkt kan worden als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:248 lid 1 BW.

In een procedure over persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders op grond van artikel 6:162 BW jegens een schuldeiser van de door hen bestuurde vennootschap wegens een onbetaald gelaten vordering, waarvoor geen verhaal resteert,¹² bevestigt de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2019:236) dat onbekendheid met een bepaalde rechtsregel van belang kan zijn

voor de mate van verwijtbaarheid van een bestuurder voor de niet-nakoming door de vennootschap waarvan hij bestuurder is. Onbekendheid met een bepaalde rechtsregel kan leiden tot het ontbreken van persoonlijke verwijtbaarheid.

De fiscale kamer van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2019:576) brengt het leerstuk van de aansprakelijkheid voor selectieve betaling van schuldeisers weer een stukje verder. De vrijheid van (een bestuurder van) een vennootschap om te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap zullen worden voldaan, is in elk geval beperkter als de vennootschap heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen. In die situatie staat het (de bestuurder van) de vennootschap in beginsel niet vrij schuldeisers die aan de vennootschap zijn gelieerd met voorrang boven andere schuldeisers – onder wie de Ontvanger – te voldoen, tenzij die betaling door bijzondere omstandigheden wordt gerechtvaardigd.¹³ Dit geldt ook bij de voldoening van niet-gelieerde schuldeisers van de vennootschap als de bestuurder van de vennootschap bij die betaling een persoonlijk belang heeft. Doet een bestuurder in deze gevallen toch een betaling zoals hiervoor bedoeld en is van bijzondere omstandigheden geen sprake, dan kan zijn handelwijze al worden aangemerkt als kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 36, lid 3 Invorderingswet 1990 (IW) als hij ernstig rekening ermee had moeten houden dat zijn handelwijze tot gevolg zou hebben dat belastingschulden van de vennootschap onbetaald zouden blijven. Binnenkort is de

civiele kamer van de Hoge Raad aan zet (ECLI:NL:PHR:2019:798).

In het arrest HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2310, speelt zich een aardige discussie af over de vraag of er nu sprake was van betalingssonmacht van een vennootschap of van betalingsonwil. Indien er sprake zou zijn van betalingsonwil kan een melding betalingssonmacht op voet van artikel 36 lid 2 IW achterwege blijven. In dit geval werd een bestuurder aangesproken door de Ontvanger omdat de melding betalingssonmacht niet tijdig had plaatsgevonden. De bestuurder verweerde zich door te stellen dat er op dat moment geen sprake was van onmacht maar van onwil. De rechter had moeten vaststellen op welk moment de betalingssonmacht bij de vennootschap was ontstaan.

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (ECLI:NL:GHSHE:2018:3586) oordeelde dat een indirect bestuurder onzorgvuldig had gehandeld jegens aandeelhouders van de vennootschap door in strijd met de statuten surseance van betaling aan te vragen en aansluitend in te stemmen met intrekking daarvan en faillietverklaring van de vennootschap. Daardoor heeft hij het faillissement bewerkstelligd, terwijl dat op dat moment niet noodzakelijk was. Het bestuur wist of had redelijkerwijs behoren te begrijpen dat dit tot gevolg zou hebben dat de vennootschap haar verplichtingen onder de leningsovereenkomsten met die aandeelhouders niet zou kunnen nakomen en ook geen (volledig) verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er was echter alleen sprake van aansprakelijkheid jegens aandeelhouders in hun hoedanigheid van schuldeisers van de vennootschap en niet in hun hoedanigheid van aandeelhouders (voor de geleden afgeleide schade). Als geen bijkomende omstandigheden zijn gesteld, zoals het opzet om die aandeelhouder aldus te benadelen, kan niet worden gesteld dat de bestuurder tevens een specifieke

zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden tegenover die aandeelhouder (HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419). Wat de redelijkheid en billijkheid verlangen van degenen die krachtens wet en statuten bij een rechtspersoon betrokken zijn, is niet een jegens aandeelhouders geldende specifieke zorgvuldigheidsnorm. Daarnaast overwoog het hof dat voor de vestiging van aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder op grond van artikel 2:11 BW jo. artikel 6:162 BW, niet de aanvullende eis geldt dat de schuldeiser stelt, en zo nodig bewijst, dat ook die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW volgt echter wel dat een bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid op grond van artikel 2:11 BW (alsnog) kan voorkomen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd.¹⁴ Bij aansprakelijkheid op de Belklamel-grond komt het, aldus het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2018:10525), aan op een verschil in kennis tussen de namens de vennootschap handelend bestuurder en de wederpartij. Als de bestuurder beschikt over zodanige informatie dat hij weet of behoort te begrijpen dat de vennootschap haar verplichtingen niet zal kunnen nakomen en geen verhaal zal bieden voor de daaruit voortvloeiende schade, handelt hij onrechtmatig door zonder die informatie te delen de overeenkomst aan te gaan namens de vennootschap. Daardoor wordt immers ten onrechte de schijn van kredietwaardigheid van die vennootschap gewekt. Maar als een (professioneel handelende) partij ongeveer net zoveel informatie heeft over de wijze waarop de vennootschap met wie zij handelt haar financiële verplichtingen uit de te sluiten over-

eenkomst van plan is te financieren als de bestuurder van die vennootschap, kan niet gezegd worden dat die bestuurder onrechtmatig handelt indien die informatie zodanig is dat redelijkerwijs te verwachten valt dat de financiering niet zal slagen en de bestuurder (toch) namens de vennootschap de overeenkomst sluit. In dat geval immers kan ook de wederpartij van de vennootschap (naar objectieve maatstaven te beoordelen) dat verwachten. Van het wekken van schijn van kredietwaardigheid is dan geen sprake. Eigen schuld is dan niet aan de orde; de onrechtmatigheid ontbreekt. Pas als de bestuurder over zoveel meer wezenlijke informatie beschikt dat hij wel en de wederpartij niet redelijkerwijs kan verwachten dat de financiering niet van de grond zal komen, handelt hij in beginsel onrechtmatig door de wederpartij die aanvullende informatie te onthouden en toch te contracteren. In de volgende uitspraak start een zieke werknemer een procedure uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid wegens misbruik van faillissementsrecht. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2018:6549) beoordeelt of bestuurder het faillissement heeft aangevraagd om de arbeidsrechtelijke bescherming van een medewerker te omzeilen. Het hof sluit bij de beantwoording aan bij indicatoren hiervoor uit de literatuur en jurisprudentie: aanvraag eigen faillissement, financiële noodzaak door overschot personeel, aanvraag direct na weigering ontslagvergunning, er ligt reeds een uitgebreid doorstartplan, voortzetting door gelieerde partijen, verkrijger neemt de onderneming enkel in afgeslankte vorm over. Het hof komt tot het oordeel dat de handelwijze van de bestuurder heeft geleid tot betalingsonmacht en het uiteindelijke faillissement en dat alle indicatoren zich voordoen. Het is daardoor gerechtvaardigd aan te nemen dat het faillissement is aangevraagd om de arbeidsrechtelijke bescherming te ontwijken. Door

het handelen, kan de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt.

In een andere procedure vordert de curator dat de opvolgend bestuurders van de failliete bv op grond van onbehoorlijke taakvervulling hoofdelijk aansprakelijk gesteld worden voor het faillissementstekort. De rechtbank wijst dit volledig toe, behalve voor appellant; die vordering wordt voor vijftig procent toegewezen. Appellant gaat in hoger beroep, omdat hij maar voor de korte periode van zes weken bestuurder is geweest. Volgens het Gerechtshof Den Haag (ECLI:NL:GHDHA:2018:2595) staat vast dat in de drie jaren voor faillissement geen deugdelijke administratie bestond, zodat alle opvolgende bestuurders hun administratieplicht hebben geschonden, ook al was de bestuursperiode van appellant kort. Daarnaast was de publicatietermijn in de bestuursperiode van appellant verstreken. Dit leidt onweerlegbaar tot onbehoorlijke taakvervulling, wat wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn geweest. Het hof ziet geen aanleiding tot individuele matiging van de appellant op grond van artikel 248 lid 4 BW; de bestuursperiode was vergeleken de andere opvolgende bestuurders niet bijzonder kort. Daarbij zijn de fiscale schulden in de bestuursperiode van de appellant ontstaan en heeft de appellant niet geprobeerd de administratie in handen te krijgen.

AANSPRAKELIJKHEID CURATOR

De curator heeft in strijd met de huurovereenkomst een bedrijfsruimte aan een derde in gebruik gegeven. Het in strijd handelen met de huurovereenkomst wordt door de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2018:2067) gekwalificeerd als een actieve schending van een voortdurende verplichting van de schuldenaar tot nalaten. Dit wordt gelijkgesteld met de actieve beëindiging uit HR 23 maart 2018 (ECLI:NL:HR:2018:424). De curator handelt in

strijd met een in hoedanigheid na te leven verplichting uit HR 19 april 2013¹⁵ waardoor er sprake is van een boedelschuld. De schending van de verplichting uit de huur-overeenkomst levert niet meteen persoonlijke aansprakelijkheid van de curator op. Het gaat hier echter om een actieve schending van een voortdurende verplichting die bestaat uit een nalaten. Dit kwalificeert als een tot de curator gerichte regel uit HR 16 december 2011¹⁶ waarin de curator geen beleidsvrijheid heeft (en de Maclou-norm niet geldt). De omstandigheid dat een curator bij zijn gebondenheid aan regels niet de in het arrest-Prakke/Gips bedoelde beleidsvrijheid heeft, betekent nog niet dat het enkele niet-naleven van die regels steeds tot zijn persoonlijke aansprakelijkheid leidt. Het hof heeft in het partijdebat en de omstandigheden van dit geval aanleiding gezien om te onderzoeken of – en te oordelen dat – de curator in dit geval tevens een persoonlijk verwijt trof. Het arrest heeft inmiddels veel (kritische) pennen in beweging gebracht.

Het in weerwil van een eigendomsvoorbehoud, zonder toestemming van de leverancier, opnieuw verkopen en afleveren van de geleverde zaken levert een onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW van de curator q.q. op. Daardoor ontstaat aldus het Gerechtshof Den Haag (ECLI:NL:GHDHA:2018:1609) een concurrente boedelschuld, met een voorrang (na omslag in de algemene faillissementskosten) op de opbrengst van de in weerwil van het eigendomsvoorbehoud verkochte en geleverde zaken, vergelijkbaar met de positie van een benadeelde pandhouder. Het hof verwijst naar de uitspraken van de Hoge Raad van 5 september 1997,¹⁷ 17 februari 1995,¹⁸ 19 april 1996,¹⁹ 16 december 2011²⁰ en 5 februari 2016.²¹

In de volgende uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam (ECLI:NL:GHAMS:2018:3709) bevindt zich

op moment van faillietverklaring vloeibare aluminium in de ovens van de failliete onderneming. De curator legt de productie stil, waardoor het aluminium stolt. Op het aluminium is een pandrecht gevestigd, de vraag is of het aluminium als bestanddeel van de ovens moet worden beschouwd. Het hof oordeelt dat op grond van artikel 3:4 lid 2 BW het afscheiden van het aluminium van de ovens niet leidt tot waardevermindering van het aluminium, waardoor de pandhouder zijn pandrecht behoudt. De curator heeft de pandhouder een artikel 58 Fw-termijn gesteld om tot executie van het pandrecht over te gaan, welke termijn verstrijkt zonder executie door de pandhouder. Het hof buigt zich over de vraag of de curator misbruik heeft gemaakt van de uit artikel 58 voortvloeiende bevoegdheden. Het hof ziet geen belang voor de boedel bij het handhaven van de termijn door de curator. Het hof ziet hij wel het belang van het behoud van de separatistenpositie van de pandhouder. Daarnaast overweegt het hof dat de curator voorwaarden had verbonden die het onmogelijk maakte voor de pandhouder binnen de termijn te executeren. Deze voorwaarden worden dan ook onevenredig geacht en het hof oordeelt dat de curator misbruik van zijn bevoegdheid heeft gemaakt. De curator is jegens de pandhouder aansprakelijk. De schade wordt bepaald door de situatie waarin de pandhouder zich toen bevond te vergelijken met de situatie waarin de pandhouder zou verkeren als hij onverhinderd zijn pandrecht had kunnen executeren.

BOEDELSCHULDEN EN RECHTSPLICHTEN VAN DE CURATOR

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (ECLI:NL:CBB:2018:405) neemt onder verwijzing naar vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State tot uitgangspunt dat de curator

als beheerder van de boedel vanaf het moment van faillietverklaring van een bedrijf verantwoordelijk is voor de uit de milieuwetgeving voortvloeiende verplichtingen van het bedrijf. Dit brengt ook mee dat de curator vanaf het moment van faillietverklaring onder dwangsom kan worden gelast om in elk geval de op dat moment bestaande overtredingen van de milieuwetgeving te beëindigen of herhaling ervan te voorkomen. De curator diende in dit geval gegevens uit de administratie van de failliet aan te leveren ter naleving van uit de milieuwetgeving voortvloeiende verplichtingen.

In zijn arrest van 19 maart 2019 (ECLI:NL:GHSHE:2019:1026) buigt het Gerechtshof 's-Hertogenbosch zich over het dossier dat eerder bij de Hoge Raad²² voorlag. De Hoge Raad overwoog dat als de wederpartij van de failliet, zoals in het onderhavige geval, geen eigenaar is van het terrein waarop zich na ontbinding van de overeenkomst nog tot de boedel behorende zaken bevinden, maar zij daarvan wel een exclusief gebruiksrecht heeft, zij aan dat gebruiksrecht in beginsel evenzeer het recht ontleent om van de curator verwijdering van die zaken te verlangen. De curator is dan ook gehouden de desbetreffende zaken te verwijderen, tenzij hij stelt en bij tegenspraak bewijst dat de wederpartij daar uit hoofde van haar rechtsverhouding met de eigenaar van het terrein geen aanspraak op kan maken. De curatoren hebben niets naar voren gebracht waaruit volgt dat de eigenaar van het terrein (op grond van afspraken met VKP als gebruiker van het terrein) wilde instemmen met de opslag van de afvalstoffen, dat zij eiste dat de opslag voortduurde, daarbij belang had of zich anderszins met de afvalstoffen bemoeide. De uitzonderingssituatie waarin VKP als gebruiker uit hoofde van haar rechtsverhouding met de eigenaar geen aanspraak kan maken op verwijdering of niet bevoegd zou zijn zulks

te verlangen, doet zich niet voor. De vordering van VKP in dit kort geding ziet op nakoming van een objectieve rechtsplicht van de curatoren. De curatoren hebben daartoe VKP zelf als hulppersoon ingeschakeld. Een dergelijke hulppersoon kan onmiddellijke betaling van de curatoren verlangen en daarmee een feitelijke preferentie bewerkstelligen. Gelet op het voorgaande bestaat geen terugbetalingsverplichting van VKP aan de curatoren.

In het faillissement van haar werkgever dient een werkneemster een vordering in uit hoofde van uitkeringen op grond van de wachtgeldregeling van de cao. Het bestaan van de op de cao gebaseerde aanspraak is door de curator niet betwist. De Rechtbank Rotterdam dient te beoordelen of de aanspraak verifieerbaar is in het faillissement dan wel aangemerkt kan worden als een boedelvordering. In dit kader zoekt de rechtbank aansluiting bij het arrest HR 12 januari 1990, *NJ* 1990/662 (Van Gelder Papier). Nu de aanspraak op de cao-uitkeringen niet kan worden gegrond op de vóór faillissement gesloten vaststellingsovereenkomst, bestond er ten tijde van de faillietverklaring nog geen vordering. De wachtgeldaanspraak kan uitsluitend worden gebaseerd op de cao en is eerst ontstaan door de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator. Gelet op de ratio van het Van Gelder Papier-arrest kan uit de wachtgeldregeling in de cao geen boedelschuld ontstaan en evenmin een voor verificatie vatbare vordering (ECLI:NL:RBROT:2018:10759).

HYPOTHEEKRECHT

Op de vraag of stelconplaten op kweek- en containervelden door natrekking onderdeel zijn geworden van het registergoed oordeelde de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2018:2256) dat volgens artikel 3:4 lid 1 BW gekeken moet worden wat volgens verkeersopvatting onderdeel uitmaakt van een zaak.

Daarvoor is niet vereist dat het onderdeel aard- of nagelvast dient te zijn. Volgens de Hoge Raad had het hof de juiste maatstaf toegepast en terecht geoordeeld dat stelconplaten geen onderdeel uitmaken van de velden en daardoor niet zijn nagetrokken. In een zaak waarin executoriale verkoop van verhypotheceerde scheepscasco's plaatsvond ten behoeve van meerdere schuldeisers, diende de bank haar vordering met betrekking tot de lopende rente en kosten niet binnen veertien dagen in ex artikel 482 lid 2 Rv. Zij had reeds tijdig haar initiële vordering ingediend. Op de vraag of de bank haar latere vordering in mocht dienen, gelet erop dat zij reeds eerder een vordering had ingediend, overwoog de Hoge Raad dat artikel 485a lid 2 Rv bepaalt dat een schuldeiser zijn vordering na de termijn van artikel 482 lid 2 Rv kan indienen (conform art. 490 Rv tot het moment van sluiting van het p-v van verdeling) wanneer hij daarbij een redelijk belang heeft en hij de daardoor veroorzaakte kosten en schade voor zijn rekening neemt. Het doet daarbij niet ter zake of die schuldeiser reeds een vordering had ingediend (ECLI:NL:HR:2018:2422).

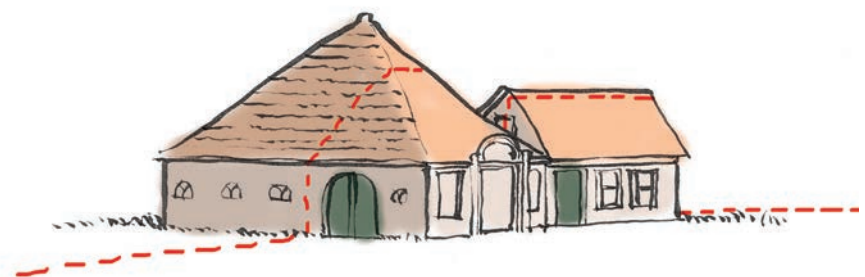
PANDRECHT

De Hoge Raad oordeelt in een prejudiciële zaak dat een bank niet gerechtigd is om zich krachtens een pandrecht te verhalen op vorderingen van de rekeninghouder op de bank (vanwege binnenkomende betalingen van derden op de rekening van de failliete rekeninghouder die geen betrekking hebben op aan de bank verpande vorderingen) als de bank niet te goeder trouw is ex

artikel 54 Fw op het moment van de betalingen. Een uitzondering zoals in het arrest-Mulder/CLBN²³ is in deze situatie niet aan de orde (ECLI:NL:HR:2018:2189).

De Hoge Raad besliste in ECLI:NL:HR:2019:268 dat het mogelijk is om een stil en openbaar pandrecht op bestaande en toekomstige vorderingen te vestigen in één authentieke of geregistreerde akte. Of sprake is van alleen een stil of alleen een openbaar pandrecht, of een combinatie van beide soorten, moet door middel van uitleg uit de akte blijken. Bij die uitleg neemt de Hoge Raad tot uitgangspunt dat een zo ruim mogelijke zekerheidstelling is beoogd, dus een combinatie van beide vormen, tenzij in de akte aanwijzingen zijn dat dit niet zo is.

In de zaak die leidde tot ECLI:NL:GHSHE:2019:1061 wordt een vordering van Recycling door de eerste openbaar pandhouder geïnd en blijft er een surplus over van 1,8 miljoen euro. Er zijn twee stille pandhouders lager in rang. Het hof oordeelt dat op basis van artikel 3:246 lid 5 BW ook een pandrecht op de opbrengst komt te rusten en dat zulks niet alleen geldt voor openbare pandrechten. Doordat de pandrechten in tweede rang beide op dezelfde dag via een geregistreerde onderhandse akte gevestigd waren (waar geen tijdstip op vermeld wordt), kan de verdeling van de opbrengst niet plaatsvinden op basis van de prioriteitsregel. Het hof beantwoordt de vraag hoe de verdeling moet plaatsvinden als er een gelijktijdige vestiging van meerdere pandrechten op dezelfde vordering heeft plaatsgevonden. Het hof oordeelt dat de rangorde bepaald dient



te worden door uitleg van de pandaktes. Uit de pandaktes volgt dat een bepaalde volgorde is beoogd. In een andere procedure volgt uit de kredietovereenkomst tussen een bowlingcentrum en haar financier de verplichting een pandrecht te vestigen op de inventaris en debiteurenvorderingen. Op enig moment wordt een algemene volmacht verleend op basis waarvan de gevolmachtigde een aantal pandrechten vestigt. Een algemeen volmacht strekt zich niet uit tot daden van beschikking, tenzij schriftelijk en ondubbelzinnig bepaald. De rechtbank buigt zich over de vraag of het vestigen van het pandrecht door een gevolmachtigde moet worden gekwalificeerd als daad beschikking of beheer. De rechtbank oordeelt dat het vestigen van de pandrechten de goederenrechtelijke verhouding wijzigt en verder gaat dan de normale exploitatie en het beheer van de onderneming van de vennootschap van een bowlingcentrum. De rechtbank kwalificeert de handelingen van de gevolmachtigde daarom als beschikkingsdaden, waardoor de pandrechten niet rechtsgeldig tot stand zijn gekomen (ECLI:NL:RBDHA:2019:2119).

BORGTOCHT

De Hoge Raad overwoog dat de borgtocht ex artikel 7:850 lid 1 BW naar haar aard geen wederkerige, maar een eenzijdige overeenkomst is. Alleen de borg neemt een verbintenis op zich: de nakoming van een verbintenis van de hoofdschuldenaar tegenover de schuldeiser. Dat brengt met zich mee dat de borgtochtovereenkomst niet kan worden ontbonden op grond van artikel 6:265 BW. Als de schuldeiser zijn zorgplicht ex artikel 6:154 BW jegens de borg niet of onvoldoende in acht neemt en de borg niet tijdig informeert over (toekomstige) tekortkomingen van de schuldenaar, kan de borg wel aanspraak maken op vergoeding van de schade die hij door toedoen van de schuldeiser lijdt (ECLI:NL:HR:2018:915).

Het Gerechtshof Amsterdam boog zich over een zaak waarin een middellijk bestuurder – zonder aandeelhouder te zijn – zich tegenover de bank borg stelde en de bank hem vervolgens aansprak op de borgtocht. De bestuurder voerde aan dat hij kwalificeerde als particuliere borg ex artikel 7:857 BW, wat werd gehonoreerd. Het hof oordeelde vervolgens dat de bank haar bijzondere zorgplicht jegens de bestuurder had geschonden door van hem borgstellingen te verlangen en verhaal te nemen, en uiteindelijk zijn faillissement aan te vragen. De stelling van de bank dat de bestuurder ‘een ervaren zakenman was’ was voor het hof onvoldoende om aan te nemen dat voldaan was aan de zorgplicht. De bank had de inkomsten- en vermogenspositie van de bestuurder na moeten gaan en had onder de gegeven omstandigheden het faillissement van de bestuurder niet redelijkerwijs mogen aanvragen (ECLI:NL:GHAMS:2018:4783). De echtgenoot heeft de toestemming van de andere echtgenoot nodig wanneer hij een overeenkomst aangaat waarbij hij zich, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, borg stelt, aldus artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW, overwoog de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2018:1220). Het vijfde lid van dit artikel regelt dat dit toestemmingsvereiste niet opgaat als de borg aangegaan wordt door een bestuurder van een nv of een bv die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt en mits die borg geschiedt ter uitoefening de normale bedrijfsuitoefening. Het is vaste rechtspraak dat deze uitzondering niet steeds aan de orde is wanneer borg wordt gestaan voor een bankkrediet. De maatstaf voor de toepasselijkheid van artikel 1:88 lid 5 BW is of de rechtshandeling waarvoor de zekerheid wordt verstrekt, zelf behoort tot de rechtshandelingen die ten behoeve van de normale uitoefe-



bodemonderzoek

ning van een bedrijf plegen te worden verricht. Daarbij dient de feitenrechter de omstandigheden van het geval mee te nemen in zijn toets.

BODEMRECHT

De Ontvanger kan op grond van artikel 22 lid 3 IW 1990 beslag leggen op roerende zaken die zich op de bodem van de belastingplichtige bevinden, ook als die zaken eigendom zijn van een derde. In de Leidraad Invordering 2008 wordt het bodemrecht beperkt ingeval er sprake is van reële eigendom (de derde is juridisch en – in overwegende mate – economisch eigenaar). Deze beperking geldt niet als de derde met het reële eigendom zaken aan de belastingplichtige ter beschikking heeft gesteld én met belastingplichtige een afnameverplichting is overeengekomen. De achterliggende gedachte hiervan is dat de derde profiteert van het afnamebeding en daardoor medeverantwoordelijk gehouden kan worden voor de belastingschulden. Het is daarom gerechtvaardigd dat het bodemrecht niet beperkt wordt. De Hoge Raad oordeelt dat de omstandigheid dat het afnamebeding in het concrete geval geen of slechts een gering pro-

fijt voor de derde-eigenaar oplevert, kan meebrengen dat de Ontvanger zich jegens de derde-eigenaar in redelijkheid niet op de afnamebedingregel kan beroepen en dat hij daarom diens reële eigendom dient te ontzien. De stelplicht en het bewijsrisico ter zake van de omstandigheid dat het afnamebeding geen of slechts een gering profijt voor de derde-eigenaar oplevert, rusten volgens de Hoge Raad op de derde-eigenaar (ECLI:NL:HR:2018:2257).

OVEREENKOMSTEN

Een arbeidsovereenkomst met een vof dient volgens de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2019:649) te worden beschouwd als een arbeidsovereenkomst met de gezamenlijke vennoten. De gezamenlijke vennoten zijn dus als werkgever in de zin van titel 7.10 BW partij bij de arbeidsovereenkomst. De voorrechten die het UWV ter zake haar vordering in het faillissement van de vof geldend kan maken, gelden ook in het faillissement of de schuldsaneringsregeling van de vennoot, maar slechts voor zover die vordering betrekking heeft op de periode na het ingaan van het faillissement of de schuldsaneringsregeling van de vennoot. Een tandartspraktijk gaat failliet

en de onderhandelingen tussen curator en een in opdracht van de failliet werkzame tandarts over het voortzetten van haar werkzaamheden lopen op niets uit. Tot de datum van overdracht van het centrum aan een derde heeft de tandarts haar werkzaamheden voortgezet. De vraag die aan het hof (ECLI:NL:GHSHE:2018:3363) wordt voorgelegd, is of het voortzetten van de werkzaamheden ertoe heeft geleid dat de curator de overeenkomst impliciet gestand heeft gedaan. Het hof beantwoordt dit bevestigend nu de tandarts namelijk door de feitelijke gedragingen van de curator er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de wil van de curator gericht was op gestanddoening. Dit is gebaseerd op de uitlatingen van de curator dat doorwerken door appellante in het belang van de boedel was en zelfs noodzakelijk zou zijn om het *going concern* te verkopen. De curator moet dus alle uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen nakomen van na én voor faillissement, deze verplichtingen kwalificeren als boedelvordering.²⁴ Deze kwalificeren niet als superboedelschuld, want dat zou niet in lijn zijn met eerdere rechtspraak hieromtrent.

NOTEN

- 1 Deze kroniek ziet op alle gepubliceerde uitspraken tot en met editie 7/8, 2019 van de *JOR* en editie 7/8, 2019 van de *RI*.
- 2 ECLI:NL:HR:1983:AG4709.
- 3 ECLI:NL:HR:2003:AF3076; alsook de conclusie van AG mr. Wesseling-van Gent van 20 december 2002, ECLI:NL:PHR:2003:AF3076).
- 4 ECLI:NL:HR:2004:AQ8179).
- 5 ECLI:NL:PHR:2018:417, r.o. 2.5.) bij HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1100.
- 6 ECLI:NL:HR:1989:AD0995.
- 7 Vgl. HR 19 mei 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6256, *NJ* 1978/528.
- 8 Vgl. Gerechtshof Den Haag 11 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2206 en Rb. Breda 31 juli 2008, *JOR* 2008/254 (Janssens q.q./Schlüter).
- 9 HvJEU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489.
- 10 Rechtbank Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423.
- 11 Rechtbank Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447.
- 12 Vgl. HR 8 december 2016, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758.
- 13 Vgl. HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, rechtsoverweging 3.4.3.
- 14 Vgl. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275.
- 15 ECLI:NL:HR:2013:BY6108.
- 16 ECLI:NL:HR:2011:BU4204.
- 17 ECLI:NL:HR:1997:ZC:2419.
- 18 ECLI:NL:HR:1995:ZC:1641.
- 19 ECLI:NL:HR:1996:ZC:2047.
- 20 ECLI:NL:HR:2011:BU:4204.
- 21 ECLI:NL:HR:2016:199.
- 22 ECLI:NL:HR:2017:563.
- 23 ECLI:NL:HR:1995:ZC1641.
- 24 ECLI:NL:HR:2017:3149.