

# KRONIEK INSOLVENTIERECHT

Alle voor de rechtsontwikkeling belangrijkste nieuwe arresten uit 2017 en de eerste helft van 2018 van de Hoge Raad en voor de praktisch relevante lagere rechtspraak op het gebied van insolventierecht worden in deze Kroniek behandeld. Deze kroniek ziet op alle gepubliceerde uitspraken tot en met editie 7/8, 2018 van de JOR en editie 7/8, 2018 van de *Rl*.

DOOR / JAAP VAN DER MEER, FLORIS DIX, SUZAN WINKELS-KOERSELMAN,  
MURIËLLE VAN DER PLAS, BASTIAAN ROLEVINK & ARJEN VAN HAANDEL

## FAILLIETVERKLARING

Als vereiste voor faillietverklaring wordt vastgehouden aan het pluraliteitsvereiste,<sup>1</sup> bevestigd de Hoge Raad (HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:488). In deze zaak verzocht een schuldeiser het faillissement van de schuldenaar, zonder dat sprake was van andere schuldeisers. Hij betoogde dat het voldoende was als bleek dat de schuldenaar had opgehouden te betalen. De Hoge Raad wijst deze zienswijze van de hand met verwijzing naar de wetgeschiedenis en het doel van het faillissement, namelijk vereffening van het vermogen onder meerdere gezamenlijke schuldeisers.

Over het pluraliteitsvereiste oordeelt de Hoge Raad nogmaals in 2018 (HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:774). De schuldenaar was door de rechtbank failliet verklaard, maar in hoger beroep was het faillissement vernietigd, omdat de schuldenaar had toegezegd dat hij alle steunvorderingen zou gaan betalen onder de voorwaarde dat het faillissement vernietigd zou worden. De Hoge Raad oordeelt dat het hof onterecht is overgegaan tot vernietiging van het faillissement; de toezegging van de schuldenaar onder voorwaarde van vernietiging van het faillissement leidt namelijk niet tot het tenietgaan van de andere steunvorderingen. Nu deze vorderingen nog bestaan, is

voldaan aan het pluraliteitsvereiste en daarmee aan alle vereisten voor faillietverklaring. In 2017 verzoekt de Staat der Nederlanden (ministerie SZW) het faillissement van een schuldenaar. In het kader van het pluraliteitsvereiste wordt aangevoerd dat de schuldenaar tevens een vordering van de Belastingdienst onbetaald laat. Rechtbank Den Haag wijst de aanvraag af, omdat de het ministerie en de Belastingdienst dezelfde rechtspersonen zijn, namelijk de Staat. Het gevolg is dat niet aan het pluraliteitsvereiste is voldaan (Rb. Den Haag 27 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7140). Over het pluraliteitsvereiste in combinatie met achtergestelde vorderingen laat Hof 's-Hertogenbosch zich eveneens uit (Hof 's-Hertogenbosch 1 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2301). De Belastingdienst vroeg het faillissement aan van LTI. Als steunvorderingen werd gewezen op vorderingen van Duitse groepsvennootschappen. LTI voerde verweer en stelde dat deze vorderingen waren achtergesteld op alle andere schuldeisers. Het hof concludeert op basis van een grammaticale uitleg van de achterstellingen dat de achtergestelde schuldeisers niet uitsluitend een aanspraak hebben bij liquidatie, maar ook al eerder aanspraak kunnen maken op vrij vermogen. Daarmee kunnen de achtergestelde

vorderingen worden aangemerkt als steunvorderingen en is voldaan aan het pluraliteitsvereiste. Pannetvis is kritisch in zijn annotatie, omdat het hof heeft nagelaten te beoordelen welk recht de achterstellingen beheerst.<sup>2</sup> Het is aannemelijk dat Duits recht van toepassing is, hetgeen tot een andere uitleg zou kunnen leiden, aldus Pannetvis.

In 2017 ging een curator in verzet tegen een faillietverklaring van de gefailleerde met als grondslag dat sprake is van een lege boedel. De Hoge Raad (HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3269) verduidelijkt zijn uitspraak uit 2015<sup>3</sup> en stelt dat de curator uitsluitend persoonlijk verzet kan instellen en dus ook persoonlijk in de kosten kan worden veroordeeld. Verder stelt de Hoge Raad dat een lege boedel geen grond is voor verzet tegen de faillietverklaring door de curator. Voor een geslaagd verzet is vereist dat sprake is van misbruik van bevoegdheid, bijvoorbeeld als de aanvrager vooraf wist of behoorde te weten dat sprake was van een lege boedel.

Een verplichting tot betaling in bitcoin is een vordering is ex artikel 1 Faillissementswet (Fw) op basis waarvan het faillissement van de schuldenaar kan worden aangevraagd, bepaalt Rechtbank Amsterdam (Rb. Amsterdam 14 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:869). De recht-

bank kwalificeert de bitcoin als een vermogensrecht en de rechtsverhouding tot betaling van bitcoin als een civielrechtelijke verplichting tot betaling. Daarmee is de verplichting aan te merken als een vordering die in aanmerking komt voor verificatie. Een ander uniek faillissementsverzoek in 2017: het Openbaar Ministerie vraagt het faillissement aan van een verstrekker van woonruimte voor een arbeidsovereenkomst om redenen van openbaar belang (Rb. Rotterdam 3 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:976). Redenen van openbaar belang zijn aanwezig als het niet enkel gaat om belangen van gewone particulieren, maar tevens om belangen van ernstiger en algemene aard. Vanwege betalingsproblemen bij de schuldenaar bestaat een reëel risico op afsluiting van nutsvoorzieningen en ontruiming van de gehandicapten. Rechtbank Rotterdam oordeelt dat hiermee sprake is van redenen van openbaar belang en spreekt het faillissement uit.

## IPR

Eindelijk is in 2017 een definitieve beslissing genomen over de vraag naar de internationale rechtsmacht bij een vordering ter zake bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 Burgerlijk Wetboek (BW) (HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:133). De Hoge Raad had eerder prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie die in 2015 zijn beantwoord.<sup>4</sup> In deze kwestie spreekt een Nederlandse vennootschap haar Duitse bestuurder aan ex artikel 2:9 BW voor de Nederlandse rechter. De Hoge Raad herhaalt het antwoord van het Hof van Justitie dat de verwijzingsregels voor arbeidsovereenkomsten uit artikel 18-21 EEX-Verordening (EEX) prevaleren boven de algemene verwijzingsregels voor verbintenissen uit overeenkomsten uit artikel 3 en artikel 5 EEX. Hiervoor moet de rechter beoordelen of de bestuurder onder gezag van de vennootschap prestaties heeft verricht tegen beloning. Als dat het geval is, geldt de

verwijzingsregel uit artikel 20 EEX op basis waarvan de rechter van de lidstaat waar de werknemer woonplaats heeft, bevoegd is. In deze kwestie concludeert de Hoge Raad dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst bestaat, dat de bestuurder zich moet richten naar de schriftelijke aanwijzingen van de aandeelhouder en dat een salaris voor de werkzaamheden is afgesproken. Daarmee is sprake van een arbeidsovereenkomst en dus is de Duitse rechter bevoegd om over deze vordering te oordelen. Het Hof van Justitie van de Europese Unie beantwoordt in 2017 prejudiciële vragen over artikel 13 Insolventieverordening (IVO) (HvJEU 8 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:433). Op grond van dit artikel kan de partij die wordt aangesproken tot het ongedaan maken van nadelige rechtshandelingen zich verzetten door te bewijzen dat 1) de rechtshandeling is onderworpen aan een ander rechtstelsel, en 2) dat recht niet voorziet in een mogelijkheid die rechtshandeling ongedaan te maken. In casu heeft een Italiaanse curator nadelige betaalingen tussen twee Italiaanse partijen vernietigd en de aangesproken partij verzet zich hiertegen met een beroep op artikel 13 IVO, nu Engels recht van toepassing is verklaard. Het hof stelt dat het procesrecht van de lidstaat waar de procedure wordt gevoerd, bepaalt in welke vorm en binnen welke termijn een beroep op artikel 13 IVO moet worden gedaan, alsmede of de rechter de bepaling ambtshalve mag toepassen. In het geval het andere rechtstelsel wel voorziet in een mogelijkheid nadelige rechtshandelingen te vernietigen, moet de partij die een beroep doet op artikel 13 IVO bewijzen dat niet aan deze voorwaarden is voldaan. Tot slot stelt het hof dat rechtsgeldig beroep kan worden gedaan op artikel 13 IVO als beide contractspartijen gevestigd zijn in een andere lidstaat en zij het recht van een ande-

re lidstaat van toepassing hebben verklaard, tenzij sprake is van een bedrieglijke of onrechtmatige keuze. Verder heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie in 2017 de scheidslijn tussen de IVO en de EEX nader afgebakend. Het hof oordeelt dat een vordering tegen een crediteurencommissie valt onder de IVO, zodat alleen de rechter van de lidstaat waar de insolventieprocedure geopend is, bevoegd is hierover te oordelen (HvJEU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:986). In een andere kwestie benaderde een doorstarter klanten binnen het exclusieve distributiegebied van een andere franchisenemer. Deze stelde daarop een vordering uit hoofde van oneerlijke mededinging in. Het hof stelt dat deze vordering geen grondslag heeft in specifieke insolventieregels en daarmee onder de EEX valt (HvJEU 9 november 2017, ECLI:EU:C:2017:132). In een laatste te vermelden IPR-zaak houdt een Nederlandse gefailleerde een Belgische bankrekening aan en ontvangt en verricht daarmee betalingen. De curator ontdekt dit en vordert alle bijschrijvingen die na datum faillissement op de bankrekening zijn gestort op bij de Belgische bank ingevolge artikel 20 Fw.<sup>5</sup> De Belgische bank stelt niet op de hoogte te zijn geweest van het faillissement en doet een beroep op artikel 24 IVO. Op basis van dit artikel wordt een buitenlandse partij die niet op de hoogte was van het



Jaap van der Meer, Floris Dix, Suzan Winkels-Koerselman,  
Muriëlle van der Plas, Bastiaan Rolevink en Arjen van Haandel  
zijn allen werkzaam bij Turnaround Advocaten te Best.

faillissement beschermd als deze partij een verbintenis uitvoert die ten voordele van de gefailleerde is. De rechtbank oordeelt dat hierop geen beroep kan worden gedaan, omdat de betalingen niet in het voordeel van de gefailleerde zijn verricht (Rb. Zeeland-West-Brabant 19 april 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:2490).<sup>6</sup>

### GIRALE BETALING

Een curator vordert met verwijzing naar HR JPR/Gunning q.q.<sup>7</sup> dat de bank een na de faillietverklaring gecrediteerd bedrag van de bankrekening van de gefailleerde terugbetaalt aan de boedel. Rechtbank Den Haag oordeelt dat geen plaats is voor een dergelijke vordering als de betaling is verricht vanaf een rekening met een negatief saldo, omdat dan feitelijk geen actief aan de boedel is onttrokken (Rb. Den Haag 19 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1885). Schuifling is het oneens met dit oordeel, nu volgens hem conform het fixatiebeginsel alle girale betalingen na de faillietverklaring kunnen worden teruggevorderd; ook betalingen ten laste van een debetsaldo.<sup>8</sup> Rechtbank Limburg bevestigt in 2017 dat het oordeel uit HR JPR/Gunning q.q.<sup>9</sup> betreft girale betalingen na datum faillissement eveneens van toepassing is bij girale betalingen die zonder toestemming van de bewindvoerder worden gedaan na het verlenen van een surseance van betaling. Het beginsel van beschikingsonbevoegdheid uit artikel 23 Fw is namelijk van overeenkomstige toepassing in een surseance (Rb. Limburg 15 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1517).

### VERREKENING

De Hoge Raad oordeelde in lijn met zijn eigen rechtspraak over de toepassing van artikel 6:136 BW in faillissement (HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3017). EnergiQ verrichtte installatiewerkzaamheden voor Artis en verkreeg daaruit vorderingen op Artis, die werden verpand aan Parallel Groep. Na het faillissement van EnergiQ probeerde Parallel Groep die



### BOEDELSCHULD

Het UWV diende bij een curator vorderingen in die onder andere betrekking hadden op uitbetaling van een vergoeding voor niet-genoten vakantiedagen opgebouwd voor faillissement. De curator betwist dat deze kwalificeren als boedelvorderingen. In zijn antwoord op enkele prejudiciële vragen van de kantonrechter oordeelt de Hoge Raad dat niet-genoten vakantiedagen na ontslag aangemerkt moeten worden als boedelschuld, ook als deze uitkering betrekking heeft op voor de faillissementsdatum opgebouwde vakantieaanspraken (HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2907).<sup>11</sup> Verder kan de curator werknemers niet verplichten niet-opgenomen vakantiedagen op te nemen om te voorkomen dat een boedelschuld ontstaat ter zake de niet-genoten vakantiedagen.

### PROCESRECHT

De beslissing van een rechter-commissaris om een (betwiste) vordering op de lijst van erkende schuldeisers te plaatsen is een beschikking is als bedoeld in artikel 67 Fw, bepaalt de Hoge Raad in 2017. Als een schuldeiser hiermee niet akkoord is, kan hij hoger beroep instellen op grond van artikel 67 Fw. De mogelijkheid van verzet ex artikel 184 Fw staat in een dergelijk geval niet open (HR 3 no-

vember 2017, ECLI:NL:HR:2017:2808). In een andere zaak uit 2017 verzoekt een schuldeiser de rechter-commissaris een bevel ex artikel 69 Fw op te leggen aan de curator. De rechter-commissaris wijst het verzoek af en veroordeelt de schuldeiser in de proceskosten. De schuldeiser komt tegen de proceskostenveroordeling op vanwege het ontbreken van een wettelijke basis. De Hoge Raad overweegt dat de rechter-commissaris (ambtshalve) bevoegd is een proceskostenveroordeling uit te spreken ingevolge artikel 362 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) jo. artikel 289 Rv (HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3143).<sup>14</sup> Een gefailleerde stuurt een e-mail aan de rechtbank curator te ontslaan. De rechtbank wijst het verzoek af. In cassatie overweegt de Hoge Raad dat een curator op verzoek van de rechter-commissaris de gefailleerde of crediteur(en) kan worden ontslagen ex artikel 73 Fw (HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:686). De rechtbank die op dat verzoek een beslissing neemt, moet de curator horen alvorens een beslissing te nemen. De Hoge Raad beslist dat de rechtbank voor op het ontslagverzoek te beslissen ook de verplichting heeft de rechter-commissaris te horen op grond van artikel 65 Fw, iets wat in casu niet was gebeurd. Artikel 67 Fw bepaalt dat van alle beschikkingen van de rechter-commissaris gedurende vijf dagen hoger beroep bij de rechtbank mogelijk is. Op grond van vaste rechtspraak kunnen twee categorieën belanghebbenden in hoger beroep, namelijk degene die het tot de beschikking leidende verzoek aan de rechter-commissaris heeft gedaan en degene tot wie de beschikking is gericht.<sup>15</sup> De Hoge Raad oordeelt eind 2017 dat de wederpartij van de curator bij een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 104 Fw niet aangemerkt kon worden als degene tot wie de beschikking is gericht als hiervoor bedoeld, zodat hem niet de bevoegdheid toekomt ex artikel 67 Fw hoger beroep tegen de

beschikking in te stellen (HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3253). Nu het belang van de wederpartij direct betrokken was bij de weigering van de rechter-commissaris toestemming te geven aan de vaststellingsovereenkomst, heeft de wederpartij als 'belanghebbende' ingevolge artikel 67 Fw het recht heeft te worden gehoord in een door een ander geëntameerde beroepsprocedure.<sup>16</sup>

### TUCHTRECHT

Mag je als advocaat optreden voor een aandeelhouder van een vennootschap waar je voorheen curator van bent geweest? De raad van discipline oordeelde recentelijk over de situatie waarin een advocaat namens een stichting een schuldeisersakkoord aanbiedt, terwijl dezelfde advocaat vijf jaar eerder curator was van de onderliggende vennootschap (RvD 30 april 2018, ECLI:NL:TADRARL:2018:102). De raad overweegt dat de advocaat niet mocht optreden voor de stichting, omdat de evidente mogelijkheid van tegenstrijdige belangen aanwezig was. De raad verwijft de advocaat daarnaast dat zij niet integer heeft gehandeld, door – gezien haar voorkennis – niet te informeren naar de herkomst van de akkoordsom en informatie achter te houden voor de crediteuren van de stichting.

### PAULIANA

Voor een geslaagd beroep van een curator op artikel 42 Fw (de faillissementspauliana) dient de curator aan te tonen dat er sprake is van 1) een onverplichte rechtshandeling, 2) benadeling van schuldeisers en 3) wetenschap van benadeling bij de schuldenaar en de wederpartij in geval van een rechtshandeling om baat. Het wetenschapsvereiste vormt vaak een struikelblok voor de curator als geen sprake is van omkering van de bewijslast ex artikel 43 en 45 Fw. Blijkens HR Van Dooren q.q./ABN AMRO III<sup>17</sup> doet wetenschap van benadeling zich voor als ten tijde van de rechtshandeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren

te voorzien voor zowel de schuldenaar en diens wederpartij. Deze maatstaf geldt ook als die rechtshandeling wordt verricht in het kader van een poging om door een reorganisatie het faillissement af te wenden. Begin 2017 werd deze genoemde maatstaf nog eens bevestigd door de Hoge Raad (HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:635).<sup>18</sup> Een curator vernietigde in 2017 de betaling van dochtermaatschappij Steroko aan de advocaat van moedermaatschappij Steroko Holding. De curator stelt dat sprake is van onverschuldte betalingen die om niet zijn verricht. De advocaat betwist dat sprake is van een rechtshandeling om niet, omdat de betaling werd gedaan in de uitvoering van de overeenkomst met Steroko Holding. Het hof oordeelt dat Steroko weliswaar betaalt voor de verplichting om baat van een derde, maar dat zij zelf geen reële tegenprestatie heeft ontvangen (Hof Arnhem-Leeuwarden 12 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8021). Daarom is sprake van een rechtshandeling om niet.

### PENSIOEN

Een curator had toestemming van de rechter-commissaris om een levensverzekering die als pensioenregeling in het leven was geroepen af te kopen. In 2008 oordeelde de Hoge Raad al dat het geen beginsel van Nederlands faillissementsrecht is dat pensioenaanspraken steeds buiten het faillissementsvermogen vallen.<sup>19</sup> Mede omdat de curator de mogelijkheid heeft levensverzekeringen af te kopen, kwalificeert de Hoge Raad dat dergelijke verzekeringen geen 'hoogstpersoonlijk' karakter hebben, waarvan de afkoop ex artikel 22a Fw kan worden verhinderd (HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2564). Als een levensverzekering een pensioenvoorziening vormt, kan dit voorschrift afkoop namelijk in de weg staan. Verder oordeelt de Hoge Raad dat een contractueel afkoopverbod ook aan de curator kan worden tegengeworpen als een derde de premies heeft betaald.

## EXHIBITIEPLICHT

Hof Amsterdam oordeelt begin 2018 over een verzoek van curatoren aan accountant KPMG tot inzage in een boetebesluit van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) op grond van artikel 843a Rv (Hof Amsterdam 9 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:54). Het hof overweegt dat de curatoren dit boetebesluit eerder bij de AFM hebben opgevraagd en niet hebben verkregen vanwege een geheimhoudingsverplichting van de AFM. Vervolgens concludeert het hof dat deze informatie niet met een omweg via artikel 843a Rv kan worden opgevraagd bij KPMG, omdat daarmee de wettelijke regeling zou worden doorkruist.

## WSNP

De Hoge Raad heeft bevestigd dat ook bij een herhaald verzoek tot toepassing van de WSNP-regeling het reeds bij de rechtbank ingediende verzoek tot faillietverklaring artikel 3a Fw wordt geschorst, behoudens misbruiksituaties (HR 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1064). De vraag of een artikel 287a-verzoek dat betrekking heeft op de enige schuldeiser van een schuldenaar ontvankelijk is, wordt in de jurisprudentie uiteenlopend beantwoord. Het Arnhemse hof oordeelt met

verwijzing naar de wetsgeschiedenis dat de enige schuldeiser van een schuldenaar gebonden kan worden aan een dwangakkoord ex artikel 287a Fw. Uit de wetsgeschiedenis blijkt namelijk dat artikel 287a Fw is bedoeld om het minnelijke traject een belangrijk rechtsmiddel, het dwangakkoord van artikel 287a Fw, te versterken om zo het wettelijke traject (de WSNP) te ontlasten. Daarbij past niet een formeel vereiste van pluraliteit van schuldeisers dat immers niet vereist is in het wettelijke traject. Enige aanknopingspunten dat desondanks toch sprake moet zijn van pluraliteit, gelet op de aard van een akkoord en andere insolventieregelingen, ontbreken volgens het hof. Het hof oordeelt dat artikel 287a Fw derhalve niet moet worden uitgelegd in het licht van andere insolventieregelingen en de aard van een akkoord, maar moet worden gezien als een opzichzelfstaande minnelijke regeling. De conclusie luidt daarom dat verzoeker ontvankelijk is in zijn verzoek (Hof Arnhem-Leeuwarden 9 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2007).

## BESTUURDERS-AANSPRAKELIJKHEID

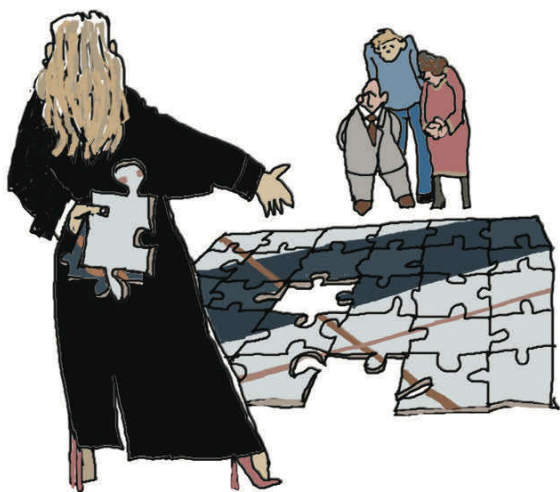
De Hoge Raad heeft een belangrijk standaardarrest gewezen over de reikwijdte, werking en bewijslastver-

deling van artikel 2:11 BW (HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275). De Hoge Raad oordeelt dat artikel 2:11 BW van toepassing is op alle gevallen waarin de bestuurder van een rechtspersoon persoonlijk aansprakelijk is, inclusief de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Als de eerstegraads bestuurder aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad, dan is de tweedegraads bestuurder dat dus per definitie ook. Voor de aansprakelijkheid van de tweedegraads bestuurder hoeft niet te worden gesteld en bewezen dat ook hem een persoonlijk verwijt treft. De tweedegraads bestuurder kan zich wel disculperen door te stellen en te bewijzen dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt treft van de gedragingen van de eerstegraads bestuurder, waarvoor deze aansprakelijk is. De Hoge Raad heeft eveneens over de werking van artikel 36 Invoeringswet 1990 (Iw) (HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:530) geoordeeld. Een transportbedrijf kwam in de problemen en Rabobank zegde het krediet op en won de zekerheden uit, waaronder de verpande vorderingen. De bestuurders deden tijdig melding van de betalingsonmacht bij de Ontvanger, waardoor de bewijslast van kennelijk onbehoorlijk bestuur op de Ontvanger rustte. Die stelde één bestuurder persoonlijk aansprakelijk met de stelling dat de bestuurder zonder overleg met de Ontvanger voorrang had gegeven aan de terugbetaling van de bank in plaats van de voldoening van belastingschulden aan de fiscus. De bestuurder verweerde zich, volgens de Hoge Raad terecht, met de stelling dat hij niet bij machte was de inning door de bank van aan haar verpande vorderingen een halt toe te roepen, zodat hem lastig kan worden verwerken kennelijk onbehoorlijk te hebben bestuurd. Verder stelt de Hoge Raad dat de bestuurder na de melding betalingsonmacht niet op eigen initiatief de Ontvanger had hoeven te informeren over de inning door de bank van de verpande vorderingen. De bestuurder beriep zich voorts op

schending van het gelijkheidsbeginsel, omdat de Ontvanger enkel hem en niet de andere bestuurders aansprakelijk had gesteld. De Hoge Raad meent, anders dan het hof, dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder niet aan toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals het gelijkheidsbeginsel in de weg staat. Begin 2017 oordeelde de Hoge Raad over verhaalsfrustratie (HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:484). G4 ontwikkelde het project 'Euroborg' in Groningen. Hanzevast III, een lege vennootschap voor honderd procent in handen van en bestuurd door Hanzevast Beleggingen, kocht van G4 kantoren in de Euroborg. Na het sluiten van het koopcontract stuurde Hanzevast III de gewenste specificaties voor de kantoorruimte aan G4. Dat leidde echter tot een aanzienlijk bedrag aan meerwerk door G4. Dat zag Hanzevast III niet zitten en zij ontbond de koopovereenkomst met G4. G4 stelde op haar beurt Hanzevast Beleggingen als bestuurder aansprakelijk voor het niet nakomen van de schadevergoedingsverplichting van Hanzevast III als gevolg van de ongerechtvaardigde ontbinding van de koopovereenkomst. Die ongerechtvaardigde ontbinding kwam in rechte vast te staan. De Hoge Raad legt de kwestie langs de lat van HR Ontvanger/Roelofsen om te bepalen of Hanzevast Beleggingen persoonlijk een ernstig verwijt kon worden gemaakt.<sup>29</sup> Volgens de Hoge Raad oordeelde het hof terecht dat bij het door Hanzevast Beleggingen niet in staat stellen van Hanzevast III om de koopsom aan G4 te betalen sprake zou zijn geweest van onrechtmatig handelen. Beide partijen gingen er immers vanuit dat Hanzevast Beleggingen Hanzevast III in staat zou stellen de aanzienlijke koopsom voor de kantoren te voldoen. Daarom was door G4 ook geen zekerheid bedongen. Om dezelfde redenen achtte het hof het onrechtmatig Hanzevast III niet in staat te stellen de schadevergoedingsverplichting van Hanzevast III jegens G4 te voldoen. Kortom,

Hanzevast Beleggingen wist of had redelijkerwijze behoren te begrijpen dat Hanzevast III geen verhaal zou bieden voor de schadevordering van G4. Dit oordeel van het hof was van feitelijke aard en is volgens de Hoge Raad ook niet onbegrijpelijk. De Hoge Raad wees in 2017 een interessant arrest over causaal verband bij verhaalsfrustratie (HR 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1053). Hofstad verkocht en leverde haar aandelen in de assurantietussenpersoon 'De Provinciale' aan Rixtel. Direct na deze aandelenoverdracht verkocht en leverde De Provinciale haar assurantieportefeuille aan Rixtel. De koopsom daarvoor bleef onbetaald. De Provinciale werd korte tijd later failliet verklaard. Hofstad bleef achter met een flinke onverhaalbare vordering op De Provinciale en stelde Rixtel aansprakelijk voor verhaalsfrustratie. Het hof wees de vordering van Hofstad af, omdat op het moment van het 'leeghalen' van De Provinciale het met haar al financieel zo slecht ging dat het op weg van Hofstad had gelegen om te stellen en bewijzen dat met behoud van alle activa in de Provinciale de vordering van Hofstad desondanks had kunnen worden betaald. Het hof had echter moeten beoordelen of Hofstad zich op de assurantieportefeuille of de koopsom had kunnen verhalen en niet of de vordering van Hofstad betaald had kunnen worden indien de assurantieportefeuille nog aanwezig was geweest of de koopsom zou zijn betaald, aldus de Hoge Raad. Die verhaalsmogelijkheid had het hof ten onrechte niet in zijn oordeel betrokken. De Hoge Raad legt duidelijk uit dat in gevallen van verhaalsfrustratie voor het bestaan en de omvang van de schade een vergelijking moet worden gemaakt tussen de werkelijke situatie na de overdracht van de assurantieportefeuille zonder betaling enerzijds en de hypothetische situatie waarin deze onrechtmatige gedraging achterwege zou zijn gebleven anderzijds. Over de toepasselijkheid van de klachtplicht ex artikel 6:89 BW<sup>21</sup> op

de interne bestuurdersaansprakelijkheid uit artikel 2:9 BW sprak Hof Arnhem-Leeuwarden zich uit in 2017 (Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:523). Een vennootschap sprak haar bestuurder aan vanwege het wegsluiten van het gehele vermogen van de vennootschap. De bestuurder verweerde zich onder andere met een beroep op de klachtplicht. Het hof stelt dat de klachtplicht in beginsel van toepassing is op alle verbintenissen, maar dat deze niet bedoeld is voor de rechtsverhouding tussen de bestuurder en de vennootschap. De verplichting tot behoorlijke taakvervulling door de bestuurder is immers een wettelijke verplichting en dat is geen vermogensrecht van de vennootschap. Eind 2017 overwoog de Hoge Raad dat de regels voor de melding van betalingsonmacht bij de Belastingdienst hetzelfde moeten worden toegepast als bij een melding van betalingsonmacht voor het bedrijfstakpensioenfonds (HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3019). Het pensioenfonds vorderde van de bestuurder onbetaalde premies terug en stelde dat een uitgebrachte melding van betalingsonmacht niet ziet op toekomstige premiebetalingen. De Hoge Raad schuift dit van tafel en oordeelt dat geen nieuwe melding van betalingsonmacht gedaan hoeft te worden zolang nog sprake is van een betalingsachterstand, tenzij het pensioenfonds na ontvangst van een betaling schriftelijk laat weten de betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten. Net als voor een melding van betalingsonmacht bij de Belastingdienst geldt deze dus eveneens voor toekomstige betalingen, zolang sprake is van een achterstand. De Hoge Raad beslist verder dat de bewijslast dat een persoon moet worden aangemerkt als bestuurder bij de Belastingdienst ligt in geval van een vordering tot aansprakelijkheid van een bestuurder voor belastingschulden ingevolge artikel 36 Iw (HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:248). De Hoge Raad bevestigt in dit kader



zijn oordeel dat een inschrijving als bestuurder in het handelsregister niet beslissend is voor dit bewijs.<sup>22</sup>

### AANSPRAKELIJKHEID CURATOR

Hof Den Haag liet zich uit over de persoonlijke aansprakelijkheid van de stille bewindvoerders van het Ruwaard van Putten Ziekenhuis (Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3386). Vier medisch specialisten verweten de stille bewindvoerders dat zij in de prepack-fase bij de onderhandelingen met de doorstartkandidaat SMC, aan wie de praktijk van die specialisten was overgedragen, niet hadden bedongen dat aan de vier medici een arbeids- of toetredingsovereenkomst zou worden aangeboden. De specialisten stelden de bewindvoerders persoonlijk aansprakelijk voor de door hen geleden schade. Hof Den Haag toetst het gedrag van de stille bewindvoerders aan de norm zoals de Hoge Raad die voor curatoren heeft geformuleerd: dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.<sup>23</sup> Het hof concludeert op basis hiervan dat door de stille bewindvoerders geen specifieke voor hen geldende regels waren geschonden en dat zij niet gehouden waren de positie van de medisch specialisten in de onderhandelingen met SMC te betrekken. Zij hadden een hoge mate van beleidsvrijheid in de onderhandelingen met SMC teneinde een zo hoog mogelijke opbrengst voor de boedel te verkrijgen. De stille bewindvoerders werden niet aansprakelijk gehouden. Op een accountant die optreedt als curator in een faillissement is het tuchtrecht voor accountants van toepassing, zo oordeelt het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB 22 november 2017, ECLI:NL:CBB:2017:361). Artikel 42 lid 1 van de Wet op het accountantsberoep (Wab) bepaalt dat de accountant is onderworpen aan de tuchterspraak ter zake van enig handelen

of nalaten in strijd met het belang van een goede uitoefening van het accountantsberoep. De betreffende accountant was juist vanwege zijn deskundigheid als accountant tot curator benoemd en handelde daarom beroepsmatig. Het tuchtrecht voor accountants was dus op hem van toepassing.

De Hoge Raad verschaftte begin 2018 meer helderheid over de taak van de curator indien tegen het faillissement een rechtsmiddel wordt aangewend (HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:471). Tijdens het hoger beroep tegen het faillissementsvonnis trof de curator een minnelijke regeling met de aanvrager van het faillissement. De afspraak was dat de verkoopopbrengst van het onroerend goed – na aflossing van de bank – zou worden gestort op de derdengeldrekening van de advocaat van de aanvrager. Met dat geld zouden alle schuldeisers in het faillissement worden betaald. Na vernietiging van het faillissement in hoger beroep op basis van die getroffen regeling bleef echter één schuldeiser onbetaald. Die schuldeiser stelde de curator in het vernietigde faillissement voor de geleden schade persoonlijk aansprakelijk. Anders dan het hof oordeelt de Hoge Raad dat een curator in een faillissement waartegen een rechtsmiddel is aangewend geen specifieke taak heeft ervoor zorg te dragen dat de schuldenaar alle schuldeisers voldoet. Het bewerkstelligen van de vernie-

tiging van een faillissement behoort niet tot de taak van de curator, dat is aan de schuldenaar zelf. De curator hoeft enkel de rechter te informeren over de toestand van de boedel. Alle door de curator jegens de schuldeisers gedane toezeggingen zouden tot een ander oordeel hebben kunnen leiden, maar daarvan was geen sprake. De curator ontsprong dus de dans.

### RETIENTIERECHT

Een schuldeiser deed beroep op zijn retentierecht ten aanzien van een woning. De schuldeiser heeft een termijn gesteld aan de curator op grond van artikel 60 lid 3 Fw.<sup>24</sup> De curator eist de woning op, maar deze wordt niet binnen de termijn verkocht. De schuldeiser stelt zich vervolgens op het standpunt dat hij gerechtigd is de woning nu te verkopen en zich op de opbrengst te verhalen. De rechtbank wijst dit van de hand en stelt dat de termijnstelling uit artikel 60 lid 3 Fw enkel bedoeld is voor de curator om duidelijkheid te verschaffen of hij de zaak opeist (Rb. Zeeland-West-Brabant 10 februari 2017, ECLI:NL:RBZWV:2017:726). Het is niet noodzakelijk dat de woning binnen deze termijn werd verkocht.

### PREPACK

Zoals bekend is de 'prepack' een instrument dat onder stille bewindvoering valt. Anders dan een 'stille



voorbereiding', beoogt een 'prepack' een doorstart direct op datum faillissement te realiseren. De transactie is in dat geval voor datum faillissement onderhandeld en beklonken tussen de doorstarter en de (beoogd) curator. De stille voorbereiding daarentegen staat primair in het teken van het gecontroleerd laten failleren van de onderneming. In de hierop volgende boedelperiode kan evenwel alsnog een doorstart gerealiseerd worden. De 'prepack' verschilt zodoende wezenlijk van de 'stille voorbereiding'. Op 22 juni 2017 heeft het Europese Hof van Justitie (HvJEU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489) uitspraak gedaan in de Estro-zaak en 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. Aanvankelijk vreesde men dat de stille bewindvoering een kort leven beschoren was en werd ook de reguliere doorstart in faillissement bedreigd. Maar de nadien gedane uitspraken van het gerechtshof inzake Heiploeg<sup>25</sup> en de rechtbank in Bogra<sup>26</sup> en Tuunte<sup>27</sup> temperde deze vrees. 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, valt onder de uitzonderingen van artikel 5 Europese Richtlijn.

### ONDERNEMINGSRAAD

Het adviesrecht van de ondernemingsraad geldt in beginsel ook in faillissement, aldus de Hoge Raad (HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982). Voor zover het faillissementsrecht dat meebrengt, oefent de curator tijdens het faillissement de bevoegdheden van de ondernemer uit en is hij als zodanig op een lijn te stellen met de ondernemer in de zin van de Wet op de ondernemingsraden (WOR). Het aan de ondernemingsraad toekomende adviesrecht van artikel 25 WOR ziet

in beginsel niet op (besluiten tot) verkoop van goederen op de voet van artikel 176 Fw en op (besluiten tot) ontslag van werknemers op de voet van artikel 40 Fw. Maar als de verkoop van activa plaatsvindt in het kader van een voortzetting of doorstart van (delen van) de onderneming, waarbij het vooruitzicht bestaat op behoud van arbeidsplaatsen, is een daarop gericht besluit van de curator adviesplichtig op grond van artikel 25 lid 1 WOR. De vormvoorschriften van de WOR zijn echter niet onverkort van toepassing voor zover ze niet verenigbaar zijn met het faillissement. De ondernemingsraad en de curator dienen zich bij de verwezenlijking van de doeleinden van de WOR als zodanig jegens elkaar te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.

### PEETERS/GATZEN

In 2017 heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269) over de Peeters/Gatzen-vordering. Met deze vordering kan de curator namens de gezamenlijke schuldeisers een vordering tot schadevergoeding instellen tegen een derde. De Hoge Raad stelt vragen over de rechtsmacht en het toepasselijke recht voor het beoordelen van deze vordering. De antwoorden worden binnenkort verwacht.

### FISCAAL

In het faillissement van Eurocommerce verzochten curatoren om teruggave van omzetbelasting over de tijdvakken na datum faillissement ter zake van door de boedel betaalde facturen (incl. btw). Daarnaast verzochten zij teruggave van de afgedragen omzetbelasting die betrekking heeft op facturen die na datum faillissement oninbaar bleken (ex. artikel 29 lid 1 Wet op de omzetbelasting (OB)). De Ontvanger stelt op basis van artikel 24 lid 1 Iw bevoegd te zijn eigen vorderingen van vóór het faillissement te mogen verrekenen met de btw-teruggavevordering van de ge-

faillideerde vennootschap ontstaan ná faillissement. De Hoge Raad oordeelt dat alleen vorderingen en schulden met elkaar kunnen worden verrekend die voor de datum van faillietverklaring zijn ontstaan of voortvloeien uit een per die datum reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding (HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2627). De teruggave btw kan aldus niet verrekend worden met de fiscale vorderingen ontstaan voor datum faillissement. Artikel 24 lid 1 Iw leidt niet tot een ander resultaat. De btw-teruggavevordering van de gefailleerde vennootschap is ontstaan uit een rechtsverhouding die voor de faillietverklaring tussen de gefailleerde en de ontvanger tot stand is gekomen. Ingevolge artikel 53 lid 1 Fw jo. artikel 24 lid 1 Iw kan deze door de ontvanger verrekend worden met de tegenvordering van de fiscus op de failliet.

De Hoge Raad oordeelt verder dat omzetbelasting uit verkoop bij parate executie door de pandhouder in faillissement geen boedelschuld is (HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3149). Inmiddels is per 1 januari 2018 artikel 42d Iw in werking getreden waardoor het 'weglekken' van omzetbelasting alsnog wordt voorkomen. Op grond van voornoemd artikel geldt dat de pand- en hypotheekhouder en de executant die zich hebben verhaald op het door de executeekoper betaalde bedrag, hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de omzetbelastingsschuld die verschuldigd is voor de levering.

### BODEMVOORRECHT

Een pandhouder probeerde in 2017 te ontkomen aan de werking van artikel 57 lid 3 Fw.<sup>28</sup> De pandhouder voerde aan dat de opbrengst van de bodemzaken aan haar toekwam, omdat deze opbrengst niet zou toekomen aan de Belastingdienst, nu deze opbrengst lager was dan het boedeltekort. Hof 's-Hertogenbosch oordeelt dat hier geen sprake van kan zijn, omdat de curator enkel zijn wettelijke taak uitvoert (Hof 's-Hertogenbosch 5 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5460).

De omstandigheid dat de Belastingdienst uiteindelijk, na het voldoen van de algemene faillissementskosten, niets ontvangt, brengt hierin geen verandering.

### SURSEANCE

De Hoge Raad heeft op dezelfde dag twee beschikkingen (HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1280 en HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1281) in de faillissementsprocedures van twee Nederlandse investeringsmaatschappijen Portugal Telecom International Finance (PTIF) en Oi Brasil Holdings Coöperatief U.A. (Oi-Coop) gewezen. Beide behoren tot de Braziliaanse Oi-groep. Dit telecombedrijf had een verzoek ingediend voor een geconsoleerde gerechtelijke herstructureringsprocedure in Brazilië. Beide investeringspartijen aan wie surseance van betaling was verleend, hadden gezamenlijk circa 5 miljard euro te vorderen van Oi-groep. In het voorgestelde akkoord van Oi-groep zouden Oi-Coop en PTIF geen betaling op deze vorderingen meer kunnen verwachten. Zonder medeweten van hun bewindvoerders zouden Oi-Coop en PTIF hebben ingestemd met het voorlopige akkoord van Oi-groep. In de beschikkingen komen verschillende rechtsvragen aan de orde. Op de vraag wie ingevolge artikel 243 Fw als belanghebbende bij de zitting van het intrekkingverzoek aanwezig mag zijn, antwoordt de Hoge Raad dat naast de verzoeker, schuldenaar en bewindvoerder ook andere belanghebbenden, zoals schuldeisers of met de schuldenaar verbonden vennootschappen opgeroepen en gehoord mogen worden. Voorts oordeelt de Hoge Raad dat artikel 228 lid 1 Fw meebrengt dat de schuldenaar de bewindvoerder naar behoren moet informeren omtrent hetgeen de bewindvoerder nodig heeft bij het beheer en de beschikking over het vermogen van de schuldenaar. Instemming met een voorlopig akkoord zonder het in kennis stellen van de bewindvoerder wordt als een verboden daad van beheer of beschikking aangemerkt. Daarnaast geeft de Hoge

Raad aan dat een benadelingshandeling die op grond van artikel 242 lid 1 Fw aanleiding kan zijn om de surseance in te trekken, ook gebaseerd kan zijn op handelingen voorafgaand aan de verlening van de (voorlopige) surseance. Daarbij geldt dat de benadeling niet daadwerkelijk ingetreden hoeft te zijn, omdat het bij surseance gaat om het *trachten* te benadelen. Tot slot merkt de Hoge Raad op dat het bevoegd is om de surseance te bevestigen of te vernietigen. De Hoge Raad merkt de Hoge Raad op dat het bevoegd is om de surseance te bevestigen of te vernietigen. De Hoge Raad merkt de Hoge Raad op dat het bevoegd is om de surseance te bevestigen of te vernietigen.

De kwestie in de beschikking van de Hoge Raad van 8 december 2017 betrof een akkoord aangeboden door een natuurlijk persoon die in surseance verkeert aan zijn crediteuren (HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3110). In de schuldeisersvergadering had de rechter-commissaris een aantal beslissingen genomen over de toelating van schuldeisers tot de stemming die volgens betreffende schuldenaar ongunstig waren. Aan de Hoge Raad werd gevraagd of beroep openstond tegen deze beslissingen. De Hoge Raad oordeelt dat het rechtsmiddelenverbod van artikel 282 Fw betrekking heeft op beslissingen waartoe de rechter door enige bepaling van de tweede titel van de Faillissementswet uitdrukkelijk wordt opgeroepen. Artikel 267 Fw (en artikel 268a Fw) zijn dergelijke bepalingen en vallen hierdoor onder het rechtsmiddelenverbod van artikel 282 Fw.

### HUUR

Artikel 39 Fw strekt niet ter bescherming van het belang van de gefailleerde, oordeelt de Hoge Raad in 2017 (HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, *JOR* 2017/117). Een contractueel beding tot het voldoen van schadevergoeding in geval van opzegging ex artikel 39 Fw heeft geen effect tegen de boedel, evenals een regresvordering van een derde uit

hoofde van nakoming van een (bank)garantie. In casu had de curator zich echter niet verzet tegen uitwinning van de bankgarantie door de derde, waardoor de Hoge Raad oordeelt dat hier geen sprake was van ongerechtvaardigde verrijking van de derde ten opzichte van de gefailleerde.

In een andere zaak bood V&D haar schuldeisers voor faillissement een bijzonder akkoord aan waarin onder andere een tijdelijke huurverlaging van de door haar gehuurde winkelpanden werd openomen. Eén van de verhuurders, Mondia, eiste in kort geding echter dat V&D de huurpenningen volledig diende te voldoen. De Hoge Raad oordeelt dat een dergelijke situatie misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW) kan opleveren aan de zijde van Mondia (HR 24 maart 2017 ECLI:NL:HR:2017:485). In dergelijke gevallen kan aansluiting worden gezocht bij de overwegingen uit het Payroll-arrest.<sup>29</sup> Voorts was begin 2018 de vraag aan de orde of het einde van een hoofdhuurvereenkomst tot gevolg heeft dat de onderverhuurder zijn verplichtingen tegenover zijn onderhuurder niet meer kan nakomen. De gefailleerde huurde verschillende voertuigen en verhuurde deze vervolgens aan derden. De eigenaren hebben na faillissement de voertuigen opgeëist. De onderhuurders stellen dat de curator tekortschoot, omdat hij niet langer huurgenot kon verschaffen. De Hoge Raad oordeelt dat de onderhuurder het feitelijk gebruik van het gehuurde ingevolge de onderhuurvereenkomst behoudt zolang de hoofverhuurder de zaak niet opeist (HR 23 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:284). In dat geval is (nog) geen sprake van wanprestatie.

### HYPOTHEEK

In een zaak die speelde bij het Amsterdamse hof (Gerechtshof Amsterdam 23 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1956) had de Rabobank een lening verstrekt aan een vennootschap. Het financieringsvoorstel werd enkel aan de bestuurder van de vennootschap geadresseerd, maar

was mede gebaseerd op het stellen van een derdenhypotheek op zijn woonhuis. Het woonhuis was echter van de bestuurder en zijn vrouw gezamenlijk. Beiden ondertekenen wel een hypotheekakte ten overstaan van de notaris. Het financieringsvoorstel werd door beiden niet ondertekend. De vrouw toont aan dat zij het financieringsvoorstel nooit had ontvangen en dat zij in de veronderstelling was dat de hypotheek slechts voor privé-schulden werd gevestigd. Hof Amsterdam overweegt dat het derdenhypotheekrecht daarom nietig is: een geldige titel ontbrak. Beide eigenaren zijn namelijk alleen tezamen bevoegd een hypotheek op het woonhuis te vestigen.

### PANDRECHT

Famed B.V., een factoringmaatschappij, verrichtte declaraties voor een failliete zorgaanbieder en had pandrecht op de vorderingen van de gefailleerde. Rusten die pandrechten ook op het onderhanden werk van de zorgaanbieder, namelijk de behandelingen die reeds zijn aangevangen, maar nog niet gedeclareerd? De Hoge Raad oordeelt dat als uit hoofde van een geneeskundige behandelingsovereenkomst verschillende als zodanig identificeerbare en op geld waardeerbare deelprestaties kunnen worden aangewezen er na het voltooiën van een deelbehandeling een vordering

ontstaat, tenzij anders overeengekomen (HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2901).

In een ander faillissement was de inventaris van de gefailleerde verpand aan een schuldeiser. De curator en pandhouder hebben contact gehad over de onderhandse verkoop van de inventaris. De curator verkoopt de zaken vervolgens onder voorbehoud van toestemming van de pandhouder, maar de pandhouder geeft aan niet akkoord te gaan vanwege de lage prijs. De curator gaat echter over tot levering van de zaken en inning van de koopsom op zijn dergengeldrekening. Hoewel onbevoegd tot deze verkoop, stelt de curator zich op het standpunt dat de fiscus voorrang heeft op de opbrengst op grond van het bodemvoorrecht. Het hof komt tot het oordeel dat geen sprake was van een bodemvoorrecht op die goederen omdat de zaken niet op de bodem van de gefailleerde stonden (Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1291). De curator heeft aldus onrechtmatig gehandeld omdat hij artikel 58 lid 1 Fw niet in acht heeft genomen bij de verkoop door de inventaris zonder toestemming te verkopen, aldus het hof.

In een andere zaak tussen curator en pandhouder speelde het volgende. De bank had een pandrecht op de roerende zaken van haar klant

gevestigd. Na het faillissement van die klant diende de bank haar vordering in onder vermelding van het pandrecht. Later bericht zij de curator dat zij geen pandrecht meer zou hebben om vervolgens na verkoop van de goederen, maar voor de verificatievergadering, te melden dat zij toch beschikt over een pandrecht. De curator beroept zich op verval van pandrecht en artikel 3:86 lid 2 BW en verval van recht. De rechtbank is van oordeel dat het pandrecht is komen te vervallen, maar dat de bank wel haar voorrang behoudt. In hoger beroep oordeelt het hof dat de bank geen bewuste afstand heeft gedaan van haar pandrecht, omdat zij geen wetenschap had dat zij een pandrecht had dat werd prijsgegeven en zodoende niet voldaan is aan het eerste van artikel 3:258 lid 2 BW (Hof Arnhem-Leeuwarden 13 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2440). De bank kan zich dan ook met voorrang op de executieopbrengst van de roerende zaken verhalen.

Hof Amsterdam bepaalt in 2017 – met verwijzing naar HR Megalim/De Veengebloom<sup>30</sup> – dat de bevoegdheid tot melding bij de verzekeraar van oninbaarheid van vorderingen op debiteuren bij de pandgever blijft liggen (Hof Amsterdam 1 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3127). In casu had ING mededeling gedaan aan haar pandrecht op vorderingen. Oninbare vorderingen waren via een verzekering gedekt bij verzekeraar Atradius, echter om aanspraak op de verzekering te maken, moest melding worden gedaan. Een schuldeiser verwijt ING geen melding te hebben gedaan bij Atradius over oninbare vorderingen. Het hof stelt dat deze bevoegdheid niet overgaat op de pandhouder, maar bij de pandgever blijft.

### OVEREENKOMSTEN

Waarvoor moet een curator zekerheid stellen als hij op grond van artikel 37 Fw verklaart bereid te zijn een overeenkomst gestand te doen? Voor de zekerheid voor de nakoming van de door gefailleerde nog niet na-



gekomen verplichtingen uit de overeenkomst, meent de Hoge Raad (HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1105). De wederpartij kan op de betreffende bepaling in beginsel alleen een beroep doen voor de nakoming van het nog niet uitgevoerde deel van de overeenkomst en niet voor vorderingen die hij slechts als concurrente vorderingen in het faillissement zou kunnen indienen. Onder die laatste categorie vorderingen zijn ook begrepen aanspraken op schadevergoeding of boete die de wederpartij in verband met het door beide partijen al uitgevoerde deel van de overeenkomst vóór het faillissement heeft verkregen. Indien tot de faillissementsboedel behorende zaken zijn opgeslagen in een gebouw of op een terrein dat de

wederpartij van de failliet in gebruik heeft, maar waarvan de wederpartij geen eigenaar is, heeft de wederpartij na ontbinding van de overeenkomst in beginsel evenzeer als de eigenaar het recht om van de curator verwijdering van die zaken te verlangen, aldus de Hoge Raad (HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:563).

### CREDITEUREN

De Hoge Raad overweegt in zijn beantwoording op een prejudiciële vraag dat tijdens surseance van betaling vervallen rente vanaf datum surseance tot datum faillissement in aanmerking komt voor verificatie als een faillissement volgt op grond van titel II van de Faillissementswet of binnen één maand na de surseance wordt uitgesproken (HR 24 november

2017, ECLI:NL:HR:2017:2991). In een andere zaak beantwoordt de Hoge Raad (HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424) prejudiciële vragen van Rechtbank Amsterdam die tijdens een renvooiprocedure werden gesteld. De rechtsvraag spitst zich toe op de vraag of vorderingen die ontstaan na faillissement of gedurende een daaraan voorafgaande surseance van betaling verifieerbaar zijn. De Hoge Raad oordeelt in beginsel van niet, dit is volgens hem in strijd met het fixatiebeginsel. Slechts indien en voor zover zij besloten lagen in een ten tijde van het ingaan van het faillissement of surseance reeds bestaande rechtpositie van de schuldeiser kunnen dergelijke vorderingen verifieerbaar zijn. In dat geval is er volgens de Hoge Raad geen sprake van schending van het fixatiebeginsel.

### NOTEN

- 1 Het pluraliteitsvereiste betekent dat de aanvrager van het faillissement moet aantonen dat er meerdere schuldeisers zijn, zogenaamde steunvorderingen.
- 2 Hof 's-Hertogenbosch 1 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2301, *JOR* 2017, 247 m.nt. N.B. Pannevis.
- 3 HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636.
- 4 HvJEU 10 september 2015, ECLI:EU:C:2015:574.
- 5 Dit artikel bepaalt dat alles wat een gefailleerde tijdens faillissement verkrijgt in de boedel valt. Zie ook HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653 & HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0614.
- 6 Deze uitspraak geldt ook voor betalingen die worden verricht van bankrekeningen bij banken uit andere lidstaten van de Europese Unie.
- 7 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689.
- 8 Rb. Den Haag 19 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1885, *JOR* 2018, 163 m.nt. B.A. Schuijling.
- 9 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689.
- 10 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7391.
- 11 HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7535.
- 12 HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT9061.
- 13 Zie HR 3 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3819 en HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108.
- 14 Zie HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2721.
- 15 HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4559.
- 16 HR 6 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:AG3400.
- 17 HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493.
- 18 In Van Dooren q.q./ABN AMRO III werd verder overwogen dat de curator de wetenschap van benadeling moet bewijzen aan de hand van feiten en omstandigheden. De Hoge Raad oordeelt in Bakker q.q./Katko dat geen wetenschap van benadeling kan worden aangenomen wanneer slechts sprake is van een kans op benadeling (HR 17 november 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA8357).
- 19 HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3423.
- 20 HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758.
- 21 De klachtplicht is een vervalttermijn op basis waarvan je binnen een redelijke termijn moet klagen indien je vindt dat jouw wederpartij zijn verplichting niet goed is nagekomen. Indien je niet tijdig klaagt, vervallen je rechten om de wederpartij aan te spreken.
- 22 HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD5467.
- 23 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 en 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204.
- 24 Op basis van dit artikel kan een retentor de curator een termijn stellen, waarin de curator zich moet uitlaten of hij de zaak opeist of niet. Indien de curator niets laat weten, mag de retentor de zaak verkopen en zich verhalen op de opbrengst.
- 25 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539.
- 26 Rechtbank Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423.
- 27 Rechtbank Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447.
- 28 Op basis van dit artikel moet de curator de rechten van hoger gerangschikte schuldeisers waarborgen, hetgeen in de praktijk vaak resulteert in het opeisen van de opbrengst van zogenaamde bodemzaken ten behoeve van de Belastingdienst. Deze opbrengst komt in de boedel, waarvan eerst de faillissementskosten worden voldaan.
- 29 HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799.
- 30 HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833.