

– Kroniek

Insolventierecht

— door **Bastiaan Rolevink, Floris Dix, Jaap van der Meer, Yannick Panhuizen, Lars van der Heijden, Sandra Tijssen-Dellemijn & Suzan Winkels-Koerselman.**
beeld **Floris Tilanus**

Ook dit jaar borduren wij voort op de Kroniek Insolventierecht van het voorgaande jaar. Wederom is er door ons aansluiting gezocht bij de in de «JOR» gepubliceerde uitspraken, waardoor het voorkomt dat er enkele uitspraken worden behandeld die vóór juni 2023 zijn geweest.

FAILLISSEMENTS(PROCES)RECHT

Steunvordering

De Hoge Raad oordeelde recent of een eisende partij het Berzona-arrest juist interpreteerde (HR 17 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1569, «JOR» 2024/47).¹ Volgens eiser vloeide uit het Berzona-arrest voort dat enkel een vordering die ter verificatie kan worden ingediend als steunvordering kan dienen bij een faillissementsaanvraag. Een dwangsom is een niet-verifieerbare vordering en kan volgens eiser aldus niet als steunvordering dienen. De Hoge Raad oordeelt dat de conclusie die eiser aan het Berzona-arrest verbindt onterecht is. Een vordering van een derde ter zake verbeurde dwangsommen kan dienen als steunvordering.

Pluraliteit schuldeisers

Tijdens een andere faillissementsaanvraag in eerste aanleg was de vraag of de partiële subrogatie van een vordering leidt tot de vereiste pluraliteit van schuldeisers (Rb. Midden-Nederland 5 december 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:7379, «JOR» 2024/98). In beginsel is het daarbij niet van belang of de vordering voortvloeit uit dezelfde rechtsverhouding mits partijen de pluraliteit niet hebben laten ontstaan met het oog op de aanvraag van het faillissement.² *In casu* ontstond de pluraliteit uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst en bestond volgens de rechtbank geen oogmerk om de pluraliteit te laten ontstaan met het doel om een faillissement aan te vragen.

Ontslag van instantie

In weer een andere casus bij dit hof ging het over een tijdens faillissement reeds aanhangige procedure in appel waarbij over en weer vorderingen waren ingesteld (Hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:3548, «JOR» 2023/196). Op grond van artikel 29 Fw werd de vordering in conventie van rechtswege geschorst na faillietverklaring. Verder nam de curator de procedure in reconventie op grond van artikel 27 Fw niet over. De geïntimeerde vroeg het hof daarom ontslag van instantie, hetgeen onder omstandigheden kan worden afgewezen. Dat deed het hof ook, omdat in het voorkomende geval de vorderingen dermate met elkaar verweven waren dat toewijzing van het ontslag van instantie in strijd zou komen met de eisen van een goede procesorde.³ Het hof haalde vervolgens de hele procedure ambtshalve door om alleen dan te worden voortgezet wanneer het faillissement er aanleiding toe zou geven vanwege dat nauwe verband tussen de vorderingen in conventie en reconventie.

Failliet tijdens lopende procedure

Over de gevolgen van het faillissement voor lopende procedures gaf de Hoge Raad recent ook een aantal nieuwe inzichten (HR 7 juli 2023, ECLI:NL:HR:2023:1067, «JOR» 2023/253). In die zaak zijn twee echtelieden, die in gemeenschap van goederen waren gehuwd, verwickeld in een procedure. Hangende de procedure in hoger beroep wordt de man in staat van faillissement verklaard. Het hof schorst de procedure

ten aanzien van de man op grond van artikel 29 Fw. Ten aanzien van de vrouw wordt de procedure op de rol doorgehaald. Bij de verificatievergadering is de door de financier in het faillissement van de man ingediende vordering betwist door een andere schuldeiser. Gelet op artikel 29 Fw werd de procedure daarom voortgezet, waarbij de schuldeiser die de betwisting deed in de plaats trad van de man. Het hof besliste dat de vordering tegen de man moest worden erkend tot € 1 miljoen en oordeelde ten aanzien van de vrouw dat het door haar ingestelde hoger beroep werd verworpen, omdat zij geen gronden voor het hoger beroep had aangevoerd. De man en vrouw stellen cassatieberoep in. De Hoge Raad verklaart de man vervolgens niet-ontvankelijk omdat de betwistende schuldeiser op grond van artikel 29 Fw in zijn plaats is getreden. De Hoge Raad overweegt dat hij wel ontvankelijk zou kunnen zijn voor zover het cassatieberoep zich zou richten tegen de beslissing waarbij is geoordeeld dat de betwistende schuldeiser in zijn plaats was getreden. De Hoge Raad overweegt ook dat de man niet werd bijgestaan door een advocaat op het moment van de beslissing dat de betwistende schuldeiser in zijn plaats trad en dat hij niet is opgeroepen voor de voortzetting, zodat hij mogelijk niet wist dat hij geen procespartij meer was. In dat geval wordt de termijn voor het instellen van cassatieberoep verlengd, aldus de Hoge Raad. Dit mocht de man echter niet baten, want hij had daarover niets aangevoerd.

Ten aanzien van de vrouw overweegt de Hoge Raad dat zij terecht klaagt dat haar hoger beroep is verworpen, aangezien de procedure ten aanzien van haar ambtshalve was doorgehaald en zij niet is opgeroepen om verder te procederen. De Hoge Raad stelt voor het vervolg van de procedure wel vast dat er sprake is van een huwelijksgoederengemeenschap en dat artikel 63 lid 1 Fw bepaalt dat het faillissement van de man ook als een faillissement van de gemeenschap moet worden beschouwd. Omdat de vordering ten aanzien van de vrouw zag op het gedogen van het nemen van verhaal op de huwelijksgoederengemeenschap, moet dit worden beschouwd als een vordering die strekt tot voldoening van een verbintenis uit de boedel, zoals bedoeld in artikel 29 Fw, aldus de Hoge Raad. Dit betekent dat het hof had moeten oordelen dat de procedure (ook ten aanzien van de vrouw) als gevolg van het faillissement was geschorst.

Griffierechten curator

Alle rechtbanken, de hoven 's-Gravenhage en 's-Hertogenbosch en de Hoge Raad brengen aan een curator het griffierecht voor natuurlijke personen in rekening, enkel gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en gerechtshof Amsterdam hanteren het tarief van niet-natuurlijke personen. Volgens het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden kan een curator niet zonder meer worden beschouwd als vertegenwoordiger van de gefailleerde (Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:10924, «JOR» 2023/113). Een curator is op grond van artikel 68 Fw belast met het beheer en vereffening van de failliete boedel, welke taak in eerste plaats wordt verricht ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Bij uitoefening van deze taak houdt de curator rekening met de belangen van maatschappelijke aard en de belangen van gefailleerde. Gelet hierop en op het belang van rechtseenheid oordeelt ook dit hof nu dat de curator een natuurlijk persoon is voor de heffing van griffierecht.

Misbruik faillissementsrecht

Bij het hof lag de vraag voor of een failliet misbruik had gemaakt van faillissementsrecht door zijn eigen faillissement aan te vragen, Hof 's-Hertogenbosch 7 september 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2852, RI 2023/93 (*Staat der Nederlanden/X*). De Staat kwam in dit geval op tegen het faillissementsvonnis. De failliet verklaarde zijn faillissement te hebben aangevraagd teneinde te voorkomen dat hij door de Staat in het kader van een ontnemingsvordering zou worden gegijzeld. Een redelijk belang tot faillietverklaring ontbrak, op grond waarvan het hof oordeelde dat het faillissementsverzoek berustte op misbruik van bevoegdheid.



BANK EN ZEKERHEDEN

Pandrecht

Het hof oordeelde dat de openbaar pandhouder de bevoegdheid heeft om alle aan haar verpande vorderingen te innen, maar om misbruik van bevoegdheid te voorkomen ligt het voor de hand dat de pandhouder de vorderingen niet cumulatief int, maar deze rechten één voor één executeert (Hof Arnhem-Leeuwarden 6 september 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:7675, «JOR» 2023/187). In casu ging het om twee vorderingen die beide hoger waren dan de vordering van de pandhouder. Hierbij blijft wel gelden dat de pandhouder het overschot van een afzonderlijke vordering, ongeachte het beloop van haar vordering, volledig int en een eventueel overschot uitkeert aan de pandhouder of afhandelt conform artikel 490b Rv.⁴

Retentierecht

De Hoge Raad wees op 23 juni 2023 een arrest dat interessant is voor zowel het burgerlijk procesrecht als voor het retentierecht (HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:970, «JOR» 2023/274). Het hof heeft een door appellant bij latere akte aanvulling producties gedane klacht over het oordeel van de rechtbank aangemerkt als grief, zonder motivering dat sprake was van een uitzondering op de tweeconclusieregel. Volgens de Hoge Raad heeft het hof hierdoor de klacht onterecht als grief aangemerkt. Ten overvloede overweegt de Hoge Raad over de inhoudelijke klacht over het retentierecht. In eerste aanleg oordeelde de rechtbank dat het (oudere) appartementsrecht dat O. kocht in mei 2010 en verkocht nadat het Bouwbedrijf retentierecht uitoefent, de voor de verkrijger van het appartementsrecht een nieuwer recht ten opzichte van het retentierecht werd. Hier sloeg de rechtbank de plank mis, blijktens het oordeel van de Hoge Raad. Een ouder recht wordt enkel door overdracht niet een nieuwer recht, ook al verkreeg de verkrijger dit recht pas nadat het retentierecht is ingeroepen. De retentor kan zich gelet op artikel 3:291 lid 1 BW dan ook beroepen op zijn retentierecht.

VERREKENING

In het Flinter-arrest oordeelde de Hoge Raad over een door ING aan het concern verleend krediet, waarvoor ING zekerheid verkreeg, bestaande uit onder meer stil pandrecht op alle vorderingen (HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1135, «JOR» 2023/19). Daarnaast was er een saldocompensatie-arrangement tussen ING en de vennootschappen binnen het concern. Twee vennootschappen binnen het concern gaan, nadat zij twee maanden in surseance van betaling verkeerden, uiteindelijk failliet. Tijdens de surseance heeft ING creditsaldi van de twee later gefailleerde vennootschappen overgeboekt naar de rekeningen van andere groepsvennootschappen (zonder medewerking van de bewindvoerder). De curator vordert een verklaring voor recht dat ING in strijd met artikel 228 Fw de creditsaldi heeft afgeboekt en vanaf 15 juni 2016 niet langer te

goeder trouw was in de zin van artikel 54 Fw dan wel artikel 235 Fw en daarom de overgeboekte creditsaldi moet terugbetalen. Ten aanzien van artikel 228 Fw bevestigt de Hoge Raad het oordeel van de rechtbank dat ING (gelet op het bepaalde in artikel 7 van de CJMO) met de overboekingen haar verrekeningsbevoegdheid terecht heeft uitgeoefend. De Hoge Raad overweegt ook nog dat er geen grond is om bij de toepassing van artikel 54 lid 1 Fw, dan wel artikel 235 lid 1 Fw, als specifieke norm of uitgangspunt te aanvaarden dat steeds zolang een bank bereid is tot voortzetting van de financiering dan wel tot medewerking aan een reddingspoging, die bank te goeder trouw handelt in de zin van die bepalingen. Ten aanzien van de kruislingse verrekening die heeft plaatsgevonden, overweegt de Hoge Raad dat voor een rechtsgeldig beroep op verrekening in het geval dat de betaling plaatsvindt op de bankrekening van een andere schuldenaar van de bank dan de pandgever vereist is dat het pandrecht (mede) tot zekerheid strekte voor de betaling van de schuld van die andere schuldenaar.

Verder stond in een proefprocedure het geschil centraal of een bank in het zicht van faillissement betaaloopdrachten mag uitvoeren ten laste van inkomende betalingen (Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:1635, «JOR» 2024/103). In het zicht van faillissement werden gelden ontvangen door de bank, die uiteindelijk met latere uitgaven zijn verrekend. Door de curator werd de gehele som van de ontvangen bedragen gevorderd. Het hof oordeelt dat de bank het ontvangen bedrag mag verminderen met de hierna betaalde bedragen aan gefailleerde. Als dat namelijk niet mag, zullen banken onnodig snel de financiering beëindigen of financieel risico lopen als zij de financiering niet beëindigen.

DE CURATOR & DE RECHTER-COMMISSARIS

Geen grond ontbinding koop

In het faillissement van een natuurlijk persoon tekent een curator met een partij X een koopovereenkomst met betrekking tot een woning. Nadien brengt een eerder bij de verkoop betrokken partij, B, een hoger bod uit. Failliet verzoekt de rechter-commissaris de curator te verplichten om alsnog met B in zee te gaan. De rechter-commissaris weigert dit. In hoger beroep beslist de rechtbank echter dat de curator de koopovereenkomst moet ontbinden en een nieuw verkooptraject moet beginnen. De Hoge Raad (HR 15 december 2023, ECLI:NL:HR:2023:1751, *RJ* 2024/6) meent anders. De curator kan de koopovereenkomst niet ontbinden omdat daar geen contractuele of wettelijke grond voor is: de regels van het faillissementsrecht leveren zo'n grond niet op.

Derdenwerking ex artikel 67 Fw

In een andere zaak lag de volgende vraag voor: heeft een beschikking ex artikel 67 Fw waarin een gebod aan de curator wordt opgelegd derdenwerking? In deze zaak heeft de curator met toestemming van de rechter-commissaris de woning van gefailleerde verkocht aan een derde

(Rb. Gelderland 30 juni 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:3739, *RI* 2023/74). In de appelprocedure ex artikel 67 Fw gebiedt de rechtbank de curator om de koopovereenkomst met de derde niet gestand te doen. De curator geeft hier uitvoering aan en ontbindt de koopovereenkomst. De derde komt hier met succes tegenop. Het gebod dat door de rechtbank aan de curator was opgelegd, is geen wettelijke of contractuele ontbindingsmogelijkheid die de curator tegenover de derde kan invoeren.

Voortzetting procedure

Dan een geschil tussen de curator en de banken van gefailleerde. Hier speelde de vraag of de curator gebonden is aan tussen partijen gemaakte afspraken of dat de curator de reeds aanhangig gemaakte procedure mag voortzetten met voorbijgang aan de tussen partijen gemaakte afspraken (Rb. Midden-Nederland 7 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2022:6159, «JOR» 2023/131). Uit een per abuis aan de curator doorgestuurde e-mail van de banken blijkt dat de regeling voor de gezamenlijke schuldeisers niet beter is dan het voortzetten van de aanhangige procedure. Door de rechtbank wordt in hoger beroep op deze artikel 69-beschikking, waarin de curatoren in het gelijk zijn gesteld, geoordeeld dat de curatoren de regeling aan zich voorbij mogen laten gaan en de procedure jegens de banken mogen voortzetten.

AANSPRAKELIJKHEID CURATOR

Een curator sluit namens een failliete boedel een vaststellingsovereenkomst met, en ontvangt een betaling van, een onderneming waarvan de curator (mede) het faillissement heeft aangevraagd. De curator wist of moest weten dat de betaling op grond van artikel 47 Fw blootstond aan vernietiging, indien de onderneming zou komen te failleren. De faillissementsboedel van de curator had onvoldoende middelen om de betaling ex artikel 47 Fw terug te betalen. Het hof oordeelt dat de curator niet heeft gehandeld als een ‘over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht’ (Hof Amsterdam 16 mei 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1502, «JOR» 2023/271). De curator heeft de onjuistheid van zijn handelen kunnen en moeten inzien, daarmee valt de curator een persoonlijk verwijt te maken. De curator is derhalve persoonlijk aansprakelijk voor de schade.

BESTUURSDWANG

In het faillissement van Refining & Trading Holland N.V. heeft het college zowel aan de boedel als aan de curator in persoon een last onder bestuursdwang opgelegd. De rechtbank Noord-Nederland oordeelt dat uit het bestuursrecht voortvloeiende verplichtingen na een faillissement verplichtingen zijn die op de curator als beheerder van de boedel rusten (Rb. Noord-Nederland 26 januari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:316, «JOR» 2023/296). De curator is beheerder van de boedel en kan in die hoedanigheid worden aangesproken op de naleving van de bestuursrechtelijke

verplichtingen. Volgens de rechtbank zijn de kosten die het college in dat kader maakt door het college onterecht aan de curator in persoon opgelegd.

Inlichtingen- en medewerkingsplicht bestuur en derden

Aan twee accountants wordt door de Accountantskamer een tuchtmaatregel opgelegd omdat zij, volgens de Accountantskamer, ten onrechte goedkeurende controleverklaringen hebben afgegeven. Eén van de accountants wordt daarnaast verweten dat hij niet heeft meegewerkt aan het faillissementsonderzoek van de curator. Door zowel de curator als de accountants wordt beroep ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb 31 januari 2023, ECLI:NL:CBB:2023:44, «JOR» 2023/169). Met betrekking tot het niet-meewerken van de curator aan het faillissementsonderzoek oordeelt het CBb dat op een accountant in beginsel geen verantwoordingsplicht rust jegens de curator, maar dat van een accountant mag worden verwacht dat hij in algemene zin informatie geeft aan de curator over de door hem uitgevoerde opdracht. Als na een eerste gesprek bleek dat de accountant tegenstrijdige belangen had, had het alsnog tot de mogelijkheden behoord om terughoudendheid te betrachten.

ONREGELMATIGHEDEN

Faillissementspauliana

Een geslaagd beroep op de faillissementspauliana betekent in beginsel dat, conform artikel 51 lid 1 Fw, de goederen dienen te worden teruggegeven aan de curator. Als teruggave door de aard van de prestatie niet mogelijk is, ontstaat een verplichting tot waardevergoeding. Is om een andere reden dan de aard van de prestatie teruggave niet mogelijk, dan ontstaat een schadevergoedingsplicht uit hoofde van wanprestatie. Door het gerechtshof wordt de rechtshandeling waarbij drie bedrijfswagens worden verkocht vernietigd (Hof Arnhem-Leeuwarden 6 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:4749, «JOR» 2024/94).⁵ Bedrijfswagen 1 en 2 kunnen niet meer worden teruggegeven, waardoor de curator de schade vergoed krijgt, wagen 3 kan worden teruggegeven, maar dit wordt niet gevorderd door de curator.

Voorafgaand aan een ander faillissement verrichtten partijen binnen een concern meerdere rechtshandelingen. Hierbij werd een villa in een Belgische vennootschap ingebracht zonder dat er daadwerkelijk betaling plaatsvond. De curatoren hebben de rechtshandeling tot inbreng van die villa vernietigd op grond van de pauliana. Gelet op het kennelijke doel van de transactie oordeelt het gerechtshof 's-Hertogenbosch (Hof 's-Hertogenbosch 18 juli 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2361, *RI* 2023/71) dat bij de beoordeling of sprake is van benadeling van schuldeisers het samenstel van rechtshandelingen moet worden meegenomen, maar dat in dit geval kon worden volstaan met de vernietiging van één rechtshandeling.⁶ Het hof acht de inbreng paulianeus en vernietigt de overeenkomst tot inbreng.

Bestuurdersaansprakelijkheid

In appel staat in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure de vraag centraal welke eisen gelden voor de administratie van een vennootschap (Hof 's-Gravenhage 7 november 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:2178, «JOR» 2024/82). In beginsel moeten uit de administratie van een vennootschap te allen tijde de rechten en verplichtingen van de vennootschap kunnen worden gekend. Vanwege de aard en omvang van de vennootschap en haar werkzaamheden kunnen aanvullende eisen gelden voor de administratie.⁷ In deze zaak oordeelde het hof dat voor Tower Services Europe B.V. geen aanvullende eisen golden omdat het een kleine vennootschap betrof met slechts één werknemer en een omzet van € 1,6 miljoen.

Voorts dient een bestuurder van een startende onderneming ervoor te zorgen dat de onderneming de eerste paar maanden voldoende inkomsten genereert om aan alle essentiële verplichtingen te voldoen. Wanneer een bestuurder ermee bekend is dat de inkomsten niet voldoende dekking zijn en daarvoor geen voorziening wordt getroffen, dan vervult de bestuurder volgens de rechtbank Limburg zijn taak onbehoorlijk (Rb. Limburg 5 juli 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:4202, «JOR» 2023/283).

Turboliquidatie

De nieuwe Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie is ingegaan per 15 november 2023 en beoogt schuldeisers beter te beschermen om zo misbruik tegen te gaan. Het zou aldus gemakkelijker moeten zijn om als schuldeiser de rechtbank te verzoeken om de vereffening te heropenen van een vennootschap waarbij vereffend is door middel van turboliquidatie. Een andere en wellicht interessantere route is een vordering op de bestuurder op grond van betalingsonwil. In een procedure tussen een schuldeiser van een juwelier waarbij de dga de activa van de juwelier in een nieuwe bv heeft ingebracht en de oude bv via turboliquidatie heeft ontbonden, oordeelt het hof dat de oneigenlijke turboliquidatie slechts een onderdeel was van het persoonlijk te verwijten onrechtmatig handelen van de bestuurder maar dat er i.c. sprake is geweest van betalingsonwil. Daarmee treft de bestuurder een voldoende ernstig persoonlijk verwijt. De bestuurder in kwestie wordt veroordeeld tot betaling van de volledige openstaande vordering van de schuldeiser (Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:843, *RI* 2023/48).

Feitelijk beleidsbepaler

In een ander arrest schept de Hoge Raad duidelijkheid over het begrip 'feitelijk beleidsbepaler' in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW (HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:445, *RI* 2023/45). De Hoge Raad bepaalt dat dit lid ook van toepassing is indien de feitelijk beleidsbepaler samen met andere bestuursleden het beleid bepaalt. Het is aldus niet noodzakelijk dat de feitelijk beleidsbepaler het bestuur volledig terzijde stelt.

Matiging

In deze uitspraak staat het oordeel van het gerechtshof 's-Gravenhage ten aanzien van bestuurdersaansprakelijkheid centraal (HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:635, *RI* 2023/56). Het hof achtte matigingsgronden aanwezig waarbij 'alle omstandigheden' in aanmerking werden genomen, waaronder de geringe beloning van de bestuurders, het ontbreken van persoonlijke verrijking en het gegeven dat er beperkte winst werd gemaakt. De Hoge Raad oordeelt evenwel dat de matigingsgronden van artikel 2:248 lid 4 BW een limitatief karakter hebben en het hof niet op basis van 'alle omstandigheden' mocht matigen. Wel is er ruimte voor matiging indien de door de onbehoorlijke taakvervulling veroorzaakte schade lager uitvalt dan het boedeltekort, aldus de Hoge Raad.

Onrechtmatige daad

Een in Spanje gevestigde bank handelt onrechtmatig jegens de curator c.q. de gezamenlijke schuldeisers door, na het faillissement van twee van haar klanten waarover de curator de bank een e-mail had gestuurd, de curator niet te informeren over een op handen zijnde verkoop en levering van een vakantiewoning in Spanje (Rb. Noord-Nederland 8 maart 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1331, «JOR» 2023/214). Dit onvoldoende voortvarend optreden en het onder de gegeven omstandigheden meewerken aan de levering van de vakantiewoning maken dat de bank de op haar rustende zorgplicht heeft geschonden. De bank was ook niet meer te goeder trouw op het moment dat zij de koopsom ontving en was ingevolge artikel 54 Fw evenmin bevoegd om deze te verrekenen.

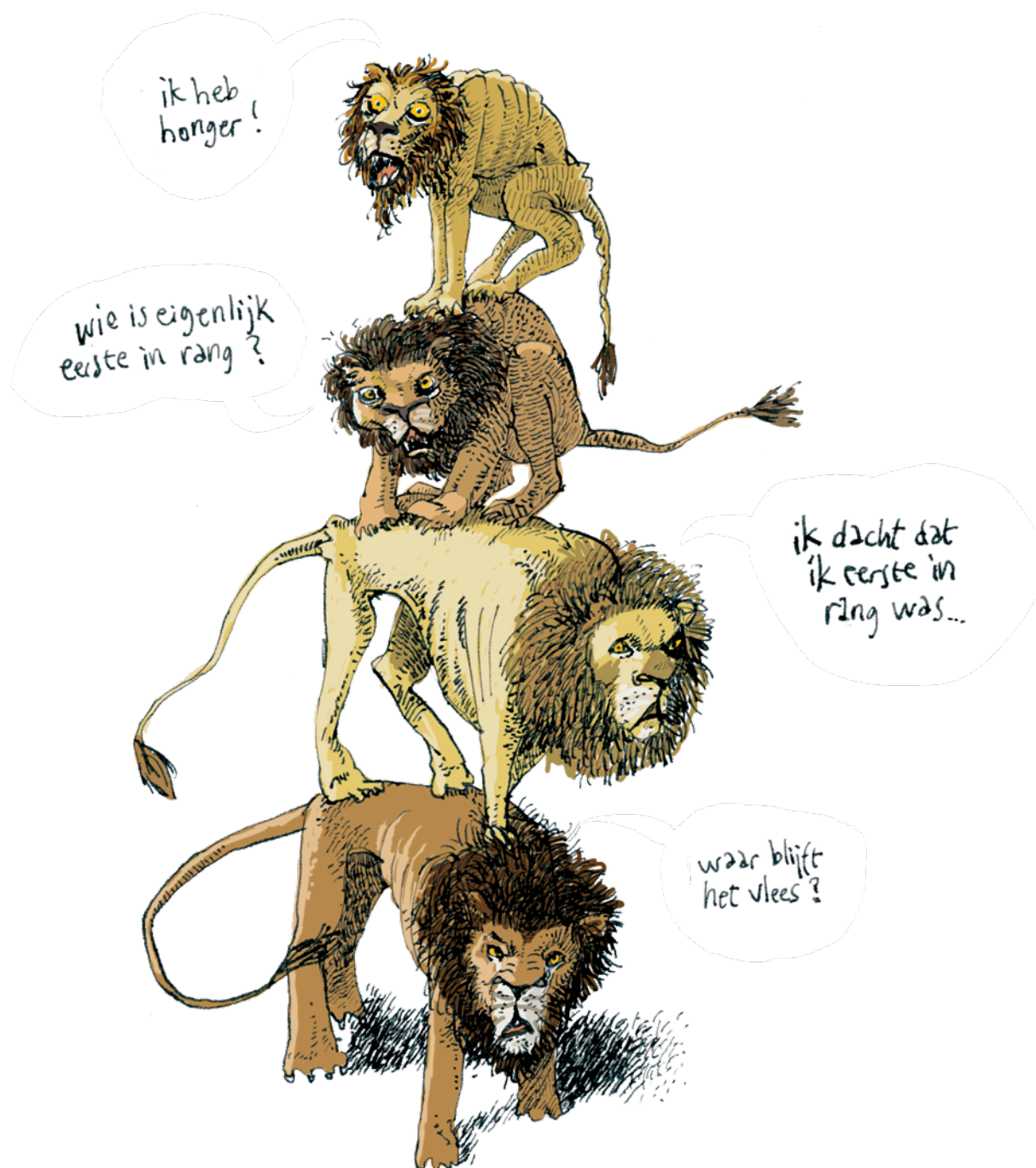
Peeters/Gatzen-vordering

In een andere zaak die bij de rechtbank voorkwam, betrof het een salarisadministrateur en zijn werkgever die flinke bedragen hadden gepind met de bankpas van een later gefailleerd bedrijf (Rb. 's-Gravenhage 28 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:14287, «JOR» 2023/190). De curator sprak de salarisadministrateur en zijn werkgever met succes aan op grond van de Peeters/Gatzen-vordering en werkgeversaansprakelijkheid (artikel 6:170 jo. Artikel 6:102 BW) nu de onttrekkingen onrechtmatig waren jegens de gezamenlijke schuldeisers van de failliet. Een succesvolle ingestelde Peeters/Gatzen-vordering in combinatie met het leerstuk van werkgeversaansprakelijkheid lijkt volgens de notschrijver een novum te zijn.

VORDERINGEN IN FAILLISSEMENT

Boedelschulden

De Hoge Raad oordeelde reeds in 2021 dat de aard van een boedelvordering als onmiddellijke aanspraak op de boedel meebrengt dat ook de met de boedelvordering verbonden verplichting tot betaling van boeterente moet worden aangemerkt als boedelschuld. De boeterente is onderhavig aan verjaring volgens het BW, zo oordeelde de kantonrechter



van de rechtbank (Rb. 's-Gravenhage 18 juli 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:9666, «JOR» 2024/71).⁸ Ook matiging van de boeterente behoort tot de mogelijkheden. De maatstaf waaraan matiging getoetst moet worden, is of de contractuele boete in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. Daarbij moet niet alleen worden gelet op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen.

WET HOMOLOGATIE ONDERHANDS AKKOORD Maatwerkbepaling

Een schuldenaar of herstructureringsdeskundige kan op grond van artikel 379 Fw de rechtbank verzoeken om een

ordemaatregel, een (tijdelijke) voorziening ter bescherming van de belangen van schuldeisers of aandeelhouders. Een dergelijke voorziening kan ook strekken tot het wijzigen van de vennootschappelijke *governance*. De rechtbank gebruikte de maatwerkvoorziening van artikel 379 Fw om te bepalen dat de aandeelhouders van Vroon, het bestuur en de RvC geen gebruik konden maken van de ontslagbevoegdheid van de AvA. Zij verwees daarbij naar de bepaling van artikel 225 Fw in de surseance van betaling (Rb. Zeeland-West-Brabant 23 december 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:8628, «JOR» 2023/276).

Aspectenverzoek

De rechtbank besliste in een aspectenverzoek (artikel 378 Fw) dat een redelijke grond om af te wijken van de absolute *priority rule* van artikel 384 lid 4 sub b (Rb. Midden-

Nederland 12 april 2024, ECLI:NL:RBMNE:2023:1773, «JOR» 2023/270) is als het ondanks voldoende inspanningen niet lukt om financiering voor de volledige reorganisatiewaarde ten behoeve van de schuldeisers te vinden. Daarbij speelt ook een rol of aandeelhouders een marktconforme tegenprestatie leveren, bijvoorbeeld in de vorm van een nieuwe financiering en zakelijke contacten van een aandeelhouder cruciaal zijn voor het slagen van de herstructurering. De waarde die een aandeelhouder inbrengt, moet nieuw en substantieel, op geld waardeerbaar en noodzakelijk zijn voor een succesvolle herstructurering. Verder besliste de rechtbank dat onder een mkb-schuldeiser wordt verstaan een schuldeiser die een vordering heeft uit hoofde van geleverde goederen of diensten.

In een ander aspectenverzoek WHOA (Rb. Rotterdam 15 december 2022 ECLI:NL:RBROT:2022:11016) oordeelt de rechtbank dat artikel 370 lid 1 Fw niet voorziet in de mogelijkheid om via een akkoord een rangwisseling van de zekerheidsrechten van individuele schuldeisers te bewerkstelligen. *In casu* werd namelijk als voorwaarde gesteld dat de (beoogde) nieuwe financier een eerste pandrecht zou krijgen op vorderingen omdat volgens haar de oude separatisten, eerste respectievelijk tweede in rang, niet zouden moeten profiteren van het risico dat de nieuwe financier nam.

Homologatie

Verzoekster biedt een akkoord aan waarin UWV ten aanzien van NOW 6 en 7 buiten beschouwing wordt gelaten, zonder dat dit in het akkoord expliciet wordt vermeld. De rechtbank oordeelt dat het op de weg van verzoekster had gelegen om in het akkoord expliciet te vermelden dat UWV ten aanzien van NOW 6 en 7 buiten het akkoord is gehouden (Rb. Midden-Nederland 12 augustus 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3472, «JOR» 2023/108). Dit is een gebrek in de informatieverplichting van verzoekster. De vraag of dit gebrek leidt tot afwijzing van het homologatieverzoek op grond van artikel 384 lid 2 sub c Fw wordt ontkennend beantwoord. Uit – op verzoek van de rechtbank – nagekomen verklaringen van alle crediteuren die bij het akkoord zijn betrokken, blijkt dat dit gebrek niet tot een andere uitkomst van de stemming heeft geleid.

Twee schuldeisers zijn voorafgaand aan de stemming over een WHOA-akkoord abusievelijk voldaan door de schuldenaar. De rechtbank oordeelde dat voor deze schuldeisers geen verplichting bestaat om de via automatische incasso ontvangen bedragen terug te betalen nu de WHOA geen wettelijk verankerde fixatiedatum kent (Rb. Midden-Nederland 3 augustus 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:4187, «JOR» 2023/299). Daarnaast is het volgens de rechtbank van belang dat een WHOA-akkoord ertoe strekt om de schulden van ondernemingen in moeilijkheden te herstructureren en niet dat aan schuldeisers een terugbetalingsplicht kan worden opgelegd. De rechtbank laat wel de mogelijkheid open dat de civiele rechter bij een geschil over de uitvoering van de overeenkomst anders oordeelt.

Invulling behoeft ook de vraag wanneer een dwangcrediteur in een WHOA-procedure als zodanig wordt aangemerkt. Een dwangcrediteur kan afwijken van de absolute *priority rule* en feitelijk door haar (dwang)positie volledige betaling van haar vordering afdwingen. Voor deze afwijking dienen even redelijke gronden te zijn om een beroep op artikel 384 lid 4 sub b Fw te laten slagen en ook dient de betreffende crediteur zich feitelijk te gedragen als dwangcrediteur (Rb. Gelderland 4 december 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:7127, «JOR» 2024/78).

De rechtbank homologeerde het eerste een onder zowel de Chapter 11 als WHOA bereikt groepsakkoord in de geschiedenis van de WHOA (Rb. Amsterdam 2 augustus 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6160, «JOR» 2024/18). In een erkenningsprocedure onder Chapter 15 wordt verzocht de Nederlandse homologatie van het WHOA-akkoord te erkennen in de Verenigde Staten, opdat schuldeisers ook daar gebonden zijn aan de gevolgen. Tot dat die erkenning is afgerond, behoudt de schuldenaar Diebold het recht het akkoord eenzijdig te wijzigen. Ook bijzonder is dat er in het akkoord een ruim geformuleerde ‘Third Party Release’ is opgenomen. Omdat het twijfelachtig is of die naar Nederlands recht standhoudt, doet de rechtbank geen uitspraak over de rechtskracht daarvan.

De rechtbank homologeerde een groepsakkoord van IHC Scheepswerf (Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800, *NJ* 2023/184). De belangrijkste overweging van de rechtbank was dat de WHOA in beginsel toelaat dat in een akkoord kredietverstrekkers worden verplicht op basis van bestaande kredietfaciliteiten in de toekomst het werkkapitaal te blijven financieren. Hierover verscheen een kritische noot van Verstijlen. De procureur-generaal bij de Hoge Raad heeft cassatie in het belang der wet ingesteld en overwogen dat onder de ‘wijziging van rechten’ waarvoor de WHOA is geschreven niet wordt verstaan de verplichting financiering voort te zetten.⁹

Voorts weigerde diezelfde rechtbank de homologatie van een akkoord omdat niet werd voldaan aan het vereiste van artikel 375 lid 2 sub e Fw. Daarin staat dat bij het akkoord inzicht moet worden gegeven in de levensvatbaarheid van de onderneming ná de herstructurering (Rb. Rotterdam 13 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3091, «JOR» 2023/194). De schuldenaar had daarvoor verwezen naar een businessplan, dat ook van belang was voor de beantwoording van de vraag of nakoming van het akkoord voldoende is gewaarborgd. De rechtbank beschrijft uitvoerig welke essentiële onderdelen aan dat businessplan ontbraken. Naast een beperkte ‘plus’ voor – en een beperkt draagvlak onder – schuldeisers was dat voor de rechtbank reden de homologatie af te wijzen.

Volgens artikel 375 lid 2 sub c Fw moet het akkoord een opgave bevatten van schuldeisers of aandeelhouders die niet onder het akkoord vallen met een toelichting waarom zij niet worden meegenomen in het akkoord. In deze zaak had de schuldenaar aan dat vereiste niet voldaan omdat geen inzicht werd verschaft in de lopende verplichtingen die



volledig werden voldaan (Rb. 's-Gravenhage 7 februari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1272, «JOR» 2023/164). De schuldenaar lichtte op verzoek van de rechtbank toe dat het ging om operationele kosten voor personeel en inkoop. Omdat er groot draagvlak was voor het akkoord nam de rechtbank met die nadere toelichting genoegen. Bovendien had de Belastingdienst als direct belanghebbende hierover geen vragen gesteld, zou de onderneming anders niet kunnen worden voortgezet en zou de reorganisatiewaarde niet kunnen worden gerealiseerd.

De rechter homologeerde in een andere zaak een aangeboden akkoord omdat het aangeboden bedrag was gebaseerd op het maximale bedrag dat financiers bereid waren te verstrekken (Rb. Midden-Nederland 18 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2023:135, «JOR» 2023/191). Dat bedrag was lager dan de reorganisatiewaarde. De rechtbank woog mee dat de schuldeisers daarover (onderbouwd) tijdig waren geïnformeerd en slechts één schuldeiser tegen het aangeboden akkoord had gestemd. De rechtbank overwoog nog ten overvloede dat niet mag worden aangenomen dat daarmee afbreuk wordt gedaan aan de 'absolute priority rule' als belangrijk uitgangspunt van de WHOA maar dat in een geval als dit daarvan kan worden afgeweken.

De Hoge Raad beantwoordde ten slotte nog prejudiciële vragen (artikel 392 Rv) over de betekenis van een gehomologeerd akkoord voor niet voor verificatie vatbare vorderingen (artikel 157 Fw), in verband met de regel dat tijdens faillissement lopende rente niet vatbaar is voor verificatie (artikel 128 Fw). De Hoge Raad overweegt dat het samenstel van de artikelen 157 en 128 Fw ertoe leidt dat de verbindendheid van het gehomologeerde akkoord niet ziet op tijdens het faillissement lopende rente, omdat de hierop betrekking hebbende vordering niet kan worden geverifieerd, tenzij deze door pand of hypotheek wordt gedekt. De concurrente schuldeiser van wie de rentevordering ingevolge de Faillissementswet niet kan worden geverifieerd, wordt door het gehomologeerde akkoord niet beperkt in zijn recht om na de beëindiging van het faillissement alsnog in of buiten rechte voldoening van die vordering te verlangen. De wetsgeschiedenis van deze artikelen bevat geen aanwijzingen dat dit resultaat niet strookt met de bedoeling

van de wetgever ten tijde van de Faillissementswet in 1896. De Hoge Raad ziet geen grond om te beslissen dat de verbindendheid van het gehomologeerde akkoord ook ziet op tijdens het faillissement lopende rente.

Rechtsmiddelenverbod

De WHOA ontwikkelt zich en de kaderregeling krijgt steeds meer invulling door beslissingen van de rechtbank over verschillende onderwerpen. In de WHOA MHU en Lealand loopt de schuldeiser Reficar tegen het rechtsmiddelenverbod van artikel 369 lid 10 Fw aan, namelijk dat tegen WHOA-beslissingen van de rechtbank geen rechtsmiddel openstaat (Rb. Amsterdam 31 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6824). Eerder heeft dezelfde rechtbank geoordeeld dat de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt. Middels verzet ex artikel 371 lid 14 Fw en met verwijzing naar artikel 5 lid 1 IVO bepleit Reficar dat de rechtbank terugkomt op haar beslissing nu zij meent dat de COMI zich volgens haar niet in Nederland zouden bevinden. De rechtbank gaat hier niet in mee omdat Reficar in eerdere instantie al gehoord is en haar beroep op onbevoegdheid is verworpen.

In een andere zaak bij het hof stelt een eiser hoger beroep in tegen een afwijzend vonnis op een homologatieverzoek ondanks het rechtsmiddelenverbod van artikel 369 lid 10 Fw (Hof 's-Gravenhage 11 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:721, «JOR» 2023/195). Het hoger beroep komt er onder andere op neer dat het rechtsmiddelenverbod niet geldt voor een vonnis waarin het verzoek tot homologatie is afgewezen. Het hof gaat hier niet in mee en oordeelt dat de wettekst hiervoor geen aanknopingspunten biedt. Ook andere gronden die eiser aanvoert, waaronder de stellingname dat de rechtbank een verkeerde maatstaf hanteert bij het oordeel dat de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd en schending van het beginsel van hoor en wederhoor, acht het hof niet aanwezig.

De auteurs zijn allen werkzaam bij Turnaround Advocaten te Best en Utrecht.

Noten

- HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:168, NJ 2014/407 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Berzona*).
- Hoge Raad 10 juni 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC1502 en Hof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8162.
- Zie ook HR 22 november 1991, ECLI:NL:HR:AD1539 (*Rajneesh/Breure*) en HR 11 januari 2002, «JOR» 2002/76 (*Kuperus/De Vries*).
- Verwezen wordt naar HR 9 april 2021, «JOR» 2021/193 (*Van Dooren q.q./J. Bontrup Holding*).
- Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem 10 januari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:178, «JOR» 2023/139.
- HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1117, RI 2009/16 (*Curatoren Air Holland*).
- HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994 en HR 10 oktober 2014, «JOR» 2014/327.
- HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1994, «JOR» 2022/107 (*PaperlinX*).
- Parket bij de Hoge Raad 26 maart 2024, ECLI:NL:PHR:2024:346.