

het internationaal insolventierecht. Een en ander wordt vooraf gegaan door een column van de hand van prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, voorzitter van de Commissie Insolventierecht.

Gedurende deze periode is tevens de eerste editie van de tijdelijke nieuwsbrief Nieuwe Insolventiewet verschenen. Deze nieuwsbrief signaleert elke gebeurtenis rondom het voorontwerp Insolventiewet. Op de website van Kluwer is de eerste editie gratis te downloaden.

Voorts verdient het advies van de Raad voor de rechtspraak en de brief van MKB Nederland en VNO-NCW vermelding. De Raad voor de rechtspraak spreekt in zijn advies enerzijds zijn waardering uit voor het werk van de Commissie, maar maakt anderzijds vanuit het oogpunt van de positie en de praktijk van de rechtspraak bezwaar ten aanzien van het nut en de noodzaak van de voorgestelde wetswijziging. De Raad maakt onder andere bezwaar tegen de voorgestelde regeling van het toezicht in insolventies, met name tegen het meer op afstand plaatsen van de rechter-commissaris. Daarnaast maakt de Raad bezwaar tegen het wijzigen van de Wsnp, in het bijzonder het laten vervallen van het 'goede trouw'-criterium bij schuldsaneringen.

MKB Nederland en VNO-NCW zijn in beginsel positief over het voorontwerp Insolventiewet. Op het punt van de bevoorrechte positie van de fiscus gaat het voorontwerp naar mening van beide organisaties niet ver genoeg. Zij pleiten in hun brief aan de Minister van Justitie daarom voor het afschaffen van het 'voorkeursrecht' van de fiscus bij de afwikkeling van faillissementen. Het is aan de tijd om deze gevoelige politieke knoop door te hakken. Hierdoor zou de olievlekwerking in de economie worden voorkomen en worden financieel gezonde bedrijven niet onnodig de dupe.

Jurisprudentie

Gelet op de beperkt beschikbare ruimte zal in het navolgende slechts aandacht worden besteed aan de belangrijkste uitspraken van de Hoge Raad op het terrein van het faillissementsrecht die in vakbladen zijn gepubliceerd in de thans besproken periode. Uitspraken van lagere instanties zullen slechts bij uitzondering aan de orde komen.

Rechtbank Almelo 24 juni 2008, JOR 2008/227, m.nt. S.M. Bartman (Severiens q.q./Hoeveholding BV): Het instellen van een rechtsovereenkomst jegens een derde namens de gezamenlijke handelscrediteuren van de failliete vennootschap Ster Koeriers BV uit hoofde van de 403-verklaring valt buiten het bereik van de bevoegdheid van de curator. Het gaat hier immers om vorderingen van de handelscrediteuren met ieder een individuele vordering op Ster Koeriers BV. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (Peeters q.q./Gatzen) weliswaar uitgemaakt dat onder omstandigheden de curator uit oogpunt van de belangenbehartiging van de gezamenlijke schuldeisers be-

FAILLISSEMENTSRECHT

📁 AAK20086123

Mw.mr. C. Rijckenberg

Periode 1 juli 2008 - 30 september 2008

Wet- en regelgeving

Voorontwerp Insolventiewet

Verschillende themanummers en bundels over het voorontwerp zijn inmiddels verschenen en er zullen er zeker nog een aantal volgen. Ook het tijdschrift Ondernemingsrecht (*Ondernemingsrecht* 2008-13) heeft een themanummer gewijd aan het voorontwerp Insolventiewet. Zo wordt de positie van de werknemer, de separatist en de bestuurder onder het voorontwerp belicht en wordt daarnaast aandacht besteed aan de geconsolideerde afwikkeling en

voegd is een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen jegens een derde die bij de benadeling van de schuldeisers betrokken is, maar het gaat in dit geval niet om een vordering die haar grondslag vindt in onrechtmatig handelen van moedervennootschap Hoeveholding BV tegenover de gezamenlijke crediteuren van de failliete dochter. De vordering uit hoofde van de 403-verklaring vindt haar grondslag in artikel 2:403 lid 1 sub f BW zelf en komt slechts toe aan individuele crediteuren. Van een Peeters/Gatzen-vordering is derhalve geen sprake. De curator is derhalve niet-ontvankelijk.

Rechtbank Rotterdam 27 februari 2008, JOR 2008/242, m.nt. N.E.D. Faber (NIBC Bank / Maas q.q.): Over de rente vanaf 7 mei 2002 tot en met 3 mei 2005, de periode dat VIJH in surseance van betaling verkeerde, wordt als volgt overwogen. Het stelsel van de Faillissementswet brengt met zich dat rente tot aan de dag van de (voorlopige) surseance van betaling in een op de surseance volgend faillissement voor verificatie in aanmerking komt, maar dat dit niet geldt voor rente die na de surseance datum vervalt. Hoewel de Faillissementswet dit niet met zoveel woorden bepaalt en literatuur en jurisprudentie hierover verdeeld zijn, volgt dit uit de samenhang tussen artikel 260 Fw (rente vervallen tijdens de surseance kan niet worden opgenomen op de lijst van vorderingen), artikel 128 Fw (rente vervallen gedurende het faillissement komt niet voor verificatie in aanmerking) en artikel 249 Fw (dat de strekking heeft dat de surseance en het daarop volgende faillissement zoveel mogelijk als één worden behandeld).

Hoge Raad 20 juni 2008, JOR 2008/245 (Ortelee q.q. / V.B. Panday): De onderdelen 1 en 1.1 klagen dat het hof de schadestaatprocedure in vervolg op een veroordeling op de voet van artikel 2:248 lid 5 BW heeft miskend door bij de begroting van het tekort waarvoor Panday aansprakelijk is correcties toe te passen in verband met punten van kritiek op het boedelbeheer van de curator. Deze klacht is gegrond. Het tekort waarvoor de bestuurder ingevolge artikel 2:248 lid 1 BW aansprakelijk is moet, ook bij toepassing van artikel 2:248 lid 5 BW, begroot worden op het bedrag van de schulden voor zover die niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. Die begroting behoort, in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever zoals die valt af te leiden uit de parlementaire geschiedenis van artikel 2:248 BW, te worden gebaseerd op de te verwachten (slot)uitdelingslijst aan de hand waarvan immers de omvang kan worden bepaald van de geldsom die naast het overige boedelactief nog nodig is voor de volledige voldoening van de schuldeisers. In een schadestaatprocedure in vervolg op een veroordeling als bedoeld in artikel 2:248 lid 5 BW wordt dan ook, anders dan het hof kennelijk tot uitgangspunt nam, de begroting van het tekort niet beïnvloed door de mate waarin de curator erin slaagt de door de aansprakelijke bestuurder gemaakte aanmerkingen op het boedelbeheer te weerleggen.

Hoge Raad 20 juni 2008, JOR 2008/246 (German Graphics / Van der Schee q.q.): Het middel klaagt dat de rechtbank heeft miskend dat het 'Beschluss' onder het bereik valt van artikel 25 lid 1, tweede alinea, IVO en dat de EEX-Vo hierop niet van toepassing is, althans dat de rechtbank haar oordeel op dit punt onvoldoende heeft gemotiveerd. De Duitse beslissing is niet een beslissing als bedoeld in artikel 16 lid 1 IVO. Zij is ook niet gegeven door een rechter wiens beslissing tot opening van de procedure krachtens artikel 16 IVO is erkend en zij heeft bovendien niet betrekking op het verloop of de beëindiging van de insolventieprocedure. Zij is evenmin gegeven door de insolventierechter of een andere rechter in de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend. Ten slotte heeft zij ook niet betrekking op beslissingen van de insolventierechter zodat zij geheel buiten het bereik van artikel 25 lid 1 IVO valt. Daarmee rijst de vraag of ingevolge artikel 25 lid 2 IVO de erkenning en tenuitvoerlegging van de Duitse beslissing wordt beheerst door de EEX-Vo. Niet duidelijk is of aangenomen moet worden dat dit op grond van deze bepaling zonder meer het geval is dan wel eerst nog moet worden onderzocht of de beslissing op grond van artikel 1 lid 2, aanhef en onder b, EEX-Vo buiten het toepassingsgebied van deze verordening valt. Mitsdien is de beantwoording van voormelde vraag in dit geding afhankelijk van de uitleg van artikel 25 lid 2 IVO en, als een nader onderzoek als vorenbedoeld nodig is, van de uitleg van artikel 1 lid 2, aanhef en onder b, EEX-Vo. De Hoge Raad ziet aanleiding vragen van uitleg voor te leggen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

Hoge Raad 27 juni 2008, JOR 2008/248, m.nt. I. Spinath (Dairex Holland / Armaghdown Creameries): Indien naast de vordering van de schuldeiser die het faillissement aanvraagt alleen blijkt van een achtergestelde schuld van de schuldenaar die pas bij liquidatie behoeft te worden voldaan, kan slechts onder bijzondere omstandigheden worden geoordeeld dat de schuldenaar is opgehouden te betalen. Hoewel op zichzelf niet is vereist dat een mede aan het verzoek tot faillietverklaring ten grondslag gelegde steunvordering opeisbaar is, kan het onbetaald laten van een pas bij liquidatie opeisbare vordering op zichzelf niet als een toereikende aanwijzing worden beschouwd dat de schuldenaar is opgehouden te betalen. De schuldenaar betaalt de achtergestelde vordering weliswaar niet, maar daartoe bestaat ook geen verplichting eerder dan bij liquidatie. Voor zover het hof zijn oordeel heeft gebaseerd op de omstandigheid dat sprake is van een vennootschap die feitelijk geen onderneming meer drijft noch beschikt over activa, in samenhang met het niet betalen van de achtergestelde schuld wel voldoende is voor het summierlijk blijken dat Dairex is opgehouden te betalen, geeft zijn oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting dan wel is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd. Zolang liquidatie niet aan de orde is, behoeft Dairex immers niet over voldoende activa te beschikken om de achtergestelde schuld te voldoen en het hof heeft niets vastgesteld dat

eraan in de weg staat dat Dairex vóór het moment waarop tot liquidatie wordt besloten weer activiteiten gaat ondernemen.

Hoge Raad 11 juli 2008, JOR 2008/252; NJ 2008, 404 (Van der Akker c.s./Brood- en banketbakkerij In de veste): Het hof heeft kennelijk en niet onbegrijpelijk de beroepsgronden aldus verstaan dat verweerster de vraag of zij verkeerde in een toestand van te hebben opgehouden te betalen en het bestaan van voldoende steunvorderingen opnieuw aan de orde heeft gesteld zodat de in dit verband nader aangevoerde feiten en omstandigheden bleven binnen het door de grieven ontsloten gebied. Daaraan kan niet afdoen dat het mede om nieuwe feiten en nieuwe stukken ging omdat het hof bij zijn hernieuwde beoordeling van het verzoek tot faillietverklaring van verweerster ook rekening behoorde te houden met de meest recente gegevens. De aard van de procedure waarin met spoed wordt beslist, brengt mee dat deze gegevens ook in een laat stadium mochten worden aangevoerd. Onderdeel IV, dat klaagt dat het hof heeft miskend wat juridisch en feitelijk onder de toestand van te hebben opgehouden met betalen moet worden verstaan, faalt omdat het uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof moet de hem voorgelegde vraag of de schuldenaar in deze toestand verkeert, beoordelen naar de omstandigheden zoals die zijn gebleken in eerste aanleg en in hoger beroep. Voor het bestaan van deze toestand is pluraliteit van schuldeisers een noodzakelijke voorwaarde, doch de enkele aanwezigheid van deze pluraliteit dwingt niet tot het oordeel dat de schuldenaar in bedoelde toestand verkeert. Het hof mag tenslotte ook rekening houden met betalingen die zijn gedaan aan een ander dan de aanvrager nadat het faillissement door de rechtbank is uitgesproken.

Hoge Raad 5 september 2008, NJ 2008, 478 (X en Y/De Jong q.q.): Verzoekers tot cassatie zijn failliet verklaard. Zij hebben bij Merrill Lynch in New York twee zgn. Individual Retirement Accounts (IRA's) afgesloten die hun, bij wijze van pensioenvoorziening, op termijn recht geven op een maandelijkse uitkering. De rechter-commissaris heeft aan de curator toestemming verleend tot afkoop van de aanspraken uit de IRA's. De rechtbank heeft de beschikking bekrachtigd en daarmee geoordeeld dat die aanspraken deel uitmaken van het tot het faillissement behorend vermogen. Daartegen richt zich het cassatiemiddel.

Anders dan in het middel wordt betoogd, is geen beginsel van Nederlands faillissementsrecht dat, ook al is geen sprake van een pensioen ter uitvoering van een pensioentoezegging door de werkgever en/of een wettelijk verplicht gestelde deelname aan een pensioenregeling, aanspraken op een pensioenvoorziening buiten het tot het faillissement behorend vermogen vallen. Bij dat uitgangspunt geeft het bestreden oordeel van de rechtbank niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Literatuur

Boeken:

- M.W. Huijzer, P. Vos e.a. (red.), *Financieringen en zekerheden*, Praktijkboek insolventierecht, Deel 4, Deventer: Kluwer 2008.
- A.M.J. van Buchem-Spapens en Th.A. Pouw, *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering*, Monografieën BW, Deel 2, Deventer: Kluwer 2008.
- B. Wessels, *Judicial cooperation in cross-border insolvency cases*, Deventer: Kluwer 2008.
- N.J. Polak, bewerkt door mr. M. Pannevis, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2008.
- E.F. Tjittes-Groot, *Insolventierecht*, Studiereeks burgerlijk procesrecht, Deel 6, Deventer: Kluwer 2008.

Kronieken / overzichten:

- F.P. van Koppen, 'Overzicht van literatuur en tijdschriften voor de periode januari-juni 2008', *TvI* 2008, p. 285-291.