

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85379>

Please be advised that this information was generated on 2020-09-18 and may be subject to change.

---

## **FAILLISEMENTSRECHT**

📁 AAK20106384

**Mw. mr. C. Rijckenberg**

**Periode 1 juli 2009 – 31 december 2009**

### **Wet- en regelgeving**

Op het gebied van wet- en regelgeving kunnen o.a. de volgende ontwikkelingen worden gesignaleerd:

#### *Voorontwerp Insolventiewet*

Ter afsluiting van haar werkzaamheden heeft de Commissie Kortmann middels een brief d.d. 23 juli 2009 gere-

geerd op de adviezen en commentaren die naar aanleiding van het Voorontwerp zijn verschenen. De Commissie heeft ervoor gekozen om het Voorontwerp en de toelichting daarop niet te wijzigen, omdat dat vooruitloopt op een kabinetsstandpunt over de herziening, maar doet naar aanleiding van de commentaren wel enkele suggesties voor wijziging. Hoewel de Justitie Begroting 2010 nog uitging van voortvarende behandeling van een in te dienen wetsvoorstel voor een nieuwe Insolventiewet (beoogde inwerkingtreding per 1 januari 2012), is inmiddels duidelijk geworden dat een dergelijk wetsvoorstel gedurende de huidige kabinetsperiode niet zal worden ingediend, vgl. de brief van de Minister van Justitie d.d. 18 november 2009 aan prof. mr. S.C.J.J. Kortmann.

#### DSB

Naar aanleiding van het faillissement van de DSB Bank is bij besluit van de Minister van Financiën d.d. 18 december 2009 (*Stcrt.* 2009, 20474) een onafhankelijke commissie ingesteld, die als taak heeft onderzoek te doen naar de gang van zaken bij DSB Bank, de handelwijze van de (voormalige) bestuurders en commissarissen van deze bank, de handelwijze van DSB en de AFM ten aanzien van de DSB Bank en hun onderlinge samenwerking ter zake, de rol van het Ministerie van Financiën en de toereikendheid van de relevante regels uit hoofde van de wet. De commissie wordt voorgezeten door prof. mr. M. Scheltema en dient bij voorkeur in februari 2010 een rapport uit te brengen.

#### Divers

Daarnaast kan o.a. worden gewezen op de Uitvoeringswet Europees betalingsbevel (*Stb.* 2009, 232) en Uitvoeringswet verordening Europese procedure voor geringe vorderingen (*Stb.* 2009, 234), alsmede de Wijziging Procesreglement verzoekschriften handels- en insolventiezaken gerechtshoven (*Stcrt.* 2009, 20563).

#### Jurisprudentie

Gelet op de beschikbare ruimte zal in het navolgende voornamelijk 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.

*Hoge Raad 26 juni 2009, JOR 2009/221, m.nt. Borrius (Brink/Eurocommerce):* De maatstaf dat een bestuurder van een vennootschap onrechtmatig handelt jegens een schuldeiser indien hij namens de vennootschap verplichtingen is aangegaan terwijl hij wist of redelijkerwijze moest begrijpen dat de vennootschap niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de wederpartij ten gevolge van die wanprestatie zou lijden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk ter zake van de benadeling niet een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt,

is terecht ook toegepast in het onderhavige geval. Weliswaar heeft bestuurder Brink de door hem bestuurd vennootschap Kloosterbrink niet onrechtmatig schulden laten maken tegenover Eurocommerce, maar laatstgenoemde vennootschap wel, op de wijze als voormeld, ertoe heeft gebracht een risico voor aansprakelijkheid tegenover een derde (Fortis) op zich te nemen dat wezenlijk groter was dan Eurocommerce wist of kon begrijpen, ook wat betreft de eventuele mogelijkheid van regres op Kloosterbrink. Voorts wist Brink, of moest redelijkerwijze begrijpen, dat Kloosterbrink niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen tegenover Fortis zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die Eurocommerce dientengevolge zou lijden.

*Rb. Amsterdam 29 april 2009, JOR 2009/210, m.nt. Rijckenberg (Ontvanger/Eijking q.q.):* De onverdeelde restantexecutieopbrengst valt in de failliete boedel van de geëxecuteerde schuldenaar, nu ten tijde van het faillissement de gerechtelijke tenuitvoerlegging ten opzichte van de beslagleggers nog niet was geëindigd. Dat de geëxecuteerde onroerende zaak al vóór de faillietverklaring is geleverd aan de executiekoper en derhalve geen deel meer uitmaakt van het vermogen van de failliet (vgl. art. 33 Fw en), doet daaraan niet af. De vergelijking met HR 25 januari 2008, *JOR* 2008/84 inzake Ontvanger/Brink q.q. gaat volgens de rechtbank niet op, omdat de Hoge Raad in die zaak niet heeft beslist wat vereist is voor 'voltooiing van de executie' indien sprake is van meerdere beslagleggers die op de faillissementsdatum geen overeenstemming hebben bereikt over de verdeling van de restantexecutieopbrengst. Aangezien de Ontvanger en de overige beslagleggers in deze zaak geen onvoorwaardelijk recht op de restantexecutieopbrengst hebben verkregen, heeft dit tot gevolg dat de notaris het overschot dient uit te keren aan de curator.

*Hoge Raad 8 mei 2009, JOR 2009/211 (Jakobs/Pasman q.q. en pro se):* Het hof heeft overwogen dat de enkele veronderstelling dat de curator persoonlijk voordeel (in de vorm van salaris) zou hebben gehad bij het slagen van de poging van Renes de Mochi 19-12 in handen te krijgen, niet betekent dat de curator persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden voor de onderhavige schade van Jakobs. De onderdelen wijzen erop dat Jakobs haar standpunt dat de curator ook pro se aansprakelijk is wegens onrechtmatig handelen niet alleen heeft doen steunen op de stelling dat de curator persoonlijk erbij gebaat was dat Renes de Mochi 19-12 zou bemachtigen, maar dat standpunt mede heeft onderbouwd met (onder meer) de stellingen dat de curator persoonlijk onzorgvuldig heeft gehandeld door onjuiste informatie te verstrekken aan de curator in Italië (Santorelli), terwijl hij kon voorzien welke gevolgen zijn faxbrief van 16 augustus 2001 zou hebben; dat er voor de curator, gelet op de vaststellingsovereenkomst van 6 juli 2000, geen enkele beleidsruimte bestond om de vaststellingsovereenkomst van 19 december 2000 met MBTC aan te gaan en al helemaal niet om daarbij in een 'sideletter' te bedingen dat de boedel een bijdrage van f 500.000 van MBTC zou ontvangen indien MBTC erin zou slagen de Mo-

chi 19-12 in bezit te krijgen; dat met name het heimelijke en boosaardige karakter van het handelen van de curator hem persoonlijk aansprakelijk maakt; en dat de curator de hand heeft gehad in het op 20 juli 2000 gelegde strafrechtelijke beslag. De klacht dat het hof door deze stellingen niet in zijn overwegingen met betrekking tot de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator te betrekken, zijn oordeel dienaangaande onvoldoende heeft gemotiveerd, is gegrond.

Voorts faalt de rechtsklacht, die lijkt te steunen op de opvatting dat een partij bij een overeenkomst geen ernstig verwijt kan treffen van een schending van de uit die overeenkomst voor hem voortvloeiende verplichtingen, indien die partij meent dat hij die verplichtingen niet schond, omdat die opvatting onjuist is.

*Hoge Raad 11 september 2009, JOR 2009/309, m.nt.*

*Spinath (Comsystems/Van den End q.q.):* Volgens het hof had de Holding onder de gegeven omstandigheden een bijzondere zorgplicht jegens de crediteuren van failliet, welke zorgplicht berustte op de door Holding opgezette structuur met inherente risico's voor crediteuren van failliet, in samenhang met haar keuze ultimo 2001 om de activiteiten van failliet 'going concern' voort te zetten, hoewel zij wist dat door de gevolgde wijze van handelen binnen de Comsys Groep de crediteuren van failliet zouden worden benadeeld zodra de financiering in rekening-courant door Holding en Comsys zou worden beëindigd. Het gehele tekort in het faillissement van failliet (met uitzondering van de faillissementskosten) moet daarom worden aangemerkt als schade die door dit onrechtmatig handelen is veroorzaakt. Deze oordelen geven niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn in het licht van de gedingstukken niet onbegrijpelijk, noch onvoldoende gemotiveerd. In het bijzonder geldt dit ook voor het uitgangspunt dat in deze situatie slechts voor zover het verweer van Holding daartoe aanleiding gaf, onderzocht moest worden of het ultimo 2001 daadwerkelijk mogelijk was om ten aanzien van bestaande crediteuren schade te voorkomen, en voor 's hofs oordeel dat Holding in dit verband onvoldoende heeft aangevoerd. Het aldus op incidentele basis financieren van de verliezen van Services heeft slechts tot gevolg dat in zoverre geen aansprakelijkheid van Holding kan worden aangenomen jegens de crediteuren wier vordering dientengevolge werd voldaan, maar kan niet afdoen aan haar aansprakelijkheid jegens de overige crediteuren.

Het hof heeft echter miskend dat voor aansprakelijkheid van Comsys jegens de schuldeisers van failliet een eigen handelen van Comsys is vereist of een nalaten waar handelen met het oog op de belangen van die schuldeisers van haar verlangd mocht worden. Er is slechts een beroep gedaan op de medewerking die Comsys heeft verleend aan de verdeling van taken, werkzaamheden en inkomstenbronnen. Het enkele medewerken daaraan kan niet als onrechtmatig worden aangemerkt. Het enkele feit dat Holding zowel bestuurder van Comsys als failliet was, brengt voorts niet mee dat handelingen van Holding, verricht in een andere hoedanigheid dan die van bestuurder van Comsys, aan Comsys kunnen worden toegerekend.

*Hoge Raad 30 oktober 2009, JOR 2009/341, m.nt.*

*Van Andel (Hamm q.q./ABN AMRO):* Voortbouwend op het arrest HR 22 juni 2007, JOR 2007/222, m.nt. JJvH (ING/Verdonk) heeft het volgende te gelden. Zodra de stille pandhouder de curator heeft meegedeeld dat hij overeenkomstig artikel 57 Fw wenst over te gaan tot het uitoefenen van zijn rechten, dient de curator elke verdere activiteit achterwege te laten welke is gericht op inning ten behoeve van de boedel van de verpande vorderingen. Dit geldt niet alleen wanneer deze mededeling wordt gedaan binnen de termijn van veertien dagen, maar ook wanneer zij daarna plaatsvindt. Door het verstrijken van genoemde termijn verliest de stille pandhouder immers niet zijn aan het pandrecht ontleende rechten. Van de curator kan enerzijds niet worden verlangd dat hij initiatieven ontplooit teneinde de stille pandhouder in staat te stellen zijn uit artikel 57 Fw in verbinding met artikel 3:246 lid 1 BW voortvloeiende rechten uit te oefenen, maar mag anderzijds de curator die uitoefening niet frustreren, net zo min als de pandgever dat buiten faillissement mag. Dit betekent dat de curator, zoals buiten faillissement de pandgever, de pandhouder op diens verlangen alle informatie verstrekt aangaande (de debiteuren van) de verpande vorderingen waarover hij de beschikking heeft en die de pandhouder nodig heeft om de in artikel 3:246 lid 1, tweede volzin, BW genoemde mededeling te doen en de inning van de betrokken vordering ter hand te nemen. Deze verplichting inlichtingen te verschaffen vloeit voort uit de aard en strekking van het stil pandrecht op vorderingen op naam in verband met de in artikel 3:246 lid 1 en 4 BW genoemde rechtsgevolgen die zijn verbonden aan mededeling van het stil pandrecht door de pandhouder aan de debiteur van de verpande vordering, te weten het ontstaan van de nagenoeg exclusieve bevoegdheid van de pandhouder om in en buiten rechte – en in geval van faillissement van de pandgever: alsof dit er niet was (art. 57 Fw) – voldoening van de verpande vordering te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. De curator (en buiten faillissement de pandgever) dient de hiervoor bedoelde informatie te verschaffen door de stille pandhouder de nodige gegevens uit de administratie van de gefailleerde te verstrekken, dan wel door hem daarin genoegzaam inzage te geven. Anders dan wanneer het gaat om nakoming van deze verplichting door de pandgever zelf buiten faillissement, is in geval van diens faillissement de curator gerechtigd om van de stille pandhouder te verlangen dat hij de boedel de kosten vergoedt die de curator in redelijkheid heeft gemaakt voor het verschaffen van de bedoelde gegevens of het verlenen van inzage.

Betalingen die debiteuren van de verpande vorderingen eigener beweging aan de curator hebben gedaan, vallen in de faillissementsboedel, zij het dat de stille pandhouder ter zake van het ontvangene verhaal kan zoeken overeenkomstig de aan zijn pandrecht verbonden voorrang, onder de verplichting bij te dragen in de algemene faillissementskosten, vgl. HR 17 februari 1995, NJ 1995, 271 (*Mulder q.q./CLBN*). Heeft de curator evenwel op incasso van de verpande vorderingen gerichte mededelingen gedaan aan of andere op incasso gerichte activiteiten verricht jegens de desbetreffende debiteuren, terwijl hij dat ingevol-

ge het hiervoor overwogene tegenover de stille pandhouder had behoren na te laten, dan geldt het volgende. Voor zover de curator als gevolg daarvan betalingen op de verpande vorderingen heeft ontvangen, heeft de pandhouder voor afdracht aan hem van het aldus ontvangene – in het verlengde van het arrest inzake Mulder q.q./CLBN – een boedelvordering met de aan zijn pandrecht verbonden voorrang. Er bestaat geen grond de curator verplicht te achten zo spoedig mogelijk uit de beschikbare middelen van de boedel een bedrag te voldoen gelijk aan dat wat ten onrechte door de boedel is ontvangen. Aangezien het hier aan de orde zijnde handelen van de curator jegens de pandhouder als onrechtmatig moet worden beschouwd, laat hetgeen hiervoor is overwogen ten aanzien van het verhaal van de pandhouder ter zake van op de door de curator ontvangen betalingen onverlet dat de pandhouder daarnaast een concurrente boedelvordering heeft voor de schade die hij bovendien mocht hebben geleden als gevolg van dat onrechtmatig handelen, onverminderd de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator uit dien hoofde indien daarvoor gronden zijn.

*Hoge Raad 18 september 2009, NJ 2009, 438 (X/Van den End q.q.):* De vordering van de curator op grond van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW tot veroordeling van de bestuurder tot betaling van het bedrag van de schulden van de boedel, wordt door het hof, in navolging van de rechtbank, toegewezen. Met betrekking tot het door de bestuurder gedane beroep op verrekening van de vordering van de curator met een vordering die zij stelt op de Simoca Groep te hebben, overweegt het hof, onder verwijzing naar HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (*Peeters q.q./Gatzen*), dat dit beroep op verrekening wordt verworpen nu de door de bestuurder gepretendeerde vordering een vordering op de Simoca Groep betreft, terwijl het bij de door de curator tegen haar ingestelde vordering om een vordering van de gezamenlijke crediteuren van de Simoca Groep gaat en niet om een vordering van de Simoca Groep, zodat ingevolge artikel 53 Fw verrekening is uitgesloten. Het middel betoogt dat een vordering als bedoeld in artikel 2:248 BW toekomt aan de vennootschap (respectievelijk de failliete boedel) en niet aan de schuldeisers, zodat de ingeroepen verrekening niet kan worden uitgesloten wegens het ontbreken van de vereiste wederkerigheid.

Het middel faalt, aangezien 's hofs oordeel dat de door de bestuurder gepretendeerde vordering op de gefailleerde vennootschappen door haar niet in verrekening gebracht kan worden met de door de curator tegen haar ingestelde vordering, juist is. De aansprakelijkheid van bestuurders ingevolge artikel 2:138 en 2:248 BW is geen aansprakelijkheid jegens de gefailleerde vennootschap maar een aansprakelijkheid jegens de boedel. De aansprakelijke bestuurder is geen schuldenaar van de gefailleerde, terwijl zijn schuld bovendien niet vóór de faillietverklaring is ontstaan of voortvloeit uit handelingen door hem vóór de faillietverklaring met de vennootschap verricht, zodat niet is voldaan aan de door artikel 53 Fw voor verrekening gestelde voorwaarden.

## Literatuur

### Boeken:

- B. Wessels, *Faillietverklaring*, Serie Wessels Insolventierecht, deel I, Deventer: Kluwer 2009;
- N.E.D. Faber, H.W. Heyman, C.J.M. Klaassen, Ch.A.M. Domingus-Schwenke en C. Rijckenberg, *Knelpunten bij beslag en executie*, Serie Onderneming & Recht, deel 49, Deventer: Kluwer 2009;
- Insolad, *Praktijkregels voor curatoren, toetsingsreglement en ReCoFa richtlijnen*, Deventer: Kluwer 2009;
- J.B. Huizink, *Insolventie*, Deventer: Kluwer 2009;
- I. Spinath, J.E. Stadig en M. Windt, *Curator en crediteuren*, Insolad Jaarboek 2009, Deventer: Kluwer 2009;
- C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude*, Serie Onderneming & Recht, deel 53, Deventer: Kluwer 2009;
- B. Wessels, *Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen*, Serie Wessels Insolventierecht, deel IX, Deventer: Kluwer 2009;
- P. Vos, *Kredietopvraging en insolventierisico. Overlevingskansen van bedrijven in financiële moeilijkheden*, Deventer: Kluwer 2009.

### Kronieken / overzichten:

- R.D. Vriesendorp, 'Expositie van het insolventierecht', *NJB* 2009, p. 2243-2252;
- F.P. van Koppen, 'Literatuuroverzicht goederen- en insolventierecht januari-juni 2009', *TvI* 2009, p. 168 e.v.