

— kroniek

# Insolventierecht

— door **Matthieu Brink, Floris Dix, Dennis Helmons, Jaap van der Meer, Bastiaan Rolevink, Bart Smink, René Smink, Sandra Tijssen-Dellemijn & Suzan Winkels-Koerselman.**

Alle voor de rechtsontwikkeling belangrijke arresten en voor de praktijk relevante rechtspraak op het gebied van het insolventierecht, in de periode juni 2021 tot juni 2022, worden in deze Kroniek behandeld. Ook een kleine selectie van het hoge aantal WHOA-zaken is opgenomen in deze Kroniek.

## FAILLISSEMENTS(PROCES)RECHT

### Faillissementstoestand

In appel speelde de afwijzing tot faillietverklaring van Wopereis (Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juni 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:5561, *JOR* 2021/251). Volgens de rechtbank was Wopereis niet komen te verkeren in een toestand waarin zij was opgehouden te betalen. Volgens het hof is echter sprake van meerdere schuldeisers. De vorderingen hoeven niet allemaal opeisbaar te zijn, het is voldoende als één vordering opeisbaar is. De current ratio van Wopereis is 0,75 en het eigen vermogen is teruggelopen, de uitstaande schulden kunnen niet uit de normale bedrijfsuitoefening betaald worden. Wopereis wordt alsnog failliet verklaard.

Hetzelfde hof oordeelde dat het splitsen van een vordering bij akte niet in pluraliteit van schuldeisers resulteert (Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juni 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:5940, *JOR* 2021/254). De rechtbank had het faillissement van Uno Mundo in eerste instantie niet uitgesproken, omdat onduidelijk was of de aanvragers een vordering hadden op Uno Mundo en of Uno Mundo verkeerde in de toestand van te hebben opgehouden te betalen. USP c.s. hadden een vordering op Uno Mundo uit hoofde van een proceskostenveroordeling, en hadden deze vordering bij akte gesplitst in gelijke delen. Het hof maakt hier korte metten mee: sprake is van één vorderingsrecht, dat door goederenrechtelijk gevolg weliswaar over meerdere schuldeisers is verdeeld. Voor pluraliteit van schuldeisers is vereist dat meerdere schuldeisers een eigen vorderingsrecht hebben. Het hof overweegt ten overvloede dat hierdoor sprake is van misbruik van faillissementsrecht.

### Verzoek toelating WSNP bij verzet faillissement

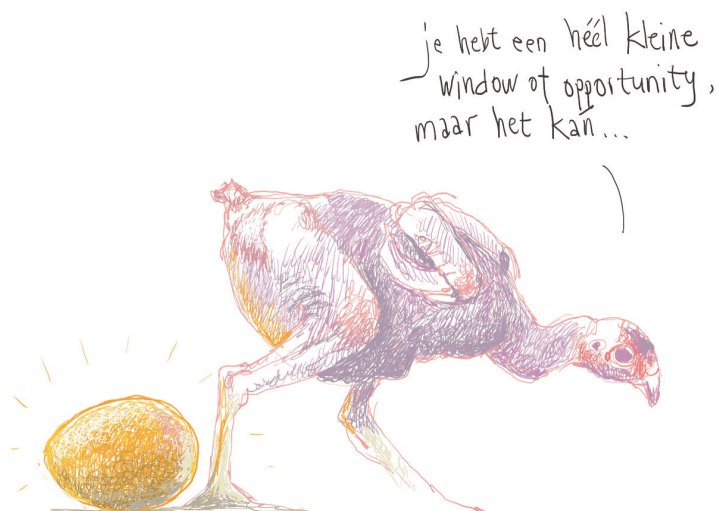
Een schuldenaar die in verzet komt tegen het vonnis waarbij hij failliet is verklaard, kan in de verzetprocedure alsnog om toelating tot de schuldsaneringsregeling ex artikel 3

Fw verzoeken, oordeelde de Hoge Raad (HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:460). Voorgaande is overeenkomstig de strekking van verzet, namelijk het alsnog afronden van een voortijdig afgebroken procedure. Het geding waarin verstek is verleend, wordt heropend. Op grond hiervan kan de schuldenaar onder meer ook nog de toelating verzoeken tot de schuldsaneringsregeling, net als in een van aanvang af gevoerde procedure.

## FIXATIEBEGINSEL

### Girale betalingen na faillissement vanaf een betaalrekening met debetsaldo

Ex artikel 23 Fw verliest de schuldenaar door faillietverklaring van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn vermogen. Nadat BB failliet is verklaard, wordt er vanaf haar betaalrekening nog een betaling verricht aan RFH. De curator vordert van RFH terugbetaling van dit bedrag op grond van artikel 23 Fw. De Hoge Raad overweegt dat het fixatiebeginsel en de artikelen 20, 23 en 24 Fw aan de schuldeisers bescherming beogen te bieden, zowel tegen een vermindering van het actief van de boedel als tegen een vermeerdering van het passief van de boedel (HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:80). De curator kan hetgeen na het intreden van het faillissement aan een schuldeiser is betaald, op de voet van artikel 23 Fw slechts terugvorderen voor zover die betaling resulteert in een vermindering van het actief van de boedel, dan wel in een vermeerdering van het passief van de boedel. Van een vermindering van het actief is in dit geval geen sprake, nu de bankrekening van de schuldenaar bij het intreden van het faillissement reeds een debetsaldo vertoonde. Evenmin heeft die betaling geresulteerd in een vermeerdering van het passief van de boedel, omdat ingevolge artikel 24 Fw de boedel niet aansprakelijk is voor de toegenomen schuld van de schuldenaar jegens de bank, nu de boedel door die betaling niet is gebaat. Ook van een door-



breking van de *paritas creditorum* is geen sprake omdat de betaling aan RFH niet heeft plaatsgevonden uit een actief van de boedel en daardoor geen aanspraak op de boedel is ontstaan.

### Koop vordering ongerechtvaardigde verrijking uit de boedel.

Een doorstarter beoogt in de regel alle vorderingen uit het faillissement te kopen van de curator om deze vervolgens zelf te kunnen innen. De vraag is of hiermee de doorstarter ook echt alle vorderingen koopt. In het geval dat werd voorgelegd aan het hof kon dat niet (Hof 's-Hertogenbosch 29 december 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:4022). In de overeenkomst stond 'alle (...) roerende zaken, toebehorende aan (...), tevens worden vanuit de boedel verkocht de aanwezige goodwill, handelsnamen e.d., het onderhanden werk alsmede de debiteuren'. Als een boedel een vordering krijgt uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking met betrekking tot het reeds verrichte deel van de prestatie, is dit een vordering die toekomt aan de curator na datum faillissement. Als de curator met de activatransactie alle vorderingen, waaronder deze, beoogt te verkopen en de koper beoogt die te kopen, dan moet dat expliciet genoemd worden in de overeenkomst.

## BOEDELSCHULDEN

### Wettelijke rente over een boedelschuld is ook boedelschuld

De Hoge Raad houdt in een uitspraak over de vraag of wettelijke rente over een boedelschuld ook een boedelschuld is, vast aan het uitgangspunt dat het faillissement geen verandering brengt in bestaande wederkerige overeenkomsten en de daaruit voortvloeiende verbintenissen (HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1994). Vanaf aanvang van de surseance (kort daarna omgezet in faillissement) is de huurprijs krachtens de wet boedelschuld. Als verzuim bestaat ten aanzien van de voldoening van een boedelvordering, brengt de aard van een boedelvordering mee dat ook de met de boedelvordering verbonden verplichting tot betaling van rente moet worden aangemerkt als boedelschuld.

Als de huurovereenkomst een contractuele regeling voor de verdragingsrente bevat, en de curator deze overeenkomst wil voortzetten, is de verplichting tot betaling van deze rente tevens boedelschuld. Ook in geval van opzegging van de huurovereenkomst op de kortst mogelijk termijn bepaalt de huurovereenkomst over de opzeggingsperiode welke verdragingsrente geldt. Indien in de huurovereenkomst in afwijking van de wettelijke rente een contractuele verdragingsrente is opgenomen en verzuim is ontstaan met betrekking tot de betaling van de als boedelschuld verschuldigde huurprijs, is de contractuele verdragingsrente als boedelschuld verschuldigd.

### Bestuursrechtelijke lasten kwalificeren als boedelschulden

De Hoge Raad oordeelde over prejudiciële vragen met betrekking tot de status en rangorde van aan de curator opgelegde kosten die voortvloeien uit niet-naleving van milieuwetgeving (HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, *JOR* 2021/250). Deze kwalificeren als boedelschulden. Dit volgt uit vaste rechtspraak van de Raad van State en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, maar volgt niet uit de enkele grond dat de bestuursrechter heeft geoordeeld dat de curator geldt als overtreder in bestuursrechtelijke zin.<sup>1,2</sup> Het beginsel van formele rechtskracht brengt niet mee dat de burgerlijke rechter bij de beoordeling van een kwestie die niet de geldigheid van een besluit betreft, is gebonden aan inhoudelijke overwegingen van de bestuursrechter die ten grondslag liggen aan dat besluit.

## WERKNEMERS EN INSOLVENTIE

### Bestaan arbeidsverhouding tussen ex-werknemers failliete Spaanse dochtervennootschap en Nederlandse holding

In een ander arrest overwoog de Hoge Raad dat ten aanzien van de Spaanse werknemers van een failliete Spaanse dochtervennootschap van een Nederlandse failliete holding geen sprake is van een arbeidsverhouding als bedoeld in artikel 10 Insolventieverordening (art. 13 herschikte Insolventieverordening) (HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1164, *JOR* 2021/256). Uit eisen van het communautaire recht volgt dat sprake dient te zijn van (i) het verrichten van arbeid, (ii) loonbetaling en (iii) ondergeschiktheid. Het geding wordt voor verdere behandeling verwezen naar het hof, waar bij een positief antwoord op de vraag of sprake is van een arbeidsverhouding naar communautair recht ook de vraag aan de orde zal komen wat de rang is van de vorderingen van de Spaanse werknemers in het faillissement van de Nederlandse holding.

## ZEKERHEDEN

Het hof oordeelde over een vraag of een borg aangesproken kon worden of dat dit in strijd was met de bancaire zorgplicht (Hof Den Bosch 27 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2347, *JOR* 2021/257). Volgens appellant zou met de bank afgespro-

ken zijn dat hij na faillissement de zakelijke zekerheden voor de bank zou uitwinnen, zodat een zo hoog mogelijke opbrengst wordt gegenereerd. Vervolgens zou de kredietovereenkomst zonder restschuld worden beëindigd en de privéborgstelling zou niet worden aangesproken. Appellant verwijt dat de bank de verpande voorraad te laat heeft verkocht, namelijk niet direct na het faillissement, waardoor deze minder heeft opgebracht. Volgens appellant is de bank daardoor tekortgeschoten jegens hem. Het hof vindt daarvan echter geen sprake. De bank kon de borg aanspreken zonder dat dit in strijd was met de bancaire zorgplicht.

### **Afstand van subrogatie tijdens faillissement schuldenaar**

In een casus tussen curatoren en Rabobank ging het over de vraag of een delging van de schuld van A ten laste van het vermogen van M, beiden failliet en hoofdelijk schuldenaar jegens Rabobank, heeft geleid tot een gedeeltelijke subrogatie door M in de rechten van Rabobank jegens A, inclusief het daaraan verbonden hypotheekrecht (Rb. Oost-Brabant 23 juni 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:2989). Rabobank bestrijdt die opvatting, onder meer met een beroep op de toepasselijke bankvoorwaarden. Het door Rabobank in haar bankvoorwaarden gehanteerde beding luidde '[klant doet] ten behoeve van de bank – voor zover nodig bij voorbaat – onherroepelijk afstand van subrogatie en van alle (neven)rechten waarin hij door subrogatie zou kunnen treden, waaronder begrepen zekerheidsrechten'. Omdat in de tekst van de bankvoorwaarden wordt gesproken over het doen van afstand, mocht M in redelijkheid verwachten dat Rabobank daarmee afstand van een vorderingsrecht zoals beschreven in artikel 6:160 BW heeft bedoeld en niet een beroep op uitsluiting van dat vorderingsrecht, zoals Rabobank achteraf verdedigde. Omdat M door haar faillissement niet meer bevoegd was afstand te doen op het moment dat haar subrogatievordering ontstond, was een beroep daarop dan ook niet rechtsgeldig, aldus de rechtbank.

### **RECHTEN EN PLICHTEN RECHTER-COMMISSARIS EN CURATOR Niet-ontvankelijkheid na hoger beroep tegen beslissing artikel 69 Fw**

In september 2021 boog het hof zich over de vraag of ná een hoger beroep bij de rechtbank tegen een beschikking op grond van artikel 69 Fw, hoger beroep mogelijk is (Hof Den Bosch 30 september 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2974, *JOR* 2022/45). De Faillissementswet biedt deze mogelijkheid niet, ook niet bij het hof. Terzijde merkt het hof op dat herroeping ex artikel 382 en 390 Rv van een op artikel 69 Fw gebaseerde beslissing niet is voorzien in de Faillissementswet.

### **Termijn faillissementsgijzeling loopt niet door bij schorsing inbewaringstelling**

Uit een ander oordeel van de Hoge Raad blijkt dat een op de voet van artikel 87 Fw bevolen inbewaringstelling kan

worden geschorst. Dit strookt met de uitleg en toepassing van de Faillissementswet en is in overeenstemming met de voor Nederland uit het EVRM voortvloeiende verplichtingen (Hoge Raad 22 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:102, *JOR* 2021/134). De termijn van dertig dagen uit artikel 87 lid 3 Fw loopt niet door zolang de inbewaringstelling (on)voorwaardelijk is geschorst. Het bevel tot inbewaringstelling behoudt gedurende de gehele periode van de schorsing zijn rechtskracht. Dit betekent dat gedurende de schorsing van de inbewaringstelling geen plaats is voor een bevel tot verlenging van de inbewaringstelling en evenmin voor een hernieuwde schorsing. Aan de schorsing dient een termijn te worden verbonden die kan afwijken van de termijn van artikel 87 lid 3 Fw.

### **ONRECHTMATIGHEDEN**

#### **Aansprakelijkheid bestuurder en accountant voor dividenduitkering**

In een casus die aan de rechtbank werd voorgelegd, werd zowel de bestuurder als de accountant aansprakelijk gehouden voor een dividenduitkering in strijd met artikel 2:216 BW. (Rb. Rotterdam 3 februari 2011, ECLI:NL:RBROT:2021:1011, *JOR* 2021/175). De dga van een vennootschap besloot tot een dividenduitkering van de dochter aan de houdstervennootschap ter grootte van de vordering van de dochter op de houdstervennootschap, waarna de wederzijdse vorderingen werden verrekend. De dochter en houdstermaatschappij gingen anderhalf later failliet. De curator houdt met succes de dga als bestuurder van de dochter aansprakelijk omdat vast komt te staan dat, toen de bestuurder de dividenduitkering goedkeurde, hij wist of redelijkerwijs had moeten voorzien dat de dochter haar opeisbare schulden niet meer kon betalen (art. 2: 216 lid 3 BW). De bestuurder houdt op zijn beurt de accountant van de dochter met succes aansprakelijk omdat die had verzuimd de bestuurder erop te wijzen dat de dividenduitkering had moeten zijn gebaseerd op een uitkeringstest (art. 2:216 lid 2 BW). Hij had, gegeven de financiële problemen van de dochter, de bestuurder moeten waarschuwen voor aansprakelijkheidsrisico's.

#### **Ontzenuwen bewijsvermoeden artikel 2:248 lid 2 BW**

In juli 2021 liet de Hoge Raad zich uit over het bewijsvermoeden in artikel 2:248 lid 2 BW (HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099, *JOR* 2021/264). Voor het ontzenuwen van dit bewijsvermoeden volstaat dat de bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn. Slaagt dit bewijs dan moet de curator op grond van artikel 2:248 lid 1 BW aannemelijk maken dat de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.<sup>3</sup> Naast van buiten komende oorzaken kan handelen of nalaten van een of meer bestuurders dat op zichzelf beschouwd geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert voldoende zijn voor ontzenuwing van het in ar-

tikel 2:248 BW bedoelde vermoeden. Aan artikel 2:248 BW ligt ten grondslag dat het niet aangaat om de bestuurders voor het gehele tekort in het faillissement aansprakelijk te stellen wegens het enkele feit van het onbehoorlijk bestuur, ook al heeft dit niet tot het faillissement geleid. Het bestuur kan voor het tegenbewijs tegen het wettelijk vermoeden ook bewijs leveren dat het zich voor het overige wel van zijn taak heeft gekwetend.

### Fiscale administratie en bewaarplicht

Op 25 juni 2021 boog de Hoge Raad zich nog eens over artikel 52 lid 1 AWR (HR 25 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:986, *JOR* 2021/261). Het niet of niet geheel voldoen aan afspraken met de inspecteur over het bewaren van bescheiden hoeft niet tot de conclusie te leiden dat de administratieplicht van artikel 52 AWR is geschonden. Als de inspecteur vaststelt dat de aangifte loonheffing niet correct is gezien de in de administratie aangetroffen of anderszins vergaarde gegevens, kan dit aanleiding zijn om in het aangegeven en afgedragen bedrag correcties aan te brengen. Maar dit rechtvaardigt op zichzelf niet de gevolgtrekking dat de administratieplicht van artikel 52 lid 1 AWR is geschonden. Die conclusie is pas gerechtvaardigd als de aard en omvang van de gebreken van dien aard zijn dat wat in de administratie is vastgelegd niet kan dienen als grondslag voor het vaststellen van de verplichtingen van de inhoudingsplichtige ter zake van de loonheffingen. Ook het schenden van afspraken met de inspecteur over het bewaren van bescheiden hoeft niet tot de gevolgtrekking te leiden dat artikel 52 lid 1 AWR is geschonden. Het verwijt dat een administratieplichtige in bepaalde niet onderzochte aangiftetijdvakken niet heeft voldaan aan zijn administratie- en bewaarplicht kan in de regel niet worden gebaseerd op het niet-naleven van de administratie- en bewaarplicht in wel onderzochte tijdvakken, behoudens voldoende zwaarwegende redenen.

### Bestuurdersaansprakelijkheid

Het hof heeft (na verwijzing)<sup>4</sup> beoordeeld of een faillissementsaanvraag door de bestuurder van Geocopter gekwalificeerd kan worden als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:248 BW) dan wel of sprake is van interne aansprakelijkheid (art. 2:9 BW) (Hof Arnhem-Leeuwarden 19 mei 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3796, *JOR* 2021/202). Met verwijzing naar de Panmo-maatstaf<sup>5</sup> oordeelt het hof dat niet kan worden gezegd dat de bestuurder in de gegeven omstandigheden door het doen van eigen aangifte heeft gehandeld zoals geen redelijk denkend bestuurder zou hebben gehandeld en dus evenmin met de (objectieve) wetenschap dat de schuldeisers door die aangifte zullen worden benadeeld. Daarnaast oordeelt het hof dat geen sprake is van interne bestuurdersaansprakelijkheid, omdat de bestuurder geen ernstig verwijt treft bij de eigen aangifte nu de bestuurder op grond van de opdracht van de algemene vergadering bevoegd was tot het doen van eigen aangifte 'indien dat noodzakelijk mocht blijken'. Aangezien de vennootschap al lan-

gere tijd in financieel zwaar weer verkeerde, gaat het hof er niet vanuit dat de vennootschap het zou hebben gered als geen eigen aangifte was gedaan.

### Bestuursverbod

Volgens het hof kan een procedure tot het verkrijgen van een bestuursverbod in de zin van artikel 106a Fw niet worden aangemerkt worden als *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM gezien de inbedding hiervan in het civiele recht en doel en strekking van de maatregel (Hof Amsterdam 10 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3092, *JOR* 2021/171). De procedure strekt niet tot het uitoefenen van dwang ter verkrijging van inlichtingen. Het betreft een preventieve maatregel.

### Strijd met maatschappelijke betamelijkheid

De rechtbank heeft zich in een zaak gebogen over de vraag of Rabobank onrechtmatig heeft gehandeld door in te stemmen met de overdracht van door haar gefinancierde onroerende goederen wetende dat het faillissement van de overdragende vennootschappen onafwendbaar was (Rb. Rotterdam 19 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4634, *JOR* 2021/301). De desbetreffende transacties waren voor Rabobank zeer voordelig omdat als gevolg daarvan de huurpenningen niet in de boedel vloeiden en geen pandrecht zou hebben gerust op de na de faillissementsdatum verschuldigd geworden huurpenningen.<sup>6</sup> Rabobank heeft door instemming te verlenen voor de in haar belang geïnitieerde transacties, terwijl zij wist dat een faillissement onvermijdelijk was, onrechtmatig gehandeld. Rabobank had rekening moeten houden met de gerechtvaardigde belangen van de andere schuldeisers van de vennootschappen en met het algemene belang dat faillissementen op een correcte manier moeten worden afgewikkeld.

### WSNP

#### (Geen) hoger beroep afwijzing dwangakkoord-aanhouding WSNP

De Hoge Raad overwoog dat de schuldenaar in hoger beroep kan komen tegen de afwijzing van het primaire verzoek om een bevel tot instemming met een schuldregeling, indien de rechtbank ook het subsidiaire verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling heeft afgewezen en de schuldenaar ook daartegen in hoger beroep gaat of indien de schuldenaar dit subsidiaire verzoek niet handhaaft (HR 11 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:859, *JOR* 2021/281). De wetgever heeft hoger beroep tegen de afwijzing van het primaire verzoek in andere gevallen willen uitsluiten omdat dit de behandeling van het subsidiaire schuldsaneringsverzoek vertraagt. Ook beoogde de wetgever met die uitsluiting te voorkomen dat in de tijd waarin op de rechtsmiddelen wordt beslist de schuldenlast en de noodzaak van rechtsmaatregelen toenemen.

### Afdracht van tot de boedel behorende middelen bij aanvang schuldsaneringsregeling

Bij toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling is een positief banksaldo, met toestemming van de rechter-commissaris, op de boedelrekening gestort. In cassatie is de vraag aan de orde of dit saldo alsnog buiten de boedel mag blijven (HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1670, NJB 2021/3030). De rechter-commissaris verleende daarvoor geen toestemming. De Hoge Raad haalt onder meer artikel 295 lid 1 Fw aan, dat bepaalt dat de boedel alle goederen van de schuldenaar omvat ten tijde van de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling, alsmede de goederen die hij tijdens de toepassing van die regeling verkrijgt. Gelet op de onwenselijkheid dat de schuldenaar zich in de beginperiode genoodzaakt ziet nieuwe schulden aan te gaan, die grond kunnen opleveren voor beëindiging van de schuldsaneringsregeling zonder 'schone lei' (art. 350 lid 3 onder d Fw jo. 358 lid 1 en 2 Fw), overweegt de Hoge Raad dat ervan moet worden uitgegaan dat de bewindvoerder kan bepalen dat de schuldenaar een deel van de bij aanvang van de schuldsanering tot de boedel behorende financiële middelen, voor zover voor levensonderhoud noodzakelijk, niet hoeft af te dragen zo lang de schuldenaar nog niet beschikt over het eerste vrij te laten bedrag. Bij verschil van inzicht hierover kan de schuldenaar op de voet van artikel 317 Fw verzoeken om een beslissing van de rechter-commissaris, aldus de Hoge Raad.

### Opmaking slotuitdelingslijst bij een boedel met beperkt actief

De Hoge Raad oordeelde over de afwikkeling van schuldsaneringsboedels, waarbij het boedelactief minder dan € 2.000 bedraagt (HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1353, JOR 2022/01). Hij beantwoordt de vraag of bij schuldsaneringsboedels met een dergelijke beperkte omvang ook vereist is dat overeenkomstig artikel 356 lid 1 Fw een slotuitdelingslijst wordt opgemaakt en gedeponereerd, bevestigend. De wetgever heeft uitsluitend voor het geval dat de vereenvoudigde procedure van artikel 354a Fw wordt toegepast, een uitzondering gemaakt op de regel dat een verificatievergadering wordt gehouden en een slotuitdelingslijst wordt opgemaakt. Er bestaat geen grond deze uitzondering naar andere situaties door te trekken. Als de rechtbank na een looptijd van drie jaar of langer heeft geoordeeld dat de schuldenaar aan de op hem rustende schuldsaneringsverplichtingen heeft voldaan, dient de vereffening daarom plaats te vinden overeenkomstig de voor die situatie geldende regels in de Faillissementswet. Daarbij dient ook een (eventueel pro forma) verificatievergadering plaats te vinden en een slotuitdelingslijst te worden opgemaakt. Dit geldt ongeacht de omvang van het boedelactief. De Hoge Raad beargumenteert dit met verwijzing naar de belangen van de schuldeisers bij een beëindiging die kenbaar en controleerbaar is.

### Automatisch failliet na tussentijdse beëindiging?

De Hoge Raad oordeelde dat een faillissement niet van rechtswege volgt op tussentijdse beëindiging van de schuldsanering ex artikel 350 lid 3 onder c en d Fw (HR 5 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:351, JOR 2021/162). De rechter dient het faillissement van de voormalige saniet steeds uit te spreken.

### WHOA

#### Pensioenpremies onder de WHOA

Vanaf 1 januari 2021 biedt titel IV Fw, de WHOA, een schuldenaar de mogelijkheid een onderhands dwangakkoord tot stand te brengen met zijn schuldeisers. De Hoge Raad besliste, in antwoord op prejudiciële vragen, dat de WHOA niet van toepassing is op een vordering voor achterstallige premies van een bedrijfstakpensioenfonds (HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:328). Artikel 369 lid 4 Fw bepaalt namelijk dat de WHOA niet van toepassing is op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 7:610 BW. De Hoge Raad overweegt dat als een pensioenpremievordering wel zouden kunnen worden betrokken in de WHOA, afbreuk zou worden gedaan aan het met die vordering corresponderende recht van de werknemer jegens de werkgever op premiebetaling aan het bedrijfstakpensioenfonds, wat de pensioenopbouw in gevaar zou kunnen brengen.

### Aanwijzing herstructureringsdeskundige

De rechtbank liet zich uit over een verzoek tot het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige op verzoek van de schuldenaar (Rb. Midden-Nederland 14 mei 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2294, JOR 2021/249). De vraag is of de schuldenaar nog aan zijn lopende verplichtingen kan voldoen. Zo kan de schuldenaar geen betalingsregeling van € 1.500 per maand nakomen en is geen sprake van enige beschikbaarheid van betrouwbare historische cijfers. Mede hierom valt de betrouwbaarheid van de liquiditeitsbegro-

Maar misschien een terugvinddeskundige?  
Misschien hebben we érgens nog geld?  
In de diepvries? In de gangkast?  
In het rubber van de deur van de wasmachine?



ting niet te controleren en zijn de cijfers verschillend. Een herstructureringsdeskundige moet onderzoeken of een akkoord haalbaar is, met het gebrek aan gegevens is dat niet mogelijk. Het verzoek wordt afgewezen.

### Afkoelingsperiode

Onder de WHOA kan een liquidatieakkoord worden aangeboden. De rechtbank besliste dat het mogelijk is daarbij een afkoelingsperiode af te kondigen (Rb. Amsterdam 11 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3331, *JOR* 2021/279). Zij ging er daarbij vanuit dat met een liquidatieakkoord onder de WHOA een beter resultaat voor schuldeisers kan worden bereikt dan bij een faillissement en dat de schuldenaar dus belang kan hebben bij een afkoelingsperiode om te voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders beslag leggen of het faillissement van de schuldenaar aanvragen.

In een andere zaak wees de rechtbank een afkoelingsperiode af nu zij niet summierlijk heeft kunnen vaststellen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers met de afkondiging van de afkoelingsperiode zouden zijn gediend (Rb. Overijssel 16 juli, ECLI:NL:RBOVE:2021:2907, *RI* 2021/82). Zo heeft de schuldenaar niet aannemelijk gemaakt dat een aanbod tot een akkoord voorligt of dat hiertoe stappen zijn gezet. De schuldenaar had geen keuze gemaakt tussen een herstructureringsakkoord of liquidatieakkoord en heeft niet duidelijk gemaakt hoe zij binnen twee maanden een akkoord zal kunnen aanbieden. Daarnaast is niet gebleken dat het afkondigen van de afkoelingsperiode noodzakelijk was om de onderneming van de schuldenaar voort te zetten.

### Machtiging artikel 42a Fw

De rechtbank oordeelde over de paulianabescherming onder de WHOA ex artikel 42a Fw (Rb. Rotterdam 3 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1768, *JOR* 2021/190). Rabobank verstreekte een oogstkrediet aan een tuinbouwbedrijf met het oog op voortzetting van het bedrijf gedurende de voorbereiding van het WHOA-akkoord en verlangde zekerheid dat verstreekte zekerheden niet op basis van artikel 42 Fw in een eventueel later faillissement zouden kunnen worden vernietigd. De rechtbank verleende de machtiging met dien verstande dat van de machtiging worden uitgesloten rechtshandelingen door het tuinbouwbedrijf verricht vóór de deponering van de startverklaring.

In haar WHOA-traject heeft ADO Den Haag een verzoek ingediend op grond van artikel 42a Fw dat ziet op het verkrijgen van een machtiging tot het aangaan van een transferovereenkomst met SC Heerenveen (Rb. Den Haag 25 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5316, *JOR* 2021/225). Het verzoek wordt door de rechtbank afgewezen omdat zij op basis van de verschaft informatie niet tot het oordeel komt dat de transfersom marktconform is en dat de transactie al dan niet benadelend voor de schuldeisers zal zijn. Daarnaast is onvoldoende duidelijk of de transactie binnen de reikwijdte van artikel 42a Fw valt nu niet kan worden vastgesteld dat het gaat om een rechtshandeling die uitsluitend is aange-

gaan met het oog op financiering van een akkoord, of die noodzakelijk is om de door ADO Den Haag gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van het akkoord te kunnen blijven voortzetten.

### Homologatieverzoek

Op grond van artikel 384 lid 1 Fw wordt een verzoek tot homologatie toegewezen tenzij zich één of meer van de afwijzingsgronden als bedoeld in artikel 384 lid 2 tot en met 5 Fw voordoen (Rb. Oost-Brabant 27 augustus 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4818, *JOR* 2022/16). Er zijn algemene en aanvullende afwijzingsgronden. Artikel 381 lid 1 Fw schrijft voor dat het akkoord gedurende een redelijke termijn wordt voorgelegd aan de schuldeisers, voor een periode van tenminste acht dagen, tenzij de schuldeisers verklaren het akkoord te aanvaarden. Wat een redelijke termijn is, hangt af van de omstandigheden van het geval. In dit geval gaat het om hoofdzakelijk kleine en middelgrote ondernemingen en enkele buitenlandse schuldeisers. De rechtbank oordeelt dat verzoekster geen redelijke termijn heeft gehanteerd. Ook kon de liquidatie- en reorganisatiewaarde van verzoekster op de peildatum niet worden gecontroleerd. Verzoekster heeft ten aanzien van de financiële problemen verklaard dat zij zwaar is getroffen door de gevolgen van COVID-19. Deze verklaring is volgens de rechtbank onvolledig en misleidend. Eind 2019 had verzoekster een negatief eigen vermogen van € 22 miljoen en leed een verlies van € 5 miljoen. Daarnaast werd aan mkb-schuldeisers minder dan de voorgeschreven 20% aangeboden, terwijl daarvoor geen zwaarwegende grond aanwezig was. De rechtbank was er tevens niet van overtuigd dat de nakoming van het akkoord voldoende werd gewaarborgd en weigerde het akkoord.

De rechtbank wees een verzoek tot homologatie van een onderhands akkoord van schuldenaren die een onderneming dreven in de ouderenzorg af (Rb. Midden-Nederland 10 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5531, *JOR* 2022/20). De gronden voor de afwijzing waren gelegen in schending van informatieverplichtingen en een onjuiste klassenindeling (art. 384 lid 2 sub c Fw). In alle akkoorden werd eenzelfde percentage aan schuldeisers aangeboden, gebaseerd op één 'geconsolideerde' liquidatie- en reorganisatiewaarde. Niet in het akkoord, noch op de homologatiezitting werd toegelicht waarom aandeelhouders niet onder het akkoord vielen. Er werd geen inzicht verschaft in de positie van een aan de schuldenaren gelieerde partij die zowel schuldeiser van de schuldenaren was als financier van het akkoord, waardoor zij onder het akkoord aan zichzelf uitkeerde. Deze partij was hoofdelijk schuldeiser in alle vijf akkoorden, had daarvoor ook een doorslaggevende stem en ontving vijf keer het aangeboden percentage (1,02%) van alle schuldenaren. De financieringsdocumentatie en inzicht in de financieringsvoorwaarden van deze partij ontbrak, evenals informatie op welke wijze die dubbelrol invloed had op haar rechten onder het akkoord. Het faillissement van de schuldenaren werd kort na de afwijzing van de homologatie uitgesproken.



## INTERNATIONAAL FAILLISEMENTSRECHT

### Rechtsmacht en toepasselijk recht Peeters/Gatzen

Het Hof van Justitie heeft op 10 maart 2022 prejudiciële vragen beantwoord over de rechtsmacht en het toepasselijke recht inzake een Peeters/Gatzen-vordering (Hof van Justitie 10 maart 2022 ECLI:EU:C:2022:173). Voor het bepalen van de rechtsmacht en het toepasselijke recht bij het instellen van een Peeters/Gatzen-vordering hoeft in beginsel slechts te worden gekeken naar de plaats van vestiging van de gefailleerde vennootschap.

### Territoriale insolventieprocedure

Het Bossche hof kreeg het verzoek om een Slowaakse vennootschap (verweerder) failliet te verklaren, dan wel subsidiair een territoriale insolventieprocedure te openen (Hof 's-Hertogenbosch 16 september 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2872, *JOR* 2022/43). Verweerder is gestopt met het betalen van Nederlandse schuldeisers. De vraag is of sprake is van een Nederlandse 'vestiging' in de zin van de Insolventieverordening en of schuldeisers aan die vestiging verbonden zijn. Volgens het hof is dat het geval. Zo was sprake van een pakhuis met bedrijfskleding, werden daar besprekingen gehouden en had verweerder een Nederlandse G-rekening. Economische activiteiten werden aldus in Nederland ontplooid. De vorderingen van de Nederlandse schuldeisers houden verband met de Nederlandse vestiging, aan de vereisten voor het openen van een territoriale insolventieprocedure is dan ook voldaan. Het hof spreekt het faillissement uit.

### Nederlandse rechter bevoegd te oordelen over onrechtmatig handelen

Het hof overweegt in haar arrest dat het doorslaggevende criterium om vast te stellen onder welke regeling een vordering valt, niet de procedurele context van die vordering is, maar de rechtsgrondslag ervan. In casu betrof het een vordering van de curator op een Spaanse bank uit hoofde van onrechtmatige daad (Hof Arnhem-Leeuwarden 6 april 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3294). Volgens het hof moet worden nagegaan of het recht of de verbintenis waarop de vordering is gebaseerd, voortvloeit uit de gemene regels van het burgerlijk recht en het handelsrecht dan wel uit specifieke,

afwijkende regels voor insolventieprocedures. Het hof oordeelde in casu dat de vordering van de curator uit hoofde van onrechtmatige daad rechtstreeks voortvloeide uit de insolventieprocedure en hiermee nauw verband hield. De Spaanse bank was namelijk bekend met het faillissement en handelde onrechtmatig door in strijd met het fixatiebeginsel mee te werken aan de verkoop van een Spaanse woning van een Nederlandse failliet. De Nederlandse rechter kwam in dit geval dus rechtsmacht toe, aldus het hof.

## OVERIG

In cassatie in belang der wet overwoog de Hoge Raad dat het OM een geldboete of ontnemingsmaatregel die nog niet onherroepelijk is vastgesteld slechts voorwaardelijk kan indien bij de curator (HR 2 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:112, *JOR* 2021/161). Een dergelijke vordering kan ook ingediend worden bij een akkoord als concurrente vordering. Na homologatie van een akkoord resteert een rechtens niet-afdwingbare natuurlijke verbintenis. Dit staat niet in de weg aan het opleggen van vervangende hechtenis.

## NAWOORD

We constateren dat de Hoge Raad het afgelopen jaar relatief weinig arresten op het gebied van het insolventierecht heeft gewezen. Daarentegen zijn er inmiddels ruim 150 uitspraken verschenen van lagere rechters over de WHOA. Voor de insolventiepraktijk is het interessant om te vermelden dat het Hof van Justitie de deur van de pre-pack lijkt te hebben opengesteld in een recente uitspraak op prejudiciële vragen van de Hoge Raad.<sup>7</sup> Wij zijn erg benieuwd of de wetgever de pre-pack nu daadwerkelijk gaat codificeren. Als dat het geval is, voegt dat een mooi instrument toe aan de gereedschapskist van het Nederlandse insolventierecht.

**De auteurs zijn allen werkzaam bij Turnaround Advocaten.**

## Noten

- 1 ABRvS 11 juli 1997, ECLI:NL:RVS:1997:ZF2839 (*JOR* 1997/105, m.nt. Kortmann (*Oude Grote Bevelsborg q.q./Dordrecht*); ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1261 (*JOR* 2013/157, m.nt. Van Hees (*Dutch Infra Tech*), rov. 4.2; ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2728, *JOR* 2015/19, m.nt. Tekstra (*De Groot q.q./Hunze en Aa's*); rov. 5.1; ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:598 (*JOR* 2020/159, m.nt. Hiemstra (*X q.q./Groningen*); rov. 9.3; ABRvS 15 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1063, rov. 3.
- 2 CBb 7 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:405 (*JOR* 2018/292), m.nt. Hiemstra (*X q.q./Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*).
- 3 HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, *JOR* 2008/29 (*Blue Tomato*).
- 4 Zie HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370 (*Geocopter*).
- 5 HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053 (*Panmo*).
- 6 De rechtbank verwijst hierbij naar HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5528 (*WUH/Emmerig q.q.*).
- 7 HvJ 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321.