

KRONIEK INSOLVENTIERECHT

DOOR / MATTHIEU BRINK, FLORIS DIX, DENNIS HELMONS, JAAP VAN DER MEER, BASTIAAN ROLEVINK, BART SMINK, RENÉ SMINK, SANDRA TIJSSSEN-DELLEMIJN & SUZAN WINKELS-KOERSELMAN

Alle voor de rechtsontwikkeling belangrijke arresten uit de tweede helft van 2020 en de eerste helft van 2021 van de Hoge Raad en voor de praktijk relevante rechtspraak op het gebied van insolventierecht worden in deze Kroniek behandeld.¹ Daarbij passeren een aantal uitspraken van lagere rechters omtrent de WHOA de revue. Gezien de recente inwerkingtreding van deze wet staan wij daar iets uitgebreider bij stil.

RECHT

Eind 2020 boog de Hoge Raad zich over de vraag of de aanvrager van een faillissement aansprakelijk kan zijn voor de door het faillissement ontstane schade wanneer het faillissement van de schuldenaar op een rechtsmiddel wordt vernietigd (HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2004, *JOR* 2021/98). Volgens de Hoge Raad is een aanvrager van een faillissement alleen aansprakelijk wanneer hij (i) wist of behoorde te weten dat geen grond bestond voor het uitspreken van het faillissement dan wel (ii) hij anderszins met de aanvraag misbruik van bevoegdheid maakt. Het geval dat een aanvrager een faillissement uitlokt dat op een rechtsmiddel wordt vernietigd, kan volgens de Hoge Raad niet op een lijn worden gesteld met het geval van een onrechtmatig gelegd beslag of een onrechtmatige executie van een vonnis. Het uitspreken van een faillissement is geen rechtsuitoefening door de aanvrager, maar een beslissing van de rechter ten behoeve van allen die bij het vermogen van de schuldenaar belang hebben (art. 1 lid 1 Fw). In een andere uitspraak ging het over een verzoek van de bewindvoerder

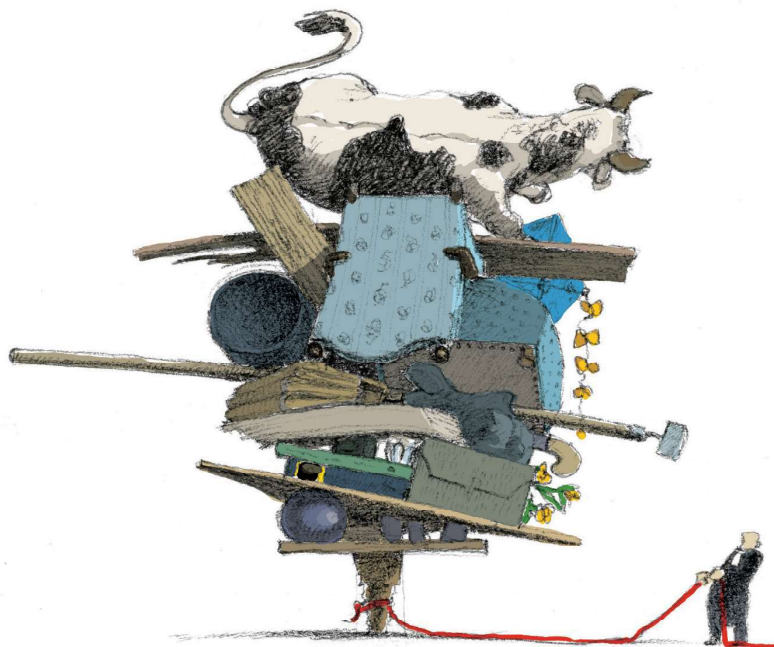
tot tussentijdse beëindiging van een schuldsaneringsregeling op grond van artikel 350 lid 3 aanhef en onder c en d Fw (HR 5 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:351). De rechtbank had de toepassing van de schuldsaneringsregeling vanwege het door de sanieten niet-nakomen van hun verplichtingen tussentijds beëindigd, zonder het faillissement van de schuldenaren te hebben uitgesproken, na te hebben vastgesteld dat er geen baten waren. Een tussentijdse beëindiging leidt niet meer van rechtswege tot een faillissement wanneer er geen baten te verwachten zijn in een opvolgend faillissement. In dit geval waren die baten er wel maar had de rechtbank die over het hoofd gezien. De bewindvoerder diende een herstelverzoek in wat de rechtbank er toe bracht op grond van een kennelijke fout alsnog via een rectificatievonnis tot faillietverklaring van de schuldenaren over te gaan. De Hoge Raad is van mening dat hier geen sprake was van een kennelijke fout van de rechtbank als bedoeld in artikel 31 Rv en oordeelt dat de tussentijdse beëindiging van de schuldsaneringsregeling in stand moet blijven waarbij de Hoge Raad

zich beroept op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen.

De Hoge Raad overwoog in een ander arrest dat het past bij de strekking van het rechtsmiddel van verzet van artikel 8 lid 2 Fw, dat de schuldenaar die in verzet komt van het vonnis waarbij hij failliet is verklaard, in de verzetprocedure alsnog op de voet van artikel 3 Fw om toelating tot de schuldsaneringsregeling kan verzoeken (HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:460, *NJ* 2021/128). Dit strookt met het uitgangspunt dat het faillissement van een natuurlijk persoon zo veel mogelijk moet worden tegengegaan. Het brengt mee dat de regel dat als het faillissement eenmaal is uitgesproken, de schuldenaar slechts binnen de in artikel 15b Fw vermelde grenzen om toepassing van de schuldsaneringsregeling kan verzoeken, niet geldt in de verzetprocedure.

PROCEDURES IN FAILLISSEMENT

De Hoge Raad kwam recentelijk terug op de toepassing van artikel 29 Fw ten opzichte van eerdere rechtspraak (HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2100, *JOR*



2021/75). Artikel 29 Fw bepaalt dat een aanhangige rechtsvordering op faillissementsdatum wordt geschorst om alleen dan te worden voortgezet indien de verificatie van de vordering wordt betwist. Ten eerste oordeelt de Hoge Raad dat artikel 29 Fw thans ook van toepassing is als nadien een rechtsmiddel wordt ingesteld. De Hoge Raad oordeelt voorts dat het niet relevant is welke partij het middel instelt. Tot slot komt de Hoge Raad tot het oordeel dat de rechter die constateert dat in de vorige instantie verzuimd is om de schorsing vast te stellen, dit alsnog in elke stand van het geding ambts-halve dient te doen en de bestreden uitspraak op die grond moet vernietigen. Na die vernietiging dient de rechter die de zaak afhandelt alsnog toepassing te geven aan de schorsingsregeling van artikel 29 Fw.

FIXATIEBEGINSEL

Het hof schetste de werking van het fixatiebeginsel in faillissement in de volgende uitspraak. Op 2 oktober 2012 is de onderneming Bleiswijk Boeketservice ('BB') in staat van faillissement verklaard (Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:759, *JOR* 2020/240, *RI* 2020/57). Op 3 oktober 2012 is vanaf

een door BB aangehouden bankrekening een bedrag van € 4.500 per automatische incasso overgeboekt. De rekening vertoonde ten tijde van de faillietverklaring een negatief saldo. Storning was volgens de bank niet meer mogelijk. De curator vordert terugbetaling van de € 4.500. In eerste aanleg oordeelde de kantonrechter dat er geen sprake is van een in strijd met artikel 23 Fw verrichte beschikkingshandeling, aangezien de betaling op 3 oktober 2012 geen handeling betreft die het onder het faillissement vallende vermogen raakt nu de op naam van BB staande bankrekening ten tijde van de faillietverklaring een negatief saldo vertoonde. Het hof daarentegen oordeelt dat de curator een girale betaling als onverschuldigd van de begunstigde kan terugvorderen als die na datum faillissement is voldaan vanaf een op naam van de failliet staande bankrekening die een debetsaldo vertoonde. Het fixatiebeginsel heeft namelijk een bredere strekking dan alleen het verlies van beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar. Het strekt ertoe dat zowel de goederen van de schuldenaar waarop verhaald kan worden – de activa van de schuldenaar – als de hoogte en voorrang van de vorderingen – de passiva van

de schuldenaar – worden bepaald naar de dag van de faillietverklaring (fixatiebeginsel). Dat de bankrekening van BB reeds een debetstand vertoonde, maakt dat niet anders. In een ander arrest ging het om het volgende (Gerechtshof Amsterdam 17 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:862, *JOR* 2021/43). Schuldenaar is failliet verklaard maar gaat met succes in verzet en het faillissement wordt vernietigd. Tijdens het faillissement maar voor de peildatum van de onherroepelijke vernietiging van het faillissement heeft de bank uit zijn eigen vermogen restitutiebetalingen gedaan aan de faillissementsboedel. Na vernietiging van het faillissement heeft de curator het geld terugbetaald aan de bank en heeft de bank de betalingen teruggestort aan de crediteuren. Schuldenaar had hier geen aanspraak op. De bank had daarnaast derdenbeslag gelegd bij de curator tegen de schuldenaar tijdens het faillissement. Het hof oordeelde dat het derdenbeslag herleefde na vernietiging van het faillissement.

LEVENSVZERKERING EN FAILLISSEMENT

De curator kan een levensverzekering uitsluitend afkopen of wijzigen voor zover de begunstigde of verzekeringnemer daardoor niet onredelijk wordt benadeeld. Hiervan is sprake indien de verzekering een verzorgingskarakter heeft in die zin dat de toekomstige uitkeringen noodzakelijk zijn voor de verzorging van de oude dag van de verzekerde, begunstigde of nabestaanden. Het Gerechtshof Den Bosch oordeelde in deze zaak in tegenstelling tot de rechtbank dat bij een overdracht van de rechten uit een levensverzekering de onredelijke benadelingstoets niet van toepassing is en dat de curator in casu mocht overdragen omdat de verzekeringnemer/gefaillieerde daarvoor toestemming had gegeven. De Hoge Raad volgt de lijn van het hof wat betreft de mogelijkheid van overdracht (HR 8 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:36, *JOR* 2021/76, *RI* 2021/9). Maar wat

betreft de onrechtmatigheid van de overdracht door de curator komt de Hoge Raad tot een ander oordeel. De curator had de failliet ten onrechte meegedeeld voornemens te zijn de polis af te kopen waarop de failliet instemde met overdracht van de rechten tegen betaling van een vergoeding aan de curator. Volgens de Hoge Raad had de curator de gefailleerde beter moeten inlichten over diens rechtspositie ten aanzien van deze levensverzekering en was de gefailleerde duidelijk op het verkeerde been gezet door te dreigen met afkoop van de levensverzekering.

OVEREENKOMSTEN IN FAILLISEMENT

In vervolg op het arrest van 2 december 2016² heeft de Hoge Raad op 4 december 2020 in het faillissement van een aannemer waarbij kopers van nieuwbouwwoningen opdracht hadden gegeven tot meerwerk besloten dat de verbintenis van de kopers tot betaling niet wijzigt doordat de niet-nagekomen verbintenis van de aannemer tot het verrichten van het werk op grond van artikel 6:87 lid 1 BW is omgezet in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding (HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1954, *JOR* 2021/52). Dat brengt mee dat de verplichting van de kopers om de tweede meerwerktermijn te betalen, pas ontstaat wanneer de curator zijn verbintenis, in casu de verbintenis tot betaling van vervangende schadevergoeding, heeft uitgevoerd. Omdat de curator de vervangende schadevergoeding niet heeft betaald, en de vordering van de boedel op de kopers met betrekking tot betaling van de tweede meerwerktermijn dus niet is ontstaan, verwerpt de Hoge Raad het beroep van de curator.

WERKNEMERS EN INSOLVENTIE

In de Heiploeg-zaak heeft de Hoge Raad bij tussenarrest prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie (HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, *JOR* 2020/162, *RI*

2020/43 en ECLI:NL:HR:2020:954, *NJ* 2020/235). De Hoge Raad moet zich uitlaten over de vraag of een overgang van onderneming die is geëffectueerd in faillissement, maar is voorbereid in een daaraan voorafgaande 'pre-pack', onder de faillissements-uitzondering valt van artikel 7:666 lid 1 sub a BW. Hangende deze procedure wijst het Hof van Justitie naar het Smallsteps-arrest waarin is geoordeeld dat de 'pre-pack' zich niet verdraagt met artikel 5 van Richtlijn 2000/23/EG en er in een 'pre-pack' in beginsel dus sprake is van overgang van onderneming waarbij de werknemers automatisch in dienst komen bij de verkrijger. De Hoge Raad lijkt met zijn tussenarrest op zoek naar een opening in het Smallsteps-arrest en legt opnieuw prejudiciële vragen voor aan het Hof van Justitie waarbij zij veel aandacht besteedt aan de Nederlandse faillissementsprocedure met de gedachte dat dit onvoldoende is uiteengezet in de Smallsteps-zaak. Bij de kantonrechter in Oost-Brabant trok een werkneemster aan het langste eind (Kantonrechter Rechtbank Oost-Brabant zp. 's-Hertogenbosch 27 augustus 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:4206, *JOR* 2021/47). Werkgever wordt op eigen aanvraag failliet verklaard nadat een werkneemster zich vanwege een ruzie ziek heeft gemeld. De curator zegt de arbeidsovereenkomst op tegen de kortst mogelijke termijn. De werkneemster gaat in verzet tegen de faillietverklaring van de onderneming en het faillissement wordt vernietigd. De gewone arbeidsrechtelijke regels van Boek 7 BW zijn weer van toepassing na vernietiging van het faillissement. Op grond van artikel 13 Fw is de werkgever gebonden aan de handelingen van de curator. De gevolgen van de opzegging van de arbeidsovereenkomst komen dus voor rekening van de werkgever. Omdat sprake is van een onregelmatige opzegging met een opzegtermijn van zes weken is de werkgever nog resterend loon voor de reguliere opzegtermijn verschuldigd aan de werkneemster. Omdat

het initiatief van ontslag vanuit de werkgever kwam, is de werkgever een transitievergoeding verschuldigd. Tevens moet de werkgever een billijke vergoeding betalen omdat hij zich niet altijd als goed werkgever heeft gedragen.

VERREKENING

In het volgende arrest is het tijdstip van de bevoegdheid tot verrekening aan de orde (HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2005). De Hoge Raad overwoog dat het er bij de beoordeling van een beroep op verrekening als bedoeld in artikel 6:127 BW om gaat of de schuldenaar de bevoegdheid tot verrekening al heeft op het moment dat hij aan de schuldeiser verklaart dat hij zijn schuld met een vordering verrekent. Indien dat op dat moment het geval is, gaan op grond van artikel 6:127 lid 1 BW beide verbintenissen tot hun gemeenschappelijk beloop teniet en werkt de verrekening op grond van artikel 6:129 lid 1 BW terug tot het tijdstip waarop de bevoegdheid tot verrekening is ontstaan. De Hoge Raad vervolgt met de overweging dat indien in een procedure bij wijze van verweer een beroep wordt gedaan op verrekening en de rechter dat verweer verwerpt met toepassing van artikel 6:136 BW, die rechter aan een verdere beoordeling van de bevoegdheid van de schuldenaar tot verrekening als bedoeld in artikel 6:127 lid 2 BW niet toekomt. Als de schuldenaar vervolgens in hoger beroep opkomt tegen de verwerping van zijn verrekeningsverweer op de voet van artikel 6:136 BW, moet de rechter in hoger beroep, indien hij voor toepassing van artikel 6:136 BW geen aanleiding ziet, alsnog beoordelen of de schuldenaar tot verrekening bevoegd was op het moment dat deze de verrekeningsverklaring uitbracht, aldus de Hoge Raad. Het arrest van het hof wordt door de Hoge Raad vernietigd omdat het hof blijk had gegeven van een onjuiste rechtsoptvatting door te oordelen dat de vraag of Van Noort Gassler

beschikte over de bevoegdheid tot verrekening moest worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden zoals die voorlagen op het moment dat het hof arrest wees, waarbij het hof had geoordeeld dat de verwerping door de rechtbank van het door Van Noort Gassler gedane beroep op verrekening, de werking aan de verrekeningsverklaring van Van Noort Gassler had ontnomen.

ZEKERHEDEN

Pand & hypotheek

De rechtbank zag zich geconfronteerd met het volgende (Rechtbank Amsterdam 18 maart 2020, rolnr. HA ZA 19-138, *JOR* 2021/44). Deutsche Bank heeft een financiering verstrekt aan AV Lease waarin is bepaald dat onder meer de huidige en toekomstige vorderingen stil verpand zijn aan Deutsche Bank. AV Lease verhuurde geluidsapparatuur aan PGT voor de duur van zestig maanden met optie tot koop na afloop van de lease-termijn. Tijdens de leaseovereenkomst kwam AV Lease in staat van faillissement te verkeren. De curator en Deutsche Bank kregen onenigheid over het pandrecht van Deutsche Bank op de betalingen van PGT aan AV Lease na de faillissementsdatum en over de vraag of de betaling van de koopsom ook reeds verpand was. De betaling van de koopsom valt in beginsel niet onder het pandrecht omdat nog geen sprake was van een toekomstige vordering. De datum van de wilsverklaring van PGT om de koopoptie te lichten, is van belang. Deze datum ligt, zo oordeelde de rechtbank voorlopig, na datum faillissement en valt niet onder het pandrecht van Deutsche Bank. Bij de Hoge Raad diende een zaak waarbij op dezelfde dag twee of meer stille pandrechten op hetzelfde goed werden gevestigd. De Hoge Raad kwam tot het oordeel dat er in beginsel twee of meer afzonderlijke pandrechten met gelijke rang op dat goed ontstaan, behoudens er ten aanzien van ieder daarvan een ander tijdstip

van vestiging kan worden vastgesteld (Hoge Raad 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:524, *RvdW* 2021/423, *RI* 2021/49). Het past in het stelsel van de wet dat rangwijziging – gelijk bij het recht van hypotheek – ook mogelijk is ten aanzien van het recht van pand door analoge toepassing van artikel 3:262 lid 1 BW. Toestemming door de pandhouders dient te voldoen aan dezelfde vormvereisten als voor vestiging van het pandrecht. Rangwijziging kan plaatsvinden bij vestiging van een nieuw pandrecht en ook naderhand.

In een ander arrest overwoog de Hoge Raad dat het hof in het faillissement van elektrolysefabriek Zalco niet onbegrijpelijk had geoordeeld dat curatoren die zich beriepen op een termijn van artikel 58 Fw daarmee onrechtmatig jegens pandhouder Glencore handelden door in die termijnstelling voorwaarden te verbinden om het recht van parate executie uit te oefenen die in redelijkheid niet te realiseren waren in de gestelde termijn (HR 13 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1787, *RI* 2021/2). Door de onredelijke termijnstelling heeft de pandhouder niet over kunnen gaan tot verwijdering en veiling van het in casu verpande gestolde aluminium. Hierdoor heeft de pandhouder schade geleden.

Bankgarantie

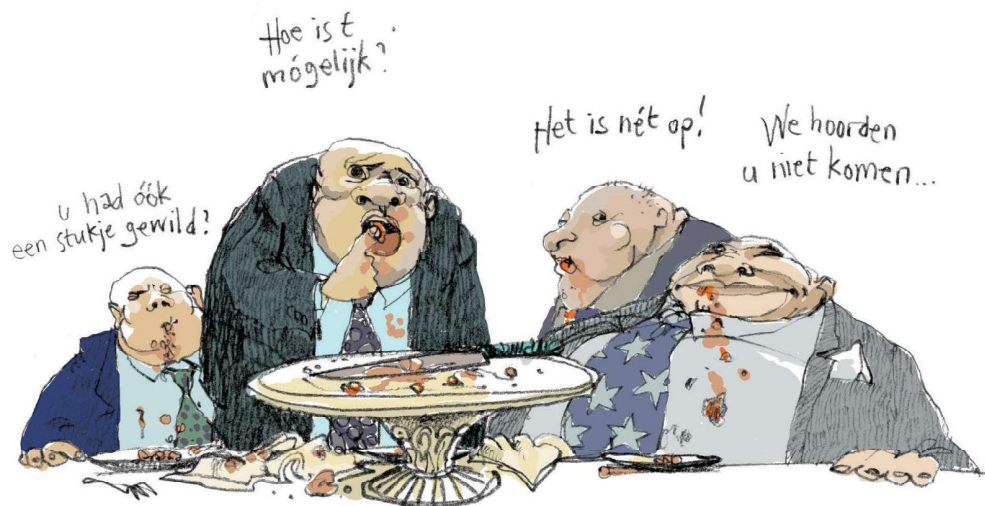
De Hoge Raad heeft uitspraak gedaan in een zaak waarbij de zustervereniging van een onderaannemer een bankgarantie had gesteld ten behoeve van de hoofdaannemer als zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van de onderaannemer (HR 27 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1892, *JOR* 2021/51). Deze onderaannemer gaat failliet en de hoofdaannemer trekt vervolgens de bankgarantie. In de door de curator tegen de hoofdaannemer ingestelde arbitrale procedure wordt vastgesteld dat de hoofdaannemer per saldo een bedrag van € 368.000 moet betalen aan de boedel. De hoofdaan-

nemer voldoet vervolgens dit bedrag, met inbegrip van de getrokken bankgarantie, aan de curator. De zustervereniging van de failliete onderaannemer is van mening dat zij een boedelvordering heeft wegens ongerechtvaardigde verrijking van de boedel, omdat de bankgarantie onterecht zou zijn getrokken en het geïnde bedrag is terugbetaald aan de boedel terwijl dit naar haar had gemoeten. Volgens de Hoge Raad had de hoofdaannemer ten tijde van het invoeren van de bankgarantie een vordering op de onderaannemer die het bedrag van de bankgarantie oversteeg zodat nadien geen verplichting is ontstaan tot terugbetaling van het onder de bankgarantie geïnde bedrag. Dat de arbiters het geïnde bedrag van de bankgarantie betrokken hebben bij het bedrag dat de hoofdaannemer per saldo verschuldigd zou zijn aan boedel maakt dit volgens de Hoge Raad niet anders. De Hoge Raad doet de zaak zelf af en oordeelt dat de boedel niet ongerechtvaardigd is verrijkt en de zustervereniging geen boedelvordering heeft.

ONRECHTMATIGHEDEN

Faillissementspauliana

In Amersfoort boog de kantonrechter zich over de volgende casus (Ktr. Rb Midden-Nederland zp. Amersfoort, ECLI:NL:RBMNE:2020:4954, *JOR* 2021/50). Witteveen verkeerde in zwaar weer en was, toen een faillissementsaanvraag afgewezen was, met gedaagde een minnelijke regeling tot betaling van diverse bedragen overeengekomen. Hoger beroep over deze afwijzing liep nog. Later is alsnog tot surseance en faillietverklaring overgegaan op eigen aanvraag. De vraag is of deze crediteur op grond van artikel 47 Fw kennis had van de nieuwe faillissementsaanvraag. Dit wordt positief beantwoord, omdat hoger beroep nog mogelijk was bij afwijzing van de faillissementsaanvraag en de crediteur geacht moet worden wetenschap van de faillissementsaanvraag te hebben. Dat het



faillissement uitgesproken wordt door een andere aanvraag waarvan de crediteur geen weet had, maakt voor de wetenschap van artikel 47 Fw niet uit omdat het hoger beroep nog aanhangig was.

In een andere zaak bij het hof ging het om een heropening van een eerder gevoerde procedure³ op grond van artikel 382 sub c Rv waarin de curator van X een kredietovereenkomst met daarin opgenomen een verplichting tot zekerheidstelling op grond van de faillissementspauliana heeft vernietigd (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1368, *JOR* 2020/212). De curator heeft, na het voeren van voornoemde procedure en uiteindelijke verwerping van het beroep door de Hoge Raad, stukken in handen gekregen die door toedoen van de wederpartij Jaya waren achtergehouden. Het gaat om het verzwijgen van het zich schuldig maken aan bedrieglijke verkorting van de schuldeisers door de bestuurder en grootaandeelhouder van Jaya, waarvoor aan hem een gevangenisstraf is opgelegd. Uit de strafprocedure blijkt dat de bestuurder van Jaya een recidivist als het gaat om het bedenken en uitvoeren van schuldeisers benadelende financieringscon-

structies. Het hof komt bij beoordeling in de heropeningsprocedure tot de conclusie dat aan de vereisten voor de faillissementspauliana is voldaan en bekrachtigt alsnog het vonnis uit 2010 waarin de vorderingen van de curator zijn toegewezen.

Bestuurdersaansprakelijkheid

De volgende uitspraak van het hof is interessant omdat hij onder meer ingaat op de zogenaamde peildatum waarop (feitelijk) bestuurders en aandeelhouders er rekening mee moeten houden dat het uitkeren van dividend niet (meer) is toegestaan met in casu alle gevolgen van dien (Hof Arnhem-Leeuwarden 24 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2491, *JOR* 2020/197, *RI* 2020/55). De onderneming Welsec wordt in eerste instantie bij vonnis van de rechtbank in 2005 veroordeeld tot betaling aan de staat van een bedrag ad € 1.292.215 in verband met verontreiniging van de bodem. In hoger beroep komt op 14 juli 2009 in een deskundigenrapport vast te staan dat Welsec veroorzaker is van de vervuiling. Volgens het hof had na deze vaststelling in 2008 en 2009 een voorziening getroffen moeten worden voor de claim. Desondanks wordt op 9 november 2009 (€ 679.164) en op 2 juli 2010 (€ 601.946) een divi-

dendbesluit genomen en uitgekeerd. Hierdoor kan na het eindarrest van het hof op 7 mei 2011 het toegewezen bedrag ad € 1.196.544 aan de staat niet voldaan worden. Welsec is op 31 januari 2012 op eigen aangifte failliet verklaard. Het hof concludeert onder meer onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:248 BW van de (feitelijk) bestuurders en onrechtmatig handelen van de aandeelhouder door over de jaren 2008 en 2009 het volledige bedrijfsresultaat als dividend aan zichzelf uit te keren.

Strafrecht en bestuurders

In een strafzaak waarin de verdachte was veroordeeld wegens oplichting (art. 326 Sr) en valsheid in geschrifte (art. 225 Sr) had het hof de verdachte als bijkomende straf ontzet van het recht om het beroep van bestuurder of feitelijk leidinggevende van een rechtspersoon, dan wel daarmee gelijkgestelde vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, maatschap, rederij of doelvermogen uit te oefenen voor de duur van twee jaren (art. 28 lid 1 aanhef en onder 5 Sr). De ontzetting van het recht beperkt zich tot de uitoefening van het beroep waarin de schuldige het misdrijf heeft begaan, aldus de memorie van toelichting. De Hoge Raad overwoog

in zijn arrest dat de ontzetting van het recht bepaalde beroepen uit te oefenen zich ook kan uitstrekken tot de beroepsuitoefening als overeenkomstig het rechtspersonenrecht benoemd bestuurder van een rechtspersoon (HR 8 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1378, *JOR* 2021/54). De Hoge Raad vernietigt de door het hof opgelegde bijkomende straf voor zover deze verder strekt dan de ontzetting van het recht tot uitoefening van het beroep van bestuurder van een rechtspersoon.

In een andere strafzaak had het hof de verdachte eveneens een bijkomende straf opgelegd, namelijk ontzetting van het recht van de verdachte tot uitoefening van het beroep van bestuurder of feitelijk bestuurder van enige rechtspersoon voor de duur van vijf jaren. In cassatie betoogt de verdachte dat niet hij als feitelijk leidinggever het feit heeft begaan, maar de rechtspersoon waaraan hij leiding gaf. De Hoge Raad overweegt in zijn arrest dat uit artikel 51 lid 2 aanhef en onder 2 en 3 jo. artikel 28 lid 1 aanhef en onder 5 Sr volgt, dat ook de verdachte die is veroordeeld voor het feitelijke leidinggeven aan het door een rechtspersoon plegen van een strafbaar feit, uit het recht tot uitoefening van bepaalde beroepen kan worden ontzet, indien de wet voor dat feit deze ontzetting toelaat (HR 15 december 2020, ECLI:NL:2020:2039, *JOR* 2021/55). De Hoge Raad laat de beslissing van het hof op dit punt dan ook in stand. Er wordt uiteindelijk alsnog gecasseerd, maar enkel ten aanzien van de toepassing door het hof van vervangende hechtenis bij de schadevergoedingsmaatregel ten behoeve van slachtoffers. Annotator Hornman merkt op dat een specifiek beroepsverbod voor de financiële sector, al dan niet in aanvulling op het bestuursverbod, meer voor de hand had gelegen, omdat hij niet

duidelijk vond waarom het zijn van bestuurder in een andere branche problematisch zou zijn.

RECHTEN EN PLICHTEN CURATOR

Beëindiging faillissement bij voldoende baten

De Hoge Raad maakt duidelijk dat wanneer de curator voldoende opbrengst heeft gerealiseerd om (na voldoening van de boedelkosten), de geverifieerde vorderingen te voldoen, het doel van het faillissement is bereikt (HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801, *JOR* 2020/188, *RI* 2020/54). Het staat de curator dan niet meer vrij de vereffening voort te zetten en overige activa te gelde te maken. Voorgaande volgt uit de ratio van artikel 193 lid 1 Fw, namelijk, dat het faillissement van rechtswege eindigt zodra aan de geverifieerde schuldeisers het volle bedrag van hun vordering is uitgekeerd.

Bewaarplicht medische dossiers

De curatoren van de IJsselmeerziekenhuizen zien zich geconfronteerd met de bewaarplicht van medische dossiers. Een medisch specialist vordert afgifte van alle dossiers van patiënten die hij in het ziekenhuis heeft behandeld (Rechtbank Midden-Nederland 26 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1107, *RI* 2020/51). In de periode dat de specialist als zelfstandige werkzaam is geweest kwalificeert hij in de zin van de WGBO als hulpverlener die gehouden is aan de bewaarplicht. De Hoge Raad heeft eerder geoordeeld dat de bewaarplicht op iedere afzonderlijke hulpverlener rust en dat bij het uiteengaan van hulpverleners iedere hulpverlener recht heeft op een kopie van het medisch dossier.⁴ In deze uitspraak laat de Hoge Raad ruimte voor uitzonderingsgevallen en de Rechtbank Midden-Nederland komt tot het oordeel dat hier van een

uitzonderingsgeval sprake is. Het uitzoeken en opsplitsen van de dossiers is in dit specifieke geval dusdanig tijdrovend en kostbaar dat de curatoren de dossiers niet hoeven af te geven. Daarbij acht de rechtbank in haar oordeel van belang dat de curatoren met St. Jansdal een constructie hebben opgezet waarbij de bewaarplicht voldoende is gewaarborgd en op verzoek inzage in de dossiers kan worden verkregen.

Aansprakelijkheid curator

Het eigendomsvoorbehoud van een leverancier van kleding ten opzichte van de dienstverlenende inkooporganisatie van een aantal kledingzaken gaat over op deze laatste tot uiteindelijke betaling door de winkels. De curator van de winkelketen handelt onbevoegd en tegenover de leverancier onrechtmatig door het eigendomsvoorbehoud niet te respecteren en de kleding te verkopen aan een derde (Gerechtshof Amsterdam 10 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:747, *JOR* 2020/214, *RI* 2020/67). De vordering van de leverancier onder eigendomsvoorbehoud tot schadevergoeding is een boedelschuld. De curator is pas *pro se* aansprakelijk indien hem een persoonlijk verwijt treft, in casu het geval door op de koop toe te nemen dat de leverancier door zijn handelen schade zou lijden. Het hof oordeelde dat pas wanneer de boedel onvoldoende verhaal biedt om de schade van de leverancier te voldoen de curator persoonlijk aansprakelijk is.

DWANGAKKOORD

De rechtbank mag in het geval van de gedwongen schuldregeling op grond van artikel 287a Faillissementswet de gedwongen aanvaarding van een aanbod van de schuldenaar aan zijn schuldeisers alleen toe- of afwijzen. Alleen de schuldenaar zelf kan een aangeboden schuldregeling wijzigen. Het gaat immers om een overeen-

komst tussen de schuldenaar en diens schuldeisers. Wanneer zo'n wijziging in het voordeel van de schuldeisers is, wordt aangenomen dat zij met de wijziging instemmen, aldus de Hoge Raad (HR 4 december 2020 ECLI:NL:HR:2020:1953, NJ 2021/125).

WET HOMOLOGATIE ONDERHANDS AKKOORD

Op 1 januari jl. is de Wet homologatie onderhands akkoord ('WHOA') in werking getreden, waarmee de WHOA-rubriek zijn intrede doet in deze kroniek. In de eerste helft van 2021 zijn er 27 uitspraken onder de WHOA gepubliceerd. De drie tot nu toe gepubliceerde homologaties, een afwijzing van het verzoek tot homologatie en de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige worden in deze Kroniek behandeld.

Homologatie Jurlights (Holding) B.V.

In februari oordeelde voor het eerst een rechtbank over een akkoord onder de WHOA (Rechtbank Noord-Holland 19 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1398, JOR 2021/101). Alle klassen van schuldeisers stemden in met het akkoord, inhoudende 16% voor de concurrente schuldeisers en 21% voor de fiscus. De fiscus week daarmee af van de richtlijn het dubbele percentage te willen ontvangen van hetgeen aan concurrente schuldeisers wordt aangeboden (art. 22 Invorderingswet). Ondanks dat MKB-schuldeisers⁵ conform artikel 374 lid 2 sub a en b Fw geen 20% van hun vordering ontvingen en daar door Jurlights geen zwaarwegende grond voor werd aangevoerd, leidde dat niet tot toepassing van de facultatieve weigeringsgrond van artikel 384 lid 4 sub a Fw, kennelijk omdat daarop geen beroep werd gedaan.

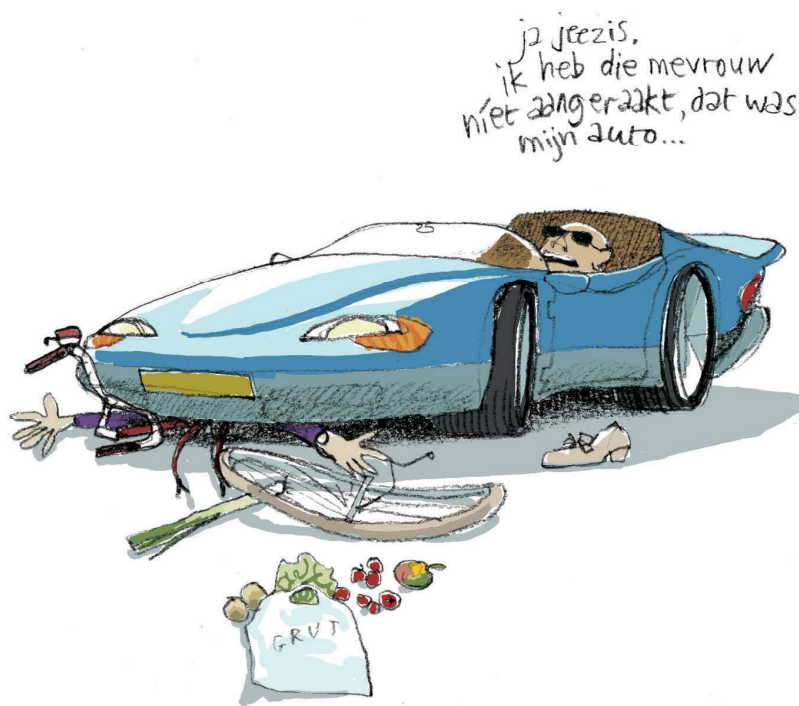
Homologatie agrarische maatschap

Kort daarna was de tweede homologatie onder de WHOA een feit (Rechtbank Gelderland 10 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1128). De maten van een inmiddels beëindigde maatschap die een boerderij exploiteerde, zette de boerderij voort op basis van een overeenkomst van opdracht met een derde. Aan concurrente schuldeisers en fiscus werd een akkoord aangeboden, dat door beide klassen werd geaccepteerd. Na de stemming over het akkoord bleek dat er een schuldeiser over het hoofd was gezien. Hoewel daardoor in beginsel een ambtshalve afwijzingsgrond voor de homologatie van toepassing was (art. 384 lid 2 sub c en i Fw) werd het akkoord door de rechtbank gehomologeerd omdat met deze schuldeiser een afzonderlijke overeenkomst was gesloten waarbij materieel hetzelfde

was aangeboden als aan de schuldeisers onder het akkoord.

Homologatie glastuinbouw bedrijf

Een ongelijke behandeling van schuldeisers speelde ook een rol in de derde homologatie onder de WHOA (Rechtbank Rotterdam 3 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1769). Een glastuinbouwbedrijf kwam in financiële problemen en kon die alleen overkomen door schuldeisers/leveranciers voor de nieuwe oogst, en de Rabobank als financier van het oogstkrediet, volledig te betalen. Zonder dat zou het bedrijf failleren. Het bedrijf bood schuldeisers die betrokken waren bij de oude oogst 20,83% van hun vordering. Rabobank droeg € 11 miljoen van het bankkrediet van totaal € 21 miljoen over aan de aandeelhouder van het glastuinbouwbedrijf tegen een variabele



koopsom, zodat een bankkrediet resteerde van € 10 miljoen ter grootte van de liquidatiewaarde van de activa. De rechtbank oordeelde bij wijze van voorziening voorafgaand aan het verzoek tot homologatie (art. 378 Fw) dat voor deze ongelijke behandeling een redelijke grond bestond omdat voortzetting van de onderneming anders onmogelijk zou blijken en een faillissement onvermijdelijk, waarbij enkel Rabobank € 10 miljoen zou ontvangen en de andere schuldeisers niets. De rechtbank verstrekte ook een machtiging op grond van artikel 42a Fw voor het verstrekken van het nieuwe oogstkrediet en de bijbehorende zekerheden (Rechtbank Rotterdam 3 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1768). De uiteindelijke homologatie van het akkoord was een hamerstuk (Rechtbank 24 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3538).

Afwijzing homologatie winkel/eenmanszaak

Hoe het fout kan gaan, blijkt uit de volgende uitspraak (Rechtbank Den Haag 2 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1798, *JOR* 2021/102). Aan de rechtbank werd een verzoek gedaan tot homologatie van een akkoord aan concurrente schuldeisers (22,5%) en de fiscus (45%). Stemgerechtigde schuldeisers waren echter niet op de juiste wijze in kennis gesteld van de datum en het tijdstip van de homologatiezitting. Verder ontbrak in het akkoord de informatie over een rapport waarin de levensvatbaarheid van het bedrijf in twijfel werd getrokken. Er was daarom geen sprake van een zuiver besluitvormingsproces,

waardoor op basis van de ambtshalve afwijzingsgrond van artikel 384 lid 2 sub b en c Fw het verzoek tot homologatie werd afgewezen.

Aanwijzing herstructureringsdeskundige

In januari beantwoordde de rechtbank de vraag of de voorgedragen herstructureringsdeskundige ('HD') voldoende onafhankelijk en partijdig was conform artikel 371 lid 6 Fw (Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2021:244, *JOR* 2021/100, *RI* 2021/28). Anders dan in artikel 3.2 van het 'Landelijk procesreglement WHOA zaken rechtbanken' is bepaald, waren door de schuldenaar geen twee of drie mogelijk te benoemen HD'en voorgedragen maar enkel X. Bij de rechtbank waren twijfels gerezen over zijn onafhankelijkheid en partijdigheid omdat in een eerder stadium tussen X en de schuldenaar contact was geweest, de startverklaring en het verzoek tot aanwijzing van X op briefpapier van X was afgedrukt en door X zelf bij de rechtbank was ingediend. Na een nadere toelichting door X en de schuldenaar aan de rechtbank dat het eerdere inventariserende contact slechts was bedoeld om tot een offerte te komen, om te bezien of het bedrijf geschikt zou zijn voor een WHOA-traject, dat slechts contact is geweest tussen X en een tweetal belangrijke schuldeisers en dat voor de werkzaamheden van X geen vergoeding in rekening werd gebracht, achtte de rechtbank X voldoende onafhankelijk en onpartijdig om te worden benoemd als HD.

NOTEN

- 1 Deze Kroniek ziet op alle gepubliceerde uitspraken tot en met de editie 4, 2021 van de *Jurisprudentie Onderneming & Recht (JOR)*, de *Rechtspraak Insolventierecht (RI) aangevuld met enkele recente arresten van de Hoge Raad*.
- 2 HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729, *JOR* 2017/239 m.nt. Faber en Vermunt.
- 3 Rechtbank Utrecht, 26 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM5693, *JOR* 2010/254, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 november 2011 (niet gepubliceerd); HR 29 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3762, *JOR* 2014/213, m. nt. Van der Weijen (*Roeffjen q.q./Jaya*).
- 4 HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8508, *NJ* 2012/566.
- 5 Maximaal vijftig personen werkzaam én jaaromzet in voorafgaand boekjaar maximaal € 12 miljoen óf balanstotaal maximaal € 6 miljoen, zie artikel 2:396 lid 1 BW.

KRONIEK AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

DOOR / CASPAR JANSSENS, FERAH TAPTIK & LAURA KIRCH

In deze Kroniek wordt een selectie van de tussen mei 2020 en mei 2021 door de Hoge Raad gewezen arresten besproken. De besproken uitspraken hebben onder meer tot onderwerp de beroeps- en bestuurdersaansprakelijkheid, overheidsaansprakelijkheid en medische aansprakelijkheid.

MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID

In 2020 zijn twee arresten gewezen waarin de aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor schade ontstaan door het gebruik van een (on)deugdelijke medische hulpzaak in het geding was. In deze zaken gaat het om het gebruik van het implantaat Miragelplombe en een PIP-borst-implantaat.

De eerste zaak (HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082) betreft de vraag naar de aansprakelijkheid van het Radboud Universitair Medisch Centrum voor complicaties die zijn ontstaan door het gebruik van een 'Miragelplombe' bij een oogoperatie in 1992. In de jaren na de operatie kreeg de patiënt klachten en onderzocht hij beperkingen aan het geopereerde oog, waardoor hij meerdere medische ingrepen heeft moeten ondergaan. Bovendien is de patiënt als gevolg van zijn klachten (gedeeltelijk) arbeidsongeschikt geraakt. In 1996 werd bekend dat aan de Miragelplombe langetermijnrisico's kleven en werd de plombe van de markt gehaald. In september 2007 heeft de patiënt het ziekenhuis aansprakelijk gesteld voor de schade die hij heeft geleden als gevolg van de in zijn oog aangebrachte Miragelplombe tijdens de netvliesoperatie in 1992 en de daaropvolgende medische ingrepen. De rechtbank oordeelde dat het zie-

kenhuis is tekortgeschoten in de nakoming van de behandelingsovereenkomst met de patiënt door gebruik te maken van de Miragelplombe, omdat die gezien de eigenschappen als een ongeschikte hulpzaak in de zin van artikel 6:77 BW moet worden beschouwd. De plombe verandert namelijk van chemische samenstelling, zwelt en fragmenteert en dat heeft zich in 2005 ook bij de patiënt voorgedaan. Desondanks concludeerde de rechtbank dat de tekortkoming niet aan het ziekenhuis kon worden toegerekend, onder meer omdat het ziekenhuis in 1992 niet wist of kon weten dat de Miragelplombe ten tijde van de behandeling *state of the art* was. Anders dan de rechtbank oordeelde het hof dat de tekortkoming wél aan het ziekenhuis kon worden toegerekend.

Het hof oordeelde dat de plombe een hulpzaak is, zodat indien bij de uitvoering van de verbintenis gebruik wordt gemaakt van een ongeschikte (hulp)zaak, de daardoor ontstane tekortkoming ingevolge artikel 6:77 BW wordt toegerekend aan de schuldenaar, tenzij dat onredelijk zou zijn. Het hof oordeelde voorts dat de enkele onwetendheid over een (toekomstig) gebrek van de hulpzaak niet voldoende is om een uitzondering op de hoofdregel van (risico)aansprakelijkheid van artikel 6:77 BW te

rechtvaardigen. Het hof betrok in dat oordeel dat het ziekenhuis, anders dan de patiënt, over een aansprakelijkheidsverzekering beschikte en dat gesteld noch gebleken is dat de verzekeraar de schade door een gebrek in gebruikte (medische) hulpzaken niet zou dekken. Ten slotte oordeelde het hof dat de omstandigheid dat het ziekenhuis destijds niet wist dat de Miragelplombe in de toekomst gebrekkig zou blijken in de risicosfeer van het ziekenhuis lag. De (oog) artsen hebben immers zelf gekozen voor deze plombe en de patiënt heeft daarin geen enkele zeggenschap gehad, maar heeft wel letselschade opgelopen en kan zijn schade niet meer op de producent verhalen. De Hoge Raad oordeelt anders en vernietigt het beroepen arrest. De Hoge Raad overweegt dat indien bij een geneeskundige behandeling een zaak in het lichaam van de patiënt wordt aangebracht die ten tijde van de behandeling *state of the art* is, het enkele feit dat de zaak op grond van naderhand opgekomen medische inzichten naar haar aard niet langer geschikt wordt bevonden voor de desbetreffende behandeling, niet meebrengt dat het gebruik van die zaak als een tekortkoming moet worden aangemerkt. Aan toepassing van artikel 6:77 BW wordt in dat geval dus niet toegekomen. Een andere opvatting verdraagt zich naar het