

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 15, 2017

Nummer 15, 2017

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. H.J. de Kloe, mr. E. Ayerdem, mr. R.J.H. Berghuis, mr. J.O. Bijloo, mr. S.J. van den Boogert, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. G.P. van Hooft, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.I.J. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2017:433](#) 08-06-2017

Vinyls/Mediterranea

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:1182](#) 30-06-2017

Borg / Rabobank

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:1934](#) 15-06-2017

Stichting PVF Zakelijke Hypothekenfonds/X

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:2660](#) 13-06-2017

Bestuurder Re-integratie/verhuurder

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:2649](#) 13-06-2017

BNP / Beheer

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:2301](#) 01-06-2017

LTI/Ontvanger

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2017:2441](#) 04-07-2017

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2017:2730](#) 28-06-2017

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:3330](#) 31-05-2017

Hage q.q./verkrijgers Portugese woning

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2016:5381](#) 05-12-2016

RECHTSPRAAK

Borg / Rabobank

Borgtocht. Als hoofdschuldenaar (rechtspersoon) niet meer bestaat, verjaren rechtsvorderingen op die rechtspersoon niet, zo valt volgens de HR artikel 2:23c lid 2 te interpreteren. De verlengde verjaringstermijn geldt niet alleen bij heropening van de vereffening, maar ook zonder dat heropend wordt. Dit is relevant voor een eventuele borgtocht voor schulden van de niet meer bestaande rechtspersoon, omdat de vordering uit borgtocht tijdens de periode dat de rechtspersoon niet bestaat als gevolg niet kan tenietgaan wegens het verjaren van de vordering op de rechtspersoon (hoofdschuldenaar) (art. 7:853 BW).

In deze zaak heeft Rabobank de borg aangesproken tot nakoming van zijn verplichtingen uit een borgtocht voor een bedrag van € 100.000. De borgtocht was aangegaan voor de verplichtingen van Horeca Concept Building B.V. (hierna: Horeca) jegens de bank. Horeca is op 6 april 2005 failliet verklaard, welk faillissement is opgeheven bij gebrek aan baten waarna de vennootschap op 2 maart 2006 ontbonden is. Pas in december 2011 spreekt Rabobank de borg aan tot betaling. De borg verweert zich onder meer door te stellen dat de vordering op de hoofdschuldenaar is verjaard en de borgtocht dus teniet is gegaan (art. 7:853 BW).

De centrale rechtsvraag is of vorderingen op een niet meer bestaande rechtspersoon kunnen verjaren. Artikel 2:23c lid 2 BW geeft hier geen uitsluitsel over, omdat daar slechts bepaald is dat, indien de vereffening heropend wordt (2:23c lid 1 BW) 'gedurende het tijdvak waarin de rechtspersoon *had* opgehouden te bestaan' er een verlengingsgrond ten aanzien van de verjaring is. Dit kan ofwel zo gelezen worden dat de vordering wel verjaart, maar er een verleningsgrond aanwezig is indien heropend wordt, ofwel zo dat vorderingen op niet meer bestaande rechtspersonen helemaal niet verjaren. Ik verdedigde in mijn noot bij het arrest van het hof uitgebreid dat de vordering wel verjaart (http://www.ins-updates.nl/commentaar/INS_2015_0277). De Hoge Raad oordeelt daarentegen, zonder daar een duidelijke reden voor aan te wijzen, dat een lopende verjaringstermijn niet afloopt zolang

de vereffening van de rechtspersoon niet is heropend op de voet van artikel 2:23c lid 1 BW.
Daarmee is de kwestie beslecht. De borg kan zich dan ook niet op artikel 7:853 BW beroepen.

A.L. Jonkers, juli 2017

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 30-06-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:1182

Zaaknummer: 16/00350

Rechters: A.H.T. Heisterkamp, T.H. den Tanja-van Broek, M.V. Polak, C.E. du Perron en M.J. Kroeze

Advocaten: J. van Weerden en J. de Bie Leuveling Tjeenk

Wetsartikelen: 7:853 BW en 2:23c lid 2 BW

RECHTSPRAAK

BNP / Beheer

Na aandelenoverdracht van de aandelen in de huurder blijft oude moederverenootschap hoofdelijk verbonden voor de schulden uit de huurovereenkomst. Een niet-beantwoorde mededeling aan de verhuurder is onvoldoende om aan te nemen dat de verhuurder instemde met contractsovername (art. 6:159 BW), zeker nu uit de toepasselijke algemene voorwaarden blijkt dat wijziging van de huurovereenkomst alleen expliciet schriftelijk overeen gekomen kan worden.

Instituut Praktische Verkoopvaardigheden BV (IPS) huurde vier 'multifunctionals' van BNP Paribas Leasing Solutions. Beheer BV was hoofdelijk medeverbonden voor de verplichtingen uit de huurovereenkomst. Op enig moment heeft Beheer de aandelen in IPS overgedragen aan IPS Holding (in oprichting). Hoewel daar wat onenigheid over is, lijkt IPS hiervan kennisgeving gedaan te hebben aan verhuurder BNP, met daarbij de mededeling dat Beheer daarmee bevrijd zou zijn van de medeverbondenheid en/of garantstelling en dat deze verplichtingen overgaan op IPS Holding. BNP heeft nooit ingestemd met die contractsovername. IPS is inmiddels failliet en BNP heeft Beheer aangesproken voor de achterstallige huurtermijnen. Volgens Beheer heeft BNP (impliciet) ingestemd met de contractsovername. De rechtbank ging daarin mee. Het hof oordeelt echter dat in de gang van zaken geen instemming met contractsovername kan worden gelezen, zeker niet nu uit de toepasselijke algemene voorwaarden blijkt dat wijziging van de huurovereenkomst alleen expliciet schriftelijk overeen gekomen kan worden. Beheer is dus nog altijd medeverbonden voor de verplichtingen uit de huurovereenkomst.

A.L. Jonkers, juli 2017

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 13-06-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:2649

Zaaknummer: 200.173.988_01

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, J.H.C. Schouten en I.B.N. Keizer

Advocaten: R. Arnoldus en M.J.G. Pennings

Wetsartikelen: 6:159 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder Re-integratie/verhuurder

Bestuurder is niet aansprakelijk jegens verhuurder op grond van onrechtmatige daad. Niet voldoende vast staat dat de bestuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst reeds had moeten begrijpen dat de vennootschap de verplichtingen uit die overeenkomst op termijn niet zou kunnen voldoen. Ook is niet aangetoond dat de bestuurder later heeft bewerkstelligd dat de vennootschap geen verhaal bood.

De (indirect) bestuurder van een vennootschap die zich bezighield met de organisatie van re-integratietrajecten voor met name het UWV wordt door de verhuurder van het bedrijfspand aangesproken na faillissement van de vennootschap voor de onbetaalde huurtermijnen. Volgens de verhuurder valt de bestuurder zowel te verwijten dat hij al bij het aangaan van de huurovereenkomst in had moeten zien dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen uit die overeenkomst zou kunnen voldoen (Beklamel-aansprakelijkheid) als dat hij de vennootschap leeg zou hebben gehaald door de 'kroonjuwelen' over te hevelen naar andere vennootschappen alvorens tot turboliquidatie over te gaan. De rechtbank heeft bestuurdersaansprakelijkheid op de eerste grond (Beklamel-aansprakelijkheid) afgewezen maar op de tweede grond toegewezen.

Het hof wijst aansprakelijkheid op beide aan artikel 6:162 BW ontleende gronden af. Naar oordeel van het hof was, hoewel de bv het moeilijk had, ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst niet reeds duidelijk dat er geen toekomst was. De huurtermijnen zijn ook nog twee jaar lang betaald. Ook is onvoldoende onderbouwd dat er activiteiten zouden zijn overgedragen. Wel is het zo dat de communicatie naar de verhuurder toe in de aanloop naar en na afloop van turboliquidatie geen schoonheidsprijs verdient. Dit levert echter niet zozeer schade op, nu de vordering van de verhuurder ook niet verhaalbaar zou zijn geweest als die communicatie beter was geweest.

A.L. Jonkers, juli 2017

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 13-06-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:2660

Zaaknummer: 200.180.185_01

Rechters: P.M. Arnoldus-Smit, W.J.J. Beurskens en J.J. Verhoeven

Advocaten: M.M.E. Bowmer en J.G.C. van Baar

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

De inlichtingenplicht van artikel 105 Fw komt niet in strijd met het nemo tenetur-beginsel nu de rechtbank beslist dat de door verzoeker te geven informatie alleen ter afwikkeling van het faillissement mag worden gebruikt, en niet in de tegen verzoeker lopende strafzaak.

Verzoeker is in bewaring gesteld omdat hij niet aan zijn inlichtingenplicht van artikel 105 Fw voldoet. Nu tegen verzoeker ook een strafzaak loopt waarin de informatie die de curator i.c. van hem wil hebben van belang is, meent verzoeker dat het (dwingen tot het) geven van de desbetreffende informatie in strijd is met het nemo tenetur-beginsel.

De rechtbank beoordeelt het standpunt van verzoeker als onjuist. Om strijd met het nemo tenetur-beginsel uit te sluiten beslist de rechtbank dat de door verzoeker te geven informatie alleen ter afwikkeling van het faillissement gebruikt mag worden.

T.M.M. Schaap, juli 2017

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 04-07-2017

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2017:2441

Zaaknummer: C/18/177265 / HA RK 17-174

Rechters: P.J. Duinkerken, M.A.B. Faber-Siermann en S. Dijkstra

Advocaten: H.H. Gerdes

Wetsartikelen: 105 Fw

RECHTSPRAAK

Stichting PVF Zakelijke Hypothekenfonds/X

Centrum van belangen in Nederland nu van een vergelijkbare mate van beheervoering in Frankrijk niet is gebleken. Het enkele uitschrijven uit de Basisregistratie Personen is onvoldoende om aan te nemen dat het centrum van belangen zich niet (meer) in Nederland bevindt.

Anders dan de rechtbank is het hof van mening dat het centrum van belangen van geïntimeerde niet in Frankrijk, maar in Nederland is gelegen. Het hof overweegt daarbij dat het enkele uitschrijven uit de Basisregistratie Personen niet voldoende is om aan te nemen dat het centrum van belangen zich niet (meer) in Nederland bevindt. Daarnaast is van belang dat geïntimeerde geen bezittingen of schulden in Frankrijk heeft, al zijn schuldeisers zich in Nederland bevinden, hij eigenaar is van een (recreatie)woning in Nederland, hij een Nederlands telefoonabonnement heeft en een Nederlandse inkomstenbron heeft, namelijk AOW. Van een vergelijkbare mate van beheervoering in Frankrijk is niet (of in ieder geval onvoldoende) gebleken.

T.M.M. Schaap, juli 2017

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 15-06-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:1934

Zaaknummer: 200.215.458/01

Rechters: J.M. van der Klooster, R.F. Groos en R.M. van Cleef-Metsaars

Advocaten: H.J. Hagemans en P.H.J. Körver

Wetsartikelen: 3 lid 1 Insolventieverordening

RECHTSPRAAK

Omdat verdachte verschillende goederen aan de boedel heeft onttrokken wordt hij veroordeeld voor bedrieglijke verkorting van zijn schuldeisers.

Verdachte heeft verschillende goederen aan de boedel onttrokken en wordt veroordeeld voor bedrieglijke verkorting van zijn schuldeisers. Omdat hij geen openheid van zaken heeft gegeven over de omvang van de boedel wordt hij ook veroordeeld voor het schenden van zijn uit artikel 105 Fw voortvloeiende inlichtingenplicht (art. 194 Sr). Wat betreft het geven van onjuiste inlichtingen (een ander onderdeel van de tenlastelegging) overweegt de rechtbank dat verdachte hiervan moet worden vrijgesproken omdat hij op het moment dat hij de desbetreffende inlichtingen gaf nog niet in staat van faillissement was verklaard.

T.M.M. Schaap, juli 2017

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 05-12-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2016:5381

Zaaknummer: 08/996002-14

Rechters: J. Wentink, M. Aksu en P.M.F. Scheurs

Advocaten: mr. J.W. Bosman

Wetsartikelen: 341 Sr en 194 Sr

RECHTSPRAAK

Transacties ex artikel 42 Fw met voormalig echtgenote vernietigd omdat wetenschap van benadeling kenbaar was voor de voormalige echtgenote. Van een verplichting tot de rechtshandelingen is niet gebleken.

X gaat failliet in 2015 nadat drie van zijn bedrijven in 2010 reeds failliet zijn verklaard. In rechte staat vast dat kort voor het faillissement van deze bedrijven paulianeus zaken aan de bedrijven zijn onttrokken. Kort na deze faillissementen heeft X aan zijn toenmalige echtgenote (gedaagde) een perceel grond verkocht en overgedragen en heeft er, kort daarna, een betaling plaatsgevonden van 64.900 euro aan gedaagde. Later zijn X en zijn vrouw gescheiden. De curator van X heeft buiten rechte de koopovereenkomst vernietigd en vordert de terugbetaling van het bedrag van 64.900 euro op grond van artikel 42 Fw.

Gedaagde betwist dat de rechtshandeling onverplicht was. De verplichting zou volgen uit een echtscheidingsconvenant en een door gedaagde aan X verstrekte lening. Hiervoor zou ook een hypotheekrecht zijn gevestigd. De rechtbank oordeelt dat gemotiveerd door de curator is weersproken dat er vorderingen van gedaagde op X waren. Uit de gevestigde hypotheek volgt geen vordering en zeker niet de hoogte van de vordering, aldus de rechtbank.

Gedaagde betwist dat er schuldeisers zijn benadeeld. Het aankoopbedrag van het perceel grond was marktconform, omdat deze vervuild zou zijn. Daarnaast is door gedaagde van X een hogere hypotheekschuld overgenomen dan de gestelde waarde van het perceel grond. De curator voert aan dat blijkens een taxatierapport van de FIOD de waarde van de grond drie keer hoger was dan hetgeen gedaagde betaald heeft. De FIOD gaat niet uit van vervuiling van de grond. Het taxatierapport dat de vervuiling stelt en dat door gedaagde wordt ingebracht, wordt door de rechtbank onvoldoende betrouwbaar geacht. Niet vastgesteld kan worden dat er sprake is van bodemverontreiniging en derhalve ligt de waarde hoger dan de verkoopwaarde en is er sprake van benadeling.

Gedaagde betwist dat zij wetenschap had van de benadeling. De curator voert aan dat er wetenschap is van benadeling en doet daarbij een beroep op artikel 43 Fw. Dit wordt afgewezen omdat de rechtshandeling niet binnen de éénjaartermijn voor faillissement heeft

plaatsgevonden. De rechtbank oordeelt dat op basis van de inhoud van de leveringsakte van het perceel grond, waarin vermeld werd dat de verkoper geen kennis had van vervuiling, gedaagde had moeten weten dat er van vervuiling geen sprake was. Gedaagde wist dat haar man aansprakelijk was gehouden voor de eerdere paulianeuze onttrekkingen aan zijn bedrijf. Wegens die omstandigheid en de wetenschap dat de prijs voor de grond niet marktconform was, oordeelt de rechtbank dat gedaagde had moeten weten dat benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.

Wat betreft de betaling van de 64.900 euro voert gedaagde verder aan dat zij met die transactie niets van doen had. Hierover oordeelt de rechtbank dat het bedrag echter zonder grond op een gemeenschappelijke rekening is ontvangen, dat dit volgt uit een proces-verbaal van de FIOD, en dat dit onvoldoende door gedaagde is weersproken.

De rechtbank wijst de vorderingen van de curator toe.

Michiel Hartman

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 28-06-2017

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2017:2730

Zaaknummer: C/08/189662 / HA ZA 16-339

Rechters: J.M. Marsman

Advocaten: F. Kolkman en N.E. Koelemaij

Wetsartikelen: 42 Fw

RECHTSPRAAK

Vinyls/Mediterranea

Dubbele paulianatoets onder Insolventieverordening. Niet alleen dient lex fori concursus in aantastbaarheid te voorzien, maar ook een mogelijk andere lex causae (art. 13 IVO, 16 IVO(H)). Wederpartij moet aantonen dat in het concrete geval de lex causae niet in aantastbaarheid voorziet. Opportunistische rechtskeuze voor een soepel paulianaregime (m.n. Engels recht) kan onder omstandigheden bestreden worden met een beroep op het leerstuk van ‘misbruik van unierecht’.

Vinyls Italia SpA is failliet verklaard in Italië. Voorafgaand aan haar faillietverklaring had zij nog een tweetal betalingen verricht aan Mediterranea di Navigazione SpA. Beide vennootschappen hebben hun statutaire zetel in Italië. De oorspronkelijke overeenkomst tussen Vinyls en Mediterranea werd beheerst door Italiaans recht. Kennelijk kort voor de betalingen, zijn Vinyls en Mediterranea overeengekomen dat hun rechtsverhouding beheerst zou worden door Engels recht.

De curator roept de pauliana in op grond van Italiaans recht. Artikel 4 sub m IVO (art. 7 sub m IVO(H)) bepaalt namelijk dat de *lex fori concursus* (hier Italiaans recht) van toepassing is op de pauliana. Mediterranea verweert zich echter met een beroep op Engels recht. Ten aanzien van betalingen aan schuldeisers biedt artikel 239 Insolvency Act weliswaar een regeling vergelijkbaar met het Nederlandse artikel 47 Fw maar algemeen wordt onderkend dat betalingen aan bestaande schuldeisers naar Engels recht vrijwel niet te bestrijden zijn, anders dan bijvoorbeeld onder het Duitse en Italiaanse recht en ook het Nederlandse recht indien de betaling als onverplicht heeft te gelden. Mediterranea beroept zich daarbij op de werking van artikel 13 IVO (art. 16 IVO(H)). Dit artikel bepaalt dat artikel 4 lid 2 sub m niet van toepassing is indien degene die voordeel heeft gehad bij een voor het geheel van schuldeisers nadelige handeling bewijst, (a) dat de handeling onderworpen is aan het recht van een andere lidstaat dan waar de procedure geopend is, en (b) het recht van die lidstaat in het gegeven geval niet voorziet in de mogelijkheid die handeling te bestrijden.

Hiermee word het instellen van de pauliana voor de curator onder de Insolventieverordening een soort hordenloop. Hij of zij zal altijd over de horde van het eigen recht moeten kunnen springen (art. 4 sub m IVO/7 sub m IV(H)), voor een geslaagd beroep op de pauliana. Indien hij of zij daarin geslaagd is, kan de wederpartij nog, indien daartoe gronden voor aanwezig zijn, betogen dat de overeenkomst zelf beheerst werd door het recht van een andere lidstaat (*lex causae*) en dat dit in het voorliggende geval niet in aantastbaarheid van de handeling voorziet (tweede horde).

De bescherming van artikel 13 IVO/16 IVO(H) gaat vrij ver, in de zin dat ook de termijnen van het inroepen van de pauliana van het andere recht in acht genomen moeten worden (zie HvJ EU 16 april, Lutz (ECLI:EU:C:2015:227)). De bescherming gaat echter blijkens het voorliggende arrest niet zo ver dat het procesrecht van de *lex fori concursus* geheel opzij gezet wordt. In het onderhavige geval had Mediterranea namelijk verzuimd het verweer tijdig te voeren. Een dergelijke regel van nationaal procesrecht is volgens het antwoord op de eerste prejudiciële vraag wel toelaatbaar.

Het arrest biedt iets meer duidelijkheid over de reikwijdte, stelplicht en bewijslast van artikel 13 IVO/16 IVO(H). Uit het arrest HvJ EU 15 oktober 2015, Nike/Sportland m.nt. B. Wessels, INS 2015-0286 bleek reeds dat de wederpartij niet reeds beschermd wordt indien weliswaar de *pauliana* van het andere stelsel niet voorziet in aantastbaarheid, maar andere regels zoals doeloverschrijving of kapitaalbescherming wel. De vraag kwam daarmee op wat de wederpartij nu zou moeten bewijzen en in hoeverre deze bewijslast niet te zwaar zou worden. Zou deze het hele andere recht in kaart moeten brengen? Zou dit mogelijk een eindeloze exercitie worden omdat daarmee de wederpartij zou worden opgezaagd met het bewijs van een negatief feit, namelijk dat het recht nergens voorziet in een mogelijkheid van bestrijden? Zie de noot van Wessels, waarin hij zich afvraagt: “*Providing proof that something has not happened? Isn’t that draconian?*” Hoewel het Hof hier meerdere overwegingen aan wijdt, wordt het niet heel veel duidelijker. Toch lijkt de boodschap te zijn dat de soep niet zo heet gegeten wordt en het tegenbewijs geen oeverloze exercitie dient op te leveren. Het Hof overweegt namelijk, dat de ‘partij op wie de bewijslast rust, moet bewijzen dat, wanneer de *lex causae* voorziet in de mogelijkheid om een als nadelig aangemerkte handeling te bestrijden, in concreto niet is voldaan aan de voorwaarden om een tegen die handeling ingesteld beroep te kunnen toewijzen, die verschillen van die van de *lex fori concursus*.’

Ook biedt het arrest een antwoord op de vraag in hoeverre er grenzen gesteld worden aan opportunistische rechtskeuzes. De begrenzing dient gevonden te worden in het algemene leerstuk van misbruik van Unierecht. Dit is een algemeen leerstuk dat nu voor het eerst ook wordt toegepast binnen de context van het Europese Insolventierecht. Het Hof vat het leerstuk als volgt samen: “In dat verband blijkt uit vaste rechtspraak dat de vaststelling dat

sprake is van misbruik, zowel een objectief als een subjectief element vereist. Wat ten eerste het objectieve element betreft, moet voor deze vaststelling uit een geheel van objectieve omstandigheden blijken dat in weerwil van de formele naleving van de door de Unieregeling opgelegde voorwaarden, het door deze regeling beoogde doel niet werd bereikt. Ten tweede vereist een dergelijke vaststelling ook een subjectief element, in die zin dat uit een geheel van objectieve factoren moet blijken dat het wezenlijke doel van de betrokken handelingen erin bestaat een ongerechtvaardigd voordeel te verkrijgen. Het verbod van misbruik geldt immers niet wanneer er voor de betrokken handelingen een andere verklaring kan bestaan dan de loutere verkrijging van een voordeel (arrest van 28 juli 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604).” Zie voor een eerder pleidooi voor de toepasselijkheid van het leerstuk binnen het Europese Insolventierecht met verwijzingen, R.J. de Weijs en M. Breeman, ‘Comi-Migration: Use or Abuse of European Insolvency Law?’ *ECFR* 2014/4, ook beschikbaar via https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2291405.

Het Hof waarschuwt nog wel dat louter het feit dat partijen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid hun relatie door het recht van een andere lidstaat te laten beheersen, niet het vermoeden schept dat zij de bedoeling hebben gehad de bepalingen inzake insolventie op bedrieglijke of onrechtmatige wijze te ontwijken. Hoewel het Hof nu ineens de woorden bedrieglijk en onrechtmatig gebruikt, kan hier geen verzwaring van de criteria voor misbruik van Unierecht in gelezen worden. Wanneer hier sprake van is, zal zich moeten uitkristalliseren. In de komende periode zal een beroep op artikel 13 IVO/16 IVO(H) snel beantwoord worden met een beroep op het leerstuk misbruik van Unierecht.

Rolef de Weijs, juli 2017

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 08-06-2017

ECLI: ECLI:EU:C:2017:433

Zaaknummer: C-54/16

Wetsartikelen: 13 Insolventieverordening en 16 Insolventieverordening(H)

RECHTSPRAAK

LTI/Ontvanger

‘Zich afvragen of Nederlandse rechter wel bevoegd is’, is niet voldoende om vermoeden van statutaire zetel van de Insolventieverordening te weerleggen. Desalniettemin dient het hof de bevoegdheid wel ambtshalve te toetsen. Hof neemt vervolgens pluraliteit aan, mede gezien de formulering van de achterstellingsclausule naar Duits recht.

LTI B.V. met statutaire zetel in Nederland is op 21 maart 2017 failliet verklaard op verzoek van de Ontvanger. LTI stelt hoger beroep in. Zij ‘vraagt zich namelijk af’ of de Nederlandse rechter wel bevoegd is omdat het maar de vraag is of haar centrum van voornaamste belangen in Nederlands gelegen is in de zin van artikel 3 Insolventieverordening (zowel oud als herschikt). Het hof overweegt dat een echt verweer niet is gevoerd, maar dat het hof de bevoegdheid wel ambtshalve dient te toetsen. Nu de statutaire zetel in Nederland is gelegen, geldt dit als vermoeden van centrum van voornaamste belangen (comi). Het hof perkt daarbij de ambtshalve toetsing wel in, door te overwegen dat de beoordeling ‘anders [had] kunnen zijn indien LTI zich expliciet op het standpunt had gesteld dat haar COMI buiten Nederland zou zijn gelegen dan wel feiten en omstandigheden had genoemd waaruit een en ander zou kunnen blijken.’

Tevens bestrijdt LTI de pluraliteit, met name omdat de rechtbank ten onrechte het bestaan van achtergestelde intercompany vorderingen heeft betrokken. LTI beroept zich op jurisprudentie van de Hoge Raad waarin is uitgemaakt dat een achtergestelde vordering in beginsel niet wordt betrokken bij het vaststellen van de pluraliteit indien deze enkel bij liquidatie opeisbaar is. De achterstellingsbepaling is een Duitse standaardbepaling en luidt als volgt. De schuldeiser ‘tritt hiermit mit ihrem Anspruch (...) im Rang hinter sämtliche Forderungen anderer Gläubiger in der Weise zurück, dass Tilgung und Verzinsung des Darlehens nur nachrangig nach allen anderen Gläubigern im Rang (...) und erst nach Beendigung einer Krise aus einem etwaigen künftigen Bilanzgewinn, aus einem etwaigen Liquidationsüberschuss oder aus sonstigem freien Vermögen, das nach Befriedigung aller übrigen Gesellschaftsgläubiger (ausser

anderen Rangrücktrittsgläubigern) verbleibt, verlangt werden kann. '

Het hof oordeelt dat de achterstelling in deze bewoordingen niet betekent dat de vordering uitsluitend bij liquidatie van de vennootschap kan worden opgeëist, maar dat de gemaakte afspraak ook ruimte laat voor opeising onder andere omstandigheden, namelijk op het moment dat alle overige crediteuren zijn voldaan. Dit is overigens niet de enige dragende overweging. Het hof overweegt ook dat aannemelijk is dat er nog andere schulden van LTI zijn.

Rolef de Weijs, juli 2017

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 01-06-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:2301

Zaaknummer: 200.212.769_01

Rechters: A.P. Zweers-van Vollenhoven, R.R.M. De Moor en L.B. Smits

Advocaten: C. Rijckenberg en E.P.B. Moors

Wetsartikelen: 3 Insolventieverordening, 3:277 BW en 6 Fw

RECHTSPRAAK

Hage q.q./verkrijgers Portugese woning

Nederlandse rechter is bevoegd kennis te nemen van paulianavordering ingesteld door Nederlandse curator ten aanzien van overdracht woning in Portugal.

In een bevoegdheidsincident dient de Nederlandse rechter zich uit te laten over de vraag of hij bevoegd is kennis te nemen van een paulianavordering ingesteld in een Nederlands faillissement tegen de verkrijgers van een in Portugal gelegen woning. Gedaagden verweerden zich met de stelling dat de Portugese rechter bevoegd zou zijn. Opvallend is dat onder de oude Insolventieverordening deze vraag niet expliciet geregeld was. De Insolventieverordening gaf ten aanzien van de bevoegde rechter wel regels omtrent welke rechter bevoegd is een insolventieprocedure te openen (art. 3 IVO), maar niet welke rechter bevoegd is kennis te nemen van ‘typische insolventievorderingen’ zoals de faillissementspauliana. Overeenkomstig vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU Seagon/Deko Marty, ECLI:EU:C:2009:83) is de rechter van de openende lidstaat op grond van de Insolventieverordening tevens bevoegd kennis te nemen van zulke typische insolventievorderingen. Inmiddels is sinds 1 juli 2017 de herziene Insolventieverordening (IVO(H)) van kracht. In artikel 6 lid 1 IVO(H) is deze rechtspraak gecodificeerd.

De rechtbank acht zich in het voorliggende geschil dan ook bevoegd. Het verzoek van gedaagden om tussentijds hoger beroep te mogen instellen tegen die beslissing wijst de rechtbank geheel terecht af.

Rolef de Weijs, juli 2017

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 31-05-2017

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2017:3330

Zaaknummer: 312181

Rechters: M.A.M. Vaessen

Advocaten: I.J.G.H. Hage en M.F.H. van Delft

Wetsartikelen: 3 Insolventieverordening en 42 Fw