

dat schuldeisers in faillissement aanmerkelijk beter af zouden zijn.

mr. R. van den Sigtenhorst  
advocaat te Amsterdam

51

**Faillietverklaring vernietigd in hoger beroep na sluiten van standstill agreements met schuldeisers**

Gerechtshof Amsterdam  
21 december 2021, zaaknr. 200.302.201/01,  
ECLI:NL:GHAMS:2021:3983  
(mr. Akkaya, mr. Rang, mr. Lankhorst)  
Noot mr. G.G. Boeve

**Vernietiging faillissement. Mede door na faillietverklaring overeengekomen standstill-periode met de materiële schuldeisers is geen sprake meer van een toestand van te hebben opgehouden te betalen. Toetsing ex nunc.**

[Fw art. 1, 6 lid 3]

*Ingevolge art. 6 lid 3 Fw wordt de faillietverklaring uitgesproken indien summierlijk blijkt van feiten en omstandigheden welke aantonen dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, en, zo een schuldeiser het verzoek doet, ook van het vorderingsrecht van deze. Indien de stellingen van partijen daartoe aanleiding geven, dient de rechter in hoger beroep opnieuw te onderzoeken of aan de vereisten voor faillietverklaring is voldaan. Bij zijn beslissingen daarover dient hij uit te gaan van de toestand ten tijde van zijn uitspraak en moet hij dus de op dat moment bestaande omstandigheden in aanmerking nemen.*

*De schuldeisers van Tennor kunnen worden onderverdeeld in drie categorieën, te weten a) operationele schuldeisers, b) materiële schuldeisers, en c) boedelschuldeisers.*

*Met betrekking tot de operationele schuldeisers is genoegzaam gebleken, althans voldoende aanneemelijk geworden, dat ofwel hun vorderingen (inmiddels) zijn betaald ofwel zij niet langer een vordering hebben op Tennor.*

*Wat betreft de materiële schuldeisers – waartoe ook geïntimeerde behoort – heeft Tennor regelingen – de Creditor Letters of Undertaking (CLU's) – getroffen, waaruit volgt dat deze schuldeisers ofwel geen vorderingen (meer) hebben op Tennor ofwel binnen zes maanden niet zullen overgaan tot opeising van hun vorderingen. Deze periode van zes maanden, waarbinnen de schuldeisers niet tot opeising van hun vorderingen zullen overgaan, wordt ook wel de standstill periode genoemd. Voor zover door schuldeisers voorwaarden zijn verbonden aan de overeengekomen standstill, is voldoende gebleken dat aan die voorwaarden is voldaan.*

*Met betrekking tot de boedelschuldeisers is genoegzaam gebleken dat Tennor beschikt over een boedelkrediet van € 500.000, waarmee alle boedelschulden, waaronder het salaris van de curator en de overige faillissementskosten, kunnen worden voldaan.*

*Bovengenoemde feiten en omstandigheden rechtvaardigen de gevolgtrekking dat thans niet langer kan worden gezegd dat Tennor verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen.*

Tennor Holding BV te Amsterdam,  
appellante,  
advocaat: mr. M.L.M. Bindels,  
tegen

Corvallis Navigation Panama SA te Panama,  
geïntimeerde,  
advocaat: mr. L.J.J. Kerstens.

(...; red.)

## 2. Beoordeling

2.1. Corvallis heeft op 28 september 2021 een verzoekschrift strekkende tot faillietverklaring van Tennor bij de rechtbank Amsterdam ingediend. Blijkens het verzoekschrift heeft Corvallis aan haar verzoek een opeisbare vordering op Tennor ten grondslag gelegd van € 35.900.000,-, te vermeerderen met rente. Volgens Corvallis vloeit deze vordering voort uit een “Letter of Undertaking” van 23 maart 2020, waarin [F], bestuurder van Tennor, zich namens Tennor jegens Corvallis heeft verbonden om de zogenoemde Tennor-obligaties van Corvallis te verwerven.

Bij het bestreden vonnis heeft de rechtbank geoordeeld dat Corvallis, onder verwijzing naar voormelde “Letter of Undertaking” en de nadien gevoerde correspondentie tussen partijen, sum-

mierlijk heeft aangetoond dat zij een vorderingsrecht heeft jegens Tennor. De vordering van Corvallis strekt tot nakoming daarvan en tot betaling van de overeengekomen koopprijs van tenminste € 35,9 miljoen voor de nog door Corvallis gehouden Tennor-obligaties. Tennor heeft het bestaan van een vordering van Corvallis ook niet bestreden, althans van de gegrondheid van enig verweer daartegen is niet summierlijk gebleken, aldus de rechtbank. Voorts heeft Corvallis naar het oordeel van de rechtbank eveneens voldoende summierlijk blijkt gegeven van het bestaan van verschillende steunvorderingen. Gebleken is van veroordelende vonnissen die zijn geweest jegens Tennor uit hoofde waarvan zij (aanzienlijke) geldbedragen verschuldigd is. Daarmee is summierlijk gebleken dat Tennor verkeert in de toestand dat zij is opgehouden te betalen, aldus de rechtbank in het bestreden vonnis.

2.2. Tennor bestrijdt het oordeel van de rechtbank en stelt in hoger beroep dat zij een “standstill” is overeengekomen met Corvallis en de overige schuldeisers en dat niet langer kan worden gezegd dat zij verkeert in een toestand van opgehouden hebben te betalen.

2.3. Corvallis heeft bij aanvullende akte bevestigd dat zij met Tennor inmiddels een “standstill” is overeengekomen, die is vastgelegd in een “Creditor Letter of Undertaking” (hierna: CLU) en bij de aanvullende akte is overgelegd als productie 30. Hieruit volgt – kort samengevat – dat Corvallis gedurende een periode van zes maanden niet zal overgaan tot opeising van haar vordering(en) op Tennor en dat zij zich niet langer zal verzetten tegen vernietiging van het vonnis tot faillietverklaring.

2.4. De curator is in zijn brief van 7 december 2021 tot de volgende bevindingen gekomen. Ten tijde van de zitting in hoger beroep van 30 november 2021 was een substantieel aantal operationele schuldeisers nog niet betaald. Daarnaast was op dat moment slechts met enkele materiële schuldeisers overeenstemming bereikt. Tennor heeft verklaard dat de vorderingen van de operationele schuldeisers inmiddels ofwel zijn betaald ofwel niet (langer) betaalbaar zijn. Uit onderzoek van de ontvangen bankafschriften en/of directe contacten met de operationele schuldeisers is de curator niet gebleken dat die verklaring van Tennor onjuist is. Na de zitting is de curator weliswaar bekend geraakt met één extra vordering van een operationele schuldeiser, te weten [G], maar in-

middels is gebleken dat die vordering niet meer bestaat. Met betrekking tot de vorderingen van de materiële schuldeisers heeft de curator vastgesteld dat velen van hen een CLU hebben ondertekend waarin zij – kort samengevat – met Tennor zijn overeengekomen om gedurende een periode van zes maanden hun vorderingen niet op te eisen en in te stemmen met vernietiging van het bestreden vonnis. In de CLU's van schuldeisers [H], H2O en S4 zijn enkele aanvullende voorwaarden opgenomen, met dien verstande dat [H] als voorwaarde heeft gesteld dat zij slechts aan de CLU is gebonden als ook alle andere materiële schuldeisers een CLU hebben afgegeven waarin eveneens is verklaard dat zij voor een periode van tenminste zes maanden niet zullen overgaan tot opeising van hun vorderingen of het nemen van bewarende of executiemaatregelen. Volgens de curator lijkt aan deze voorwaarde te zijn voldaan. Wat betreft de overige materiële schuldeisers heeft de curator vastgesteld dat zij thans niets meer van Tennor te vorderen hebben.

2.5. Ingevolge artikel 6, derde lid, Faillissementswet (Fw) wordt de faillietverklaring uitgesproken indien summierlijk blijkt van feiten en omstandigheden welke aantonen dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, en, zo een schuldeiser het verzoek doet, ook van het vorderingsrecht van deze. Indien de stellingen van partijen daartoe aanleiding geven, dient de rechter in hoger beroep opnieuw te onderzoeken of aan de vereisten voor faillietverklaring is voldaan. Bij zijn beslissingen daarover dient hij uit te gaan van de toestand ten tijde van zijn uitspraak en moet hij dus de op dat moment bestaande omstandigheden in aanmerking nemen. Daarnaast moet, ook al is op zichzelf aan het pluraliteitsvereiste voldaan, worden onderzocht of ook in het licht van de actuele omstandigheden een schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen.

2.6. Uit de stukken en hetgeen partijen alsmede de curator gedurende het hoger beroep ter zitting hebben verklaard volgt dat de schuldeisers van Tennor kunnen worden onderverdeeld in drie categorieën, te weten a) operationele schuldeisers, b) materiële schuldeisers, en c) boedelschuldeisers. Met betrekking tot de operationele schuldeisers is genoegzaam gebleken, althans voldoende aannemelijk geworden, dat ofwel hun vorderingen (inmiddels) zijn betaald ofwel zij niet langer een vordering hebben op Tennor. Wat betreft de

materiële schuldeisers – waartoe ook Corvallis behoort – hebben partijen en de curator verklaard dat Tennor regelingen – de reeds hiervoor bedoelde CLU's – heeft getroffen waaruit volgt dat deze schuldeisers ofwel geen vorderingen (meer) hebben op Tennor (groen gemarkeerde schuldeisers op de lijst van de curator) ofwel binnen zes maanden niet zullen overgaan tot opeising van hun vorderingen (de geel gemarkeerde schuldeisers op de lijst van de curator). Deze periode van zes maanden waarbinnen de schuldeisers niet tot opeising van hun vorderingen zullen overgaan wordt ook wel de standstill periode genoemd. Voor zover door schuldeisers voorwaarden zijn verbonden aan de overeengekomen standstill is voldoende gebleken dat aan die voorwaarden is voldaan. Met betrekking tot de laatste categorie schuldeisers, te weten de boedelschuldeisers, is uit de stukken en hetgeen de curator in zijn verslag van 7 december 2021 heeft verklaard genoegzaam gebleken dat Tennor beschikt over een boedelkrediet van € 500.000,- waarmee alle boedelschulden, waaronder het salaris van de curator en de overige faillissementskosten, kunnen worden voldaan.

2.7. Bovengenoemde feiten en omstandigheden rechtvaardigen naar het oordeel van het hof de gevolgtrekking dat thans niet langer kan worden gezegd dat Tennor verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. Dit leidt ertoe dat het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd en dat het oorspronkelijk verzoek van Corvallis alsnog zal worden afgewezen.

2.8. Nu het aan Tennor is te wijten dat de rechtbank het faillissement heeft uitgesproken wegens het onbetaald laten van de vordering van Corvallis en andere schuldeisers, en zij eerst in hoger beroep haar schulden heeft betaald dan wel regelingen in de vorm van CLU's heeft getroffen met haar schuldeisers, een en ander als hiervoor overwogen, zullen de kosten van het faillissement, daaronder begrepen het salaris van de curator, ten laste van Tennor worden gebracht.

2.9. Gelet op het voorgaande zal als volgt worden beslist.

### 3. Beslissing

Het hof:

- vernietigt het vonnis waarvan beroep, en opnieuw rechtdoende:
- wijst het inleidend verzoek van Corvallis strekkende tot faillietverklaring van Tennor af;
- stelt het salaris van de curator vast op (...; red.);

- brengt dit bedrag alsmede de aanvraagkosten van het faillissement en de advertentiekosten tot het bedrag dat zal blijken uit de door de rechter-commissaris goed te keuren nota's, ten laste van Tennor;

- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

### NOOT

1. Het hof vernietigt met deze uitspraak de eerdere faillietverklaring van Tennor Holding BV ("Tennor"). Het hof acht relevant dat na de faillietverklaring *standstill agreements* met de crediteuren zijn gesloten (kort gezegd: zes maanden niet opeisen). Dat leidt er volgens het hof toe dat de toestand van opgehouden te betalen niet langer bestaat. De uitspraak van het hof is praktisch relevant, maar volgens mij geen grote verrassing. Ik licht dat hierna toe.

2. Tennor laat substantiële vorderingen onbetaald. De opeisbare vordering van de aanvrager belooft in hoofdsom circa € 36 miljoen vanwege een verplichting tot verwerving en betaling van obligaties. Het arrest vermeldt verder dat het de rechtbank daarnaast is gebleken dat Tennor (aanzienlijke) geldbedragen verschuldigd is uit hoofde van veroordelende vonnissen die tegen haar zijn gewezen. Blijkens het arrest kunnen de pre-faillissementsschuldeisers van Tennor in twee groepen worden verdeeld, te weten de zogenaamde operationele en materiële schuldeisers. Uit het arrest blijkt niet duidelijk welke schuldeiser tot welke categorie behoort. Het precieze onderscheid is voor de beoordeling door het hof en deze annotatie ook niet relevant. In het algemeen kan ik opmerken dat doorgaans als operationele schulden worden aangemerkt de schulden in verband met de operationele activiteiten van de onderneming, zoals die aan handelscrediteuren, werknemers en de Belastingdienst. Dat zal in deze zaak niet anders zijn. Tot de materiële schuldeisers worden in de voorliggende zaak gerekend de schuldeisers die niet tot de operationele behoren. Dit zijn waarschijnlijk de financiële schuldeisers, waartoe bijvoorbeeld de aanvrager van het faillissement wordt gerekend.

3. Na haar faillietverklaring sluit Tennor *standstill agreements* met haar materiële crediteuren. Deze houden, kort gezegd, in dat de betreffende crediteuren gedurende een periode van zes maanden

niet zullen overgaan tot opeising van hun vordering(en) of het nemen van bewarende of executiemaatregelen en instemmen met vernietiging van het faillissement. Tennor heeft verklaard dat alle operationele schuldeisers zijn voldaan. Het rapport van bevindingen van de curator ten behoeve van de beoordeling door het hof van de faillissementstoestand staft die verklaring. Verder blijkt uit de uitspraak dat de curator heeft verklaard dat een boedelkrediet van € 500.000 beschikbaar is, waaruit alle algemene en bijzondere faillissementskosten kunnen worden voldaan. De curator geeft daarmee groen licht voor toewijzing van het beroep. Het hof vernietigt hierop de faillietverklaring. Volgens het hof kan, als gevolg van (i) het feit dat voldoende aanneemelijk is geworden dat de operationele schuldeisers thans geen vorderingen meer hebben op Tennor, (ii) de overeengekomen *standstill*-periode met de materiële crediteuren en (iii) het beschikbare boedelkrediet, niet langer worden gezegd dat Tennor verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen.

4. Ik acht deze uitkomst juist en ook niet verrassend. Reeds eerder bleek dat het treffen van betalingsregelingen met de schuldeisers na de faillietverklaring, maar vóór de uitspraak in hoger beroep, ertoe kan leiden dat van de toestand van opgehouden te betalen geen sprake meer is. Zie HR 22 juli 1988, *NJ* 1988/912. Een betalingsregeling verschilt niet veel van een *standstill agreement*. In beide gevallen dringt de schuldeiser niet (meer) aan op volledige betaling van een (al dan niet opeisbare) schuld zolang aan de voorwaarden van de regeling is voldaan. En door (hetzelfde) Hof Amsterdam werd reeds een faillissementsvonnis vernietigd, hoewel de appellerende schuldenaar verkeerde in de toestand van te hebben opgehouden te betalen, omdat crediteuren te kennen hadden gegeven geen belang te hechten aan het faillissement, de curator had verklaard dat de crediteuren niet gebaat waren bij het faillissement en het bedrijf van de schuldenaar levensvatbaar was. Zie Hof Amsterdam 25 januari 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC9820. Die casus heeft een belangrijke parallel met de voorliggende casus, waarin de *standstill agreements* zijn overeengekomen. Die zouden niet zijn afgesloten als de betrokken crediteuren belang zouden hechten aan het faillissement van Tennor. En het is dat crediteurenbelang, dat mijns inziens

leidend is bij de vraag of het faillissementsvonnis moet worden vernietigd of niet.

5. Uit de beoordeling door het hof blijkt overigens niet expliciet of het hof mede relevant heeft geacht dat in de *standstill agreements* ook was opgenomen dat de schuldeisers instemden met de vernietiging van het faillissement van Tennor. Dat hoefde het hof ook niet te doen, omdat die instemming volgens mijn reeds volgt uit het feit dat de betreffende schuldeisers bereid waren om met Tennor *standstill agreements* overeen te komen na haar faillietverklaring. Desalniettemin lijkt het mij voor de beeldvorming bij het hof wel raadzaam om die instemming in de overeenkomst te expliciteren.

6. Het voorgaande is een gevolg van de beoordeling ex nunc die in een hoger beroep tegen faillietverklaring plaatsvindt (art. 8 lid 1 Fw). De vraag of de schuldenaar verkeert in een toestand dat hij is opgehouden te betalen, dient in hoger beroep te worden beoordeeld aan de hand van de gegevens die gelden op het moment van de door de rechter in hoger beroep te geven beslissing. Zie onder meer HR 17 januari 2014, «JOR» 2014/214, m.nt. Spinath (*X/Unitco*). De *standstill agreements* die zijn overeengekomen na het eerder uitgesproken faillissement, wegen derhalve ook mee bij de beoordeling in beroep of (nog) sprake is van de toestand van opgehouden te betalen, zoals het hof ook overweegt in deze uitspraak. Het is de vraag of ook de duur van de *standstill* periode een relevante factor bij de beoordeling is. *In casu* was deze overeengekomen voor een periode van zes maanden, maar deze zou ook (veel) korter of langer kunnen zijn. Bijvoorbeeld een week of een jaar. Ik meen dat dit een relevante omstandigheid kan zijn. Ik ben geneigd in beginsel zwaarder te laten wegen dat de schuldeisers met de termijn zelf hebben aangegeven wat zij in hun belang achten, of dit nu een korte of lange termijn is.

7. Volledigheidshalve merk ik op dat de hiervoor beschreven toetsing ex nunc genuanceerder is bij verzet (art. 8 lid 2 Fw). Zie HR 5 juni 2015, «JOR» 2015/311, m.nt. Bijloo (*HSK/Bosma*) en onder meer Rb. 's-Gravenhage 30 november 2017, «JOR» 2018/56 en Rb. Zeeland-West-Brabant 31 mei 2016, «JOR» 2016/343 met annotaties van mijn hand. In dat geval wordt de toestand van opgehouden te betalen ook ex nunc getoetst, maar komt men daar alleen aan toe als ex nunc summierlijk is gebleken van de vordering van de

aanvrager van het faillissement. Vgl. Spinath in zijn noot onder Rb. Den Haag, 15 maart 2017, «JOR» 2018/17. Blijkt in verzet niet voldoende van de vordering van de aanvrager, dan moet reeds om die reden het faillissement worden vernietigd. Bij beroep tegen een faillissementsvonnis waarbij de schuldenaar is gehoord, zoals in de voorliggende zaak, hoeft niet meer te blijken van de vordering van de aanvrager, maar is voldoende dat de schuldenaar op dat moment verkeert in de toestand dat hij is opgehouden te betalen. Vgl. HR 4 november 1949, *NJ* 1950/17, en HR 7 februari 1958, *NJ* 1958/202.

mr. G.G. Boeve  
advocaat bij Recoup te Utrecht

## Varia

### 52

#### **Ambtshalve toetsing van rechter aan informatieplichten uit consumentenrecht en gevolgen van schending van deze verplichtingen**

Hoge Raad  
12 november 2021, zaaknrs. 20/03877 en 20/4329, ECLI:NL:HR:2021:1677  
(mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek, mr. Kroeze, mr. Wattendorff, mr. Lock)  
(Concl. A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2021:757 en ECLI:NL:PHR:2021:758, niet opgenomen, wel op opmaat.sdu.nl)  
Noot mr. F.P.C. Strijbos

**Overeenkomst op afstand of buiten de verkooppriimte. Prejudiciële beslissing. Rechter moet ambtshalve onderzoeken of aan de informatieplichten ex art. 6:230v BW is voldaan. Gevolgen van een schending van deze verplichtingen. Stelplicht consument. Geen ambtshalve toetsing aan art. 6:230u BW. Verwijzing naar o.a. HR 12 februari 2016, «JOR» 2016/127, m.nt. Biemans en Van Poelgeest (Lindorff/Nazier).**

[BW art. 3:40 lid 2, 3:41, 3:53 lid 2, 3:54 lid 2, 6:193b e.v., 6:230 lid 2, 6:230m lid 1, 6:230u, 6:230v; Richtlijn 2011/83/EU art. 5, 8; Rv art. 392]

*Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen zijn met name de volgende doelstellingen en uitgangspunten van Richtlijn 2011/83/EU (hierna: de Richtlijn consumentenrechten) van belang: (-) het door die richtlijn nagestreefde evenwicht tussen een hoog beschermingsniveau voor de consument en het concurrentievermogen van het bedrijfsleven; (-) de in die richtlijn opgenomen eis dat sancties op niet-naleving van de informatieplichten niet alleen doeltreffend en afschrikkend zijn, maar ook evenredig en (-) het uitgangspunt dat die richtlijn geen afbreuk doet aan nationale regels betreffende de geldigheid, het ontstaan of de gevolgen van overeenkomsten. Gelet op deze*