

## Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 09, 2017

Nummer 9, 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

#### Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:635](#) 07-04-2017

Jongepier q.q./Drieakker

#### Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:1325](#) 19-04-2017

Citadel c.s./Oi Coop

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:1326](#) 19-04-2017

Citicorp/PTIF

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:2667](#) 28-03-2017

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:690](#) 23-02-2017

Ontvanger/Komobouw

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:1278](#) 14-02-2017

Pol q.q./X en Y. c.s.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:5496](#) 20-12-2016

Curator Whermo/A c.s.

#### Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:1879](#) 11-04-2017

Eigen aangifte X.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:3618](#) 28-03-2017

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:3621](#) 28-03-2017

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:1516](#) 08-03-2017

Gratema q.q. en Looyen q.q./H.

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:1252](#) 22-02-2017

Lodder/X en Y.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:1424](#) 15-02-2017

Curator Ramblas Entertainment/Kelly Edvalda c.s.

RECHTSPRAAK

## **Jongepier q.q./Drieakker**

***In deze paulianazaak in het kader van het faillissement van de Thieme-groep oordeelt de Hoge Raad dat het hof een onjuiste maatstaf voor wetenschap van benadeling heeft aangelegd. De Hoge Raad herhaalt zijn maatstaf uit ABN AMRO/Van Dooren q.q. III, vernietigt en verwijst. Gezien de overwegingen van de Hoge Raad lijkt het beroep op de pauliana tegen het kort voor faillissement aangegane overwaarde-arrangement tussen bank en aandeelhouder daarmee een goede kans van slagen te hebben.***

Vanaf september 2009 was duidelijk dat de Thieme-groep, bestaande uit zo'n 30 vennootschappen actief in de grafische industrie, zich in zwaar weer bevond. Begin 2010 is er gereorganiseerd en zijn 9 groepsvennootschappen gefailleerd. Zomer 2010 wordt een van de schuldeisers, PGB (het pensioenfonds) een garantie geboden van 500.000 door een (minderheids)aandeelhouder, Drieakker, in ruil voor uitstel van betaling. Ter zekerheid voor de regresvordering die Drieakker bij betaling onder de garantie zou verkrijgen op de Thieme-groep, heeft de aandeelhouder een overwaarde-arrangement met de financierende bank gesloten. Dat arrangement hield kort gezegd in dat de bank zich borg stelde voor de eventuele regresvordering van Drieakker op de Thieme-groep, tot maximaal de door de bank gegenereerde overwaarde bij het uitwinnen van haar eigen zekerheden, uiteraard met de bedoeling de regresvordering die de bank zou verkrijgen op de Thieme-groep als gevolg van betaling onder het overwaarde-arrangement te verhalen onder haar zekerheden.

In oktober 2010 is de Thieme-groep gefailleerd. Vervolgens heeft PGB de garantie ingeroepen, heeft Drieakker betaald en verhaal gehaald onder het overwaarde-arrangement. De curator, Jongepier, heeft het overwaarde-arrangement vernietigd met een beroep op de faillissementspauliana (art. 42 Fw) en artikel 54 Fw. De centrale vraag is of er ten tijde van het tekenen van het overwaarde-arrangement wetenschap van benadeling was. Rechtbank en hof oordeelden de vereiste wetenschap niet aanwezig. De Hoge Raad vernietigt en verwijst naar het Hof Den Haag.

De centrale overweging van de Hoge Raad is een herhaling van de invloedrijke maatstaf voor wetenschap van benadeling uit HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, NJ 2010/273, ABN AMRO/Van Dooren q.q. III. Het hof had overwogen dat partijen ten tijde van het sluiten van het overwaarde-arrangement redelijkerwijs niet hoefden te begrijpen dat een faillissement onafwendbaar was en dat niet gezegd kan worden dat de reorganisatie gedoemd was te mislukken. Daarmee heeft het hof een te strikte maatstaf voor de vereiste wetenschap van benadeling aangelegd, die evident niet overeenkomt met de maatstaf uit ABN AMRO/Van Dooren q.q. III.

Het hof had ook op dubieuze gronden geoordeeld dat de curator zijn recht zou hebben verwerkt om het overwaarde-arrangement te vernietigen doordat hij uitlatingen zou hebben gedaan waaruit de wederpartij op zou kunnen maken dat hij niet zou vernietigen. De Hoge Raad is ook van dit oordeel van het hof niet overtuigd.

Terzijde nog het volgende. Opmerkelijk is dat hier de toch wat dubieuze constructie van het overwaarde-arrangement ook buiten de context van gelieerde professionele kredietverstrekkers toegepast wordt, namelijk tussen een bank en een financierende aandeelhouder. Met een dergelijke constructie kunnen de facto de vestigingsvereisten voor tweede pand- en/of hypotheekrechten omzeild worden, waardoor het voor partijen nog makkelijker wordt alle goederen van de schuldenaar als zekerheid voor verstrekte financiering te gebruiken. De constructie zelf staat hier in cassatie niet in brede zin ter discussie, wat niet verwonderlijk is gezien het fiat dat de Hoge Raad reeds in Banneberg/NMB en recent in DLL/Van Logtesteyn gaf aan de constructie. A-G Timmerman gaat terzijde nog wel even in op de bredere discussie over de vraag of het een aandeelhouder wel toegestaan zou moeten zijn zijn eigen vennootschap tegen zekerheid te financieren, maar ook daar zagen de cassatieklachten niet zozeer op.

A.L. Jonkers, april 2017

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 07-04-2017

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2017:635

**Zaaknummer:** 16/02131

**Rechters:** C.A. Streefkerk, G. Snijders, T.H. den Tanja-van Broek, M.V. Polak en G. de Groot

**Advocaten:** B.I. Kraaijpoel en T.T. van Zanten

**Wetsartikelen:** 42 Fw

## RECHTSPRAAK

### **FNV/Smallsteps**

#### ***Bespreking van de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi voor HvJ EU C-126/16 inzake FNV c.s./Smallsteps. Wet overgang onderneming en pre-pack.***

Op 29 maart 2017 heeft advocaat-generaal Mengozzi van het Europese Hof van Justitie in zaak C-126/16 tussen FNV en Smallsteps zijn conclusie genomen. Het gaat in deze zaak om een verzoek van de Rechtbank Midden-Nederland om een prejudiciële beslissing. De aan het Hof gevraagde uitleg van Unierecht is belangrijk, nu het Hof voor het eerst dient te oordelen of de bij Richtlijn 2001/23/EG ingevoerde bescherming van werknemers bij de overgang van een onderneming al dan niet geldt in het kader van de *pre pack* (zoals die zich in de Nederlandse praktijk heeft ontwikkeld). Die bescherming is kort gezegd zo geregeld dat arbeidsovereenkomsten bij een overgang van onderneming behouden blijven doordat zij overgaan op de verkrijger (art. 3 lid 1, geïmplementeerd in art. 7:663 BW). Deze regel leidt uitzondering wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, aldus artikel 5 lid 1 en voor het Nederlandse recht geïmplementeerd in artikel 7:666 BW.

Het is deze uitzondering die centraal staat in deze zaak. De *pre pack* is er immers op gericht om de onderneming met gebruikmaking van een faillissementsprocedure zo veel mogelijk voort te kunnen zetten. Daarmee komt artikel 5 lid 1 resp. artikel 7:666 lid 1 BW in beeld, hetgeen er in de praktijk veelal op neerkomt dat een groot deel van het zittende personeel bij een *pre pack* zijn baan verliest en de overgenomen werknemers met slechtere arbeidsvoorwaarden te maken krijgen. Dat was ook het geval in de zaak die heeft geleid tot de doorstart na *pre pack* van de onderneming van kinderopvang Estro onder de naam Smallsteps. Vakbond FNV heeft deze zaak samen met enkele voormalige werknemers van Estro aangegrepen voor een principiële koers. In de naar aanleiding daarvan tegen Smallsteps aangespannen procedure voor de Rechtbank Noord-Nederland hebben FNV c.s. betoogd dat Richtlijn 2001/23/EG van toepassing is nu het werkelijke doel van een *pre pack* transactie niet is gericht op liquidatie maar op continuïteit. Zodoende moet er volgens FNV c.s. van worden uitgegaan dat de regels inzake de overgang van onderneming (art. 7:663 BW), die alleen van

toepassing zijn buiten faillissement (art. 7:666 BW), alsnog van toepassing zijn zodat *alle* voormalige werknemers van Estro van rechtswege bij Smallsteps in dienst zijn getreden. Het tweede argument dat FNV c.s. heeft aangevoerd is dat artikel 7:663 BW van toepassing is omdat de overgang van de onderneming heeft plaatsgevonden vóór het faillissement.

De Rechtbank Noord-Nederland heeft in dit betoog aanleiding gezien een viertal prejudiciële vragen te stellen, die aan de orde stellen of Richtlijn 2001/23 EG van toepassing is bij overgang van een onderneming door middel van een *pre pack* (tweede vraag), en of het bepaalde in artikel 7:666 lid 1 aanhef en onder a BW zich in geval van een *pre pack* verdraagt met doel en strekking van deze richtlijn (eerste vraag). De hiermee opgeworpen kwestie is hoe op grond van het in artikel 5 lid 1 en 2 van de richtlijn gemaakte onderscheid tussen enerzijds procedures die vereffening en anderzijds procedures die voortzetting van de onderneming beogen, de scheidslijn tussen beide procedures getrokken dient te worden.

Leest men de conclusie van de advocaat-generaal dan leidt het weinig twijfel of het Hof zal de door de kantonrechter gestelde vragen aangrijpen om het begrip liquidatieprocedure in de richtlijn, afgezet tegen het begrip procedures die zijn gericht op de voortzetting van de onderneming, verder te versmallen en daarmee het uitzonderingsregime van artikel 5 lid 1 verder te verkleinen.

De A-G komt vrij vlot tot de conclusie dat voor het te maken onderscheid niet het formele doel van de procedure voorop staat, maar dat in hybride procedures zoals *pre pack* die de voortzetting van de onderneming beogen, haar behoud het centrale element, het ultieme doel van de procedure als zodanig of van de toepassing daarvan in concreto vormt. In procedures die de vereffening beogen, dient dat behoud daarentegen louter ter uitbetaling van de schuldeisers (punt 57-58, slot). Het beoogde doel geeft dus de doorslag. De A-G onderzoekt vervolgens of dit criterium de toepasselijkheid van artikel 5 lid 1 met zich brengt in de Estro-zaak (punt 65, 74). Dat is volgens de A-G niet het geval, nu het zijns inziens geen twijfel leidt dat een *pre pack*, ofschoon zij ten dele kan plaatsvinden in het kader van een faillissementsprocedure, niet kan worden ingedeeld bij de klassieke procedures die gericht zijn op de liquidatie van de onderneming (punt 75-77, 83). De A-G beantwoordt de prejudiciële vragen samengenomen dan ook aldus dat een procedure die tot de sluiting van een *pre-pack* overeenkomst leidt, zoals die welke in de Estro-zaak heeft plaatsgevonden, ofschoon deze ten dele kan plaatsvinden in het kader van een faillissementsprocedure, niet onder de in artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG voorziene uitzondering valt, zodat de bij de artikelen 3 en 4 van die richtlijn geboden bescherming voor de werknemers van toepassing is bij de overgang van een onderneming of een onderdeel daarvan in het kader van een dergelijke *pre-pack* (punt 84, 87). Daarbij is niet van belang de omstandigheid dat de toepassing van die procedure tevens kan leiden tot een maximalisatie van de uitbetaling van

de schuldeisers (punt 91).

Het woord is nu aan het Hof, maar het ziet ernaar uit dat de uitspraak grote gevolgen voor zowel de prille Nederlandse *pre pack* praktijk als reguliere doorstarts zal gaan hebben. Het is in dat verband vermeldenswaardig dat de Nederlandse regering met betrekking tot het *pre pack* wetsvoorstel, het standpunt heeft ingenomen dat Richtlijn 2001/23/EG niet van toepassing is.

*M. Verdonk, april 2017.*

---

**Instantie:** Internationaal overig

**Datum uitspraak:** 29-03-2017

**ECLI:** ECLI:EU:C:2017:241

**Zaaknummer:** C-126/16

**Wetsartikelen:** Richtlijn 2001/23/EG en 7:666 BW

## RECHTSPRAAK

***Geen gewone hoofdelijkheid maar borgtocht, ook al was 'hoofdelijkheid' overeengekomen, nu het voor kredietverlener duidelijk was dat de schuld de borg niet zelf aanging. Schuldeiser heeft haar zorgplicht als bedoeld in artikel 6:154 BW geschonden richting borg door stil pandrecht op auto's niet te registreren. Echter ook eigen schuld borg (art. 6:101 BW).***

De schuldeiser heeft 30.000 euro ter beschikking gesteld aan een bv. In de overeenkomst is 'hoofdelijke aansprakelijkheid' van de DGA opgenomen. Tevens vermeldt de overeenkomst dat een pandrecht gevestigd zal worden op een aantal auto's. Kort na de geldlening faillieert de bv. De pandaktes, die de schuldeiser zou registreren, zijn nooit geregistreerd.

Het hof oordeelt anders dan de rechtbank dat sprake is van borgtocht, ook al is de bewoording hoofdelijkheid gebruikt, nu het voor de schuldeiser gezien de omstandigheden duidelijk moest zijn dat het krediet de DGA niet zelf aanging. Voorts oordeelt het hof dat de schuldeiser door de pandaktes niet te registreren onzorgvuldig heeft gehandeld naar de borg (art. 6:154 BW). De borg zelf treft hier echter ook blaam (art. 6:101 BW), nu de vennootschap kort na de lening is gefailleerd op eigen aangifte en de DGA niet geïnformeerd heeft of de pandaktes reeds waren geregistreerd. Daarom wordt de schadevergoeding waar de DGA recht op heeft wegens schending van artikel 6:154 BW gematigd tot 50 procent.

*A.L. Jonkers, april 2017.*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 28-03-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2017:2667

**Zaaknummer:** 200.179.365

**Rechters:** H.C. Frankena, A.C. Gratama en I. Brand

**Advocaten:** M. Breur en N. Baouch

**Wetsartikelen:** 6:154 BW en 7:850 BW

## RECHTSPRAAK

***Failliet verklaarde vennoot tekent verzet aan tegen haar faillietverklaring die wegens hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van de VOF is uitgesproken. Verweer houdt in dat ze geen vennoot was, hoewel dit wel in het handelsregister stond. Verweer slaagt niet.***

De rechtbank verwerpt het verweer dat de vennoot, hoewel als zodanig in het register ingeschreven, in werkelijkheid geen vennoot was. Dat ze niet vermeld stond in het vennootschapscontract, kan gezien artikel 22 WvK niet jegens derden worden ingeroepen. Tevens heeft ze zich bij de ondertekening van een contract met een Grieks restaurant gedragen als vennoot.

*A.L. Jonkers, april 2017*

---

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 28-03-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBDHA:2017:3621

**Zaaknummer:** C/09/17/58 F

**Rechters:** W.J. Don \*\*\*\*\*

**Advocaten:** M. de Boorder

**Wetsartikelen:** 1 Fw en 22 WvK

RECHTSPRAAK

**Eigen aangifte X.**

***De rechtbank wijst eigen aangifte tot faillietverklaring af. Verzoeker heeft zijn verplichtingen ex artikel 21 Rv geschonden.***

Verzoeker van de eigen aangifte tot persoonlijke faillietverklaring overlegt geen complete schuldenlijst. Hij heeft, onder andere, een vordering jegens hem uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid niet opgenomen op deze lijst.

Op grond van artikel 21 Rv zijn partijen verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Wordt die verplichting niet nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.

De rechtbank overweegt dat verzoeker zijn schuldenlast en de oorzaak van het ontstaan van zijn schulden niet volledig heeft aangevoerd. Omvang van de schuldenlast en het ontstaan van de schulden zijn feiten die voor de beslissing op de aangifte tot faillietverklaring van belang zijn. De omvang van de schuldenlast is, afgezet tegen de bezittingen van verzoeker, een feit dat medebepalend is voor het antwoord op de vraag of verzoeker in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. De oorzaak van het ontstaan van de schulden is mede van belang voor de beantwoording van de vraag welke curator de rechtbank moet benoemen.

Hieruit trekt de rechtbank het gevolg dat ook aan de volledigheid van de door schuldenaar opgegeven lijst van bezittingen moet worden getwijfeld. Dat verzoeker in de toestand verkeert dat hij (anders dan op eigen initiatief) heeft opgehouden te betalen, is dan ook niet summierlijk gebleken.

S. van zwam

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 11-04-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2017:1879

**Zaaknummer:** FT EA 17/79

**Rechters:** M.H.F. van Vugt

**Wetsartikelen:** 21 Rv

## RECHTSPRAAK

### **Citicorp/PTIF**

#### ***In hoger beroep alsnog intrekking voorlopige surseance van betaling en uitspreken faillissement van PTIF.***

Op 30 september 2016 heeft PTIF bij de Rechtbank Amsterdam het verzoek ingediend haar (voorlopige) surseance van betaling te verlenen. Bij het verzoekschrift was een ontwerpakkoord gevoegd. Bij beschikking van 3 oktober 2016 is door de rechtbank aan PTIF voorlopige surseance van betaling verleend.

PTIF maakt onderdeel uit van een groep vennootschappen (hierna: de Oi Groep). De Oi Groep is een van de grootste geïntegreerde serviceproviders in de telecommunicatiesector ter wereld. Oi S.A. is de moedervernootschap van de Oi Groep. De aandelen in Oi S.A. worden op de beurs van São Paulo verhandeld en op de New York Stock Exchange. Een groot deel van de financiering van de Oi Groep loopt via haar twee Nederlandse financieringsmaatschappijen: Oi Coop en PTIF.

PTIF had op 20 juni 2016 notes uitgegeven voor een bedrag van circa 3,9 miljard euro. Medio 2015 werd door PTIF een bedrag van circa 3,8 miljard euro doorgeleend aan Oi Coop. Oi Coop had op haar beurt een bedrag van circa 4 miljard euro doorgeleend aan Oi S.A. en een bedrag van 1,6 miljard euro aan groepsvennootschap Oi Móvel S.A. (hierna: Oi Móvel).

Citicorp maakt deel uit van de Citibank Groep en functioneert als trustee in een veelheid van internationale financieringsstructuren, waaronder een Note Program van 4,4 miljard euro van PTIF.

In eerste aanleg hebben Citicorp en de bewindvoerder van PTIF de rechtbank verzocht om intrekking van de voorlopig verleende surseance en het gelijktijdig uitspreken van het faillissement van PTIF. De rechtbank heeft het verzoek van de bewindvoerder in dezelfde beschikking waarvan beroep afgewezen en heeft daartoe, kort samengevat, overwogen dat niet gesteld of gebleken is dat de schuldeisers beter af zullen zijn in geval de surseance wordt ingetrokken en PTIF failliet wordt verklaard en geen van de gronden voor intrekking van de surseance (art. 242 lid 1 Fw) zich voordoet. De rechtbank heeft partijen ten slotte in

overweging gegeven met elkaar in gesprek te gaan om de verwachtingen over en weer (opnieuw) met elkaar af te stemmen en om de bewindvoerder in staat te stellen zijn taak behoorlijk te vervullen. Het verzoek van Citicorp is eveneens afgewezen, nu dit verzoek volgens de rechtbank geen andere gronden bevat dan dat van de bewindvoerder. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt Citicorp met haar grieven op.

Citicorp werpt onder meer als grieven op dat het voorgestelde akkoord, waarmee PTIF heeft ingestemd, Oi S.A. en Oi Móvel het voordeel biedt dat zij Oi Coop niet meer behoeven te betalen en Oi Coop dat zij PTIF niet meer hoeft te betalen. De groepsmaatschappijen Oi S.A. en Oi Móvel worden dus bevoordeeld. Deze bevoordeling gaat ten koste van Citicorp en andere schuldeisers, die niet meer kunnen worden betaald uit de opbrengsten van de betalingen van Oi S.A. en Oi Móvel aan Oi Coop en vervolgens van Oi Coop aan PTIF. PTIF had niet zonder meer mogen instemmen met het voorstel om afstand te doen van haar vordering op Oi Coop.

Deze grieven slagen. Het hof is van oordeel dat hier sprake is van een daad van beheer of beschikking van PTIF betreffende een boedelbestanddeel, namelijk het door PTIF doen van een voorstel tot afstand van haar vordering van 3,8 miljard euro op Oi Coop, waarvoor ingevolge artikel 228 lid 1 Fw de toestemming van de bewindvoerder vereist was, terwijl PTIF daarover met de bewindvoerder geen inhoudelijk overleg heeft gevoerd en die toestemming ook niet heeft gevraagd. Hiermee is voldaan aan de intrekingsgrond van artikel 242 lid 1 sub 3 Fw.

Citicorp betoogt met een andere grief dat PTIF in Brazilië actief stappen heeft ondernomen om de bewindvoerder buitenspel te zetten om te voorkomen dat hij de belangen van de schuldeisers van PTIF kan behartigen in het kader van een geconsolideerde gerechtelijke herstructureringsprocedure in Brazilië. Op 28 november 2016 heeft PTIF een verzoekschrift ingediend bij de Braziliaanse rechtbank waarin PTIF de Braziliaanse rechter onder meer verzoekt te verklaren dat de bewindvoerder zich zonder toestemming van het Braziliaanse Superior Court of Justice niet mag bemoeien met die procedure en zich dient te onthouden van elke handeling die gericht is op het belemmeren van acties door de raad van bestuur van PTIF met betrekking tot die procedure, op straffe van een boete.

Het hof acht dit verzoek van PTIF in rechte niet verenigbaar met haar gehoudenheid om met open vizier in samenspraak met de bewindvoerder te komen tot een adequaat beheer van de boedel. Met dat verzoek beoogt PTIF immers, zonder overeenstemming met de bewindvoerder na te streven, de bevoegdheden van de bewindvoerder ten aanzien van het beheer van de boedel aan banden te leggen. Aldus heeft PTIF zich, gedurende de loop van de surseance, volgens het hof schuldig gemaakt aan kwade trouw in het beheer van de boedel, in

de zin van artikel 242 lid 1 sub 1 Fw.

De slotsom is dat de grieven slagen en de bestreden beschikking voor zover betreffende Citicorp zal worden vernietigd. De surseance van PTIF wordt ingetrokken en haar faillissement wordt uitgesproken.

*B. Hoyng, april 2017*

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 19-04-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2017:1326

**Zaaknummer:** 200.209.198/01

**Rechters:** M.L.D. Akkaya, D.J. Oranje en J.W.M. Tromp

**Advocaten:** B.W.G. van der Velden, S.J. van Calker, W.H.J. van den Wildenberg, R.D. Vriesendorp, R. van den Sigtenhorst en K.M. Sixma

**Wetsartikelen:** 215 lid 2 Fw, 218 Fw, 220 Fw, 228 Fw, 242 lid 1 sub 1, 3 en 4 Fw en 265 lid 1 Fw

RECHTSPRAAK

## **Citadel c.s./Oi Coop**

### ***In hoger beroep alsnog intrekking voorlopige surseance van betaling en uitspreken faillissement van Oi Coop.***

Op 9 augustus 2016 heeft Oi Coop bij de Rechtbank Amsterdam het verzoek ingediend haar (voorlopige) surseance van betaling te verlenen. Bij het verzoekschrift was een ontwerpakkoord gevoegd. Bij beschikking van 9 augustus 2016 is door de rechtbank aan Oi Coop voorlopige surseance van betaling verleend.

Oi Coop maakt onderdeel uit van een groep vennootschappen (hierna: de Oi Groep). De Oi Groep is een van de grootste geïntegreerde serviceproviders in de telecommunicatiesector ter wereld. Enig lid van Oi Coop is Oi S.A., de moedervennootschap van de Oi Groep. De aandelen in Oi S.A. worden op de beurs van São Paulo verhandeld en op de New York Stock Exchange. Een groot deel van de financiering van de Oi Groep loopt via haar twee Nederlandse financieringsmaatschappijen: Oi Coop en PTIF.

Oi Coop heeft twee series van obligaties uitgegeven, per 20 juni 2016 voor in totaal 1,9 miljard euro. Daarnaast heeft Oi Coop een schuld aan PTIF van circa 3,8 miljard euro onder een kredietovereenkomst van 2 juni 2015. Oi Coop heeft circa 4 miljard euro uitgeleend aan Oi S.A. in de periode van juni 2015 tot maart 2016 en circa 1,6 miljard euro aan Oi Móvel S.A (hierna Oi Móvel) in maart 2016.

De bewindvoerder van Oi Coop en een groep crediteuren van Oi Coop (hierna: Citadel c.s.) hebben de rechtbank verzocht om intrekking van de voorlopig verleende surseance en het gelijktijdig uitspreken van het faillissement van Oi Coop. De rechtbank heeft het verzoek van de bewindvoerder in dezelfde beschikking waarvan beroep afgewezen en heeft daartoe, kort samengevat, overwogen dat niet gesteld of gebleken is dat de schuldeisers beter af zullen zijn in geval de surseance wordt ingetrokken en Oi Coop failliet wordt verklaard en geen van de gronden voor intrekking van de surseance (art. 242 lid 1 Fw) zich voordoet. De rechtbank heeft partijen ten slotte in overweging gegeven met elkaar in gesprek te gaan om de verwachtingen over en weer (opnieuw) met elkaar af te stemmen en om de bewindvoerder in staat te stellen zijn taak behoorlijk te vervullen. Het verzoek van Citadel c.s. is eveneens afgewezen, nu dit

verzoek volgens de rechtbank geen andere gronden bevat dan dat van de bewindvoerder. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komen Citadel c.s. met hun grieven op.

Citadel c.s. werpen onder meer als grief op dat de rechtbank ten onrechte aan de intrekking grond dat de schuldenaar tracht zijn schuldeisers te benadelen (art. 242 lid 1 sub 2 Fw) de voorwaarde heeft verbonden dat dit gedurende de loop van de surseance moet plaatsvinden. Deze tijdsbepaling is echter alleen in artikel 242 lid 1 sub 1 Fw vermeld. Nu de bewindvoerder heeft vastgesteld dat Oi Coop samen met Oi S.A. en Oi Móvel haar schuldeisers ernstig heeft benadeeld in het jaar voorafgaande aan de surseance, is aan de grond voor intrekking in artikel 242 lid 1 sub 2 voldaan, aldus Citadel c.s.

Het hof overweegt dat in artikel 218 lid 4 Fw is bepaald dat surseance nimmer definitief kan worden verleend, indien er gegronde vrees bestaat dat de schuldenaar zal trachten de schuldeisers tijdens de surseance te benadelen. Artikel 242 lid 1 sub 1 Fw bepaalt dat de surseance door de rechtbank kan worden ingetrokken, indien de schuldenaar zich, gedurende de loop der surseance, aan kwade trouw in het beheer van de boedel schuldig maakt. Deze twee bepalingen zien blijkens de daarin verwoorde tijdsbepaling op ontoelaatbaar handelen of nalaten van de schuldenaar tijdens de surseance. Een dergelijke tijdsbepaling is echter niet opgenomen in artikel 242 lid 1 sub 2 Fw: de surseance kan worden ingetrokken, indien de schuldenaar zijn schuldeisers tracht te benadelen. Dit duidt er op dat die tijdsbepaling niet geldt voor deze intrekking grond.

Citadel c.s. grieven verder met het betoog, kort samengevat, dat de bewindvoerder vanaf dag één tot aan het einde van zijn benoeming over dezelfde informatie als (het bestuur van) Oi Coop moet kunnen beschikken 'teneinde met de schuldenaar het beheer over diens zaken te voeren' (art. 215 lid 2 Fw), terwijl (het bestuur van) Oi Coop weigert om die informatie met de bewindvoerder te delen.

Het hof constateert onder meer uit de overgelegde correspondentie tussen de bewindvoerder en het bestuur van Oi Coop dat Oi Coop niet bereid is tot het beantwoorden van de vragen van de bewindvoerder, die het hof ter zake dienend acht gezien zijn taak om met het bestuur van Oi Coop het beheer over haar zaken te voeren (art. 215 lid 2 Fw) en ter vergadering verslag uit te brengen over het aangeboden akkoord (art. 265 lid 1 Fw).

De slotsom is dat de hiervoor behandelde grieven van Citadel c.s. slagen en de bestreden beschikking zal worden vernietigd. De voorlopig verleende surseance van Oi Coop wordt ingetrokken en Oi Coop wordt in staat van faillissement verklaard.

*B. Hoyng, april 2017*

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 19-04-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2017:1325

**Zaaknummer:** 200.209.207/01

**Rechters:** M.L.D. Akkaya, D.J. Oranje en J.W.M. Tromp

**Advocaten:** F. \*\*\*\*\*, G.H. Gispen, D.G.J. Heems, L.P. Kortmann en mr. drs. V.G.M. Leferink

**Wetsartikelen:** 215 lid 2 Fw, 218 Fw, 220 Fw, 228 Fw, 242 lid 1 sub 2, 3 en 4 Fw en 265 lid 1 Fw

## RECHTSPRAAK

***Een natuurlijke persoon heeft verzet aangetekend tegen de faillietverklaring van hemzelf. Dat faillissement was uitgesproken op aanvraag van een bv die schuldeiser is van een vof, waarvan verzoeker een van de vennoten is. Zijn belangrijkste bezwaar is dat zijn COMI niet in Nederland maar in Griekenland gelegen zou zijn. De rechtbank is daar echter niet van overtuigd. De vof verricht (in ieder geval primair) activiteiten in Nederland en verzoeker is zelf ook mede-eigenaar van een appartementsrecht in Nederland. Dat hij vanuit Griekenland zijn beheer zou voeren is gesteld nog gebleken. Ook de stelling dat hij in Griekenland een arbeidsovereenkomst zou zijn aangegaan, is onvoldoende bewezen.***

A.L. Jonkers, april 2017

---

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 28-03-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBDHA:2017:3618

**Zaaknummer:** C/09/17/57 F

**Rechters:** W.J. Don \*\*\*\*\*

**Advocaten:** M. de Boorder

**Wetsartikelen:** 1 Fw en 3 lid 1 Verordening 1346/2000

RECHTSPRAAK

**Gratema q.q. en Looyen q.q./H.**

***De vordering van curatoren dat sprake is van een onverplichte doorbetaling van een ten behoeve van de crediteuren ingesteld ‘noodfonds’, die is aan te merken als een samenstel van rechtshandelingen dat paulianeus is, strandt wegens het ontbreken van de vereiste sterke samenhang tussen de rechtshandelingen.***

Het gaat in dit interlocutoir om het volgende. Gedaagde H was huisadvocaat van wijlen de heer K en diens vennootschappen, waaronder zijn persoonlijke holding Plassania. Op 13 september 2010 is Plassania failliet verklaard.

Op 31 mei 2010 heeft Plassania een lening van twee miljoen euro gekregen van FGH Bank. Dat geld (het zgn. ‘noodfonds’) is vervolgens met een omweg via de groeps-B.V. De Drie Gezusters overgemaakt naar een rekening van K, om van daaruit te worden overgeschreven naar de rekening van de echtgenoot van K, die in Spanje woont.

Na het overlijden van K zijn diens nichtje en zwager bij testament benoemd tot het nieuwe bestuur van Plassania en is zijn echtgenoot aangewezen als enig erfgenaam.

H stond Plassania als advocaat bij in de diverse rechtszaken waarin zij verwickeld was. In samenspraak met het nieuwe bestuur is H in juni 2010 in overleg getreden met de diverse precaire schuldeisers, zoals de brouwerijen en de bank, over een standstill-overeenkomst.

Bij administratieonderzoek door de boekhouder van Plassania is de FGH-lening getraceerd. De boekhouder heeft dit gemeld aan H en voorgesteld hiermee de precaire schuldeisers te voldoen zodra het geld door de weduwnaar van K zou zijn overgeboekt naar de derdenrekening van H.

Die bijboekingen hebben plaatsgevonden tussen 20 juli 2010 en 16 augustus 2010, waarbij in totaal € 1.515.000 is overgemaakt. Hiervan zijn in de periode van 27 juli 2010 tot en met 30 november 2010 crediteuren van Plassania voor een totaalbedrag van € 1.144.860,18 betaald.

Op 20 augustus 2010 heeft Stichting Dergengelden een bedrag van € 100.000 overgeboekt naar de rekening van de weduwnaar van K onder vermelding van 'in uw opdracht retour uit noodfonds'. Ook aan diens crediteuren heeft Stichting Dergengelden een bedrag van in totaal € 2.779,04 overgemaakt. Ten slotte is ook gedaagde's gage betaald.

Op 29 november 2010 is tussen gedaagde, de weduwnaar van K en de nieuwe directie van Plassania een overeenkomst getekend, waarbij H door de weduwnaar van K (met terugwerkende kracht) uitdrukkelijk is gemachtigd om met door hem beschikbaar gestelde gelden vanaf de derdenrekening schuldeisers van Plassania te betalen.

De curatoren hebben ten aanzien van dit samenstel van handelingen betoogd dat deze paulianeus zijn op grond van artikel 42 jo. 43 Fw. Het betoog van de curatoren komt er kort gezegd op neer dat K met de door FGH Bank aan Plassania verstrekte lening een noodfonds ten behoeve van Plassania heeft opgericht. Het noodfonds was bedoeld om crediteuren van Plassania te betalen. Nu het geld door K met een omweg is doorbetaald op de derdenrekening van gedaagde is evenwel getracht het noodfonds buiten het vermogen van Plassania te brengen. Door de latere betalingen door gedaagde vanaf de derdenrekening uit hoofde van de overeenkomst zijn de crediteuren benadeeld omdat het geld niet is aangewend te hunner voldoening.

Dat betoog faalt. Ten aanzien van de doorbetaling van het noodfonds ontbreekt de vereiste sterke samenhang tussen de rechtshandelingen (zie HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1117, inzake Air Holland). Redengevend is het tijdsverloop tussen de rechtshandelingen en de uiteindelijke omvang van het noodfonds. Daarbuiten miskennen de curatoren dat Plassania geen contractspartij bij de overeenkomst is geweest. Het enkele feit dat de nieuwe directie van Plassania de overeenkomst uitsluitend ter bevestiging dat de afspraken in de overeenkomst juist zijn weergegeven heeft meeondertekend, maakt Plassania nog een geen contractspartij. De curatoren krijgen een bewijsopdracht ten aanzien van de vraag of het noodfonds aan Plassania toebehoorde. Daaruit moet dan vervolgens worden afgeleid of de pauliana vanuit de faillissementsboedel of de rechtspositie van de weduwnaar moet worden beoordeeld.

*M. Verdonk*

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 08-03-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2017:1516

**Zaaknummer:** C/13/602255 / HA ZA 16-158

**Rechters:** G.H. Marcus

**Advocaten:** G.J. ten Hagen en J.H. Duyvensz

**Wetsartikelen:** 42 Fw en 43 Fw

## RECHTSPRAAK

### **Ontvanger/Komobouw**

***De Ontvanger kan de door hem opgevoerde steunvorderingen doen steunen op de administratie van de gefailleerde. Hetgeen in de boekhouding wordt opgevoerd is voor rekening en risico van de schuldenaar.***

De ontvanger heeft het faillissement van Komobouw aangevraagd wegens het onbetaald laten van aan Komobouw opgelegde belastingaanslagen. Komobouw zou daarnaast andere schuldeisers onbetaald laten, aldus de Ontvanger.

De rechtbank heeft het verzoek tot faillietverklaring afgewezen omdat haar onvoldoende is gebleken dat Komobouw andere schuldeisers onbetaald laat, zodat niet is voldaan aan het pluraliteitsvereiste. In dit hoger beroep handhaaft de Ontvanger zijn verzoek, en heeft de Ontvanger van drie verschillende vermeende schuldeisers van Komobouw (die in eerste aanleg nog niet vermeld waren) stukken overgelegd ter adstructie van zijn grief, inhoudende dat er wel degelijk sprake zou zijn van pluraliteit van schuldeisers.

De Ontvanger baseert de door hem genoemde steunvorderingen op een crediteurenlijst in de administratie van Komobouw, waarin medewerkers van de Ontvanger een boekenonderzoek hebben gedaan. Met deze bedrijven is vervolgens contact opgenomen en deze bedrijven hebben de nodige schriftelijke stukken aan de Ontvanger gegeven, die thans in hoger beroep zijn overgelegd.

Komobouw stelt dat uit dit boekenonderzoek door medewerkers van de Ontvanger geen conclusies kunnen worden getrokken. Naar Komobouw stelt, zijn in deze administratie per abuis ook facturen van zustervennootschappen opgenomen. Daarnaast is het concern naar eigen zeggen bezig om orde in de administratieve chaos te scheppen. Komobouw stelt voorts dat de betreffende boekhouding van Komobouw slechts een conceptboekhouding is.

Dat verweer faalt. Anders dan door Komobouw aangevoerd is het hof met de Ontvanger van oordeel dat de administratie resp. boekhouding van Komobouw als basis kan dienen voor het vaststellen welke vorderingen op Komobouw betrekking hebben. Dat ook vorderingen die

betrekking hebben op zusterbedrijven van Komobouw in de boekhouding van Komobouw geraken, is een omstandigheid die voor rekening en risico van Komobouw komt. Immers, het is een medewerker van Komobouw zelf dan wel een door Komobouw ingeschakelde medewerker die deze vorderingen heeft opgenomen in de boekhouding van Komobouw.

De in de boekhouding opgenomen vorderingen kunnen daarom als steunvorderingen dienen. Aldus slaagt de Ontvanger erin aan te tonen dat sprake is van pluraliteit van schuldeisers.

*M. Verdonk*

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 23-02-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2017:690

**Zaaknummer:** 200.205.421\_01

**Rechters:** A.P. Zweers-van Vollenhoven, L.Th.L.G. Pellis en M. Breur

**Advocaten:** S.C. Zum Vörde Sive Vörding en H.H. Gerdes

**Wetsartikelen:** 1 Fw en 6 lid 4 Fw

RECHTSPRAAK

**Lodder/X en Y.**

***Nu het pandrecht was gevestigd voor een in rekening-courant verstrekt krediet, blijft het pandrecht – ondanks een eventuele tussentijdse nulstand na verrekening – bestaan totdat die relatie is beëindigd en vaststaat dat er geen vordering op de pandgever resteert (art. 3:231 BW).***

Lodder, eiseres, is een maatschap van accountants en fiscalisten. Een van de maten was de zelfstandige maatschap NuAdvies. Gedaagden lieten sinds begin jaren negentig hun boekhouding verzorgen door NuAdvies. De daaruit voortvloeiende vorderingen zijn door NuAdvies (zo nodig bij voorbaat) openbaar verpand aan Maatschap Lodder (art. (3:97 jo.) 3:236 lid 2 jo. 3:94 BW). Dit in het kader van een door Lodder verstrekt rekening-courant krediet aan NuAdvies (art. 3:227 BW).

NuAdvies is op 2 april 2013 failliet verklaard. Op dat moment was reeds tussen Lodder en NuAdvies in rechte aan de orde of Lodder over een geldig pandrecht beschikte op grond van een vordering van Lodder op NuAdvies van € 2,4 miljoen. Deze procedure is overeenkomstig artikel 29 Fw geschorst voor zover het de betaling van het gevorderde betreft. Over het pandrecht is door Lodder en de curator doorgeprocedeerd, waarbij uiteindelijk is komen vast te staan dat Lodder over een geldig pandrecht beschikt.

Lodder heeft gedaagden meermaals en tevergeefs verzocht de aan haar verpande vorderingen te betalen. Gedaagden hebben dit geweigerd, onder meer stellende dat niet aan de vestigingsvereisten is voldaan omdat de verpande vorderingen niet vermeld staan op geregistreerde pandlijsten. De rechtbank oordeelt hierover kort en goed dat dat standpunt niet in overeenstemming is met de wet. Bij een openbaar pandrecht is geen registratie van pandlijsten vereist (art. 3:236 lid 2 jo. 3:94 (1) BW).

De rechtbank stelt vervolgens vast dat Lodder op grond van het openbaar pandrecht door mededeling inningsbevoegd werd (art. 3:246 lid 1 BW). Voor zover gedaagde tracht te betogen dat het pandrecht vervolgens teniet is gegaan omdat Lodder niets meer van NuAdvies had te

vorderen, faalt dit betoog. Het pandrecht werd immers gevestigd voor een in rekening-courant verstrekt krediet (art. 6:140 BW). Mitsdien vervalt het pandrecht pas als die rekening-courantverhouding is beëindigd en vast staat dat er nadien geen vordering van Lodder op NuAdvies resteert (zie art. 3:231 BW).

*M. Verdonk*

---

**Instantie:** Rechtbank Gelderland

**Datum uitspraak:** 22-02-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBGEL:2017:1252

**Zaaknummer:** 304836

**Rechters:** N.W. Huijgen

**Advocaten:** R. van Biezen en J. Goemans

**Wetsartikelen:** 3:246 lid 1 BW, 3:231 BW, 3:236 lid 2 BW, 3:94 lid 1 BW en 3:227 BW

RECHTSPRAAK

**Curator Ramblas Entertainment/Kelly Edvalda c.s.**

***De door de curator aangevoerde bevindingen van de Belastingdienst omtrent naleving van de administratieplicht van artikel 52 AWR kunnen niet zonder meer tot het oordeel leiden dat ook de civielrechtelijke administratieplicht van artikel 2:248 lid 2 jo. 2:10 BW is geschonden. Wel kunnen constatering van de Belastingdienst in de oordeelsvorming van de rechter betrokken kunnen worden.***

Rambblas Entertainment exploiteerde tot aan haar faillissement een discotheek. Rambblas Holding is enig aandeelhouder en bestuurder van Rambblas Entertainment. Enig aandeelhouder en bestuurder van Holding is de particulier gedaagde sub 3.

Naar aanleiding van een door de Belastingdienst op 24 februari 2014 Bij Rambblas Entertainment ingesteld boekenonderzoek, heeft de Belastingdienst gerapporteerd dat Rambblas Entertainment niet voldaan heeft aan de fiscale administratie-, bewaar- en informatieplicht (art. 52 AWR).

Op 19 augustus 2014 is Rambblas Entertainment failliet verklaard. In dit geding stelt de curator onder meer dat Holding en gedaagde sub 3 de op hen als (indirect) bestuurder rustende administratieplicht hebben geschonden zodat sprake is van onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 lid 2 jo. art. 2:10 jo. art. 2:11 BW). Ter onderbouwing van dit standpunt heeft de curator allereerst verwezen naar het rapport van de Belastingdienst.

Die vlieger gaat echter niet zonder meer op. De rechtbank overweegt dat in artikel 2:10 BW niet geregeld is op welke wijze de administratie dient te worden ingericht (zie HR 11 juni 1993, ECLI:NL:1993:ZCO994 en HR 10 oktober 2014 ECLI:NL:HR:2014:2932). De administratie dient op grond van artikel 2:10 BW een redelijk inzicht te geven in de vermogenspositie van de rechtspersoon.

Daar staat tegenover dat het doel van artikel 52 AWR is dat voldoende duidelijkheid wordt geboden om een nauwgezette naleving van de heffingswetten te waarborgen. Artikel 52 AWR stelt in dat verband nauwkeuriger eisen aan de administratie dan artikel 2:10 BW, aldus de

rechtbank.

Dit onderscheid in doelstelling van beide bepalingen betekent dat de in het rapport van de Belastingdienst opgenomen conclusies niet zonder meer tot het oordeel kunnen leiden dat ook de civielrechtelijke administratieplicht is geschonden. Voor dit onderscheid is naar de rechtbank overweegt ook aanleiding gelet op de vergaande consequenties die schending van artikel 2:248 lid 2 BW voor het bestuur met zich brengt.

Dat oordeel neemt echter niet weg dat de constatering van de Belastingdienst in de oordeelsvorming van de rechter betrokken kunnen worden. Die mogelijkheid vindt echter zijn beperking in het gegeven dat de Belastingdienst zijn analyse over tekortschietende administratie baseert op theoretische omzetberekeningen en niet op daadwerkelijke constatering. Dergelijke theoretische berekeningen kunnen als zodanig niet dienen als onderbouwing van de stelling van de Curator dat de administratie van Ramblas Entertainment niet voldoet aan de daaraan op grond van artikel 2:248 lid 2 BW jo. art. 2:10 BW te stellen eisen. Anders dan waarvan de Curator zonder nadere onderbouwing lijkt uit te gaan, is extrapolatie van het belastingonderzoek naar latere jaren niet verantwoord.

*M. Verdonk*

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 15-02-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2017:1424

**Zaaknummer:** C/10/473802 / HA ZA 15-351

**Rechters:** C. Bouwman, Th. Veling en J. Roest

**Advocaten:** M.A.J. Hartman en J.G.M. Stassen

**Wetsartikelen:** 2:10 BW, 2:248 lid 2 BW en 5 AWR

RECHTSPRAAK

**Pol q.q./X en Y. c.s.**

***De vordering met betrekking tot faillissementspauliana is onvoldoende onderbouwd. De enkele omstandigheid dat het ruim een jaar voor faillissement niet goed ging met de onderneming en dat er sprake was van een hoge schuldenlast, betekent nog niet dat op dat moment te voorzien was dat een faillissement onafwendbaar was.***

Het inmiddels gefailleerde Braverte B.V. hield zich bezig met de verkoop en toepassing van brandpreventiematerialen. Braverte was een volle dochter van HPS B.V. De heer X was vanaf juni 2012 tot aan haar faillissement bestuurder van Braverte. Enige maanden na de benoeming van de heer X is ook HPS tot bestuurder van Braverte benoemd. Enig aandeelhouder en bestuurder van HPS is mevrouw Y. Naast zijn werkzaamheden voor Braverte drijft de heer X vanaf 2008 de eenmanszaak Fireblock dat zich bezighoudt met brandpreventie.

Op 2 januari 2012 is de inventaris van Braverte B.V. verkocht aan HPS voor een bedrag van € 18.236 (de boekwaarde). De koopprijs is door HPS verrekend met de vordering uit rekening-courant die zij op Braverte B.V. had.

Op 5 januari 2013 is de voorraad van Braverte B.V. verkocht aan Fireblock voor een bedrag van € 24.395,23 (de inkoopwaarde). De koopprijs is door heer X verrekend met een vordering die hij had op Braverte B.V.

Braverte is op 5 maart 2013 failliet verklaard.

De curator heeft beide rechtshandelingen buitengerechtelijk vernietigd op grond van paulianeus handelen (art. 42 Fw). In de daaropvolgende procedure heeft de rechtbank slechts de transactie met Fireblock paulianeus geoordeeld. De vordering met betrekking tot de transactie met HPS is afgewezen omdat uit de stellingen van de curator niet blijkt dat de heer X en mevrouw Y ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid konden voorzien, zodat niet is komen vast te staan dat sprake was van wetenschap van benadeling (vgl. HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, ABN/Van Dooren q.q. III).

In hoger beroep stelt de curator ten aanzien van de (aan beide zijden van de rechtshandeling) vereiste wetenschap van benadeling bij de transactie met HPS, dat deze kan worden aangenomen op basis van de jaarrapporten van Braverte. Hij heeft daartoe betoogd dat Braverte schulden onbetaald liet, dat uit de jaarrekening van 2011 blijkt van een kortlopende schuld en dat uit feit dat de heer X en mevrouw Y Braverte financierden met eigen geld kan worden afgeleid dat de onderneming niet op eigen benen kon staan.

Het hof stelt voorop dat de enkele omstandigheid dat het niet goed ging met Braverte en dat er op 31 december 2011 sprake was van een hoge schuldenlast nog niet betekent dat op dat moment te voorzien was dat een faillissement onafwendbaar was. Ook blijkt uit latere jaarstukken dat de schuldpositie was verbeterd. Daarnaast hebben geïntimeerden aangegeven dat Braverte in 2011 een grote klus had en dat zij tussen 2011 en 2012 alle schuldeisers heeft voldaan. Ook hebben geïntimeerden benadrukt dat zij geld in de onderneming hebben gestoken om de personeelskosten en schulden te voldoen. Toen in 2012 bleek dat een grote opdracht niet door zou gaan is besloten om de activiteiten van Braverte af te bouwen. In dat licht is de stelling van de curator onvoldoende onderbouwd.

*M. Verdonk*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 14-02-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2017:1278

**Zaaknummer:** 200.164.299/01

**Rechters:** M.M.A. Wind, D.H. de Witte en J. Smit

**Advocaten:** J.M. Pol en P. van Rossum

**Wetsartikelen:** 42 Fw

RECHTSPRAAK

**Curator Whermo/A c.s.**

***Het beroep op paulianeus handelen strandt. Het hof kan bij gebreke van een deugdelijke vermogensvergelijking uit de stellingen van de curator niet afleiden dat de schuldeisers bij het achterwege blijven van de activaovereenkomst daadwerkelijk in een voordeliger positie zouden hebben verkeerd dan waarin zij thans verkeren.***

De groepsvennootschap Whermo B.V. dreef een paramedisch detacheringsbureau. Enig aandeelhouder van Whermo is de zustervenootschap geïntimeerde sub 2. Whermo wordt bestuurd door Holding. Geïntimeerde sub 3 en geïntimeerde sub 4, beiden natuurlijk persoon, zijn bestuurders van Holding.

Op 18 juni 2013 heeft Whermo met een aantal groepsmaatschappijen, waaronder ook geïntimeerde sub 2 en Holding, een activaovereenkomst gesloten. Daarbij heeft Whermo haar voorraad en inventaris verkocht aan geïntimeerde sub 2 voor € 48.300, welk bedrag aan Whermo is voldaan. Tegelijkertijd zijn alle intellectuele-eigendomsrechten daarbij verkocht aan Holding voor € 25.000, welk bedrag eveneens aan Whermo is voldaan. De lopende contracten en de goodwill van Whermo zijn op grond van de activaovereenkomst overgedragen aan vier andere groepsvennootschappen voor een koopsom van in totaal € 1.262.480. De opeisbaarheid van die koopsom is daarbij afhankelijk gesteld van bij de kopers te genereren winst.

Whermo is op 28 januari 2014 op eigen aangifte failliet verklaard. De curator van Whermo B.V. stelt in deze zaak dat het aangaan door Whermo van de activaovereenkomst als paulianeus kwalificeert, zodat deze overeenkomst vernietigbaar is (art. 42 Fw). Daarnaast heeft de curator in dat verband betoogd dat de bedrijfsvoering van Whermo niet kostendekkend was doordat operationele kosten op grond van een intercompanyregeling slechts gedeeltelijk werden doorbelast naar de overige groepsmaatschappijen. Hiervan kan het bestuur een ernstig verwijt worden gemaakt (art. 2:9 BW), aldus de curator.

Het hof stelt ten aanzien van zijn beoordeling voorop dat om te kunnen beoordelen of de

schuldeisers zijn benadeeld, de bestaande vermogenssituatie dient te worden afgezet tegen de hypothetische situatie die zou hebben bestaan als de activaovereenkomst en de doorbelastingsregeling niet waren gesloten.

Naar het oordeel van het hof had van de curator ten behoeve van een dergelijke vermogensvergelijking een heldere beschrijving verwacht mogen worden van de (al dan niet opeisbare) vorderingen die zich thans in de boedel bevinden, waaronder de vorderingsrechten uit de activaovereenkomst, vergezeld van een deugdelijk onderbouwde waardering daarvan. Zij had bovendien inzicht moeten verschaffen in de kosten van de boedel, opdat het saldo kan worden vergeleken met de hypothetische situatie. Het hof stelt vast dat een dergelijk overzicht ontbreekt.

De curator heeft voorts geen duidelijk standpunt ingenomen over de hypothetische situatie. Zij heeft daartoe twee scenario's beschreven, te weten de verkoop van de activa aan een derde en het aanvragen door Whermo van het eigen faillissement. Zij heeft evenwel verzuimd duidelijk inzicht te verschaffen in de vermogenssituatie van de beide scenario's. Het hof kan bij gebreke van een deugdelijke vermogensvergelijking dan ook uit de stellingen van de curator niet afleiden dat de schuldeisers bij het achterwege blijven van de activaovereenkomst daadwerkelijk in een voordeliger positie zouden hebben verkeerd dan waarin zij thans verkeren.

Voor zover de curator stelt dat de enkele omstandigheid dat niet is betaald voor de lopende contracten en de goodwill voldoende zou zijn voor de conclusie dat benadeling van schuldeisers heeft plaatsgevonden, kan zij daarin niet worden gevolgd. Evenmin heeft de curator ten aanzien van de kostendoorberekening voldoende gesteld om te concluderen dat de bestuurders in dit verband aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:9 BW.

*M. Verdonk*

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 20-12-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2016:5496

**Zaaknummer:** 200.181.521/01

**Rechters:** J.F. Aalders, J.W. Hoekzema en L.W. Louwerse

**Advocaten:** F.N. Jorritsma en L.W. Louwerse

**Wetsartikelen:** 2:9 BW en 42 Fw