Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 16, 2020

Nummer 16, 2020

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. H. Boven, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. C.M.A. Knoben, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.IJ. Overgoor, mr. M. Pinar, 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

Hoge Raad

Hof

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2020:585 16-07-2020

Weerlegging COMI-vermoeden natuurlijk persoon

Het COMI van een natuurlijk persoon die geen beroep of bedrijf uitoefent, wordt vermoed te zijn gelegen in de lidstaat waar hij zijn gebruikelijke verblijfplaats heeft (art. 3 lid 1 IVO-II). Dit vermoeden kan niet weerlegd worden op basis van het enkele feit dat het enige onroerend goed van de natuurlijk persoon zich bevindt in een andere lidstaat.

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1310 17-07-2020

Vordering verjaart niet na afwikkeling faillissement

Vordering verjaart niet na afwikkeling faillissement. Ook nadat het faillissement van een vennootschap vereenvoudigd is afgewikkeld en de vennootschap niet meer bestaat, is sprake van een verlengingsgrond als bedoeld in artikel 3:320 BW.

Hof

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:1357 27-07-2020

Weerlegging vermoeden van COMI in Italië en afwijzing faillissementsverzoek

Vermoeden dat COMI is gelegen in Italië is weerlegd. Het faillissementsverzoek wordt afgewezen, omdat leningen mogelijk niet verstrekt zijn aan de natuurlijk persoon maar aan zijn Amerikaanse vennootschappen.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:2014 02-07-2020

Niet summierlijk gebleken van het vorderingsrecht van werknemers die het faillissement hebben aangevraagd. Tegen de summierlijke bewijslevering van schuldeisers volstaat een summierlijke betwisting door de schuldenaar.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:1503 09-06-2020

Bank mag vordering op failliete vennootschap met schuld aan groepsmaatschappij van de failliet verrekenen op grond van contractueel overeengekomen verrekeningsbeding. Geen misbruik van recht of schending bancaire zorgplicht.
Verrekening ING van positief saldo met creditsaldo failliete vennootschap. ING was bevoegd om dit te doen. Er bestaat geen algemene regel die een bank verplicht de voor de klant minst bezwarende route te bewandelen bij de inning van een vordering. Geen sprake van misbruik van recht of schending van de bancaire zorgplicht. Misverstand bij kredietnemers over overgang pandrecht na verrekening.

Rechtbank

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2020:3692 24-07-2020

Opschortingsrecht
Wederpartij kan zich tegenover de curator beroepen op een opschortingsrecht, omdat de curator aan eerdere proceskostenveroordelingen niet heeft voldaan. Nu de curator advocaatkosten heeft betaald uit de boedel, kan hij zich in het kader van de proceskosten niet verschuilen achter de paritas creditorum.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2020:2540 21-07-2020

Voorlopige huurprijsvermindering in kort geding voor reisbemiddelingsorganisatie in verband met de coronacrisis
D-RT Retail hoeft tussen juni en december 2020 slechts 50% van de huurprijs te voldoen, omdat voldoende aannemelijk is dat de coronacrisis door de bodemrechter als onvoorziene omstandigheid wordt aangemerkt en niet is gebleken dat verhuurder de bodemprocedure niet kan afwachten.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2020:2578 20-07-2020

Curator maakt geen misbruik van bevoegdheid door opeising verhypothekeerde percelen na het verlopen van een 58 Fw-termijn
Na verloop van een gestelde termijn ex artikel 58 Fw (twee maanden) eist de curator de verhypothekeerde percelen op, terwijl de hypotheekhouder inmiddels een onderhandse koopovereenkomst heeft gesloten. Gelet op de feiten en omstandigheden maakt de curator geen misbruik van bevoegdheid.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:3494 17-07-2020

Huurprijs opschorten vanwege de Coronacrisis
Vanwege de Coronacrisis mag een huurder van een groot hotel (met wellness center en zwembad), drie restaurants, een nachtclub en een winkelruimte in Amsterdam een deel van de huurprijs opschorten in tijden van Corona op voorwaarde dat zij op korte termijn een bodemprocedure start, zo oordeelde de voorzieningenrechter.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:3220 15-07-2020

Behoort bankrekening vennootschap die is opgehouden te bestaan tot vermogen gefailleerde bestuurder? Heeft de bank haar zorgplicht geschonden?
Behoort de rekening van een ontbonden vennootschap die is opgehouden te bestaan tot het vermogen van de (enige) gemachtigde tot die rekening? Schendt de bank haar zorgplicht door een rekening niet te blokkeren wanneer die gemachtigde failleert?

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:6379 14-07-2020

Ongefundeerd artikel 69 Fw-verzoek
Verzoekster niet-ontvankelijk in verzoek ex artikel 69 Fw, omdat het verzoek materieel namens de bestuurder van de failliete vennootschap is ingediend. Bij ontvankelijkheid zouden de verzoeken worden afgewezen. Rechter-commissaris waarschuwt verzoekster dat zij wordt veroordeeld in de proceskosten als zij opnieuw een ongefundeerd artikel 69 Fw-verzoek indient.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:2639 03-07-2020

Peeters/Gatzen-vordering
Bestuurders hebben onrechtmatig gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers door kort voor faillissement forse bedragen aan zichzelf te betalen, terwijl overige schuldeisers onbetaald bleven. Het gevorderde voorschot van € 100.000 wijst de voorzieningenrechter toe.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:6671 01-07-2020

Vernietiging betaling ex artikel 47 Fw
Vernietiging betaling ex artikel 47 Fw. Het toegewezen bedrag wordt bepaald op het faillissementstekort, omdat schuldeisers niet voor een hoger bedrag zijn benadeeld.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2020:2261 17-06-2020

Herstructurering niet paulianeus, strijdig met goede zeden of onrechtmatig
De herstructurering door een hoofdelijk schuldenaar, waarbij alle dochtervennootschappen zijn verhangen naar een nieuwe vennootschap, is niet strijdig met de goede zeden, paulianeus of onrechtmatig. Volgens de rechtbank heeft ook de bank van de schuldenaar, die als financier en pandhouder op de aandelen in de

verhangen dochters met de herstructurering heeft ingestemd, niet onrechtmatig gehandeld.

RECHTSPRAAK

Behoort bankrekening vennootschap die is opgehouden te bestaan tot vermogen gefailleerde bestuurder? Heeft de bank haar zorgplicht geschonden?

Behoort de rekening van een ontbonden vennootschap die is opgehouden te bestaan tot het vermogen van de (enige) gemachtigde tot die rekening? Schendt de bank haar zorgplicht door een rekening niet te blokkeren wanneer die gemachtigde failleert?

In deze procedure heeft de curator van een natuurlijk persoon met een onderneming ING Bank N.V. in rechte betrokken. De curator vordert van ING het totaalbedrag dat na datum faillissement is ontvangen op een bankrekening die werd aangehouden bij ING, waartoe de failliet gemachtigd was en die op naam stond van een Engelse vennootschap die al voor datum faillissement was opgehouden te bestaan.

De curator is voor twee ankers gaan liggen. In de eerste plaats heeft de curator zich op het standpunt gesteld dat de bewuste bankrekening tot het vermogen van failliet behoorde. De curator geeft aan dat door de 'dissolution' van de Engelse vennootschap, deze vennootschap is opgehouden te bestaan; indien er op dat moment nog sprake was van actief, is dat actief overgegaan op de Engelse Kroon. Vanaf dat moment moet het er volgens de curator voor worden gehouden dat de rekening alleen ter beschikking stond van de failliet (die enig aandeelhouder en enig bestuurder van de vennootschap was) en ING daarom de rekening voor hem aanhield. De rechtbank gaat hierin niet mee en geeft aan dat de bankrekening van de ontbonden vennootschap een afgescheiden vermogensbestanddeel van die vennootschap blijft. Volgens de rechtbank moet het ervoor worden gehouden dat failliet als vereffenaar van de vennootschap ten behoeve van de Engelse Kroon over de bankrekening beschikt. Dat de curator heeft aangegeven dat failliet de bewuste rekening (klaarblijkelijk) heeft gebruikt om zijn onderneming voort te zetten en de opbrengsten buiten zijn zicht heeft gehouden, maakt volgens de rechtbank niet dat de gebruikte rekening tot het vermogen van failliet is gaan behoren.

Het tweede anker waarvoor de curator is gaan liggen is de zorgplicht van ING. De curator stelt

dat ING op het moment dat zij wist van de opheffing van de vennootschap en het faillissement van de failliet, de rekening had moeten blokkeren althans moeten monitoren. Door dit niet te doen heeft ING fraude mogelijk gemaakt. Ook op dit punt volgt de rechtbank de curator niet. De rechtbank overweegt dat de reikwijdte van de zorgplicht van ING jegens derden afhangt van de omstandigheden van het geval (HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, Safe Haven en HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, ABN AMRO/B) en dat sprake moet zijn geweest van subjectieve wetenschap bij ING van belangen die zouden worden geschaad. Volgens de rechtbank was er geen sprake van ongebruikelijke activiteiten – opheffing vennootschap en faillissement van de gemachtigde tot de rekening van die vennootschap – die noopten tot maatregelen. Ook geeft de rechtbank aan dat de curator geen aanvullende omstandigheden heeft aangedragen waarop ING had moeten acteren. Er waren geen aanwijzingen voor (dreiging van) fraude en de curator heeft ING niet verzocht in het kader van het voorkomen van fraude de rekening te blokkeren.

Alle vorderingen van de curator wijst de rechtbank derhalve af.

W.T.N. Vlasveld, augustus 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 15-07-2020
ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:3220
Zaaknummer: C/13/669687 / HA ZA 19-793 en C/13/669687 / HA ZA 19-793
Rechters: R.H.C. Jongeneel
Advocaten: L.T. Lonis en F.A. van de Wakker
Wetsartikelen: 20 Fw, 6:162 BW, 20 Fw en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Vordering verjaart niet na afwikkeling faillissement

Vordering verjaart niet na afwikkeling faillissement. Ook nadat het faillissement van een vennootschap vereenvoudigd is afgewikkeld en de vennootschap niet meer bestaat, is sprake van een verlengingsgrond als bedoeld in artikel 3:320 BW.

Een vennootschap, C Holding, heeft begin 2008 van de Rabobank een lening verkregen. Eiser tot cassatie heeft zich jegens de bank borg gesteld voor de leningsovereenkomst. Eind 2008 is de lening door de bank opgezegd. De lening is door de vennootschap niet terugbetaald. Vervolgens gaat de vennootschap failliet. De bank dient haar vordering in bij de curator.

In 2012 is de boedel in staat van insolventie in de zin van artikel 137d en 137f FW komen te verkeren; er heeft vereenvoudigde afwikkeling plaatsgevonden. De bank heeft in de tussentijd eiser aangesproken op zijn verplichtingen uit hoofde van de borgtocht. De vordering op de gefailleerde hoofdschuldenaar heeft zij niet meer gestuit; die bestaat immers niet meer.

Eiser stelt evenwel dat de hoofdvordering op de onderneming is verjaard. Daardoor zou de borgtocht teniet zijn gegaan. De bank stelt dat sprake is van een verlengingsgrond en dat de vordering dus niet is verjaard.

In eerste aanleg is de vordering van de bank afgewezen. Het hof wees de vordering toe, onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 30 juni 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1182). Daarin werd geoordeeld dat wanneer een faillissement wordt opgeheven bij gebrek aan baten en de vennootschap vervolgens wordt ontbonden, er nog steeds vereffening ex artikel 2:23c BW kan plaatsvinden, als nadien nog een bate opkomt. Daarom oordeelde de Hoge Raad dat artikel 2:23c lid 2 jo. 3:320 BW bepaalt dat een lopende verjaringstermijn niet verstrijkt, zolang de vereffening van de rechtspersoon niet is heropend. In dat tijdvak is sprake van een verlengingsgrond.

Het faillissement in de onderhavige zaak was echter niet opgeheven bij gebrek aan baten, maar vereenvoudigd afgewikkeld. Het hof zag onder ogen dat artikel 2:23a lid 5 BW bepaalt dat er geen vereffening ex artikel 2:23c BW plaatsvindt, als sprake is van een vereenvoudigde

afwikkeling. Daardoor is de verlengingsbepaling van artikel 3:320 BW (waarnaar art. 2:23c lid 2 BW verwijst) niet van toepassing. Volgens het hof dient in dat geval een eventuele nagekomen bate te worden vereffend op grond van artikel 194 Fw, op welke vereffening artikel 36 Fw van toepassing zou zijn. Dat artikel bevat volgens het hof eveneens een verlengingsgrond, die in de onderhavige situatie van toepassing zou zijn: het artikel zou bepalen dat een lopende verjaringstermijn niet verstrijkt, zolang de vereffening op grond van artikel 194 Fw niet is heropend. Als gevolg hiervan zouden de vorderingen op de uitdelingslijsten niet verjaren. Een ander oordeel zou er volgens het hof toe leiden dat schuldeisers in geval van opheffing bij gebrek aan baten in een betere positie zouden verkeren, hetgeen niet de bedoeling kan zijn.

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep, maar hanteert een andere motivering dan het hof. In de wet bestaan verlengingsgronden voor omstandigheden, waarin de verjaring haar werking niet moet kunnen uitoefenen. Dat geldt bijvoorbeeld voor gevallen waarin een rechtspersoon is ontbonden en opgehouden te bestaan. Bij heropening van de vereffening in faillissement in de zin van artikel 194 Fw doet zich eenzelfde situatie voor als bij heropening van de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW. De rechtspersoon die is opgehouden te bestaan herleeft, maar uitsluitend ter afwikkeling van de heropende vereffening. Artikel 2:23a lid 5 BW bepaalt echter dat de regeling van artikel 2:23c BW niet van toepassing is op vereffening in faillissement, zodat er geen verlengingsgrond bestaat.

De Hoge Raad stelt dat de wetgever de situatie dat in geval van afwikkeling van een faillissement op grond van artikel 137f of 173 Fw geen verlengingsgrond bestaat, gewoonweg niet onder ogen heeft gezien. Het ligt niet in de rede dat in het onderhavige geval geen verlengingsgrond zou gelden. Van de schuldeiser kan bezwaarlijk worden verlangd dat hij de verjaring stuit, terwijl de rechtspersoon niet meer bestaat. Aldus past het in het stelsel van de wet en sluit het aan bij de in de wet geregelde gevallen om aan te nemen dat ook in een geval waarin een rechtspersoon door insolventie is ontbonden en na vereffening in faillissement is opgehouden te bestaan, een verlengingsgrond als bedoeld in artikel 3:320 BW bestaat.

A.J.M. Wilmer & A.D. van Dalen, juli 2020

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 17-07-2020
ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1310
Zaaknummer: 19/01909
Rechters: C.A. Streefkerk, M.V. Polak, C.E. de Perron, C.H. Sieburgh en F.J.P. Lock
Advocaten: J.W. de Jong, T.T. van Zanten en I.M.A. Lintel
Wetsartikelen: 3:320 BW, 137f Fw, 173 Fw en 2:23c BW

RECHTSPRAAK

Huurprijs opschorten vanwege de Coronacrisis

Vanwege de Coronacrisis mag een huurder van een groot hotel (met wellness center en zwembad), drie restaurants, een nachtclub en een winkelruimte in Amsterdam een deel van de huurprijs opschorten in tijden van Corona op voorwaarde dat zij op korte termijn een bodemprocedure start, zo oordeelde de voorzieningenrechter.

Palace Hotel huurt met ingang van 6 oktober 2017 van Deka twee tegenover elkaar gelegen panden aan de Spuistraat in Amsterdam. Palace Hotel exploiteert daarin het W Hotel, drie restaurants, een winkelruimte en een nachtclub. In het W hotel zijn ook verschillende wellness- en fitnessfaciliteiten en een zwembad gevestigd. De tussen partijen gesloten huurovereenkomst eindigt op 31 december 2040. Palace Hotel betaalt thans een huur van € 580.255 exclusief btw per maand, te vermeerderen met een percentage van de omzet.

In verband met het Coronavirus zijn de restaurants in het hotel van 15 maart tot en met 31 mei 2020 op last van de overheid gesloten geweest. Het W Hotel hoefde niet op last van de overheid te worden gesloten, maar is wegens de wegvallende omzet op 18 maart 2020 door Palace Hotel zelf gesloten. De wellness- en fitnesfaciliteiten en het zwembad in het W Hotel moesten wel van overheidswege dicht.

Palace Hotel heeft het gehuurde van 12 maart tot en met 15 juni 2020 dus niet gebruikt. Palace Hotel stelt dat zij na de heropening van de horeca op 1 juni 2020 het hotel en de restaurants vanwege de 1,5 meter-eis slechts beperkt kan exploiteren. Palace Hotel stelt bovendien dat W Hotel normaal vooral zakenmensen uit de Verenigde Staten ontvangt, die nog niet welkom zijn in de EU. Ook na 15 juni 2020 stelt Palace Hotel dus niet het volledige huurgenot van het gehuurde te hebben. Het ligt niet in de verwachting dat het toerisme het komende jaar zal herstellen tot het niveau van voor de Coronacrisis. Palace Hotel vordert om voorgaande redenen in kort geding een huurprijsvermindering van 100% over de periode van 12 maart tot en met 15 juni 2020 en een huurprijsvermindering van 75% over de periode 16 juni tot en met 31 december 2020. Verhuurder wil dat Palace Hotel zich houdt aan de betalingsverplichting uit de huurovereenkomst.

De voorzieningenrechter oordeelt dat de Coronacrisis gelet op de omvang daarvan voor de economie en de maatschappij in beginsel moet worden aangemerkt als een onvoorziene omstandigheid. Het gaat hier niet om teruglopende bezoekersaantallen vanwege veranderde marktomstandigheden, maar om het vrijwel geheel wegvallen van het bezoekersaanbod vanwege de Coronacrisis, de maatregelen die de overheden daarop hebben genomen en de invloed van beide op de potentiële bezoekers van het W hotel en de restaurants. Dat zijn geen omstandigheden die voor rekening van Palace Hotel komen en dit valt niet meer onder ondernemersrisico.

Palace Hotel heeft daarnaast volgens de voorzieningenrechter een voldoende spoedeisend belang om, in afwachting van het resultaat van de bodemprocedure, in dit bijzonder slechte jaar te weten waar zij aan toe is met de verplichting tot huurbetaling.

De voorzieningenrechter oordeelt dat het al met al voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter zal oordelen dat de verhuurder geen aanspraak kan maken op betaling van de huur over het tweede kwartaal van 2020 voor 50%, over het derde kwartaal van 2020 voor 40% en over het vierde kwartaal van 2020 voor 25%. In zoverre zullen de verplichtingen van Palace Hotel dan ook worden opgeschort. Of en in hoeverre van dit uitstel afstel komt en zo nee, hoe en wanneer alsnog aan de opgeschorte verplichtingen zal moeten worden voldaan, is aan de bodemrechter. Hieraan verbindt de voorzieningenrechter wel de voorwaarde dat Palace Hotel binnen één maand na de mondelinge behandeling een bodemprocedure aanhangig heeft gemaakt.

J.D. van den Dolder, 4 augustus 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 17-07-2020
ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:3494
Zaaknummer: C/13/686267 / KG ZA 20-575
Rechters: A.J. Beukenhorst
Advocaten: V.G.J. Boumans, Ch.G.A. van Rijckevorsel en J.M. Berendsen
Wetsartikelen: 6:258 BW

RECHTSPRAAK

Herstructurering niet paulianeus, strijdig met goede zeden of onrechtmatig

De herstructurering door een hoofdelijk schuldenaar, waarbij alle dochtervennootschappen zijn verhangen naar een nieuwe vennootschap, is niet strijdig met de goede zeden, paulianeus of onrechtmatig. Volgens de rechtbank heeft ook de bank van de schuldenaar, die als financier en pandhouder op de aandelen in de verhangen dochters met de herstructurering heeft ingestemd, niet onrechtmatig gehandeld.

In deze procedure probeert Vierwaarde B.V. de herstructurering aan te tasten van (voorheen) Hanzevast Holding B.V. ('Hanzevast'). Hanzevast stond aan het hoofd van een concern waarin onder meer vastgoedactiviteiten werden geëxploiteerd. Bij vaststellingsovereenkomst heeft zij zich jegens Vierwaarde aansprakelijk gesteld voor een schuld van € 6 miljoen van een groepsvennootschap. Twee jaar nadien heeft zij ten behoeve van Rabobank conform haar contractuele verplichting een pandrecht gevestigd op haar aandelen in diverse dochtervennootschappen tot zekerheid voor de bestaande financiering. De aandelen zijn vervolgens met instemming van Rabobank voor € 1 verkocht aan een nieuwe vennootschap ('de koper'). De koper heeft dezelfde aandeelhouder als Hanzevast. Vierwaarde spreekt in deze procedure Hanzevast, de koper, de natuurlijk persoon die bestuurder is van Hanzevast ('de bestuurder') en Rabobank aan.

Vierwaarde baseert zich ten eerste op artikel 3:40 BW. De rechtbank overweegt dat de nietigheid krachtens deze bepaling haar grond al kan vinden in de onzedelijke strekking van de rechtshandeling en – anders dan het geval is bij paulianeus of onrechtmatig handelen – niet in de nadelige gevolgen ervan voor anderen (ECLI:NL:HR:2014:3650). De onzedelijke strekking moet worden gebaseerd op kenbare motieven van partijen. Hierbij moet ook worden gekeken of de rechtshandeling andere nadelen ondervangt of voordelen oplevert (ECLI:NL:HR:2013:BY9087). Gelet op de door gedaagden gegeven en niet door Vierwaarde weersproken situatieschets oordeelt de rechtbank dat Hanzevast een gerechtvaardigd belang

had om tot herfinanciering en herstructurering over te gaan. Zo waren de (OG-)vermogensbestanddelen door de crisis sterk afgewaardeerd, bleven schuldeisers onbetaald en dreigde een faillissement, terwijl het concern omvangrijke fondsen van beleggers omvatte voor wie het faillissement een significant risico betekende. De vordering wordt daarom afgewezen.

De paulianavordering ex artikel 3:45 BW slaagt eveneens niet, omdat volgens de rechtbank niet is komen vast te staan dat Vierwaarde daadwerkelijk is benadeeld. Vanwege de preferente positie van Rabobank als zekerheidsgerechtigde en het dekkingstekort bij de bank van circa € 31 miljoen valt niet in te zien dat Vierwaarde als concurrente crediteur benadeeld is in haar mogelijkheid om verhaal te halen. De rechtbank is ongevoelig voor het argument van Vierwaarde dat de waarde van de aandelen in de toekomst zou kunnen toenemen vanwege de fluctuerende vastgoedmarkt, omdat dit volgens haar niet afdoet aan de nijpende financiële situatie waarin Hanzevast zich ten tijde van de herstructurering bevond.

De grondslag voor de vordering jegens de bestuurder is artikel 6:162 BW. Vierwaarde lijkt volgens de rechtbank een beroep te doen op de tweede categorie gevallen uit het arrest Ontvanger/Roelofsen (ECLI:NL:HR:2006:AZ0758). De bestuurder kan aansprakelijk zijn voor schade van de schuldeiser wiens vordering op de vennootschap onverhaald blijft, indien hij heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar contractuele verplichting niet nakomt en hem hiervan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hiervan is volgens de rechtbank geen sprake, nu – zo lijkt te volgen uit het vonnis – niet de herstructurering de oorzaak is voor het niet na kunnen komen van de garantieverplichting jegens Vierwaarde, maar de financiële situatie bij Hanzevast en de preferente positie van Rabobank.

Dan resteert nog de vordering jegens Rabobank. Naar het oordeel van de rechtbank is genoegzaam gebleken dat het doel van de herstructurering niet (sec) was gelegen in het verkrijgen van meerdere zekerheid door Rabobank, maar in het afwenden van een faillissement en het veiligstellen van de omvangrijke fondsen. Het handelen van Rabobank kan daarom niet als onrechtmatig worden beschouwd. Rabobank is bovendien niet tekortgeschoten in haar contractuele zorgplicht jegens Vierwaarde, die eveneens klant is van Rabobank. De waarschuwingsplicht voor klanten, die de Hoge Raad aannam in ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, gaat hier niet op, omdat het in deze zaak niet ging om risicovolle beleggingsproducten en Vierwaarde bovendien een professionele partij is. Daarmee sneuvelt ook de laatste vordering van Vierwaarde.

J.H.M. van de Wiel, augustus 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak: 17-06-2020
ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2020:2261
Zaaknummer: C/18/187611 / HA ZA 18-218
Rechters: M. Sanna, J. Wichers en N.A. Baarsma
Advocaten: J.P.A.M. van Balen, M.J. Ubbens en R.M. Vermaire
Wetsartikelen: 3:40 BW, 3:45 BW, 6:162 BW en 6:74 BW

RECHTSPRAAK

Bank mag vordering op failliete vennootschap met schuld aan groepsmaatschappij van de failliet verrekenen op grond van contractueel overeengekomen verrekeningsbeding. Geen misbruik van recht of schending bancaire zorgplicht.

Verrekening ING van positief saldo met creditsaldo failliete vennootschap. ING was bevoegd om dit te doen. Er bestaat geen algemene regel die een bank verplicht de voor de klant minst bezwarende route te bewandelen bij de inning van een vordering. Geen sprake van misbruik van recht of schending van de bancaire zorgplicht. Misverstand bij kredietnemers over overgang pandrecht na verrekening.

Een aantal vennootschappen ('de Sun-Power groep 1') sluit in 2011 een kredietovereenkomst met ING ('de Bank') op grond waarvan een rekening-courantkrediet van € 275.000 ter beschikking wordt gesteld en de vennootschappen als kredietnemers hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het verleende krediet. Twee jaar later is deze faciliteit uitgebreid met € 200.000 en heeft de Sun-Power groep 1 een *compte joint*- en medeaansprakelijkheidsovereenkomst met de Bank gesloten ('de CJMO') op grond waarvan de Bank over de bevoegdheid beschikte om vorderingen op de groepsvennootschappen te verrekenen met positieve saldi van andere vennootschappen van de Sun-Power groep 1 en eventuele creditsaldi zonder enige opdracht over te boeken naar de rekeningen van andere vennootschappen.

Service Desk Europe B.V. ('SDE'), een vennootschap die tot de Sun-Power-groep 1 behoorde, is in december 2014 op eigen verzoek failliet verklaard. Op grond van de algemene bankvoorwaarden eindigde de kredietfaciliteit van de groep hierdoor automatisch. SDE had op het moment van faillietverklaring een negatief saldo van € 256.181. De zakelijke rekening van Sun-Power, een andere groepsvennootschap, had op dat moment een positief saldo. Kort na het faillissement heeft ING een bedrag geblokkeerd op de betaalrekening van Sun-Power ter hoogte van de debetstand van SDE. Partijen zijn vervolgens met elkaar in gesprek gegaan en

uiteindelijk overeengekomen dat de kredietfaciliteit gecontinueerd zou worden, op voorwaarde dat de doorstart van SDE (gezamenlijk met de bestaande kredietnemers: Sun-Power groep 2), toe zou treden tot de kredietovereenkomst en de CJMO. Twee weken later heeft de Bank € 203.707 afgeschreven van de rekening van SUN-Power, en dit bedrag aangezuiverd bij SDE. Weer twee weken later is schriftelijk vastgelegd dat de Bank aan de Sun-Power groep 2 een krediet van € 375.000 heeft verstrekt. Ook is SDE toen als partij bij de CMJO uitgetreden. STEPS, een Poolse vennootschap die een schuld had aan SDE, hield een rekening aan bij de Bank waarop een voor betaling toereikend saldo stond. De rekening was echter geblokkeerd door de Belastingdienst in verband met een lopend onderzoek. Toen in november 2015 (bijna een jaar na het faillissement van SDE) het saldo werd vrijgegeven, is dit overgeboekt naar de boedelrekening van SDE. Dat bedrag is opgegaan aan boedelkosten waardoor de aandeelhouder van de failliet geen uitkering heeft ontvangen.

Sun-Power groep 2 ('appellanten') vorderen in deze procedure dat de Bank wegens schending van haar zorgplicht aansprakelijk is voor de door Sun-Power groep 2 geleden schade. In eerste aanleg is deze vordering afgewezen. De grieven die appellanten tegen het vonnis hebben aangevoerd zijn als volgt.

Allereerst verwijten appellanten de Bank het positieve banksaldo van Sun-Power met het negatieve saldo van SDE te hebben verrekend, omdat het krediet na het faillissement van SDE is gecontinueerd en SDE geen partij meer was bij de nieuwe kredietovereenkomst en in dat verband ook is uitgetreden uit de CJMO. Het hof verwerpt dit betoog omdat de Bank op het moment van verrekening een opeisbare vordering had op SDE en over de bevoegdheid beschikte om die vordering te verrekenen met positieve saldi van andere vennootschappen van de Sun-Power groep 1. Bovendien is SDE pas na de verrekening uitgetreden bij de kredietovereenkomst en CJMO na de verrekening heeft plaatsgevonden.

Verder betogen appellanten dat de Bank misbruik heeft gemaakt van haar verrekeningsbevoegdheid, althans in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende zorgplicht. Dit betoogt hebben appellanten als volgt onderbouwd:

(a) appellanten behoefden geen rekening te houden met de verrekening omdat hier met geen woord over is gesproken in de gesprekken met de Bank voorafgaand aan de overeenstemming de kredietfaciliteit te continueren;

(b) appellanten hebben regelmatig benadrukt dat € 375.000 nodig was voor een normale exploitatie, waardoor ze niet bedacht hoefden te zijn dat de kredietruimte meteen met € 203.707 zou verminderen;

(c) de Bank had een pandrecht op de vordering van SDE op STEPS. De Bank had uitleg moeten

geven over de gevolgen van de geplande aanzuivering en de gevolgen van alternatieven daarvoor, zoals de uitwinning van dat pandrecht;

(d) appellanten mochten er redelijkerwijs van uitgaan dat de Bank dat pandrecht zou uitwinnen, of met haar in overleg zou treden over de wijze waarop zij de vordering op SDE zou innen;

(e) de Bank had de minst bezwarende oplossing moeten kiezen. Door de handelswijze van de Bank is de betaling aan SDE opgegaan aan boedelkosten waardoor de aandeelhouder van SDE geen uitkering heeft ontvangen.

Het hof is echter van mening dat er geen sprake is van misbruik van recht. Er bestaat geen algemene regel die een bank ertoe verplicht de voor haar klanten minst bezwarende wijze van inning van een vordering op hen te kiezen. Er zijn ook geen bijzondere omstandigheden gesteld die de Bank ervan had moeten weerhouden gebruik te maken van haar verrekeningsbevoegdheid. De Bank behoefde dan ook geen voorrang te geven aan het belang van eisers bij uitwinning van het pandrecht boven (1) haar eigen belang bij een snelle en eenvoudige inning van haar vordering door verrekening en (2) de belangen van de overige schuldeisers van SDE bij een vrijval van de verpande vordering aan de failliete boedel. Het hof verwerpt ook de stelling dat de Bank haar beslissing tot verrekening afhankelijk had moeten stellen van de opheffing van de blokkade van de Belastingdienst, aangezien de Bank hoe dan ook tot verrekening over mocht gaan.

Ten derde verwijten appellanten de Bank dat zij onvoldoende heeft uitgelegd over de gevolgen van de verrekening en van de mogelijke alternatieve wijzen van inning van de vordering op SDE, en dat de nieuwe kredietruimte van € 375.000 direct weer beperkt zou worden door de verrekening. Appellanten hebben volgens het hof echter onvoldoende gesteld dat zij hierdoor schade hebben geleden. Niet is gesteld dat appellanten, als zij vooraf wel juist waren geïnformeerd, anders hadden gehandeld en in een betere positie hadden verkeerd.

Ook verwerpt het hof de stelling van appellanten dat zij niet begrepen, noch behoefden te begrijpen dat de verrekening zonder vooroverleg kon plaatsvinden, ook nog nadat met hen overeenstemming over de nieuwe kredietruimte was bereikt. Appellanten moesten immers begrijpen dat zij hoofdelijk aansprakelijk zouden blijven voor de schuld van SDE aan ING. Ook is niet gebleken dat de Bank heeft gezinspeeld op een andere wijze van inning van haar vordering op SDE waarbij het vermogen van appellanten buiten schot zou blijven. Daarbij is ook van belang dat kort na het faillissement van SDE een bedrag op de betaalrekening van Sun-Power is geblokkeerd ter hoogte van de debetstand van SDE en appellanten niet hebben gereageerd op de brief van de Bank waarin de verrekening werd aangekondigd, en evenmin op

de daadwerkelijke verrekening. Pas maanden later, toen appellanten inzagen dat STEPS aan de boedel van SDE zou moeten betalen en niet aan Sun-Power, hebben zij tegen de verrekening geprotesteerd. Dit wijst erop dat appellanten wel begrepen dat de Bank haar verrekeningsbevoegdheid kon uitoefenen, maar dat zij in de onjuiste veronderstelling verkeerden dat als gevolg van de verrekening het pandrecht van ING op Sun-Power zou overgaan.

Het hof bekrachtigt daarom het vonnis van de rechtbank.

S.E. Streng, augustus 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 09-06-2020
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:1503
Zaaknummer: 200.254.981/01
Rechters: G.C.C. Lewin, A.P. Wessels en M.M. Korsten-Krijnen
Advocaten: R.B.J.M. van der Linden en I.M.C.A. Reinders Folmer
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Voorlopige huurprijsvermindering in kort geding voor reisbemiddelingsorganisatie in verband met de coronacrisis

D-RT Retail hoeft tussen juni en december 2020 slechts 50% van de huurprijs te voldoen, omdat voldoende aannemelijk is dat de coronacrisis door de bodemrechter als onvoorziene omstandigheid wordt aangemerkt en niet is gebleken dat verhuurder de bodemprocedure niet kan afwachten.

D-rt Retail, onder meer bekend van de handelsnamen D-Reizen en VakantieXperts, huurt een bedrijfsruimte van Verhuurder te Meppel. Daarvoor is zij maandelijks in totaal € 5.345,17 verschuldigd. D-rt is als reisbemiddelingsorganisatie hard getroffen door de coronacrisis en heeft bovendien de deuren van haar reisbureaus enige tijd (onverplicht) gesloten gehouden. Verhuurder verhuurt het pand te Meppel als oudedagvoorziening.

D-rt heeft haar verhuurders medio maart 2020 verzocht om een huurkorting of uitstel van haar betalingsverplichtingen. Later heeft zij haar verhuurders bericht dat zij huurtermijnen niet zal voldoen. Verhuurder kan zich niet verenigen met de verschillende voorstellen van D-rt aangaande de huur(prijs) en heeft het faillissement van de reisorganisatie aangevraagd. D-rt vordert in kort geding primair dat de huurovereenkomst bij wijze van voorlopige voorziening wordt aangepast, in die zin dat de huurprijs nog 25% van de overeengekomen huurprijs zal bedragen.

Zij stelt daartoe dat de huidige omstandigheden van zo bijzondere aard zijn dat onverkorte nakoming van de in de huurovereenkomst overeengekomen huurprijs naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn en niet van haar gevergd kunnen worden. De pandemie en de nationale en internationale maatregelen hebben grote gevolgen voor reisbemiddelingsorganisaties. Volgens haar prognoses krijgt D-rt in 2020 te maken met een omzetverlies van mogelijk meer dan 90%. Zij heeft daarom al verschillende maatregelen getroffen en probeert bij haar aandeelhouder en banken additionele financiering aan te trekken. Dat is volgens D-rt echter alleen haalbaar als ook andere betrokkenen, zoals verhuurders, bijdragen aan het reduceren van het probleem. Verhuurder voert verweer en

meent samengevat dat D-rt als miljardenbedrijf de betreffende gevolgen beter kan dragen dan verhuurder als hij geen of minder huur ontvangt.

De kantonrechter beoordeelt de vordering langs de lat van artikel 6:258 BW, wijziging van de overeenkomst wegens onvoorziene omstandigheden, en wijst erop dat hiervoor een hoge maatstaf geldt. Bovendien dienen de relevante omstandigheden per geval te worden gewogen, zodat bijvoorbeeld niet één lijn kan worden getrokken voor alle verhuurders van D-rt. De kantonrechter acht het aannemelijk dat de bodemrechter de coronacrisis als onvoorziene omstandigheid zal aanmerken. Het is moeilijk voorstelbaar dat partijen een dergelijke wereldwijze crisis bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen hebben gehad. Het is niet eerder voorgekomen dat overheidsmaatregelen op nationaal en internationaal niveau zoveel uitwerking hebben op de bedrijfsactiviteiten zoals D-rt die uitoefent. De economische problemen die ontstaan door de wereldwijde pandemie zijn – anders dan bij een economische crisis – niet inherent aan schommelingen in de markt waarin D-tr actief is, zodat naar verwachting in een bodemprocedure niet zal worden geoordeeld dat alle risico's voor haar eigen rekening moeten blijven.

Voor een eventuele huurprijsvermindering en de duur daarvan acht de kantonrechter relevant dat (a) D-rt onderdeel is van een groot concern met een miljoenenomzet, terwijl verhuurder een particuliere belegger is die één pand bezit als oudedagsvoorziening; (b) D-rt voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij hard door de coronacrisis is getroffen en haar omzet substantieel lager zal uitvallen; (c) verhuurder niet duidelijk heeft gemaakt of hij een vermindering van de huurprijs kan dragen, maar wel is gebleken dat hij in zijn levensonderhoud zal kunnen blijven voorzien; (d) de beperkende maatregelen wereldwijd in juni zijn versoepeld en boekingen mogelijk weer zullen aantrekken; en (e) D-rt het pand heeft kunnen gebruiken en niet verplicht was tot sluiting daarvan.

De kantonrechter oordeelt dat D-rt voldoende heeft onderbouwd dat zij belang heeft bij een voorlopige voorziening die ertoe strekt dat zij in afwachting van de uitkomst van een bodemprocedure voorlopig minder huur hoeft te betalen, terwijl niet is gebleken dat verhuurder die bodemprocedure niet kan afwachten. D-rt hoeft daarom over de periode juni tot en met december 2020 voorlopig maar 50% van de huur te betalen. D-rt moet binnen twee weken een bodemprocedure jegens de verhuurder starten en het maandelijkse voorschotbedrag voor nutsvoorzieningen wel volledig blijven voldoen.

J.E. van Nuland, augustus 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak: 21-07-2020
ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2020:2540
Zaaknummer: 131622 / KG ZA 20-70
Rechters: M.E. van Rossum
Advocaten: L.P. Kortmann, N.B. Pannevis en B. Zagers
Wetsartikelen: 6:258 BW

RECHTSPRAAK

Curator maakt geen misbruik van bevoegdheid door opeising verhypothekeerde percelen na het verlopen van een 58 Fw-termijn

Na verloop van een gestelde termijn ex artikel 58 Fw (twee maanden) eist de curator de verhypothekeerde percelen op, terwijl de hypotheekhouder inmiddels een onderhandse koopovereenkomst heeft gesloten. Gelet op de feiten en omstandigheden maakt de curator geen misbruik van bevoegdheid.

Bij vonnis van 14 januari 2020 is B.V. X in staat van faillissement verklaard. Maatschap Y heeft een vordering op B.V. X , waarvoor laatstgenoemde een eerste hypotheekrecht heeft gevestigd op een aantal percelen grond. Deze percelen maken onderdeel uit van een camping met restaurant. Maatschap Y heeft de curator bij e-mail van 4 februari 2020 medegedeeld dat zij bereid is om de curator de gelegenheid te geven tot verkoop van de verhypothekeerde onroerende zaken over te gaan en een boedelbijdrage van € 3.500 exclusief btw voor de werkzaamheden van de curator wenst te voldoen. De curator acht echter een boedelbijdrage van € 5.000 exclusief btw redelijk. Maatschap Y en de curator hebben hierover geen overeenstemming bereikt, waarna Maatschap Y de executie ter hand heeft genomen. Bij e-mail van 9 maart 2020 heeft de curator een termijn van twee maanden ex artikel 58 Fw aan de hypotheekhouder gesteld (derhalve tot 9 mei 2020). De datum voor de executieveiling van de percelen is vastgesteld op 28 mei 2020. Maatschap Y heeft de rechter-commissaris niet om verlenging van de termijn ex artikel 58 Fw verzocht. Voorafgaand aan de executieveiling is Maatschap Y akkoord gegaan met een onderhandse bieding via de notaris en heeft de voorzieningenrechter om verlof voor de onderhandse verkoop verzocht. Voordat de zitting bij de voorzieningenrechter plaatsvond, heeft de curator de verhypothekeerde percelen opgeëist en aangekondigd dat hij zelf de verkoop ter hand zou nemen. Vervolgens is door Maatschap Y ex artikel 69 Fw aan de rechter-commissaris verzocht om (onder meer) de curator te gebieden de opeising ex artikel 58 Fw achterwege te laten. De rechter-commissaris heeft bij beschikking van 11 juni 2020 de verzoeken van Maatschap Y afgewezen.

In hoger beroep tegen deze beschikking van de rechter-commissaris overweegt de rechtbank als volgt. De curator was in het onderhavige geval op grond van artikel 58 lid 1 Fw gerechtigd om aan Maatschap Y als hypotheekhouder een redelijke termijn te stellen om haar rechten als separatist op de percelen uit te oefenen, nu de curator en de maatschap sinds het uitspreken van het faillissement geen overeenstemming hadden kunnen bereiken over de (wijze van) verkoop van de verhypothekeerde percelen, waardoor een voortvarende afwikkeling van de boedel in het gedrang kwam. De gestelde termijn van twee maanden dient als een redelijke termijn te worden beschouwd. Indien (zoals in dit geval) Maatschap Y vervolgens nalaat om verlenging van de (aflopende) termijn te verzoeken, dan komen de gevolgen daarvan voor rekening en risico van de hypotheekhouder.

Voorts stelt Maatschap Y dat de curator misbruik van bevoegdheid maakt met het stellen en handhaven van de termijn van twee maanden. De curator zou namelijk de bevoegdheid tot termijnstelling ex artikel 58 Fw voor een ander doel hebben gebruikt dan waarvoor deze bevoegdheid is gegeven. De rechtbank overweegt dat hoge eisen moeten worden gesteld aan het aannemen van misbruik en dat hiervan slechts in bijzondere omstandigheden sprake zal zijn. Van dergelijke omstandigheden is in het onderhavige geval niet gebleken. Dat er na het verstrijken van de door de curator gestelde termijn (alsnog) een onderhandse koopovereenkomst is gesloten, die door de opeising van de curator wordt doorkruist, maakt niet dat de curator misbruik maakt van zijn bevoegdheid. Voorts heeft Maatschap Y geen feiten en omstandigheden gesteld waaruit moet worden afgeleid dat de curator de toerekenbare schijn heeft gewekt dat hij Maatschap Y niet aan de door hem gestelde termijn zou houden. Ook blijkt niet dat de curator op enig moment akkoord is gegaan met de onderhandse verkoop van de percelen door de hypotheekhouder. Het gegeven dat de verkoop van de onroerende zaken door de curator waarschijnlijk op een later tijdstip zal plaatsvinden dan verkoop door Maatschap Y, waardoor de afwikkeling van de boedel vertraging oploopt, is volgens de rechtbank geen belang waarop Maatschap Y zich kan beroepen. Daar komt bij dat een gezamenlijke verkoop van de in de boedel vallende onroerende zaken naar verwachting tot een hogere totaalopbrengst voor de boedel zal leiden dan bij afzonderlijke verkoop van de verhypothekeerde percelen door Maatschap Y. In het licht van het voorgaande kon de curator, met inachtneming van de belangen van de boedel en die van Maatschap Y, dan ook in redelijkheid komen tot de uitoefening van zijn recht tot termijnstelling en tot opeising van de verhypothekeerde percelen. De beschikking van de rechter-commissaris wordt bekrachtigd.

M.M. Eveleens-van der Zwaag, augustus 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak: 20-07-2020
ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2020:2578
Zaaknummer: C/18/199387 / HA RK 20-46
Rechters: M.A.B. Faber-Siermann, P.J. Duinkerken en R. Bootsma
Advocaten: J. Knotter en F.R. Omta
Wetsartikelen: 58 Fw

RECHTSPRAAK

Peeters/Gatzen-vordering

Bestuurders hebben onrechtmatig gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers door kort voor faillissement forse bedragen aan zichzelf te betalen, terwijl overige schuldeisers onbetaald bleven. Het gevorderde voorschot van € 100.000 wijst de voorzieningenrechter toe.

De curator van een vennootschap die op 14 april 2020 op eigen aangifte failliet is verklaard, vordert in kort geding dat de (indirect) bestuurders van de vennootschap worden veroordeeld tot betaling van een voorschot van € 100.000. De curator stelt dat de bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers door forse bedragen aan de bestuurders te betalen, terwijl overige schulden onbetaald bleven. De voorzieningenrechter wijst de vordering van de curator toe.

Eind februari 2020 heeft een gesprek plaatsgevonden met de Belastingdienst. Tijdens dat gesprek is een mogelijk faillissement van de vennootschap ter sprake gekomen. Nadien, van 2 maart tot en met 3 april 2020, heeft de vennootschap bijna € 150.000 overgemaakt naar de bestuurders. Volgens de bestuurders zagen deze betalingen op achterstallige managementvergoedingen. Overige schuldeisers, waaronder de Belastingdienst en de Rabobank, bleven onbetaald.

De voorzieningenrechter overweegt dat selectieve betaling na de peildatum, de datum waarop het faillissement redelijkerwijs te verwachten was, in beginsel onrechtmatig is tegenover de gezamenlijke schuldeisers. De voorzieningenrechter stelt deze peildatum op 28 februari 2020, de datum waarop het gesprek met de Belastingdienst plaatsvond. De stelling van de bestuurders dat het faillissement op dat moment nog afgewend kon worden door verkoop van de onderneming aan een derde wordt verworpen. Vanaf half 2019 waren de bestuurders in gesprek met een derde, maar partijen konden niet tot overeenstemming komen. De derde heeft meerdere keren een aanbod gedaan dat door de bestuurders is verworpen.

De bestuurders stellen dat uiteindelijk tijdens een gesprek op 4 maart 2020 overeenstemming zou zijn bereikt over de verkoop, maar dat de verkoop uiteindelijk niet is doorgegaan vanwege de plotselinge coronamaatregelen. Rond 30 maart zou de interesse van de derde zijn

afgenomen, waarop de algemene vergadering opdracht heeft gegeven aan het bestuur om eigen aangifte te doen van het faillissement. De overname zou op 9 april definitief zijn afgeketst, waarna op 10 april eigen aangifte van het faillissement is gedaan. Deze stellingen van de bestuurders komen de voorzieningenrechter onaannemelijk voor, omdat partijen lange tijd niet tot overeenstemming zijn gekomen en het niet aannemelijk is dat één gesprek daarin verandering zou brengen. Ook zijn de stellingen van de bestuurders niet ondersteund door bewijsstukken, is onduidelijk welke afspraken zouden zijn gemaakt en is niet gebleken van stappen om de overname te effectueren.

Omdat de voorzieningenrechter het aannemelijk acht dat de bodemrechter de vordering van de curator toewijst, wordt het voorschot van € 100.000 toegewezen. De curator heeft een spoedeisend belang bij haar vordering, omdat de bestuurders een deel van het ontvangen geld al hebben uitgegeven en het onduidelijk is of de woning van een van de bestuurders waarop de curator beslag heeft gelegd voldoende opbrengt om de vordering te voldoen. Een eventueel restitutierisico is afgedekt, omdat de curator heeft toegezegd ontvangen gelden op de derdengeldenrekening van haar kantoor te parkeren totdat onherroepelijk uitspraak is gedaan in de bodemprocedure.

H.J. de Kloe, juli 2020

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 03-07-2020
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:2639
Zaaknummer: C/16/503499 / KG ZA 20-261
Rechters: A.A.T. van Rens
Advocaten: H.C. Vroege en J.J. Klaver
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Opschortingsrecht

Wederpartij kan zich tegenover de curator beroepen op een opschortingsrecht, omdat de curator aan eerdere proceskostenveroordelingen niet heeft voldaan. Nu de curator advocaatkosten heeft betaald uit de boedel, kan hij zich in het kader van de proceskosten niet verschuilen achter de paritas creditorum.

Op 31 januari 2011 is Impact Retail B.V. ('Impact') failliet verklaard. Impact had voor haar faillissement een samenwerkingsovereenkomst gesloten met Qander Consumer Finance B.V. ('Qander'), op grond waarvan Qander de financiering van aankopen van klanten van Impact verzorgde. De curator van Impact meent dat Impact een vordering heeft op Qander van ruim € 260.000 uit hoofde van de samenwerkingsovereenkomst. Hierin is opgenomen dat dergelijke geschillen over de financiële afwikkeling bij bindend advies worden beslecht.

De curator heeft in 2012 aangegeven geen behoefte te hebben aan bindend advies en Qander verzocht namen van onafhankelijke adviseurs door te geven voor het geval zij wel behoefte zou hebben aan bindend advies. Zonder reactie binnen tien dagen ging de curator ervan uit dat ook Qander geen behoefte had aan bindend advies. Omdat Qander niet heeft gereageerd, is de curator een bodemprocedure gestart bij de Rechtbank Oost-Brabant. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen. In hoger beroep en cassatie is overwogen dat de vorderingen voorgelegd moesten worden aan een bindend adviseur. De boedel is in alle instanties veroordeeld in de proceskosten, maar heeft deze niet voldaan.

De curator heeft Qander verzocht medewerking te verlenen aan het verkrijgen van bindend advies. Qander heeft meegedeeld medewerking te willen verlenen nadat aan de proceskostenveroordelingen is voldaan. In dit kort geding vordert de curator Qander te veroordelen medewerking te verlenen aan het opstarten van een bindendadviesprocedure. Qander verweert zich onder meer met de stelling dat de curator afstand heeft gedaan van het recht om bindend advies te verkrijgen, althans dat de curator zijn recht daartoe heeft verwerkt. Ook beroept Qander zich op haar opschortingsrecht.

De voorzieningenrechter verwerpt het beroep van Qander op afstand of verwerking van recht. Weliswaar heeft de curator aangegeven geen behoefte te hebben aan bindend advies, maar daarbij ging de curator ervan uit dat ook Qander hieraan geen behoefte had. Voor Qander was duidelijk dat de curator een oordeel wilde over de gegrondheid van de (vermeende) vordering van Impact op Qander. Nu het hof en de Hoge Raad hebben geoordeeld dat een bindend adviseur zich moet uitlaten over deze vordering, had Qander er rekening mee moeten houden dat de curator de vordering aan een bindend adviseur wilde voorleggen.

Het beroep dat Qander heeft gedaan op opschorting slaagt. De voorzieningenrechter verwerpt het verweer van de curator dat het beroep op opschorting in strijd is met de redelijkheid en billijkheid omdat de curator in strijd zou handelen met de paritas creditorum als hij de proceskosten van Qandar zou betalen. Het staat de curator vrij betalingen te verrichten als hij dat in het belang van de boedel acht. Daarnaast heeft Qandar onbetwist gesteld dat de curator forse advocaatkosten heeft betaald in het kader van de gevoerde procedure. De curator kan zich tegenover Qandar daarom niet verschuilen achter de paritas creditorum. Nu het beroep op opschorting slaagt, wijst de voorzieningenrechter de vordering van de curator af. Zolang de curator niet heeft voldaan aan de proceskostenveroordelingen, kan Qandar haar verplichting tot meewerking aan het benoemen van een bindend adviseur opschorten.

H.J. de Kloe, juli 2020

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak: 24-07-2020
ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2020:3692
Zaaknummer: C/01/359236 / KG ZA 20-306
Rechters: E. Loesberg
Advocaten: F.F.J. Froger, F.E.C. Koopman en H.H. van Steijn
Wetsartikelen: 6:160 BW en 6:52 BW

RECHTSPRAAK

Vernietiging betaling ex artikel 47 Fw

Vernietiging betaling ex artikel 47 Fw. Het toegewezen bedrag wordt bepaald op het faillissementstekort, omdat schuldeisers niet voor een hoger bedrag zijn benadeeld.

De curator van Omega Textielveredeling B.V. ('Omega') heeft diverse betalingen die zijn gedaan aan groepsvennootschap Alpha Beheer B.V. ('Alpha') vernietigd op grond van artikel 47 Fw. Een van die betalingen ziet op de verkoop van de debiteurenportefeuille van Omega aan Alpha. Deze debiteurenportefeuille is overgedragen aan Alpha met het oog op het innen van de vorderingen te behoeve van pandhouder Abos. De feiten zijn in dit eindvonnis niet duidelijk weergegeven, maar kennelijk heeft Alpha een bedrag betaald voor de debiteurenportefeuille en is dit bedrag nadien op 5 januari 2017 teruggestort naar Alpha. Ter discussie staat of betaling van de opbrengst van de debiteurenportefeuille onderdeel uitmaakt van de inning van de verpande vorderingen. Naar het oordeel van de rechtbank is dat niet het geval, omdat dat zou betekenen dat de pandhouder twee keer zou profiteren van het pandrecht: de eerste keer met het ontvangen van de verkoopopbrengst en de tweede keer met de inning van de vorderingen. Schuldeisers zijn daarom benadeeld door de betaling van 5 januari 2017. Omdat op dat moment het faillissement van Omega was aangevraagd en Alpha dit wist, heeft de curator de betaling terecht vernietigd op grond van artikel 47 Fw.

De vorderingen van de curator die toegewezen kunnen worden, zijn hoger dan het faillissementstekort. De rechtbank maximeert het bedrag dat Alpha moet betalen daarom (op vordering van de curator) op het faillissementstekort. De schuldeisers zijn immers niet voor meer dan het faillissementstekort benadeeld.

H.J. de Kloe, juli 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 01-07-2020
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:6671
Zaaknummer: C/10/582544 / HA ZA 19-883

Rechters: L. Stevens
Advocaten: M.J. Biesheuvel en L.P.J. Krijgsman
Wetsartikelen: 47 Fw

RECHTSPRAAK

Weerlegging vermoeden van COMI in Italië en afwijzing faillissementsverzoek

Vermoeden dat COMI is gelegen in Italië is weerlegd. Het faillissementsverzoek wordt afgewezen, omdat leningen mogelijk niet verstrekt zijn aan de natuurlijk persoon maar aan zijn Amerikaanse vennootschappen.

Vier verzoekers vragen het faillissement aan van een natuurlijk persoon. Een van de verzoekers is de vader van de schuldenaar ('de zoon') en twee verzoekers zijn vennootschappen van de vader.

In 2014 is de zoon voor studie vertrokken naar de VS. Nadat hij zijn studie heeft afgebroken, heeft hij meerdere rechtspersonen opgericht in de VS. De aandelen in een van de vennootschappen zou hij hebben verkocht voor 53 miljoen dollar. De zoon heeft zijn vader en de andere aanvrager van het faillissement verzocht om financiële bijstand om de onderneming verkoopklaar te maken. Deze bijstand is verstrekt door de vader, de tweede aanvrager en de twee vennootschappen van de vader. Omdat de zoon het geld ondanks toezeggingen daartoe niet heeft terugbetaald, hebben de aanvragers zijn faillissement aangevraagd. In eerste aanleg is het faillissementsverzoek afgewezen.

In hoger beroep betwist de zoon dat de Nederlandse rechter bevoegd is een insolventieprocedure te openen, omdat hij zijn gebruikelijke verblijfplaats in Italië heeft. Op grond van artikel 3 lid 1 IVO-II (Verordening (EU) 2015/848) wordt daarom vermoed dat het *centre of main interests* (COMI) is gelegen in Italië. Het hof overweegt dat dit vermoeden weerlegd kan worden na een globale beoordeling van alle door derden verifieerbare objectieve criteria en elementen die betrekking hebben op de economische en vermogenssituatie van de zoon. Naar het oordeel van het hof is het vermoeden weerlegd, omdat de zoon tot voor kort stond ingeschreven als inwoner van de gemeente Lisse, gebruik heeft gemaakt van Nederlandse bankrekeningen en onvoldoende is gebleken dat de zoon over andere inkomstenbronnen beschikt dan betalingen die de vader heeft gedaan op zijn Nederlandse bankrekeningen. Het hof acht zich dus bevoegd kennis te nemen van het

faillissementsverzoek.

Het hof wijst het verzoek af, omdat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de aanvragers. De zoon heeft betwist dat de leningen aan hem zijn verstrekt en heeft gesteld dat de leningen zijn verstrekt aan zijn Amerikaanse vennootschappen. Op voorhand staat niet vast dat dit verweer verworpen moet worden.

H.J. de Kloe, juli 2020

Instantie: Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak: 27-07-2020
ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2020:1357
Zaaknummer: 200.278.420/01
Rechters: H.J. van Kooten, D.A. Schreuder en J.J. Dijk
Advocaten: N.F. Barthel en R.P. Zieltjens
Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 3 lid 1 IVO-II

RECHTSPRAAK

Ongefundeerd artikel 69 Fw-verzoek

Verzoekster niet-ontvankelijk in verzoek ex artikel 69 Fw, omdat het verzoek materieel namens de bestuurder van de failliete vennootschap is ingediend. Bij ontvankelijkheid zouden de verzoeken worden afgewezen. Rechter-commissaris waarschuwt verzoekster dat zij wordt veroordeeld in de proceskosten als zij opnieuw een ongefundeerd artikel 69 Fw-verzoek indient.

Mobicom Concepts B.V. ('Mobicom') is op 5 november 2019 failliet verklaard. Enig bestuurder en aandeelhouder van Mobicom is Trimurti Holding B.V. ('Trimurti'). Een natuurlijk persoon is enig bestuurder en aandeelhouder van Trimurti ('de indirect bestuurder'). De indirect bestuurder heeft twee verzoekschriften ingediend ex artikel 69 Fw. Naar het oordeel van de rechter-commissaris (R-C) gaat het materieel om verzoeken die namens Trimurti zijn ingediend en is Trimurti niet-ontvankelijk in haar verzoeken. De bestuurder van een failliete vennootschap is immers niet bevoegd tot het indienen van een artikel 69 Fw-verzoek.

Ten overvloede overweegt de R-C dat de verzoeken ook afgewezen zouden zijn bij ontvankelijkheid. De verzoeken zien onder meer op een rechtshandeling die de curator heeft vernietigd op grond van pauliana, een vordering die hij namens de schuldenaar heeft ingesteld uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking en het overboeken van saldo op de rekening van de schuldenaar naar de boedelrekening. De R-C overweegt dat in een artikel 69 Fw-procedure niet kan worden opgekomen tegen een actio pauliana, dat onvoldoende is onderbouwd dat met de vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking geen boedelbelang is gediend en dat het de curator vrijstond het saldo over te boeken naar de boedelrekening.

Tot slot overweegt de R-C dat de (indirect) bestuurder onvoldoende laat blijken dat zij op de hoogte is van haar inlichtingen- en mederwerkingsplicht (art. 105 en 106 Fw), dat door het indienen van ongefundeerde artikel 69 Fw-verzoeken de boedelkosten onnodig hoog oplopen en dat de afwikkeling van het faillissement hierdoor onnodig wordt vertraagd. De R-C waarschuwt de (indirect) bestuurder dat zij in de proceskosten wordt veroordeeld als opnieuw een ongefundeeld artikel 69 Fw-verzoek wordt ingediend.

H.J. de Kloe, juli 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 14-07-2020
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:6379
Zaaknummer: C/10/19/439 F
Rechters: C. de Jong
Wetsartikelen: 69 Fw

RECHTSPRAAK

Niet summierlijk gebleken van het vorderingsrecht van werknemers die het faillissement hebben aangevraagd. Tegen de summierlijke bewijslevering van schuldeisers volstaat een summierlijke betwisting door de schuldenaar.

Twee werknemers verzoeken de faillietverklaring van hun werkgever. De rechtbank heeft het verzoek afgewezen, omdat het vorderingsrecht van verzoekers niet summierlijk vastgesteld kan worden. De rechtbank heeft daartoe overwogen dat de werkgever onbetwist heeft gesteld dat de werknemers zich ziek hebben gemeld terwijl volgens de arbo-arts geen sprake was van arbeidsongeschiktheid en dat de werkgever is gestopt met betaling van het loon omdat de werknemers hebben meegedeeld geen werkzaamheden meer voor hem te zullen verrichten.

Het hof bekrachtigt het faillissement. Daarbij stelt het hof voorop dat summierlijk moet blijken van het bestaan van het vorderingsrecht van de schuldeisers die het faillissement aanvragen. Tegen deze summierlijke bewijslevering volstaat ook een summierlijke betwisting door de schuldenaar. Voor zover al summierlijk is gebleken van het bestaan van de arbeidsovereenkomst(en) met de schuldenaar, is in ieder geval niet summierlijk gebleken van de loonvorderingen. Ten aanzien van de arbeidsovereenkomsten stelt de werkgever dat de overname van de door hem gedreven onderneming en daarmee de overgang van de arbeidsovereenkomsten is vernietigd op grond van artikel 1:88 BW. Het hof laat zich hier niet inhoudelijk over uit. Naar het oordeel van het hof is niet summierlijk van de loonvordering gebleken, omdat onvoldoende is betwist dat de arbo-arts na een ziekmelding in oktober 2019 heeft geconcludeerd dat geen sprake was van arbeidsongeschiktheid. Van de stellingen dat nadien een tweede ziekmelding heeft plaatsgevonden en dat naar aanleiding van deze tweede ziekmelding niet is vastgesteld dat de werknemers niet arbeidsongeschikt zouden zijn, is naar het oordeel van het hof onvoldoende gebleken.

H.J. de Kloe, juli 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 02-07-2020
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:2014
Zaaknummer: 200.278.924_01
Rechters: A.P. Zweers-van Vollenhoven, H.K.N. Vos en M.W.M. Souren
Advocaten: W.J.F. Geertsen
Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Weerlegging COMI-vermoeden natuurlijk persoon

Het COMI van een natuurlijk persoon die geen beroep of bedrijf uitoefent, wordt vermoed te zijn gelegen in de lidstaat waar hij zijn gebruikelijke verblijfplaats heeft (art. 3 lid 1 IVO-II). Dit vermoeden kan niet weerlegd worden op basis van het enkele feit dat het enige onroerend goed van de natuurlijk persoon zich bevindt in een andere lidstaat.

Een echtpaar dat in het Verenigd Koninkrijk zijn gebruikelijke verblijfplaats heeft en aldaar in loondienst werkzaam is, heeft in Portugal verzocht om de opening van een insolventieprocedure. Naar de mening van het echtpaar bevindt het *centre of main interests* (COMI) zich in Portugal, omdat in Portugal het enige onroerend goed is gelegen dat het echtpaar in eigendom heeft en in Portugal alle transacties zijn verricht en overeenkomsten zijn gesloten die tot de insolventie hebben geleid. In eerste aanleg heeft de Portugese rechter zich onbevoegd verklaard, omdat het COMI van het echtpaar zou zijn gelegen in het Verenigd Koninkrijk. Uit artikel 3 lid 1 IVO-II (Verordening (EU) 2015/848) volgt immers dat bij een natuurlijk persoon die geen beroep of bedrijf uitoefent, wordt vermoed dat het COMI is gelegen in de lidstaat waar de natuurlijk persoon zijn gebruikelijke verblijfplaats heeft. Nu het echtpaar zijn gebruikelijke verblijfplaats heeft in het Verenigd Koninkrijk, acht de rechter zich onbevoegd een insolventieprocedure te openen. Het echtpaar is in beroep gegaan, waarop de Portugese beroepsinstantie een prejudiciële vraag heeft gesteld aan het Hof van Justitie. Die vraag luidt of het vermoeden van artikel 3 lid 1 IVO-II weerlegd kan worden door het enkele feit dat het enige onroerend goed van een natuurlijk persoon is gelegen buiten de lidstaat van de gebruikelijke verblijfplaats.

Bij de beantwoording van de prejudiciële vraag stelt het Hof van Justitie voorop dat het COMI-begrip verordeningsautonoom uitgelegd moet worden. Het COMI moet worden vastgesteld op basis van objectieve en voor derden verifieerbare criteria, zowel voor rechtspersonen, personenvennootschappen als natuurlijke personen. Voor een natuurlijk persoon die geen beroep of bedrijf uitoefent, houden deze criteria verband met zijn

economische en vermogenssituatie, wat overeenkomt met de plaats waar hij het beheer over zijn economische belangen voert, waar de meeste inkomsten worden ontvangen of uitgegeven of waar het grootste deel van zijn goederen zich bevindt. Het vermoeden dat het COMI zich bevindt in de lidstaat waar de natuurlijke persoon zijn gebruikelijke verblijfplaats heeft, kan onder meer weerlegd worden indien de goederen van de schuldenaar zich grotendeels bevinden buiten de lidstaat waar hij zijn gebruikelijke verblijfplaats heeft (zie par. 30 considerans IVO-II). Dit enkele feit is echter niet voldoende om het vermoeden te weerleggen, omdat het vermoeden pas weerlegd kan worden na een globale beoordeling van alle criteria. Het antwoord op de gestelde prejudiciële vraag is dus dat het enkele feit dat het enige onroerend goed is gelegen buiten de lidstaat van de gebruikelijke verblijfplaats van een natuurlijk persoon op zichzelf onvoldoende is om het COMI-vermoeden van artikel 3 lid 1 IVO-II te weerleggen.

Ten overvloede wijst het Hof van Justitie in r.o. 29 en 30 erop dat het echtpaar mede heeft gesteld dat in Portugal alle transacties zijn verricht en overeenkomsten zijn gesloten die tot de insolventie hebben geleid. Het Hof van Justitie overweegt hierover dat de oorzaak van de insolventie als zodanig niet relevant is voor het COMI-begrip, maar de verwijzende rechter moet wel rekening houden met alle objectieve en voor derden verifieerbare factoren die betrekking hebben op de economische en vermogenssituatie van de natuurlijk persoon.

H.J. de Kloe, juli 2020

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie
Datum uitspraak: 16-07-2020
ECLI: ECLI:EU:C:2020:585
Zaaknummer: C-253/19
Rechters: S. Rodin, K. Jürimäe en N. Piçarra
Wetsartikelen: Verordening (EU) nr. 1346/2000 en Verordening (EU) 2015/848