

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 19, 2020

Nummer 19, 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. 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

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:2709](#) 01-09-2020

Verkoop auto kort voor faillissement aan 'eigen' vennootschap

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:6668](#) 25-08-2020

Artikel 22a IW 1990 is niet alleen bruikbaar tegen katvangers

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:2176](#) 14-07-2020

Geen bestuurdersaansprakelijkheid voor onbetaalde facturen

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:2396](#) 09-07-2019

Bestuurdersaansprakelijkheid jegens verhuurder wegens hennepkwekerij

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:4400](#) 07-09-2020

Herstructurering Hema

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2020:4206](#) 27-08-2020

Werkgever aansprakelijk voor opzegging arbeidsovereenkomst door de curator hangende verzet tegen faillietverklaring

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2020:4166](#) 26-08-2020

Samenstel van rechtshandelingen kan niet worden vernietigd omdat niet alle betrokken partijen zijn gedagvaard

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2020:4573](#) 22-07-2020

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2020:2964](#) 17-07-2020

Weigering homologatie faillissementsakkoord

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2019:3847](#) 11-09-2019

Geldige levering c.p.? In het leven roepen verrekeningsmogelijkheid paulianeus?

RECHTSPRAAK

Incidentele vordering tot inzage en afgifte ex artikel 843a Rv wordt afgewezen, omdat de bestuurder over een deel van de gegevens zelf kan beschikken en omdat een deel van de gegevens niet bestaat.

Vande Wieck Beheer B.V. ('Vande Wieck') stelt een incidentele vordering ex artikel 843a Rv tegen de curator van twee aan Vande Wieck gelieerde werkmaatschappijen, 'bedrijf 1' en 'bedrijf 2'. Vande Wieck heeft de werkmaatschappijen gefinancierd en stelt een pandrecht te hebben op voorraden, inventaris en vorderingen van deze werkmaatschappijen. De curator betwist deze pandrechten, waarop Vande Wieck onder meer een verklaring voor recht heeft gevorderd dat zij een rechtsgeldig pandrecht heeft. Vande Wieck vordert op grond van artikel 843a Rv inzage en afschrift van een groot aantal bescheiden, waaronder taxatierapporten, bankafschriften over de periode voor faillissement en boedeladministratie.

Ten aanzien van de taxatierapporten overweegt de rechtbank dat de curator rapporten van bedrijf 1 heeft verstrekt, terwijl deze voor bedrijf 2 niet bestaan. Stukken die gevorderd zijn uit de administratie voor faillissement zouden bekend moeten zijn bij de bestuurder van Vande Wieck, die (indirect) ook bestuurder en aandeelhouder is van beide werkmaatschappijen. Deze bestuurder is al vele jaren bij de werkmaatschappijen betrokken en heeft zelf de administratie bij de curator aangeleverd. Ten aanzien van bedrijf 1 komt daar nog bij dat een doorstart is bewerkstelligd en de doorstarter bewaarder is van de administratie. De bestuurder werkt voor de doorstarter, dus het zou voor hem een kleine moeite moeten zijn een afschrift te vragen van de administratie die zich onder de doorstarter bevindt. De gegevens die gevorderd worden uit de boedeladministratie bestaan niet of blijken uit de openbare faillissementsverslagen.

De rechtbank wijst de incidentele vordering af, omdat Vande Wieck geen rechtmatig belang heeft bij afgifte en redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd.

H.J. de Kloe, september 2020

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 22-07-2020

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2020:4573

Zaaknummer: C/05/370284

Rechters: G.J. Meijer

Advocaten: B.J. Drijber, H.J. Ligtenbarg en M.H. Boersen

Wetsartikelen: 843a Rv

RECHTSPRAAK

Geen bestuurdersaansprakelijkheid voor onbetaalde facturen

Evenals eerder de rechtbank wijst het hof een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid (Beklamel) vanwege het onbetaald laten van facturen af. De vennootschap was niet praktisch insolvent ten tijde van het aangaan van de overeenkomst en selectieve betaling leidt niet tot een ernstig verwijt.

M2 Techniek B.V. is een joint venture waarvan de aandelen worden gehouden door twee partijen: appellant (die indirect 45% houdt) en geïntimeerde (die indirect 55% houdt). Geïntimeerde is via zijn holdingmaatschappij ook bestuurder van M2 Techniek.

Appellant heeft op basis van een overeenkomst van opdracht met M2 Techniek diverse werkzaamheden voor haar klanten verricht, maar diverse facturen van hem zijn door M2 Techniek onbetaald gebleven. Appellant stelt een vordering in tegen M2 Techniek en de (indirect) bestuurder voor betaling van de facturen. De vordering tegen M2 Techniek wordt door de rechtbank grotendeels toegewezen, maar die tegen de (indirect) bestuurder afgewezen.

In hoger beroep gaat het met name over de bestuurdersaansprakelijkheid. Appellant verwijt geïntimeerde dat M2 Techniek wel betaling van haar klanten heeft ontvangen (voor wie appellant werkzaamheden heeft verricht) maar dat geïntimeerde als indirect bestuurder heeft bewerkstelligd dat M2 Techniek niet de facturen van appellant heeft betaald, terwijl de opvolger van appellant wél netjes wordt betaald. Bovendien meent appellant dat M2 Techniek bij het aangaan van de overeenkomst van opdracht 'technisch failliet' was en dat M2 Techniek appellant nooit had kunnen betalen. Hij beroept zich daarom tevens op de zogenoemde Beklamel-norm.

Het hof memoreert de hoofdregel dat een bestuurder alleen dan naast de vennootschap aansprakelijk is indien de bestuurder een ernstig verwijt valt te maken. Dit kan bijvoorbeeld zijn indien de bestuurder namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan terwijl hij

wist dat de vennootschap deze niet kon nakomen (de Beklamel-norm) of indien zijn handelswijze tot gevolg zou hebben dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakomt en ook geen verhaal zou bieden als gevolg van de schade.

Het hof wijst alle vorderingen van appellant af. Allereerst wordt beslist dat het declareren en innen van gelden bij klanten en vervolgens de facturen van appellant onbetaald laten op zichzelf geen onrechtmatige daad van de (indirect) bestuurder oplevert. De enkele omstandigheid dat de opvolger van appellant wel wordt betaald, levert geen verwijtbare selectieve betaling op.

Tevens is onvoldoende onderbouwd dat M2 Techniek 'technisch failliet' zou zijn. Op het moment dat de overeenkomst met appellant werd aangegaan, was er immers geen aanleiding te veronderstellen dat de opdrachtgevers hun verplichtingen jegens M2 Techniek niet zouden nakomen. De vordering op grond van de Beklamel-norm wordt zodoende ook afgewezen.

S.L. Haanschoten, augustus 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 14-07-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:2176

Zaaknummer: 200.252.146_01

Rechters: S.M.A.M. Venhuizen, M. van Ham en L.S. Frakes

Advocaten: M.P.M. Riep en M.J.P.N. Steijven

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid jegens verhuurder wegens hennepkwekerij

Een huurder geeft zonder toestemming van de verhuurder een deel van het gehuurde pand in gebruik aan een derde. Deze derde gebruikt het gehuurde als hennepkwekerij waardoor brand ontstaat in het pand. De bestuurder is hiervoor aansprakelijk, omdat hij wist of moest weten van de aanwezigheid van de hennepkwekerij.

In deze zaak heeft Y ('de verhuurder') een bedrijfspand verhuurd aan X B.V. ('de huurder'). De huurder heeft vervolgens – zonder medeweten van de verhuurder – de eerste verdieping van het pand aan A verhuurd, die deze ruimte als hennepkwekerij heeft gebruikt. Op enig moment is hierdoor een brand in het bedrijfspand ontstaan waardoor de verhuurder schade heeft geleden. In eerste aanleg heeft de rechtbank Z, als indirect bestuurder en aandeelhouder van de huurder, persoonlijk aansprakelijk gehouden voor deze schade.

Z komt in hoger beroep op tegen dit oordeel. In hoger beroep staat niet ter discussie dat de huurder is tekortgeschoten onder de huurovereenkomst en dat hij geen verhaal biedt voor de schade van de verhuurder. Wel voert Z aan dat de rechtbank onterecht zijn verweer heeft verworpen dat hij niet wist of moet hebben geweten van de aanwezigheid van de hennepkwekerij. Het hof volgt Z hierin echter niet. Het hof acht het verweer van Z onvoldoende onderbouwd, met name gelet op de voortdurend wisselende stellingen van Z in dit verband. Evenals de rechtbank houdt ook het hof Z daarom persoonlijk aansprakelijk voor onrechtmatig handelen jegens de verhuurder.

T.A. Janse, augustus 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 09-07-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:2396

Zaaknummer: 200.231.244/01

Rechters: E.M. Polak, R.J.M. Smit en D.J. van der Kwaak

Advocaten: R.A.M. Schram en J.Th. van Oostrum

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Herstructurering Hema

Kort geding tegen herstructurering mislukt: Hema is niet onzorgvuldig geweest jegens obligatiehouders die ‘out of the money’ zijn.

Onderwerp van deze kortgedingprocedure is de door Hema beoogde herstructurering. Twee obligatiehouders die via de gehouden obligaties vorderingen hebben op verschillende Hema-vennootschappen proberen door middel van een kort geding die herstructurering te voorkomen. In de beoogde herstructurering zullen de obligatiehouders namelijk met lege handen achterblijven; zij ontvangen geen rente (meer) en verliezen hun vordering op Hema. Dit ten gunste van houders van andersoortige obligaties, Hema en het management van Hema, aldus de obligatiehouders. De obligatiehouders menen dat er geen noodzaak is de herstructurering door te voeren, omdat er geen sprake zou zijn van betalingsonmacht of een faillissementssituatie.

De formele verweren van Hema worden door de voorzieningenrechter gepasseerd. Hema meent dat de obligatiehouders geen belang hebben bij de procedure, omdat zij sowieso – ook wanneer er geen sprake zou zijn van een herstructurering – ‘out of the money’ zouden zijn. De voorzieningenrechter oordeelt dat het ‘out of the money’ zijn nu juist een van de geschilpunten is en dat daarmee de obligatiehouders ontvankelijk zijn in hun vorderingen. De voorzieningenrechter oordeelt voorts dat in kort geding geen ruimte is het standpunt van Hema te beoordelen dat de obligatiehouders blijkens de financieringsdocumentatie afstand zouden hebben gedaan van hun rechten om tegen Hema te procederen. De voorzieningenrechter gaat er daarom voorshands van uit dat de obligatiehouders hun rechten om dit kort geding te starten niet hebben prijsgegeven. Daarbij weegt de voorzieningenrechter mee dat de obligatiehouders geen (directe) invloed hebben gehad op de herstructurering en de vorm daarvan. Een spoedeisend belang is tot slot aanwezig, nu de obligatiehouders de herstructurering willen voorkomen. Dat zij mogelijk in een bodemprocedure later een schadevergoeding kunnen vorderen doet daaraan niets af.

Inhoudelijk oordeelt de voorzieningenrechter dat Hema niet onzorgvuldig heeft gehandeld door de herstructurering als beoogd in gang te zetten. Hema heeft te kampen met een te hoge schuldenlast en is in verzuim ten aanzien van haar betalingsverplichtingen. Het is daarom

verdedigbaar dat is gezocht naar een oplossing in de vorm van een herstructurering. Er lijkt op dit moment dan wel geen acute faillissementsdreiging te zijn, maar als Hema niets zou doen dan zou die dreiging er wel kunnen komen, aldus nog steeds de voorzieningenrechter. De obligatiehouders hebben wel aannemelijk gemaakt dat Hema meer had kunnen doen voor hen. Gezien de omstandigheid dat de obligatiehouders 'out of the money' zijn en waren en de andere obligatiehouders niet, is het echter niet logisch dat de obligatiehouders in de herstructurering een betere positie zouden krijgen (niet 'out of the money') dan in faillissement. Hema heeft daarom niet onzorgvuldig gehandeld jegens de obligatiehouders en mag de herstructurering voortzetten.

In deze procedure heeft Hema overigens nog verzocht de zaak achter gesloten deuren te behandelen wegens vertrouwelijke bedrijfsinformatie die openbaar zou kunnen worden gemaakt. Het verzoek is gehonoreerd, met dien verstande dat de obligatiehouders de informatie wél mogen delen met hun adviseurs en mogen gebruiken in een eventuele hogerberoepprocedure.

W.T.N. Vlasveld, september 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 07-09-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:4400

Zaaknummer: C/13/688421 / KG ZA 20-719 MW/TF

Rechters: M. van Walraven

Advocaten: R.D. Vriesendorp, mr. J.E.P.A. van Hooff, D.D. Nijkamp, Advocaat J.L. Snijders, Advocaat J. de Bont en Advocaat M. Gerrits

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Werkgever aansprakelijk voor opzegging arbeidsovereenkomst door de curator hangende verzet tegen faillietverklaring

De werkgever vraagt zijn eigen faillissement aan. Een werknemer gaat in verzet, waarna het faillissement wordt vernietigd. De werkgever is aansprakelijk omdat de arbeidsovereenkomst onregelmatig is opgezegd door de curator.

Deze procedure betreft een geschil tussen een werkneemster en haar werkgever. De omvang van het bedrijf van de werkgever is in de afgelopen jaren afgenomen van 39 naar drie werknemers vanwege een teruglopend aantal opdrachten. Om de kosten verder terug te kunnen brengen, heeft de werkgever er bij de werkneemster op aangedrongen dat zij genoeg zou moeten nemen met een lager salaris. Partijen hebben daarover onderhandelingen gevoerd maar zijn niet tot overeenstemming gekomen. Uiteindelijk heeft de werkgever het eigen faillissement aangevraagd.

De curator in het faillissement van de werkgever heeft de arbeidsovereenkomst opgezegd op grond van de Faillissementswet. Na een door de werkneemster ingesteld verzet tegen de faillietverklaring, is het faillissement vernietigd. Tegen dit vonnis is geen hoger beroep ingesteld. Vervolgens heeft de werkneemster nog een voorstel gedaan om de kwestie in der minne te regelen, maar dat heeft de werkgever niet geaccepteerd.

De werkgever is een besloten vennootschap met twee bestuurders. De werkneemster heeft zowel haar werkgever als diens bestuurders in deze procedure betrokken. De werkneemster vordert hen hoofdelijk te veroordelen tot betaling van salaris, pensioenafdrachten, declaraties, een transitievergoeding, een billijke vergoeding en een gefixeerde schadevergoeding, vermeerderd met de wettelijke rente en veroordeling in de proceskosten. Aan de vorderingen is ten grondslag gelegd dat sprake is van een onregelmatige opzegging van de arbeidsovereenkomst nu het faillissement is vernietigd. De bestuurders worden onrechtmatig handelen verweten.

Als eerste gaat de kantonrechter in op de vraag of de vorderingen jegens de bestuurders van de werkgever, in deze verzoekschriftprocedure op grond van artikel 7:686a lid 3 BW kunnen worden behandeld. De kantonrechter oordeelt dat deze bepaling niet zo ruim moet worden uitgelegd dat vorderingen tegen een andere partij dan de werkgever kunnen worden meegenomen in een geding dat op het in, bij of krachtens afdeling 9 van titel 10 van Boek 7 BW bepaalde is gebaseerd. De vorderingen op de bestuurders (die zijn gebaseerd op onrechtmatig handelen en niet op de arbeidsovereenkomst) moeten in een aparte procedure worden behandeld.

Vervolgens worden de vorderingen op de werkgever behandeld. De kantonrechter wijst alle vorderingen toe. De kantonrechter merkt daarbij onder meer op dat na vernietiging van het faillissement de gewone arbeidsrechtelijke regels van Boek 7, titel 10 BW (weer) gelden. Dit volgt uit artikel 13a Fw. Op grond van artikel 13 Fw is de werkgever gebonden aan de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator. De gevolgen van de opzegging door de curator komen daarom voor rekening van de werkgever. Verder overweegt de kantonrechter dat de maximale wettelijke verhoging van artikel 7:625 BW op zijn plaats is. Gebleken is namelijk dat de werkgever geen prioriteit heeft gegeven aan het correct uitbetalen van het salaris. Daarnaast constateert de kantonrechter dat op geen enkele manier is gebleken dat de werkgever zich iets van de rechten en belangen van de werkneemster heeft aangetroffen of dat men haar serieus heeft genomen. De werkgever heeft zich gepresenteerd als slachtoffer terwijl hij zelf als ondernemer verantwoordelijkheid draagt voor de ontstane situatie. Daarom wordt ook een immateriële schadevergoeding van € 1.000 netto aan de werkneemster toegewezen.

K.C.S. Meekes, september 2020

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 27-08-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2020:4206

Zaaknummer: 8620467

Rechters: M.H. Kobussen

Advocaten: W. van Grieken en E. Hermesen

Wetsartikelen: 7:670 BW, 7:671 BW, 7:672 BW, 7:673 BW, 7:681 BW, 7:686a BW, 13 Fw, 13a Fw en 2:249 BW

RECHTSPRAAK

Samenstel van rechtshandelingen kan niet worden vernietigd omdat niet alle betrokken partijen zijn gedagvaard

De vordering tot vernietiging van het samenstel van rechtshandelingen is niet toewijsbaar, omdat niet alle bij die rechtshandelingen betrokken partijen zijn gedagvaard en de niet gedagvaarde partijen daarom geen verweer hebben kunnen voeren.

De curatoren van (onder meer) Cerentino en Berzona stellen dat er een paulianeus samenstel van rechtshandelingen heeft plaatsgevonden, bestaande uit een overeenkomst van inbreng ten aanzien van een woning, een verkoop van aandelen aan De Vijf Muskietiers, een cessie aan Berzona, een cessie aan de heer X en de diverse verrekeningen. Volgens de curatoren was dit samenstel erop gericht om de schuldeisers van Cerentino te benadelen door een woning uit het vermogen van Cerentino te laten verdwijnen zonder dat Cerentino daarvoor een koopprijs ontving en de woning te verplaatsen naar het vermogen van De Vijf Muskietiers zonder dat De Vijf Muskietiers daar feitelijk iets voor hoefde te betalen. De curatoren hebben daarom (een deel van) de rechtshandelingen schriftelijk vernietigd op grond van artikel 42 Fw. Zij vorderen een verklaring voor recht dat de rechtbank vaststelt dat die buitengerechtelijke vernietiging terecht was althans dat de rechtbank de rechtshandelingen zelf vernietigt. De wederpartij in de onderhavige procedure is Crescendo Belgium N.V., een Belgische vennootschap.

De rechtbank overweegt ten eerste dat de Nederlandse rechter volgens vaste Europese jurisprudentie bevoegd is om uitspraak te doen over een faillissementspauliana die is gericht tegen een Belgische verweerder, omdat het faillissement van Cerentino in Nederland is uitgesproken. Voorts is het Nederlandse recht van toepassing op de regels voor de faillissementspauliana (art. 4 lid 2 aanhef en onder m IVO I). Dat het hier gaat om Belgische aandelen en een Belgische woning betekent daarom alleen dat na vernietiging zou moeten worden beslist hoe volgens het Belgische recht de inbreng van de woning en de toekenning van aandelen aan Cerentino ongedaan gemaakt moeten worden.

Ten aanzien van de primaire vordering van de curatoren (vernietiging van het gehele

samenstel van rechtshandelingen) overweegt de rechtbank dat die vordering hoe dan ook niet toewijsbaar is, omdat niet alle bij die rechtshandelingen betrokken partijen zijn gedagvaard en de niet gedagvaarde partijen daarom geen verweer hebben kunnen voeren. Subsidiair vorderen de curatoren vernietiging van alle rechtshandelingen waarbij Cerentino betrokken was. Dat zijn de overeenkomst tot inbreng, de verkoop van de aandelen en de cessie van de vordering op De Vijf Muskietiers aan Berzona. Die vordering is wat betreft de aandelenverkoop en de cessie niet toewijsbaar, omdat De Vijf Muskietiers en Berzona niet gedagvaard zijn. Dan resteert alleen nog de overeenkomst tot inbreng. De rechtbank constateert dat de curatoren niet hebben gesteld dat de overeenkomst tot inbreng op zichzelf paulianeus is. Zij stellen alleen dat de schuldeisers van Cerentino zijn benadeeld door het eindresultaat van het samenstel van rechtshandelingen.

De rechtbank is van oordeel dat bij een samenstel van samenhangende rechtshandelingen die in onderling verband tot benadeling leiden, maar waarbij één of meer rechtshandelingen dat samenstel als geheel schragen, niet het hele samenstel maar alleen die schragende rechtshandeling(en) kan/kunnen worden vernietigd. Voorwaarde is wel dat de benadeling ongedaan gemaakt kan worden door alleen die schragende rechtshandeling(en) te vernietigen. In deze zaak was de overeenkomst tot inbreng echter niet de schragende rechtshandeling. Als de stellingen van de curatoren over de benadeling kloppen, dan is het pas de cessie van de vordering van Cerentino op De Vijf Muskietiers aan Berzona die benadelend is voor de schuldeisers van Cerentino, maar over de gevorderde vernietiging van deze cessie kan de rechtbank in deze zaak niet beslissen.

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

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 26-08-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2020:4166

Zaaknummer: C/01/317834 / HA ZA 17-132

Rechters: J.A. Bik

Advocaten: P.T.F. Langerak

Wetsartikelen: 42 Fw en 4 lid 2 aanhef en onder m IVO I

RECHTSPRAAK

Geldige levering c.p.? In het leven roepen verrekeningsmogelijkheid paulianeus?

Schuldeiser en schuldenaar komen overeen dat schuldenaar een jacht aan schuldeiser verkoopt, waarbij de koopprijs wordt verrekend. Is met die overeenkomst voorafgaand aan faillissement geldig c.p. geleverd? Is de rechtshandeling paulianeus? Met wenk.

YEC levert verfwaren aan Jetten voor gebruik op diens jachtwerf. De facturen van YEC blijven onvoldaan. Omdat YEC 'belang heeft bij de continuïteit van haar klanten' vinden partijen een oplossing voor de voldoening van de facturen, zonder dat Jetten daar liquide middelen voor hoeft aan te wenden. Uit de voorraad van Jetten selecteren partijen het casco van een jacht, dat door Jetten voor YEC zal worden afgebouwd. Vanwege de penibele financiële situatie van Jetten krijgt YEC direct de mogelijkheid om de eigendom van het casco op zichzelf te doen overschrijven in de openbare registers. Betaling van het te bouwen jacht vindt deels plaats door verrekening met de vorderingen van YEC op Jetten en deels door bijbetaling. Gedurende de bouw van het jacht wordt Jetten failliet verklaard.

Tussen de YEC en de curator ontstaat een geschil over de eigendom van het jacht. YEC vordert een verklaring voor recht dat het jacht aan haar toebehoort en vordert afgifte ervan door de curator. De curator vordert in reconventie een verklaring voor recht dat het jacht aan Jetten toebehoort omdat geen overdracht heeft plaatsgevonden aan YEC en dat YEC medewerking verleent aan het aanpassen van de tenaamstelling van het jacht in de openbare registers. Subsidiair vordert de curator een verklaring voor recht dat de overdracht paulianeus is geweest (art. 42 Fw).

De rechtbank ziet zich dus voor twee vragen gesteld: (1) heeft voorafgaand aan het faillissement een overdracht van het jacht door Jetten aan YEC plaatsgevonden en zo ja, (2) was deze overdracht geldig?

Om de eerste vraag te beantwoorden bekijkt de rechtbank of het jacht door Jetten aan YEC was geleverd voordat het faillissement intrad. Omdat het jacht nog in aanbouw bij Jetten was

en nog niet was teboekgesteld (en dus nog geen registergoed was, vergelijk Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/485), is de enige mogelijkheid daartoe een levering constitutum possessorium (c.p.), waarbij partijen onderling afspreken dat de levering reeds plaatsheeft alvorens de terhandstelling geschiedt (art. 3:115 sub a BW). De rechtbank leidt uit de tussen YEC en Jetten gesloten overeenkomst en de verklaringen daaromtrent van de directeurs van beide vennootschappen af dat zij bedoeld hebben om het in aanbouw zijnde jacht direct door Jetten per levering c.p. aan YEC te doen overdragen. Van belang daarbij is onder meer dat YEC direct het casco als haar eigendom mocht registreren in de openbare registers en dat de directeur van Jetten heeft verklaard dat de eigendom direct was overgegaan bij het sluiten van de koopovereenkomst. De gevolgtrekking die de rechtbank maakt, is alleszins verdedigbaar. Alhoewel voor een levering c.p. een tweezijdige verklaring is vereist, mag deze verklaring uit de omstandigheden van het geval worden afgeleid en hoeft de rechtsverhouding waaronder de vervreemder de zaak voortaan voor de verkrijger houdt niet uitdrukkelijk in de koopovereenkomst te zijn vermeld (Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/154). Het jacht is dus door Jetten overdragen aan YEC.

Daardoor komt de rechtbank ook toe aan de tweede vraag: was deze overdracht geldig? De rechtbank beantwoordt deze vraag, na toetsing aan artikel 42 Fw, ontkennend. De reden daarvoor is dat Jetten met YEC een onverplichte rechtshandeling is aangegaan (het sluiten van de koopovereenkomst) en het voor beide partijen te voorzien was dat daardoor schuldeisers zouden worden benadeeld (art. 42 Fw). De benadeling baseert de rechtbank in dit geval op twee gronden: (1) het jacht is uit de boedel verdwenen, terwijl het aan een derde had kunnen worden verkocht voor de volledige koopprijs, welke dan aan de gezamenlijke schuldeisers ten goede was gekomen en (2) er heeft een verstoring van de rangorde tussen YEC en de overige schuldeisers plaatsgevonden. De rechtbank verklaart voor recht dat de overdracht van het jacht paulianeus is.

Wenk

De tweede grond waarop de rechtbank zich baseert lijkt niet helemaal juist; de concurrente vordering van YEC wordt niet opeens gepromoveerd tot preferente vordering. Wat de rechtbank met de eerste grond bedoelt, is niet geheel duidelijk uit het vonnis. Mogelijk is de rechtbank van mening dat de benadeling erin is gelegen dat het beschikbare actief is verminderd. Zou dat zo zijn, dan is ook deze grond onjuist. Er heeft hier een – voor Jetten – vermogensneutrale rechtshandeling plaatsgevonden, die desalniettemin benadeling van schuldeisers tot gevolg kan hebben omdat het voor de *overige* schuldeisers beschikbare actief is afgenomen (vergelijk HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZCo804 (*Kin/Emmerig q.q.*)). Er is namelijk een volledige, marktconforme koopprijs voor het jacht betaald (zij het dat een gedeelte van die koopprijs is voldaan door verrekening). Het niet uitwerken van de wijze

waarop schuldeisers zouden zijn benadeeld is in dit geval niet slechts van academisch belang. Benadeling van schuldeisers heeft plaats indien zij door een transactie minder verhaal hebben dan zonder de transactie het geval was geweest (HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3654 (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*)). Er moet dus een vergelijking worden gemaakt tussen het uitkeringspercentage dat de schuldeisers zouden hebben ontvangen in de hypothetische situatie waarin de overdracht en verrekening niet hadden plaatsgevonden en de werkelijke situatie waarin deze transactie wel heeft plaatsgevonden. De rechtbank maakt die vergelijking niet. Veelal zal in een geval als dit wel sprake zijn van benadeling omdat de koper die verrekent, een groter deel van het beschikbare actief naar zich toe trekt dan waar hij zonder de transactie aanspraak op had mogen maken en er dus minder is om te verdelen tussen de andere schuldeisers. In deze zaak is dat echter niet helemaal zeker. YEC heeft betoogd dat de waarde van het casco bij executieverkoop significant lager zou zijn dan wat zij ervoor heeft betaald onder de koopovereenkomst én dat zij – naast het verrekende bedrag – nog een behoorlijk bedrag heeft bijgelegd. In de hypothetische situatie zonder de transactie zou bij het berekenen van het uitkeringspercentage ervan uit dienen te worden gegaan dat de executiewaarde van het casco beschikbaar zou zijn geweest voor verdeling onder alle schuldeisers (inclusief YEC). In de werkelijke situatie dient het uitkeringspercentage te worden berekend aan de hand van het feit dat (1) het jacht uit het vermogen is verdwenen en het actief dus is afgenomen, (2) de vordering van YEC is verminderd met het verrekende bedrag en het passief dus is afgenomen, (3) YEC daarnaast reeds een bedrag van de koopprijs heeft voldaan en het actief dus is toegenomen, (4) YEC nog gehouden is het restant van de koopprijs te voldoen en het actief dus nog verder zal toenemen en (5) andere eventuele kosten en besparingen die voor Jetten uit de transactie voortvloeien, waaronder arbeidskosten. De rechtbank lijkt alleen de onder (1) en (3) genoemde punten mee te wegen in het oordeel dat er sprake is van benadeling. Daardoor komt de rechtbank ook niet toe aan de vraag of er wellicht meerwaarde is gerealiseerd door de transactie, nu het jacht door YEC is gekocht voor de marktwaarde en niet voor de executiewaarde die de curator waarschijnlijk zal kunnen realiseren. Het is best mogelijk dat de hogere waarde die YEC voor het jacht wenste te betalen enige benadeling als gevolg van de verrekening van een deel van de koopprijs tenietdoet. Op de door YEC aangevoerde stellingen in dat verband wordt in het vonnis echter niet ingegaan; de rechtbank verklaart daarom voor recht dat het overdragen van het jacht in strijd is met artikel 42 Fw.

Het vonnis bevat een interessante processuele complicatie. De rechtbank wijst de vordering van de curator om YEC te veroordelen medewerking te verlenen aan het aanpassen van de tenaamstelling van het jacht in de openbare registers af. De reden daarvoor is gelegen in hoe de curator zijn vordering heeft ingestoken, doordat de curator enkel medewerking vorderde indien de rechtbank tot het oordeel zou komen dat er geen sprake was van een geldige

levering van het jacht door Jetten aan YEC. Nu de rechtbank de andere vordering van de curator – verklaring voor recht dat er in strijd met artikel 42 Fw gehandeld is – toewijst, wordt YEC niet tot medewerking veroordeeld. Dat zou nog wel eens voor enige hoofdbrekens kunnen zorgen. Het is niet mogelijk om het vonnis op grond van artikel 3:17 lid 1 sub e in te schrijven in de openbare registers en de eigendomspositie van Jetten ten aanzien van het jacht daarmee te bevestigen, omdat (1) het vonnis een declaratoir vonnis is (verklaring voor recht dat in strijd met art. 42 Fw is gehandeld) en geen constitutief vonnis is dat een wijziging in de rechtstoestand van een registergoed betreft (vergelijk P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, artikel 51 Boek 3 BW, aant. 2, bijgewerkt tot 01-02-2010 en E.R. Helder, *GS Vermogensrecht*, art. 3:17 BW, aant. 4.1, laatst bijgewerkt op 05-09-2017) en (2) het vonnis (ten aanzien van de verklaring voor recht dat in strijd met art. 42 Fw is gehandeld) niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard (ook dit lijkt niet te zijn gevorderd). De curator zal dus op grond van artikel 3:17 lid 1 sub a de vernietiging van de koopovereenkomst moeten doen inschrijven. De notaris die voor de inschrijving van de vernietiging zorg moet dragen (zie art. 26 lid 1 Kadasterwet) zal evenwel niet zomaar een notariële verklaring afgeven dat de vernietiging heeft plaatsgevonden. Hoewel bij vernietiging op grond van artikel 42 lid 1 Fw niet vereist is dat alle partijen in de vernietiging berusten (omdat art. 3:50 lid 2 BW buiten toepassing is verklaard), zal de notaris zich op grond van de aan hem overgelegde bewijsstukken zich ervan moeten vergewissen dat genoegzaam is aangetoond dat de vernietiging heeft plaatsgevonden (art. 37 lid 1 sub b Kadasterwet). Het is de vraag of een notaris bereid is om te verklaren dat dat inderdaad het geval is, indien hij zijn oordeel moet baseren op een vonnis dat niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard en waartegen mogelijk nog hoger beroep zal worden ingesteld. Het vonnis is daarom een mooie illustratie van het feit dat het voor een curator nuttig kan zijn om in een procedure over de juistheid van het inroepen van de actio pauliana ten aanzien van de overdracht of bezwaring van een registergoed de rechter te verzoeken de wederpartij te veroordelen om mee te werken aan aanpassing van de openbare registers en het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, zodat op grond van artikel 3:17 lid 1 sub a voor aanpassing van de openbare registers kan worden gezorgd. Daarnaast kan het voor de zekerheid ook zin hebben om de rechter – voor het geval de buitengerechtelijke vernietiging niet geslaagd mocht zijn – te verzoeken zelf de vernietiging van de aangevallen rechtshandeling uit te spreken en het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, zodat waar nodig op grond van art. 3:17 lid 1 sub e BW kan worden ingeschreven.

Deze zaak illustreert daarnaast mooi waarom het voor een curator wenselijk zou kunnen zijn om alleen één rechtshandeling in een samenstel van rechtshandelingen te vernietigen met de actio pauliana. In dit geval zou dit betekenen dat de curator de actio pauliana niet in zou roepen ten aanzien van de koopovereenkomst, maar ten aanzien van de verrekening (vergelijk N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nr. 376). In dat

geval blijft de overdracht in stand en dient de koper het verrekenende bedrag alsnog te voldoen (en zijn verrekenende vordering in te dienen in het faillissement). Het voordeel daarvan zou zijn dat de curator geen werkzaamheden meer hoeft te verrichten om de verkochte zaak nogmaals te verkopen, zeker in het geval het niet op voorhand duidelijk is dat hij daarmee een hogere verkoopprijs zal weten te realiseren dan de verrekenende koper wenste te voldoen. Indien de curator van mening is dat de wederpartij van de failliet voldoende liquide is om het verrekenende bedrag alsnog te voldoen (al dan niet na dreiging met beslag op de verkochte zaak), zou dat een eenvoudiger oplossing zijn. Bijkomend voordeel is dat daarmee eventuele moeilijkheden met inschrijving in de openbare registers kunnen worden voorkomen. Dogmatisch is het enkel vernietigen van de verrekening nog wel een puzzel: (1) het betreft hier geen rechtshandeling van de failliet maar van de koper (hetwelk op grond van het arrest HR 8 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:ACo457 (*Loeffen q.q./Mees Hope I*) meestal echter wordt aangenomen niet problematisch te zijn), (2) de verrekening is niet in strijd met artikel 54 Fw en lijkt daarmee alleen op grond van artikel 42 Fw aan te tasten door de ermee samenhangende koopovereenkomst te vernietigen (vergelijk de noot van N.E.D. Faber in *JOR* 2015/282 bij HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1825 (*Wemaro/de Bok q.q.*)) en (3) bij een samenstel van rechtshandelingen wordt op grond van rechtspraak van de Hoge Raad wel aangenomen dat een curator niet mag 'cherry-picken' welke rechtshandeling hij vernietigt (HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1117 (*Pannevis q.q./Air Holland*), waarover kritisch R.J. van der Weijden, *De faillissementspauliana* (diss. Nijmegen), Deventer Kluwer 2012, nr. 3.2.3.3).

T.E. Booms, september 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 11-09-2019

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2019:3847

Zaaknummer: C/17/163626 / HA ZA 18-267

Rechters: J.A. Werkema

Advocaten: T.E. Heslinga en W. Schoo

Wetsartikelen: 42 Fw

RECHTSPRAAK

Weigering homologatie faillissementsakkoord

Homologatie faillissementsakkoord wordt geweigerd wegens twijfel over de verdien capaciteit van de schuldenaar. De schuldenaar stelt niet te kunnen werken, terwijl hij wel met een bedrijfsbus hele dagen aanwezig is op bouwprojecten.

Een natuurlijk persoon biedt zijn schuldeisers een faillissementsakkoord aan. Het akkoord wordt met de vereiste meerderheid aangenomen. De rechter-commissaris voert in haar rapport aan dat er gronden zijn om de homologatie van het akkoord te weigeren. Op basis van het akkoord moeten de schuldeisers namelijk genoeg nemen met een zeer gering percentage, terwijl twijfel bestaat over de verdien capaciteit van de schuldenaar.

Een schuldeiser, Uitzendkoning B.V., verzet zich tegen de homologatie. Uitzendkoning heeft de schuldenaar een week lang gevolgd en gezien dat hij hele dagen aanwezig is op bouwprojecten en daar werkzaamheden verricht. De schuldenaar is daarom in staat zijn schuldeisers te voldoen. De schuldenaar stelt dat hij wegens arbeidsongeschiktheid niet in staat is te werken. De curator heeft verklaard dat hij zich, gelet op de fysieke toestand van de schuldenaar, niet kan voorstellen dat de schuldenaar aan het werk is.

De rechtbank stelt voorop dat de homologatieprocedure geen procedure op tegenspraak is. De rechtbank moet op korte termijn naar eigen inzicht de homologatie verlenen of weigeren. De beslissing moet worden gemotiveerd, maar de gewone regels van stelplicht en bewijslast zijn niet van toepassing. Naar het oordeel van de rechtbank is er gerede twijfel over de verdien capaciteit van de schuldenaar. Weliswaar is niet met foto's bewezen dat de schuldenaar heeft gewerkt, maar de verklaring van de schuldenaar dat hij hele dagen met een bedrijfsbus familiebezoekjes aflegt op bouwprojecten komt de rechtbank niet aannemelijk voor. De rechtbank neemt daarom aan dat de schuldenaar nog lange tijd inkomsten kan genereren om zijn schuldeisers te betalen, zodat de schuldeisers geen genoeg hoeven te nemen met 4,63% van hun vordering. De rechtbank weigert de homologatie op grond van artikel 153 lid 3 Fw.

H.J. de Kloe, september 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 17-07-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2020:2964

Zaaknummer: C/18/19/168 F

Rechters: N.A. Baarsma

Advocaten: N.A. Nienhuis

Wetsartikelen: 153 Fw

RECHTSPRAAK

Verkoop auto kort voor faillissement aan ‘eigen’ vennootschap

Een natuurlijk persoon verkoopt een half jaar voor faillissement zijn auto aan de vennootschap waarvan hij 50% aandeelhouder en bestuurder is. De vennootschap wordt in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat de koopprijs is betaald en dat zij geen wetenschap had van benadeling.

Twee heren houden beiden de helft van de aandelen in een vennootschap en zijn hiervan bestuurder. Een van de heren is in november 2015 failliet verklaard. In februari 2015 heeft hij zijn auto voor € 10.000 verkocht aan de vennootschap. De curator stelt dat de vennootschap de koopprijs niet heeft voldaan. De curator heeft de verkoop van de auto vernietigd op grond van artikel 42 Fw, de faillissementspauliana. In deze procedure vordert de curator primair betaling van de koopprijs van de auto door de vennootschap en subsidiair een verklaring voor recht dat de verkoop van de auto is vernietigd en een veroordeling van de vennootschap tot afgifte van de auto. In eerste aanleg is de primaire vordering toegewezen.

In hoger beroep voert de vennootschap (opnieuw) aan dat de curator geen andere verklaring kan afleggen dan de failliet, omdat de curator in de plaats treedt van de failliet. Deze stelling wordt logischerwijs verworpen, omdat het faillissement alleen het vermogen van de schuldenaar betreft en niet de persoon. Als beheerder en vereffenaar van de boedel kan de curator een ander standpunt innemen dan de schuldenaar zelf.

De vennootschap voert ook aan dat de koopprijs wél is voldaan. Het hof overweegt dat de bewijslast van dit bevrijdende verweer op de vennootschap rust. De vennootschap heeft getuigenbewijs aangeboden door het horen van twee getuigen. Naar het oordeel van het hof heeft de rechtbank dit getuigenbewijs ten onrechte niet toegelaten. De vennootschap wordt in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat zij de koopprijs van de auto heeft voldaan.

Slaagt de vennootschap in het bewijs dat de koopprijs is betaald, dan moet geoordeeld worden op de subsidiaire vordering van de curator. Omdat de schuldenaar 50% aandeelhouder en

bestuurder is van de vennootschap, wordt de wetenschap van benadeling vermoed aanwezig te zijn op grond van artikel 43 lid 1 onder 3° sub b Fw. Om proceseconomische redenen wordt de vennootschap daarom ook in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat zij geen wetenschap had van benadeling van de schuldeisers van de schuldenaar.

H.J. de Kloe, september 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 01-09-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:2709

Zaaknummer: 200.263.164_01

Rechters: H.A.G. Fikkers, W.J.J. Beurskens en A.C. van Campen

Advocaten: R.G.P. Voragen en W.C.G.J. Sterk

Wetsartikelen: 42 Fw en 43 Fw

RECHTSPRAAK

Artikel 22a IW 1990 is niet alleen bruikbaar tegen katvangers

De Ontvanger kan zich ook op grond van artikel 22a IW 1990 verhalen op een auto als degene op wiens naam de auto staat geen katvanger is. Nu de failliete belastingschuldige geen eigenaar was van de auto, was de Ontvanger bevoegd zich op de auto te verhalen.

Luc B.V. is op 25 juli 2017 failliet verklaard. Nadien heeft de Ontvanger op grond van artikel 22a IW 1990 beslag gelegd op een door Luc geleasede auto. Op grond van artikel 22a IW 1990 kan de Ontvanger zich verhalen op elk motorrijtuig dat op naam staat van degene die naheffingsaanslagen in de motorrijtuigenbelasting dient te betalen. Een derde die enig recht heeft op zo'n motorrijtuig, kan dit niet aan de fiscus tegenwerpen. Wel kan de derde andere goederen aanwijzen die voldoende verhaal bieden voor de achterstallige motorrijtuigenbelasting. Omdat de auto op naam van Luc stond en de leasemaatschappij geen andere goederen van Luc heeft aangewezen waarop de Ontvanger zich kon verhalen, is de auto verkocht. Met de opbrengst is de achterstallige motorrijtuigenbelasting betaald en het bedrag dat Luc verschuldigd was aan de leasemaatschappij. Het restant is uitgekeerd aan de boedel.

De curator vordert betaling van een bedrag van ongeveer € 3.300 aan de boedel door de Ontvanger, omdat de Ontvanger onrechtmatig gehandeld zou hebben door beslag te leggen op de auto en deze te verkopen. De curator stelt daartoe dat de Ontvanger alleen gebruik mag maken van artikel 22a IW 1990 als een auto op naam staat van een katvanger. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt namelijk dat artikel 22a IW 1990 is ingevoerd om het fenomeen van de katvanger terug te dringen. De kantonrechter heeft de vordering van de curator afgewezen.

Het hof overweegt dat artikel 22a IW 1990 inderdaad is ingevoerd om de katvangerproblematiek het hoofd te bieden, maar uit de wetsgeschiedenis blijkt duidelijk dat de bepaling ook van toepassing is op een 'anderszins insolvabele belastingschuldige'. Ook als degene op wiens naam een motorrijtuig staat geen katvanger is, kan de Ontvanger zich

verhalen op het motorrijtuig indien verzuimd wordt naheffingsaanslagen in de motorrijtuigenbelasting te betalen.

De stelling van de curator dat de eigendom van de auto in de boedel viel, wordt verworpen. Niet ter discussie staat dat Luc nog bedragen verschuldigd was aan de leasemaatschappij. De Ontvanger zou zich op grond van artikel 33 Fw niet verhaald hebben op de auto als het nog aan de leasemaatschappij verschuldigde bedrag zou zijn voldaan, maar de boedel had hiervoor onvoldoende middelen. De leasemaatschappij was dus eigenaar van de auto, waarmee het beslag van de Ontvanger niet verviel door het faillissement van Luc.

H.J. de Kloe, september 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-08-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:6668

Zaaknummer: 200.248.841

Rechters: J. Sap, L.M. Croes en S.M. Evers

Advocaten: M.D.B. Stap en E.E. Schipper

Wetsartikelen: 22a IW 1990 en 33 Fw