

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 26, 2020

Nummer 26, 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. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. G.P. van Hooft, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.I.J. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:2004](#) 11-12-2020

Aanvrager faillissement is niet per definitie aansprakelijk als faillissement nadien wordt vernietigd

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1954](#) 04-12-2020

Geen recht op nakoming na omzetting ex artikel 6:88 BW

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1953](#) 04-12-2020

Rechtbank mag dwangakkoord ex artikel 287a Fw niet wijzigen

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1950](#) 04-12-2020

Geen oordeel over redelijkheid termijn ex artikel 58 Fw nodig, omdat vordering op pandnemer onvoldoende is komen vast te staan

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:10284](#) 08-12-2020

Omleiden van geldstroom zodat ten laste van vennootschap gelegd derdenbeslag wordt omzeild, leidt niet tot bestuurdersaansprakelijkheid

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:10276](#) 08-12-2020

Bestuurders zijn niet aansprakelijk voor het faillissementstekort

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:10152](#) 07-12-2020

Hoger beroep tegen uitsluitend afwijzing dwangakkoord ex artikel 287a Fw niet mogelijk

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:9982](#) 01-12-2020

Niet artikel 29 Fw, maar artikel 28 Fw is van toepassing als een vordering voor faillissement al is betaald

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:9983](#) 01-12-2020

Vordering tot bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW afgewezen door succesvolle weerlegging van het bewijsvermoeden gebaseerd op een schending van de

publicatieplicht

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:9900](#) 30-11-2020

Overgang van onderneming?

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:3092](#) 10-11-2020

Bestuursverbod wegens schending van informatie- of medewerkingsverplichtingen jegens de curator

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:1830](#) 30-06-2020

Vooralsnog hoeft geen schadevergoeding betaald te worden voor (onrechtmatige) overname Radio Decibel. Curator krijgt bewijsopdracht.

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2020:4340](#) 08-12-2020

Schuldeisers niet-ontvankelijk in bezwaar tegen opheffing faillissement

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:11231](#) 25-11-2020

Bestuurder ontvankelijk in zijn verzet, rechtbank onbevoegd

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:12803](#) 17-11-2020

Heropening vereffening faillissement wegens nagekomen bate

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:6465](#) 17-06-2015

Kort voor faillissement gesloten geldleningsovereenkomst met gelieerde vennootschap vernietigd wegens doorbreking rangorde van schuldeisers

RECHTSPRAAK

Heropening vereffening faillissement wegens nagekomen bate

Rabobank heeft een vennootschap waarvan het faillissement is beëindigd door het verbindend worden van de slotuitdelingslijst een bedrag aangeboden in het kader van de rentederivatenaffaire. Het verzoek van de curator tot heropening van de vereffening in het faillissement wordt toegewezen.

In februari 2013 is Jan Vis Anthurium B.V. failliet verklaard. In september 2019 is de slotuitdelingslijst verbindend geworden. De (voormalig) curator van de vennootschap verzoekt de vereffening in het faillissement te heropenen, omdat Rabobank ongeveer € 110.000 heeft aangeboden in het kader van het Uniform Herstelkader Rentederivaten. Weliswaar wil Rabobank haar verplichtingen verrekenen, maar voor de curator is nog niet duidelijk of dit is toegestaan. De rechtbank heropent daarom de vereffening op grond van artikel 194 Fw.

H.J. de Kloe, december 2020

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 17-11-2020

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2020:12803

Zaaknummer: C/09/13/117 F

Rechters: W.J. Don

Wetsartikelen: 194 Fw

RECHTSPRAAK

Aanvrager faillissement is niet per definitie aansprakelijk als faillissement nadien wordt vernietigd

De aanvrager van een faillissement dat nadien wordt vernietigd is niet zonder meer aansprakelijk. Dat is alleen het geval als misbruik van bevoegdheid is gemaakt met de faillissementsaanvraag.

Verweerster 1 heeft het faillissement van HSK aangevraagd. Omdat HSK niet ter zitting is verschenen, is het faillissement uitgesproken. De dag voor de mondelinge behandeling in verzet is de vordering van verweerster 1 betaald. Ook na verzet en hoger beroep bleef het faillissement in stand, maar in cassatie heeft de Hoge Raad geoordeeld dat in verzet ook beoordeeld moet worden of de vordering van de aanvrager van het faillissement nog bestaat. Nadat de zaak is verwezen naar het hof 's-Hertogenbosch, is het faillissement vernietigd. De faillissementskosten (€ 160.000) zijn voor een kwart ten laste van HSK gebracht en voor drie kwart ten laste van verweerster 1.

In deze procedure heeft HSK verweerster 1 en haar advocaat, verweerster 2, aansprakelijk gesteld voor de schade die zij heeft geleden doordat het faillissement ten onrechte is uitgesproken. Naar de mening van HSK moeten de consequenties van een vernietigd faillissement voor rekening van de aanvrager komen. Het hof heeft geoordeeld dat dit niet het geval is. Een vordering op grond van onrechtmatige daad is slechts toewijsbaar als sprake is van misbruik van bevoegdheid in de zin van artikel 3:13 BW. In dit geval is daar geen sprake van. Het hof heeft daarom de vordering van HSK afgewezen.

In cassatie bepleit HSK dat, net als wanneer een uitspraak ten uitvoer wordt gelegd die nadien wordt vernietigd, de aanvrager van een faillissement aansprakelijk is voor geleden schade als nadien het faillissement wordt vernietigd na het aanwenden van een rechtsmiddel. De Hoge Raad gaat hierin niet mee. De reden die de Hoge Raad hiervoor geeft, is dat het uitspreken van een faillissement geen rechtsuitoefening is door de aanvrager, maar een beslissing van de rechter waarbij alle schuldeisers belang hebben. De aanvrager van een faillissement dat nadien wordt vernietigd is daarom alleen aansprakelijk als misbruik van bevoegdheid is gemaakt met de faillissementsaanvraag.

H.J. de Kloe, december 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 11-12-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:2004

Zaaknummer: 19/03248

Rechters: G. de Groot, M.V. Polak, G. Snijders, M.J. Kroeze en A.E.B. ter Heide

Advocaten: D. Rijpma en J.P. Heering

Wetsartikelen: 3:13 BW, 6:162 BW en 1 Fw

RECHTSPRAAK

Hoger beroep tegen uitsluitend afwijzing dwangakkoord ex artikel 287a Fw niet mogelijk

Pas als een WSNP-verzoek is afgewezen of ingetrokken, kan hoger beroep worden ingesteld tegen de afwijzing van een dwangakkoord ex artikel 287a Fw. Mede uit de WHOA leidt het hof af dat geen aanspraak bestaat op twee feitelijke instanties.

Een natuurlijk persoon heeft een schuldenregeling aangeboden aan haar schuldeisers. Omdat twee schuldeisers niet hebben ingestemd met de aangeboden regeling, verzoekt de schuldenaar primair deze schuldeisers te bevelen in te stemmen met de regeling op grond van artikel 287a Fw. Subsidiair verzoekt de schuldenaar toegelaten te worden tot de schuldsaneringsregeling (WSNP). De rechtbank heeft het verzoek ex artikel 287a Fw afgewezen en het verzoek om toegelaten te worden tot de WSNP aangehouden.

De schuldenaar gaat uitsluitend tegen de afwijzing van het dwangakkoord in hoger beroep. Onder verwijzing naar onder meer HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0966 overweegt het hof dat het pas mogelijk is beroep in te stellen tegen een afwijzing van een dwangakkoord bij afwijzing of intrekking van het WSNP-verzoek. Omdat op het WSNP-verzoek nog niet is beslist, wordt de schuldenaar niet-ontvankelijk verklaard.

Het hof overweegt nog dat het Nederlandse recht geen fundamentele aanspraak geeft op een beslissing in twee feitelijke instanties. Zo'n aanspraak kan ook niet worden ontleend aan het EVRM. Volgens het hof blijkt dit ook uit het feit dat onder de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) geen hoger beroep kan worden ingesteld tegen een uitspraak op een homologatieverzoek.

H.J. de Kloe, december 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-12-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:10152

Zaaknummer: 200.285.609

Rechters: D.M.I. de Waele, B.J. Engberts en I.M. Bilderbeek

Advocaten: M.R.A. Rutten

Wetsartikelen: 287a Fw en 292 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurder ontvankelijk in zijn verzet, rechtbank onbevoegd

Omdat de procedure ten aanzien van de verschenen gedaagden is geschorst op grond van artikel 29 Fw, is de bestuurder ontvankelijk in zijn verzet. De rechtbank verklaart zich onbevoegd.

Match International B.V. ('Match') heeft een natuurlijk persoon, Labouflex B.V. en Grupacon SP.Z.O.O., een vennootschap naar Pools recht, gedagvaard. Match heeft onder meer gevorderd dat gedaagden worden veroordeeld tot betaling van € 14,4 miljoen omdat de onderneming van Match om niet is overgedragen aan Labouflex en Grupacon. De natuurlijk persoon ('de bestuurder') is hiervoor naar de mening van Match aansprakelijk als voormalig (indirect) (mede)bestuurder en (mede)aandeelhouder van Match. Omdat Labouflex en Grupacon failliet zijn verklaard, is de procedure ten aanzien van hen geschorst op grond van artikel 29 Fw. De bestuurder is niet verschenen in de procedure, waarop hij bij verstek is veroordeeld. In deze uitspraak oordeelt de rechtbank op het bevoegdheidsincident dat de bestuurder in verzet heeft ingesteld.

In het kader van het insolventierecht is met name van belang wat de rechtbank overweegt over de ontvankelijkheid van de bestuurder in zijn verzet. Normaal gesproken wordt een vonnis gewezen dat als vonnis op tegenspraak wordt beschouwd, ook ten aanzien van de niet-verschenen gedaagde, als er gedaagden zijn die wel zijn verschenen (art. 140 lid 3 Rv). In dit geval is de procedure ten aanzien van de verschenen gedaagden geschorst. Hierdoor is het risico niet aanwezig dat in hoger beroep en verzet verschillend wordt geoordeeld. Artikel 140 lid 3 Rv is daarom niet van toepassing en eiser is ontvankelijk in zijn verzet.

Wat bevoegdheid betreft, overweegt de rechtbank dat de Brussel I bis-verordening van toepassing is, ondanks het feit dat de bestuurder ten tijde van de dagvaarding geen bekende woon- of verblijfplaats had. Niet in geschil is dat de bestuurder onderdaan is van een lidstaat. In het kader van Brussel I bis wordt alleen dan aangenomen dat de bestuurder geen woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, als er voldoende aanwijzingen zijn die rechtvaardigen dat hij buiten het grondgebied van de Europese Unie woont. Deze

aanwijzingen zijn er niet.

De rechtbank neemt geen rechtsmacht aan op grond van artikel 4 Brussel I bis. Ten tijde van het uitbrengen van de verzetdagvaarding had de bestuurder woonplaats in Nederland, maar omdat de bestuurder niet in Nederland woonde bij het aanhangig maken van de procedure, is de rechtbank niet bevoegd op grond van artikel 4 Brussel I bis. De rechtbank oordeelt dat zij ook niet als het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of kan voordoen bevoegd is op grond van artikel 7 onder 2 Brussel I bis. Omdat eiser aansprakelijk gesteld wordt wegens zijn handelen als bestuurder van Match, is het 'handlungsort' de plaats waar eiser zijn werkzaamheden als bestuurder van Match verrichtte. Wat het 'erfolgsort' betreft, moet worden beoordeeld waar de schade zich concreet voordoet. Beide aanknopingspunten leiden tot de plaats waar Match is gevestigd. De statutaire zetel van Match is gelegen in Geleen en Match houdt kantoor in Sittard. Artikel 7 sub 2 Brussel I bis regelt niet alleen de internationale rechtsmacht, maar ook de relatieve bevoegdheid van een gerecht. Omdat Geleen en Sittard niet in het arrondissement van de rechtbank Rotterdam zijn gelegen, verklaart de rechtbank zich onbevoegd.

H.J. de Kloe, december 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 25-11-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:11231

Zaaknummer: C/10/600967 / HA ZA 20-718

Rechters: M. de Geus

Advocaten: A.J. Exterkate, J.D.M. Oude Grote Bevelsborg en L.M. Noordzij

Wetsartikelen: 29 Fw, 140 lid 3 Rv en 7 sub 2 Brussel I bis

RECHTSPRAAK

Kort voor faillissement gesloten geldleningsovereenkomst met gelieerde vennootschap vernietigd wegens doorbreking rangorde van schuldeisers

Een bv verstrekt een lening aan een leeggehaalde bv, die tot voor kort dezelfde bestuurder had als zichzelf. Van de lening worden selectief enkele schuldeisers betaald. De uitlener heeft een schuld aan de lenende bv en beroept zich op verrekening. De geldlening wordt vernietigd; geen recht op verrekening.

Groningen Scheepsbouw Combinatie B.V. (hierna: GSC) maakte onderdeel uit van een conglomeraat bedrijven die alle werkzaam waren in de scheepsbouw en gevestigd in een gehuurde werf in Waterhuizen. De aandelen van GSC werden gehouden door Beatrice Holding B.V.

Andere bij het conglomeraat betrokken bedrijven waren onder meer Pattje, Greendeck B.V. en Beatrice Holding B.V. De drijvende kracht achter de vennootschappen is de heer X ('de bestuurder') als (indirect) eigenaar en bestuurder.

In juli 2013 is de bij GSC aanwezige inventaris verkocht aan het zusterbedrijf Greendeck, waarbij de koopprijs grotendeels door middel van verrekening van de intercompany-schuld is voldaan. Op 6 augustus 2013 bericht de bestuurder aan (de raadsman van) een schuldeiser dat GSC niet meer in staat is om te betalen en dat het faillissement reeds is aangevraagd.

Op 30 augustus 2013 worden de aandelen in GSC voor € 1 overgedragen aan een koper. In de akte van overdracht staat vermeld dat er geen enkel actief meer in GSC zit, alleen schulden. Tussen GSC en Pattje wordt overeengekomen dat Pattje tot een bedrag van € 120.000 zal bijdragen aan de aflossing van de schulden van GSC. Daartoe zal Pattje gedurende 25 maanden € 5.000 per maand aan GSC betalen. GSC verplicht zich jegens Pattje om het ontvangen geld aan te wenden ter afbouw van haar schuldpositie.

Op 9 oktober 2013 verstrekt Pattje een kortlopende lening van € 50.000 aan GSC. Dat bedrag

wordt aangewend voor betaling van schulden aan Beatrice Holding en enkele leveranciers die ook leveranciers zijn van Pattje. Andere schuldeisers worden onbetaald gelaten.

Op 5 november 2013 wordt GSC op verzoek van een schuldeiser failliet verklaard. De curator maakt tegenover Pattje aanspraak op betaling van het overeengekomen bedrag van € 120.000. Volgens de curator is daar pas eenmaal € 5.000 op betaald.

Pattje heeft zich in kort geding zonder succes verzet tegen conservatoire beslagen die de curator in dit verband liet leggen. Bij brief van 11 september 2014 beroept Pattje zich op ontbinding van de overeenkomst waarbij zij zich jegens GSC tot betaling van de € 120.000 verplicht had, omdat GSC blijvend tekort zou zijn geschoten in haar verplichting om het door Pattje te betalen bedrag aan te wenden voor de afbouw van GSC's schuldpositie.

Pattje dagvaardt vervolgens de curator en vordert primair een verklaring voor recht dat de overeenkomst rechtsgeldig is ontbonden en veroordeling van de curator om hetgeen Pattje reeds aan GSC betaald heeft, terug te betalen. Subsidiair vordert Pattje een verklaring voor recht dat zij het bedrag van de aan GSC verstrekte geldlening van € 50.000 kan verrekenen met haar schuld aan GSC van € 120.000, dat de curator na die verrekening (in aanmerking nemend hetgeen de curator via beslaglegging reeds geïnd heeft) niets meer van Pattje te vorderen heeft en dat de curator al hetgeen hij na 11 september 2014 nog van Pattje heeft geïnd, moet terugbetalen.

De curator voert aan dat Pattje niet bevoegd was tot ontbinding van de overeenkomst, omdat Pattje zelf als eerste in verzuim is geraakt met het nakomen van haar eigen verplichtingen jegens GSC. Pattje heeft na de eerste termijn van € 5.000 geen verdere betalingen aan GSC gedaan. Het feit dat GSC haar schuldpositie niet heeft afgebouwd, komt doordat Pattje de daarvoor bestemde gelden zelf niet aan GSC betaald heeft. Met betrekking tot de lening van € 50.000 stelt de curator zich op het standpunt dat deze vernietigbaar is vanwege schuldeisersbenadeling. De lening is aangewend om enkele schuldeisers (waar Pattje zelf belang bij had) te betalen, terwijl er ook andere (hoger gerangschikte) schuldeisers waren die onbetaald bleven. In plaats van de concurrente schuldeisers die met de € 50.000 betaald werden, kwam Pattje als nieuwe schuldeiser, die vanwege haar schuld van € 120.000 een verrekeningsmogelijkheid had (althans meende te hebben) die de afbetaalde concurrente schuldeisers niet hadden. Als de betreffende transactie in stand zou blijven en Pattje zou kunnen verrekenen, zou daardoor de paritas creditorum doorbroken worden.

De rechtbank volgt de curator in zijn stelling dat Pattje op 11 september 2014 in verzuim was met de betaling van de maandelijks door haar verschuldigde termijnen aan GSC. Weliswaar heeft Pattje aangevoerd dat zij – na een aanvullende overeenkomst van 24 september 2013

tussen Pattje en GSC – betalingen heeft verricht aan een andere vennootschap van de koper van GSC in plaats van aan GSC, maar Pattje heeft – voor zover zij al bevrijdend heeft mogen betalen aan die andere vennootschap – niet gesteld dat zij de periodiek verschuldigde betalingen tot 11 september 2014 heeft verricht. Doordat Pattje zelf in verzuim was, was zij niet bevoegd om de overeenkomst te ontbinden. De primaire vorderingen worden daarom afgewezen.

Ook met betrekking tot de subsidiaire vorderingen volgt de rechtbank het standpunt van de curator. Op zichzelf terecht heeft Pattje aangevoerd dat het enkele aangaan van een overeenkomst tot geldlening in de wetenschap dat het geleende geld zou worden aangewend om bepaalde schuldeisers te betalen, niet zonder meer betekent dat andere schuldeisers zijn benadeeld. Dat is echter in het onderhavige geval wel aan de orde. De met het geleende bedrag betaalde schuldeisers, waarvan Pattje niet heeft betwist dat het (klanten van) aan haar gelieerde ondernemingen waren, zouden in het faillissement een concurrente positie hebben gehad. Daar is Pattje als crediteur voor in de plaats gekomen, met dien verstande dat zij een bevoorrechte positie heeft ten opzichte van de overige crediteuren omdat zij zich op grond van artikel 53 Fw op verrekening kan beroepen. Per saldo zijn de overige (concurrente) crediteuren in het faillissement derhalve in een nadeligere positie gekomen door de lening en de wijze waarop het geleende bedrag is aangewend.

Met betrekking tot de voor een actio pauliana vereiste wetenschap van benadeling aan de zijde van zowel GSC als Pattje, overweegt de rechtbank dat de geldlening minder dan een maand voor de faillietverklaring is verstrekt en dat het gaat om een rechtshandeling die door de bestuurder namens Pattje is verricht met een vennootschap (GSC) waarvan de bestuurder tot 30 augustus 2013 ook middellijk bestuurder was. De rechtbank past daarom het bewijsvermoeden van artikel 43 lid 1 aanhef en onder 5° Fw in samenhang met artikel 43 lid 4 Fw toe. Door Pattje is geen bewijs aangeboden van feiten (voor zover überhaupt gesteld) die dit vermoeden zouden kunnen ontzenuwen. De rechtbank dient het er derhalve voor te houden dat de wetenschap van benadeling aan beide zijden bestond.

Door de vernietiging van de geldlening van € 50.000 heeft Pattje weliswaar recht op terugbetaling van het ter leen verstrekte bedrag, maar dat is een concurrente vordering in het faillissement, die niet voor verrekening in aanmerking komt.

De vorderingen van Pattje worden alle afgewezen. Pattje wordt veroordeeld in de proceskosten.

I.F.M. Lakwijk, december 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 17-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:6465

Zaaknummer: C/18/153129 / HA ZA 14-352

Rechters: P.J. Duinkerken

Advocaten: C.H.J. van der Maas en J.D. Meerburg

Wetsartikelen: 6:266 BW, 42 Fw, 43 lid 1 sub 5c Fw en 43 lid 4 Fw

RECHTSPRAAK

Vordering tot bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW afgewezen door succesvolle weerlegging van het bewijsvermoeden gebaseerd op een schending van de publicatieplicht

Schending van de publicatieplicht vormt geen onbelangrijk verzuim. Wel maakt de bestuurder aannemelijk dat het met toepassing van artikel 2:248 lid 2 BW vastgestelde onbehoorlijk bestuur geen belangrijke oorzaak van het faillissement is. De bestuurder blijft aansprakelijkheid bespaard.

Centraal staat de op 5 juni 2014 opgerichte onderneming Breinverruimers B.V. Breinverruimers was actief op het gebied van breinleren en richtte zich op basis van een licentie op de exploitatie van het gedachtegoed van D. Via een holding, te weten: Molte B.V., hield de bestuurder sinds 2016 alle aandelen in Breinverruimers (hierna samen 'Molte').

Op 14 juli 2015 is aan Breinverruimers een subsidie verleend voor een haalbaarheidsproject binnen de creatieve sector. De subsidie zag op het financieren van onderzoek naar de technische, organisatorische haalbaarheid van een nieuw en innovatief ontwikkelplatform. In 2015 heeft Breinverruimers een voorschot op de subsidie ontvangen van € 33.177. Naast een beëindiging van de licentie door D werd Breinverruimers vervolgens geconfronteerd met het vertrek van haar andere aandeelhouders. Deze aandeelhouders waren binnen Breinverruimers verantwoordelijk voor de commercie. Voorafgaand aan het eigen verzoek tot faillietverklaring van 6 juni 2017, is op 5 april 2017 de jaarrekening van Breinverruimers over het jaar 2015 gedeponeerde bij de Kamer van Koophandel.

In eerste aanleg heeft de curator Molte aansprakelijk gesteld voor het boedelttekort in het faillissement. De aansprakelijkheidsstelling van de curator is gebaseerd op het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW wegens een schending van de publicatieplicht. De jaarrekening over 2015 was immers niet binnen de toen geldende termijn van 13 maanden gedeponeerde (art. 2:394 lid 1 (oud) BW). De curator werd door de rechtbank in het ongelijk

gesteld, omdat Molte aannemelijk wist te maken dat het onbehoorlijk bestuur geen belangrijke oorzaak van het faillissement vormde.

In hoger beroep handhaaft Molte haar stelling dat het te laat publiceren van de jaarrekening als onbelangrijk verzuim moet worden aangemerkt. Volgens Molte was Breinverruimers van kleine omvang en had zij een kleine draagkracht. Daarnaast zou zij niet op de hoogte zijn geweest van de wettelijke publicatieplicht. Het hof vindt deze omstandigheden echter onvoldoende om te concluderen dat de schending een onbelangrijk verzuim oplevert. De kleine omvang en geringe draagkracht vormden namelijk geen hindernis om de jaarrekening alsnog te publiceren. Dat de bestuurder onbekend zou zijn met de wettelijke publicatieplicht is volgens het hof onvoldoende toegelicht. Bovendien zien de aangevoerde omstandigheden niet op de redenen voor het verzuim. Ook het hof stelt daarom bij de behandeling van de grieven het wettelijk bewijsvermoeden centraal.

Volgens de curator was het vertrek van de aandeelhouders geen belangrijke oorzaak van het faillissement en had Molte, voor zover deze aandeelhouders onmisbaar waren, voor vervanging moeten zorgen. Daar gaat het hof niet in mee. Door het vertrek van de aandeelhouders zijn zowel de commerciële als uitvoerende activiteiten op Molte komen te rusten, die daardoor overbelast raakte en waardoor de omzet achterbleef. Het vertrek viel bovendien niet aan Molte te verwijten. Het leidde daarentegen wel tot het achterblijven van de resultaten, waardoor een betalingsachterstand was ontstaan die leidde tot de opzegging van de licentie. De curator heeft onvoldoende duidelijk gemaakt wat Molte nog had kunnen doen om de licentie te behouden.

De omstandigheid dat Molte is tekortgeschoten in de verantwoording over en administratie van de aard en omvang van de subsidiabele werkzaamheden kan evenmin nopen tot bestuurdersaansprakelijkheid, ook al heeft Molte dit verzuim erkend. De curator heeft namelijk nagelaten om het causaal verband tussen dit verzuim en het faillissement duidelijk te maken. In het licht daarvan kan volgens het hof in het midden blijven of en in hoeverre de gebrekkige verantwoording van de gesubsidieerde werkzaamheden onbehoorlijke taakvervulling zijdens Molte oplevert. Ook voor wat betreft het argument dat Molte de onderneming niet heeft gestaakt na het intrekken van de licentie, is de curator naar de mening van het hof onvoldoende duidelijk. De curator heeft niet toegelicht waarom de zoektocht naar mogelijkheden om zonder licentie door te gaan te lang heeft geduurd noch de omstandigheid dat het faillissement voorkomen had kunnen worden.

Het hof bekrachtigt daarom het vonnis van de rechtbank.

M.Y.J. Smeets en J.E. van Nuland, december 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 01-12-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:9983

Zaaknummer: 200.258.529/01

Rechters: P.S. Bakker, J. Smit en M. Wolters

Advocaten: J. Keekstra en A. Speksnijder

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Geen oordeel over redelijkheid termijn ex artikel 58 Fw nodig, omdat vordering op pandnemer onvoldoende is komen vast te staan

81 RO-zaak. Afwijzing verklaring voor recht dat de curatoren geen beroep toekomt op het verstrijken van een termijn ex artikel 58 Fw. Het hof kon de vordering afwijzen zonder te oordelen over de geldigheid van de termijnstelling, omdat de vermeend pandhouders de vordering waarvoor pandrechten zijn gevestigd onvoldoende hebben onderbouwd.

Deze 81 RO-zaak betreft een van de vele procedures die naar aanleiding van deze faillissementen zijn gevoerd. X is bestuurder van een groep gefailleerde vastgoedvennootschappen en is daarnaast in privé failliet verklaard. Eiseressen in deze procedure zijn de echtgenote van X en hun vijf kinderen, verenigd in Stichting de Vijf Muskietiers. Zij stellen dat zij vorderingen hebben op X, tot zekerheid waarvan zij pandrechten hebben verkregen op verschillende goederen van X.

In deze procedure vorderen eiseressen een verklaring voor recht dat de curatoren van X geen beroep toekomt op het verstrijken van de krachtens artikel 58 Fw aan hen gestelde en daarna eenmalig verlengde termijn. De vordering is door de rechtbank Limburg toegewezen, maar dit vonnis is vervolgens door het gerechtshof Den Bosch vernietigd. Eiseressen hebben hun gepretendeerde vordering op X volgens het hof onvoldoende onderbouwd, gelet op de gemotiveerde betwisting door de curatoren. Het hof heeft daarom de vraag of sprake is van een geldige termijnstelling onbeantwoord gelaten. De Hoge Raad verworpt in dit arrest het hiertegen gerichte cassatieberoep en doet de zaak af op grond van artikel 81 RO.

Uit de conclusie van A-G De Bock volgt dat het belangrijkste bezwaar van eiseressen is dat artikel 58 Fw er volgens hen aan in de weg staat dat het hof beoordeelt of sprake is van een vorderingsrecht of pandrecht. De betwisting hiervan zou volgens eiseressen niet in een procedure over artikel 58 Fw aan de orde moeten komen.

De A-G meent – net als de Hoge Raad – dat dit onderdeel niet kan slagen. In dit verband overweegt zij eerst meer algemeen dat volgens haar de in feitenrechtspraak wel geaccepteerde opvatting dat het stellen van een termijn die niet als redelijk kan worden aangemerkt, betekent dat er geen termijn in de zin van artikel 58 Fw is gesteld, onjuist is. In die rechtspraak is ook aangenomen dat een onredelijk korte termijn niet verlengd kan worden. Het onredelijk zijn van een termijn zal volgens de A-G echter juist hét argument bij een verlengingsverzoek zijn, zodat zich daarmee volgens haar niet verdraagt dat in die gevallen de separatist niet-ontvankelijk is in zijn verlengingsverzoek. De A-G verwijst verder nog naar het arrest *Cantor/Arts q.q.* (ECLI:NL:HR:2008:BC4846), waaruit blijkt dat geen rechtsregel eraan in de weg staat dat de curator gelijktijdig met het betwisten van de vordering van partij die een pandrecht pretendeert een termijn stelt op grond van artikel 58 Fw. Relevant is bovendien dat de onderhavige procedure geen artikel 58 Fw procedure is, omdat die procedure alleen gericht is op verlenging van de termijn. Het onderdeel slaagt ook daarom niet, aldus de A-G.

De overige onderdelen van het cassatiemiddel richtten zich hoofdzakelijk op de vraag bij welke partij de stelplicht en bewijslast in dit geval rust. Ten onrechte stelden eiseressen bijvoorbeeld dat het gevoerde verweer van de curatoren dat eiseressen geen vordering op X hebben een bevrijdend verweer is, ten aanzien waarvan de curatoren dus de stelplicht en bewijslast hebben. Dat verweer heeft echter geen zelfstandig rechtsgevolg, maar is een betwisting en daarmee geen bevrijdend verweer.

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

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 04-12-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1950

Zaaknummer: 18/01557

Rechters: G. Snijders, T.H. Tanja-van den Broek en A.E.B. ter Heide

Advocaten: C.S.G. Janssens en M.A.J.G. Janssen

Wetsartikelen: 58 Fw en 81 RO

RECHTSPRAAK

Vooralsnog hoeft geen schadevergoeding betaald te worden voor (onrechtmatige) overname Radio Decibel. Curator krijgt bewijsopdracht.

Curator van gefailleerd radiostation vordert schadevergoeding wegens onttrekking van de vermogensbestanddelen van het station. Het hof wijst de vordering ten aanzien van een aantal gestelde onttrekkingen af en laat de curator voor het overige toe tot nader bewijs. Het hof probeert partijen te bewegen een schikking te treffen.

In deze procedure stelt de curator dat [X] c.s. op onrechtmatige wijze alle vermogensbestanddelen van belang en daarmee de *station identity* aan gefailleerde, radiostation Radio Formats Nederland B.V. (hierna 'RFN'), hebben onttrokken, althans dat zij door die onttrekkingen ongerechtvaardigd zijn verrijkt. Het hof gaat afzonderlijk in op elk van de litigieuze vermogensbestanddelen.

Opbrengsten advertenties

De curator heeft gesteld dat [X] c.s. in 2009 alle reclameopbrengsten uit advertenties die RFN met adverteerders gesloten had, voor zichzelf heeft geïncasseerd. [X] c.s. betwist de stellingen van de curator dat de advertentieovereenkomsten met RFN waren gesloten. Volgens hem waren dit nieuwe overeenkomsten. Het sluiten van nieuwe advertentie-overeenkomsten kan dan ook niet gezien worden als een ingebed onderdeel van een onrechtmatige onttrekking van de onderneming aan RFN noch als een ongerechtvaardigde verrijking. Volgens het hof kan de handelwijze van [X] c.s. echter wel onrechtmatig jegens RFN en haar crediteuren geweest zijn, indien en voor zover [X] c.s. ten aanzien van lopende advertentie-overeenkomsten bewerkstelligd heeft dat uit hoofde daarvan aan RFN verschuldigde betalingen aan [X] c.s. zijn betaald. De curator zal worden toegelaten deze stelling te bewijzen.

Jingles van Radio Decibel

De curator heeft gesteld dat [X] c.s. jingles van Radio Decibel op onrechtmatige wijze heeft

gebruikt dan wel overgenomen. Op grond van het partijdebat staat hierover vast dat Top Format jingles in opdracht en ten behoeve van RFN heeft ontwikkeld (de 'oude' jingles) en The Rocketeers jingles in opdracht van [B] heeft ontwikkeld (de 'nieuwe' jingles). [X] c.s. heeft de rekening voor de 'nieuwe' jingles betaald. [X] c.s. heeft de nieuwe jingles gebruikt voor het radiostation van Decibel Radio Formats. De curator heeft gesteld dat tijdens het eerste uur van de heropening van Radio Decibel op 1 december 2008 de nieuwe jingles zijn gedraaid en de nieuwe jingles niet voor [X] c.s., maar, in opdracht van [B], namens en voor RFN zijn ontwikkeld. Het hof komt tot de overweging dat de stellingen van de curator onvoldoende zijn om te komen tot het oordeel dat de nieuwe jingles aan RFN toebehoorden en dat [X] c.s. jegens RFN onrechtmatig gebruik hebben gemaakt van de nieuwe jingles. Deze grief faalt.

Ontvreemding apparatuur

De curator heeft gesteld dat [X] c.s. diverse apparatuur heeft onvreemd. [X] c.s. betwist dit waardoor de curator in de gelegenheid wordt gesteld zijn stelling te bewijzen. Het hof merkt daarbij op dat bij de begroting van de schade die RFN als gevolg van de gestelde handelwijze van [X] c.s. heeft geleden niet zonder meer kan worden uitgegaan van de aanschafprijs of de boekwaarde, maar eerder de dagwaarde of vervangingswaarde in aanmerking komt. Bij akte na bewijslevering kunnen partijen hierop ingaan.

DJ's

De curator heeft verder aangevoerd dat [X] c.s. overeenkomsten met de twee diskjockeys, die bij RFN in dienst waren althans voor RFN werkten, heeft overgenomen, zonder RFN daarvoor enige vergoeding te betalen. Het hof overweegt dat [X] c.s. geen vergoeding verschuldigd is. Het moge zo zijn dat de aantrekkingskracht van een radiozender (of radioprogramma) dikwijls voor een (soms groot) deel bepaald wordt door de persoon van de diskjockey, maar dat brengt niet zonder meer mee dat als een diskjockey ervoor kiest om voor een andere radiozender te gaan werken, de nieuwe radiozender uit dien hoofde een vergoeding aan de oude radiozender verschuldigd is. Dat geldt in elk geval indien, zoals hier, de diskjockey geen dienstverband met de oude radiozender had, terwijl ook overigens geen rechtsverhouding met de oude radiozender is gesteld die de diskjockey of de nieuwe radiozender beperkingen oplegt, aldus het hof.

Programmaproductieovereenkomst - frequentie 94.9 FM

De curator heeft gesteld dat [X] c.s., in het kader van het overnemen van de onderneming van RFN, vanuit een vooropgezet plan ook de sublicentie van de frequentie waarop RFN uitzond, heeft overgenomen door te bewerkstelligen dat de licentiegever de sublicentie wegens niet

betaling van de verschuldigde vergoeding ontbond waardoor RFN niet meer kon uitzenden.

Het hof overweegt dat de curator onvoldoende heeft gesteld om aan te kunnen nemen dat [X] c.s. in verband met de sublicentie onrechtmatig heeft gehandeld of ongerechtvaardigd is verrijkt dan wel dat [X] c.s. een vooropgezet plan had om de sublicentie aan RFN te onttrekken. Deze grief faalt eveneens.

Goodwill

De curator heeft verlies van aan de *station identity* van RFN verbonden goodwill mede ten grondslag gelegd aan zijn vorderingen tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad dan wel ongerechtvaardigde verrijking. Het hof overweegt dat de curator het bestaan van aan RFN verbonden goodwill die voor vergoeding in aanmerking komt onvoldoende heeft onderbouwd. RFN beschikte immers niet meer over de voor de uitzendingen benodigde radiofrequentie, de (volgens de curator voor de uitstraling van het door RFN geëxploiteerde radiostation essentiële) diskjockeys waren overgestapt en RFN maakte verlies.

Het hof laat de curator toe tot het leveren van het bewijs (ten aanzien van de advertentie-overeenkomsten en onvreemde apparatuur). De overige grieven falen. Het hof legt aan partijen voor, nu voortzetting van de procedure nog beperkt financieel belang heeft, dat het aangewezen voorkomt dat partijen over de nog uitstaande onderwerpen een vergelijk beproeven.

J.D. van den Dolder, december 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 30-06-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:1830

Zaaknummer: 200.141.194/01

Rechters: G.C.C. Lewin, D.J. Oranje en J.M. de Jongh

Advocaten: R.J.W. Pijls en A. Gabel

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Omleiden van geldstroom zodat ten laste van vennootschap gelegd derdenbeslag wordt omzeild, leidt niet tot bestuurdersaansprakelijkheid

De derdenbeslagene had geen grond om na beslaglegging betaling aan een ander te weigeren. Voor het omleiden van de geldstroom bestond een contractuele basis. Bestuurders hebben niet onrechtmatig gehandeld.

De persoonlijke holding van A is veroordeeld tot betaling van € 13.600 aan CourtYard. De holding bood echter geen verhaal. Daarom heeft CourtYard ten laste van de holding derdenbeslag gelegd onder P&C. Courtyard wist namelijk dat de holding maandelijks een managementfee factureerde voor de werkzaamheden die de DGA van de holding voor P&C verricht. Na de beslaglegging is de DGA rechtstreeks – dus zonder tussenkomst van de holding – aan P&C gaan factureren. Daardoor trof het beslag van CourtYard geen doel. Enige tijd later is P&C gefailleerd.

CourtYard stelt dat de bestuurders van P&C onrechtmatig jegens haar hebben gehandeld door eraan mee te werken dat het beslag werd omzeild. Daarnaast stelt CourtYard dat de DGA van de holding onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld omdat hij heeft bewerkstelligd dat de holding haar betalingsverplichting niet is nagekomen en ook geen verhaal biedt.

Het hof wijst de door CourtYard jegens de bestuurders van P&C ingestelde vorderingen af. Tussen (onder meer) de holding en P&C is namelijk een participatieovereenkomst gesloten. Daarin is opgenomen dat de DGA van de holding tot een van de directeurs van P&C werd benoemd en dat hij daarom een managementfee aan P&C in rekening mocht brengen. Er bestond dus een rechtstreekse betalingsverplichting van P&C jegens de DGA. Dat de DGA de aan hem verschuldigde managementfee (jarenlang) door zijn holding heeft laten factureren aan P&C, heeft niet tot gevolg dat er een contractuele relatie tussen zijn holding en P&C tot stand is gekomen. Toen de DGA na de beslaglegging zelf aan P&C ging factureren, had P&C geen grond om betaling aan de DGA te weigeren. De contractuele verplichting tot betaling van de managementfee gold immers jegens de DGA. Gelet hierop hebben de bestuurders niet

onrechtmatig jegens CourtYard gehandeld.

De vordering die CourtYard heeft ingesteld jegens de DGA van de holding, wordt eveneens afgewezen. De holding – en niet haar DGA – was veroordeeld tot betaling aan CourtYard. Het stond de DGA onder deze omstandigheden vrij om de aan hem verschuldigde managementfee niet langer via de holding te declareren. Deze beslissing heeft de DGA niet genomen in zijn hoedanigheid van bestuurder van de holding en kan daarom niet aan de holding worden toegerekend. Daarom heeft de holding niet onrechtmatig jegens CourtYard gehandeld. Om die reden treft de DGA in zijn hoedanigheid van bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt.

Tot slot heeft een van de bestuurders van P&C nog een incidentele vordering jegens CourtYard ingesteld. Hij heeft integrale vergoeding van de gemaakte proceskosten gevorderd. Ook deze vordering strandt. Een dergelijke vordering is alleen toewijsbaar in geval van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen. Daarvan is pas sprake als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven. Daarvan kan eerst sprake zijn als de eiser zijn vordering baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden (HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3516). Dat is hier niet aan de orde. Het was niet evident dat de vordering van CourtYard geen kans van slagen had.

A.J.M. Wilmer & K.C.S. Meekes, december 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 08-12-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:10284

Zaaknummer: 200.270.333/01

Rechters: I. Tubben, J. Smit en O.E. Mulder

Advocaten: P.H. van der Vleuten en J.W.M. Soentjens

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurders zijn niet aansprakelijk voor het faillissementstekort

Door de bestuurder(s) is in hoger beroep voldoende aangevoerd om het vonnis in eerste aanleg – waarin was geoordeeld dat sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur – te vernietigen.

In deze zaak staat (onder meer) de vraag centraal of de (indirect) bestuurders van de gefailleerde vennootschap Rofla aansprakelijk zijn voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW.

Het hof stelt voorop dat geen wettelijk vermoeden van onbehoorlijk bestuur bestaat en de curator daarom moet stellen en bewijzen dat van onbehoorlijk bestuur toch sprake is.

De curator voert allereerst aan dat Rofla haar kosten onvoldoende heeft doorbelast bij haar zustervenootschap Restyling die de opdrachten uitvoerde en de opbrengst incasseerde. De curator legt daaraan ten grondslag dat Rofla enkel een bedrag van € 32,50 per gewerkt uur in rekening bracht. Dit zou niet kostendekkend zijn geweest, hetgeen jarenlang zou hebben voortgeduurd. De bestuurders zijn tegen dit standpunt opgekomen en hebben in dat kader diverse rapporten overgelegd waaruit blijkt dat naast het bedrag van € 32,50 per uur tevens ieder jaar door Rofla een bedrag aan indirecte kosten werd doorbelast aan Restyling met als conclusie dat sprake was van afdoende doorbelasting. Het verwijt van de curator dat 'slechts' € 32,50 per gewerkt uur van Rofla aan Restyling werd doorbelast en zijn conclusie dat Rofla ten koste van Restyling werd 'leeggetrokken', is dus volgens het hof van iedere grond ontbloomt.

Voorts verwijst de curator naar een door hem in de administratie van Rofla aangetroffen gespreksverslag tussen de bestuurders en de accountant van Rofla waarin een aantal 'voorwaarden' waren opgenomen. Als die voorwaarden niet vervuld zouden worden, zouden dat 'showstopppers' zijn. Die voorwaarden waren: (a) extra liquiditeit aantrekken en (b) een regeling met schuldeisers overeenkomen. Als er een showstopper zou optreden, zou een 'noodscenario', zoals het aanvragen van het faillissement, nodig zijn. De curator heeft aangevoerd dat op basis van dit gespreksverslag geconcludeerd moet worden dat het

faillissement van Rofla uiteindelijk zou volgen: Rofla bevond zich in een moeilijke markt en had ervoor gekozen om de indirecte kosten die zij maakte onvoldoende door te belasten aan Restyling. Onder die omstandigheden hadden de bestuurders volgens de curator actie moeten ondernemen en hadden zij ten minste moeten trachten aan de voorwaarden uit het gespreksverslag te voldoen. Door enkel een deel van het personeel te ontslaan en na te laten liquiditeit aan te trekken en/of een regeling met schuldeisers overeen te komen, hebben de bestuurders zich volgens de curator niet op juiste wijze van hun statutaire taak gekweten en hun taak kennelijk onbehoorlijk vervuld. Met betrekking tot dit gespreksverslag hebben de bestuurders een toelichting overgelegd van de accountant die het gespreksverslag heeft opgesteld waarin de accountant verklaart dat de strekking van het gesprek een inventarisatiegesprek was waarbij vanuit zijn adviesrol diverse scenario's zijn besproken. Op geen enkel moment zou er destijds sprake zijn geweest van een te verwachten faillissementsscenario. De door de curator genoemde noodzaak om maatregelen op te volgen wordt volgens het hof bovendien gelogenstraft door het feit dat Rofla daarna nog drie jaar heeft voortbestaan. Er deed zich mitsdien niet de situatie voor dat sprake kon zijn van onbehoorlijk bestuur door de bestuurders door het niet (doen) vervullen van de in het gespreksverslag omschreven 'voorwaarden'.

Tot slot voert de curator aan dat sprake zou zijn van verschuiving van de voorraad om niet. De bestuurders hebben hiertegen aangevoerd dat na datum faillissement in de boekhouding van Rofla een afwaardering van de voorraden is doorgevoerd vanwege het hanteren van een andere waarderingmethode van de voorraad. Doordat de waardering van de voorraad voorheen plaatsvond op basis van de nieuwwaarde maar nadien op basis van de werkelijke (markt)waarde, leek uit de administratie te volgen dat de voorraad om niet van de hand was gedaan, terwijl daarvan geen sprake was. De voorraad was ten tijde van het eerste bezoek door de curator gewoon aanwezig en is door hem later verkocht, aldus de bestuurders. Het hof volgt deze uitleg en stelt vast dat een wijziging in de boekhoudkundige waardering heeft plaatsgevonden en geen overdracht van de fysieke voorraad. Nu die wijziging in de boekhoudkundige waardering na datum faillissement heeft plaatsgevonden, kan, zoals de bestuurders terecht hebben aangevoerd, die wijziging alleen al daarom niet ten grondslag liggen aan een oordeel over de wijze van besturen op grond van artikel 2:248 BW. Het faillissement was immers al uitgesproken toen de boekhouding werd aangepast.

S.A. van Aalst, december 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 08-12-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:10276

Zaaknummer: 200.249.690/01

Rechters: I. Tubben, M.W. Zandbergen en M.A.L.M. Willems

Advocaten: L.T. Lonis en N.S. Reerink

Wetsartikelen: 2:248 BW, 6:162 BW, 6:212 BW, 54 Fw, 47 Fw en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Bestuursverbod wegens schending van informatie- of medewerkingsverplichtingen jegens de curator

Bestuursverbod in de zin van artikel 106a lid 1 onder c Fw. Er is sprake van een schending van de informatie- en medewerkingsverplichtingen jegens de curator. Geen sprake van overmacht: de bestuurder was in elk geval niet zo ziek dat hij tot niets meer in staat was. De huidige procedure is geen criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM.

DM Holding B.V. is in 2014 opgericht. Appellant was vanaf juli 2015 enig aandeelhouder en enig bestuurder ('de bestuurder'). In februari 2017 is DM Holding failliet verklaard. Twee maanden later is het faillissement opgeheven bij gebrek aan baten.

Tijdens het faillissement is de bestuurder onbereikbaar gebleken. Toen het de curator eenmaal was gelukt de bestuurder te bereiken, bleek hij geen informatie te willen verstrekken over achtergronden van het faillissement. Wel gaf de bestuurder toen aan dat DM Holding enkel holdingactiviteiten verrichtte die al waren gestaakt, net als de activiteiten van de deelnemingen van DM Holding. De curator had een afspraak gemaakt met de bestuurder, waarop de bestuurder de administratie zou afgeven. Op die afspraak kwam de bestuurder vervolgens niet opdagen – naar eigen zeggen omdat hij ziek was. Omdat de bestuurder op geen enkele wijze medewerking verleende aan de afwikkeling van het faillissement, heeft de curator de bestuurder laten oproepen voor verhoor bij de rechter-commissaris. Toen de bestuurder weer niet kwam opdagen, werd hij in voorlopige bewaring gesteld. Daar heeft de curator hem verhoord. Tijdens dat verhoor heeft de bestuurder verteld dat toen hij in 2015 aandeelhouder en bestuurder werd, hij niet beschikte over de administratie, omdat de voormalige aandeelhouder niet bereid was om deze te verstrekken. In de periode daarna vonden er geen of weinig activiteiten plaats in DM Holding, zodat er weinig geadmineistreerd hoefde te worden. De fysieke administratie van DM Holding – zo verklaarde de bestuurder – zou bij hem op zolder liggen. Hij beloofde deze op korte termijn aan de curator af te geven. De inbewaringstelling is opgeschort, op de voorwaarde dat hij de administratie zou afgeven. Uiteindelijk is de bestuurder slechts een paar stukken uit de administratie van een

deelneming komen langsbrengen, en anders dan beloofd, bleek hij niet over de administratie van DM Holding te beschikken.

In eerste aanleg heeft het OM een bestuursverbod op grond van artikel 106a lid 1 onder c Fw verzocht, omdat de bestuurder in zes faillissementen zijn informatie- en medewerkingsverplichtingen jegens de curator had geschonden. De rechtbank heeft haar oordeel beperkt tot het faillissement van DM Holding en het verzoek toegewezen, en geoordeeld dat hetgeen verder nog door het OM aan zijn verzoek ten grondslag is gelegd geen bespreking meer behoeft.

In hoger beroep betoogt de bestuurder dat hij de afwikkeling niet bewust heeft gefrustreerd, maar dat er vanwege zijn ziekte sprake was van overmacht, en dat hem daarom geen verwijt treft. Dit onderbouwt hij echter onvoldoende. Het hof oordeelt dat niet is gebleken dat de bestuurder zo ziek was dat hij tot niets meer in staat was. Van hem mocht dan ook worden verwacht dat hij een voorziening trof waardoor hij, al dan niet met behulp van derden, alle noodzakelijke inlichtingen aan de curator kon verschaffen en de administratie van DM Holding over kon leggen. Gelet op de feiten, waaruit blijkt dat de bestuurder de curator ernstig heeft belemmerd haar wettelijke taken te vervullen, kan al een ernstig persoonlijk verzuim worden afgeleid in de zin van artikel 106a lid 1 sub c Fw.

Verder voert de bestuurder aan dat het verkrijgen van een bestuursverbod kan worden aangemerkt als een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM, omdat het bestuursverbod wordt opgelegd door een rechter, in het handelsregister wordt gepubliceerd, en de bestuurder na het bestuursverbod vijf jaar niet als bestuurder kan optreden. Het hof gaat daar niet in mee, gelet op de inbedding in het civiele recht, en het doel en de strekking van de maatregel – een toekomstgerichte, preventieve aanpak waarin malafide gebleken bestuurders tijdelijk geen rechtspersoon kunnen besturen, zodat zij zich niet kunnen verschuilen achter de rechtspersoonlijkheid daarvan om zich zo aan persoonlijke aansprakelijkheid te onttrekken. De stelling van de bestuurder dat de registratie bij de KvK door anderen kan worden gezien als strafblad is van onvoldoende gewicht: uitgangspunt is dat het bestuursverbod enkel voor de duur waarvoor het is opgelegd wordt geregistreerd bij het handelsregister (art. 106b lid 3 Fw). Ook is van belang dat een bestuursverbod niet leidt tot problemen met een VOG.

De bestuurder heeft ook nog aangevoerd dat het nemo tenetur-beginsel zou zijn geschonden. Een waarborg ontbreekt dat informatie die werd vergaard door de curator op grond van artikel 105 (oud) Fw in het kader van de afwikkeling van het faillissement en/of het OM in het kader van de oplegging van een bestuursverbod, niet later tegen de bestuurder zal worden gebruikt in verband met een *criminal charge*. Dat hij tijdens de inbewaringstelling aan de curator de toezegging heeft gedaan de administratie af te geven, kan niet in zijn nadeel

werken, omdat deze toezegging onder dwang tot stand is gekomen. Het hof oordeelt echter dat een procedure tot het verkrijgen van een bestuursverbod niet strekt tot het uitoefenen van dwang ter verkrijging van inlichtingen, maar een preventieve maatregel is die wordt opgelegd nadat een bestuurder in ernstig mate tekort is geschoten. Voor zover de bestuurder doelt op een eventueel strafproces, geldt dat de strafrechter moet oordelen over het gevolg dat verbonden moet worden aan het feit dat de bestuurder bij het vergaren van informatie niet op zijn zwijgrecht is gewezen.

Het hof bekrachtigt dan ook de beschikking van de rechtbank.

S.E. Streng, december 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-11-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:3092

Zaaknummer: 200.258.892/01

Rechters: A.C. Faber, M.M. Korsten-Krijnen en Chr.M. Stokkermans

Advocaten: E. Cekic

Wetsartikelen: 105 Fw en 106a Fw

RECHTSPRAAK

Schuldeisers niet-ontvankelijk in bezwaar tegen opheffing faillissement

Schuldeisers kunnen niet in bezwaar tegen (een voordracht tot) opheffing van een faillissement.

De rechter-commissaris heeft het faillissement van Trademark Office B.V. op grond van artikel 16 Fw voorgedragen voor opheffing. Mr. Van Sark heeft namens FNV Zelfstandigen en een aantal andere concurrente schuldeisers bezwaar gemaakt tegen de opheffing. De rechtbank verklaart de schuldeisers niet-ontvankelijk in hun bezwaar. Uit artikel 18 Fw volgt dat hoger beroep ingesteld kan worden nadat opheffing is bevolen, maar schuldeisers zijn niet bevoegd bezwaar te maken tegen de (voordracht tot) opheffing. Omdat niet is bestreden dat er onvoldoende baten zijn om de faillissementskosten te voldoen, beveelt de rechtbank opheffing van het faillissement.

H.J. de Kloe, december 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 08-12-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2020:4340

Zaaknummer: C18/20/7 F

Rechters: N.A. Baarsma

Advocaten: E. van Sark

Wetsartikelen: 16 Fw en 18 Fw

RECHTSPRAAK

Rechtbank mag dwangakkoord ex artikel 287a Fw niet wijzigen

Rechtbank kan een dwangakkoord ex artikel 287a Fw alleen toewijzen of afwijzen. De rechtbank is niet bevoegd de aangeboden regeling te wijzigen.

Een schuldenaar heeft haar schuldeisers aangeboden 10,37% van hun vordering te betalen tegen finale kwijting. De gemeente Rotterdam heeft dit aanbod afgewezen, waarop de schuldenaar primair op grond van artikel 287a Fw heeft verzocht de gemeente Rotterdam te bevelen in te stemmen met de aangeboden schuldenregeling. Subsidiair heeft de schuldenaar verzocht toegelaten te worden tot de wettelijke schuldsaneringsregeling. De rechtbank heeft de gemeente bevelen in te stemmen met de aangeboden schuldenregeling. Daarbij heeft de rechtbank de schuldenregeling gewijzigd en bepaald dat de schuldenaar over een langere periode geld apart moet zetten voor haar schuldeisers.

De schuldenaar heeft hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van de rechtbank. Het hof Den Haag heeft de schuldenaar niet-ontvankelijk verklaard in haar beroep, omdat de rechtbank het verzoek toegewezen zou hebben. Naar het oordeel van het hof heeft de rechtbank haar discretionaire bevoegdheid om de aangeboden regeling aan te passen op een juiste wijze aangewend.

In cassatie overweegt de Hoge Raad dat de rechtbank bij een verzoek op grond van artikel 287a Fw slechts de mogelijkheid heeft het verzoek toe te wijzen of af te wijzen. De rechtbank heeft niet de bevoegdheid de aangeboden schuldenregeling te wijzigen. Uitsluitend de schuldenaar kan het aanbod wijzigen. Dit kan ook nog ter zitting waar het verzoek wordt behandeld, al dan niet op voorstel van de rechter. In dit geval heeft de schuldenaar echter niet zelf de aangeboden schuldenregeling gewijzigd. Naar het oordeel van de Hoge Raad heeft de rechtbank het verzoek op grond van artikel 287a Fw met de wijziging feitelijk afgewezen. Het hof heeft de schuldenaar daarom ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard. Vanwege de afwijzing was de schuldenaar immers op grond van artikel 292 lid 3 Fw bevoegd hoger beroep in te stellen.

De Hoge Raad verwijst het geding naar het hof Amsterdam en overweegt dat het hof alsnog het verzoek tot toepassing van de schuldsanering moet behandelen als het verzoek om een bevel tot instemming met de aangeboden schulregeling wordt afgewezen.

H.J. de Kloe, december 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 04-12-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1953

Zaaknummer: 20/01368

Rechters: G. de Groot, C.A. Streefkerk, G. Snijders, T.H. Tanja-van den Broek en C.H. Sieburgh

Advocaten: J. van Weerden

Wetsartikelen: 287a Fw en 292 Fw

RECHTSPRAAK

Niet artikel 29 Fw, maar artikel 28 Fw is van toepassing als een vordering voor faillissement al is betaald

Indien de vordering van een schuldeiser voor faillietverklaring al is voldaan, is niet artikel 29 Fw maar artikel 28 Fw van toepassing. Hoewel artikel 28 Fw dat niet met zoveel woorden bepaalt, is de curator bevoegd op eigen initiatief het geding over te nemen.

In deze procedure is discussie over de huur van steigermaterialen. De vennootschap naar Duits recht Franzen Ingenieur- und Montagebau GmbH ('Franzen') huurde steigermaterialen van Hoogwerktechniek Noord Nederland B.V. ('HTNN'). HTNN stelt een vordering in tot betaling van nog openstaande facturen. Franzen meent dat HTNN steigermaterialen in rekening heeft gebracht die niet daadwerkelijk aan Franzen ter beschikking zijn gesteld en stelt in reconventie een vordering in op grond van onverschuldigde betaling. De rechtbank heeft de vordering van HTNN toegewezen en de vordering van Franzen afgewezen. Franzen is in hoger beroep gekomen tegen het vonnis van de rechtbank.

Tijdens de procedure in hoger beroep wordt Franzen failliet verklaard. Bij tussenarrest heeft het hof overwogen dat de procedure op grond van artikel 29 Fw geschorst is voor zover het gaat om de vordering van HTNN op Franzen. De curator van Franzen, die in de procedure is verschenen, heeft het hof verzocht terug te komen van dit oordeel, omdat Franzen de vordering van HTNN al heeft voldaan voordat Franzen failliet werd verklaard. De curator meent dat artikel 27 Fw van toepassing is.

Het hof komt terug op het oordeel dat de procedure deels is geschorst op grond van artikel 29 Fw. Het hof citeert uit een uitspraak van de Hoge Raad uit 1926 (HR 28 oktober 1926, NJ 1926, p. 1387), waarin is overwogen dat artikel 29 Fw niet ziet op de situatie dat de vordering van een schuldeiser voor faillissement reeds is betaald. In dat geval heeft de schuldeiser namelijk geen reden zijn vordering ter verificatie in te dienen, zodat de procedure ook niet kan worden voortgezet. Naar het oordeel van het hof is daarom artikel 28 Fw van toepassing op deze situatie, omdat de vordering in eerste aanleg door HTNN is ingesteld. Op grond van artikel 28 Fw kan de oorspronkelijke eiser (HTNN) schorsing verzoeken om de curator in het geding te

roepen. In dit geval heeft HTNN daarbij geen belang, zodat de curator, ook al bepaalt artikel 28 Fw dat niet met zoveel woorden, bevoegd is het geding op eigen initiatief over te nemen. De curator heeft dat hier ook gedaan.

Inhoudelijk oordeelt het hof dat HTNN haar vordering afdoende heeft onderbouwd. De betwisting door Franzen is te algemeen en de stelling van Franzen dat niet alle in rekening gebrachte steigermaterialen daadwerkelijk aan haar zijn verhuurd, heeft Franzen niet kunnen bewijzen. Het hof laat daarom het vonnis van de rechtbank in stand.

H.J. de Kloe, december 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 01-12-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:9982

Zaaknummer: 200.202.493/01

Rechters: M.M.A. Wind, B.J.H. Hofstee en I.F. Clement

Advocaten: R.J. Leijssen en M.J.S. van der Vorst

Wetsartikelen: 27 Fw, 28 Fw en 29 Fw

RECHTSPRAAK

Geen recht op nakoming na omzetting ex artikel 6:88 BW

Omzetting in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding ex artikel 6:88 BW brengt geen verandering in afspraken rondom ontstaan en opeisbaar worden van de tegenprestatie.

Deze uitspraak is het sluitstuk in de procedure waar de Hoge Raad eerder al op 2 december 2016 prejudiciële vragen beantwoordde (HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729 (*De Krom c.s./Van Logtestijn q.q.*)). Die prejudiciële vragen werden gesteld in het faillissement van een woningbouwonderneming en gingen over het toepassingsbereik van artikel 37 Fw, de opeisbaarheid van vorderingen ter zake van nog niet-volledig verrichte deelprestaties en een eventuele aanspraak uit ongerechtvaardigde verrijking. De situatie is thans als volgt.

Tussen de kopers-opdrachtgevers en de later failliete woningbouwer zijn begin 2009 koop-/aannemingsovereenkomsten voor de bouw van woningen gesloten met toepassing van de GIW garantie- en waarborgregeling. In dat kader hebben kopers opdracht tot verrichting van meerwerk verleend en daarvoor conform afspraken een aanbetaling van 25% gedaan. De resterende 75% zou bij afronding van het meerwerk dienen te worden betaald. De woningbouwer had een deel doch niet alle meerwerk verricht toen zij in november 2009 failliet werd verklaard. De curator heeft de overeenkomsten desgevraagd niet gestand gedaan. Nadien hebben de kopers de overige 75% van de meerwerksom in verband met de GIW-insolventiewaarborg aan Woningborg betaald, welke laatste het resterende meerwerk heeft doen voltooien. De kopers hebben een opvolgende termijnstelling door de curator op grond van artikel 6:88 BW onbeantwoord gelaten, zodat voor hen nog slechts een aanspraak op vervangende schadevergoeding resteerde. De curator heeft vervolgens primair op grond van nakoming en subsidiair op grond van ongerechtvaardigde verrijking van de kopers gevorderd dat zij het resterende gedeelte van de meerwerksom aan de boedel betalen, te vermeerderen met de contractuele rentevoet van 8%.

De rechtbank heeft de primaire vorderingen van de curator toegewezen. Het hof heeft de vorderingen van de curator na de antwoorden op de hiervoor genoemde prejudiciële vragen op de primaire grondslag afgewezen; kort gezegd omdat de omzetting in een verbintenis tot

(vervangende) schadevergoeding na een termijnstelling ex artikel 6:88 lid 1 BW niet meebrengt dat voor de boedel alsnog een nakomingsvordering ontstaat (hof 's-Hertogenbosch 20 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:714, r.o. 16.4). De vordering van de curator op de subsidiaire grondslag heeft het hof wel toegewezen, zij het dat het de schadevergoedingsvorderingen van de kopers daarmee in verrekening heeft gebracht. In de onderhavige cassatie heeft de curator klachten tegen de afwijzing van de primaire grondslag gericht. Het hof zou in zijn arresten hebben miskend dat als aanspraak wordt gemaakt op vervangende schadevergoeding, de niet of niet deugdelijk door een partij nagekomen verbintenis wordt omgezet in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding en dat de betalingsverbintenis van de andere partij volledig opeisbaar wordt of, zo deze nog niet is ontstaan, ontstaat en volledig opeisbaar wordt.

In r.o. 3.2.1 en 3.2.2 verwerpt de Hoge Raad deze klachten met de volgende logische redenering. De verbintenis tot verrichting van het meerwerk is door de gevolgen van artikel 6:88 lid 1 jo. 6:87 lid 1 BW omgezet in een verbintenis tot betaling van vervangende schadevergoeding. Nu niet is ontbonden, is de daartegenover staande verbintenis van de kopers tot betaling van het restant van de meerwerksom ongewijzigd. Dit betekent indachtig de uitleg door het hof van de termijnenregeling in de koop-/aannemingsovereenkomsten dat de nakomingsvordering van de curator pas ontstaat op het moment dat de curator zijn daartegenover staande verbintenis tot betaling van vervangende schadevergoeding heeft voldaan. Dat heeft de curator naar het oordeel van het hof niet gedaan, zodat van een recht van de boedel op nakoming geen sprake kan zijn. Geparafraseerd ziet men hier bevestigd dat omzetting van de oorspronkelijke verbintenis tot verrichting van het meerwerk in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding ex artikel 6:88 BW geen verandering brengt in de bestaande afspraken rondom het ontstaan en opeisbaar worden van de daar (oorspronkelijk) tegenover staande betalingsverplichting.

De terechte incidentele klacht van de kopers tegen de omissie van het hof om na de afwijzing van de vorderingen van de curator op de primaire grondslag ook de eerdere toewijzing van contractuele rentevoet van 8% te herzien (r.o. 4.1-4.2) laat ik hier verder onbesproken.

J.O. Bijloo, december 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 04-12-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1954

Zaaknummer: 19/02846

Rechters: C.A. Streefkerk, G. Snijders, T.H. Tanja-van den Broek, H.M. Wattendorff en F.J.P. Lock

Advocaten: M.B.A. Alkema, M. Littooi, R.J. van Galen en B.F.L.M. Schim

Wetsartikelen: 6:87 BW, 6:88 BW, 7:676 BW en 37 Fw

RECHTSPRAAK

Overgang van onderneming?

De curator heeft een doorstart bewerkstelligd waardoor de bedrijfsactiviteiten van twee failliete ondernemingen worden voortgezet door een nieuwe onderneming. De faillissementsprocedure is niet ingeleid met het oog op voortzetting van de onderneming en dus is geen sprake van overgang van onderneming. De uitzondering van artikel 7:666 aanhef en onder b BW is van toepassing.

Twee vennootschappen uit de Vleems Groep (hierna samen: Vleems) zijn op 27 juni 2019 failliet verklaard. De curator van Vleems heeft op 8 juli 2019 een doorstart bewerkstelligd waarbij de activa van Vleems zijn verkocht aan Vleems Bakery. Vleems Bakery produceert, net zoals Vleems deed, hoofdzakelijk Amerikaans kleinbrood.

Er zijn ongeveer 40 werknemers van Vleems in dienst getreden bij Vleems Bakery en ongeveer 20 bij Vleems Convenience, aan welk bedrijf Vleems Bakery één productielijn verhuurt. De resterende werknemers (ongeveer 17) zijn niet in dienst getreden. De bestuurder van Vleems Bakery is dezelfde persoon als de voormalig bestuurder van Vleems.

In deze procedure stelt FNV dat sprake is van overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW met het gevolg dat de rechten en verplichtingen van Vleems ten aanzien van de werknemers die bij haar in dienst waren zijn overgegaan op Vleems Bakery en Vleems Convenience.

In eerste aanleg oordeelde de kantonrechter dat geen sprake was van overgang van onderneming, vanwege de uitzondering uit artikel 7:666 onder a BW: de werkgever is in staat van faillissement verklaard en de onderneming behoorde tot de boedel.

In hoger beroep bekrachtigt het hof het oordeel van de kantonrechter. Het hof oordeelt eerst dat de situatie niet vergelijkbaar is met de *Smallsteps*-zaak (HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489) omdat geen sprake is van een pre-packsituatie. Er was geen sprake van een stille voorbereidingsfase met aanwijzing van een beoogd curator.

Toch acht het hof het Smallstepsarrest wel relevant. Uit dit arrest volgt dat sprake kan zijn van overlapping tussen het doel van (1) voortzetting van de activiteit van de onderneming en (2) liquidatie van het vermogen van de onderneming. Het gaat om de vraag of de faillissementsprocedure is ingeleid met als 'hoofddoel' de voortzetting van de activiteit van de onderneming. Indien de faillissementsprocedure is ingeleid om voortzetting van de bedrijfsactiviteiten mogelijk te maken, staat daarmee nog niet vast dat dit ook het hoofddoel is. Liquidatie kan immers gediend zijn met voortzetting van de onderneming, omdat daarmee een gunstig resultaat voor de schuldeisers kan worden bereikt. Mocht van een dergelijke situatie sprake zijn, dan acht het hof het verstandig om de uitkomst in de *Heigploeg*-zaak (HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954) af te wachten om uiteenlopende rechterlijke beslissingen te voorkomen.

Tegen deze achtergrond onderzoekt het hof of de relevante feiten de conclusie kunnen rechtvaardigen dat de faillissementsprocedure is ingeleid om voortzetting van de bedrijfsactiviteiten mogelijk te maken (een zogenoemde 'voorbereide doorstart'). FNV heeft verschillende omstandigheden naar voren gebracht op grond waarvan volgens het FNV geconcludeerd zou moeten worden dat dat het geval is:

- a. Er is sprake van een eigen faillissementsvraag.
- b. Voorafgaand aan de faillissementsaanvraag is met adviseurs gesproken over een doorstart.
- c. De bestuurder van zowel de failliete onderneming als de doorstarter heeft verschillende uitlatingen gedaan waaruit volgt dat werd gezocht naar doorstartmogelijkheden.
- d. De huisbankier heeft direct een boedelkrediet ter beschikking gesteld waaruit kan worden afgeleid dat ook de huisbankier voortzetting van de onderneming wenste.
- e. Op de eerste dag na faillietverklaring is een uitgewerkt bod gedaan met het doel de onderneming going concern voort te zetten.
- f. De onderneming is ook going concern voorgezet.
- g. Het grootste gedeelte van de werknemers heeft zijn baan behouden in de vorm van een nieuwe arbeidsovereenkomst.

Het hof oordeelt dat een eigen faillissementsaanvraag geen ongebruikelijke situatie is en dat Vleems voldoende heeft aangetoond dat sprake was van serieuze en acute betalingsonmacht.

Voor het overige zijn de standpunten van FNG onvoldoende onderbouwd en/of kan daaruit niet de conclusie worden getrokken dat al sprake was van een uitgebreid en concreet doorstartplan voorafgaand aan de faillissementsaanvraag. Omdat daarmee niet is komen vast te staan dat de faillissementsprocedure is ingeleid om voortzetting van de bedrijfsactiviteit mogelijk te maken, meent het hof dat het ook niet nodig is om het oordeel van de Hoge Raad in de *Heiploeg*-zaak af te wachten.

Tot slot heeft FNV – onder verwijzing naar het *Plessers*-arrest van het Hof van Justitie (HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers/Prefaco*)) – nog betoogd dat ook indien een doorstart niet is voorbereid voor faillissement, maar deze wel heeft plaatsgevonden, het hoofddoel van de procedure ook voortzetting van de onderneming kan zijn. Het hof oordeelt dat onderhavige situatie niet vergeleken kan worden met de *Plessers*-procedure, waarin sprake was van een gerechtelijke reorganisatie. Bovendien acht het hof van belang dat het Hof van Justitie ook in die zaak heeft vastgehouden aan het criterium dat de procedure moet zijn ingeleid met het oog op voortzetting van de onderneming, hetgeen in onderhavige zaak niet het geval is.

V.G.M. Leferink, december 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 30-11-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:9900

Zaaknummer: 200.278.044/001

Rechters: W.P.M. ter Berg, J.H. Kuiper en J. Schulp

Advocaten: A.A.M. Broos en A.W. Hooijen

Wetsartikelen: 7:662 BW , 7:666 BW , 5 richtlijn 2001/23/EG en 3 richtlijn 2001/23/EG