

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 12, 2021

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:2021:833](#) 04-06-2021

Handhavingsschulden vanwege niet-naleving van aan de curator opgelegde bestuursrechtelijke lasten zijn boedelschuld

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:5016](#) 25-05-2021

Vernietiging afgewezen vonnis tot faillietverklaring

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:4999](#) 25-05-2021

Hof vernietigt vonnis waarbij een civielrechtelijk bestuursverbod is opgelegd

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:904](#) 11-05-2021

Vordering in reconventie heeft tot doel voldoening van een verbintenis uit de boedel, zodat de procedure in hoger beroep wordt geschorst op grond van artikel 29 Fw

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:914](#) 20-04-2021

Kennelijk onbehoorlijk bestuur als gevolg van onder meer gebrekkige due diligence voorafgaand aan overname

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:4344](#) 28-05-2021

Vermeend pandhouder op IE-rechten D-reizen moet haar pandrecht vrijgeven om een doorstart mogelijk te maken.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:2815](#) 26-05-2021

WHOA: afkoelingsperiode met aanstelling observator

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:4634](#) 19-05-2021

Onrechtmatig handelen Rabobank vanwege toestemming aan failliet voor 'constructie'

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:2519](#) 18-05-2021

ABP mag vordering na schone lei niet verrekenen en wordt gedwongen in te stemmen met dwangakkoord

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:5159](#) 06-04-2021

Afwijzing faillissementsverzoek omdat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van verzoekers

Annotatie

[Milieurechtelijke handhavingsschulden zijn \(altijd?\) boedelschuld](#)

mr. I.F.M. Lakwijk

ANNOTATIE

Milieurechtelijke handhavingsschulden zijn (altijd?) boedelschuld

mr. I.F.M. Lakwijk

Handhavingsschulden ontstaan tijdens faillissement wegens overtreding van milieuwetgeving zijn boedelschuld. Er valt wat voor te zeggen om een uitzondering op deze regel te aanvaarden om strategische handhaving te voorkomen.

Op grond van artikel 68 lid 1 Faillissementswet treedt de faillissementscurator niet alleen op als vereffenaar, maar ook als *beheerder* van het vermogen van de gefailleerde. Als de gefailleerde een onderneming drijft, wordt de curator op het moment van zijn aanstelling dus ook de beheerder van die onderneming.

Als voor de te beheren onderneming verplichtingen gelden in het kader van milieuwetgeving (hetzij rechtstreeks op basis van algemene wet- en regelgeving, hetzij in de vorm van voorwaarden die verbonden zijn aan een bepaalde vergunning), heeft de faillissementscurator zich daar vanaf het moment van de faillietverklaring ook aan te houden. Als gevolg van zijn taak als beheerder wordt de faillissementscurator de normadressaat van de voor de onderneming geldende milieuwetgeving. Dit is vaste rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) en sinds 2018 ook van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) (zie onder meer ABRvS 11 juli 1997, ECLI:NL:RVS:1997:ZF2839 (*Alvat*); ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1261 (*DIT*); ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2728 (*Bavin*) en CBB 7 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:405).

Dat de curator bij het uitoefenen van zijn taak de milieuwetgeving niet zomaar aan zijn laars mag lappen en in het kader van de vereffening van de boedel dus niet actief milieudelicten in het leven mag roepen, ligt gevoelsmatig voor de hand. Het idee dat van de curator ook verlangd kan worden dat hij in actie komt (en kosten maakt) om reeds bestaande milieuovertredingen van de gefailleerde onderneming ongedaan te maken en/of vergunningsvoorwaarden te vervullen, is voor insolventierechtjuristen – in het licht van het fixatiebeginsel en het ‘recht op wanprestatie’ dat wel aan de curator pleegt te worden

toegedicht – minder evident.

Uit de hierboven genoemde vaste rechtspraak van de ABRvS en CBB volgt dat *in bestuursrechtelijke zin* van de curator wel degelijk actie kan worden verlangd om milieuverplichtingen van de door hem beheerde onderneming of 'inrichting' te vervullen, door oplegging van een bestuursrechtelijke last aan de curator. Uit dezelfde rechtspraak volgt dat zo'n last bij niet-naleving ook rechtsgeldig (door middel van een invorderingsbeschikking of een kostenverhaalbeschikking) kan worden omgezet in een geldvordering tegenover de curator q.q.

De vraag hoe dergelijke geldvorderingen (hierna te noemen: handhavingsschulden) *in faillissementsrechtelijke zin* gekwalificeerd moeten worden, heeft de juridische pennen geruime tijd in beweging gehouden. Zie bijvoorbeeld: G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, 'Bestuursrechtelijke handhaving ingeval van faillissement', *NJB* 1999, p. 776; de noot van F.M.J. Verstijlen bij *NJ* 2013/291; A. Pommer & M.J.W. van Ingen, 'De curator als milieuvervuiler. De positie van de curator bij bestuursrechtelijke handhaving van milieuvoorschriften', *TvC* 2014/1; M. Moeliker, 'Bestuursrechtelijke handhaving in faillissement', *MvV* 2015/3; A. Steneker & A.J. Tekstra, 'De boedelschuldenlijst (II)', *FIP* 2015/8; E.H.P. Brans & J.H. van der Weide, 'Faillissement en milieu. Waartoe is de curator gehouden na faillissement van de onderneming?', *Gst.* 2016/42, p. 220-224; A. Pommer & M.J.W. van Ingen, 'Wie boven het bestuurs- en faillissementsrecht uitstijgt, ziet de eenheid', *TvC* 2016/5-6 en T.R. Bleeker, 'Over drijven', *TGMA* 2019, afl. 3.

Duidelijkheid scheppende rechtspraak was node gewenst en is nu door de Hoge Raad gegeven.

Stap 1: afgrenzing taak bestuursrechter en formele rechtskracht

Er is al eens eerder door een curator gepoogd om prejudiciële vragen over dit onderwerp aan de Hoge Raad voor te leggen, namelijk in de *Thermphos*-zaak (ECLI:NL:RBZWB:2014:1960). De rechtbank koos er toen echter voor om de vraag naar de kwalificatie van de handhavingsschulden direct zelf te beantwoorden en besliste dat handhavingsschulden *geen* boedelschulden zijn, als ze *geen* betrekking hebben op een milieuovertreding (van de curator zelf) in het kader van een voortzetting van de onderneming tijdens faillissement. Nog geen half jaar later gaf de ABRvS ook een beslissing over de vraag of handhavingsschulden boedelschuld zijn, in de *Bavin*-zaak (ECLI:NL:RVS:2014:2728). De ABRvS besliste dat handhavingskosten in verband met een milieuverontreiniging die was ontstaan na faillissementsdatum, doch *zonder* dat de curator de onderneming had voortgezet, toch een boedelschuld vormen.

Op die beslissing van de ABRvS is onder meer als kritiek gekomen dat het niet aan de bestuursrechter is om over de kwalificatie als boedelschuld te beslissen, omdat dit binnen het domein van de burgerlijke rechter valt (zie bijvoorbeeld de noot van A.J. Tekstra in *JOR* 2015/19). In de zaak van de Ridderkerkse Taxicentrale heeft de gemeente juist het tegenovergestelde betoogd, namelijk dat als de kwalificatie van de curator als 'overtreder' in een bestuursrechtelijke procedure vast is komen te staan, 'vanwege de formele rechtskracht niet daarna in een civielrechtelijke procedure kan worden geoordeeld dat die schulden niét kwalificeren als boedelschulden in het faillissement' – zulks leidend tot de tweede prejudiciële vraag die aan de Hoge Raad werd voorgelegd.

De Hoge Raad heeft nu in zijn arrest buiten twijfel gesteld dat de kwalificatie van vorderingen in faillissement is voorbehouden aan de burgerlijke rechter. Onder verwijzing naar zijn uitspraak van 20 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:661) bevestigt de Hoge Raad dat formele rechtskracht alleen toekomt aan het oordeel van de bestuursrechter over de geldigheid van een besluit, niet aan de inhoudelijke overwegingen die daaraan ten grondslag liggen. Klaarblijkelijk komt er volgens de Hoge Raad ook geen formele rechtskracht toe aan *oordelen* van de bestuursrechter die niet de geldigheid, maar andere (civielrechtelijke) *gevolgen* van het besluit betreffen.

Stap 2: eindelijk een *hard & fast rule*

Bij de beantwoording van prejudiciële vragen 1 en 3 heeft de Hoge Raad gekozen voor een heldere en eenvoudige regel: handhavingsschulden die voortvloeien uit het niet-naleven van een aan de curator (q.q.) opgelegde last, zijn boedelschulden, ongeacht de aard van de milieuverplichting waar de last betrekking op had en ongeacht de duur of het tijdstip van de gebeurtenis die tot de last aanleiding gaf.

Maar: wat betekende vraag 3 onder e?

De allerlaatste prejudiciële vraag, vraag nummer 3 onder e, is een grammaticale breinbreker. De strekking van de vraag laat zich niet zo eenvoudig doorgronden. De advocaat-generaal gaat er in zijn conclusie van uit dat partijen het oog hadden op de hypothetische situatie dat er voor een en dezelfde overtreding tegelijkertijd zowel een last onder dwangsom als een last onder bestuursdwang zou zijn opgelegd (ECLI:NL:PHR:2021:187, nr. 4.32). Die situatie kan zich echter op grond van artikel 5:32 Awb niet voordoen, zodat de advocaat-generaal niet verder op de vraag ingaat.

Als we kijken naar de tekst van vraag 3 onder e in samenhang met de laatste zin van r.o. 4.10 in het vonnis van de rechtbank Rotterdam (doch zonder inzage te hebben in de processtukken van partijen), is echter ook een andere lezing van de vraag denkbaar. Misschien zag de vraag

wel op de situatie waarin een bestuursorgaan:

reeds in de periode vóór het faillissement bevoegd en in staat was om bestuursdwang toe te passen en een kostenbeschikking te nemen (die dan als concurrente faillissementsschuld zou gelden),
dat toen echter niet gedaan heeft,
maar in plaats daarvan pas na faillissement is gaan handhaven en toen aan de curator eerst een last onder dwangsom heeft opgelegd,
om daarna (na het ‘vollopen’ van de dwangsommen) alsnog tegenover de curator bestuursdwang toe te passen.

In het literatuurdebat over de vraag of dwangsommen voortvloeiend uit op de curator rustende milieuverplichtingen boedelschulden zijn, hebben verschillende auteurs gesignaleerd dat bij onverkorte acceptatie van alle handhavingsschulden als boedelschuld een risico bestaat dat bestuursorganen de last onder dwangsom strategisch gaan inzetten. Als het bestuursorgaan het maken van kosten voor bestuursdwang uitstelt totdat er eerst een flink bedrag aan dwangsommen is verbeurd, kan het bestuursorgaan immers in totaal met een grotere vordering als boedelschuldeiser opkomen (zie bijvoorbeeld F.A. Pommer & M.J.W. van Ingen, ‘De curator als milieuvervuiler. De positie van de curator bij bestuursrechtelijke handhaving van milieuvoorschriften’, *TvC* 2014/1, p. 5-6 en F.A. Pommer & M.J.W. van Ingen, ‘Wie boven het bestuurs- en faillissementsrecht uitstijgt, ziet de eenheid’, *TvC* 2016/5-6, p. 185).

Uiteraard verbieden artikel 3:3 Awb en artikel 5:32 lid 2 Awb een zuiver opportunistische inzet van handhavingsbevoegdheden. Toch zou het niet zo gek zijn als de curator van RTC aan de Hoge Raad de vraag had willen voorleggen of boedelschulden uit hoofde van milieuhandhaving niet per definitie gemaximeerd moeten worden tot de kosten van bestuursdwang, indien vóór faillissementsdatum de optie tot handhaving reeds voor het bestuursorgaan openstond. Als je wilt dat een bepaald verschijnsel zich echt niet voordoet, is het immers beter om het onmogelijk te maken, dan om het achteraf te verbieden.

Een dergelijke begrenzing van de acceptatie van handhavingsschulden als boedelschuld zou weliswaar iets hebben afgedaan aan de prettige eenvoud van de nu door de Hoge Raad gekozen insteek, maar toch ook weer niet zo veel. Alleen in die gevallen, waarin de curator zou kunnen aantonen dat een geconstateerde milieuovertreding al voor het faillissement bij het bestuursorgaan bekend was, zou het bestuursorgaan alleen voor de kosten van bestuursdwang als boedelschuldeiser kunnen opkomen. In ieder ander geval zouden alle handhavingsschulden uit aan de curator opgelegde lasten als boedelschuld kwalificeren.

Misschien is het laatste woord er toch nog niet over gezegd.

RECHTSPRAAK

Vermeend pandhouder op IE-rechten D-reizen moet haar pandrecht vrijgeven om een doorstart mogelijk te maken.

Selten B.V., de (vermeend) pandhouder, maakt misbruik van recht door niet mee te werken aan een doorstart van D-reizen door Prijsvrij. Selten wordt financieel niet slechter van de doorstart, terwijl de belangen die gediend zijn bij de doorstart groot zijn. Door de doorstart blijven 140 winkels open en behouden 650 werknemers hun baan.

De curatoren in het faillissement van D-rt Groep B.V. en een aantal van haar dochtervennootschappen, uitbaters van onder meer D-reizen, zijn een doorstart van D-reizen overeengekomen met Prijsvrij. Onderdeel hiervan is verkoop van de IE-rechten van D-reizen voor € 500.000. Deze rechten moeten vrij van pandrecht en andere bezwaren overgaan naar Prijsvrij. Selten B.V., die is opgericht door de bestuurders van D-rt Groep, meent een pandrecht te hebben op de IE-rechten en wil dat pandrecht executeren. Selten wil niet meewerken aan de doorstart. In dit kort geding vorderen de curatoren Selten te gebieden mee te werken aan de doorstart, onder de voorwaarde dat de opbrengst van de IE-rechten in escrow wordt gestort totdat duidelijk is of Selten inderdaad een pandrecht heeft op de IE-rechten.

De IE-rechten waren ondergebracht in Demed B.V., een vennootschap die onderdeel uitmaakte van het D-rt concern. De voormalig eigenaar van de aandelen in D-rt Groep, Stichting Uniconsult, had een pandrecht op de IE-rechten tot zekerheid van een vordering op D-rt Groep. Deze vordering hield verband met de verkoop van de aandelen in D-rt Groep aan RT/Raiffeisen Touristik Group GmbH ('RTG'). Eind 2020 is een poging om Uniconsult in rechte te dwingen mee te werken aan een herstructurering mislukt. Zie daarover INS 2021-0137. Nadien heeft RTG de vordering van € 5,6 miljoen van Uniconsult op D-rt Groep overgenomen voor € 5,5 miljoen. De vordering is op dezelfde dag – met het bijbehorende pandrecht op de IE-rechten – doorverkocht aan Selten B.V. voor € 2 miljoen. Daarna heeft D-rt Groep de aandelen in Demed B.V. overgedragen aan Selten. De koopprijs (betaling van € 2 miljoen en een agiostorting van € 2,2 miljoen) is betaald door verrekening met de lening. De

curatoren waren het niet eens met deze overdracht. In een vaststellingsovereenkomst ('VSO') is vastgelegd de overdracht van de aandelen in Demed ongedaan te maken. Hoewel de curatoren ook het pandrecht op de IE-rechten betwisten, is niets vastgelegd in de VSO over de geldigheid van dit pandrecht.

Selten voert allereerst een bevoegdheidsverweer. Volgens haar is de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam bevoegd, omdat de VSO daartoe een forumkeuze bevat. De voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Holland acht zich toch bevoegd, omdat de curatoren zich niet beroepen op de VSO maar op verbintenissen uit de wet zoals misbruik van recht en onrechtmatige daad.

De voorzieningenrechter wijst de vordering van de curatoren toe en gebiedt Selten haar pandrecht op de IE-rechten vrij te geven, mits de koopprijs van € 500.000 in escrow wordt gestort totdat duidelijk is of Selten een rechtsgeldig pandrecht heeft op de IE-rechten. Afstand van het pandrecht is nodig om de doorstart met Prijsvrij te bewerkstelligen. Vanwege deze doorstart blijven 140 winkel open en behouden 650 werknemers hun baan. Het bedrag van € 500.000 dat Prijsvrij betaalt voor de IE-rechten is een marktconform bedrag. Weliswaar heeft Selten gesteld dat er hogere biedingen waren, maar twee partijen zijn afgehaakt en de derde partij was Selten zelf. Selten wilde de IE-rechten kopen voor € 2 miljoen, maar dit was een zogenoemd credit bid: de koopprijs zou verrekend worden met de vordering op D-rt Groep. Het bedrag van € 2 miljoen was daarom opportunistisch, terwijl Selten niet had onderbouwd dat er voldoende financiële middelen waren om D-reizen verantwoord door te starten. Nu het bedrag van € 2 miljoen geen afspiegeling is van de werkelijke waarde van de IE-rechten en het bedrag van € 500.000 redelijk is, brengt verkoop van de IE-rechten aan Prijsvrij voor € 500.000 Selten financieel niet in een slechtere positie, terwijl de bij de boedel betrokken belangen bij een doorstart door Prijsvrij groot zijn. De voorzieningenrechter oordeelt daarom dat het voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter zal oordelen dat Selten misbruik maakt van haar recht door het pandrecht te handhaven.

H.J. de Kloe, juni 2021

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 28-05-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:4344

Zaaknummer: C/15/316441 / KG ZA 21-257

Rechters: A.H. Schotman

Advocaten: P.D. Olden, A.C. Rozeman, T.S. Jansen en M.C. Hoebe

Wetsartikelen: 3:13 BW

RECHTSPRAAK

Afwijzing faillissementsverzoek omdat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van verzoekers

De rechtbank wijst het faillissementsverzoek af. Verzoekers hebben hun vermeende vorderingen onvoldoende onderbouwd en de betwisting van verweerder onvoldoende weersproken. Verzoekers worden veroordeeld in de proceskosten.

Drie verzoekers vragen het faillissement aan van een natuurlijk persoon. De verzoekers stellen een vordering te hebben uit hoofde van een huurovereenkomst. Verweerder heeft dit gemotiveerd betwist, door te stellen dat huurpenningen die verschuldigd waren voor de huur van een pand zijn voldaan en dat het pand is opgeleverd. Verweerder gebruikte nadien een ander pand dat verzoekers kennelijk in eigendom hebben, maar volgens verweerder was hij hiervoor geen huur verschuldigd, maar uitsluitend een gebruiksvergoeding voor water en elektra. Deze gebruiksvergoeding is betaald. Tot slot heeft verweerder betwist dat hij (herstel)kosten en contractuele boetes is verschuldigd. Verzoekers hebben hun stellingen onvoldoende onderbouwd en de betwistingen van verweerder onvoldoende gemotiveerd weersproken. De rechtbank oordeelt daarom dat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van verzoekers. Het faillissementsverzoek wordt afgewezen en verzoekers worden veroordeeld in de proceskosten.

H.J. de Kloe, juni 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 06-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:5159

Zaaknummer: C/10/611867 / FT RK 21/25

Rechters: C.G.E. Prenger

Advocaten: T.A. Vermeulen en M.A. Huijzer

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Handhavingsschulden vanwege niet-naleving van aan de curator opgelegde bestuursrechtelijke lasten zijn boedelschuld

De Hoge Raad beantwoordt prejudiciële vragen over de kwalificatie van verbeurde dwangsommen en kosten van bestuursdwang, voortvloeiend uit niet-naleving van aan de curator opgelegde lasten. Deze vormen boedelschulden in het faillissement.

De casus

Ridderkerkse Taxicentrale B.V. ('RTC') dreef een taxidienst in Ridderkerk. Op haar bedrijfsterrein had zij onder meer een wasstraat voor de taxi's. In mei 2014 heeft de Gemeente Ridderkerk ('de Gemeente') geconstateerd dat de vloer van de wasstraat van RTC in strijd met de geldende wet- en regelgeving geen vloeistofdichte coating had. De Gemeente heeft er bij RTC op aangedrongen om zo'n coating alsnog aan te brengen, maar RTC heeft dat niet gedaan.

Op 25 november 2014 is RTC in staat van faillissement verklaard. De curator heeft de onderneming van RTC overgedragen aan een derde, die de activiteiten van RTC vanaf een andere locatie heeft voortgezet.

Op grond van art. 2.11 lid 3 van het Activiteitenbesluit milieubeheer moet er, wanneer een bedrijfsactiviteit zoals die van RTC op een bepaald terrein wordt gestaakt, binnen 6 maanden een onderzoek naar de bodemkwaliteit worden gedaan en het rapport daarvan worden opgestuurd naar het bevoegd gezag (in dit geval: DCMR Milieudienst Rijnmond). Aan deze verplichting heeft de curator van RTC voldaan. Uit het rapport bleek dat ter hoogste van de wasstraat aanwijzingen waren gevonden voor verontreiniging van de bodem met olie. DCMR heeft de curator verzocht om nader onderzoek te laten doen naar de bodemverontreiniging en een plan van aanpak voor de verwijdering van de verontreiniging toe te sturen. De curator heeft DCMR bericht daar niet toe over te zullen gaan.

Op 22 oktober 2018 heeft de Gemeente twee handhavingsbesluiten aan de Curator toegezonden, te weten (a) een last onder bestuursdwang ten aanzien van het nadere bodemonderzoek en (b) een last onder dwangsom ten aanzien van het herstel van de bodemkwaliteit. De curator heeft niet aan de last tot het uitvoeren van nader bodemonderzoek voldaan, waarna de Gemeente de aangezegde bestuursdwang heeft toegepast door zelf het nadere bodemonderzoek te laten doen. De curator heeft ook de bodemkwaliteit niet laten herstellen, zodat de dwangsommen uit de last onder dwangsom zijn verbeurd.

Bij kostenbeschikking van 8 februari 2019 heeft de Gemeente de verschuldigde kosten wegens de bestuursdwang vastgesteld op EUR 1.028,50 en deze bij de curator in rekening gebracht. Bij invorderingsbeschikking van 3 april 2019 heeft de Gemeente besloten tot invordering van de verbeurde dwangsommen ter hoogte van EUR 5.000,00 bij de curator.

Bij brief van 7 maart 2019 heeft de curator aan de Gemeente meegedeeld dat geen rechtsmiddelen zijn of zullen worden aangewend tegen de last onder bestuursdwang, de last onder dwangsom, de kostenbeschikking en de invorderingsbeschikking.

In een civiele procedure bij de rechtbank Rotterdam vordert de Gemeente een verklaring voor recht dat de vorderingen uit hoofde van de kostenbeschikking en de invorderingsbeschikking in het faillissement van RTC te gelden hebben als boedelschulden, met veroordeling van de curator (q.q.) om de betreffende vorderingen te betalen.

In reconventie vordert de curator verklaringen voor recht die ertoe strekken dat noch de verschuldigde kosten van bestuursdwang, noch de verbeurde dwangsommen boedelschulden zijn, behalve voor zover zij een bodemverontreiniging betreffen die na de faillissementsdatum heeft plaatsgevonden.

Prejudiciële vragen

De rechtbank heeft op verzoek van partijen de volgende prejudiciële vragen gesteld:

(1) Kwalificeren schulden aan (de rechtspersoon tot wie) een bestuursorgaan (behoort) die voortvloeien uit:

- i. verbeurde dwangsommen uit hoofde van een aan een faillissementscurator opgelegde last onder dwangsom, en/of
- ii. een aan een faillissementscurator opgelegde kostenbeschikking die is gevolgd op een aan die faillissementscurator opgelegde last onder bestuursdwang,

welke lasten aan de faillissementscurator zijn opgelegd vanwege de niet-naleving van milieuwetgeving:

- a. als boedelschulden, of
- b. als verifieerbare concurrente faillissementsschulden, of
- c. als niet-verifieerbare faillissementsschulden?

(2) Kwalificeren de bij vraag 1 genoemde schulden reeds als boedelschuld in het faillissement om de enkele reden dat de faillissementscurator in de last onder dwangsom en/of de last onder bestuursdwang – en de daarmee samenhangende invorderings- en kostenbeschikking – is aangewezen als 'overtreder' in bestuursrechtelijke zin en die kwalificatie in rechte is komen vast te staan, met als gevolg dat ten aanzien van de daaruit voortvloeiende schulden van de curator q.q. vanwege de formele rechtskracht niet daarna in een civielrechtelijke procedure kan worden geoordeeld dat die schulden níét kwalificeren als boedelschulden in het faillissement?

(3) Is het voor het wel of niet kwalificeren van de bij vraag 1 genoemde schulden als boedelschuld of als (niet-)verifieerbare schuld van belang:

- a. of die schulden zijn ontstaan als gevolg van gebeurtenissen die volledig vóór het faillissement hebben plaatsgevonden (zoals verontreiniging van de bodem met olie door het omvallen van een niet afgesloten olievat);
- b. of de onder (3) sub a. genoemde gebeurtenissen eenmalige gebeurtenissen betreffen (zoals eenmalige verontreiniging van de bodem met olie door het omvallen van een niet afgesloten olievat), of voortdurende gebeurtenissen die vóór het faillissement een aanvang hebben genomen en daarna voortduren (zoals het voortdurend in de grond vloeien van olie uit een ondergrondse lekkende olietank);
- c. of die schulden zijn ontstaan als gevolg van een verplichting die na faillissement is ontstaan, maar voortvloeit uit vóór het faillissement verrichte activiteiten (zoals de verplichting tot het doen van milieuonderzoek na het beëindigen van de milieubedreigende activiteiten);
- d. wat voor soort milieuverplichting aan de orde is (moet onderscheid worden gemaakt tussen verplichtingen die voortvloeien uit in de wet opgenomen (algemene) zorgplichten en verplichtingen die voortvloeien uit verleende (specifieke) vergunningen?);

e. in het geval van een dwangsom (vraag 1) onder i.: of de kosten die het bevoegd gezag zou kunnen verhalen (op grond van een last onder bestuursdwang in plaats van een last onder dwangsom) wegens het niet nakomen van de milieuverplichting géén boedelschulden zouden zijn, maar verifieerbare faillissementsschulden?

Beslissing Hoge Raad

De Hoge Raad gaat eerst in op de tweede vraag en beantwoordt die ontkennend. De vraag of een schuld uit niet-nakoming van een aan de faillissementscurator opgelegde bestuursrechtelijke last wel of geen boedelschuld is, is voorbehouden aan de burgerlijke rechter. Als de bestuursrechter zich daar toch over uitlaat, is de burgerlijke rechter daar niet reeds vanwege de formele rechtskracht van bestuursrechtelijke beslissingen aan gebonden.

Vervolgens stelt de Hoge Raad (in antwoord op de eerste prejudiciële vraag) buiten twijfel dat schulden zoals in deze zaak aan de orde inderdaad *boedelschulden* zijn. Uit vaste rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en het College van Beroep voor het bedrijfsleven volgt dat op de curator in zijn hoedanigheid een eigen, zelfstandige verplichting rust tot naleving van de milieuwetgeving ten aanzien van een tot de boedel behorende inrichting. Als de curator die verplichting niet naleeft, kunnen aan hem dus in zijn hoedanigheid bestuursrechtelijke lasten (zoals een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom) worden opgelegd. In zodanig geval volgt uit het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* (HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108) dat schulden die voortvloeien uit zodanige bestuursrechtelijke lasten, boedelschulden zijn. Deze schulden zijn immers een gevolg van een handelen of nalaten van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verplichting, aldus de Hoge Raad.

Tot slot beslist de Hoge Raad dat de verschillende omstandigheden die genoemd worden in de derde prejudiciële vraag geen van alle verschil maken voor de kwalificatie als boedelschuld. Geen van de genoemde omstandigheden doet iets af aan het feit dat de aan de faillissementscurator opgelegde lasten betrekking hebben op verplichtingen die *op de curator q.q.* rusten en dat schulden die uit de niet-nakoming daarvan voortvloeien dus schulden als bedoeld in categorie (iii) van het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* zijn.

I.F.M. Lakwijk, juni 2021

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 04-06-2021

ECLI: ECLI:NL:HR:2021:833

Zaaknummer: 20/02961

Rechters: C.A. Streefkerk, M.J. Kroeze, H.M. Watterdorff, F.J.P. Lock en A.E.B. ter Heide

Advocaten: G.C. Nieuwland en T.T. van Zanten

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

WHOA: afkoelingsperiode met aanstelling observator

Een afkoelingsperiode is voor de vennootschap noodzakelijk om tot een akkoord te komen. Belang schuldeisers is daarmee gediend. Aanstelling observator.

Verzoekster is een bv die vakantiehuisjes verhuurt op meerdere locaties in Noord-Holland en Noord-Brabant ('de vennootschap'). De vennootschap richt zich daarbij met name op 60-plussers. De vennootschap is doende een akkoord aan te bieden aan haar schuldeisers. Door een van haar schuldeisers, Cheers Mountain c.s. ('Cheers Mountain'), is het faillissement van de vennootschap aangevraagd. De door de vennootschap geïnitieerde schikkingsonderhandelingen hebben niet tot een oplossing geleid. Gegeven het seizoensgebonden verdienmodel van de vennootschap, met een piek in het voorjaar en zomerseizoen, meent de vennootschap dat een faillissement niet in het belang van de gezamenlijke crediteuren is. Hoewel de vennootschap de komende periode haar reguliere handelscrediteuren en haar hypothecaire rente- en aflossingsverplichtingen aan de bank kan betalen, gaat zij wel gebukt onder de langer lopende financieringsverplichtingen uit de opstartfase. De vennootschap is voornemens de zware financieringslasten te herstructureren en acht het in het belang van de gezamenlijke crediteuren om een akkoord aan te bieden ter afwending van een faillissement. Het WHOA-traject wordt aangewend als uiterste redmiddel om het faillissement te voorkomen en zo voor de concurrente crediteuren meer waarde te creëren dan dat zij in faillissement zouden verkrijgen.

In verband met voornoemd faillissementsverzoek verzoekt de vennootschap een afkoelingsperiode te gelasten in de zin van artikel 376 Fw voor de duur van vier maanden. Hierdoor kan de onderneming worden voortgezet en kan de vennootschap de voorgenomen herstructurering beter vormgeven. De vennootschap staat niet onwelwillend tegen het aanstellen van een observator, maar meent wel dat de kosten die gepaard gaan met die aanstelling beter ten gunste zouden kunnen komen van de gezamenlijke crediteuren door middel van het akkoord. Hoewel een groot deel van de concurrente crediteuren het verzoek steunt, hebben twee belanghebbenden met opeisbare vorderingen op de vennootschap verweer gevoerd. Cheers Mountain stelt dat het onderhavige verzoek een poging is om de

behandeling van de faillissementsaanvraag uit te stellen en dat er geen concreet zicht is op een akkoord. Verder stelt Cheers Mountain dat zij in haar belangen wordt geschaad met een afkoelingsperiode, omdat zij al lange tijd onbetaald wordt gelaten en omdat bij een akkoord buiten faillissement geen onderzoek naar onregelmatigheden bij de vennootschap plaatsvindt. Voor zover een afkoelingsperiode dient te worden afgekondigd, verzoekt Cheers Mountain deze periode te beperken tot twee maanden met daarbij de aanstelling van een observator.

De rechtbank oordeelt dat summierlijk is gebleken dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door de vennootschap gedreven onderneming voort te zetten. In het licht van het seizoensgebonden verdienmodel van de vennootschap zal het nu uitspreken van het faillissement de inspanningen om een akkoord aan te kunnen bieden doorkruisen. Omdat verder blijkt dat de lopende verplichtingen kunnen worden voldaan en het aannemelijk is dat een akkoord zal resulteren in een hogere uitkering aan de schuldeisers, oordeelt de rechtbank dat het gelasten van een afkoelingsperiode het belang van de gezamenlijke schuldeisers dient. De rechtbank kondigt een afkoelingsperiode van vier maanden af. Mede gelet op de door belanghebbenden aangedragen bezwaren, stelt de rechtbank een observator aan om toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

D.R.C. Smit, juni 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 26-05-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:2815

Zaaknummer: C/13/701303 FT RK 21.405

Rechters: A.E. de Vos, F. Damsteegt-Molier en M. Wouters

Advocaten: J.P. Davids en R.T. Mets

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Hof vernietigt vonnis waarbij een civielrechtelijk bestuursverbod is opgelegd

Bestuursverbod houdt geen stand in hoger beroep: dat de administratie niet volledig is, betekent niet dat de bestuurder zijn medewerkings- of informatieplichten schendt als hij deze dus ook niet (volledig) over kan leggen. Faillissementen van vóór de inwerkingtreding van artikel 106a Fw worden niet in aanmerking genomen bij lid 1 sub d.

In deze zaak heeft de DGA van Twente Bemiddeling en Advies B.V. ('de DGA') een bestuursverbod van vijf jaar opgelegd gekregen door de rechtbank. Volgens de curator zou hij in ernstige mate tekort zijn geschoten in de nakoming van zijn informatie- en medewerkingsverplichtingen doordat hij de administratie niet (volledig) had overgelegd – op grond van artikel 106 lida 1 sub c Fw. Daarbij wijst de curator op het feit dat de DGA aanvankelijk wisselend had verklaard over de verblijfsplaats van de administratie, en het feit dat er € 166.000 was afgeboekt op de bankrekening van de failliet waardoor er mogelijk meer activiteiten hadden plaatsgevonden dan door de DGA was verklaard. Het hof acht dit echter niet van belang voor de beoordeling van het gevorderde bestuursverbod, aangezien de DGA uiteindelijk wel een administratie heeft verstrekt. Dat deze onvolledig is geweest mag zo zijn, maar de fragmentarische boekhouding die er was, is wel aan de curator overhandigd. Dat er administratie ontbreekt of onvolledig is, maakt nog niet dat de bestuurder die deze dus ook niet kan overhandigen aan de curator, een informatie- of medewerkingsplicht schendt. De DGA is dan ook niet tekortgeschoten in zijn informatie- of medewerkingsverplichtingen op grond van de Faillissementswet.

De curator heeft ook aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat de DGA een paar jaar eerder, in 2016, bij twee andere faillissementen was betrokken als DGA waarvan hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt (art. 106a lid 1 sub d Fw). Hier gaat het hof ook niet in mee. De faillissementen speelden zich af in 2016, vóór de inwerkingtreding van artikel 106a Fw. De wetgever heeft er nadrukkelijk voor gekozen om sub d geen oudere faillissementen te

laten bestrijken. Er kan dus geen acht worden geslagen op de faillissementen van 2016. Anders dan de curator betoogt, is niet relevant dat die faillissementen eindigden nadat artikel 106a Fw in werking is getreden – het gaat om de datum waarop het faillissement is uitgesproken. Het feit dat de DGA in de eerdere faillissementen niet had voldaan aan zijn medewerkingsplicht is niet van belang voor de toepassing van artikel 106a lid 1 sub d Fw: de bepaling ziet op de situatie dat de bestuurder ten minste tweemaal eerder *betrokken was bij een faillissement* van een rechtspersoon en hem *daarvan* een persoonlijk verwijt treft. Het gaat dus om het ontstaan van het faillissement, en niet om het handelen of nalaten van de bestuurder in dat faillissement.

Verder is nog interessant de overweging van het hof aan het begin van het arrest dat, hoewel de curator niet het vereiste uittreksel uit het handelsregister van de overige rechtspersonen waar de betrokkene bestuurder of commissaris is, had overgelegd, de curator alsnog ontvankelijk is omdat dit gebrek zich eenvoudig laat herstellen in hoger beroep. Wanneer alsnog een dergelijke verklaring wordt overgelegd kunnen de betrokken vennootschappen immers alsnog gehoord worden.

S.E. Streng, juni 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-05-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:4999

Zaaknummer: 200.281.212

Rechters: L. Janse, D.M.I. de Waele en G.D. Hoekstra

Advocaten: H. Tadema en A.C. Blankestijn

Wetsartikelen: 106a Fw en 106c Fw

RECHTSPRAAK

Vernietiging afgewezen vonnis tot faillietverklaring

In tegenstelling tot de rechtbank oordeelt het hof dat summierlijk is gebleken van de vordering van Euroman op NTB en dat niet summierlijk is gebleken van de gegrondheid van het verweer van NTB. Het hof spreekt het faillissement van NTB uit.

Euroman heeft het faillissement van NTB aangevraagd. De rechtbank heeft dit verzoek afgewezen, omdat niet summierlijk is gebleken van het bestaan van een vorderingsrecht van Euroman. Deze procedure betreft het hoger beroep van Euroman tegen dit afwijzend oordeel van de rechtbank.

Blast! is in juni 2013 door NTB en DVH opgericht. NTB en Blast! zijn in juli 2013 een managementovereenkomst aangegaan. In deze overeenkomst is bepaald dat NTB (in de persoon van B) voor onbepaalde tijd managementwerkzaamheden zal verrichten ten behoeve van Blast!

Op 12 juni 2018 heeft Euroman een bedrag van € 150.000 geleend aan B in privé en NTB. Daarbij is bepaald dat dit bedrag in zijn geheel door B en NTB zal worden doorgeleend aan Blast!

Bij de processtukken bevindt zich een ongedateerde en niet ondertekende overeenkomst agiostorting in Blast!, met als partijen de aandeelhouders van Blast, te weten: NTB, DVH en Euroman. In deze overeenkomst is bepaald dat NTB en DVH bij wijze van een vrijwillige agiostorting afstand doen van hun vordering, welke afstand door Blast! wordt aangenomen. Volgens de overeenkomst gaat daardoor de schuld van Blast! en DVH aan NTB van € 150.000 teniet en wordt dat bedrag toegevoegd aan de agioreserve van Blast!

Het hof stelt voorop dat een faillietverklaring kan worden uitgesproken indien onder meer summierlijk is gebleken van een ten tijde van de aanvraag bestaand vorderingsrecht van de aanvrager. Het hof onderzoekt daarom eerst of summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van Euroman. Het hof merkt daarbij op dat het vorderingsrecht op basis van een kort en eenvoudig onderzoek moet blijken. Ditzelfde geldt voor de gegrondheid van het

door de schuldenaar gevoerde verweer: ook dat moet summierlijk blijken.

Omdat niet in geschil is dat Euroman met B en NTB een geldleningsovereenkomst is overeengekomen, welke lening opeisbaar is geworden en niet is terugbetaald, oordeelt het hof dat van de vordering van Euroman summierlijk is gebleken.

Het verweer van NTB houdt in dat Euroman afstand heeft gedaan van haar vordering op NTB in verband met de vrijwillige agiostorting in Blast!. Het hof oordeelt echter dat de vrijwillige agiostorting van NTB op haar aandelen in het kapitaal van Blast! en de afstand door NTB van haar vordering uit de aan Blast! verstrekte geldlening, geen betrekking heeft op de verhouding tussen Euroman en NTB. Dit betekent volgens het hof dan ook niet dat Euroman daarmee afstand heeft gedaan van haar vordering op NTB. Dat Euroman op de hoogte was van de vrijwillige agiostorting en daarmee ook heeft ingestemd, maakt dat niet anders. Nu een besluit tot agiostorting door de aandeelhoudersvergadering moet worden genomen en Euroman medeaandeelhouder was, is dat ook logisch. Op grond van het vorenstaande komt het hof tot de conclusie dat van de gegrondheid van het verweer van NTB niet summierlijk is gebleken, zodat kan worden uitgegaan van het bestaan van de vordering van Euroman.

Daarnaast oordeelt het hof dat ook aan het pluraliteitsvereiste is voldaan en dat NTB verkeert in een toestand van te hebben opgehouden te betalen. NTB heeft al vanaf 2018 een rekening-courantschuld aan Blast! waarop tot dusver niet is afgelost en niet is gebleken van een concreet uitzicht op betaling daarvan.

NTB heeft tot slot nog aangevoerd dat Euroman misbruik van bevoegdheid maakt door het faillissement van NTB aan te vragen. Zij zou proberen de rol van NTB als aandeelhouder in Blast! te neutraliseren, de aandelen van Blast! goedkoop in handen te krijgen en op die manier, zonder een inhoudelijk rechterlijk oordeel, de lopende geschillen tussen B in privé en Blast! proberen te laten beslechten. Het hof oordeelt echter dat dit onvoldoende is voor de conclusie dat Euroman misbruik maakt van bevoegdheid. Daarnaast is van bijzondere omstandigheden die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden niet gebleken.

Het hof verklaart NTB in staat van faillissement.

V.G.M. Leferink, juni 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-05-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:5016

Zaaknummer: 200.292.664

Rechters: D.M.I. de Waele, S.M. Evers en A.E. de Vos

Advocaten: J.C. Dingeldein en M.J.J. van Geel

Wetsartikelen: 1 lid 1 Fw en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

ABP mag vordering na schone lei niet verrekenen en wordt gedwongen in te stemmen met dwangakkoord

Minnelijke schuldregeling slaagt niet omdat ABP en nog één schuldeiser geen medewerking verlenen. Schuldenaar legt het (dwang)akkoord (art. 287a Fw) voor aan de rechtbank. ABP stelt zich (ook) in de procedure op het standpunt dat zij schulden van iemand die daarvoor de schone lei heeft ontvangen (en die dus niet meer opeisbaar zijn) mag verrekenen omdat er een natuurlijke verbintenis blijft voortbestaan en de aard van een dergelijke verbintenis meebrengt dat aan schuldeisers nog wel een verrekeningsbevoegdheid toekomt. Rechtbank Amsterdam volgt ABP hierin niet en beveelt ABP in te stemmen met het akkoord.

In deze zaak heeft verzoeker ('de schuldenaar') samen met zijn schuldhulpverlener getracht een minnelijk akkoord te bereiken met zijn schuldeisers. Aan de 33 schuldeisers van de schuldenaar is een betaling aangeboden van 35,6 % van hun uitstaande vorderingen aan de preferente schuldeisers en 17,8 % aan de concurrente schuldeisers. Hij vraagt daartegenover finale kwijting voor zijn resterende schuld. Alle schuldeisers behalve ABP en één andere schuldeiser hebben het voorstel aanvaard. De schuldenaar heeft de rechtbank verzocht ABP en de andere schuldeiser te bevelen met het akkoord in te stemmen en subsidiair hem toe te laten tot de wettelijke schuldsanering (WSNP).

ABP stelt zich – in de eerste plaats – op het standpunt dat aan ABP een bijzondere positie als schuldeiser toekomt, omdat zij de belangen van alle ABP-pensioengerechtigden vertegenwoordigt. Ten onrechte verstrekke pensioengelden komen, indien deze niet volledig zouden worden terugbetaald, ten laste van alle andere pensioengerechtigden. Een akkoord met een deelbetaling tegen finale kwijting kan alleen om die reden al niet worden geaccepteerd.

In de tweede plaats stelt ABP dat de subsidiair verzochte wettelijke schuldsanering, mits

succesvol doorlopen, erin resulteert, dat schulden niet langer opeisbaar zijn, en natuurlijke verbintenissen resteren. Ingevolge de artikelen 6:4 BW en 358 Fw kan ABP, ondanks een schone lei van de schuldenaar, dan toch haar verrekeningsbevoegdheid blijven uitoefenen op het moment dat de schuldenaar met pensioen gaat. De algemene beginselen van het verbintenissenrecht brengen dit mee, aldus ABP. Finale kwijting in het kader van een akkoord zou ABP dan ook in een aanzienlijk slechtere situatie brengen, en een belangenafweging zou in het voordeel van ABP moeten uitpakken.

De rechtbank overweegt dat het verzoek van de schuldenaar slechts kan worden toegewezen, als verweerders in redelijkheid niet hebben kunnen weigeren met de schuldregeling in te stemmen. Daarbij wordt in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen hun belangen en die van de schuldenaar of de schuldeisers die door de weigering worden geschaad. Uitgangspunt is dat de schuldeisers recht op betaling van hun volledige vordering hebben.

De rechtbank komt daarbij tot het oordeel dat de schuldenaar niet eerder verwijtbaar heeft gehandeld en dat het akkoord dat is aangeboden het maximaal haalbare is. Conclusie is dat de vooruitzichten voor alle schuldeisers – onder wie ABP en de andere schuldeiser – bij aanvaarding van het akkoord gunstiger zijn dan bij verwerping daarvan. Dat betekent dat verweerders het aangeboden akkoord in redelijkheid niet hebben kunnen afwijzen. Het verzoek ex artikel 287a Fw wordt door de rechtbank toegewezen en ABP en de andere schuldeiser worden gedwongen in te stemmen met het akkoord.

De rechtbank hecht er tot slot aan het volgende te overwegen. ABP verkeert kennelijk in de veronderstelling dat aan haar het recht toekomt haar vorderingen alsnog te verrekenen met te betalen pensioengelden in die gevallen waarin haar schuldenaar de schone lei voor deze schulden heeft ontvangen. Zij grondt dit standpunt niet op enig specifiek wetsartikel dat aan ABP deze bevoegdheid zou verlenen, maar op algemene beginselen van verbintenissenrecht. ABP stelt daarbij – terecht – vast, dat de schulden van iemand die daarvoor de schone lei heeft ontvangen niet meer opeisbaar zijn en dat deze nog slechts als natuurlijke verbintenis voortbestaan. ABP meent dat de aard van een dergelijke verbintenis meebrengt dat aan schuldeisers nog wel een verrekeningsbevoegdheid zou toekomen. ABP miskent hiermee dat verrekenen een vorm van *opeisen* is, en dat zij, door zo te handelen, niet-opeisbare vorderingen feitelijk toch opeist. Niet alleen begrijpt ABP hiermee het karakter van de natuurlijke verbintenis verkeerd, zij doorbreekt bovendien op kwalijke wijze hetgeen de wetgever met de schone lei heeft beoogd.

J. van den Dolder, juni 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 18-05-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:2519

Zaaknummer: C/13/699052 FT RK 21.248

Rechters: W.M. de Vries

Wetsartikelen: 287a Fw

RECHTSPRAAK

Kennelijk onbehoorlijk bestuur als gevolg van onder meer gebrekkige due diligence voorafgaand aan overname

De bestuurders hebben niet gehandeld als een redelijk denkend bestuurder door voorafgaand aan een overname onvoldoende onderzoek te doen naar de onderneming en de kredietwaardigheid van hun belangrijkste klant.

In deze uitspraak staat de samenwerking tussen Security Support Uitzend Bureau B.V. ('SSUB') en SeCo centraal. SeCo was een verlieslatend beveiligingsbedrijf met een grote klantenportefeuille en een ruim bestand aan beveiligingspersoneel. Om SeCo te saneren was het plan ontstaan om het personeel te *outsourcen*. SeCo werd bij dit plan ondersteund door een financier. Ter verwezenlijking van dit plan is SeCo een samenwerking aangegaan met appellanten, de (indirect) bestuurders van SSUB. SSUB nam het personeel van SeCo over, waarna SeCo haar klanten zou blijven bedienen met het personeel dat zij van SSUB inhuurde. SSUB is opgericht ten behoeve van deze samenwerking.

Voorafgaand aan de overname is NB Legal een due diligence onderzoek bij SeCo gestart. Nog vóór de afronding van het due diligence onderzoek, is het volledige personeelsbestand van 60 personeelsleden op 6 juli 2015 in SSUB ingebracht. De accountant van SSUB heeft vanwege de structuur van de overname een blik geworpen op de financiële situatie van SeCo. In een e-mail heeft de accountant aangegeven dat er gedurende 2011 tot en met 2014 een verlies was geleden van € 491.538, welk verlies gedekt zou zijn door een lening. Volgens de accountant was in ieder geval een uitgebreider onderzoek nodig om voldoende zekerheid te verkrijgen over de continuïteit van SeCo. Niet gebleken is dat een dergelijk onderzoek heeft plaatsgevonden.

Op 30 november werd duidelijk dat de financier van SeCo geen nieuwe investeringen zou doen. SeCo is op 4 december 2015 gefailleerd. SSUB is daaropvolgend wegens het wegvallen van haar inkomsten via SeCo op 17 december 2015 gefailleerd, nadat zij eerst surseance van betaling had aangevraagd. In eerste aanleg zijn de bestuurders van SSUB veroordeeld tot betaling van het boedeltekort.

In hoger beroep besteedt het hof onder meer aandacht aan het due diligence onderzoek. De bestuurders betogen dat het onderzoek niet relevant is in deze procedure, omdat de oorzaak van het faillissement enkel is gelegen in de wanbetaling van SeCo. Het hof gaat daarin niet mee en overweegt dat een due diligence onderzoek in het kader van een overname er onder meer toe strekt om vóór de overname in kaart te brengen welke bestaande en latente risico's aan die overname kleven. Aan de hand van de onderzoeksbevindingen kan dan worden beoordeeld of en zo ja welke (extra) waarborgen en garanties er in een koopovereenkomst dienen te worden opgenomen ter afdekking van eventuele, bij het due diligence onderzoek vastgestelde risico's. Daarmee voorkomt de koper dat hij achteraf voor verrassingen komt te staan. De bestuurders betoogden namelijk ook dat zij een kat in de zak hadden gekocht. Volgens het hof is niet gebleken van een deugdelijk due diligence onderzoek. De gestelde beoordeling van de (arbeids)contracten en mondelinge mededeling over de bevindingen daarvan kunnen niet als zodanig worden aangemerkt. Evenmin is gebleken dat de bestuurders voldoende inzicht hebben verworven in de kredietwaardigheid van SeCo, waar de accountant in het bijzonder op had gewezen.

Het hof besteedt ook aandacht aan de overnameovereenkomst en de toezeggingen in het kader van de overname. Het hof stelt vast dat de bestuurders op onverantwoorde wijze te werk zijn gegaan door onder andere: (i) mee te werken aan de overname van het personeelsbestand, inclusief alle daaraan verbonden lasten, van het tot dan toe verlieslijdende SeCo; (ii) geen deugdelijk due diligence onderzoek te doen in het kader van de voorgenomen overname (waarmee zij zich hadden kunnen en moeten indekken tegen de gevolgen van het door hen als verrassing ervaren/gepresenteerde faillissement van SeCo); (iii) geen deugdelijke, goed uitgewerkte overnameovereenkomst af te sluiten; (iv) geen afkoopprijs/vergoeding voor de overname te incasseren en geen zekerheid voor betaling daarvoor af te spreken en vast te leggen (in de vorm van een borgstelling en/of garantie) en (v) geen zekerheid te bedingen met betrekking tot de (beweerdelijke) financiering van SeCo en/of andere waarborgen in te bouwen om te voorkomen dat SeCo als haar belangrijkste klant/inlener niet aan haar verplichtingen zou (kunnen) voldoen. Voor elk van deze gedragingen/nalatigheden, en eens te meer voor de gedragingen/nalatigheden in samenhang, geldt naar het oordeel van het hof dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus te werk zou zijn gegaan. Het hof bekrachtigt daarom het vonnis van de rechtbank.

J.E. van Nuland, juni 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 20-04-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:914

Zaaknummer: 200.272.256

Rechters: J.M. van der Klooster, M.C.M. van Dijk en A.J. Berends

Advocaten: A.J. van der Duijn Schouten en D.J.Q. Oostenbroek

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:10 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Onrechtmatig handelen Rabobank vanwege toestemming aan failliet voor ‘constructie’

De rechtbank oordeelt dat Rabobank onrechtmatig heeft gehandeld door de latere faillieten toestemming te geven voor de overdracht van onroerende zaken met bijbehorende financiering. De schuldeisers zijn benadeeld omdat de huurpenningen hierdoor niet in de boedel vloeiden. De huurpenningen waren verpand, maar zouden ingevolge WUH/Emmerig q.q. over de periode na faillissementsdatum wel in de boedel zijn gevallen.

Rabobank wordt in deze zaak verweten dat zij als financier onrechtmatig heeft gehandeld jegens de schuldeisers van drie vastgoedvennootschappen die onderdeel uitmaken van het Fortress-concern ('de vastgoedvennootschappen'). Rabobank heeft de vastgoedvennootschappen toestemming gegeven voor de overdracht van drie door haar gefinancierde onroerende zaken aan nieuw opgerichte vennootschappen. De koopsom werd betaald door overname van de verplichtingen uit de financieringsovereenkomsten, terwijl de vastgoedvennootschappen hoofdelijk aansprakelijk bleven en afstand deden van regresvorderingen. Een voormalig functionaris van Rabobank werd als indirect bestuurder van de kopende vennootschappen aangesteld. De overdracht vond plaats kort nadat de pre-pack van het Fortress-concern was geëindigd omdat er geen overeenstemming met de financiers kon worden bereikt over overdracht van het vastgoed. Na de faillissementen van de vastgoedvennootschappen heeft Rabobank in verband met het overgedragen vastgoed circa € 4 miljoen aan verpande huurpenningen geïnd.

Eisers zijn de curatoren van de vastgoedvennootschappen. Hun belangrijkste verwijt is dat de huurpenningen door de overdracht niet langer in het vermogen vielen van de vastgoedvennootschappen. De huurpenningen waren weliswaar verpand, maar zouden volgens de curatoren na de faillissementen op grond van het arrest *WUH/Emmerig q.q.* (HR 1 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5528) in de boedel zijn gevallen. De curatoren vorderen op grond van artikel 3:84 lid 3 BW (fiduciaverbod), en/of artikel 3:40 BW (strijd met goede zeden)

en/of artikel 42 Fw (pauliana) en/of artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad) betaling van de geïnde huurpenningen aan de boedel.

Rabobank verweert zich ten aanzien van de onrechtmatigheid onder meer met de stellingen dat de vastgoedvennootschappen niet onder haar controle stonden, dat zij enkel toestemming heeft gegeven voor de transacties en dat die hebben geleid tot een hogere opbrengst en dus tot een lagere restschuld van de vastgoedvennootschappen aan Rabobank. Zij stelt daarnaast dat er geen sprake is van schade, onder meer omdat voorkomen is dat zij onmiddellijk tot uitwinning van haar hypotheekrechten is overgegaan.

De rechtbank wijst de vordering van de curatoren tot het volledige bedrag van de geïnde huur toe. Daartoe oordeelt zij ten eerste dat de verkoop heeft plaatsgevonden nadat duidelijk was geworden dat een faillissement onafwendbaar was. De transacties waren voor Rabobank zeer voordelig, omdat – in de woorden van de rechtbank – als (beoogd) gevolg hiervan de huurpenningen niet in de boedel vloeiden, terwijl dat anders ingevolge *WUH/Emmerig q.q.* wel het geval was geweest. De rechtbank spreekt verderop in het vonnis zelfs van 'een daartoe opgezette constructie'. Rabobank heeft onrechtmatig gehandeld door in die omstandigheden geen rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de andere schuldeisers en het algemene belang dat faillissementen op een correcte manier kunnen worden afgewikkeld, aldus de rechtbank.

De rechtbank oordeelt verder dat sprake is van schade doordat de huurpenningen niet in de boedel zijn gevloeid. Zij acht het onaannemelijk dat Rabobank in de hypothetische situatie zonder constructie voor directe uitwinning van de hypotheekrechten zou hebben gekozen. Dat er enige onzekerheid is verbonden aan het formuleren van een redelijke verwachting over wat er in die hypothetische situatie zou zijn geschied, komt volgens de rechtbank tot zekere hoogte voor risico van Rabobank omdat zij onrechtmatig heeft gehandeld. De rechtbank wijst ook het argument van Rabobank van de hand dat de andere schuldeisers maar een zeer gering percentage van de totale schuldenlast vormden. De rechtbank wijst hierbij op het belang van de gezamenlijke schuldeisers – en volgens haar tevens een algemeen maatschappelijk belang – dat in een faillissementsboedel voldoende middelen vloeien zodat curatoren hun werk onafhankelijk en op een adequate manier kunnen verrichten.

De curatoren hadden nog een tweede vordering ingesteld. Volgens hen had Rabobank onrechtmatig gehandeld door de vastgoedvennootschappen de gelegenheid te bieden om nieuwe schulden te maken, hoewel zij wist dat de vastgoedvennootschappen zouden failleren. De rechtbank wijst deze *Peeters/Gatzen*-vordering af, omdat niet alle schuldeisers zijn benadeeld, maar slechts die individuele nieuwe schuldeisers. Dat is in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad (zie bijvoorbeeld HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7797 (*De*

Bont/Bannenberg q.q.)).

J.H.M. van de Wiel, juni 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 19-05-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:4634

Zaaknummer: C/10/587913 / HA ZA 19-1170

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: J.P.M. Borsboom en E.J. van Oppedijk Veen

Wetsartikelen: 6:162 BW, 3:84 lid 3 BW, 3:40 BW en 42 Fw

RECHTSPRAAK

Vordering in reconventie heeft tot doel voldoening van een verbintenis uit de boedel, zodat de procedure in hoger beroep wordt geschorst op grond van artikel 29 Fw

De gevolgen van het faillissement van de Duitse appellant worden beheerst door het recht van de lidstaat waar de rechtsvordering aanhangig is (art. 18 IVO). Het hoger beroep gaat alleen over de vordering in reconventie, die tot doel heeft voldoening van een verbintenis uit de boedel. De procedure wordt ex artikel 29 Fw geschorst.

De vennootschap HIK systeme und module GmbH ('HIK') had een overeenkomst gesloten met Bosman Watermanagement B.V. HIK vorderde in eerste aanleg betaling van openstaande facturen door Bosman. Bosman stelde echter een verrekenbare tegenvordering te hebben omdat de door HIK geleverde producten ontwerpfouten bevatten. De rechtbank volgde de stellingen van Bosman en wees de vordering in reconventie toe. HIK werd veroordeeld om schadevergoeding aan Bosman te betalen. Aan het vonnis is (gedeeltelijk) uitvoering gegeven. Daarnaast is HIK in hoger beroep gegaan tegen het vonnis. Tijdens deze procedure in hoger beroep is HIK in Duitsland in staat van faillissement verklaard. Het hof oordeelt als volgt over de voortgang van de lopende procedure.

De gevolgen van het faillissement van HIK voor de procedure worden beheerst door het recht van de lidstaat waar de rechtsvordering aanhangig is (art. 18 EU Insolventieverordening). Nu de procedure in Nederland aanhangig is, is de regeling neergelegd in de artikelen 27-30 Fw van toepassing. Partijen hadden al voorafgaand aan het faillissement gefourneerd en arrest gevraagd. Op grond van artikel 30 lid 1 Fw zijn in dat geval de artikelen 27-29 Fw niet toepasselijk. Het hof heeft echter op 6 oktober 2020 een tussenarrest gewezen en een comparitie van partijen gelast. Daardoor zijn op grond van artikel 30 lid 2 Fw de artikelen 27-29 Fw weer toepasselijk geworden. Er zijn geen grieven gericht tegen het oordeel van de rechtbank over de vordering van HIK in conventie. Het hoger beroep betreft dus alleen de oorspronkelijke vordering in reconventie. Deze vordering heeft tot doel voldoening van een

verbintenis uit de boedel, zodat artikel 29 Fw van toepassing is. Dat betekent dat het geding na de faillietverklaring wordt geschorst, om alleen dan voortgezet te worden indien de verificatie van de vordering betwist wordt. Dat geen sprake zal zijn van indiening ter verificatie omdat het vonnis inmiddels (grotendeels) is nagekomen, maakt dit niet anders. De vordering tot terugbetaling van hetgeen op grond van het bestreden vonnis is voldaan, betreft rechtens een nieuwe vordering van HIK uit onverschuldigde betaling die de curator desgewenst in een nieuwe procedure tegen Bosman aanhangig kan maken. De conclusie is dan ook dat onderhavige procedure van rechtswege is geschorst. Het hof royeert de procedure ambtshalve.

M.M. Eveleens-van der Zwaag, juni 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 11-05-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:904

Zaaknummer: 200.258.012/01

Rechters: B.R. ter Haar, C.J. Verduyn en M.C.M. van Dijk

Advocaten: R.J. Leijssen

Wetsartikelen: 29 Fw