

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 13, 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:2021:859](#) 11-06-2021

Niet-ontvankelijk in zelfstandig hoger beroep tegen afwijzing dwangakkoord artikel 287a Fw

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:5940](#) 17-06-2021

Geen pluraliteit van schuldeisers na splitsing vordering

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:1783](#) 10-06-2021

Bekrachtiging faillissement in hoger beroep

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:5561](#) 07-06-2021

Wopereis Vredeveld verkeert mede op basis van de current ratio en de stand van het eigen vermogen in de faillissementstoestand

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2021:2477](#) 16-06-2021

Aansprakelijkheid bestuurder en medebeleidsbepaler wegens schending boekhoudplicht en omleiden inkomsten

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2021:2513](#) 11-06-2021

Een via faillissement ontbonden bv herleeft op grond van artikel 2:23c lid 1 BW wegens een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:5869](#) 09-06-2021

Bestuurdersaansprakelijkheid; geen ernstig verwijt en geen schending van persoonlijke zorgvuldigheidsnorm

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2021:2975](#) 09-06-2021

Hypotheekrechten zijn met een beroep op artikel 47 Fw rechtsgeldig vernietigd

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:2294](#) 14-05-2021

Geen aanwijzing herstructureringsdeskundige omdat niet aannemelijk is dat lopende verplichtingen kunnen worden voldaan

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:1901](#) 06-04-2021

Toewijzing afkoelingsperiode op verzoek van herstructureringsdeskundige

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:1874](#) 23-03-2021

WHOA: afkoelingsperiode wordt niet verlengd

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:2100](#) 10-03-2021

Borgtocht, regres en bestuurdersaansprakelijkheid

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2021:2956](#) 02-02-2021

Aanhouding twee maanden op grond van de Betalingsuitstelwet

Antillen

[Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, ECLI:NL:OGEAC:2021:116](#) 31-05-2021

Bondholder is geen schuldeiser en is daarom niet bevoegd een verzoek te doen ex artikel 65 Fb (art. 69 Fw)

RECHTSPRAAK

Borgtocht, regres en bestuurdersaansprakelijkheid

Regresvordering van de ene bestuurder op de andere bestuurder vanwege de door beiden afgegeven borgtocht voor een schuld van de vennootschap. Bestuurder heeft jegens aandeelhouder in strijd met artikel 2:8 BW gehandeld. Bestuurder wordt hiervan echter geen ernstig persoonlijk verwijt gemaakt, waardoor de bestuurder niet aansprakelijk wordt gesteld voor de geleden schade. De rechtbank wijst vergoeding van een gedeelte van de borgtocht door Gedaagde in de vorm van een regresvordering toe. Het meerdere en overige wijst de rechtbank af.

Eiser 2 is bestuurder van de vennootschap Ace Ventura BV ('Ace Ventura'). Samen met derden houdt Eiser 2 ook de aandelen in deze vennootschap. Ace Ventura heeft de vennootschap Ace Group BV ('Ace Group') opgericht en was tevens aandeelhouder en bestuurder. Na de oprichting heeft Ace Group de activiteiten van Ace Ventura overgenomen.

Gedaagde heeft in 2014 de vennootschap Webrush BV ('Webrush') opgericht, waarbij Gedaagde is benoemd tot bestuurder. Ace Ventura heeft vervolgens de helft van de aandelen in Ace Group aan Webrush overgedragen. Webrush is voor de helft van het overnamebedrag een geldlening bij de Rabobank aangegaan. Gedaagde heeft zich voor het bedrag van de lening borg gesteld jegens de Rabobank. Het restant van de koopsom is omgezet in een geldlening aan Ace Ventura tegen 5% rente per jaar. Daarbij heeft Ace Ventura een eerste pandrecht op de aandelen van Webrush verkregen.

Webrush was niet in staat zelfstandig de door haar verschuldigde rente op de leningovereenkomsten te betalen. In eerste instantie heeft Ace Ventura de door Webrush aan Rabobank verschuldigde rente voldaan en deze in rekening-courant tussen Ace Ventura en Webrush geboekt. Ook de door Webrush aan Ace Ventura verschuldigde rente voor de geldlening van Webrush bij Ace Ventura is in eerste instantie in de rekening-courantverhouding tussen Webrush en Ace Ventura geboekt. Op enig moment is hierin

verandering gekomen en zijn de rentebedragen in de rekening-courantverhouding tussen Webrush en Ace Group geboekt.

Ace Group heeft met Rabobank een rekening-courantovereenkomst gesloten met een maximum van € 25.000, waarvoor Eiser 2 en Gedaagde zich privé borg hebben gesteld, ieder voor een maximum bedrag van € 25.000.

Op enig moment hebben Ace Group en Why?! Holding BV ('Why') de onderneming Whyce BV ('Whyce') opgericht, waarbij ieder 50% van de aandelen verkreeg en zij tevens beiden als bestuurder zijn benoemd. Ace Group en Why hebben de goodwill, activiteiten en inventaris in Whyce ondergebracht. Gedaagde wordt daarbij als een van de twee bestuurders aangesteld. Eiser 2 vervult geen bestuurlijke rol, maar wordt als commissaris en aandeelhouder wel geraadpleegd in een aantal beslissingen, zoals bij ingrijpende strategische veranderingen.

Whyce is op enig moment failliet verklaard. Ook Webrush is – na een daartoe strekkend aandeelhoudersbesluit – op eigen aangifte failliet verklaard. Na de datum van het faillissement heeft de Rabobank Gedaagde aangesproken uit hoofde van de borgtocht die hij had gegeven voor de geldlening van Webrush. Rabobank heeft ook de rekening-courantovereenkomst met Ace Group opgezegd en heeft Eiser 2 aangesproken uit hoofde van de door hem afgegeven borgtocht. Vervolgens is bij aandeelhoudersbesluit besloten om Ace Group via een turboliquidatie te ontbinden.

Voor zover relevant ziet de vordering van het onderhavige geschil enerzijds op de draagplicht van de schuld uit hoofde van de borgstelling. Anderzijds menen eisers dat Gedaagde bij zijn handelen als (middellijk) bestuurder van Webrush, Ace Group en Whyce tegenover Ace Ventura en Eiser 2 een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt en dat hij daarom persoonlijk aansprakelijk is voor de schade die Ace Ventura en Eiser 2 als gevolg hiervan hebben geleden.

Borgtocht op grond van onderlinge draagplicht

De rechtbank constateert dat Eiser 2 en Gedaagde zich ieder borg hebben gesteld jegens Rabobank voor de schulden van Ace Group aan Rabobank. Daarmee zijn zij hoofdelijk schuldenaar geworden voor deze schulden. Artikel 6:10 BW bepaalt dat hoofdelijke schuldenaren verplicht zijn om in de schuld en in de kosten bij te dragen voor het gedeelte van de schuld dat ieder in hun onderlinge verhouding aangaat. Hierbij kan rekening worden gehouden met het profijtbeginsel. In casu hebben partijen onderling geen afspraken gemaakt over de draagplicht. De rechtbank oordeelt dat Gedaagde ten onrechte profijt heeft gehad van de schuld van Ace Group aan Rabobank, omdat zijn vennootschap Webrush de rekening-courant heeft gebruikt om de geldlening plus rente van Webrush aan Rabobank af te lossen.

Eiser 2 heeft dan ook voor het meerdere wat hij betaalt aan Rabobank een regresvordering op Gedaagde.

Bestuurdersaansprakelijkheid

De rechtbank constateert dat er geen sprake is van een (indirect) tegenstrijdig belang tussen Webrush en Ace Group op grond waarvan Webrush het aandeelhoudersbesluit inzake Whyce niet had mogen nemen. Ondanks het ontbreken van een tegenstrijdig belang, had Webrush als aandeelhouder en bestuurder van Ace Group moeten weten en begrijpen dat zij haar medeaandeelhouder (Ace Ventura) op zijn minst had moeten informeren inzake de faillissementsaanvraag van Whyce. Als gevolg van dit faillissement is de schuld uit hoofde van de geldlening van Webrush bij Ace Ventura oninbaar geworden. Door dit na te laten heeft Webrush in strijd met artikel 2:8 BW gehandeld. Indien Webrush aansprakelijk is, geldt deze aansprakelijkheid ook voor Gedaagde op grond van artikel 2:11 BW.

Voor het aannemen van deze aansprakelijkheid moet Webrush een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt. Dit is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval (zie o.a. HR 6 oktober 1989 (*Beklamel*)). In HR 20 juni 2008 (ECLI:NL:HR:2008:BC4959) is bepaald dat de in artikel 2:8 lid 1 BW bedoelde maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de hoge drempel van artikel 2:9 BW van overeenkomstige toepassing is bij een door een individuele aandeelhouder tegen een bestuurder aanhangig gemaakte aansprakelijkheidsprocedure.

De rechtbank is van oordeel dat de mededeling aan Eiser 2 laat is gedaan, maar niet zodanig laat dat Webrush een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Ace Ventura en Eiser 2 kunnen Gedaagde derhalve niet aansprakelijk stellen voor de door hen als gevolg van het faillissement van Whyce geleden schade.

De rechtbank oordeelt dat Gedaagde in zijn onderlinge verhouding met Eiser 2 verplicht is een gedeelte van het bedrag van de borgstelling bij te dragen en dat Eiser 2 een regresvordering heeft op Gedaagde. Het anders of meer gevorderde wijst de rechter af.

K.C.J. Vermeulen, juni 2021

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 10-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:2100

Zaaknummer: C/09/588150 / HA ZA 20-143

Rechters: A.C. Bordes

Advocaten: C.W. Wernink en D.A. Beck

Wetsartikelen: 2:8 BW, 6:10 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Toewijzing afkoelingsperiode op verzoek van herstructureringsdeskundige

De rechtbank wijst een verzoek van een herstructureringsdeskundige tot het afkondigen van een afkoelingsperiode van vier maanden ten behoeve van een gecontroleerde afwikkeling toe.

De rechtbank wijst het verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode op grond van artikel 376 Fw toe als (a) de afkoelingsperiode noodzakelijk is om de onderneming voort te zetten tijdens de voorbereiding van en onderhandelingen over het akkoord. Onder een voortzetting van de onderneming, moet mede worden verstaan een voortzetting in het kader van een gecontroleerde afwikkeling van de onderneming, (b) de afkoelingsperiode in het belang is van de schuldeisers, en (c) de schuldeisers niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.

De herstructureringsdeskundige wil voorkomen dat individuele schuldeisers, ten laste van de gezamenlijkheid, verhaal nemen op het actief van de schuldenaar, waaronder het bij een gelieerde partij geparkeerde banksaldo. Dit banksaldo behoort aan de schuldenaar toe en moet daarom worden teruggestort. Enkele schuldeisers zullen binnenkort naar verwachting een executoriale titel verkrijgen. Door het gelasten van een afkoelingsperiode kan worden bewerkstelligd dat het aanwezige actief kan worden benut voor de aanbidding van een akkoord en daarmee wordt verdeeld onder de gezamenlijke schuldeisers.

Naar het oordeel van de rechtbank is niet gebleken dat derden met een bevoegdheid tot verhaal op of opeising van goederen door het afkondigen van de verzochte afkoelingsperiode wezenlijk in hun belangen zouden worden geschaad. In dit geval is sprake van een akkoord gericht op de gecontroleerde afwikkeling van de onderneming van de schuldenaar, teneinde een hogere opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te kunnen realiseren. De herstructureringsdeskundige zal ervoor moeten zorgen dat het voor verhaal vatbare actief gedurende de afkoelingsperiode niet zal verminderen, behoudens voor zover de vermindering wordt veroorzaakt door de voldoening van redelijke kosten die redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor de gecontroleerde afwikkeling van de onderneming.

De rechtbank wijst het verzoek van de herstructureringsdeskundige tot het afkondigen van een afkoelingsperiode voor de duur van vier maanden – in verband met de te voeren onderhandelingen en de voorbereiding van de verkoopactiviteiten – dan ook toe.

S.A. van Aalst, juni 2021

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 06-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:1901

Zaaknummer: FT RK 21/315

Rechters: P.J. Neijt, E. Boerwinkel en R. Cats

Advocaten: R.H. Bask

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid bestuurder en medebeleidsbepaler wegens schending boekhoudplicht en omleiden inkomsten

Bestuurdersaansprakelijkheid van bestuurder en van medebeleidsbepaler wegens schending boekhoudplicht en omleiden inkomsten. Geen grond voor disculpatie noch – gezien de ernst van de feiten – voor matiging.

De rechtbank Overijssel oordeelt in deze zaak dat de bestuurder en medebeleidsbepaler van de gefailleerde vennootschap ProTech Kunststoftechniek BV ('ProTech') ingevolge artikel 2:248 BW aansprakelijk zijn voor het faillissementstekort. De verwijten van de curator concentreren zich op schending van de boekhoudplicht en het omleiden van inkomsten van ProTech aan een kort voor het faillissement opgerichte vennootschap. Bijna alle onderdelen van artikel 2:248 Bw komen in deze uitspraak aan de orde.

De rechtbank buigt zich eerst over de positie van de gedaagden. ProTech is opgericht door (de vennootschappen van) twee natuurlijke personen, die hierna als de 'bestuurder' en de 'medebeleidsbepaler' worden aangeduid en tezamen als het 'bestuur'. Ten tijde van het faillissement was – naast de bestuurder – ook de vader van de medebeleidsbepaler statutair bestuurder van ProTech. De medebeleidsbepaler zelf kon dat vanwege een concurrentiebeding niet zijn.

De rechtbank overweegt dat voor aansprakelijkheid als medebeleidsbepaler niet nodig, maar ook niet voldoende is, dat de feitelijk leidinggevende de bestuurder terzijde heeft geschoven. Het gaat erom of men zich daadwerkelijk als bestuurder heeft gedragen door bestuurshandelingen te verrichten. Dat is hier het geval, zo oordeelt de rechtbank op basis van verklaringen van de medebeleidsbepaler bij zijn faillissementsverhoor en verklaringen van de bestuurder en een oud-werknemer. De rechtbank wijst er nog op dat deze kwalificatie niet geldt voor artikel 2:9 BW en 6:162 BW, waarop de curator zich eveneens had beroepen. De rechtbank wijst er bovendien op dat zij niet over de andere bestuurder – de vader – oordeelt, omdat hij niet in de procedure is betrokken.

Aan de boekhoudplicht is volgens de rechtbank niet voldaan, zodat onbehoorlijke taakvervulling vaststaat. Er waren nauwelijks fysieke stukken en ook in het digitale boekhoudsysteem stond vrijwel niets. Maar ook afgezien van het wettelijke vermoeden, zou volgens de rechtbank geen redelijk denkend bestuurder in dezelfde omstandigheden zo hebben gehandeld, dat wil zeggen de boekhoudplicht hebben geschonden en inkomsten hebben omgeleid. De stelling van het bestuur dat er beslag dreigde en de omleiding van gelden dat beoogde te voorkomen doet hier niet aan af.

Ingevolge lid 2 wordt vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het bestuur slaagt er niet in dat vermoeden te ontzenuwen. Niet alleen wordt de door haar aangevoerde oorzaak – omzetting door problemen met de levering van kunststof – onvoldoende onderbouwd, maar bovendien is volgens de rechtbank gesteld noch gebleken dat het bestuur passende maatregelen heeft genomen.

Zowel de bestuurder als de medebeleidsbepaler probeerden zich – zonder succes – te disculperen. Over de beleidsbepaler oordeelt de rechtbank dat hij niet alleen als (feitelijk) bestuurslid collectief verantwoordelijk was voor de administratie, maar bovendien individueel belast was met de boekhouding krachtens de interne taakverdeling. Het lijkt erop dat de rechtbank ten aanzien van de bestuurder wel accepteert dat hem op grond van de interne taakverdeling mogelijk geen verwijt treft. Disculpatie is echter niet aan de orde, omdat de bestuurder wist dat de administratie niet op orde was en hij heeft nagelaten om in te grijpen. Dat hij zijn echtgenote een paar keer heeft laten aanbieden om de medebeleidsbepaler te helpen acht de rechtbank onvoldoende.

De rechtbank wijst tot slot ook de matigingsverweren af, die grotendeels niet zijn terug te voeren op de limitatieve matigingsgronden van artikel 2:248 lid 4 BW. Het bestuur wees er met name op dat de bestuurder privéstortingen had gedaan. De rechtbank oordeelt uiteindelijk dat gezien de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling – één van de gronden om te matigen – matiging juist niet aan de orde is. De vermeende privéstortingen waren niet onderbouwd en het was niet duidelijk of de bedragen ten gunste van ProTech waren gekomen. De rechtbank besluit dan ook met de conclusie dat beiden aansprakelijk zijn voor het gehele tekort.

Aan de vordering ex artikel 2:9 BW komt de rechtbank niet toe, omdat de curator niet heeft gesteld en ook niet is gebleken dat de schade hoger zou zijn dan het tekort. De curator had tot slot een vordering ex artikel 6:162 BW ingesteld tegen het bestuur en de nieuwe vennootschap wegens verhaalsfrustratie, de tweede categorie uit *Ontvangen/Roelofsen*. Ook die vordering wordt toegewezen.

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

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 16-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2021:2477

Zaaknummer: C/08/242970 / HA ZA 20-37

Rechters: D.L. Westendorp

Advocaten: A.C. Blankestijn, T. Demirdag en M.P. Harten

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:9 BW, 6:162 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Geen aanwijzing herstructureringsdeskundige omdat niet aannemelijk is dat lopende verplichtingen kunnen worden voldaan

Het verzoek om een herstructureringsdeskundige aan te wijzen nadat de ondernemer reeds een WHOA-traject is gestart, wordt afgewezen omdat de ondernemer niet aannemelijk heeft gemaakt dat de lopende verplichtingen van de onderneming kunnen worden voldaan. De financiële informatie van de onderneming is niet op orde.

In deze verzoekschriftprocedure staat de benoeming van een herstructureringsdeskundige op verzoek van een schuldenaar centraal (art. 371 lid 1, tweede volzin, Fw). De schuldenaar kan dit verzoek ook indienen nadat reeds een WHOA-traject is gestart door het deponeren van een startverklaring (art. 370 lid 3 Fw). Dat is ook het geval in deze zaak, waarin de ondernemer op 17 maart 2021 een startverklaring heeft gedeponeerd en daarbij heeft gekozen voor een besloten procedure. Een schuldeiser heeft ondertussen het faillissement van de onderneming aangevraagd, welk verzoek op grond van artikel 3d Fw is geschorst.

De onderneming houdt zich bezig met installatietechniek, schilderwerken en consultancydiensten op het gebied van informatietechnologie, heeft twaalf werknemers in dienst en zet haar activiteiten voort. De totale schuldenlast bedraagt ruim € 200.000, waaronder een schuld van de Belastingdienst van ruim € 185.000. De schuldeiser die het faillissement heeft aangevraagd heeft circa € 5.000 te vorderen.

Voor de toewijzing van het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige dient (1) de onderneming in een toestand te verkeren waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij insolvent zal raken; en (2) moet blijken dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn gediend bij de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Aan dit laatste vereiste is voldaan, omdat het verzoek door de onderneming zelf is ingediend. Het eerste vereiste houdt in dat de onderneming in staat moet zijn om haar lopende verplichtingen te voldoen en dat tegelijkertijd voorzienbaar moet zijn dat er geen realistisch perspectief bestaat om een

toekomstige insolventie af te wenden als de schulden niet worden geherstructureerd. De WHOA is niet bedoeld om de onderneming kunstmatig te laten voortbestaan, aldus de rechtbank.

De onderneming heeft haar lopende belastingverplichtingen in maart en april 2021 niet voldaan, in tegenstelling tot de lopende kosten voor huur, personeel en materialen. Zij verwacht vanaf mei 2021 wel weer aan haar lopende verplichtingen te kunnen voldoen, heeft verschillende kostenbesparende maatregelen genomen en verwacht vanaf de zomer haar inkomsten weer op peil te hebben. Naar aanleiding van deze verklaringen van de onderneming ter zitting heeft de rechtbank gevraagd om een liquiditeitsbegroting en de gepubliceerde jaarstukken, zodat de rechtbank kan beoordelen of de onderneming daadwerkelijk in staat zal zijn om haar verplichtingen te blijven voldoen. Met uitzondering van de vastgestelde jaarrekening over 2019, zijn de gevraagde stukken aangeleverd.

De rechtbank is van oordeel dat de verklaringen namens de onderneming ter zitting in combinatie met de overgelegde stukken, niet de vraag beantwoorden of de onderneming aan haar lopende verplichtingen kan voldoen. Dat komt door tegenstrijdigheden in de verklaringen ter zitting in vergelijking met de liquiditeitsbegroting, terwijl in de begroting bovendien zonder enige verklaring een omzetstijging in november 2021 is opgevoerd. Evenmin zijn de kosten voor de herstructurering in de begroting opgenomen, waardoor een eventueel tekort alleen maar oploopt. De rechtbank twijfelt ten slotte ook aan de betrouwbaarheid van de begroting, nu het de vraag is of deze op juiste en realistische uitgangspunten is gebaseerd. Aan voornoemd eerste vereiste voor aanwijzing is daarom niet voldaan.

In haar beoordeling neemt de rechtbank mee dat de financiële informatie van de onderneming niet op orde is, terwijl een herstructureringsdeskundige dit nodig heeft om zijn taak te kunnen uitoefenen. De onderneming heeft ook geen (externe) financiering aangetrokken voor de herstructurering, maar verwacht het akkoord mogelijk te maken uit de lopende omzet. Daarom zal de herstructureringsdeskundige bij het maken van een beoordeling van de haalbaarheid van het akkoord dus afhankelijk zijn van de vraag of de door de onderneming gepresenteerde cijfers, zoals haar omzet, winst en liquiditeit, daadwerkelijk worden gerealiseerd. Wanneer betrouwbare financiële gegevens betreffende de onderneming niet aanwezig zijn, heeft de benoeming van een herstructureringsdeskundige geen zin, aldus de rechtbank. Zij wijst het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige af, waardoor de faillissementsprocedure zal worden voortgezet.

J.E. van Nuland, 29 juni 2021

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 14-05-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:2294

Zaaknummer: 21/328 H

Rechters: P.J. Neijt, E. Boerwinkel en V.G.T. van Emstede

Advocaten: M.F.H. van Delft

Wetsartikelen: 371 Fw

RECHTSPRAAK

Hypotheekrechten zijn met een beroep op artikel 47 Fw rechtsgeldig vernietigd

Wetenschap van een faillissementsaanvraag kan ook worden aangenomen als de informatie mentaal niet is doorgedrongen. Voorts is sprake van samenspanning in de zin van artikel 47 Fw omdat alle partijen werden vertegenwoordigd door één persoon en uit een e-mail volgt dat het oogmerk bestond om de hypotheekhouder boven andere schuldeisers te begunstigen.

B.V. A is op 5 december 2017 in staat van faillissement verklaard. Deze vennootschap is eigenaar van onroerend goed dat is bezwaard met twee hypotheekrechten. Hypotheekrecht I is gevestigd op 11 september 2015 ten behoeve van B.V. B (de bestuurder en aandeelhouder van B.V. A) en de heer X. Hypotheekrecht II is gevestigd op 29 november 2017 ten behoeve van B.V. C. De curator heeft beide hypotheekrechten vernietigd op grond van artikel 47 Fw. Vervolgens heeft hij het onroerend goed verkocht met een overwaarde van € 1.572,905,89. In deze procedure vordert de curator (onder meer) verklaringen voor recht dat de hypotheekrechten rechtsgeldig zijn vernietigd.

Ten aanzien van hypotheekrecht II stelt de curator dat aan het eerstgenoemde vereiste van artikel 47 Fw is voldaan omdat B.V. C ten tijde van het vestigen van Hypotheekrecht II op 29 november 2017 wist dat het faillissement van B.V. A was aangevraagd. In een telefoongesprek had een medewerker van de Belastingdienst namelijk aangegeven dat de heer X het waarschijnlijk erg druk zou krijgen met het faillissement van B.V. A. (dat toen nog niet was uitgesproken). De rechtbank is van oordeel dat het vereiste van zekerheid in het rechtsverkeer en het betalingsverkeer meebrengt dat voor het voldaan zijn aan het vereiste van 'wetenschap' niet de eis van een geïnternaliseerd begrip kan worden gesteld. Enige objectivering is geboden in die zin dat onder omstandigheden wetenschap van de faillissementsaanvraag moet worden aangenomen, ook indien de ontvanger van de betaling zich erop beroept dat de informatie over de faillissementsaanvraag mentaal niet bij hem was doorgedrongen. Door de mededeling van de Belastingdienst moet B.V. C geacht worden op de hoogte te zijn geraakt van de

omstandigheid dat het faillissement van B.V. A was aangevraagd. De rechtbank acht hierbij van belang dat de Belastingdienst in dit opzicht in het rechtsverkeer als een betrouwbare bron heeft te gelden. Daarna dient de rechtbank nog te beoordelen in hoeverre de geruststellende woorden van de heer X – dat de faillissementsaanvraag was afgewezen, of althans ‘dat hij niet failliet was’ – aan voormelde wetenschap kan afdoen. Die vraag wordt ontkennend beantwoord. Zolang niet onherroepelijk is beslist op de faillissementsaanvraag blijft de wetenschap als bedoeld in artikel 47 Fw aan de zijde van de ontvanger bestaan. De conclusie is dat de curator hypotheekrecht II rechtsgeldig heeft vernietigd.

Ten aanzien van hypotheekrecht I beroept de curator zich op de in het tweede deel van artikel 47 Fw bedoelde situatie waarbij de betaling het gevolg is geweest van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser, dat ten doel had laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen. De rechtbank stelt voorop dat de partijen die betrokken zijn bij het vestigen van hypotheekrecht I allen zijn vertegenwoordigd door de heer X. Daaruit volgt reeds dat dient te worden verondersteld dat sprake is geweest van ‘overleg’ zoals bedoeld in artikel 47 Fw. Dat dit overleg ook ten doel heeft gehad om B.V. B. en de heer X te begunstigen boven andere schuldeisers volgt uit een e-mail van de heer X aan de curator. Naar eigen zeggen is het hypotheekrecht gevestigd omdat hij voorzag dat B.V. A zou gaan failleren en ter verzekering van aan B.V. A uitgeleende gelden. Ook hypotheekrecht I is dus rechtsgeldig door de curator vernietigd. De overwaarde van het onroerend goed komt toe aan de boedel.

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

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 09-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2021:2975

Zaaknummer: C/02/372805 / HA ZA 20-308

Rechters: Schild

Advocaten: H.S. Memelink en E.C.G. van Loon

Wetsartikelen: 47 Fw

RECHTSPRAAK

Een via faillissement ontbonden bv herleeft op grond van artikel 2:23c lid 1 BW wegens een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering

Een vindingrijke curator en de in Nederland heersende lege boedelproblematiek zorgen in deze zaak voor een bv die na afronding van het faillissement toch nog herleeft.

Op 21 december 2016 werd Pre-Active BV ('de bv'), een zorgonderneming, failliet verklaard met aanstelling van mr. Eringa als curator. Op 27 februari 2019 is het faillissement van de bv opgeheven wegens gebrek aan baten. Tijdens het faillissement kwam mr. Eringa erachter dat de bestuurder van de bv grote hoeveelheden geld aan de bv had onttrokken. Bovendien ontbrak een gedegen administratie en waren er over de afgelopen boekjaren geen jaarrekeningen gepubliceerd. Met andere woorden: een grond voor bestuurdersaansprakelijkheid. Mr. Eringa werd echter geconfronteerd met de lege boedelproblematiek: de boedel van de bv was niet toereikend om de proceskosten voor een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure te starten. Bovendien mislukte een beroep op de Garantstellingsregeling wegens onzekerheid over de verhaalbaarheid van de vordering op de bestuurder. Tijdens faillissement is het dan ook niet gekomen van een bestuurdersaansprakelijkheidsactie. Nadat het faillissement van de bv was opgeheven wegens gebrek aan baten, kwam mr. Eringa erachter dat de bestuurder een nieuwe zorgonderneming was gestart: Vita Cura BV, waarvan zij wederom bestuurder en enig aandeelhouder is. Omdat met deze nieuwe onderneming behoorlijke winst wordt gemaakt, is de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering op de bestuurder ook verhaalbaar. Mr. Eringa heeft de rechtbank daarom op grond van artikel 2:23c lid 1 BW verzocht om de vereffening van Pre-Active BV te heropenen, met benoeming van hemzelf tot vereffenaar.

De bestuurder heeft verweer gevoerd, zowel op inhoudelijke gronden als op de niet-ontvankelijkheidsgrond. Volgens de bestuurder is de rechtbank Overijssel, locatie Almelo niet bevoegd in casu, omdat zij in Duitsland woont en in Nederland geen activiteiten verricht op grond waarvan de heropening van het verzoek kan worden gebaseerd. De rechtbank oordeelt

dat geen sprake is van niet-ontvankelijkheid, nu ingevolge artikel 995 lid 1 Rv de rechtbank van de woonplaats van de ontbonden rechtspersoon bevoegd is. Nu Pre-Active BV statutair was gevestigd in Enschede, is de rechtbank Overijssel, locatie Almelo, wel bevoegd.

Ook de inhoudelijke verweren mochten niet baten. Volgens de bestuurder zou de aansprakelijkheid aan haar zijde door mr. Eringa niet onderbouwd zijn. Bovendien is aansprakelijkheid nooit vastgesteld, en bestonden er volgens de bestuurder meerdere oorzaken voor het faillissement. Ook haalt de bestuurder aan dat de verzoeker mogelijke vorderingen op de commissarissen van de bv wegens aansprakelijkheid niet heeft ingesteld.

De rechtbank stelt mr. Eringa in het gelijk en wijst het verzoek tot heropening van de vereffening van de bv toe. In het geval van artikel 2:23c lid 1 BW dient terughoudend te worden getoetst of sprake is van een (potentiële) bate, en daar is volgens de rechtbank sprake van: een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid, waarvan aannemelijk is gemaakt dat deze verhaalbaar is. De verweren aangehaald door de bestuurder zijn volgens de rechtbank in onderhavige procedure niet van belang. De vraag of daadwerkelijk sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid is immers in deze procedure niet aan de orde. De omstandigheden dat er andere oorzaken voor het faillissement van de bv zijn aan te wijzen alsmede de door mr. Eringa onbenut gelaten mogelijkheden de commissarissen aan te spreken, zijn in onderhavige procedure evenmin van belang. De rechtbank gaat ook mee in het standpunt van mr. Eringa dat het onwenselijk zou zijn als de bestuurder vereffenaar van het vermogen van de bv wordt, nu de bate bestaat uit een vordering op haar als voormalig bestuurder. Mr. Eringa wordt daarom als vereffenaar benoemd, waarbij wat het salaris betreft wordt aangesloten bij de Recofa-richtlijnen.

S. Renssen, juni 2021

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 11-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2021:2513

Zaaknummer: C/o8/263264 / HA RK 21-34

Rechters: K.J. Haarhuis

Advocaten: J.F. Schulte

Wetsartikelen: 2:23c lid 1 BW en 2:23c lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid; geen ernstig verwijt en geen schending van persoonlijke zorgvuldigheidsnorm

Vordering jegens bestuurders van bouwbedrijf tot schadevergoeding in verband met niet-nakoming overeenkomst. Vordering afgewezen; geen sprake van uitzichtloze situatie ten tijde van aangaan van overeenkomst en geen schending van zorgvuldigheidsnorm.

Eiser heeft eind december 2019 een overeenkomst met een bouwbedrijf gesloten om zijn woning te verbouwen. De middellijk bestuurders van het bouwbedrijf zijn de gedaagden 1 en 2 ('gedaagden'). Een investeerder was voornemens om te investeren in het bouwbedrijf. Daarom is op 15 januari 2020 een Term Sheet ondertekend, die de voorwaarden voor de investering bevatte. Eiser heeft op voorhand voor de werkzaamheden reeds diverse facturen betaald. De verbouwing van de woning is aangevangen op 25 februari 2020; de werkzaamheden zijn vervolgens op 3 maart 2020 gestaakt. De investeerder heeft zich op 13 maart 2020 teruggetrokken. Op 15 maart 2020 heeft eiser aangegeven de overeenkomst te willen beëindigen en het betaalde bedrag teruggevorderd. Op 7 april 2020 is het bouwbedrijf failliet verklaard.

Eiser vordert in deze procedure van de bestuurders schadevergoeding. Hieraan ligt ten grondslag dat het bouwbedrijf tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst. Gedaagden zouden als gevolg daarvan persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gehouden, nu zij als bestuurders ernstig verwijtbaar zouden hebben gehandeld, althans in strijd hebben gehandeld met een op hen rustende persoonlijke zorgvuldigheidsnorm.

De rechtbank stelt voorop dat in beginsel alleen de vennootschap aansprakelijk kan worden gehouden voor een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis of voor een onrechtmatige daad. Of de bestuurder daarnaast persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, wordt beoordeeld aan de hand van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Volgens de rechtbank is onvoldoende onderbouwd dat gedaagden bij het aangaan van de overeenkomst wisten of moesten begrijpen dat het bouwbedrijf niet aan zijn verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden.

Weliswaar hebben de bestuurders niet tegengesproken dat men destijds vanwege geldzorgen in gesprek was met een investeerder, maar dat betekent niet zonder meer dat het aangaan van een nieuwe overeenkomst onrechtmatig was. Van onrechtmatigheid is pas sprake wanneer er een uitzichtloze situatie en onvoldoende continuïteitsperspectief bestaat. Gedaagden hadden echter zicht op een beoogde investering. Het terugtrekken van de investeerder en het wegvallen van opdrachten als gevolg van de coronapandemie, hebben te gelden als het omkeerpunt.

Subsidiair heeft eiser zich op het standpunt gesteld dat gedaagden een persoonlijke zorgvuldigheidsnorm hebben geschonden als bedoeld in het arrest *Spaanse Villa's* (HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881). De rechtbank oordeelt dat ook deze grondslag niet slaagt. Er is niet concreet gesteld en onderbouwd dat en waarom gedaagden hebben gehandeld in strijd met een op hen rustende zorgvuldigheidsnorm in een andere hoedanigheid dan die van bestuurder van het bouwbedrijf. Er is dan ook geen reden om af te wijken van het vereiste dat voor aansprakelijkheid van gedaagden sprake moet zijn van ernstig verwijtbaar handelen.

De rechtbank wijst de vorderingen van eiser af.

A.J.M. Wilmer, juni 2021

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 09-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:5869

Zaaknummer: C/09/592178 / HA ZA 20-445

Rechters: M.L. Harmsen

Advocaten: B.J. Davidse en J.A.Th. van den Berg

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

WHOA: afkoelingsperiode wordt niet verlengd

Omdat onvoldoende vorderingen zijn gemaakt in de totstandkoming van het akkoord, wijst de rechtbank het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode af.

Verzoekster verleende, samen met een andere vennootschap, zorg aan verslaafden en hun familie. Een stichting is opgericht om in de samenwerking tussen de vennootschappen te voorzien en de verleende zorg te declareren bij de zorgverzekeraars. Verzoekster wil een liquidatieakkoord aanbieden onder de WHOA. Bij beschikking van 15 januari 2021 heeft de rechtbank een afkoelingsperiode afgekondigd (art. 376 Fw) ten aanzien van verzoekster voor de duur van twee maanden (INS 2021-0031). De rechtbank heeft een observator aangesteld. In deze procedure is het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode aan de orde. De rechtbank wijst het verzoek af.

Verzoekster stelt dat zich een aantal complicaties hebben voorgedaan. Ten eerste bestond onduidelijkheid over het bestuur van de stichting. Op 15 februari 2021 is op dit punt overeenstemming bereikt en een onafhankelijk persoon ingeschreven als bestuurder van de stichting. Ten tweede weigerde de boekhouder de administratie toegankelijk te maken in verband met openstaande vorderingen. Hierdoor kan de vermogenspositie van verzoekster, de andere vennootschap en de stichting niet worden vastgesteld. Ook de rekening-courantverhoudingen tussen partijen zijn hierdoor onduidelijk. Inmiddels heeft een nieuwe accountant de administratie overgenomen, waardoor er iets meer inzicht is gekomen in de financiële positie van verzoekster. Ten derde heeft de stichting opdracht gegeven aan een bureau om de openstaande zorg bij de zorgverzekeraars te valideren. De inschatting van het bureau is dat ongeveer 70% van de ingediende declaraties zal worden uitbetaald. Het proces tot aan de uitbetaling zal twee tot vier weken in beslag nemen.

Verzoekster probeert nog additionele financiering aan te trekken ten behoeve van het aan te bieden akkoord. Verzoekster stelt dat de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn bij een akkoord, omdat een faillissement zou leiden tot hoge kosten van de curator om de financiën van verzoekster, de vennootschap en de stichting te scheiden. Het is de bedoeling dat deze

entiteiten alle drie een akkoord aanbieden, zonder dat de financiën van de drie entiteiten volledige uit elkaar worden gehaald.

De observator voert aan dat verzoekster inderdaad vorderingen heeft gemaakt. Verder stelt de observator dat inmiddels ongeveer € 86.000 is ontvangen van de zorgverzekeraars. Daarnaast is € 50.585 ontvangen van het UWV op basis van de NOW-regeling. Deze gelden zijn grotendeels aangewend om lopende kosten te betalen. Onduidelijk is of de NOW-gelden op de juiste manier zijn aangewend. De observator acht het mogelijk dat het UWV een deel van de NOW-gelden zal terugvorderen. De observator meldt ook dat een discussie is ontstaan met het bedrijfstakpensioenfonds. Naar de mening van het pensioenfonds wordt zijn vordering niet door het akkoord geraakt op grond van artikel 369 lid 4 Fw.

De observator stelt dat een verlenging van de afkoelingsperiode gebruikt kan worden om de financiële situatie verder in kaart te brengen en de verleende zorg te declareren. De observator vraagt zich wel af of de afkoelingsperiode hiervoor is bedoeld. Er is nog geen zicht op een akkoord, het is de vraag of verzoekster op grond van artikel 375 lid 2 Fw voldoende duidelijkheid kan schetsen over haar financiële situatie en het is de observator nog steeds niet duidelijk geworden welk voordeel een akkoord heeft boven een faillissement.

Twee voormalig werknemers van verzoekster die het faillissement van verzoekster hebben aangevraagd, hebben als belanghebbenden een zienswijze ingediend. Zij stellen dat de stichting is leeggetrokken door de bestuurder en dat onvoldoende stappen zijn gezet om tot een financiële afwikkeling te komen. Ze willen daarom dat een curator onderzoek doet en overgaat tot een voortvarende afwikkeling.

De rechtbank oordeelt dat onvoldoende vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord (art. 376 lid 5 Fw). Verzoekster heeft nog geen concrete stappen gezet in de voorbereiding van een akkoord. Ook blijkt dat de eerder aangedrage externe financier zich heeft teruggetrokken. Er bestaat nog onduidelijkheid over de financiële situatie van verzoekster en de tot nu toe gerealiseerde inkomsten zijn grotendeels besteed aan lopende kosten. Ook kan het zijn dat NOW-gelden worden teruggevorderd, wat ook leidt tot onduidelijkheid. Er is geen zicht dat binnen één tot twee maanden een akkoord kan worden aangeboden. De rechtbank acht het niet gerechtvaardigd om de afkoelingsperiode langer te laten duren.

H.J. de Kloe, juni 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 23-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:1874

Zaaknummer: C/13/698923 FT RK 21.228

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

Advocaten: E.J.G. Beerdsen

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Aanhouding twee maanden op grond van de Betalingsuitstelwet

Faillissementsaanvraag op verzoek van een pensioenfonds wordt aangehouden. Omzetverlies door de coronacrisis is fors. De verwachting bestaat dat schuldeisers binnen de aanhoudingstermijn betaald kunnen worden en het pensioenfonds wordt mede door de loongarantieregeling niet wezenlijk en onevenredig in zijn belangen geschaad.

Een schuldeiser, kennelijk een pensioenfonds, vraagt het faillissement aan van een schuldenaar. De schuldenaar verzoekt om een aanhouding van twee maanden op grond van artikel 2.2 van de Betalingsuitstelwet. Verzoeker meent dat het beroep op de Betalingsuitstelwet moet worden afgewezen, omdat de vordering voor 15 maart 2020 is ontstaan. De rechtbank is het hier niet mee eens. De rechtbank overweegt dat het omzetverlies van de schuldenaar fors is geweest. De schuldenaar verricht met name onderhoudswerkzaamheden in zorginstellingen voor ouderen en mensen met een beperking. Door de coronacrisis zijn deze werkzaamheden stilgelegd en is een belangrijk deel van de omzet weggevallen. Omdat de schuldenaar eind 2019 nog financieel gezond was, is zij door de coronacrisis tijdelijk niet in staat aan haar verplichtingen te voldoen.

Na het opheffen van de lockdown kunnen de werkzaamheden weer hervat worden. Verder is de schuldenaar bezig met het incasseren van een vordering van bijna € 500.000. Ook vinden onderhandelingen plaats over een forse schadeclaim. Naar het oordeel van de rechtbank bestaat daarom de verwachting dat de schuldeisers binnen de aanhoudingstermijn betaald kunnen worden. Ook wordt de aanvrager niet wezenlijk en onevenredig in zijn belangen geschaad, omdat in november 2020 de (pensioen)premies over de eerste maanden van 2020 zijn betaald, terwijl de premies vanaf april 2020 onder de loongarantieregeling vallen als het faillissement na twee maanden alsnog wordt uitgesproken. Nu hiermee is voldaan aan de voorwaarden van artikel 2.2 van de Betalingsuitstelwet, houdt de rechtbank de behandeling van het faillissementsverzoek aan voor de duur van twee maanden.

H.J. de Kloe, juni 2021

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 02-02-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2021:2956

Zaaknummer: C/01/364702/FR RK 20-652

Rechters: C.A.M. de Bruijn

Wetsartikelen: 2.2 Betalingsuitstelwet en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Geen pluraliteit van schuldeisers na splitsing vordering

Splitsing van een vordering levert geen pluraliteit van schuldeisers op, omdat een schuldenaar negatieve gevolgen van cessie niet tegen zich hoeft te laten gelden. Daarnaast is sprake van misbruik van recht.

Een zevental verzoekers, waaronder Unified Service Provider B.V. ('USP', gezamenlijk 'USP c.s.'), heeft het faillissement aangevraagd van Uno Mundo B.V. De rechtbank heeft het verzoek afgewezen, omdat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van USP c.s. omdat de uitspraak waarbij het hof een vordering heeft toegewezen niet onherroepelijk is. Ook is niet gebleken dat Uno Mundo verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. USP c.s. hebben hoger beroep ingesteld.

Het hof bekrachtigt de afwijzing van het faillissementsverzoek, maar doet dit wel op andere gronden dan de rechtbank. Naar het oordeel van het hof is namelijk geen sprake van pluraliteit van schuldeisers. Het hof overweegt dat het pluraliteitsvereiste met zich brengt dat sprake moet zijn van verschillende (rechts)personen met ieder een zelfstandig vorderingsrecht. Die vorderingsrechten moeten deel uitmaken van afzonderlijke vermogens. Hiervan is in deze kwestie geen sprake. USP c.s. hebben een vordering op Uno Mundo uit hoofde van een proceskostenveroordeling. Deze gemeenschappelijke vordering is door middel van cessie gesplitst op de datum dat het faillissementsverzoek is ingediend. Het hof overweegt dat de deelvorderingen die hierdoor zijn ontstaan de identiteit van de originele vordering behouden. De schuldenaar kan alle verweren die zij had op de oorspronkelijke schuldeiser tegenwerpen aan de schuldeisers aan wie een deel van de vordering is gecedeerd (art. 6:145 BW). De achterliggende gedachte hiervan is dat een schuldenaar niet slechter mag worden van een cessie. Hieruit volgt dat de schuldenaar geen pluraliteit van schuldeisers tegen zich hoeft te laten gelden als deze pluraliteit is veroorzaakt door de cessie.

Mocht wel sprake zijn van pluraliteit van schuldeisers, dan levert het splitsen van de vordering op de datum van de faillissementsaanvraag misbruik van recht op. Kennelijk is de vordering alleen gesplitst met het oog op de faillissementsaanvraag. Dit is temeer kwalijk omdat niet is uitgesloten dat USP c.s. het faillissement van Uno Mundo wilde uitlokken om onder een

verplichting tot afgifte van stukken uit te komen.

H.J. de Kloe, juni 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 17-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:5940

Zaaknummer: 200.294.550/01

Rechters: M. Willemse, G. van Rijssen en E.F. Groot

Advocaten: L.C.L. Bults, L.D.N. Mordaunt en G.P. Poiesz

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw, 6:145 BW, 3:94 BW en 3:96 BW

RECHTSPRAAK

Bekrachtiging faillissement in hoger beroep

Het hof bekrachtigt het faillissementsvonnis. De schuldenaar heeft niet bewezen dat hij een regeling heeft getroffen met al zijn schuldeisers en het hof is niet overtuigd van de juistheid van vorderingen die de schuldenaar meent te hebben op derden.

Een natuurlijk persoon is door de rechtbank failliet verklaard op verzoek van twee schuldeisers ('de aanvragers'). Hij heeft in eerste instantie verzet ingesteld, maar dit verzet ingetrokken en hoger beroep aangetekend. Omdat ook de advocaat van de aanvragers aangeeft dat de schuldenaar naar haar weten aanwezig is geweest bij een mondelinge behandeling, is de schuldenaar ontvankelijk in zijn hoger beroep.

De schuldenaar betwist de hoofdsom van de door de aanvragers aangevoerde vorderingen niet, maar maakt wel bezwaar tegen de gevorderde rente en kosten. De schuldenaar verwijt de aanvragers verder dat zij niet bereid zijn een betalingsregeling te treffen, terwijl andere schuldeisers coulant zijn geweest vanwege de coronaperikelen. De schuldenaar stelt verder vorderingen te hebben op derden die zijn schulden ruimschoots overtreffen.

De aanvragers stellen dat met één van hen uiteindelijk een betalingsregeling is getroffen, maar met de ander niet. De schuldenaar heeft eerder toezeggingen gedaan die niet zijn nagekomen, zodat zij de procedure tegen derden, die op 30 november 2021 wordt voortgezet met een comparitie, niet willen afwachten. Ook voert de advocaat van aanvragers aan dat zij vanuit haar praktijk bekend is met twee andere schuldeisers met wie de schuldenaar geen betalingsregeling heeft getroffen.

De curator stelt dat de schuldenaar, ondanks verzoeken daartoe, geen (volledige) administratie heeft afgegeven. De curator weet daarom niet wat de vermogenspositie is van de schuldenaar. Wel weet de curator dat er een achterstand is in de betaling van leasetermijnen en dat het rekening-courantkrediet bij Rabobank van € 40.000 bijna volledig is volgetrokken. Ook hebben diverse andere schuldeisers vorderingen ingediend. De curator kan de proceskansen van procedures die de schuldenaar is gestart niet inschatten, maar heeft sterk de indruk dat de debiteurenportefeuille van de schuldenaar geen waarde heeft. Het lijkt erop dat

de schuldenaar als reflex tegenvorderingen instelt als hij door zijn schuldeisers wordt aangesproken tot betaling. De curator ziet niet in hoe de schuldenaar zijn schulden binnen afzienbare tijd kan betalen. Weliswaar stelt de schuldenaar dat hij met vrijwel al zijn schuldeisers een betalingsregeling heeft getroffen en met de Belastingdienst nog in onderhandeling is, maar de curator gelooft dit niet.

Het hof laat het faillissement in stand. Het overweegt dat de schuldenaar de hoofdsom heeft erkend, zodat summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de aanvragers. Ook is de pluraliteit van schuldeisers aannemelijk geworden. Het hof overweegt dat niet alle schulden zijn betaald en dat ook niet is gebleken dat met alle schuldeisers een betalingsregeling is getroffen. De schuldenaar heeft dit niet bewezen en de advocaat van de aanvragers heeft dit met klem betwist ten aanzien van een van de aanvragers en twee andere schuldeisers. Ook is niet duidelijk hoe de schuldenaar zijn schulden wil betalen. Het hof is niet overtuigd van de juistheid van de vorderingen die de schuldenaar heeft ingesteld. Het hof oordeelt daarom dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen en bekrachtigt het faillissementsvonnis.

H.J. de Kloe, juni 2021

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 10-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:1783

Zaaknummer: 200.293.856_01

Rechters: R.R.M. de Moor, J.W. van Rijkom en T. van der Valk

Advocaten: S.K. Tuithof, F. Terpstra en D.H. Mathijssen

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Bondholder is geen schuldeiser en is daarom niet bevoegd een verzoek te doen ex artikel 65 Fb (art. 69 Fw)

Een bondholder wordt niet-ontvankelijk verklaard in een verzoek op grond van artikel 65 Fb. Weliswaar hebben bondholders materieel belang bij het faillissement, maar zij zijn geen schuldeisers.

In het faillissement van Bell Group N.V. ('Bell'), een in Curaçao gevestigde vennootschap die aldaar failliet is verklaard, is The Law Debenture Trust Corporation PLC ('LDTC') enig schuldeiser. LDTC is trustee voor bondholders. Het boedelactief bedraagt, na aftrek van kosten, USD 73 miljoen. Een van de bondholders, Plaza B.V., wil LDTC laten vervangen door een andere trustee.

Na hierover advies te hebben gevraagd, hebben de curatoren van Bell besloten geen rol te spelen in het organiseren van een vergadering van bondholders en over te gaan tot de afwikkeling van het faillissement en het actief uit te keren aan LDTC.

Plaza verzoekt de rechter-commissaris op grond van artikel 65 Faillissementsbesluit 1931 (Fb, de equivalent van art. 69 Fw) de curatoren te bevelen het boedelactief niet uit te keren aan LDTC, omdat het daarmee lastiger wordt om LDTC te laten vervangen als trustee. LDTC verzoekt op grond van artikel 65 Fb juist om de curatoren te bevelen zo snel mogelijk over te gaan tot het uitkeren van het boedelactief.

De rechter-commissaris verklaart Plaza niet-ontvankelijk in haar verzoek. Omdat bondholders als Plaza materieel belang hebben bij het faillissement, moet met hun belangen rekening worden gehouden. Plaza is echter geen schuldeiser en daarom niet bevoegd een verzoek in te dienen op grond van artikel 65 Fb. Desondanks overweegt de rechter-commissaris dat de curatoren kunnen overgaan tot afwikkeling. Onduidelijk is hoelang het proces tot mogelijke vervanging van LDTC zal duren. Ook betreft het een interne aangelegenheid tussen bondholders en de trustee, terwijl het erop lijkt dat Plaza door een uitkering niet in haar rechten tegenover LDTC wordt geschaad.

Het verzoek van LDTC wordt afgewezen bij gebrek aan belang, omdat de curatoren reeds te

kennen hebben gegeven over te gaan tot het uitkeren van het actief aan LDTC.

H.J. de Kloe, juni 2021

Instantie: Gerecht in eerste aanleg van Curaçao

Datum uitspraak: 31-05-2021

ECLI: ECLI:NL:OGEAC:2021:116

Zaaknummer: CUR201602251

Rechters: P.E. de Kort

Advocaten: L.C.J.M. Spigt, D.M. Douwes, K.J. Krzeminski en T.A. Hartman

Wetsartikelen: 65 Fb en 69 Fw

RECHTSPRAAK

Niet-ontvankelijk in zelfstandig hoger beroep tegen afwijzing dwangakkoord artikel 287a Fw

***Hoger beroep tegen afwijzing van een dwangakkoord ex artikel 287a
Fw is niet mogelijk zolang het subsidiaire WSNP-verzoek nog
aanhangig is.***

Een schuldenaar heeft de rechtbank primair verzocht een schuldeiser te bevelen in te stemmen met een door haar aangeboden akkoord op grond van artikel 287a lid 1 Fw en subsidiair de schuldsanering op haar van toepassing te verklaren. De rechtbank heeft het primaire verzoek afgewezen en het subsidiaire verzoek aangehouden. De schuldenaar is in hoger beroep gegaan tegen de afwijzing van het verzoek op grond van artikel 287a Fw. Het hof heeft de schuldenaar niet-ontvankelijk verklaard, omdat naar het oordeel van het hof pas hoger beroep ingesteld kan worden als het WSNP-verzoek is afgewezen of ingetrokken. Indien en zolang niet op het WSNP-verzoek is beslist, kan geen zelfstandig beroep ingesteld worden tegen de afwijzing van een verzoek ex artikel 287a Fw.

De schuldenaar stelt cassatie in, maar de Hoge Raad verwierpt het cassatieberoep. De Hoge Raad herhaalt dat hij op 14 december 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BY0966) heeft geoordeeld dat in hoger beroep kan worden gegaan tegen de afwijzing van een verzoek op grond van artikel 287a Fw nadat het WSNP-verzoek is afgewezen of ingetrokken. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever hoger beroep in andere gevallen heeft willen uitsluiten, om te voorkomen dat de behandeling van het WSNP-verzoek zou vertragen. Hiermee is beoogd te voorkomen dat de schuldenlast en noodzaak van rechtsmaatregelen in de tussentijd toenemen.

H.J. de Kloe, juni 2021

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 11-06-2021

ECLI: ECLI:NL:HR:2021:859

Zaaknummer: 20/04179

Rechters: G. de Groot, M.V. Polak, H.M. Wattendorff, S.J. Schaafsma en F.R. Salomons

Advocaten: K. Aantjes

Wetsartikelen: 287a Fw, 284 Fw en 292 Fw

RECHTSPRAAK

Wopereis Vredeveld verkeert mede op basis van de current ratio en de stand van het eigen vermogen in de faillissementstoestand

Verzoek tot faillietverklaring in hoger beroep alsnog toegewezen vanwege bestaan van pluraliteit en de toestand waarin is opgehouden te betalen. Dit laatste blijkt onder meer uit de current ratio en eigen vermogen van de onderneming alsook dat is bevestigd dat de vordering van aanvrager niet betaald kan worden uit de normale bedrijfsuitoefening.

De rechtbank Overijssel heeft op 21 april 2021 het verzoek tot faillietverklaring van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Wopereis Vredeveld B.V. ('Wopereis') afgewezen omdat niet is gebleken dat Wopereis verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen. Aanvrager van het faillissement ('appellante') legt zich hierbij niet neer en gaat in hoger beroep.

Het hof stelt voorop dat een faillietverklaring kan worden uitgesproken indien summierlijk is gebleken van een ten tijde van de faillietverklaring bestaand vorderingsrecht van de aanvrager alsmede van het (thans) bestaan van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de schuldenaar verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen.

Het bestaan van meerdere schulden is een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde voor het aannemen van de hiervoor bedoelde toestand. Ook als aan het pluraliteitsvereiste is voldaan, dient te worden onderzocht of de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen.

Het hof overweegt daarover als volgt. Wopereis handelt, plaatst, installeert en onderhoudt melksystemen en producten ten behoeve van de agrarische sector. Appellante exploiteert een veehouderij in de vorm van een eenmanszaak. Tussen partijen is een geschil ontstaan over de al dan niet deugdelijke levering van een melkrobot door Wopereis aan appellante. In dit kader heeft appellante op grond van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van de rechtbank

Overijssel van 25 november 2020 een opeisbare vordering op Wopereis van € 303.414,91. De omstandigheid dat tegen dit vonnis hoger beroep is ingesteld (waarop ten tijde van de zitting in hoger beroep nog niet is beslist) doet aan het bestaan van het vorderingsrecht niet af. Van het vorderingsrecht van appellante is dus summierlijk gebleken.

Verder blijkt uit de voorlopige jaarrekening over 2020 dat Wopereis schulden aan derden heeft. Aan de pluraliteitseis is dus voldaan. De vraag of een van deze schulden wel of niet opeisbaar is, is in dit kader niet relevant. Voor het uitspreken van een faillissement is immers slechts vereist dat een van de vorderingen opeisbaar is. Nu de vordering van appellante opeisbaar is, is niet vereist dat ook de steunvorderingen opeisbaar zijn.

Vervolgens beantwoordt het hof de vraag of Wopereis in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen, bevestigend. Het hof neemt daarvoor in ogenschouw: (1) de current ratio van Wopereis aan de hand van de voorlopige jaarrekening 2020 bedraagt 0,75; dit wijst erop dat Wopereis haar kortlopende schulden niet kan betalen; (2) het eigen vermogen van Wopereis is in 2020 teruggelopen van € 231.672 naar € 21.544; (3) Wopereis bevestigt dat zij de schuld aan appellante niet uit haar normale bedrijfsuitoefening zal kunnen betalen; (4) Wopereis heeft nog niets betaald aan appellante op grond van het veroordelend vonnis van 25 november 2020.

Het hoger beroep slaagt. Het hof heeft de bestreden beschikking vernietigd en Wopereis alsnog in staat van faillissement verklaard.

J. van den Dolder, juni 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:5561

Zaaknummer: 200.293.459

Rechters: I.M. Bilderbeek, H.C. Frankena en D.M.I. de Waele

Advocaten: H.M. van Eerten en B.S. Witteveen

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw