

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 15, 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:2021:1164](#) 16-07-2021

Werknemers van Spaanse vennootschap zijn mogelijk geen werknemers in de zin van artikel 10 IVO van de failliete Nederlandse moederverenootschap

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2021:1099](#) 09-07-2021

Weerlegging bewijsvermoeden artikel 2:248 lid 2 BW

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1333](#) 06-07-2021

Curator heeft geen recht op schadevergoeding van de koper die een woning niet afneemt, als woning onder water staat

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:6375](#) 29-06-2021

Aansprakelijkstelling gewezen bestuurder voor niet afgedragen pensioenpremies

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1376](#) 28-06-2021

Hof laat opheffing faillissement in stand

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:1935](#) 22-06-2021

Artikel 2:11 BW niet van toepassing op de bestuurders van Belgische rechtspersoon-bestuurder. Geen selectieve betaling of wegsluizen activa

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:6157](#) 22-06-2021

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens voortzetten onderneming met onvoldoende perspectief

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:1741](#) 08-06-2021

Bestuurder voldoet niet aan boekhoudplicht en is op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk jegens de boedel. Met wenk

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:4979](#) 25-05-2021

Handtekening nodig voor bewijs afleveren aangetekende brief? Is een stil pandrecht medegedeeld of een openbaar pandrecht gevestigd? Met wenk.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1375](#) 25-05-2021

Afwijzing faillissementsverzoek: verzoekster is geen partij bij huurovereenkomst

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1377](#) 25-05-2021

Afwijzing faillissementsaanvraag op eigen aangifte wegens misbruik van bevoegdheid

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1378](#) 25-05-2021

Hof laat faillissementsvonnis in stand: verstekvonnis is in kracht van gewijsde gegaan

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2021:2907](#) 16-07-2021

WHOA: afkoelingsperiode niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers en niet noodzakelijk om de onderneming voort te zetten

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:5820](#) 15-07-2021

Heropening vereffening omdat curatoren ongeveer € 50.000 op de boedelrekening over het hoofd hebben gezien

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:7143](#) 09-07-2021

Verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode en het treffen van een aanvullende voorziening onder de WHOA

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:7044](#) 08-07-2021

Verzet tegen faillietverklaring op verzoek van pensioenfonds slaagt

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:3227](#) 08-07-2021

Heropening vereffening coöperatie

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:6669](#) 30-06-2021

Geen vereenzelviging en geen bestuurdersaansprakelijkheid

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:3332](#) 28-06-2021

Verzoek afkoelingsperiode WHOA niet-ontvankelijk

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2021:2594](#) 23-06-2021

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens onthouden voordeel aan vennootschap. Onbevoegde verrekening ex artikel 54 Fw

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:3414](#) 23-06-2021

Getekende verklaringen kwalificeren niet als borgstellingen

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:3684](#) 10-06-2021

Vereffenaar mag zich als advocaat stellen voor de vennootschap

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2021:2278](#) 09-06-2021

Vrijwaringsincident naar aanleiding van een beroep op de faillissementspauliana

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:3432](#) 02-06-2021

Geen bestuurdersaansprakelijkheid na turboliquidatie

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:3197](#) 28-05-2021

Toepassing Brandaris-regeling surseance Steinhoff

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:3331](#) 11-03-2021

WHOA: afkondiging afkoelingsperiode van twee maanden

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:3415](#) 24-02-2021

Werkt non-concurrentiebeding in franchiseovereenkomst ondanks artikel 37 Fw door, indien curator niet gestand doet? Rechtbank: belangenafweging

Antillen

[Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba, ECLI:NL:OGHACMB:2021:131](#) 07-05-2021

Vernietiging verkoop en levering appartementen aan Rainbow c.s. op grond van pauliana

RECHTSPRAAK

Vrijwaringsincident naar aanleiding van een beroep op de faillissementspauliana

Het gaat in deze uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland om een incidentele vordering tot oproeping in vrijwaring. De vordering tot oproeping in vrijwaring is afgewezen.

Het gaat in deze uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland om een incidentele vordering tot oproeping van derden in vrijwaring. Aanleiding voor het vrijwaringsincident is een vordering van de curator in de hoofdzaak om de rechtbank voor recht te laten verklaren dat de curator een overeenkomst tussen de gedaagde en X terecht heeft vernietigd met een beroep op de faillissementspauliana. De gedaagde heeft in reactie hierop een incidentele vordering tot oproeping in vrijwaring aanhangig gemaakt. Artikel 210 lid 1 Rv voorziet in de mogelijkheid dat de gedaagde derden in vrijwaring oproept.

De rechtbank stelt voorop dat op grond van artikel 210 lid 1 Rv de eiser in het incident na dagvaarding een conclusie vóór alle weren kan nemen strekkende tot oproeping van derden in vrijwaring indien zij daar gronden voor heeft. De maatstaf voor toewijsbaarheid van een dergelijke vordering is of eiser in het incident voldoende onderbouwd stelt dat tussen hem en de in vrijwaring op te roepen derden een rechtsverhouding bestaat die voor deze derden een verplichting tot vrijwaring meebrengt, in die zin dat de derden de nadelige gevolgen van een veroordeling van gedaagde in de hoofdzaak moeten dragen. Het daadwerkelijk bestaan van die rechtsverhouding hoeft niet te worden aangetoond in het vrijwaringsincident. Dat moet in de (eventuele) vrijwaringszaak zelf worden onderzocht.

De rechtbank heeft om drie redenen geoordeeld dat de incidentele vordering tot vrijwaring niet slaagt. Ten eerste heeft het beroep van de curator in de hoofdzaak op de faillissementspauliana relatieve werking. Dat betekent dat de vernietiging van de overeenkomst tussen eiser in het incident en X uitsluitend werkt ten opzichte van de boedel en niet (ook) tegenover derden. Een succesvol beroep op de faillissementspauliana heeft derhalve geen werking ten opzichte van de partijen die eiser in het incident in vrijwaring wil oproepen, omdat ten opzichte van hen de overeenkomst blijft bestaan.

Ten tweede heeft eiser in het incident niet voldoende onderbouwd dat tussen hem en de derden die eiser in het incident wil oproepen een rechtsverhouding bestaat die meebrengt dat zij de nadelige gevolgen van een veroordeling in de hoofdzaak moeten dragen. Er is derhalve niet gebleken dat deze derden een verplichting hebben om de financiële gevolgen van een veroordeling jegens de curator in de hoofdzaak te dragen.

Ten derde overweegt de rechtbank dat indien eiser in het incident meent dat een van de partijen die hij wenst op te roepen in vrijwaring op grond van de onrechtmatige daad verplicht is om diens financiële nadeel, als gevolg van een succesvol beroep van de curator op de faillissementspauliana, te vergoeden, hij daarvoor een aparte procedure tegen die partij dient te starten. Uit een dergelijke vordering uit onrechtmatige daad volgt niet dat de derde de eiser in het incident moet vrijwaren voor verlies van de hoofdzaak.

Gelet op deze drie redenen wordt de gevorderde oproeping in vrijwaring afgewezen. Eiser in het incident wordt als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordeeld.

N. Lgarah, juli 2021

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 09-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2021:2278

Zaaknummer: 17/02786

Rechters: M.A.B. Faber-Siermann

Advocaten: J.M. Pol en P.C. van der Maas

Wetsartikelen: 210 Rv en 42 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens voortzetten onderneming met onvoldoende perspectief

Voortzetten van onderneming met onvoldoende perspectief, onder andere door marktomstandigheden en door beperkte financieringsmogelijkheden wegens de vennootschapsstructuur, leidt tot aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:248 BW jo. artikel 2:11 BW.

In deze zaak gaat het om de aansprakelijkheid van de (middellijk) bestuurders van een gefailleerde vennootschap ('VRT') die een transportonderneming dreef. In eerste aanleg heeft de rechtbank tot aansprakelijkheid van de bestuurders op de voet van artikel 2:248 BW (jo. art. 2:11 BW) geconcludeerd. Van dit vonnis zijn de bestuurders in hoger beroep gekomen.

Het hof verwerpt de grieven van de bestuurders tegen het vonnis van de rechtbank. Dragend voor de aansprakelijkheid van de bestuurders zijn met name (1) het gegeven dat de onderneming eind 2010 verlieslatend was en (2) niettemin in juli 2011 zodanig werd ge(her)structureerd dat de mogelijkheden voor verdere financiering werden beperkt. Bij die herstructurering bleven waardevolle onroerende zaken achter in andere vennootschappen (of werden daarin ondergebracht), terwijl de vennootschap wel hoofdelijk aansprakelijk werd voor de schulden aan de bank. Zulks terwijl er, aldus de curator, geen andere noemenswaardige vermogensbestanddelen resteerden die als zekerheid voor aanvullende financiering konden dienen. Hierdoor, en ook door de marktomstandigheden (onder meer het wegvallen van een belangrijke klant) bestond onvoldoende perspectief op een verantwoorde voortzetting van de onderneming. Het voortzetten van de onderneming van VRT wordt door het hof daarom als kennelijk onbehoorlijk bestuur aangemerkt.

Dit onbehoorlijk bestuur is voorts, zo oordeelt het hof, een belangrijke oorzaak van het faillissement van VRT. Dat het faillissement ook andere belangrijke oorzaken kent, zoals de gestelde crisis in de sector, doet daaraan niet af, nu artikel 2:248 lid 1 BW niet vereist dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur de enige oorzaak van het faillissement is. De beroepen op disculpatie van de verschillende (indirect) bestuurders falen voorts. Over het beroep op

matiging van de aansprakelijkheid (vgl. art. 2:248 lid 4 BW) zal later in de schadestaatprocedure moeten worden geoordeeld.

O. Oost, juli 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 22-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:6157

Zaaknummer: 200.244.225/01 en 200.245.568/01

Rechters: J. Smit, G. van Rijssen en A.L. Goederee

Advocaten: D.Th.J. van der Klei, I.M.C.A. Reinders Folmer en R.J. Bakker

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Curator heeft geen recht op schadevergoeding van de koper die een woning niet afneemt, als woning onder water staat

Hoger beroep. Koper is niet gehouden schadevergoeding te betalen aan de curator voor het niet-afnemen van een woning, als de koopprijs integraal toekomt aan de hypotheekhouder.

Een curator heeft een woning van een gefailleerde verkocht voor € 2,2 miljoen, inclusief een boedelbijdrage van € 50.000. Op de woning rust een hypotheek van de bank; de woning kent geen overwaarde. Afgezien van de boedelbijdrage van € 50.000 heeft de koper de resterende koopprijs onbetaald gelaten. De curator heeft na ingebrekestelling uiteindelijk de koopovereenkomst ontbonden en de woning aan een derde verkocht, voor € 900.000 lager. De curator heeft – na aanvankelijk ook aanspraak te hebben gemaakt op de contractuele boete van € 300.000 – uiteindelijk een schadevergoeding gevorderd, ter hoogte van het verschil van € 900.000. De contractuele boete is uiteindelijk onbesproken gelaten.

De rechtbank had de vordering van de curator toegewezen. Koper is daartegen in hoger beroep gekomen. Hangende de procedure heeft de curator de vordering overgedragen aan een stichting, die aldus de formele wederpartij is van koper in het hoger beroep. De stichting heeft ook de memorie van antwoord ingediend.

Alvorens het hof ingaat op de grieven van koper, overweegt het hof dat er niet is gegriefd over de contractuele boete, die door de rechtbank niet is toegewezen. De boete maakt dan ook geen onderdeel uit van de discussie in hoger beroep. De curator heeft in hoger beroep nog getracht te betogen dat de boete onderdeel is van de schadevergoedingsvordering, maar daar gaat het hof niet in mee.

Koper heeft vervolgens diverse grieven naar voren gebracht, die er in de kern op neerkomen dat er geen koopovereenkomst tot stand zou zijn gekomen. Die stellingen worden evenwel op feitelijke gronden afgewezen.

Tot slot stelt koper nog dat de boedel helemaal geen schade heeft geleden, omdat, indien hij de koopovereenkomst correct zou zijn nagekomen, de opbrengst van de woning aan de bank

zou zijn toegekomen, en niet aan de boedel.

Het hof constateert dat die grief slaagt. Afgezien van de boedelbijdrage van € 50.000 – die ontvangen is door de curator – zou de boedel immers geen opbrengst verkrijgen; de opbrengst zou aan de bank ten goede zijn gekomen. De curator treedt niet op voor de bank, maar heeft de schade namens de boedel gevorderd. De curator heeft nog betoogd dat de boedel door de niet-nakoming zou zijn benadeeld, omdat daardoor een hogere vordering van de bank in het faillissement resteerde en omdat de boedel geen regres meer zou kunnen nemen op de (ex-)echtgenote van gefailleerde. Volgens het hof zijn dat niet meer dan theoretische mogelijkheden, die niet opgaan. Het hof oordeelt dat de schuld de ex-echtgenote niet aanging, omdat gefailleerde zelfstandig eigenaar was, zodat van een regresrecht niet is gebleken, terwijl voorts niet onderbouwd is op welke wijze de boedel schade lijdt door de mogelijkheid dat bij niet-nakoming een hogere vordering van de bank resteerde.

Volgt vernietiging van de uitspraak en alsnog afwijzing van de schadevergoedingsvordering.

Wenk

In dit arrest vallen twee aspecten op.

Allereerst is het opvallend dat de schadevergoedingsvordering in eerste aanleg is toegewezen. Immers, nu de volledige opbrengst van de woning aan de bank zou toekomen (de woning stond kennelijk 'onder water'), is het evident dat de boedel en de overige gezamenlijke schuldeisers door niet-nakoming niet zijn benadeeld. In dat geval heeft de boedel ook geen vordering tot vergoeding van schade. Mogelijk had de bank een dergelijke vordering wel kunnen instellen – het hof lijkt dat ook te suggereren – maar die situatie doet zich hier niet voor.

Tegelijkertijd verdient de contractuele boete aandacht. Die boete was tussen de boedel en de koper overeengekomen en kon aldus in principe worden gevorderd door de curator – los van de vraag of er sprake was van benadeling. Het lijkt erop dat de curator aanspraak heeft gemaakt op de boete, maar dat de rechtbank de contractuele boete buiten beschouwing heeft gelaten en alleen de schadevergoedingsvordering – die immers hoger was dan de boete – heeft toegewezen. Gelukkig voor de curator heeft hij de vordering op de koper hangende het hoger beroep (vóórdat memorie van antwoord werd genomen) verkocht, zodat het nadeel van het feit dat de contractuele boete in hoger beroep niet aan de orde is gesteld, niet geleden wordt door de boedel en de gezamenlijke crediteuren.

A.D. van Dalen, juli 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 06-07-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1333

Zaaknummer: 200.265.207/02

Rechters: S.A. Boele, P. Glazener en R.M. Hermans

Advocaten: E. de Jongh en B.A.P. Sijben

Wetsartikelen: 6:10 BW en 6:74 BW

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkstelling gewezen bestuurder voor niet afgedragen pensioenpremies

Bestuurder is niet aansprakelijk voor niet afgedragen pensioenpremies tijdens zijn bestuursperiode op grond van artikel 23 Wet Bpf. Ook geen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, omdat niet is voldaan aan de stelplicht.

In deze procedure houdt Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de weg ('het pensioenfonds') de bestuurder van het Expeditiebedrijf ('de bestuurder') aansprakelijk voor de gedurende de bestuursperiode van de bestuurder door het Expeditiebedrijf niet aan het pensioenfonds afgedragen pensioenpremies. Het pensioenfonds is een bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 ('Wet Bpf'). De bestuurder was samen met zijn broer bestuurder van het Expeditiebedrijf van 1 januari 1988 tot 31 december 2009 ('de bestuursperiode'), waarna het bedrijf door de broer en neef van de bestuurder is voortgezet.

Het Expeditiebedrijf viel onder de werkingssfeer van het pensioenfonds gedurende de bestuursperiode. Het Expeditiebedrijf was gehouden tot betaling van premies voor zijn werknemers. Over de periode 2006-2009 heeft het Expeditiebedrijf in 2014 een overzicht verstrekt met overwerkuren. Naar aanleiding daarvan heeft het pensioenfonds pensioenpremie nageheven over 2006-2009 en het Expeditiebedrijf heeft die naheffing bestreden. Het pensioenfonds heeft de bestuurder (en zijn broer) in 2018 hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de door het Expeditiebedrijf niet afgedragen pensioenpremies over 2006-2008 op grond van artikel 23 Wet Bpf. De kantonrechter heeft geoordeeld dat de bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld jegens het pensioenfonds en dat hem een persoonlijk ernstig verwijt treft, zodat hij aansprakelijk kan worden gehouden op grond van onrechtmatige daad. De aansprakelijkheid wordt niet gebaseerd op artikel 23 Wet Bpf, omdat de bestuurder in de drie jaar voor de naheffing geen bestuurder was van het Expeditiebedrijf. De bestuurder gaat in hoger beroep.

In hoger beroep gaat het hof in op de reikwijdte van artikel 23 Wet Bpf. Het hof overweegt dat

dit artikel bepaalt dat bestuurders van een premieplichtige onderneming, onder de in dat artikel verder genoemde voorwaarden, hoofdelijk aansprakelijk zijn voor premieschulden van die onderneming. Het derde en het vierde lid bepalen dat de bestuurder aansprakelijk is, indien het niet betalen van de bijdragen het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaande aan het tijdstip van de mededeling van betalingsonmacht door het premieplichtige bedrijf (lid 3) dan wel het tijdstip dat die mededeling had moeten zijn gedaan (lid 4). Het oordeel van de kantonrechter dat geen mededeling van betalingsonmacht is gedaan en uiterlijk had moeten zijn gedaan op 13 juni 2014 wordt in hoger beroep niet betwist, zodat de driejaarstermijn ziet op de periode 13 juni 2011 – 13 juni 2014. Dit valt buiten de bestuursperiode.

Het hof verwerpt voorts het standpunt van het pensioenfonds dat een gewezen bestuurder op grond van artikel 23 Wet Bpf altijd aansprakelijk is voor materieel tijdens de periode van zijn bestuur niet of te weinig afgedragen pensioenpremies en dat een bestuurder niet aan die aansprakelijkheid kan ontkomen door ontslag te nemen. Uit de tekst en de ontstaansgeschiedenis blijkt niet dat bedoeld is dat voor de gewezen bestuurder aan de driejaarstermijn in artikel 23 vierde lid Wet Bpf geen betekenis toekomt en de gewezen bestuurder te allen tijde jegens een pensioenfonds aansprakelijk zou zijn voor tijdens zijn bestuurschap te weinig afgedragen pensioenpremies op grond van het bewijsvermoeden dat ten gunste van een pensioenfonds in artikel 23 Wet Bpf is opgenomen.

Het hof gaat ook in op aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Onder verwijzing naar vaste jurisprudentie van de Hoge Raad legt het hof de maatstaf voor het aannemen van dergelijke bestuurdersaansprakelijkheid uit. Toetsing aan die maatstaf leidt tot het oordeel dat de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, zodat geen sprake is van een onrechtmatige daad jegens het pensioenfonds.

D.R.C. Smit, juli 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 29-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:6375

Zaaknummer: 200.271.806/01

Rechters: J.H. Kuiper, I. Tubben en J. Smit

Advocaten: R.S. van der Spek en E. Bakhuis

Wetsartikelen: Art. 23 Wet Bpf en Art. 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Getekende verklaringen kwalificeren niet als borgstellingen

Er is geen sprake van een overeenkomst van borgtocht omdat de hoofdschuldenaar ontbreekt. Er zijn ook geen andere verbintenissen aangegaan nu deze onvoldoende bepaalbaar zijn.

Een stichting, de heer X en Caremore B.V. zijn aandeelhouders van NIPED Holding B.V. ('NIPED'). NIPED heeft een rekening-courant faciliteit bij een bank ter hoogte van € 1 miljoen. De stichting staat borg voor € 500.000. De faciliteit is later verhoogd met € 300.000. Bij de initiële overeenkomst en de verhoging hebben de heer X en Caremore een brief ondertekend waarin zij hebben verklaard 'akkoord te zijn met een pro-rata borgstelling middels zijn aandelen'. In 2010 heeft NIPED een innovatiekrediet verkregen ter hoogte van € 1 miljoen. De stichting heeft een aanvullende borgstelling afgegeven voor een bedrag van € 350.000. Vervolgens hebben de heer X en Caremore een brief ondertekend met als onderwerp 'Contraborgstelling I-BSK krediet'.

In 2012 is tijdens een bestuursvergadering besproken dat de contra-borgstellingen nog nader gedocumenteerd dienen te worden. Dat is niet gebeurd. Op 1 mei 2013 is NIPED in staat van faillissement verklaard. Kort daarna spreekt de bank de stichting aan vanwege de afgegeven borgstelling. De stichting voldoet een bedrag van € 850.000. Zij wil dit bedrag nu deels verhalen op de heer X en Caremore als contra-borgen. Zij voeren verweer en stellen dat er geen sprake is van borgstellingen.

De rechtbank kwalificeert de getekende verklaringen niet als een overeenkomst van borgtocht. Er is geen sprake van een borg, schuldeiser en hoofdschuldenaar in de zin van artikel 7:850 BW, omdat het in het geheel ontbreekt aan een hoofdschuldenaar. De stichting kan in dit geval niet als zodanig worden aangemerkt. Voorts brengt het enkele feit dat in de verklaringen de term 'borgstelling' staat vermeld niet automatisch met zich mee dat de verklaringen onder de wettelijke definitie van borgtocht vallen en dus als zodanig moeten worden gekwalificeerd.

De rechtbank beoordeelt vervolgens of met de verklaringen een andere overeenkomst of

afdwingbare verbintenis tot stand is gekomen. Ingevolge artikel 6:227 BW moeten verbintenissen die partijen op zich nemen bepaalbaar zijn op straffe van ongeldigheid van de overeenkomst. De afgegeven verklaringen zijn uiterst summier en niet helder geformuleerd. De essentialia van de overeenkomst zijn onduidelijk en dus is de rechtbank van oordeel dat de verbintenissen die gedaagden zijn aangegaan onvoldoende bepaalbaar zijn. Dat de stichting dit niet anders heeft opgevat blijkt uit de notulen van de bestuursvergadering in 2012. Daarnaast heeft de stichting, anders dan de ondertekende verklaringen, geen feiten of omstandigheden aangevoerd waaruit het bestaan van de door haar gestelde verbintenis blijkt. De vorderingen van de stichting worden afgewezen.

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

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 23-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:3414

Zaaknummer: C/13/681459 / HA ZA 20-320

Rechters: T.T. Hylkema

Advocaten: R.H. van de Beeten en mr. R.G.J. Laan

Wetsartikelen: 7:850 BW, 6:227 BW en 6:248 BW

RECHTSPRAAK

Artikel 2:11 BW niet van toepassing op de bestuurders van Belgische rechtspersoon-bestuurder. Geen selectieve betaling of wegsluizen activa

Het hof wijst de vorderingen van de curator tegen Belgische indirecte bestuurders van een failliete vennootschap af. Artikel 2:11 BW werkt niet in de relatie tussen een Belgische vennootschap-bestuurder en haar Belgische bestuurder(s). Het doen van selectieve betalingen aan dan wel wegsluizen van activa naar gelieerde vennootschappen komt ook niet vast te staan.

Het Belgische Offimac N.V. is enig aandeelhouder en enig bestuurder van het Nederlandse Softmaxx B.V. De heer X is samen met de Belgische vennootschap The CC Group BVBA aandeelhouder en bestuurder van Offimac. Softmaxx ontplooit de activiteiten van Offimac in Nederland. De samenwerking tussen Softmaxx en Offimac is vastgelegd in een samenwerkingsovereenkomst.

Softmaxx is op 7 juni 2016 op eigen aanvraag in staat van faillissement verklaard. Kort daarna stelt de curator van Softmaxx zowel Offimac als The CC Group en de heer X hoofdelijk aansprakelijk voor het volledige boedeltekort en start een procedure.

De rechtbank wijst alle vorderingen van de curator af. De curator gaat in hoger beroep. Het hof oordeelt eerst over de bevoegdheid en het toepasselijke recht en gaat vervolgens inhoudelijk op de vorderingen van de curator in.

Offimac, The CC Group en bestuurder X zijn gevestigd respectievelijk woonachtig in België. Het hof oordeelt in navolging van de rechtbank dat de Nederlandse rechter bevoegd is en dat Nederlands recht van toepassing is op het geschil. Dat geldt echter niet voor de vorderingen op de bestuurders van Offimac, waarop Belgisch recht van toepassing is. Het hof verwijst daarbij naar de arresten HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408, NJ 2011/132 (*D Group/Schreurs q.q.*) en HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, JOR 2013/238 (*MyGuide*). De vorderingen van de curator stuiten hier in zoverre op af. De uitspraak laat nog eens zien hoe lastig het is

om achterliggende bestuurders aan te spreken indien een buitenlandse vennootschap wordt tussengeschoven. Natuurlijke personen kunnen zich op die wijze tamelijk eenvoudig aan bestuurdersaansprakelijkheid onttrekken, terwijl artikel 2:11 BW dat nu juist beoogt te voorkomen. De werking van deze bepaling beperkt zich echter tot Nederlandse vennootschappen. In dit kader zij verwezen naar de noot van Verhagen onder eerdergenoemd *MyGuide*-arrest. Overigens volgt uit het vervolg van de uitspraak dat onverkorte toepassing van artikel 2:11 BW de curator in de onderhavige zaak ook niet zou baten. Het hof wijst de vorderingen tegen Offimac – ten aanzien van die vennootschap heeft artikel 2:11 BW wel werking – namelijk op inhoudelijke gronden af (waarover hierna).

De curator probeert nog om artikel 2:11 BW heen te werken door te stellen dat bestuurder X feitelijk bestuurder was van X. Het hof oordeelt dat de curator deze stelling onvoldoende heeft onderbouwd en wijst de vordering af. Zoals gezegd stranden de vorderingen tegen Offimac op inhoudelijke gronden. De curator legt aan zijn vorderingen ten grondslag dat 'de bestuurders' (lees: Offimac) aansprakelijk zijn vanwege het doen van selectieve betalingen aan gelieerde vennootschappen, het wegsluizen van activa naar gelieerde vennootschappen en het ten onrechte aanvragen van haar faillissement. Hij beroept zich op de artikelen 2:248, 2:9 en 6:162 BW.

In hoger beroep komt vast te staan dat Softmaxx in de periode voor het faillissement ook andere dan gelieerde schuldeisers heeft voldaan. Verder komt vast te staan dat er ten tijde van de faillissementsaanvraag maar twee mogelijk onbetaalde schuldeisers waren. Daarbij werd één vordering gemotiveerd door Offimac betwist en had Offimac zich garant gesteld voor betaling van de andere vordering. Voorts heeft Offimac na het faillissement van Softmaxx bewerkstelligd dat verplichtingen uit (vooruitbetaalde) jaarcontracten met afnemers zo veel mogelijk werden nagekomen. Onder die omstandigheden kan volgens het hof geen sprake zijn van aansprakelijkheid op de door de curator aangevoerde gronden. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank onder aanvulling van gronden.

S.W.M. Kessels, juli 2021

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 22-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:1935

Zaaknummer: 200.268.343_01

Rechters: H.A.G. Fikkers, E.A.M. van Oorschot en C.W.T. Vriezen

Advocaten: J.A. Koster en W.B.M. Vondenhoff

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

RECHTSPRAAK

Werkt non-concurrentiebeding in franchiseovereenkomst ondanks artikel 37 Fw door, indien curator niet gestand doet? Rechtbank: belangenafweging

Na een onbeantwoorde termijnstelling ex artikel 37 Fw ontbindt een franchisenemer de overeenkomst met franchisegever. Doorstarter beroept zich op curators recht op nawerking van het non-concurrentiebeding. Geen stilzwijgende gestanddoening door curator. Rechtbank ziet geen reden om het non-concurrentiebeding van de bevrijdende werking van artikel 37 Fw uit te zonderen.

De casus

Een muziekwinkelier ('de Winkelier') heeft als franchisenemer een franchiseovereenkomst met franchisegever Key Music B.V. ('Key Music'). De franchiseovereenkomst bevat onder meer een non-concurrentiebeding, dat volgens de bepaling gedurende twee jaar na de beëindiging van de overeenkomst van kracht blijft.

Op 12 juni 2019 wordt aan Key Music surseance van betaling verleend; op 17 juni 2019 wordt het faillissement van Key Music uitgesproken. Bij e-mail van 21 juni 2019 stelt de Winkelier aan de curator van Key Music een termijn om te verklaren of de curator de franchiseovereenkomst al dan niet gestand zal doen, zoals bedoeld in artikel 37 Fw.

De curator beantwoordt deze e-mail niet. Bij e-mail van 9 juli 2021 verklaart de Winkelier, onder verwijzing naar het verstreken zijn van de termijn als bedoeld in artikel 37 Fw, dat hij de franchiseovereenkomst met Key Music ontbindt.

De beide e-mailberichten van de Winkelier zijn ook per aangetekende post aan de curator gezonden. Na de ontbinding gaat de Winkelier enige tijd zelfstandig verder met zijn winkel, maar per 31 juli 2019 gaat hij in zee met een andere franchiseketen.

Onderwijl is de curator gedurende de eerste weken van het faillissement van Key Music bezig

geweest om een doorstart te bewerkstelligen. Op 15 juli 2021 draagt de curator de activa en de handelsnaam van Key Music over aan HOAD Holding ('HOAD'). Blijkens het faillissementsverslag heeft de curator daarbij met de doorstarter afspraken gemaakt over de handhaving van het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst tegenover de Winkelier.

Op 10 juli 2021 en op 15 juli 2021 heeft de curator in dit kader aan de Winkelier e-mails gestuurd, waarin aan de Winkelier is meegedeeld dat de curator aanspraak maakt op nakoming van het non-concurrentiebeding en aanzegt dat de Winkelier contractuele boetes van € 5.000 per dag zal verbeuren indien hij doorgaat met zijn winkelactiviteiten onder een andere vlag dan die van Key Music. De Winkelier stelt zich op het standpunt dat de curator, nu hij desgevraagd niet verklaard heeft dat hij de franchiseovereenkomst van Key Music gestand zou doen, op grond van artikel 37 Fw geen aanspraak kan maken op nakoming van het non-concurrentiebeding; de Winkelier gaat daarom door met zijn winkel en de overstap naar de nieuwe franchiseketen.

Op 26 november 2019 cedeert de curator de vermeende vordering uit hoofde van verbeurde boetes aan HOAD Holding. HOAD doet vervolgens mededeling van de cessie aan de Winkelier en maakt aanspraak op een boetebedrag van (op dat moment) € 420.000. De Winkelier weigert tot betaling over te gaan, waarna HOAD de Winkelier in rechte betreft en betaling van de contractuele boete (alsdan inmiddels meer dan € 1 miljoen) vordert.

Het geschil en de beoordeling

1. Impliciete gestanddoening?

HOAD stelt ten eerste dat de Winkelier zich niet op ontbinding van de franchiseovereenkomst en de bevrijdende werking van artikel 37 Fw kan beroepen, omdat de curator de franchiseovereenkomst impliciet gestand zou hebben gedaan.

De rechtbank overweegt dat een beslissing tot gestanddoening van de curator verstrekken gevolgen heeft, zoals de aanwas van nieuwe boedelvorderingen en een verplichting tot het stellen van zekerheid op de voet van artikel 37 lid 2 Fw. Daarom moet volgens de rechtbank niet lichtvaardig worden aangenomen dat de curator stilzwijgend of impliciet tot gestanddoening in de zin van artikel 37 Fw is overgegaan. Van concrete gedragingen van de curator die duiden op een gestanddoening is in dit geval niet gebleken. Weliswaar heeft HOAD aangevoerd dat de curator de Winkelier op de hoogte heeft gehouden van zijn voornemen en zijn inspanningen om een doorstart te bewerkstelligen, maar dat is volgens de rechtbank niet voldoende om van gestanddoening door de curator te kunnen spreken.

2. Restrictieve toepassing van artikel 37 Fw?

Ten tweede betoogt HOAD dat het non-concurrentiebeding (ook zonder gestanddoening) sowieso verbindend bleef voor de Winkelier, omdat het blijkens de tekst van de bepaling bestemd was om juist ook na het einde van de franchiseovereenkomst door te werken. De rechtbank buigt zich daarom over de vraag of het non-concurrentiebeding van de bevrijdende werking van de niet-gestanddoening moet worden uitgezonderd.

Onder verwijzing naar drie arresten van de Hoge Raad uit 2016 (zie ECLI:NL:HR:2016:2729, ECLI:NL:HR:2016:2730 en ECLI:NL:HR:2016:2744) overweegt de rechtbank dat de gedachte achter artikel 37 Fw is dat de wederpartij er zeker van moet kunnen zijn dat zij de door haar verschuldigde prestatie niet meer hoeft te verrichten indien de curator zich niet binnen de gestelde termijn tot nakoming bereid verklaart, maar dat dit onder bepaalde omstandigheden tot een onaanvaardbare uitkomst kan leiden. Uit de genoemde arresten blijkt volgens de rechtbank dat artikel 37 Fw in sommige situaties restrictief moet worden uitgelegd. Het gaat dan met name om situaties waarin de curator nakoming wil vorderen van verplichtingen van de wederpartij die de tegenprestatie vormen van de door de gefailleerde vóór datum faillissement verrichte prestaties. Uiteindelijk komt het antwoord op de vraag of artikel 37 Fw restrictief moet worden uitgelegd neer op een afweging van de belangen van de curator enerzijds en de belangen van de wederpartij van de gefailleerde anderzijds, aldus de rechtbank.

De rechtbank is van oordeel dat er in dit geval geen voldoende zwaarwegend belang aan de kant van de curator is om de bevrijdende werking van artikel 37 Fw niet op het non-concurrentiebeding uit de franchiseovereenkomst toe te passen. Het gaat hier niet om de tegenprestatie voor een door de gefailleerde reeds geleverde prestatie. Ook voor het overige weegt het belang van de curator (boedelmaximalisatie) niet op tegen het belang van de Winkelier om naar eigen goeddunken zijn winkel voort te kunnen zetten, nu hij van de curator geen harde gestanddoeningsbelofte heeft gekregen. Het feit dat HOAD een commercieel belang heeft bij handhaving van het non-concurrentiebeding doet in deze afweging niet ter zake. Zij was immers nooit partij bij de franchiseovereenkomst waar het non-concurrentiebeding in stond.

I.F.M. Lakwijk, juli 2021

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 24-02-2021

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2021:3415

Zaaknummer: C/05/370396 / HZ ZA 20-212

Rechters: S.A.M. Vrendenburg-Elsbeek, M.G.E. ter Hart en D.T. Boks

Advocaten: D.M. van Geel en J.J. Blaak-Looij

Wetsartikelen: 37 Fw

RECHTSPRAAK

Hof laat faillissementsvonnis in stand: verstekvonnis is in kracht van gewijsde gegaan

Faillietverklaring op basis van een verstekvonnis blijft in stand. Tijdens de faillissementszitting in eerste aanleg heeft de schuldenaar verwezen naar het verstekvonnis en er zijn executiemaatregelen getroffen. Het verstekvonnis is daarom in kracht van gewijsde gegaan. Uit dit vonnis blijkt dus summierlijk van het vorderingsrecht van verzoekster.

Coöperatie MC Makelaardij & MC Management U.A. ('de coöperatie') is door de rechtbank Rotterdam failliet verklaard op verzoek van Mastermedia X SP.J. ('Mastermedia'), een vennootschap naar Pools recht. Mastermedia stelt een vordering te hebben op grond van een verstekvonnis. De coöperatie meent dat zij een tegenvordering heeft op Mastermedia en wil in verzet tegen het verstekvonnis. Volgens de coöperatie is de verzettermijn nog niet verstreken. Verder betwist de coöperatie de steunvordering van Ziggo, stelt zij dat zij ten aanzien van de vordering van de gemeente Rotterdam in het verleden een betalingsregeling heeft getroffen en is zij in overleg getreden met de Belastingdienst om een regeling te treffen.

Mastermedia stelt dat de verzettermijn is verstreken. De coöperatie was bekend met het verstekvonnis, omdat het vonnis bij het faillissementsverzoek was gevoegd. Ook zijn executiemaatregelen getroffen. De tegenvordering van de coöperatie is onvoldoende onderbouwd. De curator stelt dat het erop lijkt dat het verstekvonnis kracht van gewijsde heeft gekregen. Gebleken is van pluraliteit van schuldeisers. Niet gebleken is van voldoende financiële middelen om de schulden en faillissementskosten te voldoen. De bestuurder heeft geen administratie overgelegd en verstrekt onvoldoende informatie, zodat het bestaan van een tegenvordering op Mastermedia niet kan worden bevestigd.

Het hof overweegt dat de coöperatie op de faillissementszitting in eerste aanleg op 13 april 2021 (ten onrechte) heeft meegedeeld dat zij verzet had ingesteld tegen het verstekvonnis. Daarnaast is op 13 april 2021 uitvoering gegeven aan het vonnis doordat in verband met een

derdenbeslag is betaald aan de deurwaarder. Nu inmiddels duidelijk is dat de coöperatie geen verzet heeft ingesteld, is het verstekvonnis in kracht van gewijsde gegaan. Uit dit vonnis blijkt dus summierlijk van het vorderingsrecht van Mastermedia. Verder is summierlijk gebleken dat de coöperatie in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. Het hof bekrachtigt het faillissementsvonnis van de rechtbank.

H.J. de Kloe, juli 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 25-05-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1378

Zaaknummer: 200.293.468/01

Rechters: G.C. de Heer, P. Volker en A.J. Swelheim

Advocaten: A. Quispel en P.M. Jongeling

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw, 143 Rv en 144 Rv

RECHTSPRAAK

Afwijzing faillissementsaanvraag op eigen aangifte wegens misbruik van bevoegdheid

Faillissement wordt aangevraagd om te ontkomen aan lijfswang die is opgelegd omdat niet is voldaan aan een ontnemingsmaatregel. De aanvraag wordt daarom afgewezen wegens misbruik van bevoegdheid.

Een natuurlijk persoon heeft eigen aangifte gedaan van zijn faillissement. De rechtbank Rotterdam heeft geoordeeld dat de schuldenaar misbruik maakt van zijn bevoegdheid (23 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3683, INS 2021-0130). Het hof Den Haag heeft een vordering tot tenuitvoerlegging van lijfswang toegewezen, omdat de schuldenaar niet voldoet aan een ontnemingsmaatregel. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de schuldenaar het faillissement slechts aangevraagd om op grond van artikel 33 lid 3 Fw te ontkomen aan de opgelegde lijfswang. De schuldenaar komt in hoger beroep tegen de afwijzing van de faillissementsaanvraag.

Tussen 2012 en 2018 verkeerde de schuldenaar in staat van faillissement. Het faillissement is opgeheven bij gebrek aan baten. Sinds mei 2020 verblijft de schuldenaar in detentie. De lijfswang is vastgesteld voor de duur van 1080 dagen. In 2020 heeft de schuldenaar drie keer zijn faillissement aangevraagd. Het standpunt bij de faillissementsrechter is dat hij vermogen heeft dat de curator moet vereffenen. Op de faillissementsverzoeken is in verband met artikel 18 Fw geoordeeld dat niet aannemelijk is dat de schuldenaar over baten beschikt waarmee de faillissementskosten betaald kunnen worden. De schuldenaar heeft daarnaast meerdere keren bij (de strafkamer van) het hof Den Haag verzocht tot opheffing van de lijfswang. Hij heeft daar onder verwijzing naar de afgewezen faillissementsaanvragen gesteld dat hij geen vermogen heeft. Omdat geen sprake is van betalingsonwil maar betalingsonmacht, moet de lijfswang worden opgeheven.

Het hof overweegt dat het zich, gelet op de gang van zaken, niet aan de indruk kan onttrekken dat het faillissement is aangevraagd om uit de lijfswang te worden ontslagen. Het faillissement is in ieder geval niet de enige uitweg om het (gestelde, maar niet in zicht zijnde) aanwezige vermogen te gelde te maken, omdat de Staat bereid is een betalingsregeling te

treffen ten aanzien van de ontnemingsvordering als de schuldenaar openheid van zaken geeft. Tegen deze achtergrond concludeert het hof dat de schuldenaar de bevoegdheid om zijn eigen faillissement aan te vragen uitoefent met een ander doel dan waarvoor deze is verleend. Het hof bekrachtigt de beschikking van de rechtbank.

H.J. de Kloe, juli 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 25-05-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1377

Zaaknummer: 200.293.773/01

Rechters: G.C. de Heer, P. Volker en A.J. Swelheim

Advocaten: W.L. Bouritius

Wetsartikelen: 1 Fw, 18 Fw, 33 lid 3 Fw en 3:13 BW

RECHTSPRAAK

Afwijzing faillissementsverzoek: verzoekster is geen partij bij huurovereenkomst

Tres Invest vraagt het faillissement aan van een natuurlijk persoon en stelt een vordering te hebben uit hoofde van een huurovereenkomst. Naar het oordeel van het hof is Tres Invest geen partij bij de overeenkomst, omdat de bestuurder van Tres Invest zelf de overeenkomst heeft gesloten.

Tres Invest B.V. komt in hoger beroep tegen de beslissing van de rechtbank waarbij het verzoek om een natuurlijk persoon ('verweester') failliet te verklaren is afgewezen. Het hof laat de beschikking van de rechtbank in stand, omdat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van Tres Invest. Tres Invest stelt dat verweester een huurovereenkomst niet nakomt, maar naar het oordeel van het hof is Tres Invest geen partij bij deze overeenkomst. De huurovereenkomst is weliswaar getekend door de bestuurder van Tres Invest, maar niet is gebleken dat hij daarbij handelde namens Tres Invest. Dat Tres Invest is aangewezen als betaaladres, maakt ook niet dat zij partij is geworden bij de overeenkomst.

H.J. de Kloe, juli 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 25-05-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1375

Zaaknummer: 200.292.834/01

Rechters: H.J. van Kooten, R.S. van Coevorden en A.J. Swelheim

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

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Hof laat opheffing faillissement in stand

De schuldenaar is in hoger beroep gegaan tegen de opheffing van zijn faillissement, omdat hij een akkoord wil aanbieden. Het hof wijst het beroep af onder de overweging dat het faillissement niet bedoeld is om de schuldenaar te beschermen tegen zijn schuldeisers of te helpen met het oplossen van zijn financiële problemen.

De rechtbank Rotterdam heeft opheffing van het faillissement van een natuurlijk persoon bevolen op grond van artikel 16 Fw. De schuldenaar komt in beroep tegen deze beslissing. Hij meent dat het faillissement in stand moet blijven, zodat hij een akkoord kan aanbieden aan zijn schuldeisers. Zijn echtgenote wil hiervoor € 50.000 beschikbaar stellen en een bedrag van € 8.100. Dit laatste bedrag heeft de curator volgens de echtgenote ten onrechte toegevoegd aan de boedel, omdat het de verkoopopbrengst betreft van aan haar toebehorende goederen. De schuldenaar heeft belang bij voortzetting van het faillissement, omdat één schuldeiser niet wil meewerken aan een crediteurenakkoord.

Het hof wijst het hoger beroep af. De schuldenaar heeft niet gesteld dat het faillissement moet worden voortgezet met het oog op de toestand van de boedel. De bedragen die de echtgenote beschikbaar wil stellen voor een akkoord komen niet toe aan de boedel. Het faillissement heeft niet als doel om de schuldenaar te beschermen tegen zijn schuldeisers of hem te helpen met het oplossen van zijn financiële problemen. Het faillissement kan dus niet in stand blijven om de schuldenaar in de gelegenheid te stellen een akkoord aan te bieden.

H.J. de Kloe, juli 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 28-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1376

Zaaknummer: 200.294.976/01

Rechters: M.T. Nijhuis, G.C. de Heer en J.J. Kuipers

Advocaten: C.E. Pfeiffer

Wetsartikelen: 16 Fw

RECHTSPRAAK

**WHOA: afkoelingsperiode niet in het belang van de
gezamenlijke schuldeisers en niet noodzakelijk om de
onderneming voort te zetten**

***Omdat de vennootschap nog onvoldoende stappen heeft gezet in de
aanbieding van een akkoord, is niet summierlijk gebleken dat een
afkoelingsperiode in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers.
Publicatie van de beschikking is van belang met het oog op de
rechtsvorming.***

Een vennootschap ('de vennootschap') verzoekt om afkondiging van een afkoelingsperiode en opheffing van gelegde derdenbeslagen op grond van artikel 376 Fw. De vennootschap is eigenaar van twee onroerende zaken. De activiteiten bestaan uit de herontwikkeling en verhuur van (delen van) deze onroerende zaken. Inmiddels zijn zeven huurovereenkomsten gesloten. De huurders zijn maandelijks € 5.758 verschuldigd aan de vennootschap.

De vennootschap heeft schulden ter hoogte van meer dan € 4 miljoen. Bedrijf A heeft een vordering van ongeveer € 3,5 miljoen uit hoofde van geldleningen. Ten gunste van bedrijf A zijn hypotheekrechten gevestigd op de onroerende zaken van de vennootschap. De vennootschap heeft geen liquide middelen. Bedrijf A heeft derdenbeslag gelegd op huurpenningen ter hoogte van ongeveer € 2.500 per maand. Dat geld is volgens de vennootschap nodig om de lopende verplichtingen te kunnen voldoen.

Bedrijf A heeft de openbare verkoop aangezegd van de onroerende zaken. Bij de notaris zijn een aantal onderhandse biedingen uitgebracht, onder meer door bedrijf B, een dochter van bedrijf A. De vennootschap is in gesprek met een investeerder die meer wil betalen dan vennootschap B. Om tot overeenstemming te komen mag de executoriale verkoop geen doorgang vinden. Nadat overeenstemming is bereikt, kan een akkoord worden aangeboden. Afhankelijk van de uiteindelijke opbrengst van de onroerende zaken is dit mogelijk een liquidatieakkoord. Een alternatief is dat een externe financier zorgt voor een herfinanciering. De vennootschap wil daartoe op korte termijn gesprekken aangaan met

mogelijke financiers. Om dit alles te realiseren is een afkoelingsperiode nodig.

De rechtbank oordeelt dat niet summierlijk is gebleken dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn gediend bij het afkondigen van een afkoelingsperiode. De vennootschap heeft nog geen serieuze stappen gezet om een akkoord aan te bieden. Onduidelijk is op welke wijze de vennootschap haar toezegging om binnen twee maanden een akkoord aan te bieden wil realiseren. De vennootschap heeft nog geen keuze gemaakt tussen een herstructurerings- of liquidatieakkoord en kennelijk niet overdacht wat nodig is om een akkoord aan te bieden.

Verder overweegt de rechtbank dat niet is voldaan aan het vereiste dat het afkondigen van een afkoelingsperiode nodig is om de onderneming voort te zetten. De vennootschap hoopt op een hogere verkoopopbrengst voor de onroerende zaken. De procedure om de onroerende zaken te verkopen is ingezet. Omdat nog geen zitting is ingepland, de vennootschap bezwaren kenbaar kan maken bij de voorzieningenrechter en de verkoop nog niet is gerealiseerd, wordt de vennootschap niet geraakt in haar bedrijfsvoering door de aangekondigde verkoop.

Gelet op de beperkte omvang van de beslagen huurpenningen, zeker afgezet tegen de kosten van een procedure bij de voorzieningenrechter en de aanbidding van een akkoord, is de rechtbank ook niet overtuigd van de noodzaak om een afkoelingsperiode af te kondigen om de huurinkomsten te kunnen incasseren.

De vennootschap heeft verzocht de uitspraak niet te publiceren. De rechtbank gaat hierin niet mee. Publicatie is van belang met het oog op de rechtsvorming, nu de WHOA een nieuwe procedure is terwijl de rechtbank in eerste en enige aanleg beslist. De uitspraak wordt geanonimiseerd om te voorkomen dat de uitspraak herleidbaar is tot de vennootschap.

H.J. de Kloe, juli 2021

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 16-07-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2021:2907

Zaaknummer: 268196 F T RK 21/405

Rechters: M.C. Bosch, A.E. de Vos en E. Boerwinkel

Advocaten: E. Poelenije

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Vernietiging verkoop en levering appartementen aan Rainbow c.s. op grond van pauliana

Rainbow c.s. heeft de curator en het hof onvoldoende geïnformeerd. Op haar rust daarom een verzwaarde stelplicht. De stelling van de curator dat de koopsommen van geleverde appartementen niet zijn voldaan is onvoldoende weersproken. De curator heeft de verkoop en overdracht terecht vernietigd op grond van pauliana.

Sabra N.V., een eerst op Aruba en thans in Nederland gevestigde vennootschap, heeft een appartementencomplex ontwikkeld. De appartementen zijn overgedragen aan een aantal gelieerde vennootschappen ('Rainbow c.s.'). Op 20 augustus 2013 is Sabra failliet verklaard. De curator heeft een verklaring voor recht gevorderd dat de overdracht van de appartementsrechten en (na eiswijziging in hoger beroep) de daaraan ten grondslag liggende overeenkomsten rechtsgeldig zijn vernietigd op grond van pauliana. De curator stelt dat voor de appartementen geen, althans een te lage, koopprijs is betaald. Rainbow c.s. betwist dit. Uit de notariële akte, die dwingende bewijskracht heeft, volgt dat de betalingen zijn verricht.

De curator heeft zich op het standpunt gesteld dat de bewijslast moet worden omgekeerd, althans dat op Rainbow c.s. een verzwaarde stelplicht rust, omdat Rainbow c.s. de curator onvoldoende en onjuist heeft geïnformeerd. Nu Rainbow c.s. niet voldoet aan haar wettelijke verplichting om de administratie over te leggen, verkeert de curator in een onredelijke bewijspositie. Het hof neemt een verzwaarde stelplicht aan en oordeelt dat Rainbow c.s. haar betwisting van de stelling dat de koopprijs niet is betaald zwaarder moet motiveren. Niet alleen heeft Rainbow c.s. het de curator nagenoeg onmogelijk gemaakt zijn vordering handen en voeten te geven, ook is bij pleidooi in hoger beroep behalve de gemachtigde niemand namens Rainbow c.s. verschenen om vragen van het hof over diverse transacties te beantwoorden.

Het hof overweegt verder dat de notariële leveringsakten op grond van artikel 136 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering van Aruba (vgl. art. 157 Rv) alleen ten behoeve van de wederpartij dwingend bewijs opleveren. De curator was geen partij bij de verkoop en

levering van de appartementen, zodat de notariële akten in deze procedure geen dwingende bewijskracht hebben.

Omdat Rainbow c.s. geen bewijs van betaling heeft overgelegd, heeft zij de stelling van de curator dat de appartementen niet zijn betaald onvoldoende betwist. Hieruit volgt dat de schuldeisers zijn benadeeld door de verkoop en levering van de appartementen. Omdat alle betrokken vennootschappen tot dezelfde groep behoorden en door dezelfde familie werden gecontroleerd, waren de vennootschappen waaraan de appartementen zijn geleverd goed op de hoogte of hadden zij goed op de hoogte moeten zijn van de slechte financiële positie van Sabra. Partijen hadden dus wetenschap van benadeling van schuldeisers.

Het hof oordeelt dat is voldaan aan de voorwaarde van artikel 38 Faillissementsbesluit (vgl. art. 42 Fw) en verklaart voor recht dat de curator de overdracht van de appartementen en de daaraan ten grondslag liggende overeenkomsten rechtsgeldig heeft vernietigd op grond van pauliana.

H.J. de Kloe, juli 2021

Instantie: Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba

Datum uitspraak: 07-05-2021

ECLI: ECLI:NL:OGHACMB:2021:131

Zaaknummer: SXM2019H00053

Rechters: Th.G. Lautenbach, E.M. van der Bunt en O. Nijhuis

Advocaten: C.J. Koster en K. Huisman

Wetsartikelen: 38 Fb, 42 Fw en 156 Rv

RECHTSPRAAK

WHOA: afkondiging afkoelingsperiode van twee maanden

Rechtbank kondigt een afkoelingsperiode van twee maanden af om de schuldenaar in staat te stellen via een liquidatieakkoord zijn onderneming gecontroleerd af te wikkelen.

De schuldenaar in kwestie is een Nederlandse topholding met diverse buitenlandse dochtervennootschappen die een outdoor & lifestyle chain in stand hield. Als gevolg van voortdurende financiële problemen van de groep zijn de financiers van de groep overgegaan tot het vervroegd opeisen van het uitstaande krediet. Toen betaling ineens van het uitstaande krediet niet mogelijk was, hebben de financiers aangezegd het pandrecht op aandelen in een van de dochtermaatschappijen uit te winnen.

Na deze uitwinning zal de schuldenaar als vrijwel lege rechtspersoon achterblijven. Tegen deze achtergrond wil de schuldenaar zijn onderneming staken en afwikkelen via een akkoord onder de Wet homologatie onderhands akkoord ('WHOA'). Om dat te bereiken heeft hij een afkoelingsperiode nodig. De schuldenaar verzoekt derhalve een afkoelingsperiode te gelasten voor de duur van twee maanden, overeenkomstig artikel 376 lid 1 Fw. De gevraagde afkoelingsperiode voorkomt dat individuele schuldeisers van verzoeker, waaronder begrepen de Vendor Noteholder, alsnog overgaan tot het nemen van individuele verhaalsacties, waaronder het indienen van een verzoek tot faillietverklaring ten aanzien van verzoeker.

De rechtbank overweegt dat uit de memorie van toelichting blijkt dat de WHOA tevens openstaat voor (de homologatie van) een akkoord waarbij een onderneming, die geen overlevingskansen meer heeft, wordt afgewikkeld. De WHOA kan in die situatie worden toegepast als met een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering door middel van een akkoord buiten faillissement een beter resultaat behaald kan worden dan met een afwikkeling in faillissement. Ook bij de voorbereiding van een dergelijk akkoord kan noodzakelijk zijn dat de schuldenaar een beroep kan doen op de in de wet gegeven voorzieningen om te voorkomen dat schuldeisers (of aandeelhouders) die niet willen meewerken het proces blokkeren of vertragen, door bijvoorbeeld het faillissement van de schuldenaar aan te vragen of beslagen te leggen. Uit de parlementaire geschiedenis volgt niet dat de wetgever onder ogen heeft gezien

dat ook bij het aanbieden van een akkoord in het kader van een gecontroleerde afwikkeling een afkoelingsperiode noodzakelijk kan zijn. Gelet op de hiervoor geschetste bedoeling van de WHOA in algemene zin en het doel van de afkoelingsperiode daarbij in het bijzonder, kan niet worden aangenomen dat de wetgever met artikel 376 lid 4 onder a Fw heeft bedoeld dat de afkoelingsperiode alleen mogelijk is indien de WHOA wordt ingezet voor een akkoord waarbij de onderneming na herstructurering wordt voortgezet. De rechtbank is dan ook van oordeel dat een redelijke wetsuitleg meebrengt dat onder de noodzaak om de onderneming te kunnen blijven voortzetten ook moet worden verstaan voortzetting van de onderneming in het kader van een gecontroleerde afwikkeling.

Uit hetgeen door verzoeker ter zitting naar voren is gebracht volgt dat met een akkoord een hogere uitkering aan de schuldeisers zal kunnen plaatsvinden dan in geval van een faillissement, dat zonder afkoelingsperiode onafwendbaar zal zijn. In het kader van een aanbod akkoord heeft een externe financier zich bereid verklaard de benodigde financiering te willen verstrekken zodat een hoger bedrag ten behoeve van de schuldeisers beschikbaar kan worden gesteld dan in een faillissement uitgekeerd zal worden aan de schuldeisers. Verzoeker beschikt niet over enig actief, anders dan dat hij houder is van aandelen in een vennootschap die, na de onderhandse verkoop van de aandelen, niets meer waard zijn, althans negatief zijn gewaardeerd. Dit alles maakt dat de rechtbank van oordeel is dat summierlijk is gebleken dat op dit moment de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn met het gelasten van een afkoelingsperiode, die noodzakelijk is ter voorbereiding van een akkoord dat in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is.

De rechtbank gelast een afkoelingsperiode van twee maanden en merkt daarbij op dat verzoeker desgewenst na afloop van de termijn om verlenging van de afkoelingsperiode kan verzoeken.

J. van den Dolder, juli 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 11-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:3331

Zaaknummer: C/13/697926 / FT RK 21.170

Rechters: A.E. de Vos, M.D.E. Leppens en V.G.T. van Emstede

Advocaten: B.W.G. van der Velden, G.Á.C. Orban, J.H.A. Schipper, B.A. Kuitenbrouwer en G.A.G. Kerstjens

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Heropening vereffening omdat curatoren ongeveer € 50.000 op de boedelrekening over het hoofd hebben gezien

De rechtbank heropent de vereffening van Daalimpex Vastgoed B.V. De curatoren hebben bij de afwikkeling van het faillissement een bedrag van ongeveer € 50.000 op de boedelrekening over het hoofd gezien, vermoedelijk omdat het faillissement samen met dat van een groot aantal groepsvennootschappen is afgewikkeld.

Daalimpex Vastgoed B.V. ('Daalimpex') is na een faillissement opgehouden te bestaan, kennelijk doordat het faillissement is opgeheven bij gebrek aan baten. De voormalig curatoren verzoeken op grond van artikel 2:23c BW de vereffening te heropenen, omdat ongeveer € 50.000 op de boedelrekening over het hoofd is gezien, vermoedelijk omdat het faillissement samen met dat van een groot aantal groepsvennootschappen is afgewikkeld.

De rechtbank heeft verzoekers gewezen op een uitspraak van het hof Amsterdam van 3 november 2020 (ECLI:NL:GHAMS:2020:3004, INS 2020-0309), waarin is geoordeeld dat heropening van de vereffening niet op zijn plaats is als toch van het bestaan van een bate blijkt. Verzoekers menen dat deze situatie anders is, omdat hier geen sprake is van turboliquidatie, maar omdat de vennootschap is ontbonden door een beschikking van de rechtbank. Verzoekers verwijzen naar een uitspraak van de rechtbank Den Haag van 2 juli 2020 (ECLI:NL:RBDHA:2020:5992, INS 2020-0201), waarin een verzoek op gelijke gronden is toegewezen.

Vanwege de toelichting van verzoekers en de rechtszekerheid, nu in het handelsregister is ingeschreven en aan schuldeisers is meegedeeld dat Daalimpex is ontbonden, heropent de rechtbank de vereffening. Mr. Tekstra wordt, zoals verzocht, benoemd tot vereffenaar. Mr. Dijk wordt op grond van artikel 2:23a lid 3 BW (in de uitspraak is per abuis art. 2:23c lid 3 BW opgenomen) benoemd tot rechter-commissaris.

H.J. de Kloe, juli 2021

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 15-07-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:5820

Zaaknummer: C/15/313544 / HA RK 21-31

Rechters: A.E. Merkus

Advocaten: M.P. Doorten

Wetsartikelen: 2:23c BW

RECHTSPRAAK

Werknemers van Spaanse vennootschap zijn mogelijk geen werknemers in de zin van artikel 10 IVO van de failliete Nederlandse moedervennootschap

Spaanse werknemers in dienst van cost-plus kantoor van Nederlandse dochter zijn mogelijk niet ondergeschikt aan de Nederlandse moeder en daarmee mogelijk geen werknemer in de zin van artikel 10 IVO.

Feiten

Swets Information Services B.V. ('SIS') is enig aandeelhouder van Swets & Zeitlinger International Holding B.V., die op haar beurt enig aandeelhouder is van de rechtspersoon naar Spaans recht Swets Information Services S.L. ('Swets Spanje'). Op 23 september 2014 is SIS in staat van faillissement verklaard met benoeming van de curator als zodanig. Verweerders waren in dienst van Swets Spanje. Op 19 november 2014 is Swets Spanje in staat van faillissement verklaard. Aan verweerders is vervolgens collectief ontslag verleend. De arbeidsrelaties van verweerders zijn per 4 december 2014 geëindigd. Op 9 december 2014 hebben verweerders in cassatie 1 tot en met 10 bij de arbeidsrechtbank te Barcelona een gerechtelijke procedure aanhangig gemaakt tegen Swets Spanje, SIS en hun curatoren. De curator is, hoewel daartoe opgeroepen, in die procedure niet verschenen. Bij brief van 19 maart 2015 zijn namens verweerders in cassatie 1 tot en met 10 bij de curator geldvorderingen betreffende achterstallig loon en schadevergoeding ter verificatie in het faillissement van SIS ingediend. Bij vonnis van 10 september 2015 heeft de hiervoor genoemde arbeidsrechtbank Swets Spanje en SIS hoofdelijk veroordeeld tot betaling aan verweerders in cassatie 1 tot en met 10 van bedragen van in totaal € 106.298,71 aan achterstallig loon en € 279.810,79 aan schadevergoeding. Tegen dit vonnis ('het Spaanse vonnis') is geen hoger beroep ingesteld. Bij attest van 22 januari 2015 heeft de curator in het faillissement van Swets Spanje verklaard dat verweerder in cassatie 11 ('verweerder 11') bedragen te vorderen heeft van Swets Spanje van in totaal € 38.127,37 aan achterstallig loon en € 102.096,00 aan schadevergoeding.

Verweerders vorderen in deze procedure, voor zover in cassatie van belang, verklaringen voor recht dat zij als gevolg van het Spaanse vonnis zijn aan te merken als (gewezen) werknemers

van SIS. Het hof heeft de vorderingen toegewezen.

Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt.

Geen sprake van ondergeschiktheid

Wat betreft de eis van ondergeschiktheid in de zin van het communautair werknemersbegrip volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat een ondergeschiktheidsband wordt gekenmerkt door het feit dat een werknemer onder het gezag staat van een andere persoon, die niet alleen bepaalt welke prestaties van hem worden verwacht maar ook op welke wijze hij die moet verrichten, en wiens instructies en interne voorschriften hij moet naleven, waarbij het kan gaan om tijdschema, plaats en uitvoeringswijze van de werkzaamheden, en het toezicht en de controle die de werkgever uitoefent op de wijze waarop de werknemer zijn taken uitvoert. Het hof heeft zijn oordeel dat niet alleen tussen verweerders en Swets Spanje, maar ook tussen verweerders en SIS een arbeidsbetrekking in de zin van artikel 10 IVO bestond, gegrond op zijn vaststelling (1) dat de contracten met Spaanse klanten met SIS werden gesloten, dat de facturatie aan de Spaanse klanten door SIS plaatsvond en dat de facturen rechtstreeks aan SIS werden betaald, en dat Swets Spanje als cost-plus kantoor geen eigen inkomsten ontving, maar maandelijks een kostendekkend bedrag vermeerderd met een cost-plus percentage van SIS ontving, uit welk bedrag de salarissen van verweerders en de overige kosten werden betaald, en (2) dat in het Spaanse vonnis een pathologische bedrijfsgroep is aangenomen vanwege de schijnbaar uiterlijke eenheid, de verwarring omtrent het vermogen en een geïntegreerd en unitair functioneren van beide bedrijfsorganisaties, en dat kan worden uitgegaan van de in het Spaanse vonnis aangenomen verregaande verwevenheid tussen SIS en Swets Spanje. Zonder nadere motivering valt echter niet in te zien dat uit deze omstandigheden volgt dat tussen verweerders en SIS een gezagsverhouding bestond met de hiervoor genoemde kenmerken. Het onderdeel slaagt dan ook.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 16-07-2021

ECLI: ECLI:NL:HR:2021:1164

Zaaknummer: 20/00503

Rechters: M.V. Polak, T.H. den Tanja-van Broek, A.E.B. ter Heide, S.J. Schaafsma en F.R. Salomons

Advocaten: T.T. van Zanten, I.M.A. Lintel en J.P. Heering

Wetsartikelen: 7:610 BW en 10 Insolventieverordening

RECHTSPRAAK

Vereffenaar mag zich als advocaat stellen voor de vennootschap

Een door de rechtbank benoemde vereffenaar is autonoom in de uitoefening van zijn taak. Hij is niet gebonden aan de aanwijzingen van andere organen van de vennootschap. Hij mag zich als advocaat stellen en kan een vordering die tegen de vennootschap is ingesteld (deels) erkennen.

Holding Maasplassen B.V. is enig aandeelhouder van Aqua Terra B.V. Bestuurder A en B zijn bestuurder van beide vennootschappen. In december 2017 is Aqua Terra opgehouden te bestaan. Op verzoek van de heer 1 en 2 is de vereffening van Aqua Terra medio 2019 heropend. De rechtbank heeft een advocaat benoemd tot vereffenaar.

De heer 1 en 2 hebben onder meer Aqua Terra aansprakelijk gesteld voor bijna € 5 miljoen. De vereffenaar heeft zich als advocaat voor Aqua Terra gesteld, de vordering voor ruim € 1,3 miljoen erkend en Holding Maasplassen en bestuurder A en B in vrijwaring opgeroepen. De rechtbank Limburg heeft het verzoek van Holding Maasplassen en bestuurder A en B tot ontslag dan wel schorsing van de vereffenaar afgewezen.

In deze kortgedingprocedure vordert Holding Maasplassen onder meer dat de vereffenaar wordt geboden zich terug te trekken als advocaat van Aqua Terra. De voorzieningenrechter wijst de vorderingen van Holding Maasplassen af. Een door de rechtbank benoemde vereffenaar moet het doel van de vereffening, dat in de eerste plaats voldoening van schuldeisers is, nastreven. Hij is autonoom in de uitoefening van zijn taak en niet gebonden aan aanwijzingen van andere organen van de vennootschap. De vereffenaar kan zelf beslissen om al dan niet verweer te voeren in een procedure die tegen de vennootschap wordt gevoerd. Hij heeft daarvoor geen toestemming nodig van de algemene vergadering of het bestuur.

Een vereffenaar mag zich ook als advocaat stellen in een dergelijke procedure. Dat de vereffenaar de vordering deels erkent, betekent niet dat hij zijn taak niet naar behoren uitvoert. Er is geen rechtsregel die stelt dat een advocaat zijn taak alleen naar behoren

uitoefent als een vordering wordt betwist. De vraag of de gedragsregels voor de advocatuur zijn geschonden is voor de beoordeling van de vordering niet relevant en kan aan de orde komen in een tuchtrechtelijke procedure.

Tot slot overweegt de voorzieningenrechter nog dat Holding Maasplassen voldoende voor haar eigen belangen kan opkomen. De Holding is ook gedaagde in de procedure, is in vrijwaring opgeroepen en kan zich voegen aan de zijde van Aqua Terra om de gepretendeerde vordering van de heer 1 en 2 te bestrijden.

H.J. de Kloe, juli 2021

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 10-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2021:3684

Zaaknummer: C/05/387031 / KG ZA 21-134

Rechters: R.J.B. Boonekamp

Advocaten: A.P. Macro

Wetsartikelen: 2:23c BW

RECHTSPRAAK

Geen bestuurdersaansprakelijkheid na turboliquidatie

Er is geen sprake van betalingsonwil, maar betalingsonmacht. Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden is sprake van onzorgvuldig handelen als geen financiering wordt aangetrokken om schulden te voldoen. Van dergelijke bijzondere omstandigheden is niet gebleken.

De (indirect) bestuurders van Labor Services B.V. worden aangesproken door de Stichting Naleving Cao voor Uitzendkrachten ('SNCU'). In november 2017 heeft SNCU aan Labor Services laten weten onderzoek te doen naar de naleving van de Cao voor Uitzendkrachten. Nadat de benadeling eerder was geschat op € 36.000, is de benadeling naar aanleiding van een tegenberekening van Labor Services in januari 2019 geschat op ongeveer € 30.000.

Nadat Labor Services in gebreke is gebleven om aan de nabetalingsverplichting te voldoen, heeft SNCU op 20 januari 2020 schadevergoeding van ongeveer € 43.000 gevorderd. Ongeveer een week later, op 28 januari 2020, heeft Labor Services gevraagd om een gesprek met SNCU. Korte tijd later, op 19 februari 2020, is Labor Services ontbonden. Op 25 februari 2020 is in het handelsregister ingeschreven dat Labor Services is ontbonden en geen bekende baten heeft. Er heeft dus turboliquidatie plaatsgevonden.

SNCU meent dat de bestuurders van Labor Services aansprakelijk zijn, omdat sprake zou zijn van betalingsonwil. Volgens SNCU is Labor Services ten onrechte geturboliquideerd, omdat gedaagden Labor Services zonder vereffening hebben ontbonden, terwijl zij wisten van de vordering van SNCU. Ook is niet onderzocht of de vordering van SNCU gefinancierd kon worden met een lening van een bank of een groepsvennootschap.

Gedaagden voeren verweer. Naar hun mening was sprake van betalingsonmacht en niet van betalingsonwil. Concurrenten waren beter in staat buitenlandse werknemers te huisvesten. Hierdoor leed de vennootschap vanaf april 2019 verlies. In februari 2020 had de vennootschap alleen nog maar schulden, zodat besloten is de activiteiten te beëindigen.

De rechtbank oordeelt dat de (indirect) bestuurders niet aansprakelijk zijn. Als een vennootschap geen baten heeft, mag zij zonder vereffening en zonder

faillissementsaanvraag worden ontbonden. Dat Labor Services geen baten meer had op het moment van ontbinding, heeft SNCU niet weersproken. Hieraan doet niet af dat Labor Services in haar brief van 28 januari 2020 de suggestie heeft gewekt dat zij een regeling wilde treffen.

SNCU heeft gesteld dat Labor Services vanaf november 2017 rekening moest houden met een vordering van SNCU. Ter zitting heeft een inspecteur van SNCU echter gesteld dat Labor Services pas in oktober 2019, nadat de herberekening was goedgekeurd, rekening moest houden met een vordering. Daar gaat de rechtbank dan ook van uit. Vanaf oktober 2019 had de vennootschap onvoldoende middelen om de vordering van SNCU te voldoen. Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden is sprake van onzorgvuldig handelen als geen financiering wordt aangetrokken om schulden te voldoen. Van dergelijke bijzondere omstandigheden is niet gebleken.

H.J. de Kloe, juli 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 02-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:3432

Zaaknummer: C/13/687172 / HA ZA 20-747

Rechters: J.M. van Hall

Advocaten: M.H.D. Vergouwen en V. Terlouw

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:19 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Verzoek afkoelingsperiode WHOA niet-ontvankelijk

Een vennootschap is niet-ontvankelijk in haar verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode, omdat geen akkoord is aangeboden, geen herstructureringsdeskundige is benoemd en ter zitting uiteengezet is dat het niet lukt binnen twee maanden een akkoord aan te bieden.

Een vennootschap verzoekt tot afkondiging van een afkoelingsperiode op grond van artikel 376 Fw. De vennootschap handelde voorheen in gebruikte motorjachten en heeft haar bedrijfsvoering inmiddels gewijzigd in het bemiddelen bij de verkoop van motorjachten. De vennootschap heeft geen liquide middelen en geen mogelijkheden om een lening of krediet af te sluiten. Om een faillissement te voorkomen en in een periode van rust de bemiddelingsactiviteiten te stabiliseren, is om de afkoelingsperiode verzocht. Op basis van nog op te stellen cashflow- en winstprognoses kan een akkoord worden aangeboden.

De rechtbank overweegt dat op grond van artikel 376 lid 1 Fw een afkoelingsperiode kan worden afgekondigd als een akkoord is aangeboden, de schuldenaar heeft toegezegd dat binnen maximaal twee maanden een akkoord wordt aangeboden of als een herstructureringsdeskundige is aangewezen. Aan geen van deze voorwaarden is voldaan. Er is geen akkoord aangeboden en ook geen herstructureringsdeskundige aangewezen. Ter zitting is namens de vennootschap uiteengezet dat het niet lukt om binnen twee maanden een akkoord aan te bieden. De rechtbank verklaart de vennootschap daarom niet-ontvankelijk in haar verzoek.

H.J. de Kloe, juli 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 28-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:3332

Zaaknummer: C/13/703285 / FT RK 21.541

Rechters: A.E. de Vos, M.C. Bosch en E. Boerwinkel

Advocaten: R.E. Jonen

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurder voldoet niet aan boekhoudplicht en is op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk jegens de boedel. Met wenk

Administratie voldoet niet aan de eisen die artikel 2:10 BW daaraan stelt, omdat deze geen verklaring biedt voor onttrekkingen in contanten door bestuurder. Bestuurder aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW.

Dit arrest van het hof Amsterdam ziet op aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW. De curator stelt zich op het standpunt dat de administratie van de failliete vennootschap niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen. Uit de administratie blijkt dat in grofweg het jaar voorafgaand aan het faillissement een aantal contante geldopnamen en -stortingingen is gedaan. Aanvankelijk reageert de bestuurder van de failliet niet op verzoeken van de curator tot het verschaffen van informatie met betrekking tot de opnamen.

Vervolgens maakt de curator aanspraak op betaling van de contante onttrekkingen minus de stortingingen, vermeerderd met een rekening courant-schuld van de bestuurder en verminderd met loon dat aan de bestuurder verschuldigd was. In reactie hierop geeft de bestuurder aan dat de contante opnamen grotendeels zouden zijn gebruikt voor betaling van Poolse monteurs en dat hij hooguit een aantal keer een bedrag van 20 euro heeft onttrokken.

De curator neemt geen genoegen met deze verklaring en vordert in rechte betaling. Hij kiest ervoor zijn vordering te baseren op artikel 2:248 BW. Hij stelt zich op het standpunt dat de administratie niet voldoet aan de daaraan op grond van artikel 2:10 BW te stellen eisen, omdat deze geen verklaring biedt voor de contante onttrekkingen. Opmerkelijk is dat de curator betaling vordert van het onttrokken bedrag en niet van het boedeltekort. Ter zitting in eerste aanleg beperkt de curator zijn vordering expliciet tot 25.000 euro, waardoor de procedure behandeld wordt bij de sector kanton. De kantonrechter wijst de vordering van de curator toe.

De bestuurder komt in hoger beroep en richt twee grieven tegen het oordeel van de

kantonrechter. Met zijn eerste grief bestrijdt hij het oordeel van de kantonrechter dat de administratie ontoereikend is. Aan de hand van een overzicht van de kosten voor montagewerkzaamheden probeert de bestuurder het bedrag dat aan monteurs zou zijn betaald te reconstrueren. Het hof gaat hier niet in mee.

Met zijn tweede grief doet hij een poging 'het vermoeden' van artikel 2:248 lid 2 BW, dat hij zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, te ontzenuwen. Volgens de bestuurder zou de werkelijke oorzaak van het faillissement zijn gelegen in een verplichting tot betaling van achterstallig loon aan een werknemer. De vaststelling dat niet voldaan is aan de administratieplicht leidt echter niet tot een weerlegbaar vermoeden dat sprake is van onbehoorlijk bestuur. Indien niet aan de administratieplicht of deponeringsplicht is voldaan, staat onbehoorlijk bestuur onweerlegbaar vast.

Ook voor zover met de grief beoogd wordt het vermoeden te ontzenuwen dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement slaagt zij niet volgens het hof. Volgens het hof is niet uitgesloten dat juist de gebrekkige administratie heeft geleid tot het ontstaan van de loonachterstand – de gestelde directe oorzaak van het faillissement. Het vermoeden dat een gebrekkige administratie een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest kan daarom niet worden ontzenuwd door te wijzen op de loonachterstand.

Wenk

Hoewel deze uitkomst terecht lijkt, is het de vraag of het hof de overweging nodig had dat de gebrekkige administratie mogelijk heeft bijgedragen aan het faillissement. Het ontstaan van een betalingsachterstand kan op zichzelf niet de oorzaak van het faillissement zijn. Gekeken zal moeten worden naar wat de oorzaak is van het ontstaan van de betalingsachterstand. Hier lijkt de bestuurder niets over te hebben gesteld. Het hof had daarom in het midden kunnen laten welke rol de gebrekkige administratie hierin heeft gespeeld.

J.F. Fliek, juli 2021

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 08-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:1741

Zaaknummer: 200.256.419/01 en 6493767\CV EXPL 17-8608

Rechters: M.M. Korsten-Krijnen, W.A.H. Melissen en J.M. de Jongh

Advocaten: K.G.O. Afriyieh en A.H.J. Dunselman

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Handtekening nodig voor bewijs afleveren aangetekende brief? Is een stil pandrecht medegedeeld of een openbaar pandrecht gevestigd? Met wenk.

Voor bewijs van aflevering is voldoende dat wordt bewezen dat een brief is verzonden aan een juist adres én dat de brief aldaar is afgeleverd. Omdat moet worden uitgegaan van een zo ruim mogelijk pandrecht, is zowel een stil als openbaar pandrecht gevestigd.

In deze procedure over het pandrecht van Lodder & Co Accountants en Adviseurs ter verzekering van een rekening-courantvordering op NuAdvies en een pandrecht op vorderingen van NuAdvies dat strekt tot zekerheid van die rekening-courantvordering, wordt getwist over verschillende punten. In deze samenvatting zal ik enkel ingaan op de overwegingen en het oordeel in hoger beroep aangaande de vraag of de mededeling van het bewuste pandrecht is ontvangen door een deel van de debiteuren van NuAdvies en de vraag of er met de bedoelde mededeling een openbaar pandrecht tot stand is gebracht of dat enkel mededeling is gedaan van een stil pandrecht.

Ten aanzien van de ontvangst van de mededeling van het pandrecht heeft het hof Lodder & Co in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat een viertal debiteuren deze mededeling – die per aangetekende post werd verzonden – heeft ontvangen. In dezen is de kernvraag volgens het hof of een handtekening van of namens de ontvanger van een aangetekende brief vereist is om te bewijzen dat de bewuste brief is ontvangen. Mede aan de hand van een uitgebreide getuigenverklaring van een medewerker van PostNL over de werking van het in hoge mate geautomatiseerde systeem van aangetekende post, concludeert het hof dat voor de aflevering van een aangetekende brief een handtekening van of namens de ontvanger niet vereist is. Een dergelijke handtekening is dus ook niet nodig om te bewijzen dat een brief een partij heeft bereikt in de zin van artikel 3:37 lid 3 BW. Voldoende is dat wordt bewezen dat een brief is verzonden aan een juist adres én dat de brief aldaar is afgeleverd. Dit heeft Lodder & Co in kwestie volgens het hof kunnen bewijzen. Het ontvangen van een brief conform het stelsel van artikel 3:37 lid BW kan volgens het hof niet ongedaan worden gemaakt door de brief retour

te zenden. Het gaat er namelijk om dat de brief is aangeboden aan de debiteur en dat de debiteur daarmee de mogelijkheid heeft gehad kennis te nemen van de brief. Of de brief daadwerkelijk wordt gelezen en of de enveloppe wordt geopend is niet relevant voor de vraag of de brief de debiteur heeft bereikt.

Ten aanzien van de vraag of met de bedoelde brieven een openbaar pandrecht is gevestigd of enkel mededeling is gedaan van een stil pandrecht als bedoeld in artikel 3:239 BW, haalt het hof het arrest van de Hoge Raad van 22 februari 2019 (ECLI:NL:HR:2019:268) aan. In dat arrest heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat in één akte zowel voor een openbaar pandrecht als een stil pandrecht de vereiste vestigingshandelingen kunnen worden verricht. Een uitleg van de pandakte moet leiden tot een antwoord op de vraag of voor één of beide pandvormen is gekozen. Daarbij mag naar het oordeel van de Hoge Raad ervan worden uitgegaan dat – tenzij er aanwijzingen zijn dat anders is bedoeld – is gekozen voor een zo ruim mogelijke zekerheid en dus voor zowel de vestiging van een stil als een openbaar pandrecht. In de rekening-courantovereenkomst tussen Lodder & Co is een dermate ruime omschrijving van te vestigen pandrechten opgenomen en is uitdrukkelijk opgenomen dat ook toekomstige vorderingen verpand worden. Dit is aanleiding voor het hof om te oordelen dat zowel een stil als een openbaar pandrecht is gevestigd.

Wenk

Voor wat betreft het oordeel over het al dan niet hebben bereikt van de debiteuren is het oordeel van het hof wenselijk. Zou het hof anders hebben geoordeeld omdat zij het door PostNL gehanteerde systeem kennelijk niet waterdicht zou hebben gevonden en het zekere voor het onzekere hebben genomen, dan zou zij op praktische gronden een strenger systeem hebben aangehouden dan de geldende ontvangsttheorie van artikel 3:37 lid 3 BW. Daarbij zou zij de onwenselijke mogelijkheid bieden aan partijen om te voorkomen dat een mededeling hen bereikt en het systeem van aangetekende post waardeloos althans hoogst onzeker maken. In dat geval zou voor het verzenden van mededeling zoals bijvoorbeeld omtrent pandrechten op vorderingen zekerheidshalve in feite slechts een exploat voldoende zekerheid bieden.

W.T.N. Vlasveld, juli 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-05-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:4979

Zaaknummer: 200.183.489, 200.184.479, 200.184.723 en 200.187.156

Rechters: B.J. Engberts, C.G. ter Veer en Ch.E. Bethlem

Advocaten: R. van Biezen en J. Goemans

Wetsartikelen: 3:37 BW, 3:239 BW en 3:237 BW

RECHTSPRAAK

Verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode en het treffen van een aanvullende voorziening onder de WHOA

De rechtbank wijst het verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode toe, maar wijst het verzoek tot het treffen van een aanvullende voorziening – die de bevoegdheden van pandhouder Rabobank in de zin van artikel 376 lid 7 Fw zou beperken – af vanwege ontbreken toereikende grondslag.

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, (b) de afkoelingsperiode in het belang is van de schuldeisers, en (c) de schuldeisers niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.

De rechtbank oordeelt dat daaraan is voldaan. De schuldenaar was actief bezig met het voorbereiden van een akkoord. Door uitwinning van zekerheden door Rabobank – namelijk het aanwezige creditsaldo overboeken naar een tussenrekening op naam van Rabobank en het blokkeren van de bankrekening van de schuldenaar – kan de schuldenaar zijn activiteiten niet voorzetten. Met feitelijke opeising van het creditsaldo wordt de schuldenaar immers – voor het herstructureringsproces – noodzakelijke liquide middelen ontnomen. Hierdoor kan de onderneming de komende maanden mogelijk niet langer aan haar lopende verplichtingen voldoen en komt de continuïteit van de onderneming in gevaar.

Voorts vraagt de schuldenaar via de weg van een aanvullende voorziening aan de rechtbank op grond van artikel 378 en/of 379 Fw om de bevoegdheden van Rabobank als pandhouder tijdens de afkoelingsperiode te beperken door voorbij te gaan aan de verplichting zoals opgenomen in artikel 376 lid 7 Fw waarin wordt vereist dat 'de schuldenaar op toereikende wijze vervangende zekerheid stelt voor het verhaal van de pandhouder krachtens dat pandrecht'.

De rechtbank gaat echter niet voorbij aan dit wettelijk vereiste: allereerst bestaat naar het oordeel van de rechtbank voor dit verzoek geen toereikende grondslag in artikel 378 en/of 379 Fw. Voorts zou toewijzing van het verzoek de belangen van Rabobank schaden en deze belangen wegen bij de geschetste stand van zaken zwaarder dan de niet nader geduide belangen van de twee aandeelhouders van de schuldenaar.

De afkoelingsperiode wordt mitsdien door de rechtbank toegewezen, maar de schuldenaar moet wel ten behoeve van Rabobank toereikende vervangende zekerheid in de zin van artikel 376 lid 7 Fw stellen.

S.A. van Aalst, juli 2021

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 09-07-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:7143

Zaaknummer: C/09/613909/FT RK 21/543 HO

Rechters: H.J. van Harten, Prof. dr. De Vos en M. Wouters

Advocaten: M.M. Hoving

Wetsartikelen: 376 Fw, 378 Fw en 379 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens onthouden voordeel aan vennootschap. Onbevoegde verrekening ex artikel 54 Fw

Bestuurder handelt onrechtmatig door het voordeel van een schuldensanering niet ten gunste te brengen van de vennootschap, maar van een zustervenootschap. In de gevoegde procedure tegen de zustervenootschap oordeelt de rechtbank dat deze niet bevoegd is om de vorderingen van crediteuren van de vennootschap, die zij tegen betaling had overgenomen, te verrekenen met haar rekening-courantschuld aan de vennootschap.

Eind 2015 heeft Repa Concrete B.V. ('Repa') via haar accountant al haar schuldeisers aangeschreven met het bericht dat zij in zwaar weer verkeert, maar dat een derde bereid is om de vorderingen van de schuldeisers over te nemen tegen betaling van 20% van hun vordering. De derde is een zustervenootschap van Repa ('Z').

(Slechts) vijf schuldeisers zijn op het aanbod ingegaan. Zij hebben hun vorderingen op Repa in de loop van 2016 tegen ontvangst van 20% van de nominale waarde overgedragen aan Z. Z heeft deze vorderingen vervolgens voor 100% van de nominale waarde verrekend met haar schuld aan Repa. Deze schuld houdt verband met leveringen aan haar van door Repa gefabriceerde producten. Z heeft daarnaast nog verschillende andere crediteuren van Repa (volledig) betaald en haar vordering uit dien hoofde verrekend. In totaal heeft Z € 198.000 verrekend.

In 2017 faillieert Repa. De curator stelt de (indirect en direct) bestuurder van Repa – tevens de bestuurder van Z – aansprakelijk krachtens artikel 2:9 BW jo. 2:11 BW. In een separate, maar administratief gevoegde procedure stelt hij jegens Z dat zij ingevolge artikel 54 Fw niet verrekeningsbevoegd was. De rechtbank wijst beide vorderingen grotendeels toe.

De procedure tegen de bestuurder (art. 2:9 jo. 2:11 BW) (ECLI:NL:RBNNE:2021:2594)

Het verwijt aan de bestuurder is dat zij het voordeel, dat vijf van de schuldeisers van Repa bereid waren om genoeg te nemen met gedeeltelijke betaling, niet ten gunste van Repa heeft gerealiseerd, maar dit ten gunste van Z heeft laten komen. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de bestuurder van Repa daarmee haar taak onbehoorlijk vervuld en treft haar hiervan een ernstig verwijt. De rechtbank benoemt in dit verband ook dat de schuldeisers de bedoeling hadden, en dat aan hen was bericht, dat het voordeel ten gunste van Repa kwam. Volgens de rechtbank kan in het midden blijven of de financiële positie van Repa ten tijde van de overname van de vorderingen inmiddels verbeterd was, omdat er geen enkele rechtvaardiging was om het voor Repa bestemde voordeel aan haar te onthouden.

In het kader van de schadevaststelling had de bestuurder nog gesteld dat de vermogenspositie van Repa door het opkopen van de vorderingen en de verrekening niet was gewijzigd. Dat er geen sprake is van schade wijst de rechtbank echter van de hand, omdat schade niet alleen kan bestaan uit het toebrengen van een nadeel maar ook uit het onthouden van een voordeel. De rechtbank stelt de schade vast op 80% van de vijf bewuste vorderingen. Dat is het voordeel dat de bestuurder aan Repa heeft onthouden door haar niet van de sanering van haar schulden te laten profiteren.

De procedure tegen Z (art. 54 Fw) (ECLI:NL:RBNNE:2021:2595)

Een derde die voor de faillietverklaring een schuld aan of vordering op de gefailleerde heeft overgenomen, is krachtens artikel 54 Fw niet bevoegd tot verrekening indien hij bij de overneming niet te goeder trouw was. De rechtbank overweegt dat degene die de vordering overneemt volgens vaste rechtspraak niet te goeder trouw is, indien hij op het moment van de overname wist dat de latere gefailleerde in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement was te verwachten. De omstandigheid dat het faillissement na de overneming nog geruime tijd uitblijft, sluit niet uit dat hiervan sprake is (HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6552).

De rechtbank oordeelt dat Z ten tijde van de overname niet te goeder trouw was. Zij leidt dit af uit de omstandigheden waarin Repa verkeerde. Tussen partijen was niet in geschil dat Repa en Z dezelfde bestuurder hadden en dat Z volledig op de hoogte was van de financiële situatie van Repa.

Z voerde nog aan dat het verrekeningsverbod van artikel 54 Fw alleen van toepassing is voor zover andere schuldeisers worden benadeeld. Onder verwijzing naar HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2189 verwerpt de rechtbank dat verweer. Het verrekeningsverbod beoogt te voorkomen dat iemand onrechtvaardig bevoordeeld wordt boven andere schuldeisers. Het verbod is volgens de rechtbank ook van toepassing indien niet is vastgesteld

dat andere schuldeisers benadeeld worden. Vanwege die ratio is er bovendien geen grond om het verbod niet van toepassing te achten in concernverhoudingen, zoals Z betoogde. De rechtbank wijst daarom ook de vordering tegen Z, tot betaling van het onbevoegd verrekenende bedrag van € 198.000, toe.

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

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 23-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2021:2594

Zaaknummer: C/17/166106 / HA ZA 19-68 en C/17/166108 / HA ZA 19-69

Rechters: J.E. Biesma, A.A.J. Smelt en H.K. Scholtens

Advocaten: R.M. Goudberg en J.M. van Rongen

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:11 BW en 54 Fw

RECHTSPRAAK

Geen vereenzelviging en geen bestuurdersaansprakelijkheid

Onderneming is niet overgenomen, zodat van vereenzelviging geen sprake is. Ook zijn de bestuurders niet aansprakelijk, omdat de financiële problemen en een conflict met een opdrachtgever pas ontstonden na het sluiten van de overeenkomst.

In deze procedure worden de (indirect) bestuurders en een zustermaatschappij van VV Demolition B.V. ('Demolition') aansprakelijk gesteld. Tot 2 december 2019 had Demolition als naam Schotte B.V. Deze naam is op dezelfde datum gegeven aan een vennootschap die tot die tijd Schotte Exploitatie Nieuwerkerk B.V. heette. Schotte Verhuur Nieuwerkerk B.V. ('Schotte Verhuur') is bestuurder van Demolition en Schotte. Zowel Schotte, Schotte Verhuur als de natuurlijk persoon die tot maart 2021 bestuurder was van Schotte ('Schotte c.s.') worden aangesproken door Heijkoop Kraanverhuur B.V. ('Heijkoop').

Heijkoop heeft vanaf november 2018 een torenkraan verhuurd aan Demolition voor de sloop van een kolencentrale voor Engie. Tussen 1 oktober 2019 en 16 januari 2020 heeft Heijkoop facturen van bijna € 150.000 inclusief btw gestuurd voor de huur van de kraan vanaf september 2019. Deze facturen zijn niet voldaan. In november 2019 heeft een dodelijk ongeval plaatsgevonden op het werk, waarna het werk is stilgelegd en het terrein is afgesloten. Op 3 maart 2020 is Demolition failliet verklaard (volgens de uitspraak van de rechtbank op 4 maart 2020, maar die datum is onjuist).

Heijkoop stelt dat Schotte de onderneming van Demolition heeft voortgezet. Schotte kan daarom vereenzelvigd worden met Demolition. De (indirect) bestuurders zijn aansprakelijk omdat ze bij het aangaan van de overeenkomst wisten of redelijkerwijs moesten begrijpen dat Demolition niet aan haar verplichtingen kon voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade. Schotte en de bestuurders voeren verweer.

De rechtbank oordeelt dat vereenzelviging niet aangenomen kan worden. Schotte c.s. heeft onvoldoende betwist gesteld dat de naamswijziging is doorgevoerd om de goede bedrijfsnaam

van Schotte veilig te stellen met het oog op een conflict dat speelde tussen Demolition en Engie. Demolition heeft geen personeel en materialen van Demolition overgenomen en de onderneming voortgezet.

De bestuurders zijn naar het oordeel van de rechtbank ook niet aansprakelijk. Tot en met augustus 2019 zijn de facturen van Heijkoop betaald. Bij het aangaan van de overeenkomst in 2018 waren er nog geen financiële problemen. Heijkoop wijst op een e-mail over financiële problemen die op 28 januari 2020 naar het personeel van Demolition is gestuurd, maar die e-mail dateert van anderhalf jaar na het sluiten van de overeenkomst.

Heijkoop heeft verder gesteld dat Demolition de overeenkomst heeft gesloten ondanks een geschil met Engie, in verband waarmee Engie een bankgarantie van € 1 miljoen heeft getrokken. Deze stelling van Heijkoop gaat niet op, omdat het conflict pas in de loop van 2019 is ontstaan en het er begin december 2019 nog naar uitzag dat het conflict zou worden opgelost. De rechtbank wijst de vorderingen van Heijkoop af.

H.J. de Kloe, juli 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 30-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:6669

Zaaknummer: C/10/603242 / HA ZA 20-825

Rechters: B. van Velzen

Advocaten: S.K. Tuithof, Chr. Groenewoud en J.J. Dekker

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Heropening vereffening coöperatie

De vereffening van een coöperatie wordt heropend, zodat de curator van een failliete vennootschap de coöperatie in rechte kan betrekken in het kader van een paulianaprocedure.

Een failliete vennootschap en een ontbonden coöperatie maakten deel uit van een groep van vennootschappen die investeerde in de ontwikkeling van nieuwe medicijnen. Het hoofd van de groep trok kapitaal aan van internationale investeerders en hevelde dat kapitaal over naar de coöperatie. De coöperatie hevelde dit kapitaal op haar beurt weer over naar de failliete vennootschap, die dit investeerde in dochtervennootschappen. In 2014 is een Debt Push Down Agreement ('DPD') opgesteld, op basis waarvan een vordering van de failliete vennootschap van bijna USD 16 miljoen op het hoofd van de groep teniet ging. Dit werd gerealiseerd door de schuld via de coöperatie over te dragen aan de failliete vennootschap. Ook werden schulden van het hoofd van de groep aan derden van ongeveer USD 6,5 miljoen via de coöperatie overgedragen aan de failliete vennootschap.

De curator heeft de rechtshandelingen in het kader van de debt push down en betalingen van managementfee door de failliete vennootschap aan de coöperatie vernietigd op grond van pauliana. De curator verzoekt de vereffening van de inmiddels ontbonden coöperatie te heropenen, omdat hij een verklaring voor recht wil vorderen dat de rechtshandelingen rechtsgeldig zijn vernietigd op grond van pauliana. Op grond van artikel 3:51 lid 2 BW moet hij allen die bij de rechthandeling zijn betrokken in rechte betrekken. De coöperatie kan alleen in rechte worden betrokken als zij herleeft. De curator meent dat reeds om deze reden de vereffening moet worden heropend. Daarnaast heeft de coöperatie baten, omdat de voormalig bestuurders aansprakelijk gesteld kunnen worden omdat zij hebben meegewerkt aan de paulianeuze transacties. Ook heeft de coöperatie vordringen op het hoofd van de groep in verband met de vernietigde DPD.

De rechtbank oordeelt dat heropening van de vereffening met analoge toepassing van artikel 2:23c lid 1 BW kan worden bevolen als het herleven van de rechtspersoon nodig is om bepaalde rechthandelingen uit te voeren. De curator heeft hier belang bij, omdat de boedel een

aanzienlijke vordering heeft op het hoofd van de groep als terecht een beroep is gedaan op pauliana. De curator heeft daarnaast voldoende onderbouwd gesteld dat de coöperatie een vordering heeft op haar voormalig bestuurders uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. De te benoemen vereffenaar kan onderzoeken of de bestuurders daadwerkelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden.

De rechtbank heropent de vereffening van het vermogen van de coöperatie en benoemt mr. Vos, advocaat te Amsterdam, tot vereffenaar.

H.J. de Kloe, juli 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 08-07-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:3227

Zaaknummer: C/13/696026 HA RK 21-15

Rechters: S.P. Pompe

Advocaten: L.M. Noordzij en L.A. Groen

Wetsartikelen: 2:23c BW, 42 Fw en 3:51 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Weerlegging bewijsvermoeden artikel 2:248 lid 2 BW

Het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW hoeft niet weerlegd te worden met een van buiten komende oorzaak. Ook bestuurshandelen dat geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert, kan worden aangevoerd ter weerlegging van het bewijsvermoeden.

De (indirect) bestuurders van een drietal failliete vennootschappen zijn door de curator aangesproken op grond van artikel 2:248 BW. Het hof Arnhem-Leeuwarden heeft geoordeeld dat de boekhoudplicht (art. 2:10 BW) is verzaakt, zodat op grond van artikel 2:248 lid 2 BW kennelijk onbehoorlijk bestuur vaststaat en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Ter weerlegging van dit bewijsvermoeden hebben de bestuurders aangevoerd dat een voormalig medebestuurder vlak voor zijn vertrek vrijwel al het werkkapitaal naar zichzelf heeft overgemaakt. Het hof heeft echter geoordeeld dat het faillissement hierdoor niet is veroorzaakt, omdat de stellingen van de curator dat niet vrijwel al het werkkapitaal is overgemaakt en andere substantiële bedragen in de onderneming zijn gevloeid onvoldoende zijn weersproken. De andere oorzaken van het faillissement die door de bestuurders zijn aangevoerd, zien (ook) op acties van medebestuurders. Door dat toch als weerlegging van het bewijsvermoeden aan te dragen, miskennen de bestuurders volgens het hof dat het uitgangspunt van artikel 2:248 BW collectieve aansprakelijkheid is.

In cassatie is aan de orde of het bestuur ter weerlegging van het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW kan aanvoeren dat bepaalde handelingen van een bestuurder een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement. De Hoge Raad oordeelt dat een aangesproken bestuurder ter weerlegging van het vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW aannemelijk moet maken dat andere feiten en omstandigheden dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Slaagt hij daarin, dan moet de curator aannemelijk maken dat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Ter weerlegging van het bewijsvermoeden hoeft geen van buiten komende oorzaak te worden aangedragen. Handelen of nalaten van een bestuurder dat geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert, kan ook worden aangevoerd ter weerlegging van het bewijsvermoeden. Omdat het hof dit niet heeft onderkend, casseert de Hoge Raad.

De Hoge Raad overweegt dat het hof 's-Hertogenbosch, waarnaar de zaak is verwezen, moet beoordelen of de bestuurders aannemelijk hebben gemaakt dat andere feiten en omstandigheden dan onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement. Omdat het hof Arnhem-Leeuwarden reeds heeft geoordeeld dat de onttrekking van werkkapitaal door een voormalig medebestuurder geen belangrijke oorzaak is van het faillissement, hoeft het hof 's-Hertogenbosch dat niet meer in zijn beoordeling te betrekken.

H.J. de Kloe, juli 2021

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 09-07-2021

ECLI: ECLI:NL:HR:2021:1099

Zaaknummer: 19/05871

Rechters: M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, M.J. Kroeze, F.J.P. Lock en A.E.B. ter Heide

Advocaten: B.I. Kraaijpoel, D.M. de Knijff en M.S. van der Keur

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Verzet tegen faillietverklaring op verzoek van pensioenfonds slaagt

Ondanks een onherroepelijk dwangbevel is niet summierlijk gebleken van het bestaan van een vordering van het pensioenfonds. De tenuitvoerlegging van een dwangbevel kan immers worden aangetast in een executiegeschil als de vordering berust op een kennelijke misslag.

Een natuurlijk persoon is op 1 juni 2021 failliet verklaard op verzoek van een bedrijfstakpensioenfonds en opleidings- en ontwikkelingsfonds (hierna ook gezamenlijk 'het pensioenfonds'). De schuldenaar gaat op 29 juni 2021 in verzet. Omdat de schuldenaar zich tijdens de faillissementsuitspraak buiten Nederland bevond, is de verzettermijn op grond van artikel 8 lid 2 Fw een maand. De schuldenaar is dus tijdig in verzet gekomen.

De schuldenaar betwist dat hij voor een specifieke periode premie is verschuldigd aan het pensioenfonds. In die periode had hij de werknemers waarvoor de premie in rekening is gebracht niet meer in dienst. Via internet is een correctie ingediend en gevraagd om creditering. De vorderingen van het pensioenfonds zijn voor het overige voldaan, hetgeen door het pensioenfonds is bevestigd.

De rechtbank verklaart het verzet gegrond en vernietigt het faillissement. Aannemelijk is dat de nog openstaande pensioenpremie wordt gecrediteerd. Daarom blijkt niet summierlijk van het bestaan van een vorderingsrecht van verzoekers. Dat een onherroepelijk dwangbevel is uitgevaardigd dat executoriale kracht heeft, doet hieraan niet af, omdat de tenuitvoerlegging hiervan kan worden aangetast in een executiegeschil als blijkt dat de vordering berust op een kennelijke misslag.

Omdat de schuldenaar niet heeft gereageerd op oproepen en aanmaningen van het pensioenfonds, wordt hij veroordeeld in de faillissementskosten. De curator heeft ingestemd met betaling hiervan in vier termijnen van ongeveer € 1.000.

H.J. de Kloe, juli 2021

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 08-07-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:7044

Zaaknummer: C/09/21/89 F

Rechters: W.J. Don

Advocaten: M. Nagessersing en J.A. Trimbach

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Toepassing Brandaris-regeling surseance Steinhoff

Op verzoek van de bewindvoerders in de surseance van Steinhoff treft de rechtbank twee voorzieningen uit de Brandaris-regeling. Kleine schuldeisers hoeven niet op de lijst te worden geplaatst en een commissie van vertegenwoordiging van vijftien leden mag over het akkoord stemmen.

In de surseance van Steinhoff is op 15 februari 2021 een akkoord aangeboden. 15 juni 2021 is de uiterste datum waarop vorderingen moeten worden ingediend en 30 juni wordt gestemd over het akkoord. De bewindvoerders hebben verzocht om (1a) te bepalen dat zij bepaalde kleine vorderingen niet op de lijst als bedoeld in artikel 259 Fw hoeven te plaatsen, (1b) te bepalen dat de vorderingen van overigens schuldeisers geanonimiseerd op de lijst geplaatst mogen worden en (2) een commissie van vertegenwoordiging ('commissie') in te stellen.

Op grond van artikel 281a Fw e.v. kan de rechtbank bepaalde voorzieningen treffen als het aantal schuldeisers hoger is dan 5.000. Omdat deze regeling is ingevoerd naar aanleiding van de surseance van N.V. Assurantie Maatschappij Brandaris, wordt ook wel gesproken over de Brandaris-regeling. Een voorziening die kan worden getroffen is dat vorderingen van ten hoogste € 450 niet op de lijst als bedoeld in artikel 259 Fw geplaatst hoeven te worden (art. 281d Fw). Ook kan op grond van artikel 281e Fw een commissie van vertegenwoordiging worden benoemd. Deze commissie bestaat uit ten minste negen leden die de belangrijkste groepen schuldeisers vertegenwoordigen. Deze commissie kan onder meer, in plaats van de schuldeisers, stemmen over het akkoord. Het akkoord is aangenomen als drie vierde van de ter vergadering verschenen leden van de commissie hebben ingestemd.

Diverse vertegenwoordigers van groepen schuldeisers zijn ter zitting verschenen. De meeste vertegenwoordigers steunen de verzoeken van de bewindvoerders. Alleen Hamilton en Lancaster hebben bezwaar gemaakt tegen de verzoeken. Zij menen dat toepassing van de Brandaris-regeling niet nodig is. Het merendeel van de schuldeisers is bekend bij Steinhoff en de Brandaris-regeling is vóór het computertijdperk ingevoerd. Met de huidige technieken is er geen reden gebruik te maken van een commissie van vertegenwoordiging. Hamilton wil op de

crediteurenvergadering van 30 juni 2021 discussie voeren over het aangeboden akkoord. Ook willen Hamilton en Lancaster niet dat de stemverhoudingen worden verstoord door instelling van een commissie van vertegenwoordiging en willen zij het recht behouden vorderingen van andere schuldeisers te betwisten. Mocht het verzoek worden toegewezen, dan verzoekt Lancaster dat ten minste twee door haar voorgedragen vertegenwoordigers zitting hebben in de commissie.

De rechtbank wijst de verzoeken onder (1a) en (2) toe. Gebleken is dat 27.000 schuldeisers een vordering hebben ingediend, terwijl Steinhoff ongeveer 66.000 schuldeisers heeft. In beginsel zijn voorzieningen uit de Brandaris-regeling daarom toewijsbaar. Weliswaar wordt daarmee afbreuk gedaan aan de positie die individuele schuldeisers hebben bij een normale surseance, maar dat heeft de wetgever onder ogen gezien. Omdat het zeer tijdrovend is om ook alle kleine schuldeisers op de lijst als bedoeld in artikel 259 Fw te plaatsen, kan hiervan worden afgezien. Een commissie van vertegenwoordiging kan worden ingesteld omdat het bezwaarlijk is om een vergadering met grote aantallen schuldeisers te houden, volmachten te verzamelen en de volmachten ter vergadering te controleren om vast te stellen of het akkoord is aangenomen. Op grond van artikel 281b lid 2 Fw kunnen deze verzoeken alleen gezamenlijk worden toegewezen. Onder meer vanwege het aantal schuldeisers, de aard van de vorderingen en het feit dat de meeste betrokken partijen de verzoeken steunen, wijst de rechtbank de verzoeken toe.

De bewindvoerders hebben vijftien leden voorgedragen voor de commissie, waarvan vier onafhankelijke leden die (gelet op de vereiste meerderheid van drie vierde) met elkaar een blokkerende stem hebben. Deze onafhankelijke leden kunnen het belang van de schuldeisers in het oog houden. De rechtbank oordeelt dat de voorgedragen commissie representatief is. De rechtbank ziet daarom geen reden om wijzigingen aan te brengen in de samenstelling van de commissie.

Het verzoek om de (grotere) schuldeisers geanonimiseerd op de lijst te plaatsen wordt afgewezen. De bewindvoerders hebben dit verzoek naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende gemotiveerd. Dat sommige schuldeisers er mogelijk belang bij hebben dat hun financiële positie niet openbaar wordt en dat marktverstoring kan plaatsvinden, vindt de rechtbank te weinig concreet.

H.J. de Kloe, juli 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 28-05-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:3197

Zaaknummer: C/13/21/4-S

Rechters: N.C.H. Blankevoort, A.E. de Vos en M.L.S. Kalff

Advocaten: D.G.J. Heems, mr. F.H. van der Beek, P. Kuipers, M.L.J. Noldus, P.N. Wakkie, R.D. Vriesendorp, O. Salah, F.M. Peters, Ph.W. Schreurs, J.W. de Jong, H.J.T. Kolstee, L.C.H.J. Hox, C.B. Schutte, R. van den Berg, L. Heide-Jørgensen, A.J. Dunki Jacobs, V.R. Vroom, Q.L.C.M. Bongaerts, K. Rutten, J. de Rooij en R.E.E. van Dekken

Wetsartikelen: 281a Fw e.v.