

## Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 16, 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

#### Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:8134](#) 24-08-2021

Bestuurders aansprakelijk tegenover pensioenfonds wegens nalaten melding betalingsonmacht

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:2601](#) 19-08-2021

Hof laat faillissementsvonnis kasteel eigenaar in stand

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:2494](#) 05-08-2021

Bekrachtiging faillissementsvonnis. Hof ziet aanleiding voor gedegen onderzoek naar verhaalsmogelijkheden van de schuldenaar

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:2493](#) 05-08-2021

Toestemming voor gebruik steunvordering is niet nodig

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:2495](#) 05-08-2021

Hoger beroep homologatie akkoord in faillissement

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:7327](#) 02-08-2021

Vernietiging faillissement in hoger beroep

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:2386](#) 29-07-2021

Tegen een faillissementsvonnis staat het rechtsmiddel van herroeping niet open

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:2348](#) 27-07-2021

Bevoegde rechter en toepasselijk recht bestuurdersaansprakelijkheid

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1570](#) 11-05-2021

Bestuursverbod

## Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:8409](#) 19-08-2021

Rechtbank kondigt afkoelingsperiode af onder de WHOA voor de duur van vier maanden

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:7774](#) 06-08-2021

Rechtbank laat faillissement ook na verzet in stand

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:7773](#) 05-08-2021

Afwijzing verzoek aanwijzing herstructureringsdeskundige WHOA

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:8390](#) 04-08-2021

Rechter-commissaris weigert herstel van een machtigingsbeschikking ex artikel 68 lid 3 Fw

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:3739](#) 03-08-2021

Homologatie akkoord in surseance

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:8661](#) 03-08-2021

Curator hoeft geen nader onderzoek te verrichten naar strafbare feiten

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:6630](#) 28-07-2021

Bestuurders zijn niet aansprakelijk voor het vestigen van een waardeloos pandrecht.

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:4070](#) 21-07-2021

Geen bestuurdersaansprakelijkheid voor niet nakomen betalingstoezegging als gevolg van coronacrisis

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:7898](#) 21-07-2021

Curator moet informatie verstrekken over andere rechtspersonen bij gevorderd bestuursverbod

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:4327](#) 21-07-2021

Aanvaarding hoofdelijke aansprakelijkheid en vestiging pandrechten in zicht van faillissement paulianeus? Met wenk

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:7429](#) 21-07-2021

Overdacht koelers, vriezers en twee auto's paulianeus

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:7623](#) 20-07-2021

Afwijzing eigen aangifte faillissement, geen baten om de faillissementskosten te bestrijden

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:7771](#) 20-07-2021

WHAO: aanwijzing herstructureringsdeskundige en afkondiging afkoelingsperiode. Beslagen worden niet opgeheven

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:4285](#) 14-07-2021

Bank hoeft verrekenende bedragen niet terug te betalen in de zaak Hansteen/Verwiel q.q.

**[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:3826](#)** 14-07-2021

Rechtbank Amsterdam: bank is vrij om verrekening met openstaande financiering als voorwaarde te stellen in een UHK-vergoedingsaanbod

**[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:7396](#)** 01-06-2021

Toewijzing verschoningsverzoek rechter-commissaris in het faillissement van LexIQ

**[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:5079](#)** 14-04-2021

Verrekenen van managementvergoeding zonder rechtsgrond en pauliana

**[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:8389](#)** 17-03-2021

Machtigingsverzoek procederen ex artikel 68 lid 3 Fw

### **Annotatie**

**[Het Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB en verrekening van de vergoeding in faillissement](#)**

*mr. I.F.M. Lakwijk*

## RECHTSPRAAK

### **Verrekenen van managementvergoeding zonder rechtsgrond en pauliana**

***De rechtbank Rotterdam boog zich over verschillende vragen. Deze samenvatting gaat in op (1) het oordeel van de rechtbank over de vraag of de aanvullende managementvergoeding enkele maanden voor het faillissement door Source Food B.V. zonder rechtsgrond in rekening-courant is verrekend met zijn bestuur en (2) het beroep van de curator op de faillissementspauliana.***

Source Food B.V. heeft enkele maanden voor haar faillissement een aanvullende managementvergoeding over de jaren 2009 en 2010 in rekening-courant verrekend met haar bestuurder Kromme Leek B.V. De curator stelt zich op het standpunt dat een rechtsgrond voor deze aanvullende managementvergoeding ontbreekt, zodat de aanvullende managementvergoeding ten onrechte in rekening-courant is verrekend. Daartegen heeft Kromme Leek B.V. ingebracht dat de rechtsgrond voor de aanvullende managementvergoeding is af te leiden uit de jaarrekening 2008 van Source Food B.V. Daarin staat namelijk de managementvergoeding gestipuleerd. Deze jaarrekening is door de algemene vergadering van Source Food B.V. vastgesteld, zodat vaststaat dat Kromme Leek B.V. recht heeft op de aanvullende managementvergoeding.

De rechtbank volgt Kromme Leek B.V. niet. De rechtbank is namelijk van oordeel dat geen rechtsgrond bestaat voor de aanvullende managementvergoeding. Zij overweegt dat als uit de jaarrekening 2008 van Source Food B.V. volgt dat een bepaald bedrag aan managementvergoeding is betaald, dit niet automatisch betekent dat Source Food B.V. ook in de jaren 2009 en 2010 dezelfde managementvergoeding diende te betalen. De curator heeft er bovendien onweersproken op gewezen dat in de jaarrekeningen 2009 en 2010 een aanzienlijk lagere managementvergoeding is opgenomen. Als het argument van Kromme Leek B.V. zou worden gevolgd, dan is Source Food B.V. slechts deze lagere managementvergoeding verschuldigd. Dit brengt de rechtbank tot de conclusie dat geen rechtsgrond bestaat voor de aanvullende managementvergoeding, zodat deze onverschuldigd is betaald. Kromme Leek B.V.

is derhalve veroordeeld tot het terugbetalen van de aanvullende managementvergoeding.

De rechtbank stelt ten aanzien van een aantal andere betalingen, zoals de betaalde huur en de vergoeding voor de nutsvoorziening, door Source Food B.V. aan Kromme Leek B.V. vast dat de curator deze terecht heeft vernietigd op grond van de faillissementspauliana (art. 47 Fw). Wat betreft de betaalde huur overweegt de rechtbank dat die terecht is vernietigd, omdat Kromme Leek B.V. op het moment van betaling wist dat het faillissement van Source Food B.V. was aangevraagd. Wat betreft de vergoeding voor de nutsvoorziening overweegt de rechtbank dat die terecht is vernietigd, omdat sprake is van samenspanning tussen Source Food B.V. en Kromme Leek B.V. met het oogmerk om Kromme Leek B.V. boven andere schuldeisers te bevoordelen. De rechtbank concludeert derhalve dat beide betalingen onverschuldigd zijn betaald en de curator deze betalingen op grond van artikel 51 Fw van Kromme Leek B.V. kan terugvorderen.

*N. Lgarah, september 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Holland

**Datum uitspraak:** 14-04-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBNHO:2021:5079

**Zaaknummer:** C/15/269060 / HA ZA 18-37

**Rechters:** M. Wouters, J. Blokland en M. Flipse

**Advocaten:** F. Eikelboom en S. Peekel

**Wetsartikelen:** 47 Fw, 6:162 BW en 2:11 BW

ANNOTATIE

## **Het Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB en verrekening van de vergoeding in faillissement**

***mr. I.F.M. Lakwijk***

Dit is het derde vonnis van de rechtbank Amsterdam over verrekening van een UHK-vergoeding in faillissement in 2021. Op 3 februari 2021 wees de rechtbank Amsterdam over dit onderwerp ook al vonnis in twee zaken van curator Timmer – de ene zaak tegen Deutsche Bank in het faillissement van Trouwborst Beheer B.V. (ECLI:NL:RBAMS:2021:360, INS-Updates 2021-0094) en de andere zaak tegen ABN AMRO in het faillissement van v.o.f. De Raat (ECLI:NL:RBAMS:2021:361, INS-Updates 2021-0083).

Het UHK is tot stand gekomen nadat in 2014 was gebleken dat banken op tamelijk grote schaal financieringen hadden verstrekt met daaraan gekoppelde rentederivaten (swaps, collars en caps), waarbij vaak geen goede afstemming bestond tussen de financiering en de omvang en looptijd van het rentederivaat (mismatch) en vaak zonder dat er aan de klant voldoende informatie was verstrekt over de risico's (potentiële zorgplichtschending). Banken zijn vanaf 2014 zelf aan de slag gegaan om de problemen met de rentederivaten voor hun klanten op te lossen, maar dat ging naar mening van de AFM en de Staat niet goed genoeg en niet snel genoeg. Toen is een Onafhankelijke Derivatenco commissie aan het werk gezet om een Uniform Herstelkader op te stellen. Het UHK is op 5 juli 2016 gepubliceerd en op 19 december 2016 tot een definitieve versie bijgewerkt. Alle banken in Nederland hebben zich er (soms schoorvoetend) aan gecommitteerd. Het UHK geeft een methode om mismatches tussen de rentederivaten en de bijbehorende financiering te herstellen, te berekenen wat er aan de klant moet worden terugbetaald om ten onrechte doorberekende kosten en renteopslagen te compenseren en tot slot om een zogeheten 'coulancevergoeding' te berekenen, waarmee wordt beoogd een eventuele zorgplichtschending goed te maken. Het aanbod dat uit de rekensom op basis van het UHK rolt, komt neer op een schikkingsaanbod; bij aanvaarding van het aanbod verleent de klant aan de bank finale kwijting voor iedere (potentiële) aansprakelijkheid in verband met het afgesloten rentederivaat.

Met een aanbod dat voortvloeit uit het UHK erkent de bank geen aansprakelijkheid. Met

name staat door het uitbrengen van een aanbod uit hoofde van het UHK nog niet vast dat er sprake is geweest van een zorgplichtschending. In de woorden van het UHK wordt er bij het formuleren van een aanbod tot een coulancevergoeding voor gekozen om ‘in hoge mate te abstraheren van het onderliggende dossier van een MKB-klant’ (tekst UHK, p. 20/57)

Het UHK schrijft voor dat banken prudent om moeten gaan met het verrekenen van de UHK-vergoeding met vorderingen op de klant (tekst UHK, p. 48/57). Zo is het bijvoorbeeld expliciet niet de bedoeling dat de bank de UHK-vergoeding gebruikt om door middel van verrekening een lopende kredietovereenkomst met de mkb-klant in te perken. Maar als de klant een (niet door de bank gedoogde) betalingsachterstand of ‘overstand’ heeft, mag de bank daar van het UHK wel mee verrekenen (Q&A bij UHK, III.30 p. 70-71).

Als banken een UHK-vergoeding aanbieden aan klanten die inmiddels gefailleerd zijn – wat met enige regelmaat voorkomt, mede omdat sommige banken er jaren over gedaan hebben om aan alle betrokken klanten een aanbod te sturen – dan beroepen zij zich doorgaans op verrekening van de UHK-vergoeding met de nog openstaande vordering van de bank in het faillissement. Faillissementscuratoren zijn hier over het algemeen niet gelukkig mee. Door de verrekening krijgen zij immers alsnog geen geld op de boedelrekening, terwijl het bovendien enigszins wrang is dat de bank zich met voorrang boven alle andere schuldeisers verhaalt op een vergoeding die zij aanbiedt voor haar eigen fouten.[1]

Er zijn verschillende argumenten die door faillissementscuratoren tegen de verrekening van de UHK-vergoeding plegen te worden aangevoerd:

- (1) Dat de verrekening niet voldoet aan de vereisten van artikel 53 Fw. Het argument komt erop neer dat de UHK-vergoeding niet voortvloeit uit handelingen die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht, maar voortvloeit uit een overeenkomst die na de faillietverklaring met de curator tot stand is gekomen.
- (2) Dat de verrekening in strijd is met artikel 6:135 sub b BW. Dit artikel bepaalt dat een schuldeiser zijn vordering niet kan verrekenen met een vergoeding voor schade die hij opzettelijk heeft veroorzaakt.
- (3) Dat de verrekening zich niet verhoudt met de inhoud en strekking van het UHK. Dit argument houdt impliciet ook in dat de curator stelt dat hij/zij rechtstreeks beroep op het UHK kan doen. In dit verband discussiëren banken en curatoren over de vraag of het UHK een derdenbeding in de zin van artikel 6:253 BW is/bevat, dan wel of het UHK op te vatten is als ‘recht’ waaraan de rechter moet toetsen als bedoeld in artikel 79 Wet RO.

Met de twee vonnissen van 3 februari 2021 en het meer recente vonnis van 14 juli 2021 samen, heeft de rechtbank Amsterdam inmiddels (expliciet dan wel impliciet) een standpunt ingenomen over ieder van deze argumenten.

In de zaak tussen curator Timmer en ABN AMRO heeft de rechtbank geoordeeld dat er zodanige samenhang bestaat tussen een aanbod uit hoofde van het UHK en de voor faillissement met de gefailleerde afgesloten financiering-met-rentederivaat, dat aan de vereisten uit artikel 53 Fw voor verrekening 'over de faillissementsdatum heen' voldaan is. In hetzelfde vonnis laat de rechtbank impliciet merken dat er weinig hoeft te worden verwacht van een beroep op artikel 6:135 sub b BW, want in r.o. 4.17 overweegt de rechtbank: 'Als de curator een succesvolle schadevergoedingsactie zou hebben ingesteld tegen de Bank, zou de daaruit voortvloeiende schuld zonder meer voor verrekening in aanmerking komen, ook in een faillissementssituatie. Tegen die achtergrond ligt het niet voor de hand dat een schuld die voortvloeit uit een alternatief voor een dergelijke schadevergoedingsactie, namelijk een vrijwillig aangeboden coulancevergoeding in ruil voor finale kwijting, niet verrekend zou kunnen worden.'

In de zaak tussen curator Timmer en Deutsche Bank heeft de rechtbank geoordeeld dat het UHK geen recht is in de zin van artikel 79 Wet RO, omdat het niet afkomstig is van een overheidsorgaan (r.o. 4.13). Volgens de rechtbank kan ook niet worden aangenomen dat er sprake is van een derdenbeding, allereerst omdat het UHK geen overeenkomst is en voorts omdat uit de tekst van het UHK volgt dat er aan het UHK juist géén rechten kunnen worden ontleend als een aanbod niet aanvaard wordt zoals het is gedaan (r.o. 4.11).

Waar in de zaak tussen curator Timmer en ABN AMRO nog werd geoordeeld dat de verrekening van de UHK-vergoeding met de openstaande financiering geen onderdeel was van het aanbod, maar pas (afzonderlijk) plaatsvond in de fase van de uitbetaling van de vergoeding, komt de rechtbank in de onderhavige zaak van curator Nuiten tegen Deutsche Bank tot de conclusie dat de verrekening in dit geval wél onderdeel van het aanbod zelf was. De rechtbank maakt met deze uitspraak nogmaals duidelijk dat een klant geen rechtstreekse aanspraken kan ontlenen aan het UHK: als een aanbod de klant (in welk opzicht of om welke reden dan ook) niet zint, hoeft het niet geaccepteerd te worden, maar dat geeft de klant nog geen recht op een ander/beter aanbod op grond van het UHK.

De rechtbank zag in de zaak tussen curator Timmer en ABN AMRO onvoldoende reden om prejudiciële vragen te stellen alvorens zij besliste over de toepassing van artikel 53 Fw in het geval van een na faillietverklaring door de curator aanvaard UHK-aanbod. In het faillissement van Stichting Bedrijvencentrum Sliedrecht heeft curator Nuiten in zijn meest recente openbare faillissementsverslag opgetekend dat verschillende curatoren die over vergelijkbare

casussen hebben geprocedeerd, hoger beroep hebben ingesteld. Het laatste woord is er met de uitspraken van de rechtbank Amsterdam dus nog niet over gezegd.

[1] Voor de coulancevergoeding geldt weliswaar dat deze wordt aangeboden zonder dat vaststaat dat in het individuele geval een zorgplichtschending heeft plaatsgevonden, maar voor de correcties voor mismatches waar het UHK in voorziet ligt dat mogelijk anders.

RECHTSPRAAK

## **Bestuurders aansprakelijk tegenover pensioenfonds wegens nalaten melding betalingsonmacht**

***Het pensioenfonds hoefde niet zonder schriftelijke melding te begrijpen dat sprake was van betalingsonmacht. Omdat op een gegeven moment wel een geldige melding is gedaan vermindert het hof de vordering die de rechtbank heeft toegewezen, maar het leeuwendeel van de toegewezen vordering moeten de bestuurders alsnog betalen.***

Twee natuurlijke personen, een vader en een dochter, zijn (indirect) bestuurder van onder meer Wever Totaal Transport B.V. ('WTT') en Wever Lease B.V. ('WL'). Beide vennootschappen zijn failliet verklaard. De Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg ('het pensioenfonds') heeft de bestuurders aansprakelijk gesteld voor niet afgedragen pensioenpremies. De rechtbank heeft de vordering ten aanzien van WTT toegewezen voor de periode van 1 januari 2013 tot en met 10 augustus 2014 voor bijna € 180.000. Ten aanzien van WL is de vordering toegewezen voor de periode van 1 december 2014 tot en met 26 maart 2017 voor een bedrag van bijna € 105.000. De rechtbank heeft geoordeeld dat geen geldige melding van betalingsonmacht heeft plaatsgehad, zodat op grond van artikel 23 lid 4 Wet Bpf wordt vermoed dat de niet-betaling te wijten is aan de bestuurders. Omdat de bestuurders niet aannemelijk hebben gemaakt dat het niet aan hen te wijten is dat geen tijdige melding van betalingsonmacht is gedaan, worden zij niet toegelaten tot het leveren van tegenbewijs.

De bestuurders gaan in hoger beroep. De bestuurders stellen onder meer dat de vordering over de periode van 1 januari 2013 tot en met 19 maart 2013 is verjaard, omdat zij pas op 19 maart 2018 aansprakelijk zijn gesteld. Het hof oordeelt anders. De oudste factuur over deze periode dateert van 27 maart 2013 en heeft als vervaldatum 10 april 2013. De verjaring begint te lopen op het moment dat een vordering opeisbaar wordt. De vordering is, mede gelet op artikel 23 lid 5 Wet Bpf, opeisbaar vanaf de vervaldatum. De verjaringstermijn van vijf jaar was dus nog niet verstreken op 19 maart 2018.

De bestuurders stellen ook dat WTT geen melding van betalingsonmacht hoefde te doen,

omdat het pensioenfonds al op de hoogte was van de betalingsproblemen. Het hof overweegt dat tot voor kort de eis van een schriftelijke melding van betalingsonmacht strikt werd gehandhaafd, maar dat hierover in de literatuur en rechtspraak inmiddels een andere tendens waarneembaar is. Zo schrijft A-G Assink in paragraaf 3.10 van een recente conclusie (ECLI:NL:PHR:2021:523) dat een melding niet noodzakelijk is als het pensioenfonds uit anderen hoofde weet heeft of moet hebben van de betalingsonmacht. De informatie die het pensioenfonds heeft, moet dan wel vergelijkbaar zijn met het zicht dat zij zou hebben gehad als wel een correcte en tijdige melding van betalingsonmacht was gedaan. In dit geval bestond die duidelijkheid niet, onder meer omdat de dochter aan het pensioenfonds had geschreven dat het bedrijf weer winstgevend was en dat zij kansen zag om de achterstanden recht te trekken.

De bestuurders stellen tot slot dat meerdere keren een schriftelijke melding van betalingsonmacht is gedaan. Eerdere brieven ziet het hof niet als melding van betalingsonmacht, maar een brief van 27 juni 2016 wordt wel als zodanig gekwalificeerd. In deze brief staat dat de nota's niet in één keer betaald kunnen worden en dat de vennootschap verder in de problemen is gekomen door betalingsproblemen bij een grote klant. Het bewijsvermoeden van artikel 23 lid 4 Wet Bpf geldt daarom niet voor na 27 juni 2016 opgeëiste premies, nu de laatste nota daarvoor op 9 juni 2016 verviel. Omdat het pensioenfonds onvoldoende heeft onderbouwd dat het niet betalen van die pensioenverplichtingen te wijten is aan kennelijk onbehoorlijk bestuur, hoeven de bestuurders de na 27 juni 2016 in rekening gebrachte premies niet te voldoen.

De bestuurders hebben tot slot gesteld dat de vader vanwege zijn gezondheidsproblemen en leeftijd (79 jaar) feitelijk geen bestuurder was. Het hof gaat hieraan voorbij, omdat de vader steeds als (middellijk) bestuurder stond ingeschreven in het handelsregister. Voor zover de stellingen van de bestuurders zo moeten worden opgevat dat het achterwege blijven van de melding van betalingsonmacht niet aan de vader te wijten is, slagen deze stellingen niet. Ziekte kan hiervoor wel een omstandigheid zijn, maar in beginsel zijn de omstandigheden aan het einde van de termijn waarbinnen uiterlijk betalingsonmacht moest worden gemeld bepalend. De bestuurders hebben wel een verklaring van een neuroloog overgelegd, maar daarmee hebben zij niet aangetoond dat de vader telkens tegen het aflopen van de termijn niet in staat was de betalingsonmacht te melden. Als de bestuurders menen dat de vader tussen 2013 en 2016 niet in staat was zijn bestuurstaken te vervullen, dan is het onbegrijpelijk dat de vader bestuurder is gebleven.

Het hof vermindert de hoofdsom ten aanzien van WL met ongeveer € 20.000 en laat het vonnis voor het overige in stand.

*H.J. de Kloe, september 2021*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 24-08-2021

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2021:8134

**Zaaknummer:** 200.277.791/01

**Rechters:** M.E.L. Fikkers, J.H. Kuiper en W.P.M. ter Berg

**Advocaten:** G.A. Krol en E. Bakhuis

**Wetsartikelen:** 23 Wet Bpf

RECHTSPRAAK

## Hoger beroep homologatie akkoord in faillissement

***Appellanten zijn niet-ontvankelijk in het hoger beroep tegen de homologatie van een faillissementsakkoord. Het gerechtshof ziet het als een verkapt hoger beroep tegen de erkenning van een vordering in het faillissement ex artikel 121 Fw.***

Deze uitspraak betreft een hoger beroep ex artikel 154 Fw tegen de homologatie van een faillissementsakkoord.

Bij beschikking van 22 juni 2021 heeft de rechtbank het op 8 juni 2021 aangenomen akkoord gehomologeerd. Tijdens de verificatievergadering en tijdens de homologatiezitting hebben de schuldeisers geen bezwaren geuit. Daarnaast is de rechtbank niet gebleken van een weigeringsgrond voor homologatie ex artikel 153 Fw.

Appellanten stellen dat de voormalige curator (van twee schuldeisers), die voor aanneming van het akkoord heeft gestemd, niet rechtsgeldig zijn stem heeft kunnen uitbrengen. De faillissementen waarin de voormalige curator curator was, zijn opgeheven en de failliete vennootschappen zijn ontbonden en opgehouden te bestaan. De beheer- en vereffeningstaak van de voormalige curator is daarmee tot een einde gekomen. De vorderingen zelf verdwijnen volgens appellanten echter niet. Het vorenstaande zou tot gevolg hebben dat de uitkomst van de stemming anders is (minder voorstemmende schuldeisers die een lager percentage van de totale schuldenlast vertegenwoordigen) met het gevolg dat niet is voldaan aan de vereisten van artikel 145 Fw.

Het gerechtshof volgt appellanten niet en komt tot het oordeel dat appellanten deels niet-ontvankelijk zijn in het hoger beroep. Daarnaast oordeelt het gerechtshof dat de rechtbank het akkoord terecht heeft gehomologeerd.

### *Niet-ontvankelijkheid*

De rechter-commissaris heeft de vordering van de voormalige curator op de in het proces-verbaal van de verificatievergadering opgenomen lijst van erkende schuldeisers geplaatst en

aldus erkend als bedoeld in artikel 121 lid 1 Fw. Het proces-verbaal van de tijdens de vergadering opgetekende erkenning van een vordering in het faillissement – indien daartegen geen rechtsmiddel wordt aangewend (zie hierna) – heeft ex artikel 121 lid 4 Fw kracht van gewijsde. De vordering is dus definitief vastgesteld ten aanzien van alle betrokkenen bij de verificatievergadering, waaronder ook appellanten. Met de erkenning heeft de rechter-commissaris een beslissing gegeven die moet worden aangemerkt als een beschikking in de zin van artikel 67 Fw. Tegen die beschikking stond vervolgens gedurende vijf dagen hoger beroep open bij de rechtbank. Artikel 121 Fw is immers niet uitgezonderd in artikel 67 lid 2 Fw. Aangezien appellanten dat hoger beroep niet hebben ingesteld, moest de rechtbank ervan uitgaan dat de voormalige curator terecht aan de stemming had deelgenomen als (volwaardig) erkend concurrent schuldeiser in de zin van artikel 145 Fw.

Het is niet mogelijk om via de weg van artikel 154 Fw alsnog tegen de erkenning van een vordering in hoger beroep te komen. Het gerechtshof is niet bevoegd te beslissen over een beroep in de zin van artikel 67 Fw. De rechtsgang verschilt in beide gevallen op belangrijke punten (HR 20 april 1979, *NJ* 1980/156, zie hierover ook Wessels, VI. Het akkoord, Wolters Kluwer 2020, paragraaf 6076). Zo is tegen een beslissing van de rechtbank ex artikel 67 lid 1 Fw alleen beroep in cassatie mogelijk en staat tegen een beslissing van de rechtbank ex artikel 154 Fw hoger beroep open.

Dat tijdens de verificatievergadering zowel de verificatie van de vorderingen als de aanbidding van een akkoord door de gefailleerde aan bod komt, doet daaraan volgens het gerechtshof niet af. Er bestaat een juridisch onderscheid tussen 'het erkennen van de vordering' (art. 121 Fw) enerzijds en 'de stemming over het akkoord' (art. 145 Fw) anderzijds. Voor de juridisch te onderscheiden momenten zijn ook verschillende beroepsmogelijkheden in de wet opgenomen.

Op grond van het vorenstaande komt het gerechtshof tot het oordeel dat appellanten niet-ontvankelijk zijn in het hoger beroep.

#### *Akkoord terecht gehomologeerd*

Ten overvloede merkt het gerechtshof nog op dat het voor de uitkomst van het akkoord niet uitmaakt of de vordering en de stem van de voormalige curator al dan niet meegenomen worden. Uit artikel 145 Fw (als te lezen in samenhang met art. 143 Fw) volgt dat alleen de erkende of voorwaardelijk toegelaten concurrente en verschenen schuldeisers mogen stemmen over het akkoord. De crediteur van wie de vordering uiteindelijk ter vergadering door de curator wordt betwist, heeft dus geen stemrecht. Indien in onderhavige faillissementsprocedure de vordering van de voormalige curator op de lijst van betwiste

vorderingen was komen te staan, dan behoorde deze niet tot de toegelaten schuldvorderingen in de zin van artikel 145 Fw en telde deze voor de rekensom van artikel 145 Fw in het geheel niet mee. In dat geval was er nog steeds sprake van de vereiste meerderheid zoals bedoeld in artikel 145 Fw.

*V.G.M. Leferink, september 2020*

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 05-08-2021

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2021:2495

**Zaaknummer:** 200.296.301\_01

**Rechters:** R.R.M. de Moor, S.M.A.M. Venhuizen en T. van Malssen

**Advocaten:** B.T.G.M. Lamers

**Wetsartikelen:** 67 Fw, 121 Fw en 153 Fw

## RECHTSPRAAK

### **Tegen een faillissementsvonnis staat het rechtsmiddel van herroeping niet open**

***Het hof oordeelt dat tegen een faillissementsvonnis het rechtsmiddel van herroeping niet open staat.***

Tegen een faillissementsvonnis staat het rechtsmiddel van herroeping niet open. Dat is het weinig verrassende oordeel van het hof Den Bosch in dit arrest.

De failliet verklaarde vennootschap verzocht herroeping van het arrest waarbij het faillissement was uitgesproken, omdat het arrest zou berusten op bedrog en/of op valse stukken. Uit het arrest blijkt niet waar het bedrog precies uit zou bestaan of om welke valse stukken het zou gaan. Kennelijk houdt het allemaal verband met procedures in Rusland en op de Britse Maagdeneilanden.

Veel doet het er ook niet toe, want aan een inhoudelijke beoordeling van het verzoek tot herroeping komt het hof niet toe. Onder verwijzing naar vaste jurisprudentie en literatuur overweegt het hof in de eerste plaats dat herroeping van een faillissement ‘in algemene zin’ niet mogelijk is. Vervolgens overweegt het hof dat het ook niet zo is dat in bijzondere omstandigheden een uitzondering gemaakt kan worden op deze hoofdregel. Reden hiervoor is dat altijd de rechtszekerheid, de openbare orde en het belang van het rechtsverkeer in algemene zin overeind dienen te blijven.

Het hof gaat nog wel in op enkele bijzondere omstandigheden die volgens de verzoeker zouden maken dat herroeping in dit concrete geval wel mogelijk zou zijn. Zo had de verzoeker betoogd dat herroeping mogelijk zou zijn omdat de faillissementsprocedure tegenwoordige ‘meer contentieus is dan vroeger’. Hoewel de faillissementsprocedure volgens het hof inderdaad contentieuze trekken heeft, geldt dat volgens het hof niet meer wanneer het faillissement eenmaal is uitgesproken.

De verzoeker had ook betoogd dat hij schade zou hebben geleden als gevolg van het gestelde bedrog en het faillissement. Volgens het hof rechtvaardigt ook dit niet dat de mogelijkheid van herroeping in dit geval wel open zou staan. Volgens het hof zijn er andere middelen om deze

eventuele schade te redresseren.

Ook het betoog van de verzoeker dat bij deze zaak geen belangen van derden zouden spelen baat hem niet. Het verzoek ontvankelijk verklaren zou volgens het hof 'een (procedurele) doos van Pandora vormen', omdat dan ieder faillissement op ieder moment ter discussie zou kunnen worden gesteld.

Dat herroeping in de Faillissementswet niet expliciet wordt uitgesloten maakt het voorgaande niet anders, aldus het hof. Het hof wijst op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen en de Parlementaire Geschiedenis over artikel 390 Rv.

Tot slot wijst het hof een beroep op artikel 6 EVRM af omdat dit onvoldoende onderbouwd is.

*J.F. Fliek, september 2021*

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 29-07-2021

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2021:2386

**Zaaknummer:** 200.283.354/01

**Rechters:** S.M.A.M. Venhuizen en R.R.M. De Moor

**Advocaten:** J. van de Riet

**Wetsartikelen:** 390 Rv en 6 EVRM

## RECHTSPRAAK

### **Bestuurders zijn niet aansprakelijk voor het vestigen van een waardeloos pandrecht.**

***De bestuurders van TTP verkeerden in de veronderstelling dat TTP over vermogen beschikte dat aan het Participatiefonds kon worden verpand. Dat later blijkt dat het vermogen eigendom was van een andere vennootschap, levert geen persoonlijk ernstig verwijt van de bestuurders op.***

Tocado Tidal Power B.V. ('TTP') heeft een pandrecht verstrekt aan het Participatiefonds. Volgens het Participatiefonds bleek dat pandrecht later, anders dan het dacht, geen waarde te hebben omdat TTP geen vermogen had. Het Participatiefonds houdt de voormalige bestuurders van TTP aansprakelijk voor de schade als gevolg van wanprestatie dan wel onrechtmatige daad van TTP.

Voor aansprakelijkheid van bestuurders in een geval als dit is nodig dat hun persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken. Uit het persoonlijke karakter van het ernstige verwijt dat de bestuurder moet kunnen worden gemaakt, volgt dat voor het aannemen van aansprakelijkheid voor iedere bestuurder afzonderlijk moet worden vastgesteld dat hij in zijn hoedanigheid toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld. Hetgeen het Participatiefonds op dit punt heeft gesteld is niet voldoende. De bestuurders waren namelijk naar eigen zeggen niet op de hoogte van het feit dat het vermogen van TTP voorafgaand aan de verpanding daarvan in een andere vennootschap was ondergebracht. Zij gingen er bij het namens TTP aangaan van de pandakte van uit dat alle in de groepsonderneming aanwezige activa ten gunste van het Participatiefonds zouden worden verpand.

Dat de bestuurders wellicht onzorgvuldig hebben gehandeld door pandaktes te tekenen zonder zelf na te gaan of er te verpanden activa waren en zo ja, welke activa dat dan waren, levert op zichzelf genomen geen ernstig verwijt op. Hetzelfde geldt voor het feit dat de bestuurders niet actief erop hebben toegezien dat door of in opdracht van de CFO alle beschikbare activa binnen TTP zijn geboekt naar een andere vennootschap.

Verder overweegt de rechtbank dat ook als zou komen vast te staan (zoals het Participatiefonds als bijzondere omstandigheid heeft aangevoerd) dat de bestuurders de indruk hebben gewekt dat TTP de verpande activa in eigendom had terwijl dat niet waar was, de rechtbank deze omstandigheid onvoldoende acht tegen de achtergrond van alle overige omstandigheden om tot de conclusie te komen dat de bestuurders hiervan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De rechtbank wijst de vorderingen van het Participatiefonds af.

*M.M. Eveleens-van der Zwaag, augustus 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Holland

**Datum uitspraak:** 28-07-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBNHO:2021:6630

**Zaaknummer:** C/15/310503 / HA ZA 20-746

**Rechters:** S.M. Auwerda

**Advocaten:** F.E. van 't Hek en W.A.M. Rupert

**Wetsartikelen:** 6:162 BW

RECHTSPRAAK

## **Overdracht koelers, vriezers en twee auto's paulianeus**

***Overdracht goederen aan gelieerde vennootschap in het zicht van faillissement paulianeus. Wetenschap bestuurder van de ontvanger van goederen over benadeling toerekenbaar aan de ontvanger. Schadevergoeding omdat teruggaaf niet mogelijk is.***

Onderwerp van deze procedure is de overdracht van koelers, vriezers en een tweetal auto's door het op 15 januari 2019 in staat van faillissement verklaarde K2K Trading B.V. De overdracht vond plaats op 1 november 2018 en 4 januari 2019. De koopsom van de goederen – in totaal een bedrag van € 33.650 – is blijkens de door de curator in de administratie van K2K aangetroffen kwitanties verrekend in rekening-courant. De curator heeft de verkoop, althans de inbetalinggeving van de bedoelde goederen, met een beroep op artikel 42 Fw vernietigd en van de koper van de goederen als schadevergoeding gevorderd een betaling van € 33.650. De curator heeft een schadevergoeding gevorderd nu de verkochte goederen door de koper niet (meer) konden worden teruggegeven. Bij verstekvonnis heeft de rechtbank Rotterdam voor recht verklaard dat de curator rechtsgeldig een beroep heeft gedaan op artikel 42 Fw en de koper veroordeeld tot betaling van het door de curator gevorderde bedrag.

De koper van de goederen is van het verstekvonnis in verzet gekomen en vordert vernietiging van het verstekvonnis. De rechtbank oordeelt als volgt.

De koper heeft volgens de rechtbank niet aannemelijk gemaakt dat de transacties verplicht waren (waarmee de curator zou zijn aangewezen op een beroep op art. 47 Fw). Niet is gebleken van een verpanding van de auto's die aan de overdracht ten grondslag zou hebben gelegen. Dat de overdracht van de auto's zou hebben plaatsgevonden wegens het voldoen van belastingschulden door de koper van K2K is door de koper niet aangetoond; zelfs bewijs van een betaling aan de Belastingdienst is niet verstrekt. Conclusie is daarom dat de overdracht van de goederen onverplicht is geweest.

Ten aanzien van de benadeling van de schuldeisers stelt de rechtbank vast dat daarvan sprake is aangezien door verrekening van de koopprijs van de goederen, de waarde van die goederen niet aan de boedel is toegekomen. Dat de koopprijs van de koelers en vriezers door middel van

contante betaling zou zijn voldaan is niet aangetoond nu de kwitantie uit de administratie van K2K spreekt over verrekening van de koopsom. Verder geldt dat een ruim twee weken na de verkoop van de koelers en vriezers gedane contante storting van € 2.000 op de bankrekening van K2K niet kan worden verbonden aan de koper en die goederen.

Op 21 december 2018 is in een algemene vergadering van aandeelhouders van K2K besloten over te gaan tot eigen aangifte van faillissement. De enig bestuurder en aandeelhouder van de koper zat die vergadering voor als gevolmachtigde van K2K. De rechtbank gaat mede daarom ervan uit dat de bestuurder van de koper nauw betrokken was bij K2K en dat voor hem voorzienbaar was (ook bij de transactie van voor het aandeelhoudersbesluit) dat K2K in staat van faillissement zou komen te verkeren en dat daarin een tekort zou ontstaan. De wetenschap van de bestuurder wordt aan de koper toegerekend.

Aldus laat de rechtbank haar oordeel over het paulianeuze karakter van de overdracht van de goederen in stand en veroordeelt de koper tot voldoening van het door de curator gevorderde bedrag, daar de teruggaaf van de goederen niet (meer) mogelijk is.

*W.T.N. Vlasveld, augustus 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 21-07-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2021:7429

**Zaaknummer:** C/10/612605 / HA ZA 21-112

**Rechters:** B. van Velzen

**Advocaten:** G.C.L. van de Corput en A. van der Schee

**Wetsartikelen:** 42 Fw en 47 Fw

## RECHTSPRAAK

### **Aanvaarding hoofdelijke aansprakelijkheid en vestiging pandrechten in zicht van faillissement paulianeus? Met wenk**

***In het zicht van faillissement stelt de latere failliet zich hoofdelijk aansprakelijk jegens een schuldeiser, die uit hoofde daarvan ook pandrechten verkrijgt. De curator vernietigt. Vernietiging slaagt gedeeltelijk.***

Een bakker met een eenmanszaak is met zijn verhuurder Jewef Beheer B.V. ('Jewef') diverse overeenkomsten aangegaan. Uit dien hoofde heeft Jewef van de bakker niet alleen bedragen te vorderen uit hoofde van de huurovereenkomst, maar tevens uit hoofde van diverse verstrekte geldleningen. De eenmanszaak is in 2016 ingebracht in een bv, RSB. De verplichtingen jegens Jewef zijn evenwel nooit ingebracht of overgenomen.

RSB heeft diverse leningen afgesloten bij derden.

In augustus 2019 kan RSB activa overnemen van een andere, failliete, bakkerij. Jewef is bereid de overnamefinanciering te verstrekken. Uit dien hoofde heeft Jewef een vordering op RSB van € 350.000 verkregen. Jewef verkreeg ter zekerheid een pandrecht op de overgenomen activa en op alle vorderingen van RSB. Deze financiering wordt aangeduid als 'Geldlening I'.

Begin december 2019 eist een van de andere financiers een openstaande lening van € 200.000 op, omdat renteverplichtingen niet worden nagekomen. Deze lening wordt niet terugbetaald en de lening wordt later door RSB bij de faillissementsaanvraag aangeduid als oorzaak van het faillissement.

Op 16 december 2019 sluiten RSB en Jewef een nieuwe overeenkomst, waarin RSB zich hoofdelijk aansprakelijk verklaart voor alle reeds bestaande schulden van, kort gezegd, de bakker. Uit dien hoofde verkrijgt Jewef een pandrecht op alle activa van RSB. Deze overeenkomst wordt aangeduid als 'Geldlening II'. Op grond hiervan meent Jewef dat zij in totaal circa € 600.000 te vorderen heeft van RSB.

RSB wordt op 18 februari 2020 failliet verklaard, met aanstelling van de curator als zodanig.

De curator stelt dat RSB vóór het aangaan van Geldleningen I en II geen enkele verplichting had jegens Jewef, maar dat RSB daardoor hoofdelijk aansprakelijk werd en zekerheden verschaft. Om die reden heeft de curator de hoofdelijke aansprakelijkheid en de verplichting tot het vestigen van zekerheden vernietigd op grond van artikel 42 Fw.

De rechtbank onderzoekt eerst uitgebreid of de reeds bestaande schulden al dan niet verplichtingen waren van RSB. De rechtbank concludeert dat Jewef vóór het aangaan van Geldlening I, geen vordering had op RSB.

Vervolgens beoordeelt de rechtbank of Geldlening I is vernietigd. De rechtbank overweegt kort dat de overeenkomst zag op de financiering voor de overname en dat RSB met die overname de kans verkreeg om haar activiteiten uit te breiden, nu er samenhang bestond tussen de activiteiten van RSB en de andere onderneming. Op deze grond oordeelt de rechtbank dat ten aanzien van Geldlening I geen sprake is van onverplichte rechtshandelingen.

Ten aanzien van Geldlening II oordeelt de rechtbank dat RSB niet aansprakelijk was voor de overige reeds bestaande verplichtingen. RSB is Geldlening II, waarbij zij hoofdelijk aansprakelijk werd, dan ook onverplicht aangegaan.

Vervolgens is het de vraag of er sprake is geweest van benadeling. Volgens Jewef moet Geldlening II worden gezien in het gehele samenstel van rechtshandelingen, inclusief de bedoeling van de eerdere overeenkomsten met de bakker, waarvan RSB zou hebben geprofiteerd. Er zou sprake zijn van een concernfinanciering en in dat licht zou geen sprake zijn van benadeling. Volgens de rechtbank bestaat er echter geen relevant samenstel van rechtshandelingen, aangezien de rechtshandelingen in de tijd ver uit elkaar liggen. Nu RSB zich hoofdelijk aansprakelijk stelde en zij pandrechten verschaft aan Jewef, was voorts sprake van benadeling.

Vervolgens komt de wetenschap van benadeling aan de orde. De rechtbank overweegt dat RSB door Geldlening II geen tegenprestatie van Jewef heeft verkregen, zodat de rechtshandeling om niet is aangegaan. Aldus geldt dat slechts de wetenschap van schuldenaar RSB relevant is. De curator beroept zich daarbij op het wetenschapsvermoeden van artikel 45 Fw. Jewef heeft tegen dat vermoeden onvoldoende tegenbewijs geleverd; ten tijde van Geldlening II wist de bestuurder van RSB immers dat de andere financier de lening had opgeëist en die opeising is aangemerkt als oorzaak van het faillissement.

De rechtbank concludeert dan ook dat Geldlening II is vernietigd. Een deel van de vordering van Jewef (uit hoofde van Geldlening I) wordt toegewezen; de vorderingen en pandrechten

die voortvloeien uit Geldlening II, worden door de rechtbank afgewezen.

*Wenk*

Een interessante uitspraak, met vele feiten en aspecten. De feiten zijn hiervoor sterk verkort en vereenvoudigd weergegeven.

De uitkomst van het vonnis lijkt bevredigend. Interessant is voorts dat betoogd wordt dat een en ander geschiedde in het kader van een samenstel van rechtshandelingen. Volgens de rechtbank is voor de afwijzing van dat betoog van belang dat de rechtshandelingen, in de tijd gezien, ver uit elkaar liggen.

Toch kunnen vraagtekens worden geplaatst bij één overweging. De rechtbank oordeelt dat er in het kader van Geldlening I (de overeenkomst ten aanzien van de overnamefinanciering) geen sprake is geweest van onverplichte rechtshandelingen. Of dat juist is, valt te betwijfelen. Er bestond voor RSB immers geen enkele verplichting om Geldlening I aan te gaan. In zoverre is wel degelijk sprake geweest van een onverplichte rechtshandeling. Aldus had mogelijk toch getoetst dienen te worden of men ten tijde van het aangaan van de rechtshandeling, wetenschap had dat schuldeisers van RSB daardoor zouden worden benadeeld. Aangezien het een overeenkomst betrof die uitsluitend zag op het verstrekken van een nieuwe financiering, is het wettelijke vermoeden van artikel 43 Fw niet van toepassing (vgl. HR 29 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3762 (*Roeffen q.q./Jaya*)). Omdat met Geldlening I de activiteiten konden worden uitgebreid en activa werden verkregen, is het goed denkbaar dat in dat geval alsnog geoordeeld zou worden dat er geen wetenschap van benadeling bestond.

*A.D. van Dalen, september 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Gelderland

**Datum uitspraak:** 21-07-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBGEL:2021:4327

**Zaaknummer:** C/05/372574 / HZ ZA 20-275

**Rechters:** P.F.A. Bierbooms, K.H.A. Heenk en M.W.R. Koch

**Advocaten:** M.A. Kerkdijk en A. Slaski

**Wetsartikelen:** 42 Fw en 3:41 BW

## RECHTSPRAAK

### **Rechtbank Amsterdam: bank is vrij om verrekening met openstaande financiering als voorwaarde te stellen in een UHK-vergoedingsaanbod**

***Als de bank verrekening met de openstaande financiering van een gefailleerde mkb-klant als voorwaarde stelt in een UHK-vergoedingsaanbod, komt aanvaarding van de vergoeding onder verwerping van de verrekening volgens de rechtbank Amsterdam neer op verwerping van het aanbod. Curator kan dan geen rechten ontleen aan het aanbod, noch rechtstreeks aan het Uniform Herstelkader zelf.***

#### *Casus*

Stichting Bedrijventerrein Sliedrecht ('de Stichting') had een financiering bij Deutsche Bank van circa € 580.000 met daarbij een renteswapovereenkomst. Op 7 juli 2015 is de Stichting in staat van faillissement verklaard, met aanstelling van mr. Nuiten als curator. Op 8 juli 2015 heeft Deutsche Bank de financiering opgezegd en haar vordering in het faillissement ingediend. Deze bestond voor een gedeelte uit openstaande financiering (€ 758.139,07) en voor een gedeelte uit negatieve marktwaarde van de beëindigde renteswap (€ 23.489,82).

In de loop van 2014 zijn naar aanleiding van onderzoek door de AFM alle banken in Nederland erop gewezen dat in veel gevallen renteswaps (en andere rentederivaten) die bij financieringen van mkb-bedrijven waren afgesloten, qua looptijd en omvang niet goed aansloten op de onderliggende financiering en dat de banken bij het aanbieden van de rentederivaten vaak tekortgeschoten waren in hun informatievoorziening. Deutsche Bank heeft aanvankelijk op basis van door haarzelf gemaakt beleid onderzoek gedaan naar klantdossiers met renteswaps en vergoedingen voor geconstateerde onjuistheden aangeboden. In dit kader heeft Deutsche Bank op 16 oktober 2016 aan de curator van de Stichting laten weten dat haar renteswap niet goed aansloot bij de financiering en dat er daarom € 5.875,26 vergoed werd. Deutsche Bank heeft dat bedrag in mindering gebracht op haar vordering op de Stichting.

Daarnaast heeft Deutsche Bank haar zekerheden uitgewonnen. Uiteindelijk resteerde er voor Deutsche Bank in het faillissement van de Stichting nog een vordering van € 124.014,85.

Deutsche Bank heeft medio 2016 besloten om zich aan te sluiten bij het Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB ('UHK') van de Onafhankelijke Derivatencommissie en heeft daarna ook dossiers die zij op basis van haar eigen beleid al had gecontroleerd aan de hand van het UHK opnieuw beoordeeld. In dit kader heeft Deutsche Bank op 8 juni 2017 aan de curator van de Stichting bericht dat (1) de Stichting op basis van het UHK recht had op een compensatievergoeding van € 64.284,18, (2) het op 16 oktober 2016 reeds gecorrigeerde bedrag daarvan af moest worden getrokken en (3) dat het daarna nog resterende compensatiebedrag werd verrekend met de openstaande financiering, zodat (4) per saldo een uit hoofde van het UHK aan te bieden vergoeding resteerde van € 0.

De curator van de Stichting heeft op het UHK-aanbod van Deutsche Bank gereageerd met de mededeling dat hij zich kon vinden in de berekening van de compensatievergoeding, maar dat hij de verrekening van de compensatievergoeding met de nog openstaande vordering van Deutsche Bank in strijd achtte met artikel 53 Fw dan wel artikel 6:135 BW. Daarnaast voerde de curator aan dat de bank volgens hem nog aanspraak kon maken op een borgstelling van de Gemeente Sliedrecht ter grootte van circa € 900.000, zodat zij geen reden had om zich tegenover de Stichting op verrekening met een restantvordering te beroepen.

#### *Geschil*

Deutsche Bank heeft volhard in haar standpunt dat zij geen (uit)betaling in geld verschuldigd was aan de Stichting uit hoofde van het UHK, maar mocht verrekenen met de openstaande restantvordering uit hoofde van de financiering. De curator heeft Deutsche Bank gedagvaard en gevorderd dat zij wordt veroordeeld tot betaling van het bedrag van € 64.284,18. Centraal argument van de curator was dat hij de vergoeding van € 64.284,18 aanvaard had en de wet zich verzet tegen verrekening, zodat de bank contractueel tot uitbetaling (in geld) verplicht is.

Deutsche Bank voert als verweer:

(1) Een aanbod uit hoofde van het UHK is een vrijwillig aanbod tot minnelijke afdoening van een potentiële aansprakelijkheid van de bank. Als een aanbod dat met toepassing van het UHK tot stand gekomen is, niet door de klant wordt aanvaard, dan kan de klant daarna geen rechten ontlenen aan het aanbod, noch rechtstreeks aan het UHK;

(2) De verrekening van de compensatievergoeding met de openstaande financiering vormde een integraal onderdeel van het door Deutsche Bank aan de Stichting gedane aanbod, zodat de

reactie van de curator neerkwam op een verwerping van het aanbod;

(3) Deutsche Bank is daarom niet verplicht om aan de Stichting te betalen.

#### *Beslissing*

De rechtbank volgt het betoog van Deutsche Bank. Volgens de rechtbank kan de brief met het aanbod van Deutsche Bank niet anders worden opgevat dan dat Deutsche Bank aanbiedt dat zij niets zal betalen, maar dat de schuld van de boedel aan de bank met een bedrag van € 64.284,18 wordt verminderd. Deutsche Bank heeft zich volgens de rechtbank in haar brief onmiskenbaar op het standpunt gesteld dat er niets valt uit te keren omdat, hoewel de boedel aanspraak heeft op een compensatievergoeding, het nog uitstaande financieringsbedrag hoger is dan die vergoeding.

De rechtbank concludeert vervolgens dat de door de curator opgeworpen vraag of artikel 53 Fw zich tegen verrekening van de compensatievergoeding met de financiering verzet, niet hoeft te worden beantwoord, aangezien het aanbod van de bank niet is aanvaard en er dus in het geheel geen recht op een compensatievergoeding is ontstaan. De vordering van de curator wordt afgewezen.

*I.F.M. Lakwijk, september 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 14-07-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2021:3826

**Zaaknummer:** C/13/682271 / HA ZA 20-383

**Rechters:** C. Bakker

**Advocaten:** A.J. Haasjes en J.H. Huybens

**Wetsartikelen:** 53 Fw, 6:135 BW, 6:2 BW, 6:248 BW, 6:217 BW, 6:221 BW en 6:225 BW

## RECHTSPRAAK

### Bestuursverbod

***Het hof legt de bestuurder een bestuursverbod op voor de duur van twee jaar. Vast is komen te staan dat hij aansprakelijk is uit hoofde van artikel 2:248 BW en dat hij zijn medewerkings- en informatieplicht jegens de curator heeft geschonden door niet te waarschuwen over de plaats waar de digitale administratie zich bevond en de aanstaande verwijdering ervan.***

Een curator vordert dat een bestuursverbod wordt opgelegd aan de bestuurder van de gefailleerde Werving & Selectie Bureau Rijnmond B.V. ('WSBR'). Het hof oordeelde in een tussenarrest al dat de bestuurder aansprakelijk is voor het faillissementstekort op grond van artikel 2:248 BW. WSBR wordt vervolgens in de gelegenheid gesteld haar zienswijze over het bestuursverbod te geven. In haar zienswijze, waarbij zij wordt vertegenwoordigd door de bestuurder, zet zij uiteen dat een bestuursverbod haar belangen schaadt. Dit betekent immers dat er ofwel een andere bestuurder moet worden ingeschreven, ofwel dat de vennootschap moet worden omgezet in een eenmanszaak. Dit zou vragen oproepen bij relaties en afnemers en kunnen leiden tot terughoudendheid bij hen om zaken te doen met WSBR.

Het hof is van oordeel dat een bestuursverbod van twee jaar gerechtvaardigd is. De bestuurder is namelijk óók (naast zijn aansprakelijkheid als bestuurder uit hoofde van artikel 2:248 BW) in ernstige mate tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatie- en medewerkingsverplichtingen als bedoeld in artikel 106a lid 1 sub c Fw. De bestuurder heeft niet de volledige digitale en fysieke administratie overhandigd aan de curator. Exact bewaarde de administratie en had het abonnement nog vóór het faillissement beëindigd. De bestuurder had de administratie voor € 133 veilig kunnen stellen, maar heeft dit niet gedaan. Hij had de curator niet geïnformeerd over het bestaan en de locatie van de administratie en de dreiging dat deze verwijderd zou worden, terwijl hij ook uit eigen beweging verplicht was de curator over deze feiten en omstandigheden in te lichten (art. 105 Fw). Als gevolg hiervan is de boekhouding verloren gegaan. De bestuurder heeft het de curator hiermee zeer moeilijk, zo niet onmogelijk gemaakt om zijn taken adequaat te vervullen.

Over de duur van het bestuursverbod stelt het hof voorop dat de rechter beoordelingsvrijheid heeft om de duur daarvan te bepalen tot een maximum van vijf jaar. Daarbij gaat het om een weging van alle omstandigheden van het concrete geval. Het hof acht een bestuursverbod voor twee jaar passend. Redengevend hiervoor is dat de schending van de informatieverplichting beperkt is in duur en omvang. De bestuurdersaansprakelijkheid is met name gebaseerd op het niet voldoen aan de publicatieplicht, terwijl de te late publicatie met name speelt in de periode van vóór 2016, die op grond van het overgangsrecht niet meegenomen kan worden bij het opleggen van het bestuursverbod. Een langer bestuursverbod is niet proportioneel, omdat de andere schendingen van de publicatieplicht spelen bij andere vennootschappen van de bestuurder, terwijl een bestuursverbod gegrond moet worden op onbehoorlijk bestuur van de gefailleerde vennootschap. Dat er sprake is van een ernstige schending van de medewerkings- en informatieplicht, maakt nog niet dat een langer bestuursverbod op zijn plaats is, mede omdat de bestuurder wel een deel van de fysieke administratie aan de curator heeft overhandigd.

Het hof ziet geen aanleiding om bij het bestuursverbod een uitzondering te maken voor WSBR, zoals de bestuurder had verzocht. Het hof ziet niet in waarom de bestuurder de mogelijkheid zou worden ontnomen om in zijn onderhoud te voorzien, aangezien hij in loondienst zou kunnen werken of als zelfstandige. Ook omvat een bestuursverbod geen algeheel verbod om te ondernemen: de bestuurder kan de activiteiten van WSBR immers in de vorm van een eenmanszaak voortzetten. Het laatste schaadt volgens het hof ook niet de belangen van WSBR onevenredig, aangezien de bestuurder al had aangegeven dat WSBR in feite als een eenmanszaak wordt gedreven, met hem als enig bestuurder, enig werknemer en enig aandeelhouder.

Het hof legt de bestuurder een dwangsom op van € 1000 per dag ter verzekering van de nakoming van het bestuursverbod (art. 106b lid 5 Fw).

*S.E. Streng, september 2021*

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 11-05-2021

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2021:1570

**Zaaknummer:** 200.259.645/01

**Rechters:** G.C. de Heer, M.T. Nijhuis en J.L.M. Groenewegen

**Advocaten:** R. Sinke en J.J. Linker

**Wetsartikelen:** 106a lid 1 sub a Fw, 106a lid 1 sub c Fw, 106c Fw en 2:248 BW

## RECHTSPRAAK

### **Rechtbank kondigt afkoelingsperiode af onder de WHOA voor de duur van vier maanden**

***Restaurant dat is getroffen door de coronacrisis wil een akkoord aanbieden onder de WHOA. Om dat mogelijk te maken, kondigt de rechtbank een afkoelingsperiode af van vier maanden.***

Verzoekster exploiteert een restaurant dat in april 2019 is geopend. Na de opening waren er financiële en operationele problemen, maar die zijn aan het begin van 2020 opgelost. In het eerste kwartaal van 2020 werd een positief resultaat behaald. Door de coronacrisis is verzoekster vanaf het tweede kwartaal van 2020 financieel getroffen, ondanks de subsidie waarop aanspraak kon worden gemaakt. Hierbij speelt een rol dat verzoekster door de problemen in 2019 geen 'vet op de botten had'.

Rabobank heeft op 28 april 2021 de financiering opgezegd tegen – uiteindelijk – 31 augustus 2021. Zonder afkoelingsperiode is een herstructurering volgens verzoekster kansloos, omdat op 31 augustus 2021 de bankrekeningen van verzoekster worden geblokkeerd zodat betalingsverkeer vanaf dat moment onmogelijk is. Sinds de heropening in mei 2021 gaat het financieel goed met het restaurant en kunnen de lopende verplichtingen en kosten van de akkoordaanbieding worden voldaan, maar het is onmogelijk om voor 31 augustus 2021 alle schulden af te lossen.

Verzoekster wil binnen twee maanden een akkoord aanbieden. In dit kader wil zij (externe) financiering aantrekken. Schuldeisers hebben belang bij een akkoord, omdat de liquidatiewaarde van de onderneming ongeveer € 35.000 bedraagt, terwijl de reorganisatiewaarde meer dan € 650.000 bedraagt. Een afkoelingsperiode is nodig om te voorkomen dat Rabobank haar zekerheden uitwint, om ervoor te zorgen dat de schuldenaar toegang houdt tot haar betaalrekeningen en om te voorkomen dat andere schuldeisers verhaal nemen gedurende de voorbereiding van het akkoord. Rabobank wordt volgens verzoekster niet wezenlijk in haar belangen geschaad.

De rechtbank wijst het verzoek toe en kondigt een afkoelingsperiode af voor de duur van vier

maanden. Dit is naar het oordeel van de rechtbank noodzakelijk om de onderneming voort te kunnen zetten tijdens de aanbieding van het akkoord. Aannemelijk is dat de belangen van de schuldeisers hiermee zijn gediend, omdat zij met een akkoordaanbieding een hogere uitkering kunnen verwachten dan in een faillissement. Als voorziening bepaalt de rechtbank dat verzoekster de rechtbank uiterlijk 24 september 2021 moet informeren over de voortgang van de akkoordprocedure.

*H.J. de Kloe, september 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 19-08-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2021:8409

**Zaaknummer:**

**Rechters:** F. Damsteegt-Molier, K.M. van Hassel en B.A. Cnossen

**Advocaten:** mr. J. van den Dolder

**Wetsartikelen:** 376 Fw

## RECHTSPRAAK

### **Afwijzing verzoek aanwijzing herstructureringsdeskundige WHOA**

***Verzoekster heeft ten onrechte een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure verzwegen. Het verzoek wordt afgewezen omdat verzoekster geen bedrijfsactiviteiten meer uitoefent. Daarnaast heeft een faillissement in dit geval meerwaarde vanwege het rechtmatigheidsonderzoek.***

In deze procedure wordt verzocht om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige onder de WHOA. De rechtbank wijst het verzoek af.

Verzoekster is een holdingvennootschap, kennelijk onder meer van 'Y B.V.'. In 2010 zijn de activiteiten van verzoekster overgedragen aan een nieuw opgerichte holding en dochtervennootschappen. Medio 2016 heeft verzoekster haar werkzaamheden beëindigd en in 2018 is het bedrijfspand verkocht. Verzoekster heeft diverse schulden, waaronder een schuld aan Y B.V. Voor een schuld aan 'Z B.V.', die meer dan € 800.000 bedraagt, is een betalingsregeling getroffen die nog steeds wordt nagekomen.

Y B.V. is failliet. De curator van Y B.V. heeft verzocht verzoekster failliet te verklaren. Door het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige is het faillissementsverzoek geschorst op grond van artikel 3d lid 1 Fw. De curator verzet zich tegen aanwijzing van een herstructureringsdeskundige.

De rechtbank overweegt dat verzoekster ten onrechte heeft verzwegen dat de curator aanspraak maakt op meer dan € 10 miljoen in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure. Zeker omdat de procedure tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige geen procedure op tegenspraak is, is het van belang dat alle relevante informatie wordt verstrekt aan de rechtbank. De rechtbank verbindt geen gevolgen aan het niet verstrekken van deze informatie, omdat het verzoek hoe dan ook wordt afgewezen.

Het verzoek van een schuldenaar tot benoeming van een herstructureringsdeskundige wordt

op grond van artikel 371 lid 3 jo. 370 lid 1 Fw toegewezen als de schuldenaar nog niet is opgehouden met betalen, maar zonder herstructurering geen toekomstperspectief heeft. Daarnaast bestaat ook de mogelijkheid om een liquidatieakkoord aan te bieden. In dat geval kan de WHOA volgens de memorie van toelichting 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'.

Aan de voorwaarden voor aanbidding van een liquidatieakkoord is niet voldaan. In de eerste plaats is geen sprake meer van bedrijfsactiviteiten, zodat er niets gecontroleerd af te wikkelen valt. Om die reden mist de WHOA toepassing. Ten tweede is niet voldoende aannemelijk dat een akkoord voor schuldeisers leidt tot een beter resultaat dan een faillissement. Verzoekster wil met de akkoordaanbidding uitsluitend reputatieschade voorkomen. Een faillissement heeft in dit geval meerwaarde, omdat in een faillissement, anders dan onder de WHOA, een rechtmatigheidsonderzoek plaatsvindt. In faillissement kan een curator onderzoek doen naar de afwikkeling van de schulden van verzoekster vanaf 2010, omdat duidelijk is dat sindsdien diverse schulden zijn betaald. Gelet hierop wijst de rechtbank het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige af.

*H.J. de Kloe, september 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 05-08-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2021:7773

**Zaaknummer:** C/10/622612/ HO RK 21/254

**Rechters:** V.G.T. van Emstede, J.C.A.T. Frima en P.J. Neijt

**Advocaten:** J.P.M. Borsboom, M.K. de Bruijn en J.M. van der Wulp

**Wetsartikelen:** 3d Fw en 371 Fw

RECHTSPRAAK

**Rechter-commissaris weigert herstel van een  
machtigingsbeschikking ex artikel 68 lid 3 Fw**

***De wederpartijen van de curator verzoeken herstel van een  
machtigingsbeschikking op grond van artikel 31 Rv. De rechter-  
commissaris weigert het verzochte herstel, omdat zij daartoe geen  
reden ziet en omdat de onderdelen waarvoor herstel wordt verzocht,  
anders dan de wederpartijen stellen, wel degelijk ter zitting ter sprake  
zijn gekomen.***

Op 17 maart 2021 heeft de rechter-commissaris in het faillissement van Zuiddiepjes Holding B.V. en de Combi Groep B.V. op grond van artikel 68 lid 3 Fw de curator een machtiging verleend om een procedure in hoger beroep voort te zetten. Zie hierover INS 2021-0243.

In onderhavige procedure verzoeken de wederpartijen van de curator tot herstel van de machtigingsbeschikking op grond van artikel 31 Rv. In de beschikking staat onder meer welke accountant de curator wilde benoemen als deskundige, dat het opstellen van het rapport door de accountant ongeveer tien weken zou duren en dat de rechter-commissaris kennis heeft genomen van een afgegeven second opinion. De wederpartijen verzoeken om herstel van de beschikking, omdat zij van deze feiten niet op de hoogte waren.

De rechter-commissaris weigert het verzochte herstel, omdat zij daar op grond van artikel 31 Rv geen reden toe ziet. Verder overweegt de rechter-commissaris dat de naam van de accountant wel degelijk op de zitting is genoemd. Ook is gesproken over de periode van tien weken, omdat gedurende die periode uitstel nodig was. Tot slot heeft de rechter-commissaris tijdens de zitting gezegd wat de conclusies waren van de second opinion, waaruit volgt dat zij de second opinion heeft gelezen.

*H.J. de Kloe, september 2021*

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 04-08-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2021:8390

**Zaaknummer:** 14-658 FT EA en 14-183 FT RK

**Rechters:** J.C.A.T. Frima

**Advocaten:** J.A.M. Egberink, I.J.A. Tax en L.M. Graal

**Wetsartikelen:** 68 lid 3 en 31 Rv

RECHTSPRAAK

## **Machtigingsverzoek procederen ex artikel 68 lid 3 Fw**

***De rechter-commissaris verzoekt de wederpartijen van de curator akkoord te gaan met enige tijd uitstel, zodat op het machtigingsverzoek kan worden beslist nadat een accountantsrapport is opgemaakt. Tot teleurstelling van de rechter-commissaris wordt dit uitstel niet verleend, zodat de R-C de machtiging verstrekt.***

In de faillissementen van Zuiddiepjes Holding B.V. en de Combi Groep B.V. heeft de curator op 3 februari 2021 de rechter-commissaris op grond van artikel 68 lid 3 Fw verzocht om een hogerberoepdagvaarding aan te brengen tegen een vonnis dat de rechtbank Rotterdam heeft gewezen op 13 mei 2020 in een procedure tegen Hooge Raedt Groep B.V. c.s. De rechter-commissaris heeft de machtiging om de dagvaarding aan te brengen verleend, met het voorbehoud dat partijen gehoord worden voordat wordt beslist op het verzoek om in hoger beroep voort te procederen.

De curator heeft een second opinion gevraagd aan een advocaat ten aanzien van het vonnis van de rechtbank. Volgens deze second opinion is een aantal vorderingen in hoger beroep kansrijk, mits deze vorderingen cijfermatig worden onderbouwd. Om die reden wenst de curator een accountant opdracht te geven de vorderingen cijfermatig te onderbouwen. Op 10 maart 2021 zijn partijen gehoord. De rechter-commissaris heeft kenbaar gemaakt dat zij kennis wil nemen van het rapport van de accountant voordat zij een beslissing neemt. Daartoe is wel nodig dat partijen ongeveer tien weken uitstel verlenen in de hogerberoepsprocedure voor het nemen van een memorie van grieven door de curator.

Tijdens de zitting heeft een van de aanwezige wederpartijen gezegd voornemens te zijn geen uitstel te verlenen, zodat de curator een minder goed processtuk kan indienen. De rechter-commissaris heeft erop gewezen dat de machtiging in dat geval wordt verleend, terwijl het mogelijk is dat geen machtiging wordt verleend als het accountantsrapport wordt afgewacht.

Op 16 maart 2021 is namens Hooge Raedt Groep c.s. bericht dat geen uitstel wordt verleend in de hogerberoepsprocedure. Ondanks een verzoek tot heroverweging door Hooge Raedt Groep

c.s., verleent de rechter-commissaris de verzochte machtiging tot het voortzetten van de hoger beroepsprocedure.

*Wenk*

In ieder geval in Rotterdam en Amsterdam wordt het beginsel van hoor en wederhoor toegepast voordat een machtiging tot procederen wordt afgegeven op grond van artikel 68 lid 3 Fw. Zie hierover J.C.A.T. Frima & A.E. de Vos, 'Het machtigingsverzoek: de bestuurder gehoord?!', *FIP* 2019/258. Volgens dit artikel, dat mede door de rechter-commissaris in deze procedure is geschreven, leidt het horen van partijen tot minder procedures omdat partijen vaak tijdens of na het horen tot een regeling komen. In deze zaak is dat anders. Omdat de wederpartijen van de curator – tot teleurstelling van de rechter-commissaris – geen uitstel willen verlenen in de appèlprocedure, verleent de rechter-commissaris de machtiging.

*H.J. de Kloe, september 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 17-03-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2021:8389

**Zaaknummer:** 14-658 FT EA en 14-183 FT RK

**Rechters:** J.C.A.T. Frima

**Advocaten:** J.A.M. Egberink, I.J.A. Tax, L.M. Graal en W.M. de Steur

**Wetsartikelen:** 68 lid 3 Fw

## RECHTSPRAAK

### **Toestemming voor gebruik steunvordering is niet nodig**

***Het hof laat het faillissement van een natuurlijk persoon in stand. Toestemming voor het gebruik van een steunvordering is niet nodig. Ook hoeven steunvorderingen niet opeisbaar te zijn. Het hof overweegt verder dat de aanvrager belang heeft bij het faillissement, omdat onduidelijkheid bestaat over diverse vermogensbestanddelen van de schuldenaar.***

De rechtbank Oost-Brabant heeft het faillissement uitgesproken van een natuurlijk persoon op verzoek van de curator van een vennootschap. De schuldenaar is in eerste aanleg en in hoger beroep veroordeeld tot betaling van het boedeltekort in dit faillissement en dient in dat kader € 2 miljoen te betalen aan de curator. De schuldenaar komt in hoger beroep tegen het faillissementsvonnis.

De schuldenaar stelt onder meer dat geen sprake zou zijn van pluraliteit van schuldeisers. De ene steunvordering is een vordering van zijn ex-partner. De ex-partner heeft uitstel van betaling verleend tot ten minste 2023. De andere steunvordering is een vordering van Interbank uit hoofde van een verstrekte geldlening. Ook die vordering is niet opeisbaar, omdat betalingsverplichtingen worden nagekomen door de medeschuldenaar, zijn ex-partner. Ook hebben de ex-partner en de Interbank geen toestemming gegeven om te mogen fungeren als steunvordering.

Het hof overweegt dat toestemming van schuldeisers van steunvorderingen niet nodig is. Ook hoeven steunvorderingen niet opeisbaar te zijn. Vast staat in ieder geval dat de vordering van de curator opeisbaar is en niet is voldaan. Het hof ziet niet in hoe de schuldenaar zijn hoge schulden binnen redelijke termijn kan betalen, omdat hij al langere tijd niet werkt en nauwelijks vermogen heeft. Het hof acht daarom de faillissementstoestand aanwezig.

Tot slot overweegt het hof dat de aanvrager van het faillissement een redelijk belang heeft bij het faillissement. De schuldenaar heeft vermogen in Portugal en houdt alle aandelen in een holding. Over deze vermogensbestanddelen is nauwelijks informatie beschikbaar. Daarnaast

heeft de curator die het faillissement heeft aangevraagd naar voren gebracht dat de deurwaarder geen beslag kon leggen ten laste van de schuldenaar, omdat de schuldenaar in een digitaal systeem zou zijn opgenomen als mogelijke gedupeerde van de kindertoeslagaffaire. Het hof is van oordeel dat dit alles een nader onderzoek verdient.

*H.J. de Kloe, september 2021*

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 05-08-2021

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2021:2493

**Zaaknummer:** 200.296.612\_01

**Rechters:** R.R.M. de Moor, S.M.A.M. Venhuizen en T. van Malssen

**Advocaten:** M.P. Harten en M.A.C. Geurts

**Wetsartikelen:** 6 lid 3 Fw

## RECHTSPRAAK

### **Hof laat faillissementsvonnis kasteeleigenaar in stand**

***De hypothecaire bankschuld overtreft de verwachte waarde van het kasteel, terwijl er nog ander schulden zijn en de schuldenaar nauwelijks inkomsten heeft. Het hof laat daarom het faillissement dat de rechtbank heeft uitgesproken in stand.***

Een natuurlijk persoon is door de rechtbank Oost-Brabant in staat van faillissement verklaard en komt in hoger beroep tegen dit vonnis. De schuldenaar betwist ten eerste dat de aanvrager van het faillissement een vordering op hem heeft. Het hof oordeelt dat dit het geval is. De rechtbank Oost-Brabant heeft de schuldenaar veroordeeld om aan vier eisende partijen bijna € 150.000 te betalen. Dat niet is uitgesplitst aan welke eiser welk bedrag betaald moet worden doet daaraan naar het oordeel van het hof niet af, omdat de schuldenaar op grond van de hoofdregel van artikel 6:15 BW iedere schuldeiser een gelijk deel van de vordering moet betalen, in dit geval 25%.

De schuldenaar betwist verder dat sprake is van pluraliteit van schuldeisers. Hoewel de schuldenaar de hoogte van hypothecaire geldlening betwist, die volgens de aanvrager € 2,75 miljoen bedraagt, staat vast dat ING een vordering heeft op de schuldenaar. Ook staat vast dat er een opeisbare achterstand is bij ING van ongeveer € 70.000. Verder heeft de Belastingdienst een vordering van meer dan € 1 miljoen. Hoewel de schuldenaar het overgrote deel van deze vordering betwist, erkent hij ongeveer € 15.000 verschuldigd te zijn aan de Belastingdienst. Tot slot heeft een aannemer een vordering op de schuldenaar van meer dan € 110.000. Er is dus sprake van pluraliteit van schuldeisers.

Ook verder oordeelt het hof dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. De schuldenaar is voor 99/100 eigenaar van een kasteel, maar heeft voor het overige geen activa. De schuldenaar ontvangt maandelijks € 600 netto lijfrente en wordt verder onderhouden door zijn kinderen. Op de schulden wordt niet afgelost; de schuldenaar bouwt alleen maar renteschulden op. Mede gelet op het feit dat op het kasteel in onverhuurd staat een bod is gedaan van ongeveer € 2,4 miljoen, terwijl het kasteel kennelijk is verhuurd en de vordering van ING al hoger is dan dat bedrag, ziet het er niet naar uit dat de

schuldenaar op korte termijn zijn schulden kan voldoen. Het hof bekrachtigt daarom het vonnis van de rechtbank.

*H.J. de Kloe, september 2021*

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 19-08-2021

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2021:2601

**Zaaknummer:** 200.296.980\_01

**Rechters:** R.R.M. de Moor, A.P. Zweers-van Vollenhoven en R.L.G. Kraaijvanger

**Advocaten:** D. Roesink

**Wetsartikelen:** 6 lid 3 Fw en 6:15 BW

## RECHTSPRAAK

### **Curator moet informatie verstrekken over andere rechtspersonen bij gevorderd bestuursverbod**

***Als de curator een bestuursverbod vordert, moet hij de rechtbank informeren over andere rechtspersonen waarvan betrokkene bestuurder of commissaris is. Omdat de curator hier geen aandacht aan heeft besteed, moet hij de rechtbank hier alsnog over informeren.***

In het faillissement van Heintz/Vreezen Bouw B.V. vordert de curator onder meer dat aan de bestuurder een civielrechtelijk bestuursverbod wordt opgelegd voor de duur van vijf jaar op grond van artikel 106a Fw. De bestuurder is niet verschenen in de procedure.

De rechtbank overweegt dat de curator op grond van artikel 106c lid 1 Fw uittreksels over moet leggen van andere rechtspersonen waarvan betrokkene bestuurder of commissaris is. Op grond van artikel 106c lid 2 Fw worden deze andere rechtspersonen in de gelegenheid gesteld zienswijzen naar voren te brengen over het gevorderde bestuursverbod. Een opgelegd bestuursverbod vormt dan in beginsel een beletsel voor de uitoefening van de functie als bestuurder of commissaris van deze rechtspersonen.

Omdat de curator geen aandacht heeft besteed aan dergelijke andere rechtspersonen, moet de curator de rechtbank informeren over de vraag of er andere rechtspersonen zijn waarvan betrokkene bestuurder of commissaris is. Voor het overige wordt de zaak aangehouden.

*H.J. de Kloe, september 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 21-07-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2021:7898

**Zaaknummer:** C/10/619369 / HA ZA 21-478

**Rechters:** J. van den Bos

**Advocaten:** M.L. Dost

**Wetsartikelen:** 106a Fw, 106b Fw en 106c Fw

RECHTSPRAAK

**Bank hoeft verrekenende bedragen niet terug te betalen in de zaak Hansteen/Verwiel q.q.**

***Nadat de vordering van de curator van Bouwgros tot vergoeding van betaalde leegstandschade tegen Hansteen was afgewezen, vangt de curator ook bot in de procedure tegen ABN AMRO. De curator heeft zich niet gehouden aan de termijn van twaalf maanden uit de Algemene Voorwaarden.***

Mr. Verwiel was curator in het faillissement van Bouwgros B.V. Bouwgros huurde een bedrijfspand van Hansteen Netherlands B.V. ('Hansteen'). ABN AMRO ('de bank') had een bankgarantie gesteld ten gunste van Hansteen, onder meer voor de vergoeding van leegstandschade voor het geval de huurovereenkomst voor het einde van de looptijd zou eindigen. Nadat Bouwgros failliet was verklaard, zegde de curator de huurovereenkomst op grond van artikel 39 Fw op. De bank betaalde uit aan Hansteen onder de bankgarantie, (volgens de curator) onder meer voor leegstandschade. De contragarantie verrekenende de bank met een positief saldo van Bouwgros op een geblokkeerde bankrekening die werd aangehouden bij de bank. Een en ander vond medio 2009 plaats.

Verwiel q.q. sprak Bouwgros aan op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Nadat de Hoge Raad op 17 februari 2017 had geoordeeld dat, hoewel de leegstandschade niet ten laste van de boedel mocht worden gebracht, Bouwgros niet ongerechtvaardigd was verrijkt (ECLI:NL:HR:2017:278), wees het Hof Den Haag op 3 juli 2018 de vorderingen van de curator af voor zover deze zagen op terugbetaling van de leegstandschade die de bank had uitgekeerd (ECLI:NL:GHDHA:2018:1559).

In deze procedure vordert de curator, die inmiddels is vervangen door mr. Kerkhof, betaling van het bedrag dat de bank had verrekend ten laste van de boedel. De bank stelt op grond van artikel 13 van de Algemene Voorwaarden dat de curator zijn recht heeft verwerkt. Op grond van artikel 13 Algemene Voorwaarden geldt de inhoud van opgaven van de bank als goedgekeurd indien deze niet binnen twaalf maanden is betwist. De curator was op 6 juli 2009 op de hoogte van de verrekening door de bank, terwijl de curator de bank pas in mei 2014 voor

het eerst heeft aangesproken.

Ondanks de betwisting door de curator oordeelt de rechtbank dat de bankvoorwaarden van toepassing zijn, omdat de verrekening voortvloeit uit een akte van vrijwaring die is gesloten tussen Bouwgros en de bank. Uit deze akte volgt dat de Algemene Voorwaarden van toepassing zijn op de rechtsverhouding. Ook de curator is hieraan gebonden.

Het beroep van de bank op rechtsverwerking slaagt. Het beroep is niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Weliswaar vloeit uit rechtspraak van de Hoge Raad voort dat leegstandschade niet verhaald kan worden op de boedel, maar deze rechtspraak wordt door het hanteren van een vervaltermijn niet miskend. De rechtbank wijst de vorderingen van de curator af.

*H.J. de Kloe, september 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 14-07-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2021:4285

**Zaaknummer:** C/13/685106 / HA ZA 20-595

**Rechters:** N.C.H. Blankevoort

**Advocaten:** P.A. Kerkhof en E.J. Oppedijk van Veen

**Wetsartikelen:** 39 Fw

RECHTSPRAAK

**WHOA: aanwijzing herstructureringsdeskundige en afkondiging afkoelingsperiode. Beslagen worden niet opgeheven**

***Nadat de omzet van verzoekster door de coronacrisis met 80% is gedaald, heeft zij zich toegelegd op de verkoop van mondkapjes en medische handschoenen. Door problemen met leveranciers uit Turkije en Egypte is verzoekster in de financiële problemen geraakt. Verzoekster wil deze problemen oplossen door een akkoord aan te (laten) bieden onder de WHOA.***

Verzoekster exploiteert een onderneming die zich heeft toegelegd op de verkoop van automatten, wieloppen en stoelhoezen voor auto's voor de groothandel. Een natuurlijk persoon is enig bestuurder en enig aandeelhouder van verzoekster. Vanwege de coronacrisis is de omzet van verzoekster gedaald met 80% en heeft verzoekster zich mede toegelegd op de grootschalige verkoop van mondkapjes en medische handschoenen. Dat laatste is een flop geworden, omdat bestellingen waarop aanbetalingen zijn verricht niet (volledig) zijn ontvangen. In dit verband heeft verzoekster vorderingen op haar Turkse en Egyptische leveranciers van ongeveer € 1,2 miljoen.

Verzoekster kan op haar beurt niet voldoen aan haar leveringsverplichtingen tegenover haar eigen afnemers, terwijl deze afnemers (gedeeltelijk) vooruitbetalingen hebben verricht. Een afnemer heeft conservatoir beslag gelegd op een onroerende zaak en een bankrekening en een andere afnemer is een faillissementsprocedure gestart. Inmiddels zijn de 'normale' activiteiten van verzoekster weer op het niveau van voor de coronacrisis en is zelfs sprake van een groeifase.

Om de problemen die zijn ontstaan door de handel in mondkapjes en medische handschoenen op te lossen, wil verzoekster een akkoord (laten) aanbieden onder de WHOA. Verzoekster vraagt daarom om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, afkondiging van een afkoelingsperiode en opheffing van de gelegde beslagen.

De rechtbank oordeelt dat verzoekster in de toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan, zodat het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt toegewezen op grond van artikel 371 lid 3 jo. 370 lid 1 Fw. Omdat een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kondigt de rechtbank op grond van artikel 3d lid 2 jo. 376 Fw een afkoelingsperiode af voor de duur van vier maanden.

De rechtbank wijst het verzoek tot opheffing van de beslagen af. Verzoekster heeft verklaard eerst te proberen het akkoord te financieren door haar vorderingen op de leveranciers in Turkije en Egypte te incasseren. Pas als dat niet lukt, wordt gekeken of de onroerende zaak moet worden verkocht. Verzoekster heeft verder verklaard dat de lopende kosten kunnen worden voldaan uit de inkomsten uit de lopende werkzaamheden. Opheffing van de gelegde beslagen is daarom naar het oordeel van de rechtbank niet noodzakelijk om de onderneming tijdens de voorbereiding van het akkoord te kunnen voortzetten.

*H.J. de Kloe, september 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 20-07-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2021:7771

**Zaaknummer:** C/10/621309/ HO RK 21/232 en C/10/621318/ HO RK 21/233

**Rechters:** F. Damsteegt-Molier, M.D.E. Leppens en B.A. Cnossen

**Advocaten:** L.P.J. Krijgsman en B.J. Agteresch

**Wetsartikelen:** 3d Fw, 370 Fw, 371 Fw en 376 Fw

RECHTSPRAAK

**Curator hoeft geen nader onderzoek te verrichten naar strafbare feiten**

***Verzoeker is niet-ontvankelijk in zijn verzoek op grond van artikel 69 Fw, omdat niet is gebleken dat verzoeker schuldeiser is. Daarnaast ontbreekt het vereiste boedelbelang, omdat het zou gaan om strafrechtelijk handelen tegenover individuen. Tot slot zijn er onvoldoende aanknopingspunten dat de vermeende strafbare feiten tot een faillissement hebben geleid, zodat onderzoek door de curator niet aan de orde is.***

De coöperatie Coöperatieve Vereniging Briedis Jeugdbeschermers U.A. is op 1 juni 2021 failliet verklaard. Een natuurlijk persoon heeft de rechter-commissaris op grond van artikel 69 Fw verzocht de curator te bevelen zijn onderzoek niet te beperken tot dat wat gebruikelijk is in faillissementen, maar een breder en dieper onderzoek uit te voeren naar het strafrechtelijk handelen door de bestuurder en de (voormalig) leden van de schuldenaar. De rechter-commissaris oordeelt dat verzoeker niet-ontvankelijk is in zijn verzoek. Weliswaar heeft hij gesteld als ouder (kennelijk van een onder toezicht gesteld kind) een vordering te hebben op de schuldenaar op grond van onrechtmatig handelen, maar de rechter-commissaris oordeelt dat vooralsnog niet duidelijk is dat verzoeker een vordering heeft op de schuldenaar. Daarnaast ziet het verzoek op misdrijven die zouden zijn begaan tegenover individuen, zodat het vereiste boedelbelang ontbreekt.

Ten overvloede overweegt de rechter-commissaris dat er onvoldoende aanknopingspunten bestaan dat de door verzoeker opgesomde vermeende misdrijven tot het faillissement hebben geleid. Onderzoek hiernaar door de curator binnen het kader van artikel 68 lid 2 Fw is daarom niet aan de orde. Tot slot ligt onderzoek naar strafbare feiten niet op de weg van de curator, maar van het Openbaar Ministerie.

*H.J. de Kloe, september 2021*

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 03-08-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBDHA:2021:8661

**Zaaknummer:** F.09/21/90

**Rechters:** H.J. van Harten

**Wetsartikelen:** 68 Fw en 69 Fw

RECHTSPRAAK

## Rechtbank laat faillissement ook na verzet in stand

***Weliswaar is niet summierlijk gebleken van het bestaan van de aangevoerde steunvorderingen, maar de schuldenaar heeft zich niet uitgelaten over vorderingen die bij de curator zijn ingediend.***

Een vennootschap is bij verstekvonnis failliet verklaard. De schuldenaar gaat in verzet. De schuldenaar erkent de uit een vaststellingsovereenkomst voortvloeiende vordering van € 200.000 van de aanvrager van het faillissement, maar betwist de twee aangevoerde steunvorderingen. De rechtbank oordeelt dat niet summierlijk is gebleken van het bestaan van deze steunvorderingen. Ten aanzien van de eerste steunvordering heeft de aanvrager niet aangetoond dat de betwisting van de schuldenaar aanstonds verworpen dient te worden. De tweede steunvordering is niet met stukken onderbouwd, zodat de schuldenaar tegenover de blote stelling van de aanvrager kan volstaan met een blote betwisting.

Toch laat de rechtbank het faillissement in stand, omdat de curator heeft gesteld dat diverse vorderingen zijn ingediend. Zo heeft de Belastingdienst een vordering ingediend van ruim € 136.000. Ondanks uitdrukkelijk verzoek van de rechtbank heeft de schuldenaar zich niet uitgelaten over deze vordering. Er is daarom sprake van pluraliteit van schuldeisers en ook overigens is summierlijk gebleken dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. Niet is gebleken dat de schuldenaar haar schulden kan voldoen of dat zij met al haar schuldeisers een betalingsregeling heeft getroffen.

*H.J. de Kloe, september 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 06-08-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2021:7774

**Zaaknummer:** FT RK 21-170

**Rechters:** C.G.E. Prenger

**Advocaten:** S.R. van der Boom en L.S. Kerkman

**Wetsartikelen:** 6 lid 3 Fw

## RECHTSPRAAK

### **Bekrachtiging faillissementsvonnis. Hof ziet aanleiding voor gedegen onderzoek naar verhaalsmogelijkheden van de schuldenaar**

***De vordering van verzoekers vloeit voort uit een vonnis dat de rechtbank uitvoerbaar bij voorraad heeft verklaard. Daarnaast heeft de Belastingdienst een vordering op de schuldenaar. Omdat de curator nauwelijks liquiditeiten heeft aangetroffen en de schuldenaar geen activiteiten meer ontplooit, verkeert de schuldenaar in de faillissementstoestand. Tot slot ziet het hof aanleiding in een gedegen onderzoek naar de verhaalsmogelijkheden van de schuldenaar.***

Een vennootschap is failliet verklaard op verzoek van twee verzoekers. De schuldenaar gaat in hoger beroep tegen het faillissementsvonnis. Het hof oordeelt dat de verzoekers een vordering hebben uit hoofde van een vonnis van de rechtbank Oost-Brabant, omdat de schuldenaar is veroordeeld in de proceskosten en deze kosten niet heeft voldaan. Deze vorderingen worden niet betwist door de schuldenaar. Verzoekers hebben dus een vorderingsrecht.

Verzoekers hebben ook een vordering op de schuldenaar omdat de schuldenaar een gesloten vaststellingsovereenkomst niet is nagekomen door een enquêteprocedure te starten bij de Ondernemingskamer. De hoogte van de vordering wordt betwist, maar volgens het hof is het voldoende aannemelijk dat de schuldenaar op grond hiervan een bedrag is verschuldigd aan de verzoekers.

Daarnaast heeft een andere schuldeiser, BV 4, een vordering van € 500.000 op basis van een vonnis van de rechtbank Oost-Brabant. Die laatste vordering ziet op verbeurde boetes. Anders dan de schuldenaar heeft aangevoerd, is summierlijk gebleken van het vorderingsrecht van BV 4. De rechtbank heeft de vordering toegewezen en de vorderingen bij herstelvonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaard. De rechtbank heeft het contractuele maximum van de boetes gerespecteerd. Daar komt bij dat volgens vaste jurisprudentie terughoudendheid betracht moet worden bij het matigen van contractuele boetes tussen ondernemingen. Tot slot

heeft de Belastingdienst een vordering op de schuldenaar. Naar het oordeel van het hof is daarom sprake van pluraliteit van schuldeisers.

Ook voor het overige is de schuldenaar opgehouden te betalen. De curator heeft nauwelijks liquiditeiten aangetroffen, terwijl geen activiteiten meer worden ontplooid door de schuldenaar. Volgens appellante ging het 'hartstikke goed met zijn bedrijf', maar ter zitting bleek het te gaan over de onderneming van de bestuurder van de schuldenaar en niet over de schuldenaar zelf. Tot slot oordeelt het hof dat er voldoende aanleiding bestaat voor een onderzoek naar de verhaalsmogelijkheden van de schuldenaar, omdat er onduidelijkheid bestaat over de vermogenspositie van de schuldenaar. Volgens het beroepschrift zou de schuldenaar voldoende betalings- en leningsmogelijkheden hebben, terwijl het hof daarvan niet is gebleken. Ook verdienen de geldstromen rond het nieuwe bedrijf van de bestuurder en de schuldenaar een nader onderzoek. Het hof laat het faillissement daarom in stand.

*H.J. de Kloe, september 2021*

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 05-08-2021

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2021:2494

**Zaaknummer:** 200.294.178\_01

**Rechters:** S.M.A.M. Venhuizen, R.R.M. de Moor en T. van Malssen

**Advocaten:** A.J.A.M. van Haandel en E. Jansberg

**Wetsartikelen:** 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

## **Afwijzing eigen aangifte faillissement, geen baten om de faillissementskosten te bestrijden**

***Omdat een eerder faillissement recent is opgeheven bij gebrek aan baten, moet de schuldenaar op grond van artikel 18 Fw aantonen dat er voldoende baten zijn om de faillissementskosten te bestrijden. Hierin is de schuldenaar niet geslaagd.***

Een natuurlijk persoon heeft op 2 juli 2021 een eigen aangifte faillietverklaring ingediend. Een eerder faillissement van de schuldenaar is op 21 mei 2021 opgeheven bij gebrek aan baten. In dat geval wordt op grond van artikel 18 Fw het faillissement alleen uitgesproken als wordt aangetoond dat er voldoende baten aanwezig zijn om de faillissementskosten te bestrijden. De schuldenaar heeft gesteld dat zijn echtgenote €R 50.000 ter beschikking wil stellen voor een crediteurenakkoord. De rechtbank oordeelt dat hiermee niet is voldaan aan artikel 18 Fw, omdat dit bedrag geen bate is van de schuldenaar en omdat het bedrag alleen beschikbaar is als een akkoord wordt aangenomen en gehomologeerd.

Ten overvloede overweegt de rechtbank dat de schuldenaar zijn bevoegdheid om eigen aangifte te doen misbruikt, omdat het enige doel van de eigen aangifte kennelijk is om door middel van een omzettingsverzoek ex artikel 15b Fw toegelaten te worden tot de schuldsaneringsregeling.

Dat de schuldenaar het faillissement aanvraagt omdat één schuldeiser niet instemt met een aangeboden schuldenregeling verandert niets aan de zaak, omdat het faillissement niet als doel heeft om een schuldenaar te beschermen tegen zijn schuldeisers of hulp te bieden bij het oplossen van financiële problemen. De rechtbank wijst het verzoek tot faillietverklaring af.

*H.J. de Kloe, september 2021*

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 20-07-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2021:7623

**Zaaknummer:** C/10/621347 / FT EA 21/831

**Rechters:** W.J. Roos-van Toor

**Wetsartikelen:** 18 Fw

RECHTSPRAAK

## Vernietiging faillissement in hoger beroep

***Het faillissement van Active Materiaal B.V. en Active Building Group Ltd (gezamenlijk 'Active c.s.') wordt vernietigd in hoger beroep, omdat geïntimeerden hebben bevestigd geen vordering te hebben (gehad) op Active c.s.***

Active Materiaal B.V. en Active Building Group Ltd (gezamenlijk 'Active c.s.') zijn bij afzonderlijk vonnis failliet verklaard op verzoek van geïntimeerden in hoger beroep. Active c.s. heeft hoger beroep ingesteld. Geïntimeerden hebben het hof bericht dat zij instemmen met vernietiging van het faillissement. Geïntimeerden verklaren dat zij niets van Active c.s. te vorderen hebben (gehad). Het hof vernietigt daarom het faillissement. Het hof brengt de faillissementskosten ten laste van Active c.s. omdat partijen hebben afgesproken dat Active c.s. de faillissementskosten zal dragen.

*H.J. de Kloe, september 2021*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 02-08-2021

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2021:7327

**Zaaknummer:** 200.296.658 en 200.296.661

**Rechters:** L. Janse, R.A. Boon en B.J. Engberts

**Advocaten:** S.R. Voorhorst en F.P.G.F. de Moel

**Wetsartikelen:** 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

## **Geen bestuurdersaansprakelijkheid voor niet nakomen betalingstoezegging als gevolg van coronacrisis**

***Op het moment dat de toezegging werd gedaan, waren de gevolgen van de coronacrisis niet te voorzien. Betaling van loon met NOW-gelden is niet onrechtmatig selectief. Er was sprake van betalingsonmacht en niet van betalingsonwil.***

Twee vennootschappen zijn op 10 februari 2020 met elkaar een overeenkomst van opdracht aangegaan in het kader van de Nationale Carrièrebeurs die door de eisende partij werd georganiseerd en zou plaatsvinden op 20 en 21 maart 2020. Gedaagde is de bestuurder van de opdrachtnemer ('de bestuurder').

Eiseres heeft op of kort na 3 maart 2020 een voorschot van € 36.300 betaald, op voorwaarde dat het voorschot zou worden terugbetaald als de beurs niet door zou gaan. De bestuurder heeft toegezegd dat het voorschot in dat geval zou worden terugbetaald.

Op 12 maart 2020 is een landelijk verbod op evenementen ingesteld in verband met de coronacrisis, waardoor de beurs niet door kon gaan. Op 30 maart 2020 heeft de opdrachtnemer een creditfactuur gestuurd voor het voorschot, maar het voorschot is niet teruggestort. De opdrachtnemer is op 12 mei 2020 op eigen aangifte failliet verklaard.

Eiseres stelt dat de bestuurder aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad, omdat hij namens de opdrachtnemer een betalingstoezegging heeft gedaan die de bv niet is nagekomen. De rechtbank oordeelt dat de bestuurder niet aansprakelijk is tegenover eiseres. Op het moment dat de toezegging werd gedaan, wist de bestuurder niet en behoorde hij ook niet te weten dat de opdrachtnemer de toezegging niet kon nakomen. Dat door de coronacrisis evenementen voor langere tijd zouden worden afgelast waardoor de orderportefeuille van de opdrachtnemer volledig wegviel en haar kasstromen volledig opdroogden, was niet te voorzien.

De bestuurder heeft betaling ook niet gefrustreerd door onrechtmatig selectief te betalen. Betalingen die zijn gedaan zien op loonbetalingen. Deze betalingen zijn verricht met behulp

van ontvangen NOW-gelden. Dit is volgens de rechtbank niet onrechtmatig, omdat NOW-gelden niet voor andere doeleinden mogen worden aangewend. Van andere onrechtmatige selectieve betalingen is niet gebleken. Bovendien was sprake van betalingsonmacht, zodat de bestuurder geen verwijt kan worden gemaakt van het niet terugbetalen van het voorschot. De rechtbank wijst de vorderingen van eiseres af.

*H.J. de Kloe, september 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Gelderland

**Datum uitspraak:** 21-07-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBGEL:2021:4070

**Zaaknummer:** C/05/379355

**Rechters:** V.A.J. Abbing

**Advocaten:** J.M. van Essen en C.D.R. Schoonderbeek

**Wetsartikelen:** 6:162 BW

RECHTSPRAAK

## **Toewijzing verschoningsverzoek rechter-commissaris in het faillissement van LexIQ**

***De rechter-commissaris werkt in het kader van de Nederlandse Vereniging voor Herstructurering samen met een hoogleraar die (met anderen) boedelbestanddelen wil kopen. Vanwege deze omstandigheid, in samenhang met het feit dat de R-C hierin aanleiding ziet een verschoningsverzoek te doen, wijst de rechtbank het verzoek toe.***

LexIQ B.V. verzorgde onder meer de technische ondersteuning van het European Insolvency and Restructuring Journal (EIRJ). LexIQ is op 11 mei 2021 failliet verklaard. Onder meer een hoogleraar die betrokken is bij het EIRJ wil de url, de website en het CMS uit de boedel kopen. De rechter-commissaris in het faillissement van LexIQ B.V. verzoekt zich te mogen verschonen, omdat zij met deze hoogleraar samenwerkt in het kader van de Nederlandse Vereniging voor Herstructurering (in oprichting). Hoewel de rechtbank overweegt dat hieraan niet ontleend kan worden dat de rechter-commissaris niet onpartijdig is, wijst de rechtbank het verzoek tot verschoning toe. De aangevoerde omstandigheid, in samenhang met het verschoningsverzoek door de rechter, levert een zwaarwegende aanwijzing op voor het oordeel dat de vrees dat de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden gerechtvaardigd is.

*H.J. de Kloe, september 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 01-06-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2021:7396

**Zaaknummer:** 619290 / HA RK 21-618

**Rechters:** W.J.J. Wetzels, A. Buizer en K.A. Baggerman

**Wetsartikelen:**

RECHTSPRAAK

## **Bevoegde rechter en toepasselijk recht bestuurdersaansprakelijkheid**

***Een Nederlandse vennootschap stelt de bestuurder van een Belgische klant aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad. Het hof acht zich bevoegd en oordeelt dat Nederlands recht van toepassing is. Het hof wijst de vordering af bij gebrek aan feitelijke onderbouwing.***

Appellante exploiteert een tomatenhakenwikkelbedrijf en doet al geruime tijd zaken met Forpex België CVBA. In 2016 heeft appellante zaken verkocht en geleverd. Van het gefactureerde bedrag is ongeveer € 130.000 onbetaald gebleven. Appellante heeft niet alleen Forpex in rechte betrokken, maar appellante heeft ook de bestuurder van Forpex aansprakelijk gesteld op grond van onrechtmatige daad. De rechtbank heeft de vordering tegen Forpex toegewezen, maar de vordering tegen de bestuurder afgewezen. Appellante komt in hoger beroep.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de Nederlandse rechter bevoegd is kennis te nemen van de vordering tegen Forpex en haar bestuurder op grond van artikel 25 lid 1 sub a van de EEX-verordening, omdat appellante in de algemene voorwaarden die van toepassing zijn een forumkeuzebeding heeft opgenomen. Omdat hiertegen geen beroep is ingesteld, gaat het hof uit van de juistheid hiervan. Ten aanzien van het toepasselijk recht heeft de rechtbank geoordeeld dat de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering niet valt onder de reikwijdte van artikel 10:119 onder e BW, maar dat het toepasselijk recht moet worden beoordeeld aan de hand van de Rome II-verordening. Omdat de schade zich heeft voorgedaan in Nederland, is Nederlands recht van toepassing op grond van artikel 4 lid 1 Rome II. Het hof oordeelt dit juist en maakt het oordeel van de rechtbank tot het zijne.

Ook inhoudelijk sluit het hof zich aan bij de rechtbank. Volgens het hof heeft appellante onvoldoende feitelijk onderbouwd waarom sprake zou zijn van Beklamelaansprakelijkheid. Appellante heeft niet uitgelegd waarom de bestuurder op het moment van het plaatsen van de bestellingen in 2016 redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat Forpex niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade. Appellante

had hiervoor ten minste uiteen moeten zetten wat de financiële situatie van Forpex was op het moment dat de bestellingen werden gedaan. Omdat appellante dit niet heeft gedaan, stuit het verwijt alleen al hierop af. Ook het verwijt dat sprake zou zijn van betalingsonwil stuit af op een gebrek aan feitelijke onderbouwing. Appellante heeft niet gemotiveerd gesteld dat de factuur niet is betaald, terwijl de financiële situatie van Forpex dit wel toeliet. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

*H.J. de Kloe, september 2021*

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 27-07-2021

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2021:2348

**Zaaknummer:** 200.258.730\_01

**Rechters:** R.A. van der Pol, O.G.H. Milar en H.F.P. van Gastel

**Advocaten:** M.A.M. van Dooren

**Wetsartikelen:** 6:162 BW, 25 lid 1 EEX-verordening, 10:119 onder e BW en 4 lid 1 Rome II-verordening

## RECHTSPRAAK

### **Homologatie akkoord in surseance**

***Waarde van het actief in faillissement moet voldoende duidelijk zijn voor homologatie. Rangwisseling in een andere vennootschap kan aanleiding zijn voor weigering van de homologatie.***

Op 31 mei 2021 is aan een financieringsvennootschap surseance van betaling verleend ('de schuldenaar'). De schuldenaar heeft van 129 verschillende financiers geld geleend ('de leningverstrekkers'). De totale schuldenlast bedraagt € 11.564.023,02. De geleende gelden worden op gelijke voorwaarden doorgeleend aan vennootschap 1. Vennootschap 1 ontwikkelt medische producten. De activiteiten van vennootschap 1 liggen vanaf januari 2020 stil en vennootschap 1 heeft € 7,5 miljoen nodig voor een volgende ontwikkelingsfase. Op 1 april 2021 is aan vennootschap 1 en drie van haar dochtermaatschappijen surseance van betaling verleend. Een schematische weergave van een en ander is opgenomen in r.o. 2.8 van de uitspraak.

De leningverstrekkers hebben een vordering op de schuldenaar. De schuldenaar heeft een met een tweede pandrecht gezeekerde vordering op vennootschap 1. Het door de schuldenaar in de surseance aangeboden akkoord is door de schuldeisers aangenomen. Onder het akkoord vindt geen betaling aan de schuldeisers plaats, maar enkel een omzetting van hun lening met een beperkte looptijd naar een lening voor onbepaalde tijd met een lager rentepercentage. Daarnaast worden voorwaarden genoemd waaronder de schuldenaar haar pandrechten laat vervallen, met als doel om de verkoop van de IE-rechten van de dochtervennootschappen te vergemakkelijken. In de surseance van vennootschap 1 wordt ook gewerkt aan een akkoord, met als doel om de ontwikkeling van IE-rechten veilig te stellen. Hiervoor wordt gedacht aan een verkoop van de IE-rechten in ruil voor aandelen. Het pandrecht van de schuldenaar zal in dat verband moeten komen te vervallen.

In de onderhavige uitspraak beoordeelt de rechtbank of het akkoord kan worden gehomologeerd. Daarbij gaat de rechtbank in op het verslag van de bewindvoerder en argumenten aangevoerd door een aantal schuldeisers.

*Waarde in faillissement vergeleken met aanbod onder akkoord*

Op grond van artikel 272 lid 2 Fw zal de homologatie worden geweigerd indien de baten van de boedel de bij het akkoord bedongen som te boven gaan. De rechtbank concludeert dat de waarde van het aanbod onder het akkoord nihil is doordat de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers verslechteren. De bewindvoerder komt in zijn verslag tot de conclusie dat de waarde van dochtervennootschapsrechten in faillissement nihil zal zijn, althans minder dan de vordering van de eerste pandhouder. De rechtbank oordeelt dat de bewindvoerder onzorgvuldig is geweest in zijn onderzoek. Er zijn zeer uiteenlopende schattingen over de waarde van de IE-rechten en er heeft geen recente taxatie plaatsgevonden. Om die reden had de bewindvoerder niet kunnen volstaan met het maken van een eigen inschatting. De bewindvoerder moet in ieder geval een poging doen de waarde van IE-rechten in faillissement te laten vaststellen of een grove inschatting daarvan te laten maken door een deskundige. De rechtbank stelt vast dat nog niet kan worden vastgesteld of het akkoord voldoet aan artikel 272 lid 2 sub 1 Fw.

#### *Zijn er schuldeisers begunstigd?*

Op grond artikel 272 lid 2 sub 3 Fw moet de homologatie worden geweigerd indien een of meer schuldeisers worden begunstigd. De vraag is of het waarschijnlijke verval van het pandrecht van de schuldenaar ten laste van vennootschap 1 een begunstiging oplevert voor crediteuren die ook schuldeiser zijn van vennootschap 1, die niet langer na de pandhouder in rang komen. De rechtbank oordeelt dat de rangwisseling van pandhouder naar concurrente crediteur een begunstiging is van de schuldeisers van vennootschap 1. Het al dan niet vervallen van het pandrecht is echter afhankelijk van de uiteindelijke inhoud van het akkoord in de surseance van vennootschap 1. De schuldenaar heeft wel een beeld geschetst van het akkoord, maar heeft ook ter zitting verklaard dat het akkoord dat wordt aangeboden door vennootschap 1 nog kan wijzigen. Nu de uiteindelijke inhoud van dat akkoord relevant is om vast te stellen of sprake is van de geconstateerde begunstiging, kan op dit moment geen eindoordeel over de homologatie gegeven worden. De rechtbank geeft de schuldenaar de gelegenheid om zich alsnog uit te laten over de beoordeling en de inhoud van het door vennootschap 1 aan te bieden akkoord.

#### *Moet de surseance worden ingetrokken?*

Tot slot overweegt de rechtbank ten aanzien van het intrekkingverzoek ex artikel 242 Fw als volgt. Op grond van artikel 276 Fw eindigt de surseance als het akkoord gehomologeerd wordt (een weigering heeft hetzelfde gevolg). De rechtbank stelt vast dat er geen spoedeisende redenen zijn aangevoerd waarom op een intrekking zou moeten worden beslist voordat over de homologatie een beslissing wordt genomen.

*D.R.C. Smit, september 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 03-08-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2021:3739

**Zaaknummer:** C/16/21/7 S

**Rechters:** P.J. Neijt

**Advocaten:** J.G. Princen en I.C.J.C. van de Klundert

**Wetsartikelen:** Art. 272 Fw