INS INSOLVENTIERECHT UPDATES

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 18, 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. H. Boven, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. C.M.A. Knoben, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.IJ. Overgoor, mr. M. Pinar, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2021:1359 24-09-2021
Verrekening schuld uit draagplicht
Curator heeft namens zeven vennootschappen één totaalvordering uit draagplicht jegens het voormalige groepshoofd toegewezen gekregen. De Hoge Raad laat het oordeel van het hof in stand dat het groepshoofd zijn draagplichtschuld niet kan verrekenen met zijn vordering op een van de vennootschappen.

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2021:1353 24-09-2021
Hoge Raad beantwoordt prejudiciële vragen over afwikkeling van een wettelijke schuldsanering met klein boedelsaldo. Met wenk.
Op grond van de Recofa-richtlijnen wordt door sommige rechtbanken geen verificatievergadering en slotuitdelingslijst verlangd bij formele beëindiging van een WSNP-traject, indien het te verdelen actief kleiner is dan € 2.000. De Hoge Raad antwoordt op prejudiciële vragen over de aanvaardbaarheid van dit beleid dat een slotuitdelingslijst altijd vereist is als de schuldenaar het WSNP-traject volledig heeft doorlopen.

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:2872 16-09-2021
Opening territoriale faillissementsprocedure Slowaakse vennootschap
Slowaakse vennootschap heeft vestiging in Nederland. Nu er geen sprake is van hoofdprocedure kan territoriale procedure worden geopend.

Rechtbank

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2021:5058 17-09-2021

Verzoek om afkoelingsperiode in WHOA-traject toegewezen. Met wenk.
Schuldenaar die een akkoord wenst aan te bieden door middel van de WHOA, verzoekt om een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw. Verzoek wordt toegewezen.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:4910 15-09-2021

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens risicovolle verdeling van werkzaamheden binnen groepsstructuur
De bestuurders zijn aansprakelijk omdat zij niet hebben gehandeld als redelijk denkend bestuurders. De inrichting van werkzaamheden binnen de groep was risicovol en strekte ten nadele van de gefailleerde vennootschap.

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2021:4901 15-09-2021

Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW afgewezen
Gedaagde kwalificeert niet als feitelijk bestuurder en is voor het overige niet aansprakelijk op grond van (onder meer) artikel 2:248 BW.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:8985 15-09-2021

Bestuursverbod bij verstek opgelegd
De rechtbank wijst de vordering tot het opleggen van een bestuursverbod toe. Wel gaat het bestuursverbod pas in als de veroordeling op grond van artikel 2:248 BW onherroepelijk is.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:7912 08-09-2021

Feitelijk beleidsbepaler is aansprakelijk voor het boedeltekort, weerlegging bewijsvermoeden en vordering tot vrijwaring slaagt niet
De feitelijk beleidsbepaler (indirect bestuurder) is aansprakelijk voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW. Hij slaagt niet in de weerlegging van het bewijsvermoeden en ook niet in de vordering tot vrijwaring ten aanzien van zijn voormalige handelspartner.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2021:3917 08-09-2021

Peeters/Gatzen-vordering en de faillissementspauliana bij voortzetting onderneming en overname inventaris en Harley Davidson
Deze zaak gaat over (1) de vraag of A onrechtmatig tegenover de schuldeisers van B heeft gehandeld door, voorafgaand aan het faillissement van B, de onderneming van B voort te zetten zonder daarvoor een vergoeding aan B te betalen en (2) of de curator de koopovereenkomst tussen A en B terecht met een beroep op de faillissementspauliana buitengerechtelijk heeft vernietigd.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:3995 05-08-2021

Verlenging afkoelingsperiode WHOA op verzoek herstructureringsdeskundige
De rechtbank oordeelt dat de afkoelingsperiode nog noodzakelijk is en dat belangrijke vooruitgang is geboekt bij de totstandkoming van het akkoord. De afkoelingsperiode wordt met vier maanden verlengd tot de maximale duur van acht maanden.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:8121 23-07-2021

Aspectenverzoek ex artikel 378 Fw – klassenindeling
Verzoekster verzoekt een beslissing over de indeling van de concurrente vordering van Rabobank in een andere klasse dan de overige concurrente vorderingen.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:2997 09-07-2021

Gedwongen medewerking medeaandeelhouder aan noodzaakfinanciering in kort geding
Een aandeelhouder dwingt haar medeaandeelhouder via kort geding om mee te werken aan noodzaakfinanciering of verwatering. De vordering wordt toegewezen nu aan de vereisten voor noodzaakfinanciering is voldaan.

Antillen

Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten, ECLI:NL:OGEAM:2021:92 14-09-2021

Aansprakelijkheid advocaten boedelkosten omdat schuldenaar failliet is verklaard door beroepsfout
De advocaten die de schuldenaar hebben bijgestaan, hebben hem ten onrechte niet gewezen op de mogelijkheid die zijn echtgenote had om een hoofdelijke aansprakelijkstelling te vernietigen op grond van artikel 1:88 jo. 1:89 BW. Hierdoor is de schuldenaar – aldus het gerecht – failliet verklaard. De advocaten zijn daarom aansprakelijk voor de boedelschulden.

RECHTSPRAAK

Peeters/Gatzen-vordering en de faillissementspauliana bij voortzetting onderneming en overname inventaris en Harley Davidson

Deze zaak gaat over (1) de vraag of A onrechtmatig tegenover de schuldeisers van B heeft gehandeld door, voorafgaand aan het faillissement van B, de onderneming van B voort te zetten zonder daarvoor een vergoeding aan B te betalen en (2) of de curator de koopovereenkomst tussen A en B terecht met een beroep op de faillissementspauliana buitengerechtelijk heeft vernietigd.

In deze procedure bij de rechtbank Noord-Nederland staat ten eerste de vraag centraal of rechtspersoon A onrechtmatig tegenover de schuldeisers van de failliete rechtspersoon B heeft gehandeld door, voorafgaand aan het faillissement van B, de onderneming van B voort te zetten zonder daarvoor een vergoeding aan B te betalen. Ten tweede ligt de vraag voor of de curator de koopovereenkomsten die tussen A en B zijn gesloten inzake de inventaris en motorfiets van B terecht met een beroep op de faillissementspauliana buitengerechtelijk heeft vernietigd. De rechtbank Noord-Nederland heeft beide vragen bevestigend beantwoord.

Wat betreft het handelen van A tegenover de schuldeisers van de failliete onderneming B stelt de rechtbank voorop dat een faillissementscurator bevoegd is om in geval van benadeling van schuldeisers door de gefailleerde voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers op te komen. In dat kader kan ook plaats zijn voor het geldend maken van een vordering tot schadevergoeding tegen een derde die bij de benadeling betrokken was, ook al kwam een dergelijke vordering niet aan de gefailleerde zelf toe. Dit is de zogenoemde *Peeters/Gatzen* -vordering, vernoemd naar het gelijknamige arrest HR 14 januari 1983, *NJ* 1983/597. De rechtbank is van oordeel dat de curator voldoende heeft onderbouwd dat A de onderneming van B heeft voortgezet met gebruikmaking van in ieder geval de inventaris, de debiteuren, het onderhanden werk en de bedrijfsauto's van B, zonder daarvoor een vergoeding aan B te betalen, waardoor de gezamenlijke crediteuren van B zijn benadeeld. Het voortzetten door A van de onderneming van B, zonder daarvoor een vergoeding aan B te betalen, heeft als gevolg

gehad dat actief uit het vermogen van B is gevloeid zonder dat daarvoor gelijkwaardige vermogensbestanddelen in de plaats zijn gekomen waarop de schuldeisers van B zich hadden kunnen verhalen. Daarmee heeft A naar het oordeel van de rechtbank onrechtmatig tegenover de gezamenlijke schuldeisers van B gehandeld.

Wat betreft de buitengerechtelijke vernietiging door de curator van de koopovereenkomsten tussen A en B inzake de inventaris en motorfiets van B op grond van de faillissementspauliana (art. 42 Fw) stelt de rechtbank voorop dat tussen partijen niet in geschil is dat de koopovereenkomsten waarvan de curator de nietigheid heeft ingeroepen rechtshandelingen betreffen die voorafgaand aan het faillissement van B onverplicht zijn verricht. Tussen partijen is echter wel in geschil of sprake is van benadeling en of zowel A als B van deze benadeling wisten dan wel behoorden te weten. Ten aanzien van de benadeling overweegt de rechtbank dat de schuldeisers van B in hun verhaalsmogelijkheden zijn beperkt. Er zijn immers vermogensbestanddelen uit het vermogen van B verdwenen zonder dat daar een tegenprestatie van A tegenover heeft gestaan. Ten aanzien van de wetenschap van de benadeling overweegt de rechtbank dat deze, gelet op het bewijsvermoeden van artikel 43 lid 1 aanhef en onder 5° b Fw, bij zowel A als B wordt vermoed aanwezig te zijn. De gewraakte rechtshandelingen zijn binnen een jaar vóór de faillietverklaring van B onverplicht verricht tussen rechtspersonen A en B met precies dezelfde bestuurder. A heeft geen tegenbewijs geleverd tegen het bewijsvermoeden, zodat de rechtbank oordeelt dat de curator de koopovereenkomsten met een beroep op de faillissementspauliana terecht heeft vernietigd.

N. Lgarah, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak: 08-09-2021
ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2021:3917
Zaaknummer: 197026
Rechters: M. Sanna
Advocaten: M.M.J. Arts en P.C. van der Maas
Wetsartikelen: 42 Fw en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Gedwongen medewerking medeaandeelhouder aan noodzaakfinanciering in kort geding

Een aandeelhouder dwingt haar medeaandeelhouder via kort geding om mee te werken aan noodzaakfinanciering of verwatering. De vordering wordt toegewezen nu aan de vereisten voor noodzaakfinanciering is voldaan.

Feiten

A houdt de aandelen in Holding A. B houdt de aandelen in Holding B. Holding A en Holding B houden ieder 50% van de aandelen in de Vennootschap. De Vennootschap houdt alle aandelen in de Werkmaatschappij. De Werkmaatschappij exploiteert een grootkeukenfabrikant en is importeur van een zeker keukenmerk.

De Werkmaatschappij huurt een bedrijfsruimte die niet (meer) voldoet aan de regelgeving voor brandveiligheid en arbeidsomstandigheden en nodig aan verbouwing toe is. De geraamde kosten daarvan bedragen ongeveer € 1,7 miljoen. De huurovereenkomst loopt op 21 december 2023 af, en kan vervroegd worden opgezegd. Om die reden is A van mening dat het weinig zin heeft om te verbouwen. A wenst de beoogde verhuizing daarom naar voren te halen en gebruik te maken van de optie om vervroegd op te zeggen. Hiervoor heeft de Werkmaatschappij volgens A een financiering nodig van € 300.000.

A vindt dat B via Holding B moet mee investeren met A, om de Werkmaatschappij van de benodigde middelen te voorzien. Daarom verzoekt Holding A de voorzieningenrechter om Holding B te dwingen te kiezen uit de volgende drie opties:

(1) een agiostorting van € 150.000 door Holding B; of

(2) een emissie op het niveau van de Vennootschap, waarbij Holding B de helft van de te emitteren aandelen neemt voor € 150.000; of

(3) een emissie waarbij Holding B niet deelneemt, met als gevolg dat Holding A alle te emitteren aandelen neemt, zodat het belang van Holding B in de Vennootschap verwatert.

Holding B is het niet met Holding A eens en voert verweer. Allereerst door te stellen dat Holding A niet-ontvankelijk is. Volgens Holding B zou een vordering ingesteld moeten worden door de Werkmaatschappij als vermeend financieringsbehoeftige en niet door Holding A. De Werkmaatschappij zou de huurovereenkomst zelf hebben opgezegd om een spoedeisend belang te creëren. Bovendien zou de noodzaak tot financiering zijn veroorzaakt door nalatig onderhoud door het bestuur van de Werkmaatschappij. Daar komt volgens Holding B bij dat de Werkmaatschappij en de Vennootschap stelselmatig bedrijfskundige informatie achterhouden, zodat Holding B onder die omstandigheden niet gedwongen kan worden geld te verstrekken.

Oordeel

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen van Holding A toe en gaat voorbij aan de verweren van Holding B.

Voor de ontvankelijkheid van Holding A is volgens de voorzieningenrechter niet van belang dat de financiering nodig is op het niveau van de Werkmaatschappij. Het gaat in dit geschil om de vraag of een medeaandeelhouder kan worden gedwongen tot financiering of verwatering.

Op grond van vaste jurisprudentie is een acute noodzaak tot nadere financiering gegeven indien wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:

(1) er moet sprake zijn van financiële nood die het voortbestaan van de vennootschap in gevaar brengt;

(2) er moet sprake zijn van een impasse in de besluitvorming van de vennootschap; en

(3) er dient geen reëel uitzicht te zijn op financiering via een andere bron dan uitgifte van aandelen.

De door Holding A in het geding gebrachte financiële stukken onderschrijven volgens de voorzieningenrechter de financiële nood. Daarnaast volgt uit de feiten niet dat de Werkmaatschappij de huurovereenkomst zelf zou hebben opgezegd, aldus de voorzieningenrechter. De verweren van Holding B worden als onvoldoende gemotiveerd terzijde gelegd. Volgens de voorzieningenrechter is de werksituatie voor de werknemers van de Werkmaatschappij gelet op de matige brandveiligheid onveilig, hetgeen een acute

noodsituatie creëert. De voorzieningenrechter begrijpt bovendien de beslissing om te kiezen voor een verhuizing in plaats van een verbouwing. Hierdoor is een situatie ontstaan waarbij de Werkmaatschappij dringend financiering nodig heeft.

Partijen zijn het erover eens dat sprake is van een impasse. Holding B voert aan dat hoewel aan de minimale wettelijke vereisten voor informatievoorziening aan aandeelhouders is voldaan, de informatieplicht in dit geval verder reikt, nu de Werkmaatschappij een investering van Holding B nodig meent te hebben. De voorzieningenrechter meent dat de verlangde bedrijfskundige informatie over de Werkmaatschappij geen informatie is waar Holding B als aandeelhouder recht op heeft. Daarnaast overweegt de voorzieningenrechter nog dat de afwachtende houding van Holding B richting de Werkmaatschappij niet verenigbaar is met de situatie die wel degelijk snel actie vereist in het belang van de onderneming en haar werknemers.

Dat er geen reële alternatieven voor financiering voorhanden zijn, wordt door Holding A voldoende gemotiveerd en onderbouwd. De verweren van Holding B worden als onvoldoende gemotiveerd ter zijde gelegd.

Nu aan de drie eisen voor noodzaakfinanciering is voldaan, wijst de voorzieningenrechter de vordering van Holding A toe. Holding B wordt veroordeeld mee te werken aan de besluitvorming om conform één van de voor Holding A voorgestelde opties een uitgifte of agiostorting te bewerkstelligen. Daarnaast wordt Holding B veroordeeld in de proceskosten. De dwangsom wordt slechts verbonden aan de medewerking en niet aan de gevorderde betaling.

C.W. van Es, september 2021

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 09-07-2021
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:2997
Zaaknummer: C/16/522862 / KL ZA 21-138
Rechters: F.C. Burgers
Advocaten: R.I. Loosen, M.A. Vles, J.G.M. Stassen en J.G. Crozier
Wetsartikelen: 3:296 BW

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid advocaten boedelkosten omdat schuldenaar failliet is verklaard door beroepsfout

De advocaten die de schuldenaar hebben bijgestaan, hebben hem ten onrechte niet gewezen op de mogelijkheid die zijn echtgenote had om een hoofdelijke aansprakelijkstelling te vernietigen op grond van artikel 1:88 jo. 1:89 BW. Hierdoor is de schuldenaar – aldus het gerecht – failliet verklaard. De advocaten zijn daarom aansprakelijk voor de boedelschulden.

Een natuurlijk persoon ('de schuldenaar') is in juli 2019 veroordeeld tot betaling van een hoofdsom van USD 58.860 aan Resort of the World N.V., h.o.d.n. Sonesta MAHO Beach Resort and Casino ('Sonesta'). De grondslag voor deze veroordeling is dat de schuldenaar heeft verklaard hoofdelijk aansprakelijk te zijn voor een schuld van S.D. Technologies N.V., een vennootschap waarvan hij bestuurder is. In december 2019 is de schuldenaar failliet verklaard. In febuari 2020 is het failissementsvonnis in hoger beroep bekrachtigd.

De schuldenaar heeft een advocaat ('advocaat 1') in januari 2019 opdracht gegeven hem bij te staan in de procedure tegen Sonesta. Deze advocaat heeft de schuldenaar ook bijgestaan in de faillissementsprocedure in eerste aanleg. De schuldenaar is in de hogerberoepsprocedure tegen de faillietverklaring bijgestaan door een andere advocaat ('advocaat 2').

De curator van de schuldenaar stelt advocaat 1, advocaat 2 en de (holding)vennootschappen waarbij zij betrokken zijn aansprakelijk, omdat beide advocaten hebben verzuimd de schuldenaar te wijzen op de mogelijkheid die zijn echtgenote had om de hoofdelijke aansprakelijkstelling te vernietigen op grond van artikel 1:88 jo. 1:89 BW. De curator vordert de advocaten onder meer te veroordelen in de betaling van de boedelkosten.

Het gerecht wijst de vordering tot betaling van de boedelkosten, waaronder het salaris van de curator, toe. Naar het oordeel van het gerecht hebben beide advocaten de schuldenaar ten onrechte niet in de gelegenheid gesteld zijn echtgenote de hoofdelijke aansprakelijkstelling te laten vernietigen op grond van artikel 1:88 jo. 1:89 BW. Als de schuldenaar op deze

mogelijkheid was gewezen, zou de hoofdelijke aansprakelijkstelling zijn vernietigd en zou de schuldenaar niet failliet zijn verklaard. De boedelkosten zijn daarom naar het oordeel van het gerecht ontstaan door de gebrekkige advisering van de advocaten.

H.J. de Kloe, oktober 2021

Instantie: Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten
Datum uitspraak: 14-09-2021
ECLI: ECLI:NL:OGEAM:2021:92
Zaaknummer: SXM202000603
Rechters: A.J.J. van Rijen
Advocaten: R.H. van den Heuvel, J.J. Rogers en M.N.A. Hoeve
Wetsartikelen: 1:88 BW en 1:89 BW

RECHTSPRAAK

Bestuursverbod bij verstek opgelegd

De rechtbank wijst de vordering tot het opleggen van een bestuursverbod toe. Wel gaat het bestuursverbod pas in als de veroordeling op grond van artikel 2:248 BW onherroepelijk is.

De curator van Heintz/Vreezen Bouw B.V. ('HV Bouw') vordert een civielrechtelijk bestuursverbod ten aanzien van de bestuurder van HV Bouw op grond van artikel 106a Fw. In een tussenuitspraak heeft de rechtbank de curator in de gelegenheid gesteld de rechtbank te informeren over andere rechtspersonen waarvan betrokkene bestuurder of commissaris is (zie INS 2021-0240).

De curator heeft naar het oordeel van de rechtbank voldoende onderbouwd gesteld dat betrokkene geen bestuurder of commissaris is van andere rechtspersonen. De rechtbank wijst de vordering tot oplegging van het bestuursverbod bij verstek toe. Omdat de vordering is gegrond op een veroordeling op grond van artikel 2:248 BW, oordeelt de rechtbank dat het bestuursverbod pas intreedt zodra de uitspraak waarbij de veroordeling op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk is gehouden onherroepelijk is (art. 106a lid 1 sub a Fw). Om de griffier in staat te stellen de uitspraak aan te bieden aan de Kamer van Koophandel (art. 106b lid 3 Fw) moet de curator de rechtbank informeren als de veroordeling op grond van artikel 2:248 BW onherroepelijk is.

H.J. de Kloe, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 15-09-2021
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:8985
Zaaknummer: C/10/619369 / HA ZA 21-478
Rechters: J. van den Bos
Advocaten: M.L. Dost
Wetsartikelen: 106a Fw en 106b Fw

RECHTSPRAAK

Verlenging afkoelingsperiode WHOA op verzoek herstructureringsdeskundige

De rechtbank oordeelt dat de afkoelingsperiode nog noodzakelijk is en dat belangrijke vooruitgang is geboekt bij de totstandkoming van het akkoord. De afkoelingsperiode wordt met vier maanden verlengd tot de maximale duur van acht maanden.

In deze WHOA-zaak heeft de rechtbank op verzoek van een schuldenaar bij beschikking van 6 april 2021 een herstructureringsdeskundige aangewezen en een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van vier maanden (INS 2021-0182). De herstructureringsdeskundige verzoekt om verlenging van de afkoelingsperiode, opnieuw voor de duur van vier maanden. De rechtbank wijst het verzoek toe, waarmee de afkoelingsperiode voor de maximale termijn van acht maanden (art. 376 lid 5 Fw) is verleend.

De rechtbank overweegt dat de afkoelingsperiode nog steeds noodzakelijk is om te voorkomen dat derden verhaal nemen op de bankrekening van de schuldenaar. Op grond van artikel 376 lid 5 Fw moet aannemelijk worden gemaakt dat belangrijke vooruitgang is geboekt bij de totstandkoming van het akkoord. De rechtbank oordeelt dat dit het geval is. Er lopen onderhandelingen met schuldeisers en die hebben ertoe geleid dat diverse schuldeisers positief staan tegenover het akkoord. Ook is er duidelijkheid over de positie van de Belastingdienst, hoewel nog verschil van inzicht bestaat over de datum waarop de fiscale eenheid is verbroken. Verder is een groot deel van de activa al geveild en lopen onderhandelingen met onder meer opdrachtgevers die een beroep doen op afgegeven garanties.

Hoewel er belangrijke vooruitgang is geboekt, moeten nog diverse werkzaamheden worden verricht. Zo wordt nog onderhandeld met opdrachtgevers, Woningborg en de Belastingdienst. Om deze werkzaamheden en daarmee de akkoordaanbieding te kunnen laten plaatsvinden, verlengt de rechtbank de afkoelingsperiode met vier maanden.

H.J. de Kloe, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 05-08-2021
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:3995
Zaaknummer: 21/4 H
Rechters: P.J. Neijt, R. Cats en E. Boerwinkel
Advocaten: R.H. Bask
Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Opening territoriale faillissementsprocedure Slowaakse vennootschap

Slowaakse vennootschap heeft vestiging in Nederland. Nu er geen sprake is van hoofdprocedure kan territoriale procedure worden geopend.

In deze procedure vragen twee Nederlandse schuldeisers het faillissement aan van een Slowaakse vennootschap die buitenlandse arbeidskrachten detacheert in (onder andere) Nederland. In eerste aanleg heeft de rechtbank zich onbevoegd verklaard kennis te nemen van het verzoekschrift onder verwijzing naar artikel 3 lid 1 van de Europese insolventieverordening (IVO).

In hoger beroep wordt verzocht om het openen van een territoriale insolventieprocedure. Het hof buigt zich eerst over de vraag of het op grond van artikel 3 lid 2 IVO überhaupt bevoegd is over dat verzoek te oordelen. Daartoe is vereist dat sprake is van een Nederlandse vestiging. Omdat het hof onder andere is gebleken dat de schuldenaar niet alleen een Nederlands postadres heeft, maar ook een bedrijfslocatie heeft van waaruit economische activiteiten worden ontplooid die al enige tijd en nog steeds plaatsvinden, oordeelt het hof dat sprake is van een Nederlandse vestiging. Dat in het handelsregister geen vestiging van de schuldenaar staat ingeschreven doet aan het oordeel van het hof niets af. De COMI ligt volgens het hof in Slowakije.

Het hof stelt vervolgens vast dat in Slowakije geen hoofdprocedure is geopend en overweegt dat het daarom op grond van artikel 3 lid 2 IVO slechts een territoriale procedure kan openen wanneer die is aangevraagd door een schuldeiser die een vordering heeft die verband houdt met of voortvloeit uit de Nederlandse vestiging. Nu hiervan volgens het hof sprake is – het gaat om vorderingen uit hoofde van in Nederland aangegane overeenkomsten aangaande de woonruimte voor werknemers die in Nederland voor Nederlandse opdrachtgevers werken – acht het hof zich bevoegd tot het openen van een territoriale procedure.

Ten aanzien van het faillissementsverzoek an sich oordeelt het hof vervolgens dat uit

summerlijk onderzoek blijkt dat de aanvragers van het faillissement een vordering op de schuldenaar hebben die onbetaald wordt gelaten. Er is daarmee ook sprake van pluraliteit van schuldeisers.

Het hof vernietigt de uitspraak in eerste aanleg en verklaart de schuldenaar in staat van faillissement en opent daartoe een Nederlandse territoriale procedure.

W.T.N. Vlasveld, oktober 2021

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 16-09-2021
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:2872
Zaaknummer: 200.297.550_01
Rechters: R.R.M. de Moor, A.P. Zweers-van Vollenhoven en Z.D. van Heesen-Laclé
Advocaten: M.A.A.M. van Brunschot-van der Sanden
Wetsartikelen: 3 IVO, 4 IVO en 10 IVO

RECHTSPRAAK

Hoge Raad beantwoordt prejudiciële vragen over afwikkeling van een wettelijke schuldsanering met klein boedelsaldo. Met wenk.

Op grond van de Recofa-richtlijnen wordt door sommige rechtbanken geen verificatievergadering en slotuitdelingslijst verlangd bij formele beëindiging van een WSNP-traject, indien het te verdelen actief kleiner is dan € 2.000. De Hoge Raad antwoordt op prejudiciële vragen over de aanvaardbaarheid van dit beleid dat een slotuitdelingslijst altijd vereist is als de schuldenaar het WSNP-traject volledig heeft doorlopen.

Een natuurlijke persoon ('X') is op 9 januari 2018 toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen ('WSNP'). Ingevolge artikel 352 Fw vindt op 7 januari 2021 (voortgezet op 20 januari 2021) een beëindigingszitting plaats.

Op de beëindigingszitting stelt de rechtbank Limburg vast dat X weliswaar niet foutloos aan alle verplichtingen voortvloeiend uit de WSNP heeft voldaan, maar dat de tekortkomingen van dusdanig geringe betekenis of bijzondere aard waren, dat deze aan toekenning van de schone lei niet in de weg hoeven te staan (art. 354 lid 2 Fw).

De rechtbank stelt vervolgens vast dat het saldo op de boedelrekening in de WSNP van X lager is dan € 2.000. De rechtbank overweegt dat rechtbanken in de verschillende arrondissementen verschillend omgaan met de afwikkeling van schuldsaneringen waarin het boedelsaldo kleiner is dan dit bedrag. Op grond van artikel 356 lid 2 Fw eindigt een schuldsanering door het verbindend worden van een slotuitdelingslijst, die op grond van artikel 349 lid 5 Fw jo. 183 Fw ter griffie gedeponeerd dient te worden alvorens deze (behoudens verzet) na ommekomst van 10 dagen verbindend wordt op grond van artikel 187 lid 4 Fw. Artikel 4.3 van de Recofa-richtlijnen bepaalt evenwel dat indien het uit te delen actief na aftrek van de boedelkosten minder dan € 2.000 bedraagt, er afgezien wordt van het houden van een verificatievergadering en overgegaan wordt tot een informele uitdeling op basis van

een uitdelingslijst. De interpretatie van deze richtlijn verschilt: de rechtbank Limburg bespreekt een zogeheten 'Gelderse methode', die inhoudt dat tegelijk met de beëindigingszitting een (meestal pro forma) verificatievergadering plaatsvindt waarna een slotuitdelingslijst wordt gedeponeerd en een zogeheten 'Overijsselse methode', die inhoudt dat er geheel geen verificatievergadering plaatsvindt en geen slotuitdelingslijst gedeponeerd wordt. Het einde van schuldsanering wordt in de Overijsselse methode niet ingeluid door het verbindend worden van de slotuitdelingslijst, maar door een beschikking van de rechtbank ex artikel 354a Fw.In de verschillen tussen de Recofa-richtlijn en de Faillissementswet en de verschillende interpretaties van de Recofa-richtlijn tussen rechtbanken onderling ziet de rechtbank Limburg aanleiding om aan de Hoge Raad de vraag voor te leggen of schuldsaneringen met een boedelsaldo van € 2.000 of kleiner anders afgewikkeld mogen worden dan schuldsaneringen met een hoger boedelsaldo en zo ja: hoe dan. De vragen zijn door rechtbank Limburg geformuleerd als volgt:

(a) dient iedere schuldsaneringsboedel, ook die waarbij het boedelactief minder dan € 2.000 bedraagt, op dezelfde wijze te worden afgewikkeld?

(b) indien de vraag onder a. bevestigend wordt beantwoord: dient afwikkeling in die gevallen waarbij de rechtbank heeft geoordeeld dat de schuldenaar aan de op hem rustende schuldsaneringsverplichtingen heeft voldaan na een looptijd van drie jaar of langer en waarbij het boedelactief minder dan € 2.000 bedraagt, plaats te vinden volgens het wettelijk kader als opgenomen in de Faillissementswet?

(c) indien de vraag onder b. ontkennend wordt beantwoord: op welke wijze dient afwikkeling in die gevallen waarbij de rechtbank heeft geoordeeld dat de schuldenaar aan de op hem rustende schuldsaneringsverplichtingen heeft voldaan na een looptijd van drie jaar of langer en waarbij het boedelactief minder dan € 2.000 bedraagt, plaats te vinden?

De Hoge Raad beantwoordt de vragen a en b bevestigend in zijn slotoverweging (r.o. 2.6): 'Indien de rechtbank na een looptijd van drie jaar of langer heeft geoordeeld dat de schuldenaar aan de op hem rustende schuldsaneringsverplichtingen heeft voldaan, dient de vereffening plaats te vinden overeenkomstig de voor die situatie geldende regels in de Faillissementswet (...), waarbij dus ook een (eventueel pro forma te houden) verificatievergadering plaatsvindt en een slotuitdelingslijst wordt opgemaakt. Dit geldt ongeacht de omvang van het boedelactief.'

De Hoge Raad komt tot deze conclusie onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis bij artikel 356 Fw, waarin de wetgever buiten twijfel heeft gesteld dat een slotuitdelingslijst

ook moet worden opgemaakt als er helemaal geen actief te verdelen is aan het einde van een volledig doorlopen WSNP-traject en opmerkt dat de slotuitdelingslijst van essentieel belang is voor het eindigen van de schuldsaneringsregeling ex artikel 356 lid 2 Fw. Ook verwijst de Hoge Raad naar het belang van de aanwezigheid van een slotuitdelingslijst voor het geval er na het einde van de schuldsanering nog nagekomen baten zouden opduiken.

De Hoge Raad memoreert dat de Faillissementswet slechts één uitzondering geeft waardoor een WSNP-traject kan eindigen zonder dat er een slotuitdelingslijst wordt opgemaakt, en dat is bij tussentijdse beëindiging van de toepassing van de WSNP uit hoofde van artikel 354a Fw. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat er geen grond is om deze uitzondering naar andere situaties door te trekken. Ook het gegeven dat voor het deponeren van een slotuitdelingslijst griffierechten verschuldigd worden, vormt geen grond om af te wijken van de wettelijke regeling, ook al kan dat griffierecht bij een klein boedelsaldo in verhouding erg zwaar op de beschikbare baten drukken.

Wenk

De rechtbank Limburg heeft aan de Hoge Raad de vraag voorgelegd of in de Recofa-richtlijnen om pragmatische redenen (zoals bijvoorbeeld: vermijden van griffierecht) afgeweken mag worden van de wettelijk voorgeschreven wijze van afwikkeling van schuldsaneringen, indien er na een volledig doorlopen schuldsaneringstraject slechts een klein boedelactief is gerealiseerd. Het is weinig verrassend dat de Hoge Raad beslist dat Recofa met haar richtlijnen de Faillissementswet niet buiten spel kan zetten. In alle gevallen waarin de wet een slotuitdelingslijst verplicht stelt, moet deze daadwerkelijk worden opgemaakt en worden gedeponeerd, ongeacht de omvang van het boedelactief.

De Hoge Raad merkt in r.o. 2.5.1 op dat de Recofa-richtlijnen geen 'recht in de zin van art. 79 RO' zijn. Ook dit is niet nieuw: de Hoge Raad besliste over andere door de rechterlijke macht gemaakte richtlijnen in gelijke zin. Zie bijvoorbeeld over de verhouding tussen rechterlijke kinderalimentatienormen en de Faillissementswet: HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4937.

De Hoge Raad keurt in het onderhavige arrest de ‘Gelderse’ interpretatie van artikel 4.3 van de Recofa-richtlijn – waarbij in het geval van een klein boedelsaldo de verificatievergadering plaatsvindt op de beëindigingszitting (zoals mogelijk gemaakt door art. 328a lid 2 Fw) en er daarna wel gewoon een slotuitdelingslijst wordt gedeponeerd – goed. Bij deze interpretatie wordt immers niet van de wettelijke mogelijkheden afgeweken. Er wordt feitelijk alleen gebruikgemaakt van de mogelijkheid om de verificatievergadering – behoudens bezwaar van schuldeisers – pro forma te laten plaatsvinden.

De ‘Overijsselse’ interpretatie van artikel 3.4 Recofa-richtlijn wijst de Hoge Raad af. De Overijsselse methode komt neer op een zogenoemd ‘tussentijdse’ beëindiging van de WSNP ex artikel 354a Fw, ook al heeft de schuldenaar de termijn van drie jaar (of, na verlenging ex art. 349 lid 1 Fw tweede volzin, maximaal vijf jaar) volledig volgemaakt. De A-G beargumenteert in zijn conclusie dat het toepassen van artikel 354a Fw voor de formele beëindiging van een volledig volgemaakt WSNP-traject niet strookt met de wettelijke functie van de tussentijdse beëindigingsmogelijkheid en daarom niet zou moeten worden gehanteerd. Uit de formulering van r.o. 2.6, waarin de Hoge Raad aangeeft dat steeds wanneer de rechtbank vaststelt dat de duur van de WSNP volledig is doorlopen en de schuldenaar niet (in relevante mate) tekortgeschoten is in de verplichtingen uit de WSNP, verificatie moet plaatsvinden en een slotuitdelingslijst moet worden opgemaakt, wordt duidelijk dat de Hoge Raad van oordeel is dat artikel 354a Fw inderdaad geen toepassing kan vinden bij een volgemaakt WSNP-traject.

De beslissing kan bij schuldenaren wier WSNP beëindigd is volgens de Overijsselse methode vragen oproepen over hun rechtstoestand. Artikel 358 lid 1 jo artikel 356 lid 2 Fw koppelen de toekenning van de schone lei aan het in kracht van gewijsde gaan van een uitspraak ex artikel 354a Fw, maar geldt die schone lei ook onomstotelijk als de uitspraak ex artikel 354a Fw is gegeven in een situatie die buiten het toepassingsbereik van dat wetsartikel viel?

I.F.M. Lakwijk, oktober 2021

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 24-09-2021
ECLI: ECLI:NL:HR:2021:1353
Zaaknummer: 21/00719
Rechters: C.A. Streefkerk, H.M. Wattendorff, F.J.P. Lock, A.E.B. ter Heide en T.H. Tanja-van den Broek
Wetsartikelen: 328a Fw, 349a Fw, 352 Fw, 354 Fw, 354a Fw, 356 Fw en 358 Fw

RECHTSPRAAK

Verrekening schuld uit draagplicht

Curator heeft namens zeven vennootschappen één totaalvordering uit draagplicht jegens het voormalige groepshoofd toegewezen gekregen. De Hoge Raad laat het oordeel van het hof in stand dat het groepshoofd zijn draagplichtschuld niet kan verrekenen met zijn vordering op een van de vennootschappen.

Eiseres tot cassatie is het voormalig groepshoofd van een concern ('de moeder'). Tot het concern behoort ook een houdstermaatschappij ('de holding'). Daaronder hangen verschillende (klein)dochters, waarvan er zeven zijn gefailleerd ('de faillieten'). De holding is eveneens gefailleerd. Alleen de curator van de faillieten is betrokken in deze procedure.

Er hebben al verschillende procedures plaatsgevonden tussen partijen. Daarin is vast komen te staan dat de moeder een vordering ad € 2,5 miljoen heeft op de holding, waarvoor de faillieten hoofdelijk aansprakelijk zijn. Zij heeft daarnaast een vordering ad € 3,7 miljoen op een van de faillieten ('X').

De moeder heeft aan de andere kant een schuld uit hoofde van draagplicht wegens een groepskrediet, waarbij zij eveneens kredietnemer was. Zij heeft niet onder het krediet getrokken. In de arbitrageprocedure over de draagplicht heeft de curator op basis van de destijds heersende rechtspraak een regres- en omslagvordering per vennootschap berekend en vervolgens de optelsom van al die bedragen gevorderd. Het scheidsgerecht heeft die totaalvordering (dus van de faillieten samen) toegewezen, zij het beperkt tot het beloop van de vordering van de moeder op X, dus tot € 3,7 miljoen. De curator heeft niet inzichtelijk gemaakt welk deel van de toegewezen draagplichtvordering op de moeder aan X toekomt.

In de onderhavige, vrij feitelijke, procedure vordert de moeder een verklaring voor recht dat zij haar draagplichtschuld heeft voldaan door middel van verrekening, primair met haar vordering op X en subsidiair met haar vordering op de holding. De rechtbank heeft de primaire vordering toegewezen, het hof uitsluitend de subsidiaire. Dat betekent dat de moeder volgens het arrest van het hof slechts tot €R 2,5 miljoen bevrijd is van haar schuld. Zij moet dus nog €

1,2 miljoen aan de faillieten betalen, terwijl zij van één van hen nog € 3,7 miljoen te vorderen heeft.

Het hof had in zijn arrest geoordeeld dat niet aan de vereisten van artikel 53 Fw/artikel 6:127 BW werd voldaan. De door de moeder gestelde omstandigheden waren volgens het hof bovendien onvoldoende om 'integrale verrekening' op grond van de redelijkheid en billijkheid toe te staan. In cassatie richt de moeder zich met motiveringsklachten tegen dit oordeel van het hof.

Volgens de Hoge Raad – anders dan A-G Valk – falen die klachten. Hij overweegt in dat verband onder meer het volgende. Het hof had geoordeeld dat geen sprake was van een gezamenlijk vorderingsrecht in de zin van artikel 6:15 BW. (Mede) daaraan heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk de gevolgtrekking verbonden dat de moeder op grond van het arbitrale vonnis de draagplichtschuld weliswaar bevrijdend kon betalen aan de curator, maar dat de curator in dat geval zou optreden als curator van de zeven vennootschappen. Het hof heeft daarnaast tot uitdrukking willen brengen dat de berekening van de regresvorderingen – als een optelsom van per vennootschap afzonderlijk berekende bedragen – niet meebrengt dat integrale verrekening met de vordering op X is toegestaan. Het hof heeft eveneens voldoende gemotiveerd waarom de omstandigheid dat de curator niet inzichtelijk heeft gemaakt welk deel van het toegewezen bedrag van de draagplicht aan X toekomt, onvoldoende is voor verrekening. Hij voegt daaraan toe dat 'overigens' de moeder in de arbitrageprocedure cijfermatig verweer heeft gevoerd tegen de berekende hoogte van de regresvorderingen en dat onder meer hiermee bezwaarlijk valt te rijmen dat de moeder door de curator zou zijn belet om behoorlijk verweer te voeren.

De Hoge Raad gaat dan ook over tot verwerping van het beroep. Daarbij kiest hij dus een andere richting dan de A-G, die concludeerde tot vernietiging en verwijzing.

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

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 24-09-2021
ECLI: ECLI:NL:HR:2021:1359
Zaaknummer: 20/01415
Rechters: G. de Groot, M.V. Polak, A.E.B. ter Heide, S.J. Schaafsma en F.R. Salomons
Advocaten: F.E. Vermeulen, J.W.H. van Wijk en G.C. Nieuwland
Wetsartikelen: 53 Fw, 6:127 BW en 6:15 BW

RECHTSPRAAK

Verzoek om afkoelingsperiode in WHOA-traject toegewezen. Met wenk.

Schuldenaar die een akkoord wenst aan te bieden door middel van de WHOA, verzoekt om een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw. Verzoek wordt toegewezen.

Een vennootschap die een installatiebedrijf exploiteert, wenst haar schulden te herstructureren door middel van een WHOA-procedure. Zij heeft bij de rechtbank een startverklaring gedeponeerd en aldus aangegeven dat zij gestart is met het voorbereiden van een akkoord. In het kader van deze voorbereiding heeft zij de rechtbank verzocht een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw te gelasten voor de periode van twee maanden. De rechtbank toetst dit verzoek.

Allereerst constateert de rechtbank dat de schuldenaar een akkoord voorbereidt, dat gericht is op de voortzetting van de onderneming. De schuldenaar is naar eigen zeggen nog in staat om aan de lopende verplichtingen te voldoen, maar voorziet tegelijkertijd dat een toekomstige insolventie niet kan worden afgewend, als de schulden niet worden geherstructureerd. De schuldenaar heeft onder meer betalingsachterstanden bij de Belastingdienst, een pensioenfonds en een leasemaatschappij. Die schulden kunnen zonder herstructurering niet worden ingelopen, aldus verzoekster. De schuldenaar heeft voorts gemotiveerd gesteld dat haar activiteiten een positieve kasstroom genereren. De rechtbank oordeelt dan ook dat voldoende aannemelijk is dat de schuldenaar nog aan de lopende verplichtingen kan voldoen. Aldus staat het aanbieden van een akkoord open voor de schuldenaar.

De schuldenaar heeft verzocht om een afkoelingsperiode, omdat zij twee problemen voorziet. Allereerst bestaat het risico dat de leasemaatschappij, die werkbussen ter beschikking heeft gesteld, de voertuigen zal opeisen. In dat geval kunnen de werkzaamheden niet worden voortgezet. In dat geval zou de onderneming stilvallen en is herstructurering van de schulden niet langer mogelijk. Voorts houdt de schuldenaar er rekening mee dat het pensioenfonds het faillissement zal aanvragen, in welk geval de herstructurering eveneens wordt doorkruist.

De rechtbank overweegt dat er geen herstructureringsdeskundige is benoemd. In dat geval is afkondiging van de afkoelingsperiode slechts mogelijk, indien het akkoord reeds is aangeboden ofwel indien wordt toegezegd dat het akkoord binnen twee maanden zal worden aangeboden. De schuldenaar heeft aangegeven dat zij adviseurs heeft ingeschakeld voor de begeleiding bij het WHOA-traject, dat op korte termijn contact wordt gezocht met crediteuren en dat zij verwacht dat het akkoord binnen twee maanden zal kunnen worden aangeboden.

Vervolgens overweegt de rechtbank dat het verzoek om een afkoelingsperiode wordt toegewezen, indien summierlijk blijkt dat de afkoelingsperiode noodzakelijk is voor de voortzetting van de onderneming en dat redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers met een afkoelingsperiode gediend zijn, en dat de belangen van derden die goederen kunnen opeisen of die zich daarop kunnen verhalen, niet wezenlijk worden geschaad.

De noodzaak van de afkoelingsperiode is volgens de rechtbank voldoende onderbouwd, gezien het risico dat de herstructurering van de schulden zonder afkoelingsperiode wordt doorkruist door opeising van de werkbussen of door het aanvragen van het faillissement.

De schuldenaar heeft voorts de contouren van het akkoord geschetst; het is de bedoeling dat de concurrente crediteuren circa 10-20% betaald krijgen, wat naar verwachting een beter resultaat oplevert dan een faillissement. Er zijn nauwelijks activa, waardoor concurrente crediteuren in een faillissement naar verwachting niets zullen ontvangen. Aldus zijn de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend met een afkoelingsperiode. Voorts acht de rechtbank het aannemelijk dat de belangen van derden, zoals de leasemaatschappij, niet wezenlijk door de afkoelingsperiode worden geschaad, nu sprake is van een positieve kasstroom, waardoor de lopende verplichtingen voldaan kunnen worden. Het verzoek wordt toegewezen.

Wenk

De beschikkingen en uitspraken die sinds de inwerkingtreding van de WHOA gepubliceerd worden, kenmerken zich doorgaans door een duidelijke uitleg, waarbij de wettelijke voorschriften stap voor stap worden doorgenomen. Het zijn daardoor goede handleidingen voor toekomstige WHOA-procedures. Zo ook in dit geval: de rechtbank toetst helder en concreet of het verzoek om een afkoelingsperiode kan worden toegewezen.

Daarbij valt één aspect op. Wanneer een curator in een faillissement verzoekt om een afkoelingsperiode en tegelijkertijd voertuigen wil blijven gebruiken, dan dient hij zich ervan te vergewissen dat deze verzekerd zijn. Is er geen verzekering, dan dienen de voertuigen te worden stilgezet, ook in een afkoelingsperiode. De rechtbank zegt in de onderhavige

beschikking niets over een verzekering, maar er is geen reden om aan te nemen dat er op dit punt een verschil zou bestaan met een faillissement. Ook in geval van een afkoelingsperiode in een WHOA-procedure zal een verzekering benodigd zijn, als men met de voertuigen wenst te blijven rijden. Ik neem aan dat de onderneming als onderdeel van de lopende verplichtingen ook de verzekeringspenningen zal betalen, maar dat blijkt niet uit de uitspraak.

A.D. van Dalen, september 2021

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak: 17-09-2021
ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2021:5058
Zaaknummer: 374202 FT RK 21.403
Rechters: C.A.M. de Bruijn, A.E. de Vos en E. Boerwinkel
Advocaten: R.C.M. Michielsen
Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW afgewezen

Gedaagde kwalificeert niet als feitelijk bestuurder en is voor het overige niet aansprakelijk op grond van (onder meer) artikel 2:248 BW.

De vennootschap in kwestie exploiteerde een melkveebedrijf dat melk en kaas produceerde voor mensen met een koemelkintolerantie en is op 28 november 2017 failliet verklaard. De curator van het melkveebedrijf houdt gedaagde aansprakelijk op grond van onder meer artikel 2:248 BW. Deze aansprakelijkheid baseert de curator op verschillende omstandigheden.

Gedaagde was niet de gehele periode die de curator relevant acht formeel bestuurder van het melkveebedrijf. De curator stelt dat gedaagde over die periode moet worden aangemerkt als feitelijk bestuurder, omdat gedaagde in die periode de administratie en financiën van het melkveebedrijf heeft verzorgd. De rechtbank gaat niet mee in dit standpunt van de curator. De curator heeft niet gesteld dat gedaagde concrete handelingen heeft verricht waarmee zij het beleid ook heeft bepaald toen zij geen formeel bestuurder was. Het enkel verzorgen van de administratie en de financiën is onvoldoende om als feitelijk bestuurder aangemerkt te kunnen worden.

Schending publicatieplicht

De curator verwijt gedaagde dat zij ten onrechte niet in de gepubliceerde jaarrekening heeft vermeld dat die nog niet is vastgesteld en daarmee niet heeft voldaan aan artikel 2:394 lid 2 BW. Verdere onderbouwing ontbreekt echter. Ook heeft de curator niet uitgelegd hoe de Kamer van Koophandel wel wist dat de jaarrekening nog niet was vastgesteld, als dat niet op de jaarrekening was vermeld. De rechtbank verwerpt dit verwijt van de curator.

Schending boekhoudplicht

Daarnaast verwijt de curator gedaagde dat zij de administratieplicht ex artikel 2:10 BW heeft geschonden. Dit verwijt is gestoeld op vier boekingen uit de administratie van het

melkveebedrijf. De rechtbank verwerpt ook dit verwijt. Met betrekking tot drie van de vier boekingen was gedaagde geen formeel bestuurder – en ook geen feitelijk bestuurder – van het melkveebedrijf. Met betrekking tot de laatste boeking, afwaardering van voorraad kaas, betreft het verwijt van de curator dat onderliggende stukken in de administratie ontbreken. De rechtbank oordeelt dat artikel 2:10 BW niet voorschrijft dat alle boekingen in de administratie met bewijsstukken moeten worden onderbouwd. Bovendien gaat het volgens de rechtbank niet om boekingen die grote vraagtekens oproepen.

Betaling € 78.129 aan gedaagde

De curator verwijt gedaagde dat zij in de periode van eind 2016 t/m oktober 2017 € 78.129 heeft overgemaakt naar haar eigen rekening. De curator wijst erop dat de schulden van het melkveebedrijf steeds verder opliepen, maar dat gedaagde alleen de crediteuren betaalde die het hardst aanmaanden. Volgens de curator zou geen redelijk denkend bestuurder in de gegeven omstandigheden zo hebben gehandeld, maar zou deze de banksaldi hebben gebruikt om overige schuldeisers te betalen.

Uit de stukken blijkt dat sprake was van twee geldleningen en een krediet in rekening-courant, op grond waarvan het melkveebedrijf verplicht was betalingen aan gedaagde te doen. De rechtbank verwerpt het standpunt dat een bestuurder die zelf ook schuldeiser is van een vennootschap die in financiële problemen verkeert, zichzelf moet achterstellen en alleen andere schuldeisers mag betalen. Bovendien had gedaagde een pandrecht op alle inventarisgoederen en bedrijfsmiddelen. De rechtbank verwerpt dan ook de stelling van de curator dat schuldeisers zijn benadeeld door betalingen van het melkveebedrijf aan gedaagde.

Verlies van fosfaatrechten

Gedaagde heeft op 10 oktober 2017 aan de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland gemeld dat het melkveebedrijf is verkocht en dat daarbij ook de melkveefosfaatreferentie zijn overgedragen. De curator verwijt gedaagde dat zij de koper geen koopsom heeft laten betalen voor de overdracht van de aanspraak die het melkveebedrijf had op toekomstige fosfaatrechten.

De rechtbank oordeelt, onder verwijzing naar uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de memorie van toelichting bij de Meststoffenwet, dat de fosfaatrechten in kwestie alleen konden worden toegekend aan bedrijven die op 1 januari 2018 nog actief waren. Het melkveebedrijf was op 1 januari 2018 echter niet meer actief, omdat al het melkvee en alle inventaris en bedrijfsmiddelen waren verkocht. Hieruit volgt dat het melkveebedrijf geen financieel nadeel heeft geleden. Dit is fataal voor de aansprakelijkheidsgrondslag van artikel 2:248 lid 1 BW, omdat een eventueel aan gedaagde te maken verwijt daarmee geen

belangrijke oorzaak van het faillissement kan zijn geweest.

De rechtbank wijst de vorderingen van de curator af.

V.G.M. Leferink, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak: 15-09-2021
ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2021:4901
Zaaknummer: C/01/360937 / HA ZA 20-482
Rechters: C. Schollen-den Besten
Advocaten: A.H.B. Bouman en M.W. Huijzer
Wetsartikelen: 2:248 BW, 42 Fw, 47 Fw, 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Aspectenverzoek ex artikel 378 Fw – klassenindeling

Verzoekster verzoekt een beslissing over de indeling van de concurrente vordering van Rabobank in een andere klasse dan de overige concurrente vorderingen.

In een akkoord moeten schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen worden ingedeeld, als de rechten die zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement hebben of de rechten die zij op basis van het akkoord aangeboden krijgen zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake is. Hierbij moeten in ieder geval schuldeisers of aandeelhouders die een verschillende rang hebben bij het verhaal op het vermogen van de schuldenaar in verschillende klassen worden ingedeeld.

Het is mogelijk om een categorie van schuldeisers die op basis van hun rang in eenzelfde klasse kunnen worden ingedeeld, onder te verdelen in verschillende klassen. Hier wordt door verzoekster met de voorgenomen klassenindeling voor gekozen.

Verzoekster is voornemens een akkoord aan te bieden waarbij de rechten van Rabobank worden gewijzigd (uitstel van aflossingen en kredietinperkingen tot 1 mei 2022), maar waarbij deze schuldeiser volledige betaling ontvangt van zowel haar gesecureerde vorderingen (ad circa € 224.000) als haar concurrente vorderingen (ad circa € 24.000). In dit voorgenomen akkoord zullen de overige concurrente schuldeisers betaling van 14% van hun vordering ontvangen.

Verzoekster verzoekt de rechtbank een beslissing ten aanzien van de vraag of bij de voorgestane ongelijke behandeling van de klasse met de concurrente vordering van Rabobank ten opzichte van de klasse met overige concurrente schuldeisers sprake is van een afwijzingsgrond als bedoeld in artikel 384 lid 4 sub b Fw die in de weg staat aan homologatie van het akkoord.

Verzoekster onderkent dat hiermee Rabobank als concurrente schuldeiser en de overige concurrente schuldeisers ongelijk worden behandeld. Zij meent dat daar een redelijke grond voor is en dat de minder bedeelde overige concurrente schuldeisers niet in hun belangen

worden geschaad. In dat verband stelt verzoekster dat behoud van Rabobank als huisbankier essentieel is om de onderneming te kunnen voortzetten. Hierdoor wordt een akkoord mogelijk gemaakt en kunnen de overige concurrente schuldeisers 14% van hun vordering ontvangen.

(a) Rabobank levert voor het behoud van haar rechten een marktconforme tegenprestatie in de vorm van verschaffing van krediet.

(b) Door uitstel van aflossingen en kredietinperkingen krijgt verzoekster de beschikking over de volledige kredietfaciliteit tegen een marktconforme rente.

(c) Bij het aanblijven van Rabobank als huisbankier zijn de gelieerde partijen en aandeelhouders bereid ten aanzien van hun vorderingen kwijting te verlenen. In verband met hoofdelijke aansprakelijkheden en verstrekte borgstellingen zal dit niet het geval zijn wanneer Rabobank moet worden uitgekocht.

(d) Indien Rabobank niet als financier aanblijft, moet met Rabobank worden afgerekend.

(e) Het is verzoekster niet gelukt om een financiering te verkrijgen die dat mogelijk maakt.

Zonder Rabobank als huisbankier zal volgens verzoekster derhalve geen akkoord kunnen worden gerealiseerd.

De rechtbank neemt de door verzoekster gestelde omstandigheden tot uitgangspunt en oordeelt dat sprake is van een redelijke grond voor de keuze om een onderscheid te maken tussen de concurrente vordering van Rabobank en de overige concurrente schuldeisers. Daarnaast is volgens de rechtbank aannemelijk dat de schuldeisers daardoor niet in hun belangen worden geschaad. Er is niet gebleken van een alternatief scenario dat financieel gezien voordeliger is voor de schuldeisers. Hierdoor is verzoekster voor het aanbieden van het akkoord afhankelijk van Rabobank. Zonder Rabobank kan geen akkoord worden gerealiseerd, zonder akkoord is het faillissement van verzoekster onafwendbaar en in een faillissement zullen de overige concurrente schuldeisers geen uitkering op hun vordering ontvangen.

S.A. van Aalst, september 2021

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 23-07-2021
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:8121

Zaaknummer: C/09/614306 / FT RK 21/559 en C/09/614307 / FT RK 21/560 HO
Rechters: R. Cats, M.D.E. Leppens en C.A.M. de Bruijn
Advocaten: mr. J. van den Dolder
Wetsartikelen: 376 lid 5 Fw en 378 Fw

RECHTSPRAAK

Feitelijk beleidsbepaler is aansprakelijk voor het boedeltekort, weerlegging bewijsvermoeden en vordering tot vrijwaring slaagt niet

De feitelijk beleidsbepaler (indirect bestuurder) is aansprakelijk voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW. Hij slaagt niet in de weerlegging van het bewijsvermoeden en ook niet in de vordering tot vrijwaring ten aanzien van zijn voormalige handelspartner.

De curator in het faillissement van = Doen B.V. stelt de heer X als (indirect) bestuurder van deze vennootschap aansprakelijk voor het tekort in de faillissementsboedel op grond van artikel 2:248 BW. Hij vindt dat de heer X zijn taak als (indirect) bestuurder kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, omdat hij de administratieplicht en de publicatieplicht heeft geschonden. Kort gezegd volgt uit de administratie dat gelieerde vennootschappen ten koste van = Doen B.V. zijn verrijkt, terwijl daar geen vorderingen op deze vennootschappen tegenover staan. Daardoor komt de administratie niet overeen met de financiële werkelijkheid. De onbehoorlijke taakvervulling is volgens de curator een belangrijke oorzaak van het faillissement. De heer X verweert zich door te stellen dat de administratie wel voldeed aan de vereisten van artikel 2:10 BW en dat de werkelijke reden van het faillissement de betrokkenheid en het handelen van zijn voormalige handelspartner (de heer Y) was, die de onderneming zozeer heeft geschaad dat voortzetting daarvan geen reële optie meer was. Hij roept de heer Y dan ook in vrijwaring op. De heer Y doet een beroep op artikel 2:248 lid 3 BW en stelt dat zijn rol en invloed binnen = Doen B.V. beperkt was. Hij heeft geen inzage gekregen in de administratie. Voorts stelt hij dat de curator geen beroep toekomt op artikel 2:11 BW omdat de directe bestuurder een Engelse vennootschap is.

De rechtbank oordeelt als volgt. De heer X kan als feitelijk beleidsbepaler op grond van artikel 2:248 lid 7 BW worden beschouwd, waardoor de vraag of hij op grond van artikel 2:11 BW aansprakelijk kan worden gehouden en daarmee de vraag naar het toepasselijk recht ten aanzien van deze (doorbraak)regel van Nederlands rechtspersonenrecht in het midden kan blijven. Voorts oordeelt de rechtbank dat de heer X zowel de publicatieplicht als de

administratieplicht heeft geschonden. Daarmee staat vast dat de heer X zijn taak als feitelijk beleidsbepaler van de vennootschap ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Ten aanzien van de (poging tot) weerlegging van het bewijsvermoeden door de heer X oordeelt de rechtbank dat het ongeloofwaardig is dat de rol van de heer Y tot het faillissement heeft geleid. De heer Y was al een tijdje uit de samenwerking gestapt en daarna heeft de heer X een andere vennootschap opgericht en de activiteiten van = Doen B.V. aan deze nieuwe vennootschap overgedragen. = Doen B.V. is toen achtergebleven met alleen maar schulden. Het anderhalf jaar na de beëindigde samenwerking ingetreden faillissement hield gelet op deze feiten en omstandigheden geen verband meer met de handelwijze van de heer Y. Het beroep van de heer X op verrekening dan wel opschorting vanwege verrichte betalingen aan de vennootschap, slaagt ook niet. Aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW is een aansprakelijkheid jegens de boedel en niet jegens de vennootschap. Er is niet voldaan aan de vereisten van artikel 53 Fw voor verrekening. De conclusie luidt dat de heer X het vermoeden dat zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, niet heeft weerlegd en er bovendien geen disculpatiegrond is aangevoerd die kan worden gehonoreerd. Daarom is hij aansprakelijk voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW. De vorderingen van de curator worden toegewezen. De vordering tot vrijwaring wordt, als onvoldoende onderbouwd, afgewezen.

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

Instantie: Rechtbank Noord-Holland
Datum uitspraak: 08-09-2021
ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:7912
Zaaknummer: C/15/299521 / HA ZA 20-111
Rechters: A.K. Korteweg, M. Wouters en S. Wiggers
Advocaten: B. van Veen, B.M. Breedijk en A.G. Moeijes
Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens risicovolle verdeling van werkzaamheden binnen groepsstructuur

De bestuurders zijn aansprakelijk omdat zij niet hebben gehandeld als redelijk denkend bestuurders. De inrichting van werkzaamheden binnen de groep was risicovol en strekte ten nadele van de gefailleerde vennootschap.

Gefailleerde maakt deel uit van een groep van vennootschappen die zich hoofdzakelijk bezighouden met voetbaljournalistiek. Op 1 januari 2016, 1 januari 2017 en 1 januari 2018 heeft gefailleerde telkens veertien 'verrekeningsovereenkomsten' gesloten met groepsvennootschappen of gelieerde vennootschappen. Op grond van deze overeenkomsten heeft gefailleerde redactionele, commerciële en administratieve werkzaamheden verricht. Bovendien verrichtte een groepsvennootschap vanaf 2016 bij gefailleerde managementwerkzaamheden tegen een vergoeding die in 2018 bijna vijf keer zo hoog werd vastgesteld. In januari 2019 zijn de groepsvennootschappen opgehouden aan gefailleerde te betalen, terwijl zij wel werkzaamheden voor hen bleef verrichten. Eind januari is gefailleerde op eigen verzoek gefailleerd. Ten tijde van haar faillissement had gefailleerde acht werknemers in dienst.

De rechtbank stelt vast dat gefailleerde en de zustervennootschappen deel uitmaakten van een groep en dat de economische activiteiten van de leden van deze groep nauw met elkaar waren verweven. Bovendien staat vast dat gefailleerde afhankelijk was van inkomsten die zij ontving voor werkzaamheden die zij verrichtte voor haar zustervennootschappen, ook al genereerde zij enige omzet buiten de groep en probeerden de bestuurders dat deel van de omzet te vergroten.

De bestuurders stellen zelf dat zij de winst of het verlies 'toebedeelden' aan de groepsvennootschappen nadat zij de geconsolideerde omzet en de winst en het verlies van de groep als geheel hadden vastgesteld. Er werd, opnieuw in de eigen woorden van de bestuurders, 'afgerekend conform de realiteit' dan wel 'naar gelang de realisatie'. Met die 'realiteit' en 'realisatie' doelen de bestuurders op de resultaten van de groep als geheel.

Gefailleerde kwam dus niet met haar zustervennootschappen overeen dat zij bepaalde werkzaamheden voor hen zou verrichten voor vooraf overeengekomen vergoedingen, afgestemd op de kostprijs en een door gefailleerde te realiseren marge, maar zij verrichtte die werkzaamheden tegen vergoedingen waarvan de hoogte afhing van de achteraf vast te stellen resultaten van de groep als geheel. Daarvoor werd niet gefactureerd. Toen in 2016, 2017 en 2018 bleek dat de resultaten achterbleven bij de taken die de bestuurders in de begroting hadden gesteld en de groep als geheel verlies leed, hebben de bestuurders de keuze gemaakt dat verlies zo over de vennootschappen van de groep te verdelen dat een van die vennootschappen, gefailleerde, failliet ging en de andere vennootschappen bleven voortbestaan. De bestuurders erkennen dat het voortbestaan van die andere vennootschappen mogelijk werd gemaakt doordat betalingsverplichtingen wegvielen als gevolg van het faillissement.

Door de werkzaamheden zo in te richten dat de inkomsten van gefailleerde afhankelijk waren van de omzet en de winst en het verlies van de groep als geheel en bij tegenvallende resultaten ervoor te kiezen het verlies zo over de vennootschappen te verdelen dat dit leidde tot dit ene faillissement binnen de groep, hebben de bestuurders zich naar het oordeel van de rechtbank schuldig gemaakt aan kennelijk onbehoorlijk bestuur. Daarbij rekent de rechtbank het de bestuurders aan dat de acht werknemers van gefailleerde van dit handelen de dupe waren.

De risicovolle inrichting speelt bij deze beslissing een doorslaggevende rol (de curator heeft ook verwezen naar het arrest *Comsys/Van den End q.q.*, HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033). Gefailleerde had op grond van de verrekeningsovereenkomsten weliswaar aanspraak op voorschotten en als vruistregel gold dat zij recht had op 25% van de geconsolideerde omzet, maar een aanspraak op definitieve vergoedingen had zij in werkelijkheid niet. Op de voorschotten waren correcties mogelijk en deze werden ook toegepast. De vuistregel is niet vastgelegd en fixeerde bovendien de aanspraken van gefailleerde niet maar maakte deze afhankelijk van de omzet van de groep als geheel.

J.E. van Nuland, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak: 15-09-2021
ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2021:4910
Zaaknummer: C/05/370751 / HA ZA 20-312
Rechters: S. Kropman
Advocaten: R.A.J.C. Huijs en W.J.G. Smits
Wetsartikelen: 2:248 BW