

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 19, 2021

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. H.J. de Kloe, mr. E. Ayerdem, mr. R.J.H. Berghuis, mr. J.O. Bijloo, mr. S.J. van den Boogert, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. G.P. van Hooft, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.I.J. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2021:1412](#) 01-10-2021

Het bestaan van een opschortingsrecht doet niet af aan het bestaan van de vordering van de verzoeker bij faillissementsaanvraag

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1915](#) 04-10-2021

Faillissement wordt vernietigd, omdat in hoger beroep geen sprake meer is van pluraliteit van schuldeisers

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:8883](#) 21-09-2021

Vernietiging van aandelentransactie: wetenschap van benadeling voldoende aangetoond

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1916](#) 20-09-2021

Misbruik van bevoegdheid faillissementsaanvraag

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1917](#) 13-09-2021

Vernietiging faillissement en matiging faillissementskosten

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:11006](#) 08-10-2021

Homologatie liquidatieakkoord onder de WHOA aangeboden aan 516 crowdfunders

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:10951](#) 07-10-2021

Ondanks uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis niet summierlijk gebleken van vorderingsrecht

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2021:3746](#) 06-10-2021

Curator spreekt de bestuurder van een zorginstelling aan voor het faillissementstekort en vordert een civielrechtelijk bestuursverbod

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:9712](#) 06-10-2021

Bestuurders niet aansprakelijk na overdracht van onderneming aan andere vennootschap

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:4701](#) 29-09-2021

Toewijzing homologatieverzoek WHOA

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:5452](#) 23-09-2021

Homologatie surseance-akkoord Steinhoff

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:5549](#) 21-09-2021

Faillietverklaring Exem Energy

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:9336](#) 14-09-2021

Faillissementsverzoek leent zich niet voor geschil over eindafrekening

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2021:4783](#) 08-09-2021

Vordering tegen feitelijk beleidsbepaler verjaard, (middellijk) bestuurder niet aansprakelijk

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2021:3449](#) 01-09-2021

Faillissementsaansprakelijkheid en bestuursverbod

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:4878](#) 26-08-2021

Curator gaat in hoger beroep tegen afwijzing procesmachtiging, maar vangt ook bij de rechtbank bot

RECHTSPRAAK

Homologatie liquidatieakkoord onder de WHOA aangeboden aan 516 crowdfunders

De rechtbank homologeert een door de schuldenaar aan zijn crowdfunders aangeboden WHOA-akkoord. Geen van de schuldeisers heeft tegen het akkoord gestemd. Een uitkering aan de concurrente schuldeisers kan ook (deels) bestaan uit een nabetaling afhankelijk van licentie-inkomsten. Mkb-schuldeisers die in het akkoord 15% krijgen aangeboden, hoeven daarom niet in een aparte klasse te worden ingedeeld als zij in 2027 naar verwachting meer dan 20% hebben ontvangen.

De vennootschap die het WHOA-akkoord aanbiedt, is een houdstermaatschappij die in eigendom toebehorende IE-rechten houdt ('de vennootschap'). De maximale beschermingstermijn van het voornaamste octrooirecht vervalt binnenkort. Het akkoord wordt gefinancierd door verkoop van de activa van de vennootschap, haar IE-rechten. Deze worden verkocht voor een bedrag van € 425.000 ineens en een bedrag van € 0,30 per verkocht product vanaf de homologatie van het akkoord tot 2027.

In totaal zijn er drie klassen schuldeisers: (A) de gecureerde schuldeiser, (B) de Belastingdienst en (C) de concurrente schuldeisers. Klasse A krijgt 100%, klasse B krijgt 30% en klasse C krijgt 15% aangeboden op hun vordering. Klasse B en C krijgen daarnaast jaarlijks een nabetaling van € 0,20 per verkocht product. Binnen klasse C zitten ook mkb-schuldeisers omdat de vennootschap verwacht medio 2027 méér dan 20% te hebben uitgekeerd aan deze klasse.

De vennootschap is vooral gefinancierd door particuliere investeerders: van de 533 schuldeisers zijn 516 afzonderlijke investeerders ('de crowdfunders'). De crowdfunders hebben een pandrecht op de inkomsten uit royalty's bedongen. In een vaststellingsovereenkomst hebben zij met de vennootschap afgesproken dat de vennootschap over de eerste € 80.000 aan daadwerkelijk ontvangen licentie-inkomsten mag beschikken.

Tot op heden is er € 60.000 ontvangen. De vennootschap heeft de crowdfunders bij de concurrente schuldeisers ingedeeld. De vorderingen waarop een pandrecht rust, zouden namelijk kwalificeren als absoluut toekomstige vorderingen, waarvoor een actieve handeling van de curator is vereist. Op dit moment resteert er geen vergoeding uit hoofde van de licentievergoeding, dus het betreffende pandrecht heeft geen waarde in faillissement, aldus de vennootschap.

Alle klassen hebben ingestemd met het akkoord. Van de 533 schuldeisers hebben vier crowdfunders met een financieel belang van in totaal € 20.000 zich onthouden van de stemming. Geen van de schuldeisers heeft bezwaar gemaakt of een verzoek tot afwijzing van het homologatieverzoek ingediend. De rechtbank komt dan ook niet toe aan de aanvullende afwijzingsgronden van artikel 384 lid 3-5 Fw.

De rechtbank toetst aan de algemene afwijzingsgronden van artikel 384 lid 2 Fw en komt tot de conclusie dat er geen gronden zijn het homologatieverzoek af te wijzen: de termijnen zijn nageleefd, de schuldeisers zijn op de juiste wijze geïnformeerd en het akkoord bevat de informatie die schuldeisers nodig hebben om zich een oordeel te kunnen vormen over het akkoord. Ook de klassenindeling voldoet volgens de rechtbank aan de eisen van artikel 374 Fw. Verder heeft de vennootschap voldoende aannemelijk gemaakt dat de schuldeisers met dit akkoord een hogere en snellere uitkering tegemoet kunnen zien dan in geval van faillissement (in de uitspraak is overigens niet terug te lezen wat voor een uitkering in faillissement verwacht zou kunnen worden). Ook zijn er geen andere redenen gebleken die zich tegen homologatie verzetten. De rechtbank homologeert dan ook het aangeboden akkoord.

S.E. Streng, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 08-10-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:11006

Zaaknummer: C/09/618020 FT RK 21/759 HO

Rechters: H.J. van Harten, M.D.E. Leppens en V.G.T. van Emstede

Advocaten: E.A.H. ten Berge

Wetsartikelen: 374 Fw en 384 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurders niet aansprakelijk na overdracht van onderneming aan andere vennootschap

De onderneming van Farma werd overgedragen aan een andere vennootschap. Kort hierna ging Farma failliet. De bestuurders zijn niet aansprakelijk, nu voldoende vaststaat dat ze nauwelijks onderhandelingsruimte hadden bij de overdracht.

Op 19 januari 2011 is de vennootschap Farma opgericht. De belangrijkste opdrachtgever van de vennootschap was de apotheek Mediq. In de loop van 2017 en 2018 heeft de apotheek de diensten die zij afnam van de vennootschap afgebouwd. In maart 2019 zijn de werkzaamheden van de vennootschap overgegaan naar een nieuwe vennootschap, Pharmaceutical Solutions. De werkzaamheden die Farma toen nog verrichtte voor de apotheek zijn ook overgegaan naar die nieuwe vennootschap, evenals de meeste personeelsleden. Farma heeft hiervoor geen vergoeding ontvangen. Op 29 maart 2019 zijn de aandelen in Farma overgegaan op een andere partij die ook enig bestuurder is geworden.

Uit de conceptjaarstukken voor het boekjaar 2018 blijkt dat Farma een aantal vorderingen had op haar directe en haar indirecte bestuurder. De jaarrekening over 2018 is niet vastgesteld. Op 28 januari 2020 is de vennootschap failliet verklaard. De curator spreekt de directe en de indirecte bestuurder aan op de voet van artikel 2:248 BW. Volgens de curator hebben zij bewerkstelligd dat de activiteiten van Farma en de meeste van haar personeelsleden zijn overgegaan op Pharmaceutical Solutions, zonder dat Farma daarvoor een vergoeding heeft ontvangen en vervolgens zijn de aandelen in Farma overgedragen aan een katvanger, aldus de curator. Geen redelijk handelend bestuurder had op deze manier gehandeld, zo betoogt de curator. Voorts voert de curator aan dat de administratie van de vennootschap niet voldoet.

De aangesproken bestuurders stellen dat er verlies werd geleden op het contract met de apotheek en dat mede vanwege het belang van de werkgelegenheid van het personeel is meegewerkt aan de overgang van de werkzaamheden naar Pharmaceutical Solutions. Als gevolg van de verliesgevendheid van de onderneming was er geen enkele onderhandelingsruimte, aldus de indirect bestuurder.

De rechtbank gaat mee in dit verweer. Onvoldoende is bestreden de stelling dat Farma al geruime tijd verlies leed op het contract en zich in een afhankelijke positie bevond. De rechtbank overweegt dat voldoende duidelijk is dat de bestuurder geen of nauwelijks onderhandelingspositie had en dat daarom niet kan worden aangenomen dat hij heeft gehandeld zoals geen redelijk handelend bestuurder in die omstandigheden zou doen. Ook het beroep van de curator op het bewijsvermoeden van lid 2 van artikel 2:248 BW slaagt niet. Zelfs wanneer al zou worden aangenomen dat de administratie inderdaad niet voldeed, hebben de aangesproken bestuurders met hun uitleg over de wijze waarop de bedrijfsvoering tot een einde was gekomen voldoende aannemelijk gemaakt dat het faillissement niet het gevolg is van kennelijk onbehoorlijk bestuur.

Over de vorderingen van de vennootschap op de directe en indirecte bestuurder overweegt de rechtbank dat de bewijslast van het bestaan van deze vorderingen op de curator rust. Op basis van de conceptjaarrekening is de curator voorshands geslaagd in dit bewijs. De bestuurders wordt ruimte geboden tegenbewijs te leveren.

O. Oost, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 06-10-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:9712

Zaaknummer: C/10/609427 / HA ZA 20-1182

Rechters: N. Doorduijn

Advocaten: S.A. Jansen en A. Quispel

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

**Vordering tegen feitelijk beleidsbepaler verjaard,
(middellijk) bestuurder niet aansprakelijk**

De (middellijk) bestuurder heeft een andere belangrijke oorzaak van het faillissement aangevoerd en daarmee het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW ontkracht. In het midden kan daarom blijven of de administratieplicht is geschonden. De curator heeft niet aangevoerd dat de gebrekkige debiteurenadministratie een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

PEP Onderhoud Service B.V. ('POS'), een vennootschap die een onderhouds- en klusbedrijf exploiteerde, is failliet verklaard. In deze procedure spreekt de curator in het faillissement van POS ('de Curator') de enig bestuurder en aandeelhouder van POS ('de Bestuurder'), de enig bestuurder en aandeelhouder van de Bestuurder ('de Indirect Bestuurder') en de feitelijk beleidsbepaler van POS ('de Feitelijk Beleidsbepaler') aan op grond van artikel 2:248 BW, omdat zij hun taken kennelijk onbehoorlijk zouden hebben vervuld en dit een belangrijke oorzaak zou zijn geweest van het faillissement van POS, waardoor zij schadeplichtig zouden zijn voor het faillissementstekort. De onbehoorlijke taakvervulling zou zijn gelegen in een schending van de administratieplicht die is neergelegd in artikel 2:10 BW.

Allereerst buigt de rechter zich over de vraag of de vorderingen van de Curator verjaard zijn, zoals gedaagden stellen. Op grond van artikel 3:310 BW geldt hiervoor immers een verjaringstermijn van vijf jaar, die is gaan lopen op de dag van het faillissement van POS. De Curator stelt dat hij de verjaring binnen de verjaringstermijn van vijf jaar heeft gestuit per brief ('de Stuitingsbrief').

De Stuitingsbrief is gericht aan de advocaat van de Bestuurder en de Indirect Bestuurder, die echter niet optrad voor de Feitelijk Beleidsbepaler. De Curator had ook geen geldige reden om aan te nemen dat deze advocaat ook de gemachtigde van de Feitelijk Beleidsbepaler was. Daarom heeft de Stuitingsbrief de verjaring van de vorderingen tegen de Feitelijk Beleidsbepaler niet rechtsgeldig gestuit, waardoor deze verjaard zijn en moeten worden

afgewezen.

De Bestuurder en de Indirect Bestuurder zijn van mening dat de Stuitingsbrief de vorderingen tegen hen evenmin heeft gestuit, omdat hierin alleen wordt gewaarschuwd voor een vordering op grond van wanprestatie en niet voor de vorderingen uit bestuurdersaansprakelijkheid die in deze procedure aan de orde zijn. De rechtbank constateert echter dat de grondslag van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 jo. 2:10 BW in het eerste deel van de Stuitingsbrief wel duidelijk vermeld is. Uit de context valt op te maken dat het feit dat er in het tweede deel van de Stuitingsbrief wordt gesproken over een vordering op grond van wanprestatie een vergissing is. Uit een reactie van de advocaat van de Bestuurder en de Indirect Bestuurder op de Stuitingsbrief blijkt bovendien dat hij dit ook zo begrepen heeft. De rechtbank oordeelt daarom dat de Curator zijn vorderingen tegen de Bestuurder en de Indirect Bestuurder op grond van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW rechtsgeldig gestuit heeft met de Stuitingsbrief, waardoor deze vorderingen niet verjaard zijn.

Vervolgens gaat de rechtbank in op de vraag of de Bestuurder en de Indirect Bestuurder op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk zijn voor het faillissementstekort, als gevolg van het feit dat zij niet aan de administratieplicht van artikel 2:10 BW hebben voldaan. Bij de beoordeling hiervan laat de rechtbank in het midden of de debiteurenadministratie van POS zo gebrekkig was dat artikel 2:10 BW daarmee is geschonden, omdat hoe dan ook een andere belangrijke oorzaak van het faillissement is aangevoerd.

De Bestuurder en de Indirect Bestuurder hebben meerdere factoren aangevoerd die ten grondslag lagen aan het faillissement van POS. Het ging hierbij om sterke concurrentie, privéproblemen van de Indirect Bestuurder en verminderde opdrachten als gevolg van de financiële crisis. De rechtbank constateert dat de Curator deze factoren in het faillissementsverslag van POS nota bene zelf heeft bekrachtigd, zonder daarbij het voorbehoud te maken dat hij dit baseerde op de opgave van het bestuur van POS en dat hij die opgave zelf nog niet had kunnen verifiëren. Bovendien heeft de Curator onvoldoende gemotiveerd dat genoemde factoren géén belangrijke oorzaken waren van het faillissement. Daarom hoeven de Bestuurder en de Indirect Bestuurder deze omstandigheden niet te bewijzen en kunnen deze worden aangemerkt als belangrijke oorzaken van het faillissement. Daarmee is het vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW ontkracht en moet de Curator stellen en zo nodig bewijzen dat de beperkte debiteurenadministratie een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Dit is alleen het geval indien POS vóór haar faillissement meer debiteuren had kunnen innen als zij een uitgebreidere administratie had gehad. De Curator heeft echter niet concreet onderbouwd dat dit het geval was. Bovendien is de Curator eraan voorbijgegaan dat de hoogte van de vorderingen die POS vóór faillissement bij debiteuren had kunnen innen in schril contrast stonden met het totaal van de schulden van POS.

De rechtbank concludeert dat het niet voeren van een uitgebreidere debiteurenadministratie daarom niet kan worden aangemerkt als een belangrijke oorzaak van het faillissement, waardoor de vorderingen van de Curator op grond van artikel 2:248 lid 1 jo. 2:248 lid 2 BW moeten worden afgewezen.

C.N. Perrick, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 08-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2021:4783

Zaaknummer: C/01/362568 / HA ZA 20-589

Rechters: C. Schollen-den Besten

Advocaten: P.E.A.M. Gerritse, M.W. Steenpoorte en L.N.J.B. van Osch

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:10 BW en 3:310 BW

RECHTSPRAAK

Faillissementsaansprakelijkheid en bestuursverbod

De curator heeft van een failliete vennootschap geen administratie aangetroffen en een jaarrekening is niet gedeponeerde. De rechtbank oordeelt dat de (indirecte) bestuurders van de failliete vennootschap de administratieplicht en de deponeringsplicht hebben geschonden en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het boedeltekort wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur. De rechtbank legt daarnaast aan de bestuurders een bestuursverbod van vijf jaar op.

Drie bestuurders en één indirect bestuurder, gedaagden 1, 2 en 4 en Stichting Administratiekantoor Ait Vedan ('de Bestuurders'), van een failliete besloten vennootschap, [X] B.V. ('de B.V.'), zijn door mr. N.J.H. Leferink q.q. ('de Curator') aangesproken voor het boedeltekort in het faillissement van de B.V. als gevolg van kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 BW). De twee verschenen bestuurders hebben kort voor het faillissement gepoogd de aandelen in het kapitaal van de B.V. aan een medebestuurder te verkopen. Deze aandelen werden gehouden door een holding waarvan zij ook bestuurder waren. Op het moment van het faillissement van de B.V. stond geen bestuurder meer ingeschreven in het handelsregister. Drie van de vier (indirect) bestuurders hebben aangegeven geen administratie van de B.V. te bezitten. De andere bestuurder zegt de administratie te hebben gedumpt, nadat hij zou zijn bedreigd door een knokploeg.

Allereerst neemt de rechtbank aan dat de Bestuurders tot de faillissementsdatum bestuurders waren van de thans failliete B.V. Het staat vast dat de Bestuurders uit het handelsregister zijn uitgeschreven, maar uit niets blijkt dat zij op enig moment ontslag hebben genomen c.q. ontslagen zijn.

Hierna stelt de rechtbank vast dat het bestuur van de B.V. een wettelijke administratieplicht heeft (art. 2:10 BW). Hieraan is een bewaarplicht van zeven jaar gekoppeld. De Curator heeft geen administratie van de gefailleerde B.V. aangetroffen. De Bestuurders hebben ook geen back-up gemaakt van de administratie, wat hun kan worden verweten. Door middel van de back-up hadden tevens de gevolgen van het weggooien van de administratie kunnen worden

voorkomen. Het staat dan ook vast dat alle Bestuurders de administratieplicht hebben geschonden. De stelling van een van de Bestuurders dat er sprake was van bedreiging en dat de administratie daarom zou zijn weggegooid is onvoldoende onderbouwd, aangezien geen aangiftes of verklaringen zijn overgelegd. Daarnaast is ten aanzien van een jaarrekening de deponeringsplicht door de Bestuurders van de gefailleerde B.V. geschonden (art. 2:394 BW).

Hierna behandelt de rechtbank de stelling van de Curator dat ten aanzien van alle bestuurders sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 BW). Het bestuur heeft naar het oordeel van de rechtbank niet aan de administratie- en deponeringsplicht voldaan, waarmee het onweerlegbaar vermoeden van onbehoorlijk bestuur vaststaat. Het wordt weerlegbaar vermoed dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

De twee niet verschenen (indirect) bestuurders hebben geen andere feiten of omstandigheden gesteld die een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn. Hiermee zijn zij aansprakelijk voor het boedeltekort. De andere twee bestuurders hebben onvoldoende onderbouwd dat hun handelswijze niet heeft geleid tot het faillissement. Daarnaast hebben deze bestuurders onzorgvuldig gehandeld bij de gepoogde verkoop van de aandelen in het kapitaal van de B.V., dit ten nadele van de crediteuren van de gefailleerde B.V. De levering heeft niet plaatsgevonden, er is geen koopsom vastgesteld en de Bestuurders hebben eigendommen van de gefailleerde B.V. afgestaan aan de koper voordat de aandelen geleverd werden. De rechtbank stelt vast dat dit de Bestuurders ernstig kan worden aangerekend. Hiermee staat het vast dat alle Bestuurders van de B.V. hun taak onbehoorlijk hebben vervuld. Zij zijn aldus hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort.

De rechtbank legt ook aan alle Bestuurders een bestuursverbod op voor de duur van vijf jaar (art. 106a Fw). Aangezien de Bestuurders aansprakelijk zijn voor hun handelen of nalaten bij de gefailleerde B.V. en de crediteuren van de gefailleerde B.V. zijn benadeeld door de handelingen van de Bestuurders, kan een bestuursverbod worden opgelegd. De twee verkopende bestuurders hebben in het bijzonder verzuimd om ervoor te zorgen dat de rechten en verplichtingen van de B.V. deugdelijk zijn overgedragen aan de koper, wat hun zwaar wordt aangerekend. Ten aanzien van een van de verschenen bestuurders weegt tevens mee dat hij eerder betrokken is geweest bij een ander faillissement, waar hij ook succesvol door de Curator aansprakelijk is gesteld. De rechtbank is van oordeel dat hiermee een bestuursverbod van vijf jaar passend is.

M.M.H.A. Leurs, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 01-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2021:3449

Zaaknummer: C/08/255538 / HA ZA 20-420

Rechters: K.J. Haarhuis

Advocaten: N.J.H. Leferink en L. van der Wijngaart

Wetsartikelen: 2:10 BW, 2:394 BW, 2:248 BW en 106a Fw

RECHTSPRAAK

Ondanks uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis niet summierlijk gebleken van vorderingsrecht

De rechtbank wijst het faillissementsverzoek af omdat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van verzoekster. De schuldenaar heeft hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de kantonrechter en dat beroep is niet bij voorbaat kansloos.

Zytec B.V. heeft het faillissement aangevraagd van een andere vennootschap ('de schuldenaar'). Zytec baseert haar vorderingrecht op een vonnis van de kantonrechter, waarbij de schuldenaar is veroordeeld tot betaling van meer dan € 40.000 wegens niet betaalde huurtermijnen. Dit vonnis is uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Verder voert Zytec aan dat de schuldenaar ook andere schulden onbetaald laat.

De schuldenaar voert verweer. Hij betwist dat Zytec een vordering op hem heeft en stelt een tegenvordering te hebben van € 400.000. Zytec heeft activa van de schuldenaar gekocht voor € 600.000 en slechts € 200.000 betaald. Het restant van de koopprijs zou buiten de boeken blijven. Zolang Zytec niet had betaald, mocht de schuldenaar zijn vordering op Zytec verrekenen met de verschuldigde huurpenningen. De schuldenaar heeft hoger beroep ingesteld tegen het vonnis en verwijst ter onderbouwing van zijn stellingen naar de transcriptie van opgenomen gesprekken en verklaringen die zijn afgelegd in het kader van een voorlopig getuigenverhoor.

De rechtbank wijst het faillissementsverzoek af, ondanks het feit dat de kantonrechter een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis heeft gewezen. Het verweer van de schuldenaar is niet bij voorbaat kansloos en het geschil is te complex om hierover in een faillissementsprocedure te beslissen. Het hof zal moeten beslissen op het ingestelde beroep.

Anders dan door de schuldenaar is gesteld, heeft Zytec naar het oordeel van de rechtbank geen misbruik van bevoegdheid gepleegd met de faillissementsaanvraag. De rechtbank compenseert daarom de proceskosten.

H.J. de Kloe, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 07-10-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:10951

Zaaknummer: C/09/616401 / FT RK 21/682

Rechters: W.J. Don

Advocaten: A.H. Nierman en D.T. Mensinga

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Faillissement wordt vernietigd, omdat in hoger beroep geen sprake meer is van pluraliteit van schuldeisers

Na de faillietverklaring door de rechtbank heeft de bestuurder de vorderingen van anderen dan de aanvrager van het faillissement voldaan. Hierdoor ontbreekt pluraliteit van schuldeisers en vernietigt het hof het faillissement.

Chaudron Management B.V. ('Chaudron') is, kennelijk na te zijn geturboliquideerd (art. 2:19 lid 4 BW), failliet verklaard door de rechtbank Rotterdam op verzoek van MisterGreen Lease II B.V. ('MisterGreen'). Chaudron stelt hoger beroep in tegen de faillietverklaring. Het hof vernietigt het faillissement, omdat geen sprake is van pluraliteit van schuldeisers. De aangevoerde steunvordering en twee andere vorderingen zijn voldaan door de bestuurder van Chaudron. De Belastingdienst heeft een vordering ingediend bij de curator, maar na correspondentie hierover met de Belastingdienst is de curator gebleken dat Chaudron na verrekening van een tegenvordering nog een klein bedrag te ontvangen heeft van de Belastingdienst. Tot slot is zekerheid gesteld voor de faillissementskosten. Omdat Chaudron alleen de vordering van MisterGreen onbetaald laat, vernietigt het hof het faillissement. De faillissementskosten worden ten laste van Chaudron gebracht.

H.J. de Kloe, oktober 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 04-10-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1915

Zaaknummer: 200.298.790/01

Rechters: A.J.P. Schild, M.T. Nijhuis en P.W. van Baal

Advocaten: J.I. van Vlijmen en B.T. van Onna

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 2:19 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Misbruik van bevoegdheid faillissementsaanvraag

Net als de rechtbank oordeelt het hof dat een faillissement niet is bedoeld voor het oplossen van de financiële problemen van een schuldenaar. Als een faillissement slechts wordt aangevraagd om een akkoord aan te bieden, misbruikt de aanvrager zijn bevoegdheid tot het doen van eigen aangifte.

Een natuurlijk persoon van wie een eerder faillissement op 21 mei 2021 is opgeheven bij gebrek aan baten (zie voor die uitspraak in hoger beroep INS 2021-0214) doet eigen aangifte van zijn faillissement. De rechtbank heeft dit verzoek afgewezen (INS 2021-0234). De reden hiervoor is dat de schuldenaar niet heeft aangetoond dat er voldoende baten zijn om de faillissementskosten te bestrijden (art. 18 Fw). Daarnaast doet de schuldenaar eigen aangifte van het faillissement, omdat hij een faillissementsakkoord wil aanbieden. Daar is het faillissement niet voor bedoeld, zodat de schuldenaar zijn bevoegdheid om het faillissement aan te vragen heeft misbruikt.

De schuldenaar komt in beroep tegen de afwijzing van de faillissementsaanvraag. Het hof bekrachtigt de beschikking van de rechtbank. Weliswaar is er € 10.000 beschikbaar om de kosten van het faillissement te bestrijden, maar de schuldenaar maakt ook naar het oordeel van het hof misbruik van bevoegdheid met zijn faillissementsaanvraag. Een faillissement is niet bedoeld om de financiële problemen van een schuldenaar op te lossen en een schuldenaar in staat te stellen een akkoord aan te bieden. Dat het dwangakkoord van artikel 287a Fw niet openstaat voor de schuldenaar, doet daaraan niet af.

H.J. de Kloe, oktober 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 20-09-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1916

Zaaknummer: 200.297.609/01

Rechters: M.T. Nijhuis, P. Volker en A.J. Swelheim

Advocaten: C.E. Pfeiffer

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw, 18 Fw en 3:13 BW

RECHTSPRAAK

Toewijzing homologatieverzoek WHOA

Rechtbank wijst het verzoek tot homologatie van het akkoord ex artikel 383 Fw toe. Het verzoek van de aandeelhouder tot afwijzing wordt niet ontvankelijk geacht nu hij zijn bezwaren niet tijdig heeft gemeld bij verzoekster (art. 383 lid 9 Fw).

De schuldenaar in kwestie richt zich op de toekomstige ontwikkeling van een biobrandstoffabriek. Sinds haar oprichting in 2008 heeft verzoekster voornamelijk kosten gemaakt. Pas vanaf het moment dat de biobrandstoffabriek gerealiseerd en operationeel is, zullen de al gemaakte kosten worden terugverdiend doordat er groen gas geproduceerd en verkocht kan worden. Schuldenaar verkeert in pre-insolvente toestand omdat er tijdelijke liquiditeitsproblemen zijn en door de hoge (langlopende) schuldenlast in combinatie met de vertraging en de tegenslagen voor de aanvraag van vergunningen en subsidies, het onmogelijk is om additionele financiering aan te trekken. Zonder herstructurering is het redelijkerwijs aannemelijk dat zij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar schulden. Schuldenaar biedt daarom een akkoord aan haar schuldeisers aan als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw.

In het akkoord zijn de schuldeisers in vier klassen verdeeld. Klasse 1 bestaat uit concurrente crediteuren die kwalificeren als mkb-handelscrediteuren (ontvangen 28,9% betaling ineens). Klasse 2 bestaat uit overige concurrente schuldeisers (ontvangen 25% uitkering in de vorm van aandelen met winstrechten). Klasse 3 bestaat uit een achtergestelde schuldeiser (ontvangt geen uitkering). Klasse 4 bestaat uit aandeelhouders (ontvangen geen uitkering).

Uit het stemverslag blijkt dat klasse 1 (concurrente mkb-schuldeisers) voor 100% heeft ingestemd, klasse 2 (overige concurrente schuldeisers) voor 69,87 % heeft ingestemd, klasse 3 (achtergestelde schuldeiser, de Provincie) niet heeft ingestemd en klasse 4 (aandeelhouders) voor 85,44% heeft ingestemd met het akkoord. Nu de voorstemmers in klasse 1, klasse 2 en klasse 4 ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen hun klasse een stem hebben uitgebracht, worden deze klassen geacht te hebben ingestemd.

De Provincie kan zich niet verenigen met de homologatie en heeft een verzoek ingediend tot

afwijzing. De afwijzingsgronden kunnen blijken uit de toelichting bij het wetsvoorstel (*Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 16) worden onderverdeeld in de algemene afwijzingsgronden (art. 384 lid 2 Fw) en aanvullende afwijzingsgronden (art. 384 lid 3 tot en met 5 Fw). Nu de Provincie een verzoek tot afwijzing van de homologatie heeft ingediend, zal de rechtbank naast de algemene afwijzingsgronden ook dienen te beoordelen of er sprake is van een of meer bijzondere afwijzingsgronden.

De rechtbank overweegt dat de Provincie terecht in een aparte klasse is ingedeeld wegens de overeengekomen achterstelling van haar vordering. Dat deze achterstelling is opgenomen in een subsidiebesluit dat is ingetrokken, doet daaraan niet af. Ook overweegt de rechtbank dat de nakoming van het akkoord voldoende is gewaarborgd.

Een aandeelhouder heeft bij de observator een verzoek ingediend tot afwijzing van de homologatie. Dit verzoek is ten onrechte niet bij de rechtbank ingediend (art. 383 lid 8 Fw) en heeft de rechtbank pas na de zitting bereikt, zodat de aandeelhouder niet-ontvankelijk is in zijn verzoek. Verder heeft de aandeelhouder zijn bezwaren niet tijdig gemeld bij verzoekster. Als de aandeelhouder wel ontvankelijk was, zou het verzoek om die reden moeten worden afgewezen.

Na de mondelinge behandeling van het homologatieverzoek is nog een verzoek tot afwijzing ontvangen. De rechtbank verklaart deze schuldeiser niet-ontvankelijk in zijn verzoek omdat dit te laat is ontvangen.

De observator heeft een positief advies uitgebracht aan de rechtbank. De observator meent dat het aangeboden akkoord voldoet aan hetgeen de wet verlangt.

De rechtbank wijst, nadat zij haar rechtsmacht heeft vastgesteld, het homologatieverzoek toe.

J. van den Dolder, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 29-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:4701

Zaaknummer: FT RK 21/703

Rechters: E. Boerwinkel, A.E. de Vos en K.G. van de Streek

Advocaten: J.M.J. van der Grinten en J. Bouman

Wetsartikelen: 383 Fw en 384 Fw

RECHTSPRAAK

Het bestaan van een opschortingsrecht doet niet af aan het bestaan van de vordering van de verzoeker bij faillissementsaanvraag

Bij verweer tegen een faillissementsaanvraag door een schuldeiser kan het bestaan van een opschortingsrecht niet leiden tot de conclusie dat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de schuldeiser (art. 6 lid 3 Fw). Het kan hooguit leiden tot 'geen toestand', als de steunvorderingen ook (nog) niet afdwingbaar zijn.

Een verhuurder van een horecapand vraagt in augustus 2020 het faillissement van zijn huurder aan vanwege een huurachterstand. De huurder verweert zich door te stellen dat (1) een deel van de huurachterstand al door een ander betaald is (geweest), welke betaling ten onrechte is teruggestort door de verhuurder en (2) dat zij schade heeft geleden door verbouwingen die de verhuurder aan het pand heeft gedaan en daarom gerechtigd is om de huurbetaling op te schorten.

In eerste aanleg heeft de rechtbank de faillissementsaanvraag afgewezen. De rechtbank verbond aan het verweer van de huurder de conclusie dat niet summierlijk van het vorderingsrecht van de aanvrager is gebleken (als bedoeld in art. 6 lid 3 Fw, laatste zinsdeel).

De verhuurder gaat in hoger beroep. In het hoger beroep neemt het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in aanmerking dat de huurder "[...] op zichzelf niet [betwist] dat hij nog huurbedragen verschuldigd is aan [verhuurder]." Het hof vervolgt: "In zoverre is dan ook summierlijk gebleken van het bestaan van het vorderingsrecht van [verhuurder]". Voorts overweegt het hof: "[Huurder] beroept zich wel op een opschortingsrecht. Van een gegrond beroep op een opschortingsrecht is het hof echter niet summierlijk gebleken."

Het hof geeft *inhoudelijke* redenen waarom het de argumenten omtrent de vermeende onterechtheid van de teruggestorting en de betalingsopschorting vanwege vermeende schade passeert en spreekt de faillietverklaring alsnog uit.

De faillietverklarde huurder stelt cassatieberoep in. De klachten tegen het arrest van het hof komen er gezamenlijk op neer dat het hof zijn oordeel over de terugstorting van de gedane deelbetaling en het opschortingsrecht van de huurder onvoldoende begrijpelijk heeft gemotiveerd.

In zijn conclusie van 25 juni 2021 heeft advocaat-generaal Van Peursem beargumenteerd dat de klachten sowieso niet tot cassatie kunnen leiden, *ongeacht* wat men zou kunnen vinden van de motivering van het inhoudelijke oordeel van het gerechtshof over (de aannemelijkheid van) de door de huurder gevoerde verweren. Volgens de A-G zou namelijk ook een succesvol beroep op opschorting niet de conclusie rechtvaardigen dat de aanvrager van het faillissement geen vorderingsrecht heeft. Ook als vanwege een opschortingsrecht de vordering van de aanvrager op het betreffende moment niet metterdaad kan worden opgeëist c.q. afgedwongen, kan de vordering wel degelijk bestaan. [1] Voor toewijzing van een faillissementsaanvraag door een schuldeiser is niet noodzakelijk dat de vordering van de aanvrager opeisbaar is (vgl. conclusie A-G bij HR 24 maart 2017, ECLI:NL:PHR:2017:488, randnummer 2.17, met verwijzing naar eerdere rechtspraak in voetnoot 29), zodat het enkele feit dat tegen de aanvrager een opschortingsrecht kan worden ingeroepen, de faillietverklaring niet blokkeert.

Voor de goede orde merkt de A-G op dat er voor faillietverklaring in zo'n geval wel vereist is dat een of meer steunvorderingen metterdaad opeisbaar zijn, omdat anders niet geconcludeerd kan worden dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij/zij heeft opgehouden te betalen.

De A-G concludeert tot verwerping van het cassatieberoep. Bij arrest van 1 oktober 2021 heeft de Hoge Raad de conclusie van de A-G gevolgd, met toepassing van artikel 81 Wet RO.

I.F.M. Lakwijk, oktober 2021

[1] In geval van reeds verstrekt huurgenot bestaat de tegenoverstaande huurvordering ook daadwerkelijk, vgl. HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 (*WUH/Emmerig q.q.*)

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 01-10-2021

ECLI: ECLI:NL:HR:2021:1412

Zaaknummer: 20/03756, 200.284.183 en 252608 FT RK 20.466

Rechters: T.H. Tanja-van den Broek, S.J. Schaafsma en F.R. Salomons

Advocaten: F.W.E. Eijsvogels en J. de Jong van Lier

Wetsartikelen: 1 Fw en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Vernietiging van aandelentransactie: wetenschap van benadeling voldoende aangetoond

Het hof oordeelt dat voldaan is aan het vereiste van wetenschap van benadeling. De bij de transactie betrokken partijen wisten dat de waarde van het actief van de schuldenaar niet voldoende was om aan alle verplichtingen te voldoen.

Het onderhavige arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden ziet op de vernietiging van een aandelentransactie. Heel in het kort zag de transactie er als volgt uit. Maneesh Pharmaceuticals Limited ('Maneesh') is de aandeelhouder van Svizera Holdings B.V. De aandeelhouder/bestuurder van Maneesh is tevens de bestuurder van Svizera Holdings. In 2010 verkoopt en levert Maneesh de door haar gehouden aandelen in Svizera Europe B.V. (Svizera Europe) aan Svizera Holdings voor een koopprijs van ongeveer USD 2,26 miljoen. De verplichting tot betaling van de koopprijs wordt omgezet in een lening van Maneesh aan Svizera Europe in rekening-courant. In 2012 verkoopt en levert Svizera Holdings de aandelen in Svizera Europe weer terug aan Maneesh. De koopprijs bedraagt ongeveer USD 2,8 miljoen. De koopprijs wordt verrekend in rekening-courant.

In 2014 wordt het faillissement van Svizera Holdings uitgesproken. De aangestelde curator vernietigt de overeenkomst waarbij de aandelen weer terug werden verkocht aan Maneesh en de daarmee samenhangende rechtshandelingen.

Het hoger beroep staat geheel in het teken van de vraag of voldaan is aan het vereiste van wetenschap van benadeling. In eerste aanleg was de rechtbank tot de conclusie gekomen dat dit niet het geval was. Het hof komt tot een andere conclusie en oordeelt dat wel sprake is van wetenschap van benadeling.

De feiten die het hof aan zijn oordeel ten grondslag legt, laten zich moeilijk samenvatten. Het komt erop neer dat het hof in de eerste plaats vaststelt dat Svizera Holdings ten tijde van het aangaan van de transactie niet over voldoende liquide middelen beschikte om aan haar opeisbare verplichtingen te kunnen voldoen. Vervolgens gaat het hof na of voor Svizera

Holdings en Maneesh duidelijk was dat Svizera Holdings ook bij verkoop van haar actief niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. Het actief bestond uit verschillende deelnemingen. Het hof lijkt tot uitgangspunt te nemen dat Svizera aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen als de werkelijke waarde van de deelnemingen overeenkwam met de boekwaarde. Het hof komt echter tot de conclusie dat de waarde van de deelnemingen aanzienlijk lager was dan de boekwaarde en dat dit voor Svizera Holdings en Maneesh ook kenbaar was.

J.F. Fliek, oktober 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-09-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:8883

Zaaknummer: 200.257.950/01 en C/16/387281 /HAZA 15-201)

Rechters: O.G.H. Milar, R.A. van der Pol en R.F. Groos

Advocaten: M.E. ten Brinke en S.I.P. Schouten

Wetsartikelen: art. 42 Fw

RECHTSPRAAK

Vernietiging faillissement en matiging faillissementskosten

De rechtbank Rotterdam heeft het faillissement van Tandprotetisch Centrum Ridderkerk B.V. (TCR) uitgesproken op verzoek van een zzp'er. Het hof vernietigt het faillissement, omdat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de zzp'er. Het hof matigt de faillissementskosten en brengt deze, ondanks het gebrekkige verweer in eerste aanleg, ten laste van de zzp'er.

Tandprotetisch Centrum Ridderkerk B.V. ('TCR') is op 17 augustus 2021 failliet verklaard door de rechtbank Rotterdam op verzoek van een zzp'er die werkte voor TCR ('de zzp'er'). De bestuurder van TCR was aanwezig op de faillissementszitting, maar zijn advocaat was wegens medische problemen niet op de zitting aanwezig. Hij had een dag voor de zitting verzocht om aanhouding, maar nadat de griffie tevergeefs had geprobeerd het kantoor van de advocaat te bereiken is het faillissement toch uitgesproken.

TCR komt in beroep tegen het faillissementsvonnis. TCR betwist het vorderingsrecht van de zzp'er. Volgens TCR heeft zij alle bedragen die zij is verschuldigd aan de zzp'er voldaan. De zzp'er werd betaald op basis van gegevens uit zijn administratie, nadat TCR hiervoor een factuur had gestuurd aan zorgverzekeraars en/of klanten. Omdat de administratie van de zzp'er niet op orde was, is TCR niet alle door de zzp'er gefactureerde bedragen verschuldigd. Verder stelt TCR dat de zzp'er goederen van TCR heeft onttrokken en ten onrechte materialen heeft besteld ten laste van TCR. Tot slot zou de zzp'er na zijn vertrek klanten hebben overgenomen van TCR, wat onrechtmatig is jegens TCR en waardoor TCR schade heeft geleden. De zzp'er betwist de stellingen van TCR, maar de curator meent met TCR dat de facturen en berekeningen van de zzp'er vragen oproepen.

Het hof overweegt dat een faillissement alleen kan worden uitgesproken als van het bestaan van een vorderingsrecht blijkt na een beperkt onderzoek door de rechter. Het verweer van TCR en de zienswijze die de curator heeft ingediend geven voldoende aanleiding om te twijfelen aan het vorderingsrecht van de zzp'er. Het hof vernietigt daarom het faillissement.

Ter zitting heeft de zzp'er bepleit de faillissementskosten bij vernietiging van het faillissement ten laste van TCR te laten komen, omdat in eerste aanleg op gebrekkige wijze verweer is gevoerd. Het hof overweegt dat het faillissement mogelijk niet was uitgesproken als in eerste aanleg adequaat verweer was gevoerd, maar dat laat onverlet dat het faillissement is aangevraagd op basis van een vordering die door TCR werd betwist. Omdat de zzp'er op de hoogte was van de betwisting, lag het voor de hand dat hij een bodemprocedure was gestart. Dat hij dit niet heeft gedaan maar het faillissement van TCR heeft aangevraagd, komt voor zijn risico. Het hof stelt de faillissementskosten vast op € 8.000 inclusief btw, en matigt daarmee het bedrag van € 11.671,71 inclusief btw dat door de curator is ingediend.

H.J. de Kloe, oktober 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 13-09-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1917

Zaaknummer: 200.298.913/01

Rechters: D.A. Schreuder, M.D. Ruizeveld en A.J.P. Schild

Advocaten: F.F.J. Froger en E.P. Pandelitschka

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Faillietverklaring Exem Energy

De rechtbank verklaart Exem Energy, een aan Isabel dos Santos gelieerde vennootschap, failliet. Tegen de vennootschap is een arbitraal vonnis gewezen dat niet vatbaar is voor beroep en waarvoor verlof tot tenuitvoerlegging is verleend.

Een vennootschap naar het recht van Angola ('Sonangol') en Esperaza Holding B.V. hebben verzocht Exem Energy B.V. ('Exem') failliet te verklaren. De rechtbank oordeelt dat Sonangol een vordering van € 3 miljoen heeft op Exem. Deze vordering volgt uit een arbitraal vonnis dat niet vatbaar is voor hoger beroep en waarvoor de voorzieningenrechter verlof heeft verleend tot de tenuitvoerlegging. Omdat Exem geen stappen heeft ondernomen om het arbitrale vonnis aan te vechten, gaat het verweer van Exem dat het arbitrale vonnis onjuist is niet op.

De vordering van Esperaza volgt impliciet ook uit dit arbitrale vonnis en uit het onderzoek van een door de OK bij Esperaza benoemde bestuurder. Deze vordering houdt verband met een nietige aandelenoverdracht aan Exem, waardoor Esperaza een dividenduitkering van € 52,6 miljoen onverschuldigd heeft betaald aan Exem. Er is dus sprake van pluraliteit van schuldeisers en ook overigens verkeert Exem in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen, zodat de rechtbank het faillissement van Exem uitspreekt.

H.J. de Kloe, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 21-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:5549

Zaaknummer: C/13/21/150 F

Rechters: A.E. de Vos

Advocaten: M.J. Drop, L. Heide-Jørgensen en C. Boersma

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Faillissementsverzoek leent zich niet voor geschil over eindafrekening

De rechtbank wijst een faillissementsverzoek af, omdat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van verzoekster. Partijen hebben een geschil over een eindafrekening, maar een faillissementsverzoek leent zich niet voor de beslechting daarvan.

Internettotaalpakket B.V. heeft verzocht een vennootschap ('verweerster') waarmee zij een acquisitieovereenkomst heeft gesloten failliet te verklaren. Verweerster betwist de vordering en stelt een tegenvordering te hebben op Internettotaalpakket voor het bouwen van websites. Verweerster betwist ook de steunvorderingen. Twee aangevoerde steunvorderingen zijn van klanten van verweerster. Volgens deze klanten heeft verweerster in strijd met de afspraken geen advertenties voor hen geplaatst, maar verweerster stelt dat de klanten ontevreden zijn omdat hun websites door Internettotaalpakket uit de lucht zijn gehaald. De derde aangevoerde steunvordering ziet op een werknemer, maar deze werknemer is volgens verweerster bij een andere vennootschap in dienst.

De rechtbank oordeelt dat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van Internettotaalpakket. Het faillissementsverzoek moet niet los gezien worden van de eindafrekening die moet plaatsvinden tussen partijen. Een faillissementsverzoek leent zich niet voor de beslechting van een dergelijk geschil.

H.J. de Kloe

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 14-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:9336

Zaaknummer: C/10/624052 RK 21-279

Rechters: B.A. Cnossen

Advocaten: K. Konings

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Homologatie surseance-akkoord Steinhoff

Steinhoff heeft in surseance een akkoord aangeboden, omdat de WCAM financieel niet haalbaar is en de WHOA niet geschikt is omdat de Insolventieverordening hierop (nog) niet van toepassing is. Nadat de rechtbank heeft geconstateerd dat zich geen weigeringsgronden voordoen, homologeert zij het akkoord.

In deze procedure is de homologatie van het surseanceakkoord dat Steinhoff heeft aangeboden aan de orde. In een eerdere uitspraak heeft de rechtbank toepassing van de Brandaris-regeling bevolen (INS 2021-0195). Om die reden hebben niet alle schuldeisers gestemd over het akkoord, maar is over het akkoord gestemd door een commissie van vertegenwoordiging. De commissie heeft unaniem ingestemd met het akkoord.

Lancaster heeft schriftelijk bij de rechtbank verklaard zich te verzetten tegen de homologatie, maar heeft meegedeeld niet ter zitting te verschijnen. De rechtbank overweegt dat Lancaster niet voor de zitting schriftelijk redenen heeft opgeven bij de rechter-commissaris waarom zij weigering van de homologatie wenselijk acht (art. 269 lid 4 Fw). Daarnaast kunnen schuldeisers op grond van artikel 271 lid 1 Fw op de zitting waarop de homologatie wordt behandeld de homologatie bestrijden. Weliswaar heeft Lancaster voorafgaand aan de zitting stukken naar de rechtbank gestuurd, maar omdat deze niet ter zitting zijn toegelicht, slaat de rechtbank hierop geen acht.

De bewindvoerders en rechters-commissarissen adviseren het akkoord te homologeren. Geen van de aanwezigen ter zitting heeft bezwaar gemaakt tegen de homologatie. Desalniettemin oordeelt de rechtbank ambtshalve of zich geen weigeringsgronden voordoen. De rechtbank oordeelt dat Steinhoff voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat schuldeisers onder het akkoord meer ontvangen dan waarop zij recht zouden hebben bij een faillissement. Om die reden oordeelt de rechtbank dat de afwijzingsgrond van artikel 272 lid 2 onder 1° Fw zich niet voordoet.

Nog niet alle schuldeisers zijn bekend, zodat het lastig is om te beoordelen of de nakoming

van het akkoord voldoende is gewaarborgd (art. 272 lid 2 onder 2° Fw). Het staat wel vast welk bedrag beschikbaar wordt gesteld, er is een stichting opgericht die belast is met de uitvoering van het akkoord en aan de South African Reserve Bank is verzocht om goedkeuring voor betaling van het schikkingsbedrag aan deze stichting. Ook de betrokken dochtervennootschappen van Steinhoff hebben zich verplicht gesteld de stichting middelen te verstrekken en in dat kader zekerheidsrechten verstrekt. Om deze redenen oordeelt de rechtbank dat de nakoming van het akkoord, voor zover mogelijk, voldoende is gewaarborgd.

De rechtbank oordeelt ook dat het akkoord niet door bedrog, begunstiging van een of meer schuldeisers of met behulp van andere oneerlijke middelen tot stand is gekomen (art. 272 lid 2 onder 3° Fw). De procedure is transparant verlopen. Er is € 30 miljoen beschikbaar gesteld aan Active Claimants Groups (ACG's) die zich hebben ingespannen voor de totstandkoming van het akkoord, maar Steinhoff is transparant geweest over de beschikbaarstelling van dat bedrag, het bedrag wordt betaald door een andere vennootschap en het bedrag is geen tegenprestatie voor instemming met het akkoord. Verder was het akkoord ook aangenomen als de vertegenwoordigers van de ACG's in de commissie van vertegenwoordiging geen stem hadden uitgebracht, omdat het akkoord unaniem is aangenomen.

Er is voldoende zekerheid gesteld voor betaling van het salaris van de bewindvoerders, zodat de weigeringsgrond van artikel 272 lid 2 onder 4° Fw zich niet voordoet. Tot slot is niet gebleken van andere redenen om de homologatie te weigeren (art. 272 lid 3 Fw). Diverse schuldeisers zijn verschillend behandeld, maar daarvoor zijn gerechtvaardigde redenen. Ook het feit dat Steinhoff niet heeft gekozen voor een WCAM- of WHOA-procedure is geen reden om homologatie te weigeren. De reden om niet voor de WCAM te kiezen is dat Steinhoff een eventuele opt-outmogelijkheid niet zou hebben kunnen financieren. De WHOA was niet geschikt omdat de Insolventieverordening op die procedure niet van toepassing was. Voldoende aannemelijk is gemaakt dat op termijn een faillissement zou volgen als geen akkoord tot stand zou komen, zodat terecht gebruikgemaakt is van de surseanceregeling.

Omdat er geen redenen zijn om de homologatie te weigeren, homologeert de rechtbank het akkoord.

H.J. de Kloe, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 23-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:5452

Zaaknummer: C/13/21/4-S

Rechters: L. van Berkum, N.A.J. Purcell en T.H. van Voorst Vader

Advocaten: F. Verhoeven, C.R. Zijderveld, D. Smit, D.V.J.S. van der Heijden, G.J. Meester, P. Kuipers, D.A.M.H.W. Strik, M.L.J. Noldus, B.F. Meijer, W.J.P. Jongepier, Q.L.C.M. Bongaerts, F.M. Peters, J. de Jong, R.D. Vriesendorp, K. Rutten, J. de Rooij, V.R. Vroom, A.J. Dunki Jacobs, R.M.T.M. Tielens en P.E. Hendriksen

Wetsartikelen: 269b Fw, 271 Fw en 272 Fw

RECHTSPRAAK

Curator spreekt de bestuurder van een zorginstelling aan voor het faillissementstekort en vordert een civielrechtelijk bestuursverbod

De curator spreekt de bestuurder van een zorginstelling aan voor het faillissementstekort en vordert tevens een civiel bestuursverbod. De rechtbank wijst de vorderingen toe. Een van de jaarrekeningen is te laat gedeponereerd en de administratieplicht is (ernstig) geschonden. De bestuurder krijgt voor vijf jaar een bestuursverbod opgelegd.

In april 2020 zijn Koturlu B.V. ('Koturlu') en zorgverlener HarmonieZorg BV ('HarmonieZorg') (samen 'faillieten') in staat van faillissement verklaard. Koturlu is enig aandeelhouder en bestuurder van HarmonieZorg en fungeerde als holding ten opzichte van HarmonieZorg als werkmaatschappij. Gedaagde was enig aandeelhouder en bestuurder van Koturlu ('de bestuurder').

Na vermoedens van wanpresteren door HarmonieZorg onder een gesloten raamovereenkomst met gemeente Enschede, liet deze gemeente een onderzoek uitvoeren. Daaruit bleek onder meer dat de administratie niet deugde, personeel niet was gekwalificeerd, zorgplannen tekortschoten, zorggeld niet werd aangewend voor zorg en niet verleende zorg werd gedeclareerd. Dit laatste vormde zelfs al drie jaar de reden voor de accountant om géén verklaring af te geven. Met de daaropvolgende ontbinding van de overeenkomst verloor HarmonieZorg haar inkomstenbron, hetgeen leidde tot een eigen verzoek tot faillietverklaring, dat is toegewezen.

De door de curator opgevraagde auditfiles bevestigen voornoemde conclusies. Daaruit blijkt namelijk onder meer dat sprake is van fors hogere rekening-courantvorderingen dan aanvankelijk opgegeven, blijken schriftelijke overeenkomsten onvindbaar, is de administratie niet bijgewerkt en hebben privéaankopen van onroerend goed plaatsgevonden.

In een contraonderzoek spreekt de bestuurder de meeste conclusies tegen. Dat weerhoudt de curator er niet van het faillissementstekort te verhalen op de bestuurder en een civiel

bestuursverbod te vorderen. De curator baseert zijn vorderingen onder meer op schendingen van de publicatie- en administratieplicht. Subsidiair voert de curator aan dat de bestuurder onrechtmatig jegens schuldeisers heeft gehandeld door er, als gevolg van onttrekkingen van het vermogen van faillieten én wanpresteren onder de raamovereenkomst, voor te zorgen dat betalingsverplichtingen niet konden worden nagekomen.

De bestuurder betwist de stellingen en vorderingen van de curator. Zo is het schenden van de publicatieplicht een onbelangrijk verzuim en was de *fysieke* administratie (waarop art. 2:10 BW ziet volgens de bestuurder) wel degelijk in orde. Dit is een opmerkelijk verweer, omdat de ondeugdelijkheid door de bestuurder bij de eigen aanvraag was opgegeven als reden en hij zulks heeft erkend tijdens een verhoor ten overstaan van de rechter-commissaris. Ook vindt de bestuurder dat geen sprake was van wanpresteren onder de overeenkomst en dat het faillissement is veroorzaakt door corona.

De rechtbank maakt korte metten met het verweer. Wat betreft de publicatieplicht: de jaarrekening is anderhalve maand te laat gepubliceerd en de bestuurder heeft zijn stelling dat sprake is van een onbelangrijk verzuim niet onderbouwd.

De rechtbank is daarnaast van oordeel dat de zorgadministratie de basis vormde van (het voortbestaan van) de overeenkomst. Als juist die administratie niet deugt, dan is sprake van een schending van de administratieplicht. Dit is ook een *ernstige* schending, want de ondeugdelijke administratie houdt verband met de ontbinding van de overeenkomst waardoor de inkomsten wegvielen en het faillissement onvermijdbaar was. Ook valt niet te begrijpen waarom bepaalde schriftelijke overeenkomsten in strijd met de wet (art. 2:247 BW) niet schriftelijk zijn vastgelegd. De bestuurder heeft in dit verband onvoldoende toegelicht op welke wijze de coronapandemie van negatieve invloed was op de bedrijfsvoering en is zodoende niet geslaagd in het aannemelijk maken van een andere oorzaak van het faillissement.

De rechtbank is dan ook van oordeel dat de bestuurder aansprakelijk is voor het faillissementstekort. Tot slot wordt een bestuursverbod voor vijf jaren opgelegd. Redengevend is onder meer de ernstige schending van de administratieplicht waardoor het faillissement is veroorzaakt, als ook dat de bestuurder meerdere overeenkomsten tussen hem en faillieten niet conform de wet schriftelijk heeft vastgelegd. De bestuurder heeft ook geen feiten en omstandigheden naar voren gebracht waarom zulks niet redelijk zou zijn.

A.L.M. van Rooij en J.E. van Nuland, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 06-10-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2021:3746

Zaaknummer: C/08/252161 / HA ZA 20-307

Rechters: K.J. Haarhuis

Advocaten: P.E.M. Schol en T. Demirdag

Wetsartikelen: 2:247 BW, 2:248 BW, 2:10 BW, 2:394 BW en 106a Fw

RECHTSPRAAK

Curator gaat in hoger beroep tegen afwijzing procesmachtiging, maar vangt ook bij de rechtbank bot

De curator heeft verzocht om een machtiging voor het starten van een procedure tegen onder meer een zustervennootschap en de (middellijk) bestuurder van de failliete vennootschap. Volgens de curator hebben paulianeuze transacties plaatsgevonden en is sprake van bestuurdersaansprakelijkheid. De machtiging wordt niet verleend vanwege de te lage kans op succes.

Op 25 maart 2019 is BV 1 failliet verklaard. Sinds 2014 was BV 1 verlieslijdend. Omdat men het tij niet zelf kon keren, is opdracht gegeven aan een onderzoeksbureau om te zoeken naar een koper voor de onderneming. Hieruit is een kandidaat gekomen, BV 2, waaraan de aandelen in BV 1 zijn verkocht. De daartoe strekkende overeenkomst (SPA - share purchase agreement) hing samen met een aantal andere transacties, waaronder een sale- en lease back-transactie. Onder meer de onroerende zaken van BV 1 werden verkocht en overgedragen aan een nieuw opgerichte zustervennootschap. BV 1 heeft de onroerende zaken nadien gehuurd van de zustervennootschap. Uiteindelijk heeft men het ertoe geleid dat BV 2 (een bedrag ter hoogte van) de koopsom verschuldigd werd aan BV 1. BV 2 had geen zekerheden verstrekt voor de nakoming van deze vordering. BV 2 heeft de vordering uiteindelijk verrekend met een (beweerdelijke) dividenduitkering.

De curator wilde onder meer de zustervennootschap en de (middellijk) bestuurder van BV 1 aanspreken, onder andere op grond van respectievelijk pauliana en bestuurdersaansprakelijkheid. BV 1 en de (indirect) bestuurder van de vennootschap hebben de rechter-commissaris op grond van artikel 69 Fw verzocht de curator te verbieden een bodemprocedure te starten. De rechter-commissaris heeft hen niet-ontvankelijk verklaard in hun verzoek, maar ten overvloede overwogen dat hij geen aanleiding zag de curator een machtiging tot procederen te verlenen. Toen de curator deze machtiging vroeg, heeft de rechter-commissaris deze machting ook niet verleend. De reden daarvoor was dat de rechter-commissaris de procedure onvoldoende kansrijk achtte om de daarmee gepaard gaande

kosten te rechtvaardigen. Naar het oordeel van de rechter-commissaris was bij de aan te spreken personen geen wetenschap van schuldeisersbenadeling aanwezig op het moment van het aangaan van de transacties. Het eigen vermogen van BV 1 was hoog, de cijfers die BV 2 presenteerde waren optimistisch, BV 2 zou synergievoordelen realiseren door de onderneming van BV 1 samen te voegen met twee andere ondernemingen en voor de daarmee gepaard gaande kosten zou financiering worden gezocht.

In deze procedure gaat de curator in hoger beroep tegen de beslissing van de rechter-commissaris om de procesmachtiging niet te verlenen. De rechtbank laat de beslissing van de rechter-commissaris in stand. Daarbij overweegt de rechtbank dat het niet de bedoeling is dat de rechter-commissaris vooruitloopt op de beslissing van de bodemrechter, maar hij moet wel de proceskansen inschatten en mede op basis daarvan bepalen of het afgeven van de machtiging in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers. Dat is ook wat de rechter-commissaris heeft gedaan. De rechter-commissaris moet er bij de beoordeling voor waken dat hij niet zelf mede het beheer over de boedel gaat voeren, maar dat is hier naar het oordeel van de rechtbank niet gebeurd.

Inhoudelijk stemt de rechtbank in met de beoordeling van de rechter-commissaris. De rechtbank bekrachtigt de beschikking van de rechter-commissaris, zodat de curator de gewenste procedure niet mag voeren.

H.J. de Kloe, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 26-08-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:4878

Zaaknummer: C/16/19/156 F

Rechters: R.A. Steenbergen

Advocaten: G.G. Boeve

Wetsartikelen: 67 Fw, 68 Fw, 69 Fw, 42 Fw en 2:248 BW