

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 20, 2021

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:3191](#) 21-10-2021

Curator hoeft urenregistratie niet af te geven aan de schuldenaar

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:9821](#) 19-10-2021

Bestuurder aansprakelijk omdat tegenbewijs artikel 2:248 lid 2 BW niet slaagt. Met wenk

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:9840](#) 19-10-2021

Bank kan borg niet aanspreken omdat zij een fout heeft gemaakt bij het vestigen van zekerheden

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:3121](#) 14-10-2021

Hoger beroep tegen faillietverklaring

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:2974](#) 30-09-2021

Hoger beroep tegen een beschikking ex artikel 67 Fw niet mogelijk.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:2953](#) 28-09-2021

Beroep op artikel 42 Fw afgewezen. Rechtshandeling niet onverplicht verricht

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:11713](#) 26-10-2021

Homologatie WHOA-akkoord

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:10335](#) 20-10-2021

Valt schikking met curator onder bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering?

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:5153](#) 15-10-2021

Afwijzing verzoek tot wraking rechter-commissaris

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2021:3891](#) 12-10-2021

Verzoek afkoelingsperiode, opheffing beslag en schorsing procedure bij onderhands akkoord

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:10184](#) 07-10-2021

Faillissement geturboliquideerde vennootschap

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:10265](#) 29-09-2021

Homologatie WHOA-akkoord

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:10190](#) 14-09-2021

Rechtbank wijst andere herstructureringsdeskundige aan dan voorgedragen

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:7109](#) 18-08-2021

Selectieve betaling waardoor geen schuldeisersakkoord kon worden aangeboden, schade gelijk aan boedeltekort

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2021:4316](#) 20-04-2021

Rechtbank wijst verzoek afkoelingsperiode WHOA af

RECHTSPRAAK

Verzoek afkoelingsperiode, opheffing beslag en schorsing procedure bij onderhands akkoord

Afwijzing verzoek om afkoelingsperiode, opheffing beslag en schorsing bodemprocedure bij wege van voorziening ex artikel 379 Fw, omdat niet summierlijk is gebleken dat de belangen van de gezamenlijke crediteuren daarmee zijn gediend.

Deze uitspraak is gedaan op het verzoek van 21 september 2021 – na deponering van een startverklaring ex artikel 370 lid 3 Fw op 15 september 2021 – om afkondiging van een afkoelingsperiode van vier maanden (art. 376 lid 1 Fw), opheffing van bepaalde conservatoire derdenbeslagen (art. 376 lid 2 sub b Fw) en schorsing van een bodemprocedure bij wege van voorziening voor de duur van zes maanden (art. 379 Fw). De legger van de op te heffen derdenbeslagen en eiser in de te schorsen bodemprocedure is Stiel Groep B.V. ('belanghebbende'), die uit hoofde van artikel 376 lid 11 Fw door de rechtbank in de gelegenheid is gesteld haar zienswijze te geven.

Verzoekster heeft in de kern aan haar verzoeken ten grondslag gelegd dat zij de afkoelingsperiode, beslagopheffing en voorziening nodig zou hebben om een lopend bouwproject te kunnen afronden. Met afronding zou een nettobate van € 100.000-150.000 worden gerealiseerd en kunnen worden aangewend om met het oog op een gecontroleerde afwikkeling een onderhands akkoord aan te bieden, waarin alsdan ook de eventuele vordering van belanghebbende zou worden meegenomen. De derdenbeslagen en procedure zouden verzoekster hierin belemmeren. Uit de bespreking van het standpunt van belanghebbende (r.o. 4) blijkt dat tussen verzoekster en belanghebbende geschil bestond over de beëindiging door verzoekster van een in het kader van het lopende bouwproject tussen hen gesloten overeenkomst wegens gestelde niet-nakoming door belanghebbende. Belanghebbende beriep zich juist op opschorting omdat verzoekster haar niet betaalde, zodat zij meende vanwege de (onterechte) beëindiging onder de overeenkomst recht te hebben op betaling van de overeengekomen aanneemsom. Een en ander verklaart waarom belanghebbende zo opvallend uitgebreid gebruik heeft gemaakt van de gelegenheid om haar zienswijze te geven en zich

tegen toewijzing van de verzoeken te verzetten. Belanghebbende heeft daartoe verschillende standpunten betrokken, waaronder dat de succesvolle afronding van het bouwproject allerm minst zeker is, het zou schorten aan de vereiste informatieverstrekking, het *no creditor worse off* principe zou worden geschonden en niet zou zijn gebleken van enige concrete stappen tot aanbieding of ook maar voorbereiding van een akkoord. Belanghebbende heeft zelfs – kennelijk op grond van artikel 376 lid 9, eerste volzin, Fw – nog een aantal voorzieningen gevraagd voor het geval de verzoeken mochten worden toegewezen.

Na vaststelling dat verzoekster in haar verzoeken kan worden ontvangen, begint de rechtbank haar beoordeling met de opsomming van de cumulatieve vereisten voor afkondiging van een afkoelingsperiode uit artikel 376 lid 4 Fw. Dat zijn (a) noodzakelijkheid om de onderneming van verzoekster tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen voortzetten en (b) redelijke aannemelijkheid dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers bij afkondiging zijn gediend en derden zoals belanghebbende daardoor niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad (r.o. 5.7). De rechtbank legt in haar hierop volgende overwegingen dezelfde toets aan als eerder in een vergelijkbaar geval door de rechtbank Rotterdam is gehanteerd (Rb. Rotterdam 8 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1887, r.o. 4.5-4.6). Die komt erop neer dat in geval van een akkoord waarmee een gecontroleerde afwikkeling wordt beoogd redelijkerwijs aannemelijk moet zijn dat de gezamenlijke schuldeisers met het onderhandse akkoord een zekere *upside* wordt geboden ten opzichte van hun positie bij de afwikkeling in faillissement. Vanwege de onzekerheid van de te realiseren bate, de te summier financiële informatie die door verzoekster is gegeven en het feit dat nog geen concrete stappen zijn gezet, luidt het oordeel van de rechtbank dat die *upside* onvoldoende aannemelijk is. Op deze basis wijst de rechtbank de verzoeken af.

J.O. Bijloo, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 12-10-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2021:3891

Zaaknummer: 271301 FT RK 21.569

Rechters: M.C. Bosch, R.P. van Eerde en K.M. van Hassel

Advocaten: J.H. van der Meulen

Wetsartikelen: 376 Fw en 379 Fw

RECHTSPRAAK

Selectieve betaling waardoor geen schuldeisersakkoord kon worden aangeboden, schade gelijk aan boedeltekort

Na een tussenvonnis waarin de rechtbank overwoog dat sprake was van onrechtmatige selectieve betalingen en een causaal verband met het uitblijven van een schuldeisersakkoord en faillissement, stelt de rechtbank in dit eindvonnis de schade van de boedel gelijk aan het boedeltekort.

Aan dit vonnis ging het tussenvonnis van 20 januari 2021 (OR 2021-0108) vooraf. Hierin oordeelde de rechtbank dat gedaagde, de heer Steup, als (voormalig) bestuurder van het faillietverklaarde ITSP Nederland B.V. ('ITSP') onrechtmatige selectieve betalingen heeft verricht. Tevens oordeelde de rechtbank dat er een causaal verband is tussen deze selectieve betalingen, het ontbreken van een schuldeisersakkoord en het faillissement van ITSP. De rechtbank overwoog in dit tussenvonnis voorts dat de curator haar stellingen omtrent (de hoogte van) de schade als gevolg van de selectieve betalingen onvoldoende had toegelicht. Om die reden is de curator in de gelegenheid gesteld haar stellingen in dit verband nader te onderbouwen bij akte. Dit eindvonnis ziet op het debat dat zich vervolgens ontspon.

Aangezien de rechtbank reeds in het tussenvonnis overwoog dat een causaal verband bestaat tussen de selectieve betalingen, het ontbreken van een schuldeisersakkoord en het faillissement, gaat het bij het vaststellen van de hoogte van de schade om een vergelijking tussen enerzijds de vermogenspositie van ITSP in de hypothetische situatie dat geen selectieve betalingen hadden plaatsgevonden en een schuldeisersakkoord tot stand zou zijn gekomen en anderzijds de vermogenspositie van de boedel van ITSP in het huidige faillissement.

In dit verband overweegt de rechtbank dat de volledige schuldenlast van ITSP als schade dient te worden aangemerkt, omdat de schuldenlast nihil zou zijn geweest indien geen selectieve betalingen hadden plaatsgevonden en een schuldeisersakkoord was gesloten. Daarbij is van belang dat ten tijde van de selectieve betalingen de activiteiten van ITSP waren beëindigd en het de bedoeling was te liquideren. Hierdoor zou ITSP geen nieuwe inkomsten maar ook geen

nieuwe schulden kunnen verwachten, waardoor aannemelijk is dat bij het slagen van het schuldeisersakkoord de vermogenspositie van ITSP op (vrijwel) nihil zou zijn gebleven. Daarmee is de schade voor ITSP gelijk te stellen aan de vermogenspositie van ITSP in het faillissement. Die vermogenspositie is het boedeltekort.

Steup dient dit bedrag te vergoeden aan de boedel van ITSP. Van dit bedrag trekt de rechtbank nog wel diverse betalingen af die ITSP ten behoeve van of aan Steup in persoon heeft gedaan. De verschuldigdheid hiervan betwist Steup niet. Tot vergoeding van deze betalingen aan ITSP veroordeelt de rechtbank hem separaat.

Overigens heeft Steup de rechtbank verzocht terug te komen op een aantal eindbeslissingen in het tussenvonnis. De rechtbank ging hierin niet mee, want zij kan alleen terugkomen van een bindende eindbeslissing in een tussenvonnis indien blijkt dat die beslissing berust op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag die is gegrond op een onhoudbare feitelijke lezing van één of meer gedingstukken, welke lezing bij handhaving zou leiden tot een einduitspraak waarvan de rechter overtuigd is dat die ondeugdelijk zou zijn. Naar het oordeel van de rechtbank is daarvan geen sprake.

J. Tromp, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 18-08-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:7109

Zaaknummer: C/15/298974

Rechters: J. van der Kluit

Advocaten: Z. Koscielniak en M.A. Visser

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Hoger beroep tegen een beschikking ex artikel 67 Fw niet mogelijk.

Uit de Faillissementswet volgt dat hoger beroep tegen een beschikking ex artikel 67 Fw niet open staat.

Onderwerp van deze procedure zijn de acties van een voormalig bestuurder van een failliete bv om de curator zo ver te krijgen gerechtelijke stappen te ondernemen tegen een oud-bestuurder van diezelfde B.V. De voormalig bestuurder heeft eind 2014 met een beroep op artikel 69 Fw een bevel van de rechter-commissaris proberen uit te lokken. De rechter-commissaris heeft het verzoek van de voormalig bestuurder afgewezen. Tegen de afwijzende beschikking is geen beroep ingesteld.

Later is de curator een procedure gestart tegen de voormalig bestuurder waarin hij hem op grond van artikel 2:248 BW heeft aangesproken voor het tekort in het faillissement. In twee instanties is de curator in het ongelijk gesteld.

De voormalig bestuurder heeft naar aanleiding van de uitspraak in hoger beroep van 24 september 2019 de rechter-commissaris op 27 en 28 juli 2020 opnieuw verzocht de curator te bevelen stappen te ondernemen tegen de oud-bestuurder. Volgens de voormalig bestuurder zou de beslissing van de rechter-commissaris op zijn eerdere verzoek uit 2014 namelijk onjuist zijn gezien hetgeen het hof in het bedoelde arrest overwoog.

De rechter-commissaris heeft het verzoek afgewezen en de rechtbank heeft vervolgens het op grond van artikel 67 Fw ingestelde beroep tegen de nieuwe beschikking van de rechter-commissaris verworpen. Tegen de uitspraak van de rechtbank is de voormalig bestuurder opgekomen bij het gerechtshof 's-Hertogenbosch.

Het hof overweegt dat uit de Faillissementswet volgt dat hoger beroep tegen een beschikking ex artikel 67 Fw niet open staat. Het betoog van de voormalig bestuurder dat de Faillissementswet een dergelijk hoger beroep (ook) niet uitsluit, kan hem derhalve niet baten.

Vervolgens gaat het hof nog in op de vraag of de beschikking van de rechter-commissaris uit

2014 mogelijk vatbaar is voor herroeping voor het geval de voormalig bestuurder (mede) zou hebben verzocht om herroeping.

Het hof concludeert dat uit de stukken ingediend door de voormalig bestuurder niet volgt dat een beroep is gedaan op herroeping. Ten overvloede overweegt het hof nog dat een verzoek tot herroeping hoe dan ook te laat was aangezien de voormalig bestuurder de daarvoor geldende termijn van drie maanden vanaf het moment van ontdekking van de grond voor herroeping heeft laten verstrijken.

Slotom is dat de voormalig bestuurder niet-ontvankelijk wordt verklaard in zijn beroep en de curator verder kan met de door hem in gang gezette afwikkeling ex artikel 16 Fw.

W.T.N. Vlasveld, november 2021

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 30-09-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:2974

Zaaknummer: 200.296.202_01

Rechters: S.M.A.M. Venhuizen, A.P. Zweers-van Vollenhoven en J.M.H. Schoenmakers

Advocaten: J.C.M. Nuijten

Wetsartikelen: 67 Fw, 69 Fw, 382 Rv en 390 Rv

RECHTSPRAAK

Homologatie WHOA-akkoord

Verzoekster heeft een overzichtelijk akkoord aangeboden en alle stemgerechtigden tijdig en goed geïnformeerd. Ondanks het feit dat één klasse niet heeft ingestemd met het akkoord, homologeert de rechtbank het akkoord.

Verzoekster heeft een WHOA-akkoord aangeboden aan haar schuldeisers. Het akkoord bevatte diverse bijlagen, waaronder een rapport van BDO en diverse taxatierapporten van Troostwijk en FDR & Associés.

Voordat het akkoord is voorgelegd, is een afkoelingsperiode afgekondigd, waarbij de rechtbank ook een observator heeft aangewezen. Daarnaast heeft verzoekster in een zogenoemd aspectenverzoek de vraag voorgelegd of een ongelijke behandeling van de concurrente vordering van haar huisbank Rabobank gerechtvaardigd is. De rechtbank heeft geoordeeld dat dit het geval is (INS 2021-0265).

Verzoekster heeft de schuldeisers ingedeeld in zeven klassen. Rabobank (klasse 1) en leveranciers met eigendomsvoorbehoud (klasse 2) krijgen hun vordering (met uitstel van betaling) volledig betaald. De Belastingdienst (klasse 3) ontvangt 8,2% van haar vordering, concurrente mkb-schuldeisers (klasse 4) ontvangen 20%, 'gewone' concurrente schuldeisers (klasse 5) ontvangen 4,1% en gelieerde concurrente schuldeiser (klasse 6) en aandeelhouders met een concurrente vordering (klasse 7) ontvangen niets. Tijdens de stemming hebben 31 stemgerechtigden een stem uitgebracht. 30 schuldeisers hebben ingestemd met het akkoord, 1 schuldeiser heeft tegen het akkoord gestemd. De tegenstemmende schuldeiser is de enige schuldeiser uit klasse 4 die een stem heeft uitgebracht, zodat klasse 4 niet heeft ingestemd met het akkoord. De overige klassen hebben wel ingestemd.

In deze procedure is het verzoek tot homologatie van het akkoord aan de orde. De observator meent dat er geen gronden zijn om homologatie te weigeren. Ook de rechtbank oordeelt dat die gronden niet aanwezig zijn. Verzoekster heeft een overzichtelijk akkoord aangeboden en alle stemgerechtigden tijdig en goed geïnformeerd. Met name uit het BDO-rapport blijkt dat de schuldenaar verkeert in de vereiste toestand. De klassenindeling voldoet aan de vereisten

van artikel 374 Fw en de schuldenaar heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat de schuldeisers met het akkoord een hogere en snellere uitkering ontvangen dat bij een faillissement. Omdat de nakoming van het akkoord voldoende is gewaarborgd en ook niet is gebleken van andere redenen die zich tegen de homologatie verzetten, homologeert de rechtbank het akkoord.

H.J. de Kloe, november 2021

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 26-10-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:11713

Zaaknummer: C/09/618995 / FT RK 21/783 HO

Rechters: R. Cats, M.D.E. Leppens en C.A.M. de Bruijn

Advocaten: mr. J. van den Dolder

Wetsartikelen: 384 Fw

RECHTSPRAAK

Rechtbank wijst andere herstructureringsdeskundige aan dan voorgedragen

Het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt toegewezen, omdat verzoekster in de vereiste toestand verkeert. Verzoekster heeft twee namen en offertes van mogelijke herstructureringsdeskundigen overgelegd, maar de rechtbank wijst een andere persoon aan als herstructureringsdeskundige.

Een vennootschap ('verzoekster') die een onderneming exploiteert die zich bezighoudt met reparatie, onderhoud, ontwikkeling en bouw van speciale installaties voor schepen verzoekt om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige ex artikel 371 Fw. Door de coronapandemie is de omzet sterk teruggelopen, omdat de passagiersvaart vrijwel stilgelegen heeft. Daarnaast zijn de kosten van enkele projecten tegengevallen. Verzoekster kan haar lopende verplichtingen voldoen, maar moet haar schulden saneren om een toekomstig faillissement af te wenden.

De rechtbank oordeelt dat verzoekster verkeert in een toestand waarin redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan. Het verzoek wordt daarom toegewezen. Hoewel verzoekster conform het Landelijk Procesreglement WHOA-zaken rechtbanken twee namen en offertes van mogelijke herstructureringsdeskundigen heeft overgelegd, wijst de rechtbank een andere herstructureringsdeskundige aan. Een duidelijke motivering hiervoor ontbreekt. De rechtbank overweegt wel dat de aangewezen herstructureringsdeskundige beschikt over de competenties die voor deze specifieke casus van belang lijken, maar waarom de voorgedragen personen niet geschikt zouden zijn, volgt niet uit de beschikking.

H.J. de Kloe, november 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 14-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:10190

Zaaknummer: C/10/623154/ HO RK 21.262

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

Advocaten: S.J. Bruins Slot

Wetsartikelen: 371 Fw

RECHTSPRAAK

Curator hoeft urenregistratie niet af te geven aan de schuldenaar

Het hof oordeelt dat de schuldenaar geen rechtmatig belang heeft bij afgifte van de urenregistratie. In de wenk onder de samenvatting wordt ingestemd met de conclusie van het hof, maar een kanttekening geplaatst bij de motivering.

Het faillissement van een natuurlijk persoon is op 26 mei 2020 opgeheven bij gebrek aan baten. De schuldenaar heeft op grond van artikel 843a Rv verzocht de curator te veroordelen tot afgifte van zijn urenregistratie. De schuldenaar meent namelijk dat de curator te veel uren in rekening heeft gebracht in het faillissement. De rechtbank heeft het verzoek afgewezen (INS 2021-0099). De schuldenaar komt in beroep tegen deze beslissing.

Het hof overweegt dat, ondanks het feit dat in de Recofa-richtlijnen is opgenomen dat tijdregistraties niet openbaar zijn, een schuldenaar een rechtmatig belang kan hebben in de zin van artikel 843a Rv bij de urenregistratie. De Recofa-richtlijnen vormen geen recht in de zin van artikel 79 Wet RO en daarnaast sluit artikel 843a Rv niet-openbare stukken in algemene zin niet uit. Desondanks overweegt het hof dat de schuldenaar geen rechtmatig belang heeft bij de urenregistratie. De curator heeft een uitgebreide toelichting gegeven over de besteding van zijn uren ten aanzien van de punten waarover de schuldenaar twijfels had. Vanwege deze toelichting lag het op de weg van de schuldenaar om duidelijk te maken welke werkzaamheden de curator niet zou hebben verricht of niet zou hebben moeten verrichten. De schuldenaar heeft dat niet gedaan.

Daar komt bij dat de schuldenaar in feite wil dat het salaris van de curator wordt herbeoordeeld, terwijl de vaststelling van het salaris van de curator is voorbehouden aan de rechter-commissaris. Het hof overweegt dat tegen de vaststelling van het salaris een niet benutte rechtsgang open heeft gestaan. Het hof oordeelt daarom dat de schuldenaar een onvoldoende rechtmatig belang heeft in de zin van artikel 843a Rv en bekrachtigt de beschikking van de rechtbank.

Wenk

De overwegingen van het hof ten aanzien van de salarisvaststelling zijn lastig te volgen. Het hof overweegt dat de rechter-commissaris het salaris van de curator vaststelt en dat tegen deze vaststelling een rechtsmiddel openstaat. Beide stellingen lijken mij onjuist. Op grond van artikel 71 Fw wordt het salaris van de curator vastgesteld door de rechtbank.

De rechtbank is wel verplicht de rechter-commissaris te horen voordat het salaris wordt vastgesteld (art. 65 Fw). Het ligt voor de hand dat de rechtbank zich in beginsel laat leiden door het standpunt van de rechter-commissaris, omdat hij in de regel beter zicht heeft op de afwikkeling van het faillissement dan de rechtbank. Dat neemt niet weg dat de beslissing wordt genomen door de rechtbank en dat het de rechtbank volledig vrijstaat af te wijken van het advies van de rechter-commissaris.

De schuldenaar kan niet opkomen tegen een beschikking waarbij de rechtbank het salaris van de curator vaststelt. Op grond van artikel 85 Fw staat in beginsel geen hoger beroep open tegen beschikkingen van de rechtbank. Beroep in cassatie is in beginsel wel mogelijk tegen administratieve beslissingen van de rechtbank, maar de Hoge Raad heeft over de salarisbeschikking expliciet geoordeeld dat de gefailleerde hiertegen geen cassatieberoep kan instellen. Dit hangt samen met het systeem van de wet, dat zo veel mogelijk is gericht op een vlotte afwikkeling van het faillissement. Zie hiervoor HR 23 februari 2021, ECLI:NL:HR:2001:AB0205, r.o. 3.2 en par. 2.5 van de conclusie van A-G Wesseling-van Gent vóór deze beschikking.

Dit neemt niet weg dat de conclusie van het hof goed te volgen is. Uit het 'gesloten stelsel van interventiemogelijkheden' van de Faillissementswet (zie voor dit begrip en een uitwerking Wessels IV 2020/4062) volgt dat het ook niet mogelijk is op andere wijze op te komen tegen de vaststelling van het salaris van de curator. Het hof heeft daarom mijns inziens terecht geoordeeld dat de schuldenaar geen rechtmatig belang heeft bij afgifte van de urenregistratie van de curator.

H.J. de Kloe, november 2021

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 21-10-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:3191

Zaaknummer: 200.295.960_01

Rechters: A.P. Zweers-van Vollenhoven, J.W. van Rijkom en C.M. Molhuysen

Advocaten: R.W.J.L. Loonen en J.M.C. de Ree

Wetsartikelen: 843a Rv, 71 Fw en 85 Fw

RECHTSPRAAK

Afwijzing verzoek tot wraking rechter-commissaris

Het naast zich neerleggen van verzoeken op grond van artikel 69 Fw is een procedurele beslissing die in beginsel geen grond is voor wraking. Dat de rechter-commissaris en curator elkaar op professioneel vlak kennen en dat de rechter-commissaris met een kantoorgenoot van de curator in de redactie van een vaktijdschrift zit, is ook geen grond voor wraking.

Een failliet dient een verzoek in tot wraking van de rechter-commissaris. Failliet stelt daartoe dat hij meerdere verzoeken heeft gedaan die niet in behandeling zijn genomen. Verder zou de rechter-commissaris vooringenomen zijn, inhoudelijk met het OM communiceren over de zaak van failliet, samenwerken met een kantoorgenoot van de curator in de redactie van een juridisch tijdschrift en hebben geweigerd een verslag van een faillissementsverhoor af te geven.

De rechter-commissaris stelt primair dat de failliet niet-ontvankelijk is in zijn verzoek. Het instrument van wraking is een uitvloeisel van artikel 6 EVRM en dat artikel is niet van toepassing op een faillissementsverhoor. Inhoudelijk stelt de rechter-commissaris dat er geen redenen zijn om hem te wraken. Hij stelt onder meer geen contact te hebben gehad met de officier van justitie over de strafzaak van de failliet. Ook als dat wel zo was geweest, zou dat niet getuigen van vooringenomenheid. De aantekeningen van een faillissementsverhoor zijn in beginsel niet bestemd voor de failliet, die ook geen belang heeft bij de aantekeningen omdat hij opnamen heeft gemaakt van het verhoor. Tot slot stelt de rechter-commissaris dat een verzoek tot afwikkeling van het faillissement niet in behandeling is genomen, omdat het verzoek in de spam-filter van de rechtbank terecht is gekomen. Als het wrakingsverzoek wordt afgewezen, zal de rechter-commissaris dit verzoek alsnog in behandeling nemen.

De wrakingskamer oordeelt dat de failliet ontvankelijk is in zijn wrakingsverzoek, omdat het verzoek mede ziet op het negeren van verzoeken die zijn gedaan op grond van artikel 69 Fw. Inhoudelijk oordeelt de rechtbank dat de beslissing om een aantal verzoeken naast zich neer te leggen een procedurele beslissing is die in beginsel geen grond vormt voor wraking. Dat is

alleen anders als blijkt van vooringenomenheid, maar daarvan is hier geen sprake, zeker niet ten aanzien van het verzoek dat in de spam-filter van de rechtbank is beland. Ook de gang van zaken bij het faillissementsverhoor biedt geen grond voor een objectief gerechtvaardigde vrees van partijdigheid. Dat de rechter-commissaris en de curator elkaar op professioneel vlak kennen omdat zij in verschillende faillissementen met elkaar te maken hebben en dat de rechter-commissaris met een kantoorgenoot van de curator in de redactie van een vaktijdschrift zit, vormt ook geen grond voor wraking. Het wrakingsverzoek wordt afgewezen.

H.J. de Kloe, november 2021

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 15-10-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:5153

Zaaknummer: 527852 HA / RK 21-237

Rechters: H.A. Brouwer, D. Wachter en G.J.J.M. Essink

Wetsartikelen: 36 Rv, 66 Fw, 69 Fw en 6 EVRM

RECHTSPRAAK

Bank kan borg niet aanspreken omdat zij een fout heeft gemaakt bij het vestigen van zekerheden

ABN AMRO spreekt een borg aan. De borg moet worden aangesproken, omdat het pandrecht dat de bank heeft bedongen niet geldig is gevestigd. Het hof oordeelt daarom dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de bank de borg aanspreekt.

Appellant ('de bestuurder') was kennelijk bestuurder van K&P IT B.V. ABN AMRO ('de bank') heeft een kredietovereenkomst gesloten met K&P IT, als zekerheid waarvoor de bank onder meer een pandrecht heeft bedongen op de voorraad, de inventaris en de debiteuren van K&P IT. Daarnaast heeft de bestuurder zich borg gesteld voor de vordering van de bank op K&P IT.

K&P IT is failliet verklaard, waarop de bank haar vordering heeft ingediend bij de curator en een beroep heeft gedaan op haar pandrecht. De curator heeft het beroep op dit pandrecht niet gehonoreerd en in deze procedure staat ook niet (meer) ter discussie dat het bedongen pandrecht niet is gevestigd. Nadat duidelijk is geworden dat de bank geen uitkering ontvangt in het faillissement van K&P IT, heeft de bank de bestuurder aangesproken uit hoofde van de afgegeven borgtocht. De bestuurder stelt dat de bank hier geen beroep op kan doen, omdat door haar fout geen pandrecht is gevestigd. Als het pandrecht wel was gevestigd zou de bank geen beroep hoeven doen op de borgtocht, omdat de door de curator geïnde debiteuren de vordering van de bank ruim overstijgen.

Het hof geeft de bestuurder, anders dan de rechtbank, gelijk en wijst de vordering van de bank af. Omdat de bank het vestigen van zekerheden in een geval als dit naar zich toetrekt, hetgeen ook blijkt uit de van toepassing zijnde voorwaarden, komt het voor rekening en risico van de bank dat geen geldig pandrecht is gevestigd. Het is daarom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de bank de bestuurder aanspreekt als borg.

H.J. de Kloe, november 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-10-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:9840

Zaaknummer: 200.269.231

Rechters: B.J. Engberts, L.M. Croes en G.D. Hoekstra

Advocaten: G.B. de Jong en A.M. van Heest

Wetsartikelen: 7:850 BW

RECHTSPRAAK

Faillissement geturboliquideerde vennootschap

Het faillissement van de geturboliquideerde vennootschap Paintbroker wordt uitgesproken. De jaarrekeningen over 2017 en 2018 zijn niet (tijdig) gedeponereerd, zodat er mogelijk een bate is in de vorm van een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. Ook aan de (overige) voorwaarden voor de faillietverklaring is voldaan.

D+F Coatings B.V. heeft het faillissement aangevraagd van Paintbroker B.V., een vennootschap die is geturboliquideerd (art. 2:19 lid 4 BW). Partijen hebben voorafgaand aan de turboliquidatie afspraken gemaakt over betaling van de vorderingen van D+F Coatings. Paintbroker heeft in dat kader een pandrecht gevestigd ten gunste van D+F Coatings op haar debiteuren en D+F Coatings heeft roerende zaken overgenomen. De koopprijs voor de roerende zaken en de geïnde debiteuren zijn telkens verrekend, aldus D+F Coatings. Ook na deze verrekeningen resteert nog een vordering. Paintbroker betwist deze vordering en stelt een tegenvordering te hebben die ongeveer even hoog is als de vordering van D+F Coatings. Ook stelt (de voormalig bestuurder van) Paintbroker geen baten meer te hebben, zodat zij is opgehouden te bestaan en daarom niet faillietverklaard kan worden.

Naar het oordeel van de rechtbank is summierlijk gebleken dat de vennootschap nog baten heeft. Omdat de jaarrekeningen over 2017 en 2018 niet (tijdig) zijn gedeponereerd bij de Kamer van Koophandel, is er mogelijk een vordering op de bestuurder uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. De rechtbank oordeelt verder dat summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van D+F Coatings. Paintbroker heeft de vordering van D+F Coatings onvoldoende gemotiveerd betwist en de door haar gestelde tegenvordering onvoldoende onderbouwd. Nu ook sprake is van pluraliteit van schuldeisers en Paintbroker ook overigens verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen, spreekt de rechtbank het faillissement uit.

H.J. de Kloe, november 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 07-10-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:10184

Zaaknummer: 623992 / FT RK 21-278

Rechters: W.J. Roos-van Toor

Advocaten: P.M. Jongeling

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

RECHTSPRAAK

Bestuurder aansprakelijk omdat tegenbewijs artikel 2:248 lid 2 BW niet slaagt. Met wenk

Het hof oordeelt in navolging van de rechtbank dat de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW is geschonden. Omdat de bestuurder niet is geslaagd in het aanvoeren van een andere belangrijke oorzaak van het faillissement dan kennelijk onbehoorlijk bestuur, is hij aansprakelijk voor het faillissementstekort.

In deze procedure gaat het om de aansprakelijkheid van de voormalig bestuurder van Lyempf B.V. De curator heeft hem op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort. De rechtbank wijst de vordering van de curator toe. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

In navolging van de curator en de rechtbank stelt het hof vast dat de boekhoudplicht (art. 2:10 BW) is geschonden. Dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld is daarmee een gegeven. De onbehoorlijke taakvervulling wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn.

Ter weerlegging van het bewijsvermoeden voert de bestuurder *andere feiten en omstandigheden* aan die tezamen een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Hij voert onder andere aan dat de financiële positie van Lympf BV bij zijn aantreden al deplorabel was en dat melkcontracten die zijn voorgangers hadden afgesloten als een molensteen om de nek van het bedrijf hingen. Bovendien stagneerde de verkoop van melkpoeder en bleek een nieuw project niet levensvatbaar te zijn.

Het hof overweegt dat de voormalig bestuurder niet aannemelijk heeft kunnen maken dat de aangevoerde omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Vervolgens overweegt het hof dat het aannemelijk is dat de keuzes die de voormalig bestuurder zelf heeft gemaakt tot het faillissement hebben geleid. Aan die overweging liggen (gedeeltelijk) dezelfde feiten en omstandigheden ten grondslag. Het lijkt erop dat het hof de bestuurder verwijt dat hij heeft nagelaten in te grijpen met betrekking tot de gestelde feiten en

omstandigheden. Het hof concludeert dat het bestreden vonnis wordt bekrachtigd.

Wenk

Bij de motivering van het hof past een kanttekening. Vaststaat dat het hof de keuzes van de voormalig bestuurder – naast schending van de boekhoudplicht – als belangrijke oorzaak van het faillissement ziet. Het valt op dat het hof niet expliciet overweegt of die keuzes op zichzelf kennelijk onbehoorlijk taakvervulling opleveren. Die kwalificatie is wel relevant. Indien het handelen/nalaten van de bestuurder niet als kennelijk onbehoorlijk bestuurder kwalificeert, keert de bewijslast immers terug bij de curator. Hij moet dan aannemelijk maken dat desondanks sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Dat kennelijk onbehoorlijke bestuur moet naast de schending van de administratieplicht een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099 onderstreept dat ook het eigen handelen of nalaten van een bestuurder dat op zichzelf geen kennelijk onbehoorlijk bestuur oplevert kan worden aangevoerd ter weerlegging van het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW. Het hof had daarom niet kunnen volstaan met het enkel opsommen van de feiten en omstandigheden en de bijbehorende keuzes van de bestuurder, maar had het handelen/nalaten vervolgens ook moeten kwalificeren. Hoewel dat de uitkomst van de zaak wellicht niet anders had gemaakt, was daarmee wel recht gedaan aan de structuur en de nuance die bij toepassing van artikel 2:248 BW past.

S.W.M. Kessels, november 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-10-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:9821

Zaaknummer: 200.276.175/01

Rechters: M.W. Zandbergen, M. Willemse en A.L. Goederee

Advocaten: J. Hemelaar en M.A. Kerkdijk

Wetsartikelen: 2:10 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Hoger beroep tegen faillietverklaring

Het hof oordeelt dat niet summierlijk is gebleken van de vorderingsrechten van de aanvragers en vernietigt het faillissement.

In eerste aanleg heeft de rechtbank het faillissement uitgesproken van een besloten vennootschap ('Holding'). Het faillissement was verzocht door vier partijen die stellen een vordering op Holding te hebben. Holding betwist de vorderingen.

Holding dreef een autohandel en deed al langere tijd zaken met de aanvragers. In de loop van 2020 heeft de bestuurder van Holding zijn zoon naar voren geschoven om de zaken over te nemen. De zoon deed dat vanuit een eenmanszaak die als naam de achternaam van de zoon (en dus ook de vader) voerde. Dit ging niet lang goed. De zoon kwam afspraken niet na en liet schulden onbetaald, waarna hij met de noorderzoon is vertrokken. Volgens Holding zijn de vorderingen van de aanvragers vorderingen op de zoon.

Het hof merkt eerst op dat een faillissementsprocedure zich niet leent voor een uitgebreid feitenonderzoek en bewijslevering. Het gaat om een beperkte toetsing ex nunc. Daarbij is van belang de mate waarin de verzoeker zijn vordering heeft onderbouwd en de mate waarin deze door de schuldenaar wordt betwist.

Twee van de vier aanvragers hadden zich in eerste aanleg beroepen op een akte waarin Holding de schulden van de zoon zou hebben overgenomen. In hoger beroep hebben zij dat standpunt gewijzigd, waarschijnlijk omdat de curator het standpunt had ingenomen dat de schuldovernames kunnen worden vernietigd op grond van artikel 42 Fw. Het nieuwe standpunt luidde dat de aktes moeten worden begrepen als schulderkenningen. Volgens het hof is dit evenwel niet summierlijk vast komen te staan. Het hof wijst er in dit verband op dat deze stelling niet strookt met wat partijen hebben opgeschreven in de aktes. Daaruit bleek juist dat zij ervan uitgingen dat sprake was van schulden van de zoon.

De derde aanvrager had een vordering wegens de verkoop van een auto. Volgens zijn eigen verklaring had hij de auto echter in persoon afgeleverd aan de zoon en gefactureerd aan de eenmanszaak van de zoon, zodat onvoldoende vaststaat dat hij een vordering heeft op

Holding.

De vierde aanvrager had juist een auto gekocht en hiervoor facturen van de eenmanszaak ontvangen. Dat op die factuur de bankrekening van Holding stond vermeld achtte het hof, gelet op de andere omstandigheden, onvoldoende om aan te nemen dat de vordering op Holding summierlijk is vast komen te staan.

Alle aanvragers hadden tot slot nog gewezen op gewekt gerechtvaardigd vertrouwen dat zij zaken bleven doen met Holding, onder meer door de naam van de eenmanszaak, de blijvende betrokkenheid van de vader en het vermelden van de bankrekening van Holding op de facturen van de eenmanszaak. Ook een vordering uit dien hoofde staat volgens het hof onvoldoende summierlijk vast, omdat uit de verzonden facturen duidelijk blijkt dat het gaat om een andere entiteit met een ander btw- en KvK-nummer. Het hof vernietigt daarom het vonnis en wijst het faillissementsverzoek alsnog af.

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

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 14-10-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:3121

Zaaknummer: 200.298.301_01

Rechters: N.W.M. van den Heuvel, A.P. Zweers-van Vollenhoven en T. van Malssen

Advocaten: C.W.H.M. Uitdehaag, M. van de Wolde en R.C.J. Jacobs

Wetsartikelen: 8 Fw en 42 Fw

RECHTSPRAAK

Rechtbank wijst verzoek afkoelingsperiode WHOA af

Verzoekster heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij haar lopende verplichtingen kan voldoen. De belangen van schuldeisers zijn daarom niet gediend bij het afkondigen van een afkoelingsperiode. Ook worden twee (voormalig) werknemers die het faillissement hebben aangevraagd in hun belangen geschaad met een afkoelingsperiode, omdat hun vordering dan grotendeels buiten de loongarantieregeling zou vallen.

Verzoekster is een onderneming die bemiddelt bij de totstandkoming van onder meer gas- en elektracontracten tussen eindgebruikers (consumenten en bedrijven) en aanbieders van gas en elektra. Verzoekster is in haar omzet en winst geraakt door de COVID-19-crisis, omdat bij de bemiddeling verzoekster onder meer afhankelijk is van huis-aan-huis bezoeken, die vanwege de 1,5 meter-samenleving niet meer mogelijk zijn. Daarnaast heeft een (voormalig) werknemer zich negatief uitgelaten over verzoekster en bedrijfsgeheimen gedeeld. Verzoekster heeft (mede daarom) geen inkomsten meer. Partners hebben de relatie beëindigd en klanten hebben hun betalingsverplichtingen opgeschort vanwege mogelijke toekomstige (tegen)vorderingen op verzoekster. Hierdoor kan verzoekster niet meer voortgaan met het betalen van haar schulden. Verzoekster wenst haar schuldenlast te saneren door het aanbieden van een onderhands akkoord. Omdat twee (voormalig) werknemers het faillissement van verzoekster hebben aangevraagd, verzoekt zij de rechtbank een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw te gelasten. De werknemers zijn in de gelegenheid gesteld een zienswijze te geven en menen dat niet aan de voorwaarden voor het gelasten van een afkoelingsperiode is voldaan.

Op grond van artikel 376 lid 4 Fw kan een afkoelingsperiode worden afgekondigd als dit noodzakelijk is voor de aanbidding van het akkoord. Daarnaast moet summierlijk blijken dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers met een afkoelingsperiode zijn gediend en dat de belangen van schuldeisers die het faillissementsverzoek hebben ingediend, niet wezenlijk worden geschaad. De rechtbank overweegt dat verzoekster niet in de toestand

verkeert waarin redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan. Voorwaarde hiervoor is namelijk dat een schuldenaar nog in staat is aan de lopende verplichtingen te voldoen, terwijl verzoekster onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat dit voor haar mogelijk is. Verzoekster heeft gesteld dat de lopende verplichtingen van ongeveer € 15.000 per maand voldaan zullen worden uit 'nieuwe klanten' en onderhanden werk, maar zij heeft dit, mede gelet op de achterstand in de betaling van huur en salarissen, onvoldoende onderbouwd.

Omdat verzoekster niet verkeert in de in artikel 370 lid 1 Fw bedoelde toestand, staat de mogelijkheid om een WHOA-akkoord aan te bieden niet voor haar open. Daarom zijn de belangen van de gezamenlijk schuldeisers niet gediend met een afkoelingsperiode. Daar komt bij dat de schulden oplopen indien lopende verplichtingen niet kunnen worden voldaan.

De rechtbank overweegt verder dat de werknemers die een faillissementsverzoek hebben ingediend door het afkondigen van een afkoelingsperiode in hun belangen worden geschaad. De werknemers kunnen in faillissement op grond van de loongarantieregeling slechts aanspraak maken op dertien weken salaris onmiddellijk voorafgaande aan de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst door de curator. Het gelasten van een afkoelingsperiode zou ertoe leiden dat een faillissement pas later zou plaatsvinden en de werknemers voor wat betreft het salaris over de maanden februari en maart (grotendeels) buiten de loongarantieregeling van het UWV vallen.

Omdat de rechtbank oordeelt dat niet voldaan is aan de voorwaarden voor de afkondiging van een afkoelingsperiode, wijst de rechtbank het verzoek af.

J. van den Dolder, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 20-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2021:4316

Zaaknummer: 369600 FT HO 21/163

Rechters: V.G.T. van Emstede, M.C. Bosch en E. Boerwinkel

Advocaten: J.C.M. van der Biezen

Wetsartikelen: 370 Fw en 376 Fw

RECHTSPRAAK

Valt schikking met curator onder bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering?

Bestuurders vorderen schade-uitkering van verzekeraar voor schikking met curator ter zake van onbehoorlijk bestuur. Beroep op uitsluitingsclausule en indemniteitsbeginsel door verzekeraar slaagt niet.

In deze uitspraak gaat het om de vraag of een verzekeraar onder een aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders gehouden is uitkering te doen aan gewezen bestuurders tot het bedrag waarvoor deze bestuurders aansprakelijk zijn op grond van een schikking met de curator in het faillissement van vennootschappen die zij bestuurden. Eisers (de gewezen bestuurders) stellen dat aan alle voorwaarden voor uitkering is voldaan. Gedaagde (de verzekeraar) weigert uitkering met een beroep op een uitsluitingsclausule en het indemniteitsbeginsel.

Feiten

ROKZ Groep B.V. ('ROKZ') heeft per 1 juni 2017 bij AIG een aansprakelijkheidsverzekering afgesloten voor bestuurders, commissarissen en toezichthouders. De gewezen bestuurders waren bestuurder en (indirect) aandeelhouder van ROKZ en haar dochtervennootschappen en vielen onder de polis. Op 3 april 2018 zijn ROKZ en haar dochtervennootschappen in staat van faillissement verklaard. De curator heeft op grond van zijn onderzoek geconcludeerd dat de gewezen bestuurders wegens onbehoorlijk bestuur aansprakelijk zijn voor het gehele tekort in faillissement (ca. € 3 miljoen).

In verband met een schikkingsonderhandeling met de curator, heeft de advocaat van de gewezen bestuurders een memo voor de verzekeraar opgesteld waarin op de verwijten van de curator wordt ingegaan en deze worden afgewezen. Voor het schikkingsbedrag wordt aansluiting gezocht bij de hoogte van een uitkering aan de gewezen bestuurders voor 'het harde werken/verhoging management fee' – een bedrag van ca. € 300.000.

De verzekeraar reageert dat een schikking ook de voorkeur van de verzekeraar geniet, maar

dat terugvordering van de uitkering voor '*het harde werken*' buiten de dekking valt en dat het de vraag is of een dergelijke schikking onder de polis is gedekt. Met die kanttekening heeft de verzekeraar geen bezwaar tegen een schikking van maximaal € 300.000.

Voorts hebben de gewezen bestuurders een vaststellingsovereenkomst gesloten met de curator waarin zij opsommen welke geschilpunten de curator heeft opgeworpen en de vorderingen die de gewezen bestuurders ter verificatie hebben ingediend. Tegen betaling van € 300.000 door de gewezen bestuurders aan de curator verlenen partijen elkaar over en weer finale kwijting.

Stellingen van partijen

De gewezen bestuurders vorderen nakoming van de verzekeringsovereenkomst en stellen dat de schikking met instemming van de verzekeraar tot stand is gekomen.

De verzekeraar weigert uitkering onder de polis en verweert zich met een beroep op de dekkingsuitsluiting in de polisvoorwaarde en beroept zich daarnaast op het indemniteitsbeginsel. De verzekeraar stelt dat de uitkering voor '*het harde werken*' een voordeel opleverde waartoe de gewezen bestuurders wettelijk niet gerechtigd waren en dat als zodanig de daardoor veroorzaakte betalingsverplichting op grond van de schikking een claim is die voortvloeit uit een vergoeding waarop zij geen recht hadden. Artikel 7:944 en 7:960 BW (indemniteitsbeginsel) staan volgens de verzekeraar aan uitkering in de weg, omdat de gewezen bestuurders daarmee in een duidelijk voordeliger positie zouden geraken.

Beoordeling

De gewezen bestuurders hebben onweersproken gesteld dat de schikking met instemming van de verzekeraar tot stand is gekomen.

De rechtbank stelt voorop dat het schikkingsbedrag niet voortvloeit uit een specifieke claim (zoals de verzekeraar hiervoor stelt), maar uit een alle geschilpunten omvattende vaststellingsovereenkomst. De rechtbank oordeelt dat de betalingsverplichting die uit de vaststellingsovereenkomst voortvloeit ook niet gelijk kan worden gesteld aan een dergelijke claim. De betalingsverplichting op grond van de schikking is een totaalbedrag en specificeert niet nader voor welke geschilpunten dit een vergoeding betreft. Dat voor de bepaling van de hoogte van het schikkingsbedrag aansluiting is gezocht bij de omvang van één component (de vergoeding voor '*het harde werken*') maakt dat niet anders. De rechtbank benadrukt dat de schikking een all-in afkoopsom ter beëindiging van alle uiteenlopende geschillen tussen de curator en de gewezen bestuurders betreft.

Het beroep van de verzekeraar op het indemniteitsbeginsel faalt. Niet kan worden vastgesteld dat de gewezen bestuurders door de schikking een (veel) geringere vermogensschade hebben geleden, dan het bedrag van de schikking. Derhalve is niet gebleken dat een uitbetaling van de verzekeraar ter grootte van het schikkingsbedrag de gewezen bestuurders in een duidelijk voordeliger positie zou brengen.

D.R.C. Smit, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 20-10-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:10335

Zaaknummer: C/10/616989 / HA ZA 21-354

Rechters: A.J.P. van Essen

Advocaten: O.J.W. Reijnders, F. van der Woude en H. Kleijn

Wetsartikelen: 7:944 BW en 7:960 BW

RECHTSPRAAK

Beroep op artikel 42 Fw afgewezen. Rechtshandeling niet onverplicht verricht

Het hof wijst vorderingen van de curator op grond van artikel 42 en 47 Fw af. Het beroep op artikel 42 Fw faalt omdat de relevante rechtshandeling niet onverplicht is verricht. Het beroep op artikel 47 Fw faalt omdat van samenspanning geen sprake is.

Centraal staat in deze procedure een tussen huurder en verhuurder overeengekomen regeling om een aanzienlijke huurachterstand in te lopen. Deze regeling hield in dat de omzet van de huurder in verband met ‘terrasarrangementen’ voor concerten van een geanonimiseerde artiest (het gaat om André Rieu) op een bepaalde rekening van de huurder werden gestort. De huurder verleende een volmacht aan de verhuurder om ten laste van deze bankrekening betalingen aan zichzelf te doen. De curator vernietigt de volmachtverlening en de daarmee samenhangende betalingen op grond van artikel 42 Fw of artikel 47 Fw. In eerste aanleg wijst de rechtbank de vordering van de curator toe. De verhuurder komt in hoger beroep.

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank. Volgens het hof is aan de vereisten voor toepassing van artikel 42 Fw al niet voldaan omdat de bestreden rechtshandelingen niet onverplicht zijn verricht. Zij strekken ertoe uitvoering te geven aan de verplichting van de huurder tot het betalen van huurtermijnen. Daarnaast heeft de curator volgens het hof onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit volgt dat voldaan is aan het vereiste van wetenschap van benadeling.

De regeling is ook niet vernietigbaar op grond van artikel 47 Fw. Het doel van de regeling was om de aanzienlijke huurachterstand in te lopen. Van samenspanning was volgens het hof dan ook geen sprake.

Het hof wijst ook een op onrechtmatige daad gestoelde vordering van de curator af. De curator lijkt aan deze vorderingen dezelfde feiten en omstandigheden ten grondslag te hebben gelegd als aan zijn vorderingen op grond van de pauliana. Het hof maakt er weinig woorden aan vuil.

Ook artikel 3:68 BW staat niet aan de regeling in de weg. De volmacht strekte er nu juist toe de

verhuurder in staat te stellen betalingen aan zichzelf te verrichten. Partijen hadden dus gebruikgemaakt van de mogelijkheid die artikel 3:68 BW biedt om de gevolmachtigde wel als wederpartij van de volmachtverlener op te laten treden.

J.F. Fliek, oktober 2021

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 28-09-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:2953

Zaaknummer: 200.278.601/01

Rechters: W.J.J. Los, L.S. Frakes en R.W. Karskens

Advocaten: J.W. Kobossen en M.C. Schmitz

Wetsartikelen: 42 Fw en 47 Fw

RECHTSPRAAK

Homologatie WHOA-akkoord

Het voorstel voor een crediteurenakkoord onder de WHOA van een VOF wordt gehomologeerd.

Vennootschap onder firma X heeft op 1 juni 2021 een startverklaring ex artikel 370 lid 3 Fw bij de rechtbank gedeponneerd. Vervolgens heeft X op 3 september 2021 een verzoek tot homologatie van een akkoord ex artikel 383 Fw ingediend, dat tevens het stemverslag zoals genoemd in artikel 382 Fw bevat.

Het akkoord wordt als volgt gefinancierd. De vennoten van firma X zijn tezamen eigenaar van een appartement, waarvan de marktwaarde € 360.000 bedraagt. Op het appartement rust een hypotheekschuld van € 179.434. Het is de bedoeling dat de vennoten een tweede hypotheek aangaan, waarbij zij voor € 96.000 aan extra financiering verkrijgen. Dat bedrag komt beschikbaar voor de schuldeisers. Daarnaast exploiteerden de vennoten een restaurant, maar vanwege de gevolgen van de COVID-19-pandemie hebben zij ervoor gekozen de activiteiten te staken. De verkoopopbrengst van de activa van het restaurant bedraagt € 20.075, welk bedrag eveneens ter beschikking wordt gesteld. Tot slot zullen de vennoten hun appartement uiteindelijk verkopen.

X heeft op 29 juli 2021 een ontwerpakkoord inclusief toelichting gezonden aan de schuldeisers, die tot 4 augustus 2021 de tijd hebben gekregen enige bezwaren tegen de inhoud van het akkoord kenbaar te maken. Vervolgens heeft X op 11 augustus 2021 het definitieve crediteurenakkoord aan haar schuldeisers aangeboden. De bijbehorende toelichting bevat onder andere het akkoord, de staat van baten en lasten, informatie over de financiële positie en de klassenindeling. De schuldeisers zijn in vier categorieën ingedeeld, waarbij rekening is gehouden met het verschil in hun rechten in geval van een faillissement. De preferente schuldeisers en de gewone schuldeisers zullen na verkrijging van de tweede hypotheek worden voldaan; één schuldeiser die tevens een achtergestelde vordering heeft, zal worden voldaan na verkoop van het appartement. Daarbij zal op de achtergestelde vordering 30% worden betaald. De concurrente crediteuren verkrijgen 80% van hun vordering; de overige twee crediteuren 100%. Het akkoord wordt gefinancierd uit de verkoopopbrengsten van het restaurant, de tweede hypotheek alsook de overwaarde van het appartement, die naar

schatting € 85.000 zal zijn. De schuldeisers uit alle klassen hebben voor het akkoord gestemd. In het vonnis is een en ander in heldere schema's weergegeven.

X stelt dat aan alle vereisten tot homologatie is voldaan. Het akkoord is volgens X voor de (concurrente) schuldeisers veel gunstiger dan bij de vereffening van het vermogen in een WSNP- of faillissementssituatie.

De rechtbank overweegt dat een verzoek tot homologatie wordt toegewezen, tenzij zich een of meer afwijzingsgronden voordoen zoals genoemd in artikel 384 lid 2 t/m 5 Fw.

De rechtbank stelt vast dat X heeft voldaan aan de criteria voor het toewijzen van het homologatieverzoek. Zo heeft zij de schuldeisers op de juiste wijze geïnformeerd. Bovendien hebben de schuldeisers voldoende bedenktijd gekregen alvorens er over het akkoord gestemd moest worden. Voorts blijkt uit de aanvullende stukken bij het akkoord dat deze alle informatie bevatten die nodig is voor de schuldeisers om tot een zuiver besluit te kunnen komen. Hiermee wordt voldaan aan het vereiste van artikel 375 lid 1 en 2 Fw. Voorts is voldoende aannemelijk gemaakt dat de schuldeisers baat hebben bij dit akkoord en dat de uitkering hoger en sneller zal zijn dan in een faillissement. Tot slot is de nakoming van het akkoord voldoende gewaarborgd, aldus de rechtbank.

Daarnaast heeft geen van de schuldeisers een verzoek ingediend tot afwijzing van het akkoord, zodat het voorstel niet aan de afwijzingsgronden van artikel 384 lid 3 en 4 Fw hoeft te worden getoetst. Aldus homologeert de rechtbank het akkoord.

F. Imbough & A.D. van Dalen, november 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 29-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:10265

Zaaknummer: C/10/624889/ HO RK 21/302

Rechters: F. Damsteegt-Molier, E. Boerwinkel en B.A. Cnossen

Advocaten: M. Kooiman

Wetsartikelen: 384 Fw