

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 6, 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:2021:351](#) 05-03-2021

Geen faillissement van rechtswege bij tussentijdse beëindiging WSNP

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:2443](#) 05-03-2021

Hof bekrachtigt de weigering van de rechtbank om een bijna vier maanden durende faillissementsgijzeling op te heffen

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:354](#) 02-03-2021

Levering van onroerend goed in het zicht van faillissement. Wanneer is sprake van benadeling van schuldeisers?

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:516](#) 23-02-2021

Promeststroy aansprakelijk wegens afdwingen naleving kortgedingvonnis; (voormalig) statutair bestuurder niet

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:72](#) 19-01-2021

Vestiging pandrechten op certificaten van aandelen niet paulianeus

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:1128](#) 10-03-2021

Homologatie WHOA-akkoord; vergeten schuldeiser leidt niet tot weigering van de homologatie

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:1804](#) 10-03-2021

Vereffening en verdeling van een nagekomen bate ex artikel 194 Fw

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:1836](#) 08-03-2021

Griffierecht verschuldigd voor indienen verweerschrift tegen verzoek tot ontneming schone lei

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:1126](#) 04-03-2021

Toewijzing verzoek afkoelingsperiode in het kader van de WHOA

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:1768](#) 03-03-2021

Machtiging ex artikel 42a Fw waardoor een krediet 'paulianaproof' kan worden verschaft

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:1769](#) 03-03-2021

Onderscheid in behandeling van de concurrente schuldeisers onder de WHOA

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:1907](#) 17-02-2021

Bestuurdersaansprakelijkheid; schending publicatieplicht; Peeters/Gatzen-vordering oneigenlijke doorstart

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:1621](#) 05-02-2021

Schone lei kan niet worden tegengeworpen aan een schuldeiser uit Curaçao

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:361](#) 03-02-2021

Verrekening van vergoeding Uniform Herstelkader Rentederivaten bij faillissement kredietnemer

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:360](#) 03-02-2021

Geschil over interpretatie van aanbod uit hoofde van UHK en verrekening van vorderingen bank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:5372](#) 07-10-2020

Bestuurders aansprakelijk wegens te lang voortzetten verlieslatende onderneming; geen sprake van paulianeus handelen

RECHTSPRAAK

Vereffening en verdeling van een nagekomen bate ex artikel 194 Fw

Curator is verplicht uitvoering te geven aan bevel van de rechtbank een nagekomen bate te vereffenen en verdelen.

Gedaagde ('de man') en Naam 2 ('de vrouw') hadden sedert 1991 een affectieve relatie en woonden samen. De vader van de vrouw ('de vader') woonde bij het stel in. De vrouw en de vader hadden ieder de onverdeelde helft van de eigendom van de woning. In 1997 overleed de vrouw en in haar testament was bepaald dat zij aan de vader haar aandeel in de woning legateert met tegelijk vestiging van een beperkt recht van gebruik voor de man. De man is benoemd tot enig erfgenaam.

In 2003 is de man in staat van faillissement verklaard. De toenmalige curator was niet bekend met het testament en neemt op basis van een verklaring van erfrecht aan dat de man het aandeel van de vrouw in de woning heeft verkregen. De man stelt dat hij het legaat nooit heeft getekend en door het faillissement niet tekenbevoegd is, zodat de vader vanwege het testament de eigendom heeft verkregen. In 2012 is het faillissement van de man geëindigd door het verbindend worden van de slotuitdelingslijst.

De vader overlijdt in 2014 en tijdens de afwikkeling van zijn nalatenschap blijkt in 2019 dat geen uitvoering is gegeven aan het legaat uit het testament van de vrouw. Daarmee is de man eigenaar van het aandeel van de vrouw in de woning. De curator verzoekt daarop de rechtbank hem een bevel te geven om over te gaan tot vereffening en verdeling van deze nagekomen bate ex artikel 194 Fw. De rechtbank gaat mee in dit verzoek van de curator. De man heeft zich op het standpunt gesteld dat de heropening ten onrechte is verzocht. De curator is niet overgegaan tot executie van de beschikking, maar is een bodemgeschil gestart.

In dat bodemgeschil vordert de curator dat de man wordt veroordeeld om medewerking te verlenen aan de curator bij de verkoop van de woning. De curator stelt dat hem (en zijn voorganger) niet bekend was dat de man de onverdeelde helft van de woning in eigendom had. De curator is op grond van de beschikking ex artikel 194 Fw gerechtigd om deze nagekomen bate te vereffenen. De man is op grond van artikel 105a Fw verplicht om

medewerking te verlenen.

De man voert aan dat hij gedurende het faillissement niet de onverdeelde helft van de woning in eigendom had. De vereiste beschikkingshandelingen met betrekking tot de legaten waren niet verricht, ten gevolge waarvan het voorwaardelijk eigendomsrecht niet in het faillissement viel. Subsidiair voert de man aan dat de curator bekend was of had moeten zijn met de bate en dat derhalve van een nagekomen bate geen sprake was.

De rechtbank stelt vast dat inderdaad geen uitvoering is gegeven aan de last tot afgifte van het legaat, zodat de man de eigendom van de onverdeelde helft van de woning heeft verkregen door middel van verkrijgende verjaring. Voorts overweegt de rechtbank dat de beschikking kracht van gewijsde heeft. Op de curator rust een plicht om een maximale uitkering aan de schuldeisers te realiseren. De rechtbank overweegt in dat kader dat ongeacht de bekendheid van de curator met dit vermogensbestanddeel, de curator dat vermogensbestanddeel nog niet kon vereffenen omdat dit ten tijde van uitdeling nog niet onvoorwaardelijk was geworden. Executie van de beschikking levert geen misbruik van procesrecht op en de curator moet uitvoering geven aan het bevel van de rechtbank. Ten overvloede bevestigt de rechtbank dat in het onderhavige geval inderdaad sprake is van een ten tijde van de vereffening nagekomen bate in de zin van artikel 194 Fw, omdat het vermogensbestanddeel niet kon worden betrokken in de slotuitdelingslijst.

D.R.C. Smit, maart 2021

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 10-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:1804

Zaaknummer: C/15/302024 / HA ZA 20-255

Rechters: A.C. Haverkate

Advocaten: A.H.J.D. Dunselman en A.D. van Koningsveld

Wetsartikelen: 194 Faillissementswet en

RECHTSPRAAK

Bestuurders aansprakelijk wegens te lang voortzetten verlieslatende onderneming; geen sprake van paulianeus handelen

De onderneming van X BV is, zonder concreet zicht op verbetering, voortgezet, hoewel het al geruime tijd slecht ging en gelden van een derdenrekening gebruikt werden voor de eigen bedrijfsvoering.

X BV exploiteert een online veiligbureau dat met name gebruikt werd door curatoren die via het onlineplatform van de onderneming bedrijfsmiddelen en voorraden van failliete ondernemingen verkochten. Begin 2018 is gewerkt aan het lanceren van een nieuw veilingplatform, Auctionista, in een nieuwe vennootschap. Op 17 april 2018 is X BV failliet verklaard op verzoek van twee schuldeisers. De curator spreekt de (middellijk) bestuurders van X BV aan op de voet van onder andere artikel 2:248 BW.

Vaststaat dat de jaarrekening over 2014 enkele maanden te laat is gedeponneerd, en de jaarrekening over 2015 niet binnen acht dagen na vaststelling is gedeponneerd. Voorts is de jaarrekening over 2016 enkele weken te laat gedeponneerd. Van een onbelangrijk verzuim is niet (steeds) sprake. Dit betekent dat vaststaat dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (art. 2:248 lid 2 BW). De bestuurders voeren aan dat sprake was van een andere belangrijke oorzaak van het faillissement, nu sprake was van een snel veranderende markt en een scherpe en onvoorspelbare terugval in het aantal faillissementen en daarmee de opdrachten van X BV. De bestuurders hebben naar eigen zeggen hun verantwoordelijkheid genomen door te proberen de continuïteit van de vennootschap te waarborgen. De rechtbank overweegt dat het, ook toen de markt met grote aantallen faillissementen op een hoogtepunt verkeerde, ook al slecht ging met de vennootschap. Desondanks heeft het bestuur, zonder dat concreet zicht op verbetering bestond, ervoor gekozen de bedrijfsvoering te blijven voortzetten. Daarbij is voorts gebruikgemaakt van de aan haar opdrachtgevers toekomende gelden in de vorm van veilingopbrengsten. De rechtbank oordeelt dat de bestuurders er niet in zijn geslaagd het vermoeden te ontzenuwen dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een

belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

De curator voert voorts aan dat op paulianeuze wijze activiteiten zijn overgedragen van X BV aan Auctionista. De rechtbank oordeelt dat hiervoor onvoldoende gesteld is door de curator, nu gedaagden aanvoeren dat de oprichting van Auctionista een uitbreiding van de werkzaamheden van X BV betrof en X BV zijn eigen klantenbestand heeft behouden, hetgeen niet gemotiveerd is weersproken door de curator.

O. Oost, maart 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 07-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:5372

Zaaknummer: C/13/668057 / HA ZA 19-652

Rechters: S.P. Pompe

Advocaten: P.C. Nieuwenhuizen en K.E.H. de Klerk

Wetsartikelen: 2:248 BW en 42 Fw

RECHTSPRAAK

Promneftstroy aansprakelijk wegens afdwingen naleving kortgedingvonnis; (voormalig) statutair bestuurder niet

Nu is komen vast te staan dat Promneftstroy niet gerechtigd was tot een pakket aandelen, is afdwingen van naleving van een vonnis daarover onrechtmatig geweest. De bestuurder kan echter geen persoonlijk ernstig verwijt gemaakt worden.

In 2008 is een kortgedingprocedure gevoerd tussen de Russische rechtspersoon Promneftstroy en Yukos International UK B.V. (Yukos International). In het kort geding heeft Promneftstroy gesteld dat zij via een koop daarvan op een veiling gerechtigd was tot de aandelen in een dochtervennootschap van Yukos International en daarmee tot het vermogen van die dochtervennootschap en de verkoopopbrengsten daarvan. De voorzieningenrechter heeft in het kort geding Yukos International bevolen de bedoelde verkoopopbrengsten op een separate bankrekening te storten en te houden (de freezing order), dit op straffe van een dwangsom van € 10.000.000 per overtreding. Yukos International heeft zich aan het bevel van de voorzieningenrechter gehouden. Inmiddels is in rechte komen vast te staan dat Promneftstroy niet gerechtigd is geworden tot de bedoelde aandelen (en de opbrengst van de verkoop van de vermogensbestanddelen van de dochtervennootschap). In deze procedure is nu aan de orde of Promneftstroy en/of haar (voormalig) statutair bestuurder onrechtmatig hebben gehandeld jegens Yukos International door Yukos International te houden aan de freezing order en zo ja, welke schade Yukos International hierdoor heeft geleden.

Het hof oordeelt dat – nu vast is komen te staan dat Promneftstroy niet gerechtigd was tot de aandelen en de verkoopopbrengst als hierboven bedoeld – Promneftstroy onrechtmatig handelde jegens Yukos International door betekening van het kortgedingvonnis uit 2008 en het afdwingen van de naleving van de freezing order.

Verder oordeelt het hof dat de (voormalig) statutair bestuurder niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens Yukos International. Het hof doet dat op basis van het Nederlands recht en wijst daarbij naar artikel 10:119 sub e BW en artikel 3 sub e Wet conflictenrecht corporaties (oud). Verder somt het hof nog op dat de gestelde onrechtmatige gedraging in Nederland

plaats had, het storten en beschikbaar houden van de opbrengst in Nederland is gebeurd en de vermeende schade in Nederland is geleden.

Omdat de (voormalig) statutair bestuurder geen partij was bij het kort geding heeft hij niet in eigen naam de naleving van het vonnis kunnen afdwingen, aldus het hof. Aansprakelijkheid kan daarom alleen worden aangenomen aan de hand van de leer volgend uit *Ontvanger/Roelofsen* (ECLI:NL:HR:2006:AZ0758) en niet op basis van (o.a.) het *Spaanse Villa*-arrest (ECLI:NL:HR:2012:BX5881). Yukos heeft volgens het hof onvoldoende gesteld om aan te nemen dat aan de voorwaarden volgend uit *Ontvanger/Roelofsen* is voldaan. Het hof concludeert dat geen sprake is van onrechtmatig handelen van de (voormalig) statutair bestuurder omdat het hem vrij stond Promneftstroy de stellingen in te laten nemen die zijn ingenomen in het kort geding en vervolgens te proberen naleving van de freezing order af te dwingen. Het standpunt dat Promneftstroy rechthebbende op de aandelen was geworden was op het moment van het afdwingen van naleving van het kortgedingvonnis volgens het hof verdedigbaar. Het hof overweegt nog dat zijn oordeel hetzelfde zou zijn wanneer het naar Russisch recht had moeten oordelen. Het verwijst hierbij naar een tweetal opinies van een Russische advocaat over de (mogelijke) aansprakelijkheid van de (voormalig) statutair bestuurder.

Over de begroting van de schade geleden door Yukos International oordeelt het hof dat niet kan worden aangesloten bij het stelsel van de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW. Er is namelijk geen sprake van een vertraging in de voldoening van een geldsom, maar van een periode waarin Yukos International als gevolg van de freezing order niet kon/mocht beschikken over bepaalde gelden. Artikel 6:119 BW hierop van toepassing verklaren zou een te ruime uitleg van dat artikel betekenen. Het hof geeft aan dat over het bestaan en de omvang van de schade van Yukos International separaat zal moeten worden geprocedeerd door partijen.

Tot slot oordeelt het hof dat de opstelling van Yukos International over de freezing order (niet duidelijk wordt uit het arrest wat die opstelling was) niet maakt dat sprake is van eigen schuld aan de hand waarvan de schadevergoedingsplicht zou moeten worden verminderd.

W.T.N. Vlasveld, maart 2021

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-02-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:516

Zaaknummer: 200.169.898/01

Rechters: W.A.H. Melissen, M.P. van Achterberg en G.C.C. Lewin

Advocaten: E.R. Meerdink en R.S. Meijer

Wetsartikelen: 6:162 BW, 6:119 BW, 10:119 sub e BW en 3 sub e Wet conflictenrecht corporaties
(oud)

RECHTSPRAAK

Vestiging pandrechten op certificaten van aandelen niet paulianeus

Afstand van vruchtgebruik en vestiging van pandrecht op certificaten vormen één rechtshandeling en moeten gezamenlijk worden gezien. Om die reden zijn schuldeisers niet benadeeld. De vestiging van het tweede pandrecht was een verplichte rechtshandeling.

In 2001 heeft een natuurlijk persoon ('C') een lening van fl. 6 miljoen verkregen van (thans) Energy Investments Lux S.A. ('Energy'). Deze lening was bedoeld voor het kopen van aandelen in Davilex B.V. Als zekerheid is een pandrecht op de aandelen gevestigd. Ook heeft C zich verplicht op eerste verzoek aditionele zekerheden te verstrekken.

Nadat de moeder van C is overleden, heeft C certificaten van aandelen in Wilisaank S.A. verkregen. De certificaten waren belast met een recht van vruchtgebruik van de vader van C. In 2013 heeft de vader afstand gedaan van het vruchtgebruik, op voorwaarde dat uitkeringen op de certificaten zouden worden gebruikt om de schuld aan Energy, die inmiddels meer dan € 5 miljoen beliep, en een schuld aan de vader af te lossen. Als zekerheid heeft C ten gunste van de vader een eerste pandrecht en ten gunste van Energy een tweede pandrecht gevestigd op de certificaten.

In 2015 overleed C aan acuut leverfalen. Nadat de vader afstand heeft gedaan van zijn eerste pandrecht, heeft Energy haar (tweede) pandrecht uitgeoefend. De certificaten zijn verkocht en geleverd aan Wilisaank voor ongeveer € 7 miljoen, waarna nog een vordering van € 2 miljoen van Energy resteerde. Een aantal schuldeisers stelt dat de vestiging van de pandrechten paulianeus is.

Het hof overweegt dat de vestiging van het pandrecht ten gunste van Energy niet vernietigd kan worden op grond van artikel 3:45 lid 1 BW, omdat C zich in de leningsovereenkomst die in 2001 is gesloten verplicht heeft aditionele zekerheden te verstrekken. De vestiging van het pandrecht ten gunste van Energy is daarom niet onverplicht.

Ook de vestiging van het pandrecht ten gunste van de vader is niet paulianeus, omdat de

schuldeisers hierdoor niet zijn benadeeld. Het hof deelt het oordeel van de rechtbank dat de schenking (het afstand doen van het vruchtgebruik) en de verpanding als één rechtshandeling gelden en gezamenlijk moeten worden gezien. Zonder deze schenking zouden de schuldeisers zich ook niet kunnen verhalen op de certificaten wegens het vruchtgebruik en wegens het feit dat de certificaten onder testamentair bewind waren gesteld. Hetzelfde geldt voor de afspraak dat uitkeringen op de certificaten eerst aangewend moesten worden voor de aflossing van schulden aan de vader en Energy.

Het hof oordeelt dat ook geen sprake is van strijd met de goede zeden, dat geen onrechtmatige daad is gepleegd en dat geen beroep kan worden gedaan op ongerechtvaardigde verrijking. Tot slot wordt de stelling verworpen dat de certificaten met medewerking van de vereffenaar van C voor een te lage prijs zijn verkocht. De certificaten zijn gewaardeerd door een externe deskundige. Hoewel sprake zou zijn van meerdere waardedrukkende omstandigheden, zijn de certificaten verkocht voor de prijs waarop de certificaten zijn gewaardeerd zonder correcties. De schuldeisers hebben, gelet op het waarderingsrapport, hun betoog dat de certificaten voor een (veel) te lage prijs zijn verkocht onvoldoende onderbouwd.

H.J. de Kloe, maart 2021

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-01-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:72

Zaaknummer: 200.251.394/01

Rechters: W.A.H. Melissen, J.W.M. Tromp en M. Bijkerk

Advocaten: S.A. van der Sluijs, P.R. Dekker en R. Teerink

Wetsartikelen: 3:45 BW

RECHTSPRAAK

Toewijzing verzoek afkoelingsperiode in het kader van de WHOA

De rechtbank kondigt een afkoelingsperiode van 4 maanden af, nu dit noodzakelijk is voor de continuering van de onderneming en de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daarbij zijn gebaat, terwijl derden niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.

Per 1 januari 2021 is de WHOA in werking getreden, op grond waarvan ondernemers en ondernemingen in financieel zwaar weer een onderhands akkoord kunnen aanbieden aan hun schuldeisers en/of aandeelhouders. Hoognodig, zeker nu als gevolg van de maatregelen rondom COVID-19 ondernemingen worden geconfronteerd met plotse, enorme omzetsuitval. Reeds twee weken na de inwerkingtreding van de wet verschenen de eerste WHOA-beschikkingen, en sedertdien volgen er regelmatig meer. Zo ook deze beschikking van de rechtbank Gelderland, inzake een verzoek om een afkoelingsperiode in het kader van een akkoordprocedure.

De verzoekster, een bv, houdt zich bezig met het leveren van drukwerk en heeft zestien werknemers in dienst. Verzoekster is mede als gevolg van de coronapandemie in financieel zwaar weer geraakt. Op 10 februari 2021 heeft zij ter inleiding van de akkoordprocedure een startverklaring gedeponneerd en tegelijkertijd om een afkoelingsperiode verzocht. Verzoekster heeft ook aangegeven om binnen twee maanden een onderhands akkoord aan haar schuldeisers aan te bieden en heeft daarbij het voornemen kenbaar gemaakt (en onderbouwd) om haar schulden te laten saneren door uitgifte van nieuwe aandelen aan een nog toe te treden participant. De reden waarom verzoekster een afkoelingsperiode vraagt, is gelegen in enerzijds de situatie dat een van de schuldeisers een lening van in totaal € 100.000 heeft opgeëist. Verzoekster vreest dat deze schuldeiser beslag- en executiemaatregelen zal nemen. Bovendien zijn er achterstanden ontstaan bij verschillende leasemaatschappijen, waardoor het risico bestaat dat geleasede machines zullen worden teruggenomen. Anderzijds heeft de verhuurder van het bedrijfspand van verzoekster ook onbetaald gelaten vorderingen op verzoekster. De verhuurder heeft dan ook aangekondigd om tot ontruiming over te gaan als

verzoekster niet instemt met een nieuwe huurverplichting en een aflossingsschema betreffende haar vordering.

De rechtbank heeft het verzoek toegewezen en een afkoelingsperiode voor vier maanden afgekondigd. Daartoe overwoog de rechtbank allereerst dat de verzoekster inderdaad in een situatie verkeert waarin redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan (de toegangsdrempel tot de WHOA ingevolge art. 370 lid 1 Fw). Daarnaast blijkt volgens de rechtbank uit de overgelegde stukken dat verzoekster gedurende de afkoelingsperiode van vier maanden aan haar lopende verplichtingen zal kunnen voldoen en dat zij in staat is de aan de herstructurering verbonden kosten extern te financieren. Ook blijkt dat zonder herstructurering verzoekster vanaf juli 2021 niet meer in staat zal zijn aan haar lopende verplichtingen te voldoen.

Ingevolge artikel 376 lid 4 Fw gelden voor het toewijzen van een afkoelingsperiode twee voorwaarden. Ten eerste moet blijken dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is voor het kunnen blijven voortzetten van de onderneming tijdens de voorbereiding van en onderhandelingen over een akkoord. Daaraan is in casu volgens de rechtbank voldaan, nu voor voortzetting van de activiteiten van verzoekster noodzakelijk is dat zij in de huidige bedrijfsruimte kan blijven en gebruik kan blijven maken van de geleasede machines.

Ten tweede geldt dat redelijkerwijs aannemelijk moet zijn dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers met een afkoelingsperiode gediend zijn en dat derden met een bevoegdheid tot verhaal op of opeising van goederen niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad. Ook aan deze voorwaarde is volgens de rechtbank voldaan; het meest realistische scenario is dat bij niet ingrijpen een faillissement volgt. Het voordeel voor de gezamenlijke schuldeisers bij een herstructurering boven een faillissement is gelegen in de nieuwe investering en de operationele herstructurering die verzoekster voor ogen heeft. Daarnaast zal volgens de bestuurder van verzoekster een aantal klanten vertrekken in het geval van faillissement, hetgeen met zich brengt dat de goodwill alsdan niet kan worden gerealiseerd. Verzoekster heeft volgens de rechtbank voldoende aannemelijk gemaakt dat de verhuurder en de leasemaatschappijen niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad, nu verzoekster tijdens de afkoelingsperiode aan haar lopende verplichtingen kan voldoen en de waarde van de activa niet wezenlijk zal wijzigen.

De rechtbank beslist dat gedurende vier maanden elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van verzoekster behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van verzoekster bevinden, niet kan worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank, mits die derden geïnformeerd zijn over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte zijn van het feit dat een akkoord wordt voorbereid. Ook de behandeling van

een verzoek tot verlening van surseance van betaling, een eigen aangifte of een door een schuldeiser ingediend verzoek tot faillietverklaring wordt zo lang geschorst.

S. Renssen, maart 2021

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 04-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2021:1126

Zaaknummer: 21/1 HA 132

Rechters: P.J. Neijt, B.R.M. de Bruijn en V.G.T. van Emstede

Advocaten: S.J.B. Drijber

Wetsartikelen: Art. 370 Fw en Art. 376 Fw

RECHTSPRAAK

Onderscheid in behandeling van de concurrente schuldeisers onder de WHOA

De vraag die door verzoekster aan de rechtbank is voorgelegd in deze zaak, is of het onderscheid in behandeling van de concurrente crediteuren (een weigeringsgrond oplevert die) aan homologatie van een akkoord in de weg zou staan. Met wenk.

Verzoekster exploiteert een onderneming in de glastuinbouw en verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar schulden. Verzoekster heeft daarom een akkoord in voorbereiding, welk akkoord op korte termijn aan haar schuldeisers ter stemming zal worden voorgelegd.

In haar akkoord heeft verzoekster – vanwege haar financiële toestand – de vorderingen van de concurrente schuldeisers tot en met de cut off date 'bevroren' en deze schuldeisers aangekondigd dat een akkoord in voorbereiding is. Onder het akkoord krijgen deze schuldeisers 20,83% van hun vordering voldaan. Daarentegen worden vorderingen van crediteuren van na de cut off date volledig voldaan. De hiervoor benodigde middelen worden door Rabobank ter beschikking gesteld door middel van een oogstkrediet van € 1.500.000. Ook dit is een concurrente vordering die (volledig) uit de opbrengsten van de teelt in 2021 zal worden voldaan. De reden voor het onderscheid in behandeling van de concurrente schuldeisers is erin gelegen dat vanaf de cut off date gedurende vijf maanden enkel kosten worden gemaakt ter voorbereiding van de teelt en oogst voor het volgende seizoen. Volledige betaling van de schuldeisers/leveranciers vanaf de cut off date is derhalve noodzakelijk in het kader van de voortzetting van de onderneming. Alleen dan kan het volgende seizoen worden geoogst.

De rechtbank stelt voorop dat de schuldenaar ex artikel 378 Fw – voordat het akkoord ter stemming is voorgelegd – de rechtbank kan verzoeken een uitspraak te doen over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord. De uitspraak van de rechtbank is dan bindend ten opzichte van schuldeisers en aandeelhouders van wie de belangen rechtstreeks worden geraakt door de uitspraak, mits zij door de rechtbank in de

gelegenheid zijn gesteld een zienswijze te geven.

Voorts stelt de rechtbank vast dat het akkoord voorziet in een ongelijke behandeling van de concurrente crediteuren, nu de schuldeisers met een vordering van na de cut off date en Rabobank met haar vordering uit hoofde van het oogstkrediet buiten het akkoord worden gelaten.

Volgens de rechtbank is deze ongelijke behandeling toelaatbaar als de groep concurrente crediteuren met een vordering van vóór de cut off date (de 'minder bedeelde klasse') met de vereiste meerderheid instemt met het akkoord, en daarmee met de keuze om de concurrente crediteuren met een vordering van na de cut off date en Rabobank met de vordering uit het oogstkrediet (wel) volledig te betalen. Als deze groep concurrente crediteuren niet met de vereiste meerderheid instemt, kan het akkoord ondanks de ongelijke behandeling toch voor homologatie in aanmerking komen als voor die ongelijke behandeling een redelijke grond bestaat en deze groep concurrente schuldeisers daardoor niet in haar belangen wordt geschaad.

De rechtbank is van oordeel dat voor de ongelijke behandeling van de concurrente crediteuren een redelijke grond bestaat. Vanaf de cut off date moeten forse kosten worden gemaakt om de oogst (vijf maanden later) mogelijk te maken. Als verzoekster deze kosten niet zou maken dan kan de onderneming niet worden voortgezet en zou de onderneming geliquideerd moeten worden. Het betalen van schuldeisers met een vordering na de cut off date is met andere woorden essentieel voor de (voortzetting van de) bedrijfsvoering. Betaling van de schuldeisers met een vordering na de cut off date is op basis van de huidige financiële omstandigheden bij verzoekster alleen mogelijk vanuit het te verkrijgen oogstkrediet van Rabobank. De terbeschikkingstelling van het oogstkrediet als zodanig is derhalve eveneens essentieel voor de (voortzetting van de) bedrijfsvoering.

Verder is de rechtbank van oordeel dat de crediteuren met een vordering van vóór de cut off date door de ongelijke behandeling niet in hun belangen worden geschaad. Zoals hiervoor reeds aangegeven, kan de onderneming niet worden voortgezet zonder de ongelijke behandeling. Gezien de schuldenpositie zou dat betekenen dat verzoekster in staat van faillissement wordt verklaard, waarbij de onderneming verkocht zou worden. Gelet op het overgelegde waarderingsrapport zou dit betekenen dat de concurrente schuldeisers geen uitkering zouden ontvangen.

Wenk

Opmerking verdient dat de rechtbank het hier heeft over 'ongelijke behandeling' en 'klassenindeling', terwijl verzoekster de vordering van bepaalde concurrente schuldeisers – in

tegenstelling tot andere concurrente schuldeisers – volledig wenst te voldoen. Dat mag verzoekster; zij is onder de WHOA immers vrij in de keuze wie zij wél en wie zij niet in het akkoord wenst te betrekken. De schuldeisers die in het akkoord worden betrokken, worden meestal (afhankelijk van hun rechten) in klassen ingedeeld. Daarentegen worden de overige schuldeisers daadwerkelijk buiten het akkoord gehouden en dus ook niet in een klasse ingedeeld. Niet geheel duidelijk in de onderhavige zaak is of verzoekster laatstgenoemde schuldeisers daadwerkelijk buiten het akkoord had gelaten, hetgeen voor de hand had gelegen. In dat geval is geen sprake van 'ongelijke behandeling' en 'klassenindeling', maar is sprake van een afwijking van de *absolute priority rule* ex artikel 384 lid 4 onder b Fw. En afwijking van de *absolute priority rule* is – zoals de rechtbank terecht naar verwijst – enkel toelaatbaar als (1) de concurrente crediteuren die in het akkoord worden betrokken (de 'minder bedeelde klasse') met de vereiste meerderheid instemmen met het akkoord, en daarmee met de keuze om de concurrente crediteuren met een vordering van na de cut off date en Rabobank met de vordering uit het oogstkrediet (wel) volledig te betalen óf (2) verzoekster een redelijke grond aandraagt voor de ongelijke behandeling en de groep concurrente schuldeisers (de 'minder bedeelde klasse') daardoor niet in haar belangen wordt geschaad.

S.A. van Aalst, maart 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 03-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:1769

Zaaknummer: C/10/614317 / FT EA 21/288

Rechters: F. Damsteegt-Molier, A.E. de Vos en M. Wouters

Advocaten: S. El Hadouchi

Wetsartikelen: 384 Fw en 378 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid; schending publicatieplicht; Peeters/Gatzen-vordering oneigenlijke doorstart

Bestuurdersaansprakelijkheid in verband met schending van de publicatieplicht; onrechtmatig handelen jegens de gezamenlijke schuldeisers (Peeters/Gatzen-vordering) in verband met een oneigenlijke doorstart.

De te bespreken uitspraak betreft twee gevoegd behandelde procedures.

In de eerste procedure houdt de curator van B.V. Machinefabriek M.K.B. ('MKB') de voormalig (middellijk) en bovendien feitelijk bestuurder van MKB aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW. De curator legt hier onder meer een schending van de publicatieplicht aan ten grondslag, omdat de jaarrekening over het boekjaar 2014 nooit is gedeponerd.

De rechtbank merkt gedaagde aan als feitelijk bestuurder. Het verweer van de bestuurder dat de publicatieplicht niet op hem rustte omdat hij in november 2015 is afgetreden als bestuurder, faalt. Er wordt gedebatteerd over de datum van aftreden van de bestuurder, waarbij de bestuurder – volgens de curator – valse documenten heeft ingediend ter onderbouwing van zijn standpunt. De rechtbank stelt vast dat de bestuurder tot 10 juni 2016 bestuurder is geweest, dat de publicatieplicht wel op hem rustte en dat hij deze heeft geschonden.

De bestuurder heeft de door hem aangevoerde andere oorzaken van het faillissement (zoals de weigering van een ontslagvergunning door UWV en tegenvallende resultaten) onvoldoende onderbouwd. De rechtbank komt tot de conclusie dat gedaagde op grond van artikel 2:248 lid 1 jo. lid 7 BW aansprakelijk is voor het boedeltekort.

De tweede procedure betreft een geschil tussen de curator en M.K.B. A.P.K.-Keuring B.V. ('APK Keuring'). APK Keuring vordert een verklaring voor recht dat zij eigenaar was van een aantal machines. Deze machines werden in eerste instantie door MKB gehuurd van een derde partij. Op 1 januari 2016 heeft APK Keuring de machines van deze derde gekocht. Op het moment dat de curator beslag tot afgifte legde op de machines, zou APK Keuring hiervan dus eigenaar zijn.

Door de machines te verkopen heeft de curator onrechtmatig gehandeld jegens APK Keuring.

APK heeft ter onderbouwing van haar stelling dat de machines geen eigendom van MKB zijn, financiële verslagen overgelegd van zowel MKB als van de derde van wie MKB de machines huurde. In beide verslagen ontbreekt pagina 3, waarop – door de curator onbetwist gesteld en hetgeen de rechtbank ook zeer waarschijnlijk voorkomt – de activa zijn vermeld. Ook nadat op het ontbreken van deze pagina's is gewezen, heeft APK Keuring deze niet overgelegd én ook geen verklaring gegeven voor het ontbreken daarvan. APK Keuring handelt dan ook in strijd met artikel 21 Rv. De rechtbank maakt de gevolgtrekking dat als vaststaand moet worden aangenomen dat de machines van MKB waren. Nu vaststaat dat de machines geen eigendom waren van APK Keuring, is ook geen sprake van onrechtmatig handelen door de curator jegens APK Keuring.

Tot slot heeft de curator in reconventie in deze procedure een Peeters/Gatzen-vordering ingesteld tegen APK Keuring. APK Keuring heeft volgens de curator onrechtmatig gehandeld jegens MKB en haar gezamenlijke crediteuren door op oneigenlijke en onrechtmatige wijze de onderneming van MKB voort te zetten door gebruik te maken van machines die aan MKB toebehoorden, in het bedrijfspannend waar MKB haar onderneming dreef, met het klantenbestand en de opdrachtportefeuille van MKB, zonder daarvoor een vergoeding aan MKB te betalen. APK Keuring vormt volgens de curator een oneigenlijke doorstart van MKB. APK Keuring heeft deze stelling onvoldoende gemotiveerd betwist en de rechtbank stelt vast dat sprake is van een oneigenlijke doorstart.

Door de oneigenlijke doorstart is MKB niet langer in staat geweest om omzet te draaien en om aan haar verplichtingen jegens haar schuldeisers te voldoen. APK Keuring betwist dat MKB haar onderneming zonder de beweerdelijke oneigenlijke doorstart verder had kunnen drijven. De bestuurder was immers arbeidsongeschikt en de bedrijfsleider was niet aanwezig. Daarnaast had MKB wel schulden, maar geen liquiditeiten. De rechtbank oordeelt dat die feiten niet met zich brengen dat MKB zich op dat moment in een faillissementssituatie bevond en dat die feiten onvoldoende zijn om de stellingen van de curator te weerleggen.

De rechtbank wijst de Peeters/Gatzen-vordering van de curator toe.

V.G.M. Leferink, maart 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 17-02-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:1907

Zaaknummer: C/10/546550 / HA ZA 18-266

Rechters: P. Volker

Advocaten: C.J.M. Verheggen, G.A. Soebhag en A. ter Meulen

Wetsartikelen: 6:162 BW, 2:248 BW, 2:394 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Geschil over interpretatie van aanbod uit hoofde van UHK en verrekening van vorderingen bank

Een curator wil dat de bank de volledige herstel- en coulancevergoeding volgens de UHK-rekenmethode uitbetaalt, zonder verrekening van de restantvordering van de bank. Volgens bank is 'in mindering brengen' niet hetzelfde als verrekenen.

De casus

Trouwborst Beheer B.V. ('Trouwborst') had samen met haar dochtervennootschap bij Deutsche Bank A.G. ('de bank') een kredietovereenkomst en twee geldleningen afgesloten, waaraan rentederivaten waren gekoppeld. Op 27 november 2014 gaan Trouwborst en haar dochtervennootschap failliet. Na uitwinning van haar zekerheden houdt de bank een (naar verwachting niet-inbare) vordering op Trouwborst over van circa € 145.000.

Op 3 september 2018 doet de bank aan de curator van Trouwborst een aanbod uit hoofde van het Uniform Herstelkader Rentederivaten (UHK). De bank schrijft in het aanbod onder meer: 'Failliet heeft recht op een compensatie van € 171.967,02. Allereest wordt uw compensatie in mindering gebracht met de eerdere compensatie die met Failliet verrekend is uit hoofde van het Deutsche Bank herstelkader [€ 48.761,57, IL]. De resterende compensatie wordt in mindering gebracht met de opeisbare vordering [€ 98.299,07, IL]. Per saldo resteert er een bedrag van € 24.661,06.'

De curator van Trouwborst geeft in reactie op het aanbod van de bank te kennen dat hij het uit het UH voortvloeiende compensatiebedrag van € 171.967,02 wenst te aanvaarden, maar niet akkoord gaat met verrekening van de compensatie met de restantvordering van de bank. De bank stelt zich op het standpunt dat het in mindering brengen van eerder toegekende compensaties en openstaande vorderingen een onlosmakelijk onderdeel is van het aanbod en dat dus echt alleen een bedrag van € 24.661,06 ter aanvaarding voorligt. De curator reageert

ook daar niet (alsnog) met een aanvaarding op. Op 7 januari 2019 bericht de bank aan de curator dat het aanbod is vervallen.

De curator dagvaardt vervolgens de bank en voert aan dat de bank verplicht is om op grond van het UHK een herstelaanbod te doen omdat het UHK in dat opzicht een derdenbeding bevat, dat een aanbod waarbij de compensatie wordt verrekend met de openstaande vordering zich niet verdraagt met het UHK, en dat de bank alsnog het compensatiebedrag van € 171.967,02 moet aanbieden en uitbetalen aan de curator. Ter zitting voert de curator nog aan dat het UHK te gelden heeft als recht in de zin van artikel 97 Wet RO en dat er een rechtsvacuüm zou ontstaan als er geen rechterlijke toetsing kan plaatsvinden van de wijze waarop een bank het UHK in een concrete zaak toepast. De bank voert verweer.

De beoordeling

De rechtbank wijdt allereerst enkele overwegingen aan de aard van het UHK. De rechtbank overweegt dat het UHK is opgesteld omdat het in de praktijk moeilijk blijkt om na te gaan in welke mate banken tegenover individuele klanten een zorgplicht hebben geschonden inzake rentederivaten en in hoeverre die klanten schade hebben geleden die voor vergoeding in aanmerking komt. Een geïndividualiseerde aanpak zou veel tijd en kosten met zich brengen. Het UHK beoogt een integrale en doeltreffende oplossing te bieden voor de meeste betrokkenen door te abstraheren van het onderliggende dossier van de klant, zonder dat de participerende bank erkent dat zij schadeplichtig is. Als de participerende bank op grond van het UHK een aanbod doet, heeft de klant de keuze dit aanbod te accepteren, waarbij de klant als onderdeel van het aanbod kwijting aan de participerende bank verleent, of niet. Het UHK bepaalt verder dat als een klant het aanbod niet accepteert, de klant en de participerende bank geen rechten aan het UHK kunnen ontlenen en de klant eventuele klachten, aanspraken en/of vorderingen aan een rechtbank of aan het Kifid kan voorleggen. Het UHK is daarmee een regeling waarmee banken hun klanten een alternatief geven in de vorm van een schikkingsaanbod om daarmee de rentederivatenproblematiek eenvoudig(er) af te wikkelen. Dit voorkomt een procedure over zorgplichtschending met eventuele schadeclaim. Het UHK tast de bestaande rechten van klanten niet aan, tenzij de klant een aanbod aanvaardt, waartoe geen verplichting bestaat.

Daarna gaat de rechtbank in op de inhoud van het aanbod van de bank. De rechtbank acht de brief van 3 september 2018 leidend voor de interpretatie van het aanbod. De rechtbank overweegt in dit verband:

‘Uit de gebruikte formulering volgt dat het gaat om een toelichting op welke wijze het bedrag van € 24.661,06 tot stand is gekomen (is berekend) en niet om een verrekening in de zin van

de wet, zoals de curator stelt. Ook uit de verderop in de brief gegeven nadere toelichting over de twee in mindering gebrachte bedragen (onder het kopje Eventueel in mindering gebrachte bedragen) volgt dat het om een vermindering gaat van de berekende compensatie en niet om een verrekening. Dat (de advocaat van) de curator in zijn reactie verwijst naar “een compensatie van € 171.967,02” en schrijft dat hij “dat voorstel” accepteert, maakt niet dat dit ook het aanbod van de Bank was. Voor zover de curator in de veronderstelling verkeerde dat hij het aanbod van de Bank wel zo mocht begrijpen, heeft de Bank in haar reactie van 30 november 2018 (2.10) voldoende duidelijk gemaakt dat het aanbod anders luidde.’

De bank is dus volgens de rechtbank niet op basis van een reeds door de curator aanvaard aanbod een compensatie van € 171.967,02 verschuldigd.

Vervolgens dient de rechtbank te beoordelen of de bank verplicht is om een nieuw aanbod te doen aan de curator.

Eerst gaat de rechtbank in op de vraag of het UHK een overeenkomst is met daarin een derdenbeding, op grond waarvan Trouwborst recht heeft op een nieuw aanbod tot compensatie (zonder dat de eigen vordering van de bank daarop in mindering wordt gebracht). De rechtbank oordeelt van niet, omdat uit het UHK expliciet volgt dat aan het UHK geen rechten kunnen worden ontleend als het aanbod zoals dat is gedaan niet wordt aanvaard.

Daarna onderzoekt de rechtbank of het UHK te beschouwen is als recht in de zin van artikel 97 Wet RO. Onder verwijzing naar de arresten HR 28 maart 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4258 en HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, concludeert de rechtbank van niet, omdat het UHK niet afkomstig is van een bestuursorgaan.

Tot slot reageert de rechtbank op de stelling van de curator dat er een rechtsvacuüm ontstaat, als de toepassing van het UHK in een concreet geval niet vatbaar wordt geacht voor rechterlijke toetsing. Ook dit argument van de curator leidt de rechtbank niet tot een andere uitkomst. De rechtbank herhaalt dat het bij het UHK om een coulancevergoeding gaat, die een participerende bank aanbiedt aan klanten zonder dat hun bestaande rechten worden aangetast en zonder erkenning van aansprakelijkheid door de bank. De klant is niet verplicht om het aanbod van de bank te aanvaarden. Vindt de klant het door de bank gedane aanbod geen aanvaardbare afhandeling van zijn (eventuele) vordering uit hoofde van een schending van de zorgplicht van de bank, dan kan hij zich wenden tot de civiele rechter met een op het civiele recht gegronde vordering jegens de bank. Gelet hierop is het volgens de rechtbank niet aan de civiele rechter om te treden in de wijze waarop de bank het UHK toepast.

Geen prejudiciële vragen

Blijkens r.o. 4.18 van het vonnis heeft de curator een suggestie gedaan tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. De rechtbank ziet daartoe geen aanleiding, omdat volgens de rechtbank niet is gebleken van een veelheid van vorderingen (art. 392 sub a Rv) of talrijke procedures (art. 392 sub b Rv) over dit onderwerp. Daarbij neemt de rechtbank ook in aanmerking dat de curator zelf het standpunt heeft ingenomen dat alleen Deutsche Bank het aanbod formuleert op de wijze die in dit geschil aan de orde is (te weten: dat *de UHK-compensatie zelf* lager wordt door aftrek van bedragen gelijk aan eerdere compensaties en de vordering van de bank, in plaats van dat de compensatie eerst hoger wordt vastgesteld en er daarna tegenvorderingen van de bank worden verrekend), terwijl bij andere banken de verrekendiscussie pas plaatsvindt in de uitvoeringsfase.

Inge Lakwijk, maart 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 03-02-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:360

Zaaknummer: C/13/675277 / HA ZA 19-1201

Rechters: M.L.S. Kalff

Advocaten: A.J. Tekstra en A.J. Haasjes

Wetsartikelen: 53 Fw, 79 Wet RO, 392 Rv en 6:253 BW

RECHTSPRAAK

Hof bekrachtigt de weigering van de rechtbank om een bijna vier maanden durende faillissementsgijzeling op te heffen

Naar het oordeel van het hof weegt het belang van de boedel bij nadere inlichtingen zwaarder dan het recht van de schuldenaar op persoonlijke vrijheid. Geen strijd met het nemo tenetur-beginsel. Een arrest van het Hof van Justitie uit februari 2021 is niet van toepassing op faillissementsgijzeling.

In december 2019 is appellante ('de schuldenaar') gelijktijdig met Actueel Zorg Twente B.V. failliet verklaard. In juni 2020 heeft de rechtbank op voordracht van de rechter-commissaris de in verzekerde bewaring bevolen van de schuldenaar. Op 9 november 2020 is de beschikking ten uitvoer gelegd. De inbewaringstelling is meermaals verlengd (zie ook INS 2021-0016), als laatste op 5 februari 2021 met een periode van 30 dagen. In deze procedure komt de schuldenaar in beroep tegen de beslissing van de rechtbank van 5 februari 2021. De schuldenaar verzoekt primair het verzoek van de curator tot verlenging af te wijzen en subsidiair de inbewaringstelling te schorsen.

Het hof overweegt dat het recht op persoonlijke vrijheid van de schuldenaar afgewogen moet worden tegen het (boedel)belang dat met verlenging van de inbewaringstelling is gediend. Naarmate de inbewaringstelling langer duurt, moet aan het recht van de schuldenaar op persoonlijke vrijheid een zwaarder gewicht worden toegekend.

Naar het oordeel van het hof is nog steeds onvoldoende gebleken dat de schuldenaar haar inlichtingenplicht volledig en juist nakomt en zal nakomen. De curator mist op een aantal punten wezenlijke informatie. Zo is nog onduidelijk waaraan contante opnamen zijn besteed. De schuldenaar heeft hierover globale inlichtingen verstrekt, maar zij moet hierover concrete en verifieerbare informatie verstrekken. Het gaat dan onder meer om gestelde verbouwingen van twee woningen waaraan naar de stelling van de schuldenaar ongeveer € 125.000 is uitgegeven. Uit luchtfoto's en verklaringen van huurders blijkt namelijk niet welke

verbouwingen zouden hebben plaatsgevonden.

Verder heeft de schuldenaar geen bewijs geleverd van betalingen aan zzp'ers die zij had ingehuurd in het kader van haar onderneming. Ook ontbreekt de benodigde informatie over gestelde terugbetalingen van leningen aan familie en kennissen. Tot slot heeft de schuldenaar geen opheldering gegeven over de eventuele aanwezigheid van vermogensbestanddelen in Turkije, in het bijzonder in het kader van een nalatenschap van haar vader. Ter zitting is afgesproken dat de schuldenaar een volmacht zal ondertekenen op basis waarvan een Turkse advocaat in opdracht van de curator onderzoek kan doen naar bezittingen in Turkije.

Omdat nadere inlichtingen van wezenlijk belang zijn voor de curator, weegt het boedelbelang bij inbewaringstelling zwaarder dan het recht op persoonlijke vrijheid van de schuldenaar. Het hof heeft hierbij meegewogen dat de inbewaringstelling inmiddels bijna vier maanden duurt en dat de schuldenaar haar kinderen erg mist. Omdat tot op heden onvoldoende inlichtingen zijn verstrekt, acht het hof het niet aannemelijk dat de inlichtingen worden verstrekt na schorsing van de inbewaringstelling. Schorsing onder voorwaarden is daarom geen haalbaar alternatief.

De schuldenaar heeft tot slot gesteld dat het niet verstrekken van informatie niet aan haar mag worden tegengeworpen, omdat zij een beroep mag doen op haar zwijgrecht. De schuldenaar verwijst hiervoor naar een arrest van het Hof van Justitie van 2 februari 2021 (ECLI:EU:C:2021:84). Volgens het Hof van Justitie mocht aan een natuurlijk persoon geen sanctie worden opgelegd wegens weigering om informatie te verschaffen over marktmisbruik omdat uit de antwoorden zou kunnen blijken dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan een inbreuk die met administratieve sancties van strafrechtelijke aard wordt bestraft of dat hij strafrechtelijk aansprakelijk is.

Het hof acht dit arrest hier niet van toepassing. Faillissementsgijzeling is namelijk geen sanctie op het niet verstrekken van informatie, maar een dwangmiddel om de schuldenaar ertoe te bewegen aan haar informatieplicht te voldoen. Wel bepaalt het hof, in navolging van de Hoge Raad (HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:161), dat door de schuldenaar te verschaffen inlichtingen uitsluitend mogen worden gebruikt voor de afwikkeling van het faillissement en niet voor doeleinden van strafvervolgning.

H.J. de Kloe, maart 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 05-03-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:2443

Zaaknummer: 200.290.350

Rechters: H.L. Wattel, C.G. ter Veer en I. Brand

Advocaten: J. de Haan

Wetsartikelen: 87 Fw, 105 Fw, 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en 48 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

RECHTSPRAAK

Homologatie WHOA-akkoord; vergeten schuldeiser leidt niet tot weigering van de homologatie

De rechtbank homologeert een WHOA-akkoord. Nadat de stemmingstermijn was verstreken, is aan een vergeten schuldeiser een gelijk percentage aangeboden als aan de overige concurrente schuldeisers. Omdat de schuldeiser dit aanbod uiteindelijk heeft aanvaard, leidt dit niet tot weigering van de homologatie.

Een maatschap en haar twee maten hebben een akkoord aangeboden onder de WHOA. In deze procedure verzoeken ze op grond van artikel 383 Fw het akkoord te homologeren. Het verzoek is op 19 februari 2021 op zitting behandeld. Twee schuldeisers hebben zich bij de rechtbank gemeld, maar hebben zich uiteindelijk toch niet verzet tegen de homologatie. Op 5 maart 2021 heeft de rechtbank bepaald dat de mondelinge behandeling zou worden voortgezet op 9 maart 2021. De schuldenaren hebben verzocht de tweede zitting mede vanwege de kosten achterwege te laten, waarop de rechtbank voortzetting van de mondelinge behandeling toch niet noodzakelijk achtte.

Verzoekers exploiteren een boerenbedrijf. Nadat de bank de financiering heeft opgezegd, is de onderneming verkocht. Vanaf 2021 exploiteren verzoekers het bedrijf in opdracht van de nieuwe eigenaar. Hun bedrijf is gereduceerd tot het uitvoeren van de overeenkomst van opdracht, maar desalniettemin voeren zij een zelfstandig beroep uit in de zin van artikel 369 Fw. De rechtbank acht verzoekers daarom ontvankelijk.

De schuldeisers zijn ingedeeld in twee klassen. De eerste klasse bestaat uit concurrente schuldeisers. 74,93% van de totale schuldenlast heeft ingestemd met het akkoord. De tweede klasse bestaat uit louter de Belastingdienst. Hoewel het stembiljet niet voor de daarvoor geldende termijn is ontvangen, heeft de Belastingdienst wel telefonisch bevestigd in te stemmen met het akkoord.

De rechtbank beoordeelt of er gronden zijn om de homologatie te weigeren. Op grond van artikel 384 lid 2 Fw is het van groot belang dat het dossier helder en compleet is. Het dossier

voldoet, nadat op verzoek van de rechtbank nadere informatie is verstrekt, aan deze vereisten. Over de stemmingsuitslag overweegt de rechtbank dat geen rekening wordt gehouden met (gewijzigde) stemverklaringen die na sluiting van de termijn zijn binnengekomen. De reden hiervoor is dat schuldeisers mede op basis van het verslag over de stemming (art. 382 Fw) bepalen of ze zich al dan niet verzetten tegen de homologatie van het akkoord. Het verslag heeft geen betekenis en schuldeisers wordt de kans ontnomen zich een correct beeld te vormen van de stemuitslag als stemverklaringen die na de termijn binnenkomen, meegenomen worden met de stemuitslag. De rechtbank houdt wel rekening met de intstemming van de Belastingdienst, omdat deze mondeling met het akkoord heeft ingestemd en kort na sluiting van de termijn haar mondelinge verklaring schriftelijk heeft bevestigd. Beide klassen hebben daarom ingestemd met het akkoord.

Verder overweegt de rechtbank dat de schuldenaren zonder akkoord verkeren in de toestand waarin redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van hun schulden niet zullen kunnen voortgaan. Ook zijn de schuldeisers naar behoren geïnformeerd over (de oorzaken van) de financiële situatie en is sprake geweest van een zuiver, transparant en goed gedocumenteerd besluitvormingsproces.

Mogelijk moet het homologatieverzoek worden afgewezen op grond van artikel 384 lid 2 onder c en i Fw, omdat een schuldeiser met een concurrente vordering per abuis buiten het akkoord is gehouden. De schuldenaren hebben deze schuldeiser na afloop van de termijn voor de stemming hetzelfde percentage geboden als de andere concurrente schuldeisers, maar de schuldeiser heeft dit aanbod geweigerd. Omdat de schuldeiser op 5 maart 2021 op de valreep het aanbod toch heeft aanvaard, is geen sprake van een weigeringsgrond. Met deze vergeten schuldeiser is een separate overeenkomst gesloten. Andere schuldeisers zijn hierdoor niet benadeeld, omdat een extra bedrag ter beschikking is gesteld voor de vergeten schuldeiser. Weliswaar zijn de schuldeisers hierdoor niet op de juiste wijze onderverdeeld in klassen (art. 384 lid 2 sub c Fw), maar dit heeft niet tot een andere uitkomst van de stemming kunnen leiden.

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

H.J. de Kloe, maart 2021

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 10-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2021:1128

Zaaknummer: C/05/383762/FT RK 21/114

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

Advocaten: A.J. van der Duijn Schouten

Wetsartikelen: 369 Fw, 382 Fw, 383 Fw en 384 Fw

RECHTSPRAAK

Griffierecht verschuldigd voor indienen verweerschrift tegen verzoek tot ontneming schone lei

De griffier heeft griffierecht geheven nadat twee schuldenaren een verweerschrift hebben ingediend tegen een verzoek tot ontneming van de schone lei op grond van artikel 358a Fw. De rechtbank wijst het verzet tegen de beslissing van de griffier af.

Ongeveer drie jaar nadat de rechtbank twee schuldenaren een schone lei heeft verleend voor het succesvol doorlopen van de schuldsaneringsregeling, is een verzoek ingediend tot ontneming van de schone lei op grond van artikel 358a Fw. De schuldenaren hebben hiertegen een verweerschrift ingediend, waarop de griffier griffierecht in rekening heeft gebracht. De rechtbank heeft de schone lei ontnomen aan de schuldenaren.

De schuldenaren komen in deze procedure op grond van artikel 29 lid 1 Wet griffierechten burgerlijke zaken (Wgbz) op tegen de beslissing van de griffier om griffierecht te heffen. De rechtbank wijst het verzet af. In artikel 4 lid 2 Wgbz is opgenomen dat onder meer geen griffierecht is verschuldigd voor het indienen van een WSNP-verzoek en het instellen van een rechtsmiddel tegen de afwijzing van dit verzoek. Voor het indienen van een verweerschrift op grond van artikel 358a Fw is geen uitzondering opgenomen in de wet.

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat ook geen griffierecht is verschuldigd als een rechtsmiddel wordt ingesteld tegen een beslissing van de rechter om de schuldsaneringsregeling tussentijds te beëindigen op grond van artikel 350 Fw (HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4020). Verder is geen griffierecht verschuldigd als een rechtsmiddel wordt ingesteld tegen een beslissing op een verzoek ex artikel 349a Fw tot wijziging van de termijn van de schuldsaneringsregeling (HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1947).

De grond van deze beslissingen is onder meer dat het gaat om personen die vanwege de op hen van toepassing zijnde schuldsaneringsregeling minder financiële draagkracht hebben dan een bijstandsgerechtigde en daarom onvoldoende draagkracht hebben om het verschuldigde griffierecht te betalen. Naar het oordeel van de rechtbank is deze grond niet aan de orde,

omdat de schuldsaneringsregeling al drie jaar geleden is beëindigd. De schuldenaren hebben daarom niet minder draagkracht dan bijstandsgerechtigden. Ook is geen sprake van een situatie waarin de toegankelijkheid van de schuldsaneringsregeling niet moet worden belemmerd. De griffier heeft naar het oordeel van de rechtbank daarom terecht griffierecht geheven.

H.J. de Kloe, maart 2021

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 08-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:1836

Zaaknummer: C/15/311127 / HA RK 20-229

Rechters: W.S.J. Thijs

Advocaten: H.P. Verheyen

Wetsartikelen: 358a Fw, 3 Wgbz, 4 Wgbz en 29 Wgbz

RECHTSPRAAK

Schone lei kan niet worden tegengeworpen aan een schuldeiser uit Curaçao

Een schone lei die is verkregen wegens het succesvol doorlopen van de schuldsaneringsregeling kan niet aan een schuldeiser uit Curaçao worden tegengeworpen. Tussen Nederland en Curaçao bestaat op dit punt geen verdrag en de Insolventieverordening is niet van toepassing op Curaçao.

Island Finance (Curaçao) N.V. ('Island Finance') heeft een krediet verstrekt aan twee natuurlijke personen. In april 1997 is onder meer persoon A ('de schuldenaar') door het Gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen veroordeeld tot betaling van meer dan NAF 12.000. Nadien is de schuldenaar naar Nederland verhuisd. In november 2016 heeft Island Finance beslag gelegd op de Participatiewetuitkering van de schuldenaar.

De schuldenaar stelt dat Island Finance onrechtmatig beslag heeft gelegd en vordert in deze procedure dat Island Finance wordt veroordeeld tot terugbetaling van het bedrag dat Island Finance heeft geïncasseerd met de beslaglegging. De schuldenaar stelt dat de vordering is verjaard althans dat sprake is van rechtsverwerking. Meer subsidiair stelt de schuldenaar dat Island Finance geen vordering meer had omdat de schuldenaar in 2015 een schone lei heeft gekregen. Nog meer subsidiair stelt de schuldenaar dat ten onrechte geen rekening is gehouden met de beslagvrije voet. Island Finance voert gemotiveerd verweer.

De kantonrechter overweegt dat de schuldenaar ten tijde van het sluiten van de kredietovereenkomst op Curaçao woonde. Ook Island Finance was hier gevestigd. Om die reden is het recht van Curaçao van toepassing op de overeenkomst. De vordering die de schuldenaar hier instelt op grond van onrechtmatige daad heeft een nauwere band met Curaçao dan met Nederland. Op grond van artikel 4 lid 3 Verordening Rome II is het recht van Curaçao daarom van toepassing op de vordering van de schuldenaar.

De vordering van Island Finance is naar het oordeel van de kantonrechter niet verjaard. Ook in Curaçao geldt een verjaringstermijn van twintig jaar voor de tenuitvoerlegging van vonnissen

en Island Finance heeft het vonnis na negentien jaar ten uitvoer gelegd. Ook van rechtsverwerking is geen sprake.

Daarna oordeelt de kantonrechter op het beroep dat de schuldenaar heeft gedaan op de schone lei. Omdat de schuldenaar de schuldsaneringsregeling met succes heeft doorlopen, heeft hij op grond van artikel 358 Fw een schone lei gekregen. Dit betekent dat vorderingen ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt niet langer afdwingbaar zijn voor zover deze vorderingen niet zijn voldaan. Buitenlandse schuldeisers zijn echter niet gebonden aan de Nederlandse Faillissementswet. Dit geldt ook voor schuldeisers uit Curaçao, ondanks het feit dat Nederland en Curaçao beide behoren tot het Koninkrijk der Nederlanden. Tussen Nederland en Curaçao bestaat op dit punt geen verdrag en Curaçao is niet gebonden aan de Insolventieverordening.

Omdat de schuldenaar zijn stelling dat in strijd met de beslagvrije voet beslag is gelegd niet heeft geconcretiseerd, wijst de kantonrechter de vorderingen van de schuldenaar af.

H.J. de Kloe, maart 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 05-02-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:1621

Zaaknummer: 8734240 / CV EXPL 20-30520

Rechters: A.M. van Kalmthout

Advocaten: W. Suttorp, R. van der Jagt en N.T.F. Barschot

Wetsartikelen: 358 Fw, 6:162 BW en 4 Verordening Rome II

RECHTSPRAAK

Geen faillissement van rechtswege bij tussentijdse beëindiging WSNP

Het van rechtswege intreden van een faillissement past niet bij de ingrijpende rechtsgevolgen van een faillissement. De rechter moet daarom na tussentijdse beëindiging van de WSNP het faillissement uitspreken als is voldaan aan de voorwaarden van artikel 350 lid 5 Fw.

Ten aanzien van twee schuldenaren is de schuldsaneringsregeling tussenentijds beëindigd omdat de schuldenaren niet hebben voldaan aan hun informatie- en inspanningsplicht. De rechtbank heeft op grond van artikel 350 lid 5 Fw niet het faillissement van de schuldenaren uitgesproken, omdat er geen baten beschikbaar zouden zijn om de schulden geheel of gedeeltelijk te voldoen. De schuldenaren hebben hoger beroep ingesteld tegen de beslissing van de rechtbank. Het hof heeft de zaak in een tussenarrest aangehouden in afwachting van de afwikkeling van een erfenis van een van de schuldenaren.

Nadat de schuldenaren het hoger beroep hebben ingetrokken, heeft de bewindvoerder de rechtbank verzocht het vonnis te herzien. Vanwege de omvang van de erfenis moest volgens de bewindvoerder alsnog het faillissement worden uitgesproken. De rechtbank is hiertoe overgegaan en overwoog dat de schuldenaren op grond van artikel 350 lid 5 Fw van rechtswege in staat van faillissement verkeren, omdat toch baten beschikbaar zijn om de schulden (gedeeltelijk) te voldoen. Het hof 's-Hertogenbosch heeft de uitspraak van de rechtbank bekrachtigd.

De Hoge Raad casseert en doet de zaak zelf af. Vanwege de ingrijpende rechtsgevolgen van een faillissement moet telkens duidelijk zijn of een faillissement is ingetreden. Hierbij past niet dat een faillissement van rechtswege intreedt. Artikel 350 lid 5 Fw moet dan ook zo worden uitgelegd dat de rechter verplicht is het faillissement uit te spreken als aan de voorwaarden van artikel 350 lid 5 Fw is voldaan.

De rechtbank heeft in eerste instantie niet het faillissement uitgesproken. Nadat het hof de schuldenaren niet-ontvankelijk heeft verklaard omdat zij het hoger beroep hebben ingetrokken

en tegen deze beslissing van het hof geen cassatie is ingesteld, is de schuldsaneringsregeling geëindigd zonder faillietverklaring. Weliswaar kan een uitspraak die is gedaan op grond van de Faillissementswet worden hersteld omdat artikel 31 en 32 Rv van overeenkomstige toepassing zijn, maar van een kennelijke fout in de zin van artikel 31 Rv is geen sprake en niet gesteld of gebleken is dat artikel 32 Rv zich voordoet. De Hoge Raad doet de zaak zelf af door het herstelverzoek van de bewindvoerder alsnog af te wijzen.

H.J. de Kloe

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 05-03-2021

ECLI: ECLI:NL:HR:2021:351

Zaaknummer: 20/01989

Rechters: M.V. Polak, G. Snijders en H.M. Wattendorff

Advocaten: A.H.M. van den Steenhoven, T.T. van Zanten en I.M.A. Lintel

Wetsartikelen: 350 Fw, 31 Rv en 32 Rv

RECHTSPRAAK

Machtiging ex artikel 42a Fw waardoor een krediet 'paulianaproof' kan worden verschaft

Een glastuinbouwer wil een akkoord aanbieden onder de WHOA. Om de lopende kosten te voldoen wil Rabobank een oogstkrediet verschaffen. De rechtbank verstrekt een machtiging ex artikel 42a Fw, zodat de verstrekking van het krediet niet met een beroep op faillissementspauliana kan worden aangetast.

Een vennootschap die een onderneming in de glastuinbouw exploiteert, wil een akkoord aanbieden aan haar schuldeisers onder de WHOA. De vennootschap stelt te verkeren in de toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar schulden. De oorzaak van deze situatie is onder meer gelegen in grote investeringen in het verleden, geleden verliezen en de coronacrisis. Om de onderneming gedurende de akkoordaanbieding voort te zetten, heeft de vennootschap een zogenoemd oogstkrediet nodig. Pas na de oogst wordt omzet gerealiseerd, maar voor die tijd moeten wel kosten worden gemaakt. Rabobank is bereid een oogstkrediet van € 1,5 miljoen te verstrekken, als de rechtbank een machtiging afgeeft ex artikel 42a Fw.

Op grond van artikel 42a Fw kan de rechtbank een machtiging afgeven voor een rechtshandeling, waarna vernietiging van deze rechtshandeling op grond van artikel 42 Fw niet meer mogelijk is. De rechtbank geeft de machtiging af als de rechtshandeling noodzakelijk is om de onderneming gedurende de voorbereiding van het akkoord voort te zetten en als de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hiermee zijn gediend, terwijl geen van de individuele schuldeisers wezenlijk in zijn belang wordt geschaad.

De rechtbank overweegt dat het oogstkrediet noodzakelijk is om de onderneming voort te zetten. Zonder krediet zal het gewas binnen enkele dagen afsterven en moet de onderneming geliquideerd worden. Omdat schuldeisers met vorderingen die zijn ontstaan vanaf 12 november 2020 volledig worden voldaan en aannemelijk is dat schuldeisers van wie de vordering eerder is ontstaan onder het akkoord een hogere uitkering ontvangen dan in een faillissement, valt redelijkerwijs aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke

schuldeisers zijn gediend met het krediet. Niet gebleken is van individuele schuldeisers die door het krediet in hun belangen worden geschaad.

Wel overweegt de rechtbank dat de machtiging slechts kan worden afgegeven voor rechtshandelingen die verricht worden na het deponeren van de startverklaring. Een deel van het oogstkrediet is bedoeld om een ongeoorloofde debetstand te zuiveren. Naar het oordeel van de rechtbank kan voor dit deel van het krediet (ongeveer € 640.000) geen machtiging worden verstrekt. De machtiging wordt dus slechts verstrekt voor het resterende bedrag (ongeveer € 860.000). Rabobank heeft ter zitting bevestigd dat zij ook dan bereid is om het krediet te verstrekken.

H.J. de Kloe, maart 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 03-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:1768

Zaaknummer: C/10/613465 / FT EA 21/211

Rechters: F. Damsteegt-Molier, A.E. de Vos en M. Wouters

Advocaten: S. El Hadouchi, S.H. Broeseliske en A.M. Mennens

Wetsartikelen: 42a Fw en 370 Fw

RECHTSPRAAK

Verrekening van vergoeding Uniform Herstelkader Rentederivaten bij faillissement kredietnemer

De bank mag haar schuld aan de boedel uit hoofde van het Uniform Herstelkader Rentederivaten verrekenen met haar vordering uit hoofde van de kredietovereenkomst op de boedel. De schuld vloeit voort uit de voor faillietverklaring bestaande rechtsverhouding tussen de bank en failliet.

De vraag die centraal staat in deze zaak is of ABN Amro Bank de coulancevergoeding die zij uit hoofde van het Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB (UHK) is overeengekomen met de curator van een failliet, mag verrekenen met haar vordering op de failliet uit hoofde van de kredietovereenkomst.

De curator meende dat die vraag ontkennend moest worden beantwoord. Hij had het aanbod van de bank tot betaling van de coulancevergoeding geaccepteerd, maar protesteerde tegen de in dezelfde brief aangekondigde verrekening ervan met de kredietschuld van failliet. De curator heeft de bank gedagvaard nadat de coulancevergoeding in de (negatieve) rekening-courant van de failliet is bijgeschreven.

Eerst kort over het UHK. Op grond van deze vrijwillige regeling bieden deelnemende banken een coulancevergoeding aan mkb-klanten aan die rentederivaten hebben afgenomen. Achtergrond van de regeling is dat in het verleden in veel gevallen de wettelijke eisen bij de advisering aan niet-professionele partijen over derivaten niet is nageleefd en dat klanten hier mogelijk schade door lijden. Het UHK is bedoeld om een integrale oplossing te bieden door te abstraheren van het onderliggende dossier van de klant, zonder dat de bank erkent dat zij schadeplichtig is. Een individuele benadering is in de praktijk namelijk moeilijk gebleken. De AFM houdt toezicht op de uitvoering van het UHK. Het UHK bevat geen regels voor het geval een klant inmiddels failliet is verklaard.

De rechtbank Amsterdam oordeelt in deze zaak dat de verrekening is toegestaan. Partijen waren het erover eens dat de schuld van de bank ná het faillissement was ontstaan,

vermoedelijk omdat het aanbod na de faillietverklaring was gedaan en geaccepteerd. Voor verrekening ex artikel 53 Fw is dan voldoende dat de vordering of schuld voortvloeit uit een vóór de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde (HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2627). Volgens de rechtbank wordt aan die eis voldaan omdat er een direct verband is tussen de schuld van de bank en de rechtsverhouding waar de vordering van de bank op is gebaseerd, te weten de kredietovereenkomst waarbinnen ook de rentederivaten zijn afgesloten. De vergoeding houdt namelijk verband met de mogelijke zorgplichtschending bij het afsluiten van de rentederivaten en de omvang wordt bepaald door aard en looptijd van de afgesloten rentederivaten.

Deze uitkomst sluit volgens de rechtbank ook aan bij de billijkheid waarop artikel 53 Fw is gebaseerd. Tussen partijen was niet in geschil dat de bank zou mogen verrekenen als de klant niet failliet was. De curator heeft geen rechtvaardiging gegeven voor een andere uitkomst in het geval dat de kredietnemer wél is gefailleerd, anders dan boedelmaximalisatie. Volgens de rechtbank is dat geen op zichzelf staand te respecteren belang.

De bank en de curator hadden nog verschillende andere stellingen ingenomen, die alle door de rechtbank worden verworpen. Zo ziet de rechtbank de voorgestelde verrekening niet als onderdeel van het aanbod van de bank (standpunt bank). Daarnaast oordeelt de rechtbank dat – zelfs als met acceptatie van het aanbod een nieuwe rechtsverhouding zou zijn ontstaan (één van de standpunten van de curator) – er nog steeds voldoende verband tussen schuld en vordering is. De door de rechtbank voorgestane uitkomst is bovendien niet strijdig met de door de curator aangehaalde standaardrechtspraak (Giro/Standaardfilms, Tripels q.q./Van Rooyen en Credit Suisse/Jongepier q.q.).

Tot slot wijst de rechtbank ook het verzoek van de curator om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen af. Er is volgens de rechtbank geen sprake van een veelheid aan vorderingen of talrijke procedures, zodat zich geen situatie als bedoeld in artikel 392 Rv voordoet.

Wenk

In een recent in TvI verschenen artikel gaat prof. N.E.D. Faber in op de verrekeningsvraag bij vergoedingen in het kader van het UHK aan gefailleerde klanten (N.E.D. Faber, 'Compensatie uit hoofde van het Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB (UHK) tijdens het faillissement van een klant', *TvI* 2020/50). Daarin bepleit hij ten eerste dat artikel 53 Fw in situaties als de onderhavige niet relevant is, omdat hier slechts sprake is van *berekening* en niet van *verrekening* in eigenlijke zin. Dat wat de bank nog te vorderen heeft van de klant, kan zij al in mindering brengen bij de berekening van de vordering die de klant heeft op de bank.

Het UHK voorziet hier zelf al in, aldus Faber, zodat aan artikel 53 Fw niet wordt toegekomen. Zou artikel 53 Fw echter toch van toepassing zijn, dan wordt volgens Faber aan de voorwaarden hiervan voldaan. Net als de rechtbank in deze zaak gaat Faber ervan uit dat er geen nieuwe rechtsverhouding ontstaat; met het aanbod tot betaling van een vergoeding wordt volgens hem invulling gegeven aan een reeds bestaande rechtsverhouding, de rentederivatenovereenkomst, teneinde een moeizame procedure over het bestaan en omvang van een eventuele schadevordering te voorkomen. Faber noemt in zijn artikel ook nog artikel 6:135, aanhef en onder b BW, dat bepaalt dat een schuldenaar niet bevoegd is tot verrekening, indien zijn verplichting strekt tot vergoeding van schade die hij opzettelijk heeft toegebracht. Als al sprake zou zijn van verrekening, dan is deze bepaling volgens Faber niet van toepassing, omdat hij de verplichting van de bank niet ziet als schadevergoedingsverplichting, maar als een (eventuele) vordering van de klant tot betaling van een vergoeding uit coulance.

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

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 03-02-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:361

Zaaknummer: C/13/669794 / HA ZA 19-799

Rechters: M.L.S. Kalff

Advocaten: A.J. Tekstra en A.J. Haasjes

Wetsartikelen: 53 Fw en Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB

RECHTSPRAAK

Levering van onroerend goed in het zicht van faillissement. Wanneer is sprake van benadeling van schuldeisers?

Levering van onroerend goed in het zicht van faillissement is paulianeus hoewel het achteraf gezien veel minder waard is dan gedacht.

Deze procedure betreft een geschil tussen de curator van Ponsstar Holding B.V. ('gefaillleerde') enerzijds en Coöperatie Ponsstar U.A. ('de Coöperatie') en Holstar Top-Cow B.V. ('Holstar') anderzijds.

Gefaillleerde had een boerderij met ondergrond en een aantal weilanden in eigendom. Deze zijn met ingang van 1 mei 2014 verpacht aan de Coöperatie. De Coöperatie heeft twee leningen verstrekt aan gefaillleerde voor een totaalbedrag van € 1.050.000.

De Coöperatie heeft haar vorderingen uit hoofde van de leningen op 4 november 2015 gecedeerd aan Holstar. In de cessieakte is vermeld dat de Coöperatie in verband hiermee 'recht heeft op betaling' van Holstar en dat tot zekerheid daarvan een hypotheekrecht zal worden gevestigd op onroerend goed.

Gefaillleerde heeft de boerderij en de weilanden verkocht aan Holstar. In de koopovereenkomsten is bepaald dat de koopsom wordt verrekend met de openstaande vordering die Holstar (door middel van cessie verkregen) heeft op gefaillleerde. Op 15 februari 2016 zijn de boerderij en de weilanden aan Holstar geleverd. Tegelijkertijd is hierop een hypotheekrecht gevestigd ten gunste van de Coöperatie.

Ondertussen hebben derden het faillissement van gefaillleerde aangevraagd. De eerste behandeling van de faillissementsaanvraag vond plaats op 16 februari 2016, aldus een dag na de levering van de boerderij en de weilanden aan Holstar.

Bij brief van 4 maart 2016 heeft de curator de koopovereenkomst tussen gefaillleerde en Holstar, de daarop volgende levering en de verrekening van de koopsom buitengerechtelijk vernietigd op grond van de pauliana (art. 42 en 47 Fw). Op 8 maart 2016 heeft de curator ook

de vestiging van het hypotheekrecht op het onroerend goed buitengerechtelijk vernietigd.

De rechtbank heeft de curator in het gelijk gesteld. De Coöperatie en Holstar hebben hoger beroep ingesteld tegen het vonnis. De Coöperatie en Holstar stellen dat de gezamenlijke crediteuren om verschillende redenen niet zijn benadeeld.

Ten eerste zouden de boerderij en de weilanden al in 2007 door gefailleerde zijn verpacht aan de (middellijk) bestuurder van gefailleerde zijn echtgenote. De bestuurder en zijn echtgenote zouden een substantiële vordering op gefailleerde hebben die zij (ook in faillissement) zouden kunnen blijven verrekenen met de pachtvergoedingen. Dit zou de waarde van de boerderij en de weilanden negatief beïnvloeden. Het hof gaat hier niet in mee. Van benadeling ex artikel 42 en 47 Fw is sprake wanneer de crediteuren zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. Vast staat dat Holstar en gefailleerde een koopsom van € 485.000 voor de boerderij en de weilanden zijn overeengekomen. Ook staat vast dat Holstar dit bedrag heeft betaald door middel van verrekening van een (aan haar door de Coöperatie eerder gecedeerde) vordering op gefailleerde. Hieruit volgt dat de vergoeding voor het onroerend goed van gefailleerde niet in handen van de gezamenlijke overige crediteuren is gekomen, terwijl het onroerend goed wél als verhaalsmogelijkheid uit het vermogen van gefailleerde was verdwenen. De overeengekomen koopsom dient als reële waarde te worden aangenomen voor de benadeling van de gezamenlijke crediteuren. Dat het onroerend goed achteraf in werkelijkheid minder waard zou zijn, doet hieraan niet af.

Ten overvloede merkt het hof op dat het ook niet meegaat in het betoog van Holstar en de Coöperatie dat de waarde van het onroerend goed door het bestaan van een pachtovereenkomst negatief zou zijn zodat geen sprake zou zijn van benadeling. De curator heeft namelijk een tussenvonnis van de pachtkamer overgelegd waarin voorshands is geoordeeld dat de pachtovereenkomst uit 2007 met de totstandkoming van de (met ingang van 1 mei 2014 gesloten) pachtovereenkomst tussen gefailleerde en de Coöperatie is beëindigd.

Tot slot hebben Holstar en de Coöperatie bij de mondelinge behandeling voor het hof nog aangevoerd dat geen sprake is van benadeling omdat het onroerend goed een negatieve waarde heeft. De bodem is volgens hen namelijk enorm vervuild. De curator heeft hiertegen bezwaar gemaakt met een beroep op de tweeconclusieregel. Het hof oordeelt dat deze stelling van Holstar en de Coöperatie dient te worden aangemerkt als een nieuwe grief. Zij voeren hiermee een nieuwe grond aan. Aangezien de curator hiertegen bezwaar heeft gemaakt en het geen novum betreft, is deze grief tardief en moet deze daarom buiten beschouwing worden gelaten.

Het bestreden vonnis wordt bekrachtigd.

K.C.S. Meekes en F. Imbough, maart 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 02-03-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:354

Zaaknummer: 200.253.760/01

Rechters: G.C. de Heer, M.J. van Cleef-Metsaars en A.J. Swelheim

Advocaten: H.J. Bakker, R.Th.G. van der Veldt en O. Heuverling

Wetsartikelen: 42 Fw en 47 Fw