

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 8, 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:2021:524](#) 09-04-2021

Rangwijziging bij pandrecht en reikwijdte inningsbevoegdheid pandhouder

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:3294](#) 06-04-2021

Hof acht Nederlandse rechter bevoegd om kennis te nemen van door curator ingestelde vordering op grond van onrechtmatige daad

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:571](#) 06-04-2021

Vennootschap slaagt niet in tegenbewijs dat sprake is van samenspanning in de zin van artikel 47 Fw.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:572](#) 06-04-2021

Betaling van De Gerechtsdeurwaarder aan Cugini paulianeus op grond van artikel 47 Fw.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:654](#) 06-04-2021

Faillissement van een zoon wordt in hoger beroep uitgesproken op verzoek van zijn vader.

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:3133](#) 08-04-2021

Gehomologeerd surseanceakkoord werkt niet tegenover een werknemer met een bevoorrechte boedelvordering.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:3076](#) 07-04-2021

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens het laten gebruiken van de vennootschap voor oplichtingspraktijken

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2021:1692](#) 07-04-2021

Samenspanning gericht op het benadelen van de bank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:3227](#) 02-04-2021

Afkoelingsperiode en opheffing van beslagen onder de WHOA

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:3228](#) 01-04-2021

WHOA-beschikking inzake verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:2860](#) 31-03-2021

Beklamelnorm niet geschonden nu geen sprake is van een prestatie van de wederpartij waarvoor vergoeding is uitgebleven

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:1255](#) 26-03-2021

Afwijzing verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige: de schuldenaar drijft geen onderneming volgens de rechtbank. Met wenk.

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2021:1100](#) 26-03-2021

Hypotheekrecht mag paulianaproof worden gevestigd om een WHOA-akkoord voor te bereiden. Met wenk.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:1113](#) 19-03-2021

WHOA-beschikking inzake verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:1272](#) 19-03-2021

Verzet tegen faillietverklaring op verzoek van de EU ongegrond.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:3211](#) 10-03-2021

Pauliana bij vestigen hypotheekrechten ten laste van een projectvennootschap

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2021:777](#) 03-03-2021

Beroep tegen beschikking rechter-commissaris ex artikel 69 Fw

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:1303](#) 27-01-2021

E-mail soepel opgevat als melding van betalingsonmacht. Bestuurder is toch aansprakelijk voor deel van achterstallige pensioenpremies. Met annotatie.

Annotatie

[Melding betalingsonmacht artikel 23 Wet Bpf](#)

mr. I.F.M. Lakwijk

RECHTSPRAAK

Beroep tegen beschikking rechter-commissaris ex artikel 69 Fw

Grievens tegen beschikking van rechter-commissaris falen, omdat deze – in essentie – allemaal strekken ter bestrijding van (onherroepelijke) vaststellingen die in het kader van eerdere procedures in verschillende instanties zijn gedaan.

Een natuurlijk persoon is op 28 mei 2018 in staat van faillissement verklaard. Zij was enig eigenaar van een woonhuis en in gemeenschap van goederen gehuwd, zodat het woonhuis tot de huwelijksgemeenschap behoorde. De curator in faillissement wenste de woning op enig moment ten behoeve van de boedel te gelde te maken en heeft met dat doel op 10 juni 2020 met toestemming van de rechter-commissaris een koopovereenkomst gesloten. De echtgenoot van failliet is kort na haar faillietverklaring komen te overlijden. Via het testament van de erflater zijn ook de onverdeelde aandelen van de twee kinderen van failliet in (onder andere) het woonhuis in het geding gekomen.

Failliet heeft de verkoop en levering steeds tegengewerkt. In een door de curator geëntameerd kort geding is zij zowel in eerste aanleg (rechtbank Noord-Nederland 31 juli 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2670) als in hoger beroep (gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:6862 – niet gepubliceerd) tot ontruiming van de woning veroordeeld. Kennelijk in reactie op de kortgedingdagvaarding van 3 juli 2020 heeft failliet zich met haar twee erfgerechtigde kinderen bij verzoekschrift van 13 juli 2020 ex artikel 69 Fw tot de rechter-commissaris gewend met verzoeken die de curator van levering van de woning moesten weerhouden. Kort na het kortgedingvonnis van 31 juli 2020 is op 4 augustus 2020 de afwijzende beschikking van de rechter-commissaris gevolgd, waartegen het onderhavige beroep is ingesteld. De curator heeft de uitkomst van dit beroep niet afgewacht en de woning op 1 september 2020 aan de koper geleverd.

Uit de grieven van failliet (r.o. 4.1-4.9) destilleert de rechtbank welk belang failliet nog bij het hoger beroep meent te hebben, nu de woning van failliet op het moment van de uitspraak in dit appel reeds was verkocht. Haar belang zou enerzijds zijn gelegen in haar wens om terug te

keren naar de woning en anderzijds in het verkrijgen van duidelijkheid over de overwaarde in samenhang met de crediteurenlijst, waarmee zij had willen aantonen dat haar faillissement ten onrechte zou zijn uitgesproken (r.o. 5.3). In dit kader oordeelt de rechtbank dat het failliet ontbreekt aan belang, omdat terugkeer niet meer aan de orde is nu de woning is verkocht en die verkoop blijkens de voorafgaande uitspraken in kort geding rechtmatig was. Voor het geval wel belang bij een inhoudelijk oordeel zou bestaan, refereert de rechtbank zich aan de oordelen van het gerechtshof in hoger beroep in kort geding (r.o. 5.4).

Wat betreft de gerechtvaardigdheid van het faillissement wordt overwogen dat de rechtbank, het hof en de Hoge Raad zich daar in de faillissementsprocedure al over hebben uitgelaten, steeds met als uitkomst dat het faillissement van verzoeker terecht is uitgesproken. De achtergrond van het feit dat zij zich kennelijk met hand en tand tegen haar faillietverklaring heeft verzet en de faillissementstoestand zelfs na onherroepelijk worden niet heeft willen accepteren, kan worden gevonden in de feitenoverwegingen in het kortgedingvonnis van 31 juli 2020 (ECLI:NL:RBNNE:2670). Daaruit blijkt dat het faillissement van verzoeker is aangevraagd door twee curatoren, die volgens failliet ten onrechte tegen haar als bestuurder van hun curanda een veroordeling voor een faillissementstekort van enkele miljoenen hadden behaald. Ook over de aansprakelijkheid voor dat tekort is tot aan de Hoge Raad geprocedeerd. Wat dit betreft overweegt de rechtbank in de onderhavige kwestie in essentie dat de (vergeefse) betwisting van de vordering van de aanvrager nog niet betekent dat de curator zijn taak tot actuele inventarisatie van de schulden onvoldoende verricht (r.o. 5.5). Een en ander leidt tot verwerping van het beroep en bekrachtiging van de beschikking van de rechter-commissaris in eerste aanleg.

Merk nog op dat de rechtbank de kinderen van failliet in navolging van de rechter-commissaris niet in hun beroep ontvangt, omdat door het faillissement niet zij maar de curator bevoegd is over hun erfdeel te beschikken en zij zodoende geen rechten hebben die hen tot artikel 69 Fw toelaten (r.o. 5.6).

J.O. Bijloo, april 2021

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 03-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2021:777

Zaaknummer: C/18/200435 / HA RK 20-62

Rechters: M. Griffioen, P.J. Duinkerken en W. Huizing

Advocaten: T. van Dijken

Wetsartikelen: 67 lid 1 Faillissementswet

ANNOTATIE

Melding betalingsonmacht artikel 23 Wet Bpf

mr. I.F.M. Lakwijk

De rechtbank gaat, ook in vergelijking tot andere rechtspraak, wel erg soepel om met de vereiste melding van betalingsonmacht.

Inleiding

In deze zaak wordt de gewezen bestuurder van een gefailleerde (en inmiddels niet langer bestaande) vennootschap aansprakelijk geacht voor niet-betaalde pensioenpremies, ook al was er voor het aannemen van kennelijk onbehoorlijk bestuur feitelijk geen grond. De aansprakelijkheid van de gewezen bestuurder berust geheel en al op het feit dat er pas na enkele maanden premieachterstand een melding van betalingsonmacht is gedaan, zonder dat de bestuurder een goede reden had waarom zij die melding niet eerder had kunnen (laten) doen. Het wettelijke vermoeden dat de niet-betaling van de premie aan kennelijk onbehoorlijk bestuur te wijten is, wordt daardoor voor de bestuurder onweerlegbaar.

Opmerking verdient wellicht dat de bestuurder in deze zaak, hoewel zij door het faillissement en de daarop gevolgde ontbinding van de vennootschap niet langer bestuurder, maar *gewezen* bestuurder was, geen beroep kon doen op het zevende lid van artikel 23 Wet Bpf. Uit de memorie van toelichting bij artikel 23 Wet Bpf 2000 volgt dat het zevende lid alleen dient ter bescherming van de gewezen bestuurder, voor zover die door zijn/haar aftreden niet meer in staat was om melding van betalingsonmacht te doen (*Kamerstukken II 1999-2000, 27073, nr. 3, p. 21*). Het zevende lid biedt dus geen verzachting van de regeling in het vierde lid, voor zover een (inmiddels) gewezen bestuurder *tijdens zijn/haar eigen bestuursperiode* de melding van betalingsonmacht heeft veronachtzaamd.

Ruime interpretatie melding betalingsonmacht

De rechtbank gaat in deze uitspraak soepel om met het interpreteren van de e-mail van 30 juli 2014 (zie voor het feitencomplex en de e-mail waarop wordt gedomd de samenvatting bij de uitspraak, INS 2021-0117) als een melding van betalingsonmacht. Het feit dat niet letterlijk gemeld wordt dat er sprake is van betalingsonmacht ziet de rechtbank door de vingers. De

enkele verwijzing naar ‘moeilijk vaarwater’ en het verzoek om een betalingsregeling volstaat. Ook het feit dat de e-mail niet ingaat op de omstandigheden die ertoe hebben geleid dat de pensioenpremies niet konden worden betaald (zoals het derde lid van artikel 2 Besluit Meldingsregeling Wet Bpf 2000 eigenlijk vereist) is geen probleem.

De rechtbank neemt hiermee duidelijk afstand van de gedachte dat er ‘goede redenen zijn om relatief strenge eisen te stellen aan de wijze waarop betalingsonmacht dient te worden gemeld’, zoals rechtbank Rotterdam op 27 juni 2018 nog aannam (ECLI:NL:RBROT:2018:6205, r.o. 4.14 en 4.15; vgl. ook gerechtshof Leeuwarden 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX917, r.o. 9). De rechtbank neemt die afstand onder uitdrukkelijke verwijzing naar het arrest van het gerechtshof Den Haag van 3 maart 2020, gewezen in hoger beroep naar aanleiding van de hiervoor geciteerde uitspraak van rechtbank Rotterdam (gerechtshof Den Haag 3 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:269, *Curadomi*).

De rechtbank gaat in de onderhavige zaak echter nog wel een stapje verder dan het gerechtshof. In de zaak van *Curadomi* was in ieder geval nog wel letterlijk aan het pensioenfonds geschreven: *‘Middels dit schrijven delen wij u mee dat wij niet in staat zijn de pensioenpremie van de Organisatie (...) tijdig te voldoen.’* Daarnaast concludeerde het gerechtshof uit het feit dat er na deze melding van *Curadomi* een betalingsregeling was getroffen, dat aan het pensioenfonds klaarblijkelijk (mondeling) voldoende inzicht in de omstandigheden als bedoeld in artikel 2 lid 3 Besluit gegeven was (zie r.o. 12.2). De rechtbank maakt in de onderhavige zaak aan artikel 2 lid 3 van het Besluit in het geheel geen woorden vuil.

Opmerkelijk is ook dat de rechtbank de niet-nakoming van de met Partycentrum BV getroffen betalingsregeling – een feitelijke gebeurtenis van ná de e-mail die de rechtbank als melding aanmerkt – mee laat wegen in het oordeel dat de betreffende e-mail als een melding van betalingsonmacht kan gelden. Dit verhoudt zich toch wat moeilijk tot het ook door de rechtbank zelf gememoreerde kenmerk van de meldingsregeling, dat deze de bestuurder van de vennootschap *‘tot actie dwingt’* wanneer de vennootschap in betalingsmoeilijkheden komt te verkeren. Het idee van de meldingsregeling is dus juist dat het pensioenfonds actieve communicatie mag verwachten en geen betalingsonmacht hoeft af te leiden uit feitelijkheden zoals betalingsachterstand. De rechtbank haalt in het vonnis ook aan dat het doel van de regeling is dat ‘het pensioenfonds op een vroegtijdig tijdstip op de hoogte raakt van de moeilijkheden waarin de vennootschap verkeert’, opdat het pensioenfonds zich *‘mede op grond van de overgelegde gegevens en de verkregen inlichtingen’* kan beraden op *‘de opstelling dat het ten aanzien van het lichaam zal voeren’*. Het laat zich niet goed inzien hoe het latere niet-nakomen van de betalingsregeling heeft kunnen bijdragen aan het beraad van het pensioenfonds over de vraag of de te voeren ‘opstelling’ tegenover Partycentrum BV wel of

niet een betalingsregeling moest inhouden.

Inge Lakwijk, april 2021

RECHTSPRAAK

Pauliana bij vestigen hypotheekrechten ten laste van een projectvennootschap

Een failliete vennootschap, Vakbouw 8, heeft paulianeus een hypotheekrecht gevestigd ten gunste van haar indirecte financier. De curator wordt in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat niet mondeling is afgesproken dat Vakbouw 8 hypotheekrechten zou vestigen ten gunste van de directe financier.

Vakbouw 8 B.V. is een projectvennootschap die zich bezighield met de ontwikkeling van het project de 'Vijf Bladeren' in Oostvoorne. Vakbouw Holding is bestuurder en (kennelijk) aandeelhouder van Vakbouw 8 B.V. De andere aandeelhouder van Vakbouw 8 is gedaagde. Gedaagde heeft in 2010 € 4,75 miljoen financiering verstrekt aan Vakbouw Holding. Op haar beurt heeft Vakbouw Holding dit bedrag in 2010 en 2011 doorgeleend aan Vakbouw 8.

In augustus 2014 heeft Vakbouw 8 zich hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de vordering van gedaagde op Vakbouw Holding. In verband hiermee heeft Vakbouw 8 op 20 maart 2015 twee hypotheekrechten gevestigd ten gunste van gedaagde ('de ECB-hypotheken'). Verder heeft Vakbouw 8 laatstelijk op 19 maart 2015 een hypotheekrecht gevestigd ten gunste van Vakbouw Holding ('de Vakbouw-hypotheek').

Op 16 juli 2015 is Vakbouw 8 failliet verklaard. De curator heeft de hoofdelijkheidsverklaring en de vestiging van de hypotheekrechten ten gunste van gedaagde en Vakbouw Holding buitengerechtelijk vernietigd op grond van pauliana (art. 42 Fw). In deze procedure vordert de curator een verklaring voor recht dat zij deze vernietiging terecht heeft ingeroepen.

De rechtbank beoordeelt eerst de hoofdelijkheidsverklaring en de vestiging van de DCB-hypotheken. De stelling van de curator dat de hoofdelijkheidsverklaring onverplicht is afgegeven is naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende betwist. Dat gedaagde de financiering niet zou hebben verstrekt zonder hoofdelijkheidsverklaring, maakt niet dat sprake is van een verplichte rechtshandeling. De daarop gebaseerde hypotheekrechten zijn

daarmee ook onverplicht gevestigd.

Gedaagde heeft gesteld dat met de verschaft financiering diverse schulden zijn afgelost, maar gedaagde heeft niet onderbouwd dat het voordeel dat de schuldeisers hebben genoten groter is dan het nadeel dat zij lijden door de vestiging van de hypotheekrechten. De schuldeisers zijn dus ook benadeeld door het vestigen van de hypotheekrechten. Wetenschap van benadeling wordt vermoed aan beide zijden aanwezig te zijn op grond van artikel 43 lid 1 aanhef en onder 6 Fw, omdat gedaagde en Vakbouw 8 groepsvennootschappen zijn. Gedaagde financierde indirect Vakbouw 8, was medeoprichter en hield 49,5% van de aandelen in Vakbouw 8. Kennelijk is tegen dit bewijsvermoeden niets ingebracht, zodat ook de wetenschap van benadeling aanwezig wordt geacht. De rechtbank verklaart daarom voor recht dat de curator de vestiging van de DCB-hypotheken terecht heeft vernietigd.

Ten aanzien van de Vakbouw-hypotheek hebben gedaagden aangevoerd dat het hypotheekrecht in 2015 is gevestigd om een eerdere misslag te herstellen. In 2013 heeft Rabobank een nieuwe financiering verstrekt. Afgesproken was dat een rangwisseling zou plaatsvinden. Bij het vestigen van het hypotheekrecht ten gunste van de Rabobank is de hypotheek die ten gunste van Vakbouw was gevestigd niet doorgehaald, zodat de rangwisseling niet had plaatsgevonden. In 2014 is dit ontdekt, waarna de eerder gevestigde hypotheek is doorgehaald. Door vertraging werd de nieuwe hypotheek pas in maart 2015 gevestigd. Op grond hiervan en op basis van het samenstel van een aantal overeenkomsten en hypotheekakten zou de Vakbouw-hypotheek verplicht zijn gevestigd.

De rechtbank oordeelt dat uit het de verweren van gedaagden niet blijkt dat de Vakbouw-hypotheek verplicht is gevestigd. Vakbouw 8 was geen partij bij de overeenkomsten waarnaar is verwezen, zodat zij daarbij niet de verplichting op zich heeft genomen zekerheden te vestigen. Ook de rangwisseling maakt de vestiging van de hypotheek niet verplicht.

De rechtbank gaat wel mee in de stelling van gedaagden dat partijen bij de oprichting van Vakbouw 8 in 2010 mondeling zijn overeengekomen dat Vakbouw Holding een hypotheekrecht zou verkrijgen op alle percelen die Vakbouw 8 in het kader van het project zou verwerven en in eigendom zou hebben. Gedaagden hebben de stelling van de curator dat de Vakbouw-hypotheek onverplicht is gevestigd daarmee voldoende gemotiveerd weersproken. Omdat op de curator de bewijslast rust dat sprake is van een onverplicht verrichte rechtshandeling, wordt de curator in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat deze mondelinge overeenkomst in 2010 niet is gesloten. De rechtbank houdt iedere verdere beslissing aan.

H.J. de Kloe, april 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 10-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:3211

Zaaknummer: C/10/576810 / HA ZA 19-597

Rechters: P. Volker, J. van den Bos en S.H.L. Niessen

Advocaten: F.A. van Tilburg en G.A. Smit

Wetsartikelen: 42 Fw

RECHTSPRAAK

Faillissement van een zoon wordt in hoger beroep uitgesproken op verzoek van zijn vader.

De zoon is in diverse uitspraken veroordeeld in de proceskosten van de vader en zijn persoonlijke holding. Een vordering die de zoon op de vader heeft, kan niet in verrekening worden gebracht, omdat de vordering niet opeisbaar is.

Een vader ('de vader') heeft het faillissement van zijn zoon ('de zoon') aangevraagd. De rechtbank heeft het verzoek afgewezen, waarop de vader hoger beroep heeft ingesteld. De vader baseert zijn vorderingsrecht op een aantal gerechtelijke uitspraken waarbij de zoon in de proceskosten (van in totaal ongeveer € 11.000) is veroordeeld. Als steunvordering voert de vader een aantal vorderingen aan van zijn persoonlijke holding op de zoon. Deze vorderingen bestaan uit een tweetal veroordelingen in de proceskosten (bij elkaar ongeveer € 10.500) en een restvordering van bijna € 56.000 uit hoofde van een hypothecaire geldlening.

De zoon stelt dat de vader misbruik maakt van bevoegdheid, omdat hij niet heeft geprobeerd zijn vordering op andere wijze te innen. Verder heeft hij geen vermogen, zodat de vader geen belang heeft bij zijn faillissement. Het hof oordeelt dat de vader niet verplicht was eerst beslag te leggen om de vordering te verhalen. Ook is geen sprake van een gebrek aan belang, omdat de curator onderzoek zal doen naar de aanwezigheid van vermogen van de zoon. Mede omdat de zoon veel procedures heeft gevoerd tegen de vader zonder toevoeging, staat niet op voorhand vast dat de zoon geen vermogen heeft.

De zoon doet verder een beroep op verrekening. In een vaststellingsovereenkomst die is vastgelegd in een notariële akte, heeft de vader erkend een bedrag van bijna € 440.000 schuldig te zijn aan de zoon. In de vaststellingsovereenkomst is opgenomen dat de vordering opeisbaar wordt zodra ten laste van de vader executoriaal beslag wordt gelegd. De zoon stelt dat aan deze voorwaarde is voldaan, omdat de kleinzoon van de vader executoriaal beslag heeft gelegd ten laste van de vader. De vader meent dat niet aan de voorwaarde is voldaan, althans dat een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Het hof overweegt dat in kort geding in twee instanties voorshands is geoordeeld dat de zoon naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen beroep kan doen op de vervulling van de voorwaarde. In een bodemprocedure heeft de rechtbank hetzelfde geoordeeld, gelet op de zeer ernstig verstoorde familierelatie en de geschillen tussen diverse familieleden. Het hof oordeelt daarom dat summierlijk is gebleken dat de vordering van de zoon niet opeisbaar is. Dat de zoon in hoger beroep is gegaan tegen het vonnis van de rechtbank, doet hieraan niet af. Omdat de zoon geen beroep toekomt op verrekening, is summierlijk gebleken van het vorderingsrecht van de vader.

De aangevoerde steunvordering wordt niet betwist, zodat sprake is van pluraliteit van schuldeisers. Ook verkeert de zoon in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Het hof spreekt het faillissement van de zoon uit.

H.J. de Kloe, april 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 06-04-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:654

Zaaknummer: 200.280.705/01

Rechters: F.R. Salomons, P.W. van Baal en A.J. Berends

Advocaten: S.M. Oor en J.B. Kloosterman

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Betaling van De Gerechtsdeurwaarder aan Cugini paulianeus op grond van artikel 47 Fw.

Over De Gerechtsdeurwaarder, Cugini en Ferenpar werd door dezelfde persoon (feitelijke) zeggenschap uitgeoefend. Het hof acht een betaling van € 10.000 van De Gerechtsdeurwaarder aan Cugini paulianeus op grond van artikel 47 Fw. Ferenpar is aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad, omdat zij de betaling heeft verricht op basis van een samenwerkingsovereenkomst met De Gerechtsdeurwaarder.

Een natuurlijk persoon ('de bestuurder') is bestuurder van Ferenpar B.V. en Cugini B.V. Ferenpar drijft een gerechtsdeurwaarderskantoor. Op 30 december 2016 hebben Ferenpar en De Gerechtsdeurwaarder B.V. een samenwerkingsovereenkomst gesloten op basis waarvan de bestuurder alle dossiers van De Gerechtsdeurwaarder zou behandelen.

Op 16 maart 2017 heeft een werknemer van Ferenpar, die feitelijk werkzaam was op het kantoor van De Gerechtsdeurwaarder, in overleg met de bestuurder € 10.000 van de derdengeldenrekening van De Gerechtsdeurwaarder overgeboekt naar de bankrekening van De Gerechtsdeurwaarder. Dit bedrag is vervolgens doorbetaald aan Cugini. Kennelijk had Cugini een vordering op De Gerechtsdeurwaarder van ten minste dit bedrag.

Op 27 juli 2017 is De Gerechtsdeurwaarder failliet verklaard. De curator heeft de betaling van € 10.000 aan Cugini vernietigd op grond van artikel 42 Fw, althans artikel 47 Fw.

Het hof oordeelt dat de betaling paulianeus is op grond van artikel 47 Fw, zodat het beroep op artikel 42 Fw niet beoordeeld hoeft te worden. De bestuurder had via Ferenpar feitelijk zeggenschap over De Gerechtsdeurwaarder en was bestuurder van Cugini. Hij was ook nauw betrokken bij de betaling. De bestuurder wist daarom of had moeten weten dat het faillissement van De Gerechtsdeurwaarder te verwachten was. Dat dit het geval was, blijkt ook uit de verklaring van de bestuurder dat 'die tent' sowieso failliet zou gaan. Daarmee is volgens het hof gegeven dat de betaling het gevolg is van overleg met het doel Cugini boven andere schuldeisers te begunstigen. Cugini moet de betaling daarom restitueren op grond van

artikel 51 lid 1 Fw.

Het hof acht daarnaast Ferenpar (hoofdelijk) aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad, omdat de betaling van De Gerechtsdeurwaarder aan Cugini werd verricht op basis van de samenwerkingsovereenkomst tussen Ferenpar en De Gerechtsdeurwaarder.

H.J. de Kloe, april 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 06-04-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:572

Zaaknummer: 200.270.145/01

Rechters: J.W. Frieling, R.S. van Coevorden en G.C. de Heer

Advocaten: G.C. Haulussy en H.J. Alberts

Wetsartikelen: 42 Fw, 47 Fw en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Vennootschap slaagt niet in tegenbewijs dat sprake is van samenspanning in de zin van artikel 47 Fw.

Vanwege de verbondenheid tussen partijen heeft het hof voorshands aangenomen dat de natuurlijk persoon achter de pandgever en pandnemer wist dat het faillissement te verwachten was en dat sprake was van samenspanning. De pandgever slaagt niet in het leveren van tegenbewijs. Het hof oordeelt verder (opnieuw) dat ook de registratie van een pandakte door de pandhouder vernietigd kan worden op grond van artikel 47 Fw en dat het moment van registratie als peilmoment geldt.

In deze uitspraak gaat het om pandrechten die de failliete vennootschap Bowling & Party Centrum Noordwijk B.V. ('Bowlingcentrum') heeft gevestigd ten gunste van De Raad Beheer B.V. De curator heeft deze pandrechten vernietigd op grond van artikel 47 Fw. In een tussenarrest van 26 mei 2020 heeft het hof wetenschap dat het faillissement te verwachten was en samenspanning tussen partijen met het oogmerk om De Raad Beheer boven andere schuldeisers te bevoordelen voorshands aangenomen. De reden hiervan is dat natuurlijk persoon X ('de bestuurder') de feitelijke leiding had over Bowlingcentrum, op grond van een volmacht Bowlingcentrum heeft vertegenwoordigd bij het vestigen van de pandrechten en enig aandeelhouder en bestuurder was van De Raad Beheer. In dit eindarrest oordeelt het hof dat De Raad Beheer niet is geslaagd in het leveren van tegenbewijs. Het hof verklaart daarom voor recht dat de curator de vestiging van de pandrechten rechtsgeldig heeft vernietigd op grond van artikel 47 Fw.

De pandrechten in kwestie zijn gevestigd op 28 oktober 2016, 26 januari 2017 en 31 januari 2017 op de inventaris, de voorraden en de vorderingen van Bowlingcentrum op derden. De pandrechten werden op 28 oktober 2016 gevestigd door registratie van een op 14 september 2015 gedateerde pandakte. Het faillissement van Bowlingcentrum is op 14 februari 2017 uitgesproken op eigen aangifte van 9 februari 2017. De Raad Vastgoed voert aan dat pas in januari 2017 is besloten tot opzegging van het krediet. In oktober 2016 was een faillissement

een serieuze mogelijkheid, maar tot en met december 2016 was er nog het idee dat het goed zou komen met de vennootschap en had de bestuurder vertrouwen in de statutair bestuurder van Bowlingcentrum en het businessplan dat er lag. Zou dat niet het geval zijn, dan zou De Raad Vastgoed niet nog ongeveer € 26.000 in het bedrijf van Bowlingcentrum hebben gestopt.

Het hof acht De Raad Beheer hiermee niet geslaagd in het tegenbewijs. Er is geen bevredigende verklaring gegeven voor een door de curator overgelegde e-mail van de bestuurder aan de statutair bestuurder van Bowlingcentrum van 25 november 2016, waarin stond dat De Raad Beheer het krediet zou opzeggen. De stelling van de bestuurder dat deze beslissing nog niet definitief was, acht het hof niet geloofwaardig. De stelling van De Raad Beheer dat pas in januari 2017 is besloten tot opzegging van het krediet, draagt dus niet bij aan de weerlegging van de voorlopige vaststelling dat de bestuurder het faillissement van Bowlingcentrum op 28 oktober 2016 moest verwachten.

Onduidelijk is waar het vertrouwen in de statutair bestuurder van Bowlingscentrum en het het businessplan feitelijk op is gebaseerd. Het verlies over 2016 en de kredietbehoefte van Bowlingcentrum was hoog en de statutair bestuurder was langdurig ziek. Ook het standpunt dat De Raad Beheer niet meer zou hebben geïnvesteerd in Bowlingcentrum als zij wist dat het faillissement te verwachten was, acht het hof niet geloofwaardig. Het geïnvesteerde bedrag (dat volgens het hof niet € 26.000, maar € 22.500 bedroeg) is grotendeels gebruikt voor het betalen van intercompanyvorderingen. Ook het oplopen van de intercompanyvorderingen wegens niet betaalde huurpenningen voor het pand waarvan Bowlingcentrum gebruikmaakte, legt geen gewicht in de schaal, omdat niet is aangevoerd dat het pand ergens anders voor gebruikt had kunnen worden.

De Raad Beheer heeft zich na het tussenarrest opnieuw op het standpunt gesteld dat de registratie van de pandakte op 28 oktober 2016 niet vernietigd kan worden op grond van artikel 47 Fw, omdat geen sprake zou zijn van een (rechts)handeling van Bowlingcentrum. Daarnaast stelt De Raad Beheer dat het peilmoment voor de toepassing van artikel 47 Fw niet de registratie van de pandakte, maar de ondertekening van de pandakte zou moeten zijn. Het hof oordeelt (opnieuw) anders. Onder verwijzing naar *Loeffen q.q./BMH I* (HR 8 juli 1987, *NJ* 1988/104) overweegt het hof dat niet vereist is dat de beslissende handeling is verricht door of op naam van de schuldenaar. Verder overweegt het hof dat de samenspanning geacht wordt mede te hebben geleid tot registratie van de pandakte, zodat de registratie als peilmoment moet worden genomen.

H.J. de Kloe, april 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 06-04-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:571

Zaaknummer: 200.256.792/01

Rechters: J.W. Frieling, B.J. Lenselink en M.M. Kruithof

Advocaten: D.A. Beck en R.A.G. de Vaan

Wetsartikelen: 47 Fw

RECHTSPRAAK

Samenspanning gericht op het benadelen van de bank

Voormalig DGA moet onttrokken financieringsbedrag terugbetalen aan leasemaatschappij wegens samenspanning met zijn opvolger

In deze procedure procedeert ABN AMRO Asset Based Finance N.V. tegen de voormalig enig bestuurder en enig aandeelhouder van Brands4less B.V. AAABF houdt gedaagde aansprakelijk voor een bedrag van € 196.740,34; het bedrag dat zij aan Brands4less verstrekke in het kader van een leaseovereenkomst. Deze leaseovereenkomst werd door gedaagde namens Brands4less ondertekend op 28 december 2018. De leaseovereenkomst zag op een exclusieve Mercedes die Brands4less zou kopen om te gaan verhuren. Het financieringsbedrag werd op 10 januari 2019 aan Brands4less betaald. Twee dagen ervoor – op 8 januari – is gedaagde als bestuurder van Brands4less afgetreden en heeft hij zijn aandelen in Brands4less verkocht en geleverd aan J&D B.V. J&D stond bij AAABF gesignaleerd als fraudeur. De bewuste auto werd echter nooit aangeschaft en leasetermijnen werden niet voldaan. Op 4 maart 2019 heeft AAABF wegens onbetaald gebleven leasetermijnen de leaseovereenkomst opgezegd. Brands4less bleek een lege vennootschap en van J&D is op 10 september 2019 het faillissement uitgesproken. AAABF heeft bij deze partijen dus geen verhaal kunnen halen en heeft op 13 november 2019 gedaagde privé aansprakelijk gesteld.

De rechtbank oordeelt dat gedaagde met J&D heeft samengespannen om AAABF te benadelen. Gedaagde wist volgens de rechtbank bij het aangaan van de leaseovereenkomst dat AAABF het financieringsbedrag niet terugbetaald zou krijgen en wist ook dat AAABF geen verhaal zou bieden; de rechtbank oordeelt dat de *Beklamel*-norm is geschonden (HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ075). Dat hij per 8 januari 2019 en dus voor uitbetaling van het financieringsbedrag geen formele positie meer had bij Brands4less kan gedaagde niet baten, zeker niet omdat op die datum gedaagde in een e-mail aan een bij de totstandbrenging van de leaseconstructie betrokken tussenpersoon heeft aangedrongen op het betaald krijgen van het financieringsbedrag. Daarbij neemt de rechtbank de omstandigheid mee dat op dat moment de optie voor de Mercedes die met het financieringsbedrag zou worden verkocht reeds verlopen was.

Gedaagde heeft nog geprobeerd een gedeelte van de door AAABF geleden schade op grond van

eigen schuld voor rekening van AAABF te laten komen. Gedaagde slaagt hierin niet; de opzet van gedaagde staat aan een beroep op eigen schuld in de weg. De rechtbank gaat ten overvloede wel inhoudelijk in op eigen schuldverweer. Gedaagde heeft in de eerste plaats aangevoerd dat AAABF (kennelijk) heeft nagelaten voorafgaand aan het overmaken van het financieringsbedrag te controleren of hij nog bestuurder en aandeelhouder was van Brands4less. AAABF heeft aangetoond dat zij dit wel deed, maar dat in het Handelsregister pas op 28 januari 2019 de wisseling van de wacht bij Brands4less werd geregistreerd. Dat de AAABF de leaseovereenkomst niet had moeten aangaan op basis van haar zorgplicht is een argument dat ook geen stand houdt. Volgens de rechtbank was het voor AAABF niet voorzienbaar dat de Mercedes niet zou worden aangekocht. Tot slot slaagt een beroep op eigen schuld ook niet op basis van het door gedaagde naar voren gebrachte argument dat AAABF eerder de leaseovereenkomst had moeten beëindigen. Uit de stukken volgt dat direct na ontvangst van het financieringsbedrag dat bedrag werd onttrokken aan AAABF. Het had – aldus de rechtbank – voor de omvang van de schade van AAABF geen verschil gemaakt als de leaseovereenkomst eerder zou zijn beëindigd.

Tot slot heeft gedaagde nog getracht te voorkomen dat het vonnis uitvoerbaar bij voorraad zou worden verklaard. De rechtbank overweegt dat de gestelde maar niet onderbouwde betalingsnood aan de zijde van gedaagde bij toewijzing van de vorderingen van AAABF geen omstandigheid is die zwaarder weegt dan het belang van AAABF bij de uitvoerbaarverklaring bij voorbaat dat AAABF vermoed wordt te hebben (HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758). De rechtbank ziet ook niet een voldoende belang bij gedaagde om erin mee te gaan af te zien van de uitvoerbaarverklaring bij voorbaat onder de voorwaarde dat voor het bedrag aan door AAABF geleden schade zekerheid wordt gegeven door dit bedrag te storten op een derdengeldenrekening.

W.T.N. Vlasveld, april 2021

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 07-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2021:1692

Zaaknummer: C/02/369013 / HA ZA 20-98

Rechters: A.J.P. Schild

Advocaten: P.C. Schouten en Advocaat H. Boven

Wetsartikelen: 6:162 BW, 6:101 BW en 233 lid 3 Rv

RECHTSPRAAK

Gehomologeerd surseanceakkoord werkt niet tegenover een werknemer met een bevoorrechte boedelvordering.

Een werknemer heeft een aantal vorderingen op SPM die op basis van beleid van het UWV niet onder de loongarantieregeling vallen. Het gehomologeerde surseanceakkoord is niet verbindend voor de werknemer, omdat hij een bevoorrechte boedelvordering heeft.

Een werknemer is op 1 augustus 2015 in dienst getreden bij Social Performance Marketing B.V. ('SPM'). Op 1 januari 2017 is dit dienstverband van rechtswege geëindigd door verloop van de termijn waarvoor de (eenmaal verlengde) arbeidsovereenkomst is aangegaan.

Op 14 december 2016 is surseance van betaling verleend aan SPM. De werknemer heeft daarom een beroep gedaan op de loongarantieregeling (art. 61 WW e.v.). Het UWV heeft de verzochte bedragen uitgekeerd, maar een deel van de uitgekeerde bedragen ruim twee jaar later teruggevorderd. De terugvordering ziet op een uitkering wegens opgebouwde en niet genoten vakantiedagen en vakantietoeslag. De reden van deze terugvordering is dat het beleid is van het UWV dat vakantiedagen en vakantietoeslag niet worden betaald zonder (fictieve) opzegdatum in de zin van artikel 64 WW.

In deze procedure vordert de werknemer van SPM onder meer betaling van niet genoten vakantiedagen en vakantietoeslag. SPM voert aan dat de werknemer niet-ontvankelijk is in zijn vordering, omdat hij, nadat een bezwaar tegen het terugvorderingsbesluit deels ongegrond was verklaard, in beroep had moeten gaan tegen de beslissing op bezwaar. De rechtbank gaat hier niet in mee. Omdat het beleid is van het UWV dat de teruggevorderde bedragen niet worden uitgekeerd zonder (fictieve) opzegdatum, is het begrijpelijk dat de werknemer geen beroep heeft ingesteld tegen de beslissing op bezwaar. De werknemer is (dus) ontvankelijk in zijn vorderingen.

SPM voert voorts aan dat de vordering van de werknemer moet worden gematigd tot 30%, omdat in surseance een akkoord is aangeboden dat is gehomologeerd. Ook het UWV heeft met dit akkoord ingestemd. De rechtbank oordeelt dat SPM tegenover de werknemer geen beroep

op het gehomologeerde akkoord kan doen, omdat het akkoord op grond van artikel 273 Fw (in verbinding met art. 232 Fw) niet verbindend is voor de werknemer, die immers een bevoorrechte boedelvordering heeft (art. 239 lid 3 Fw jo. 3:288 onder e BW). Dat het UWV heeft ingestemd met het akkoord maakt dit niet anders, omdat het UWV ten aanzien van de vorderingen die hier zijn ingesteld niet in de rechten van de werknemer is getreden.

De vordering wegens niet genoten vakantiedagen wordt niet volledig toegewezen, omdat SPM onvoldoende betwist heeft onderbouwd dat een deel van de dagen is opgenomen. De gevorderde wettelijke verhoging wordt met de helft gematigd, omdat SPM niet kan worden verweten dat het UWV een bedrag dat is betaald na twee jaar nog terugvordert.

H.J. de Kloe, april 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 08-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:3133

Zaaknummer: 8676185 CV EXPL 20-3626

Rechters: P. Joele

Advocaten: W.T.M. Uilhoorn en L.R.T. Peeters

Wetsartikelen: 64 WW, 3:288 BW, 273 Fw en 705 Rv

RECHTSPRAAK

Verzet tegen faillietverklaring op verzoek van de EU ongegrond.

De vordering van de EU staat vast, omdat deze is gebaseerd op een besluit met formele rechtskracht. Verder staat ook de steunvordering vast en is ten onrechte een beroep gedaan op een Tegemoetkoming Vaste Lasten. Het ontvangen bedrag is direct doorgesluisd naar de bankrekening van de bestuurder.

Een vennootschap is failliet verklaard op verzoek van de Europese Unie en gaat in verzet. De rechtbank laat het faillissement in stand. De Europese Commissie heeft een invorderingsbesluit genomen op grond van artikel 299 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Dit besluit heeft formele rechtskracht, zodat de rechtbank uitgaat van het bestaan en de omvang van de vordering. De aangevoerde steunvorderingen zijn vastgesteld door het gerechtshof (uit de uitspraak blijkt niet door welk hof). Daarnaast heeft de schuldenaar ten onrechte een beroep gedaan op een Tegemoetkoming Vaste Lasten op grond van de Regeling Subsidie Vaste Lasten Financiering COVID-19. Het ontvangen bedrag van € 72.000 is direct doorgesluisd naar de bankrekening van de bestuurder. De tegenvordering die de schuldenaar meent te hebben van € 22,5 miljoen is onvoldoende onderbouwd. De rechtbank laat het faillissement in stand.

H.J. de Kloe, april 2021

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 19-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:1272

Zaaknummer: F.16/21/34

Rechters: P.J. Neijt

Advocaten: S. Voermans en M.J.E. van den Bergh

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

E-mail soepel opgevat als melding van betalingsonmacht. Bestuurder is toch aansprakelijk voor deel van achterstallige pensioenpremies. Met annotatie.

Een vennootschap failleert wegens economische malaise. Bestuurder is door onweerlegbaar bewijsvermoeden van onbehoorlijk bestuur ex artikel 23 lid 4 Wet Bpf toch aansprakelijk voor onbetaalde pensioenpremies van vóór melding betalingsonmacht.

Feiten en geschil

Een besloten vennootschap die een restaurant en partycentrum uitbaat ('Partycentrum BV'), betaalt de verplichte (voorschot)pensioenpremies over de maanden februari en maart 2014 niet op tijd. In een e-mail van 11 juli 2014 verzoekt het pensioenfonds Partycentrum BV om de achterstallige premies te voldoen. Bij e-mail van 30 juli 2014 schrijft een medewerker van Partycentrum BV aan het pensioenfonds: "Naar aanleiding van onderstaande mail en ons telefoongesprek wil ik u op de hoogte brengen van de stand van zaken op dit moment voor [Partycentrum BV]. Onze directie is momenteel druk doende alle financiële zaken zo goed en zo snel mogelijk op te lossen. Wij verkeren momenteel in een moeilijk vaarwater. Wij zijn u niet vergeten en zullen zeker aankomende twee weken meer duidelijkheid krijgen over de afhandeling. Nogmaals vraag ik u om uw begrip en geduld. Wellicht kunnen we alvast een betalingsregeling treffen?(...)."

Op 31 juli 2014 wordt tussen Partycentrum BV en het pensioenfonds een betalingsregeling afgesproken. Reeds in augustus 2014 komt Partycentrum BV de regeling niet na en laat het pensioenfonds de regeling vervallen. Het pensioenfonds start een procedure om Partycentrum BV tot betaling van de premieachterstand te laten veroordelen.

Op 1 september 2015 wordt Partycentrum BV in staat van faillissement verklaard. Een dag daarna wordt Partycentrum BV veroordeeld tot betaling van € 32.506,04 aan het pensioenfonds.

Het faillissement en (naar kan worden aangenomen) het bestaan van Partycentrum BV eindigt op 13 oktober 2015. Tweeënhalf jaar later stelt het pensioenfonds de voormalig bestuurder van Partycentrum BV op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000 aansprakelijk voor de premieachterstand. Op basis van een dwangbevel gaat het pensioenfonds in februari 2020 tot invordering over.

De voormalig bestuurder ('de bestuurder') vordert in dit geding dat het dwangbevel wordt vernietigd. Zij stelt daartoe onder meer dat het niet-betalen van de (voorschot)premies niet te wijten was aan onbehoorlijk bestuur door de bestuurder. Omdat het vierde lid van artikel 23 Wet Bpf voorziet in een bewijsvermoeden omtrent de aansprakelijkheid van de bestuurder indien niet tijdig melding van betalingsonmacht wordt gedaan conform het tweede lid van artikel 23 Wet Bpf, debatteren partijen ook over de vraag of het e-mailverkeer tussen de medewerker van Partycentrum BV en het pensioenfonds als een dergelijke melding kan gelden.

Melding betalingsonmacht

De bestuurder heeft onder meer aangevoerd dat de hierboven geciteerde e-mail van 30 juli 2014 aan het pensioenfonds te gelden heeft als een melding van betalingsonmacht in de zin van artikel 23 lid 2 Wet Bpf en het Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000.

Hoewel Partycentrum BV in die e-mail niet letterlijk vermeldt dat zij de (voorschot)premies niet kan betalen, merkt de rechtbank deze e-mail inderdaad aan als een melding van betalingsonmacht. Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis overweegt de rechtbank dat het doel van de meldingsplicht is dat het pensioenfonds op een vroeg tijdstip op de hoogte raakt van de moeilijkheden waarin de vennootschap verkeert. In de e-mail van 30 juli 2014 werd vermeld dat Partycentrum BV in zwaar weer verkeerde. De rechtbank weegt ook mee dat Partycentrum vervolgens de afgesproken betalingsregeling niet nakomt; ook daaruit kon het pensioenfonds volgens de rechtbank opmaken dat Partycentrum BV de premies niet kon betalen.

De conclusie is dat de melding van betalingsonmacht over de periode augustus 2014 tot september 2015 weliswaar niet letterlijk, maar feitelijk wel degelijk is gedaan en gegeven de omstandigheden van het geval als afdoende moet worden gekwalificeerd. Gelet hierop vallen de gevorderde pensioenpremies uiteen in twee periodes: de periode van vóór de melding, namelijk van 1 februari 2014 tot en met juli 2014 en de periode van ná de melding, van augustus 2014 tot september 2015. Voor de eerste periode is lid 4 van artikel 23 Wet Bpf 2000 van toepassing en voor de tweede periode is lid 3 van dit artikel van toepassing.

Onbehoorlijk bestuur

Voor de premies van vóór de melding op 30 juli 2014 is het wettelijk vermoeden van lid 4 van artikel 23 Wet bpf van toepassing: omdat geen rechtsgeldige melding van betalingsonmacht is gedaan wordt op grond van dit artikel vermoed dat het niet betalen van de bijdragen door het bedrijf aan de bestuurder is te wijten. Het is aan de bestuurder om tegenbewijs te leveren tegen dat vermoeden. De rechtbank overweegt dat de bestuurder op grond van de tweede zin van lid 4 alleen tot tegenbewijs wordt toegelaten, als zij eerst aannemelijk maakt dat het nalaten van (een eerdere) melding betalingsonmacht niet aan haar te wijten is. Daarin slaagt de bestuurder niet, zodat zij aansprakelijk is voor de niet-betaalde premies over de periode tussen 1 februari 2014 en 30 juli 2014.

Voor de premies van ná de melding, dus van na 30 juli 2014, is lid 3 van 23 Wet Bpf 2000 van toepassing. Voor deze premies moet het pensioenfonds dus aannemelijk maken dat het onbetaald blijven van de premienota's het gevolg is van aan de bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaande aan de melding op 30 juli 2014. Daarin slaagt het pensioenfonds niet.

Beslissing

Het dwangbevel wordt vernietigd voor zover het ziet op premies van na 30 juli 2014. Iedere partij draagt de eigen proceskosten.

Inge Lakwijk, april 2021

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 27-01-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:1303

Zaaknummer: 8383222 AC EXPL 20-685 wh/1031

Rechters: A.R. Creutzberg

Advocaten: D.C.J. Bogerd en A.M. van Heest

Wetsartikelen: 23 Wet Bpf 2000 en 2 Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000

RECHTSPRAAK

Hypotheekrecht mag paulianaproof worden gevestigd om een WHOA-akkoord voor te bereiden. Met wenk.

De rechtbank verleent machtiging voor het aangaan van een krediet en het vestigen van een hypotheekrecht omdat dit noodzakelijk is om een WHOA-akkoord voor te bereiden. Hoewel de tekst van artikel 42a Fw beperkt is tot rechtshandelingen die noodzakelijk zijn om de onderneming gedurende de akkoordaanbieding voort te zetten, oordeelt de rechtbank dat de machtiging ook verstrekt kan worden voor rechtshandelingen die noodzakelijk zijn om het akkoord voor te bereiden.

Twee schuldenaren hebben een startverklaring gedeponeerd in de zin van artikel 370 lid 3 Fw, waarmee zij te kennen hebben gegeven dat zij gestart zijn met de voorbereiding van een WHOA-akkoord. In deze procedure verzoeken de schuldenaren op grond van artikel 42a Fw een machtiging voor het aangaan van een krediet en het vestigen van een hypotheekrecht op een onroerende zaak van een van de schuldenaren. Als de machtiging wordt verleend, kan het vestigen van het hypotheekrecht niet worden vernietigd op grond van artikel 42 Fw als de schuldenaren onverhoopt failliet gaan.

De rechtbank overweegt dat de rechtshandeling op grond van artikel 42a aanhef en sub a Fw noodzakelijk moet zijn om de onderneming gedurende de akkoordaanbieding voort te zetten, terwijl de schuldenaren het krediet willen gebruiken om het akkoord voor te bereiden en niet zozeer om de onderneming voort te zetten. Onder verwijzing naar de memorie van toelichting oordeelt de rechtbank dat een redelijke uitleg van artikel 42a Fw met zich brengt dat het toepassingsgebied van het artikel zich ook uitstrekt tot rechtshandelingen die noodzakelijk zijn voor de voorbereiding van het akkoord. Naar het oordeel van de rechtbank is het krediet noodzakelijk om de kosten voor de voorbereiding van het akkoord te voldoen. Omdat dit bedrijfsgevoelige informatie betreft, blijkt niet uit de beschikking waar de kosten op zien en hoe hoog deze kosten zijn. Wel blijkt dat de aangewezen herstructureringsdeskundig het verzoekschrift ondersteunt, wat voor de rechtbank mede een reden is om niet te twijfelen aan

de opgevoerde kosten.

Tot slot toetst de rechtbank of redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers bij de rechtshandeling zijn gediend, terwijl geen van de individuele schuldeisers daardoor wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad (art. 42a aanhef en onder b Fw). De rechtbank gaat er voorshands van uit dat het aan te bieden akkoord voor de gezamenlijke schuldeisers gunstiger is dan een faillissement. Het hypotheekrecht wordt uitsluitend gevestigd als zekerheid voor het nieuwe krediet. Verder is in de kredietovereenkomst opgenomen dat het krediet uitsluitend met instemming van de herstructureringsdeskundige mag worden gebruikt om de voorbereidingskosten van het akkoord te betalen. De rechtbank oordeelt daarom dat de gezamenlijke schuldeisers gebaat zijn bij het krediet en het te vestigen hypotheekrecht en dat individuele schuldeisers niet in hun belangen worden geschaad. De rechtbank verleent derhalve de verzochte machtiging.

Wenk

Op de dag dat deze uitspraak is gepubliceerd, is ook het voorontwerp voor de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie ter consultatie aangeboden (www.internetconsultatie.nl/herstructurering). In dit voorontwerp wordt artikel 42a Fw in die zin gewijzigd dat de rechtbank ook een machtiging kan verstrekken als de rechtshandeling noodzakelijk is om het akkoord voor te bereiden. Met deze toevoeging wordt artikel 18 van de Herstructureringsrichtlijn (Richtlijn (EU) 2019/1023) geïmplementeerd. Hoewel de rechtbank mijns inziens terecht heeft geoordeeld dat ook op basis van het huidige artikel 42a Fw een machtiging kan worden verstrekt voor een rechtshandeling die noodzakelijk is om het akkoord voor te bereiden, valt het toe te juichen dat artikel 18 van de Herstructureringsrichtlijn duidelijk in de wet wordt geïmplementeerd.

H.J. de Kloe, april 2021

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 26-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2021:1100

Zaaknummer: C/18/204567 FT RK 21/179

Rechters: H.J. Idzenga, M.C. Bosch en M. Wouters

Wetsartikelen: 42a Fw en 18 Herstructureringsrichtlijn

RECHTSPRAAK

Beklamelnorm niet geschonden nu geen sprake is van een prestatie van de wederpartij waarvoor vergoeding is uitgebleven

De verschuldigde vergoeding uit hoofde van een overeenkomst ter beëindiging van een arbeidsovereenkomst kon niet geheel worden voldaan door de vennootschap. De bestuurder is niet aansprakelijk voor het restant.

In deze zaak spreken twee werknemers van Multicard Nederland BV ('Multicard') de enig (statutair) bestuurder van de vennootschap aan. Tussen de twee werknemers en Multicard waren in mei 2018 vaststellingsovereenkomsten tot stand gekomen ter beëindiging van hun dienstverband per 1 oktober 2018 tegen betaling van een beëindigingsvergoeding van respectievelijk € 70.000 en € 30.000. Deze vergoedingen zijn uiteindelijk slechts voor respectievelijk € 10.000 en € 5.500 netto betaald. Op 16 april 2019 is Multicard failliet verklaard.

De werknemers spreken thans de bestuurder aan op de voet van onrechtmatige daad voor het restant. Zij leggen aan hun vordering ten grondslag dat hun vorderingen op de vennootschap onbetaald zijn gebleven als gevolg van onrechtmatig handelen van de bestuurder. De bestuurder is, aldus de eisers, een financiële verplichting aangegaan terwijl hij wist of redelijkerwijs had moeten weten dat de vennootschap deze niet zou kunnen nakomen en heeft daarmee derhalve de Beklamelnorm geschonden. De bestuurder stelt dat hij toen de overeenkomst gesloten werd de redelijke verwachting had dat Multicard aan de verplichtingen zou kunnen voldoen. Hij had afspraken voor een geldlening met de enig aandeelhouder van Multicard gemaakt, welke afspraken ook lange tijd zijn nagekomen.

De rechtbank overweegt dat geen sprake is van schending van de Beklamelnorm. Aan die norm ligt immers de gedachte ten grondslag dat een wederpartij niet tot een prestatie mag worden bewogen wanneer de vennootschap de tegenprestatie redelijkerwijs niet kan nakomen. In deze zaak is, aldus de rechtbank, de prestatie die door de werknemers moest worden verricht het verrichten van arbeid. De door hen verrichte arbeid is ook volledig

vergoed. Er is dan ook, aldus de rechtbank, geen sprake van een prestatie die werknemers hebben verricht waarvoor vergoeding uitblijft. Voorts is volgens de rechtbank geen sprake van een situatie waarin de bestuurder had moeten weten dat de vennootschap de verplichtingen die voortvloeiden uit de overeenkomst niet zou kunnen nakomen, nu er afspraken waren gemaakt met de aandeelhouder. Tot slot wisten de werknemers dat het financieel niet goed ging met de vennootschap (dit was de reden waarom zij uit dienst traden).

De stelling van werknemers dat sprake is van selectieve betaling nu de gelden van de aandeelhouder niet geheel gebruikt zijn om hun vorderingen te voldoen, wordt ook verworpen door de rechtbank. Gesteld noch gebleken is dat de bestuurder zichzelf heeft bevoordeeld, heeft samengespannen met andere schuldeisers of dat sprake is van een ander persoonlijk belang bij betaling van andere crediteuren.

O. Oost, april 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 31-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:2860

Zaaknummer: C/10/582044 / HA ZA 19-837

Rechters: J. van den Bos

Advocaten: P.A. Visser en M.H.G. de Neef

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Hof acht Nederlandse rechter bevoegd om kennis te nemen van door curator ingestelde vordering op grond van onrechtmatige daad

Het hof kwalificeert de door de curator ingestelde vordering niet als Peeters/Gatzen-vordering. De regel uit Rosbeek q.q./BNP Paribas is daarom niet van toepassing.

Dit arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden ziet op het lastige onderwerp van rechtsmacht ten aanzien van een door de curator ingestelde vordering op grond van onrechtmatige daad.

De feiten zijn overzichtelijk. B en C hebben na faillietverklaring – zowel persoonlijk als van de door hen gezamenlijk gedreven V.O.F. – hun gezamenlijke vakantiehuis in Spanje verkocht en geleverd aan een derde. Van de koopprijs van € 360.000 wordt voor de levering een bedrag van € 33.000 bij wijze van voorschot betaald aan B en C. Na de levering wordt het restant betaald. Hiervan wordt ruim € 140.000 gebruikt om een hypothecaire lening bij de Spaans bank Caixaltea af te lossen. Ongeveer € 150.000 wordt aan B en C betaald in de vorm van een cheque. Deze cheque hebben zij niet geïnd, althans niet via Caixaltea. Een bedrag van ongeveer € 17.000 wordt betaald aan de betrokken makelaar. Ten aanzien van het restant van ongeveer € 11.000 is onduidelijk wat ermee is gebeurd.

De curator richt zijn pijlen op de bank, Caixaltea. Volgens de curator heeft de bank onrechtmatig gehandeld door mee te werken aan de levering van de vakantiewoning. Opmerkelijk is dat de curator de bank aanspreekt tot betaling van de gehele betaalde koopprijs van € 360.000 en niet slechts tot betaling van een bedrag gelijk aan het surplus dat resteert na voldoening van de door hypotheek gesecureerde vordering van de bank.

De rechtbank Noord-Nederland verklaart zich onbevoegd om van de vordering kennis te nemen, maar het hof ziet dit anders. Het hof kwalificeert de vordering van de curator niet als *Peeters/Gatzen*-vordering. Het lijkt in dit kader relevant te achten dat het gaat om handelen dat heeft plaatsgevonden na faillietverklaring dat onrechtmatig is vanwege het faillissement. B en C waren vanwege het faillissement niet meer bevoegd om te beschikken over de

vakantiewoning. Dit maakt volgens het hof dat de vordering niet door afzonderlijke schuldeisers kan worden ingesteld en niet los kan worden gezien van de insolventieprocedure. De rechtsregel uit *Rosbeek q.q./BNP Paribas*, inhoudende dat de bevoegde rechter ten aanzien van de *Peeters/Gatzen*-vordering wordt bepaald door de EEX-verordening, is daarom op deze zaak niet van toepassing, aldus het hof.

Het hof past de Insolventieverordening toe en komt tot de conclusie dat de Nederlandse rechter bevoegd is om van de vordering van de curator kennis te nemen.

J.F. Fliek, april 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 06-04-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:3294

Zaaknummer: 200.276.152/01

Rechters: G. van Rijssen, O.E. Mulder en J.G. Knot

Advocaten: K.M. Löwik-Feit

Wetsartikelen: 6:162 BW, 1 lid 2 aanhef en onder b EEX-Verordening en 3 IVO-I

RECHTSPRAAK

Rangwijziging bij pandrecht en reikwijdte inningsbevoegdheid pandhouder

De Hoge Raad oordeelt dat rangwijziging ook bij pandrechten mogelijk is. De regeling voor hypotheekrechten leent zich voor analoge toepassing. Over de inningsbevoegdheid van de pandhouder overweegt de Hoge Raad dat deze zich uitstrekt over alle verpande vorderingen, ongeacht het beloop van de vordering waarvoor het pandrecht is gevestigd. De pandhouder is tevens bevoegd een pandrecht uit te oefenen dat tot zekerheid strekt voor de verpande vordering van de debiteur, ongeacht het beloop van de vorderingen waarvoor de pandrechten zijn verstrekt. Daarmee komt de Hoge Raad gedeeltelijk terug van zijn eerdere uitspraak inzake ABN Amro/Marell.

In deze belangwekkende zaak schept de Hoge Raad duidelijkheid over de mogelijkheid van rangwijziging bij pandrechten en de reikwijdte van de inningsbevoegdheid van de pandhouder.

De feiten zijn als volgt. Holding, Beheer en Recycling maken onderdeel uit van dezelfde groep. Beheer en Recycling zijn gefailleerd. Recycling heeft haar vorderingen op derden stil verpand aan ABN Amro Commercial Finance N.V. ('ABN'). Op de vorderingen van Recycling zijn daarna ook ten gunste van Holding en Beheer stille pandrechten gevestigd. De vestiging vond plaats door middel van twee separate pandaktes, die beide op dezelfde dag zijn geregistreerd. De pandakte met Holding maakt melding van het eerste pandrecht van ABN. De pandakte met Beheer noemt daarnaast ook het pandrecht in tweede verband van Holding. Omstreeks de faillissementsdatum heeft ABN mededeling van haar pandrecht gedaan en alle vorderingen van Recycling geïnd op een afzonderlijke bankrekening. Conform afspraak deed ABN dit mede namens Holding. Nadat ABN volledig uit de debiteurenopbrengst is voldaan, resteerde een overschot van € 1,8 miljoen aan debiteurenopbrengst. Het staat vast dat de vordering van Holding hieruit niet volledig kan worden voldaan.

In cassatie staat ter discussie of (1) rechtsgeldig is overeengekomen dat het pandrecht van Holding hoger in rang is dan dat van Beheer, en of (2) het overschot wel als executieopbrengst kwalificeert (en dus aan de pandhouder(s) toekomt in plaats van aan de pandgever), nu het is geïnd door een pandhouder wiens vordering reeds volledig was voldaan. Tot slot wijdt de Hoge Raad nog enkele overwegingen aan (3) de bevoegdheid van de pandhouder om een aan de verpande vordering verbonden pandrecht uit te winnen.

(1) Rangwijziging

De Hoge Raad overweegt dat bij de bepaling van de rangorde van pandrechten de prioriteitsregel geldt. Het tijdstip van vestiging is beslissend. Als op dezelfde dag meer dan één pandrecht op hetzelfde goed wordt gevestigd, komen in beginsel afzonderlijke pandrechten van gelijke rang tot stand. Een uitzondering geldt wanneer voor elk pandrecht een ander tijdstip van vestiging kan worden vastgesteld. Dan gaat het oudste pandrecht voor.

Een tweede uitzondering vindt de Hoge Raad in analoge toepassing van artikel 3:262 BW. Anders dan bij hypotheek (art. 3:262 BW), is er geen wettelijke regeling over rangwisseling bij pandrechten. Het past volgens de Hoge Raad in het stelsel van de wet en bij de in de wet geregelde gevallen om aan te nemen dat rangwijziging ook ten aanzien van pandrechten mogelijk is. Dat betekent dat het mogelijk is om te bepalen dat een pandrecht een hogere rang heeft dan het krachtens de voormelde uitgangspunten heeft, mits de gerechtigden tot de pandrechten die hierdoor in rang worden verlaagd hiermee instemmen. Bij een stil pandrecht op vorderingen op naam kan dit zowel bij de vestiging worden geregeld als daarna, bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte. In r.o. 3.6 illustreert de Hoge Raad aan de hand van een duidelijk voorbeeld hoe dat in de praktijk werkt. Het vorenstaande betekende dat het oordeel van het hof dat het pandrecht van Beheer derde in rang was, gelet op de tekst van de pandaktes, niet onjuist was.

(2) Reikwijdte inningsbevoegdheid

Ten aanzien van het tweede geschilpunt overweegt de Hoge Raad eerst dat de inningsbevoegdheid van de pandhouder ex artikel 3:246 BW zich uitstrekt over alle verpande vorderingen, ongeacht het beloop van de vordering waarvoor het pandrecht is verstrekt. Het pandrecht komt vervolgens te rusten op het geïnde (art. 3:246 lid 5 BW). Ingevolge de strekking van artikel 3:255 BW – dit artikel gaat over pandrecht op geld – is de pandhouder vervolgens zonder nadere aankondiging bevoegd om zich uit het geïnde te voldoen zodra zijn vordering opeisbaar is. Dit dient te geschieden overeenkomstig artikel 3:253 BW. Ingevolge artikel 3:253 BW komt een daarna resterend overschot vervolgens toe aan de pandgever, tenzij er andere beperkt gerechtigden, pandhouders of beslagleggers zijn. In dat geval is artikel 490b

Rv van overeenkomstige toepassing en keert de pandhouder het overschot uit aan de genoemde derde(n), overeenkomstig hetgeen die derde(n) en de pandgever daaromtrent zijn overeengekomen. Het hof had daarom volgens de Hoge Raad ook terecht beslist dat het overschot toekwam aan Holding, en niet aan (de curator van) Recycling als pandgever.

(3) Uitoefenen aan vordering verbonden pandrecht

In verband met de inningsbevoegdheid behandelt de Hoge Raad ook nog de situatie dat de verpande vordering op haar beurt is verzekerd door een pandrecht op een vordering. De pandhouder is volgens de Hoge Raad in dat geval tevens bevoegd om de inningsbevoegdheden van artikel 3:246 lid 1 BW ten aanzien van laatstbedoeld pandrecht uit te oefenen, ongeacht het beloop van de vorderingen waarvoor de pandrechten zijn verstrekt. Met deze laatste toevoeging komt de Hoge Raad terug van de overweging in zijn arrest *ABN Amro/Marell* (ECLI:NL:HR:2015:3619). Daarin overwoog de Hoge Raad nog dat die bevoegdheid beperkt was tot het beloop van de vordering van de pandhouder op de pandgever.

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

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 09-04-2021

ECLI: ECLI:NL:HR:2021:524

Zaaknummer: 19/02952

Rechters: M.V. Polak, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh, F.J.P. Lock en A.E.B. ter Heide

Advocaten: B.I. Kraaijoel en R.L.M.M. Tan

Wetsartikelen: 3:246 BW, 3:255 BW, 3:253 BW en 3:262 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens het laten gebruiken van de vennootschap voor oplichtingspraktijken

Een bestuurder die de vennootschap laat gebruiken door anderen voor oplichtingspraktijken treft een persoonlijk ernstig verwijt, ook al wist de bestuurder niet van de oplichtingspraktijken omdat hij geen enkele controle heeft uitgeoefend.

Gedaagde was de bestuurder ('de bestuurder') van een vennootschap. Namens deze vennootschap zijn meerdere leaseovereenkomsten met (uiteindelijk) ABN AMRO ('ABN') aangegaan. In het dossier van ABN zit een bankpas met de naam van de vennootschap en de bestuurder erop. Aan ABN heeft een betaling plaatsgevonden in relatie tot de leaseovereenkomsten afkomstig van het rekeningnummer dat ook op deze bankpas staat. Bij het aanvragen van de leaseovereenkomsten is een conceptjaarrekening overgelegd, die door een administratiekantoor zou zijn opgesteld. Een medewerker van het administratiekantoor heeft aan ABN bevestigd dat dit concept niet door hen is opgesteld en de handtekening daarop is vervalst.

Wegens het verstrekken van onjuiste informatie heeft ABN de leaseovereenkomsten opgezegd en de vennootschap tot betaling gesommeerd van een kleine € 300.000. De brieven zijn retour gekomen en betaling is uitgebleven. De leaseobjecten zijn niet ingeleverd en na nader onderzoek bleven zij onvindbaar. ABN heeft de bestuurder daarom aansprakelijk gesteld in hoedanigheid van bestuurder, maar wegens een buiten die hoedanigheid gepleegde ('gewone') onrechtmatige daad.

De bestuurder is bij verstek veroordeeld en komt in deze procedure in verzet tegen het verstekvonnis. De bestuurder betwist niet dat de vennootschap is gebruikt als dekmantel voor oplichtingspraktijken, maar stelt dat dit buiten zijn medeweten is gebeurd. Hij betwist bovendien de leaseovereenkomsten te zijn aangegaan. Volgens de bestuurder is hij via een kennis in contact gekomen met iemand, die hem heeft geholpen met belastingaanslagen voor de vennootschap. Op dat moment werden met de vennootschap nog geen bedrijfsactiviteiten verricht. In mei 2019 (ten tijde van de sommaties van ABN) kreeg hij voor het eerst een

aanwijzing dat de vennootschap buiten zijn medeweten mogelijk is gebruikt voor oplichtingspraktijken. Vorenbedoelde persoon bleek toen spoorloos, terwijl de bestuurder alleen zijn voornaam zou kennen en geen andere gegevens had. De bestuurder meent ten slotte ook dat ABN haar zorgplicht heeft geschonden door bij het aangaan van de leaseovereenkomst onvoldoende onderzoek te doen naar de vermogenspositie van de vennootschap en de identiteit van de bestuurder niet vast te stellen.

De rechtbank oordeelt dat (ook) indien veronderstellenderwijs wordt uitgegaan van de juistheid van de stellingen van de bestuurder, hij zijn taken als bestuurder zo onbehoorlijk heeft vervuld dat dit een onrechtmatige daad jegens ABN oplevert. Hoewel de bestuurder volledige zeggenschap had over de onderneming, heeft hij alle zaken laten regelen door vorenbedoelde persoon. De bankpas heeft hij zelf aangevraagd en ontvangen, maar vervolgens aan deze persoon gegeven.

De rechtbank komt tot de conclusie dat de bestuurder een bedrijf is gestart en daar vervolgens niet meer naar heeft omgekeken, zodat hij heeft toegelaten dat de onderneming voor oplichtingspraktijken werd gebruikt. Dat geldt te meer nu hij niet weet aan wie hij (in feite) het bestuur over de vennootschap heeft overgelaten. Dat hij niet op de hoogte was van de leaseovereenkomsten, kan de bestuurder – terecht – niet baten. Hij heeft immers willens en wetens en vrijwillig de gehele bedrijfsvoering aan (een) onbekende(n) overgelaten en geen enkele controle uitgeoefend.

J.E. van Nuland, april 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 07-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:3076

Zaaknummer: C/10/592905 / HA ZA 20-270

Rechters: P. Volker

Advocaten: Advocaat H. Boven en S. Kara

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Afkoelingsperiode en opheffing van beslagen onder de WHOA

Een verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode en opheffing van beslagen onder de WHOA.

De schuldenaar die een akkoord ingevolge de WHOA wenst aan te bieden aan (een gedeelte van) zijn schuldeisers heeft meestal al te kampen met financiële problemen en de gevolgen daarvan, zoals beslagleggingen. Zo ook in de onderhavige zaak. Dat is problematisch voor het onderzoeken van de mogelijkheden en de voorbereiding van een akkoord. Daarom kan op verzoek van de schuldenaar door de rechtbank een afkoelingsperiode worden afgekondigd. Het verzoek kan aan de rechtbank worden gedaan, als de schuldenaar de startverklaring heeft gedeponneerd en een akkoord heeft aangeboden, of toezegt dat hij binnen twee maanden een akkoord zal aanbieden.

In de onderhavige zaak had de schuldenaar – die de rechtbank had verzocht om een afkoelingsperiode af te kondigen en beslagen op te heffen – aan deze vereisten voldaan daar een startverklaring was gedeponneerd en toegezegd was dat binnen twee maanden een akkoord zou worden aangeboden.

Vervolgens wijst de rechtbank het verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode toe als (a) de afkoelingsperiode noodzakelijk is om de onderneming voort te zetten; (b) de afkoelingsperiode in het belang is van de schuldeisers; en (c) de schuldeisers niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.

Ook daaraan was voldaan volgens de rechtbank. De schuldenaar was actief bezig met het voorbereiden van een akkoord. Door verhaalsacties van de schuldeisers, waaronder een (inmiddels ingetrokken) faillissementsverzoek, gelegde beslagen en mogelijke uitwinning van zekerheden door de huisbankier, zou het herstructureringsproces worden verstoord, of zelfs onmogelijk worden gemaakt. Om het aanbieden van een akkoord mogelijk te maken is continuering van de bedrijfsvoering nodig. De afkoelingsperiode is mitsdien noodzakelijk om de onderneming van de schuldenaar tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten. Ook is de afkoelingsperiode in het belang van

de gezamenlijke schuldeisers, daar de schuldeisers in geval van een akkoord meer zouden ontvangen dan in een faillissement. De afkoelingsperiode wordt dan ook toegewezen door de rechtbank.

Ten aanzien van het verzoek tot opheffing van de beslagen op de bedrijfsauto's overweegt de rechtbank dat de schuldenaar onvoldoende heeft gesteld om tot het oordeel te kunnen komen dat opheffing van het beslag noodzakelijk is. De schuldenaar heeft weliswaar aangevoerd dat de voertuigen voor de normale uitoefening van haar onderneming worden gebruikt en nodig zijn voor de bedrijfsvoering, maar om gebruik te kunnen (blijven) maken van de voertuigen is niet noodzakelijk dat het beslag wordt opgeheven. Het verzoek tot opheffing van de beslagen op de voertuigen is dan ook afgewezen.

Het verzoek tot opheffing van het beslag gelegd op de voorraden is toegewezen. Verbruik van de voorraad is noodzakelijk voor de voortzetting van de onderneming en het gelegde beslag staat daaraan in de weg.

Zonder dat de schuldenaar daartoe heeft verzocht, heeft de rechtbank – ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers – een observator aangesteld. Hierbij wordt de duur van de afkoelingsperiode in aanmerking genomen (drie maanden), alsmede het gegeven dat de in de startverklaring vermelde adviseur (mogelijk) als extern financier zal optreden. Ook neemt de rechtbank in dit verband in overweging dat de (indirect) bestuurders van de schuldenaar niet alleen als zodanig optreden, maar tevens schuldeisers zijn en ten aanzien van de bankfinanciering hoofdelijk schuldenaar en borg zijn.

S.A. van Aalst, april 2021

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 02-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:3227

Zaaknummer: C/09/608944 / FT RK 21/210 HO

Rechters: F. Damsteegt-Molier, R. Cats en M.D.E. Leppens

Advocaten: mr. J. van den Dolder

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Afwijzing verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige: de schuldenaar drijft geen onderneming volgens de rechtbank. Met wenk.

De rechtbank wijst een door de schuldenaar ingediend verzoek ex artikel 371 Fw tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige af, omdat geen sprake zou zijn van een onderneming.

In deze zaak wees de rechtbank Midden-Nederland een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige op de voet van artikel 371 Fw, ingediend door de schuldenaar (een natuurlijk persoon), af. Enerzijds werd het verzoek afgewezen, omdat geen sprake (meer) zou zijn van een zelfstandige onderneming, als gevolg waarvan de verzoeker niet in zijn verzoek kon worden ontvangen. Anderzijds wordt volgens de rechtbank, in het geval de verzoeker toch ontvankelijk zou zijn, niet voldaan aan de voor de voorgestelde herstructureringsdeskundigen vereiste onafhankelijkheid.

Ingevolge artikel 371 lid 1 Fw kan een schuldenaar bij de rechtbank een verzoek indienen tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die aan de schuldeisers en aandeelhouders van een schuldenaar (of een aantal van hen) een akkoord kan aanbieden. Het verzoek wordt gelet op het derde lid van artikel 371 Fw toegewezen als de schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij niet gediend zijn. Het derde lid vervolgt dat een verzoek *in ieder geval* wordt toegewezen als het is ingediend door de schuldenaar zelf. In eerste instantie zou men dus denken dat het verzoek in deze zaak toegewezen had behoren te worden; de schuldenaar heeft het verzoek immers zelf ingediend. Waar het volgens de rechtbank echter mis gaat, is de reikwijdte van de WHOA, zoals vastgelegd in artikel 369 lid 1 Fw; de WHOA is niet van toepassing op een natuurlijk persoon die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent. In casu is sprake van een situatie waarin de onderneming van de schuldenaar reeds geruime tijd geleden (november 2020) is gestaakt en afgewikkeld. Het enige dat nog resteert, is een inschrijving in het handelsregister en zakelijke schulden, aldus de rechtbank. Daarbij is de

huur over het bedrijfspand al opgezegd en zullen de huurverplichtingen per 1 juni 2021 ophouden te bestaan. Volgens de rechtbank is daarom geen sprake van een zelfstandige onderneming die nog moet worden afgewikkeld en valt de schuldenaar buiten het toepassingsbereik van de WHOA.

Wenk

In het oorspronkelijk ingediende wetsvoorstel WHOA gaf de minister inderdaad aan dat de WHOA ziet op *schuldenaren die een onderneming drijven*, waarbij het zou moeten gaan om ondernemingen die rendabele bedrijfsactiviteiten hebben, maar vanwege een te zware schuldenlast toch insolvent dreigen te raken. Deze doelstelling van de WHOA sluit aan bij de overwegingen van de rechtbank. In de memorie van toelichting bij het aangepaste wetsvoorstel heeft de minister een en ander echter genuanceerd en gesteld dat de WHOA *primair* ziet op zulke ondernemingen, maar dat de WHOA daarnaast ook openstaat voor ondernemingen die geen overlevingskansen meer hebben. De WHOA kan in dergelijke situaties worden toegepast als met een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering door middel van een akkoord buiten faillissement een beter resultaat kan worden behaald dan met een afwikkeling in faillissement. Het ligt er dan volgens mij maar net aan hoe deze *gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering* wordt uitgelegd. Ik kan mij voorstellen dat het in gevallen waarin de onderneming feitelijk is gestaakt, maar er nog zakelijke schulden bestaan, toch voordeliger is voor de schuldeisers om de onderneming via de WHOA gecontroleerd af te wikkelen in plaats van afwikkeling in faillissement. In een faillissement zal immers een curator worden aangesteld, wiens salaris uit de boedel dient te worden voldaan. Bovendien worden schuldeisers geconfronteerd met een alleen in faillissement geldende rangorde, waardoor voornamelijk de kleinere schuldeisers (mkb-bedrijven en consumenten) buiten de boot vallen.

Het is jammer dat de minister in het wetgevingsproces niet dieper is ingegaan op de mogelijkheid die de WHOA biedt wat gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering betreft. De vraag is en blijft vooralsnog wat daar precies onder dient te worden verstaan, en of de rechtbank het in casu bij het goede eind heeft.

S. Renssen, april 2021

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 26-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:1255

Zaaknummer: C/16/518097 FT RK 21/210

Rechters: P.J. Neijt, R. Cats en E. Boerwinkel

Advocaten: C.E. Beens

Wetsartikelen: Art. 371 Fw en Art. 369 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA-beschikking inzake verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige

Een herstructureringsdeskundige is niet gehouden aanwijzingen van de schuldenaar op te volgen en mag zich daartoe, gelet op zijn onpartijdige en onafhankelijke rol, ook niet (aanvullend) verplichten.

Verzoeker, een bv, drijft sinds 2011 een bouwbedrijf en heeft besloten de onderneming te beëindigen. De totale schuldenlast bedraagt circa € 1,34 miljoen waaronder een fiscale schuld van circa € 890.000. Verzoeker heeft blijkens de gedeponeerde startverklaring gekozen voor een besloten akkoordprocedure. Vervolgens vraagt verzoeker om aanstelling van een herstructureringsdeskundige.

De rechtbank overweegt dat een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige kan worden gedaan wanneer (a) de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij insolvent zal raken; en (b) niet summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daarbij niet gediend zijn.

Er kan ook een herstructureringsdeskundige worden aangewezen wanneer de onderneming geen overlevingskansen meer heeft, maar op gecontroleerde wijze wordt afgewikkeld. Voorwaarde daarbij is dat door middel van een akkoord buiten faillissement een beter resultaat kan worden behaald dan met een afwikkeling in faillissement. Daarvan is in dit geval sprake. Verzoeker is namelijk bezig met de (financiële) afwikkeling van vier projecten. De verwachting is dat in faillissement de curator die afwikkeling zou moeten staken, waardoor nog te behalen actief verloren zou gaan. Daarnaast wordt een aantal vorderingen door verzoeker betwist. De betwiste crediteuren zouden in het kader van een akkoord kunnen worden ingedeeld in een aparte klasse. Op die manier kan een aanbod worden gedaan met een zo hoog mogelijk opbrengst voor de crediteuren.

Verder overweegt de rechtbank dat aannemelijk moet zijn dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn gediend met de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Aan dit vereiste is (onder meer) voldaan wanneer het verzoek

door verzoeker zelf is gedaan, hetgeen in casu het geval is.

Op grond van artikel 376 lid 6 Fw moet de herstructureringsdeskundige zijn taak onpartijdig en onafhankelijk uitvoeren. Daarom is in artikel 3.2 van het Procesreglement opgenomen dat in het verzoekschrift twee of drie namen van mogelijk te benoemen herstructureringsdeskundigen moeten worden vermeld (voorzien van offertes voor de kosten). Verzoeker heeft hieraan voldaan en de rechtbank wijst een van de aangedragen herstructureringsdeskundigen aan.

Daarbij merkt de rechtbank nog op dat de benoeming van een herstructureringsdeskundige géén overeenkomst van opdracht ex artikel 7:400 BW tot stand brengt. De herstructureringsdeskundige is niet gehouden aanwijzingen van verzoeker op te volgen en mag zich daartoe, gelet op zijn onpartijdige en onafhankelijke rol, ook niet (aanvullend) verplichten. Het is derhalve niet de bedoeling dat de verzoeker en de te benoemen herstructureringsdeskundige een overeenkomst van opdracht sluiten.

K.C.S. Meekes, april 2021

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 19-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:1113

Zaaknummer: 21/4 H

Rechters: P.J. Neijt, R. Cats en E. Boerwinkel

Advocaten: N. Wilderink

Wetsartikelen: 371 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA-beschikking inzake verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige

Verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Rechtbank benoemt herstructureringsdeskundige na te hebben vastgesteld dat hij zijn taak onpartijdig en onafhankelijk kan uitvoeren en hij over de gevraagde competenties beschikt die voor deze herstructurering van belang lijken.

In deze zaak wordt verzocht tot de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, zoals bedoeld in artikel 371 Fw. Verzoekster vermeldt daarbij twee namen van mogelijk te benoemen herstructureringsdeskundigen.

Verzoekster drijft een bouwonderneming gespecialiseerd in de woning- en utiliteitsbouw, projectontwikkeling en onderhoud en renovatie. Na gemaakte bouwfouten en te laat opgeleverde werkzaamheden in een tweetal bouwprojecten heeft verzoekster in 2020 diverse schadeclaims ontvangen. Zij verwacht in het kader van deze projecten nog meer schadeclaims. Met de orderportefeuille van 2020 dacht verzoekster de financiële problemen het hoofd te kunnen bieden, maar door de coronacrisis werden verschillende opdrachten uitgesteld of ingetrokken. Ook werden er onvoldoende nieuwe opdrachten binnengehaald. Als gevolg hiervan verkeert verzoekster in de toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij zonder financiële herstructurering met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan.

Verzoekster heeft een schuldenlast van circa € 590.000. Uit een overgelegde exploitatiebegroting volgt dat in 2021 naar verwachting het resultaat na afschrijving € 276.800 zal bedragen. Volgens verzoekster is dit een behoudende prognose. Verder stelt verzoekster dat vanaf mei 2021 diverse bouwprojecten van start gaan. Ook is er privévermogen in de onderneming gebracht. Verzoekster stelt dat zij daarom levensvatbaar is. De lopende verplichtingen kunnen worden voldaan, maar de schulden zijn te hoog om allemaal volledig te kunnen worden voldaan. Een surseance van betaling zal geen soelaas bieden, want als dat bekend wordt, lopen opdrachtgevers weg. De schuldeisers zullen met een akkoord beduidend

beter af zijn dan in geval van een faillissement.

De rechtbank overweegt dat op grond van artikel 371 lid 3 Fw juncto artikel 370 lid 1 Fw een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt toegewezen als de schuldenaar verkeert in een toestand waarin hij nog niet is opgehouden te betalen en derhalve nog in staat is om aan zijn lopende verplichtingen te voldoen, maar waarbij hij voorziet dat er geen realistisch perspectief bestaat om zonder herstructurering een toekomstige insolventie af te wenden.

De rechtbank concludeert dat verzoekster in de vereiste toestand verkeert, omdat het schuldenprobleem het voortbestaan van de onderneming bedreigt en voor de komende periode geen concrete oplossing voorhanden is. Aannemelijk is dat verzoekster nog in staat is aan haar lopende verplichtingen te voldoen. Omdat de schuldenaar het verzoek heeft ingediend, hoeft niet getoetst te worden of blijkt dat de belangen van schuldeisers niet bij het verzoek zijn gediend.

Artikel 376 lid 6 Fw bepaalt onder meer dat de herstructureringsdeskundige zijn taak onpartijdig en onafhankelijk uitvoert. Op basis van de overgelegde CV's en offertes oordeelt de rechtbank dat mr. D.J.J. Vrijbergen over de gevraagde competities beschikt die voor deze herstructurering van belang lijken. Omdat mr. Vrijbergen heeft verklaard dat hij vrij staat ten opzichte van verzoekster, wijst de rechtbank hem aan als herstructureringsdeskundige.

J.D. van den Dolder, april 2021

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 01-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:3228

Zaaknummer: C/09/608590 / FT RK 21/182 HO

Rechters: R. Cats, A.E. de Vos en M. Wouters

Advocaten: C.E. Beens

Wetsartikelen: 371 Fw