

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 15, 2022

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:2022:1093](#) 15-07-2022

Recofa-richtlijnen geen recht in de zin van artikel 79 RO. Artikel 69 Fw niet bestemd voor verzoek tot aanpassing vrij te laten bedrag

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:5962](#) 12-07-2022

Alsnog vernietiging pandrecht op vorderingen in hoger beroep

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:5955](#) 12-07-2022

'Economische' eigendom appartementsrecht, verrekening en pauliana

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:2136](#) 30-06-2022

Vernietiging van faillissement in hoger beroep

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:2099](#) 28-06-2022

Bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW succesvol ontzenuwd. Met wenk

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:2025](#) 23-06-2022

Een gehonoreerd verzoek tot faillietverklaring

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:5838](#) 15-07-2022

Alle schuldeisers hebben ingestemd met WHOA-akkoord, dus schuldenaar heeft geen belang bij het homologatieverzoek

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2022:6183](#) 07-07-2022

Verzet tegen uitdelingslijst bij vereenvoudigde afwikkeling. Met wenk

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:5954](#) 06-07-2022

Geen faillissementsaansprakelijkheid, wel onrechtmatige selectieve betaling door overdracht actief en verrekening kooprijns

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:1971](#) 06-07-2022

Bestuurder van een beddenhandel is aansprakelijk voor het boedeltekort omdat de administratieplicht is geschonden, rechtsvermoeden wordt niet ontzenuwd.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:5517](#) 06-07-2022

Vermeerdering van eis niet toegestaan in renvooiprocedure, wijziging van grondslag onder omstandigheden wel

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:3353](#) 06-07-2022

Verpanding en betalingen aan aandeelhouder paulianeus en grond voor aansprakelijkheid van de bestuurders voor het boedeltekort

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:6777](#) 05-07-2022

Afwijzing verzoek tot ontslag van de curator

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:2769](#) 29-06-2022

Geen bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW na verkoop aandelen aan katvanger

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:3507](#) 14-06-2022

Afwijzing verzoek afkoelingsperiode WHOA omdat startverklaring en verzoek niet namens de vennootschap zijn ingediend

RECHTSPRAAK

Verpanding en betalingen aan aandeelhouder paulianeus en grond voor aansprakelijkheid van de bestuurders voor het boedeltekort

Terwijl rekening gehouden moest worden met het faillissement, zijn aflossingen gedaan op een lening van de aandeelhouder en zijn de debiteuren verpand aan de aandeelhouder. Naar het oordeel van de rechtbank zijn de aflossingen en de verpanding paulianeus. Verder kunnen de paulianeuze handelingen worden gekwalificeerd als kennelijk onbehoorlijk bestuur en zijn de handelingen een belangrijke oorzaak van het faillissement, zodat sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW.

De procedure draait om een inmiddels failliete vennootschap ('de vennootschap') die zich bezighield met het tewerkstellen van gecertificeerde veiligheidsmedewerkers bij spoorwerkzaamheden. Gedaagde 2 is sinds 1 januari 2014 bestuurder van de vennootschap. Via zijn persoonlijke holding, gedaagde 1, is hij sinds 3 mei 2018 ook indirect enig aandeelhouder.

De voormalig aandeelhouder heeft in het verleden een lening verstrekt aan de vennootschap ter hoogte van € 220.000. Deze lening was volgens de jaarrekeningen over 2016 en 2017 achtergesteld. Gedaagde 1 heeft de lening op 22 maart 2018 overgenomen. Op enig moment is overeengekomen dat de vennootschap maandelijks € 10.000 op deze lening moet aflossen.

In 2018 daalde de omzet, maar zijn ook de bedrijfskosten teruggebracht. De vennootschap leed dat jaar een verlies van ongeveer € 79.000. In december 2018 is voor het eerst € 10.000 afgelost op de lening. Verder is een pandakte getekend waarbij de debiteuren werden verpand ten gunste van gedaagde 1.

Op 1 mei 2019 is het (tweede) pandrecht gevestigd door registratie van de pandakte. ING had een eerste pandrecht op de debiteuren. Verder heeft de vennootschap in 2019 €

87.569 afgelost op de rekening-courantschuld (waarop ook de lening was geboekt) aan gedaagde 1. Er zijn gesprekken geweest over een overname of samenwerking, maar op 22 juli 2019 heeft de mogelijke kandidaat zich teruggetrokken. Eind oktober 2019 heeft gedaagde 1 het pandrecht openbaar gemaakt en vanaf die tijd heeft hij de verpande vorderingen geïnd. De vennootschap is op 19 november 2019 failliet verklaard.

Omdat ING een eerste pandrecht had op de vorderingen, heeft gedaagde 1 na een schikking met ING bijna € 74.000 aan ING afgedragen (van een geïnd bedrag van kennelijk ongeveer € 116.000).

De curator vordert op grond van pauliana vernietiging van de vestiging van het pandrecht op de debiteuren ten gunste van gedaagde 1 en de aflossingen die in 2018 en 2019 zijn gedaan aan gedaagde 1. Verder vordert de curator veroordeling van gedaagde 1 en gedaagde 2 in het faillissementstekort op grond van artikel 2:248 BW.

De rechtbank overweegt dat het sluiten van de pandakte in 2018 onverplicht was. Schuldeisers, waaronder ING, de Belastingdienst en concurrente schuldeisers zijn benadeeld door het vestigen van het pandrecht. Zonder het pandrecht op de debiteuren zouden de debiteuren immers aan de vennootschap hebben betaald en zou de vennootschap met de ontvangen bedragen haar schuldeisers kunnen betalen. Tot slot overweegt de rechtbank dat het op het moment van het vestigen van het pandrecht, op 1 mei 2019, zonneklaar was dat de vennootschap in financieel zwaar weer verkeerde. Zowel de vennootschap als gedaagde 1 had daarom wetenschap van de benadeling van schuldeisers. Aan de vereisten van artikel 42 Fw is voldaan. Gedaagde 1 wordt daarom veroordeeld tot betaling van bijna € 42.000, zijnde het geïnde bedrag minus de afdracht aan ING.

Op het moment dat de aflossingen op de lening werden gedaan, was de vordering opeisbaar. Weliswaar was de lening eerder achtergesteld, maar die achterstelling had een tijdelijk karakter. De rechtbank legt de aflossingen daarom langs de lat van artikel 47 Fw. Naar het oordeel van de rechtbank is de vereiste samenspanning gegeven, omdat gedaagde 2 zeggenschap had in zowel de vennootschap als gedaagde 1. Vanaf eind 2018 was duidelijk dat de vennootschap in financiële moeilijkheden verkeerde en moest serieus rekening worden gehouden met de mogelijkheid van een faillissement. Het voortbestaan van de vennootschap was afhankelijk van financiering van de aandeelhouder, maar in plaats van financiering te verstrekken heeft de aandeelhouder gelden aan de vennootschap onttrokken. Hierdoor is de kans op het faillissement vergroot en werd de onderneming minder aantrekkelijk voor investeerders. De rechtbank oordeelt dat de aflossingen paulianeus zijn op grond van artikel 47 Fw en veroordeelt gedaagde 1 tot betaling van € 97.625, zijnde het bedrag dat in 2018 en 2019 is afgelost op de lening.

Tot slot beoordeelt de rechtbank de vordering van de curator op grond van artikel 2:248 BW. Naar het oordeel van de rechtbank levert het paulianeus handelen kennelijk onbehoorlijk bestuur op in de zin van artikel 2:248 BW. Het paulianeus handelen had flinke negatieve gevolgen voor de current ratio en het werkkapitaal. Vanaf december 2018 was het faillissement van de vennootschap met een redelijke mate van waarschijnlijkheid voorzien, zodat ook sprake is van voorzienbare schuldeisersbenadeling. Naar het oordeel van de rechtbank is het paulianeus handelen ook een belangrijke oorzaak van het faillissement. Door de paulianeuze handelingen is de financiële armslag verder beperkt. Terwijl de vennootschap investeringen nodig had van de aandeelhouder, heeft de bestuurder eraan meegewerkt dat de aandeelhouder werkkapitaal heeft onttrokken aan de vennootschap. Gedaagde 1 en 2 worden daarom veroordeeld tot betaling van het boedeltekort.

H.J. de Kloe, juli 2022

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 06-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:3353

Zaaknummer: C/05/390950 / HA ZA 21-367

Rechters: G.J. Meijer

Advocaten: A.H. Brosens-Samson en T.W. Konings

Wetsartikelen: 42 Fw, 47 Fw en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Recofa-richtlijnen geen recht in de zin van artikel 79 RO. Artikel 69 Fw niet bestemd voor verzoek tot aanpassing vrij te laten bedrag

Een rechter-commissaris is niet gebonden aan de Recofa-richtlijnen bij de berekening van het vrij te laten bedrag.

In deze kwestie draait het om het door de rechter-commissaris in het faillissement van twee natuurlijke personen vastgestelde vrij te laten bedrag; het gedeelte van inkomen dat buiten de boedel valt. De faillieten zijn het niet eens met de wijze waarop dat bedrag is berekend. De faillieten hebben met een beroep op artikel 69 Fw de rechter-commissaris verzocht om de curator op te dragen voor de berekening van het vrij te laten bedrag aan te sluiten bij de in de Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen opgenomen rekenmethode in plaats van de beslagvrije voet.

De rechter-commissaris heeft de faillieten niet-ontvankelijk verklaard nu volgens de rechter-commissaris artikel 69 Fw ziet op het beheer van de boedel zoals door de curator uitgevoerd en het vaststellen van het vrij te laten bedrag daar niet onder valt.

De rechter-commissaris heeft in de reactie aangegeven het verzoek tevens te interpreteren als een verzoek om zijn beslissing aangaande het vrij te laten bedrag te herzien. Hij heeft in de bij de beschikking horende begeleidende brief vervolgens aangegeven daar geen reden voor te zien nu het beleid van de rechtbank Limburg is om aan te sluiten bij de beslagvrije voet.

De faillieten hebben zowel tegen de beschikking van de rechter-commissaris als de begeleidende brief cassatie ingesteld.

De Hoge Raad oordeelt ten aanzien van de beschikking dat een verzoek om het vastgestelde vrij te laten bedrag aan te passen geen verzoek als bedoeld in artikel 69 Fw betreft. Artikel 21 aanhef en onder 2 Fw geeft de mogelijkheid om direct bij de rechter-commissaris een verzoek aangaande het vrij te laten bedrag in te dienen. Aangezien tegen de beschikking van de rechter-commissaris op grond van het verzoek ex artikel 69 Fw op grond van artikel 67 Fw beroep openstond, zijn de verzoekers in hun cassatieberoep daartegen niet-ontvankelijk.

De Hoge Raad beoordeelt de begeleidende brief van de rechter-commissaris als een beschikking van de rechter-commissaris ex artikel 21 aanhef en onder 2 Fw. Dit betreft een beschikking waartegen geen hoger beroep ex artikel 67 Fw openstond waardoor de faillieten ten aanzien van die beschikking wel ontvankelijk zijn in hun beroep tot cassatie.

Inhoudelijk oordeelt de Hoge Raad vervolgens dat de Recofa-richtlijnen niet kunnen worden aangemerkt als recht in de zin van artikel 79 RO waaraan de rechter-commissaris gebonden is. Het cassatieberoep slaagt dus niet. De Hoge Raad wijst er ten overvloede nog op dat uit de Recofa-richtlijnen voor faillissement zelf volgt dat rechters-commissarissen in faillissementen niet gehouden zijn aan de in de Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen opgenomen rekenmethode. In de eerste richtlijnen is immers slechts opgenomen dat van die rekenmethode gebruik 'kan' worden gemaakt.

W.T.N. Vlasveld, juli 2022

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 15-07-2022

ECLI: ECLI:NL:HR:2022:1093

Zaaknummer: 21/05110

Rechters: T.H. Tanja-van den Broek, S.J. Schaafsma, F.R. Salomons, G.C. Makkink en K. Teuben

Advocaten: B.M.H. Fleuren

Wetsartikelen: 21 Fw, 69 Fw en 67 Fw

RECHTSPRAAK

Geen bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW na verkoop aandelen aan katvanger

Omdat de publicatieplicht is geschonden, staat kennelijk onbehoorlijk bestuur vast op grond van artikel 2:248 lid 2 BW. Toch is de bestuurder niet aansprakelijk, omdat het faillissement is veroorzaakt doordat de koper van de aandelen de vennootschap heeft gebruikt voor het verrichten van onverklaarbare transacties. De bestuurder hoefde hier niet op bedacht te zijn.

De curator van een failliete vennootschap ('de vennootschap') stelt de bestuurder (een bv) en de middellijk bestuurder (een natuurlijk persoon) van de vennootschap (hierna ook gezamenlijk 'de bestuurder') aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW.

In april 2020 zijn de aandelen in de vennootschap verkocht aan een derde. Kort daarna (wanneer blijkt niet uit de uitspraak, maar de dagvaarding is in oktober 2021 uitgebracht) is de vennootschap failliet verklaard. Volgens de curator heeft de bestuurder zijn taak onbehoorlijk vervuld in de periode die is voorafgegaan aan de verkoop van de aandelen in de failliete vennootschap.

De rechtbank overweegt dat de publicatieplicht is geschonden, omdat de jaarrekeningen over 2017 en 2018 in het geheel niet zijn gepubliceerd. De stelling van de bestuurder dat hij ervan uitging dat de accountant de jaarrekeningen zou deponeren baat hem niet, omdat hij hiervoor verantwoordelijk blijft. De curator heeft onvoldoende gesteld om schending van de boekhoudplicht aan te nemen. Dat de curator geen administratie heeft ontvangen van de koper van de aandelen, wil niet zeggen dat de bestuurder zijn administratieplicht heeft verzaakt. Daar komt bij dat de bestuurder voorbeelden van de curator waaruit een ondeugdelijke boekhouding zou blijken gemotiveerd heeft weerlegd.

Omdat de publicatieplicht is geschonden, staat kennelijk onbehoorlijk bestuur vast. Naar het oordeel van de rechtbank slaagt de bestuurder erin te weerleggen dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het faillissement is

veroorzaakt doordat de koper van de aandelen de onderneming niet heeft voortgezet, maar de vennootschap heeft gebruikt voor onverklaarbare transacties die niet samenhangen met de onderneming en duiden op witwassen en fraude. De bestuurder valt geen verwijt te maken van de verkoop van de aandelen aan de koper. De koper was een bekende van vroeger, eenvoudig internetonderzoek leverde geen bijzonderheden op en de koper heeft gezegd de onderneming te willen voortzetten. Voor de bestuurder bestond er dus geen aanleiding nader onderzoek te doen naar de koper. Daarbij weegt mee dat de koopprijs en schuldenpositie beperkt waren.

Omdat de bestuurder een andere belangrijke oorzaak van het faillissement dan zijn kennelijk onbehoorlijk bestuur aannemelijk heeft gemaakt, wijst de rechtbank de vordering van de curator af.

H.J. de Kloe, juli 2022

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 29-06-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:2769

Zaaknummer: C/16/529525 / HL ZA 21-287

Rechters: F.C. Burgers

Advocaten: L.E. Pordon en J. Faas

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

RECHTSPRAAK

Vermeerdering van eis niet toegestaan in renvooiprocedure, wijziging van grondslag onder omstandigheden wel

De rechtbank overweegt dat een vermeerdering van eis niet is toegestaan in een renvooiprocedure, omdat schuldeisers die zich konden vinden in de oorspronkelijke vordering maar niet in de vermeerdering van eis zich hiertegen niet kunnen verzetten. Wijziging van grondslag is alleen toegestaan als daardoor niet buiten het geschil dat blijkt uit het proces-verbaal van de verificatievergadering wordt getreden en als geen wezenlijke verandering wordt gebracht in de aard van de vordering.

In deze renvooiprocedure vorderen diverse partijen verificatie van een aansprakelijkheidsvordering ter hoogte van meer dan € 22 miljoen voor het ontstaan van een brand aan boord van een vistrrawler met de naam Johanna Maria. Verweerder in de procedure is de curator van De Vries Constructions B.V. De rechtbank wijst de vordering tot verificatie af. De beoordeling van de vordering is vanuit insolventierechtelijk perspectief niet interessant. Wel interessant zijn de overwegingen die de rechtbank wijdt aan de eis tot verificatie.

Naar de mening van de curator is de eis tot verificatie nietig omdat deze niet zou voldoen aan de voorwaarden van artikel 111 Rv. De rechtbank overweegt dat, zelfs als de eis deze gebreken vertoont, een eventuele nietigheid is gedekt op grond van artikel 122 Rv doordat de curator rechtsgeldig in het geding is verschenen. Niet is gebleken dat de curator onvoldoende gelegenheid heeft gehad verweer te voeren of bemoeilijkt is in het verweer dat hij wilde voeren.

Een tweede punt dat naar voren komt, is een eiswijziging. In eerste instantie was uitsluitend een vordering van ongeveer € 20 miljoen wegens de schade die is geleden door de brand ingediend in het faillissement, terwijl bij conclusie van repliek ook € 2,25 miljoen is gevorderd wegens geleden bedrijfsschade. De rechtbank overweegt dat een vordering niet kan worden vermeerderd in een renvooiprocedure. Schuldeisers kunnen op de verificatievergadering

ingediende vorderingen betwisten, maar kunnen zich niet voegen of tussenkomen in een renvooiprocedure op grond van artikel 122 lid 4 Fw. Schuldeisers die geen bezwaar hadden tegen de initieel ingediende vordering maar wel tegen de vermeerderde eis kunnen hun bezwaren niet kenbaar maken, zodat het systeem van de Faillissementswet zich verzet tegen een vermeerdering van eis.

Tot slot meent de curator dat de grondslag van de vordering ontoelaatbaar is gewijzigd. In eerste instantie zou aan de vordering ten grondslag zijn gelegd dat de voorman zou hebben verzuimd bij aanvang van de onderhoudswerkzaamheden waardoor de brand is ontstaan een heetwerkvergunning aanwezig te hebben op de werkplek. Ten tweede zou de voorman hebben geweten dat een hydraulische lijn waaruit olie kwam, wat tot de brand heeft geleid, onder druk stond. Tijdens de renvooiprocedure zijn ook andere omstandigheden ten grondslag gelegd aan de vordering.

De rechtbank overweegt dat een verandering van eis of grondslag tijdens een renvooiprocedure alleen is geoorloofd als daarmee niet buiten de omschrijving van het geschil zoals dat blijkt uit het proces-verbaal van de verificatievergadering wordt getreden. Verder mag in de aard van de vordering geen wezenlijke verandering worden gebracht en mag de vordering niet worden verhoogd. Omdat eisers niet buiten het geschil zijn getreden en geen wezenlijke veranderingen hebben gebracht in de aard van de vordering, is de wijziging van grondslag toegestaan.

Desondanks wijst de rechtbank de vordering op inhoudelijke gronden af.

H.J. de Kloe, juli 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 06-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:5517

Zaaknummer: C/10/578319 / HA ZA 19-655

Rechters: C. Bouwman, J.F. Koekebakker en Dongelmans, D.H. D.H. Dongelmans

Advocaten: M. Wattel en W.A.M. Rupert

Wetsartikelen: 111 Rv, 122 Rv en 122 Fw

RECHTSPRAAK

Bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW succesvol ontzenuwd. Met wenk

Terwijl onbehoorlijke taakvervulling vaststaat wegens te late deponering van de jaarrekening, geeft het bestuur van een failliete vennootschap een verklaring voor geleden verliezen en omleiding van betalingen. A prima facie aannemelijkheid van verklaring is voldoende voor ontzenuwen bewijsvermoeden.

Inleiding

Maastrichtse Autobus Combinatie B.V. ('MAC') is een vennootschap die zich bezighield met taxi-en rouwvervoer en andere vervoersbemiddelingsactiviteiten. Op 20 september 2006 is MAC in staat van faillissement verklaard. De bestuurder van MAC en de enig aandeelhouder van MAC (tevens echtgenote van de bestuurder) zijn door de faillissementscurator van MAC ('de curator') aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort. De bestuurder werd aangesproken in zijn hoedanigheid van bestuurder, de aandeelhouder als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW. In de procedure in eerste aanleg heeft de rechtbank Limburg de vorderingen van de curator zowel ten aanzien van de bestuurder als ten aanzien van de aandeelhouder (als feitelijk beleidsbepaler) toegewezen.

De curator stelde hen aansprakelijk voor het boedeltekort omdat volgens de curator:

(1) de jaarrekeningen over de boekjaren 2003, 2004 en 2005 niet tijdig zijn gedeponeed. De jaarrekening over boekjaar 2003 is circa twintig maanden na het einde van het boekjaar gedeponeed. De jaarrekeningen over 2004 en 2005 zijn wel binnen 13 maanden na het einde van het boekjaar gedeponeed, maar niet samengesteld binnen de vijfmaandentermijn van artikel 2:210 lid 1 BW, terwijl nergens uit blijkt dat de AVA van MAC toestemming heeft gegeven voor verlenging van die termijn;

(2) de boekhouding van MAC niet deugdelijk was. Een boekhoudkundig onderzoeker heeft geconstateerd dat in de laatste drie boekjaren voor de faillietverklaring de jaarrekeningen niet

aansloten op de onderliggende administratie, de verlies- en winstrekening niet altijd aansluit op de balansmutaties en de verhouding tussen de omzet en de kosten vraagtekens oproept, terwijl een sluitende verantwoording van de omzet door middel van rittenstaten ontbrak (deze zouden verloren zijn gegaan);

(3) een deel van de bedrijfsactiviteiten van MAC in 2004 is overgedragen aan een zustervereniging terwijl de afspraken daarover niet schriftelijk zijn vastgelegd en de koopprijs van € 105.000 nooit geïnd is, en tevens in 2005 nog activa zijn overgedragen aan derden zonder dat daarvoor de koopprijs is geïnd.

De door de curator gestelde aansprakelijkheid voor het boedeltekort is primair geschoeid op artikel 2:248 BW jo. 2:10 BW jo. 2:394 BW. Subsidiair doet de curator een beroep op artikel 2:9 BW, specifiek ten aanzien van de schade die voortvloeit uit de onder punt 3 bedoelde transacties.

In eerste aanleg zijn de vorderingen van de curator toegewezen op basis van de te late deponering van de jaarrekeningen en het daaruit voortvloeiende bewijsvermoeden dat het faillissement in belangrijke mate veroorzaakt is door onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Ten aanzien van de aandeelhouder heeft de rechtbank in eerste aanleg beslist dat zij medebeleidsbepaler was, omdat iedere transactie die € 15.000 of meer beliep aan haar goedkeuring was onderworpen. De bestuurder en de aandeelhouder zijn tegen het vonnis van de rechtbank in hoger beroep gekomen. In hoger beroep voeren zij – voor het eerst – aan dat het faillissement van MAC een andere oorzaak heeft dan hun onbehoorlijke taakvervulling.

De beslissing in hoger beroep

Deponering jaarrekeningen

In eerste aanleg heeft de rechtbank aangenomen dat de jaarrekeningen van 2003, 2004 en 2005 allemaal te laat gedeponerd zijn. In hoger beroep ziet het gerechtshof dit anders. Het hof neemt het ontbreken van een besluit van de algemene vergadering tot verlenging van de samenstellingstermijn niet in aanmerking bij de toetsing aan de deponeringsplicht. In plaats daarvan gaat het hof ambtshalve uit van de maximale wettelijke termijn voor deponering van de jaarrekening, die destijds nog 13 maanden bedroeg.

Dit betekent dat er in de drie jaren voorafgaand aan de faillietverklaring van MAC slechts één jaar overbleef waarin niet alleen de samenstellingstermijn van artikel 2:210 lid 1 BW maar ook de maximale deponeringstermijn van 13 maanden is overschreden (boekjaar 2003). Het betrof voor dat boekjaar een overschrijding met ruim zeven maanden. De bestuurder heeft in hoger beroep beargumenteerd dat dit moet worden aangemerkt als een onbelangrijk verzuim (als

bedoeld in art. 2:248 lid 2 BW, laatste volzin). Hij brengt hiertoe naar voren dat de te late deponering in 2003 is gevolgd door twee jaren waarin de jaarrekening wel tijdig gedeponeed werd. Daardoor waren de actuele crediteuren van de vennootschap voldoende op de hoogte van de informatie die voor hen door middel van de deponeringsplicht beschikbaar moest komen. Alle partijen die crediteur waren in 2003 zijn betaald, zodat er ten tijde van de faillietverklaring niemand meer enig nadeel had van de te late deponering over dat boekjaar.

Onder verwijzing naar r.o. 3.6.2. van het arrest van de Hoge Raad van 1 november 2013 (ECLI:NL:HR:2013:1079) overweegt het hof dat het antwoord op de vraag of een overschrijding van de termijn voor openbaarmaking van de jaarrekening als onbelangrijk verzuim kan gelden, afhangt van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid. Daarbij geldt dat hogere eisen moeten worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is en dat stelplicht en bewijslast daarvan op de aangesproken bestuurder rusten.

Volgens het hof miskent de argumentatie van de bestuurders, die (slechts) inhoudt dat er geen (actuele) crediteuren benadeeld zijn door te late deponering over boekjaar 2003, het *“geheel eigen systeem van de misbruikwetgeving in relatie tot het faillissement van de onderneming, waarbij – gelet op het gewicht dat aan de nakoming daarvan toekomt – het niet tijdig deponeren van een jaarrekening betekent dat als vaststaand moet worden aangenomen dat de bestuurder zijn taak ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld.”*

Het hof stelt vast dat door te late deponering van de jaarrekening over 2003 het onbehoorlijk bestuur vaststaat en dat vermoed wordt dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. De volgende vraag die moet worden beoordeeld is: hebben de bestuurders het bewijsvermoeden omtrent de oorzaak van het faillissement weten te ontzenuwen?

Ontzenuwing bewijsvermoeden

Bij het beantwoorden van deze vraag neemt het hof tot uitgangspunt dat een redelijke uitleg van artikel 2:248 lid 2 BW meebrengt dat voor het ontzenuwen van het bewijsvermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder *aannemelijk* maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Als de bestuurder daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator om vervolgens op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

De bestuurder heeft in deze zaak meermaals naar voren gebracht dat de curator hem nooit gevraagd heeft om aan te geven wat volgens hem de oorzaak van het faillissement is geweest. Ten aanzien daarvan overweegt het hof dat het bewijsvermoeden ook met zich brengt dat het

op de weg van de aangesproken bestuurder ligt om zich uit eigen beweging op eventuele 'ontzenuwende' feiten te beroepen. Het is volgens het hof "*niet op de eerste plaats aan de curator om de andere oorzaken van het faillissement dan de hiervoor bedoelde onbehoorlijke taakvervulling te onderzoeken*".

Om het bewijsvermoeden te ontzenuwen, wijst de bestuurder in zijn memorie van grieven op enkele omstandigheden die voor MAC tot verliezen hebben geleid: tegenvallende resultaten na een overname, forse autoschades, omzetsderving door leegloop en ziekteverzuim. Daarnaast stelt de bestuurder dat zich in 2003 een kans voordeed om de verliezen te stoppen door de onderneming van MAC aan twee werknemers over te dragen, maar dat het daarvoor nodig was om eerst bepaalde activiteiten te ontvlochten. Begin 2004 werden de ontvlochten activiteiten in dat kader aan een zustervenootschap (ook beheerst door dezelfde bestuurder) verkocht voor een bedrag van € 105.000. Het duurde vervolgens echter nog tot begin 2005 voordat de overgebleven activiteiten konden worden overgedragen. Omdat ondertussen de verliezen verder waren opgelopen, kon toen niet meer de hele onderneming overgedragen worden, maar was alleen een activatransactie nog mogelijk, aldus de bestuurder. De bestuurder stelt daarbij dat de juistheid van zijn stellingen blijkt uit de administratie die de curator onder zich heeft.

De curator heeft hiertegenover aangevoerd dat de verklaring van de bestuurder "*erg oppervlakkig en ongeloofwaardig [is] voor een bestuurder die hierover jarenlang heeft gezwegen en aantoonbaar betrokken is geweest bij een hele serie vennootschappen die werkzaam zijn in de vervoers- en taxibranche*". De curator betwist in algemene zin dat hetgeen de bestuurder stelt, zou blijken uit de administratie die aan hem ter beschikking is gesteld. Verder betoogt de curator dat indien de bestuurder ervoor gezorgd zou hebben dat de koopprijzen voor de verkochte onderdelen van MAC daadwerkelijk geïncasseerd zouden zijn, de financiële situatie van MAC er veel rooskleuriger uitgezien zou hebben en een faillissement zou zijn voorkomen.

Het hof oordeelt dat de verklaring van de bestuurder over de oorzaken van het faillissement van voldoende gewicht is om van de curator te mogen verlangen dat hij aangeeft waarom de door de bestuurder aangevoerde omstandigheden *geen* belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest, of om inzichtelijk te maken dat de bestuurder van MAC niet adequaat heeft opgetreden om het intreden van die oorzaken te voorkomen. Dit heeft de curator naar het oordeel van het hof onvoldoende gedaan, omdat hij heeft volstaan met de opmerking dat de verklaring van de bestuurder ongeloofwaardig is en met een algemene betwisting dat de stukken in zijn administratie de verklaring van de bestuurder onderbouwen, zonder dit nader toe te lichten. Naar het oordeel van het hof is hetgeen de bestuurder heeft aangevoerd als oorzaak van het faillissement ook niet dadelijk als weinig reëel aan te merken. Het hof oordeelt daarom dat de bestuurder voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het

faillissement van MAC te wijten is aan andere oorzaken dan zijn onbehoorlijke taakvervulling en dat hij het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW dus heeft ontzenuwd.

Dit betekent dat de curator aan de beurt is om zijnerzijds aannemelijk te maken dat het faillissement wél mede veroorzaakt is door onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur.

Onderbouwing onbehoorlijke taakvervulling als belangrijke oorzaak van faillissement door curator

De curator wijst op een viertal dubieuze transacties, waaronder de overdracht van bedrijfsactiviteiten en -activa zonder dat de daartegenover staande koopprijs aanwijsbaar is ontvangen door MAC en een kasopname die aan de zustervennootschap verstrekt zou zijn, zonder dat daar een duidelijke titel aan ten grondslag lag. Deze transacties c.q. onttrekkingen zijn er volgens de curator (mede) debet aan dat MAC haar schulden niet meer kon betalen.

De bestuurder heeft in antwoord hierop aangevoerd dat de koopsommen voor de bedrijfsactiviteiten en -activa wel betaald zijn, door middel van deelbetalingen en verrekeningen. Daarnaast stelt het bestuur dat de zustervennootschap van MAC van het aan haar ter beschikking gestelde kasgeld diverse crediteuren van MAC heeft betaald. Deze handelswijze zou gekozen zijn om te voorkomen dat bij MAC betalingsproblemen zouden ontstaan als gevolg van beslaglegging.

Het hof neemt in aanmerking dat er geen nauwkeurige vastlegging van de overdracht van de bedrijfsactiviteiten en -activa en de betaling daarvoor heeft plaatsgevonden en dat de feitelijk betaling door uitstel, deelbetalingen en niet erg duidelijk herkenbare verrekeningen moeilijk te doorzien is. Maar naar het oordeel van het hof is wel gebleken dat de zustervennootschap “*de nodige betalingen heeft verricht aan crediteuren van MAC*”, zodat de door de zustervennootschap ontvangen contanten uit MAC toch aan het vermogen van MAC ten goede zijn gekomen. Ook is naar het oordeel van het hof gebleken dat er wel contracten zijn gesloten met de partijen die activiteiten en activa van MAC hebben overgenomen en dat door deze partijen ook “*de nodige – verschuldigde – betalingen daartoe zijn verricht.*” In het licht daarvan had de curator volgens het hof méér moeten doen om aannemelijk te maken dat de door hem gehekelde transacties het faillissement van MAC mede veroorzaakt hebben.

Eindconclusie van het hof is dat de veroordeling van de bestuurder tot vergoeding van het boedeltekort ex artikel 2:248 lid 2 BW niet in stand kan blijven.

Aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW

Het subsidiaire beroep op artikel 2:9 BW is door de curator ook gegrond op de vier dubieuze transacties, in het bijzonder het feit dat door deze transacties MAC is ‘leeggehaald’. Het hof

begrijpt het betoog van de curator in dit verband aldus, dat de keuze om bepaalde bedrijfsactiviteiten en -activa af te stoten op zichzelf niet zozeer het probleem was, maar wel dat de bestuurder er onvoldoende op heeft toegezien dat de koopsommen daarvoor ook daadwerkelijk aan MAC betaald werden. Het hof concludeert echter – net als bij het oordeel over de aansprakelijkheid ex art. 2:248 BW – dat de bestuurder voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de koopsommen wél in het vermogen van MAC terecht zijn gekomen door betalingen die door de kopers rechtstreeks aan crediteuren van MAC zijn gedaan. Het hof overweegt vervolgens ten aanzien van de aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW: *“Aldus heeft de curator zijn stelling dat de onbehoorlijke taakvervulling door [appellant] een belangrijke oorzaak is geweest voor het faillissement, naar het oordeel van het hof onvoldoende onderbouwd. De curator heeft in het licht van het vorenstaande geen voldoende specifiek bewijsaanbod gedaan ten aanzien van concrete feiten die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden. De conclusie is dan ook dat het oordeel van de bestuurdersaansprakelijkheid van [appellant] niet in stand kan blijven.”*

Omdat het hof op basis van de grieven van de bestuurder tot de conclusie komt dat er geen sprake is van aansprakelijkheid (noch voor het boedeltekort, noch voor specifieke schades) uit hoofde van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur, kan ook de aansprakelijkheid van de aandeelhouder als medebeleidsbepaler niet in stand blijven. Ook ten aanzien van de aandeelhouder wordt het vonnis in eerste aanleg dus vernietigd.

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank, zonder de curator nog in de gelegenheid te stellen nader bewijs bij te brengen van zijn stellingen.

Wenk

Feitelijk beleidsbepalerschap

De onderhavige uitspraak van het gerechtshof 's-Hertogenbosch betreft een hoger beroep van een uitspraak waarin de rechtbank Limburg onder meer besliste dat de aandeelhouder van de gefailleerde vennootschap medebeleidsbepaler in de zin van art. 2:248 lid 7 BW was op grond van het enkele feit dat de statuten van de vennootschap bepaalden dat transacties van € 15.000 of meer aan zijn goedkeuring onderworpen waren (INS 2021-0142). Het feit dat de rechtbank in haar vonnis met geen woord repte over eventuele andere omstandigheden die maakten dat deze statutaire bepaling er in dit geval voor zorgde dat de aandeelhouder feitelijk meebestuurde, is opmerkelijk. Statutaire regelingen waarbij transacties boven een bepaalde waarde de goedkeuring van de AVA behoeven, komen immers zeer veel voor. Is iedere meerderheidsaandeelhouder in een vennootschap met zo'n regeling bij faillissement altijd automatisch medebeleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW? Of zal een rechter daarvoor toch naar een zekere frequentie en ingrijpendheid van de

aandeelhoudersbemoeyenis moeten verwijzen? Het is jammer dat het hof in deze zaak niet toekomt aan een beoordeling van de rechtbankbeslissing op dit punt.

Overschrijding deponeringstermijn

Ten aanzien van de deponering van de jaarrekeningen beslist het hof in deze zaak onder meer dat een overschrijding van de deponeringstermijn zonder zwaarwegende reden geen onbelangrijk verzuim is, ook niet als er niemand benadeeld is door het uitblijven van een tijdige deponering. Deze beslissing lag voor de hand, mede in het licht van arrest *Bobo/König* (HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189), waarin een soortgelijk argument tevergeefs werd aangevoerd (in dat geval zelfs door een vennootschap die helemaal geen activiteiten meer ontplooidde).

Ontzenuwing bewijsvermoeden

Hoewel op grond van het deponeringsverzuim vaststaat dat het bestuur van MAC zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, wordt de aansprakelijkheid voor het boedeltekort in hoger beroep teruggedraaid, omdat het bestuur in hoger beroep succesvol het vermoeden heeft ontzenuwd dat onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement was. Daartegenover heeft de curator niet voldoende aannemelijk kunnen maken dat het faillissement wel (mede) veroorzaakt is door onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur, of dat aan het bestuur (in voldoende ernstige mate) kan worden verweten dat het niets heeft gedaan om de oorzaak van het faillissement te bestrijden.

Het wordt uit het arrest van het hof niet helemaal duidelijk in hoeverre uit de gedingstukken nu écht bleek dat MAC van de partijen die activiteiten en actief uit de vennootschap hadden overgenomen daadwerkelijk de hele bedongen koopprijs had ontvangen. Het hof overweegt tweemaal dat vaststaat dat “de nodige betalingen” zijn gedaan, maar bedoelt het hof daarmee echt: *alle* betalingen die op grond van de bedongen koopprijs nodig waren, of bedoelt het hof meer overdrachtelijk dat er ‘een niet te verwaarlozen aantal’ betalingen is gedaan? Ook wordt uit r.o. 9.4.5 van het arrest niet onomstotelijk duidelijk of de bestuurder bij zijn verklaring over de andere oorzaken van het faillissement, daadwerkelijk stukken uit de administratie van MAC heeft overgelegd ter onderbouwing van zijn verklaring, of naar specifieke vindplaatsen in de administratie van MAC heeft verwezen, of dat de bestuurder slechts heeft gesteld dat de juistheid van zijn verklaring in het algemeen zou worden ondersteund door “stukken die zich in de administratie bevinden en in het bezit zijn van de curator”. Het lijkt erop dat de bestuurder mogelijk slechts in algemene zin naar de administratie van de vennootschap heeft verwezen.

De ambiguïteit omtrent de mate waarin de betaling van de koopsommen voor de activa van

MAC nu echt is gebleken en het feit dat de bestuurder lijkt te kunnen hebben volstaan met een algemene verwijzing naar de administratie van MAC, wekt de indruk dat het hof de lat voor het ontzenuwen van het bewijsvermoeden niet hoog heeft willen leggen.

Artikel 2:9 BW

Dat na de afwijzing van het beroep van de curator op artikel 2:248 BW het subsidiaire beroep op artikel 2:9 BW ook niet slaagt, ligt voor de hand, nu de curator volgens het arrest bij zijn beroep op artikel 2:9 BW niet nader heeft gepreciseerd op welke manier de dubieuze transacties tot specifieke (geconcretiseerde) schade voor de vennootschap hebben geleid dan hij bij het beroep op artikel 2:248 BW deed. Dit is iets wat wel vaker lijkt te worden vergeten: voor een beroep op artikel 2:248 BW hoeft slechts de causaliteit tussen de onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur en het faillissement vast te staan – en dan wordt de omvang van de schade (voor de gezamenlijke crediteuren) door de wet gefixeerd op het boedeltekort – maar voor een beroep op artikel 2:9 BW moet de causaliteit tussen onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur en concrete schadeposten (voor de vennootschap) worden aangetoond. Uit het onderhavige arrest blijkt niet dat de curator aan dat verschil aandacht heeft besteed.

Het is onduidelijk of het hof dit verschil wel in het oog heeft gehouden. In r.o. 9.4.12, waarin het om de beoordeling van het beroep op artikel 2:9 BW gaat, herhaalt het hof dat de curator onvoldoende heeft onderbouwd “*dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest*”. Als het hof hier heeft willen aannemen dat er van onbehoorlijke taakvervulling (ook in de zin van art. 2:9 BW) in ieder geval wel sprake was, had hier eigenlijk moeten staan dat de curator onvoldoende heeft onderbouwd dat de onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur tot schade voor MAC heeft geleid.

Maar er is reden voor een slag om de arm. Een alinea hoger, in r.o. 9.4.9 (de nummering van de rechtsoverwegingen loopt niet helemaal perfect door), overweegt het hof dat “*niet is komen vast te staan dat de koopsom niet aan (de crediteuren van) MAC ten goede is gekomen, of dat er anderszins zaken aan het vermogen van MAC zijn onttrokken zonder dat daar een tegenprestatie tegenover stond, en dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Naar het oordeel van het hof is van ernstig verwijtbaar handelen dan ook geen sprake (...)*”

Mogelijk heeft het hof willen uitdrukken dat er überhaupt geen sprake was van onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:9 BW. Dan kan niet gezegd worden dat het hof ten onrechte de relatie tot het faillissement heeft betrokken bij het schadebegrip. Maar ook dan blijft toch opmerkelijk dat het hof voor de beslissing dat er geen sprake is van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:9 BW niet alleen het niet-vaststaan van de derving van de

koopsommen of andersoortige onttrekkingen relevant vindt, maar ook het ontbreken van onderbouwing dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement zou zijn geweest. Oorzakelijk verband tussen het handelen van het bestuur en het intreden van faillissement is immers geen vereiste voor artikel 2:9 BW, aangezien aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW ook buiten faillissement aan de orde kan zijn.

I.F.M. Lakwijk, juli 2022

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 28-06-2022

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:2099

Zaaknummer: 200.294.836/01

Rechters: O.G.H. Milar, C.J.H.G. Bronzwaer en N.W.M. van den Heuvel

Advocaten: Ph.W. Schreurs en P.W.F. Kostons

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:10 BW, 2:248 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Verzet tegen uitdelingslijst bij vereenvoudigde afwikkeling. Met wenk

Verzoekers zijn niet ontvankelijk in hun verzet tegen de uitdelingslijst, omdat niet is gesteld of gebleken dat zij schuldeisers zijn van failliet. Bij een vereenvoudigde afwikkeling kan geen sprake zijn van een lijst van erkende en betwiste crediteuren.

Een faillissement van een besloten vennootschap wordt vereenvoudigd afgewikkeld. De rechter-commissaris heeft op grond van artikel 137a Fw bepaald dat behandeling van concurrente vorderingen achterwege blijft en dat geen verificatievergadering wordt gehouden. Verzoekers stellen tijdig verzet in tegen de door de curator bij de griffie gedeponeerde uitdelingslijst. Hoewel geen onderdeel van deze procedure, is uit de beschikking op te maken dat zij gelijktijdig artikel 69 Fw-verzoeken indienen bij de rechter-commissaris. Grond van het verzet is dat de curator een vordering van de voormalig advocaat van de verzoekers ten onrechte op de lijst van erkende concurrente crediteuren heeft geplaatst.

Na een (afgewezen) wrakingsverzoek en herhaalde uitstelverzoeken zijn verzoekers uiteindelijk niet ter zitting verschenen.

De rechter-commissaris heeft in zijn rapport ex artikel 185 Fw vermeld dat hij niet heeft kunnen vaststellen dat verzoekers schuldeisers zijn. Mogelijk zijn zij erfgenaam in de nalatenschap van de aandeelhouder van failliet, maar dat maakt hen geen schuldeisers van failliet.

De rechtbank is er kort over. De mogelijkheid van verzet tegen de uitdelingslijst staat open voor iedere schuldeiser met een verifieerbare vordering. Verzoekers zijn niet-ontvankelijk, omdat niet is gesteld of gebleken dat zij schuldeiser zijn. Ten overvloede overweegt de rechtbank nog dat bij een vereenvoudigde afwikkeling geen sprake kan zijn van een lijst van erkende en betwiste crediteuren. Weliswaar vermeldde de uitdelingslijst vorderingen van diverse concurrente crediteuren, maar dat was volgens de curator slechts ad informandum.

Wenk

De verzoekers in deze zaak betwistten een concurrente vordering. In het faillissement waren onvoldoende baten om de concurrente schuldeisers te kunnen betalen, zodat het faillissement in aanmerking kwam voor vereenvoudigde afwikkeling ex artikel 137a Fw e.v.

De regeling omtrent vereenvoudigde afwikkeling is ingevoerd in 2002. Doel was om een wettelijke basis te geven aan de bestaande praktijk van betaling aan de preferente schuldeisers – hoofdzakelijk de Belastingdienst en het UWV – zonder dat er een verificatievergadering had plaatsgevonden. In de regeling is grotendeels aangesloten bij het systeem van uitdeling na een verificatievergadering (art. 184 Fw e.v.). Een van de verschillen is, dat het verzet in geval van een vereenvoudigde afwikkeling waarschijnlijk ook kan worden gebruikt om een vordering te betwisten (K. Heemrood-van Dijk, *GS Faillissementsrecht*, artikel 137e Fw, aant. 4). Bij een afwikkeling na verificatievergadering is dat niet het geval, omdat de verificatievergadering dan het moment is waarop schuldeisers een vordering van een medeschuldeiser kunnen betwisten.

Verzoekers waren echter geen schuldeiser en dus niet-ontvankelijk in hun betwisting door middel van verzet. Bovendien protesteerden zij tegen een concurrente vordering, terwijl alleen de preferente vorderingen worden vastgesteld door middel van de uitdelingslijst. Zouden zij wel schuldeiser zijn geweest én een preferente (in plaats van een concurrente) vordering betwisten, dan zouden verzoekers waarschijnlijk nog een derde horde voor ontvankelijkheid hebben moeten nemen. Het is waarschijnlijk dat zij in dat geval namelijk alleen ontvankelijk zijn als zij bij het slagen van hun verzet gerechtigd zouden worden tot een (hogere) uitkering op hun concurrente vordering (R.J. van Galen, 'Vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen', *Ondernemingsrecht* 2002, afl. 10, p. 291). Zo niet, dan hebben zij immers ook geen belang bij het verzet.

J.H.M. van de Wiel, juli 2022

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 07-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2022:6183

Zaaknummer: 325310/FT RK 22/91

Rechters: W.S.J. Thijs

Wetsartikelen: 137a Fw en 137e Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurder van een beddenhandel is aansprakelijk voor het boedeltekort omdat de administratieplicht is geschonden, rechtsvermoeden wordt niet ontzenuwd.

De curator van een beddenhandel stelt de beide bestuurders en hun zoon aansprakelijk. De vrouw doet met succes een beroep op disculpatie en de zoon betwist feitelijk leidinggevende te zijn geweest. Alleen de vorderingen die zijn ingesteld tegen de vader worden toegewezen.

Een detailhandelsbedrijf in bedden en toebehoren wordt op 21 oktober 2020 in staat van faillissement verklaard. Uit het onderzoek van de curator blijkt dat er nagenoeg geen boekhouding is bijgehouden. Er is geen sprake van een debiteuren-, crediteuren-, of voorraadadministratie. Het bedrijf beschikt al sinds 2015 niet meer over een kassa, zodat er geen pinbetalingen konden worden gedaan. Betalingen werden per kas gedaan, maar daarvan werd geen kasadministratie bijgehouden. Verder is gebleken dat er sinds 2016 geen jaarrekeningen meer zijn gepubliceerd en dat de jaarrekening over 2015 niet tijdig is gepubliceerd. De curator stelt dat de (middellijk) bestuurders hun taak onbehoorlijk hebben vervuld en stelt hen aansprakelijk voor het boedeltekort. Daarnaast stelt hij de zoon van de bestuurders aansprakelijk als feitelijk leidinggevende van de onderneming.

De rechtbank oordeelt als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat het bestuur zijn administratieplicht als bedoeld in artikel 2:10 BW heeft geschonden. Daarmee staat vast dat het bestuur zijn taken onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat de schending van de administratieplicht een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Gedaagden zijn evenwel van mening dat dit vermoeden is ontzenuwd, door te wijzen op (gestelde) feiten die volgens hen tot het faillissement hebben geleid. Naar het oordeel van de rechtbank zijn gedaagden niet geslaagd in het ontzenuwen van het voornoemde rechtsvermoeden. In zijn algemeenheid mag namelijk worden aangenomen dat een bestuurder die geen of een gebrekkige administratie bijhoudt, minder goed zicht zal hebben op het functioneren van zijn onderneming en bij financiële problemen minder goed in kaart zal kunnen brengen waarom

zijn onderneming minder goed draait en welke maatregelen getroffen zouden kunnen worden om tijdig bij te sturen. Aangezien een van de gedaagden (de vader) verder geen disculpatie- of matigingsverweer heeft gevoerd en tegen het gevorderde voorschot en de hoogte daarvan evenmin verweer heeft gevoerd, worden de vorderingen van de curator ten aanzien van hem op grond van artikel 2:248 jo 2:11 BW integraal toegewezen.

Ten aanzien van de zoon oordeelt de rechtbank dat door de curator onvoldoende is gesteld om tot het oordeel te kunnen komen dat hij als feitelijk leidinggever van gefailleerde kan worden aangemerkt. Uit verklaringen volgt weliswaar dat de zoon verstrekkende bevoegdheden had binnen de onderneming, maar die bevoegdheden leiden niet zonder meer tot de conclusie dat de zoon zijn wil aan de formele bestuurder oplegde en daarmee het formele bestuur terzijde stelde. Daarnaast is in de procedure steeds verklaard dat de vader eindverantwoordelijk bleef en het beleid bepaalde. De vorderingen jegens de zoon op grond van artikel 2:248 lid 7 BW worden dan ook afgewezen. Voorts heeft de curator ook gesteld dat de zoon verschillende goederen heeft ontvreemd en gebruikt voor zijn nieuwe onderneming met een vergelijkbare handelsnaam als gefailleerde, maar die stelling heeft de curator onvoldoende onderbouwd.

De tweede bestuurder, de moeder, stelt zich op het standpunt dat zij zich kan disculperen en doet subsidiair een beroep op matiging van het bedrag van haar aansprakelijkheid tot nihil. Zij stelt daartoe (onbetwist) dat zij geen bestuurstaken in de onderneming had en enkel bijkomende taken binnen de onderneming uitvoerde. Daarbij had zij een ondergeschikte rol ten aanzien van haar (inmiddels ex-)man en zoon. In 2015 werd zij ziek en in 2017 eindigde haar relatie met de eerste bestuurder. Sindsdien zou zij niet meer in het huurpand van de onderneming mogen komen. De rechtbank oordeelt dat het beroep op disculpatie slaagt omdat aan de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt van de schending van de administratieplicht. Daarnaast kan aan haar evenmin worden tegengeworpen dat zij zich niet informeerde over de taakuitoefening door de medebestuurder omdat zij door de omstandigheden binnen het huwelijk een psychisch ziektebeeld heeft gekregen. De vorderingen die zijn ingesteld jegens de tweede bestuurder, worden door de rechtbank afgewezen.

M.M. Eveleens-van der Zwaag, juli 2022

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 06-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:1971

Zaaknummer: C/08/262384 / HA ZA 21-80

Rechters: T.J. Thurlings-Rassa

Advocaten: F. Kolkman, W.B. Brusse en S.J. de Vries

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Vernietiging van faillissement in hoger beroep

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank waarbij een (ontbonden) besloten vennootschap in staat van faillissement is verklaard en wijst het faillissementsverzoek van verweerster alsnog af. Het hof oordeelt dat de toestand van te hebben opgehouden te betalen onvoldoende aannemelijk is gemaakt.

Het faillissement van de (ontbonden) besloten vennootschap ('de holding') is aangevraagd door verweerster. Verweerster stelt een vordering ad € 395.012,07 (te vermeerderen met rente en kosten) te hebben op de holding. De vordering is gebaseerd op een civielrechtelijke veroordeling van de holding in een (verstek)vonnis van 14 oktober 2020. Volgens verweerster is de vordering onbetaald gebleven en heeft de holding ook andere schuldeisers onbetaald gelaten. Met het bestreden vonnis van 19 april 2022 is vervolgens het faillissement van de holding uitgesproken.

In hoger beroep verzoekt de holding het vonnis te vernietigen en het faillissementsverzoek van verweerster alsnog af te wijzen. De holding heeft aangevoerd dat er geen sprake is van een toestand van te hebben opgehouden te betalen en dat er geen sprake is van pluraliteit van schuldeisers.

Op 15 juni 2022 heeft de mondelinge behandeling plaatsgevonden waarbij (de bestuurder van) de holding, verweerster en de curator zijn gehoord. Na de mondelinge behandeling zijn partijen met elkaar in onderhandeling gegaan en hebben zij een regeling getroffen waarin afspraken zijn gemaakt over de vordering van verweerster. Onderdeel van de getroffen regeling is dat de holding de kosten van de curator zal voldoen en dat verweerster en de curator het hof zullen berichten dat zij zich niet verzetten tegen een vernietiging van het vonnis.

In zijn overwegingen stelt het hof voorop dat de regeling niet zonder meer betekent dat het vonnis zal worden vernietigd vanwege aspecten van openbare orde. Het hof is van oordeel dat de vordering van verweerster (summierlijk) aannemelijk is gemaakt. Nu verweerster heeft

laten weten geen bezwaar meer te hebben tegen vernietiging van het vonnis, houdt het hof het ervoor dat de vordering van verweerster niet meer bestaat of in elk geval niet opeisbaar meer is.

Hoewel de holding naast de vordering van verweerster nog andere schuldeisers zou hebben, is het hof van oordeel dat de holding niet verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. De holding is in staat gebleken de betaling van het salaris van de curator te garanderen door storting van gelden op de derdenrekening van haar advocaat en een regeling te treffen met de oorspronkelijke aanvrager van het faillissement, verweerster. Ook een kleine vordering ad € 123,25 van ING Bank is betaald. Al met al is de toestand van te hebben opgehouden te betalen onvoldoende aannemelijk gemaakt.

Het hof vernietigt het vonnis en wijst het oorspronkelijke verzoek tot faillietverklaring af. Op verzoek van de curator heeft het hof de faillissementskosten vastgesteld en de holding veroordeeld tot betaling van dit bedrag aan de curator.

B.S. Pronk, juli 2022

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 30-06-2022

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:2136

Zaaknummer: 200.309.635_01

Rechters: A.P. Zweers-van Vollenhoven, H.A.G. Fikkers en M. Breur

Advocaten: A.C. Hansen en J.A. Trimbach

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 2:19 BW

RECHTSPRAAK

Alle schuldeisers hebben ingestemd met WHOA-akkoord, dus schuldenaar heeft geen belang bij het homologatieverzoek

WHOA-homologatieverzoek niet-ontvankelijk bij gebrek aan belang omdat alle stemgerechtigden vóór het akkoordvoorstel van de schuldenaar hebben gestemd. Minnelijk akkoord is tot stand gekomen en in dat geval kan geen homologatieverzoek worden gedaan.

Verzoekster verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan. Verzoekster exploiteerde sinds eind 2019/begin 2020 een restaurant. Vrijwel direct na haar oprichting had zij te maken met coronamaatregelen, waardoor het restaurant diverse keren dicht moest. Hierdoor is verzoekster in financieel zwaar weer geraakt. Inmiddels is het restaurant gesloten en biedt verzoekster haar schuldeiserseen WHOA-liquidatieakkoord aan.

Het WHOA-akkoord levert door een bijdrage van de aandeelhouders meer op dan een faillissement en faillissementskosten worden voorkomen. Verzoekster heeft op 12 mei 2022 een akkoordvoorstel voorgelegd aan haar crediteuren. Er is sprake van drie klassen schuldeisers: de fiscus, negen concurrente crediteuren en vijf aandeelhouders. De fiscus krijgt 42,9% van zijn vordering aangeboden, de concurrente schuldeisers 21,45% en de aandeelhouders 0%. Alle stemgerechtigden stemmen in met het voorstel. Verzoekster doet vervolgens een verzoek tot homologatie ex artikel 383 Fw.

Verzoekster heeft ter zitting aangevoerd dat zij belang heeft bij de verzochte homologatie nu zij expliciet een akkoord heeft aangeboden in het kader van een WHOA-procedure, waarbij is medegedeeld dat de uitkering aan de schuldeisers zou gebeuren na homologatie. Verzoekster voorzag ten tijde van het aanbieden van het akkoord niet dat uiteindelijk alle stemgerechtigden met het akkoord zouden instemmen en zij heeft in het akkoordvoorstel niet vermeld dat homologatie in die situatie niet nodig is. De Belastingdienst heeft ingestemd omdat het akkoord is aangeboden in het kader van de WHOA. Dat geldt ook voor het UWV, dat een concurrente vordering heeft in verband met verleende NOW-steun. Verder hebben de

aandeelhouders geld beschikbaar gesteld onder voorwaarde van homologatie van het akkoord.

De vraag rijst of verzoekster ontvankelijk is haar verzoek, omdat reeds door instemming van alle stemgerechtigden een minnelijk akkoord tot stand is gekomen. De rechtbank beantwoordt deze vraag ontkennend. Omdat alle afzonderlijke stemgerechtigden het akkoord hebben aanvaard, is er geen belang bij homologatie van het akkoord.

In beginsel is het akkoord een overeenkomst tussen de schuldenaar en zijn schuldeisers. Op basis van de wetsgeschiedenis overweegt de rechtbank dat homologatie (slechts) aan de orde komt wanneer een of meer schuldeisers niet instemmen met het aangeboden akkoord. Homologatie is een rechterlijk oordeel waarmee een onderhands akkoord aan tegenstemmers en niet-stemmers wordt opgelegd, zodat het een dwangakkoord wordt. Als alle stemgerechtigden instemmen, is homologatie niet aan de orde. Dat zou volgens de rechtbank ook niet passen in het systeem van de wet, omdat dit tot het 'ongerijmde resultaat' kan leiden dat de rechtbank de homologatie weigert terwijl alle stemgerechtigden hebben ingestemd met het akkoord.

Dat verzoekster toch een belang heeft bij homologatie, is onvoldoende gebleken. Dat belang hangt in ieder geval niet samen met de positie van de Belastingdienst. Weliswaar stemt de Belastingdienst alleen in met een akkoord als het akkoord zou worden gehomologeerd door de rechtbank, maar daaruit volgt niet dat het akkoord daadwerkelijk moet worden gehomologeerd. De fiscus heeft ook onvoorwaardelijk ingestemd met het voorgestelde akkoord.

J. van den Dolder, juli 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 15-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:5838

Zaaknummer: C/10/640010 / HO RK 22/231

Rechters: F. Damsteegt, J.H. Steverink en C.A.M. de Bruijn

Advocaten: S. El Hadouchi, G.A. Krol en S.H. Broeseliske

Wetsartikelen: 383 Fw

RECHTSPRAAK

'Economische' eigendom appartementsrecht, verrekening en pauliana

Wel of geen overgang 'economische' eigendom appartementsrecht? Geen verrekening van eventuele na datum faillissement vervallen huur of andersoortige gebruiksvergoeding. Geen verrekening van 'teruggaveverplichting' artikel 51 Fw.

De procedure gaat tussen een restauranteigenaar die zijn restaurant in de loop der jaren in verschillende rechtsvormen heeft uitgebaat en een curator die daar wat van vindt. De restauranteigenaar, appellant in het voorliggende hoger beroep, baatte zijn restaurant aanvankelijk uit in de vorm van een eenmanszaak en huurde daartoe een horecaruimte, totdat hij in 2002 in persoon het appartementsrecht van die ruimte verkreeg.

In 2006 heeft hij de restaurantactiviteiten ondergebracht in het door hem opgerichte en bestuurd Luc B.V. ('Luc'), waar hij in 2007 ook de 'economische eigendom' van het appartementsrecht aan heeft 'overgedragen'. In 2012 zijn de restaurantactiviteiten van Luc uitgezakt naar El Rio B.V. met Luc als enig aandeelhouder en wederom de restauranteigenaar als enig bestuurder. Luc heeft de economische eigendom bij die herindeling behouden en aan El Rio op basis van een huurovereenkomst het gebruiksgenot daarvan verschaft.

In januari 2017 heeft de restauranteigenaar besloten Luc en El Rio te liquideren en terug te keren naar exploitatie vanuit een eenmanszaak. In dit kader heeft appellant met zichzelf in hoedanigheid van bestuurder van Luc op 1 mei 2017 afgesproken dat hij de inventaris en *goodwill* van Luc geleverd zou krijgen voor € 15.000, waarvan betaling zou plaatsvinden door verrekening met een rekening-courantpositie. Op 25 juli 2017 is Luc in staat van faillissement verklaard. De restauranteigenaar heeft zijn activiteiten nog tot eind 2018 vanuit de horecaruimte voortgezet.

De curator van Luc heeft de restauranteigenaar in eerste instantie aangesproken tot betaling van huur voor het na faillissement voortgezette gebruik van appartementsrecht. Die vordering is gebaseerd op het standpunt dat de economische eigendom van het appartementsrecht de

boedel van Luc nooit zou hebben verlaten. Daarnaast heeft de curator de activatransactie met een beroep op artikel 42 Fw vernietigd en vergoeding van de waarde van de inventaris en de *goodwill* gevorderd. Bij vonnis van 18 november 2019, zoals gewijzigd bij vonnis van 19 december 2019 (geen van beide gepubliceerd), heeft de rechtbank de vorderingen tot betaling van huur toegewezen en de vergoedingsvordering ter zake van de activatransactie afgewezen.

In appèl heeft de restauranteigenaar betoogd dat de economische eigendom van het appartementsrecht ten tijde van de terugkeer naar de eenmanszaak in januari 2017 zich weer bij de juridische eigendom in zijn vermogen heeft gevoegd, zodat van verschuldigdheid van huur of enige andersoortige gebruiksvergoeding geen sprake kan zijn. De curator heeft de overgang van de economische eigendom op zijn beurt op basis van hem gebleken omstandigheden betwist (r.o. 4.1-4.3). De overgang is kennelijk niet in enige vorm vastgelegd. Over het standpunt van de restauranthouder en de daarop volgende overweging van het hof in r.o. 4.2 dat dat op zichzelf ook niet noodzakelijk is, kan met het oog op de schriftelijkheidseis van artikel 2:247 BW ook anders worden gedacht. Wat hier ook van zij – het hof stelt de restauranteigenaar in staat om aan de op hem rustende bewijslast ter zake van de terugkeer van de economische eigendom invulling te geven door getuigen te (doen) horen, maar loopt in r.o. 4.10-4.11 op de bewijslevering vooruit. Slaagt de restauranteigenaar daarin niet, dan is hij huur dan wel een andersoortige gebruiksvergoeding aan de boedel verschuldigd. Die schuld kan volgens het hof alsdan niet op grond van artikel 53 Fw worden verrekend met een vordering van de restauranteigenaar op Luc uit hoofde van rekening-courant, voor zover de schuld betrekking heeft op de periode na faillietverklaring van Luc (HR 22 december 1989, *NJ* 1990/661 (*Tiethoff q.q./NMB*)).

De curator is voorts nog in incidenteel hoger beroep gekomen van de afwijzing van zijn schadevergoedingsvordering ter zake van de activatransactie in eerste aanleg. In hoger beroep waren niet de vernietiging zelf maar nog slechts de gevolgen daarvan tussen partijen in geschil. Artikel 51 Fw bepaalt in dit verband dat hetgeen door de vernietigde rechtshandeling – in deze context: de overdracht van de inventaris en *goodwill* – door hen jegens wie de vernietiging werkt aan de curator moet worden teruggegeven. Wordt die verbintenis tot teruggave overeenkomstig de regels betreffende onverschuldigde betaling niet nagekomen, dan ontstaat ter zake langs de weg van het reguliere verbintenissenrecht een verplichting tot schadevergoeding. De restauranthouder heeft in dit verband nog betoogd dat hij de inventaris in het verleden kon en ook heeft willen teruggeven en zodoende niet zou zijn gehouden tot schadevergoeding. Het hof is hier in r.o. 5.3 op basis van de daar besproken feitelijke gang van zaken niet in meegegaan en concludeert dat wel een schadevergoedingsplicht bestaat. Voor de omvang van de schade is aangeknoopt bij de € 15.000 die op 1 mei 2017 als koopprijs voor de inventaris en *goodwill* was gehanteerd. Ook ter zake van deze betalingsverplichting kan

appellant zich volgens het hof niet op verrekening beroepen; terecht, omdat vaste rechtspraak van de Hoge Raad dicteert dat een verrekeningsbevoegdheid in strijd zou komen met doel en strekking van de *actio Pauliana* (HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1465 (*Kuijsters/Gaalman*)).

J.O. Bijloo, juli 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-07-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:5955

Zaaknummer: 200.276.481

Rechters: H.E. de Boer, A.A. van Rossum en J. Israël

Advocaten: T.H. Roelen en Th. de Werdt

Wetsartikelen: 42 Fw, 51 Fw en 53 Fw

RECHTSPRAAK

Afwijzing verzoek tot ontslag van de curator

Er zijn geen zwaarwegende gronden die het ontslag van de curator rechtvaardigen.

Op 5 juli jl. heeft de rechtbank Den Haag zich gebogen over een verzoek tot ontslag van de curator en de aanstelling van een andere curator ex artikel 73 Fw.

Het verzoek was ingediend door de gefailleerde (een natuurlijk persoon) die het volgende aanvoerde.

Ten eerste zou de curator onroerend goed hebben verkocht voor een te lage prijs. De curator heeft echter een taxatierapport laten opstellen en zich laten adviseren door een NVM-makelaar. Het hoogste bod is voorgelegd aan de rechter-commissaris die uiteindelijk toestemming heeft verleend voor de verkoop. De rechtbank oordeelt dat het verkoopproces hiermee met meerdere waarborgen omkleed is geweest. Uit niets blijkt dat de boedel door de verkoop is geschaad.

Verder zou de curator voornemens zijn om in te stemmen met een vaststellingsovereenkomst op basis waarvan een te laag bedrag in de boedel zou vloeien. Hierover staat echter nog een overleg met de curator, de gefailleerde en de rechter-commissaris gepland. De gefailleerde heeft nog voldoende mogelijkheden om zijn bezwaren op dit punt kenbaar te maken. De rechtbank oordeelt daarom dat dit argument geen grond voor ontslag van de curator oplevert.

Ten derde zou de curator de gefailleerde te weinig betrekken bij de behandeling van het faillissement. De rechtbank oordeelt dat communicatie zeer belangrijk is maar dat de curator niet op iedere brief van de gefailleerde hoeft te reageren. Evenmin hoeft de curator de gefailleerde bij al zijn werkzaamheden te betrekken. Bovendien blijkt uit de overgelegde stukken dat de curator voldoende met gefailleerde in gesprek is (geweest). Dit argument strandt dus eveneens.

Ten vierde voert de gefailleerde aan dat de curator weigert werk te maken van vorderingen die de gefailleerde stelt te hebben op zijn voormalige advocaten vanwege door hen gemaakte beroepsfouten en te hoge declaraties. De rechtbank oordeelt dat een artikel 73 Fw-procedure

niet bedoeld is om de curator te bewegen tot het verrichten van bepaalde handelingen. Gefailleerde zou dit eventueel via een artikel 69 Fw-verzoek aan de rechter-commissaris kunnen voorleggen.

Tot slot stelt de gefailleerde dat de curator te hoge salariskosten in rekening zou brengen en dat het faillissement onbegrijpelijk lang zou duren. De rechtbank oordeelt dat het salaris van de curator ex artikel 65 jo. 71 Fw wordt vastgesteld door de rechtbank nadat de rechter-commissaris daarover is gehoord. Dit vormt daarom geen grond voor ontslag. Ten overvloede merkt de rechtbank op dat de gedragingen van de gefailleerde, waaronder het sturen van vele brieven en het voeren van meerdere procedures, zorgt voor extra werkzaamheden voor de curator.

Alles in ogenschouw nemende komt de rechtbank tot de conclusie dat er geen zwaarwegende gronden zijn die het ontslag van de curator rechtvaardigen. Het verzoek wordt afgewezen.

K.C.S. Meekes, juli 2022

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 05-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2022:6777

Zaaknummer: C/09/18/292 F

Rechters: M.M.F. Holtrop

Wetsartikelen: 69 Fw en 73 Fw

RECHTSPRAAK

Alsnog vernietiging pandrecht op vorderingen in hoger beroep

Hof wijst vordering op grond van artikel 42 Fw alsnog toe na afwijzing in eerste aanleg. Wederpartij schuldenaar slaagt er niet in vermoeden van wetenschap van benadeling te weerleggen.

Schuldenaar K.G. Transport B.V. ('KG') exploiteert een transportbedrijf. Zij maakt gebruik van de diensten van Best Chauffeurs & Logistiek B.V. ('Best'), een uitzendbureau voor chauffeurs. Wanneer KG al geruime tijd niet aan haar verplichtingen jegens Best voldoet, vestigt KG ten behoeve van Best een (tweede) pandrecht op haar vorderingen op derden. Het pandrecht strekt tot zekerheid van zowel de bestaande als de toekomstige vorderingen van Best op KG. Het pandrecht wordt gevestigd in augustus 2019. KG failleert in november 2019.

De curator vernietigt de verpanding op de voet van artikel 42 Fw. In eerste aanleg worden zijn daartoe strekkende vorderingen afgewezen. Het hof wijst de vordering van de curator alsnog toe.

Het hof kwalificeert de verpanding als een onverplichte rechtshandeling. Het hof gaat er veronderstellenderwijs van uit dat de verpanding anders dan om niet is verricht. Het feit dat Best niet tot onmiddellijke opeising van haar opeisbare vordering is overgegaan zou een mogelijke tegenprestatie kunnen vormen.

Wat betreft wetenschap van benadeling maakt de curator gebruik van het bewijsvermoeden van artikel 43 lid 2, onder 1, Fw. Deels strekte de verpanding namelijk tot zekerheid van een niet-opeisbare schuld.

Best slaagt er niet in het bewijsvermoeden te weerleggen. In dit kader helpt het niet dat de (indirect) bestuurder van KG verklaart dat de bestuurder van Best regelmatig op kantoor van KG kwam. Daar werd kennelijk gesproken over de financiële moeilijkheden van KG en wat KG nog aan Best kon betalen. Ook werd er gesproken over hoe de onderneming liep, welke opdrachtgevers KG had en welke daarvan goed waren voor hun geld. Deze omstandigheden leiden het hof tot de conclusie dat Best het bestaan van wetenschap van benadeling

onvoldoende gemotiveerd heeft betwist.

J.F. Fliek, juli 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-07-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:5962

Zaaknummer: 200.292.925 en 246107

Rechters: H.L. Wattel, J. Sap en J. Israël

Advocaten: F.J. Bleker en M.B. Bollen

Wetsartikelen: 42 Fw en 43 Fw

RECHTSPRAAK

Een gehonoreerd verzoek tot faillietverklaring

Deze zaak gaat over de vraag of het verzoek van appellante om verweerster in staat van faillissement te verklaren moet worden gehonoreerd. Het hof concludeert dat de vordering van de appellante (summierlijk) aannemelijk is, dat voldaan is aan het pluraliteitsvereiste en dat verweerster in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. Het hof heeft daarom het faillissement van verweerster uitgesproken.

Deze zaak gaat over de vraag of het verzoek van appellante om verweerster in staat van faillissement te verklaren moet worden gehonoreerd. Tussen appellante en verweerster is een regieovereenkomst gesloten. Volgens appellante is op basis van deze overeenkomst nog een bedrag van circa € 23.000 verschuldigd. Zij heeft bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant een verzoek tot faillietverklaring van verweerster ingediend, dat bij beschikking van 26 april 2022 is afgewezen. Appellante is van de beschikking in hoger beroep gegaan bij het hof 's-Hertogenbosch.

Voor een faillietverklaring moet aan drie eisen zijn voldaan. Ten eerste moet summierlijk blijken van het vorderingsrecht van appellante. Verweerster stelt dat er diverse gebreken zijn, waaronder het afhangen van deuren en het dichten van een gat in de vloer, en dat deze gebreken verrekend moeten worden. Het hof 's-Hertogenbosch overweegt dat het onwaarschijnlijk is dat deze gebreken een waarde vertegenwoordigen van duizenden euro's aan herstelwerkzaamheden. Dat de omvang van de openstaande vordering niet tot op de cent nauwkeurig vaststaat, staat volgens het hof niet in de weg aan het oordeel dat summierlijk blijkt van het vorderingsrecht van appellante. Het hof oordeelt dat het (summierlijk) aannemelijk is dat de openstaande vordering van appellante ten minste € 10.000 bedraagt.

Ten tweede moet voldaan zijn aan het pluraliteitsvereiste. Het hof 's-Hertogenbosch overweegt dat naast de vordering van appellante, verweerster nog minstens één andere schuldeiser heeft, namelijk ING Bank. Verweerster heeft de vordering van ING Bank niet betwist. Dat de vordering van ING Bank al dan niet opeisbaar is, is volgens het hof niet

noodzakelijk voor het pluraliteitsvereiste. In ieder geval moet één schuld opeisbaar zijn, en daaraan is volgens het hof 's-Hertogenbosch voldaan gezien de onbetaald gelaten en opeisbare vordering van appellante. Het hof is daarom van oordeel dat sprake is van meerdere schuldeisers en dat dus ook voldaan is aan het pluraliteitsvereiste.

Ten derde moet verweerster in de toestand verkeren dat zij heeft opgehouden te betalen. Het hof overweegt dat gebleken is dat verweerster niet onwillig is de openstaande facturen van appellante te betalen. Zowel uit de stukken in het procesdossier als uit hetgeen bij gelegenheid van de mondelinge behandeling door partijen in hoger beroep naar voren is gebracht, is het hof gebleken dat verweerster onvoldoende financiële middelen heeft om de openstaande vordering van appellante binnen een redelijke termijn te voldoen. Dat verweerster de afgelopen maanden deelbetalingen heeft gedaan, maakt niet dat de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen niet aanwezig is. Het hof overweegt dat verweerster met deze deelbetalingen geen genoeg hoeft te nemen, en dat zij reeds geruime tijd aanspraak kan maken op volledige betaling van de openstaande vordering. Het hof acht de toestand van te hebben opgehouden te betalen dan ook aanwezig.

Aldus concludeert het hof dat de vordering van de appellante (summierlijk) aannemelijk is, dat voldaan is aan het pluraliteitsvereiste en dat verweerster in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. Het hof heeft daarom het faillissement van verweerster uitgesproken.

N. Igarah, juli 2022

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 23-06-2022

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:2025

Zaaknummer: 200.310.005_01

Rechters: R.R.M. de Moor, A.P. Zweers-van Vollenhoven en M.W.M. Souren

Advocaten: C.H. Pannekoek en M.A.A. van Tongeren

Wetsartikelen: Artikel 1 Fw en Artikel 6 Fw

RECHTSPRAAK

Afwijzing verzoek afkoelingsperiode WHOA omdat startverklaring en verzoek niet namens de vennootschap zijn ingediend

De advocaat die de startverklaring heeft ondertekend en het verzoek tot afkondigen van een afkoelingsperiode heeft ingediend, heeft daartoe geen opdracht gekregen van iemand die bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen.

Een advocaat dient, na deponering van een afkoelingsperiode, namens een Nederlandse bv een verzoek in tot afkondiging van een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw. De aandeelhouder van de bv is een rechtspersoon naar het recht van Delaware. De bv en haar aandeelhouder hebben als doel om op natuurlijke basis entheogenen te ontwikkelen. De bv is opgericht voor de Europese markt. In Nederland is een laboratorium opgericht en zijn vijf personen werkzaam. Omdat het de aandeelhouder niet is gelukt financiering te krijgen, moest zij en moest ook de Nederlandse bv de onderneming staken.

De bv wil de onderneming gecontroleerd afwikkelen. Daartoe is een regeling getroffen met de werknemers. Met de verhuurder moet nog overeenstemming bereikt worden over de beëindiging van de huurovereenkomst die was gesloten voor vijf jaar. De bv wil haar activa verkopen en de opbrengst na aanbidding van een WHOA-akkoord uitkeren aan de schuldeisers. De bv stelt dat een WHOA-akkoord leidt tot een snellere uitkering. Ook zijn de kosten lager dan in faillissement.

De rechtbank wijst het verzoek af, omdat de startverklaring niet is gedeponerd door of namens de vennootschap. De advocaat die de verklaring heeft ondertekend, stelt dat de (enig) bestuurder van de bv niet meer functioneert. Hij zou zijn ingeschakeld door degene die opdracht zou hebben gekregen van de aandeelhouder om de onderneming af te wikkelen.

De rechtbank overweegt dat een bv in beginsel wordt vertegenwoordigd door haar bestuur, terwijl de bestuurder de startverklaring niet heeft ondertekend en geen opdracht heeft gegeven tot het deponeren van de startverklaring. Die opdracht is ook niet gegeven door

iemand anders die bevoegd is de bv te vertegenwoordigen. Hetzelfde geldt voor het verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode.

Ten overvloede overweegt de rechtbank dat ook bij bevoegde vertegenwoordiging geen afkoelingsperiode zou zijn afgekondigd. Van de noodzaak van een afkoelingsperiode is niet gebleken, omdat er geen schuldeisers zijn die beslag hebben gelegd of andere rechtsmaatregelen hebben getroffen. Verder is onvoldoende aannemelijk geworden dat een WHOA-akkoord meerwaarde heeft boven een faillissement. Van belang daarbij is onder meer dat nog geen regeling is getroffen met de verhuurder, terwijl de huurovereenkomst in faillissement opgezegd kan worden met een maximumtermijn van drie maanden en leegstandschade niet verifieerbaar is. Verder is van belang dat de bv de activa wil verkopen zonder deze te taxeren, zodat niet uit te sluiten valt dat in faillissement een hogere opbrengst wordt gerealiseerd.

H.J. de Kloe, juli 2022

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 14-06-2022

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:3507

Zaaknummer: C/13/717772 FT RK 22.348

Rechters: K.M. van Hassel, R. Cats en M.D.E. Leppens

Advocaten: E. Walinga

Wetsartikelen: 370 Fw en 376 Fw

RECHTSPRAAK

Geen faillissementsaansprakelijkheid, wel onrechtmatige selectieve betaling door overdracht actief en verrekening koopprijs

De curator in het faillissement van Energie der Nederlanden B.V. stelt de (indirect) bestuurder primair op grond van artikel 2:248 BW en subsidiair op grond van artikel 6:162 aansprakelijk. Ondanks het niet voldoen aan de administratie- en publicatieplicht is de bestuurder niet aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW omdat het faillissement is veroorzaakt door een inschattingfout. Wel is sprake van onrechtmatige selectieve betaling.

Energie der Nederlanden B.V. ('EdN'), voorheen Anode B.V. geheten, exploiteerde een onderneming in de verkoop van en handel in elektriciteit en aardgas. Enig bestuurder en aandeelhouder van EdN was Pluspool B.V., waarvan gedaagde ('de bestuurder') op zijn beurt enig bestuurder en aandeelhouder was. Pluspool had ook een Belgische dochtervennootschap, Anode België BVBA.

Anode België nam elektriciteit af van Warmtekracht OndersteuningsMaatschappij CVBA ('WOM'), een samenwerkingsverband van zeventig tuinbouwbedrijven. EdN was partij bij de overeenkomst met WOM. In 2010 raakte Anode België in de financiële problemen, omdat de inkoop van energie niet goed was afgestemd op de verkoop. De op lange termijn ingekochte energie moest daarom tegen een lage(re) prijs op de spotmarkt worden verkocht. Anode België was daarom niet in staat WOM te betalen, waarop Anode België op 8 juni 2010 failliet verklaard is.

De WOM heeft Anode België en EdN aansprakelijk gesteld. Nadat de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen de vorderingen in november 2012 heeft afgewezen, heeft de WOM in maart 2013 hoger beroep ingesteld. Op 8 september 2016 heeft het Hof van Beroep Antwerpen het beroep gegrond verklaard en Anode België en EdN hoofdelijk veroordeeld tot betaling van € 11,5 miljoen. In cassatie is het arrest van het Hof van Beroep in stand gebleven.

Tussen 2012 en eind 2016 heeft een herstructurering plaatsgevonden en zijn de klantenportefeuilles en de inventaris van EdN overgedragen aan diverse vennootschappen binnen een in 2010 nieuw opgerichte tak van het concern waartoe EdN behoorde. De koopprijs van ongeveer € 1,6 miljoen is grotendeels verrekend met vorderingen van de groepsvennootschappen op EdN. Slechts een bedrag van € 72.772 is daadwerkelijk betaald.

In 2016 heeft EdN alle schulden aan groepsvennootschappen van in totaal € 9 miljoen betaald. Ook is een deel van de externe schuldeisers betaald. Nadat op 5 september 2017 surseance van betaling is verleend aan EdN, is EdN op 10 november 2017 failliet verklaard. De curator van EdN stelt de bestuurder aansprakelijk, primair op grond van artikel 2:248 BW voor het boedeltekort van ongeveer € 13 miljoen en subsidiair op grond van artikel 6:162 BW.

Ten aanzien van de vordering op grond van artikel 2:248 BW overweegt de rechtbank dat de jaarrekeningen over 2014 en 2015 respectievelijk vijftien en zeventien maanden te laat zijn gepubliceerd. Het verweer van de bestuurder dat sprake is van een onbelangrijk verzuim omdat de vorige accountant niet langer over de benodigde vergunningen zou beschikken, verwerpt de rechtbank. De bestuurder heeft niet onderbouwd dat het niet mogelijk was sneller een nieuwe accountant te vinden en nadat de nieuwe accountant is aangesteld heeft het nog lange tijd geduurd voordat de jaarrekeningen daadwerkelijk zijn gepubliceerd. Ook is niet voldaan aan de administratieplicht.

Het is aan de bestuurder om te stellen dat het faillissement van EdN is veroorzaakt door iets anders dan kennelijk onbehoorlijk bestuur. Die andere oorzaak hoeft niet van buiten te komen (HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099). De rechtbank gaat mee met het betoog van de bestuurder dat het faillissement is veroorzaakt door een onjuiste inschatting van de energiemarkt, die heeft geleid tot de veroordeling tot betaling van € 11,5 miljoen aan WOM. De rechtbank overweegt (ten overvloede, omdat de curator daarover niets heeft gesteld) dat een inschattingsfout in het algemeen niet voldoende is om te oordelen dat sprake is van onbehoorlijk bestuur. Daarnaast is de inschattingsfout gemaakt in 2010, dus buiten de referteperiode van drie jaar uit artikel 2:248 lid 7 BW.

De verkoop van de activa van EdN en (het mogelijk maken van) verrekening van de koopprijs is ook geen belangrijke oorzaak van het faillissement, nu het faillissement is veroorzaakt door de foute inschatting van de energiemarkt. De bestuurder is dus niet aansprakelijk voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW.

De bestuurder is naar het oordeel van de rechtbank wel aansprakelijk op grond van artikel 6:162 BW. Kort nadat WOM stelde een hoge vordering te hebben op EdN, is besloten over te gaan tot de herstructurering. Hoewel de vordering in eerste aanleg was afgewezen, had EdN er

rekening mee moeten houden dat hierover in een hogere instantie anders zou worden geoordeeld. Ook na veroordeling in hoger beroep is de herstructurering doorgezet. Dit heeft ertoe geleid dat de vorderingen van groepsvennootschappen zijn voldaan, waardoor de schuldeisers die niet zijn voldaan in hun positie benadeeld. Gedaagde treft hiervan een ernstig verwijt. De rechtbank veroordeelt de bestuurder tot betaling van een voorschot van € 1,5 miljoen en verwijst de zaak voor het meerdere naar de schadestaatprocedure.

Vanwege het debiteurenrisico van de curator verklaart de rechtbank het vonnis uitvoerbaar bij voorraad, maar vanwege het restitutie­risico van de bestuurder wel onder de voorwaarde dat de curator zekerheid stelt ter hoogte van het bedrag dat de curator verhaalt op de bestuurder.

H.J. de Kloe, juli 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 06-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:5954

Zaaknummer: C/10/589074 / HA ZA 20-9

Rechters: N. Noorduijn, J. van den Bos en S.V. Hardonk

Advocaten: R.J. van der Weijden en J.P.M. Borsboom

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