

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 16, 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

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:6385](#) 25-07-2022

Faillietverklaring geturboliquideerde bv

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:6198](#) 19-07-2022

Paulianeuze hoofdelijke aansprakelijkheid en pandrechten

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:6167](#) 19-07-2022

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens gebrek aan inzicht in financiële situatie van de rechtspersoon

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:6134](#) 19-07-2022

Aansprakelijkheid van bestuurder en (deels) beleidsbepaler met toepassing van bewijsvermoedens en onder meer wegens btw-fraude

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2022:1319](#) 05-07-2022

Afwijzing bestuurdersaansprakelijkheid jegens werknemer

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2022:1326](#) 05-07-2022

De balanstest bij uitkeringen en de inkoop van eigen aandelen moet worden verricht op basis van de laatst vastgestelde jaarrekening. Met wenk

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:2537](#) 29-11-2021

Faillietverklaring Benco Import-Export B.V. in hoger beroep

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:3794](#) 03-08-2022

Rechtbank herstelt foutieve partijaanduiding door curator in dagvaardingsexploot

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:3078](#) 29-07-2022

WHOA: afwijzing verzoek afkondigen afkoelingsperiode

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2022:2582](#) 21-07-2022

Verzoekster niet-ontvankelijk in homologatieverzoek omdat beide schuldeisers

hebben ingestemd

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:2190](#) 21-07-2022

Geen uitzondering op het uitgangspunt dat een failliet haar woonplaats niet mag verlaten

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2022:2552](#) 20-07-2022

Aandeel nalatenschappen niet overdraagbaar of uitwinbaar in WSNP

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2022:2580](#) 29-06-2022

Rechtbank niet bevoegd in renvooiprocedure (art. 122 Fw) omdat arbitrage is overeengekomen

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:3855](#) 28-06-2022

Vof niet-ontvankelijk in verzoek homologatie WHOA-akkoord

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:2901](#) 04-05-2022

Aansprakelijkheid bestuurders en betrokkene als bestuurder en/of feitelijke beleidsbepaler

Annotatie

[De pre-pack: terug van weggeweest](#)

mr. drs. M.M. Eveleens-van der Zwaag

Annotatie

[Leidt een contractueel onoverdraagbaarheidsbeding met goederenrechtelijke werking ook tot onverpandbaarheid?](#)

mr. D.R.C. Smit en mr. B.A.R. Zeelte

RECHTSPRAAK

Faillietverklaring Benco Import-Export B.V. in hoger beroep

De rechtbank had het faillissementsverzoek afgewezen, omdat het verweer van Benco in hoger beroep tegen een uitvoerbaar verklaard vonnis van de kantonrechter niet op voorhand kansloos zou zijn. Het hof oordeelt anders: Benco stelt een tegenvordering te hebben op een andere vennootschap dan de aanvrager van het faillissement, zodat het vorderingsrecht van de aanvrager voldoende aannemelijk is geworden.

Zytec B.V. heeft het faillissement aangevraagd van Benco Import-Export B.V. ('Benco'). Hoewel het vorderingsrecht van Zytec volgt uit een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van de kantonrechter, heeft de rechtbank het faillissementsverzoek afgewezen omdat het verweer van Benco in hoger beroep niet op voorhand kansloos is (INS 2021-0289).

Het hof verklaart Benco alsnog failliet. Tussen partijen is niet in geschil dat Zytec een vordering heeft op Benco, maar Benco stelt dat de vordering van Zytec niet opeisbaar is omdat Benco diverse tegenvorderingen heeft. Zytec verweert zich met de stelling dat Benco in andere procedures heeft gesteld vorderingen te hebben op Zytec Group B.V., een andere vennootschap. Het hof gaat mee in dit verweer, waarmee summierlijk blijkt van het vorderingsrecht van Zytec op Benco. Van belang is ook dat een door een derde aan Benco gecedeerde vordering op Zytec is voldaan op de derdengeldenrekening van de advocaat van Benco.

Naar het oordeel van het hof is sprake van pluraliteit van schuldeisers, omdat ook Zytec Group een vordering heeft op Benco uit hoofde van onverschuldigde betaling. Tot slot oordeelt het hof dat Benco verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. Zytec was bereid het hoger beroep tegen de afwijzing van het faillissementsverzoek in te trekken als Benco een bankgarantie zou stellen. Benco heeft dit echter nagelaten, zodat de faillissementstoestand naar het oordeel van het hof kennelijk is gegeven.

H.J. de Kloe, augustus 2022

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 29-11-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:2537

Zaaknummer: 200.301.352/01

Rechters: R.S. van Coevorden, P.W. van Baal en A.J. Berends

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

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Rechtbank herstelt foutieve partiyaanduiding door curator in dagvaardingsexploit

De curator van een moeder- en dochtervennootschap heeft per abuis een dagvaarding uitgebracht als curator van de moeder, in plaats van als curator van de dochter. De rechtbank wijzigt de partiyaanduiding, omdat de gedaagde hierdoor niet in zijn belangen wordt geschaad.

Een curator is aangesteld in het faillissement van een moeder- en dochtervennootschap. In zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de moedervennootschap is hij een procedure gestart tegen de in deze procedure gedaagde partij. De curator heeft zich hierbij vergist, omdat hij de procedure had willen starten in zijn hoedanigheid van curator van de dochtervennootschap. De curator heeft om deze reden een herstelexploit uitgebracht. De vraag in deze uitspraak is of de curator ontvankelijk is in zijn hoedanigheid van curator van de dochtervennootschap.

De rechtbank overweegt dat aan het dagvaardingsexploit geen gebrek kleefte dat de geldigheid van het exploit aantast. Tot de eerst dienende roldatum kan een fout in de naam van degene die is gedagvaard door middel van een herstelexploit worden hersteld op grond van artikel 120 lid 2 Rv, maar in dit geval heeft de curator het herstelexploit pas na die tijd laten uitbrengen. Het herstelexploit heeft dus geen gevolg.

In 2013 (HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1881) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat herstel van een onjuiste of onvolledige naamsvermelding kan plaatsvinden nadat de zaak is aangebracht, mits daarmee geen materiële belangen van de wederpartij worden geschaad. Hoewel de curator geen verzoek heeft gedaan tot wijziging van de partiyaanduiding, oordeelt de rechtbank aan de hand van artikel 122 lid 1 Rv dat toch wel gevolg moet worden verbonden aan de vergissing van de curator. De gedaagde partij is niet in zijn belangen geschaad door wijziging van de partiyaanduiding, omdat in het antwoord rekening is gehouden met de vergissing van de curator. De curator is daarom ontvankelijk in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de dochtervennootschap.

H.J. de Kloe, augustus 2022

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 03-08-2022

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:3794

Zaaknummer: C/05/402898 / HA ZA 22-174

Rechters: M.D.R. Joppe

Advocaten: I.J.G.H. Hage en C.L. Berkel

Wetsartikelen: 122 lid 1 Rv

RECHTSPRAAK

Vof niet-ontvankelijk in verzoek homologatie WHOA-akkoord

De enige klasse schuldeisers die 'in the money' is, heeft niet ingestemd met het akkoord. Hierdoor is de vof op grond van artikel 383 lid 1 Fw niet bevoegd een homologatieverzoek in te dienen. De rechtbank overweegt ten overvloede dat een liquidatieakkoord in beginsel een voorstel tot afwikkeling van de onderneming moet bevatten. Is de onderneming al afgewikkeld, dan worden schuldeisers voor een onvoldongen feit gesteld en kunnen zij geen vergelijking maken met de uitkomst bij vereffening binnen faillissement.

In deze procedure is het homologatieverzoek aan de orde van een vof die zich had toegelegd op het kweken van hortensiaplant en een WHOA-liquidatieakkoord heeft aangeboden.

Op 1 januari 2021 had de financier van de vof (kennelijk een bank) een vordering van bijna € 300.000 op de vof. Als zekerheid voor de vordering is in 2018 een pandrecht gevestigd op de voorraden, debiteuren en planten. Hoewel de bank dit betwist, is volgens de vof in overleg met de bank besloten de financiering af te bouwen om medio 2022 de financiering volledig afgelost te hebben wegens gezondheidsproblemen van een van de twee vennoten. Op 1 oktober 2021 was de vof in verzuim omdat het krediet onvoldoende was afgelost, waarna (nog steeds volgens de vof) in overleg met de bank is besloten de onderneming te staken en de planten te verkopen. De planten werden verkocht namens de bank als pandhouder.

De opbrengst van de planten bedroeg bijna € 34.000 en kwam deels ten gunste van de bank. Volgens de vof is de bank hiermee bevoordeeld boven de andere schuldeisers. In de verkoopperiode zijn de vorderingen van andere schuldeisers met bijna € 95.000 toegenomen.

Het enige actief dat de vof stelt te hebben is een vordering op Royal Flora Holland ('RFH') van ongeveer € 56.000. De vof heeft een akkoord aangeboden waarin dit bedrag wordt verdeeld onder de concurrente en preferente schuldeisers. Op basis van het akkoord krijgt de bank

niets, omdat de vordering van de bank vanaf januari 2021 al met meer dan € 100.000 is afgenomen, terwijl de vorderingen van andere schuldeisers tijdens de verkoop van de planten fors is toegenomen. Hoewel de bank een pandrecht had op de vordering van de vof op RFH, is dit pandrecht volgens de vof vervallen omdat de vof afstand heeft gedaan van de vordering. In plaats daarvan heeft RFH zich bereid verklaard het bedrag over te maken op de derdengeldenrekening van de advocaat van de vof ten gunste van de gezamenlijke schuldeisers. Volgens de vof wordt de bank door deze gang van zaken niet benadeeld. Weliswaar gaat de vordering op RFH aan haar neus voorbij, maar aan de andere kant wordt de bank niet aansprakelijk gesteld voor de schade van ongeveer € 100.000 die is geleden door de gezamenlijke schuldeisers.

De onderneming van de vof is verder afgewikkeld door een vaststellingsovereenkomst te sluiten met de verhuurder van de kassen. De vof stelde een vordering te hebben op de verhuurder wegens wateroverlast die door de verhuurder is veroorzaakt en heeft geleid tot het mislukken van een groot deel van de oogst in 2020. Op 28 januari 2022 is afgesproken dat het gehuurde per 1 februari 2022 wordt opgeleverd. De planten die zich nog in de kassen bevinden, komen toe aan de verhuurder, met dien verstande dat de VOF bij verkoop van de planten de helft van de winst ontvangt. De bedrijfsinventaris komt toe aan de verhuurder. De verhuurder heeft niets meer te vorderen van de vof.

De klasse waarin de bank is ingedeeld heeft niet ingestemd met het akkoord. De overige klassen hebben wel met het akkoord ingestemd. De vof vraagt in deze procedure om homologatie van het akkoord. De bank verzoekt tot afwijzing van het homologatieverzoek.

De rechtbank verklaart de vof niet-ontvankelijk in haar verzoek. Uit de omstandigheden volgt dat de vof geen afstand heeft gedaan van haar vordering op RFH, zodat die vordering is verpand aan de bank. Ook de (toekomstige) vordering op de verhuurder in verband met de verkoop van de planten is verpand aan de bank. Daarom zou uitsluitend de bank bij afwikkeling in faillissement een uitkering krijgen. De klasse waarin de bank is ingedeeld is dus de enige klasse die 'in the money' is. Omdat deze klasse niet heeft ingestemd met het akkoord, is de vof op grond van artikel 383 lid 1 Fw niet-ontvankelijk in haar homologatieverzoek.

Ten overvloede overweegt de rechtbank dat een liquidatieakkoord in beginsel een voorstel tot afwikkeling van de onderneming moet bevatten. Als de onderneming al is gestaakt en verkocht op het moment dat het akkoord wordt aangeboden, staan de schuldeisers voor een voldongen feit en heeft het akkoord vrijwel altijd meerwaarde boven een faillissement. Het akkoord moet daarom op een zodanig moment worden aangeboden dat het voor schuldeisers nog mogelijk is een vergelijking te maken met de uitkomst bij vereffening binnen

faillissement. De handelwijze in deze zaak is in strijd met de systematiek van de WHOA.

H.J. de Kloe, augustus 2022

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 28-06-2022

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:3855

Zaaknummer: C/13/718168 / FT RK 22.375

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

Advocaten: M.H. den Otter

Wetsartikelen: 383 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: afwijzing verzoek afkondigen afkoelingsperiode

Een afkoelingsperiode is niet noodzakelijk en de meerwaarde van een WHOA-liquidatieakkoord ten opzichte van een faillissement is niet aannemelijk gemaakt.

Twee vennootschappen dreven een bouw- en installatiebedrijf. Door stijgende kosten is op een project veel verlies geleden, terwijl een ander project heeft geleid tot verliezen wegens een bouwfout van het eigen personeel. Verder is de bestuurder in 2021 ernstig ziek geworden. Op 1 juli 2022 is de onderneming overgedragen. Verzoeksters willen een WHOA-akkoord aanbieden en verzoeken om afkondiging van een afkoelingsperiode omdat ongeveer vijf schuldeisers hun vordering uit handen hebben gegeven aan deurwaarders of incassobureaus.

De rechtbank wijst het verzoek af. Ten eerste is een afkoelingsperiode niet noodzakelijk om de onderneming gecontroleerd te kunnen afwickelen tijdens de aanbidding van het akkoord. De enkele vrees dat schuldeisers beslag zullen leggen is daartoe onvoldoende.

Ten tweede is niet voldaan aan de voorwaarde dat het akkoord meerwaarde heeft boven een afwikkeling in een faillissement. Onvoldoende hiervoor is dat de Belastingdienst tijdelijk genoeg neemt met eenzelfde percentage als de concurrente schuldeisers, zodat de uitkering aan concurrente schuldeisers hoger zal zijn. Overigens overweegt de rechtbank dat verzoekers geen beroep kunnen doen op deze regeling van de Belastingdienst, omdat de maatregel is bedoeld om de overlevingskansen van in de kern gezonde bedrijven te vergroten. Het bedrijf van verzoekers is al gestaakt.

Verzoekers hebben onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de opbrengst in faillissement lager zal zijn dan buiten faillissement. Een vergelijking tussen de opbrengst in faillissement en de opbrengst bij het liquidatieakkoord is op basis van de overgelegde gegevens niet te maken, mede omdat de goodwill niet is gewaardeerd en er geen inzicht is in de waarde van de debiteurenportefeuille en voorraden. Dat er geen kosten van een curator zijn bij een akkoord is onvoldoende voor het aantonen van de meerwaarde, omdat het aanbieden van een akkoord ook de nodige kosten met zich brengt.

H.J. de Kloe, augustus 2022

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 29-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:3078

Zaaknummer: FT RK 22/537 en FT RK 22/538

Rechters: P.J. Neijt, M.D.E. Leppens en C.A.M. de Bruijn

Advocaten: B.F.G. Koren

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Faillietverklaring geturboliquideerde bv

De vordering van appellant en de steunvordering worden niet betwist. De vennootschap is niet in staat de vorderingen te voldoen, zodat zij verkeert in de faillissementstoestand. Appellant heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat de geturboliquideerde bv een potentiële bate heeft uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid.

De Veense Bouwer B.V. heeft met appellant een overeenkomst geloten tot verbouwing van zijn woning. Appellant heeft aanbetalingen gedaan van € 36.415. Hij stelt een vordering te hebben op De Veense Bouwer, omdat afspraken niet zijn nagekomen en schade is ontstaan bij de uitgevoerde werkzaamheden.

Op 4 februari 2022 is De Veense Bouwer ontbonden. In het handelsregister is ingeschreven dat De Veense Bouwer geen baten had op het moment van ontbinding. Er heeft dus turboliquidatie plaatsgevonden. Appellant heeft verzocht De Veense Bouwer failliet te verklaren. De rechtbank heeft dit verzoek afgewezen. De Veense Bouwer zou niet verkeren in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen, omdat zij met alle schuldeisers behalve appellant een regeling heeft getroffen die ook is nagekomen. Appellant is in beroep gekomen tegen de beschikking van de rechtbank.

Het hof overweegt dat appellant niet heeft ingestemd met het aanbod van De Veense Bouwer. Hetzelfde geldt voor de schuldeiser van wie een steunvordering is aangevoerd. De Veense Bouwer heeft de vordering van appellant en de steunvordering erkend. Ook is duidelijk dat De Veense Bouwer haar schuldeisers niet kan betalen, zodat De Veense Bouwer verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen.

Een geturboliquideerde vennootschap kan alleen failliet worden verklaard als de verzoeker aannemelijk maakt dat de vennootschap (potentiële) baten heeft. Naar het oordeel van het hof heeft appellant dit voldoende aannemelijk gemaakt, omdat sprake is van een mogelijke vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. Aannemelijk is geworden dat de (indirect) bestuurder de onderneming heeft voortgezet nadat duidelijk moest zijn dat de

onderneming niet meer levensvatbaar was. Zelfs nadat het faillissement was aangevraagd, is aan appellant een voorschotnota gestuurd die appellant heeft betaald.

Verder heeft de indirect bestuurder aan appellant bericht dat kozijnen besteld zouden zijn, terwijl dat niet klopte. Ook heeft de indirect bestuurder veel gewerkt aan de verbouwing van de bed and breakfast van zijn echtgenote, terwijl hij mogelijk gehouden was die tijd aan De Veense Bouwer te besteden. Tot slot zijn er vragen naar aanleiding van de regeling die is getroffen met schuldeisers. Twee schuldeisers van wie de vordering werd betwist zijn in het geheel niet meegenomen in de regeling. Ook is in het kader van de regeling onvoldoende informatie verstrekt aan de schuldeisers.

Het hof vernietigt de beschikking van de rechtbank en verklaart De Veense Bouwer alsnog failliet.

H.J. de Kloe, augustus 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-07-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:6385

Zaaknummer: 200.311.973

Rechters: I. Brand, B.J. Engberts en H. Wammes

Advocaten: J. Keizer

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 2:19 BW

RECHTSPRAAK

Aandeel nalatenschappen niet overdraagbaar of uitwinbaar in WSNP

Een advocatenkantoor verzoekt om tegeldemaking van het aandeel van twee sanieten in de nalatenschap van hun vaders. De rechtbank overweegt dat een dergelijk aandeel niet uitwinbaar of overdraagbaar is zonder instemming van sanieten en de andere erfgenamen.

Brink & Brink B.V. ('Brink'), een advocatenkantoor, heeft een vordering van € 8.574,83 op twee natuurlijke personen die zijn toegelaten tot de WSNP. Voor toelating tot de WSNP zijn de vaders van beide sanieten overleden. De moeders hebben als langstlevenden het vruchtgebruik gekregen van de nalatenschap. Brink heeft de bewindvoerder gevraagd of er gelden te verkrijgen zijn in verband met nalatenschappen. De bewindvoerder heeft hierop ontkennend geantwoord. Naar aanleiding hiervan heeft Brink verzocht om toezending van 'het testament'. De bewindvoerder heeft dit verzoek afgewezen. Daarop heeft Brink gesteld dat het aandeel van saniet 1 in de nalatenschap van de vader een waarde vertegenwoordigt. Ongeveer anderhalve maand later, op 17 mei 2022, heeft Brink medewerking van de bewindvoerder gevraagd om het aandeel van saniet 1 en/of saniet 2 in de nalatenschap te kopen. Het feit dat een derde vruchtgebruik heeft, is voor Brink niet bezwaarlijk.

Brink heeft op grond van artikel 317 Fw op 19 mei 2022 de rechter-commissaris verzocht de bewindvoerder te gelasten medewerking te verlenen aan het uitwinnen van het aandeel van saniet 1 en/of saniet 2 in de nalatenschap van de moeder van saniet 1 en de bewindvoerder te gelasten aan Brink informatie te verschaffen om te beoordelen wat de omvang is van het aandeel in de nalatenschap, zodat Brink & Brink een aanbod kan doen.

De rechter-commissaris heeft het verzoek afgewezen, omdat het aandeel niet uitwinbaar is vanwege het vruchtgebruik door de langstlevende partner. De rechter-commissaris overweegt dat de opstelling van Brink niet alleen van weinig smaak getuigt, maar ook juridisch niet correct is.

In deze procedure beoordeelt de rechtbank het hoger beroep van Brink tegen de beschikking

van de rechter-commissaris (art. 315 Fw). De rechtbank bekrachtigt de beschikking van de rechter-commissaris. Daartoe overweegt de rechtbank dat een gemeenschap van nalatenschap een bijzondere gemeenschap is. Hoewel op grond van artikel 3:191 lid 1 BW een aandeel in een gemeenschap in beginsel kan worden uitgewonnen, vloeit uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten naar het oordeel van de rechtbank voort dat een aandeel niet tegen de wil van de sanieten en overige erfgenamen overgedragen of uitgewonnen kan worden.

Onder verwijzing naar relevante literatuur overweegt de rechtbank dat de reden hiervoor is dat een koper van het aandeel naar verwachting een financieel belang voor ogen heeft, terwijl het erfdeel voor de overige deelgenoten in ieder geval mede een morele betekenis heeft. Het financiële belang van de derde kan botsen met de belangen van de overige deelgenoten op een wijze die als pijnlijk en respectloos kan worden ervaren. Ook is vanwege het vruchtgebruik van de langstlevenden onzeker of en wanneer sanieten een voordeel ontvangen uit de nalatenschap. De rechtbank concludeert dat de aandelen van sanieten in de nalatenschappen niet overdragbaar of uitwinbaar zijn.

H.J. de Kloe, augustus 2022

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 20-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2022:2552

Zaaknummer: 184326 FT RK 22/345

Rechters: A.A.J. Smelt

Advocaten: A.J. Brink

Wetsartikelen: 315 Fw, 317 Fw en 3:191 BW

RECHTSPRAAK

Geen uitzondering op het uitgangspunt dat een failliet haar woonplaats niet mag verlaten

Een failliet wil tijdens haar faillissement naar het buitenland verhuizen en/of een reis maken. De rechter-commissaris geeft hiervoor geen toestemming, omdat de failliet niet voldoet aan haar informatieverplichtingen. Het hoger beroep tegen deze beschikking faalt.

Mevrouw X verkeert in staat van faillissement. Zij heeft de rechter-commissaris verzocht om toestemming te verlenen om naar Duitsland te verhuizen en voor het afreizen naar het buitenland in de periode van 13 juli t/m 13 augustus 2022 (art. 91 Fw). De rechter-commissaris heeft dit verzoek afgewezen, waarbij mevrouw X niet is gehoord. Mevrouw X stelt vervolgens hoger beroep in tegen de beschikking van de rechter-commissaris. Bij de beoordeling van dit hoger beroep stelt de rechtbank voorop dat de rechter-commissaris bij het uitvoeren van zijn toezichthoudende taak een ruime bevoegdheid toekomt. Daarbij past een terughoudende toetsing van beschikkingen van de rechter-commissaris. Voorts is relevant dat het verbod om de woonplaats te verlaten geen door de rechter-commissaris dan wel rechtbank opgelegde vrijheidsbeperking is, maar het uitgangspunt van de wet. Het toetsingskader voor het maken van een uitzondering op de hoofdregel wordt gevormd door de mate van medewerking van een failliet bij de afwikkeling van het faillissement. De rechtbank is van oordeel dat deze afweging in het nadeel van mevrouw X uitvalt. Het is namelijk gebleken dat er nog informatie ontbreekt, waaronder informatie over de bestemming van een bedrag van € 1,2 miljoen en de omvang van een nalatenschap waartoe mevrouw X mede gerechtigd is. Zolang daarover geen informatie is verstrekt kan geen toestemming worden verleend om te verhuizen dan wel af te reizen naar het buitenland. Daarbij speelt mee dat niet is gebleken waarom de reis noodzakelijk is.

Mevrouw X heeft nog aangevoerd dat zij een volmacht heeft verstrekt aan de curator, waarmee hij zelf informatie kan verzamelen. Dit ontslaat mevrouw X echter niet van de op haar rustende verplichtingen. Daarbij komt dat de curator niet alle door hem verlangde

informatie heeft kunnen achterhalen. Mevrouw X had de gevraagde informatie actief moeten aanleveren. Ook baat het argument dat mevrouw X vanwege haar geestelijke en lichamelijke gezondheidsklachten bemoeilijkt wordt in haar informatieverstrekking, haar niet. Mevrouw X wordt namelijk bijgestaan door advocaten en hen moet het in ieder geval volstrekt duidelijk zijn welke inlichtingen door de curator worden gevraagd. Dit alles leidt ertoe dat er onvoldoende aanleiding is om af te wijken van het uitgangspunt dat mevrouw X krachtens artikel 91 Fw haar woonplaats niet mag verlaten. De rechtbank bekrachtigt de beschikking van de rechter-commissaris.

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

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 21-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:2190

Zaaknummer: F.08/19/338 en F.08/19/339

Rechters: R.P. van Eerde

Advocaten: R.M.W. de Haan

Wetsartikelen: 67 Fw en 91 Fw

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid van bestuurder en (deels) beleidsbepaler met toepassing van bewijsvermoedens en onder meer wegens btw-fraude

In deze kwestie zijn een bestuurder (vervolgens beleidsbepaler) en haar opvolger aansprakelijk voor het boedeltekort wegens schending van de administratie- en publicatieplicht, alsmede btw-fraude. Daarnaast wordt onbehoorlijk bestuur aangenomen wegens paulianeuze transacties.

De vennootschap hield zich onder meer bezig met het uitvoeren van grond-, weg- en waterbouwkundige werkzaamheden en – later – het verhuren van materieel voor de grond-, weg- en waterbouw, zoals baggerschepen. Tot 1 augustus 2016 werd zij bestuurd door appellante, die in dit arrest na die datum als beleidsbepaler wordt aangemerkt. Na deze datum werd de vennootschap door appellant bestuurd. Samen duid ik hen hierna aan als bestuurders.

Tussen 14 september 2017 en 1 december 2017 heeft de vennootschap een aantal facturen verstuurd aan derden voor transacties met materieel. Op 18 januari 2018 is de vennootschap failliet verklaard. Uit een boekenonderzoek van de Belastingdienst volgt dat de vennootschap diverse facturen heeft opgemaakt waarbij de omzetbelasting is verlegd, op grond van de verleggingsregeling OB, terwijl gelijktijdig facturen zijn opgemaakt voor de afnemers/opdrachtgevers, waarbij wel omzetbelasting in rekening is gebracht. Op deze manier hoefde de vennootschap – op basis van de facturen voor de interne administratie – geen omzetbelasting af te dragen, terwijl de afnemers op basis van de ten behoeve van hen opgemaakte ('externe') facturen de omzetbelasting hebben kunnen verrekenen. De conclusie die de Belastingdienst hieruit heeft getrokken is dat er opzettelijk onjuist aangifte is gedaan en is getracht om de Belastingdienst te misleiden.

In navolging van de rechtbank houdt het hof de bestuurders aansprakelijk voor het bedoeltekort. De aansprakelijkheid volgt ten eerste uit schending van de administratie- en publicatieplicht. Ten aanzien van de publicatieplicht zijn de overwegingen van het hof

betreffende het nemen van een verleggingsbesluit interessant. Het hof gaat mee in de stelling van de curator dat de jaarrekening over 2015 te laat is gepubliceerd omdat er geen rechtsgeldig verlengingsbesluit is genomen, omdat de bestuurders hebben verzaakt de jaarrekening binnen twee maanden na het einde van het boekjaar op te maken, waarna deze moet worden vastgesteld en gepubliceerd. Bovendien ontbreekt ook een geldig vaststellingsbesluit. De bestuurders slagen er ook niet in om de btw-fraude die is vastgesteld met voornoemd boekenonderzoek van de Belastingdienst te weerleggen.

Onbehoorlijk bestuur wordt ook aangenomen vanwege het overdragen van een auto van de vennootschap aan een van de bestuurders, waarvan de koopprijs vervolgens is verrekend. De curator heeft deze transactie als paulianeus aangemerkt en het hof gaat daarin mee, met toepassing van het bewijsvermoeden van artikel 43 Fw. Met het overdragen van materieel van de vennootschap aan derden, terwijl deze derden de koopsommen mochten verrekenen met vorderingen op de vennootschap, hebben de bestuurders de *paritas creditorum* geschonden en ook dat levert volgens het hof onbehoorlijk bestuur op. Appellante probeert zich telkens te verweren met het argument dat dit handelen na haar aftreden heeft plaatsgevonden, maar zij komt daar niet ver mee omdat zij na haar aftreden als beleidsbepaler is blijven fungeren. Het lijkt erop dat haar beleidsbepaling zich met name uitstreckte tot de handelingen die vervolgens onbehoorlijk bestuur opleveren in deze kwestie. Zo deed zij de belastingaangiftes en stemde zij in met verkopen. Opvallend is dat de aansprakelijkheid van appellante niettemin wordt gematigd tot 50%. Het oordeel betreffende matiging geeft mijns inziens juist aanleiding om niet te matigen.

Ten slotte gaat het hof nog in op de belangrijke oorzaken van het faillissement. Voor de praktijk is interessant om te zien waarom het hof de stellingen van de bestuurders onvoldoende vindt op dit punt. Zij hebben het bewijsvermoeden ten aanzien van de schending van de administratieplicht onvoldoende ontzenuwd. Weliswaar hebben zij gesteld dat de vennootschap failliet is gegaan als gevolg van het faillissement van twee grote debiteuren, maar zij hebben niet feitelijk onderbouwd wat de invloed van deze faillissementen is geweest op de bedrijfsvoering en bedrijfsresultaten van de vennootschap. Evenmin hebben zij nader onderbouwd welke handelingen van het bestuur, die op zichzelf geen kennelijk onbehoorlijk bestuur opleveren, een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn. De curator heeft er bovendien nog op gewezen dat ook het doen van onjuiste btw-aangifte kan worden geschaard onder de schending van de administratieplicht, hetgeen het hof onderschrijft.

De bestuurders hebben daarnaast onvoldoende weersproken dat de verkoop van de activa een belangrijke oorzaak van het faillissement was. De niet onderbouwde stelling dat de activa pas zijn verkocht toen duidelijk werd dat er geen opdrachten meer binnenkwamen en dat verkoop de laatste mogelijkheid was om nog liquiditeiten te genereren waarmee schuldeisers konden

worden voldaan, kan hen niet baten. Het staat immers vast dat door de verkoop van de activa voortzetting van de vennootschap illusoir was geworden, nu het werkkapitaal ofwel het verdienvermogen hiermee was verdwenen. Door de verrekening van koopprijzen voor de activa met openstaande vorderingen op de vennootschap kwamen er bovendien helemaal geen liquiditeiten bij de vennootschap binnen en werden slechts enkele crediteuren (selectief) voldaan, terwijl de overige crediteuren, onder wie ook de pandhouder, het nakijken hadden. Daarmee geeft het hof nog eens duidelijk aan dat bestuurders bij financiële moeilijkheden extra moeten opletten welke crediteuren zij voldoen, ook als dat door middel van verrekening plaatsvindt.

J.E. van Nuland, augustus 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-07-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:6134

Zaaknummer: 200.294.490/01

Rechters: M.M. Lorst, M. Aksu en A.L. Goederee

Advocaten: R.W. Lagerwaard en B.W. Zagers

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

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens gebrek aan inzicht in financiële situatie van de rechtspersoon

Een thuiszorgorganisatie failliet na invoering van de WMO. Volgens de jaarrekeningen was er een buffer om aanloopverliezen door de WMO te kunnen weerstaan, maar dit bleek een te rooskleurig beeld. Aansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW. Enkele andere vorderingen van de curator stuiten af op tweeconclusieregel.

Inleiding

Thuiszorgorganisatie Solace Algemene Thuiszorg Combinatie BV ('Solace') is in 2016 failliet verklaard. Volgens de bestuurders was de invoering van de Wet maatschappelijke ondersteuning (WMO) de oorzaak van het faillissement. De curator stelt zich op het standpunt dat de onderneming al voor invoering van de WMO niet meer levensvatbaar was door financiële en administratieve problemen die te wijten zijn aan onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur en dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement was. De curator stelt schadevergoedingsvorderingen in tegen de bestuurders op grond van artikel 2:9 BW en artikel 2:248 BW.

De vordering op grond van artikel 2:9 BW

De curator heeft verzocht eerst zijn vordering op grond van artikel 2:9 BW te beoordelen en daarna pas de vordering op grond van artikel 2:248 BW. Er wordt dus eerst getoetst aan de maatstaf van artikel 2:9 BW: kan de bestuurder een ernstig verwijt gemaakt worden, beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval? Van ernstig verwijtbaar handelen is in dit kader pas sprake indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden op dezelfde wijze gehandeld zou hebben.

Bij een schending van artikel 2:9 BW is de te vergoeden schade niet zonder meer gelijk aan het tekort in het faillissement, maar moet een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie waarin (het vermogen van) de rechtspersoon zou verkeren zonder het aan de bestuurders te

verwijten kennelijk onbehoorlijke bestuur, en de situatie waarin (het vermogen van) de rechtspersoon verkeert mét het kennelijk onbehoorlijk bestuur. In deze procedure heeft de curator echter vergoeding van het tekort in het faillissement gevorderd, zonder in te gaan op de hiervoor bedoelde vergelijking. Pas tijdens de mondelinge behandeling van het hoger beroep heeft de curator een schatting gemaakt van de concreet door de gefailleerde rechtspersoon geleden schade. Gelet op de tweeconclusieregel kon hier echter bij de mondelinge behandeling in hoger beroep niet meer voor het eerst op in worden gegaan. De vordering van de curator op grond van artikel 2:9 BW kan daarom niet worden toegewezen.

De vordering op grond van artikel 2:248 BW

Voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW moet (1) vaststaan dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en (2) aannemelijk zijn dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. In casu is vastgesteld dat de deponeringstermijn van artikel 2:394 BW van de jaarrekeningen over 2012 en 2013 is overschreden. Daardoor staat op grond van artikel 2:248 lid 2 BW vast dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur ook een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

De bestuurders hebben gesteld dat niet hun taakvervulling, maar een andere omstandigheid – de invoering van de WMO – in belangrijke mate het faillissement veroorzaakt heeft. De curator stelt daartegenover dat het faillissement in belangrijke mate is veroorzaakt doordat de bestuurders geen goed zicht hadden op de administratie en hebben nagelaten om tijdig maatregelen te nemen ten aanzien van de volgende zaken:

- (a) vorderingen van het Pensioenfonds die zijn ontstaan door het niet, niet juist en/of niet volledig aanleveren van de benodigde informatie aan het Pensioenfonds waardoor geen of te weinig premies zijn afgedragen;
- (b) vorderingen van de Belastingdienst die zijn ontstaan omdat premiekortingen werden toegepast hoewel daarop geen recht of aanspraak bestond, althans niet aan de daarvoor gestelde voorwaarden werd voldaan;
- (c) de overgang van een aantal werknemers van Solace naar een derde, zonder dat daar een vergoeding tegenover stond.

Over de overgang van een aantal werknemers heeft de curator te weinig aangevoerd. Het is onduidelijk om welke werknemers het zou gaan en wanneer deze dan zouden zijn overgegaan. De curator heeft hieromtrent een productie in het geding gebracht, maar hij deed

dat na de termijn die het procesreglement daarvoor aangeeft. De productie is daarom geweigerd en kan dus niet meegewogen worden in het oordeel van het hof. Bij de mondelinge behandeling kon de curator zijn stellingen hieromtrent ook niet meer uitbreiden, vanwege de tweeconclusieregel. De conclusie is dat deze kwestie buiten beschouwing dient te blijven.

Vorderingen Pensioenfondsen en Belastingdienst

De bestuurders hebben aangevoerd dat zij wel degelijk inzicht hadden in de financiële stand van zaken van het bedrijf en dat zij steeds bij waren met betalingen aan het Pensioenfonds en de Belastingdienst. Het was volgens de bestuurder het Pensioenfonds dat zijn eigen administratie niet op orde had.

In zijn akte na memorie van antwoord stelt de curator dat Solace het Pensioenfonds en de Belastingdienst stelselmatig te laat en te weinig betaalde, ook voor invoering van de WMO al. De jaarrekeningen van Solace lieten in die jaren een veel te rooskleurig beeld zien. De curator onderbouwt dit aan de hand van een viertal producties, afkomstig uit de administratie van Solace.

Als de werkelijke financiële situatie van Solace in de jaren voor 2015 (invoering van de WMO) overeen zou hebben gestemd met de jaarrekeningen, dan zou Solace nooit failliet zijn gegaan aan de invoering van de WMO, omdat ze volgens de jaarrekeningen een prachtige financiële buffer had. Ze had die buffer echter niet echt. En daaruit blijkt dat het bestuur geen adequaat zicht had op de financiën, aldus de curator.

De bestuurders zijn in het geheel niet ingegaan op de cijfers en de stellingen die de curator in dit kader heeft aangevoerd. Ook ter zitting zijn vragen aan de bestuurders hieromtrent onbeantwoord gebleven. De bestuurders konden onder meer niet verklaren waarom de pensioenschuld in de conceptjaarrekening 2015 op € 0 stond terwijl deze volgens de curator ruim € 730.000 moest zijn en volgens de eigen verklaring van de bestuurder ter zitting € 530.000 bedroeg. Het hof concludeert daaruit dat de bestuurders inderdaad te weinig inzicht hadden in de financiële stand van zaken. Als de cijfers wel zouden kloppen, dan is onvoldoende gemotiveerd toegelicht waarom de invoering van de WMO niet had kunnen worden opgevangen.

Overige omstandigheden

De bestuurders hebben nog een aantal specifieke omstandigheden opgesomd waarmee Solace geconfronteerd zou zijn, die er in belangrijke mate aan bijgedragen hebben dat de aanloopverliezen als gevolg van de WMO niet konden worden opgevangen, waarop zij als bestuurders zo goed mogelijk hebben gereageerd. Het betrof fouten van de loonadministrateur

en problemen met de boekhoudsoftware van Solace – waardoor er te hoge premie- en belastingaanslagen werden opgelegd – en een vergissing bij het aangaan van een crediteurenakkoord, waardoor een schuld aan het Pensioenfonds – waarvan het bestuur dacht dat deze door het akkoord tenietgegaan was – niet bleek te zijn gekweten.

Het hof overweegt dat voor al deze omstandigheden geldt dat die zonder meer binnen de eigen verantwoordelijkheidssfeer van de bestuurders vielen en dat ze (voor zover het de boekhoudsoftware betreft) ook niet zijn onderbouwd.

Eindconclusie hof

Het hof constateert dat op het moment dat de WMO werd ingevoerd al een vordering op het Pensioenfonds bestond van volgens de curator € 700.000 en volgens de bestuurders in ieder geval € 530.000 en daarnaast een schuld aan de Belastingdienst van € 250.000. Dit bleek niet uit de administratie en er was in feite meer liquiditeit beschikbaar dan waar recht op was door te veel premiekortingen en te weinig afdrachten. Verder is er geen aangifte vennootschapsbelasting gedaan wat betekent dat de bestuurders niet hebben voldaan aan de boekhoudplicht uit artikel 2:10 BW.

De bestuurders hebben onvoldoende aangevoerd om aan te nemen dat de invoering van de WMO een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, wat betekent dat zij het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW niet hebben weten te weerleggen. Het hof oordeelt dan ook dat de bestuurders aansprakelijk zijn voor het tekort in het faillissement op grond van onbehoorlijk bestuur als bedoeld in artikel 2:248 BW.

I.F.M. Lakwijk, augustus 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-07-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:6167

Zaaknummer: 200.281.565

Rechters: C.G. te Veer, D.M.I. de Waele en J.P.H. van Driel-van Wageningen

Advocaten: F.J. Bleker en J.G.M. Stassen

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:248 BW, 347 Rv, 2:394 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

De balanstest bij uitkeringen en de inkoop van eigen aandelen moet worden verricht op basis van de laatst vastgestelde jaarrekening. Met wenk

In een procedure tegen de (voormalige) aandeelhouders van twee vennootschappen voert de curator van die vennootschappen aan dat de bepaalde verrichte (dividend)uitkeringen en de inkoop van eigen aandelen nietig zijn wegens strijd met de wet en de statuten van de desbetreffende vennootschap, althans onrechtmatig zijn jegens de gezamenlijke schuldeisers. De jaarrekening zou fouten bevatten en zonder die fouten had duidelijk moeten zijn dat het eigen vermogen van de vennootschap ontoereikend zou zijn geweest voor de uitkeringen en de inkoop, in de zin van artikel 2:216 (oud) BW en artikel 2:207 (oud) BW. Het hof oordeelt anders, namelijk dat van nietigheid geen sprake is, omdat de vennootschappen wel degelijk over voldoende beschikbare winst en aangewende reserves beschikten. Deze verplichte balanstest dient te worden verricht op basis van de laatst vastgestelde jaarrekening. De gewraakte transacties zijn evenmin onrechtmatig jegens de gezamenlijk schuldeisers, aangezien de daarvoor vereiste wetenschap van benadeling ontbreekt.

In de periode 2008 t/m 2011 hebben binnen een moeder-dochterstructuur enkele (dividend)uitkeringen plaatsgevonden aan gewone en aan preferente aandeelhouders van beide vennootschappen (ex art. 2:216 (oud) BW). Tevens heeft in 2011 een inkoop van eigen aandelen plaatsgevonden (ex art. 2:207 (oud) BW). In voornoemde periode hebben ook verschillende wijzigingen in de aandeelhoudersverhoudingen plaatsgevonden, is de (bank)financiering gewijzigd en heeft een reorganisatie plaatsgevonden. Uiteindelijk zijn beide vennootschappen in 2014 failliet verklaard. De curator stelt een procedure in tegen de (voormalige) aandeelhouders van de vennootschappen. De gedane uitkeringen en inkoop van

eigen aandelen zouden in strijd zijn met de wet en de statuten, althans onrechtmatig zijn jegens de gezamenlijke schuldeisers. De rechtbank stelt de curator in het ongelijk; de curator stelt hoger beroep in.

Grievan curator

De grieven van de curator komen erop neer dat de uitkeringen zijn gedaan terwijl daar onvoldoende financiële ruimte voor bestond. De jaarrekening bevat volgens de curator fouten en voldoet niet aan eisen die de wet en bepaalde richtlijnen daaraan stellen. Daarmee zijn de uitkeringen volgens de curator in strijd met de wet en de statuten, en daarom nietig althans onrechtmatig. Het hof volgt de curator niet in zijn bezwaren tegen de vastgestelde jaarrekeningen. Het is uitsluitend aan de aandeelhouders om de jaarrekening vast te stellen en het faillissement brengt daarin geen verandering. De curator ontbeert de bevoegdheid om ruim vóór het faillissement vastgestelde jaarrekeningen eenzijdig te (laten) corrigeren, aldus het hof. Dit laat echter onverlet dat een curator kan opkomen tegen een gedane dividenduitkering omdat die uitkering benadeling van de schuldeisers ten gevolg had (zie daarover de vijfde grief).

De eerste en zesde grief richten zich tegen onderdelen van de bestreden rechtbankuitspraak die in hoger beroep niet meer aan de orde zijn, reden waarom de grieven falen.

Grief 2 klaagt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het is toegestaan om op de cumulatief preferente aandelen van een van de betrokken vennootschappen een uitkering te doen ten laste van de reserves wanneer de winst in het afgelopen boekjaar onvoldoende is om de uitkering te doen. Dat zou volgen uit de statuten. Het hof gaat daarin niet mee. In de statuten is namelijk bepaald dat zo een uitkering wél ten laste van de dividend- of agioreserve kan worden gedaan. Niet nodig is dat expliciet in de statuten is bepaald dat een uitkering kan worden gedaan op de *cumulatief preferente* aandelen. Het staat de aandeelhouders vrij om dat te besluiten, oordeelt het hof.

Een tussentijdse uitkering ten laste van de vrije reserves (namelijk een gedeeltelijke agioterugbetaling) is het onderwerp van de derde grief. Het standpunt van de curator is dat iedere tussentijdse uitkering een voorwaardelijke uitkering van de winst over het lopende boekjaar is, waarbij de toets van artikel 2:216 lid 2 (oud) BW geldt. Dat wil zeggen, bij het verrichten van de balans is ook de later vastgestelde jaarrekening over dat boekjaar relevant. Dit standpunt is onjuist, aldus het hof. Een tussentijdse uitkering is een uitkering van 'oude' (al gerealiseerde maar gereserveerde) winst, zoals die blijkt uit de laatst vastgestelde jaarrekening. Daarom wordt de aanwezigheid van voldoende reserves beoordeeld aan de hand

van de beschikbare financiële gegevens op het moment van het doen van de uitkering. In het onderhavige geval bestond op dat moment voldoende uitkeringsruimte. De grief faalt daarom.

Ook ten aanzien van de inkoop van eigen aandelen in 2011 oordeelt het hof dat die transactie niet nietig is en de koopprijs (dus) niet onverschuldigd is betaald aan de desbetreffende aandeelhouder (grief 4). De curator betoogt als volgt. Uit de statuten en de wet (art. 2:207 lid 3 (oud) BW) volgt dat – ook voor de inkoop van eigen aandelen – de balansrest moet worden verricht aan de hand van de laatst vastgestelde balans. Daarnaast zou, op basis van vaste jurisprudentie en een redelijke uitleg van de statuten, rekening moeten worden gehouden met post-balans gebeurtenissen, zoals ontstane verplichtingen en geleden verliezen. Zou men daarmee inderdaad rekening houden, dan had de inkoop niet mogen plaatsvinden, aldus de curator. Wederom oordeelt het hof anders. Inderdaad moet aan de hand van de laatst vastgestelde jaarrekening worden getoetst. Er is echter geen grond om ook rekening te houden met geleden verliezen die niet uit die jaarrekening blijken. Nadat het hof het vrij vermogen voorreken, concludeert het dat er voldoende vermogen was om de koopprijs van de aandelen te voldoen. Relevant is nog dat de koopprijs volledig is gefinancierd door een lening afkomstig van een andere aandeelhouder, zodat de liquiditeitspositie van de vennootschap niet is verslechterd.

Tot slot faalt ook grief 5. Het verwijt aan de aandeelhouders dat de uitkeringen en de inkoop van eigen aandelen onrechtmatig zijn jegens de gezamenlijke schuldeisers, is onterecht. Allereerst waren de uitkeringen en de inkoop niet in strijd met de wet of de statuten. Daarnaast ontbreekt de vereiste wetenschap van benadeling. Volgens het hof is niet aannemelijk dat de aandeelhouders wisten of behoorden te begrijpen dat als gevolg van de bestreden uitkeringen de gezamenlijke schuldeisers zouden worden benadeeld omdat zij niet meer (volledig) zouden kunnen worden voldaan. Daartoe is relevant dat de agioterugbetaling (grief 3) juist zorgde voor een verlaging van de rente die over de aangehouden agio werd betaald en dat de inkoop van eigen aandelen werd gefinancierd door middel van een aandeelhouderslening. Op die lening is nadien niet afgelost. Ook het tijdsverloop tussen de laatste uitkering (in 2011) en het faillissement (in 2014) is volgens het hof relevant. Bovendien hebben de aandeelhouders na de laatste uitkering nog aanvullende agiostortingen verricht (ad € 6,5 miljoen). Die stortingen zouden niet logisch zijn te verklaren indien de aandeelhouders wisten dat een faillissement van de vennootschap aanstaande was.

Wenk

Met de Wet Flex-bv is artikel 2:216 BW in 2012 aanzienlijk gewijzigd. Als men de tekst van dit artikel uit de periode 2008 t/m 2011 vergelijkt met het thans geldende artikel, valt op dat de – op het verleden gerichte – balansrest is vervangen door een beperkte balansrest en een

toekomstgerichte uitkeringstest. De gerealiseerde winst komt daarnaast niet meer zonder meer ten goede aan de aandeelhouders; het is thans aan de algemene vergadering om een winstbestemming (reserveren of uitkeren) te bepalen en eventuele uitkeringen vast te stellen, tenzij de statuten anders bepalen (lid 1 van het huidige art. 2:216 BW). Een uitkering kan alleen plaatsvinden voor zover het eigen vermogen groter is dan de wettelijke of statutaire reserves van de bv. De balanstest bestaat dus nog steeds in gewijzigde vorm, omdat in verband met afschaffing van het minimumkapitaal bij de bv thans ook het geplaatste kapitaal mag worden uitgekeerd. Nieuw is dat het bestuur een *uitkeringstest* moet handhaven. Die test komt erop neer dat het bestuur zijn (vereiste) goedkeuring van een uitkering (alleen dan) weigert als het weet of redelijkerwijs behoort te weten dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden (lid 2). Deze uitkeringstest geldt ook bij de inkoop van aandelen (art. 2:207 lid 2 (huidig) BW). Anno 2022 dient, anders dan in de onderhavige zaak, dus wel degelijk rekening te worden gehouden met toekomstige verplichtingen in relatie tot het eigen vermogen van de vennootschap.

R.J.H. Berghuis, augustus 2022

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 05-07-2022

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2022:1326

Zaaknummer: C/10/502484/ HA ZA 16-522, C/10/503456 / HA ZA 16-559 en C/10/513480 / HA ZA 16-1079

Rechters: G.C. de Heer, F.J. Verbeek en A.J. Berends

Advocaten: E. Poelenije, L.M. Graal en I.J.A. Tax

Wetsartikelen: 2:207 (oud) BW, 2:216 (oud) BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid bestuurders en betrokkene als bestuurder en/of feitelijke beleidsbepaler

Bestuurders zijn aansprakelijk voor de boedeltekorten. Betrokkene is niet aansprakelijk, omdat de curator onvoldoende heeft onderbouwd dat betrokkene bestuurder of feitelijke beleidsbepaler is.

In deze procedure heeft de curator van een groep vennootschappen de (middellijk) bestuurders (gedaagde 1 t/m 3) primair aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort van de failliete vennootschap en haar dochters wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur en subsidiair voor het betalen van schadevergoeding als gevolg van aan de bestuurders toe te rekenen tekortkomingen en/of onrechtmatig handelen.

Niet ter discussie staat de rol van gedaagden 1 en 2. Deze zijn niet in de procedure verschenen en worden door de rechtbank veroordeeld tot betaling van de (nader vast te stellen) boedeltekorten.

De rol van gedaagde 3 staat wel ter discussie. Voor de beoordeling van de vorderingen tegen gedaagde 3 moeten de volgende twee kernvragen worden beantwoord: (1) Is gedaagde 3 (middellijk) bestuurder (geweest) van de gefailleerde dochtervennootschappen?; en (2) Zo niet, kan gedaagde 3 gelijk worden gesteld met een bestuurder omdat zij het beleid van de dochtervennootschappen heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware zij (middellijk) bestuurder?

De rechtbank beantwoordt deze vragen als volgt.

Ad 1: de rechtbank neemt als uitgangspunt dat uitsluitend iemand die is benoemd tot bestuurder en de benoeming ook heeft aanvaard daadwerkelijk bestuurder is. De hoedanigheid van bestuurder kan niet worden aangenomen op grond van feitelijke gedragingen van partijen of op basis van wederzijds opgewekt vertrouwen. De curator moet aantonen dat gedaagde 3 door de algemene vergadering als bestuurder is benoemd. De curator voert een aantal argumenten aan, waar de rechtbank niet in mee gaat.

Volgens de rechtbank zijn de titel CEO (evenals MT) en de in een arbeidsovereenkomst genoemde term managing director niet per definitie gelijk te stellen met de term bestuurder zoals in de wet. Gedaagde 3 ontving een salaris maar nergens volgt uit dat zij deze beloning ontving als bestuurder van de onderneming. Gedaagde 3 is ingeschreven bij de KvK met de titel algemeen directeur en met zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid. Voor de inschrijving is echter geen benoemingsbesluit tot bestuurder door de ava vereist waardoor ook dit argument mank gaat. Met betrekking tot de zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft gedaagde 3 verklaard dat zij in de veronderstelling verkeerde dat ze als gevolmachtigde zou worden ingeschreven, niet als bestuurder. Zij heeft een aandeelhoudersovereenkomst ondertekend als CEO. Deze omstandigheid sluit aan bij de veronderstelling dat zij in de functie van CEO optrad en als zodanig gevolmachtigd was om te vertegenwoordigen.

Al met al is de rechtbank van oordeel dat de curator onvoldoende heeft gesteld en onderbouwd dat de algemene vergadering een benoemingsbesluit heeft genomen. Het antwoord op vraag 1 is dan ook nee.

Ad 2: de vraag is of gedaagde 3 – in de periode van drie jaar voorafgaand aan het faillissement – het beleid van de dochtervennootschappen heeft bepaald, of mede heeft bepaald, als ware zij bestuurder. Hierbij gaat het erom of gedaagde 3 daadwerkelijk typische bestuurshandelingen heeft verricht, en meer in het bijzonder de bestuursstaak als bedoeld in artikel 2:239 BW heeft uitgeoefend. Een sterke of zelfs beslissende invloed hebben op het beleid van het bestuur is onvoldoende om te spreken van een feitelijk beleidsbepaler.

Volgens de rechtbank vloeit uit de aard van de functie van CEO niet zonder meer voort dat sprake is van feitelijke beleidsbepaling. Ook is niet relevant of gedaagde 3 heeft deelgenomen aan bestuursvergaderingen. Gedaagde 3 betwist ook dat zij invloed of zeggenschap had. Ze betwist verder de stelling van de curator dat ze zich heeft gemoeid met de financieringsovereenkomsten.

Volgens de rechtbank volgt uit geen van de door de curator overgelegde stukken dat gedaagde 3 een beleidsbepalende rol inneemt tegenover de (middellijke) bestuurders of initiatieven daartoe ontplooit, laat staan dat zij beleid uitstippelt of opdrachten geeft aan de (middellijke) bestuurders. Gedaagde 3 is derhalve niet hoofdelijk aansprakelijk voor de boedeltekorten ex artikel 2:248 lid 1 of 7 BW. Evenmin is zij aansprakelijk ex artikel 2:9 BW jegens de failliete dochtervennootschappen voor door hen of hun schuldeisers geleden schade.

A.M.H. Nolte, augustus 2022

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 04-05-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:2901

Zaaknummer: C/16/517283 / HL ZA 21-46

Rechters: F.C. Burgers, S.C. Hagedoorn en M.J. Terstegge

Advocaten: L.E. van Leeuwen, R.T. Mets, R.J. Dekkers, B. Stevens en K.H.M. de Roo

Wetsartikelen: 2:9 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Afwijzing bestuurdersaansprakelijkheid jegens werknemer

Artikel 2:248 BW kan niet worden gebruikt als grondslag voor bestuurdersaansprakelijkheid jegens een individuele schuldeiser. Voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is onvoldoende gesteld. Het verrichten van criminele activiteiten door de vennootschap (wat overigens is betwist) leidt in ieder geval niet zonder meer tot bestuurdersaansprakelijkheid.

Een voormalig werknemer van de failliet verklaarde vennootschap World Energy Service B.V. ('WES') stelt de bestuurders van die vennootschap aansprakelijk voor het onbetaald laten van zijn loon. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter.

De primaire grondslag waarop de werknemer zijn vorderingen baseert, is artikel 2:248 BW. Naar de mening van de werknemer zijn de publicatieplicht en boekhoudplicht geschonden. Het hof overweegt dat artikel 2:248 BW alleen aansprakelijkheid kan vestigen jegens de boedel en niet jegens individuele schuldeisers.

Voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, de subsidiaire grondslag, heeft de werknemer naar het oordeel van het hof onvoldoende gesteld. Volgens de werknemer was WES betrokken bij criminele activiteiten en is daarom niet voldaan aan de publicatieplicht en boekhoudplicht. Het hof overweegt dat het enkele feit dat een vennootschap criminele activiteiten verricht, wat overigens door de bestuurder die verweer heeft gevoerd is betwist, niet ertoe leidt dat de vennootschap haar verplichtingen jegens schuldeisers niet zal nakomen en geen verhaal zal bieden voor de schade.

Er zijn ook geen aanknopingspunten om aan te nemen dat de verweer voerende bestuurder namens WES de arbeidsovereenkomst heeft gesloten terwijl hij wist of behoorde te weten dat WES haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de geleden schade (Beklamel). Tussen partijen is namelijk niet in geschil dat WES negen voorschotten van € 2.500 netto heeft betaald aan de werknemer.

De tweede bestuurder die is aangesproken is niet verschenen, zodat tegen hem verstek is verleend. Hoewel de door de andere bestuurder aangevoerde verweren niet in het voordeel werken van de tweede bestuurder, wordt ook de vordering tegen de tweede bestuurder afgewezen omdat de vordering op de tweede bestuurder het hof ongegrond voorkomt.

H.J. de Kloe, augustus 2022

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 05-07-2022

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2022:1319

Zaaknummer: 200.294.960/01

Rechters: M.C.M. van Dijk, M.Y. Bonneur en M.M. Kruithof

Advocaten: G.A. Soebhag en C.G.A. Mattheussens

Wetsartikelen: 2:248 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Rechtbank niet bevoegd in renvooiprocedure (art. 122 Fw) omdat arbitrage is overeengekomen

De curator en Rabobank hebben op de verificatievergadering de door eiser ingediende vorderingen betwist. De rechter-commissaris heeft de zaak voor renvoi verwezen naar de rechtbank, maar die verklaart zich onbevoegd omdat de failliet en eiser arbitrage zijn overeengekomen. Zowel de curator als Rabobank is aan het arbitraal beding gebonden.

In het faillissement van Norder Investment B.V. heeft op 11 oktober 2021 een verificatievergadering plaatsgevonden. De eiser in deze procedure heeft een vordering ingediend van € 266.632,01 en een beroep gedaan op een retentierecht. De curator en Rabobank hebben de vordering en het retentierecht betwist. De rechter-commissaris heeft daarop de zaak verwezen naar de rechtbank voor renvoi (art. 122 Fw). In deze procedure vordert eiser erkenning van zijn vorderingen en zijn retentierecht.

De curator en Rabobank hebben bij incidentele conclusie gesteld dat de rechtbank onbevoegd is, omdat op de aannemingsovereenkomst waaruit de vorderingen van eiser voortvloeien de 'algemene voorwaarden voor aanneming in het bouwbedrijf 1992' ('AVA 1992') van toepassing zijn en daarin arbitrage is overeengekomen bij (wat thans heet) de Raad van Arbitrage in Bouwgeschillen.

De rechtbank oordeelt dat de vorderingen van eiser inderdaad voortvloeien uit de aannemingsovereenkomst, zodat het arbitraal beding uit de AVA 1992 hierop van toepassing is. Hoewel de curator zelf geen partij is bij het arbitraal beding, is hij hier toch aan gebonden omdat hij in de rechten en verplichtingen van de gefailleerde is getreden. Ook Rabobank is gebonden aan het arbitraal beding, omdat Rabobank de gronden van de betwisting ontleent aan de rechtsverhouding tussen eiser en Norder Investment.

Eiser heeft nog gesteld dat de rechtbank toch bevoegd is, omdat de rechter-commissaris de zaak op grond van artikel 122 Fw in een in kracht van gewijsde gegaan proces-verbaal heeft

verwezen naar de rechtbank voor renvooi. De rechtbank gaat hier niet in mee. Artikel 122 Fw schept wel absolute en relatieve competentie van de rechtbank, maar geen algemene exclusieve bevoegdheid. Het feit dat de rechter-commissaris partijen heeft verwezen naar de rechtbank, doet niet af aan haar onbevoegdheid. De rechtbank verklaart zich dus onbevoegd.

H.J. de Kloe, augustus 2022

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 29-06-2022

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2022:2580

Zaaknummer: C/18/208713 / HA ZA 21-197

Rechters: P.J. Duinkerken

Advocaten: D.J. Kap, A. Gras en V.H. Jurgens

Wetsartikelen: 122 Fw

ANNOTATIE

De pre-pack: terug van weggeweest

mr. drs. M.M. Eveleens-van der Zwaag

In tegenstelling tot de Estro-zaak in 2017 oordeelde het HvJ dat er bij de pre-packprocedure van Heiploeg geen overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. Daarmee lijkt de Nederlandse pre-packprocedure van de ondergang gered.

De pre-packprocedure kent een roerige geschiedenis. Vanaf 2011 werd door bepaalde rechtbanken in Nederland op verzoek een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris benoemd. Deze beoogd curator kon zich in relatieve rust voorbereiden op het komende faillissement en alvast aan tafel gaan met de betrokkenen. In die periode werd doorgaans een verkoop van de onderneming voorbereid, zodat na het faillissement direct uitvoering kon worden gegeven aan de activaovereenkomst. Op die manier was de continuïteit voor de klanten en (een deel van) de werknemers gewaarborgd.

In de eerste jaren werd de pre-packprocedure diverse keren succesvol gebruikt, bijvoorbeeld bij de faillissementen van het Ruwaard van Putten-ziekenhuis en de retailketen Schoenenreus. Toch waren er ook wanklanken. Zo werd de constructie niet door alle rechtbanken toegepast, hetgeen leidde tot zetelverplaatsingen (forumshopping). Het terechte verwijt was dat er rechtsonzekerheid bestond vanwege de verschillende werkwijzen van rechtbanken. Verder werd de kritiek geuit dat tijdens een pre-packprocedure niet alle geïnteresseerde overnamekandidaten waren benaderd en dat het verkoopproces niet transparant was. Een pre-packprocedure vond immers in het geheim plaats, waarbij enkele overnamekandidaten werden geselecteerd. Een uitgebreide marktverkenning zou te veel onrust veroorzaken en onrust was precies hetgeen een pre-packprocedure trachtte te voorkomen. De positie van werknemers was ook een moeilijk onderwerp in de pre-packprocedure. Omdat de verkoop enkele dagen na een faillissement werd geëffectueerd, konden alle werknemers worden ontslagen en was de doorstarter vrij in zijn keuze welke werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst kregen aangeboden. Zo kon de onderneming vrijwel ongewijzigd doordraaien maar werd er ondertussen moeiteloos (zonder de regels van ontslagbescherming toe te passen) afscheid genomen van een groep werknemers.

Estro

In 2014 werd de pre-packprocedure toegepast door kinderopvangorganisatie Estro. Daarbij werd de onderneming verkocht aan een aan Estro gelieerde vennootschap: Smallsteps. Het bestuur van Estro ging mee over, maar voor circa 1000 werknemers van Estro was geen plaats binnen Smallsteps. De FNV maakte vervolgens een procedure aanhangig tegen Smallsteps, waarbij prejudiciële vragen zijn gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie ('het Hof'). De FNV beargumenteerde namens de voormalige werknemers dat bij de overdracht aan Smallsteps geen beroep kon worden gedaan op de faillissementsuitsondering van artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG, zodat er een arbeidsrechtelijke overgang van onderneming had plaatsgevonden. Dat zou betekenen dat alle werknemers van Estro onder gelijkblijvende arbeidsvoorwaarden in dienst waren getreden bij Smallsteps.

Artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG (de 'Richtlijn') bepaalt dat de regels van overgang van onderneming niet van toepassing zijn als: (1) de vervreemder verwikkeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure; (2) met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder; (3) die onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie.

Het Hof bepaalde in 2017 dat er in de *Estro*-zaak inderdaad geen beroep kon worden gedaan op deze uitzondering. De pre-packprocedure was volgens het Hof niet gericht op liquidatie van het vermogen maar op behoud van de onderneming (vereiste 2) en stond niet onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (vereiste 3). Deze uitspraak werd gezien als de nekslag voor de Nederlandse pre-packprocedure. De constructie is sindsdien niet meer gebruikt en het wetsvoorstel dat inmiddels was aangenomen door de Tweede Kamer om een wettelijke basis te bieden voor de pre-pack (Wet continuïteit ondernemingen I), werd in een lade gelegd.

Heiploeg

Ondertussen had in 2014 ook een pre-packprocedure plaatsvonden ten aanzien van de firma Heiploeg. De overnemende partij (die niet aan Heiploeg gelieerd was) had twee derde van het personeel in dienst genomen, maar tegen minder gunstige arbeidsvoorwaarden. De FNV kwam in rechte op tegen de faillietverklaring van Heiploeg. Het beroep werd afgewezen, waarna de FNV in cassatie ging bij de Hoge Raad. Vervolgens besloot de Hoge Raad om de zaak niet af te doen onder verwijzing naar de *Estro*-zaak, maar opnieuw prejudiciële vragen te stellen aan het Hof. Daarbij heeft de Hoge Raad in de vragen informatie verweven over de kenmerken en de waarborgen van de Nederlandse pre-packprocedure.

Dit heeft geleid tot een uitkomst die compleet tegengesteld is aan de uitkomst van de *Estro*

-uitspraak. Ten aanzien van het tweede vereiste van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn antwoordt het Hof nu namelijk dat hieraan is voldaan wanneer de overgang van (een deel van) een onderneming is voorbereid in het kader van een pre-packprocedure die ertoe strekt in de faillissementsprocedure een liquidatie van de draaiende onderneming te vergemakkelijken waarbij een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers wordt bereikt en de werkgelegenheid zo veel mogelijk wordt behouden. Voorts voldoet de pre-pack volgens het Hof ook aan het derde vereiste van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn, omdat de overdracht is voorbereid door een beoogd curator, die onder toezicht staat van een beoogd rechter-commissaris, en de overeenkomst inzake deze overgang is gesloten en uitgevoerd na de faillietverklaring. Het Hof hechtte er bij de beantwoording van deze tweede vraag waarde aan dat de status en de functie van de beoogd curator niet wezenlijk verschilt van die van een curator in faillissement.

In de uitspraak stelt het Hof wel een belangrijke voorwaarde aan deze beoordeling: de pre-packprocedure moet worden geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen. Ik ga ervan uit dat het voor de vervulling van deze voorwaarde onvoldoende is dat de pre-pack wordt vastgelegd in een Recofa-document of procesreglement. Zeker gelet op de hobbelige weg die de pre-pack heeft afgelegd en de kritiekpunten die zijn geuit, is het noodzakelijk dat er gedegen wetgeving komt die de pre-packprocedure met de nodige waarborgen omkleedt. Het is tijd om de Wet continuïteit ondernemingen I onder het stof vandaan te halen.

Vergelijking en implicaties

Bij het lezen van de *Heiploeg*-uitspraak komt stevast een vraag naar voren: hoe is het mogelijk dat het Hof in 2022 een uitspraak doet die lijnrecht tegenover een uitspraak uit 2017 staat en waarbij het feitencomplex op het eerste gezicht vergelijkbaar is? Uit de uitspraak blijkt dat het Hof ook zelf met deze vraag heeft geworsteld. Het is niet prettig om te moeten toegeven een zaak eerder onjuist te hebben beoordeeld en dat doet het Hof dan ook niet. Het Hof wijst naar de verwijzende rechter in de *Estro*-zaak, die de procedurele kenmerken van de pre-pack op een andere manier heeft verwoord dan de Hoge Raad in de *Heiploeg*-zaak heeft gedaan. De verwijzende rechter in de *Estro*-zaak had namelijk tot uitgangspunt genomen dat de pre-packprocedure tot doel had te voorkomen dat de activiteiten van de betrokken onderneming plotseling zouden worden stopgezet op de datum van faillietverklaring en ook tot doel had om zowel de economische waarde van de onderneming als de werkgelegenheid te behouden. De Hoge Raad heeft echter in zijn vragen benadrukt dat ten tijde van de inleiding van de pre-packprocedure de insolventie van Heiploeg onafwendbaar was en dat de pre-packprocedure tot doel had om in de daaropvolgende faillissementsprocedure een liquidatie van het vermogen met een zo hoog mogelijke opbrengst mogelijk te maken. Dit doel was onder meer verwoord in een brief die de rechtbank bij de benoeming aan de beoogd curatoren

had toegezonden.

Moet de *Heiploeg*-uitspraak nu worden gezien als herstel van de *Estro*-uitspraak, waardoor deze laatste weinig tot geen waarde meer heeft? Ten aanzien van de vraag of de Nederlandse pre-packprocedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie (vereiste 3 van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn), is dat mijns inziens het geval. De wijze van toezicht was in beide zaken gelijk (namelijk door een beoogd rechter-commissaris) waarbij het Hof nu duidelijk heeft gemaakt dat dit systeem toch wel voldoet aan het derde vereiste. Het is echter niet zeker of de *Heiploeg*-uitspraak ook betekent dat elke Nederlandse pre-packprocedure voldoet aan het tweede vereiste van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn. Denkbaar is immers dat de *Estro*-zaak en de *Heiploeg*-zaak twee verschillende typen pre-packprocedures vertegenwoordigen, waarbij aan de hand van de omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld of de pre-packprocedure werkelijk gericht was op de liquidatie van het vermogen. In een pre-packprocedure die eigenlijk een vermomde reorganisatie betreft, zonder feitelijke insolventie, zou een feitenrechter in dat geval kunnen oordelen dat er toch sprake is van overgang van onderneming (het *Estro*-type).

Ik verwacht echter niet dat het Hof heeft bedoeld om beide uitspraken naast elkaar te laten bestaan. De tekst van de *Heiploeg*-uitspraak biedt hiervoor weinig concrete aanknopingspunten. Daarnaast maak ik uit de formulering van de prejudiciële vragen op dat de Hoge Raad een algemeen oordeel wenste te verkrijgen over de Nederlandse pre-packprocedure. De opzet en voorwaarden van de procedure zijn daarbij uitgebreid aan het Hof toegelicht. Het lijkt mij ook niet wenselijk dat er twee typen pre-packprocedures bestaan. Kopers in een pre-packprocedure willen immers niet het risico lopen dat er achteraf toch een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. Dit risico schrikt kopers af en komt de effectiviteit van de constructie niet ten goede. Indien de wetgever een pre-packprocedure wenst te ontwerpen die werkelijk succesvol is, is het daarom van belang om de elementen van de pre-packprocedure die het Hof in de *Heiploeg*-zaak doorslaggevend heeft geacht (waaronder het doel) te verankeren in de wettelijke regeling. Daarbij dient een vennootschap die om toepassing van de pre-packprocedure verzoekt, te motiveren op welke manier in dat geval aan de wettelijke doelstelling wordt voldaan, hetgeen op een strikte wijze door de rechter wordt getoetst. Een strenge toets vooraf is aan te bevelen boven discussie achteraf over de vraag welk type pre-packprocedure is toegepast en of er daarom overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. Onder deze voorwaarden kan de pre-packprocedure (weer) een krachtig instrument zijn om het reorganiserend vermogen van ondernemingen te verbeteren.

Mr. drs. M.M. Eveleens-van der Zwaag

RECHTSPRAAK

Verzoekster niet-ontvankelijk in homologatieverzoek omdat beide schuldeisers hebben ingestemd

Homologatie van een akkoord is nodig om tegenstemmende schuldeisers of schuldeisers die geen stem hebben uitgebracht aan het akkoord te binden. Als alle schuldeisers met het akkoord hebben ingestemd bestaat (in beginsel) geen belang bij homologatie.

Een vennootschap heeft een WHOA-akkoord aangeboden aan haar twee schuldeisers, de Belastingdienst en het UWV. De onderneming is op 1 oktober 2021 gestaakt. Het akkoord wordt gefinancierd door verkoop van de woning van de bestuurder van de vennootschap. Met de overwaarde zal de bestuurder zijn rekening-courantschuld zo veel mogelijk aflossen. Beide schuldeisers hebben ingestemd met het akkoord. In deze procedure verzoekt de vennootschap homologatie van het akkoord.

De rechtbank overweegt dat homologatie van een akkoord nodig is om tegenstemmende schuldeisers of schuldeisers die geen stem hebben uitgebracht aan het akkoord te binden. Als alle schuldeisers met het akkoord hebben ingestemd bestaat (in beginsel) geen belang bij homologatie. Toetsing door de rechter van het akkoord zou dan tot het ongerijmde resultaat kunnen leiden dat de rechtbank de homologatie weigert, terwijl alle stemgerechtigden hebben ingestemd met het akkoord.

De vennootschap heeft geen ander belang gesteld bij het homologatieverzoek. Het UWV heeft aan zijn instemming niet de homologatie van het akkoord als voorwaarde verbonden, maar uitsluitend dat het akkoord een WHOA-procedure betreft. Ook om deze reden heeft de vennootschap dus geen belang bij het homologatieverzoek, zodat de vennootschap niet-ontvankelijk is in haar verzoek.

Voor een recente uitspraak waarin hetzelfde is geoordeeld zij verwezen naar rechtbank Rotterdam 15 juli 2022, INS 2022-0186.

H.J. de Kloe, augustus 2022

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 21-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2022:2582

Zaaknummer: C/18/214828 FT RK 22/392

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

Advocaten: P.J. Fousert

Wetsartikelen: 383 Fw

ANNOTATIE

Leidt een contractueel onoverdraagbaarheidsbeding met goederenrechtelijke werking ook tot onverpandbaarheid?**mr. D.R.C. Smit en mr. B.A.R. Zeelte*****Een beding als bedoeld in artikel 3:83 lid 2 BW, dat de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht met goederenrechtelijke werking uitsluit, leidt ook tot onverpandbaarheid van dat vorderingsrecht (art. 3:81 lid 1 BW; art. 3:228 BW).***

Het arrest *Rabobank/Ten Berge q.q. c.s.*[1] gaat over de vraag of een contractueel onoverdraagbaarheidsbeding met goederenrechtelijke werking steeds ook leidt tot onverpandbaarheid. In deze zaak failleren een vennootschap onder firma (vof) en haar twee vennoten ('de vof c.s.'). Zij waren lid van de coöperatie Coöperatieve Bloemenveiling FloraHolland U.A. Zoals gebruikelijk financieren de leden de coöperatie. De statuten van de coöperatie hielden onder meer een regeling in voor rechtsopvolging met betrekking tot de ledenlening en de participatiereserve en een bepaling die onder meer inhield dat buiten die regeling een participatierekening niet vatbaar is voor overdracht of overgang. In het kader van de financiering van de bedrijfsactiviteiten hebben de vof c.s. al hun huidige en toekomstige vorderingen op de coöperatie aan de bank verpand. De curator vordert in deze procedure een verklaring voor recht dat, kort gezegd, de vorderingen van de vof, althans haar vennoten, op de coöperatie uit hoofde van de ledenlening en de participatierekening niet zijn verpand aan de bank.

Alvorens naar de beoordeling van de Hoge Raad te kijken staan wij kort stil bij de uitspraken van de rechtbank[2] en het hof.[3] De rechtbank overweegt dat een beding met goederenrechtelijke werking in de zin van artikel 3:83 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW) in de weg staat aan verpandbaarheid, op grond van artikel 3:228 BW. Daarmee past de rechtbank artikel 3:228 BW toe: alleen voor overdracht vatbare goederen kunnen worden bezwaard met een beperkt recht. Het hof valt terug op rechtspraak van de Hoge Raad uit 2003: het arrest *Oryx/Van Eesteren*. [4] Daaruit leidt het hof af dat overdraagbaarheid en verpandbaarheid van een vordering separate onderwerpen zijn en dat een vordering dus onoverdraagbaar kan worden gemaakt op grond van artikel 3:83 lid 2 BW, maar dat deze vordering daarmee niet

zonder meer onverpandbaar is geworden.

De Hoge Raad overweegt dat hij aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt, de in de wet genoemde beperkte rechten kan vestigen (art. 3:81 lid 1 BW). Op alle goederen die voor overdracht vatbaar zijn, kan een recht van pand of hypotheek worden gevestigd (art. 3:228 BW). Aldus kan alleen op voor overdracht vatbare goederen een recht van pand worden gevestigd. Een beding als bedoeld in artikel 3:83 lid 2 BW, dat de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht met goederenrechtelijke werking uitsluit,[5] leidt derhalve ook tot onverpandbaarheid van dat vorderingsrecht.

Twee hiervoor reeds genoemde arresten van de Hoge Raad die zien op (de werking van) een overdraagbaarheidsbeding zijn HR 17 januari 2003 (*Oryx/Van Eesteren*) en HR 21 maart 2014 (*Coface/Intergamma*). Opvallend is echter dat het hof aansluiting zocht bij *Oryx/Van Eesteren* zonder het arrest *Coface/Intergamma* bij het oordeel te betrekken, terwijl de Hoge Raad juist laatstgenoemd arrest bij de beoordeling betrok. Kort gezegd kunnen deze arresten als volgt worden samengevat. In *Oryx/Van Eesteren* beoordeelt de Hoge Raad het rechtsgevolg van een beding in de zin van artikel 3:83 lid 2 BW. Een dergelijk beding leidt niet tot beschikkingsonbevoegdheid van de gerechtigde tot de vordering, maar tot niet-overdraagbaarheid van de vordering. Het beding heeft dus goederenrechtelijke werking en staat daarom in de weg aan een rechtsgeldige overdracht. Een en ander geldt op grond van artikel 3:98 BW ook voor verpanding.[6] De Hoge Raad gaf in 2003 geen oordeel over de uitleg van een beding dat een cessie- of verpandingsverbod bevat.[7] Daarvoor moet worden gekeken naar *Coface/Intergamma* uit 2014. De Hoge Raad oordeelde dat bij de uitleg van bedingen die de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluiten, moet worden aangenomen dat zij uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen (met inachtneming van de *Haviltex*-maatstaf)[8] – formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in artikel 3:83 lid 2 BW is beoogd.

Opmerkelijk is dan ook het (in cassatie bestreden) oordeel van het hof, waarin wordt overwogen dat ten aanzien van de goederenrechtelijke werking van een verpandingsverbod op basis van hetgeen is overwogen in *Oryx/Van Eesteren* ‘krachtens artikel 3:98 BW een en ander ook geldt voor verpanding’, zodat verpanding volgens het hof separaat moet worden uitgesloten.[9] Uit het oordeel van de Hoge Raad in *Oryx/Van Eesteren* kan – zoals de advocaat-generaal (A-G) terecht opmerkt – allerminst worden afgeleid dat onoverdraagbaarheid niet van rechtswege leidt tot onverpandbaarheid. Wij menen dat het arrest *Oryx/Van Eesteren* zo moet worden begrepen dat daarin slechts is geoordeeld dat verpandbaarheid separaat van overdraagbaarheid kan worden uitgesloten, doordat de Hoge Raad in dat arrest overweegt dat op grond van artikel 3:98 BW het bepaalde in artikel 3:83 lid 2

BW van overeenkomstige toepassing is voor wat betreft (on)verpandbaarheid en dat het aldus mogelijk is om uitsluitend de verpandbaarheid van een vordering uit te sluiten.

Niettemin bestaan verschillende opvattingen ten aanzien van de vraag of onoverdraagbaarheid leidt tot onverpandbaarheid. Zoals de A-G constateert in haar conclusie vallen grofweg twee stromingen te onderscheiden in de literatuur.^[10] Enerzijds heerst de opvatting dat onoverdraagbaarheid als gevolg van een beding in de zin van artikel 3:83 lid 2 BW tevens onverpandbaarheid impliceert; anderzijds wordt verdedigd dat onoverdraagbaarheid als gevolg van een dergelijk beding niet van rechtswege tot onverpandbaarheid leidt, maar dat aan de hand van de uitleg van het beding moet worden vastgesteld of partijen hebben beoogd dat de overeengekomen onoverdraagbaarheid tevens tot onverpandbaarheid leidt. Korthedshalve wordt hieronder naar de betreffende stromingen verwezen als de 'strikte leer' en de 'ruime leer'.

De Hoge Raad lijkt in dit geval in zijn – betrekkelijk beknopte – beoordeling van het middel te kiezen voor toepassing van de strikte leer. Hierbij wordt naar onze mening terecht uitgegaan van de gebondenheid aan het gesloten stelsel van het goederenrecht, zoals in de wet is vastgelegd. De wet biedt immers *prima facie* weinig ruimte voor alternatieve lezingen. Zo kan op grond van artikel 3:228 BW op alle goederen die voor overdracht vatbaar zijn een recht van pand worden gevestigd. Uitgangspunt van de wetgever bij deze bepaling is dat degene die overgaat tot vestiging van een beperkt recht tevens bevoegd moet zijn om over dit recht te beschikken en dat het betreffende recht dus overdraagbaar is.^[11] De wettekst van artikel 3:81 lid 1 BW ('Hij aan wie een zelfstandig en *overdraagbaar* recht toekomt, kan *binnen de grenzen van dat recht* de in de wet genoemde beperkte rechten vestigen') bevestigt deze zienswijze. De beoordeling van de Hoge Raad, gelezen in samenhang met de aangehaalde wetsartikelen, leidt derhalve tot een ondubbelzinnige en misschien ook wel weinig verrassende conclusie, die voorts geen directe weerslag zal hebben op de huidige praktijk. Zoals ook het arrest *Coface/Intergamma* geen aanleiding vormde voor de Hoge Raad om zijn eerdere rechtspraak betreffende de goederenrechtelijke werking van een beding in de zin van artikel 3:83 lid 2 BW te heroverwegen,^[12] vindt in dit arrest immers evenmin een heroverweging van de rechtspraak plaats. Bovendien kan een rechtsgeldige verpanding – in geval van een bedongen overdrachtsverbod – op voorhand leiden tot ongewenste gevolgen voor de schuldenaar van de verpande vordering, terwijl het onoverdraagbaarheidsbeding die ongewenste gevolgen juist probeert te voorkomen. Een schuldenaar kan in geval van rechtsgeldige verpanding namelijk door een andere schuldeiser (de inningsbevoegde pandhouder) benaderd worden voor de voldoening van de vordering.

Hiertegenover staat de belangrijke vraag hoe het gesloten stelsel van het goederenrecht zich verhoudt tot de autonomie die partijen ter zake wordt geboden om hun rechtsverhouding c.q.

de reikwijdte van hun onderlinge rechten contractueel te regelen. Artikel 3:83 lid 2 BW biedt partijen niet voor niets de mogelijkheid om juist de overdraagbaarheid van vorderingen uit te sluiten. Het onoverdraagbaar maken van een vordering doet immers – in tegenstelling tot de executie van (on)roerende zaken – *de facto* geen afbreuk aan de executeerbaarheid van het pandrecht op een vordering. Het executeren van het pandrecht op een vordering geschiedt namelijk doorgaans bij wijze van inning (vgl. art. 3:246 BW). Het verpanden van een onoverdraagbare vordering stuit dan ook in beginsel niet op executiebezwaren. In dit licht bezien is de opvatting dat partijen zelf de vrijheid moet worden geboden om een vordering naast onoverdraagbaar eventueel ook onverpandbaar te maken, en dat de goederenrechtelijke werking daarvan een kwestie van uitleg betreft, niet onbegrijpelijk.[13]

In het onderhavige arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat (voorbehoudsloze) onoverdraagbaarheid in de zin van artikel 3:83 lid 2 BW leidt tot onverpandbaarheid, op grond van artikel 3:228 BW. Het hof heeft in cassatie onbestreden geoordeeld dat het gaat om een voorbehoudsloze onoverdraagbaarheid en tegen die achtergrond is het oordeel van de Hoge Raad onzes inziens onvermijdelijk. Een vraag die dan nog op kan komen is hoe de werking van een 'gemitigeerd onoverdraagbaarheidsbeding' in de vorm van een beding dat de overdraagbaarheid van een vordering uitsluit maar duidelijk verpanding voorbehoudt, moet worden beoordeeld. Mede indachtig de uitlegmaatstaf die de Hoge Raad in *Coface/Intergamma* ten aanzien van onoverdraagbaarheidsbedingen introduceerde en het oordeel in *Oryx/van Eesteren*, lijkt het ons niet *a priori* uitgesloten dat partijen een dergelijke combinatie van onoverdraagbaarheid en verpandbaarheid (met goederenrechtelijke werking) overeen zouden kunnen komen.

Het systeem van de wet terzijde, speelt voorts het spanningsveld tussen de belangen van de schuldenaar en schuldeiser van een al dan niet verpandbare vordering mee op de achtergrond. Laatstgenoemde zal doorgaans baat hebben bij de mogelijkheid om zijn onoverdraagbare vorderingen wel te kunnen verpanden bijvoorbeeld aan een financier teneinde aanvullend krediet aan te kunnen trekken. De schuldenaar daarentegen zal de zekerheid verlangen om aan te worden gesproken door dezelfde schuldeiser. Dit kan van belang zijn als een schuldenaar een verrekeningsmogelijkheid verwacht. Een cessie zou die eventuele mogelijkheid kunnen frustreren.[14]

Onderhavig arrest komt op een opmerkelijk moment, gelet op het voorstel voor de 'Wet opheffing verpandingsverboden' dat momenteel aanhangig is bij de Tweede Kamer.[15] Dit voorstel beoogt een wijziging van artikel 3:83 BW, waarbij – uitzonderingen daargelaten – kort gezegd wordt bepaald dat uitsluiting van overdraagbaarheid en verpandbaarheid niet meer mogelijk zal zijn ten aanzien van geldvorderingen op naam die ontstaan in de uitoefening van beroep of bedrijf. Dergelijke bedingen zullen onder de voorgestelde regeling nietig zijn.

De wetgever beoogt met dit wetsvoorstel meer ruimte te geven aan het bedrijfsleven voor wat betreft kredietmogelijkheden. Daarbij is ook rekening gehouden met de belangen van schuldenaren, nu het wetsvoorstel een overdracht of verpanding van een zakelijke vordering pas effectief verklaart jegens een schuldenaar als daarvan schriftelijk mededeling is gedaan. Aan de argumenten die voor toepassing van de ruime leer pleiten, voornamelijk de roep om verpandbaarheid van onoverdraagbare vorderingen te faciliteren teneinde financiering aan te kunnen trekken, lijkt met dit wetsvoorstel dan ook gehoor te worden gegeven. Onzes inziens loopt de Hoge Raad met dit arrest niet vooruit op de wetgever. Als de ratio van het oprekken van het gesloten stelsel van het goederenrecht schuilt in de wens tot verruiming van financieringsmogelijkheden, dan kan het aanhangige wetsvoorstel in deze wens voorzien. Indien navolging zou zijn gegeven aan de ruime leer zou dit kunnen leiden tot geschillen over de inningsbevoegdheid van een pandhouder die overgaat tot executie, terwijl nu als gevolg van het onderhavige arrest van de Hoge Raad ook na inwerkingtreding van de Wet opheffing verpandingsverboden het uitgangspunt blijft dat onoverdraagbare vorderingen tevens onverpandbaar zijn.

Mr. D.R.C. Smit en mr. B.A.R. Zeelte, beiden werkzaam bij Houthoff te Amsterdam

[1] HR 1 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:984 (*Rabobank/Ten Berge q.q. c.s.*).

[2] Rb. Den Haag 13 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14585, INS 2018-0010

[3] Hof Den Haag 9 juni 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:982 (*Rabobank/Ten Berge q.q. c.s.*), INS 2020-0169.

[4] HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0168 (*Oryx/Van Eesteren*).

[5] HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682 (*Coface/Intergamma*), r.o. 3.4.2.

[6] HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0168 (*Oryx/Van Eesteren*), r.o. 3.4.2.

[7] Dit bevestigt de Hoge Raad zelf ook in HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682 (*Coface/Intergamma*), r.o. 3.4.1.

[8] Zie HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493.

[9] Hof Den Haag 9 juni 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:982, r.o. 2.21.

[10] Zie A-G Rank-Berenschot in haar conclusie voor het hier besproken arrest, ECLI:NL:PHR:2021:1192, par. 4.24. Zie par. 4.25 en 4.26 van de conclusie voor een uitwerking van deze stromingen en literatuurverwijzingen.

[11] MvT, Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 309.

[12] Zie HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682 (*Coface/Intergamma*), r.o. 3.4.2.

[13] Zie daarover bijvoorbeeld J.W.A. Biemans, “Onoverdraagbare” vorderingen in faillissement: twee kwesties van uitleg tussen de curator en de pandhouder’, *MvV* 2013, afl. 4, p. 114-121; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/214; F.M.J. Verstijlen, ‘Niet-overdrachts- en niet-verpandingsbedingen in de financieringspraktijk’, *WPNR* 2017, afl. 7134, p. 77-84.

[14] Zie ook Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/214.

[15] *Kamerstukken II* 2019/20, 35482, nr. 2; zoals ook opgemerkt door A-G Rank-Berenschot in haar conclusie voor het hier besproken arrest, ECLI:NL:PHR:2021:1192, par. 4.29.

RECHTSPRAAK

Paulianeuze hoofdelijke aansprakelijkheid en pandrechten

De curator heeft op goede gronden de door de later gefailleerde RSB verstrekte pandrechten en overeengekomen hoofdelijke aansprakelijkheid vernietigd met een beroep op artikel 42 Fw.

Dit arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden gaat over de vraag of de curator met succes (i) de overeengekomen hoofdelijke aansprakelijkheid, (ii) de verplichting tot het vestigen van pandrechten en (iii) de daadwerkelijke vestiging van pandrechten heeft vernietigd op grond van artikel 42 Fw. De heer Ribbink is via de vennootschap RSB Holding & Management BV ('RSB Holding') bestuurder en enig aandeelhouder van Ribbink's Specialiteiten Bakkerij BV ('RSB'). Jewef Beheer BV ('Jewef') en de later gefailleerde RSB waren in verband met twee geldleningen onder meer overeengekomen dat RSB hoofdelijk aansprakelijk zou worden voor de schulden van RSB Holding en dat pandrechten op activa van RSB moesten worden gevestigd. Na het faillissement van RSB heeft Jewef zich tot de curator gewend met de mededeling dat Jewef een aantal vorderingen heeft op RSB en dat Jewef op grond daarvan aanspraak maakt op de pandrechten die aan hem zijn verstrekt. De curator heeft een beroep gedaan op artikel 42 Fw ter vernietiging van (i) de overeengekomen hoofdelijke aansprakelijkheid, (ii) de verplichting tot het vestigen van pandrechten en (iii) de daadwerkelijke vestiging van deze pandrechten.

Voor een succesvol beroep op artikel 42 Fw gelden drie eisen. Ten eerste moet het gaan om een rechtshandeling die RSB onverplicht heeft verplicht. Het hof overweegt dat een groot deel van de door Jewef gestelde vorderingen, geen vorderingen van Jewef op RSB betreffen maar vorderingen op bijvoorbeeld de heer Ribbink. Hieraan verbindt het hof de conclusie dat ter zake van deze posten zowel de overeengekomen hoofdelijke aansprakelijkheid van RSB als de verstrekte pandrechten onverplicht waren (r.o. 3.25). Ten tweede moet sprake zijn van schuldeisersbenadeling. Het hof overweegt dat de hoofdelijke aansprakelijkheid leidt tot vermeerdering van het passief in het faillissement en dat de verstrekking van pandrechten ertoe leidt dat Jewef zijn rechten als pandhouder zou kunnen uitoefenen alsof er geen faillissement was (art. 57 Fw). Hierdoor is er voor de overige gezamenlijke schuldeisers minder over dan in het geval er geen hoofdelijke aansprakelijkheid en pandrechten zouden

zijn geweest, zodat van schuldeisersbenadeling sprake is (r.o. 3.34). Ten derde moet RSB bij het verrichten van de rechtshandelingen hebben geweten of hebben behoren te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn van deze rechtshandeling. Op grond van artikel 45 Fw wordt wetenschap aan de zijde van de schuldenaar vermoed aanwezig te zijn indien het gaat om een rechtshandeling om niet die binnen een jaar voor de faillietverklaring is verricht. Het hof overweegt dat het aanvaarden van de hoofdelijke aansprakelijkheid en het verschaffen van de pandrechten binnen één jaar vóór de faillietverklaring om niet zijn verricht zodat wetenschap van de benadeling wordt vermoed te bestaan (r.o. 3.38). Het hof overweegt dat het door Jewef aangevoerde tegenbewijs onvoldoende is, omdat reeds vóór het aangaan van de paulianeuze rechtshandelingen met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien was dat er een faillissement zou volgen met een tekort (r.o. 3.40-3.42). Aan deze derde eis is daarom ook voldaan.

De conclusie luidt dat het beroep van de curator op artikel 42 Fw slaagt, waarmee de aangevallen rechtshandelingen, namelijk de aanvaarding van hoofdelijke aansprakelijkheid en de verschaffing van pandrechten en de vestiging daarvan, door de curator terecht zijn vernietigd.

N. Lgarah, augustus 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-07-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:6198

Zaaknummer: 200.306.162

Rechters: C.G. ter Veer, B.J. Engberts en D.M.I. de Waele

Advocaten: A. Slaski en M.A. Kerkdijk

Wetsartikelen: Artikel 42 Fw