

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 18, 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

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:8740](#) 30-08-2022

De verdwenen bv die alsnog failliet wordt verklaard. Met wenk

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:5012](#) 26-08-2022

Vliegtuigmaatschappij gehouden tot restitutie na faillissement reisbureau

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:5013](#) 25-08-2022

Afwijzing verzoek om afkoelingsperiode in WHOA-procedure

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:7194](#) 25-08-2022

Consument dient zich uit te laten over zijn belang bij voortprocederen over ontbinding of vernietiging overeenkomst

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:6908](#) 24-08-2022

Rechtsgeldigheid openbaar en stil pandrecht

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:7511](#) 09-08-2022

Afwijzing faillissementsverzoek: niet summierlijk gebleken van het vorderingsrecht van verzoekster

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:7509](#) 04-08-2022

Faillietverklaring op verzoek van een leasemaatschappij afgewezen

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:2491](#) 22-07-2022

Machtiging ter verkoop en levering van een in de gemeenschap vallende villa

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:7515](#) 08-07-2022

Afwijzing faillissementsverzoek omdat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van verzoeksters

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:2528](#) 16-03-2022

Pandrecht op na faillietverklaring verschenen contributie?

RECHTSPRAAK

Pandrecht op na faillietverklaring verschenen contributie?

De vorderingen van een zwemschool op klanten ter zake van na datum faillissement gegeven zwemlessen zijn op datum faillissement toekomstig. Geen pandrecht Rabobank.

De vraag die in deze procedure voorlag, is of vorderingen van de failliete zwemschool Akwaak ter zake van na datum faillissement gegeven zwemlessen op de faillissementsdatum reeds waren of nog moesten ontstaan.

Akwaak verzorgde tegen betaling van contributie zwemlessen. Haar bestaande en toekomstige vorderingen had zij aan Rabobank verpand tot meerdere zekerheid van terugbetaling van haar verplichtingen onder een kredietovereenkomst. Bij vonnis van 24 juni 2020 is Akwaak in staat van faillissement verklaard. Met het oog op een doorstart heeft de curator van Akwaak de activiteiten voortgezet, in welk kader – na aftrek van gestorneerde incasso's – € 50.413,94 op een bankrekening bij Rabobank is ontvangen. Stellende dat de vorderingen die aan de betalingen ten grondslag hebben gelegen aan haar waren verpand, heeft Rabobank het geïncasseerde lesgeld met haar vorderingen op Akwaak verrekend (HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, NJ 1996, 471, m.nt. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*)). De curator heeft betwist dat die vorderingen rechtsgeldig waren verpand en vorderde om die reden afdracht van de ingekomen les gelden.

Het is mogelijk om (relatief) toekomstige vorderingen bij voorbaat stil te verpanden (art. 3:239 lid 1 BW). Het pandrecht komt dan tot stand op het moment dat de vordering ontstaat zonder dat daarvoor nadere beschikkingshandelingen van de pandgever noodzakelijk zijn.

Voorwaarde is wel dat de pandgever op het moment van het ontstaan van de vordering bevoegd is daarover te beschikken. Is dat niet zo, bijvoorbeeld omdat de pandgever in staat van faillissement is verklaard, dan staat het bepaalde in artikel 23 Fw in samenhang met artikel 35 lid 2 Fw aan rechtsgeldige verpanding in de weg. Tegen deze achtergrond heeft de rechtbank zich de vraag moeten stellen of de vorderingen van Akwaak ter zake van contributie die na de faillietverklaring bij de voortzetting zijn geïncasseerd ten tijde van die faillietverklaring reeds waren of nog moesten ontstaan.

Voor zijn standpunt dat de vorderingen *na* de faillietverklaring van Akwaak zijn ontstaan, beroept de curator zich op het bekende arrest *WUH/Emmerig q.q.* (HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5528, *NJ* 1987, 530, m.nt. Van der Grinten). In dat arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat vorderingen betreffende aan de failliet verschuldigde huurtermijnen die op de dag van faillietverklaring nog niet zijn verschenen, als op dat moment toekomstige vorderingen dienen te worden beschouwd, omdat het ontstaan van dergelijke vorderingen, die niet geacht kunnen worden hun bestaan reeds te zijn aangevangen op het tijdstip waarop de huurovereenkomst tot stand kwam, afhankelijk is van toekomstige, vooralsnog onzekere omstandigheden waaronder de daadwerkelijke verschaffing van het huurgenoet waarvoor de betreffende termijn de tegenprestatie vormt. Zie hierover ook de lezenswaardige noot van Struycken bij de onderhavige rechtbankuitspraak (*JOR* 2022/191), waarin hij net als de rechtbank in r.o. 5.6 opmerkt dat niet eenduidig uit *WUH/Emmerig q.q.* volgt welke overwegingen de Hoge Raad in die kwestie tot zijn oordeel hebben gebracht en verkent wat relevant is bij de bepaling van het ontstaansmoment van vorderingen.

Volgens de rechtbank is toepassing van de regel uit *WUH/Emmerig q.q.* afhankelijk van hetgeen partijen zijn overeengekomen. Op grond van de algemene voorwaarden van Akwaak diende betaling van het lesgeld vooruit te gebeuren en was restitutie op grond van de toepasselijke voorwaarden slechts zeer beperkt mogelijk, hetgeen Rabobank heeft aangegrepen om te betogen dat de betaling niet afhankelijk is van de tegenprestatie in de in *WUH/Emmerig q.q.* relevant geachte zin. De rechtbank meent in r.o. 5.7 echter dat het ontstaan van de vorderingen van Akwaak op klanten niet volledig is losgekoppeld van het geven van zwemles en wijst daarbij onder meer op de mogelijkheid van restitutie bij ziekte en de opbouw van inhaaltegoed. De rechtbank heeft dus ruimte gezien voor toepassing van *WUH/Emmerig q.q.* en komt tot het oordeel dat de vorderingen van Akwaak ten tijde van de faillietverklaring als toekomstig dienen te worden beschouwd, zodat daarop geen pandrecht van Rabobank is komen te rusten (r.o. 5.9).

Het verweer van Rabobank tegen de gevorderde uitvoerbaarheid bij voorraad heeft de rechtbank tot slot verworpen; niet alleen omdat de enkele stelling van een restitutierisico geen aanleiding vormt voor afwijzing of oplegging van een verplichting tot zekerheidstelling (HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1400, *NJ* 1994/591), maar ook omdat nog baten voor de boedel te verwachten zouden zijn geweest, zodat geenszins zeker zou zijn dat het gestelde risico zich zou verwezenlijken.

J.O. Bijloo, september 2022

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 16-03-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:2528

Zaaknummer: C/o8/268226 / HA ZA 21-279

Rechters: P.A.M. Miltenburg

Advocaten: G.M. Volkerink, T.T. van Zanten en L. van den Reek

Wetsartikelen: 23 Fw, 35 Fw en 3:239 BW

RECHTSPRAAK

Afwijzing faillissementsverzoek omdat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van verzoeksters

Verzoeksters hebben de vorderingen op basis waarvan zij het faillissement van verweerder aanvragen gecedeerd gekregen van een gelieerde vennootschap. Verweester stelt dat zij verzoeksters niet hoeft te betalen, omdat zij een verrekenbare tegenvordering heeft op de gelieerde vennootschap. Dit verweer kan niet aanstonds worden verworpen, zodat de rechtbank het faillissementsverzoek afwijst.

Cool Kidz B.V. en Kinderdagverblijf het Opstapje B.V. vragen het faillissement aan van een andere vennootschap. Verzoeksters stellen dat zij geldleningen hebben verstrekt aan verweester. De vorderingen die hiermee samenhangen, zijn gecedeerd aan een gelieerde vennootschap, maar kort voor het faillissementsverzoek teruggecedeerd aan verzoeksters.

Verweester stelt dat zij een tegenvordering heeft op de gelieerde vennootschap die op grond van artikel 6:130 BW verrekend kan worden met de gecedeerde vorderingen. In kort geding heeft de voorzieningenrechter overwogen dat het aannemelijk is dat de vordering van verweester op de gelieerde vennootschap zal worden toegewezen.

Verweester betwist daarnaast dat sprake is van pluraliteit van schuldeisers. Verzoeksters hebben de vorderingen gecedeerd gekregen met het doel om te voldoen aan het vereiste van pluraliteit van schuldeisers.

De rechtbank overweegt dat niet aannemelijk is geworden dat de tegenvordering van verweester, die ook als reconventionele vordering is ingesteld in een bodemprocedure, geen redelijke kans van slagen heeft. Ook kan op basis van summierlijk onderzoek niet worden geconcludeerd dat het beroep op artikel 6:130 BW aanstonds moet worden verworpen. Omdat om die reden niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van verzoeksters, wijst de rechtbank het faillissementsverzoek af.

H.J. de Kloe, september 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 08-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:7515

Zaaknummer: C/10/639752 / FT RK 22/226

Rechters: C.G.E. Prenger

Advocaten: E.T. van den Hout en L.B. van Luijn

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 6:130 BW

RECHTSPRAAK

Faillietverklaring op verzoek van een leasemaatschappij afgewezen

De leasetermijnen zijn tot en met 31 maart 2022 betaald. Op 19 april 2022 is het geleasede verkocht, zodat de leasemaatschappij het object niet meer ter beschikking kan stellen aan verweerster. De rechtbank oordeelt daarom dat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de leasemaatschappij.

BNP Paribas Leasing Solutions N.V. ('BNP Paribas') heeft een leaseovereenkomst gesloten met verweerster. Vanwege het uitblijven van betalingen is de leaseovereenkomst op 14 april 2022 beëindigd. BNP Paribas stelt dat alle toekomstige leasetermijnen daarmee direct opeisbaar zijn op grond van de toepasselijke algemene voorwaarden. Verweerster heeft zich verweerd met de stelling dat de leasetermijnen tot en met het eerste kwartaal van 2022 zijn betaald en dat het geleasede is teruggegeven. BNP Paribas zou daarom geen vordering op haar hebben.

De rechtbank wijst het faillissementsverzoek af. Dat de leasetermijnen tot en met 31 maart 2022 zijn betaald staat vast. Het geleasede is op 19 april 2022 verkocht aan een derde, zodat BNP Paribas het geleasede niet meer ter beschikking kan stellen aan verweerster. Om die reden kan de rechtbank op basis van een summierlijk onderzoek niet uitgaan van het vorderingsrecht van BNP Paribas.

H.J. de Kloe, september 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 04-08-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:7509

Zaaknummer: C/10/641085 / FT RK 22/264

Rechters: J.C.A.T. Frima

Advocaten: R. Arnoldus

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Afwijzing faillissementsverzoek: niet summierlijk gebleken van het vorderingsrecht van verzoekster

Verweerster heeft gesteld dat verzoekster geen vordering heeft op haar, maar op een andere vennootschap. Naar het oordeel van de rechtbank is verzoekster er niet in geslaagd aan te tonen dat dit verweer aanstonds verworpen moet worden. De rechtbank wijst daarom het faillissementsverzoek af.

Dynamic Service Solutions B.V. ('DSS') vraagt het faillissement aan van een andere vennootschap. DSS stelt een vordering op deze vennootschap te hebben in verband met geleverde ICT-diensten.

Verweerster betwist dat zij een overeenkomst heeft gesloten met DSS. Er zou wel een overeenkomst zijn met Bodyfashion Distribution B.V. ('BD') en verweerster heeft enkele betalingen aan DSS verricht ten behoeve van BD, maar daarmee is tussen DSS en verweerster nog geen overeenkomst tot stand gekomen. DSS heeft facturen die bestemd waren voor BD op naam van verweerster gezet, maar verweerster heeft meermaals verzocht de tenaamstelling op de facturen te wijzigen. DSS heeft naar de mening van verweerster dus geen vordering op haar. Voor de zekerheid heeft verweerster een bedrag ter hoogte van de vordering op de derdengeldenrekening van haar advocaat gestort, om te laten zien dat zij niet is opgehouden te betalen voor het geval de rechtbank van oordeel zou zijn dat summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van DSS.

De rechtbank overweegt dat het faillissement alleen kan worden uitgesproken als summierlijk blijkt van het vorderingsrecht van verzoekster. Dit wil zeggen dat op basis van een kort en eenvoudig onderzoek van het vorderingrecht moet blijken. DSS is er niet in geslaagd aan te tonen dat de betwisting door verweerster aanstonds verworpen moet worden. Van het vorderingsrecht van DSS is daarom niet summierlijk gebleken, zodat de rechtbank het faillissementsverzoek afwijst.

H.J. de Kloe, september 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 09-08-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:7511

Zaaknummer: C/10/640722 / FT RK 22/240

Rechters: B.A. Cnossen

Advocaten: W.H.J. Luijter en M.C.M. van Ruitenbeek-Kossen

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Consument dient zich uit te laten over zijn belang bij voortprocederen over ontbinding of vernietiging overeenkomst

De procedure wordt op grond van artikel 29 Fw geschorst en doorgehaald voor zover het gaat om betaling van een geldsom. Eiser wil kennelijk de procedure buiten bezwaar van de boedel voortzetten voor zover het gaat om de ontbinding of vernietiging van de overeenkomst. De rechtbank stelt eiser in de gelegenheid om zijn belang hierbij toe te lichten.

In deze kwestie draait het om een consument die bij Autobedrijf Binnenmaas B.V. een auto kocht die volgens de koper non-conform blijkt te zijn. De non-conformiteit is gelegen in het kennelijke feit dat de auto bepaalde opties mist. De koper heeft Binnenmaas aangeschreven en verzocht medewerking te verlenen aan de ontbinding van de koopovereenkomst. Binnenmaas heeft betwist dat de auto non-conform is.

Partijen zijn er niet uitgekomen en de koper heeft Binnenmaas gedagvaard. Nadat Binnenmaas een conclusie van antwoord indiende en de kantonrechter een datum voor een mondelinge behandeling bepaalde, sprak de rechtbank Rotterdam het faillissement van Binnenmaas uit. De gemachtigde van Binnenmaas heeft dit na de uitspraak van het faillissement gemeld aan de kantonrechter die vervolgens de koper heeft gevraagd zich uit te laten over de uitspraak van het faillissement van Binnenmaas. De vraag is gesteld of de koper de procedure wenst voort te zetten of wenst door te halen. De koper heeft de kantonrechter verzocht de procedure voort te zetten.

De kantonrechter beslist uiteindelijk dat de procedure met het oog op artikel 29 Fw wordt geschorst en doorgehaald ten aanzien van de primaire en subsidiaire vorderingen die op grond van artikel 26 Fw ter verificatie moeten worden ingediend. Het gaat om geldvorderingen zoals de terugbetaling van de koopsom (al dan niet met inachtneming van de door de koper ingeruilde auto) en buitengerechtelijke kosten.

De vorderingen die zien op de ontbinding of de vernietiging van de koopovereenkomst kwalificeren als vorderingen ex artikel 25 Fw. De kantonrechter interpreteert het verzoek van de koper dusdanig dat hij niet verzoekt om een schorsing als bedoeld in artikel 28 Fw, maar de procedure wenst voort te zetten zonder dat de uitkomst daarvan rechtskracht heeft jegens de boedel. De kantonrechter vraagt de koper daarom om toe te lichten welk belang hij heeft bij de voorzetting omdat een ontbinding of vernietiging niet aan de boedel kan worden tegengeworpen en eventuele geldvorderingen moeten worden ingediend bij de curator. De procedure wordt daarom naar de rol verwezen opdat de koper zich (nogmaals) kan uitlaten over het vervolg van de procedure. De geplande mondelinge behandeling gaat in het licht van het faillissement van Binnenmaas niet door.

W.T.N. Vlasveld, september 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 25-08-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:7194

Zaaknummer: 9696715 CV EXPL 22-735

Rechters: P. Joele

Advocaten: M.G. van Dijken en Advocaat G.I. Niesert

Wetsartikelen: 25 Fw, 26 Fw, 28 Fw en 29 Fw

RECHTSPRAAK

De verdwenen bv die alsnog failliet wordt verklaard. Met wenk

Een via turboliquidatie verdwenen bv wordt alsnog failliet verklaard. Een mogelijke vordering op grond van artikel 2:248 BW wordt daarbij als potentiële bate aangemerkt.

Exotic Greens & Peppers Company BV ('de bv') is in januari 2022 verdwenen via turboliquidatie. Een van de onbetaald gebleven schuldeisers van de bv, Eneco, meent echter dat de bv nog over baten beschikt en vraagt het faillissement van de bv aan. Eneco heeft zelf een opeisbare vordering op de bv van bijna € 400.000, terwijl de Belastingdienst nog een vordering heeft van bijna € 300.000. Aan het pluraliteitsvereiste is dus voldaan. Volgens Eneco betreft de bate waarover de bv nog zou beschikken een vordering ingevolge artikel 2:248 BW. Eneco wijst erop dat de bv heeft nagelaten haar jaarrekeningen binnen de daarvoor geldende termijn openbaar te maken, hetgeen gelet op artikel 2:248 lid 2 BW meebrengt dat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling vaststaat.

De rechtbank stelt voorop dat een ontbonden bv failliet kan worden verklaard wanneer summierlijk blijkt van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog een (mogelijke) bate is en aan de overige vereisten voor faillietverklaring is voldaan. Met name de eerst gestelde voorwaarde is in casu interessant. Volgens de rechtbank is hieraan voldaan, nu artikel 2:248 lid 2 BW van toepassing is, wegens het niet publiceren van de jaarrekening. Kennelijk onbehoorlijk bestuur staat daarom vast, terwijl wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Nu de bv dit vermoeden onvoldoende heeft weerlegd, is aansprakelijkheid van het bestuur van de bv geenszins uitgesloten. De bv moet worden geacht te zijn blijven bestaan en wordt failliet verklaard nu ook sprake is van een vorderingsrecht van de aanvrager van het faillissement alsmede van pluraliteit van schuldeisers.

Wenk

Deze uitkomst lijkt mij wenselijk, maar zeker niet vanzelfsprekend. Rechtbanken en hoven

verschillen namelijk over de vraag of een vordering ex artikel 2:248 BW als bate kan gelden, hetgeen sterk verschilt per arrondissement. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5015), de rechtbank Arnhem (Rb. Arnhem 11 januari 2006, *JOR* 2006/120; Rb. Arnhem 26 juli 2006, *JOR* 2007/29, m.nt. De Jong; Rb. Arnhem 24 mei 2011, *JOR* 2011/274) en het gerechtshof 's-Gravenhage (Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, *JOR* 2013/217, m.nt. Nethe; Hof 's-Gravenhage 2 juli 2015, *JOR* 2016/47, m.nt. Renssen) zijn ook van mening dat een mogelijke vordering inzake bestuurdersaansprakelijkheid op de voet van artikel 2:248 BW als potentiële bate tot herleving, direct het faillissement tot gevolg hebbend, kan leiden. Het gerechtshof 's-Gravenhage geeft overigens wel toe dat een vordering op grond van artikel 2:248 BW strikt genomen geen bate van de vennootschap is, maar een bate voor de boedel (de gezamenlijke schuldeisers), maar dat doet er volgens het hof niets aan af; het begrip 'bate' dient ruim te worden uitgelegd. Dat lijkt mij een opvatting die toe te juichen is. In een situatie waarbij slechts sprake is van een bate bestaande uit een mogelijke vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW, zouden de schuldeisers geen mogelijkheid hebben een dergelijke vordering te gelde te maken, wanneer deze vordering niet als bate wordt aangemerkt. Het bestuur zou dan weggelaten met onbehoorlijk bestuur en een ten onrechte genomen besluit tot turboliquidatie, terwijl de schuldeisers hun vorderingen nimmer zullen kunnen verhalen.

Feit blijft natuurlijk wel dat de vordering ex artikel 2:248 BW alleen door de curator kan worden ingesteld in faillissement en dat het aanmerken van de vordering als bate in die zin meerdere onzekerheden met zich brengt; gaat de curator wanneer het faillissement zal worden uitgesproken gebruikmaken van artikel 2:248 BW en in hoeverre heeft een dergelijke vordering kans van slagen? Deze onzekerheden alsmede het feit dat alleen de curator de vordering daadwerkelijk kan instellen, zijn voor andere gerechten dan ook juist argumenten voor het niet aanmerken van de vordering ex artikel 2:248 BW als bate.

Uit uitspraken van de rechtbank Midden-Nederland (Rb. Midden-Nederland 11 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4479), de rechtbank 's-Hertogenbosch (Rb. 's-Hertogenbosch 21 maart 2012, *JOR* 2012/140, m.nt. De Jong), de rechtbank Rotterdam (Rb. Rotterdam 20 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10377) en de rechtbank Zeeland-West-Brabant (Rb. Zeeland-West-Brabant 11 februari 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:800; Rb. Zeeland-West-Brabant 1 augustus 2018, *JOR* 2019/31, m.nt. Renssen) volgt dat een poging tot herleving van een turbogeliquideerde bv via faillissement met als bate een mogelijke vordering op de voet van artikel 2:248 BW wegens de bewijslast die op de schuldeiser rust, niet snel zal slagen. Terwijl de rechtbank 's-Hertogenbosch de vordering van de onbetaald gebleven schuldeiser afwees, omdat de gestelde schade alsmede het causaal verband tussen het achterwege laten van de vereffening en de gestelde schade onvoldoende was onderbouwd, had de rechtbank Midden-

Nederland juist moeite met de bestaande onzekerheid omtrent toewijzing van de vordering ex artikel 2:248 BW in een nog te voeren procedure en in het verlengde daarvan uitzicht op daadwerkelijk verhaal bij de aansprakelijk gestelde bestuurders.

Op dit moment bestaat er derhalve onduidelijkheid over de bewijslast die op de onbetaald gebleven schuldeiser rust die op de voet van artikel 2:23c lid 1 BW een turbogeliquideerde B.V. wenst te laten herleven, hetgeen in de praktijk vaak plaatsvindt via een faillissementsaanvraag, met een mogelijke vordering op grond van artikel 2:248 BW als (potentiële) bate. Mijns inziens dient de Hoge Raad in deze materie duidelijkheid te scheppen, hetgeen hopelijk in de nabije toekomst – wellicht via prejudiciële vragen gesteld door de eerstvolgende rechtbank die wordt geconfronteerd met een dergelijk vraagstuk – gebeurt.

S. Renssen, september 2022

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 30-08-2022

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2022:8740

Zaaknummer: C/09/632646 / FT RK 22/507

Rechters: H.J. van Harten

Advocaten: B.T. van Onna en P. Salim

Wetsartikelen: 2:248 BW, 1 Fw en 6 Fw

RECHTSPRAAK

Afwijzing verzoek om afkoelingsperiode in WHOA-procedure

Het is niet aannemelijk dat de schuldeisers gebaat zijn bij een afkoelingsperiode. Ook is niet gebleken van meerwaarde bij gecontroleerde afwikkeling en is niet aannemelijk dat belangen van aanvrager van het faillissement niet wezenlijk worden geschaad.

Op 25 augustus 2022 heeft de rechtbank Amsterdam geoordeeld over een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode in het kader van een WHOA-procedure.

Op grond van artikel 376 lid 3 Fw wordt een afkoelingsverzoek toegewezen indien summierlijk blijkt dat (i) een afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord te kunnen blijven voortzetten, (ii) redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij gediend zijn en (iii) dat de in artikel 376 lid 2 Fw bedoelde derden niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.

In onderhavige zaak beoogt de schuldenaar zijn onderneming niet voort te zetten maar (gecontroleerd) af te wikkelen. In deze situatie is een afkoelingsperiode mogelijk wanneer redelijkerwijs valt aan te nemen dat met een akkoord buiten faillissement een beter resultaat kan worden behaald dan met de afwikkeling in faillissement. Het moet redelijkerwijs aannemelijk zijn dat een duidelijke 'plus' (een meerwaarde) is verbonden aan een afwikkeling buiten faillissement.

De schuldenaar heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat hij een faillissement kan afwenden. Het pensioenfonds heeft namelijk een verzoek tot faillietverklaring ingediend in verband met onbetaald gelaten pensioenpremies. Deze faillissementsaanvraag kan niet worden tegengehouden met een afkoelingsperiode. De WHOA is immers niet van toepassing op dergelijke vorderingen (zie HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:328). Hierdoor kan niet worden aangenomen dat de belangen van de schuldeisers zijn gediend zijn bij een afkoelingsperiode.

Daarnaast heeft de schuldenaar onvoldoende aannemelijk gemaakt dat met een akkoord een beter resultaat kan worden behaald dan met de afwikkeling in faillissement. De schuldenaar heeft onvoldoende inzicht gegeven in zijn financiële situatie. Er zijn slechts conceptjaarrekeningen over 2019 en 2020 en een schuldenlijst overgelegd. Vastgestelde jaarrekeningen, een actuele balans en een liquiditeitsprognose ontbreken. Daardoor rijzen twijfels over de deugdelijkheid van de administratie. Verder heeft de schuldenaar niets concreet gemaakt over de externe financiering die benodigd is voor het akkoord. Onder meer is onduidelijk welk bedrag, op welke termijn en onder welke voorwaarden, ter beschikking zal komen.

Kortom: het is onvoldoende aannemelijk dat de belangen van de schuldeisers zijn gediend bij een afkoelingsperiode. Daarnaast is niet gebleken van een meerwaarde bij gecontroleerde afwikkeling. Verder kan niet worden aangenomen dat de belangen van de aanvrager van het faillissement door de afkoeling niet wezenlijk zullen worden geschaad. Daarom wijst de rechtbank het verzoek af.

K.C.S. Meekes, september 2022

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 25-08-2022

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:5013

Zaaknummer: C/13/720360 FT RK 22.488

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

Advocaten: M.C.M. van Ruitenbeek-Kossen

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Machtiging ter verkoop en levering van een in de gemeenschap vallende villa

Deze zaak gaat over de vraag of de faillissementscurator bevoegd is om over te gaan tot verkoop en levering van een villa waarvan zowel aan gedaagde als diens later gefailleerde partner de onverdeelde helft toekomt. De voorzieningenrechter beslist dat hij de faillissementscurator een machtiging zal geven teneinde de villa te gelde te maken en beslist daarbij dat de faillissementscurator alleen en zelfstandig bevoegd is om al datgene te doen dat nodig is voor de verkoop en levering van deze villa.

Deze zaak gaat over de vraag of de faillissementscurator bevoegd is om over te gaan tot verkoop en levering van een villa waarvan zowel aan gedaagde als diens later gefailleerde partner de onverdeelde helft toekomt. Op de villa rust een recht van hypotheek van Stichting Hypotheekobligaties Vrienden ('SHV') in verband met een aan de partner verstrekte hypothecaire geldlening. De partner is vanaf januari 2019 in gebreke met de betaling van de rente op de hypothecaire geldlening. Hij is in staat van faillissement verklaard. Zowel de boedel als gedaagde kan niet voldoen aan de hypotheekverplichtingen ter zake van de villa en kan het aandeel in de villa van de andere deelgenoot niet overnemen, zodat de villa moet worden verkocht. SHV en de faillissementscurator hebben afgesproken dat getracht zal worden om de villa onderhands te verkopen. Enkele gegadigden in deze villa hebben zich aangediend. De gedaagde en de faillissementscurator verschillen van mening over aan wie verkocht moet worden: de faillissementscurator komt uit bij D, gedaagde bij E.

Enerzijds heeft D € 2.050.000 geboden, geen financieringsvoorbehoud gemaakt en verklaard de makelaarscourtage van circa € 100.000 voor zijn rekening te zullen nemen. In het bod is bepaald dat het voorlopig koopcontract uiterlijk op 30 juli 2022 moet zijn opgesteld en de leveringsakte uiterlijk op 30 september 2022 moet worden gepasseerd. Anderzijds heeft E een bod op de villa gedaan van € 2.000.000 en enkele dagen later een nieuw bod uitgebracht van € 2.100.000 met de verklaring dat gedaagde tot eind 2022, en eventueel langer, in de villa mag

blijven wonen. SHV stemt in met verkoop van de villa aan D. Om het eventuele nadeel dat voor gedaagde ontstaat door de lagere verkoopprijs weg te nemen – het verschil tussen € 2.050.000 en € 2.000.000 – is SHV bereid € 50.000 van de restvordering op gedaagde kwijt te schelden. De gedaagde geeft echter de voorkeur aan E, onder meer omdat zij na verkoop (tijdelijk) in de villa wil blijven wonen. De faillissementscurator geeft daarentegen de voorkeur aan D, onder meer omdat de boedel belang heeft bij verkoop op korte termijn, bij voldoende afnamezekerheid van de kant van de koper en bij verkoop zonder financieringsvoorbehoud of discussie omtrent de (eventuele) makelaarscourtage.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat de villa aan D verkocht en geleverd mag worden. Het bod van D benadert de taxatiewaarde, biedt zekerheid in die zin dat er geen financieringsvoorbehoud is gemaakt en de boedel geen makelaarscourtage hoeft te betalen en betekent levering op korte termijn, namelijk eind september 2022, van de villa. Bovendien draagt het volgens de voorzieningenrechter geen grote kans in zich dat in de wettelijke bedenktijd een beroep zal worden gedaan op gebreken, nu D met een bouwkundige in de woning is geweest en een inschatting heeft kunnen maken van de gebreken en de aan herstel van deze gebreken verbonden kosten. De voorzieningenrechter heeft bij het bod van E daarentegen twijfels. Zo is E pas nadat de curator gedaagde had bericht het bod van D te hebben aanvaard met zijn eerste bod gekomen, terwijl gedaagde in dit geding heeft gesteld dat zij via haar buurman al geruim tijd wist dat E belangstelling had voor de villa. Dat roept de vraag op waarom E pas nu met een bod komt, terwijl de villa al meer dan drie jaar in de verkoop staat. Gelet op het vorenstaande is de voorzieningenrechter van oordeel dat het bod van D meer zekerheid biedt voor de afname van de villa en daarom het meest tegemoet komt aan de belangen van de boedel. Dat de koopsom € 50.000 lager is dan de door E geboden som, leidt volgens de voorzieningenrechter niet tot nadeel aan de zijde van gedaagde, nu SHV bereid is € 50.000 kwijt te schelden van de restantschuld van gedaagde en de voorzieningenrechter ervan uitgaat dat SHV conform die bereidheid zal handelen.

De voorzieningenrechter beslist dat hij de faillissementscurator een machtiging zal geven teneinde de villa te gelde te maken en beslist daarbij dat de faillissementscurator alleen en zelfstandig bevoegd is om al datgene te doen dat nodig is voor de verkoop en levering van deze villa.

N. Lgarah, september 2022

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 22-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:2491

Zaaknummer: C/o8/283711 / KG ZA 22/148

Rechters: K.J. Haarhuis

Advocaten: A.A. Dooijeweerd en M. Loef

Wetsartikelen: 3:174 BW

RECHTSPRAAK

Rechtsgeldigheid openbaar en stil pandrecht

Vermeend pandhouder heeft enkele facturen van een failliet ten onrechte geïnd en moet afdragen aan de boedel. Zij kan niet verrekenen met de uitstaande lening, omdat de schuld wegens onterechte inning voortvloeit uit een onrechtmatige daad jegens de gezamenlijke schuldeisers. Geen wederkerigheid.

De curator van Light 2000 B.V. ('Light'), een dienstverlener op het gebied van feestverlichting, vordert betaling van Drinkwaard Beheer B.V. ('Drinkwaard'). Drinkwaard was aandeelhouder en (indirect) verhuurder van Light. In 2017 heeft zij de aandelen in Light verkocht aan een derde. Er zijn toen afspraken gemaakt over de uitstaande lening van Drinkwater aan Light en over toekomstige huurverplichtingen.

De overeenkomst met afspraken over verpanding (2017)

In de overeenkomst uit 2017 ('de overeenkomst') werd onder meer afgesproken dat 'alle bestaande en toekomstige handelsvorderingen zullen worden verpand'. En: 'Om het pandrecht door Drinkwaard te kunnen laten uitoefenen zal Light op haar verkoopfacturen vermelden dat de vordering zijn verpand aan Drinkwaard Beheer B.V. en betalingen alleen rechtsgeldig verricht kunnen worden op bankrekening nummer [...] ten name van Drinkwaard Beheer B.V.'. Deze bankrekening stond op dat moment nog op naam van Light. Ook vermeldde de overeenkomst dat partijen de onderpanden zouden beschrijven en deze aan de notariële akte van aandelenoverdracht zouden hechten. Dat is niet gebeurd. De overeenkomst is bovendien niet als onderhandse akte geregistreerd. Tot slot is ook niet op de facturen vermeld dat de vorderingen verpand zijn aan Drinkwaard.

De geregistreerde pandakte (2019)

In juni 2019 hebben Light en Drinkwaard een pandakte handelsvorderingen ondertekend en geregistreerd ('de pandakte'). Daarin staat onder meer dat zij 'thans uitvoering wensen te geven' aan de overeenkomst 'door vestiging van het overeengekomen pandrecht op de (toekomstige) handelsvorderingen'.

Inning

In december 2019 heeft Drinkwaard de inning van facturen van Light ter hand genomen. In een brief van haar advocaat aan de betreffende debiteuren staat onder meer: *‘U dient deze brief te beschouwen als een mededeling in de zin van artikel 3:239 lid 3 van het Burgerlijk Wetboek.’* Verschillende debiteuren hebben vervolgens aan Drinkwaard betaald.

Geen openbaar pandrecht

De curator vordert betaling van de door Drinkwaard geïnde facturen. Drinkwaard verweert zich met de stelling dat zij een openbaar en/of een stil pandrecht had op de betreffende vorderingen.

De rechtbank overweegt dat voor het vestigen van een openbaar pandrecht is vereist (1) een daartoe bestemde akte en (2) mededeling daarvan aan de debiteur. Voor het eerste vereiste is volgens de rechtbank nodig dat uit de akte blijkt dat deze tot het vestigen van een pandrecht van de erin bedoelde vordering is bestemd. Een redelijke, op de praktijk afgestemde uitleg brengt mee dat voldoende is dat de verkrijger van het pandrecht – Drinkwaard – begrijpt en redelijkerwijs mag begrijpen dat de akte tot vestiging van het pandrecht is bedoeld.

Daarvan is geen sprake. De rechtbank wijst erop dat het ontbreken van een beschrijving bij de notariële akte én de bewoordingen van de pandakte uit 2019, laten zien dat het de bedoeling was dat het te vestigen pandrecht nog nader uitgewerkt zou worden. Aan de eerste eis – vestiging door middel van een daartoe bestemde akte – was daarom niet voldaan.

Aan de beoordeling van het tweede vereiste voor totstandkoming van een openbaar pandrecht – de mededeling als bedoeld in artikel 3:236 jo. 3:94 BW – komt de rechtbank dus niet toe. Zij overweegt hierover dan ook niets. Duidelijk was dat er geen mededeling van het pandrecht op de facturen stond. De rechtbank hoefde niet te beoordelen of de mededeling in de brief aan de debiteuren kon worden beschouwd als de hiervoor bedoelde mededeling om een openbaar pandrecht te vestigen. Die brief verwees naar de mededeling in de zin van artikel 3:239 lid 3 BW. Dat artikel gaat over de mededeling aan de debiteur van een stil pandrecht, teneinde de inningsbevoegdheid ex artikel 3:246 BW naar de pandhouder te doen overgaan. Het gaat dus om verschillende mededelingen, met verschillende rechtsgevolgen. Het is dus waarschijnlijk dat ook aan het tweede vereiste in dit geval niet was voldaan.

Stil pandrecht op een deel van de vorderingen

Volgens de rechtbank staat vast dat met de registratie van de pandakte in 2019 een stil pandrecht op vorderingen is gevestigd. Omdat daarna geen nieuwe pandaktes meer zijn

geregistreerd, is deze stille verpanding beperkt tot de vorderingen die op het moment van de vestiging van het pandrecht reeds bestonden of rechtstreeks zouden worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding (art. 3:239 lid 1 BW). In het vonnis volgt daarom een beoordeling per factuur of aan deze eis wordt voldaan. Voor de curator lijkt dit een lastige discussie. Het lijkt erop dat hij onvoldoende informatie heeft om zich goed te kunnen verweren tegen de stellingen van Drinkwaard dat van langlopende rechtsverhoudingen sprake was. De rechtbank oordeelt uiteindelijk dat slechts vijf van de elf geïnde facturen ten onrechte door Drinkwaard zijn geïnd, en de overige zes dus niet.

Geen verrekening

Drinkwaard moet uit dien hoofde € 25.000 betalen aan de boedel. Haar beroep op verrekening met haar vordering uit hoofde van de lening wordt door de rechtbank afgewezen. De vordering van de curator in verband met onrechtmatige inning is een vordering van de gezamenlijke schuldeisers (ofwel een *Peeters/Gatzen*-vordering), zodat de voor verrekening vereiste wederkerigheid ontbreekt.

Buitengerechtelijke kosten

Tot slot verweerde Drinkwaard zich nog tegen de gevorderde vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten met de stelling dat de door de curator verrichte werkzaamheden behoren tot het reguliere takenpakket van een curator, waarvoor hij een vergoeding volgens de Recofa-richtlijnen ontvangt. Dat verweer wordt niet gevolgd. Er waren daadwerkelijk uitvoerige incassowerkzaamheden verricht. Dat de curator salaris uit de boedel ontvangt, doet hieraan niet af. De buitengerechtelijke kosten komen namelijk toe aan de faillissementsboedel, en niet aan de curator in privé.

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

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 24-08-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:6908

Zaaknummer: C/10/632746 / HA ZA 22-82

Rechters: N. Doorduijn

Advocaten: J. de Vries en G.M. van den Bergh

Wetsartikelen: 3:236 BW, 3:94 BW, 3:239 BW en 53 Fw

RECHTSPRAAK

Vliegtuigmaatschappij gehouden tot restitutie na faillissement reisbureau

Passagiers spreken na faillissement reisbureau rechtstreeks de vliegtuigmaatschappij aan op grond van de Verordening (EG) nr. 261/2004.

Passagiers boeken op 13 januari 2020 via reisorganisatie D-Reizen vliegtickets ten bedrage van € 2.079,13, waarvan D-Reizen een bedrag van € 1.928,18 voldoet aan Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V. ('KLM') voor het uitvoeren van deze vluchten. KLM heeft in verband met de COVID-19-pandemie de vluchten geannuleerd. Omdat D-Reizen op 6 april 2021 is gefailleerd, wenden de passagiers zich in deze procedure tot KLM voor de restitutie van het door hen betaalde bedrag op grond van Verordening (EG) nr. 261/2004 ('de Verordening').

KLM voert hiertegen verweer. Allereerst door te stellen dat tussen de passagiers en de vliegtuigmaatschappij geen vervoersovereenkomst bestaat: de Verordening bepaalt volgens KLM niet aan wie de restitutie dient plaats te vinden. Daarbij zou KLM op 8 december 2020 een bedrag van € 1.928,18 bevrijdend hebben betaald aan de bevoegde vertegenwoordiger D-Reizen, de contractpartij van KLM. Meer subsidiair voert KLM nog aan dat de passagiers hoogstens aanspraak kunnen maken op de ticketkosten van € 1.928,18, omdat de overige in rekening gebrachte kosten geen deel uitmaken van de ticketprijs.

De rechtbank overweegt als volgt. Elke luchtvaartmaatschappij die een vlucht uitvoert en vervoer aanbiedt aan passagiers valt onder het toepassingsbereik van de Verordening. Indien tussen de luchtvaartmaatschappij en de passagiers geen overeenkomst tot het uitvoeren van deze activiteiten bestaat, wordt de luchtvaartmaatschappij volgens artikel 3 lid 5 van de Verordening geacht deze te verrichten namens de persoon die een overeenkomst heeft met de passagiers. Daarbij komt het recht tot restitutie toe aan de passagiers, waarbij de verplichting tot restitutie komt te rusten op de luchtvaartmaatschappij die de vlucht verzorgt (overweging 7 en 13 van de Verordening). Dat de keuze tussen terugbetaling of omboeking aan de passagiers wordt overgelaten (art. 8 lid 1 jo. art. 5 lid 1 onder a van de Verordening), bevestigt dat de restitutie rechtstreeks aan de passagiers toe dient te komen.

De rechtbank is daarom van oordeel dat de luchtvaartmaatschappij ervoor verantwoordelijk is dat de keuze tussen omboeking of restitutie aan de passagiers wordt gelaten. Kiezen zij het laatstgenoemde, dan ligt het – ook zonder een vervoersovereenkomst tussen de luchtvaartmaatschappij en de passagiers – op de weg van de luchtvaartmaatschappij om de ticketprijs direct aan de passagiers terug te betalen.

Ook KLM's argument dat zij bevrijdend heeft betaald volgt de rechtbank niet: uit het enkele gegeven dat de passagiers D-Reizen hadden gemachtigd vluchten voor hen te boeken, had KLM niet af mogen leiden dat deze machtiging eveneens zou inhouden dat D-Reizen namens de passagiers de restitutie van ticketkosten op zich zou nemen.

Welk bedrag voor restitutie in aanmerking komt, is afhankelijk van de wetenschap die KLM al dan niet had van de door D-Reizen in rekening gebrachte bemiddelings- en/of provisiekosten. Een gebrek aan wetenschap is door KLM onvoldoende overtuigend gemotiveerd. Wanneer tickets zijn geboekt via een tussenpersoon, dienen ingevolge HvJ EU 12 september 2018, ECLI:EU:C:2018:702, r.o. 20 (*Harms*) zowel de ticketprijs als de provisie aan de passagiers te worden terugbetaald, waardoor KLM is gehouden tot terugbetaling van de ticketprijs van € 2.079,13 aan de passagiers.

D.R.C. Smit, september 2022

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 26-08-2022

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:5012

Zaaknummer: 9392197 CV EXPL 21-11870

Rechters: E. Pennink

Advocaten: R. Bos en M. Lustenhouwer

Wetsartikelen: 3 Verordening (EG) 261/2004, 5 Verordening (EG) 261/2004 en 8 Verordening (EG) 261/2004