

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 19, 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 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:3141](#) 13-09-2022

Kan bestuurder accountant aanspreken voor schade als gevolg van aansprakelijkstelling curator door te late deponering?

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2022:1563](#) 30-08-2022

Doorbetaling voorschot aan zustervenootschap leidt niet tot onbehoorlijk bestuur. Met wenk

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:2641](#) 09-08-2022

Bestuur is niet aansprakelijk voor het staken en gestaakt houden van de activiteiten en het niet verder aandringen op het hervatten van financiering

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2022:1517](#) 31-05-2022

Aangesproken bestuurder mocht ervan uitgaan dat curator hem kwijting had verleend voor eventuele bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:7735](#) 13-09-2022

Faillietverklaring op verzoek voormalig werknemer

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2022:8151](#) 12-09-2022

Verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw in weerwil van twee schuldeisers toegewezen

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2022:7171](#) 09-09-2022

Homologatie WHOA-akkoord

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:5238](#) 07-09-2022

Artikel 2:248 BW en 2:9 BW zien niet op de periode voorafgaand aan de oprichting van een vennootschap

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:2560](#) 07-09-2022

Steunvordering volgt uit jaarstukken over 2020 die zijn gedeponneerd bij de KvK

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:2527](#) 05-09-2022

Curator vordert afgifte van een paard in kort geding. Het paard behoort zeer waarschijnlijk tot de boedel, maar er is geen spoedeisend belang. Met wenk

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:5231](#) 31-08-2022

Voor aannemen WSNP-akkoord is voldoende dat de meerderheid van het bedrag van de verschenen schuldeisers heeft ingestemd

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:2676](#) 06-07-2022

Renvooprocedure over betwiste onverschuldigde betaling

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:2529](#) 18-05-2022

Bestuurders aansprakelijk op grond van artikel 2:248, 2:9 of 6:162 BW?

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2021:7208](#) 07-09-2021

Faillissementspauliana ex artikel 42 Fw. Curator krijgt bewijsopdracht ten aanzien van de omvang van de benadeling van schuldeisers

RECHTSPRAAK

Kan bestuurder accountant aanspreken voor schade als gevolg van aansprakelijkstelling curator door te late deponering?

De bestuurder voert aan dat de te late deponering van de jaarrekening te wijten was aan het accountantskantoor, waardoor de bestuurder een schadevergoedingsvordering op het accountantskantoor zou hebben.

In deze wonderlijke zaak gaat het om het volgende. Een bestuurder (een bv) van Hotel BV (tevens indirect enig aandeelhouder) heeft op (zoals thans is komen vast te staan) 24 november 2017 een accountantskantoor opdracht gegeven de jaarrekening van de bv over 2016 op te maken. Op 19 januari 2018 is de jaarrekening over 2016 bij de KvK gedeponereerd. Op 27 februari 2018 is Hotel BV failliet verklaard. De curator spreekt de bestuurder aan op de voet van artikel 2:248 BW en legt daaraan onder meer ten grondslag dat de jaarrekening over 2016 te laat is gedeponereerd. Uiteindelijk hebben de partijen de kwestie geschikt, waarbij de bestuurder € 30.000 aan de boedel heeft voldaan. De bestuurder heeft de rekening van de accountant niet betaald. Het accountantskantoor heeft vervolgens de bestuurder aangesproken tot betaling van zijn facturen. In die procedure heeft de bestuurder aangevoerd dat de te late deponering van de jaarrekening (die (mede) ten grondslag lag aan de aansprakelijkstelling door de curator) te wijten was aan het accountantskantoor, waardoor de bestuurder een schadevergoedingsvordering op het accountantskantoor zou hebben waarmee de vordering van de accountant verrekend zou kunnen worden. De rechtbank heeft dit verweer verworpen. Thans wordt die beslissing aangevochten in hoger beroep. Via die (om)weg komt opnieuw de kansrijkheid van de aansprakelijkstelling door de curator aan de orde bij het hof.

Onder meer bestrijdt de bestuurder in hoger beroep het oordeel van de rechtbank dat de jaarrekening van Hotel BV over 2016 uiterlijk op 8 november 2017 gedeponereerd had moeten zijn. De rechtbank heeft daaraan de conclusie verbonden dat de termijn voor het deponeren van de jaarstukken van Hotel BV over 2016 al was verstreken toen de bv op 24 november 2017

uiteindelijk de opdracht tot het samenstellen van die jaarstukken gaf. Dan kan de te late deponering dus sowieso niet aan het accountantskantoor zijn te wijten. Het accountantskantoor voert verweer en stelt dat de deponeringstermijn wel degelijk op 8 november 2017 afliep. De redenering is dan dat alle aandeelhouders van Hotel BV tevens bestuurder van Hotel BV zijn, waarmee ondertekening van de jaarrekening door het bestuur tevens geldt als vaststelling daarvan (art. 2:210 lid 5 BW). Daarmee is de uiterste termijn voor vaststelling, aldus het accountantskantoor, niet twaalf maanden (vgl. art. 2:394 lid 3 BW), maar tien maanden, omdat voor ondertekening een maximumtermijn van tien maanden geldt (vgl. art. 2:210 lid 1 BW) en de ondertekening de vaststelling behelst. Na vaststelling geldt dan een termijn van maximaal acht dagen voor deponering (art. 2:394 lid 3 BW).

Het hof volgt deze redenering niet en overweegt dat 'de in artikel 2:394 lid 1 BW neergelegde termijn voor openbaarmaking blijkt de tekst van deze bepaling [wordt] bepaald aan de hand van het tijdstip van de feitelijke vaststelling ervan'. De feitelijke vaststelling heeft niet binnen tien maanden plaatsgevonden, dus is uit artikel 2:394 lid 1 BW niet af te leiden dat uiterlijk 8 november 2017 gedeponereerd had moeten worden. Voorts overweegt het hof dat uit de regel van artikel 2:210 lid 5 BW niet kan worden afgeleid dat de jaarrekening ook binnen tien maanden had moeten worden vastgesteld. Ondertekenen is immers iets anders dan opmaken. De conclusie is dat de deponeringstermijn nog niet was verstreken ten tijde van de opdrachtverlening aan het accountantskantoor.

Het hof wijdt vervolgens overwegingen aan de (nu relevant geworden) vraag of het accountantskantoor materieel tekort is geschoten (zie r.o. 3.32-3.38). De conclusie daarvan is dat dit het geval is, waardoor het accountantskantoor in beginsel aansprakelijk is voor de door de bestuurder geleden schade. Vervolg vraag is of de door de bestuurder gestelde schade in causaal verband staat met de gedragingen van het accountantskantoor. Dit vergt wederom een weging van de relevante elementen van artikel 2:248 lid 2 BW. Zie daarvoor r.o. 3.39-3.46. Met name gaat het om de vraag of deponering op 19 januari 2018 (hoe dan ook te laat volgens de regeling van art. 2:394 lid 3 BW) als een onbelangrijk verzuim in de zin van artikel 2:248 lid 2 BW kwalificeert. Het hof overweegt dat niet zonder meer kan worden geoordeeld dat, gezien de reden van de termijnoverschrijding, de te late publicatie zonder meer als een onbelangrijk verzuim zou worden aangemerkt. Zie r.o. 3.73 e.v. voor de processuele afwikkeling van de verschillende vorderingen over en weer.

Redactie, september 2022

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 13-09-2022

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:3141

Zaaknummer: 200.288.333_01

Rechters: Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, J.J. Verhoeven en J.J.M. van Lanen

Advocaten: A.L. Stegeman en R.J.M.C. Rosbeek

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:210 BW

RECHTSPRAAK

Homologatie WHOA-akkoord

Het akkoord wordt gefinancierd met de overwaarde op twee onroerende zaken. Het akkoord heeft voor de schuldeisers meerwaarde boven een faillissement, mede omdat de moeder van een van de vennoten afstand doet van haar tweede recht van hypotheek en haar vordering achterstelt bij die van de andere schuldeisers. De rechtbank homologeert het akkoord, omdat geen van de afwijzingsgronden aan de orde is.

Een VOF en haar twee vennoten hebben een WHOA-akkoord aangeboden. De reden hiervoor is dat de cateringactiviteiten van de onderneming verlieslatend waren en (kennelijk) voor een te hoge schuldenlast hebben gezorgd. Inmiddels is gestopt met de cateringactiviteiten en is het met gespecialiseerde hulp gelukt de slagerij en winkel weer winstgevend te krijgen. Gelet op de omvang van de schulden is het echter niet mogelijk die geheel te voldoen.

Het akkoord wordt gefinancierd met de opbrengst van twee onroerende zaken die overblijft nadat de eerste hypotheekhouder is voldaan. Met het akkoord ontvangen de schuldeisers aan wie het akkoord is aangeboden een uitkering, terwijl ze die niet zouden ontvangen zonder akkoord. De reden dat schuldeisers een uitkering kunnen krijgen is onder meer dat de moeder van een van de vennoten afstand doet van haar tweede recht van hypotheek en haar vordering achterstelt bij die van andere schuldeisers. Alle klassen hebben ingestemd met het akkoord.

Nadat de rechtbank heeft genoemd welke redenen er kunnen zijn voor afwijzing van de homologatie van het akkoord op grond van artikel 384 lid 2 Fw overweegt de rechtbank dat geen van die afwijzingsgronden van toepassing is. De rechtbank wijst het homologatieverzoek daarom toe.

H.J. de Kloe, september 2022

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 09-09-2022

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2022:7171

Zaaknummer: C/03/307524 FT.HO 22.264

Rechters: B.R.M. de Bruijn, M.C. Bosch en K.G. van de Streek

Advocaten: F.H.I. Hundscheid

Wetsartikelen: 383 Fw en 384 Fw

RECHTSPRAAK

Renvooiprocedure over betwiste onverschuldigde betaling

De betaling is niet onverschuldigd gedaan. De curator heeft de vordering terecht betwist. De curator heeft een deel van de vordering erkend voor spoedige afwikkeling van het faillissement.

In deze renvooiprocedure vordert een schuldeiser beoordeling van haar ingediende vordering van € 50.000 die zij namens haar dochtervennootschap aan de failliet heeft gedaan. De curator heeft de vordering betwist.

Eiseres en failliet zouden samenwerken om twee ondernemingen over te nemen. Hiervoor hebben zij twee bv's opgericht. Afsproken wordt dat eiseres en failliet beiden € 50.000 overmaken aan de twee over te nemen vennootschappen. Eiseres heeft dit bedrag overgemaakt aan de failliete vennootschap met de bedoeling dat deze het zou doorbetalen aan de over te nemen vennootschappen. In een vaststellingsovereenkomst leggen zij vast dat € 11.000 zou worden aangewend voor de koop van aandelen en € 39.000 als betaling in rekening-courant zou worden gestort op de rekening van de opgerichte besloten vennootschappen. Naast de failliet zijn ook de nieuw opgerichte bv's failliet verklaard.

Eiseres voert aan dat de € 50.000 onverschuldigd is betaald. Het geld is volgens haar niet doorbetaald volgens afspraak en daarnaast zijn de aandelen nog niet aan haar geleverd. Subsidiair stelt eiseres dat de failliet onrechtmatig heeft gehandeld. Als laatste vordert eiseres een verklaring voor recht van haar vordering van € 50.000 (vermeerderd met rente), erkenning van deze vordering door de curator en een verklaring voor recht dat de curator geen tegenvordering heeft.

De rechtbank wijst de vorderingen grotendeels af en overweegt als volgt.

Vast staat dat de € 50.000 is overgemaakt conform de (later opgestelde) vaststellingsovereenkomst en dat de failliet € 11.000 heeft overgemaakt voor de aandelen.

De failliet heeft conform de vaststellingsovereenkomst gehandeld waardoor er geen sprake is van onverschuldigde betaling, aldus de rechtbank. Tevens heeft de curator aangetoond dat de

failliet wél € 50.000 heeft overgemaakt aan de nieuw opgerichte vennootschap. Dat de failliet geen € 11.000 heeft ingehouden als koopsom voor de aandelen, maakt dit niet anders. De vordering is derhalve terecht betwist. Volgens de rechtbank heeft eiseres mogelijk wel een vordering op de opgerichte bv's, maar niet op de failliet. Uit het bovenstaande volgt ook dat niet onrechtmatig is gehandeld door de failliet.

Door het faillissement is de failliet niet meer in staat de aandelen van de opgerichte bv's te leveren aan eiseres. De curator voert aan dat niet eiseres, maar haar dochtervennootschap een vordering op de failliet heeft. Voor een snelle afwikkeling van het faillissement verklaart de curator echter tijdens de zitting dat hij een vordering van € 11.000 wil erkennen. Dit zou volgens de curator de afwikkeling van het faillissement bespoedigen, wat in het belang is van de gezamenlijke crediteuren.

De rechtbank verklaart voor recht dat eiser een vordering op de failliet toekomt van € 11.000, te vermeerderen met de wettelijke rente.

A.M.H. Nolte, september 2022

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 06-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:2676

Zaaknummer: C/16/517485 / HA ZA 21-123

Rechters: A.F. Hermans

Advocaten: N.E. Koelemaij, F. Ortiz Aldana en M.C.G. Derksen

Wetsartikelen: 6:203 BW

RECHTSPRAAK

Faillietverklaring op verzoek voormalig werknemer

Verweerder heeft verzocht het verzoek aan te houden om hem in de gelegenheid te stellen een minnelijke regeling aan te bieden aan zijn schuldeisers of een WSNP-verzoek in te dienen. De rechtbank gaat hier niet in mee, omdat verweerder hier voldoende tijd voor heeft gehad. Daarnaast zou de werknemer daardoor wezenlijk in zijn belangen worden geschaad.

Een voormalig werknemer vraagt het faillissement aan van een natuurlijk persoon die handelt onder de naam Portugal aan tafel, J.P. Jobs & Services en The best of Portugal. De werknemer stelt een vordering te hebben uit hoofde van een geldlening, loon, een wettelijke verhoging van 10% en een transitievergoeding. Voor de vorderingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst wordt verwezen naar een beschikking van de kantonrechter. Voor steunvorderingen wordt verwezen naar twee rechterlijke uitspraken waaruit volgt dat sprake is van achterstallige huur en achterstallig loon.

De verweerder vraagt om aanhouding, omdat hij probeert met behulp van de gemeente Rotterdam een minnelijke regeling te treffen met zijn schuldeisers. De werknemer stelt dat het minnelijke traject te laat is ingezet en weinig kans van slagen heeft. Ook wenst de werknemer een verzoek te doen op de loongarantieregelingen. Om die redenen houdt de werknemer vast aan de faillissementsaanvraag.

De rechtbank spreekt het faillissement uit van verweerder. Uit een bij voorraad uitvoerbaar verklaard vonnis blijkt dat de werknemer een vordering heeft op verweerder. De steunvorderingen zijn niet betwist, zodat de pluraliteit van schuldeisers vaststaat. De rechtbank houdt het faillissementsverzoek niet aan voor het aanbieden van een minnelijke regeling of een WSNP-verzoek. Het traject is nog niet opgestart en er is nog geen WSNP-verzoek ingediend, hoewel verweerder daartoe voldoende mogelijkheden heeft gehad.

Daar komt bij dat de werknemer wezenlijk in zijn belangen zou worden geschaad als het verzoek zou worden aangehouden. De werknemer heeft een aantal maanden geen loon

ontvangen en kan nog een beroep doen op de loongarantieregeling. Bij een aanhouding is niet duidelijk wanneer en of hij inkomen zal ontvangen. Ten overvloede overweegt de rechtbank nog dat het erop lijkt dat verweerder tijdens zijn faillissement een verzoek kan indienen om het faillissement om te zetten in de WSNP op grond van artikel 15b lid 1 Fw.

H.J. de Kloe, september 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 13-09-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:7735

Zaaknummer: 22.325 FT RK

Rechters: M. Aukema

Advocaten: G. Bloem

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 15b lid 1 Fw

RECHTSPRAAK

Voor aannemen WSNP-akkoord is voldoende dat de meerderheid van het bedrag van de verschenen schuldeisers heeft ingestemd

De rechter-commissaris oordeelde dat het akkoord niet was aangenomen, omdat de meerderheid van het bedrag van de geverifieerde schulden moest instemmen met het akkoord. De rechtbank overweegt dat voor het aannemen van een WSNP-akkoord voldoende is dat de meerderheid van het bedrag van de verschenen schuldeisers heeft ingestemd. De rechtbank verbetert daarom op verzoek van de saniet het proces-verbaal van de verificatievergadering op grond van artikel 149 Fw.

Een natuurlijk persoon op wie de schuldsaneringsregeling van toepassing is ('de saniet'), heeft een WSNP-akkoord aangeboden. De rechter-commissaris heeft in het proces-verbaal van de verificatievergadering opgenomen dat aan de vereisten voor het aannemen van het akkoord niet is voldaan. Volgens het proces-verbaal moet bij de vereiste meerderheid die geldt op grond van artikel 332 lid 3 sub b Fw worden aangesloten bij de meerderheid die vereist is bij het faillissementsakkoord op grond van artikel 145 Fw. Dat betekent dat de meerderheid van de totale vorderingen van de geverifieerde concurrente schuldeisers moet hebben ingestemd. Weliswaar hebben alle concurrente schuldeisers die zijn verschenen op de verificatievergadering voor het akkoord gestemd, maar die schuldeisers vertegenwoordigen slechts 3,24% van het totale bedrag van alle geverifieerde concurrente schuldeisers. Omdat dit niet de helft is, stelt de rechter-commissaris vast dat het akkoord niet is aangenomen.

In deze procedure verzoekt de saniet om verbetering van het proces-verbaal op grond van artikel 149 Fw, omdat de rechter-commissaris ten onrechte heeft vastgesteld dat het akkoord niet is aangenomen. Volgens de saniet is het akkoord aangenomen als ten minste de helft van het bedrag van de ter vergadering verschenen schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd.

De rechtbank wijst het verzoek toe. Volgens de rechtbank biedt artikel 149 Fw niet alleen

grond om tel- of typefouten te verbeteren, maar ook om een onjuiste interpretatie van artikel 332 Fw te verbeteren. De rechtbank ziet geen indicaties dat de wetgever bij het (na invoering van de WSNP) wijzigen van artikel 145 Fw heeft willen aansluiten bij artikel 332 Fw. Voor de uitleg van artikel 332 lid 3 sub b Fw moet daarom worden aangesloten bij de letterlijke tekst van deze bepaling. Dit betekent dat het akkoord is aangenomen als de meerderheid van de vorderingen van de ter vergadering verschenen concurrente schuldeisers heeft ingestemd met het akkoord. Omdat alle aanwezige schuldeisers hebben ingestemd met het akkoord, stelt de rechtbank vast dat het akkoord is aangenomen. De rechtbank bepaalt op grond van artikel 335 lid 2 Fw dat de zitting over de homologatie van het akkoord uiterlijk acht dagen na haar beschikking zal plaatsvinden.

H.J. de Kloe, september 2022

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 31-08-2022

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:5231

Zaaknummer: C/05/407369

Rechters: S.S. van Nijen

Advocaten: J.M.E. Brouwer en R. Dufour

Wetsartikelen: 145 Fw, 149 Fw en 332 Fw

RECHTSPRAAK

Steunvordering volgt uit jaarstukken over 2020 die zijn gedeponereerd bij de KvK

De gemeente Almelo vraagt het faillissement aan van Prosyn I B.V. Voor pluraliteit van schuldeisers wordt verwezen naar de jaarrekening uit 2020 die gedeponereerd is bij de KvK. De rechtbank leidt hieruit af dat sprake is van meerdere schuldeisers. Het verweer van Prosyn dat de jaarrekening alleen is gedeponereerd om aan de publicatieverplichting te voldoen verwerpt de rechtbank.

Gemeente Almelo ('de gemeente') vraagt het faillissement aan van Prosyn I B.V. ('Prosyn'). De gemeente stelt op basis van een vonnis van de rechtbank Overijssel een vordering te hebben van ongeveer € 800.000. Verder stelt de rechtbank dat uit de jaarrekening van Prosyn volgt dat Prosyn ook andere schulden onbetaald laat.

Prosyn stelt dat beroep is ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank. Dat er nog andere schulden zijn, wordt betwist. De jaarstukken over 2020 die zijn gedeponereerd bij de Kamer van Koophandel zijn op basis van de cijfers uit 2017 slechts opgesteld om te voldoen aan de publicatieverplichting en bevatten geen actuele schulden of actuele waarde van het actief.

De rechtbank spreekt het faillissement van Prosyn uit. De vordering van de gemeente volgt uit een vonnis van de rechtbank dat uitvoerbaar bij voorraad is geplaats. Een mogelijke oplossing in de vorm van betaling aan de gemeente of storting van de schuld in depot bij een notaris is niet voorhanden.

De rechtbank hecht veel waarde aan de jaarstukken die als definitieve stukken zijn gedeponereerd bij de Kamer van Koophandel. Daaruit volgt dat sprake is van pluraliteit van schuldeisers. Prosyn heeft conceptstukken uit 2021 opgesteld waaruit zou volgen dat de schuldenlast met € 8 miljoen zou zijn afgenomen, maar voor deze afname is geen verklaring gegeven. De rechtbank overweegt dat deze jaarstukken alleen zijn opgesteld ten behoeve van de behandeling van de faillissementsaanvraag en daarom geen enkele status hebben. De verklaring van Prosyn ter zitting dat de activa en passiva uit de jaarstukken over 2020 zien op

over en weer in rekening te brengen bedragen met ene G wordt bevestigd door de gemeente die G ook heeft opgevoerd als schuldeiser. Dat de vordering van G niet meer bestaat, acht de rechtbank niet aannemelijk.

H.J. de Kloe, september 2022

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 07-09-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:2560

Zaaknummer: C/08/22/120 F

Rechters: M.C. Bosch

Advocaten: S.J.B. Drijber en W.B. Busse

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Curator vordert afgifte van een paard in kort geding. Het paard behoort zeer waarschijnlijk tot de boedel, maar er is geen spoedeisend belang. Met wenk

De faillissementscurator wil afgifte van een aan gefailleerde toebehorend paard, zodat hij het kan verkopen. Geen spoedeisend belang, want het eigendomsrecht zal uiteindelijk toch in een bodemzaak vastgesteld moeten worden en het belang van de boedel is ondertussen voldoende zekergestellt door conservatoir beslag. Tenaamstelling in registratiepapieren en paardenpaspoort bewijst geen eigendom.

Inleiding

De faillissementscurator van een paardenfokkerij ('de curator') vordert in kort geding de afgifte van een paard, dat volgens hem aan de boedel toebehoort. Voorafgaand aan het kort geding had de curator al conservatoir beslag op het paard gelegd.

Het geschil

De curator stelt dat het paard Diva Dylanthé ('DD') eigendom is van gefailleerde; de curator leidt dat in de eerste plaats af uit het feit dat het paard als eigendom in de boekhouding van de gefailleerde staat. Volgens de curator heeft gedaagde het paard DD onder zich gekregen ter uitvoering van een leaseovereenkomst en is zij dus slechts houder van het paard en geen eigenaar. De leaseovereenkomst waar de curator zich op beroept was aanvankelijk gesloten ten aanzien van een ander paard (Hot & Spicy, 'H&S'), maar dat paard werd op enig moment door gefailleerde verkocht, waarna DD als vervanging –nog steeds ten titel van lease – aan gedaagde ter beschikking is gesteld, aldus de curator. Ter nadere ondersteuning van zijn stellingen wijst de curator op whatsapp-berichten en andere stukken waaruit blijkt dat gefailleerde diverse kosten met betrekking tot DD betaalde. Daar zou gefailleerde geen reden toe hebben, als DD in eigendom aan gedaagde zou toebehoren.

Gedaagde stelt dat DD geen vervangend leasepaard is, maar door gefailleerde aan haar in betaling is gegeven voor de bijdrage die zij had geleverd aan de training van het paard H&S. Ter onderbouwing van haar stellingen wijst gedaagde erop dat het registratiebewijs en het paspoort van DD op haar naam gesteld zijn. Daarnaast wijst gedaagde op bepaalde kosten die zij met betrekking tot DD heeft voldaan.

In antwoord op het verweer van gedaagde heeft de curator gewezen op de tekst van de leaseovereenkomst, waarin was afgesproken dat bepaalde kosten van het geleasede paard door de lessee gedragen zouden worden. De door gedaagde betaalde kosten weerleggen daarom niet dat zij DD toch leasete. Daarnaast heeft de curator onweersproken aangevoerd dat het registratiebewijs en het paardenpaspoort geen eigendomsbewijzen zijn.

Spoedeisend belang

Nu de curator afgifte van het paard vordert in kort geding, dient hij te onderbouwen dat er een spoedeisend belang bij zijn vordering is. De curator heeft in dat kader aangevoerd dat (1) hij de failliete boedel voortvarend dient af te wikkelen, zodat spoed geboden is en dat (2) gedaagde te kennen heeft gegeven DD te willen laten dekken. De curator stelt dat drachtigheid van het paard nadelig zou zijn voor de boedel.

De voorzieningenrechter wijst de vordering van de curator af wegens het ontbreken van een voldoende duidelijk spoedeisend belang. Dat de curator de boedel voortvarend moet afwikkelen is volgens de rechter juist, maar dat betekent nog niet dat het daarom wenselijk is om het paard te doen afgeven bij wijze van voorlopige voorziening. Gedaagde heeft volgens de voorzieningenrechter terecht aangevoerd dat bij 'voorlopige' afgifte – waarna de curator DD ten gunste van de boedel zou gaan verkopen – achteraf alsnog een geschil over de geldigheid van de levering door de curator zou moeten worden uitgevochten. Er zal hoe dan ook moeten worden vastgesteld wie eigenaar is van DD. Nu de curator door middel van conservatoir beslag het belang van de boedel voldoende veiliggesteld heeft, is er geen reden om de eigendomsvaststelling in een bodemzaak niet af te wachten. Ook het feit dat gedaagde het paard mogelijk in de tussentijd zou kunnen laten dekken levert geen voldoende spoedeisend belang op. De curator heeft niet onderbouwd waarom het drachtig maken van het paard schadelijk zou zijn voor de boedel.

Voorzieningenrechter blikt toch vooruit op eigendomsvraag

Toch geeft de voorzieningenrechter – in zoverre ten overvloede – een waardering van de wederzijdse argumenten omtrent het eigendomsrecht op het paard. De voorzieningenrechter overweegt in dat kader: 'De bezitter wordt, zoals [gedaagde] naar voren brengt, vermoed de rechthebbende te zijn (artikel 3:119 BW). Dit vermoeden is echter weerlegbaar. Naar het

oordeel van de voorzieningenrechter heeft de curator dat vermoeden in het kader van dit kort geding voldoende weerlegd. Tegenover de hiervoor genoemde onderbouwde aanwijzingen van de curator staat slechts de niet verder onderbouwde stelling van [gedaagde] over de overdracht van het paard door [gefaillieerde] aan [gedaagde]. De voorzieningenrechter verbindt daaraan de slotsom dat de curator voldoende aannemelijk gemaakt heeft dat het paard tot de boedel behoort, waarbij het zeer waarschijnlijk is dat de bodemrechter, later oordelend, in die zin zal beslissen.'

Wenk

Deze uitspraak gaat over een casus waarin volgens de curator – en ook volgens de voorzieningenrechter – vrij duidelijk was dat het paard waarvan afgifte gevorderd werd eigendom was van de gefaillieerde. De curator kon de voorzieningenrechter echter onvoldoende overtuigen van het spoedeisende belang bij onmiddellijke afgifte.

In de uitspraak gaat de voorzieningenrechter expliciet in op twee van de drie argumenten die de curator ten grondslag legde aan zijn spoedeisende belang: (1) de noodzaak tot voortvarende afwikkeling van het faillissement en (2) een dreigend nadeel voor de boedel door drachtigheid van het paard. Voor het eerste punt vond de voorzieningenrechter een voorlopige voorziening geen passende oplossing. Van het tweede punt zag de voorzieningenrechter het nadeel niet in. De curator had echter ook een fundamenteeler argument aangevoerd, namelijk: dat gedaagde door het paard onder zich te houden (voortdurend) inbreuk maakte op het eigendomsrecht van de gefaillieerde. Het is opmerkelijk dat de voorzieningenrechter daar niets over zegt. Is het stoppen van een zich voor ieders neus voltrekkende rechtsinbreuk niet vrijwel automatisch een spoedeisende kwestie?

Ten aanzien van inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten heeft de Hoge Raad dit wel als uitgangspunt aanvaard: vgl. HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2553 (*Kruidvat/Lancôme*) en HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2391 (*Impag/Marvin Glass*). Er is geen reden om aan te nemen dat dit uitgangspunt uniek is voor intellectuele eigendom en per definitie niet voor 'tastbaar' eigendom zou gelden, want in HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8483 (*XS4All/Ab.Fab*) is hetzelfde uitgangspunt ook al buiten het intellectueel-eigendomsrecht toegepast.

Het zal er misschien aan gelegen hebben dat een eiser om het hierboven genoemde uitgangspunt te 'triggeren' niet alleen een stelselmatige inbreuk op een subjectief recht aannemelijk moet maken, maar ook dat hij daar *schade* van ondervindt. Normaliter is dat bij een inbreuk op (tastbare) eigendom heel eenvoudig: reeds de derving van het genot van een zaak is immers een vorm van schade. In faillissement is het genot van een zaak voor de curator

echter niet altijd van waarde. [1] Het genot van de zaak wordt in een faillissement pas waardevol als de curator de onderneming van de gefailleerde wil voortzetten, of als er een leveringsverplichting tegenover een derde op de curator drukt.

De les die uit deze uitspraak getrokken kan worden? De curator die écht snel wil revindiceren, moet waarschijnlijk het lef hebben om eerst te verkopen, en dan pas te gaan kort-gedingen.

In het vonnis blijft nog een ander punt prikkelend onbesproken: wat is er eigenlijk gebeurd met de leaseovereenkomst, waar de curator zijn eigendomsclaim (althans zijn betwisting van het bewijsvermoeden van art. 3:119 BW) mee onderbouwde? Als de gedaagde het paard op basis van een leaseovereenkomst onder zich had, waarom mocht ze nu dan het paard niet op basis van diezelfde overeenkomst onder zich houden? Er moet iets zijn gebeurd (of een bijzondere voorwaarde in de leaseovereenkomst hebben gestaan), want het faillissement zelf oefent immers op een wederkerige overeenkomst “*niet de minste invloed uit*” (Van der Feltz I, p. 409) en geeft de curator niet zomaar een recht tot opeising van een verhuurde zaak (HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.4 en HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, r.o. 3.5.3).

Soms laat het antwoord op dit soort raadsels zich opzoeken in een openbaar faillissementsverslag. Hoewel de anonimisering van het vonnis niet tot het uiterste is doorgevoerd - wat normaliter kansen biedt aan nieuwsgierige auteurs - laat het antwoord zich dit keer niet online vinden. Het gaat in deze zaak om het faillissement van een eenmanszaak, zodat de verslagen alleen bij de rechtbank kunnen worden opgevraagd.

I.F.M. Lakwijk, september 2022

[1] Althans, in casu: het genot van een paard. Ingevolge artikel 3:2a BW BW is een paard immers geen zaak, al zijn wel dezelfde rechtsregels als voor zaken op een paard van toepassing.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 05-09-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:2527

Zaaknummer: C/08/284396 / KG ZA 22-170

Rechters: C.A. de Beaufort

Advocaten: F. Havers en D.P. Schildknecht

Wetsartikelen: 3:119 BW en 254 Rv

RECHTSPRAAK

Doorbetaling voorschot aan zustervennootschap leidt niet tot onbehoorlijk bestuur. Met wenk

Bestuurdersaansprakelijkheid. Curator stelt dat doorbetaling van een voorschot van vier miljoen euro onbehoorlijk bestuur oplevert en een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De rechtbank wijst de vordering af.

Een Nederlandse vennootschap ('de onderaannemer') wordt door een Spaanse aannemer ingeschakeld voor het bouwen van een gevelconstructie. Zij ontvangt in 2013 een voorschot van de uiteindelijke opdrachtgever. De onderaannemer laat alle werkzaamheden verrichten door een zustervennootschap van het concern en betaalt het voorschot aan de zustervennootschap door, vrijwel direct na ontvangst. In 2014 worden andere projecten van de onderaannemer overgeheveld naar afzonderlijke projectvennootschappen. De onderaannemer wordt in 2017 veroordeeld tot terugbetaling van € 3,5 miljoen. Daarna gaat zij failliet. De opdrachtgever is de enige externe crediteur van de onderaannemer.

De curator stelt (onder meer) dat het de onderaannemer verboden was het bedrag door te betalen aan de zustervennootschap, op grond van de met de opdrachtgever gemaakte afspraken. Tevens stelt hij dat de wijze van financiering van de activiteiten van de onderaannemer bijzonder risicovol was, waardoor aan het bestuur een ernstig verwijt gemaakt zou kunnen worden. Voorts stelt hij dat het bestuur in 2014 bewust het vermogen van de onderaannemer heeft uitgehold, door projecten over te hevelen. De curator heeft het bestuur onder meer op grond van artikel 2:9 BW en 2:248 BW aangesproken.

In eerste aanleg waren de vorderingen van de curator afgewezen.

Het hof oordeelt in een uitgebreide toelichting dat er geen grond is om aan te nemen dat de onderaannemer de zustervennootschap niet had mogen inschakelen. Daarnaast is niet gebleken dat het voorschot niet mocht worden doorbetaald, onder meer omdat er geen sprake zou zijn geweest van een lening. Het doorlenen van het voorschot was verboden. Voorts maakt het feit dat de zustervennootschap nog geen opeisbare vordering had ten tijde van de betaling,

geen verschil. Vaststaat dat de zuster vennootschap al wel de nodige investeringen had gedaan. De onderaannemer is dan ook niet tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen jegens de opdrachtgever. Aldus komt het hof niet toe aan de vraag of het bestuur ter zake een verwijt kan worden gemaakt.

Verder oordeelt het hof dat de wijze van financiering van de activiteiten van de onderaannemer niet ongebruikelijk was en dat de opdrachtgever wist dat de onderaannemer problemen had met zijn financiering. Het voorschot werd juist in dat kader verstrekt. Ook dit levert dus geen onbehoorlijk bestuur op.

Tevens overweegt het hof dat het onderbrengen van lopende projecten in verschillende rechtspersonen op zichzelf niet als onbehoorlijk bestuur kan worden aangemerkt. Een dergelijke organisatiestructuur is in een concern niet ongebruikelijk. Bovendien hebben de bestuurders betoogd dat met die structuur kon worden voorkomen dat een eventueel falen van één project, alle andere projecten zou meebrengen. De curator heeft onvoldoende aangevoerd om te kunnen vaststellen dat de andere projecten zijn overgeheveld met het oogmerk de opdrachtgever te benadelen. Tijdens de mondelinge behandeling heeft de curator zijn stellingen dat de vennootschap was 'leeggehaald', nog wel uitgebreid. Het hof gaat daaraan echter voorbij, omdat dit in strijd is met de tweeconclusieregel.

Het hof komt dan ook tot de conclusie dat de vorderingen van de curator niet slagen.

Wenk

Voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid geldt een hoge drempel, zo blijkt ook uit deze uitspraak. De curator heeft vele feiten en stellingen naar voren gebracht – de samenvatting biedt geen ruimte die allemaal afzonderlijk te bespreken – maar het baat hem niet. Daarbij zijn in het arrest enkele zaken opvallend:

- (1) er bestond een groot tijdsverloop tussen de gestelde onrechtmatige gedraging c.q. onbehoorlijk bestuur en het uiteindelijke faillissement. Dat roept altijd de vraag op of er wel voldoende causaal verband bestaat tussen de gedraging en de schade c.q. of er wel sprake is van een belangrijke oorzaak van het faillissement;
- (2) in het faillissement was slechts één externe crediteur, te weten de opdrachtgever zelf, hetgeen de vraag oproept voor wie de curator eigenlijk aan het procederen was;
- (3) het hof passeert een aantal keren stellingen van partijen, onder meer op grond van de tweeconclusieregel. Het hof passeert zelfs de stelling van het gedaagde bestuur zelf dat het

bedrag zou zijn doorgeleend; volgens het hof is dat een onjuiste juridische kwalificatie. De procespartijen krijgen dan ook een veeg uit de pan.

A.D van Dalen, september 2022

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 30-08-2022

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2022:1563

Zaaknummer: 200.291.567/01

Rechters: C.A. Joustra, C.W.M. Lieverse en M.M. Olthof

Advocaten: mr. J.F. Fliek en mr. R.J.H. Berghuis

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:248 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Aangesproken bestuurder mocht ervan uitgaan dat curator hem kwijting had verleend voor eventuele bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen

Zowel rechtbank als hof oordeelt dat in de tussen curator en bestuurder gemaakte afspraken kwijting voor bestuurdersaansprakelijkheidsvordering besloten ligt.

Schuldenaar Houtsma B.V. ('Houtsma') exploiteerde een onderneming op het gebied van de verkoop van keukens. In verband met financiële problemen besluit zij haar activiteiten af te bouwen. In dat kader worden de activiteiten van Houtsma (deels) overgedragen aan Houtsma Nederland B.V. De enig (indirect) bestuurder en aandeelhouder van beide vennootschappen is dezelfde persoon. Een aantal showroomkeukens wordt niet verkocht aan Houtsma Nederland B.V., maar aan een derde, Camo Trading B.V. ('Camo').

Camo had een derde aan de bestuurder en aandeelhouder van Houtsma gelieerde vennootschap opdracht gegeven de showroomkeukens te veilen. Op haar beurt had deze vennootschap Troostwijk opdracht gegeven de veiling te organiseren. Op enig moment wordt Houtsma in staat van faillissement verklaard. De showroomkeukens zijn dan nog niet geveild. De aangesproken bestuurder en de curator spreken vervolgens af de veiling te laten doorgaan en Troostwijk de veilingopbrengst onder zich te laten houden totdat zij een gezamenlijke betaalinstructie geven. In het arrest wordt niet ingegaan op de hoedanigheid waarin de bestuurder deze afspraak maakt. Evenmin is helemaal duidelijk waarom de curator bij deze afspraak betrokken is, al blijkt uit het arrest wel dat hij zich na het maken van de afspraak op het standpunt is gaan stellen dat de opbrengst van de keukens aan de boedel toekwam, omdat er nog geen levering aan Camo zou hebben plaatsgevonden.

In de maanden die volgen, vindt tussen de bestuurder en de curator overleg plaats over de afwikkeling van deze kwestie. Op enig moment vindt daarover een bespreking plaats tussen de bestuurder en een medewerker van de curator. Dit leidt tot een mondelinge overeenkomst, die de medewerker van de curator nog dezelfde dag per e-mail bevestigt. De afspraken houden onder andere in dat van de totale verkoopopbrengst een bedrag van € 80.000 aan de boedel

uitbetaald zou worden. De bestuurder zou ervoor zorgen dat Camo zou afzien van haar aanspraken op de verkoopopbrengst. Er werden ook enkele niet aan de veiling gerelateerd zaken geregeld. Zo zou de curator afzien van aanspraken op enkele aan de bestuurder gelieerde vennootschappen in verband met betalingen aan deze partijen kort voor faillissement en zouden enkele gerelateerde entiteiten hun vorderingen intrekken en afzien van het indienen van nieuwe vorderingen. Kwijting voor overige vorderingen wordt niet expliciet verleend.

De veilingopbrengst wordt conform de afspraken uitgekeerd. Enige tijd later spreekt de curator de bestuurder aan op grond van artikel 2:9 BW, artikel 2:248 BW en artikel 6:162 BW. De bestuurder stelt zich op het standpunt dat de curator hem in het kader van de afspraken over de veilingopbrengst kwijting heeft verleend voor eventuele aansprakelijkheidsclaims. De curator betwist dit.

Zowel rechtbank als hof volgt de bestuurder in zijn standpunt. Beide varen sterk op getuigenverklaringen van de bestuurder, de medewerker van de curator en de bestuurder van Camo. Uit de verklaringen van de bestuurder en de medewerker van de curator maakt het hof op dat het in ieder geval de wens van de bestuurder was om alle in het faillissement spelende kwesties in één keer te regelen en dat hij dit zo heeft uitgesproken in het gesprek met de medewerker van de curator. Zo zou de bestuurder hebben gezegd dat het niet zo zou moeten zijn dat hij met uitkering van de verkoopopbrengst een aansprakelijkheidsprocedure tegen zichzelf zou financieren. De medewerker verklaart dat hij hierop heeft gezegd dat dat zomaar zou kunnen, waarop de bestuurder zou hebben gelachen. Dit acht het hof niet geloofwaardig.

De verklaring van de bestuurder van Camo is volgens het hof relevant, omdat de aangesproken bestuurder, na het maken van de afspraken met betrekking tot de veilingopbrengst, tegen deze persoon zou hebben gezegd dat hij door het maken van deze afspraken niet meer aansprakelijk gesteld zou kunnen worden wegens bestuurdersaansprakelijkheid. Tot slot acht het hof relevant dat ook afspraken zijn gemaakt ten aanzien van onderwerpen die geen verband hielden met de veilingopbrengst (de vorderingen van en op de aan de bestuurder gelieerde entiteiten). Al met al oordeelt het hof dat de bestuurder er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de bestuurder hem kwijting verleende voor eventuele vorderingen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid.

J.F. Flik, september 2022

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 31-05-2022

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2022:1517

Zaaknummer: 200.285.128/01

Rechters: J.W. Frieling, G.C. de Heer en J.L.M. Groenewegen

Advocaten: J. Kloots en S.A.H.J. Warringa

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:248 BW, 6:162 BW en 3:35 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurders aansprakelijk op grond van artikel 2:248, 2:9 of 6:162 BW?

De bestuurders van een bv waaraan de provincie Overijssel subsidie heeft verstrekt, zijn niet aansprakelijk voor het tekort in faillissement en/of andere schade op grond van artikel 2:248, 2:9 of 6:162 BW.

Het gaat in deze procedure om de vraag of de bestuurders van een gefailleerde bv ('de vennootschap') aansprakelijk zijn voor het tekort in het faillissement en/of andere schade.

In augustus 2011 heeft de provincie Overijssel een subsidie van € 1.162.959 verstrekt aan de vennootschap ter realisatie van een productiefaciliteit in Overijssel. Bij besluit van september 2017 heeft de provincie haar subsidieverleningsbesluit van augustus 2011 ingetrokken en het daarvan reeds betaalde voorschot van € 581.480 teruggevorderd. De vennootschap is tevergeefs in bezwaar en beroep gegaan.

Op 4 juni 2019 is de vennootschap bij gebrek aan baten ontbonden door middel van een turboliquidatie. Kort daarna is het faillissement van de vennootschap uitgesproken op aanvraag van een schuldeiser. De curator spreekt vervolgens op 29 oktober 2020 de vier verschillende gedaagden (twee bv's en twee natuurlijke personen) – die allen bestuurder van de vennootschap waren – hoofdelijk aan. Op 17 september 2021 heeft de curator conservatoir beslag gelegd op (on)roerende zaken van de gedaagden.

De curator vordert dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, voor recht verklaart dat de gedaagden onrechtmatig gehandeld hebben dan wel aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:248 BW, artikel 2:9 BW of artikel 6:162 BW en gedaagden veroordeelt, primair in het faillissementstekort op grond van artikel 2:248 BW en subsidiair tot een vergoeding van de schade die de vennootschap heeft geleden.

De basis voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW is kennelijk onbehoorlijk bestuur waarvan aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

De formele variant van kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 lid 2 BW) ziet op een

schending van de administratie- of publicatieplicht. De rechtbank overweegt dat de curator niet voldoende heeft onderbouwd dat sprake is van een situatie waarin het ontbrak aan een eenduidig en getrouw beeld van de rechten en verplichtingen van de vennootschap. Hierdoor is er geen sprake van een schending van de administratieplicht ex artikel 2:10 BW.

Wat de publicatieplicht van artikel 2:394 BW betreft, constateert de rechtbank dat de jaarrekeningen van 2016 en 2017 respectievelijk 26 en 32 dagen te laat zijn gepubliceerd. Schending van deze verplichting wordt door de gedaagden niet betwist en de aangedragen omstandigheden die hebben geleid tot de vertraging konden hen niet baten, overweegt de rechtbank. Hierdoor komt vast te staan dat gedaagden hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld.

Gedaagden stellen zich vervolgens op het standpunt dat andere omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling tot het faillissement van de vennootschap hebben geleid. De rechtbank acht dit standpunt voldoende aannemelijk: de kans dat de vennootschap in staat van faillissement zou worden verklaard was al aanzienlijk voordat de provincie de subsidie terugvorderde. De curator heeft op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt dat de schending van de publicatieplicht in belangrijke mate heeft bijgedragen aan het faillissement, zodat zijn vordering gebaseerd op artikel 2:248 lid 2 BW wordt afgewezen.

Van de materiële vorm van kennelijk onbehoorlijk bestuur is sprake als geen redelijk denkend bestuurder zou hebben gehandeld zoals de gedaagden hebben gedaan.

De curator heeft aangevoerd dat gedaagden meerdere subsidieverplichtingen geschonden hebben. De rechtbank komt echter tot het oordeel dat de schending van subsidievoorwaarden zowel afzonderlijk als tezamen geen kennelijk onbehoorlijk taakvervulling oplevert. Maar ook als zou worden aangenomen dat dit wel het geval is, ontbreekt in dit geval het causale verband tussen de onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement. Als voldoende gesteld en onvoldoende gemotiveerd weersproken is namelijk vast komen te staan dat de vennootschap bij gebrek aan inkomsten al voor de subsidie-intrekking op een faillissement afstevende.

De curator legt aan zijn vorderingen op grond van artikel 2:9 en 6:162 BW (deels) dezelfde stellingen ten grondslag als aan zijn vorderingen op grond van artikel 2:248 BW. Om dezelfde redenen als bij de beoordeling van de vorderingen op grond van artikel 2:248 BW ziet de rechtbank in die stellingen onvoldoende grond voor het oordeel dat aan gedaagden persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Ook het verwijt van de curator dat de onderneming paulianeus is overgedragen gaat niet op, omdat niet duidelijk is om welke rechtshandeling het gaat. Verder heeft de curator onvoldoende gesteld om tot de conclusie te komen dat de beslissing om over te

gaan tot turboliquidatie een onrechtmatige daad oplevert tegenover de schuldeisers van de vennootschap. De rechtbank komt daarmee tot het oordeel dat van aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 en 6:162 BW ook geen sprake is.

De rechtbank wijst dus de vorderingen van de curator af en heft alle door hem gelegde conservatoire beslagen op.

D.R.C. Smit, september 2022

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 18-05-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:2529

Zaaknummer: C/08/272315 / HA ZA 21-415

Rechters: J.N. Bartels

Advocaten: E.A.M. Claassen, E.C. Rozeboom en P.A.M. Miltenburg

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Faillissementspauliana ex artikel 42 Fw. Curator krijgt bewijsopdracht ten aanzien van de omvang van de benadeling van schuldeisers

De overdracht van bepaalde roerende zaken kort voor faillissement wordt door curator vernietigd met een beroep op de faillissementspauliana ex artikel 42 Fw. De rechtbank oordeelt dat de gezamenlijke schuldeisers door deze overdracht in principe zijn benadeeld. De vraag is echter wat de omvang van de benadeling is. De curator baseert de waarde van die benadeling op een inventarisatielijst uit de administratie van failliet. Omdat (de waarde van) bepaalde items op die lijst door de wederpartij voldoende worden betwist, draagt de rechtbank de curator op om te bewijzen welke roerende zaken zijn overgedragen en welke waarde deze vertegenwoordigen.

Een onderneming huurt een bedrijfspand van de gedaagde. Om op enig moment verbouwkosten te kunnen financieren, draagt de huurder de inventaris over aan de verhuurder/gedaagde. Eén jaar later komen partijen door middel van een beëindigingsovereenkomst aanvullend overeen dat de huurder alle roerende zaken achterlaat in het gehuurde, met de bedoeling de vorderingen van de verhuurder (wegens achterstallige huur en het vroegtijdig beëindigen van de huurovereenkomst) op die manier te betalen. Kort na het sluiten van die overeenkomst volgt het faillissement van de huurder. De curator meent dat de bedoelde overdracht en beëindigingsovereenkomst paulianeus zijn en vordert vernietiging van die rechtshandelingen. Daarnaast vordert de curator twee schadevergoedingen, namelijk wegens (1) ongerechtvaardigde verrijking van de verhuurder door de verbouwing, en (2) onrechtmatig gebruik van de IE-rechten en goodwill van failliet door de verhuurder.

Paulianavordering

Sprake is van een onverplicht verrichte rechtshandeling, omdat niet eerder was overeengekomen dat de vorderingen van de verhuurder zouden worden betaald in de vorm van de overdracht en het achterlaten van roerende zaken. Daarmee is voldaan aan het eerste vereiste van artikel 42 Fw.

Aan de tweede eis, dat de onverplicht verrichte rechtshandeling de benadeling van de schuldeisers tot gevolg heeft, is eveneens voldaan. Door de beëindigingsovereenkomst krijgen de andere schuldeisers immers minder dan zij in faillissement zouden hebben ontvangen. In principe is daarom sprake van benadeling. Onduidelijk is echter welke omvang de benadeling heeft, aangezien die afhankelijk is van de omvang en waarde van de bewuste roerende zaken. De roerende zaken bestaan uit inventaris en voorraad.

De curator baseert zijn vordering op een inventarisatielijst uit de administratie van failliet. Die lijst acht de rechtbank door de verhuurder voldoende betwist. Zij draagt de curator op om te bewijzen waaruit de *inventaris* bestond toen deze kort voor de faillietverklaring werd overgedragen en wat de waarde daarvan was. Ten aanzien van de aanwezige *voorraad* stelt de verhuurder dat deze diende te worden teruggeleverd aan de leveranciers wegens eigendomsvoorbehoud. Hem wordt van die stelling het bewijs opgedragen. Slaagt hij niet in die opdracht, dan wordt de paulianavordering ten aanzien van de voorraad toegewezen, zo oordeelt de rechtbank.

Aan het derde vereiste voor een succesvol beroep op de pauliana ex artikel 42 Fw is in ieder geval voldaan. Volgens de rechtbank was voor zowel schuldenaar als schuldeiser een faillissement en een tekort daarin voorzienbaar. Zij stelt vast dat beiden weet hadden van de slechte financiële situatie van failliet, dat failliet meerdere schuldeisers had, en dat zij hadden moeten weten dat door de beëindiging van de onderneming iedere verdien capaciteit van de onderneming – en dus het vermogen om de schuldeisers terug te betalen – verloren ging. Bovendien wist de verhuurder dat eerst met hem een regeling werd aangegaan voordat met andere schuldeisers een regeling zou worden getroffen.

Schadevergoedingsvorderingen

De eerste schadevergoedingsvordering van de curator wordt afgewezen. Aan die vordering ligt ten grondslag dat door een eerdere verbouwing de verhuurder ongerechtvaardigd zou zijn verrijkt. Daarvan is volgens de rechtbank geen sprake. De toestemming om veranderingen aan een bedrijfspand aan te brengen, leidt er niet automatisch toe dat de verhuurder daardoor is verrijkt en daarom schadelijktig is. Van de vereiste bijzondere omstandigheden (zie HR 25 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4373, r.o. 3.3) is niet gebleken.

Ook de tweede schadevergoedingsvordering wordt afgewezen. De curator is er niet in geslaagd

te bewijzen dat de verhuurder gebruik heeft gemaakt van de bewuste IE-rechten en goodwill en bovendien is van de waarde daarvan niet voldoende gebleken.

R.J.H. Berghuis, september 2022

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 07-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2021:7208

Zaaknummer: C/01/368957 / HA ZA 21-198

Rechters: C. Schollen-den Besten

Advocaten: F.A.R. Verhaegh en D.M. Lamers

Wetsartikelen: 42 Fw, 6:162 BW, 6:212 BW en 7:216 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

**Artikel 2:248 BW en 2:9 BW zien niet op de periode
voorafgaand aan de oprichting van een vennootschap**

Handelen dat plaatsvond voor oprichting kan niet leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid. Twee indirecte bestuurders en een holding zijn aansprakelijk voor het faillissementstekort wegens het aangaan van financiële verplichtingen die de vennootschap niet kon dragen. Twee bestuurders ontspringen de dans, omdat zij geen bestuurder meer waren op het moment dat de verplichtingen werden aangegaan.

In deze procedure spreekt een curator vier (voormalig) bestuurders van een failliete vennootschap aan wegens onbehoorlijk bestuur. Het verwijt dat de curator hun (en twee persoonlijke holdings) maakt is dat deponerings- en de administratieplicht zijn geschonden. Daarnaast zou sprake zijn van onverantwoord ondernemerschap. Twee van de bestuurders (en één holding) worden op grond van artikel 2:248 BW veroordeeld. De andere bestuurders (en één holding) ontspringen de dans.

Dat de deponeringsplicht is geschonden kan gemakkelijk worden vastgesteld door de rechtbank; de jaarrekeningen over 2017 en 2018 zijn op 23 januari 2020 (gedurende faillissement) en daarmee te laat gedeponerd.

De rechtbank concludeert ook dat de administratieplicht is geschonden. Gedurende ruim een half jaar vanaf de oprichting van failliet had zij namelijk onder meer geen bankrekening, werd geen kasboek bijgehouden en werden pintransacties niet geadministreerd.

Gedaagden slagen er vervolgens in om het bewijsvermoeden dat volgt uit artikel 2:248 lid 2 BW te weerleggen; omdat er nauwelijks activiteiten waren, was er weinig om te administreren.

Toch is er sprake van onbehoorlijk bestuur. Na oprichting van failliet heeft zij de verplichtingen uit een leningovereenkomst waarbij zij geen partij was overgenomen. Daarmee werd zij aansprakelijk voor de gehele financiering van € 150.000 waarvan zij slechts een

bedrag van € 50.000 ontving. Daarnaast werden er activiteiten ontplooid en kosten gemaakt, terwijl daar niet of nauwelijks vergoedingen tegenover stonden.

Overige verwijten van de curator leiden níet tot het oordeel dat sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur en/of ernstig verwijtbaar handelen. De rechtbank overweegt onder meer dat de artikelen 2:9 BW en 2:248 BW niet tot aansprakelijkheid kunnen leiden voor zover het gaat om de periode voordat de failliete vennootschap werd opgericht; op dat moment hadden de bestuurders die hoedanigheid immers nog niet.

Slotom is dat twee bestuurders die maar kort bestuurder waren en al waren afgezwaid voordat de failliete vennootschap de verplichtingen uit de leningovereenkomst op zich nam, niet aansprakelijk zijn. De bestuurders die langer en bovendien ten tijde van de overname van de bedoelde verplichtingen wél bestuurder waren, zijn op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk voor het tekort in het faillissement, aldus de rechtbank.

W.T.N. Vlasveld, september 2022

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 07-09-2022

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:5238

Zaaknummer: C/05/391219 / HA ZA 21-381

Rechters: G.J. Meijer

Advocaten: S.R. Effting, W.G.A. van Hoogstraten, E.E.V. Sweebe en C.R.J. de Bont

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:248 BW, 2:203 BW, 2:10 BW, 2:394 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw in weerwil van twee schuldeisers toegewezen

In weerwil van twee schuldeisende financiers-aandeelhouders, wordt het door Borealis ingediende verzoek tot een afkoelingsperiode van 16 weken toegewezen voor een periode van 10 weken. Aan de vereisten voor toewijzing van het verzoek wordt voldaan. Hoewel de onderneming van Borealis in feite stilligt, acht de rechtbank sprake van de voor een afkoelingsperiode vereiste 'voortzetting van onderneming'. Door verregaande onderhandelingen met nieuwe financiers en de beperkte lopende verplichtingen, worden de belangen van schuldeisers niet wezenlijk geschaad door de afkoelingsperiode.

Borealis is in januari 2021 opgericht en houdt zich bezig met het exploiteren van “immersive shows”: presentaties van feiten en geschiedenis met behulp van geavanceerde technologieën. Een deel van de daarvoor noodzakelijke apparatuur huurt en leaset Borealis. Na de aanvang van de exploitatie begin 2022 (in Berlijn), moest de show medio juli stoppen door een conflict met de verhuurder van het pand waarin de shows werden gehouden. De apparatuur werd teruggenomen door de eigenaars en de kaartverkoop moest worden gestaakt.

Naast schulden aan haar investeerders (aandeelhouders en derden), heeft Borealis een reguliere schuldenlast aan circa 50 handelscrediteuren van ruim € 1,27 miljoen. Borealis heeft daarentegen een beroep gedaan op haar verzekering in verband met het huurconflict en meent ter zake een vordering te hebben op de verhuurder. Ook beschikt ze over activa in de vorm van IP-rechten, exploitatie- en licentieovereenkomsten.

Verzoek Borealis

Ingevolge artikel 376 lid 4 Fw kan een afkoelingsperiode worden afgekondigd als summierlijk blijkt dat (1) noodzakelijk is om de onderneming tijdens de voorbereiding van en onderhandelingen over een akkoord voort te zetten en (2) aannemelijk is dat de belangen van

de gezamenlijke schuldeisers daarbij gediend zijn en derden niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.

Borealis verzoekt de rechter in deze procedure een afkoelingsperiode af te kondigen van 16 weken ex artikel 376 Fw en zegt toe dat zij binnen twee maanden een akkoord aan haar schuldeisers zal aanbieden. Borealis meent namelijk dat zij voldoende activa heeft om haar crediteuren een akkoord aan te bieden dat meer voor hen oplevert dan een faillissement. De afkoelingsperiode is nodig om het akkoord in rust voor te bereiden en de onderneming voort te zetten. Zo kan Borealis haar vorderingen op anderen geldend maken en kan het aanhangige faillissementsverzoek worden geschorst. Borealis zal op zoek gaan naar een nieuwe financier om de exploitatie voort te zetten, bijvoorbeeld door het uitgeven van licenties. Er lopen zelfs al verregaande onderhandelingen met geïnteresseerden in de overname van de aandelen en exploitatie en een afkoelingsperiode schaadt de gezamenlijke schuldeisers niet wezenlijk in hun belangen.

Zienswijzen schuldeisers

Twee schuldeisers, dat zijn twee van de veertien aandeelhouders waarvan er één al het faillissement had aangevraagd, verzetten zich daartegen. Zij dienen een zienswijze in ex artikel 376 lid 11 Fw waarin zij stellen dat niet aan de vereisten voor het afkondigen van een afkoelingsperiode is voldaan.

Een van deze aandeelhouders had een lening van circa € 27.000 verstrekt met het recht die lening te zijner tijd om te zetten in aandelenkapitaal. Uit het verzoek blijkt volgens deze aandeelhouder dat Borealis niet langer een “immersive show” exploiteert en niet langer een onderneming drijft. Een “verkenning van de mogelijkheden voor exploitatie” is niet als een onderneming of voortzetting daarvan te kwalificeren; evenmin valt het uitgeven van licenties zo op te vatten. Van noodzakelijkheid voor een afkoelingsperiode is ook geen sprake.

De andere aandeelhouder die zich verzet is de grootaandeelhouder van Borealis. Uit hoofde van een kredietfinanciering heeft ze in november 2021 € 3,1 miljoen beschikbaar gesteld waarvan € 1 miljoen is opgenomen. Zij heeft haar lening opgeëist. Volgens deze aandeelhouder is onduidelijk hoe Borealis financiering wil aantrekken en of zij aan lopende verplichtingen kan blijven voldoen. Tevens blijkt niet uit het verzoek dat er een concreet perspectief op toekomstige omzet is en dat schuldeisers beter af zijn met herstructurering dan met een faillissement. Volgens de grootaandeelhouder is het niet mogelijk om tot een akkoord te komen met voortzetting van de onderneming dan wel met tijdelijke voortzetting en afwikkeling van de bedrijfsvoering.

Oordeel rechtbank

De rechtbank oordeelt allereerst dat Borealis ontvankelijk is in haar verzoek. Vervolgens toetst de rechtbank of voldaan is aan de twee voorwaarden voor toewijzing van het verzoek.

Aan het eerste vereiste wordt voldaan. De rechtbank oordeelt anders dan betoogd (en zonder nadere uitleg) dat wel degelijk kan worden gesproken van voortzetting van de onderneming en dat de afkoelingsperiode daarvoor noodzakelijk is. Zo kan tevens het faillissementsverzoek worden geschorst. Ook aan het tweede vereiste wordt voldaan. Ter zitting heeft Borealis onweersproken aangevoerd dat er in de branche veel vertrouwen is in het concept van Borealis. De ondernemers met wie verregaande onderhandelingen worden gevoerd, wachten op de beslissing op onderhavig verzoek voordat ze afspraken willen vastleggen. De rechtbank oordeelt dat het reëel is dat schuldeisers beter af zijn met een akkoord waardoor hun belangen zijn gediend met een afkoelingsperiode. Ook is reëel dat Borealis kan voldoen aan de (beperkte) lopende verplichtingen. De verzekeraar heeft namelijk een voorschot uitgekeerd en er lopen schikkingsonderhandelingen met de verhuurder. Niet is gebleken dat schuldeisers wezenlijk in hun belangen worden geschaad door de afkoelingsperiode.

In plaats van de verzochte zestien weken acht de rechtbank een periode van tien weken om tot overeenstemming te komen met financiers voldoende. Wel zal de rechtbank een tussentijdse mondelinge behandeling bepalen om, aan de hand van een door Borealis over te leggen rapportage, te worden voorgelicht over de voortgang. De rechtbank waarschuwt dat zij de afkoelingsperiode kan intrekken ex artikel 376 lid 10 Fw als geen voortgang is geboekt.

De rechtbank sluit af met het afkondigen van een afkoelingsperiode voor een periode van tien weken. In deze weken zijn derden niet bevoegd verhaal te nemen op goederen van Borealis en het verzoek tot faillietverklaring wordt geschorst.

A.L.M. van Rooij, september 2022

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 12-09-2022

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2022:8151

Zaaknummer: C/15/330931/ FT RK 22-485 HO

Rechters: M.P. de Valk, F. Damsteegt en M.C. Bosch

Advocaten: W.J.T. Ursem, H.A. Schuurman, A.A. Fredova en D.J. van Dongen

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuur is niet aansprakelijk voor het staken en gestaakt houden van de activiteiten en het niet verder aandringen op het hervatten van financiering

Gefailleerde was afhankelijk van een zustervennootschap. Tussen die zustervennootschap en haar (beoogde) financier was een vertrouwensbreuk ontstaan, waardoor er geen zicht meer bestond op aanvullende liquiditeiten. Beide vennootschappen zijn failliet verklaard en het bestuur is niet aansprakelijk voor het boedeltekort.

B.V. X is op 3 maart 2015 in staat van faillissement verklaard. Deze vennootschap dreef een onderneming die glasvezelverbindingen verkocht en leverde aan consumenten en bedrijven. De benodigde glasvezelnetwerken werden aangelegd door B.V. Y, een zustervennootschap van B.V. X. B.V. Y verkeert ook in staat van faillissement. In deze procedure vordert de curator een veroordeling van de (feitelijke) bestuurders van B.V. X tot betaling van het faillissementstekort ter hoogte van (naar schatting) € 220.000.

De rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen. Daartoe heeft de rechtbank overwogen dat de bestuurders het vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW hebben ontzenuwd en de curator niet aannemelijk heeft gemaakt dat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. De (beoogde) financier heeft de financiering van B.V. Y stopgezet omdat er sprake was van een vertrouwensbreuk tussen hen. Daardoor beschikte B.V. Y niet meer over (te verwerven) financiën. B.V. X was afhankelijk van B.V. Y. De curator heeft onvoldoende onderbouwd dat B.V. X zelfstandig een toekomst had en dat de bestuurders meer hadden moeten/kunnen doen om het faillissement van B.V. X te voorkomen. Voorts kunnen de bestuurders niet op grond van artikel 2:9 BW en/of artikel 6:162 BW aansprakelijk worden gehouden. Gezien de omstandigheden kan hun geen ernstig verwijt worden gemaakt ter zake van het faillissement van B.V. X. De curator gaat vervolgens in hoger beroep tegen deze uitspraak. In de procedure in hoger beroep wordt verstek verleend tegen de bestuurders.

Het hof overweegt als volgt. Uit het feitenmateriaal valt niet anders te concluderen dan dat op of omstreeks 13 oktober 2014 een ernstig conflict is ontstaan tussen diverse partijen. Op grond daarvan is tevens de gevolgtrekking gewettigd dat dit conflict heeft geleid tot een vertrouwensbreuk tussen de (beoogde) financier en B.V. Y en dat de financier gezien deze situatie niet zonder meer verder in B.V. Y wilde investeren. De curator heeft onvoldoende toegelicht dat B.V. X reeds zelfstandig, zonder verdere investeringen, kon bestaan. Dat mag worden aangenomen dat B.V. X, bij voortzetting van de activiteiten van B.V. Y, binnen afzienbare tijd niet meer afhankelijk zou zijn van geldstromen vanuit B.V. Y, zoals de curator heeft gesteld, is in de gegeven omstandigheden niet voldoende. Ook de activiteiten van B.V. Y waren op 13 oktober 2014 niet kostendekkend. Verder was de (beoogde) financiering nog aan voorwaarden verbonden en kon deze niet worden afgedwongen. De bestuurders hebben voldoende overtuigend toegelicht dat het gebrek aan liquiditeiten een belangrijke oorzaak van het faillissement van B.V. X en B.V. Y vormde. De bestuurders hebben het wettelijk vermoeden van artikel 248 lid 2 BW derhalve voldoende ontzenuwd.

De curator heeft voorts gesteld dat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurders, bestaande uit (i) het staken en gestaakt houden van de activiteiten van beide vennootschappen en (ii) het niet verder aandringen op het hervatten van de financiering, mede belangrijke oorzaken van het faillissement van B.V. X en B.V. Y zijn. Dat slaagt niet. In het licht van de hiervoor omschreven vertrouwensbreuk heeft de curator onvoldoende inzichtelijk gemaakt dat de door hem genoemde handelingen in de gegeven omstandigheden als onbehoorlijke taakvervulling kunnen worden aangemerkt. De conclusie is dat de bestuurders niet aansprakelijk zijn voor het boedelttekort op grond van artikel 2:248 lid 1 en 2 BW. Daarnaast geldt dat de bestuurders ten aanzien van dit handelen in de gegeven omstandigheden geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt dan wel anderszins onrechtmatig handelen kan worden verweten. De bestuurders zijn dus ook niet aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad. De grieven falen en het vonnis in eerste aanleg wordt bekrachtigd.

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

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 09-08-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:2641

Zaaknummer: 200.268.311/01

Rechters: W.A.H. Melissen, E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell en Chr.M. Stokkermans

Advocaten: B.P.W. van Brink

Wetsartikelen: 2:248 BW