

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 23, 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 Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2022:2274](#) 08-11-2022

Bank niet aansprakelijk voor weggesluisde gelden op grond van haar bijzondere zorgplicht

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2022:2189](#) 25-10-2022

Faillissement Zorgzaam Nederland blijft in hoger beroep in stand

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2022:2225](#) 24-10-2022

Vernietiging faillissement kapper

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:8500](#) 04-10-2022

Vernietiging faillissement Clear Polymers in hoger beroep

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2022:2226](#) 23-09-2022

Hof vernietigt faillissement Exotic Greens

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2022:2227](#) 02-08-2022

Hof laat faillissement in hoger beroep in stand, ondanks aanvraag toelagenaffaire

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:11921](#) 07-11-2022

WHOA: afwijzing verzoek afkoelingsperiode

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2022:9629](#) 25-10-2022

Ambtshalve opheffing WHOA-afkoelingsperiode ex artikel 376 lid 10 Fw

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:9379](#) 20-10-2022

Mogelijk fraude gepleegd waardoor niet summierlijk blijkt van het vorderingsrecht van de aanvrager van een faillissement

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:9377](#) 14-10-2022

Faillietverklaring Van Hollandschen Bodem B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:3953 21-09-2022

Onnodig aanvragen surseance, waardoor faillissement van de vennootschap is bewerkstelligd

Antillen

Gerecht in eerste aanleg van Bonaire, Sint Eustatius en Saba,
ECLI:NL:OGEABES:2022:22 08-11-2022

Vernietiging transactie op grond van artikel 3:45 BW leidt tot pluraliteit van schuldeisers

RECHTSPRAAK

Mogelijk fraude gepleegd waardoor niet summierlijk blijkt van het vorderingsrecht van de aanvrager van een faillissement

Faillissementsverzoek van verzoekster wordt afgewezen omdat van haar vorderingsrecht niet summierlijk is gebleken. De verweerster ontkent dat er sprake is van een rechtsverhouding tussen beide partijen en daarmee ontbreekt de grondslag van de vordering.

Flow Factoring heeft het faillissement van verweerster aangevraagd stellende dat zij een opeisbare vordering heeft op verweerster van € 21.492,56 exclusief rente en kosten. Zij heeft deze vordering van D&E Uitzendbureau B.V. ('D&E') overgedragen gekregen. D&E heeft op basis van een samenwerkingsovereenkomst ('de overeenkomst') personeel aan verweerster ter beschikking gesteld, maar de facturen hiervoor zijn onbetaald gebleven. Volgens verzoeker gaat het argument dat er geen samenwerkingsovereenkomst tussen D&E en verweerster zou zijn aangegaan omdat het document niet is ondertekend door een medewerker van verweerster niet op. Verzoekster mocht er immers op vertrouwen dat zij contact had met verweerster, nu de mailcontacten plaatsvonden via het algemene e-mailadres van de onderneming.

Verweerster betwist het bestaan van vordering. Zij stelt dat er geen samenwerkingsovereenkomst met D&E is gesloten. De overeenkomst die zou zijn aangegaan tussen D&E en verweerster is ondertekend door een persoon (Armando) die verweerster niet bekend is. Hij is ook niet werkzaam bij verweerster. Verweerster heeft in onderzoek hoe het kan dat onbekende personen uit haar naam met D&E hebben gehandeld en hebben gecommuniceerd vanuit een e-mailadres dat ogenschijnlijk haar e-mailadres zou moeten zijn. Zij overweegt aangifte te doen van fraude.

Op grond van artikel 6 Fw wordt het faillissement uitgesproken, indien summierlijk blijkt van het bestaan van feiten en omstandigheden die aantonen dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen en, als een schuldeiser het verzoek doet, ook van het vorderingsrecht van deze.

Tijdens de behandeling van het faillissementsverzoek had na een kort, eenvoudig onderzoek van het vorderingsrecht van Flow Factoring moeten blijken. Verweerster heeft de vordering van Flow Factoring gemotiveerd betwist. De personen en opdrachten in de facturen zijn niet bekend bij verweerster. Ook zijn de personen waarmee D&E contact zou hebben gehad niet bekend bij verweerster. Verweerster heeft gesteld dat er mogelijk sprake is van fraude en dat zij daarnaar onderzoek doet.

Het verzoek tot faillietverklaring wordt afgewezen, omdat naar het oordeel van de rechtbank niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van verzoekers.

W.P.IJ. Overgoor, november 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 20-10-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:9379

Zaaknummer: C/10/642881/FT RK 22/324

Rechters: C.G.E. Prenger

Advocaten: E.R.P. von Hegedus en Ramdas, A.K. A.K. Ramdas

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: afwijzing verzoek afkoelingsperiode

Er is geen reëel zicht op het binnen een afzienbare termijn aanbieden van een WHOA-akkoord. Verzoekster bevindt zich ook niet in de WHOA-toestand van artikel 370 lid 1 Fw. Het verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode wordt dan ook afgewezen.

Verzoekster heeft op 31 oktober 2022 een startverklaring op de voet van artikel 370 lid 3 Fw bij de rechtbank gedeponeerd en een verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw ingediend. De rechtbank heeft op 2 november – voor de periode totdat definitief op het verzoek is beslist – bij wijze van tijdelijke voorziening een afkoelingsperiode afgekondigd.

Verzoekster is voornemens een WHOA-akkoord aan haar schuldeisers aan te bieden gericht op de voortzetting van de door verzoekster gedreven onderneming. Er zijn echter geen inkomsten en de activiteiten van de onderneming zijn reeds stilgelegd. Volgens verzoekster zijn de lopende verplichtingen beperkt. Verzoekster heeft een pand in eigendom waar hypotheekrecht op is gevestigd. Dit pand is het enige activum van de onderneming en een andere schuldeiser heeft hier ook beslag op gelegd. De hypotheekhouder heeft een executie in gang gezet en de veiling is een dag na de zitting over onderhavig verzoek gepland. Verzoekster geeft aan dat het pand op een later moment voor een hoger bedrag verkocht kan worden, als zij in staat wordt gesteld een ontwikkelingsplan op te stellen in lijn met de nieuwe visie van de gemeente voor de wijk. Hiervoor is vereist dat de bestemming van het pand verandert van kantoor- naar woonruimte. De hypotheekhouder ziet niet op korte termijn de bestemming van het pand veranderen; ondertussen loopt wel de achterstand in rente en aflossing op.

De rechtbank wijst het verzoek af. Verzoekster bevindt zich niet in de toestand waarin zij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar schulden. Deze toestand komt erop neer dat een schuldenaar nog in staat is om zijn lopende verplichtingen te voldoen, maar tegelijkertijd voorziet dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden als zijn schulden niet worden geherstructureerd (art. 370 lid 1 Fw). Verzoekster heeft echter geen inkomsten. De huidige omstandigheden bieden geen reële kans op een voor

homologatie vatbaar akkoord dat binnen korte termijn kan worden aangeboden. Voor het ontwikkelingsplan van verzoekster is vereist dat het pand een woonbestemming krijgt en aan een derde wordt verkocht of dat een nieuwe (geduldige) financier wordt gevonden. De rechtbank vindt het niet aannemelijk dat het pand binnen de termijn(en) van een afkoelingsperiode een woonbestemming zal krijgen.

Daarbij acht de rechtbank het ook van belang dat verzoekster heeft nagelaten het verzoek te onderbouwen met relevante financiële gegevens, waaronder een balans van de onderneming en inzicht in de huidige liquiditeitspositie en een liquiditeitsprognose, waaruit de aannemelijkheid van de levensvatbaarheid van de onderneming moet volgen.

Al met al ziet de rechtbank dus geen aanleiding om een afkoelingsperiode af te kondigen, aangezien er geen zicht is op een akkoord binnen een redelijke termijn en onduidelijk is of de activiteiten van de onderneming levensvatbaar zijn. De belangen van de hypotheekhouder die wordt geconfronteerd met oplopende rentelasten en onbetaalde aflossingen zijn bij deze afwegingen ook van belang.

A.C. Frentz, november 2022

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 07-11-2022

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2022:11921

Zaaknummer: FT-RK 22/787 HO

Rechters: H.J. van Harten, M.D.E. Leppens en M.P. de Valk

Advocaten: E.C. van Lent, A.C.E.G. Cordesius, R.W.A. Brunninkhuis en E.A.H. ten Berge

Wetsartikelen: 376 Fw en 370 Fw

RECHTSPRAAK

Ambtshalve opheffing WHOA-afkoelingsperiode ex artikel 376 lid 10 Fw

Ambtshalve opheffing WHOA-afkoelingsperiode nu volgens de rechtbank aannemelijk is dat geen akkoord tot stand zal komen en niet gebleken is dat de gezamenlijke schuldeisers gebaat zijn bij totstandkoming van een akkoord.

In een beschikking van 25 oktober 2022 heft de rechtbank Noord-Holland amtsshalve een afkoelingsperiode op. Om deze beschikking van achtergrond te voorzien behandel ik ook kort de beschikking waarin de afkoelingsperiode is afgekondigd (ECLI:NL:RBNHO:2022:8151).

Borealis Interactive Group B.V. ('Borealis') zat in financiële problemen vanwege een geschil met de verhuurder van het pand waarin zij haar bedrijfsactiviteiten ontplooid. Borealis is in 2021 opgericht en exploiteerde een 'immersive show'. Deze show bestaat uit presentaties van feiten en geschiedenis met behulp van geavanceerde technologieën. De show werd op slechts één locatie gegeven. Toen een conflict ontstond met de verhuurder van die locatie moest de show stoppen. De noodzakelijke apparatuur voor deze show was op basis van huurkoop/leasing gekregen en werd direct na het stoppen van de show door de verhuurders en verkopers teruggenomen. Vervolgens boekte de grootaandeelhouder van Borealis een fors totaalbedrag over van de rekening van Borealis naar haar eigen rekening. Tegelijkertijd eiste deze grootaandeelhouder haar lening op ter waarde van € 1 miljoen. Daarnaast heeft Borealis nog € 1,27 miljoen schulden aan andere schuldeisers.

Borealis tracht het tij te keren door middel van een reorganisatieakkoord op grond van de WHOA. Borealis is overtuigd dat het met een nieuwe financier – die volgens Borealis klaarstond – mogelijk zal zijn om met haar IP-rechten de show op een nieuwe locatie op te richten. Borealis meent hiervoor een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw nodig te hebben. Op verzoek van Borealis kondigt de rechtbank Noord-Holland deze afkoelingsperiode af voor een periode van tien weken. In diezelfde beschikking bepaalt de rechtbank een moment voor een tussentijdse mondelinge behandeling met als doel te worden voorgelicht over de voortgang van het akkoord en de financiële staat van de onderneming. De rechtbank gaf Borealis toen al

mee dat het niet uitgesloten is dat de afkoelingsperiode ambtshalve zal worden opgeheven indien op de zitting blijkt dat onvoldoende voortgang is geboekt of geen financier is gevonden.

Voorafgaand aan de zitting informeert Borealis de rechtbank dat het haar niet gelukt is om een financier te vinden. Sinds het afkondigen van de afkoelingsperiode is er discussie ontstaan over wie de rechthebbende van de IP-rechten zijn. Ook is nog steeds niet duidelijk of de door het conflict met de verhuurder geleden schade onder de dekking van de verzekering valt. Tevens is er geen regeling getroffen met de betreffende verhuurder. Borealis schrijft hierdoor moeilijk te kunnen bepalen wat de (liquidatie)waarde van de vennootschap is en kan daarom vooralsnog geen akkoord aanbieden. Borealis meent meer tijd nodig te hebben en verzoekt de rechtbank om verlenging van de afkoelingsperiode.

De rechtbank gaat hier niet in mee en heft de afkoelingsperiode op. De door Borealis geschetste omstandigheden maken het niet aannemelijk dat een akkoord tot stand komt, aldus de rechtbank. Niet alleen heeft Borealis geen voortgang geboekt, de situatie is naar het oordeel van de rechtbank zelfs verslechterd. Het is immers niet langer duidelijk of het enige actief van Borealis – de IP-rechten – wel eigendom van Borealis is. De rechtbank meent bovendien dat ook in het geval dat een akkoord wél tot stand komt, niet aannemelijk is dat de crediteuren daarbij gebaat zijn. Hierbij speelt een rol dat Borealis ter zitting had aangegeven niet langer te proberen een reorganisatieakkoord te bereiken, maar een akkoord dat ziet op liquidatie. Een afkoelingsperiode ten behoeve van een liquidatieakkoord is mogelijk indien dit een toegevoegde waarde ten opzichte van een faillissementsscenario heeft. Borealis heeft echter nagelaten de toegevoegde waarde te onderbouwen, aldus nog steeds de rechtbank. Tot slot overweegt de rechtbank dat Borealis niet langer aan haar lopende verplichtingen kan voldoen. Onder lopende verplichtingen schaaft de rechtbank ook de rentekosten. Dit is opmerkelijk, nu in de literatuur ook wel wordt betoogd dat onder de lopende verplichtingen alleen die verplichtingen vallen die ervoor moeten zorgen dat de meerwaarde van het WHOA-akkoord kan worden gerealiseerd. Rente over bestaande schulden zal hier doorgaans niet onder vallen.

De rechtbank concludeert dat Borealis niet langer voldoet aan de voorwaarden van artikel 376 lid 1 en 4 Fw voor het laten voortduren van de afkoelingsperiode.

G.P. van Hooft, november 2022

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 25-10-2022

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2022:9629

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

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Vernietiging transactie op grond van artikel 3:45 BW leidt tot pluraliteit van schuldeisers

Faillissementsaanvraag. Steunvordering voldaan, maar deze voldoening is door aanvrager vernietigd op grond van artikel 3:45 BW. Voorshands oordeelt het gerecht dat de vernietiging doel treft, zodat steunvordering nog bestaat.

De curator van de rechtspersoon Bopec vraagt het faillissement aan van een schuldenaar van Bopec, te weten Alphaville. Bopec houdt zich bezig met de opslag van olie in Bonaire. De curator van Bopec heeft (een deel van) de opgeslagen olie op een veiling aangeboden. Alphaville heeft via de veiling olie gekocht. Bopec zou de olie te Bonaire ten behoeve van Alphaville opslaan. Daarvoor heeft Bopec opslagkosten bij Alphaville in rekening gebracht. Vaststaat dat de opslagkosten door Alphaville niet werden betaald, reden waarom het faillissement wordt aangevraagd.

Het gerecht in eerste aanleg van Bonaire ('het gerecht') dient ambtshalve te beoordelen of het bevoegd is het verzoek te behandelen. Alphaville is een rechtspersoon die in de Seychellen is gevestigd. Volgens het gerecht blijkt echter uit diverse omstandigheden dat Alphaville haar bedrijf uitoefent te Bonaire. Bovendien heeft Alphaville niet gesteld of aannemelijk gemaakt dat zij buiten Bonaire vermogen heeft of werkzaamheden verricht. Het gerecht acht zich daarom bevoegd.

Het vorderingsrecht van de aanvrager staat vast en dat staat in deze procedure ook niet ter discussie. Wel betwist Alphaville dat sprake zou zijn van pluraliteit van schuldeisers. De curator heeft een vordering van CRU als steunvordering opgevoerd. Voorafgaand aan de zitting bleek de vordering te zijn betaald. Voorts zou een financier (Scaltech) een vordering hebben op Alphaville. Alphaville stelt dat die vordering is voldaan en heeft twee overeenkomsten overgelegd, waaruit zou blijken dat Scaltech geen vordering meer heeft. In een overeenkomst van 26 oktober 2022 is bepaald dat Alphaville een niet-opeisbare schuld heeft aan Scaltech. Die vordering zou zijn voldaan door een overdracht van 90% van de door Alphaville gekochte olie aan Scaltech. Daarbij is expliciet overeengekomen dat Scaltech door

de eigendomsoverdracht niets meer te vorderen heeft van Alphaville. De curator heeft deze overdracht op grond van pauliana vernietigd (art. 3:45 Burgerlijk Wetboek BES) wegens benadeling van schuldeisers, zodat Scaltech nog steeds schuldeiser zou zijn.

Naar het voorshands oordeel van het gerecht treft de vernietiging doel. Het gerecht heeft bij zijn oordeel betrokken dat uit de overeenkomst van 26 oktober 2022 blijkt dat Alphaville onverplicht door inbetalinggeving een niet-opeisbare schuld heeft voldaan. Er zou tevens een grote discrepantie bestaan tussen de hoogte van de schuld en de waarde van de in betaling gegeven olie. Hierdoor wordt de curator als schuldeiser van Alphaville in zijn verhaalsmogelijkheden beperkt. Het gerecht oordeelt ten slotte dat het aannemelijk is dat in het geval van een faillissement van Alphaville de curator op dezelfde gronden de overdracht van de olie zou vernietigen. Het gerecht is van oordeel dat vanwege de voorgaande omstandigheden Alphaville nog steeds een schuld heeft aan Scaltech. Hierdoor wordt voldaan aan het vereiste van pluraliteit.

Het gerecht komt tot de slotsom dat summierlijk is gebleken dat sprake is van pluraliteit en dat Alphaville in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen. Vervolgens wordt Alphaville failliet verklaard.

M. Kolbrink, november 2022

Instantie: Gerecht in eerste aanleg van Bonaire, Sint Eustatius en Saba

Datum uitspraak: 08-11-2022

ECLI: ECLI:NL:OGEABES:2022:22

Zaaknummer: BON202200366

Rechters: P.E. de Kort

Advocaten: M.F. Murray, K.A. Doekhi en L.F.F.M. Drissen

Wetsartikelen: 3:45 BW en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Bank niet aansprakelijk voor weggesluisde gelden op grond van haar bijzondere zorgplicht

Via een bankrekening van een reeds ontbonden vennootschap zijn gelden weggesluisd. De rechthebbende op deze gelden is een failliete vennootschap, althans haar gezamenlijke schuldeisers. De curator van die failliete vennootschap spreekt in deze procedure de bank – waarbij de rekening werd aangehouden die is gebruikt om de gelden weg te sluizen – aan, onder meer omdat in strijd met de bancaire zorgplicht zou zijn gehandeld.

Door een vennootschap ('Holding') zijn gelden aangetrokken van beleggers (tegen uitgifte van obligaties), maar die gelden zijn niet aangewend voor het beleggingsdoel en in plaats daarvan weggesluisd. Het wegsluizen van de gelden vond (mede) plaats door overboeking naar een rekening die door een derde ('Valeo Media') werd aangehouden bij Knab bank. Vervolgens zijn de gelden van de Knab-rekening contant opgenomen en naar andere derden overgeboekt. Holding en Valeo Media worden beide op enig moment failliet verklaard. De curator van Holding voert de onderhavige procedure tegen Knab, omdat Knab had kunnen en moeten voorkomen dat de bij haar aangehouden rekening werd gebruikt voor het wegsluizen van de gelden.

De betalingen vanaf de rekening van Valeo Media bij Knab werden verricht in de periode nadat het faillissement van Valeo Media was opgeheven en de vennootschap daarmee is ontbonden. De curator voert aan dat Knab van die gebeurtenissen op de hoogte had kunnen en moeten zijn. Knab zou in strijd met de bancaire zorgplicht hebben gehandeld en daarmee onrechtmatig jegens (de gezamenlijke schuldeisers van) Holding. Deze vordering is in eerste aanleg afgewezen (zie ECLI:NL:RBDHA:2019:9579). In hoger beroep stelt de curator daarnaast een vordering in die is gebaseerd op de BW-pauliana (art. 3:45 BW).

De pauliana-vordering wordt afgewezen door het hof. Een vernietiging van de betalingen door Valeo Media aan derden kan namelijk niet in de onderhavige procedure worden behandeld,

omdat Valeo Media noch de derden partij zijn (art. 3:51 lid 2 BW). Vernietiging van de uitvoering van de betalingsopdrachten – als die bevoegdheid al zou bestaan – slaagt evenmin, omdat de gezamenlijke schuldeisers van Holding niet in hun verhaalsmogelijkheden *jegens Knab* zijn benadeeld. Bovendien oordeelt het hof dat Knab niet van (de opheffing van) het faillissement van Valeo Media op de hoogte was noch behoorde te zijn, waardoor niet is voldaan aan het vereiste van wetenschap van benadeling.

De tweede vordering stoelt de curator op de bancaire zorgplicht (zie daarover HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399), die door Knab zou zijn geschonden. Dat zou het geval zijn omdat Knab niet heeft opgetreden tegen transacties die werden verricht via de bankrekening van een rechtspersoon die niet meer bestaat of die in staat van faillissement verkeert. Centraal staat daarom de vraag of Knab op de hoogte had *behoren* te zijn van de ontbinding van Valeo Media. Het hof concludeert dat dit niet het geval is.

Allereerst wijst het hof erop dat de bank weliswaar graag op de hoogte zal willen zijn van een faillissement gelet op artikel 52 Fw. Dat is echter met name in het belang van de bank zelf, omdat zij – ingevolge voornoemd artikel – bedragen die ná faillietverklaring worden overgeboekt op eigen kosten moet aanzuiveren. Ook toepassing van publiekrechtelijke regelgeving (Wft en WWFT), waarvan reflexwerking zou kunnen uitgaan ten gunste van de gezamenlijke schuldeisers van Holding, leidt niet tot de conclusie dat Knab actie had moeten ondernemen ten aanzien van de gewraakte betalingen. De bank heeft grotendeels de vrijheid om zelf te bepalen hoe zij aan die regelgeving voldoet. Tot slot kan, volgens het hof, evenmin worden gesteld dat de bank over zodanige kennis beschikte aan de hand waarvan zij tot actie had moeten overgaan om de belangen van een derde (i.c. de gezamenlijke schuldeisers van Holding) te beschermen. Daartoe is zij slechts gehouden als sprake is van enige wetenschap van bijvoorbeeld fraude – zie daarover onder meer het *Safe Haven*-arrest (HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713). Niet is gebleken van een concrete aanleiding om onderzoek te doen naar Valeo Media, aldus het hof.

R.J.H. Berghuis, november 2022

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 08-11-2022

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2022:2274

Zaaknummer: 200.273.478/02

Rechters: D.A. Schreuder, A.J. Swelheim en G.C. de Heer

Advocaten: M. Samsen en F.M.A. 't Hart

Wetsartikelen: 3:45 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Faillietverklaring Van Hollandschen Bodem B.V.

Niet nakomen betalingsregeling en niet (voldoende) onderbouwde tegenvordering betekent faillissement.

In deze zaak oordeelde de rechtbank Rotterdam over een verzoek van Ritra Cargo B.V. ('Ritra') om Van Hollandsche Bodem B.V. ('VHB') in staat van faillissement te verklaren. Ritra stelt dat zij een opeisbare vordering op VHB heeft van bijna € 18.000. Deze vordering zou zien op door haar voor VHB uitgevoerde expeditiewerkzaamheden. Voor deze vordering zouden meerdere betalingsregelingen zijn overeengekomen die steeds weer door VHB niet na zouden worden nagekomen. Als steunvordering voert Ritra een vordering van afvalverwerker Renewi op, wijst zij op de jaarrekening van VHB over 2020 en een Googlereview waaruit zou volgen dat iemand € 1.350 te vorderen zou hebben van VHB wegens een niet geleverde bestelling.

VHB verweert zich tegen het verzoek van Ritra door de vordering van Ritra te betwisten. Volgens VHB zou Ritra inderdaad expeditiewerkzaamheden hebben verricht, maar zouden die werkzaamheden hebben geleid tot schade en daarmee tot een verrekenbare tegenvordering die hoger is dan de vordering van Ritra. Verder zou de grondslag van de facturen van Ritra onduidelijk zijn en zou een deel niet juist zijn omdat er ten onrechte importbelastingen in rekening zouden zijn gebracht. Over de betalingsregelingen stelt VHB dat daarover is gesproken, maar dat die niet van de grond zijn gekomen omdat de vorderingen van Ritra worden betwist. Dat sprake zou zijn van een toestand van hebben opgehouden te betalen zou niet juist zijn. Er zijn weliswaar schulden, maar de onderneming is winstgevend, er is geen achterstand in betaling van schulden en de vordering van Ritra zou vanuit de winst kunnen worden voldaan.

De rechtbank oordeelt dat, nu VHB slechts een gedeelte van de vordering van Ritra betwist en duidelijk is dat er tussen VHB en Ritra overeenkomsten bestonden, summierlijk is gebleken van een vordering van Ritra op VHB. Ten aanzien van de importbelasting heeft Ritra aangetoond dat de vergunning op grond waarvan VHB die niet verschuldigd zou zijn is afgegeven nadat Ritra aan VHB factureerde. Bovendien is Ritra nooit op de hoogte gesteld van de afgifte van de vergunning. Ergo: de belastingen zijn volgens de rechtbank verschuldigd. Daar de gestelde tegenvordering door VHB voor zowel de hoogte als de grondslag niet is

geconcretiseerd en omdat VHB op een dergelijke vordering nooit (eerder) aanspraak maakte, passeert de rechtbank het verweer van VHB op dit punt. Omdat van de opgevoerde steunvorderingen summierlijk is gebleken en aannemelijk is dat VHB verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen, mede omdat zij overeengekomen betalingsregelingen niet is nagekomen, spreekt de rechtbank het faillissement uit.

W.T.N. Vlasveld, november 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 14-10-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:9377

Zaaknummer: FT RK 22-228

Rechters: C.G.E. Prenger

Advocaten: mr. J.M. de Vries

Wetsartikelen: 1 Fw

RECHTSPRAAK

Onnodig aanvragen surseance, waardoor faillissement van de vennootschap is bewerkstelligd

Bestuurder aansprakelijk voor ten onrechte aansturen op faillissement. Een schuldeiser die ook aandeelhouder is, leidt schade.

In deze procedure stelt een partij die zowel schuldeiser als aandeelhouder van een vennootschap is de bestuurder aansprakelijk. De bestuurder van de vennootschap heeft surseance van betaling aangevraagd. Enkele dagen later heeft de door de rechtbank aangestelde bewindvoerder het faillissement van de vennootschap aangevraagd. Vervolgens is de voorlopig verleende surseance van betaling ingetrokken en is het faillissement van de vennootschap uitgesproken.

De schuldeiser/aandeelhouder is van mening dat de bestuurder van de vennootschap ten onrechte surseance van betaling heeft aangevraagd en zo een faillissement van de vennootschap heeft uitgelokt. Hij spreekt de bestuurder van de vennootschap in privé aan. In de eerste plaats verwijt de schuldeiser/aandeelhouder de bestuurder dat hij niet heeft gereageerd op een financieel ondersteuningsplan van eerstgenoemde. In de tweede plaats verwijt de schuldeiser/aandeelhouder de bestuurder dat hij de door hemzelf gestelde reactietermijn op een eigen reddingsvoorstel niet heeft afgewacht alvorens hij de surseance van betaling heeft aangevraagd.

Ten aanzien van het tweede verwijt overweegt de rechtbank dat de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt van het feit dat hij niet heeft gewacht op een reactie van de schuldeiser/aandeelhouder. Volgens de rechtbank heeft de schuldeiser/aandeelhouder meerdere kansen laten liggen om zelf een voorstel te doen. De schuldeiser/aandeelhouder heeft daarnaast een door hemzelf gevraagde reactietermijn laten verstrijken. Bovendien gaat de rechtbank ervan uit dat onderhandelen over het voorstel niet had geleid tot een succesvolle afspraak tussen partijen en daarmee afwending van de surseance en het faillissement. De voorstellen lagen daarvoor te ver uit elkaar.

Het eerste verwijt slaagt wel. Twee jaar voorafgaand aan het faillissement heeft de schuldeiser/aandeelhouder een financieel ondersteuningsplan gepresenteerd. De bestuurder

heeft niet op dat voorstel gereageerd. De schuldeiser/aandeelhouder heeft het voorstel kort voor het faillissement herhaald. De bestuurder heeft daarop aangegeven even tijd nodig te hebben en er daarna op terug te komen. Dat laatste is niet gebeurd. De schuldeiser/aandeelhouder heeft, ondanks een aanvankelijk positieve reactie van de bestuurder, nooit een inhoudelijke reactie gekregen.

De rechtbank overweegt dat onder de gegeven omstandigheden, waarin het water de vennootschap zo aan de lippen stond dat een surseanceaanvraag in het zicht kwam terwijl een van de aandeelhouders een financieel toereikende oplossing had voorgesteld, van de enig bestuurder van de vennootschap mocht worden verwacht dat hij die oplossing op zijn minst zou onderzoeken. De bestuurder heeft nagelaten om het voorstel nader te onderzoeken en daarover met de schuldeiser/aandeelhouder in gesprek te gaan.

De rechtbank stelt vast dat de bestuurder onvoldoende heeft gedaan om in overleg met de schuldeiser/aandeelhouder tot een concrete oplossing voor de liquiditeitsproblemen te komen. De bestuurder heeft in plaats daarvan surseance van betaling aangevraagd, waarmee hij het faillissement van de vennootschap heeft bewerkstelligd, terwijl dat op dat moment niet noodzakelijk was. De bestuurder wist of had redelijkerwijs moeten begrijpen dat dit tot gevolg zou hebben dat de vennootschap haar verplichtingen jegens de schuldeiser/aandeelhouder niet zou kunnen nakomen en ook geen (volledig) verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Van deze handelwijze kan de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt.

De rechtbank benadrukt dat deze onrechtmatige daad de schuldeiser/aandeelhouder treft als schuldeiser en niet als aandeelhouder. Met betrekking tot aansprakelijkheid jegens de aandeelhouder verwijst de rechtbank naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad over afgeleide schade. De rechtbank overweegt dat het enkele feit dat de aandeelhouder nadeel ondervindt doordat (in dit geval) de bestuurder tekort is geschoten, niet betekent dat die bestuurder automatisch tegenover de aandeelhouder een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden. De schuldeiser/aandeelhouder heeft onvoldoende bijzondere omstandigheden gesteld om aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de aandeelhouder vast te stellen.

S.W.M. Kessels, november 2022

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 21-09-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:3953

Zaaknummer: C/16/525376 / HA ZA 21-527

Rechters: A.A.T. van Rens, H.J. ter Meulen en R.M. Maliepaard

Advocaten: T. van der Lans en S.M.M. van Dooren

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Vernietiging faillissement Clear Polymers in hoger beroep

Met de aanvragers van het faillissement is een regeling tegen finale kwijting getroffen. Voor de faillissementskosten is zekerheid gesteld en met andere schuldeisers is een regeling getroffen. Mede gelet op de gunstige vooruitzichten vernietigt het hof het faillissement.

Nadat de rechtbank Gelderland het faillissement van Clear Polymers B.V. heeft uitgesproken, wordt dat faillissement in hoger beroep vernietigd. De reden daarvoor is dat Clear Polymers met de aanvragers van het faillissement een regeling heeft getroffen tegen finale kwijting. Clear Polymers is bereid de faillissementskosten te betalen en in dat verband is ook al een bedrag overgemaakt naar de derdengeldenrekening van de curator. Met andere schuldeisers is een financieringsregeling getroffen. De curator adviseert het faillissement te vernietigen. Het hof gaat hierin mee. Mede gelet op de liquiditeitsprognose die de accountant heeft opgesteld, toegezegde financieringsmogelijkheden en subsidietoekenning gaat het hof ervan uit dat de getroffen betalingsregelingen nagekomen kunnen worden en dat voldaan zal worden aan lopende verplichtingen.

H.J. de Kloe, november 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 04-10-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:8500

Zaaknummer: 200.315.951

Rechters: D.M.I. de Waele, H.C. Frankena en H.L. Wattel

Advocaten: M.D.B. Stap en M.C. de Jong

Wetsartikelen: 1 Fw en 8 Fw

RECHTSPRAAK

Hof laat faillissement in hoger beroep in stand, ondanks aanvraag toeslagenaffaire

De schuldenaar heeft een aanvraag gedaan omdat hij meent slachtoffer te zijn van de toeslagenaffaire. Het hof laat het faillissement toch in stand en houdt de zaak niet aan, omdat onvoldoende uitzicht bestaat op een uitkering binnen een voorzienbare termijn.

Een natuurlijk persoon is failliet verklaard op verzoek van twee schuldeisers. In hoger beroep verzoekt hij het faillissement te vernietigen. Met een aantal schuldeisers, waaronder de aanvragers van het faillissement, is een betalingsregeling getroffen. Een aantal andere schuldeisers hebben hun vorderingen 'bevroren' in afwachting van een beslissing over de vraag of de schuldenaar gedupeerde is van de toeslagenaffaire.

Het hof laat het faillissement in stand. Met twee schuldeisers is geen betalingsregeling getroffen en één van hen heeft expliciet aan de curator laten weten hiertoe ook niet bereid te zijn. De schuldenaar heeft onvoldoende middelen om zijn schulden te betalen. De beslissing op de aanvraag in verband met de toeslagenaffaire wordt niet voor december 2022 verwacht en het is nog onduidelijk wat de inhoud van de beslissing zal zijn. Omdat onvoldoende uitzicht bestaat op een uitkering binnen een voorzienbare termijn wordt de behandeling om die reden niet aangehouden en bekrachtigt het hof het faillissementsvonnis.

H.J. de Kloe, november 2022

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 02-08-2022

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2022:2227

Zaaknummer: 200.312.078/01

Rechters: M.T. Nijhuis, M.C.M. van Dijk en P. Volker

Advocaten: A.F.M. den Hollander en S.K. Tuithof

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 8 Fw

RECHTSPRAAK

Hof vernietigt faillissement Exotic Greens

Het hof vernietigt het faillissement omdat met de aanvrager van het faillissement een regeling is getroffen en de steunvorderingen zijn of worden betaald.

In eerste aanleg is het faillissement van Exotic Greens & Peppers Company B.V. ('Exotic Greens') uitgesproken op verzoek van Eneco Zakelijk B.V. Naar aanleiding van het beroep van Exotic Greens vernietigt het hof het faillissement. Aan Eneco Zakelijk is een deel van de vordering betaald en voor het overige is een betalingsregeling getroffen. De steunvordering van Eneco Consumenten B.V. is betaald en op de derdengeldenrekening van de advocaat van Exotic Greens staat een bedrag om de vordering van de Belastingdienst te voldoen. Andere schulden zijn de curator niet bekend. Ook is voldoende zekerheid gesteld voor betaling van de curator.

H.J. de Kloe, november 2022

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 23-09-2022

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2022:2226

Zaaknummer: 200.315.348/01

Rechters: J.M. van der Klooster, J.S. Honée en A.J. Swelheim

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

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Vernietiging faillissement kapper

Het faillissement van een kapper dat is uitgesproken op verzoek van het bedrijfstakpensioenfonds wordt na verzet vernietigd, omdat de kapper een regeling heeft getroffen met het pensioenfonds.

Nadat de rechtbank Den Haag het faillissementsverzoek heeft afgewezen, heeft het hof Den Haag op verzoek van het Bedrijfstakpensioenfonds voor het Kappersbedrijf ('het BPF') bij verstek het faillissement uitgesproken van een natuurlijk persoon die handelt onder de naam Moderne Barbershop. De schuldenaar gaat in verzet en verzoekt het faillissement te vernietigen. De curator bevestigt aan het hof dat de schuldenaar een regeling heeft getroffen met het BPF dat het BPF naar aanleiding daarvan instemt met vernietiging van het faillissement. Met het bedrag dat op de boedelrekening staat in verband met de voortzetting van de onderneming kunnen de faillissementskosten worden betaald. Het hof overweegt dat bij verzet het geding op tegenspraak in dezelfde instantie wordt voortgezet. Het vorderingsrecht van het BPF is door de getroffen regeling komen te vervallen, zodat het BPF niet meer bevoegd is het faillissement van de schuldenaar aan te vragen. Het hof vernietigt het faillissement en brengt de faillissementskosten ten laste van de schuldenaar.

H.J. de Kloe, november 2022

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 24-10-2022

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2022:2225

Zaaknummer: 200.315.176/01

Rechters: M.C.M. van Dijk, R.S. van Coevorden en R.M. Hermans

Advocaten: R.P.R. Nolten en S.K. Tuithof

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 8 Fw

RECHTSPRAAK

Faillissement Zorgzaam Nederland blijft in hoger beroep in stand

Het hof volgt niet de stelling dat de aanvrager van het faillissement geen overeenkomst had met de bv maar met (de eenmanszaak van) de bestuurder. De eenmanszaak is ingebracht in de bv voordat de opdracht is verstrekt aan de wederpartij, ten minste één factuur is door de bv betaald en de verrichte advieswerkzaamheden zagen op de onderneming van de bv.

Zorgzaam Nederland B.V. is door de rechtbank Rotterdam failliet verklaard op verzoek van een vennootschap die advies geeft. Zorgzaam Nederland is in beroep gekomen van het faillissementsvonnis. In hoger beroep stelt Zorgzaam Nederland dat niet zij, maar (de voormalige eenmanszaak van) haar bestuurder schuldenaar is van de wederpartij. Kennelijk subsidiair is het standpunt dat de advieswerkzaamheden niet zijn verricht en meer subsidiair dat de werkzaamheden niet deugdelijk waren. Zorgzaam Nederland betwist ook dat zij is opgehouden te betalen.

Het hof laat het faillissement in stand. Het hof overweegt dat de eenmanszaak op 28 maart 2019 is ingebracht in Zorgzaam Nederland BV. De eenmanszaak is per 14 mei 2019 uitgeschreven uit het handelsregister. De opdracht aan de wederpartij is op 27 mei 2021 verstrekt, zodat voldoende aannemelijk is dat de overeenkomst is aangegaan met de bv en niet met de eenmanszaak. In ieder geval één factuur is voldaan vanaf de bankrekening van de bv en de werkzaamheden zagen op advisering van de door de bv gedreven onderneming. De gestelde wanprestatie is onvoldoende onderbouwd. Naar het oordeel van het hof blijkt daarom summierlijk van het vorderingsrecht van de verzoekster van het faillissement.

Omdat bij de curator meer dan drie ton preferente vorderingen en meer dan een ton concurrente vorderingen zijn ingediend en de stelling van Zorgzaam Nederland dat zij met haar schuldeisers een regeling heeft getroffen onvoldoende is onderbouwd, blijkt summierlijk dat Zorgzaam Nederland in de toestand verkeert dat zij is opgehouden te betalen.

H.J. de Kloe, november 2022

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 25-10-2022

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2022:2189

Zaaknummer: 200.315.654/01

Rechters: R.S. van Coevorden, M.C.M. van Dijk en R.M. Hermans

Advocaten: J.M. Pol en L.E.M. Elbertse

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw