

Nieuwsbrief - INS Updates 2022-24

Nummer 24, 2022

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. H.J. de Kloe, mr. E. Ayerdem, mr. R.J.H. Berghuis, mr. J.O. Bijloo, mr. S.J. van den Boogert, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. G.P. van Hooft, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.I.J. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2022:1735](#) 25-11-2022

Caribische zaak: de vernietigde overdrachten maken deel uit van een vooropgezet plan om gefailleerde leeg te trekken en dat rechtvaardigt om die overdrachten als één geheel op te vatten en te beoordelen.

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:9933](#) 17-11-2022

Faillissementsaanvraag op basis van vorderingen uit hoofde van vonnis waartegen hoger beroep is ingesteld

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:9749](#) 15-11-2022

Overeenkomst kwalificeert wel als huurkoop; auto valt niet in de boedel

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2022:1999](#) 23-08-2022

Een betaling waarvoor de rechtsgrond is vervallen, is geen 'onmiskenbare vergissing'

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:2897](#) 26-10-2021

Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:6533](#) 23-11-2022

Wegboeking van vordering is paulianeus

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:3487](#) 16-11-2022

Partij mocht betaalinstructie opvolgen en hoeft niet nogmaals te betalen aan de curator

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:6444](#) 09-11-2022

Erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland van Zuid-Afrikaanse vonnissen tegen Zuid-Afrikaanse failliet

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:3472](#) 12-08-2022

Homologatie WHOA-akkoord

Antillen

[Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba, ECLI:NL:OGHACMB:2022:122](#) 06-05-2022

Faillissement in Curaçao gevestigd online-casino in hoger beroep alsnog uitgesproken

RECHTSPRAAK

Homologatie WHOA-akkoord

De rechtbank wijst het verzoek tot homologatie van een schuldenaar die actief is in de kunstsector toe. Alle klassen hebben met het akkoord ingestemd; enkel het UWV heeft tegengestemd. Hoewel het UWV geen zienswijze of verzoek tot afwijzing heeft ingediend, overweegt de rechtbank toch mogelijk voor het UWV relevante afwijzingsgronden.

De verzoekster vormt samen met twee andere bv's een groep in de zin van artikel 2:24 BW en is actief in de kunstsector. Verzoekster licht toe niet aan haar rente- en aflossingsverplichtingen te kunnen voldoen, maar wel een levensvatbare onderneming te drijven. De schuldenaar heeft gekozen om ten behoeve van het akkoord de schulden te fixeren op de datum van de startverklaring. Voor de nakoming van het akkoord is reeds op de derdengeldenrekening van een notariskantoor een bedrag gestort. De schuldenaar biedt onder het akkoord een hoger bedrag aan haar schuldeisers dan zowel de liquidatiewaarde als de reorganisatiewaarde.

Alle vennootschappen binnen de groep hebben op 15 juli 2022 een akkoord aangeboden. Bij de akkoorden voor de twee andere groepsvennootschappen hebben alle schuldeisers voorgestemd. Alleen bij verzoekster heeft één schuldeiser tegengestemd: het UWV. Om deze reden legt enkel deze schuldenaar het akkoord ter homologatie voor aan de rechtbank. De klasse van UWV – met een vordering van een groepsvennootschap en het ongesecureerde deel van de vordering van Rabobank – heeft echter wel voorgestemd.

De rechtbank constateert dat drie klassen 'in the money' zijn en memoreert dat artikel 383 lid 1 Fw, op basis waarvan slechts een homologatieverzoek ingediend kan worden als een 'in the money-klasse' heeft ingestemd met het akkoord, een van de kernbepalingen van de WHOA vormt. Voorkomen moet worden dat een klasse zonder economisch belang het akkoord kan opleggen aan de overige schuldeisers en aandeelhouders.

Het UWV heeft geen verzoek tot afwijzing van het homologatieverzoek en ook geen zienswijze ingediend, maar aan de hand van de door de schuldenaar overgelegde

correspondentie wijdt de rechtbank enkele overwegingen aan mogelijk voor het UWV relevante afwijzingsgronden. De rechtbank signaleert dat het UWV niet slechter af is dan bij vereffening van het vermogen in faillissement, en dat dit standpunt overigens op geen enkele wijze (voldoende) onderbouwd is. Het UWV heeft niet met het akkoord willen instemmen toen het aangeboden percentage van 0,6% naar 0,01% daalde naar aanleiding van een herverdeling van de waarde na een 378-uitspraak van de rechtbank. Ten aanzien van de positie van het UWV merkt de rechtbank overigens wel op dat bij de toelichting van het akkoord vermeld had moeten worden dat mogelijk sprake is van een lopende verplichting, mocht later blijken dat een tranche van NOW onverschuldigd door het UWV is betaald. Op basis van nagestuurde verklaringen van alle schuldeisers ziet de rechtbank geen aanleiding om aan te nemen dat dit tot een andere stemuitkomst had geleid.

De rechtbank wijst vervolgens het verzoek tot homologatie toe, nu niet is gebleken dat een van de algemene afwijzingsgronden van artikel 384 lid 2 Fw zich tegen homologatie verzet.

A.C. Frentz, december 2022

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 12-08-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:3472

Zaaknummer: FT RK 22/577

Rechters: M.D.E. Leppens, C.A.M. de Bruijn en A.E. de Vos

Advocaten: mr. J. van den Dolder

Wetsartikelen: 384 Fw en 381 Fw

RECHTSPRAAK

Faillissement in Curaçao gevestigd online-casino in hoger beroep alsnog uitgesproken

Het online-casino 1XCorp N.V., gevestigd in Curaçao ('1XCorp'), is bij verstek failliet verklaard. Nadat 1XCorp verzet heeft aangetekend, is het verstekvonnis vernietigd. De aanvrager van het faillissement gaat in hoger beroep en het faillissement wordt alsnog uitgesproken.

De Stichting Belangenbehartiging Gedupeerden Online Kansspelen ('de stichting') heeft het faillissement aangevraagd van 1XCorp. 1XCorp is bij verstekvonnis failliet verklaard, waarna hij verzet heeft aangetekend. Het verzet is gegrond verklaard en het verstekvonnis vernietigd. Allereerst zou sprake zijn van misbruik van bevoegdheid, omdat de stichting ter zitting expliciet heeft gesteld dat er geen verhaalsmogelijkheden zijn. Dit betekent dat de stichting een faillissementsaanvraag heeft ingediend in de wetenschap dat het faillissement geen enkel positief gevolg voor de vermoedelijke schuldeisers zal hebben en daarmee heeft zij misbruik gemaakt van haar bevoegdheid. Daarnaast is niet komen vast te staan dat de stichting crediteur is (geworden) van 1XCorp. Verschillende spelers zouden hun vorderingen hebben overgedragen aan de stichting. Echter, 1XCorp betwist de rechtsgeldigheid van de cessies en de akten van cessie zijn niet in het geding gebracht.

De stichting komt in hoger beroep tegen de beslissing van het Gerecht. Volgens de stichting is van misbruik van bevoegdheid geen sprake: er zijn wel verhaalsobjecten, maar deze bevinden zich niet in Curaçao. Verder is 1XCorp al in een eerder stadium aangeschreven over de cessies, waarbij onder meer de akten van cessie zijn overgelegd. De faillissementsaanvraag voldoet aan het doel van een faillissement, namelijk het verwezenlijken van een gemeenschappelijk verhaal op het vermogen van de schuldenaar.

Het Hof oordeelt dat niet is gebleken dat 1XCorp niet over verhaalsmogelijkheden beschikt waardoor op voorhand niet kan worden geconcludeerd dat het faillissement geen enkel positief gevolg voor de vermoedelijke schuldeisers zal hebben. Ook volgt het Hof de stichting in haar betoog met betrekking tot de akten van cessie. Er is voldoende komen vast te staan dat de stichting crediteur is van 1XCorp, waarbij sprake is van verschillende vorderingen van

verschillende spelers en niet, zoals 1XCorp heeft betoogd, van slechts één vordering. Aldus is voldaan aan het pluraliteitsvereiste.

Het verzoek tot faillietverklaring wordt alsnog toegewezen.

B.S. Pronk, december 2022

Instantie: Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba

Datum uitspraak: 06-05-2022

ECLI: ECLI:NL:OGHACMB:2022:122

Zaaknummer: CUR202102360, CUR202103782 en CUR2022Hoo366

Rechters: Th.G. Lautenbach, S.A. Carmelia en C.E.M. Nootenboom-Lock

Advocaten: R.E.F.A. Bijkerk en A.C. Small

Wetsartikelen: 1 Fb Curaçao

RECHTSPRAAK

Caribische zaak: de vernietigde overdrachten maken deel uit van een vooropgezet plan om gefailleerde leeg te trekken en dat rechtvaardigt om die overdrachten als één geheel op te vatten en te beoordelen.

Als rechtshandelingen in samenhang moeten worden beschouwd bij een beroep op de pauliana, dan vallen de vereisten voor een gegrond beroep op het betrokken samenstel als geheel toe te passen (het ziet dus niet slechts op de benadeling). Voorts maakt het geen verschil dat het faillissement niet onmiddellijk maar na verloop van tijd na de overdrachten is uitgesproken.

De op Sint Maarten gevestigde vennootschap Sabra N.V. was eigenaar van grond en ontwikkelde deze door de grond te bebouwen. In de periode van 2008 tot en met 2011 heeft Sabra diverse percelen grond en appartementsrechten (in totaal 39) overgedragen aan gelieerde vennootschappen (Rainbow c.s.), zonder dat daarvoor een (juiste) koopsom werd betaald. De aandeelhouders en bestuurders van deze vennootschappen zijn leden van dezelfde familie. In 2013 is Sabra in staat van faillissement verklaard. Als gevolg van de activatransacties beschikte Sabra over (nagenoeg) geen activa meer op het moment van haar faillissement. De curator heeft alle overdrachten op grond van de faillissementspauliana vernietigd (art. 38 Faillissementsbesluit Sint Maarten, dat overeenkomt met art. 42 Fw NL) en in rechte een verklaring voor recht gevorderd dat de vernietiging effect heeft gehad. Het Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten heeft deze vorderingen van de curator afgewezen, maar het hof heeft dit vonnis vernietigd en de vorderingen toegewezen. Rainbow c.s. heeft cassatieberoep ingesteld. De curator heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

A-G Snijders concludeert als volgt. Partijen hebben over en weer de ontvankelijkheid van hun cassatieberoepen aan de orde gesteld, omdat de cassatieberoepen niet zijn ingeschreven in de voorgeschreven registers. De A-G concludeert dat het niet aan de rechter is om, zonder enige

wettelijke grondslag, te bepalen dat de niet-inschrijving zou leiden tot niet-ontvankelijkheid in het cassatieberoep. Hij adviseert om de bestaande lacune onder de aandacht van de wetgever van Sint Maarten te brengen. Daarna gaat hij inhoudelijk in op de cassatieklachten.

Met onderdeel 1 komt Rainbow c.s. op tegen het oordeel van het hof dat gelet op de omstandigheden van het geval sprake is van een geheel van rechtshandelingen die zodanig met elkaar samenhangen dat de (nadelige) gevolgen ervan in onderling verband moeten worden beoordeeld. Het onderdeel voert aan dat het hof het paulianeuze karakter van de rechtshandelingen afzonderlijk per rechtshandeling had kunnen en daarom had moeten beoordelen. De A-G bespreekt dat het antwoord op de vraag of sprake is van samenhangende rechtshandelingen dient te worden gegeven aan de hand van onder meer de inhoud van de betrokken rechtshandelingen, de onderlinge afstemming daarvan en de samenhang tussen die handelingen wat betreft het moment waarop zij tot stand zijn gekomen. Bepalend is of daaruit volgt dat zij, gelet op hun samenhang, als één geheel moeten of kunnen worden beschouwd. De toepassing van deze maatstaf is naar zijn aard grotendeels feitelijk van aard.

De A-G meent dat het oordeel van het hof dat in dit geval van genoemde samenhang tussen de diverse overdrachten sprake is, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en dat het oordeel ook niet onbegrijpelijk is of onvoldoende gemotiveerd. In de gedachtegang van het hof maken de overdrachten immers deel uit van één vooropgezet plan om Sabra, stap voor stap, 'leeg te trekken'. Dat rechtvaardigt om die overdrachten ook als één geheel op te vatten en te beoordelen, ook al was in dit geval ook een afzonderlijke beoordeling mogelijk. Dat de benadeling van een rechtshandeling niet in onderling verband met samenhangende rechtshandelingen zou mogen worden beoordeeld als de nadelige gevolgen per rechtshandeling zouden zijn vast te stellen, kan niet uit de wet, rechtspraak of literatuur worden afgeleid.

Voorts betoogt Rainbow c.s. dat het hof eraan voorbijziet dat uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat de mogelijkheid om een samenstel van rechtshandelingen in het kader van de faillissementspauliana in onderlinge samenhang te beoordelen, beperkt is tot de vraag of sprake is van benadeling van schuldeisers, en dat per rechtshandeling moet worden getoetst of aan de overige vereisten van de faillissementspauliana is voldaan. Ook dit subonderdeel is volgens de A-G ongegrond. Als rechtshandelingen in samenhang moeten of mogen worden beschouwd bij een beroep op de pauliana, dan vallen de vereisten voor een gegrond beroep op de pauliana naar hun aard op het betrokken samenstel als geheel toe te passen en treft dat beroep in beginsel dat gehele samenstel. Onderdeel 1 faalt overigens ook in zijn geheel omdat niet goed valt in te zien dat de door het onderdeel voorgestane beoordeling per overdracht tot een ander resultaat zou leiden dan waartoe het hof is gekomen.

Onderdeel 2 keert zich tegen het oordeel van het hof dat de overdrachten hebben geleid tot benadeling van de schuldeisers. Rainbow c.s. betoogt dat van benadeling niet zonder meer sprake is als de overeengekomen koopprijs (vooralsnog) onbetaald blijft, omdat de vordering tot betaling van die koopprijs deel uitmaakt van het vermogen van Sabra. De verkochte goederen en de vorderingen tot betaling van de koopprijs vormen volgens Rainbow c.s. gelijkwaardige verhaalsmogelijkheden. Het hof is er echter, evenals de curator, van uitgegaan dat geen vorderingen van Sabra tot betaling van de koopprijs resteren. De overdrachtsaktes vermelden immers alle dat de koopprijs is voldaan; Sabra heeft dus kennelijk ermee ingestemd dat dit jegens haar heeft te gelden.

Onderdeel 3 komt op tegen het oordeel van het hof over de wetenschap van benadeling. Het oordeel van het hof komt erop neer dat Sabra welbewust is leeggetrokken. Dat dergelijk welbewust leegtrekken, vroeger of later, leidt tot het faillissement en tot een tekort daarin, spreekt voor zich. Dit oordeel van het hof is volgens de A-G feitelijk van aard, geenszins onbegrijpelijk en geeft ook geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof behoeft zich volgens de A-G niet van het oordeel te weerhouden door het feit dat het door hem vastgestelde leegtrekken van Sabra niet onmiddellijk, maar pas na verloop van tijd tot haar faillissement heeft geleid. Alle onderdelen falen, waardoor de A-G concludeert tot verwerping van het principale cassatieberoep en tot het niet behandelen van het incidentele cassatieberoep.

De Hoge Raad heeft de conclusie gevolgd en het principale cassatieberoep verworpen. Deze beslissing is niet nader gemotiveerd op grond van artikel 81 lid 1 Wet RO.

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

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 25-11-2022

ECLI: ECLI:NL:HR:2022:1735

Zaaknummer: 21/03389

Rechters: M.V. Polak, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff, A.E.B. ter Heide en S.J. Schaafsma

Advocaten: P.A. Fruytier, H. Boom en J. de Jong van Lier

Wetsartikelen: 38 lid 2 Fb Sint Maarten en 42 Fw

RECHTSPRAAK

Wegboeking van vordering is paulianeus

De rechtbank is van oordeel dat het wegboeken van een vordering paulianeus is.

Deze zaak gaat over de vraag of een wegboeking van een vordering paulianeus is. Vennootschap 1, waarvan gedaagde 1 zowel de middellijk bestuurder als de middellijk aandeelhouder is, is gefailleerd. Eén dag voor het faillissement is een vordering in rekening-courant van € 381.168,35 van deze vennootschap op gedaagde 1 administratief weggeboekt. De curator heeft deze boeking met een beroep op de pauliana vernietigd.

Voor een succesvol beroep op de pauliana, zoals neergelegd in artikel 42 Fw, gelden drie eisen. De eerste eis is dat het moet gaan om een rechtshandeling die gedaagde 1 onverplicht heeft verricht. Onverplicht verrichte rechtshandelingen zijn rechtshandelingen die verricht worden zonder dat daartoe een op wet of overeenkomst berustende verplichting bestaat. Gedaagde 1 heeft twee argumenten aangevoerd waarom de wegboeking niet een onverplichte rechtshandeling is. Het eerste argument is dat een middellijk aandeelhouder van vennootschap 1 – namelijk vennootschap 3 – een DGA-salaris aan gedaagde 1 was verschuldigd dat zou worden doorbelast aan vennootschap 1. De rechtbank overweegt dat niet is komen vast te staan dat vennootschap 1 en gedaagde 1 een DGA-salaris zijn overeengekomen, zodat dit geen rechtsgrond oplevert voor het wegboeken van de vordering in rekening-courant. Het tweede argument is door gedaagde 1 ter zitting aangevoerd en houdt in dat het bedrag van € 381.168,35 is onttrokken vanwege door de bank opgelegde aanzuiveringsverplichtingen. Als gevolg van het gebrek aan voldoende vermogen binnen de vennootschappen van gedaagde 1, waren deze vennootschappen in 2017 gehouden om voorzieningen op te nemen voor oninbare vorderingen. Het treffen van deze voorzieningen heeft hetzelfde gevolg als het afboeken van de vorderingen. De vennootschappen van gedaagde 1 hebben de onderlinge vorderingen en schulden geheel afgeboekt. Volgens de rechtbank hadden de oninbare vorderingen reeds in 2017 moeten worden geadministreerd als deze oninbaar zouden zijn. Daarnaast blijkt volgens de rechtbank nergens uit dat er verplichte aanzuiveringen vanuit de ING-bank zijn gedaan. Dit tweede argument levert volgens de rechtbank daarom evenmin een rechtsgrond op voor het wegboeken van de vorderingen.

De tweede eis voor een succesvol beroep op de pauliana is dat sprake moet zijn van schuldeisersbenadeling. De rechtbank overweegt dat, indien de vordering uit rekening-courant administratief niet zou zijn weggeboekt, deze ten gunste zou zijn gekomen van de gezamenlijke schuldeisers van vennootschap 1. Gedaagde 1 heeft weliswaar gesteld dat hij geen verhaal zou bieden, zodat de curator de vordering niet ten behoeve van de boedel te gelde zou kunnen maken, maar hij heeft dit niet voldoende onderbouwd. Er is daarom volgens de rechtbank sprake van schuldeisersbenadeling.

De derde eis is dat gedaagde 1 bij het verrichten van de wegboeking moet hebben geweten of hebben behoren te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn van deze wegboeking. De rechtbank overweegt dat op grond van artikel 45 Fw wetenschap aan de zijde van vennootschap 1 dan wel gedaagde 1 als middellijk bestuurder vermoed wordt aanwezig te zijn, nu het gaat om een rechtshandeling om niet – de wegboeking – die binnen een jaar voor de faillietverklaring is verricht. Dit vermoeden leidt er volgens de rechtbank toe dat gedaagde 1 moet stellen en bewijzen dat vennootschap 1 dan wel hijzelf niet wist of behoorde te weten van de benadeling. De rechtbank is van oordeel dat gedaagde 1 niet aan zijn stelplicht heeft voldaan, zodat zij uitgaat van het wettelijk vermoeden dat vennootschap 1 dan wel gedaagde 1 wist of behoorde te weten van de benadeling.

Dit betekent dat de curator de rechtshandeling met betrekking tot het wegboeken van de vordering van € 381.168,35 van vennootschap 1 op gedaagde 1 rechtsgeldig heeft vernietigd, zodat de vordering wordt geacht nooit het vermogen van vennootschap 1 te hebben verlaten. De curator van vennootschap 1 heeft dus een opeisbare vordering in rekening-courant op gedaagde 1 van € 381.168,35.

N. Lgarah, december 2022

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 23-11-2022

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:6533

Zaaknummer: C/05/399009 / HZ ZA 22-36

Rechters: K.H.A. Heenk

Advocaten: I.L. Conijn en B.H.M. Harbers

Wetsartikelen: 42 Fw en 45 Fw

RECHTSPRAAK

Faillissementsaanvraag op basis van vorderingen uit hoofde van vonnis waartegen hoger beroep is ingesteld

Het enkel instellen van hoger beroep tegen een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis, brengt niet mee dat het vorderingsrecht niet summierlijk kan worden vastgesteld. Bovendien is het bestaan van de steunvordering onvoldoende ontkracht.

Appellante in deze zaak heeft het faillissement van geïntimeerde aangevraagd. Dit verzoek is door de rechtbank afgewezen met als motivering dat de vordering van appellante niet summierlijk kan worden vastgesteld. Deze uitspraak betreft het hoger beroep dat appellante heeft ingesteld tegen de beschikking van de rechtbank.

Appellante voert aan dat geïntimeerde bij twee vonnissen is veroordeeld tot betaling aan haar. Dat geïntimeerde hoger beroep tegen die vonnissen heeft ingesteld, betekent niet dat de vorderingen van appellante niet summierlijk kunnen worden vastgesteld. De vonnissen zijn namelijk op tegenspraak gewezen en uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

Geïntimeerde stelt hier tegenover dat de ingestelde hoger beroepen ertoe leiden dat de vorderingen van appellante onvoldoende vast zijn komen te staan. Daarnaast zou niet zijn voldaan aan het pluraliteitsvereiste omdat de steunvordering al zou zijn betaald dan wel omdat die schuldeiser niet overgaat tot executie. Tot slot voert geïntimeerde aan dat er sprake is van misbruik van recht. Appellante zou zijn faillissement slechts hebben aangevraagd om hem te schaden.

Het hof oordeelt dat de vonnissen uitvoerbaar bij voorraad zijn. De daaruit voortvloeiende vorderingen zijn dus direct opeisbaar. Het enkel instellen van hoger beroep brengt niet mee dat een vorderingsrecht niet (langer) summierlijk vast is komen te staan. De vonnissen zijn op tegenspraak gewezen en geïntimeerde heeft geen feiten en omstandigheden aangevoerd waaruit volgt dat het oordeel van de rechtbank *evident* onjuist is. Verder heeft gefailleerde geen bewijs overgelegd van zijn stelling dat de steunvordering al is betaald. Dat die schuldeiser geen executiemaatregelen neemt, doet niet af aan het bestaan van die vordering.

Tot slot heeft appellante gesteld dat haar belang bij het faillissementsverzoek enerzijds is gelegen in het belang om haar vorderingen te incasseren en anderzijds in haar belang om een dure hogerberoepsprocedure te voorkomen. Daarom kan niet worden vastgesteld dat appellante het faillissement slechts heeft aangevraagd met als doel geïntimeerde te schade. Derhalve is misbruik van recht niet aan de orde.

Nu het vorderingsrecht van appellante summierlijk kon worden vastgesteld en er is voldaan aan het pluraliteitsvereiste, wordt de beschikking van de rechtbank vernietigd en wordt geïntimeerde alsnog failliet verklaard.

K.C.S. Meekes, december 202

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 17-11-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:9933

Zaaknummer: 200.317.321/01

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

Advocaten: H.M. van Eerten en J. Doornbos

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland van Zuid-Afrikaanse vonnissen tegen Zuid-Afrikaanse failliet

In het kader van de erkenning en tenuitvoerlegging door de Nederlandse rechter van twee Zuid-Afrikaanse vonnissen rijst de vraag of het Zuid-Afrikaanse faillissement van de bij die vonnissen veroordeelde persoon aan de erkenning en tenuitvoerlegging in de weg zou kunnen staan.

Gedaagde in de onderhavige procedure is lange tijd nauw betrokken geweest – van tijd tot tijd ook als bestuurder – bij het Zuid-Afrikaanse Megacube Mining (Pty) Ltd ('Megacube'). Na de beëindiging van de relatie heeft Megacube bij de Zuid-Afrikaanse rechter twee vonnissen gehaald, waarbij gedaagde wegens onrechtmatige daad en/of wanprestatie onder de arbeidsovereenkomst tussen Megacube en gedaagde is veroordeeld tot betaling van aanzienlijke bedragen. Omdat in Zuid-Afrika geen vermogensbestanddelen van gedaagde werden aangetroffen, heeft Megacube in Zuid-Afrika diens faillissement aangevraagd. De Zuid-Afrikaanse rechter heeft het faillissement op 5 juli 2011 uitgesproken. Nadat Megacube en de aangestelde curatoren bekend waren geworden met vermogensbestanddelen van gedaagde in Nederland – kennelijk na forensisch onderzoek uitgevoerd door KPMG (vgl. r.o. 4.5 e.v.) – hebben Megacube en curatoren tezamen en afzonderlijk van elkaar in Nederland met verlopen van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam op verschillende momenten diverse conservatoire beslagen doen leggen.

In de onderhavige procedure vordert Megacube (en niet ook curatoren) in conventie op grond van artikel 431 lid 2 Rv veroordeling van gedaagde tot betaling van de bedragen waartoe hij bij de Zuid-Afrikaanse vonnissen is veroordeeld; primair via toekenning van gezag aan die vonnissen en subsidiair met inhoudelijke beoordeling. Gedaagde vordert in reconventie opheffing van de gelegde beslagen. Voor zover voor deze bijdrage relevant, ligt de vraag voor of het faillissement van gedaagde in Zuid-Afrika aan toewijzing van de vorderingen van Megacube in de weg zou staan.

De rechtbank toetst voor de erkenning van de Zuid-Afrikaanse vonnissen aan de *Gazprom*

-criteria (HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2838). Met name de uitzondering in welk verband ook wordt beoordeeld of een in beginsel voor erkenning vatbare buitenlandse beslissing volgens het recht van het land van herkomst in formele zin niet, nog niet dan wel niet meer uitvoerbaar is (r.o. 5.18 e.v.). Gedaagde heeft wat dat betreft aangevoerd dat het Zuid-Afrikaanse faillissementsrecht zou bepalen dat de vonnissen en de daaruit voortvloeiende vorderingen van Megacube zouden zijn overgegaan op de curatoren van gedaagde, waardoor Megacube geen crediteur meer zou zijn. Bovendien zou het faillissement van gedaagde in Zuid-Afrika zijn geëindigd met opheffing en kwijting van schulden tot gevolg, waardoor niet aan de eis van formele rechtskracht zou zijn voldaan.

De rechtbank overweegt in dit verband ten eerste dat de betoogde overgang van de vorderingen uit hoofde van de vonnissen op de curatoren berust op een onjuiste lezing van de relevante Zuid-Afrikaanse faillissementswetgeving en dat van opheffing van het faillissement en kwijting van de schulden van gedaagde in Zuid-Afrika niet (voldoende) is gebleken. De omstandigheid dat Zuid-Afrikaanse vonnissen in Zuid-Afrika vanwege het faillissement alleen door tussenkomst van een Zuid-Afrikaanse rechter of de rechter-commissaris en curatoren ten uitvoer kunnen worden gelegd vormt geen formeel beletsel in de zin van de *Gazprom*-uitsondering (r.o. 5.22).

Ook in dit verband geldt het territorialiteitsbeginsel, met dien verstande dat, voor zover niet bij een door Nederland bindende internationale regeling anders is bepaald, een in een ander land uitgesproken faillissement territoriale werking heeft, *'niet alleen in de zin dat het daar op het vermogen van de gefailleerde rustende faillissementsbeslag niet mede omvat zijn in Nederland aanwezige baten [...], maar ook in die zin dat de rechtsgevolgen die door het faillissementsrecht van dat andere land aan een faillissement worden verbonden in Nederland niet kunnen worden ingeroepen voor zover zij ertoe zouden leiden dat onvoldane crediteuren zich niet meer kunnen verhalen op – tijdens of na afloop van het faillissement – in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen van de (voormalige) gefailleerde [...]*' (zie HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG3573 (*Yukos*), r.o. 3.4.3).

Omdat verder aan de *Gazprom*-criteria voor erkenning is voldaan (r.o. 5.8-5.17), erkent de rechtbank de Zuid-Afrikaanse vonnissen.

J.O. Bijloo, december 2022

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 09-11-2022

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:6444

Zaaknummer: C/13/715232 / HA ZA 22/241

Rechters: M. Wouters

Advocaten: R.J. van Agteren en J.C. Duvekot

Wetsartikelen: 431 lid 2 Rv en 843a Rv

RECHTSPRAAK

Een betaling waarvoor de rechtsgrond is vervallen, is geen ‘onmiskerbare vergissing’

De betaling van een geldbedrag aan een failliete boedel op grond van een veroordelend vonnis dat in hoger beroep (deels) is vernietigd, waardoor de rechtsgrond voor de betaling is komen te vervallen, levert geen superpreferente boedelvordering op in de zin van het arrest Ontvanger/Hamm q.q.

Deze zaak betreft het vervolg op een eerdere procedure. In die eerdere procedure heeft de kantonrechter appellant – dat wil zeggen appellant in deze zaak – veroordeeld tot betaling van een geldbedrag aan de curator van een failliete vennootschap. Kort daarna is door appellant hoger beroep tegen die beslissing ingesteld en (zonder dat het vonnis was betekend) het te betalen geldbedrag voldaan. In hoger beroep is het bestreden vonnis (gedeeltelijk) vernietigd en is appellant veroordeeld tot betaling van een lager geldbedrag. Daardoor heeft appellant een vordering op de failliete boedel ter hoogte van het verschil tussen de geldbedragen tot betaling waarvan hij is veroordeeld bij vonnis respectievelijk arrest.

In deze zaak heeft appellant in eerste aanleg veroordeling gevorderd van de boedel tot betaling van het bedrag waarvoor de boedel is verrijkt, met bepaling dat de betaling buiten de boedel om dient te worden gerestitueerd. Die vordering is toegewezen, met dien verstande dat de veroordeling een concurrente boedelschuld oplevert. Reden daarvoor is dat geen sprake van een ‘onmiskerbare vergissing’ (vgl. *Ontvanger/Ham q.q.*, HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419), aangezien de betaling slechts ‘achteraf onverschuldigd bleek te zijn’ (vgl. *Komdeur q.q./NN*, HR 7 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3796). De vordering van appellant op de curator in persoon is afgewezen, omdat de curator niet onzorgvuldig heeft gehandeld door het vonnis in de eerdere procedure ten uitvoer te brengen. De Maclou-norm (HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727) is niet geschonden. Aldus de kantonrechter in deze zaak.

De grieven van appellant in het hoger beroep van deze zaak komen erop neer dat i) de kantonrechter het arrest *Komdeur q.q./NN* heeft miskend en dat ii) de curator wel degelijk persoonlijk aansprakelijk is jegens appellant omdat zij de Maclou-norm heeft geschonden.

Het hof oordeelt dat geen sprake is van een onmiskenbare vergissing, omdat voor de bewuste betaling een rechtsgrond bestond. Dat het vonnis van de kantonrechter door het hof is vernietigd doet daaraan niet af. Daarmee is weliswaar de rechtsgrond aan (een deel van) de betaling komen te vervallen, maar dit maakt niet dat die betaling het gevolg is van een onmiskenbare vergissing. De vordering op de boedel dient dus als concurrente boedelschuld te worden behandeld.

In het incidenteel hoger beroep wordt het appellant verboden om het bestreden vonnis te executeren, omdat de curator er een zwaarwegend belang bij heeft dat geen executoriaal verhaal wordt genomen op het beschikbare boedelactief dat niet voor appellant is bestemd.

Ook de grief tegen het oordeel omtrent de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator is ongegrond. Volgens het hof heeft de curator niet de voor curatoren geldende zorgvuldigheidsnorm (de Maclou-norm) geschonden. Daartoe is relevant dat de curator geen bij voorbaat kansloze procedure heeft gevoerd tegen appellant. Misbruik van procesrecht is daarom niet aan de orde. Daarbij heeft de curator bij het incasseren van de vordering gehandeld binnen haar wettelijk taak (ex art. 68 lid 1 Fw). Bovendien is in eerste aanleg door appellant geen bezwaar gemaakt tegen de uitvoerbaar bij voorraadverklaring. Appellant is zelf tot betaling overgaan, nog voordat het vonnis aan hem was betekend. De omstandigheid dat het boedelactief onvoldoende is om de concurrente boedelvorderingen te voldoen en de boedel dus geen verhaal biedt voor het (gedeeltelijk) onverschuldigd betaalde bedrag, maakt niet dat de curator in persoon aansprakelijk is jegens appellant, aldus het hof.

R.J.H. Berghuis, december 2022

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 23-08-2022

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2022:1999

Zaaknummer: 200.285.495/01

Rechters: G.C. de Heer, M.C.M. van Dijk en J.L.M. Groenewegen

Advocaten: M. Spaa

Wetsartikelen: 68 Fw en

RECHTSPRAAK

Partij mocht betaal instructie opvolgen en hoeft niet nogmaals te betalen aan de curator

Partij mocht betaal instructie opvolgen, betaalde daarmee bevrijdend en hoeft niet (nogmaals) aan de curator te betalen.

In deze zaak vordert de curator van Witte Dalya B.V. een tweetal betalingen van Y B.V. Failliet en Y waren beide actief in de aannemerij en hebben op 31 december 2017 een samenwerkingsovereenkomst gesloten. Op basis van deze overeenkomst zou Y een fee ter hoogte van 2 procent van de omzet die door failliet zou worden aangebracht verschuldigd zijn. Het artikel van de overeenkomst waaruit die fee volgt, is opgenomen in de uitspraak. Dit artikel lijkt erop te duiden dat A – de (middellijk) bestuurder van failliet – aanspraak kon maken op de fee. Opmerkelijk genoeg wordt daarop in de uitspraak niet ingegaan; partijen en de rechtbank zijn kennelijk ervan uitgegaan dat de fee aan failliet toekwam. Op instructie van A heeft Y de fee betaald aan een vennootschap onder firma waarvan A en zijn echtgenote de vennoten zijn.

De curator stelt dat Y niet bevrijdend kon betalen aan de VOF en vordert van Y de betaling van de fee. De vordering wordt door de rechtbank afgewezen. De curator betwist wel dat sprake zou zijn van een afspraak tussen failliet en Y dat betaald kon worden aan de VOF, maar het verweer van Y is dat de VOF door failliet werd aangewezen als partij die namens failliet de betaling in ontvangst kon nemen. Die stelling is door de curator niet (voldoende) bestreden. De rechtbank overweegt nog dat als niet sprake zou zijn van bevoegdheid van de VOF om de betaling te ontvangen, Y op grond van artikel 6:34 lid 1 BW erop mocht vertrouwen dat zij bevrijdend aan de VOF kon betalen. Er was immers een betaal instructie gegeven door failliet, Y ontving facturen voor de fee en de VOF is gelieerd aan A (en dus aan failliet).

Een tweede vordering betrof een (na)betaling van de fee over een bepaald project. Omdat Y in de procedure voldoende heeft onderbouwd dat voor dat project een lager percentage werd overeengekomen, strandt ook deze vordering van de curator.

W.T.N. Vlasveld, december 2022

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 16-11-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:3487

Zaaknummer: C/o8/279373 / HA ZA 22-109

Rechters: M.A.M. Essed

Advocaten: E.A.M. Claassen en M.C.J. Freijters

Wetsartikelen: 6:34 BW

RECHTSPRAAK

Overeenkomst kwalificeert wel als huurkoop; auto valt niet in de boedel

Betaling door leasemaatschappij van de koopprijs aan een dealer heeft tot gevolg dat de gehele rechtsverhouding tussen koper en dealer, inclusief eigendomsvoorbehoud, op de leasemaatschappij is overgegaan. De auto valt niet in de boedel.

Ponti 16, BMW en een autodealer sluiten een *financial lease*-overeenkomst met betrekking tot een auto. In zowel de overeenkomst zelf als de toepasselijke BOVAG-voorwaarden is een eigendomsvoorbehoud opgenomen. Het eigendomsvoorbehoud in de overeenkomst zelf is toegespitst op de driepartijenverhouding zoals hier aan de orde, waarbij de voorwaardelijke eigendom op de leasemaatschappij – in dit geval BMW – overgaat wanneer deze de koopprijs aan de dealer voldoet en uiteindelijk op de (huur)koper wanneer deze de laatste termijn voldoet. Het eigendomsvoorbehoud opgenomen in de BOVAG-voorwaarden bepaalt enkel dat de eigendom overgaat op de koper wanneer de koopprijs is voldaan.

BMW voldoet de koopprijs aan de autodealer, maar Ponti 16 faillieert voordat zij alle termijnen heeft voldaan. Met een beroep op de BOVAG-voorwaarden stelt de curator zich vervolgens op het standpunt dat de eigendom van de auto in de boedel zou vallen. Door betaling van de koopsom door BMW aan de dealer, zou de eigendom op Ponti 16 zijn overgegaan.

Net als de rechtbank in eerste aanleg, gaat het hof hier niet in mee. Het legt de afspraken tussen partijen uit aan de hand van ‘de meer geobjectiveerde variant van de Haviltexmaatstaf’. Volgens het hof moeten de afspraken zo worden uitgelegd dat door betaling door BMW van de koopsom aan de dealer de gehele rechtsverhouding tussen de dealer en Ponti 16, inclusief de voorwaardelijke eigendom van de auto, op BMW is overgegaan. Oftewel, de overeenkomst zelf prevaleert wat dit betreft boven de BOVAG-voorwaarden. Het hof acht van belang dat het specifiek op deze situatie toegesneden eigendomsvoorbehoud is opgenomen in de overeenkomst zelf, en het algemene eigendomsvoorbehoud in de algemene voorwaarden. Zie hierover ook de samenvatting van T.E. Booms van het vonnis in eerste aanleg (INS-2020-0229).

De curator had ook nog betoogd dat er geen sprake was van geldige contractsovername of, als deze wel geldig was, dat er sprake was van schuldvernieuwing, waarbij eerst sprake was van een verplichting om de koopsom ineens te betalen en deze vervolgens zou zijn omgezet in een geldlening. Ook deze stellingen kunnen niet op genade van het hof rekenen.

Tot slot betoogde de curator dat het eigendomsvoorbehoud nietig was voor zover het zag op de kredietvergoeding. Deze vraag kan wat het hof betreft in het midden blijven. Per datum faillissement stond er nog voor bijna € 38.000 aan termijnen open, terwijl de executieopbrengst van de auto maar ongeveer € 26.000 bedroeg. Ook wanneer het eigendomsvoorbehoud slechts geldig zou zijn voor de termijnen, zou deze waarde dus onvoldoende zijn om de gehele vordering van BMW te dekken.

De conclusie van het hof is dat de gehele opbrengst aan BMW toekomt.

J.F. Fliek, december 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 15-11-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:9749

Zaaknummer: 200.289.080

Rechters: L. Janse, H.L. Wattel en S.M. Evers

Advocaten: E.A.H. ten Berge en A. Neophitou

Wetsartikelen: 3:92 BW, 7:84 BW, 7:92 BW en 7:98 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW

Niet in control zijn van organisatie en doorvoeren van complexe financiële herschikking in penibele situatie is ernstig verwijtbaar.

Het gaat hier om een uitspraak van het gerechtshof Den Haag naar aanleiding van een vordering van de curator op grond van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 lid 2 BW.

Feiten

Appellanten zijn oud-bestuurders van een aantal inmiddels failliete vennootschappen, hierna aangeduid als de D-groep. De curator van de D-groep heeft appellanten op grond van onbehoorlijk bestuur aangesproken.

Bij een eerder arrest is een deskundige benoemd. Aan hem is verzocht om te rapporteren over de oorzaak/oorzaken van de faillissementen en in welke mate deze oorzaak/oorzaken hebben bijgedragen tot de faillissementen. Ook werd hem gevraagd te onderzoeken in welke mate te voorzien was dat bedoelde oorzaak/oorzaken tot de faillissementen zou(den) leiden en hetgeen door appellanten gedaan had kunnen worden om de faillissementen te voorkomen.

De deskundige oordeelt in zijn rapport dat de belangrijkste oorzaak van het faillissement ligt in slecht management.

Rechtsvraag en overweging

Wil onbehoorlijk bestuur leiden tot aansprakelijkheid voor het faillissementstekort dan moet aannemelijk zijn dat het een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het hof benadrukt dat de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling niet de enige of belangrijkste oorzaak van de deconfiture behoeft te zijn.

Artikel 2:248 lid 2 BW vestigt in dat verband een vermoeden. Dat vermoeden kan worden ontzenuwd door aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan het onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement. Dit kan door bewijs te leveren dat het bestuur voor het overige wel behoorlijk zijn taak heeft vervuld.

Oordeel deskundige

De deskundige oordeelt dat de belangrijkste oorzaak van het faillissement ligt in slecht management. Hiertoe voert hij aan dat de bedrijfsvoering niet wordt aangepast aan de veranderende omstandigheden, dat de D-groep geen corporate governance van belang kent en dat de informatievoorziening omtrent de financiële gezondheid van de D-groep niet adequaat is.

De deconfiture is veroorzaakt door (de combinatie van) een (te verwachten) teruglopende omzet bij een slechte financiële positie. Het voortduren van deze – in elk geval sinds 2000 bestaande – slechte financiële positie noemt hij als belangrijkste oorzaak van de faillissementen.

Al in 2000, althans vroeg in de periode 2000-2004, was het voor alle betrokkenen voorzienbaar dat bij het uitblijven van maatregelen bij een teruglopende omzet een faillissement een redelijkerwijs te verwachten scenario was.

Een reorganisatie in 2002 zou een faillissement hebben afgewend, althans op korte termijn. Bij tijdige bijsturing, te beginnen in 2000, hadden door bezuinigingen voldoende middelen beschikbaar kunnen komen voor een reorganisatie in 2002. Pas in 2004 is er door appellanten voldoende actie ondernomen. Op dat moment kon een faillissement alleen nog worden afgewend met inbreng van nieuw eigen en/of vreemd vermogen, waartoe geen bereidheid bestond.

Beslissing

Het hof oordeelt dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur. Er is sprake geweest van een al geruime tijd voortdurende verwijtbare verwaarlozing van essentiële onderdelen van de bestuursstaak in een periode waarin de verslechterde situatie nu juist om alertheid en ingrijpen vroeg. Appellanten hebben niet aannemelijk kunnen maken dat zij hun taak voor het overige wel behoorlijk hebben vervuld.

Het argument van appellanten dat er in de loop van 2002 een financiële/juridische reorganisatie/herschikking heeft plaatsgevonden, snijdt geen hout. Deze reorganisatie/herschikking bestond uit een aantal transacties. De D-groep heeft juist nadeel ondervonden van deze transacties doordat de liquiditeit, solvabiliteit en financiële weerbaarheid van de D-groep op een kritiek moment zijn verslechterd. Deze transacties zijn om die reden ernstig verwijtbaar aan appellanten.

Het hof oordeelt dat de combinatie van, aan de ene kant, het niet 'in control' zijn van de

organisatie, waardoor tijdig en adequaat ingrijpen in een verslechterde situatie die daarom vroeg achterwege bleef, en, aan de andere kant, het juist in die penibele situatie doorvoeren van een complexe financiële herschikking, het handelen van appellanten als bestuurders ernstig verwijtbaar maakt.

D.R.C. Smit, december 2022.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 26-10-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:2897

Zaaknummer: 200.053.340/01

Rechters: J.M. van der Klooster, R.S. van Coevorden en A.A. Rijperman

Advocaten: J.M.K.P. Cornegoor en J.G.M. Roijers

Wetsartikelen: 2:248 BW