

Nieuwsbrief - INS Updates 2022-25

Nummer 25, 2022

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:10497](#) 06-12-2022

Bestuurdersaansprakelijkheid voormalig bestuurder Heiploeg op grond van artikel 2:9 BW voor kartelboete

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:10472](#) 06-12-2022

Drie keer is niet scheepsrecht: schorsing van verzekerde inbewaringstelling na vier pogingen van de failliet

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:10341](#) 01-12-2022

WSNP-akkoord wordt gehomologeerd

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:4164](#) 01-12-2022

De Faillissementswet kent een gesloten stelsel van rechtsmiddelen

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:6645](#) 30-11-2022

Eigendomsvoorbehoud op geleverde grondstoffen is tenietgegaan en de levering longa manu van het eindproduct is niet geslaagd

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:13167](#) 30-11-2022

Heropening vereffening bv na afwikkeling faillissement om hypotheek door te halen

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:10516](#) 29-11-2022

Intrekking van surseance en uitspraak van faillissement

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2022:4484](#) 28-11-2022

WHOA: toewijzing afkoelingsperiode vier maanden

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:3628](#) 23-11-2022

Curator valt verhaalneming op opbrengst van onderhandse executie aan op grond van artikel 54 Fw

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2022:5331](#) 22-11-2022

Toewijzing homologatie WHOA-akkoord VOF

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:12502](#) 17-11-2022

Vernietiging pandrecht op grond van artikel 42 Fw

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:3109](#) 25-05-2022

Advocaat aansprakelijk voor faillietverklaring cliënte

RECHTSPRAAK

Drie keer is niet scheepsrecht: schorsing van verzekerde inbewaringstelling na vier pogingen van de failliet

Appellant heeft verzocht om schorsing van de inbewaringstelling. Het hof is van mening dat hier grond toe bestaat, nu appellant zijn gedrag naar de curator toe heeft verbeterd. Wel wordt aan de schorsing een voorwaarde gekoppeld.

Drie keer is niet scheepsrecht. In deze zaak slaagde de vierde poging van appellant tot schorsing van de inbewaringstelling. Appellant was bestuurder van Parthes BV, welke bv failliet is verklaard. Appellant zelf is eveneens failliet. Een deel van de schuldeisers van Parthes BV is ook schuldeiser in het persoonlijk faillissement van appellant wegens een borgstelling. Ook bestaat er een rekening-courantverhouding tussen appellant en de bv.

Appellant is op grond van artikel 87 Fw in verzekerde bewaring gesteld wegens het niet voldoen aan de inlichtingenplicht jegens de curator. De inbewaringstelling is vervolgens verlengd door de rechtbank. Appellant heeft tweemaal verzocht ontslagen te worden uit de verzekerde inbewaringstelling, maar deze verzoeken werden door de rechtbank afgewezen. Appellant heeft nog een poging gedaan om de inbewaringstelling te laten schorsen, maar ook dit verzoek werd door de rechtbank afgewezen. Hiertegen is appellant in hoger beroep gekomen.

Het hof legt uit dat inbewaringstelling een vrijheidsbeperkende maatregel is die slechts in overeenstemming met artikel 5 lid 1 onder b EVRM is indien hij wordt aangewend om de failliet te dwingen tot naleving van de wettelijke verplichtingen die voor hem aan zijn faillissement zijn verbonden (in casu de inlichtingenplicht). Het subsidiariteitsbeginsel brengt mee dat een inbewaringstelling slechts kan worden bevolen indien het daarmee beoogde doel niet op minder ingrijpende wijze kan worden bereikt. Het hof vervolgt dat schorsing van de inbewaringstelling, zo nodig met voorwaarden, een dergelijke minder ingrijpende wijze kan vormen om het beoogde doel te bereiken.

Het hof is het met de rechtbank eens dat appellant zijn inlichtingenplicht nog onvoldoende

nakomt, maar meent toch dat de nakoming van deze plicht met een schorsing van de inbewaringstelling voldoende is gewaarborgd onder de voorwaarde dat appellant zich niet naar het buitenland zal begeven. Die inbreuk op het recht van vrijheid van verplaatsing sluit aan bij artikel 91 Fw en acht het hof gerechtvaardigd, nu er voldoende gegronde vrees is dat appellant activa in het buitenland aan het zicht zou kunnen onttrekken. Het hof meent dat een schorsing van de inbewaringstelling op zijn plaats is, omdat appellant tijdens de zitting op verzoek van de curator een aantal volmachten en medewerkingsverklaringen heeft verstrekt en tijdens zijn inbewaringstelling meerdere gesprekken heeft gevoerd met de curator en daarin informatie heeft verstrekt.

Na met een beschikking van 11 oktober 2022 in verzekerde bewaring te zijn gesteld wordt deze met de beslissing van het hof per 6 december 2022 geschorst.

S. Renssen, december 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 06-12-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:10472

Zaaknummer: 200.318.995

Rechters: L. Janse, I. Brand en A.S. Gratama

Advocaten: S.P. de Groot

Wetsartikelen: 87 Fw

RECHTSPRAAK

De Faillissementswet kent een gesloten stelsel van rechtsmiddelen

In de situatie waarin een faillissement op verzoek van schuldeisers is uitgesproken en vervolgens op verzet wordt vernietigd, kan de betrokken vennootschap niet worden ontvangen in het hoger beroep tegen de vernietiging op verzet.

Deze procedure betreft de vennootschap 'BV A'. BV A heeft twee bestuurders: bestuurder 1 en bestuurder 2. De rechtbank heeft BV A op enig moment failliet verklaard, op verzoek van schuldeisers BV1 en BV2. Bestuurder 1 is (middellijk) bestuurder en aandeelhouder van BV2. Tegen de faillietverklaring heeft bestuurder 2 van BV A verzet ingesteld. De rechtbank heeft dit verzoek gegrond verklaard en heeft het faillissement vernietigd. Tegen die vernietiging heeft bestuurder 1 van BV A namens BV A hoger beroep ingesteld; over dit hoger beroep gaat de onderhavige procedure.

Het hof verklaart de door bestuurder 1 vertegenwoordigde BV A niet-ontvankelijk in het hoger beroep. Het hof overweegt daartoe het volgende. De Faillissementswet kent een gesloten stelsel van rechtsmiddelen (vergelijk HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB5550 (*GIN/Qnow*)). Het rechtsmiddelenstelsel van de procedure tot faillietverklaring staat in de artikelen 8 tot en met 12 Fw. Artikel 11 lid 1 Fw kent aan de schuldeiser of de belanghebbende die tegen de faillietverklaring in verzet is gegaan, slechts de mogelijkheid van hoger beroep toe in geval van *afwijzing* van het verzet. Volgens artikel 11 lid 2 Fw geldt hetzelfde bij vernietiging van de faillietverklaring door de rechtbank ten gevolge van dat verzet, voor de schuldenaar die eigen aangifte heeft gedaan, de schuldeiser die de faillietverklaring verzocht heeft en het Openbaar Ministerie, in welk geval tevens artikel 9 lid 2 Fw van toepassing is.

Voor de situatie zoals de onderhavige – waarin het faillissement niet op eigen aangifte is uitgesproken en waarna het op verzet is vernietigd – geeft de Faillissementswet niet de mogelijkheid van hoger beroep aan de schuldenaar. Het gesloten systeem van rechtsmiddelen brengt dan ook met zich dat BV A als schuldenaar geen hoger beroep kan instellen tegen een toewijzing van haar verzoek tot vernietiging van de faillietverklaring. Om deze reden is BV A

niet-ontvankelijk in het hoger beroep.

Ten overvloede overweegt het hof dat in bepaalde gevallen het rechtsmiddelenverbod kan worden doorbroken. Echter, zo'n geval doet zich hier niet voor. In het beroepschrift ontbreekt een kenbaar beroep op een doorbrekingsgrond. Bij de mondelinge behandeling van het hoger beroep is nog naar voren gebracht dat een fundamenteel rechtsbeginsel (hoor en wederhoor) zou zijn geschonden. Het hof oordeelt dat deze stelling enerzijds (te) laat naar voren is gebracht en anderzijds inhoudelijk onjuist is (het rechtsbeginsel is niet geschonden). Een doorbreking van het rechtsmiddelenverbod is dus hoe dan ook ongegrond, aldus het hof.

R.J.H. Berghuis, december 2022

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 01-12-2022

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:4164

Zaaknummer: 200.318.129_01

Rechters: R.R.M. de Moor, B.E.L.J.C. Verbunt en C.M. Molhuysen

Advocaten: S.H.O. Aben, A.J.T.M. Hendriks en M.M.M. Rooijen

Wetsartikelen: 8-12 Fw, 11 lid 2 Fw, 359 Rv en 278 Rv

RECHTSPRAAK

Intrekking van surseance en uitspraak van faillissement

Surseance wordt op verzoek van de bewindvoerder ingetrokken door de rechtbank, omdat het vooruitzicht dat de schuldenaar na verloop van tijd zijn schuldeisers zal kunnen voldoen niet blijkt te bestaan.

Op 17 augustus 2022 is voorlopige surseance verleend aan Beheer- en beleggingsmaatschappij Bela B.V. ('Bela'). De bewindvoerder heeft op 18 november 2022 een verzoek tot intrekking van de surseance van betaling ingediend ex artikel 242 lid 1 Fw sub 5 Fw. Aangezien de (middellijk) bestuurder van de vennootschap te kennen heeft gegeven vooralsnog geen medewerking aan het onderhavige verzoek te geven, heeft de rechtbank een zitting gelast.

Bela is een houdstervenootschap, zij genereert geen inkomsten. Zij maakt slechts aanspraak op dividenduitkeringen uit twee (inmiddels ontbonden) vennootschappen ten bedrage van ongeveer € 1.900.000. Tussen Bela en de Stichting Continuïteit Citadel Groep ('Citadel') loopt sinds 2014 een civiele bodemprocedure bij de rechtbank Amsterdam. Naar aanleiding van gewezen tussenvonnissen zijn twee appelprocedures gevoerd en heeft de Hoge Raad een arrest gewezen. Er is nog geen eindvonnis gewezen in de procedure bij de rechtbank. Citadel heeft – in het kader van de surseance – een vordering op Bela van € 29.000.000 aangemeld en heeft conservatoir beslag gelegd op de aandelen van Bela in de hierboven genoemde (inmiddels ontbonden) vennootschappen. Dit beslag strekt zich dus uit tot de dividenden waarop Bela aanspraak heeft.

De bewindvoerder heeft zich op het standpunt gesteld dat het vooruitzicht dat Bela na verloop van tijd haar schuldeisers zal kunnen bevredigen, niet bestaat. Bela heeft de bewindvoerder meegedeeld dat zij de surseance heeft aangevraagd omdat zij geen liquide middelen meer heeft om de hierboven genoemde procedure tegen Citadel te financieren. Voor de financiering van de kosten van deze procedure wenst Bela de gelden aan te wenden die vrijkomen wanneer – ten gevolge van een definitieve surseance-verlening – het door Citadel gelegde conservatoir beslag wordt opgeheven.

Bela heeft zich verweerd tegen het intrekkingverzoek van de bewindvoerder, omdat Bela na verloop van tijd haar schuldeisers wel zal kunnen bevredigen. Bela heeft een verzoek tot

surseance ingediend, omdat er geen externe financiering voor de procedure tegen Citadel kon worden gevonden. Bij een definitieve verlening van surseance zullen de dividenduitkeringen waarop nu het beslag van Citadel rust, in de boedel van Bela vallen. Bela is daarmee in staat om zich verder te verweren in de procedure tegen Citadel.

De rechtbank beoordeelt dat het vooruitzicht dat de schuldenaar na verloop van tijd zijn schuldeisers zal kunnen bevredigen niet blijkt te bestaan en dat het intrekkingverzoek dient te worden toegewezen.

De rechtbank stelt vast dat aan het doel van de surseance van betaling – een adempauze om tijdelijke liquiditeitsproblemen te boven te komen en waardebehoud van de onderneming – niet wordt voldaan. Uit de uitingen van Bela volgt dat in dit geval de surseance wordt gebruikt om het enige actief van reële waarde, namelijk de liquide middelen (de dividenduitkeringen), vrij te laten vallen en deze aan te wenden om haar in staat te stellen om de civiele procedure tegen Citadel voort te zetten.

Op 29 november 2022 volgt de uitspraak van de rechtbank en wordt de surseance ingetrokken. De rechtbank stelt vast dat summierlijk is gebleken dat Bela in een toestand verkeert dat zij is opgehouden te betalen en spreekt de faillietverklaring uit.

W.P.IJ. Overgoor, december 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 29-11-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:10516

Zaaknummer: FT RK 22-332

Rechters: B.A. Cnossen

Advocaten: M.J. Noteboom

Wetsartikelen: 242 Fw

RECHTSPRAAK

Advocaat aansprakelijk voor faillietverklaring cliënte

Advocaat heeft cliënte niet tijdig gewezen op de mogelijkheid een beroep te doen op de WSNP en ook overigens onvoldoende advies verschaft.

Een advocatenkantoor heeft in 2007 juridische bijstand verleend aan een persoon ('de cliënte'). Vervolgens is door een wederpartij van de cliënte op 2 februari 2012 een verzoekschrift tot faillietverklaring van de cliënte ingediend. De advocaat heeft een kort geding aanhangig gemaakt om het faillissementsverzoek in te laten trekken. Deze vordering werd echter afgewezen.

Zowel de advocaat als de cliënte is niet op de mondelinge behandeling van het faillissementsverzoek verschenen, ondanks het feit dat de advocaat had geschreven ter zitting aanwezig te zijn. Op 1 maart 2012 neemt de advocaat contact op met de gemeente om te kijken of de cliënte in aanmerking komt voor de WSNP. De advocaat bericht de rechtbank op 2 maart 2012 dat de cliënte een beroep wenst te doen op de WSNP en dat hij ervan uitgaat dat het verzoek tot faillietverklaring geschorst wordt, tot het duidelijk is dat eiseres wordt toegelaten tot de WSNP. De rechtbank vindt evenwel dat zij niet bevoegd is om kennis te nemen van het verzoek tot schorsing, omdat de termijn voor het indienen van een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling (veertien dagen na verzending van de brief hierover van de griffier) reeds was verstreken. Het faillissement wordt vervolgens uitgesproken. De cliënte stelt het advocatenkantoor en de advocaten vervolgens aansprakelijk voor haar faillissement.

De rechtbank is van oordeel dat het advocatenkantoor c.q. de advocaat tekort is geschoten in de uitvoering van de opdracht. Het is namelijk komen vast te staan dat de advocaat namens het advocatenkantoor juridische bijstand zou verlenen in de faillissementsprocedure door een kort geding te starten tegen het faillissement. Hieruit kan volgens de rechtbank worden afgeleid dat zij de faillietverklaring van eiseres wilden voorkomen. Het mocht worden verwacht dat zij de cliënte direct hadden geïnformeerd over het bestaan van de WSNP. Het had op de weg gelegen van het advocatenkantoor c.q. de advocaat om de cliënte (schriftelijk) indringend te waarschuwen voor het risico dat zij nam door niet te verschijnen op de zitting,

geen inhoudelijk verweer te voeren en geen rechtsmiddel aan te wenden.

Het feit dat cliënte er zelf voor heeft gekozen om verstek te laten gaan om tijd te winnen voor de voorbereiding van haar beroep in cassatie in het geschil met de partij die haar faillissement heeft aangevraagd (zonder te worden gehinderd door de curator), neemt niet weg dat het advocatenkantoor c.q. de advocaat wel op de nadelige gevolgen van deze keuze had moeten wijzen. Dit geldt ook voor het niet aanwenden van een rechtsmiddel tegen de faillietverklaring. Het advocatenkantoor c.q. de advocaat heeft de cliënte onvoldoende geïnformeerd. Dat dit tot extra kosten zou leiden en dat het faillissement (mogelijk) in stand zou blijven, maakt dit niet anders. Dit had juist met de cliënte besproken moeten worden, zodat zij hierover een goed geïnformeerde beslissing kon nemen.

Op basis hiervan is de rechtbank van oordeel dat gedaagden niet hebben gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht.

M.R. Beukering, december 2022

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 25-05-2022

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:3109

Zaaknummer: C/13/701094 / HA ZA 21-405

Rechters: N.C.H. Blankevoort

Advocaten: H.J. Oosterhagen en Chr.H. van Dijk

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

WSNP-akkoord wordt gehomologeerd

De bewindvoerder is niet verplicht crediteuren in te lichten over het stemproces en het (mogelijke) ontbreken van een rapport van de rechter-commissaris leidt niet tot weigering van de homologatie van het akkoord.

Dit arrest betreft een uitspraak in hoger beroep tegen een beschikking waarin een WSNP-akkoord is gehomologeerd. Het akkoord is aangeboden door twee voormalige vennoten van een inmiddels gefailleerde VOF. Met het akkoord ontvangen de concurrente crediteuren een betaling van 3,3 procent van hun vordering; de fiscus ontvangt het dubbele. Vier crediteuren hebben tegen het akkoord gestemd en één daarvan heeft tevergeefs verzet aangetekend tijdens de behandeling van de homologatie en vervolgens het hoger beroep ingesteld.

Het eerste bezwaar dat de crediteur heeft tegen de homologatie is dat de bewindvoerder van de vennoten de crediteuren niet heeft ingelicht over de gevolgen van het niet verschijnen (al dan niet bij volmacht) op de verificatievergadering. Het hof passeert dit bezwaar en oordeelt dat aan de wettelijke vereisten voor de aanbidding van een akkoord is voldaan. De bewindvoerder was niet gehouden om een (nadere) uitleg te geven over het stemproces; een zorgplicht op dit punt bestaat niet en hem is door de crediteuren niets gevraagd.

Verder voert de crediteur op dat geen rapport als bedoeld in artikel 337 lid 1 Fw is uitgebracht. Of een rapport is uitgebracht is niet helemaal duidelijk, maar in tegenstelling tot wat de crediteur stelt, is het uitbrengen van een dergelijk rapport geen vereiste om tot homologatie te komen. De rechtbank heeft op grond van voornoemd artikel (slechts) de bevoegdheid om een rapport te verlangen van de rechter-commissaris. Verder is de crediteur niet in zijn belangen geschaad door het al dan niet ontbreken van het rapport. Ook dit bezwaar passeert het hof dus.

Volgens de crediteur zouden de vennoten het bestaan van activa hebben verzwegen. De vennoten zouden (kennelijk) in het faillissement van de VOF nagelaten hebben de curator te informeren over veertien hectare aan leliebloembollen die per hectare tussen de € 35.000 en € 60.000 aan bruto-verkoopwaarde zouden vertegenwoordigen. Ervan uit mag worden gegaan

dat de waarde van deze bollen niet is meegenomen door de curator bij de totstandkoming van de koopprijs voor alle bloembollen van de VOF. Hierdoor is er minder saldo beschikbaar ter verdeling onder de crediteuren van de vennoten. De gang van zaken omtrent de verkoop van de bloembollen is de vennoten volgens het hof (en ook de curator) echter niet aan te rekenen. Ook dit derde bezwaar leidt dus niet tot vernietiging van de homologatiebeschikking.

Het laatste bezwaar dat wordt gemaakt is dat er een melding zou zijn gedaan van mogelijke faillissementsfraude bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude van de Belastingdienst. Mocht sprake zijn van fraude, dan zou dit ertoe kunnen leiden dat de WSNP-regelingen van de vennoten tussentijds en zonder schone lei zouden eindigen. Door het nu aangeboden en gehomologeerde akkoord is die mogelijkheid doorkruist, aldus de crediteur. Ook dit bezwaar passeert het hof. De melding zou (kennelijk) zien op de gang van zaken rondom de verkoop van de bloembollen, maar de vennoten valt op dat punt geen verwijt te maken.

Gezien het bovenstaande en omdat niet de verwachting bestaat dat het doorlopen van de WSNP-regelingen zou leiden tot een substantieel hogere uitkering aan de schuldeisers, bekrachtigt het hof de homologatiebeschikking.

W.T.N. Vlasveld, december 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 01-12-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:10341

Zaaknummer: 200.318.617/01

Rechters: I. Tubben, J. Smit en R. Koolhoven

Advocaten: D. Koerselman en Y.H. Talstra

Wetsartikelen: 332 Fw, 153 Fw, 337 Fw en 350 Fw

RECHTSPRAAK

Toewijzing homologatie WHOA-akkoord VOF

De rechtbank wijst het verzoek tot homologatie van een akkoord aangeboden door een VOF met een derdenbeding ten behoeve van de vennoten toe.

De schuldenaar – een VOF – exploiteert een restaurant en is in betalingsproblemen gekomen door de coronacrisis. Met het akkoord wordt een herstructurering van de onderneming beoogd: na homologatie wordt de onderneming door middel van een activa/passiva-transactie verkocht aan een nieuwe bv. De koopsom is fors hoger dan de verwachte liquidatiewaarde van de onderneming in faillissement.

De schuldeisers zijn in vier klassen ingedeeld, die allemaal voor het akkoord hebben gestemd. Het restaurant heeft een aantal schuldeisers in de vorm van houders van dinerbonnen; deze schuldeisers zijn buiten het akkoord gehouden, aangezien niet bekend is wie deze schuldeisers zijn.

De rechtbank overweegt dat geen van de afwijzingsgronden van artikel 384 Fw aan de orde zijn, en gaat over tot homologatie van het akkoord met inachtneming van onderstaande overwegingen.

Als onderdeel van het akkoord verlenen de schuldeisers ook finale kwijting aan de vennoten in privé door middel van een derdenbeding. De rechtbank overweegt dat het akkoord enkel betrekking lijkt te hebben op de schulden van de VOF, en niet wordt beoogd dat de vennoten ook in privé een akkoord aanbieden. Door middel van het akkoord wordt derhalve finale kwijting gegeven aan de VOF en de vennoten ten aanzien van de vennootschappelijke schulden.

Naar het oordeel van de rechtbank voldoet de klassenindeling ten aanzien van één schuldeiser deels niet aan artikel 374 Fw. Deze schuldeiser is ingedeeld in twee klassen: een deel van de vordering is achtergesteld en een deel is concurrent. Voor het achtergestelde deel is twintig procent aangeboden in de vorm van een achtergestelde, langlopende lening met een rentepercentage van zes procent. Het akkoordpercentage van het concurrente deel (twintig

procent) is – in tegenstelling tot de overige schuldeisers uit deze klasse die een directe uitkering van twintig procent aangeboden krijgen – met toestemming van de desbetreffende schuldeiser aan de achtergestelde lening toegevoegd. De rechtbank overweegt dat een dergelijke verandering in de klassenindeling niet tot een andere uitkomst van de stemming had geleid, zodat de onjuiste klassenindeling niet in de weg staat aan homologatie van het akkoord.

A.C. Frentz, december 2022

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 22-11-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2022:5331

Zaaknummer: C/387001 FT RK 22/552

Rechters: V.G.T. van Emstede, A.E. de Vos en K.M. van Hassel

Advocaten: R.F. de Jong en D.P. Schalken

Wetsartikelen: 384 Fw en 374 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid voormalig bestuurder Heiploeg op grond van artikel 2:9 BW voor kartelboete

In een lijvig arrest behandelt het hof Arnhem-Leeuwarden de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering op grond van artikel 2:9 BW jegens een voormalig bestuurder van het gefailleerde Heiploegconcern.

De curatoren ('de curatoren') van de gefailleerde vennootschappen Heiploeg Beheer B.V., Heiploeg B.V. en Goldfish B.V. (gezamenlijk 'Heiploeg') houden de bestuurder aansprakelijk voor de schade die bij twee concernvennootschappen is geleden als gevolg van de door de Europese Commissie ('de EC') opgelegde boete voor kartelafspraken in strijd met artikel 101 VWEU.

De bestuurder voerde het bewind over Heiploeg in de periode van 1996 tot en met 2004. Heiploeg handelde in garnalen en andere Noordzeeproducten. Heiploeg en een concurrent ('de concurrent') waren de grootste handelaren in noordzeegarnalen. In 2009 heeft de algemeen directeur van de concurrent gebruikgemaakt van de klokkenluidersregeling en melding gemaakt bij de EC over prijsafspraken en marktverdeling tussen Heiploeg, de concurrent en Kok Seafood. De EC start vervolgens in datzelfde jaar een onderzoek en constateert dat er inderdaad gehandeld is in strijd met het mededingingsrecht en legt in 2013 aan Heiploeg een boete op van € 27.082.000. De boete zag op het kartel in de periode vanaf 2000 tot 2009.

De curatoren hebben in 2014 de bestuurders – waaronder de bestuurder – en de commissarissen van Heiploeg aansprakelijk gesteld en verwijten hun onder meer in strijd te hebben gehandeld met artikel 2:9 BW door het aangaan van een kartel met schade in de vorm van de boete tot gevolg. In 2009 treffen de curatoren met een deel van de oud-bestuurders en oud-commissarissen een schikking voor de aansprakelijkheidsclaim met daarin een bepaling in de zin van artikel 6:14 BW, in die zin dat de vordering ten aanzien van andere hoofdelijk aansprakelijken wordt verminderd met het bedrag dat zou kunnen worden gevorderd van de personen die de schikking hebben getroffen. De bestuurder is geen partij bij deze vaststellingsovereenkomst. De curatoren entameren dan ook een procedure jegens de

bestuurder.

In eerste aanleg wijst de rechtbank een van de vorderingen van de curatoren toe en oordeelt dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld zoals bedoeld in artikel 2:9 BW, en aansprakelijk is voor de daardoor ontstane schade. De bestuurder is vervolgens veroordeeld om € 13.012,901 te betalen, met in mindering daarop het bedrag dat de bestuurder gezien zijn draagplicht had kunnen verhalen op de andere bestuurders en commissarissen. Zowel de bestuurder als curatoren gaan in appel. In hoger beroep wijzigen de curatoren hun eis en stellen zij de bestuurder aansprakelijk voor € 27.082.000, verminderd met het bedrag dat de bestuurder op de overige bestuurders kon verhalen. Dit laatste bedrag is door de curatoren begroot op € 7.041.320, het bedrag van de schikking.

Het hof volgt de rechtbank dat sprake is van onbehoorlijk bestuur door het aangaan van een kartel. Het hof gaat niet mee met het betoog van de bestuurder dat de kartelboete niet als schade kan worden gevorderd. Hiervoor voert de bestuurder onder meer aan dat het louter ontstaan van een boetevordering niet kwalificeert als schade. De boete is niet betaald en daarmee, na fixatie van de boedel, een concurrente vordering geworden, aldus de bestuurder. Volgens de bestuurder is het gevolg dat vaststaat dat deze boete niet betaald zal worden waardoor de vennootschap geen schade lijdt. Het genereren van opbrengsten voor de boedel door middel van een regresvordering komt ten goede van de gezamenlijke schuldeisers maar maakt niet dat alsnog schade is ontstaan of blijven bestaan voor de vennootschap, aldus de bestuurder.

Het hof gaat hier niet in mee. De onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder bestaat uit het handelen in strijd met het mededingingsrecht. De schade bestaat volgens het hof uit de toename van het passief van de vennootschap als gevolg van de boete. Hieraan doet niet af dat deze boete niet betaald wordt of dat het faillissement intreedt. Dat geldt ook nadat de schade op de bestuurder is verhaald en vervolgens geen (volledige) uitkering op de concurrente boetevordering plaatsvindt.

De curatoren vorderen 76 procent van de schade (€ 20.0040.680) van de bestuurder, terwijl de bestuurder meent dat de schade in gelijke delen over de negen bestuurders en commissarissen verdeeld dient te worden. Het hof oordeelt dat de bestuurder onvoldoende heeft aangetoond dat de andere bestuurders meer dan de bestuurder moeten bijdragen. Uit het onderzoek van de EC blijkt dat de bestuurder als enige betrokken was bij de totstandkoming van de kartelafspraken en het kartel gedurende zijn bewind onderdeel van zijn beleid was. Wel meent het hof dat de draagplicht van de bestuurder beperkt wordt vanwege het feit dat hij slechts gedurende de periode 2000-2004 verantwoordelijk was. De boete is echter gebaseerd op de volledige periode. Het hof gaat niet mee met het standpunt

van de curatoren dat de rol van bestuurder zo belangrijk was voor totstandkoming van het kartel, dat hij ook verantwoordelijk is voor de periode na zijn vertrek. Het hof verwerpt de grieven tegen de draagplicht en veroordeelt de bestuurder tot betaling van € 13.012.901 aan de curatoren.

G.P. van Hooft, december 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 06-12-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:10497

Zaaknummer: 200.284.936/01

Rechters: M.W. Zandbergen, M. Aksu en A. van Hees

Advocaten: P.P.R. Hoekstra en T. van Dijken

Wetsartikelen: 2:9 BW en 101 VWEU

RECHTSPRAAK

Vernietiging pandrecht op grond van artikel 42 Fw

In deze kwestie oordeelt de kantonrechter dat sprake is van benadeling bij rechtshandelingen om niet met wetenschap van de schuldenaar, zodat onder meer een pandrecht op debiteuren terecht door de curator is vernietigd op grond van artikel 42 Fw. De geïnde debiteurengelden moeten in de boedel terugvloeien.

Deze kwestie speelt zich af in het faillissement van een natuurlijk persoon dat op 28 april 2020 is uitgesproken. Deze failliet was bestuurder en enig aandeelhouder van een bv die eveneens is gefailleerd. De curator van deze bv heeft het faillissement van de failliet aangevraagd op 21 januari 2020. De failliet heeft een relatie gehad met de dochter van een leninggever. Deze relatie is enige tijd voor de faillissementsaanvraag geëindigd.

De failliet en de leninggever hebben op 11 februari 2020 – dus na de faillissementsaanvraag – een overeenkomst van geldlening gesloten. In de kern komt deze overeenkomst erop neer dat de failliet meerdere schuldeisers had (waaronder de leninggever zelf), de leninggever deze vorderingen heeft voldaan voor de failliet en de failliet vervolgens enkel nog een schuld had aan de leninggever. De failliet zou zijn schuld aan de leninggever terugbetalen met rente en in maandelijkse termijnen. Tot zekerheid voor de terugbetaling daarvan is een pandrecht gevestigd op bestaande en toekomstige vorderingen van de failliet op derden. In dat verband is op 11 februari 2020 een pandakte geregistreerd. Het pandrecht is op 30 april 2020 openbaargemaakt door betekening aan een debiteur van de failliet. Deze debiteur heeft twee facturen van de failliet ter hoogte van in totaal € 10.320,69 aan de leninggever voldaan. De curator heeft bij brief van 27 oktober 2020 dit pandrecht met een aan de leninggever gerichte brief buitengerechtelijk vernietigd.

Voor de toepassing van artikel 42 Fw gelden drie voorwaarden. Er dient sprake te zijn van (a) een onverplichte rechtshandeling, (b) benadeling van schuldeisers en (c) wetenschap van benadeling.

Volgens de leninggever was sprake van een verplichte rechtshandeling omdat de failliet heeft

erkend dat hij zich jegens de dochter van de leninggever onrechtmatig heeft gedragen en omdat de leninggever schulden van de failliet en zijn eigen dochter bij derden had voldaan. De kantonrechter overweegt dat daarmee de rechtshandeling nog niet verplicht is. Een dergelijke verplichting blijkt bovendien niet uit de overeenkomst. De omstandigheid dat de leninggever door het betalen van schulden van de failliet (voor een deel of het geheel van deze betalingen) verhaal heeft op de failliet, wil nog niet zeggen dat de failliet verplicht was deze overeenkomst van geldlening met zekerheidsstelling aan te gaan. De kantonrechter overweegt bovendien dat de failliet zich in de overeenkomst weliswaar heeft verbonden tot het vestigen van een pandrecht, maar omdat de curator ook de vernietiging van de overeenkomst heeft ingeroepen, kan in de overeenkomst geen rechtsplicht voor de vestiging van het pandrecht worden gevonden en volgt het pandrecht het lot van de overeenkomst. Het betreft dus onverplichte rechtshandelingen.

De benadeling staat volgens de kantonrechter reeds vast omdat de leninggever zekerheid heeft bedongen, waardoor deze een bevoorrechte positie heeft verworven ten opzichte van de andere crediteuren.

Voor wat betreft de wetenschap van benadeling is relevant of sprake is geweest van een rechtshandeling om niet. Ingeval van een rechtshandeling anders dan om niet moet namelijk ook sprake zijn van wetenschap van benadeling aan de zijde van de leninggever. Waar de failliet eerst meerdere schuldeisers had, heeft hij door de overeenkomst met de leninggever nu slechts één schuldeiser. Volgens de kantonrechter is daarmee geen sprake van een tegenprestatie. De leninggever heeft ook niet duidelijk gemaakt waarin de tegenpresentatie dan wel zou zijn gelegen. Daar voegt de kantonrechter aan toe dat de failliet een gebruikelijke rente moest betalen (vier procent), terwijl de failliet bovendien schulden heeft erkend die voor het aangaan van de overeenkomst nog niet als opeisbare vorderingen waren aan te merken. Daarnaast heeft de leninggever eerst betalingen verricht voor de failliet en pas daarna de failliet aangesproken voor de betreffende betalingen. De leninggever heeft niet toegelicht hoe hij schuldeiser van de failliet is geworden anders dan de hiervoor genoemde erkenning door de failliet. Omdat niet duidelijk is welke tegenprestatie daar voor de failliet tegenover heeft gestaan, concludeert de kantonrechter dat sprake is van een rechtshandeling om niet en dus slechts de wetenschap van benadeling van de failliet is vereist.

De leninggever heeft niet betwist dat de failliet wist dat hij zijn schuldeisers met de overeenkomst van geldlening en het pandrecht benadeelde. Het faillissement was op het moment van sluiten van de overeenkomst van geldlening en de vestiging van het pandrecht al aangevraagd en is bovendien binnen een jaar na de rechtshandeling uitgesproken. Op grond van artikel 45 Fw wordt wetenschap van benadeling bij de failliet dan ook aangenomen.

Interessant is nog het beroep van de leninggever op de redelijkheid en billijkheid. Daarbij stelt de leninggever dat de curator deze procedure niet aanhangig had mogen maken gelet op een kosten/batenanalyse en onder meer de mogelijkheden om gelden te innen van de failliet, terwijl de vordering op de leninggever een beperkt bedrag betreft en hij de grootste crediteur in het faillissement is. De kantonrechter vindt dit geen omstandigheden die voor rekening van de schuldeisers moeten komen. De leninggever heeft zelf overigens geen rekening gehouden met de belangen van de andere schuldeisers, omdat hij geen medewerking aan de curator heeft verleend betreffende het beroep op pauliana.

De slotsom is dan ook dat het pandrecht en de leningsovereenkomst terecht door de curator buitengerechtelijk zijn vernietigd. De door de leninggever geïnde bedragen moeten aan de boedel worden vergoed.

J.E. van Nuland, december 2022

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 17-11-2022

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2022:12502

Zaaknummer: 9635045 /RL EXPL 22-848

Rechters: E.A.W. Schippers

Advocaten: E. Ayerdm en P. Geervliet

Wetsartikelen: 42 Fw en 45 Fw

RECHTSPRAAK

Heropening vereffening bv na afwikkeling faillissement om hypotheek door te halen

De schuld waarvoor de hypotheek is gevestigd is afgelost, maar verzuimd is de hypotheekinschrijvingen door te halen. De rechtbank wijst een verzoek tot heropening van de vereffening van de bv ten laste waarvan het recht van hypotheek is gevestigd toe, zodat de inschrijvingen kunnen worden doorgehaald.

Hendrick Staete Vastgoed B.V. is in 2012 failliet verklaard. In januari 2019 is het faillissement geëindigd door het verbindend worden van de slotuitdelingslijst. Bij herfinanciering van registergoederen is gebleken dat deze goederen nog zijn belast met een hypothecaire inschrijving ten behoeve van Hendrick Staete Vastgoed B.V., terwijl de schuld waarvoor de hypotheek is gevestigd in 2010 is afgelost. In deze procedure wordt heropening van de vereffening verzocht op grond van artikel 2:23c BW, zodat de hypotheekinschrijvingen doorgehaald kunnen worden.

De rechtbank wijst het verzoek toe. Op grond van artikel 2:23c BW kan de vereffening worden heropend als een schuldeiser of gerechtigde tot het saldo opkomt of blijkt van het bestaan van een bate. Naar het oordeel van de rechtbank kan artikel 2:23c lid 1 BW analoog worden toegepast op de situatie waarin een rechtspersoon moet herleven om uitvoering van een rechtshandeling mogelijk te maken.

H.J. de Kloe, december 2022

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 30-11-2022

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2022:13167

Zaaknummer: FT RK 22/878 C/09/12/383 F

Rechters: R.G.C. Veneman

Advocaten: V. Kortenbach

Wetsartikelen: 2:23c BW

RECHTSPRAAK

Curator valt verhaalneming op opbrengst van onderhandse executie aan op grond van artikel 54 Fw

ING wint onderhands hypotheek- en pandrechten uit en verrekent de opbrengst met vordering op de later gefailleerde schuldenaar. Tevens treft ING een schikking ten aanzien van een verpande vordering. Bezwaren curator onterecht.

Casus

ING verleende sinds (in ieder geval) 2010 bancaire financiering aan een vastgoed-bv die in 2018 gefailleerd is. Vanaf 2013 begonnen er bij de vastgoed-bv betalingsachterstanden op te treden richting ING. Volgens de later aan te stellen curator was het vanaf 2014 voor ING duidelijk dat de vastgoed-bv in een slechte financiële positie verkeerde. Uit correspondentie tussen ING en de vastgoed-bv blijkt dat ING de vennootschap in 2015 een termijn van twee jaar heeft gesteld om orde op zaken te stellen en/of haar schuld aan ING af te bouwen.

ING had (sinds respectievelijk 2007 en 2010) hypotheeken op vastgoed van derden, die volgens ING (mede) tot zekerheid voor de terugbetaling van de aan de vastgoed-bv verleende financiering strekten. Het betrof het huis van de dga van de gefailleerde en een perceel grond van een VOF waar gefailleerde vennoot in was. Het huis van de dga is in 2017 onderhands verkocht. Het vermogen van de VOF is in november 2017 verdeeld, waarbij het perceel grond aan de andere vennoot is toegedeeld en de vastgoed-bv recht kreeg op een uitkoopsom. Zowel de opbrengst van het woonhuis van de dga als (een deel van) de uitkoopsom voor toedeling van het perceel grond uit de VOF aan de voortzettende vennoot is naar ING gevloeid. ING stelde dat als voorwaarde voor medewerking aan royement van haar hypotheekrechten. ING heeft de debetstand op de bankrekening van gefailleerde verlaagd met de aldus ontvangen bedragen.

ING had ook een pandrecht op huurvorderingen van de vastgoed-bv. Het pandrecht is door de bank in juni 2015 openbaargemaakt. De huurpenningen werden sindsdien ten behoeve van ING geïnd door een incassogemachtigde. Die betaalde de ontvangen huurpenningen door aan

ING. ING verlaagde de debetstand (roodstand) op de bankrekening van gefailleerde met de van de incassogemachtigde ontvangen bedragen.

ING heeft op deze wijze haar vordering op de later gefailleerde vastgoed-bv verkleind met in totaal € 1.708.233,23.

Op 14 maart 2018 is de vastgoed-bv in staat van faillissement verklaard.

In november 2018 heeft ING – buiten medeweten van de curator – met een huurder een schikking getroffen ter zake een huurachterstand die dateerde van vóór de faillietverklaring. Uit hoofde van die schikking heeft ING een bedrag van € 10.000 ontvangen, die zij in mindering heeft gebracht op haar resterende vordering op de vastgoed-bv.

Geschil

De curator van de vastgoed-bv betwist dat de hypotheek op het woonhuis van de dga rechtsgeldig tot stand is gekomen, op de grond dat er geen ondertekende overeenkomst tot het verstrekken van dat hypotheekrecht is die aan het verlijden van de hypotheekakte vooraf is gegaan. Er was slechts een brief van ING, waarin zij verwijst naar een bespreking waarin het verstrekken van het hypotheekrecht zou zijn afgesproken, maar die brief is – hoewel daar in de brief wel om gevraagd werd – niet voor akkoord ondertekend door de dga. Bovendien blijkt niet dat de echtgenote van de dga toestemming heeft verleend voor het vestigen van een hypotheekrecht op de echtelijke woning.

De curator betwist ook dat het hypotheekrecht op het perceel grond van de VOF mede tot zekerheid van de schuld van de vastgoed-bv strekte. Daarnaast betwist de curator dat een eventueel hypotheekrecht op dat perceel voor ING een recht zou scheppen op ontvangst van de uitkoopsom, nu die uitkoopsom geen opbrengst van een echte verkoop van het perceel is. Het perceel is immers eigendom van de VOF gebleven.

Nu volgens de curator de geldbedragen die ING heeft ontvangen in verband met de verkoop van het huis van de dga en de uitkoopsom vanwege de verdeling van de VOF niet te kenschetsen zijn als opbrengst van de uitwinning van hypotheekrechten die strekten tot securering van de schuld van de vastgoed-bv, was er volgens de curator sprake van een op grond van artikel 54 Fw ongeoorloofde ‘schuldoverneming-en-verrekening’ toen ING de ontvangen bedragen op de rekening-courantrekening van de vastgoed-bv crediteerde.

Ten aanzien van de huurpenningen die ING via de incassogemachtigde heeft ontvangen, heeft de curator aanvankelijk ook de geldigheid van het pandrecht van ING betwist, maar die betwisting heeft hij ter zitting laten varen, omdat de originele pandakte door ING is getoond.

Niettemin stelt de curator ook ten aanzien van de bedragen die ING via de incassogemachtigde heeft ontvangen dat er sprake is van een overgenomen schuld die ING niet met haar vordering op de vastgoed-bv mag verrekenen op grond van artikel 54 lid 1 Fw.

Hiervoor is volgens de curator cruciaal dat ING de debetstand op de rekening-courant rekening van de vastgoed-bv steeds wel crediteerde met de bedragen die zij van de incassogemachtigde ontving, maar tegelijkertijd weer aanvullend krediet verstrekke aan de vastgoed-bv (althans de kredietlimiet voor de vastgoed-bv niet verlaagde). In die zin verklaarde ING zich het van de incassogemachtigde ontvangen bedrag dus steeds harerzijds weer schuldig aan de vastgoed-bv.[1]

Tot slot heeft de curator zich op het standpunt gesteld dat ING niet gerechtigd was om een schikking te treffen ten aanzien van de aan haar verpande huurpenningen. De bevoegdheid om schikkingen te treffen blijft bij pandrecht op vorderingen op naam bij de pandgever liggen. Volgens de curator heeft ING dus onrechtmatig gehandeld. Hij concretiseert de schade als de door de boedel van de vastgoed-bv misgelopen boedelbijdrage. Als ING het treffen althans goedkeuren van de schikking aan de vastgoed-bv (thans bestierd door de curator) overgelaten had – zoals op grond van de wet had moeten – dan had ING immers aan de curator een boedelbijdrage moeten betalen voor het opstellen althans controleren van de vaststellingsovereenkomst.

Oordeel

De rechtbank oordeelt dat er wel degelijk een geldige titel voor vestiging van het hypotheekrecht op het huis van de dga was, omdat de hypotheekakte letterlijk vermeldt dat er tussen de dga en ING een overeenkomst is gesloten tot het verstrekken van het hypotheekrecht, zodat dit uit hoofde van artikel 157 Rv vaststaat, tenzij de curator tegenbewijs levert (art. 151 Rv). De niet-ondertekende brief van ING waarin aan een mondeling gemaakte afspraak tot het verstrekken van het hypotheekrecht wordt gerefereerd, ondersteunt volgens de rechtbank eerder het bestaan van een titel dan het ontbreken ervan, te meer nu ING onbetwist gesteld heeft dat de dga zelf nooit het bestaan van die mondelinge afspraak tegengesproken heeft. De curator heeft de dga daar niet over bevraagd (althans in de procedure het standpunt van de dga niet besproken) en de rechtbank weegt dat in het nadeel van de curator mee.

Ten aanzien van het beroep op het ontbreken van (bewijs van) de toestemming van de echtgenote, overweegt de rechtbank dat dit niet relevant is, nu een beroep daarop alleen aan de echtgenote zelf toekomt.

Nu het hypotheekrecht op het woonhuis van de dga geldig was en ter securering van de

vordering van ING op de vastgoed-bv strekte, was ING – in lijn met het arrest *Feenstra q.q./ING* – volgens de rechtbank bevoegd om de opbrengst van de onderhandse verkoop in mindering te brengen op haar vordering op de vastgoed-bv. De rechtbank beschouwt de creditering van de bankrekening van de vastgoed-bv als slechts een administratieve uitdrukking van het feit dat de vordering van ING op de vastgoed-bv is verkleind. Er is volgens de rechtbank geen sprake van schuldovertrekking in de zin van artikel 54 Fw.

Ten aanzien van de uitkoopsom ter zake de VOF neemt de rechtbank in ogenschouw dat er al in 2013 een overeenkomst is gesloten tussen de vastgoed-bv en ING, die inhield dat het aandeel van de vastgoed-bv in de VOF bij verdeling zou worden aangewend voor aflossing van haar schuld aan ING. De betaling van de uitkoopsom aan ING was dan ook een verplichte rechtshandeling, waarvan de verplichting al is aangegaan voordat (ook volgens de stellingen van de curator) het faillissement van de vastgoed-bv was te voorzien. De betaling aan ING was daarom noch paulianeus, noch te kwader trouw in de zin van artikel 54 Fw. Ook op dit punt overweegt de rechtbank weer dat de creditering van de bankrekening van de vastgoed-bv niet per se een schuldovertrekking impliceert. Het is volgens de rechtbank een manier om administratief uit te drukken dat ING een aflossingsbetaling heeft ontvangen en dat haar vordering op de vastgoed-bv met een dienovereenkomstig bedrag afgenomen is.

Ook de van de incassogemachtigde ontvangen huurpenningen worden door de rechtbank beoordeeld onder toepassing van de rechtsregel uit *Feenstra q.q./ING*. De bank mocht de opbrengst van de uitwinning van het pandrecht op de huurpenningen wegstrepen tegen de roodstand van de vastgoed-bv op haar bankrekening, omdat dit de manier is waarop de bank (uitdrukt dat zij) haar vordering op de vastgoed-bv metterdaad op de executie-opbrengst verhaalt. De curator had gesteld dat de executie van het pandrecht op de huurpenningen al afgerond was op het moment dat de incassogemachtigde de huurpenningen ontvangen had, zodat de doorbetaling van de incassogemachtigde aan ING niet meer als een onderdeel van de executie gezien kon worden. De rechtbank wijst dit argument van de hand, omdat de betaling van de incassogemachtigde aan ING niet te zien is als een betaling van een schuldenaar van de vastgoed-bv die door de bank (op basis van haar min of meer toevallige positie in het betalingsverkeer) werd afgevangen en verrekend. De incasso-gemachtigde was immers nooit een schuldenaar van de vastgoed-bv en had ook nooit de bedoeling om aan de vastgoed-bv te betalen. Volgens de rechtbank maakt de doorbetaling van de executie-opbrengst door de incassogemachtigde aan ING wel gewoon onderdeel uit van het executieproces.

Het feit dat de incassogemachtigde van ING geen schuldenaar van de vastgoed-bv was, staat aan toepassing van artikel 54 Fw in de weg, ook als ING geacht zou moeten worden nog aanvullend krediet/weer kredietruimte te hebben verstrekt aan de vastgoed-bv.

Ten aanzien van de schikking die ING als pandhouder heeft getroffen met de schuldenaar van (achterstallige) huurpenningen stelt de rechtbank het volgende voorop. De wet stelt als hoofdregel dat het recht om schikkingen te treffen ten aanzien van verpande vorderingen in beginsel bij de pandgever blijft berusten. Hier kan echter bij overeenkomst tussen pandgever en pandhouder van afgeweken worden. In het geval van ING en de vastgoed-bv is dat ook gebeurd, namelijk via de algemene voorwaarden van ING. De algemene voorwaarden zijn volgens de rechtbank ook op de verpanding van toepassing, ook al wordt er in de verpandingsakte niet expliciet naar verwezen. In de financieringsovereenkomst zijn de algemene voorwaarden van toepassing verklaard, terwijl de algemene voorwaarden zelf bepalen dat zij ook op een latere verpanding van toepassing zijn; dat volstaat.

ING was in dit geval dus bevoegd om de schikking te treffen. De rechtbank neemt in aanmerking dat ING in haar algemene voorwaarden belooft om voorafgaand aan het treffen van een schikking daarvan mededeling te doen aan haar schuldenaar (in casu de vastgoed-bv) en dat ING in deze contractuele verplichting tegenover de curator tekortgeschoten is. Het enkele uitblijven van de mededeling (terwijl ING niet verplicht was de curator een inhoudelijke rol in het treffen van de schikking te geven) heeft echter geen schade berokkend aan de boedel.

Conclusie

De rechtbank wijst alle vorderingen van de curator af.

[1] Althans, zo begrijpt auteur dezes het naar beste kunnen uit het vonnis van de rechtbank. De rechtbank beschrijft het standpunt van de curator niet in groot juridisch detail.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 23-11-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:3628

Zaaknummer: C/o8/270484 HA ZA 21-364 en C/o8/270484 HA ZA 21-364

Rechters: C.A. de Beaufort, J.N. Bartels en J.M. van den Wall Bake

Advocaten: A.T. Brouwer, N.J.H. Leferink, E.J.R. Verwey, S. Klinkhamer en F.J. van den Bergen

Wetsartikelen: 54 Fw, 157 Rv, 151 Rv, 54 Fw, 157 Rv en 151 Rv

RECHTSPRAAK

Eigendomsvoorbehoud op geleverde grondstoffen is tenietgegaan en de levering longa manu van het eindproduct is niet geslaagd

Het eigendomsvoorbehoud is tenietgegaan door verrekening en daarnaast waren de grondstoffen al verwerkt tot een eindproduct (zaaksvorming). Vervolgens is het eindproduct verkocht aan de leverancier, maar uit de mededelingen volgt niet dat er een levering longa manu heeft plaatsgevonden.

Op 28 december 2021 is een producent van lactose- en weipoeder in staat van faillissement verklaard. Zij had in het jaar voor het faillissement diverse partijen wei 30% ingekocht bij een Duitse leverancier, maar de facturen onbetaald gelaten. De Duitse leverancier beroept zich ten aanzien van de geleverde producten op een verlengd eigendomsvoorbehoud, dat naar Duits recht ook na verwerking van de grondstoffen op de vervaardigde zaken zou blijven rusten. Daarnaast stelde de leverancier ook dat gefailleerde op 17 december 2021 zeventien ton WPC 80 aan haar zou hebben verkocht, waarbij de koopsom zou zijn verrekend met de openstaande facturen. De levering zou voor het faillissement op de wijze van longa manu hebben plaatsgevonden (de WPC 80 werd gehouden door een extern bedrijf). De curator heeft de rechtsgeldigheid van zowel het eigendomsvoorbehoud als van de levering betwist en dus geen goederen afgegeven aan de leverancier. Vervolgens heeft de leverancier de curator in rechte betrokken.

De rechtbank oordeelt als volgt. De vordering van de leverancier op gefailleerde ten aanzien van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde wei 30% is tenietgegaan door de verrekeningsverklaring. De voorraad is op grond van artikel 3:92 lid 3 BW onvoorwaardelijk eigendom geworden van gefailleerde. De leverancier heeft ter zitting nog gesteld dat het ging om een voorwaardelijke verrekening, maar dat wordt niet onderbouwd door de stukken die hij heeft ingediend. Ook als de eigendomsoverdracht niet als gevolg van de verrekening onvoorwaardelijk zou zijn geworden, geldt dat de wei 30% teniet is gegaan door zaaksvorming tot WPC 80.

De artikelen 10:128 BW en 7 lid 2 sub b van de Verordening (EU) 2015/848 betreffende insolventieprocedures bepalen namelijk dat de goederenrechtelijke gevolgen van het eigendomsvoorbehoud op grond van Nederlands recht worden bepaald. Naar Nederlands recht bestaat er geen verlengd eigendomsvoorbehoud. Het eigendomsvoorbehoud gaat verloren als de zaak tenietgaat, bijvoorbeeld bij vorming tot een nieuwe zaak. De leverancier heeft zich in dit kader nog beroepen op artikel 5:16 lid 1 BW en gesteld dat gefailleerde de WPC 80 in opdracht van de leverancier vormde. De rechtbank passeert deze stelling, omdat zulks niet blijkt uit de overgelegde stukken.

Voorts is de stelling van de curator dat de geleverde wei 30% was vermengd met wei 30% die door andere leveranciers was geleverd, onvoldoende betwist. Ten aanzien van de toepassing van artikel 5:16 lid 2 BW stelt de leverancier nog dat gefailleerde geen eigenaar is geworden, omdat de kosten van de vorming dit vanwege hun geringe omvang niet rechtvaardigen (de tenzij-formule). De rechtbank oordeelt hierover dat de verhouding tussen de waarde van het materiaal en de omvormingskosten niet van belang is. De curator heeft voldoende onderbouwd gesteld dat gefailleerde een kostbare fabrieksinstallatie had voor de vervaardiging van WPC 80 uit wei 30%, zodat er geen sprake is van geringe kosten van zaaksvorming.

Over de levering van WPC 80 kort voor faillissement oordeelt de rechtbank dat de leverancier niet naar Duits recht eigenaar is geworden. Het Duitse recht kent namelijk geen levering longa manu. Naar Nederlands recht geldt dat voor een levering longa manu een tweezijdige verklaring voldoende is. Uit de schriftelijke afspraken blijkt echter niet dat deze wijze van levering is overeengekomen. Daarnaast volgt uit de overgelegde getuigenverklaringen niet dat het externe bedrijf de voorraad voortaan zou gaan houden voor de leverancier (in dit geval de koper). Het externe bedrijf is wel gevraagd om de 'opslag om te zetten' op naam van de leverancier, maar dit sluit volgens de rechtbank aan bij de situatie dat de WPC 80 door feitelijke afgifte zou worden geleverd op het moment dat deze door de leverancier zou worden afgehaald. Ook in die situatie moet de partij immers klaargezet en geïndividualiseerd worden. Uit de mededelingen zoals die zouden zijn gedaan, kon het externe bedrijf volgens de rechtbank niet afleiden dat de zaak longa manu is geleverd aan de leverancier. Dit zou anders kunnen zijn als het gebruikelijk was dat gefailleerde longa manu leverde aan dezelfde partij. Dit heeft de leverancier desgevraagd wel gesteld, maar niet onderbouwd. De curator heeft de stelling gemotiveerd betwist. De conclusie is dat de leverancier geen eigenaar was van de aanwezige WPC 80 op het moment van faillissement. Alle vorderingen worden afgewezen.

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

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 30-11-2022

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:6645

Zaaknummer: C/05/404007 / HZ ZA 22-162

Rechters: M.M. Klaassen

Advocaten: W.M.J. Saes en E.J. Kuper

Wetsartikelen: 3:92 BW, 3:115 BW, 5:16 BW en 10:128 BW

RECHTSPRAAK

WHOA: toewijzing afkoelingsperiode vier maanden

Rechtbank wijst een afkoelingsperiode toe voor een periode van vier maanden omdat voldaan is aan de wettelijke vereisten.

De rechtbank wordt op 18 november 2022, veertien dagen na deponeren startverklaring, verzocht een afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 376 lid 1 Fw te gelasten voor de duur van vier maanden.

Verzoekster is een onderneming die zich bezighoudt met het beheren van een (kleinschalig) warmtenet en met de levering van warmte en koude aan woningen in bepaalde nieuwbouwwijken. Dit doet zij door warmte en koude af te nemen bij een installatie die wordt geëxploiteerd door een derde partij ('de leverancier'), en deze vervolgens te transporteren en te leveren naar de aangesloten huishoudens. Bij het transport treden verliezen op die uiteindelijk hoger bleken dan verwacht.

Verzoekster stelt dat de exploitatie momenteel verlieslatend is doordat zij de warmte en koude, waaronder met name ook de warmte die verloren gaat bij het transport, moet inkopen bij de leverancier tegen de huidige hoge inkooprijzen. De inkooprijzen zijn hoog doordat deze door middel van de ACM-maximumtarieven gekoppeld zijn aan de gasprijzen. Er is thans sprake van een betalingsachterstand aan de leverancier van zes maanden. De lopende verplichtingen aan de leverancier kunnen op dit moment wel worden betaald, maar voor het inlopen van de achterstand is geen ruimte. Pas vanaf 1 januari 2023 kan verzoekster de tarieven voor haar afnemers aanpassen. Hiervoor zijn de nieuwe maximum eindtarieven van de ACM van belang, die pas eind december 2022 bekend worden.

Verzoekster wenst door middel van het aanbieden van een herstructureringsakkoord tot een rendabele exploitatie te komen. In het bijzonder is verzoekster daartoe in gesprek met de leverancier om tot aanpassing van de contractuele afspraken te komen, met name aangaande de verliezen die optreden. Een van de twee aandeelhouders is bereid tot financiering van een akkoord, maar alleen als sprake is van een toekomstbestendige exploitatie.

De gevraagde afkoelingsperiode dient om individuele verhaalsacties te voorkomen. In het

bijzonder dreigt de leverancier met beslagmaatregelen. Verzoekster stelt dat de afkoelingsperiode noodzakelijk is om te voorkomen dat beslag wordt gelegd op vermogensbestanddelen zoals de banksaldi, waarmee de bedrijfsvoering in gevaar zou komen en de levering van warmte en koude aan de aangesloten huishoudens zou kunnen worden onderbroken, hetgeen een noodscenario als bedoeld in artikel 12b van de Warmtewet zou opleveren. In dat geval zal de ACM ingrijpen en voor de afnemers een noodleverancier inzetten. Verzoekster stelt dat door het gelasten van een afkoelingsperiode de schuldeisers niet wezenlijk in hun belangen zullen worden geschaad, en dat zij de beschikbare liquide middelen op een prudente manier zal inzetten voor de instandhouding van de dienstverlening.

De rechtbank wijst het verzoek toe en kondigt een afkoelingsperiode af voor de duur van vier maanden. Verzoekster heeft toegezegd binnen twee maanden een akkoord aan te bieden, zodat zij ontvankelijk is in haar verzoek. Een verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode wordt toegewezen als (1) dit noodzakelijk is voor de voortzetting van de onderneming tijdens de voorbereiding van de akkoordaanbieding, (2) de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij zijn gediend en (3) derden niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.

Naar het oordeel van de rechtbank is summierlijk gebleken dat aan bovengenoemde vereisten is voldaan. Om een akkoord mogelijk te maken moet de onderneming worden voortgezet in de periode dat wordt geprobeerd afspraken te maken met de leveranciers en nieuwe tarieven voor de afnemers kunnen worden vastgesteld. Dit zou worden doorkruist door verhaalsacties van de leverancier. De belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn gediend met de afkoelingsperiode terwijl de belangen van de door de afkoelingsperiode getroffen derden, in het bijzonder de leverancier, niet wezenlijk worden geschaad. De lopende verplichtingen worden voldaan en de achterstand wordt bevroren tot het moment dat een akkoord tot stand is gekomen. Indien er beslag zou worden gelegd op vermogensbestanddelen zoals banksaldi, zal de verzoekster niet meer aan haar lopende verplichtingen kunnen voldoen, waardoor zij failliet zou gaan en de afnemers ondergebracht worden bij een noodleverancier. Hierdoor zal waarde, zoals het klantenbestand, verloren gaan, en de financiering van het akkoord zou dan niet doorgaan.

J. van den Dolder, december 2022

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 28-11-2022

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2022:4484

Zaaknummer: C/19/218586 FT RK 22/676

Rechters: H.J. Idzenga, D.J. Klijn en J.H. Steverink

Advocaten: N.J.H. Leferink en R.H.H. van Wijk

Wetsartikelen: 376 Fw