INS INSOLVENTIERECHT UPDATES

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 3, 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. H. Boven, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. C.M.A. Knoben, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.IJ. Overgoor, mr. M. Pinar, 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:2022:105 28-01-2022

Begrafenispolis blijft buiten faillissement
De Hoge Raad oordeelt dat een begrafenispolis op grond van artikel 7:976 BW buiten faillissement blijft voor zover deze niet excessief is en verbiedt de curator over te gaan tot afkoop van de polis.

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2022:80 28-01-2022

Betaling na faillissement vanaf bankrekening met debetstand is niet in strijd met fixatiebeginsel. Met wenk.
De curator kan een girale betaling die na faillissement is verricht vanaf een bankrekening van de failliet die een debetsaldo vertoonde niet terugvorderen van de ontvanger van de betaling.

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:243 01-02-2022

De vader van een bestuurder is niet aansprakelijk voor het ter beschikking stellen van een bankrekening aan de vennootschap
De vader is geen feitelijk beleidsbepaler door het ter beschikking stellen van de bankrekening en inventaris. Ook is hij niet aansprakelijk jegens de schuldeisers voor het ter beschikking stellen van de bankrekening en heeft de curator niet aannemelijk gemaakt dat de vader gelden heeft onttrokken aan de bankrekening.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:110 18-01-2022

Aansprakelijkheid van (feitelijk) bestuurders: omvang boedeltekort voldoende betwist?

Bestuurders betwisten omvang boedeltekort onvoldoende gemotiveerd; tardief stellen advocaat na anticipatie curator leidt niet tot ontslag van instantie (art. 127 jo. 353 Rv).

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:2590 27-07-2021

Hoofdelijke aansprakelijkheid van een feitelijk (mede) beleidsbepaler jegens het Pensioenfonds
Deze zaak gaat over de vraag of appellant als feitelijk (mede)beleidsbepaler van zijn schoonmaakbedrijf hoofdelijk aansprakelijk is jegens het Pensioenfonds vanwege het niet melden van de betalingsonmacht van het bedrijf.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:6965 20-07-2021

Afwijzing beroep op faillissementspauliana ten aanzien van overeenkomst met en betalingen aan adviseur
Het hof wijst een beroep op de faillissementspauliana af ten aanzien van een overeenkomst met en betalingen aan een externe adviseur. Van benadeling is volgens het hof geen sprake. Evenmin is sprake van samenspanning.

Rechtbank

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:218 21-01-2022

Rechtbank verlengt inbewaringstelling bestuurder voor de tweede en derde keer
De bestuurder van de failliete vennootschap De Zwart Services B.V. verstrekt onvoldoende inlichtingen aan de curator en wil ook niet zijn telefoon afgeven waarop administratie van de vennootschap staat. De inbewaringstelling wordt twee keer verlengd.

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:219 21-01-2022

Drie beschikkingen over faillissementsgijzeling van een bestuurder, inmiddels voor de duur van vijf maanden. Met wenk.
Drie beschikkingen met betrekking tot de verzekerde bewaring van een gefailleerde persoon. Afwijzing verzoek tot opheffing inbewaringstelling en tweemaal toewijzing verlengingsverzoek.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:351 20-01-2022

Faillietverklaring op verzoek van een aandeelhouder
Een aandeelhouder vraagt het faillissement aan als schuldeiser. De aandeelhouder meent dat het faillissement in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, mede vanwege het rechtmatigheidsonderzoek van de curator.

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2022:69 14-01-2022

Een faillissementsverzoek is geen eis in de hoofdzaak voor leggen conservatoir beslag
Een faillissementsverzoek kan niet leiden tot een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling. Het faillissementsverzoek is dus geen eis in de hoofdzaak in de zin van artikel 700 lid 3 Rv.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:171 13-01-2022

WHOA niet van toepassing, omdat verzoeker privéschulden wil saneren
Met het aan te bieden akkoord wil verzoeker zijn privéschulden saneren. Hij exploiteert weliswaar een onderneming in een onroerende zaak die van hem en zijn echtgenote is, maar kan die onderneming ook op een andere locatie exploiteren. Verzoeker is daarom niet-ontvankelijk in zijn verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:45 12-01-2022

Bestuurdersaansprakelijkheid jegens verhuurder wordt afgewezen
De bestuurder heeft niet onrechtmatig gehandeld door de exploitatie van zijn onderneming te staken en de winkelruimte leeg te halen zonder daarover de verhuurder te informeren.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:80 10-01-2022

Verlenging afkoelingsperiode WHOA producent en verkoper duurzame kleding
Aandeelhouders en andere financiers willen niet de benodigde financiering verstrekken voor een reorganisatieakkoord, zodat de vennootschap een liquidatieakkoord wil aanbieden. Om dit mogelijk te maken verlengt de rechtbank de afkoelingsperiode met vier maanden.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:134 06-01-2022

WHOA: afkoelingsperiode van twee maanden, ambtshalve aanwijzing observator
Rechtbank gelast een afkoelingsperiode van twee maanden en wijst een observator aan. Rechtbank draagt de observator op binnen twee weken een kostenbegroting over te leggen van zijn werkzaamheden en van eventuele door hem te raadplegen derden.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:6414 22-12-2021

Geschil curator en pandhouder over verdeling opbrengst verpande zaken omdat de omvang van een OB-claim nog niet bekend is
Geschil curator en pandhouder over verdeling opbrengst verpande zaken. Omvang retourclaim OB nog niet bekend. Positie fiscus daarom nog niet vast te stellen. Opbrengst voor zover die ziet op verpande bodemzaken moet daarom gereserveerd blijven.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:15535 05-08-2021

Toewijzing afkoelingsperiode omdat verzoeker een samenwerking wil aangaan om de continuïteit van de onderneming te waarborgen

De schuldenaar wil het akkoord financieren met de overwaarde van zijn woning en de toekomstige opbrengsten van de onderneming. Hij is in gesprek over een samenwerking met een leverancier, waarmee de continuïteit van de onderneming gewaarborgd kan worden. De rechtbank kondigt daarom een afkoelingsperiode af.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2021:6514 22-01-2021

Verzoekers niet-ontvankelijk in WHOA-verzoek tot aanwijzing herstructureringsdeskundige en afkondiging afkoelingsperiode

Een VOF en twee vennoten verzoeken om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en afkondiging van een afkoelingsperiode. Verzoekers zijn niet-ontvankelijk. Het vermogen van de VOF is vereffend en een van de vennoten is uitgetreden, zodat de VOF niet meer bestaat. Verzoeker 2 drijft geen onderneming en het verzoek ziet niet op de onderneming van verzoeker 3.

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2020:4826 23-12-2020

Oplegging civielrechtelijk bestuursverbod op basis van schikking curator en bestuurder

De bestuurder heeft voor het doel van de schikking erkend aansprakelijk te zijn op grond van artikel 2:248 BW. De rechtbank legt, conform de afspraak tussen partijen, een bestuursverbod op voor de duur van vijf jaar.

RECHTSPRAAK

Drie beschikkingen over faillissementsgijzeling van een bestuurder, inmiddels voor de duur van vijf maanden. Met wenk.

Drie beschikkingen met betrekking tot de verzekerde bewaring van een gefailleerde persoon. Afwijzing verzoek tot opheffing inbewaringstelling en tweemaal toewijzing verlengingsverzoek.

Een gefailleerde persoon, hierna X, is sinds 24 september 2021 op grond van artikel 87 Fw in verzekerde bewaring gesteld. De curatoren hebben hem concrete en heldere vragen voorgelegd, die niet worden beantwoord.

Eerste beschikking d.d. 9 december 2021

De eerste beschikking ziet op een verzoek van X tot opheffing dan wel schorsing van de inbewaringstelling per 10 december 2021. Volgens hem heeft hij binnen zijn mogelijkheden alle vragen van de curatoren beantwoord. Tot een verdere onderbouwing is hij gedurende het verblijf in het huis van bewaring niet in staat. Bovendien verklaart hij bereid te zijn zich 24/7 beschikbaar te houden voor vragen van de curatoren. Verder dient hij naar eigen zeggen digitale bestanden in het digitale archief te herstellen en wenst hij zich voor te bereiden op een hoger beroep.

De curatoren verweren zich tegen het verzoek. De vragen zijn niet of nauwelijks beantwoord. Afgezien van enige informatie over opslaglocaties in Duitsland is vrijwel geen enkele informatie verschaft. Documenten ontbreken en wat er wel wordt verschaft aan informatie is uitermate vaag, geenszins verifieerbaar en roept alleen maar nieuwe vragen op, die dan weer onbeantwoord blijven. De rechter-commissaris, die ook gehoord wordt, vult nog aan dat gebleken is dat X meerdere creditcards heeft gebruikt en dat X in het huis van bewaring het (boedel)rekeningnummer waarop toeslag binnenkomt, heeft gewijzigd naar een ander rekeningnummer, zonder toestemming van curatoren.

De rechtbank overweegt dat het zo moge zijn dat X door het verblijf in het huis van bewaring

fysiek belemmerd wordt informatie te zoeken, dat laat onverlet dat het aan X is concrete vragen te beantwoorden. X beantwoordt vragen niet uit eigen wetenschap en schakelt geen derden, zoals curatoren, in om informatie te vergaren. Hij blijkt meer initiatief te steken in het omzeilen van vragen, dan in het beantwoorden. Als er al informatie wordt verschaft, is dat dusdanig omslachtig, dat curatoren op zoek moeten naar de spreekwoordelijke speld in een hooiberg. Bovendien komen er steeds nieuwe verklaringen en ligt de oorzaak voor het uitblijven van het aanleveren van informatie steeds buiten X zelf. Dat draagt niet bij aan zijn geloofwaardigheid. Het is dan ook aan X om actie te ondernemen, temeer nu hij ter zitting heeft erkend meer te kunnen verklaren, zonder over alle bescheiden te beschikken. De rechtbank geeft hem ter overweging mee de curatoren uit te nodigen voor een bespreking in het huis van bewaring en hun toegang tot zijn woning en andere locaties te verschaffen. Het verzoek tot opheffing wordt afgewezen.

Tweede beschikking d.d. 17 december 2021

Deze beschikking ziet op het verzoek van curatoren tot verlenging van de verzekerde bewaring met 30 dagen. Zij stellen dat X nog steeds niet de gevraagde informatie verstrekt en dat als X wel vragen beantwoordt, deze antwoorden oncontroleerbaar, onvolledig of in strijd met andere informatie zijn. Zo heeft X ter gelegenheid van de zitting ter zake van het opheffingsverzoek op 7 december 2021 een brief gegeven aan de curatoren waarin hij informatie geeft over een opslaglocatie in Duitsland. Hoewel hij verklaart dat de aldaar aanwezige zaken € 800.000 waard zouden zijn, blijken die zaken slechts enkele duizenden euro's waard te zijn. Voorts verwijst hij naar personen die inmiddels overleden zijn of, volgens anderen, niet bestaan.

De curatoren hebben een laptop gekregen van X, maar die start niet op. Wel is de harde schijf benaderbaar en hebben de curatoren de beschikking gekregen over een andere harde schijf. Op de schijf staat een grote hoeveelheid bestanden, waarin geen overzicht is aangebracht, terwijl de bestandsnamen onduidelijk zijn. De curatoren stellen voor dat X in zijn cel de beschikking krijgt over een device – zonder internettoegang – zodat hij met een kopie van de schijf op USB-stick de bestanden kan doorzoeken en ordenen.

De rechter-commissaris stelt dat X na afwijzing van het opheffingsverzoek geen nadere informatie heeft verschaft, terwijl X eerder heeft aangegeven nader te kunnen verklaren. De rechter-commissaris heeft de indruk dat X zaken te verbergen heeft.

X stelt dat hij zo goed als mogelijk heeft gereageerd op vragen van de curatoren, maar dat hij dat vanuit huis veel effectiever kan dan vanuit het huis van bewaring. Hij beschikt daar bovendien niet over papieren stukken. De miljoenen digitale bestanden moeten eerst hersteld

worden. Hij heeft getracht in het huis van bewaring een bespreking te organiseren met curatoren, maar die is naar eigen zeggen niet doorgegaan in verband met technische problemen en vanwege ziekte door medicatie tegen clusterhoofdpijn. Als hij langer blijft vastzitten, dreigt verlies van zijn uitkering en verlies van zijn woning.

De rechtbank stelt allereerst vast dat X nog steeds niet voldoet aan zijn informatieverplichting en dat aldus nog steeds gronden aanwezig zijn voor de verzekerde bewaringstelling. Ter zitting is voorts gebleken dat X in staat is geweest zijn dochter opdracht te geven om gelden over te boeken, zonder de curatoren daarover te informeren. Bovendien heeft hij de curatoren geen toegang verschaft tot zijn woning, maar wel zijn dochter geld gegeven, zodat zij een bus kon huren om spullen uit zijn woning te halen. Verder heeft X de besprekingen met de curatoren afgezegd. Deze acties van X overtuigen de rechtbank niet van zijn stelling dat hij alles wat in zijn vermogen ligt, wil doen om mee te werken, temeer nu X geen nadere informatie heeft aangeleverd.

Gezien deze feiten acht de rechtbank een voortgezette inbreuk op de persoonlijke vrijheid van X gerechtvaardigd en proportioneel. De rechtbank wijst dan ook het verzoek tot verlenging van de verzekerde bewaringstelling toe. Daarbij bepaalt de rechtbank nog dat X een kopie van de harde schijf op een USB-stick ontvangt en dat aan hem een device verstrekt dient te worden zonder internettoegang, zodat hij de bestanden kan inzien en ordenen.

Derde beschikking d.d. 21 januari 2022

Deze beschikking ziet wederom op een verzoek van de curatoren tot verlenging van de verzekerde bewaring met 30 dagen. X heeft de benodigde informatie nog steeds niet aangeleverd en de vragen niet of nauwelijks beantwoord. Daarnaast wordt door X louter reactief gereageerd en hebben de curatoren het vermoeden dat er nog veel meer kwesties spelen. Het is in verband met technische problemen nog niet mogelijk geweest X in het huis van bewaring toegang te verlenen tot de digitale gegevens, maar dat wordt op korte termijn opgelost. De rechter-commissaris ondersteunt het verzoek, waarbij hij erop wijst dat X de curatoren geen toegang heeft willen verschaffen tot zijn telefoongegevens.

X verweert zich, met een nieuwe advocaat. Hij stelt dat hij niet hoeft mee te werken aan zelfincriminatie en dat de te verstrekken inlichtingen worden getoetst in een strafproces. Dat is te laat. Bovendien zou door de bewaring oneigenlijke druk op hem worden gelegd. Verder zou hij onjuist door de curatoren zijn geïnformeerd over zijn recht op rechtsbijstand. X stelt te doen wat hij kan, maar hij heeft nog steeds geen toegang tot de digitale bestanden. Daarbij komt dat op zijn telefoon en op zijn harde schijf vertrouwelijke informatie met geheimhouders (advocaten) zou staan, die niet door de curatoren zou mogen worden in

gezien, in verband met het verschoningsrecht. Nu de bewaring inmiddels vier maanden duurt, dient een nieuw evenwicht te worden gevonden tussen het recht van X op vrijheid en het belang van nakoming van de inlichtingenplicht, waarbij geldt dat X in vrijheid de curatoren beter van dienst kan zijn.

De rechtbank overweegt dat zij dient te onderzoeken of er op basis van de stand van zaken nog gronden aanwezig zijn die de voortduring van de inbewaringstelling en de inbreuk op de persoonlijke vrijheid van X rechtvaardigen. De belangenafweging valt in het nadeel van X uit. Gebleken is dat X nog altijd zijn wettelijke verplichtingen niet naar behoren nakomt. Daarnaast geldt dat op X een actieve inlichtingenplicht rust en dat hij niet louter reactief kan reageren. De stelling van X dat de door hem te verstrekken inlichtingen pas achteraf in een strafprocedure worden getoetst en dat die toetsing te laat is, snijdt geen hout. Onder verwijzing naar arresten van de Hoge Raad oordeelt de rechtbank dat de inlichtingenplicht geen strijd oplevert met artikel 6 EVRM en dat de inlichtingen uitsluitend gebruikt dienen te worden om de curatoren in de gelegenheid te stellen de afwikkeling van het faillissement ter hand te nemen. In de toetsing is een waarborg gegeven dat X met het geven van de informatie niet tot zelfincriminatie overgaat. Daarnaast komt aan X geen beroep op een verschoningsrecht toe. Voorts is de advocaat die X bijstaat reeds de derde advocaat sinds de inbewaringstelling, zodat hij wel degelijk rechtsbijstand heeft gehad in de verschillende procedures.

De slotsom is dat X nog altijd geen wezenlijke openheid van zaken heeft gegeven en dat een voortgezette inbreuk op zijn persoonlijke vrijheid gerechtvaardigd en proportioneel is. Aldus wordt het verzoek van curatoren toegewezen.

Wenk

Het is altijd een vergaand middel; de inbewaringstelling van (de bestuurder van) een gefailleerde, omdat niet wordt voldaan aan de inlichtingenplicht. Ook voor de gefailleerde zelf is het niet altijd eenvoudig de inlichtingenplicht na te komen als hij eenmaal in verzekerde bewaring is gesteld. Hij kan niet meer bij zijn digitale gegevens, stukken zijn niet voorhanden en communicatie in het huis van bewaring is moeizaam. Het is dan ook voornamelijk van belang dat hij laat zien dat hij echt bereidwillig is om mee te werken. En daar schort het regelmatig aan, zo ook in dit geval. Niet ingaan op vragen, in strijd met de waarheid verklaren en buiten de curatoren om familieleden opdrachten geven om zaken op te knappen levert weinig vertrouwen op dat de gefailleerde, eenmaal in vrijheid gesteld, wél zal meewerken. Alhoewel de inbewaringstelling een ingrijpend middel is, lijken de feiten in deze zaak de voortzetting van de verzekerde bewaring alleszins te rechtvaardigen. Opvallend is nog de oplossing die de curatoren hebben voorgesteld om X in zijn cel toegang te verschaffen tot de

digitale gegevens, zonder internettoegang. Daarbij blijkt wel dat dat in de praktijk nog niet zomaar geregeld is, gelet op de technische problemen.

A.D. van Dalen, februari 2022

Instantie: Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak: 21-01-2022
ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:219
Zaaknummer: 276078 FT RK 22/19
Rechters: E. Venekatte, A.E. Zweers en A.M. van Diggele
Advocaten: M.M.A.J. Goris
Wetsartikelen: 87 Fw

RECHTSPRAAK

Betaling na faillissement vanaf bankrekening met debetstand is niet in strijd met fixatiebeginsel. Met wenk.

De curator kan een girale betaling die na faillissement is verricht vanaf een bankrekening van de failliet die een debetsaldo vertoonde niet terugvorderen van de ontvanger van de betaling.

Bleiswijk Boeketservice B.V. ('BB') wordt in staat van faillissement verklaard. Eén dag later wordt van de bankrekening van BB – die een negatief saldo vertoonde – een bedrag van circa € 4.518 door middel van automatische incasso overgeboekt naar de bankrekening van Coöperatie Royal FloraHolland U.A. ('RFH'). De overboeking houdt verband met de betaling van huurpenningen voor de huur van een bedrijfsruimte door BB bij RFH, over een periode voorafgaand aan het faillissement.

De curator van BB vordert betaling van RFH van het overgeboekte bedrag. Daartoe voert hij aan dat BB, ingevolge artikel 23 Fw, vanaf de dag van faillietverklaring (00:00 uur) niet langer rechtshandelingen kon verrichten die haar vermogen raken. Het gerechtshof heeft de vordering toegewezen en RFH tot betaling veroordeeld (INS 2020-0097).

De Hoge Raad overweegt dat het fixatiebeginsel en de artikelen 20, 23 en 24 Fw met zich brengen dat de curator hetgeen na het intreden van het faillissement aan een schuldeiser is betaald, op de voet van artikel 23 Fw slechts kan terugvorderen voor zover die betaling resulteert in (a) een vermindering van het actief van de boedel, dan wel (b) in een vermeerdering van het passief van de boedel. Zie daarover ook het arrest *JPR/Gunning q.q.* (ECLI:NL:HR:2015:689).

Aangezien de bankrekening van BB bij faillietverklaring al een debetsaldo vertoonde, is geen sprake van een vermindering van het actief. Evenmin is sprake van een vermeerdering van het passief. Weliswaar neemt door de betaling de schuld van BB aan de bank toe, maar de boedel is daarvoor niet aansprakelijk, tenzij de boedel door de betaling is gebaat (ingevolge art. 24 Fw). Uit de gedingstukken volgt niet dat de boedel in dit geval door de betaling is gebaat.

Daaruit volgt dat het fixatiebeginsel en artikel 23 Fw geen grondslag bieden voor toewijzing

van de vordering van de curator. Evenmin is de *paritas creditorum* (art. 3:277 BW) ontoelaatbaar doorbroken, omdat de betaling niet is verricht uit het boedelvermogen. De Hoge Raad vernietigt daarom het arrest van het gerechtshof. RFH hoeft het bedrag niet te betalen aan de boedel.

Wenk

Het arrest van het gerechtshof werd eerder ontvangen als een welkome uitspraak voor curatoren in de tijd van lege boedel-problematiek (zie de wenk bij INS 2020-0097). Dat de Hoge Raad het oordeel van het gerechtshof heeft vernietigd, lijkt mij echter een bevredigend resultaat. Immers, zou het wenselijk zijn dat de boedel voordeel verkrijgt door een betaling die zijn vermogen niet raakt? De bank zou berooid achterblijven.

De kantonrechter overwoog in eerste aanleg daarover al het volgende. De bankrekening bevatte geen aan BB toekomend saldo en 'de bank had (…) dan ook geen "geld" van de failliet onder zich en kan met de door haar gedane betaling daarom ook geen "geld" van de failliet aan de boedel hebben onttrokken', aldus de kantonrechter. Dat is dus een wezenlijk andere situatie dan in het *JPR/Gunning q.q.*-arrest, waarin sprake was van een creditsaldo. Voor zover dat (nog) mogelijk is, ligt het op de weg van de bank om de betaling terug te vorderen van RFH.

Een ander aspect valt ook op, namelijk de vraag of de boedel door de betaling is gebaat. De Hoge Raad overweegt dat 'de stukken van het geding geen andere conclusie toelaten' dan dat de boedel door de betaling niet is gebaat. In zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2021:668, par. 3.9) licht A-G Snijders toe dat dit punt niet aan de orde is gesteld. Daarmee lijkt ruimte voor discussie te bestaan of de betaling wel kan worden teruggevorderd indien de boedel was gebaat. Dat lijkt mij (in deze zaak) onwaarschijnlijk. Vanwege de baat die ermee zou zijn gemoeid, kan de bank weliswaar een verhoging van het debetsaldo aan de boedel tegenwerpen, maar hetzelfde geldt voor de begunstigde van de betaling. Daarom lijkt onwaarschijnlijk de situatie waarin de boedel wel is gebaat door verhoging van het debetsaldo bij de bank, maar niet door de betaling aan RFH. Het boedelpassief neemt namelijk met gelijke bedragen toe en af.

In bijzondere omstandigheden kan desondanks de vraag spelen of de *partitas creditorum* ontoelaatbaar is doorbroken. Bijvoorbeeld in de hypothetische situatie dat de bank zich – voor de betaling aan de begunstigde – met voorrang kan verhalen omdat zij zekerheden heeft. Daarin schuilt een mogelijke strijdigheid met het paritas- en fixatiebeginsel. Met die mogelijkheid wordt echter miskend dat aan een betaalopdracht na faillissement door de bank geen *uitvoering* meer kan worden gegeven (zie par. 3.6 en voetnoot 23 conclusie A-G Snijders).

Het lijkt dus onwaarschijnlijk dat een situatie zich zal voordoen waarin de curator een betaling die is verricht na faillissement vanaf een bankrekening met een debetstand, van de begunstigde kan terugvorderen.

R.J.H. Berghuis, februari 2022

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 28-01-2022
ECLI: ECLI:NL:HR:2022:80
Zaaknummer: 20/01888
Rechters: M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, C.H. Sieburgh, F.J.P. Lock en A.E.B. ter Heide
Advocaten: B.I. Kraaipoel en D.Th.J. van der Klei
Wetsartikelen: 24 Fw en 3:277 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid jegens verhuurder wordt afgewezen

De bestuurder heeft niet onrechtmatig gehandeld door de exploitatie van zijn onderneming te staken en de winkelruimte leeg te halen zonder daarover de verhuurder te informeren.

De heer X was middellijk bestuurder van Meubelcomfort Waalwijk. Meubelcomfort huurde een winkelruimte van Woonwereld Onroerend Goed B.V. Op 21 juli 2020 heeft de advocaat van Woonwereld een aansprakelijkstelling verzonden aan de heer X omdat er een aanzienlijke huurachterstand bestond en de verhuurder had geconstateerd dat de winkelruimte leeg stond. Op 15 september 2020 is Meubelcomfort op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard. In deze procedure vordert Woonwereld veroordeling van de heer X tot betaling van circa € 37.000 vanwege onrechtmatig handelen in zijn hoedanigheid van middellijk bestuurder van Meubelcomfort.

De rechtbank oordeelt als volgt. Uit vast jurisprudentie volgt dat voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een ernstig verwijt kan ten eerste sprake zijn indien de bestuurder bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Er zijn echter onvoldoende feitelijke gegevens dat hiervan sprake was bij het aangaan van de huurovereenkomst in 2013. De verhuurder heeft nog aangevoerd dat aansluiting gezocht kan worden bij de Beklamelnorm omdat de bestuurder na het leeghalen van de winkelruimte voor iedere opvolgende maand wist dat de nog te vervallen huurtermijn niet betaald zou kunnen worden, maar hierin wordt hij niet gevolgd.

Ten tweede kan van een ernstig verwijt sprake zijn indien de bestuurder willens en wetens heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke verplichtingen niet nakomt met schade voor Woonwereld als voorzienbaar gevolg (verhaalsfrustratie). Woonwereld heeft voor deze vorm van aansprakelijkheid onvoldoende gesteld. De rechtbank

overweegt dat een bestuurder van een verlieslijdende vennootschap bevoegd is handelingen te verrichten die de schade voor de vennootschap zo veel mogelijk beperken. Dit betekent dat de bestuurder, wanneer hij dit onafwendbaar acht, kan en mag besluiten de exploitatie te staken en het faillissement aan te vragen. Ook een naamswijziging mag zonder een verplichting om derden hieromtrent te informeren doorgevoerd worden. Met betrekking tot de voorraden in het gehuurde en de gestelde verhaalsfrustratie vanwege het leeghalen van het pand heeft de heer X onbetwist aangevoerd dat deze voorraden eigendommen waren van een andere vennootschap en in het pand in consignatie waren geplaatst. Het was weliswaar wenselijk geweest dat Woonwereld op de hoogte was gebracht van al deze ontwikkelingen, maar het nalaten heeft niet tot gevolg dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder wordt aangenomen voor enige schade. De vorderingen van Woonwereld worden afgewezen.

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

Instantie: Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak: 12-01-2022
ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:45
Zaaknummer: C/05/386176 / HZ ZA 21-117
Rechters: Ö. Sari
Advocaten: N.A. Koole, C. Banis en M.J.G. Boender-Lamers
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Hoofdelijke aansprakelijkheid van een feitelijk (mede) beleidsbepaler jegens het Pensioenfonds

Deze zaak gaat over de vraag of appellant als feitelijk (mede)beleidsbepaler van zijn schoonmaakbedrijf hoofdelijk aansprakelijk is jegens het Pensioenfonds vanwege het niet melden van de betalingsonmacht van het bedrijf.

De broer van appellant is enig zelfstandig bevoegd bestuurder van een schoonmaakbedrijf (bv) waarbij appellant op verschillende manieren betrokken was, onder meer door het onderhouden van het contact met de notaris van het schoonmaakbedrijf. Het schoonmaakbedrijf had een aanzienlijke achterstand in de premiebetaling aan het Pensioenfonds, omdat het bedrijf in betalingsonmacht verkeerde. Volgens het Pensioenfonds is de betalingsonmacht van het schoonmaakbedrijf niet gemeld. Het schoonmaakbedrijf is failliet verklaard. Het Pensioenfonds heeft appellant en zijn broer hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de achterstallige betaling van pensioenpremies van het schoonmaakbedrijf op grond van het niet melden van de betalingsonmacht.

In dit verband rezen bij het gerechtshof Den Bosch twee belangrijke vragen. De eerste vraag is of het Pensioenfonds reeds bekend was met de betalingsonmacht van het schoonmaakbedrijf, zodat geen melding aan het Pensioenfonds hoefde te worden gedaan. Artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000 bepaalt dat het schoonmaakbedrijf gehouden is om onverwijld nadat is gebleken dat het niet tot betaling in staat is, daarvan melding te doen aan het Pensioenfonds. Deze meldingsregeling beoogt te bewerkstellingen dat het Pensioenfonds op een vroegtijdig tijdstip op de hoogte raakt van de moeilijkheden waarin het schoonmaakbedrijf verkeert, zodat het Pensioenfonds zich kan beraden op de opstellingen dat het ten aanzien van het schoonmaakbedrijf zal voeren. Appellant stelt dat het Pensioenfonds reeds bekend was met de betalingsonmacht van het schoonmaakbedrijf, onder meer omdat in het verleden een betalingsregeling is afgesproken met betrekking tot een aanzienlijke betalingsachterstand. Het Bossche hof gaat daar niet in mee. Het hof overweegt dat het enkele feit dat er een of meer betalingsregelingen zijn getroffen niet zonder meer betekent dat er geen formele melding

betalingsonmacht hoeft plaats te vinden (r.o. 19.1). Daarnaast overweegt het hof dat de eerder getroffen betalingsregeling tijdig en volledig is nagekomen, wat niet op (blijvende) betalingsonmacht wijst (r.o. 19.2). De conclusie van het hof is derhalve dat er geen tijdige melding van betalingsonmacht is gedaan bij het Pensioenfonds (r.o. 19.5).

De tweede vraag is of appellant het beleid van het schoonmaakbedrijf (mede) heeft bepaald als ware hij bestuurder in de zin van artikel 23 lid 6 onder b Wet Bpf 2000, zodat hij op die grond aansprakelijk is voor de premieachterstand van het schoonmaakbedrijf. Appellant stelt dat zijn broer de enige statutaire en feitelijke bestuurder van het schoonmaakbedrijf was en dat hijzelf uitsluitend heeft geassisteerd in het schoonmaakbedrijf. Het Bossche hof denkt daar anders over. Het hof is voorshands van oordeel dat bewezen is dat appellant het beleid van het schoonmaakbedrijf (mede) heeft bepaald als ware hij bestuurder. Het hof komt tot dit voorshands oordeel op basis van onder meer de notariële verklaring van de broer van appellant. Daaruit komt naar voren dat appellant degene is die in overwegende mate het beleid van het schoonmaakbedrijf heeft bepaald en zich extern ook zo voordeed (r.o. 23.1 in verbinding met r.o. 1.11). Het hof oordeelt in zijn tussenarrest dat appellant in de gelegenheid zal worden gesteld om het voorshands oordeel over het bewijs te ontzenuwen (r.o. 24).

N. Lgarah, februari 2022

Instantie: Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak: 27-07-2021
ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:2590
Zaaknummer: 200.274.484
Rechters: R.S. van Coevorden, C.A. Joustra en A.C.M. Kuypers
Advocaten: P.A. Visser en E. Bakhuis
Wetsartikelen: 23 lid 2 Wet Bpf 2000 en art. 23 lid 6 onderdeel b Wet Bpf 2000

RECHTSPRAAK

Geschil curator en pandhouder over verdeling opbrengst verpande zaken omdat de omvang van een OB-claim nog niet bekend is

Geschil curator en pandhouder over verdeling opbrengst verpande zaken. Omvang retourclaim OB nog niet bekend. Positie fiscus daarom nog niet vast te stellen. Opbrengst voor zover die ziet op verpande bodemzaken moet daarom gereserveerd blijven.

In deze procedure staan de curator van PLEKvoor B.V. en pandhouder Purplefield Investments B.V. tegenover elkaar. Zij procederen (o.a.) over de opbrengst van aan Purplefield verpande goederen. De centrale vraag is in hoeverre die opbrengst op grond van artikel 57 lid 3 Fw toekomt aan de boedel. Niet (meer) ter discussie staat dat een bedrag van € 45.500 toekomt aan de pandhouder nu deze opbrengst ziet op zaken die niet kwalificeren als bodemzaken. Voor de resterende opbrengst van € 40.000 die wel ziet op bodemzaken geldt dat de curator stelt dat deze aan de boedel toekomt vanwege de vorderingspositie van de fiscus. Omdat de hoogte van de vordering van de fiscus echter nog in geschil was, kon in eerdere instantie de rechtbank over die opbrengst nog niet beslissen. De rechtbank heeft daarom toen de curator in de gelegenheid gesteld de hoogte van de fiscale vordering op PLEKvoor te onderbouwen.

De fiscale vordering betreft in elk geval een bedrag van € 3.564. Dit betreft onbetaald gelaten loonheffing. De curator meent dat er sprake is van een retourclaim OB op grond van artikel 29 lid 7 OB ter hoogte van ten minste € 36.436. De curator wijst daarbij naar de btw over de ingediende concurrente vorderingen – een bedrag van € 57.476,72. Dit bedrag is volgens de curator (dus) in vooraftrek genomen, maar niet daadwerkelijk betaald door PLEKvoor. De fiscus heeft voor dit bedrag naar aanleiding van de voorlopige crediteurenlijst een voorlopige btw-aanslag opgelegd aan PLEKvoor. De curator geeft ook aan dat de retourclaim van de fiscus pas definitief zal worden vastgesteld wanneer verificatie van de concurrente vorderingen heeft plaatsgehad.

De pandhouder geeft aan dat de hoogte van de btw-aanslag niet klopt. Voor het gedeelte van de vorderingen op PLEKvoor die stammen van de periode waarvoor PLEKvoor voorafgaand

aan haar faillissement nog geen btw-aangifte deed, kan de btw nog niet in vooraftrek genomen zijn, aldus de pandhouder. Voor dat bedrag zal dan ook – volgens de pandhouder – geen retourclaim OB opgelegd kunnen worden. Daarnaast geeft de pandhouder aan dat de crediteurenlijst, althans de daarop opgenomen bedragen, niet juist is.

De rechtbank constateert dat nog altijd niet is vast te stellen welk bedrag de fiscus aan btw van PLEKvoor te vorderen heeft en wijst daarmee de vordering van de curator inhoudende dat de volledige opbrengst van de bodemzaken aan de boedel toekomt slechts toe voor een bedrag van € 3.564. De vordering van de pandhouder tot afdracht van diezelfde opbrengst wordt afgewezen. De rechtbank bepaalt dat het nog in geding zijnde bedrag van € 36.436 geparkeerd dient te blijven op de derdengeldenrekening van het kantoor van de curator.

De pandhouder heeft nog een beroep gedaan op artikel 21 Rv; de curator zou niet hebben gemeld dat hij nog in onderzoek had in hoeverre PLEKvoor btw in vooraftrek heeft genomen voor faillissement en ook niet dat de retourclaim OB was opgelegd aan de hand van de voorlopige crediteurenlijst. De rechtbank constateert dat de curator artikel 21 Rv geschonden heeft, maar verbindt hieraan geen sanctie. De rechtbank rekent voor dat het aannemelijk is dat de retourclaim uiteindelijk meer dan € 36.436 zal bedragen en dus dat de volledige opbrengst van de verpande bodemzaken aan de boedel zal toekomen.

W.T.N. Vlasveld, februari 2022

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 22-12-2021
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:6414
Zaaknummer: C/16/510132 / HA ZA 20-651
Rechters: J.K.J. van den Boom
Advocaten: G.C. Berkhout, W.P. Wijers en N.S. Sorgucu
Wetsartikelen: 57 lid 3 Fw, 29 lid 7 OB en 21 Rv

RECHTSPRAAK

Afwijzing beroep op faillissementspauliana ten aanzien van overeenkomst met en betalingen aan adviseur

Het hof wijst een beroep op de faillissementspauliana af ten aanzien van een overeenkomst met en betalingen aan een externe adviseur. Van benadeling is volgens het hof geen sprake. Evenmin is sprake van samenspanning.

In de onderhavige zaak roept de curator de faillissementspauliana in ten aanzien van een overeenkomst met en betalingen aan een externe adviseur van de schuldenaar. Ten aanzien van het sluiten van de overeenkomst beroept de curator zich op artikel 42 Fw. Ten aanzien van de betalingen doet hij een beroep op artikel 47 Fw.

De schuldenaar exploiteerde een vastgoedbedrijf. De adviseur werd ingeschakeld in het kader van een desinvesteringsplan. Op basis van dit plan was ING bereid de schuldenaar nog twee jaar de tijd te geven om de door ING verstrekte leningen af te lossen.

In eerste aanleg heeft de kantonrechter de vorderingen van de curator afgewezen.

Door de wederpartij van de schuldenaar – de adviseur – werd betoogd dat het aangaan van de overeenkomst een verplichte rechtshandeling was. Reden hiervoor zou zijn dat ING als voorwaarde zou hebben gesteld dat de adviseur zou worden ingeschakeld. Het hof gaat hier terecht niet in mee en overweegt dat als de bank al als voorwaarde zou hebben gesteld dat de adviseur zou worden ingeschakeld, dit nog niet een rechtsplicht opleverde om hem inderdaad in te schakelen.

Het beroep op artikel 42 Fw slaagt ook in hoger beroep niet. Het hof oordeelt dat geen sprake is van benadeling van schuldeisers. In dit kader overweegt het hof in de eerste plaats dat de adviseur daadwerkelijk de diensten heeft geleverd die de tegenprestatie vormen voor de betalingen. Het hof acht het ‘niet onwaarschijnlijk’ dat mede dankzij de inspanningen van de adviseur nog betalingen aan andere schuldeisers konden worden gedaan.

Daarnaast acht het hof relevant dat de betalingen werden gedaan uit huuropbrengsten die

ING toekwamen op grond van een pandrecht. Ook als de betalingen niet zouden hebben plaatsgevonden, zouden de gelden dus niet beschikbaar zijn geweest voor verhaal door de gezamenlijke schuldeisers, enkel voor ING. ING had bovendien ingestemd met de betalingen. De conclusie van het hof dat er daarom geen sprake is van benadeling lijkt wat kort door de bocht. Als ING als gevolg van de betaling een grotere ongesecureerde (rest)vordering overhoudt, daalt de (potentiële) uitkering aan de overige concurrente schuldeisers.

Ook het beroep op artikel 47 Fw wordt afgewezen. Volgens het hof is niet gebleken dat de betalingen het gevolg zijn van samenspanning. Het feit dat de adviseur op de hoogte was van de financiële situatie van de schuldenaar acht het hof hiervoor terecht niet voldoende. Volgens het hof was het doel van de aanstelling – en daarmee ook de betalingen – juist het beperken van de schade voor de schuldeisers.

J.F. Fliek, februari 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 20-07-2021
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:6965
Zaaknummer: 200.277.319 en 7607667
Rechters: H.L. Wattel, L.M. Croes en J. Israël
Advocaten: N.J.H. Leferink en J.M. Wagenaar
Wetsartikelen: art. 42 Fw en art. 47 Fw

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid van (feitelijk) bestuurders: omvang boedeltekort voldoende betwist?

Bestuurders betwisten omvang boedeltekort onvoldoende gemotiveerd; tardief stellen advocaat na anticipatie curator leidt niet tot ontslag van instantie (art. 127 jo. 353 Rv).

De bestuurder en een medebeleidsbepaler ('de bestuurders') van een failliet restaurant worden in eerste aanleg veroordeeld tot betaling van het tekort in het faillissement op grond van artikel 2:248 BW. De rechtbank veroordeelt de bestuurders tot betaling van een voorschot van€ 150.000.

De bestuurders gaan in hoger beroep. Zij maken geen bezwaar tegen de in eerste aanleg vastgestelde aansprakelijkheid. Het verweer beperkt zich tot de vraag naar de hoogte van het boedeltekort en het voorschot dat op basis daarvan kan worden toegewezen. Volgens de bestuurders bedraagt het faillissementstekort minder dan € 150.000.

De curator stelt zowel in eerste aanleg als in hoger beroep gemotiveerd dat de omvang van het faillissementstekort circa € 330.000 bedraagt. Het faillissementstekort bestaat voor een belangrijk gedeelte uit belastingschulden. De bestuurders stellen zich op het standpunt dat de omvang van de belastingschulden niet vaststaat. Uit de producties blijkt dat zij de belastingaanslagen hebben bestreden. Volgens het hof kan evenwel niet worden aangenomen dat dit tot een aanzienlijke vermindering van de aanslagen zal leiden. De bezwaren hebben immers niet het gewenste resultaat opgeleverd. Daarnaast heeft de curator erop gewezen dat de omvang van het boedeltekort ook wordt bepaald door andere schulden dan belastingschulden. De bestuurders hebben dat niet weersproken.

Nu de bestuurders onvoldoende gemotiveerd betwist hebben dat de omvang van het boedeltekort nog steeds groter is dan het toegekende voorschot, ziet het hof geen reden om het door de rechtbank toegekende voorschot te verlagen. In de gegeven omstandigheden acht het hof een voorschot van € 150.000 redelijk.

Opvallend is overigens dat de curator zich (preliminair) op het standpunt stelde dat het hof de

curator van appelinstantie moest ontslaan. Reden daarvoor is dat de advocaat van bestuurders zich pas ná het verstrijken van de ambtshalve peremptoir gestelde termijn heeft gesteld. Volgens het hof is er geen rechtsregel die zich ertegen verzet het stellen van de procesvertegenwoordiger dan alsnog toe te staan. Zie in dit kader artikel 127 lid 2 Rv juncto artikel 353 Rv.

S.W.M. Kessels, februari 2022

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 18-01-2022
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:110
Zaaknummer: 200.282.710_01
Rechters: J.P. de Haan, Y.L.L.A.M. Delfos-Roy en H.R. Quint
Advocaten: C.C.J. Aarts en M.J. Blommaert
Wetsartikelen: 2:248 BW, 127 Rv en 353 Rv

RECHTSPRAAK

De vader van een bestuurder is niet aansprakelijk voor het ter beschikking stellen van een bankrekening aan de vennootschap

De vader is geen feitelijk beleidsbepaler door het ter beschikking stellen van de bankrekening en inventaris. Ook is hij niet aansprakelijk jegens de schuldeisers voor het ter beschikking stellen van de bankrekening en heeft de curator niet aannemelijk gemaakt dat de vader gelden heeft onttrokken aan de bankrekening.

Grupo Surte B.V. dreef een restaurant. Op 16 augustus 2016 is het faillissement van de vennootschap uitgesproken. De bestuurders van de vennootschap zijn aansprakelijk gehouden voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW, omdat een fors bedrag is onttrokken aan de vennootschap (Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:110).

In deze procedure spreekt de curator de (erfgenamen van de) vader van een van de bestuurders aan. De bankrekening die de vennootschap gebruikte, waarop de pinbetalingen werden ontvangen en vanaf welke rekening de gelden aan de vennootschap zijn onttrokken, stond op naam van de vader. De vader heeft verklaard dat de bankrekening op zijn naam stond, omdat de zoon in het verleden failliet was verklaard. De zoon had hem verteld dat hij daardoor geen bankrekening kon openen.

De curator stelt de vader primair aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW als beleidsbepaler. Subsidiair stelt de curator dat het ter beschikking stellen van de bankrekening aan de vennootschap onrechtmatig is tegenover de schuldeisers, althans dat de vader geld heeft onttrokken aan de vennootschap. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen, waarop hij hoger beroep heeft ingesteld.

Het hof overweegt dat de vader geen feitelijk beleidsbepaler was in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW. De vader heeft een betaalrekening en de inventaris van het restaurant ter beschikking gesteld aan de vennootschap, maar dit zijn geen bestuursdaden. Ook het wekelijks dineren in

het restaurant is geen daad van bestuur. Omdat de curator verder niet concreet heeft aangevoerd waaruit zou blijken dat de vader bestuursdaden heeft verricht, kan hij niet worden gekwalificeerd als feitelijk beleidsbepaler.

Verder overweegt het hof dat de zoon de gelden niet onttrokken heeft aan de vennootschap als gevolg van het ter beschikking stellen van de betaalrekening aan de vennootschap. De betaalrekening was bedoeld en fungeerde als zakelijke rekening van de vennootschap. De vader was mogelijk tegenover de bank verantwoordelijk voor het gebruik dat met de betaalrekening werd gemaakt, maar niet tegenover de schuldeisers. De curator heeft geen concrete feiten of omstandigheden gesteld op basis waarvan de vader toezicht moest houden op het gebruik van de bankrekening of het gebruik moest beëindigen. Ook voor het beschikbaar stellen van de bankrekening aan de vennootschap is de vader dus niet aansprakelijk jegens de schuldeisers.

Het hof oordeelt verder dat de curator onvoldoende heeft gesteld om aan te nemen dat de vader geld heeft onttrokken aan de bankrekening. Het enkele feit dat de rekening op naam van de vader stond, leidt niet tot een vermoeden dat de vader het geld aan de vennootschap heeft onttrokken. Er zijn ook geen concrete aanwijzingen dat de vader dit heeft gedaan. Volgens de curator zou de zoon hebben gezegd dat zijn ouders privé-uitgaven hebben verricht vanaf de rekening, maar deze verklaring van de zoon is niet gedocumenteerd en kennelijk niet op betrouwbaarheid onderzocht. Volgens de curator zou meer dan € 70.000 zijn uitgegeven in casino's, maar de curator heeft niet aannemelijk gemaakt dat de vader, die ouder was dan 70 jaar en door de ernstige longaandoening COPD op de hulp van anderen was aangewezen, casino's bezocht. Omdat de curator geen concrete aanknopingspunten heeft aangevoerd om aan te nemen dat de vader gelden aan de rekening heeft onttrokken, wijst het hof ook deze vordering van de curator af.

H.J. de Kloe, februari 2022

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 01-02-2022
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:243
Zaaknummer: 200.277.545_01
Rechters: W.J.J. Los, L.S. Frakes en C.B.M. Scholten van Aschat
Advocaten: M.J. Blommaert en W.P.G. Verstappen
Wetsartikelen: 2:248 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Rechtbank verlengt inbewaringstelling bestuurder voor de tweede en derde keer

De bestuurder van de failliete vennootschap De Zwart Services B.V. verstrekt onvoldoende inlichtingen aan de curator en wil ook niet zijn telefoon afgeven waarop administratie van de vennootschap staat. De inbewaringstelling wordt twee keer verlengd.

De Zwart Services B.V., tevens handelend onder de naam Nederlandse Energie Collect, is op 24 augustus 2021 in staat van faillissement verklaard. De bestuurder van de vennootschap is op 27 oktober 2021 in verzekerde bewaring gesteld wegens schending van zijn inlichtingenplicht. De termijn van de inbewaringstelling is bij beschikking van 23 november 2021 met dertig dagen verlengd. Op 21 december 2021 en 21 januari 2022 verlengt de rechtbank de inbewaringstelling opnieuw met dertig dagen. Deze twee uitspraken zijn het onderwerp van deze samenvatting.

De curator heeft aangevoerd dat de bestuurder uitsluitend enkele facturen en een verklaring dat de failliet onroerende zaken heeft gehuurd heeft verstrekt. Verder is er een laptop bezorgd bij de curator, maar daarop staat nauwelijks informatie. Familie van de bestuurder zou bezig zijn met het opstellen van jaarcijfers. De curator heeft echter nog geen administratie ontvangen. Hij kan daarom niet reconstrueren wat er is gebeurd.

De bestuurder stelt dat hij tijdens zijn bewaring niet meer informatie kan verstrekken. Daarvoor zal hij eerst in vrijheid gesteld moeten worden. Verder stelt hij psychiatrisch belast te zijn.

In de uitspraak van 21 december 2021 (ECLI:NL:RBOVE:2021:4946) overweegt de rechtbank dat de bestuurder heeft verklaard dat er meer informatie beschikbaar is. De bestuurder stelt dat hij zelf die informatie moet ophalen, maar hij kan ook anderen opdracht geven dit te doen. Hij had ook een lijst kunnen verstrekken aan de curator met namen van partijen waarmee hij zaken heeft gedaan. Verder is de bestuurder volgens de rechtbank in staat informatie te verstrekken over het reilen en zeilen van de onderneming.

De rechtbank ziet in de psychische toestand van de bestuurder geen aanleiding om de inbewaringstelling niet te verlengen. In het verleden heeft de bestuurder vanwege het gebruik van lachgas kortdurend psychotische klachten gehad. Omdat hij in het huis van bewaring geen lachgas kan gebruiken, is dat thans niet aan de orde.

In het verlengingsverzoek dat heeft geleid tot de uitspraak van 21 januari 2022 (ECLI:NL:RBOVE:2022:218) stelt de curator dat de bestuurder geen nadere informatie heeft verstrekt. Wel heeft hij kort voor de zitting stukken gestuurd naar de curator, maar de curator heeft nog geen tijd gehad de stukken te bestuderen. Voor zover de curator hier al wel naar heeft kunnen kijken, lijkt het erop dat de administratie verre van compleet is. De overhandigde stukken roepen alleen maar meer vragen op. De curator meent dat de inbewaringstelling moet worden verlengd, omdat de onderneming in anderhalf jaar tijd een kasstroom heeft gehad van € 4,3 miljoen, terwijl de curator geen redelijke verklaring heeft ontvangen over de ontvangst en uitgave van deze bedragen.

De rechtbank verlengt nogmaals de inbewaringstelling met dertig dagen. De bestuurder heeft de stukken die hij aan de curator heeft verstrekt naar eigen zeggen in minder dan een uur tijd met zijn telefoon kunnen verzamelen. Kennelijk is het voor de bestuurder dus eenvoudig om tijdens zijn bewaring informatie te verzamelen. De bestuurder wil zijn telefoon en code niet afgeven aan de curator, terwijl hij daartoe wel verplicht is op grond van artikel 105a jo. 106 Fw.

De bestuurder heeft aangevoerd dat hij geen antwoord wil geven op vragen van de curator, omdat de curator het voornemen zou hebben aangifte te doen. De rechtbank overweegt dat zij in haar beschikking van 20 oktober 2021, in het kader van het nemo-teneturbeginsel, heeft overwogen dat de te verstrekken informatie uitsluitend gebruikt mag worden door de curator voor de afwikkeling van het faillissement. Dat de bestuurder mogelijk strafbare feiten erkent, is dus geen reden om de informatie niet te verschaffen.

H.J. de Kloe, februari 2022

Instantie: Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak: 21-01-2022
ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:218
Zaaknummer: 276049 FT RK 22/17
Rechters: E. Venekatte, A.E. Zweers en A.M. van Diggele
Advocaten: H. Versluis en J.S.W. Boorsma
Wetsartikelen: 87 Fw, 105 Fw, 105a Fw en 106 Fw

RECHTSPRAAK

Toewijzing afkoelingsperiode omdat verzoeker een samenwerking wil aangaan om de continuïteit van de onderneming te waarborgen

De schuldenaar wil het akkoord financieren met de overwaarde van zijn woning en de toekomstige opbrengsten van de onderneming. Hij is in gesprek over een samenwerking met een leverancier, waarmee de continuïteit van de onderneming gewaarborgd kan worden. De rechtbank kondigt daarom een afkoelingsperiode af.

Een natuurlijk persoon drijft een eenmanszaak en verzoekt op grond van artikel 376 Fw om afkondiging van een afkoelingsperiode. Hij heeft toegezegd uiterlijk binnen twee maanden een WHOA-akkoord aan te bieden. Dat akkoord wil hij financieren met de overwaarde van zijn woning en de toekomstige opbrengsten van zijn onderneming. Hij heeft een TOA-krediet aangevraagd voor betaling van de herstructureringskosten. Verzoeker heeft een schuldenlast van ongeveer € 630.000, waarvan € 170.000 aan de Belastingdienst. De Belastingdienst heeft executoriaal beslag gelegd op de onverdeelde helft van de woning. Verzoeker heeft ook een schuld van € 250.000 die opeisbaar is omdat hij niet heeft voldaan aan een betalingsregeling die is vastgelegd in een door de rechtbank Den Haag opgemaakt proces-verbaal.

De rechtbank overweegt dat verzoeker aannemelijk heeft gemaakt dat de lopende verplichtingen gedurende vier maanden voldaan kunnen worden. Een afkoelingsperiode is noodzakelijk om de onderneming te kunnen voortzetten. Op die manier wordt voorkomen dat verzoeker wordt overspoeld met verhaalsacties, waaronder een reeds aangezegde faillissementsaanvraag. Het is ook belangrijk dat geen beslag wordt gelegd op de bankrekening en voorraden van verzoeker.

Verzoeker heeft aangevoerd dat met een akkoord een faillissement kan worden voorkomen. In dat geval gaat de goodwill verloren. Verzoeker is in overleg met een leverancier om samen te werken. Als die samenwerking van de grond komt, vergroot dat de waarde en levensvatbaarheid van de onderneming.

De rechtbank overweegt dat de meerwaarde van het akkoord voor de schuldeisers met name is gelegen in de continuïteit van de onderneming. Daarvoor is de samenwerking met de nieuwe leverancier essentieel. Verzoeker heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat de onderneming toekomstbestendig is als het lukt deze samenwerking aan te gaan. Zonder faillissement zal die samenwerking niet van de grond komen. De afkoelingsperiode is daarom in het belang van de schuldeisers.

De rechtbank kondigt de afkoelingsperiode af voor de duur van vier maanden, maar treft wel een voorziening. Het IMK zal onderzoek doen naar de levensvatbaarheid van de onderneming. Of het akkoord daadwerkelijk in het belang is van de schuldeisers, moet mede blijken uit dit onderzoek. Verzoeker moet daarom na twee maanden de rechtbank informeren, onder andere over de stand van zaken met betrekking tot de samenwerking met de leverancier en het levensvatbaarheidsonderzoek.

H.J. de Kloe, februari 2022

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 05-08-2021
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:15535
Zaaknummer: C/09/614770 / FT RK 21/590 HO
Rechters: R. Cats, A.E. de Vos en P.J. Neijt
Advocaten: A.W. Hooijen
Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA niet van toepassing, omdat verzoeker privéschulden wil saneren

Met het aan te bieden akkoord wil verzoeker zijn privéschulden saneren. Hij exploiteert weliswaar een onderneming in een onroerende zaak die van hem en zijn echtgenote is, maar kan die onderneming ook op een andere locatie exploiteren. Verzoeker is daarom niet-ontvankelijk in zijn verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode.

Een natuurlijk persoon verzoekt op grond van artikel 376 Fw om de afkondiging van een afkoelingsperiode voor de duur van vier maanden. Verzoeker heeft toegezegd binnen twee maanden een WHOA-akkoord aan te bieden. Schuldeisers die als hypotheekhouder of beslaglegger rechten kunnen doen gelden op roerende zaken van verzoeker (en zijn echtgenote), zijn in de gelegenheid gesteld een zienswijze te geven. Zes schuldeisers hebben van deze mogelijkheid gebruikgemaakt.

Verzoeker exploiteerde tot de coronacrisis via een bv een hotel en partycentrum. De bv is op 8 april 2021 failliet verklaard. Thans heeft verzoeker een eenmanszaak die zich richt op de bezorging van maaltijden. De maaltijden worden bereid in het pand waarin voorheen het hotel was gevestigd. Het pand is eigendom van verzoeker en zijn echtgenote. De ondeneming is winstgevend. Verzoeker wil het hotel verbouwen om er een woon-zorgcomplex van te maken voor ouderen met een islamitische achtergrond.

Het vermogen van de onderneming is verweven met het privévermogen van verzoeker. Verzoeker heeft het hotelpand en een aantal andere onroerende zaken in eigendom. Diverse hypthecaire schuldeisers willen overgaan tot uitwinning van de onroerende zaken en meerdere schuldeisers hebben beslag gelegd. Een schuldeiser heeft aangekondigd het faillissement aan te vragen. Verzoeker wil met de verkoop van een aantal onroerende zaken zijn schulden voldoen, zodat zijn onderneming kan worden voortgezet in het hotelpand. Om dit mogelijk te maken is het volgens verzoeker nodig dat een afkoelingsperiode wordt

afgekondigd.

Diverse schuldeisers concluderen tot afwijzing van het verzoek, omdat het akkoord dat verzoeker wil aanbieden ziet op privéschulden en omdat verzoeker niet in een pre-insolventietoestand zou verkeren omdat hij zijn lopende verplichtingen niet voldoet.

De rechtbank overweegt dat het aan te bieden akkoord uitsluitend ziet op betalings- en financieringsproblemen van verzoeker in privé. Het enkele feit dat een herstructurering van het privévermogen van verzoeker nodig is om de onderneming te kunnen voortzetten in het hotelpand is onvoldoende. De onderneming kan ook geëxploiteerd worden vanuit een andere locatie dan het hotelpand. Verder kan verkoop van het hotelpand mogelijk worden voorkomen met een (executie)kortgeding. Omdat verzoeker slechts zijn privéschulden wil saneren met het akkoord, is de WHOA op grond van artikel 369 lid 1 Fw niet van toepassing en is hij niet-ontvankelijk in zijn verzoek.

H.J. de Kloe, februari 2022

Instantie: Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak: 13-01-2022
ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:171
Zaaknummer: 397564
Rechters: A.E. de Vos, R.P. van Eerde en B.A. Cnossen
Advocaten: T.H. Roelen en M.D.B. Stap
Wetsartikelen: 369 Fw en 376 Fw

RECHTSPRAAK

Begrafenispolis blijft buiten faillissement

De Hoge Raad oordeelt dat een begrafenispolis op grond van artikel 7:976 BW buiten faillissement blijft voor zover deze niet excessief is en verbiedt de curator over te gaan tot afkoop van de polis.

Een gefailleerde heeft de rechter-commissaris op grond van artikel 69 Fw verzocht de curator te verbieden uitvoering te geven aan zijn voornemen om zijn begrafenispolis af te kopen. De rechter-commissaris heeft het verzoek afgewezen. De rechtbank heeft deze beslissing bekrachtigd.

De Hoge Raad overweegt dat artikel 7:976 BW bepaalt dat een begrafenispolis buiten het faillissement blijft. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat dit het geval is voor zover de verzekering niet excessief is. Omdat de curator zich niet op het standpunt heeft gesteld dat de verzekering excessief is, verbiedt de Hoge Raad de curator over te gaan tot afkoop van de begrafenispolis.

H.J. de Kloe, februari 2022

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 28-01-2022
ECLI: ECLI:NL:HR:2022:105
Zaaknummer: 21/01320
Rechters: G. de Groot, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff en G.C. Makkink
Advocaten: K. Aantjes
Wetsartikelen: 20 Fw en 7:976

RECHTSPRAAK

Verzoekers niet-ontvankelijk in WHOA-verzoek tot aanwijzing herstructureringsdeskundige en afkondiging afkoelingsperiode

Een VOF en twee vennoten verzoeken om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en afkondiging van een afkoelingsperiode. Verzoekers zijn niet-ontvankelijk. Het vermogen van de VOF is vereffend en een van de vennoten is uitgetreden, zodat de VOF niet meer bestaat. Verzoeker 2 drijft geen onderneming en het verzoek ziet niet op de onderneming van verzoeker 3.

Een VOF en twee vennoten verzoeken om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en afkondiging van een afkoelingsperiode. Een aantal schuldeisers die het failissement van verzoekers hebben verzocht, zijn in de gelegenheid gesteld hun zienswijze te geven op dit verzoek en hebben van die gelegenheid gebruikgemaakt.

Op 22 september 2020 is een van de vennoten, 'verzoeker 3', uitgetreden als vennoot. Vanaf 28 oktober 2020 is verzoeker 3 een eenmanszaak gaan drijven. De andere vennoot, 'verzoeker 2', heeft het bedrijf van de VOF voortgezet als eenmanszaak. Door persoonlijke omstandigheden en de coronacrisis zijn de bedrijfsactiviteiten 'nagenoeg opgedroogd'. Per 31 december 2020 is de huurovereenkomst ten aanzien van het bedrijfspand beëindigd en heeft verzoeker 2 de onderneming voortgezet op zijn woonadres.

De rechtbank overweegt dat de WHOA op grond van artikel 369 lid 1 Fw niet van toepassing is op een natuurlijk persoon die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent. Omdat verzoeker 2 geen wezenlijke bedrijfsactiviteiten meer ontplooit, is hij niet-ontvankelijk in zijn verzoek. Verzoeker 3 exploiteert wel een onderneming, maar niet de onderneming waarop het verzoek ziet. Ook verzoeker 3 is daarom niet-ontvankelijk. De VOF is ook niet-ontvankelijk, omdat de vennoten afspraken hebben gemaakt over de verdeling en vereffening van de VOF en verzoeker 3 is uitgetreden. De VOF bestaat daarom niet meer en is ook niet-ontvankelijk in het verzoek.

H.J. de Kloe, februari 2022

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant
Datum uitspraak: 22-01-2021
ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2021:6514
Zaaknummer: 380989 HO RK 21-2, 381337 HO RK 21-31 en 381338 HO RK 21-32
Rechters: M.D.E. Leppens, A.E. de Vos en V.G.T. van Emstede
Advocaten: mr. J. van den Dolder
Wetsartikelen: 369 Fw, 371 Fw en 376 Fw

RECHTSPRAAK

Oplegging civielrechtelijk bestuursverbod op basis van schikking curator en bestuurder

De bestuurder heeft voor het doel van de schikking erkend aansprakelijk te zijn op grond van artikel 2:248 BW. De rechtbank legt, conform de afspraak tussen partijen, een bestuursverbod op voor de duur van vijf jaar.

De bestuurder van de failliete vennootschap Beplatings Groep Nederland B.V. en de curator van deze vennootschap hebben een schikking getroffen, waarin opgenomen is dat de bestuurder voor het doel van de schikking erkent aansprakelijk te zijn op grond van artikel 2:248 BW. De bestuurder heeft ingestemd met de oplegging van een civielrechtelijk bestursverbod voor de duur van vijf jaar. De rechtbank oordeelt daarom dat is voldaan aan de voorwaarde van artikel 106a lid 1 aanhef en onder a Fw voor oplegging van een bestuursverbod. De rechtbank legt de bestuurder een bestuursverbod op voor de duur van vijf jaar vanaf het moment dat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan.

H.J. de Kloe, februari 2022

Instantie: Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak: 23-12-2020
ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2020:4826
Zaaknummer: 239117 HA ZA 19-485
Rechters: M.L.J. Koopmans
Advocaten: N.J.H. Leferink en J.M. Wagenaar
Wetsartikelen: 2:248 BW en 106a Fw

RECHTSPRAAK

Verlenging afkoelingsperiode WHOA producent en verkoper duurzame kleding

Aandeelhouders en andere financiers willen niet de benodigde financiering verstrekken voor een reorganisatieakkoord, zodat de vennootschap een liquidatieakkoord wil aanbieden. Om dit mogelijk te maken verlengt de rechtbank de afkoelingsperiode met vier maanden.

Een vennootschap produceert en verkoopt duurzame kleding. De rechtbank heeft op 13 september 2021 een afkoelingsperiode afgekondigd ten aanzien van de vennootschap voor de duur van vier maanden op grond van artikel 376 Fw (INS 2022-0029). In deze procedure verzoekt de vennootschap om verlenging van de afkoelingsperiode voor (opnieuw) de duur van vier maanden. De vennootschap heeft besloten geen reorganisatieakkoord aan te bieden, maar een liquidatieakkoord. Voor een reorganisatieakkoord zou nieuw kapitaal nodig zijn en de aandeelhouders en andere financiers willen dat niet verstrekken.

De vennootschap wil door middel van een liquidatieverkoop de voorraad verkopen en zich daarop concentreren, zonder te hoeven vrezen voor een faillissementsaanvraag, wat betalingen aan mkb-schuldeisers waarschijnlijk onmogelijk zou maken. Het faillissement zou aangevraagd kunnen worden door de verhuurder van een winkel. Dat is de enige schuldeiser die zich (nog) niet heeft geconformeerd aan het akkoord. De vennootschap is nog in onderhandeling over beëindiging van de huurovereenkomst per eind januari 2022. Als partijen niet tot overeenstemming komen, wil de vennootschap het akkoord versneld aanbieden zodat de huurovereenkomst als onderdeel van het akkoord beëindigd kan worden.

De rechtbank overweegt dat de vennootschap de nodige stappen heeft gezet om het akkoord voor te bereiden. Schuldeisers zijn geïnformeerd, de voorraad wordt verkocht tegen reguliere prijzen, er is overeenstemming bereikt met het personeel over beëindiging van de arbeidsovereenkomsten en één huurderovereenkomst is inmiddels beëindigd. Uit de financiële prognose blijkt dat het akkoord tot een beter resultaat leidt voor schuldeisers dan een faillissement. De rechtbank verlengt daarom de afkoelingsperiode met de maximale termijn van vier maanden.

H.J. de Kloe, februari 2022

Instantie: Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 10-01-2022
ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:80
Zaaknummer: C/13/711349 / FT RK 21.1033
Rechters: A.E. de Vos, M.D.E. Leppens en M.C. Bosch
Advocaten: S.F. Dobbelaar
Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Faillietverklaring op verzoek van een aandeelhouder

Een aandeelhouder vraagt het faillissement aan als schuldeiser. De aandeelhouder meent dat het faillissement in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, mede vanwege het rechtmatigheidsonderzoek van de curator.

Kinina Beheer B.V. ('Kinina') vraagt het faillissement aan van WPM Holding B.V. ('WPM'), een vennootschap waarvan Kinina 50% van de aandelen houdt en bestuurder is. Omdat het niet is gelukt een algemene vergadering bijeen te roepen en het bestuur opdracht te geven voor het aanvragen van het faillissement, vraagt Kinina het faillissement aan als schuldeiser. Kinina doet daarbij afstand van haar pandrecht op de vorderingen van WPM op de andere aandeelhouder. Kinina meent dat het faillissement in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, mede vanwege het rechtmatigheidsonderzoek dat plaatsvindt tijdens faillissement. WPM is niet verschenen. De rechtbank oordeelt dat aan de voorwaarden voor de faillietverklaring is voldaan en spreekt het faillissement uit.

H.J. de Kloe, februari 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 20-01-2022
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:351
Zaaknummer: 21.453 FT RK
Rechters: C.G.E. Prenger
Advocaten: W.P. Groenendijk
Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Een faillissementsverzoek is geen eis in de hoofdzaak voor leggen conservatoir beslag

Een faillissementsverzoek kan niet leiden tot een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling. Het faillissementsverzoek is dus geen eis in de hoofdzaak in de zin van artikel 700 lid 3 Rv.

Een schuldeiser vraagt verlof tot het leggen van conservatoir beslag. Primair stelt hij dat een faillissementsverzoek dat hij heeft ingediend een eis in de hoofdzaak is in de zin van artikel 700 lid 3 Rv. Subsidiair verzoekt hij te bepalen dat binnen een termijn van zes weken een eis in de hoofdzaak moet worden ingesteld. Hij verwacht dat het faillissementsverzoek binnen die periode is toegewezen.

De voorzieningenrechter oordeelt dat een faillissementsverzoek geen eis in de hoofdzaak in de zin van artikel 700 lid 3 Rv is. Een faillissementsvonnis leidt immers niet tot een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling. De termijn verleent het verzochte verlof, maar bepaalt de termijn voor het instellen van de eis in de hoofdzaak op vier weken.

H.J. de Kloe, februari 2022

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak: 14-01-2022
ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2022:69
Zaaknummer: C/01/378242 / BP RK 22-9
Rechters: E. Loesberg
Advocaten: E. van der Kolk
Wetsartikelen: 700 Rv en 704 Rv

RECHTSPRAAK

WHOA: afkoelingsperiode van twee maanden, ambtshalve aanwijzing observator

Rechtbank gelast een afkoelingsperiode van twee maanden en wijst een observator aan. Rechtbank draagt de observator op binnen twee weken een kostenbegroting over te leggen van zijn werkzaamheden en van eventuele door hem te raadplegen derden.

Een vennootschap actief in de aanleg van grondbekabeling verzoekt de rechtbank een afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 376 Fw te gelasten voor een periode van twee maanden. Een natuurlijk persoon is enig bestuurder en aandeelhouder van de vennootschap.

De onderneming is sinds 2004 (aanvankelijk als eenmanszaak) actief. Ondanks een gestage groei in opdrachten, personeel en omzet, kampte de onderneming met problemen. Dit had een aantal oorzaken. Een in 2019 aangenomen opdracht bleek mede door niet goed functionerend personeel, diverse investeringen en slechte leiding van het project niet rendabel. Bovendien miste de ondernemer voldoende boekhoudkundig en organisatorisch inzicht. Een en ander heeft ertoe geleid dat in 2020 een fors verlies is geleden; hierdoor is de schuldenlast aanzienlijk. Het pensioenfonds dreigt het faillissement van verzoekster aan te vragen.

Verzoekster is al enige tijd bezig met de voorbereiding van een akkoord. In dat kader heeft zij een schuldhulpadviseur in de arm genomen en maatregelen genomen om kosten te besparen en tot afspraken met schuldeisers te komen. Verzoekster heeft bovendien met een aantal opdrachtgevers mantelovereenkomsten gesloten, zodat een zekere omzet kan worden verwacht. De (toekomstige) inkomsten worden (deels) aangewend om een prognoseakkoord aan te kunnen bieden.

De rechtbank overweegt dat summierlijk is gebleken dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door verzoekster gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten. Het pensioenfonds dreigt met een faillissementsaanvraag en is bereid rechtsmaatregelen op te schorten zolang op het verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode nog niet is beslist. Indien het faillissement

wordt aangevraagd, kan dit tot gevolg hebben dat verzoekster failliet wordt verklaard voordat zij het akkoord heeft kunnen aanbieden.

Verzoekster heeft naar het oordeel van de rechtbank voldoende aannemelijk gemaakt dat de belangen van de schuldeisers met een afkoelingsperiode zijn gediend. Met een akkoord zal naar verwachting een hogere uitkering aan de schuldeisers kunnen plaatsvinden dan in geval van een faillissement. Bovendien zal in geval van faillissement de opbrengst van de activa vermoedelijk grotendeels opgaan aan de algemene faillissementskosten. Dat degenen die de bevoegdheid hebben tot het nemen van verhaal op het vermogen van verzoekster door het uitspreken van de gevraagde afkoelingsperiode wezenlijk in hun belangen zullen worden geschaad, is niet gebleken en de rechtbank acht dit ook niet aannemelijk. De rechtbank wijst een afkoelingsperiode van twee maanden toe.

De rechtbank ziet evenwel aanleiding een observator als bedoeld in artikel 376 lid 9 Fw aan te stellen om toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Hoewel verzoekster heeft gesteld dat de kosten van een observator drukken op het budget en daarmee de betalingen aan de crediteuren verminderen, staat verzoekster niet onwelwillend tegen aanstelling van een observator.

De rechtbank acht daarbij van belang dat de schuldenlast bestaat uit schulden van de eenmanszaak (dus feitelijk privéschulden) en schulden van verzoekster. Ook moet bezien worden of de liquiditeitsprognose wordt gerealiseerd en of aan lopende verplichtingen kan worden voldaan. Ook het aangekondigde aanbod aan de schuldeisers behoeft aandacht van de observator, omdat het uitsluitend uitgaat van de huidige prognose over een periode van 36 maanden, waarbij extra baten niet worden aangewend ten gunste van de schuldeisers.

Vooruitlopend op de definitieve begroting van de observator stelt de rechtbank een voorschot vast, zodat de observator direct kan beginnen met zijn werkzaamheden nadat dit voorschot is betaald.

J. van den Dolder, februari 2022

Instantie: Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak: 06-01-2022
ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:134
Zaaknummer: 396971
Rechters: J.H. Steverink, B.R.M. de Bruijn en B.A. Cnossen
Advocaten: B. Bijlsma

Wetsartikelen: 376 Fw en 380 Fw