INS INSOLVENTIERECHT UPDATES

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 5, 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:2022:328 25-02-2022

Vorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen vallen buiten het bereik van de WHOA. Met wenk
De Hoge Raad beantwoordt de prejudiciële vraag of vorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds voor achterstallige pensioenpremies binnen de reikwijdte van artikel 369 lid 4 Fw vallen ontkennend.

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:366 10-02-2022

Hoger beroep tegen faillietverklaring drietal vennootschappen
Het hoger beroep tegen de faillietverklaring van een drietal vennootschappen slaagt in ieder geval niet ten aanzien van twee van de vennootschappen.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:9564 12-10-2021

Hof laat oordeel rechtbank dat levering jacht met verrekening van de koopprijs paulianeus is in stand. Met wenk
Naar het oordeel van het hof is sprake van schuldeisersbenadeling. Schuldeisers zijn ook benadeeld voor het deel van de koopprijs dat wel is betaald. Dit bedrag is gebruikt voor het betalen van personeel, maar het bedrag is niet beschikbaar voor de gezamenlijke schuldeisers.

Rechtbank

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:1450 25-02-2022

Homologatieakkoord onder WHOA van voetbalclub ADO Den Haag
In dit vonnis wordt het onderhands akkoord dat door voetbalclub ADO Den Haag op grond van de WHOA is aangeboden, gehomologeerd. Twee verzoeken tot afwijzing van het verzoek worden verworpen.

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:580 23-02-2022

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 lid 2 BW en matiging op grond van artikel 6:109 BW
Deze zaak staat in het teken van bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement wegens schending van de administratieplicht. Daarbij doet de rechtbank een interessante overweging ter zake van matiging op grond van artikel 6:109 BW.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:1359 23-02-2022

Afdrachtverplichting Duitse bank N26 € 65.000 omdat failliet tijdens faillissement een bankrekening heeft geopend
Tijdens faillissement heeft de schuldenaar een bankrekening geopend. Op deze rekening is ongeveer € 65.000 ontvangen. Van dit bedrag staat minder dan € 1.000 nog op de rekening. De bank moet de ontvangen bedragen betalen aan de curator.

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:540 23-02-2022

Bestuurder en feitelijk beleidsbepaler aansprakelijk op de voet van artikel 2:248 lid 2 BW
De aangevoerde andere belangrijke oorzaken van het faillissement zijn te wijten aan het handelen van de aangesproken bestuurders en kunnen daarmee niet dienen ter ontzenuwing van het causaliteitsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW.

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:541 16-02-2022

(Indirect) bestuurders niet aansprakelijk (art. 2:248 BW) voor het onderbrengen van activiteiten in een andere entiteit
Het handelen van de bestuurders is niet kennelijk onbehoorlijk, nu de 'verhangen' activiteit eerder als risico dan als 'kip met de gouden eieren' werd beschouwd.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:1023 10-02-2022

WHOA: voorwaardelijk en onvoorwaardelijk uitgebrachte stemmen
In dit vonnis beoordeelt de rechtbank of de stem van de Belastingdienst als een onvoorwaardelijk uitgebrachte stem kwalificeert. De rechtbank concludeert dat sprake is van een onvoorwaardelijke stem en homologeert het akkoord.

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2022:878 02-02-2022

Aansprakelijkheid van bestuurder voor het boedeltekort: artikel 2:248 BW
De bestuurder van een failliete vennootschap wordt aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort, omdat de bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en het aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:248 BW).

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:166 18-01-2022

WHOA: afkoelingsperiode en betalingssysteem met Rabobank voor het stellen van vervangende zekerheid
Rechtbank stelt voorwaarden aan afkoelingsperiode jegens bank als bedoeld in artikel 376 lid 7 Fw.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2021:6917 01-11-2021

WHOA: ambtshalve opheffing afkoelingsperiode na intrekking homologatieverzoek
De rechtbank heft de (verlengde) afkoelingsperiode op nadat een homologatieverzoek is ingetrokken, omdat daarmee niet meer wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 376 lid 1 en 4 Fw.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2021:6918 27-07-2021

WHOA: verlenging afkoelingsperiode ex artikel 376 lid 5 Fw
Rechtbank wijst verzoek tot verlenging afkoelingsperiode toe omdat verzoekster vooruitgang heeft geboekt en aan de vereisten van artikel 376 lid 4 Fw is voldaan.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2021:6916 16-03-2021

WHOA: afkondiging afkoelingsperiode
De belangen van een derde die faillissement had aangevraagd worden niet geschaad.
De rechtbank kondigt een afkoelingsperiode af voor de duur van vier maanden.

RECHTSPRAAK

Hof laat oordeel rechtbank dat levering jacht met verrekening van de koopprijs paulianeus is in stand. Met wenk

Naar het oordeel van het hof is sprake van schuldeisersbenadeling. Schuldeisers zijn ook benadeeld voor het deel van de koopprijs dat wel is betaald. Dit bedrag is gebruikt voor het betalen van personeel, maar het bedrag is niet beschikbaar voor de gezamenlijke schuldeisers.

Deze uitspraak is het eindarrest in het hoger beroep tegen de uitspraak (Rb. Noord-Nederland 11 september 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3847), die is samengevat in INS 2020-0255 met wenk van Booms. Het geschil betrof ook in hoger beroep wederom twee vragen: (1) of de tussen YEC en Jetten gesloten schriftelijke overeenkomst en hun daaropvolgende gedragingen uitgelegd dienden te worden als een tweezijdige verklaring strekkende tot cp-levering als bedoeld in artikel 3:115 sub a BW en (2) of de overeenkomst – inclusief verrekening van een gedeelte van de koopprijs van het geleverde jacht met openstaande facturen voor vroegere verfleveranties – vernietigbaar was op grond van artikel 42 Fw.

Het hof laat de beslissing van de rechtbank in eerste aanleg in stand. De overwegingen van het hof verschillen weinig van die van de rechtbank.

Ten aanzien van vraag 1 (de levering) voegt het hof in het geheel niets nieuws toe aan de overwegingen van de rechtbank. Ten aanzien van vraag 2 (de pauliana) doet het hof wel een toevoeging, namelijk op het punt van de onderbouwing van de wetenschap van benadeling bij YEC.

De rechtbank overwoog in r.o. 4.20 dat de wetenschap dat het faillissement van Jetten met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien bij YEC aanwezig verondersteld mocht worden, vanwege een verklaring van haar bestuurder dat men er rekening mee hield dat Jetten het mogelijk 'niet zou redden'. Vervolgens overwoog de rechtbank in r.o. 4.20 dat de wetenschap dat ook het tekort in het eventuele faillissement voor YEC te voorzien was, kon worden verondersteld op basis van het (enkele) feit dat de betalingsachterstand van Jetten aan

YEC 'fors' was. Uit die forse betalingsachterstand moet YEC hebben afgeleid dat zij niet de enige schuldeiser van Jetten was, aldus de rechtbank.

Het hof gaat in r.o. 5.15 in op de wetenschap van benadeling. Ook het hof noemt de omvang van de betalingsachterstand aan YEC als een aanwijzing dat YEC – ten minste – bekend moet zijn geweest met bij Jetten bestaande financiële problemen. De voorzienbaarheid van het faillissement en met name ook het tekort in het toekomstige faillissement kleedt het hof evenwel (uitgebreider dan de rechtbank) in aan de hand van de verklaring van de bestuurder van Jetten.

Wenk

Bij zijn bespreking van de uitspraak in eerste aanleg in INS 2020-0255 was Booms kritisch over de onderbouwing die de rechtbank gaf voor de beslissing dat er als gevolg van de transactie tussen YEC en Jetten (levering van het jacht met gedeeltelijke verrekening van de koopprijs) sprake was van schuldeisersbenadeling. Het hof laat de door Booms bekritiseerde redenering van de rechtbank evenwel in stand. Wel voegt het hof er nog een extra argument aan toe. Het hof haalt in dit verband aan dat een bedrag van € 55.000 dat wél in geld door YEC aan Jetten is betaald (dus niet door verrekening) weliswaar ten goede is gekomen aan andere schuldeisers dan YEC (Jetten heeft daarvan in de laatste periode voor de faillietverklaring haar werknemers betaald), maar overweegt dat dit geld ten tijde van de faillietverklaring niet meer beschikbaar was voor de faillissementsschuldeisers.

In zijn wenk gaat Booms in detail in op de vergelijking tussen de hypothetische situatie waarin de met de pauliana aan te vallen rechtshandeling nimmer zou hebben plaatsgevonden en de werkelijke situatie. Aan de kritiekpunten die Booms in dit verband noemt, kan wellicht nog de vraag worden toegevoegd, of het wel fair is om te stellen dat de € 55.000 die YEC betaald heeft niet ten goede komt aan de faillissementsschuldeisers. Als in de laatste fase voor het faillissement geen betaling aan de werknemers meer was gedaan, was er immers een navenant grote preferente schuld in het faillissement terechtgekomen. Wellicht had het hof ook oog moeten hebben voor het feit dat de transactie tussen Jetten en YEC niet alleen het concurrente passief met € 40.000 heeft doen dalen, maar ook een preferente schuld van € 55.000 (ex art. 64 WW) heeft voorkomen.

I.F.M. Lakwijk, maart 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 12-10-2021
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:9564
Zaaknummer: 200.270.773/01
Rechters: J. Smit, G. van Rijssen en M.A.L.M. Willems
Advocaten: T.E. Heslinga en D.J. de Jongh
Wetsartikelen: 42 Fw, 3:84 BW en 3:115 aanhef en onder a BW

RECHTSPRAAK

(Indirect) bestuurders niet aansprakelijk (art. 2:248 BW) voor het onderbrengen van activiteiten in een andere entiteit

Het handelen van de bestuurders is niet kennelijk onbehoorlijk, nu de 'verhangen' activiteit eerder als risico dan als 'kip met de gouden eieren' werd beschouwd.

Op 2 april 2014 is TI-WMC B.V., een vennootschap die zich bezighield met het ontwikkelen van mobiele netwerken, failliet verklaard. De vennootschap was onder andere bezig met het ontwikkelen van een nieuw systeem voor draadloze afgesloten communicatie onder de naam 'Figo'. Op 7 juni 2011 is FIGO B.V. opgericht, waar de activiteiten rondom dit project toen in zijn ondergebracht. In de loop der jaren is een groot aantal partijen (indirect) bestuurder en/of aandeelhouder van TI-WMC B.V. geweest. Een aantal van hen wordt door de curator aangesproken op de voet van onder andere artikel 2:248 BW en artikel 2:9 BW.

Als voorvraag speelt een beroep op verjaring door de gedaagden. Relevant daarbij is vooral dat de vordering op de voet van artikel 2:9 BW is verjaard. Artikel 3:310 BW geeft daarvoor een termijn van vijf jaren nadat de benadeelde met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. De vraag is dan wanneer de rechtspersoon (gesteld benadeelde) met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. De curator voert aan dat de kennis van de bestuurders in dit geval, in afwijking van de hoofdregel, niet aan de vennootschap kan worden toegerekend. Nu alle gedragingen in de openbaarheid, althans kenbaar voor alle bestuurders, hebben plaatsgevonden, oordeelt de rechtbank dat de curator onvoldoende heeft onderbouwd dat er een uitzondering moet worden gemaakt op deze hoofdregel.

Het resterende materiële verwijt van de curator is kort gezegd dat de gedaagden TI-WMC B.V. hebben 'leeggetrokken' ten behoeve van FIGO B.V., waarbij waardevolle onderdelen (om niet) aan FIGO B.V. zouden zijn overgedragen terwijl TI-WMC B.V. de lasten (bijvoorbeeld voor R&D) bleef dragen. Hierdoor verwerd, aldus de curator, TI-WMC B.V. tot een lege huls waarin voor schuldeisers niets meer overbleef. Zie r.o. 4.3 voor een concretisering van deze verwijten.

De rechtbank oordeelt dat van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:248 lid 1 BW, mede vanwege de hoge maatstaf die daarvoor geldt gelet, geen sprake is. De rechtbank wijdt uitgebreide overwegingen aan de verschillende elementen van het door de curator gestelde onbehoorlijke bestuur. Ik ga thans in op enkele elementen. Zo overweegt de rechtbank dat het overhevelen van het product Figo aan een nieuwe entiteit geen beslissing is die een redelijk denkend bestuurder niet zou hebben genomen. Zulks vanwege het gegeven dat de ontwikkeling van een nieuwe vinding en met name het vermarkten ervan doorgaans veel tijd en vooral veel geld kost. Door het afstoten van het product Figo heeft TI-WMC B.V. zich kosten bespaard, naar door gedaagden onbetwist is gesteld onder andere € 200.000 aan loonkosten. Dat door FIGO B.V. voor de activiteiten geen prijs is betaald, acht de rechtbank niet onlogisch of onjuist, nu er geen zekerheid was op toekomstige winsten en het project op dat moment eerder als risico werd beschouwd.

Ook het beroep van de curator op een vermeend gebrekkige administratie (hetgeen relevant is in het licht van art. 2:248 lid 2 BW) slaagt niet. De rechtbank overweegt dat, voor zover de financiële situatie te rooskleurig zou zijn voorgesteld, dit betrekking heeft op de jaarrekeningen, hetgeen eventueel (zo dit inderdaad het geval zou zijn) een vordering voor de schuldeisers zou kunnen opleveren ex artikel 2:249 BW, maar niet voor de curator.

O. Oost, maart 2022

Instantie: Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak: 16-02-2022
ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:541
Zaaknummer: C/08/249880 / HA ZA 20-249
Rechters: H. Bottenberg-Van Ommeren, A.E. Zweers en C.A. de Beaufort
Advocaten: P. Weenink, P.E.M. Schol en M.H.M. Deppenbroek
Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder en feitelijk beleidsbepaler aansprakelijk op de voet van artikel 2:248 lid 2 BW

De aangevoerde andere belangrijke oorzaken van het faillissement zijn te wijten aan het handelen van de aangesproken bestuurders en kunnen daarmee niet dienen ter ontzenuwing van het causaliteitsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW.

Op 7 oktober 2015 is Royal Fireworks Nederland B.V. failliet verklaard. De vennootschap had op dat moment één statutair bestuurder, gedaagde 1. De aandelen in de vennootschap werden gehouden door A en door B Holding B.V., waarvan gedaagde 2 enig aandeelhouder en bestuurder is. De curator heeft gedaagde 1 als bestuurder en gedaagde 2 als feitelijk beleidsbepaler aangesproken, primair op de voet van artikel 2:248 BW.

Zonder daar veel overwegingen aan te wijden neemt de rechtbank aan dat gedaagde 2 inderdaad kwalificeert als feitelijk beleidsbepaler. De rechtbank overweegt voorts dat zowel de administratieplicht (art. 2:10 BW) als de deponeringsplicht (art. 2:394 BW) is geschonden. Onder andere is onvoldoende gemotiveerd betwist dat de voorraad- en kasadministratie niet op orde waren en dat de jaarrekeningen over 2012 en 2013 niet tijdig zijn gedeponeerd. Op grond van artikel 2:248 lid 2 BW staat dan vast dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd en wordt vermoed dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

Gedaagde 1 en 2 voeren ter ontzenuwing van dit causaliteitsvermoeden aan dat (i) is wanbetaald door een schuldenaar van de vennootschap en (ii) dat er lasten onder dwangsom zijn opgelegd door de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT) (en later zijn verbeurd) wegens verschillende overtredingen van vuurwerkvoorschriften. De rechtbank overweegt dat die oorzaken echter te wijten zijn aan het handelen van gedaagden. Over de wanbetaling door de schuldenaar overweegt de rechtbank dat de vennootschap, ondanks het feit dat de schuldenaar nimmer betaalde, steeds maar doorging met het leveren van containers vuurwerk zonder enige vorm van zekerheid voor de betaling te bedingen. Hierdoor kon een reusachtige schuld van € 290.000 ontstaan. Over de lasten onder dwangsom van de ILT overweegt de rechtbank dat de gedaagden onvoldoende hebben onderbouwd dat het onmogelijk was de

opgelegde lasten (die zagen op het terughalen en vernietigen van bepaald geleverd vuurwerk) uit te voeren.

Gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling ziet de rechtbank tot slot geen grond de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 lid 4 BW te matigen.

O. Oost, maart 2022

Instantie: Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak: 23-02-2022
ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:540
Zaaknummer: 259525 / HA ZA 20/530
Rechters: K.J. Haarhuis
Advocaten: P. Weenink en P.F. Wolbers
Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:10 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Hoger beroep tegen faillietverklaring drietal vennootschappen

Het hoger beroep tegen de faillietverklaring van een drietal vennootschappen slaagt in ieder geval niet ten aanzien van twee van de vennootschappen.

Dit arrest ziet op het hoger beroep tegen de faillietverklaring van een drietal vennootschappen. In ieder geval ten aanzien van de faillietverklaring van twee van de vennootschappen slagen de aangevoerde grieven niet.

Dit geldt in de eerste plaats voor het betoog dat verzoekster Rabobank slechts een vordering had op twee van de drie vennootschappen. Uit de financieringsdocumentatie lijkt vrij duidelijk te blijken dat de drie vennootschappen hoofdelijk verbonden waren voor de schuld aan Rabobank.

Ten aanzien van twee van de drie vennootschappen komt het hof op basis van crediteurenlijsten tot de conclusie dat sprake is van pluraliteit van schuldeisers. Dat de vorderingen van deze crediteuren mogelijk niet opeisbaar zijn en zij misschien niet op een faillissement zitten te wachten doet hier niet aan af. Ook verkeren deze twee schuldenaren in de toestand van te hebben opgehouden te betalen. De vennootschappen kunnen niet aan hun verplichtingen voldoen en hebben ook geen inkomsten meer.

Ook was het aanvragen van het faillissement niet in strijd met afspraken met Rabobank, op grond waarvan Rabobank zou meewerken aan de afwikkeling van de entiteiten. Voorwaarde hiervoor was dat aan Rabobank op een bepaalde datum een bedrag van ruim een miljoen werd betaald. Aan deze voorwaarde werd niet voldaan, zodat het Rabobank vrijstond het faillissement aan te vragen.

Ook is volgens het hof geen sprake van misbruik van bevoegdheid door Rabobank. In dit kader had de failliet onder andere betoogd dat Rabobank geen belang had bij het faillissement omdat Rabobank voldoende zekerheden had ter dekking van haar vordering. Dit is volgens het hof niet aannemelijk geworden.

Ten aanzien van de derde vennootschap geldt dat de oorspronkelijke steunvorderingen door een derde zijn betaald. Hoewel de derde ook heeft aangegeven de faillissementskosten te zullen voldoen, heeft hij dit nog niet gedaan. Het hof stelt de schuldenaar in staat alsnog een bewijs van voldoening van de faillissementskosten over te leggen, waarna het ten aanzien van deze vennootschap opnieuw zal beoordelen of aan de vereisten voor faillietverklaring is voldaan.

J.F. Fliek, maart 2022

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 10-02-2022
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:366
Zaaknummer: 200.304.491/01
Rechters: R.R.M. De Moor, S.M.A.M. Venhuizen en A. Wijsman-van Veen
Advocaten: A.L. Stegeman en M.M.S. ter Beek-Ehren
Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

WHOA: ambtshalve opheffing afkoelingsperiode na intrekking homologatieverzoek

De rechtbank heft de (verlengde) afkoelingsperiode op nadat een homologatieverzoek is ingetrokken, omdat daarmee niet meer wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 376 lid 1 en 4 Fw.

De rechtbank heeft ten aanzien van een vijftal vennootschappen een afkoelingsperiode van vier maanden afgekondigd met ingang van 9 maart 2021 en daarbij ambtshalve een observator aangewezen. De afkoelingsperiode is verlengd tot en met (uiteindelijk) 9 november 2021. Op 15 oktober 2021 is een verzoek tot homologatie van een akkoord ingediend, maar dat verzoek is bij brief van 21 oktober 2021 ingetrokken. Nadat een aantal partijen in de gelegenheid is gesteld een zienswijze te geven en niemand zich heeft verzet tegen opheffing, heft de rechtbank de afkoelingsperiode op grond van artikel 376 lid 10 Fw op. Omdat het homologatieverzoek is ingetrokken, is naar het oordeel van de rechtbank niet langer voldaan aan de voorwaarden voor afkondiging van een afkoelingsperiode.

H.J. de Kloe, maart 2022

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant
Datum uitspraak: 01-11-2021
ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2021:6917
Zaaknummer: 389559 HO RK 21/670, 389560 HO RK 21/671, 389556 HO RK 21/667, 389557 HO RK 21/668 en 389558 HO RK 21/669
Rechters: F. Damsteegt-Molier, V.G.T. van Emstede en N.C.M. Koch
Advocaten: P.C.M. Ouwens, J.A. Platteeuw, B. Kochheim-Bossink, J.M.A. Zandvoort, W. Balkenende en V. Holthuizen
Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Afdrachtverplichting Duitse bank N26 € 65.000 omdat failliet tijdens faillissement een bankrekening heeft geopend

Tijdens faillissement heeft de schuldenaar een bankrekening geopend. Op deze rekening is ongeveer € 65.000 ontvangen. Van dit bedrag staat minder dan € 1.000 nog op de rekening. De bank moet de ontvangen bedragen betalen aan de curator.

Een natuurlijk persoon is op 21 juni 2016 door de rechtbank Rotterdam failliet verklaard. Op 6 maart 2019 heeft de schuldenaar bij N26 Bank GmbH in Duitsland een bankrekening geopend. Nadat de curator door de FIOD was ingelicht over het bestaan van de rekening, heeft hij op 26 maart 2020 N26 verzocht de rekening te blokkeren en een transactieoverzicht te sturen. Op 7 april 2020 heeft de bank een reactie gestuurd. In de periode tussen 6 maart 2019 en 7 april 2020 is € 65.327,86 ontvangen op de bankrekening. Van dat bedrag staat nog € 979,65 op de bankrekening. De curator vordert veroordeling van N26 tot betaling van het volledige bedrag dat op de bankrekening is ontvangen.

De rechtbank overweegt dat de Nederlandse rechter op grond van artikel 3 lid 1 IVO (oud) bevoegd is om kennis te nemen van vorderingen die voortvloeien uit en nauw samenhangen met de insolventieprocedure. Nederlands recht is van toepassing, omdat uit artikel 4 lid 2 sub b en c IVO (oud) expliciet volgt dat het recht van de lidstaat van opening van de insolventieprocedure van toepassing is op vragen over de omvang van de boedel en de bevoegdheden van de curator en de gefailleerde.

Inhoudelijk overweegt de rechtbank onder verwijzing naar onder meer het arrest *Huijzer q.q./Rabobank* (HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653) dat de curator op grond van artikel 23 en 24 Fw afdracht kan vorderen van betalingen die een bank heeft uitgevoerd op basis van betalingsopdrachten die tijdens faillissement door de schuldenaar zijn gegeven. Uit onder meer *Huijzer q.q./Rabobank* volgt expliciet dat het feit dat de bank niet bekend was of kon zijn met het faillissement hierin geen verandering brengt. Artikel 24 IVO (oud) leidt niet tot een andere conclusie. Op grond van dat artikel wordt degene die niet op de hoogte was van

de opening van een insolventieprocedure bevrijd als de verbintenis is uitgevoerd ten gunste van de schuldenaar. Deze bepaling is hier niet van toepassing, omdat een verbintenis is uitgevoerd ten gunste van de schuldenaar als de betaling ten voordele van de curator is geschied. Dat is hier niet het geval.

Dat de bank op basis van Duits recht geen afdrachtverplichting zou hebben is naar het oordeel van de rechtbank niet relevant, omdat Duits recht niet van toepassing is. Hieraan kan ook niet bij wijze van billijkheidscorrectie bescherming worden ontleend. Ook het feit dat er lange tijd is verstreken tussen de faillietverklaring en de transacties is niet relevant, mede omdat de curator al de dag nadat hij op de hoogte is geraakt van het bestaan van de bankrekening contact heeft opgenomen met N26. De redelijkheid en billijkheid brengt daarom geen verandering in de afdrachtverplichting.

Tot slot meent N26 dat zij een aantal bedragen niet hoeft af te dragen. Dat betreft ten eerste een bedrag van € 12.500 dat is ontvangen van een rekening die de schuldenaar aanhield bij Bunq. Omdat de curator onvoldoende betwist heeft gesteld dat hij dit bedrag buiten het gevorderde heeft gehouden omdat hij Bunq hiervoor heeft aangesproken, gaat de rechtbank hieraan voorbij. Ten tweede gaat het om overboekingen van € 2.590 naar bankrekeningen die op naam staan van de schuldenaar. De rechtbank overweegt dat de schuldenaar ook niet bevoegd was bedragen over te boeken naar rekeningen die op zijn naam stonden. Omdat niet gesteld of gebleken is dat de boedel door deze overboekingen is gebaat, moeten ook deze bedragen worden afgedragen aan de curator.

Al met al veroordeelt de rechtbank N26 tot betaling van een bedrag van € 65.327,86 aan de curator.

H.J. de Kloe, maart 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 23-02-2022
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:1359
Zaaknummer: C/10/623345 / HA ZA 21-708
Rechters: A.J.P. van Essen
Advocaten: E-J.W. Griffioen en A.L. Bremmer
Wetsartikelen: 20 Fw, 23 Fw en 24 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: afkoelingsperiode en betalingssysteem met Rabobank voor het stellen van vervangende zekerheid

Rechtbank stelt voorwaarden aan afkoelingsperiode jegens bank als bedoeld in artikel 376 lid 7 Fw.

Deze uitspraak ziet op een WHOA-traject waarbij drie schuldenaren behorend tot een concern dat kunstwerken aan bedrijven en particulieren verhuurt trachten te komen tot een sanering van schulden. Een van de grootste schuldeisers betreft Rabobank die aan de schuldenaren een groepsfinanciering heeft verstrekt. Deze financiering eindigt voor een deel op korte termijn, te weten 1 januari 2022. De schuldenaren zijn niet in staat om de daaruit volgende verschuldigde bedragen van in totaal € 2,3 miljoen te voldoen. Rabobank zou verhaalsacties hebben aangekondigd. De bank zou zich willen verhalen op de aan haar verstrekte gebruikelijke zekerheden. Reden waarom de schuldenaren op 5 november 2021 een startverklaring hebben gedeponeerd en de rechtbank hebben gevraagd een afkoelingsperiode gericht op uitsluitend Rabobank af te kondigen. Bij tussenbeslissing van 17 december 2021 heeft de rechtbank aan het verzoek voldaan. Daarbij heeft zij een mondelinge behandeling gepland en bepaald dat Rabobank daarvoor diende te worden uitgenodigd om haar zienswijze op de afkoelingsperiode te geven om daarna tot een eindbeslissing te komen. Zie Rechtbank Midden-Nederland 17 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6441.

Tijdens de mondelinge behandeling op 23 december 2021 is gesproken over een wijze waarop Rabobank voldoende zekerheid als bedoeld in artikel 376 lid 7 Fw gegeven kan worden en de schuldenaren kunnen blijven beschikken over de nodige kredietruimte om (gedurende de afkoelingsperiode) aan hun verplichtingen te kunnen voldoen. Partijen hebben vervolgens na de zitting afspraken gemaakt en die vastgelegd in een akte van 14 januari 2022. De rechtbank neemt deze afspraken als uitgangspunt en komt tot de conclusie dat met de afspraken wordt voldaan aan de vereisten voor het definitief afkondigen van de verzochte afkoelingsperiode. De afspraken betreffen een betaalsysteem waardoor de positie van Rabobank ten opzichte van de dag van de deponering van de startverklaring niet zal verslechteren en zij de aldus bedoelde zekerheid krijgt. Daartoe worden alle huidige en toekomstige vorderingen die op 5 november 2021 bestonden of daarna zijn ontstaan verpand. Hetzelfde geldt per 5 november 2021 voor alle

huidige en toekomstige kunstwerken. Omzet vanaf 5 november 2021 wordt daarnaast bijgeschreven en gesepareerd op bij Rabobank aangehouden rekeningen. Nieuw aangekochte kunst dient vanuit het gesepareerde saldo te worden betaald, zodat de positie van de bank niet verslechtert. Lopende rente en kosten verschuldigd aan Rabobank dienen tijdig te worden voldaan. Gebeurt dat niet, dan kan Rabobank zich beroepen op verrekening van de hiervoor bedoelde creditgelden. Enige andere verhaalsactie is Rabobank met het oog op de afkoelingsperiode niet toegestaan dan met machtiging van de rechtbank.

W.T.N. Vlasveld, maart 2022

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 18-01-2022
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:166
Zaaknummer: FT RK 21/1000, FT RK 21/1001 en FT Rk 21/1002
Rechters: P.J. Neijt, M.D.E. Leppens en C.A.M. de Bruijn
Advocaten: J.R. van Faassen, mr. J. van den Dolder en K.C. Mensink
Wetsartikelen: 376 Fw en 377 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: voorwaardelijk en onvoorwaardelijk uitgebrachte stemmen

In dit vonnis beoordeelt de rechtbank of de stem van de Belastingdienst als een onvoorwaardelijk uitgebrachte stem kwalificeert. De rechtbank concludeert dat sprake is van een onvoorwaardelijke stem en homologeert het akkoord.

Een vennootschap ('de verzoekster') heeft op enig moment een startverklaring voor een WHOA-traject gedeponeerd. Vervolgens wordt een herstructureringsdeskundige benoemd die namens verzoekster een akkoord aan de rechtbank voorlegt. Het akkoord omvat niet alle schuldeisers. Zo is het pensioenfonds buiten het akkoord gelaten onder verwijzing naar de conclusie van de advocaat-generaal in ECLI:NL:PHR:2021:1152. Ook de bank van verzoekster is niet meegenomen nu de vordering van de bank volledig wordt gedekt door zekerheden. Het akkoord omvat uiteindelijk vier klassen: (i) de Belastingdienst, (ii) kleine crediteuren, (iii) grote crediteuren en (iv) gelieerde vennootschappen. De Belastingdienst is als enige klasse *in the money*.

De vier klassen stemmen allemaal vóór. Opvallend zijn de drie voorwaarden die de Belastingdienst aan haar instemming verbindt: (i) verzoekster zal ten onrechte in vooraftrek genomen belastingen integraal voldoen, (ii) de Belastingdienst mag eventuele belastingteruggave die voortkomt uit de periode van vóór de gekozen fixatiedatum verrekenen met de onder het akkoord vallende belastingschuld, (iii) verzoekster zal nieuw opkomende verplichtingen integraal voldoen. Deze voorwaarden zijn opgenomen in het stemverslag en volgen uit correspondentie tussen de Belastingdienst en de herstructureringsdeskundige. De rechtbank beoordeelt of de gestelde voorwaarden aan geldigheid van de stem in de weg staan.

In haar beoordeling neemt de rechtbank tot uitgangspunt dat slechts onvoorwaardelijk uitgebrachte stemmen kunnen gelden als een stem voor het akkoord in de zin van artikel 381 lid 7 Fw. De rechtbank overweegt dat het de herstructureringsdeskundige of de schuldeiser is die de inhoud van het akkoord bepaalt. Ligt die inhoud de schuldeiser niet? Dan moet hij tegen stemmen. Voor een voorwaardelijke stem is daarom volgens de rechtbank in de WHOA

geen plaats. De rechtbank verzoekt de betrokken partijen de voorwaarden daarom nader toe te lichten.

Ter terechtzitting bevestigt de Belastingdienst dat zij als een voorstemmende schuldeiser moet worden aangemerkt. Volgens de Belastingdienst vloeien voorwaarde (i) en (iii) voort uit de wet en brengt het akkoord hier geen wijziging in. Niet-nakoming heeft dus niet tot gevolg dat de Belastingdienst zich niet aan het akkoord gebonden acht. Voorwaarden (i) en (iii) kwalificeren volgens de rechtbank dan ook niet als voorwaarde in de juridische zin.

Ook de verrekeningsbevoegdheid uit voorwaarde (ii) staat niet aan homologatie in de weg. Volgens de rechtbank blijkt ter terechtzitting dat de voorwaarde is geaccepteerd. De rechtbank overweegt dat de voorwaarde daarmee onderdeel van het akkoord is geworden. De Belastingdienst bevestigt bovendien dat niet-nakoming wederom niet tot gevolg heeft dat zij zich niet gebonden acht aan het akkoord.

Vanwege de verrekeningsbevoegdheid zal de Belastingdienst mogelijk meer ontvangen dan het percentage uit het akkoord. Dit is volgens de rechtbank geen probleem. De afspraak is volgens de rechtbank immers voldoende duidelijk op te maken uit de brief waarmee de uitkomst van het stemverslag naar de schuldeisers is gecommuniceerd. Schuldeisers hadden daarom volgens de rechtbank bezwaar kunnen maken maar hebben dit nagelaten. Bovendien heeft de verrekeningsbevoegdheid geen nadelige invloed op het aan de overige schuldeisers aangeboden uitkeringspercentage, aldus de rechtbank. De overweging waaruit volgt dat de verrekeningsbevoegdheid voldoende duidelijk was voor de overige schuldeisers bevreemdt mij. De rechtbank vond het immers zelf ook nodig om hierover vragen te stellen.

De rechtbank concludeert uiteindelijk dat de Belastingdienst haar stem onvoorwaardelijk heeft uitgebracht en homologeert het akkoord.

G.P. van Hooft, maart 2022

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 10-02-2022
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2022:1023
Zaaknummer: C/09/623684 / FT RK 22/24 HO
Rechters: R. Cats, A.E. de Vos en H.J. van Harten
Advocaten: L.M. Bloemers
Wetsartikelen: 383 Fw en 384 Fw

RECHTSPRAAK

Vorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen vallen buiten het bereik van de WHOA. Met wenk

De Hoge Raad beantwoordt de prejudiciële vraag of vorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds voor achterstallige pensioenpremies binnen de reikwijdte van artikel 369 lid 4 Fw vallen ontkennend.

Een schuldenaar heeft aan zijn schuldeisers een akkoord op basis van de WHOA aangeboden. Alle klassen hebben met voldoende meerderheid ingestemd met het akkoord en de schuldenaar heeft om homologatie verzocht. Het bedrijfstakpensioenfonds (Bpf) voert echter verweer tegen het homologatieverzoek. Het pensioenfonds betoogt dat de WHOA zich niet uitstrekt tot vorderingen uit hoofde van pensioenpremies, gelet op de uitzondering in de WHOA dat rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten niet met een WHOA kunnen worden gewijzigd (ex art. 369 lid 4 Fw). De rechtbank stelt aan de Hoge Raad de vraag: is op grond van artikel 369 lid 4 Fw de WHOA van toepassing op vorderingen van de bedrijfstakpensioenfondsen betreffende achterstallige pensioenpremies? Hangende de prejudiciële beslissing is het WHOA-akkoord in kwestie gehomologeerd (zie ECLI:NL:RBAMS:2021:7533 en INS-2022-0030).

De Hoge Raad overweegt allereerst dat met ‘de rechten van werknemers’ in artikel 369 lid 4 Fw is bedoeld de verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers. Hij wijst vervolgens op de gelijkstelling van een pensioenovereenkomst met de verplichte deelneming in een Bpf. Pensioen is een arbeidsvoorwaarde en maakt deel uit van de arbeidsverhouding tussen werknemer en werkgever. Bovendien heeft de werknemer jegens de werkgever een recht op premiebetaling door de werkgever aan het Bpf. Dit recht correspondeert met het eigen recht van het Bpf jegens de werkgever op betaling van de premie.

Voorts overweegt de Hoge Raad dat het wetsvoorstel Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie (*Kamerstukken II* 2021/22, 36040, nr. 2 en 3) verduidelijkt dat onder rechten van werknemers als bedoeld in artikel 369 lid 4 Fw mede worden verstaan vorderingen van werknemers tot betaling door hun werkgever van premie aan een pensioenuitvoerder. Daarmee staat vast dat vorderingen tot betaling van pensioenpremie niet

kunnen worden gewijzigd in het kader van de WHOA, zo volgt uit de memorie van toelichting (p. 59). Tot slot acht hij relevant dat, hoewel het Bpf de pensioenverplichtingen jegens werknemers ook moet nakomen als de werkgever geen premies heeft afgedragen, onvoldoende afdrachten kunnen leiden tot een te lage dekkingsgraad en daarmee alsnog de opgebouwde rechten op pensioen worden geraakt (vgl. het oordeel in het arrest *GOM/Bpf*, ECLI:NL:HR2016:2375).

De Hoge Raad beantwoordt de prejudiciële vraag aldus ontkennend. Hij voegt nog toe aan zijn oordeel dat artikel 369 lid 4 Fw meebrengt dat een door de rechter afgekondigde afkoelingsperiode (ex art. 376 Fw) zich evenmin kan uitstrekken tot de rechten van werknemers en dus een Bpf.

Wenk

Herstructureren door middel van de WHOA lijkt met dit oordeel bijzonder minder aantrekkelijk, omdat schulden aan het Bpf niet kunnen worden meegenomen in een WHOA-akkoord. De achterstallige pensioenpremies zullen dus in beginsel volledig moeten worden voldaan. Voor de toekomstige verplichtingen blijft de werkgever aangewezen op het reguliere arbeidsrecht, bijvoorbeeld door het UWV om toestemming te vragen om arbeidsovereenkomsten op te zeggen, indien als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden arbeidsplaatsen komen te vervallen (art. 7:669 lid 3 onder a BW).

Bedrijfstakpensioenfondsen zullen weinig hinder ondervinden wanneer deze uitspraak ertoe leidt dat ondernemingen vaker failleren omdat een WHOA-akkoord niet haalbaar is. Zij zien in faillissement hun premiebetaling gewaarborgd. In geval van een faillissement worden de achterstallige premies namelijk volledig overgenomen door het UWV op grond van de loongarantieregeling, voor zover die premies betrekking hebben op het jaar onmiddellijk voorafgaand aan het einde van de arbeidsovereenkomst (art. 61 jo. 64 lid 1 onder c Werkloosheidswet). Veelal is het Bpf in faillissement dus beter af.

Wie per saldo de rekening krijgt gepresenteerd van de sociale c.q. werknemerslasten van een onderneming in zwaar weer is onduidelijk. In de woorden van A-G De Bock: de hete aardappel – van de kloof tussen ontslag binnen en buiten faillissement – is doorgeschoven (zie punt 4.22 van haar conclusie, ECLI:NL:PHR:2021:1152).

R.J.H. Berghuis, maart 2022

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 25-02-2022
ECLI: ECLI:NL:HR:2022:328
Zaaknummer: 21/03643
Rechters: M.J. Kroeze, T.H. Tanja-van den Broek, H.M. Wattendorff, F.J.P. Lock en F.R. Salomons
Advocaten: T.T. van Zanten en M.E. Bruning
Wetsartikelen: 369 Fw, 370 Fw en 383 Fw

RECHTSPRAAK

Homologatieakkoord onder WHOA van voetbalclub ADO Den Haag

In dit vonnis wordt het onderhands akkoord dat door voetbalclub ADO Den Haag op grond van de WHOA is aangeboden, gehomologeerd. Twee verzoeken tot afwijzing van het verzoek worden verworpen.

Voetbalclub ADO Den Haag ('ADO') heeft een onderhands akkoord aangeboden aan haar schuldeisers en aandeelhouders. Een derde, Globalon, heeft zich gecommiteerd om € 1,5 miljoen te betalen als storting op nieuw uit te geven aandelen, welk bedrag kan worden aangewend ter gedeeltelijke betaling van de schuldeisers van ADO. De schuldenlast van ADO bedraagt circa € 17,8 miljoen. Voorts heeft Globalon de intentie uitgesproken om ADO in de toekomst structureel financieel te ondersteunen, zodat ADO aan haar lopende verplichtingen kan voldoen. Voorwaarde is wel dat het akkoord wordt gehomologeerd en dat de licentiecommissie van de KNVB instemt met de uitgifte van de aandelen aan Globalon en het verkrijgen van de voetballicentie door ADO. Alle bestaande aandelen worden bij homologatie ingetrokken, zonder terugbetaling.

De schuldeisers zijn in vier klassen ingedeeld. Drie klassen van schuldeisers hebben (vrijwel) volledig ingestemd met het akkoord. Een achtergestelde schuldeiser, die ook aandeelhouder is en in die hoedanigheid in een vijfde klasse is ingedeeld, wiens vordering in een afzonderlijke klasse was opgenomen, UVS, heeft niet gestemd. De aangestelde herstructureringsdeskundige heeft verzocht om het akkoord te homologeren.

Twee partijen hebben verzocht om afwijzing van het homologatieverzoek: UVS en een advocatenkantoor, dat beslag had gelegd op de aandelen die UVS houdt in ADO.

Na een uitgebreide weergave van de feiten constateert de rechtbank dat zij bevoegd is om kennis te nemen van het verzoek en dat het verzoek, dat door de herstructureringsdeskundige is ingediend, rechtsgeldig is aangeboden door ADO.

Vervolgens gaat de rechtbank in op de verzoeken tot afwijzing van de homologatie door het advocatenkantoor en UVS. De rechtbank constateert dat het advocatenkantoor schuldeiser is

van UVS, niet van ADO. Het kantoor heeft betoogd dat zij, vanwege het beslag op de aandelen die UVS houdt in het kapitaal van ADO, een positie zou hebben die gelijkgesteld moet worden met die van een houder van certificaten van aandelen. De rechtbank overweegt dat die stelling niet nader is onderbouwd en niet correct is, zodat het kantoor niet-ontvankelijk wordt geacht.

UVS heeft twee afwijzingsgronden naar voren gebracht. Volgens haar is ADO niet levensvatbaar en is de nakoming van het akkoord niet gewaarborgd. Daarnaast wordt met het akkoord naar haar mening niet het beste resultaat voor alle crediteuren gerealiseerd, omdat er een beter plan door een andere groep zou zijn voorgelegd.

De rechtbank oordeelt evenwel dat UVS geen beroep toekomt op deze afwijzingsgronden, aangezien zij niet binnen bekwame tijd nadat zij bekend was geworden met deze mogelijke afwijzingsgronden, bij ADO of de herstructureringsdeskundige heeft geprotesteerd. Het voorstel is namelijk reeds op 1 december 2021 in concept en op 16 december 2021 definitief voorgelegd. Nadien heeft UVS niet gereageerd. Pas nadat het homologatieverzoek bij de rechtbank was ingediend, heeft UVS haar bezwaren kenbaar gemaakt. Dat is niet binnen bekwame tijd. Daarbij overweegt de rechtbank tevens dat de andere groep zich reeds in november 2021 definitief had teruggetrokken, zodat er geen beter resultaat voor de crediteuren denkbaar is. Bovendien is voor de rechtbank van belang dat de verhouding tussen UVS en ADO een rol speelde bij de problemen van ADO, zodat van UVS des te meer mocht worden verwacht dat zij duidelijk en tijdig had aangegeven wat haar bezwaren waren, hetgeen UVS niet heeft gedaan.

De rechtbank overweegt vervolgens dat zij het homologatieverzoek dient toe te wijzen, tenzij er sprake is van een of meer van de afwijzingsgronden als weergegeven in artikel 384 Fw. De rechtbank overweegt dat ADO gezien het plan levensvatbaar lijkt en herstelmaatregelen kunnen worden doorgevoerd. Daarnaast is gebleken dat de licentiecommissie van de KNVB de benodigde goedkeuringen kan verlenen, zodat het door Globalon in escrow gestorte bedrag van € 1,5 miljoen beschikbaar zal zijn en nakoming van het akkoord voldoende is gewaarborgd.

Voor het overige is niet gebleken van andere afwijzingsgronden, zodat de rechtbank het homologatieverzoek toewijst.

A.D. van Dalen, maart 2022

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 25-02-2022
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2022:1450
Zaaknummer: C/09/624130 / FT RK 22/54 HO, C/09/624768 / FT RK 22/93 HO en C/09/624920 / FT RK 22/103 HO
Rechters: R. Cats, A.E. de Vos en M. Wouters
Advocaten: R.J. van Galen, R.M. Woudenberg, J.J. Reiziger, C.B.J. Glas, K.C. Mensink, C.A. Segaar, P.D. Olden, J.M. Hummelen en J. Scholte
Wetsartikelen: 383 Fw en 384 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 lid 2 BW en matiging op grond van artikel 6:109 BW

Deze zaak staat in het teken van bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement wegens schending van de administratieplicht. Daarbij doet de rechtbank een interessante overweging ter zake van matiging op grond van artikel 6:109 BW.

De pot verwijt de ketel dat die zwart ziet. Deze zaak draait om bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 lid 2 BW wegens het schenden van de administratieplicht, waarbij de ene bestuurder naar de andere wijst. Op 1 april 2015 werd RF Sports Equipment BV ('de bv') failliet verklaard. Tot 1 oktober 2014 was gedaagde 1 ('de oud-bestuurder') bestuurder van de bv. Zijn uittreding is op 1 december 2014 geregistreerd bij de Kamer van Koophandel. Per 1 oktober 2014 is gedaagde 2 aangetreden als bestuurder van de bv ('de bestuurder').

De curator vordert om zowel de oud-bestuurder als de bestuurder te veroordelen tot betaling van het boedeltekort van de bv, omdat zij hun bestuurstaak onbehoorlijk zouden hebben vervuld, terwijl die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement van de bv is geweest. Volgens de curator staat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling vast, nu het bestuur niet heeft voldaan aan zijn administratieplicht van artikel 2:10 BW. Administratieve stukken die aanwezig behoren te zijn, ontbreken grotendeels, en de wel aanwezige stukken vermelden dubieuze, oncontroleerbare transacties.

De oud-bestuurder probeert zich hiertegen te verweren door erop te wijzen dat zijn feitelijke betrokkenheid bij het bestuur van de bv al geëindigd was in maart 2013, omdat hij wegens ziekte niet meer in staat was om naar behoren te functioneren. Hij meent dan ook dat hij daarom hooguit tot maart 2013 als bestuurder kan worden aangemerkt. De feitelijke leiding over de bv berustte zelfs feitelijk al vanaf de oprichting bij de bestuurder, aldus de oud-bestuurder. Ook vermeldt de oud-bestuurder dat hij voorafgaand aan zijn vertrek aan de bestuurder heeft verzocht om hem per direct als bestuurder uit het handelsregister uit te schrijven. Tot slot zijn volgens hem de administratieve gebreken pas ontstaan na zijn feitelijke vertrek als bestuurder.

De bestuurder verweert zich door te stellen dat hij zich tot 1 oktober 2014 uitsluitend bezighield met de verkoop, en dus niet met het beleid van de bv. Ook na zijn benoeming als bestuurder zou hij feitelijk niet bij het bestuur van de bv betrokken zijn geweest. Daarbij was zijn statutair bestuurderschap tot aan het faillissement van de bv van korte duur. Daarnaast wijst hij erop dat de administratie tot aan het faillissement werd verzorgd door een externe partij, in opdracht van de oud-bestuurder. De oud-bestuurder ging ervan uit dat deze externe partij de administratie behoorlijk voerde.

Beide verweren mogen niet baten. De omstandigheid dat de oud-bestuurder het aan de bestuurder heeft overgelaten om hem direct na zijn feitelijke vertrek uit te schrijven als bestuurder, komt voor zijn eigen risico. De datum waarop de oud-bestuurder als bestuurder ontslag heeft genomen is beslissend voor de toepassing van artikel 2:248 lid 1 BW. Eenzelfde redenering geldt voor de bestuurder: zijn formele hoedanigheid als bestuurder is doorslaggevend voor toepassing van het artikel. Zijn stelling dat hij na zijn benoeming als bestuurder feitelijk niet bij het bestuur betrokken is geweest, ontslaat hem dus niet van zijn aansprakelijkheid voor eventueel onbehoorlijk bestuur.

De rechtbank gaat verder en stelt schending van de administratieve plicht van artikel 2:10 BW bij beide gedaagden vast. Het verweer van de oud-bestuurder dat de administratieve gebreken zijn ontstaan na zijn feitelijk vertrek als bestuurder slaagt niet; zijn verplichtingen als bestuurder zijn immers pas geëindigd na zijn uittreding per 1 oktober 2014. Ook het verweer van de bestuurder slaagt niet; hij heeft door zijn aanstelling als bestuurder te aanvaarden een eigen verantwoordelijkheid op zich genomen om te waarborgen dat de administratie voldoet aan artikel 2:10 BW.

Wanneer de rechtbank ingaat op de matigingsmogelijkheden van artikel 2:248 lid 4 BW, wordt een interessante overweging gedaan. Nadat wordt geconcludeerd dat er geen gronden zijn om tot collectieve matiging over te gaan, bekijkt de rechtbank de matiging van de aansprakelijkheid van de oud-bestuurder als individu. Volgens de rechtbank is de oud-bestuurder niet gebaat bij artikel 2:248 lid 4 BW, nu dit artikel slechts een (limitatieve) grond kent; de tijd gedurende welke de bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond. De rechtbank gaat dan ook verder met beoordeling of de oud-bestuurder een beroep toekomt op de (algemene) matigingsbevoegdheid van artikel 6:109 BW. Volgens de rechtbank is de reden dat limitatief in artikel 2:248 lid 4 BW is bepaald op basis van welke gronden de rechter tot matiging mag overgaan, erin gelegen dat de rechter zich bij toepassing van deze matigingsbevoegdheid niet terughoudend behoort op te stellen; zonder limitering van deze matigingsgronden zou in de visie van de wetgever afbreuk worden gedaan aan het principe van collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders. Dat de

matigingsgronden van artikel 2:248 lid 4 BW limitatief zijn, betekent volgens de rechtbank niet dat de wetgever de toepasselijkheid van artikel 6:109 BW heeft willen uitsluiten. Artikel 6:109 BW biedt in deze zaak volgens de rechtbank wel soelaas aan de oud-bestuurder; daarbij wordt vooral verwezen naar zijn gezondheidstoestand.

De literatuur erop naslaand kan men geen andere conclusie trekken dan dat deze overweging van de rechtbank een vreemde eend in de bijt is. Maeijer, Van Schilfgaarde, Huizink en Van Solinge en Nieuwe Weme menen allen dat de matigingsbevoegdheid van de rechtbank in dit soort gevallen beperkt is tot de in artikel 2:248 lid 4 BW gegeven gronden (Huizink, aant. 21.6.1 bij art. 2:138 BW, Groene Serie Rechtspersonen 2019; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, 2009/464; Asser/Maeijer 2-III, 2002/329; Van Schilfgaarde e.a., *De nieuwe misbruikwetgeving*, Deventer: Kluwer 1986, p. 63). Hiermee lijkt ook juist recht te worden gedaan aan de gedachte van de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur, anders dan de rechtbank stelt. Wanneer elke individuele bestuurder zich wegens persoonlijke omstandigheden kan beroepen op matiging dan doorkruist dat het uitgangspunt van collectief bestuur.

De bestuurder heeft overigens minder geluk; zowel artikel 2:248 lid 4 BW als artikel 6:109 BW kan hem niet helpen.

S. Renssen, maart 2022

Instantie: Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak: 23-02-2022
ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:580
Zaaknummer: C/08/257806 / HA ZA 20-480
Rechters: A.A. Smit, A.E. Zweers en D.L. Westendorp
Advocaten: F. Kolkman, J.C. Dingeldein en P.F.A. Reichenbach
Wetsartikelen: 2:248 BW en 6:109 BW

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid van bestuurder voor het boedeltekort: artikel 2:248 BW

De bestuurder van een failliete vennootschap wordt aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort, omdat de bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en het aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:248 BW).

De curator van I.I.C. B.V. ('IIC') stelt de bestuurder van de failliete vennootschap aansprakelijk voor het boedeltekort, omdat hij van mening is dat de bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en het aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het boedeltekort werd op het moment van de dagvaarding begroot op € 860.857,18.

Van twee van de vijf verwijten die de curator de bestuurder maakt, is de juistheid in een tussenvonnis vastgesteld, namelijk: (i) het veinzen van het bestaan van een lening van een derde aan IIC van € 300.000, althans het terugbetalen daarvan; en (ii) het blijven aangaan van verplichtingen. Van twee andere verwijten heeft de rechtbank de juistheid niet kunnen vaststellen en in deze uitspraak ligt het laatste verwijt ter beoordeling bij de rechtbank. Dit verwijt ziet op het – in zicht van faillissement – op naam van BVBA stellen van de commissieovereenkomst die tussen Jura B.V. ('Jura') en IIC was gesloten.

De bestuurder voert als verweer aan dat de overeenkomst niet tussen Jura en IIC, maar tussen Jura en BVBA is gesloten. Hij stelt dus impliciet dat er überhaupt geen contractovername heeft plaatsgevonden. In een tussenvonnis wordt de curator belast met het leveren van bewijs van de stelling dat IIC inderdaad met Jura een commissieovereenkomst is aangegaan. De rechtbank zal beoordelen of de curator geslaagd is in de bewijsopdracht.

De curator heeft als bewijs twee getuigen gehoord: een oud-werknemer van IIC en de directeur van Jura. Ook de bestuurder roept drie getuigen op, waaronder mede de directeur van Jura. Na het horen van de getuigen oordeelt de rechtbank dat de curator er niet in is geslaagd bewijs te leveren dat de overeenkomst is gesloten tussen Jura en IIC.

Bovenstaande neemt niet weg dat de rechtbank op grond van de twee verwijten waarvan de juistheid al in een tussenvonnis was komen vast te staan oordeelt dat de vordering van de curator toewijsbaar is. De rechtbank oordeelt dat het handelen binnen drie jaar voorafgaand aan het faillissement heeft plaatsgevonden en dat de curator ten aanzien van deze twee verwijten voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement (art. 2:248 lid 1 en 6 BW). Dit oorzakelijk verband is door de bestuurder onvoldoende gemotiveerd betwist.

Het is derhalve vast komen te staan dat de bestuurder aansprakelijk is voor de schulden in het faillissement van IIC, voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. De bestuurder is gehouden tot het voldoen van het boedeltekort op grond van artikel 2:248 lid 1 en 6 BW. Hij wordt veroordeeld tot het voldoen van € 300.000 als voorschot op dit boedeltekort.

W.P.IJ. Overgoor, maart 2022

Instantie: Rechtbank Limburg
Datum uitspraak: 02-02-2022
ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2022:878
Zaaknummer: C/03/249913 / HA ZA 18-235
Rechters: I.M. Etman
Advocaten: L.L.A.M. Thissen en S.H.O. Aben
Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

WHOA: afkondiging afkoelingsperiode

De belangen van een derde die faillissement had aangevraagd worden niet geschaad. De rechtbank kondigt een afkoelingsperiode af voor de duur van vier maanden.

Verzoekster, een besloten vennootschap, heeft op 19 februari ex artikel 370 lid 3 Fw ter voorbereiding van een WHOA-akkoord een verklaring ter griffie gedeponeerd en verzoekt op grond van artikel 376 Fw een afkoelingsperiode van vier maanden.

Het bedrijfstakpensioenfonds heeft het faillissement van verzoekster aangevraagd en wordt in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze te geven op de verzochte afkoelingsperiode.

Het bedrijfstakpensioenfonds voert primair aan dat zijn vordering niet onder het bereik van de WHOA valt, aangezien premiebetaling door de werkgever onder de rechten van werknemers valt ex artikel 369 lid 4 Fw, de parlementaire geschiedenis en het *GOM*-arrest (ECLI:NL:HR:2016:2375). Subsidiair stelt het pensioenfonds dat verzoekster niet te goeder trouw is. Verzoekster zou premiegelden hebben ingehouden van haar werknemers maar deze niet hebben afgedragen. Tot slot stelt het bedrijfstakpensioenfonds dat het wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. De werknemers zouden wel recht blijven houden op een pensioenuitkering, maar het bedrijfstakpensioenfonds zou geen premie ontvangen. Als een afkoelingsperiode wordt gelast duurt deze situatie langer, terwijl in een faillissement het UWV de premies dekt.

Verzoekster stelt dat de vordering van het bedrijfstakpensioenfonds wel onder de WHOA valt en dat het bedrijfstakpensioenfonds de verwijzing naar de parlementaire geschiedenis niet heeft onderbouwd. Volgens verzoekster loopt de verwijzing naar het *GOM*-arrest spaak. Het arrest ziet op de uitleg van artikel 7:663 BW en niet op artikel 7:610 BW waar het in artikel 369 lid 4 Fw om gaat. Volgens verzoekster is er geen sprake van ontbreken van goede trouw en heeft zij in 2020 nog een betaling aan het bedrijfstakpensioenfonds gedaan. Tot slot stelt verzoekster dat zij bereid is om het bedrijfstakpensioenfonds tegemoet te komen met een regeling, zodat het bedrijfstakpensioenfonds niet in zijn belangen wordt geschaad.

Artikel 376 lid 4 Fw bepaalt dat het verzoek wordt toegewezen indien summierlijk blijkt dat (i) dit noodzakelijk is voor het kunnen blijven voortzetten van de onderneming tijdens de voorbereiding van en onderhandelingen over het akkoord, en (ii) redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers met een afkoelingsperiode gediend zijn en, voor zover van toepassing, derden die een faillissementsverzoek hebben ingediend, of met een bevoegdheid tot verhaal op of opeising van goederen niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad. Een derde garandeert betaling van de pensioenpremie over de maanden maart tot en met mei als het akkoord niet slaagt en verzoekster alsnog failliet wordt verklaard. Daarnaast garandeert deze derde nakoming van de lopende verplichtingen van verzoekster jegens het bedrijfstakpensioenfonds.

De rechtbank is van oordeel dat aan beide vereisten is voldaan. Allereerst heeft verzoekster concreet aannemelijk gemaakt dat er een concreet plan zal worden opgesteld dat, indien succesvol, tot een beter resultaat voor de schuldeisers leidt (50-60% in termijnen aan de concurrente schuldeisers) dan het alternatief van faillissement (niets voor concurrente schuldeisers). Daarnaast is de rechtbank van oordeel dat de belangen van het bedrijfstakpensioenfonds niet worden geschaad met de aangeboden regeling.

De rechtbank wijst het verzoek tot het gelasten van een afkoelingsperiode voor tweeënhalve maand toe.

A.M.H. Nolte, maart 2022

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant
Datum uitspraak: 16-03-2021
ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2021:6916
Zaaknummer: 382639 HO RK 21/137
Rechters: M.D.E. Leppens, F. Damsteegt-Molier en V.G.T. van Emstede
Advocaten: J.L.M. Groenewegen, J.J. van Ee en J.A. Trimbach
Wetsartikelen: 369 lid 4 Fw en 376 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: verlenging afkoelingsperiode ex artikel 376 lid 5 Fw

Rechtbank wijst verzoek tot verlenging afkoelingsperiode toe omdat verzoekster vooruitgang heeft geboekt en aan de vereisten van artikel 376 lid 4 Fw is voldaan.

Op 11 februari 2021 heeft verzoekster een verklaring ex artikel 370 lid 3 Fw ter griffie van de rechtbank gedeponeerd en heeft zij gekozen voor een besloten akkoordprocedure buiten faillissement. Verzoekster heeft op 19 februari 2021 verzocht een afkoelingsperiode in de zin van artikel 376 Fw af te kondigen voor een periode van vier maanden. Bij beschikking van 9 maart 2021 heeft de rechtbank dat verzoek toegewezen, in die zin dat de afkoelingsperiode is afgekondigd voor de periode van 9 maart 2021 tot en met 9 juli 2021. Daarnaast is een observator aangesteld. In de onderhavige uitspraak beoordeelt de rechtbank het verzoek van verzoekster om de afkoelingsperiode te verlengen tot en met 9 september 2021.

Verzoekster voert verschillende omstandigheden aan ter onderbouwing van haar standpunt dat een verlenging van de afkoelingsperiode zowel in haar belang is als in dat van de gezamenlijke crediteuren van verzoekster en de vennootschappen die onderdeel uitmaken van de groep van verzoekster.

Een belangrijke ontwikkeling is een wijziging in de aandeelhoudersstructuur van de holdingmaatschappij. Een groepsmaatschappij van de nieuwe aandeelhouder heeft zich bereid verklaard in het kader van de herstructurering van verzoekster om een bedrag van € 1 miljoen ter beschikking te stellen waaruit onder meer het aan te bieden crediteurenakkoord kan worden gefinancierd alsook de activiteiten van verzoekster kunnen worden voortgezet. Dit onder de voorwaarde dat alle akkoorden van de groepsvennootschappen worden gehomologeerd.

Overige omstandigheden zijn dat de Belastingdienst zich kan vinden in de geschetste hoofdlijnen van de conceptakkoorden. Voorts bestaat discussie over de validiteit van de taxatierapporten. Verzoekster heeft toegezegd haar crediteuren open te informeren over de totstandkoming van de taxatierapporten. De observator heeft verklaard dat verlenging wat hem betreft in de rede ligt. De observator meent evenwel dat aanscherping van de akkoorden

gepast is, gelet op de mogelijk onjuiste gegevens uit de taxatierapporten.

De rechtbank stelt vast dat het verzoek tot verlenging tijdig ter griffie is ingekomen. Op grond van artikel 376 lid 5 Fw moet getoetst worden of belangrijke vooruitgang is geboekt. Daarnaast beoordeelt de rechtbank of is voldaan aan de vereisten van artikel 376 lid 4 Fw.

De vooruitgang blijkt reeds uit het instemmen door de Belastingdienst met de geschetste hoofdlijnen van het door verzoekster aan haar crediteuren aan te bieden akkoord. Hoewel het conceptakkoord nog zal moeten worden aangepast vanwege onder meer de onjuiste taxatierapporten, oordeelt de rechtbank dat vooruitgang is geboekt omdat een conceptakkoord aan de crediteuren is voorgelegd.

Voorts is het de rechtbank summierlijk gebleken dat het voor verzoekster noodzakelijk is om haar onderneming voort te zetten tijdens de voorbereidingen van en de onderhandelingen over een akkoord. Ook is het belang van de crediteuren gediend bij verlenging. Schuldeisers zullen meer ontvangen bij een akkoord dan in faillissement. Ook overweegt de rechtbank dat belangen van eventuele derden en beslagleggers niet wezenlijk worden geschaad, omdat verzoekster heeft verklaard de lopende verplichtingen te blijven voldoen.

De rechtbank wijst het verzoek tot verlenging toe, omdat aan alle vereisten daarvoor is voldaan. De rechtbank merkt nog op dat zij ervan uitgaat dat de observator haar informeert als blijkt dat de afkoelingsperiode dient te worden opgeheven dan wel het akkoord geen kans van slagen heeft.

D.R.C. Smit, maart 2022

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant
Datum uitspraak: 27-07-2021
ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2021:6918
Zaaknummer: 387581 HO RK 21/515
Rechters: M.D.E. Leppens en V.G.T. van Emstede
Advocaten: P.C.M. Ouwens
Wetsartikelen: 376 Fw