

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 6, 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. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:173](#) 10-03-2022

Rechtsmacht en toepasselijk recht Peeters/Gatzen-vordering

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2022:298](#) 28-02-2022

Toetsing van het vorderingsrecht van de aanvrager van het faillissement

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:535](#) 22-02-2022

Statutair bestuurder en feitelijk bestuurder beiden aansprakelijk voor het faillissementstekort

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:413](#) 22-02-2022

Schorsing notaris in verband met faillissement praktijkvennootchap

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:1874](#) 15-03-2022

Verzoeker veroordeeld in proceskosten na intrekken verzoekschrift tot faillietverklaring ter zitting, maar voor inhoudelijke behandeling

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:1256](#) 09-03-2022

Bestuurder ontzenuwt causaliteitsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW succesvol met beroep op o.a. brand in het bedrijfspand

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2022:916](#) 25-02-2022

Toewijzing verzoek afkoelingsperiode (tevens t.a.v. aandeelhouders van verzoeksters) en verzoek benoeming herstructureringsdeskundige

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:1418](#) 25-02-2022

Kwalificatie vorderingen na teruggave geleasede voertuigen door curator

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:1783](#) 25-02-2022

Kansen die voorbij worden laten gegaan: het achterwege laten van een Wsnp-verzoek leidt tot faillietverklaring

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2022:1612](#) 16-02-2022

De rechtbank komt terug op een bindende eindbeslissing. Peilmoment voor vernietigbaarheid op grond van artikel 47 Fw

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2022:431](#) 15-02-2022

WHOA: afkoelingsperiode niet noodzakelijk

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:469](#) 10-02-2022

Curator niet pro se aansprakelijk voor onverhaalbare proceskosten

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:198](#) 19-01-2022

Rechtbank acht koper te goeder trouw bij koop van activa onder verrekening van de koopprijs kort voor faillissement. Met wenk

RECHTSPRAAK

Curator niet pro se aansprakelijk voor onverhaalbare proceskosten

Een curator die een procedure is gestart heeft in eerste aanleg gelijk gekregen. In hoger beroep is zijn vordering alsnog afgewezen en is hij q.q. veroordeeld in de proceskosten. Deze kosten zijn niet verhaalbaar op de boedel. Op basis van het Duka/Achmea-arrest is de curator alleen persoonlijk aansprakelijk als hij onrechtmatig heeft geprocedeerd of misbruik van procesrecht heeft gepleegd. Dat is hier niet het geval, zodat de curator niet aansprakelijk is voor de onverhaalbare proceskosten.

Een vennootschap is op vordering van de curator van een failliete vennootschap in eerste aanleg veroordeeld tot betaling van € 686.525,50 uit hoofde van een distributieovereenkomst. In hoger beroep is de vordering afgewezen en is de curator q.q. veroordeeld tot betaling van de proceskosten van € 34.305. De boedel is ontoereikend om de proceskosten te betalen. In deze procedure vordert de vennootschap de curator pro se te veroordelen tot betaling van deze proceskosten.

De rechtbank overweegt dat de curator op basis van de *Macclou*-norm in beginsel een ruime mate van vrijheid heeft om al dan niet te procederen. De persoonlijke aansprakelijkheid van de curator moet beoordeeld worden aan de hand van het *Duka/Achmea*-arrest (HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828). Hieruit volgt dat uitsluitend sprake is van onrechtmatig procederen of misbruik van procesrecht als een evident gegronde vordering wordt ingesteld. Daarvan is pas sprake als de vordering is gebaseerd op feiten of omstandigheden waarvan degene die de vordering heeft ingesteld de onjuistheid kende of behoorde te kennen of als de vordering is gebaseerd op stellingen waarvan degene die de vordering heeft ingesteld op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Vanwege het recht op toegang tot de rechter op grond van artikel 6 EVRM moet deze maatstaf terughoudend worden toegepast.

Aan deze maatstaf is naar het oordeel van de rechtbank niet voldaan. Het enkele feit dat de curator de procedure heeft verloren, betekent niet dat hij persoonlijk aansprakelijk is voor de proceskosten. Dat de vordering van de curator niet op voorhand kansloos was, blijkt alleen al uit het feit dat de rechtbank de vordering grotendeels heeft toegewezen. De argumenten op basis waarvan het hof de vordering uiteindelijk heeft afgewezen, zijn ook in eerste aanleg naar voren gebracht. De rechtbank is dus niet onvoldoende of onjuist geïnformeerd over de feiten, maar heeft de aangedragen argumenten onvoldoende bevonden.

Tot slot leidt ook de omstandigheid dat de boedel ontoereikend is om de proceskosten te voldoen, niet zonder meer tot persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. Ook dan geldt de maatstaf uit *Duka/Achmea*, op basis waarvan de rechtbank de vordering afwijst.

H.J. de Kloe, maart 2022

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 10-02-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:469

Zaaknummer: C/16/521154 / HA ZA 21-314

Rechters: H.J. ter Meulen

Advocaten: A.W. van Leeuwen en G.J.P. Molkenboer

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Toetsing van het vorderingsrecht van de aanvrager van het faillissement

De gegrondheid van de vorderingen van de aanvrager kan niet worden vastgesteld zonder nader onderzoek. Daarvoor is in een faillissementsprocedure echter geen plaats.

Op 28 februari 2022 heeft het gerechtshof Den Haag zich in hoger beroep gebogen over een faillissementsverzoek dat voortvloeide uit een diepgeworteld conflict tussen de gefailleerde en de aanvrager van het faillissement. De gefailleerde is eigenaar van het bedrijfspand dat de aanvrager huurt en van waaruit die haar onderneming exploiteert. Sinds april 2021 wordt de huur niet meer betaald. Daarom heeft de gefailleerde een procedure aanhangig gemaakt voor de betaling van de huurpenningen en de ontruiming van het pand. Daarop heeft de aanvrager het persoonlijke faillissement van gefailleerde aangevraagd.

De aanvrager stelt dat zij twee vorderingen op de gefailleerde heeft: een vordering uit hoofde van een geldlening voor de financiering van het bedrijfspand en een vordering uit hoofde van rekening-courant. De curator heeft op basis van de akte van levering van het bedrijfspand en de daarbij behorende nota van afrekening echter geconcludeerd dat de geldlening niet door de aanvrager is verstrekt. Verder blijkt uit de administratie van de aanvrager dat de rekening-courantvordering is opgebouwd uit betalingen ten behoeve van onroerend goed in Dubai. Nader onderzoek heeft echter uitgewezen dat de gefailleerde geen onroerend goed in Dubai heeft. Bovendien heeft de curator geen rekening-courantovereenkomst aangetroffen. Deze vordering is dus evenmin “hard”.

De curator heeft in zijn advies dan ook geconcludeerd dat in een summierlijke procedure als de onderhavige niet kan worden geoordeeld dat voldoende is gebleken van een vorderingsrecht van de aanvrager. Daar komt bij dat de gefailleerde een aanzienlijke tegenvordering heeft in verband met onbetaalde huurpenningen. De overige bekende schuldeisers zijn voldaan dan wel met hen zijn regelingen getroffen. Bovendien beschikt de gefailleerde over aanzienlijke vermogensbestanddelen en een substantiële verdien capaciteit. Gelet op dit alles verkeert de gefailleerde niet in de toestand dat hij heeft opgehouden met

betalen.

Het hof volgt de conclusie van de curator en merkt daarbij op dat de faillissementsprocedure zich niet leent voor een onderzoek ten gronde. Daartoe dient een bodemprocedure te worden gevoerd. Nu de aanvrager dit niet heeft gedaan, komt het risico van de nodeloos gemaakte faillissementskosten voor haar rekening. Het faillissement wordt dus vernietigd en de aanvrager wordt veroordeeld in de faillissementskosten.

K.C.S. Meekes, maart 2022

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 28-02-2022

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2022:298

Zaaknummer: 200.305.425/01

Rechters: M.C.M. van Dijk, M.J. van Cleef-Metsaars en E.C. Harting

Advocaten: S.B.A. Lhachmi en M.M. Dellebeke

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Kwalificatie vorderingen na teruggave geleasede voertuigen door curator

Kwalificeren de vordering als boedelvordering of als concurrente vordering en zijn de curatoren ook (persoonlijk) aansprakelijk voor de schade?

De failliete vennootschap heeft met betrekking tot 53 voertuigen leaseovereenkomsten gesloten met Adelphi Car Lease B.V. ('Adelphi').

Adelphi vordert onder andere een bedrag van € 68.250 aan niet geretourneerde liftinstallaties. Adelphi stelt dat de liftinstallaties door natrekking eigendom van Adelphi zijn geworden. Door de demontage van de liftinstallaties en navigatie-installatie onder verantwoordelijkheid van de curatoren zou er schade ad € 39.000 en € 14.455 zijn ontstaan doordat er gaten in de laadvloeren, het chassis en het dashboard waren achtergebleven.

(Een deel van) de schade zou volgens Adelphi onder verantwoordelijkheid van de curatoren opzettelijk zijn toegebracht. Daarmee hebben zij in de wettelijke uitvoering van hun taak zodanig onzorgvuldig gehandeld dat zij op grond van artikel 6:162 BW ook persoonlijk aansprakelijk (pro se) zijn voor de met opzet toegebrachte schades.

De vraag die partijen in essentie verdeeld houdt, is of de (beweerdelijke) vorderingen van Adelphi kwalificeren als boedelvordering of als concurrente vordering, aldus de kantonrechter. In het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* (HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108) heeft de Hoge Raad overwogen dat op grond van de Faillissementswet boedelschulden slechts die schulden zijn die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel, hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. Met dit toetsingskader in ogenschouw genomen beslist de kantonrechter als volgt.

Schadevergoeding wegens onzorgvuldig handelen door de curatoren ex artikel 6:162 BW levert een boedelvordering op. Hiervoor is van belang of Adelphi door natrekking eigenaar is

geworden. Naar het oordeel van de kantonrechter zijn de liftinstallaties niet op grond van de verkeersopvatting een wezenlijk onderdeel van de voertuigen. Voertuigen worden maatschappelijk immers niet gezien als incompleet of onvoltooid zonder liftinstallaties. Er is dus geen sprake van natrekking en dus ook niet van onzorgvuldig handelen.

Met betrekking tot de ontstane schade als gevolg van de demontage oordeelt de kantonrechter dat die verbintenis geen boedelschuld maar een vordering op de schuldenaar is. Dit volgt ook uit het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* De verplichting om op grond van de bepalingen van de huurovereenkomst dan wel artikel 7:224 BW de schade aan het gehuurde bij het einde van de huur te herstellen dan wel te vergoeden, is een uit de huurovereenkomst voortvloeiende verbintenis van de schuldenaar, die bij het einde van de huur ontstaat of opeisbaar wordt. Adelphi kan de schade derhalve als concurrente vordering indienen.

Als laatste zijn de curatoren volgens de kantonrechter niet persoonlijk aansprakelijk. Dit toetst de kantonrechter aan de hand van de *Maclou*-norm (HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727). Deze norm houdt in dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Adelphi heeft niet gesteld en onderbouwd dat hier sprake van is.

A.M.H. Nolte, maart 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 25-02-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:1418

Zaaknummer: 9059732

Rechters: F. Aukema-Hartog

Advocaten: W.H.J. Luijer en J.J. Linker

Wetsartikelen: 3:4 BW, 5:14 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Kansen die voorbij worden laten gegaan: het achterwege laten van een Wsnp-verzoek leidt tot faillietverklaring

Een verzoek tot faillietverklaring wordt toegewezen nadat de schuldenaar verzaakt gebruik te maken van de mogelijkheid een Wsnp-verzoek in te dienen dan wel een aanvraag tot schuldhulpverlening te doen.

Een verzoek tot faillietverklaring dat tweemaal door de rechtbank werd aangehouden om de schuldenaar een kans te geven gebruik te maken van een schuldhulpverleningstraject en tot indiening van een Wsnp-verzoek. De schuldenaar heeft deze kansen echter voorbij laten gaan.

Het faillissementsverzoek werd ter zitting van 4 januari 2022 voor de eerste keer besproken. Voorafgaand aan deze behandeling heeft de griffier overeenkomstig artikel 3 Fw op 3 december 2021 de schuldenaar bij brief kennis gegeven dat hij binnen veertien dagen na verzending van die brief een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de Wsnp zou kunnen indienen. De behandeling van het verzoek tot faillietverklaring is tweemaal aangehouden, waarbij de schuldenaar van de rechtbank de opdracht heeft gekregen om een Wsnp-verzoek in te dienen dan wel een concrete aanvraag tot schuldhulpverlening te laten zien indien hij een beroep zou willen doen op de Wsnp. Ook heeft de rechtbank de schuldenaar opgedragen duidelijkheid te verschaffen over zijn schuldpositie. De schuldenaar heeft hier geen gehoor aan gegeven; er is geen Wsnp-verzoek ter griffie ingediend noch een concrete aanvraag tot schuldhulpverlening overgelegd. De schuldenaar heeft wel een aanvraag voor een BBZ-uitkering ingediend. De schuldenaar verzoekt dan ook het faillissementsverzoek af te wijzen dan wel een nader uitstel te verlenen, nu hij nog in afwachting is van de beslissing op dit verzoek, hetgeen acht tot dertien weken zou kunnen duren. Een aanvraag voor een BBZ-uitkering is echter wezenlijk iets anders dan een aanvraag tot schuldhulpverlening in aanloop naar een Wsnp-traject, aldus de rechtbank. Nu ook nog geen duidelijkheid is verschaft over de financiële positie van de schuldenaar, ziet de rechtbank deze derde keer dan ook geen aanleiding om tot verdere aanhouding van de behandeling van het faillissementsverzoek over te gaan.

Het verzoek tot faillietverklaring van de schuldenaar werd ingediend door schuldeiser BPN Paribas Leasing Solutions NV (hierna: verzoekster) wegens onbetaald gebleven huurpenningen. Verzoekster heeft daarbij gesteld dat sprake is van een steunvordering van Lease 2.0. Ook zou pluraliteit volgen uit het feit dat de schuldenaar zich in maart 2021 heeft gewend tot Zuidweg Schuldhelp. De schuldenaar probeert het bestaan van het vorderingsrecht van verzoekster te ontkennen, maar slaagt daar niet in. Ook de steunvordering van Lease 2.0 wordt betwist, maar de schuldenaar geeft wel toe dat hij meerdere schulden heeft. Aan het pluraliteitsvereiste is dus voldaan. Dit volgt natuurlijk ook uit het feit dat de schuldenaar zelf een aanvraag voor een BBZ-uitkering heeft gedaan.

Nadat de rechtbank zijn bevoegdheid op grond van artikel 3 IVO vaststelt, verklaart de rechtbank de schuldenaar failliet. De rechtbank heeft immers kunnen vaststellen dat summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van verzoekster en van het bestaan van steunvorderingen. Geconcludeerd wordt dat summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden die aantonen dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen.

S. Renssen, maart 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 25-02-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:1783

Zaaknummer: 21.424 FT RK

Rechters: M. Aukema

Advocaten: R. Arnoldus en B.V. Rafaela

Wetsartikelen: 3 Fw, 3a Fw en 6 Fw

RECHTSPRAAK

Schorsing notaris in verband met faillissement praktijkvennootschap

Artikel 26 lid 1 sub d Wna is van toepassing bij zowel persoonlijk faillissement van de notaris als bij faillissement van de praktijkvennootschap van de notaris.

In dit arrest gaat het om de vraag of artikel 26 lid 1 sub d Wet op het notarisambt (Wna) alleen van toepassing is bij een persoonlijk faillissement van de notaris of ook bij het faillissement van de praktijkvennootschap van de notaris.

Op verzoek van de notaris is zijn praktijkvennootschap failliet verklaard. Vanwege dit faillissement is de notaris dezelfde dag door de voorzitter van de kamer voor het notariaat geschorst in de uitoefening van zijn ambt op grond van artikel 26 lid 1 sub d Wna. Deze voorzittersbeslissing is door de kamer bekrachtigd. In hoger beroep voert de notaris onder andere aan dat voornoemde bepaling geen wettelijke grondslag biedt voor zijn schorsing, omdat niet de notaris in privé maar uitsluitend zijn praktijkvennootschap failliet is verklaard.

De notaris voert onder meer aan dat de Wna in andere artikelen dan artikel 26 een onderscheid maakt tussen de notaris en de praktijkvennootschap van de notaris. Artikel 26 spreekt enkel over de notaris. Het daaronder mede verstaan dat de praktijkvennootschap niet in lijn zou zijn met de structuur van de Wna. De wetgever zou een onderscheid hebben willen maken tussen het faillissement van de notaris zelf en zijn praktijkvennootschap. Een faillissement van de vennootschap zou namelijk niet altijd vragen om een schorsing.

Het hof overweegt dat de ratio van artikel 26 Wna is dat een faillissement een rechtsfeit is van zodanig ernstige aard, dat de praktijkuitoefening van de notaris moet (kunnen) worden onderbroken. Het hof overweegt voorts dat artikel 26 lid 1 sub d Wna zo dient te worden gelezen, dat het ook van toepassing is op een notaris die het notarisambt uitoefent door middel van een besloten vennootschap waarin hij zijn notariële onderneming heeft ondergebracht en waarvan hij – direct of indirect – enig aandeelhouder en bestuurder is. De ratio van artikel 26 lid 1 Wna is of er een reële dreiging is die de ambtsuitoefening in gevaar

zou kunnen brengen. Naar het oordeel van het hof kunnen in het geval van een faillissement van (de praktijkvennootschap van) de notaris de financiële risico's voor cliënten heel groot zijn. Die risico's bestaan ongeacht of de notaris zijn praktijk al dan niet uitoefent door middel van een praktijkvennootschap, zo oordeelt het hof.

D.R.C. Smit, maart 2022

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 22-02-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:413

Zaaknummer: 200.298.393/01

Rechters: A.R. Sturhoofd, J.H. Lieber en M. Bijkerk

Advocaten: G. van Atten

Wetsartikelen: 26 Wna

RECHTSPRAAK

De rechtbank komt terug op een bindende eindbeslissing. Peilmoment voor vernietigbaarheid op grond van artikel 47 Fw

De rechtbank komt in deze zaak terug op een bindende eindbeslissing die is gemaakt in een tussenvonnis. Betalingen die hebben plaatsgevonden op dezelfde dag als dat bankbeslag is gelegd zijn niet vernietigbaar op grond van artikel 47 Fw nu vast is komen te staan dat deze hebben plaatsgevonden vóórdat het bankbeslag was gelegd. De betalingen waren anders vanwege de blokkerende werking van het beslag niet uitgevoerd.

Source Food B.V. ('Source Food'), een handelaar in diepgevroren vlees en gevogelte, is op 6 januari 2015 failliet gegaan. De curator van Source Food heeft vervolgens verschillende betalingen vernietigd die door de bestuurder van Source Food, Kromme Leek B.V. ('Kromme Leek'), zijn verricht. In het eerste tussenvonnis van 14 april 2021 (INS 2021-0248) heeft de rechtbank geoordeeld dat de curator de betalingen op grond van de faillissementspauliana (art. 47 Fw) terecht had vernietigd en van Kromme Leek kon terugvorderen, de bindende eindbeslissing. In een tweede tussenvonnis van 29 september 2021 heeft de rechtbank partijen op de hoogte gebracht van het voornemen om terug te komen op de bindende eindbeslissing.

De betalingen waar het in deze uitspraak om gaat, zijn bijgeschreven op 1 december 2014. Het gaat om twee bedragen van respectievelijk € 20.570 en € 115.000. Op dezelfde middag is beslag gelegd op de bankrekeningen van Source Food. Voor een oordeel of deze betalingen vernietigbaar waren omdat sprake was van samenspanning in de zin van artikel 47 Fw achtte de rechtbank het doorslaggevend of Source Food op het moment dat de betalingsopdrachten werden gedaan, wist dat de beslagen waren gelegd. Vanaf dat moment was het faillissement van Source Food onvermijdelijk en moest er rekening mee gehouden worden dat niet alle schuldeisers voldaan zouden kunnen worden. Deze wetenschap en de vraag of de blokkerende werking van het bankbeslag de betalingen in dit geval in de weg had gestaan waren nog geen onderdeel van het partijdebat geweest. De rechtbank heeft partijen in de gelegenheid gesteld

zich bij akte hierover nog uit te laten.

De curator heeft zich op het standpunt gesteld dat de rechtbank niet dient terug te komen op haar eindbeslissing. Volgens de curator doet het er in het kader van artikel 47 Fw niet toe op welk moment de betalingsopdrachten zijn gegeven. Maar als de rechtbank dit wel relevant acht, moet ervan uit worden gegaan dat de betalingen op dezelfde dag hebben plaatsgevonden, omdat het in dit geval ging om een transactie binnen één bank. Dit heeft Kromme Leek niet gemotiveerd betwist en om die reden wordt door de rechtbank aangenomen dat de betalingsopdrachten op dezelfde dag zijn gegeven als dat het bankbeslag is gelegd.

In verband met de blokkerende werking van het beslag heeft de curator betoogd dat Source Food na het bankbeslag nog gelden heeft ontvangen en over vrije kredietruimte beschikte, zodat zij na het gelegde bankbeslag nog betalingen kon doen. Dit is volgens de gedaagden niet aangetoond door de curator. De rechtbank oordeelt dat, omdat ook niet in geschil is dat het hele saldo door het beslag werd getroffen, het niet anders kan dan dat de betalingsopdrachten op 1 december 2014 zijn gegeven vóórdat het beslag werd gelegd. De betalingen waren anders vanwege de blokkerende werking van het beslag niet uitgevoerd. De rechtbank ziet dan ook geen aanleiding om Kromme Leek, zoals de curator wenste, te belasten met het bewijs van het tijdstip van de betalingsopdrachten. De betalingen die hebben plaatsgevonden op 1 december zijn niet vernietigbaar op grond van artikel 47 Fw. De rechtbank komt ten aanzien van deze betalingen terug op de bindende eindbeslissing uit het tussenvonnis.

Kromme Leek moet ondanks het terugkomen op de bindende eindbeslissing een bedrag van € 215.636,13 aan de curator betalen. Dit is een optelsom van een rekening-courantschuld en twee paulianeuze betalingen van na het aanvragen van het eigen faillissement.

W.P.IJ. Overgoor, maart 2022

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 16-02-2022

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2022:1612

Zaaknummer: C/15/269060 / HA ZA 18-37

Rechters: M. Wouters, J. Blokland en M. Flipse

Advocaten: S. Peekel en F. Eikelboom

Wetsartikelen: 47 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: afkoelingsperiode niet noodzakelijk

In deze zaak gaat het om een verzoek aan de rechtbank Noord-Nederland om een afkoelingsperiode af te kondigen. Dit verzoek is afgewezen op de grond dat deze niet noodzakelijk is.

Verzoeksters, twee besloten vennootschappen met dezelfde bestuurder, hebben beide een zogenoemde startverklaring als bedoeld in artikel 370 lid 3 Fw ingediend bij de griffie van de rechtbank Noord-Nederland. Het belang van deze startverklaring is vooral gelegen in het feit dat de twee verzoeksters, vanaf het moment dat deze verklaring is ingediend, toegang krijgen tot verschillende voorzieningen, zoals de mogelijkheid om de rechtbank te verzoeken tot het afkondigen van een afkoelingsperiode zoals neergelegd in artikel 376 Fw. Een daartoe strekkend verzoek is door beide vennootschappen gezamenlijk bij de rechtbank Noord-Nederland ingediend. Op grond van artikel 376 lid 4 Fw wordt het verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode toegewezen indien summierlijk blijkt dat aan twee vereisten wordt voldaan, namelijk (1) dat dit noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten en (2) dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij gediend zijn en dat de door de afkoelingsperiode getroffen derden niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.

De rechtbank is van oordeel dat onvoldoende is gebleken dat de verzochte afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door verzoeksters gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten. De bestuurder wordt reeds op proactieve wijze begeleid in het verbeteren van de financiële positie van zijn vennootschappen. Hiertoe zijn al de nodige stappen gezet, zoals het optimaliseren van het personeelsbestand, het verkopen van onroerend goed om krediet te kunnen aflossen en het actief overleg voeren met de diverse schuldeisers. Deze actieve houding heeft zijn vruchten afgeworpen onder meer doordat een gezonde operationele kasstroom is gerealiseerd. Dat maakt dat de rechtbank van oordeel is dat de bedrijfsvoering op dit moment niet zodanig in gevaar is dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is om het bedrijf te kunnen voortzetten tijdens het akkoordtraject. Nu niet aan de vereisten van artikel 376 lid 4 Fw wordt voldaan

heeft de rechtbank het verzoek om afkondiging van een afkoelingsperiode afgewezen.

N. Lgarah, maart 2022

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 15-02-2022

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2022:431

Zaaknummer: 182417 FT RK 22/60 en 182418 FT RK 22/61

Rechters: H.J. Idzenga, F. Damsteegt en M.D.E. Leppens

Advocaten: A.W. Hooijen

Wetsartikelen: 370 Fw en 376 Fw

RECHTSPRAAK

Rechtbank acht koper te goeder trouw bij koop van activa onder verrekening van de koopprijs kort voor faillissement. Met wenk

Verkoop van activa en verrekening koopprijs kort voor faillietverklaring is rechtsgeldig ondanks ontbreken eigenaar (vervreemder) van de activa als partij in de verrekeningsovereenkomst. Afwijzing beroep op pauliana; koper was te goeder trouw.

Inleiding

Langius Holding B.V. ('Holding') en haar dochtervennootschappen Langius Dienstverlening B.V. en Langius Investment B.V. hielden zich in concernverband bezig met koeriers- en pakketbezorgingsdiensten. Holding is bestuurder en enig aandeelhouder van zowel Langius Dienstverlening B.V. ('Dienstverlening') als Langius Investment B.V. ('Investment'). De heer Langius is enig bestuurder en aandeelhouder van Holding en dus ook middellijk bestuurder van Dienstverlening en Investment.

Op 11 februari 2020 ging Dienstverlening failliet. Op 28 april 2020 volgde het faillissement van Holding. Op 6 januari 2022 faillieerde ook Investment. Mr. Hage q.q. is aangesteld als curator in al deze faillissementen.

Feiten

De curator trof in de boekhouding van Holding drie facturen aan ter zake van de verkoop van een drietal bedrijfswagens, met factuurnummers 2020-002, 2020-003 en 2020-004. Deze facturen waren door Holding uitgebracht aan KR Transport en Logistieke Dienstverlening ('KRT'). KRT is een zelfstandige onderneming die koerierswerkzaamheden voor Dienstverlening verzorgde.

Tegenover de door Holding aan KRT uitgebrachte facturen stond klaarblijkelijk geen betaling

in geld op de bankrekening van Holding. De curator vordert namelijk betaling van de facturen van KRT. KRT verweert zich daartegen met de stelling dat de betreffende facturen zijn betaald door verrekening. Zij legt daartoe een 'verrekenoverzicht' over waarop enerzijds facturen van KRT aan Dienstverlening vermeld staan (tot een bedrag van € 56.972,44) en anderzijds facturen van de zijde van Investment aan KRT, waaronder de factuurnummers 2020-002, 2020-003 en 2020-004. Onderaan het verrekenoverzicht staat: *'Hierbij verklaar ik [dhr. Langius] dat openstaande verkoopfacturen van Langius Investment B.V. verrekend worden met de openstaande inkoopfacturen van [KRT] naar Langius Dienstverlening.'* Het verrekenoverzicht is door de heer Langius en door de eigenaar van KRT ondertekend.

Het geschil

Volgens de curator kan het beroep op de verrekeningsverklaring KRT niet baten, omdat de facturen van Holding niet te scharen zijn onder het begrip 'verkoopfacturen van Langius Investment B.V.' zoals vermeld in de verrekeningsverklaring. Een rechtshandeling tussen KRT en Investment kan bovendien geen gevolg hebben voor de rechten van Holding.

KRT beargumenteert dat zij met de heer Langius nu eenmaal de afspraak heeft gemaakt dat een deel van haar openstaande vordering op Dienstverlening zou worden betaald door de drie genoemde bedrijfswagens aan KRT over te dragen onder verrekening van de verkoopprijs en dat KRT erop mocht vertrouwen dat de heer Langius (als middellijk bestuurder van het hele concern) tot het maken en uitvoeren van die afspraak bevoegd was.

De beoordeling

Omdat de kentekens van de bedrijfswagens waar de facturen betrekking op hadden voorheen ook op naam van Investment hadden gestaan en ook op de afschrijvingsstaten in de boekhouding van Investment voorkwamen – waardoor vermoedelijk is gediscussieerd over de vraag of de facturen niet per ongeluk uit naam van Holding verstuurd zijn, terwijl ze wellicht materieel toch 'verkoopfacturen van Langius Investment' waren – gaat de rechtbank allereerst in op de vraag of de bedrijfswagens ten tijde van het uitbrengen van de facturen eigendom waren van Holding. De rechtbank komt tot de conclusie dat Holding inderdaad eigenaar was, met als voornaamste gezichtspunten dat de kentekens sinds 2019 op naam van Holding stonden en Holding ook de motorrijtuigenbelasting en de verzekeringspremies voor de bedrijfswagens betaalde. Het feit dat de bedrijfswagens in de afschrijvingsstaten van Investment stonden is minder van belang, omdat dit een louter interne aangelegenheid betreft en geen externe 'eigendomspretentie' oplevert.

Vervolgens gaat de rechtbank over tot interpretatie van de verrekeningsverklaring. De rechtbank acht het feit dat de facturen voor de bedrijfswagens concreet – aan de hand van de

factuurnummers en de factuurdatums – benoemd zijn in de lijst van de met elkaar te verrekenen facturen van groter gewicht dan de meer algemene zinsnede dat de vordering van KRT zou worden verrekend met ‘verkoopfacturen van Langius Investment’. Daarbij neemt de rechtbank tevens aan dat KRT er gerechtvaardigd op heeft vertrouwd dat de heer Langius bevoegd was te beschikken over de bedrijfswagens en de (verrekening van de) daarvoor afgesproken verkoopprijs, omdat hij (al dan niet middellijk) de vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder van *alle* Langius-vennootschappen was. Zelfs voor zover Investment (als partij bij de verrekenverklaring) niet bevoegd zou zijn geweest om voor Holding een verrekenverklaring te doen of te aanvaarden, moet vanwege de betrokkenheid van de heer Langius toch bescherming worden geboden aan het door KRT in de geldigheid van de rechtshandeling gestelde vertrouwen, op grond van artikel 3:86 lid 1 BW.

Daar komt echter nog bij, zo overweegt de rechtbank, dat KRT gesteld heeft dat zij de facturen voor de bedrijfswagens nooit gezien heeft en daarom niet wist dat deze door Langius Holding waren uitgebracht. De rechtbank acht dat geloofwaardig, omdat de facturen van dezelfde datum zijn als de verrekeningsverklaring zelf. Ook dit draagt volgens de rechtbank bij aan de conclusie dat KRT ten aanzien van de beschikkingsbevoegdheid te goeder trouw was in de zin van artikel 3:86 lid 1 BW.

Subsidiair heeft de curator een beroep gedaan op vernietiging. De curator heeft daarbij volgens het vonnis niet geconcretiseerd op welke vernietigingsgrondslag hij dat beroep baseerde. De rechtbank wijst het beroep op vernietiging af, ook voor zover het een (impliciet) beroep op artikel 42 Fw zou zijn, onder verwijzing naar de door de rechtbank eerder al aangenomen ‘goede trouw’ van KRT bij de overdracht van de bedrijfswagens.

Wenk

De rechtbank begint haar beoordeling in dit vonnis met de afbakening van de beantwoorde rechtsvraag: *‘Aan de orde is de vraag of de onder 2.3. opgenomen facturen voor de bedrijfswagens door middel van verrekening zijn voldaan.’* In dit kader heeft de curator aangevoerd dat verrekening niet rechtsgeldig kan zijn geschied, omdat de heer Langius bij ondertekening van de verrekeningsverklaring wel Investment en Dienstverlening, maar niet de *relevante* vennootschap – Holding – vertegenwoordigde. Holding wordt in de verrekeningsverklaring immers niet als partij genoemd.

Het oordeel van de rechtbank lijkt erop neer te komen dat KRT erop mocht vertrouwen dat de heer Langius de verrekeningsverklaring (voor zover nodig) *ook namens Holding* – althans, in het algemeen: namens alle noodzakelijke vennootschappen – uitbracht c.q. aanvaardde. Of dat KRT erop mocht vertrouwen dat Investment zelf bevoegd was om over de vordering tot

betaling van de koopprijs voor de bedrijfswagens te beschikken (door daaromtrent een verrekeningsverklaring uit te brengen c.q. te aanvaarden).

Hoe dan ook is het vreemd dat de rechtbank in dit kader verwijst naar artikel 3:86 lid 1 BW. Dat artikel dient er immers niet toe om gerechtvaardigd vertrouwen in de bevoegde *vertegenwoordiging* van iemands wederpartij *bij eender welke rechtshandeling* te beschermen, maar beschermt slechts zeer specifiek het vertrouwen in de *beschikkingsbevoegdheid* van de vervreemder *bij levering van een roerende zaak* (niet zijnde een registergoed). Als de voorliggende rechtsvraag was geweest: *'Is de eigendom van de bedrijfswagens rechtsgeldig overgegaan naar KRT?'* dan zou artikel 3:86 lid 1 BW van belang zijn geweest. Voor de vraag of de verrekeningsverklaring door KRT aan Holding tegengeworpen kan worden, is artikel 3:36 BW of eventueel 3:61 BW echter toepasselijker.

Aan het slot van het vonnis overweegt de rechtbank dat de feiten die leiden tot de (wonderlijke) toepassing van artikel 3:86 lid 1 BW om tot de – in beginsel – bindendheid van de verrekeningsverklaring te komen, ook betekenen dat KRT ten aanzien van een eventuele faillissementspauliana 'te goeder trouw' is geweest. Hier creëert de rechtbank enig risico op spraakverwarring. 'Te goeder trouw zijn' in de zin van het ene wetsartikel impliceert immers niet zomaar dat dezelfde persoon ook te goeder trouw is in de context van het andere. De goede trouw die in artikel 3:86 lid 1 BW wordt bedoeld, ziet slechts op verschoonbare onbekendheid (vgl. art. 3:11 BW) met de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder; goede trouw op dat punt kan niet zomaar worden verbreed tot 'te goeder trouw zijn' in het kader van een beroep op de faillissementspauliana.

Met betrekking tot de faillissementspauliana moet de rechtbank met het 'te goeder trouw' zijn van KRT bedoeld hebben: verschoonbare onbekendheid met benadeling van de schuldeisers van Holding. Gezien de aard en de timing van de door de curator gehekelde transactie – een inbetalinggeving c.q. verkoop van vaste bedrijfsactiva onder verrekening van de koopprijs, slechts drie dagen voor de faillietverklaring van de enige werkmaatschappij uit het Langius-concern – is die goede trouw eigenlijk niet zo heel erg voor de hand liggend. Tenzij de rechtbank bij deze overweging specifiek het oog had op het feit dat KRT nooit heeft gezien dat het *Holding* was, die de facturen voor de bedrijfswagens uitbracht. Als KRT überhaupt niet wist dat ze zaken deed met Holding, kan ze ook niet geweten hebben dat ze de schuldeisers van Holding benadeelde, zal de rechtbank wellicht bedoeld hebben.

De vordering van de curator valt in dit vonnis tussen de wal en het schip. Als het nodig is voor rechtsgeldigheid van de verrekening, mag KRT er van de rechtbank van uitgaan dat ook Holding partij was bij – of in ieder geval: gebonden werd door – de verrekeningsverklaring. Maar als het aankomt op wetenschap van schuldeisersbenadeling, geniet KRT het voordeel

van het feit dat Holding naar haar weten geen partij bij de verrekeningsverklaring was. Dat wringt een beetje.

I.F.M. Lakwijk, maart 2022

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 19-01-2022

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:198

Zaaknummer: C/05/392402 / HA ZA 21-429

Rechters: J.R. Veerman

Advocaten: G.H.I.J. Hage en C.L. Berkel

Wetsartikelen: 3:86 lid 1 BW en 42 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurder ontzenuwt causaliteitsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW succesvol met beroep op o.a. brand in het bedrijfspand

Ter ontzenuwing voert de bestuurder o.a. aan dat het faillissement het gevolg is van het uitbranden van twee bedrijfspanden, het vertrek van zijn grootste opdrachtgever en negatieve uitlatingen over hem en zijn bedrijf door zijn ex-vriendin.

Op 22 september 2020 is het faillissement uitgesproken van een vennootschap die zich toelagde op het installeren van (verwarmings)installaties in gebouwen. In deze zaak wordt de indirect bestuurder van de vennootschap aangesproken op de voet van artikel 2:248 BW.

Vast staat dat de laatste gedeponeerde jaarrekening van de vennootschap die over 2017 is, die op 30 januari 2019 is gedeponeerde. Omdat de jaarrekening over 2018 in het geheel niet is gepubliceerd, is niet voldaan aan de publicatieplicht van artikel 2:394 BW. Daarmee staat vast dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is (art. 2:248 lid 2 BW). Ter ontzenuwing van dit vermoeden voert de aangesproken bestuurder aan dat het faillissement het gevolg is van het uitbranden van het oorspronkelijke, onverzekerde, bedrijfspand in februari 2019, het vertrek van zijn grootste opdrachtgever met een omzetverlies van 60% tot gevolg en het afbranden van de vervangende bedrijfsloods naast zijn woning in mei 2019. Door de branden zijn de administratie, de voorraden en het gereedschap verloren gegaan. Bovendien dekte de verzekering de schade van de laatstgenoemde brand (ook) niet. Tot slot zou de ex-vriendin van de bestuurder de reputatie van hem en het bedrijf aangetast hebben met negatieve uitlatingen. De rechtbank oordeelt dat met deze omstandigheden het vermoeden voldoende ontzenuwd is.

De curator heeft zich ook op een schending van de boekhoudplicht beroepen, maar omdat daartegen hetzelfde causaliteitsverweer zal slagen behoeft deze stelling geen aparte behandeling meer. Daarmee zijn de regels van artikel 2:248 lid 2 BW uitgewerkt.

Een vordering op een andere gedaagde uit hoofde van nakoming strandt tot slot ook.

O. Oost, maart 2022

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 09-03-2022

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:1256

Zaaknummer: C/05/392461 / HA ZA 21-434

Rechters: G.J. Meijer

Advocaten: W. van Dijk en G.W.M. Janssen

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Toewijzing verzoek afkoelingsperiode (tevens t.a.v. aandeelhouders van verzoeksters) en verzoek benoeming herstructureringsdeskundige

De rechtbank overweegt dat summierlijk is gebleken dat is voldaan aan de vereisten voor het afkondigen van een afkoelingsperiode, zowel ten aanzien van verzoeksters als de aandeelhouders van verzoeksters.

Een zestal vennootschappen uit dezelfde groep die actief zijn in de e-commerce heeft op 15 februari 2022 een startverklaring in de zin van artikel 370 lid 3 Fw gedeponneerd. De vennootschappen hebben een stormachtige groei doorgemaakt, waardoor problemen in de *supply chain* zijn ontstaan en goedlopende producten niet meer leverbaar waren. Door daarnaast oplopende marketingkosten, stijgende prijzen voor verpakkingen en containervervoer en duurdere inkoop zijn de vennootschappen in de problemen gekomen. Uit kasstroomprognoses volgt dat verzoeksters niet in staat zullen zijn om aan verschuldigde aflossingsverplichtingen te voldoen. Zij werken aan een akkoord om aan hun schuldeisers aan te bieden en verzoeken thans (1) een algemene afkoelingsperiode te gelasten voor de duur van vier maanden en (2) een herstructureringsdeskundige aan te wijzen.

De rechtbank overweegt dat de verzoeksters blijkens liquiditeitsprognoses in staat zullen zijn hun lopende verplichtingen te voldoen in de komende vier maanden. Nu de druk vanuit schuldeisers wordt opgevoerd is de verzochte afkoelingsperiode noodzakelijk, aldus de verzoeksters. Eventuele beslagleggingen en/of faillissementsaanvragen zullen de bedrijfsvoering in grote problemen brengen. Hiermee is, aldus de rechtbank, voldoende onderbouwd dat de afkoelingsperiode noodzakelijk is om de bedrijfsvoering gedurende de periode dat een akkoord wordt voorbereid te kunnen voortzetten.

Voorts heeft een geraadpleegde adviseur vastgesteld dat sprake is van potentieel winstgevende activiteiten mits de omvang wordt teruggebracht naar een beheersbaar niveau. De reorganisatiewaarde van de gezamenlijke ondernemingen wordt geschat op € 22 tot 30 miljoen; de liquidatiewaarde op € 15 tot 18 miljoen. Zonder herstructurering zullen de vennootschappen failleren en zal de waarde van de goodwill verdampen. Voorts zijn veel

goederen met zekerheidsrechten bezwaard. Zonder akkoord en afkoelingsperiode is onaannemelijk dat de concurrente schuldeisers enige betaling tegemoet kunnen zien. Daarmee is naar het oordeel van de rechtbank summierlijk gebleken dat de afkoelingsperiode in het belang van de schuldeisers is.

Het verzoek ziet op de voet van artikel 372 lid 3 Fw jo. 376 Fw mede op de aandeelhouders van verzoeksters. Vanwege de nauwe verbondenheid van verzoeksters met deze aandeelhouders en de verbondenheid van de aandeelhouders naast en met verzoeksters voor de schulden van de financiers van verzoeksters is het, aldus de rechtbank, noodzakelijk dat de akkoorden ten aanzien van verzoeksters tevens zullen voorzien in wijziging van de rechten van crediteuren jegens de aandeelhouders. Gelet op het voorgaande overweegt de rechtbank dat summierlijk is gebleken dat is voldaan aan de vereisten voor het afkondigen van een afkoelingsperiode, ten aanzien van zowel verzoeksters als de aandeelhouders van verzoeksters.

Nu de verzoeksters in de toestand verkeren waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij insolvent zullen raken en zij zelf om benoeming van een herstructureringsdeskundige hebben verzocht, wordt ook dit verzoek toegewezen.

O. Oost, maart 2022

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 25-02-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2022:916

Zaaknummer: 379290 FT HO 22/88

Rechters: C.A.M. de Bruijn, J.H. Steverink en R.P. van Eerde

Advocaten: mr. Chr. Giljam

Wetsartikelen: 376 Fw, 370 Fw en 372 Fw

RECHTSPRAAK

Rechtsmacht en toepasselijk recht Peeters/Gatzen-vordering

Het HvJ EU beantwoordt prejudiciële vragen over de rechtsmacht en het toepasselijk recht bij een Peeters/Gatzen-vordering met internationale aspecten. Het Hof oordeelt dat ingevolge de Verordening Brussel I-bis de rechter binnen wiens rechtsgebied de zetel van een failliete vennootschap zich bevindt, rechtsmacht heeft. Bij de beoordeling welk recht van toepassing is, moet eerst door de verwijzende rechter worden beoordeeld of deze onder de uitsluiting van de Rome II-verordening valt. Indien de vordering niet van de werkingssfeer van de Rome II-verordening is uitgesloten, is het recht van toepassing van het land waar de vennootschap is gevestigd die geen verhaal biedt voor de schade die haar schuldeisers lijden als gevolg van de schending van de zorgplicht door de grootmoedermaatschappij.

In 2019 oordeelde het HvJ EU in de zaak *Rosbeek q.q./BNP Paribas* dat de vraag welke rechter internationaal bevoegd is om kennis te nemen van een *Peeters/Gatzen*-vordering, moet worden beantwoord aan de hand van de Verordening Brussel I-bis en niet de Insolventieverordening (ECLI:EU:C:2019:96). Daarin liet het Hof zich niet uit over de wijze waarop de rechtsmacht bij een dergelijke vordering op grond van de Verordening Brussel I-bis moet worden bepaald. In de onderhavige procedure wel. Het Hof beantwoordt prejudiciële vragen van de rechtbank Midden-Nederland over de rechtsmacht en het toepasselijk recht bij een *Peeters/Gatzen*-vordering.

Een curator van een Nederlandse vennootschap had een *Peeters/Gatzen*-vordering ingesteld tegen de Duitse grootmoedermaatschappij van failliet. Volgens de curator was het staken van de financiering door deze partij in strijd met een op de grootmoeder rustende zorgplicht jegens de gezamenlijke crediteuren. Aan de financiering lagen financieringsovereenkomsten

ten grondslag. Daarin was een forumkeuze gemaakt voor de Duitse rechter en Duits recht van toepassing verklaard. De rechtbank stelde vier prejudiciële vragen (ECLI:NL:RBMNE:2020:1825, INS 2020-0158). De twee voor het insolventierecht meest relevante vragen worden in deze samenvatting besproken.

De eerste vraag betrof de rechtsmacht. Volgens artikel 7 punt 2 Verordening Brussel I-bis is – ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad – het gerecht bevoegd van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. Het Hof oordeelt dat bij een Peeters/Gatzen-vordering, zoals de rechtbank die vordering in deze specifieke zaak heeft omschreven, de plaats van de zetel van de vennootschap ook de plaats is waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. Dat doet het Hof naar analogie met zijn rechtspraak over de vordering jegens een bestuurder of aandeelhouder van een in vereffening gestelde vennootschap voor schulden van die vennootschap.

Het Hof motiveert zijn oordeel met de overweging dat ervan uit mag worden gegaan dat op de plaats van vestiging van de failliete vennootschap informatie beschikbaar is over de ontwikkeling van de financiële toestand van de vennootschap, aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of de zorgplicht is geschonden. Er bestaat daarom uit het oogpunt van goede rechtsbedeling en een nuttige procesinrichting een bijzonder nauwe band tussen de ingestelde vordering en de plaats van vestiging, zoals volgens vaste rechtspraak van het Hof is vereist. Dat bij de Peeters/Gatzen-vordering geen rekening wordt gehouden met de individuele positie van elk van de schuldeisers is volgens het Hof voor deze beoordeling niet relevant.

De rechtbank had de prejudiciële vraag toegespitst op de vordering wegens schending van de zorgplicht door de grootmoedermaatschappij, zodat de beantwoording door het Hof ook daarop betrekking heeft. In r.o. 36 overweegt het Hof evenwel meer algemeen dat de rechter binnen wiens rechtsgebied de zetel van een failliete vennootschap zich bevindt, bevoegd is om kennis te nemen van een op onrechtmatige daad gebaseerde collectieve schadevordering die de curator heeft ingesteld in het kader van zijn wettelijke taak om de boedel af te wikkelen. Dit lijkt te impliceren dat de rechter uit de plaats van de statutaire zetel van de failliet in beginsel altijd bevoegd is om kennis te nemen van een door de curator ingestelde Peeters/Gatzen-vordering, ongeacht de exacte grondslag van die vordering uit onrechtmatige daad. De Hoge Raad oordeelde anders in de hiervoor genoemde zaak *Rosbeek q.q./BNP Paribas* (ECLI:NL:HR:2020:1223).

Bij de vraag naar het toepasselijk recht staat de Rome II-verordening centraal. Het toepasselijk recht op niet-contractuele verbintenissen moet in beginsel op grond daarvan worden bepaald. Het hof beoordeelt eerst of de aan de orde zijnde aansprakelijkheid niet onder het

vennootschapsrecht valt, omdat deze dan zou zijn uitgesloten van de werkingssfeer van de Rome II-verordening. Onder verwijzing naar zijn rechtspraak bij de gelijkkluidende uitsluiting in de Rome I-verordening, die inhoudt dat alleen de organische aspecten van de vennootschap onder die uitsluiting vallen, overweegt het Hof dat de aansprakelijkheid voor schulden van de vennootschap geen dergelijk organisch aspect betreft. Volgens het Hof moet onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de uit de betrekking tussen bestuurder en vennootschap voortvloeiende specifieke zorgplicht, die niet binnen de materiële werkingssfeer van de Rome II-verordening valt, en anderzijds de algemene zorgplicht *erga omnes*, die daar wel binnen valt. De verwijzende rechter moet dit beoordelen.

Indien de verwijzende rechter oordeelt dat de Rome II-verordening van toepassing is, is artikel 4 relevant. Dat bepaalt dat het recht dat van toepassing is op een onrechtmatige daad het recht is van het land waar de schade zich voordoet. Wederom verwijst het Hof naar eerdere rechtspraak, onder meer de rechtspraak die bepaalt dat dit de plaats is waar de aanvankelijke schade is ingetreden voor de direct benadeelden. Zo komt het Hof tot het oordeel dat, indien de Rome II-Verordening van toepassing is, het land waar de schade zich voordoet het land is waar de vennootschap is gevestigd die geen verhaal biedt voor de schade die haar schuldeisers lijden als gevolg van de schending van de zorgplicht door de grootmoedermaatschappij. Nederland, dus.

Als laatste komt in dit verband de gemaakte forumkeuze nog aan de orde. Een dergelijke overeenkomst kan erop wijzen dat er een kennelijk nauwere band is met een ander land, zodat op grond van artikel 4 lid 3 dat andere recht van toepassing is. De rechter beschikt echter over ruimte om te beoordelen of er een betekenisvolle band bestaat. Alleen wanneer de rechter van oordeel is dat die band werkelijk bestaat, moet hij het recht van dat land toepassen. Het enkele bestaan van die contractuele rechtsbetrekking staat niet toe dat automatisch het overeengekomen recht van toepassing is op de niet-contractuele aansprakelijkheid.

J.H.M. van de Wiel, maart 2022

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 10-03-2022

ECLI: ECLI:EU:C:2022:173

Zaaknummer: C-498/20

Rechters: N. Jääskinen, M. Safjan en N. Piçarra

Wetsartikelen: Verordening (EU) nr. 1215/2012 en Verordening (EG) nr. 864/2007

RECHTSPRAAK

Statutair bestuurder en feitelijk bestuurder beiden aansprakelijk voor het faillissementstekort

In eerste aanleg oordeelde de rechtbank dat de twee bestuurders van een failliete bv op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijk zijn voor het faillissementstekort. Een van hen betwist dat hij kan worden aangemerkt als bestuurder, beiden doen een beroep op verjaring, voeren inhoudelijke verweren tegen aansprakelijkheid aan en doen een beroep op matiging. Niets mag baten, het vonnis in eerste aanleg blijft overeind en het beroep op matiging wordt afgewezen.

Op 3 mei 2011 faillieerde een verkoop- en marketingorganisatie ('de vennootschap'). Op dat moment had zij één statutair bestuurder en naar het (bestreden) standpunt van de curator tevens een feitelijk bestuurder (gezamenlijk 'de bestuurders'). Op 15 december 2014 stuitte de toenmalig aangestelde curator per brief eventuele vorderingen van de boedel op de bestuurders, met verwijzing naar het feit dat een onderzoek naar de financiële administratie nog steeds gaande was. Op 30 juli 2015 werd de toenmalig aangestelde curator opgevolgd door de curator die eiser is in deze zaak. Op 11 mei 2016 stelde de curator de bestuurders aansprakelijk voor het boedeltekort. Op 15 april 2020 oordeelde de rechtbank dat de bestuurders aansprakelijk zijn voor het boedeltekort. In onderhavige procedure komen de bestuurders daartegen op met diverse verweren.

Ten eerste doen de bestuurders een beroep op verjaring, omdat aansprakelijkstelling pas meer dan vijf jaar na het faillissement volgde. Uit de brief bleek namelijk niet duidelijk waarover de curator het had. Het hof merkt eerst op dat het voor de beoordeling niet alleen belangrijk is om te kijken naar de formulering van de mededelingen, maar ook naar de context waarin ze worden gedaan en naar overige omstandigheden. Omdat de bestuurders vóór de aansprakelijkstelling meermaals zijn gewezen op het lopende rechtmatigheidsonderzoek, oordeelt het hof dat de brief de verjaring van de vorderingen heeft gestuit.

Ten tweede voert een van de bestuurders wat betreft diens feitelijk bestuurderschap aan dat de curator zich slechts baseert op vermoedens. Hij handelde namelijk altijd met volmacht en in opdracht van de directie. De curator heeft echter verwezen naar onder meer de volgende feiten: de bestuurder is de levenspartner van de meerderheidsaandeelhouder, hij stond op de loonlijst voor circa € 9.000 per maand dat als 'salaris directie' werd vermeld in de administratie en werd doorbetaald tijdens maandenlange detentie, hij beschikte over de duurste leaseauto die de vennootschap betaalde, hij declareerde de meeste onkosten waaronder etentjes die werden geboekt als 'directielid' en onverwijld werden vergoed, zijn betalingen werden geboekt in de 'rekening-courant directie' en hij bracht kosten van hem persoonlijk, van zijn echtgenote en van aan hem gelieerde vennootschappen ten laste van de vennootschap. Ook sloot hij overeenkomsten, keurde offertes goed en ging financiële verplichtingen aan namens de vennootschap, trof hij regelingen met schuldeisers, instrueerde de advocaat, plaatste bestellingen en stond als contactpersoon vermeld op briefpapier. Bovendien heeft hij tegenover de curator verklaard dat hij zich als directeur gedroeg en dat hij samen met de andere bestuurder de kar trok. Hiertegenover heeft de bestuurder geen concrete feiten of omstandigheden naar voren gebracht die zijn positie in een ander licht plaatsen. Het hof oordeelt dan ook dat de aangevoerde feiten en omstandigheden niet slechts als vermoedens kunnen worden aangemerkt en in samenhang gezien de conclusie rechtvaardigen dat de bestuurder het beleid van de vennootschap (mede) bepaalde.

Ten derde voeren de bestuurders enkele inhoudelijke verweren. Vast staat dat de jaarrekening over 2009 te laat is gedeponereerd. Het hof passeert het verweer van de bestuurders dat dit een onbelangrijk verzuim is. Volgens het hof hebben de bestuurders namelijk geen redenen genoemd die een aanvaardbare verklaring vormen voor te late deponering. Ook het verweer dat het rechtmatighedenonderzoek gebrekkig was, mag de bestuurders niet baten. De bestuurders maken dat namelijk niet duidelijk en zij hebben ook geen gebruik gemaakt van de gelegenheid om gedurende het onderzoek te reageren op bevindingen van de curator. Volgens de bestuurders was tot slot het schenden van de deponeringsplicht niet de oorzaak van het faillissement, maar waren de marktomstandigheden de oorzaak. De bestuurders hebben het echter gehouden bij een vrij algemeen verhaal over liquiditeitskrapte en factoren die het minder gemakkelijk maakten om omzet te genereren. De oorzaken en invloed van het voornoemde op het faillissement hebben de bestuurders niet concreet gemaakt. Volgens het hof lijkt het erop dat de bestuurders zelf met hun beleid het faillissement hebben veroorzaakt door onder meer het laten oplopen van de schulden.

Tot slot vragen de bestuurders het hof het bedrag waarvoor zij aansprakelijk zijn te matigen op grond van artikel 2:248 lid 4 BW. Als gronden voor matiging verwijzen de bestuurders naar het tijdsverloop, de gevolgen van een veroordeling voor hun privésituatie, de volgens hen

geringe ernst van te late deponering van de jaarrekening en de aannemelijkheid dat de schuldeisers hun vorderingen zullen hebben afgeschreven. In geen van deze omstandigheden ziet het hof aanleiding om tot matiging over te gaan.

A.L.M. van Rooij, maart 2022

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 22-02-2022

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:535

Zaaknummer: 200.283.525_01

Rechters: W.J.J. Los, L.S. Frakes en T. van Malssen

Advocaten: A.C. Hansen en P.E. Butterman

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

**Verzoeker veroordeeld in proceskosten na intrekken
verzoekschrift tot faillietverklaring ter zitting, maar voor
inhoudelijke behandeling**

De rechtbank overweegt dat, gelet op de inhoud van het verweerschrift en het feit dat verzoeker het verzoek ter zitting maar voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling heeft ingetrokken, het ingediende verzoekschrift prematuur was.

Op 9 februari 2022 heeft verzoeker een verzoek tot faillietverklaring van verweerder ter griffie ingediend. Op 7 maart 2022 heeft verweerder schriftelijk verzocht het verzoek af te wijzen en verzoeker in de kosten van deze procedure te veroordelen. Op 8 maart 2022 heeft verzoeker ter zitting het verzoek ingetrokken. De rechtbank overweegt dat, gelet op de inhoud van het verweerschrift en het feit dat verzoeker het verzoek ter zitting maar voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling heeft ingetrokken, het ingediende verzoekschrift prematuur was. Verzoeker wordt veroordeeld in de kosten van de procedure conform het liquidatietarief voor rechtbanken en hoven.

O. Oost, maart 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 15-03-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:1874

Zaaknummer: C/10/633382 / FT RK 22/57

Rechters: J.C.A.T. Frima

Advocaten: mr. M.M.H. de Ruijter-van den Brand en mr. M. Huijzer

Wetsartikelen: 1 Fw