

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 8, 2022

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:2253](#) 22-03-2022

Beroep op faillissementspauliana ten aanzien van betalingen door schuldenaar aan advocaat faalt

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:2771](#) 13-04-2022

Curatoren Imtech vorderen betalingen terug van De Brauw: vorderingen worden afgewezen

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:3241](#) 08-04-2022

Afwijzing verzoek tot faillietverklaring

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2022:2690](#) 31-03-2022

WHOA: eigen verzoek tot benoeming observator toegewezen

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2022:1066](#) 16-03-2022

Onrechtmatige concurrentie na doorstart

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:2629](#) 11-03-2022

Vordering tot het verstrekken van stukken uit de administratie van een VvE moet door curator worden ingesteld

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:2757](#) 08-03-2022

Faillietverklaring ontbonden vennootschap

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:2748](#) 08-03-2022

Faillietverklaring ontbonden vennootschap

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:1496](#) 23-02-2022

Bank vordert betaling koopprijs verpande activa; koper stelt tegenvorderingen in

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2022:108](#) 12-01-2022

Ondanks schending publicatieplicht bestuurder niet aansprakelijk voor

faillissementstekort op grond van artikel 2:248 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Onrechtmatige concurrentie na doorstart

Twee stichtingen zijn op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk jegens de doorstarter van een failliete kinderopvangorganisatie wegens onrechtmatige concurrentie.

De onderhavige uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland gaat over een partij die de activiteiten van een gefailleerde kinderopvangorganisatie heeft doorgestart ('de doorstarter') en die van twee stichtingen, die een schoolinstelling drijven, schadevergoeding vordert wegens onrechtmatige concurrentie.

Meer concreet stelt de doorstarter dat de twee stichtingen wegens toerekenbare tekortkoming dan wel onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking zijn gehouden tot vergoeding van schade, nader op te maken bij staat, die de gefailleerde kinderopvangorganisatie en de doorstarter hebben geleden als gevolg van gerichte acties die de schoolinstelling heeft ondernomen om werknemers en relaties van de kinderopvangorganisatie naar haar eigen kinderopvang ('Stichting X') te laten overstappen. De doorstarter heeft de gepretendeerde vorderingen van de gefailleerde kinderopvangorganisatie door de curator gecedeerd gekregen (r.o. 2.5). In een uitgebreide bespreking van de feiten en omstandigheden, waaronder ook die aan het licht zijn gekomen bij een door de doorstarter geëntameerd voorlopig getuigenverhoor, heeft de rechtbank haar oordeel uiteengezet dat de stichtingen met deze gerichte acties zowel vóór als na de faillietverklaring van de kinderopvangorganisatie op 28 november 2017 onrechtmatig hebben gehandeld. Met betrekking tot de periode voorafgaand aan het faillissement is daarbij relevant geacht dat de schoolinstelling en de kinderopvangorganisatie vanaf 2015 aanvankelijk de bedoeling hadden om tot een samenvoeging van de activiteiten te komen en in dat verband door de schoolinstelling gerechtvaardigde verwachtingen zijn geschapen; met betrekking tot de periode erna vanwege het feit dat de stichtingen hun acties hebben voortgezet ondanks berichten van de curator om daarmee in het belang van het doorstartproces te stoppen.

Onder de besproken omstandigheden, die kwalificeren als bijzondere omstandigheden in de door de Hoge Raad voor dit soort gevallen van onrechtmatige concurrentie vereiste zin (HR 27

juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD7158 (*Holland Nautic/Decca*)), leveren de actieve handelingen van de stichtingen volgens de rechtbank strijd op met de maatschappelijke betamelijkheid van artikel 6:162 BW (vgl. HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776 (*Lindenbaum/Cohen*)). Wat die betamelijkheidsnorm betreft, wordt in r.o. 2.28 bij de bespreking van de relativiteitseis van artikel 6:163 BW ook HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023 (*Baris/Riezenkamp*) nog aangehaald. In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat partijen bij onderhandelingen over het sluiten van een overeenkomst *'tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij'*. Die norm hebben de stichtingen geschonden. De rechtbank heeft toerekenbaarheid en causaal verband voorts aangenomen en het bestaan van schade aan de zijde van de doorstarter voldoende aannemelijk geacht, waardoor zij de vordering van de doorstarter tot verwijzing naar de schadestaatprocedure eveneens heeft toegewezen. De rechtbank komt bij toewijzing van de vordering op grond van artikel 6:162 BW niet toe aan het beroep van de doorstarter op ongerechtvaardigde verrijking.

J.O. Bijloo, april 2022

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 16-03-2022

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2022:1066

Zaaknummer: C/19/125734 / HA ZA 19-20

Rechters: L. Groefsema

Advocaten: R.P. van Boven en J.M. Pol

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Beroep op faillissementspauliana ten aanzien van betalingen door schuldenaar aan advocaat faalt

De curator roept tevergeefs de faillissementspauliana in ten aanzien van betalingen door de failliet van facturen van zijn advocaat.

In deze procedure roept de curator de faillissementspauliana in ten aanzien van de betaling door de failliet van een aantal facturen van zijn advocaat. De failliet had de betalingen in de twee weken voor het faillissement gedaan. De advisering door de advocaat zag op het afwenden van de financiële problemen en, toen dat niet haalbaar bleek, het voorbereiden van de eigen aangifte waarop het faillissement is uitgesproken. Het arrest roept de vraag op wat de curator ertoe heeft bewogen de betalingen aan te vechten. Mogelijk zit het erin dat de curator van mening is dat de advocaat te veel acht heeft geslagen op belangen van de holding die de aandelen in de failliet houdt en haar bestuurder, tevens haar enig (indirect) aandeelhouder.

De curator lijkt zijn pijlen vooral te hebben gericht op een afspraak tussen de schuldenaar en de advocaat, inhoudende dat de verschuldigde bedragen meteen na ontvangst van de facturen opeisbaar zouden worden. Het hof overweegt dat de advocaat alleen onder deze voorwaarde bereid was bijstand te verlenen en dat de afspraak daarom niet onverplicht was. Dit lijkt niet de juiste maatstaf. Bij beoordeling van de vraag of een rechtshandeling verplicht of onverplicht is verricht, gaat het erom of er een rechtsplicht bestond tot het verrichten van die rechtshandeling. Dat lijkt hier niet aan de orde.

De curator lijkt ook te hebben betoogd dat de betalingen onverplicht zouden zijn geweest, omdat de advocaat mede acht zou hebben geslagen op de belangen van de (indirect) aandeelhouder en bestuurder. Het hof gaat hier terecht niet in mee. Zoals gezegd gaat het erom of er een rechtsplicht bestond tot het verrichten van de rechtshandeling. Wanneer er een rechtsplicht bestaat tot het verrichten van een betaling, is deze verplicht, ook als het een betaling aan de advocaat van een derde zou betreffen.

Omdat de betalingen, dan wel de betalingsafspraken, volgens het hof geen onverplicht karakter hadden, faalt het beroep van de curator op artikel 42 Fw.

Ook het beroep op artikel 47 Fw faalt. Volgens het hof is niet gebleken dat de advocaat en de failliet de intentie hadden de advocaat boven andere schuldeisers te bevoordelen.

Ten overvloede – maar terecht – merkt het hof nog op dat de vorderingen van de curator ook afstuiten op de redelijkheid en billijkheid. Volgens het hof zou het onaanvaardbaar zijn wanneer een in moeilijkheden verkerende schuldenaar verstoken zou blijven van rechtsbijstand.

J.F. Fliek, april 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 22-03-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:2253

Zaaknummer: 200.301.060/01

Rechters: P.S. Bakker, M.W. Zandbergen en O.E. Mulder

Advocaten: B. Zagers en J. Keekstra

Wetsartikelen: art. 42 Fw en art. 47 Fw

RECHTSPRAAK

Afwijzing verzoek tot faillietverklaring

Verzoekers hebben een verzoekschrift ingediend strekkende tot faillietverklaring van verweerder. Dit verzoek is door de rechtbank afgewezen omdat niet is voldaan aan het pluraliteitsvereiste.

Verzoekers hebben een verzoekschrift ingediend strekkende tot faillietverklaring van verweerder. Voor een faillietverklaring is vereist dat summierlijk blijkt van feiten en omstandigheden die aantonen dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen (de faillissementstoestand). Om deze toestand te kunnen aannemen, moeten er meerdere schuldeisers zijn (pluraliteit). Verzoekers stellen een vordering van € 39.000 uit hoofde van een geldleningsovereenkomst op verweerder te hebben. Als eerste steunvordering hebben verzoekers gesteld dat hun dochter – tevens ex-echtgenote van verweerder – een regresvordering op verweerder heeft, omdat zij de totale vordering van Rabobank ad € 48.000 heeft betaald terwijl verweerder voor de helft van deze schuld aansprakelijk is. Deze aansprakelijkheid vloeit voort uit de omstandigheid dat Rabobank dit krediet aan de vennootschap onder firma (vof) heeft verstrekt waarvan verweerder en zijn ex-echtgenote vennoten zijn geweest. Als tweede steunvordering hebben verzoekers gesteld dat verweerder een vordering van de Regionale Belasting Groep ('RBG') onbetaald heeft gelaten.

Verweerder heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Hij erkent de vordering van verzoekers tot een bedrag van € 34.750, maar betwist de steunvorderingen. Ten aanzien van de gestelde steunvordering van zijn ex-echtgenote stelt hij dat deze moet worden meegenomen in een aparte afzonderlijke procedure met betrekking tot de afwikkeling van de vof, waarbij volgens verweerder ook andere financiële verplichtingen over en weer moeten worden afgewikkeld. Wanneer die afwikkeling in volle omvang wordt gezien, is het in dat verband niet zijn ex-echtgenote die een vordering op hem heeft, maar heeft hij juist een vordering op haar. Ten aanzien van de gestelde steunvordering van de RBG heeft verweerder een printscreen overgelegd, waaruit blijkt dat hij op 4 april 2022 geen openstaande schulden aan de RBG heeft.

Het komt de rechtbank niet onaannemelijk voor dat de gestelde vordering van de ex-echtgenote van verweerder deel uitmaakt van de afwikkeling van een vof tussen verweerder

en zijn ex-echtgenote. Niet gebleken is echter dat een volledige afwikkeling, dus een afwikkeling waar ook verdere vermogensbestanddelen van de vof worden betrokken, ook tot een vordering van de ex-echtgenote op verweerder zal leiden. De in dit verband gestelde steunvordering laat zich dan ook niet summierlijk vaststellen. Ten aanzien van de gestelde vordering van de RBG heeft verweerder een uitdraai van de website van de RBG overgelegd waarop de datum 4 april 2022 staat vermeld, alsmede: 'Te betalen: € 0,00'. Van de zijde van verzoekers zijn geen stukken overgelegd waaruit kan blijken dat die uitdraai niet juist is en dat de RBG wel een vordering op verweerder heeft. De rechtbank is daarom van oordeel dat niet summierlijk is gebleken van een steunvordering en wijst het verzoek tot faillietverklaring af.

N. Lgarah, april 2022

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 08-04-2022

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2022:3241

Zaaknummer: FT RK 22/108

Rechters: R. Cats

Advocaten: G. Janssen

Wetsartikelen: 1 Fw

RECHTSPRAAK

Bank vordert betaling koopprijs verpande activa; koper stelt tegenvorderingen in

Tussenvonnis. Een partij koopt uit faillissement activa waarop de bank een pandrecht heeft, maar betaalt een deel van de koopprijs niet. De bank vordert betaling. De koper wil kennelijk drie tegenvorderingen verrekenen. Partijen worden in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over verschillende aspecten van het geding.

Hoad Holding B.V. ('Hoad') koopt activa uit het faillissement van Zingerzangers Nederland B.V. ('Zingerzangers'), waaronder de voorraad en de aandelen in een dochtervennootschap. Deze activa zijn verpand aan ING Bank ('ING'). Bij de koopovereenkomst zijn Hoad, de curator en ING partij. De koopsom blijft deels onbetaald, reden waarom ING in deze procedure nakoming vordert. Daarnaast vordert ING aanvullende zekerheidstelling.

Hoad beroept zich tot haar verweer op drie tegenvorderingen, die zij kennelijk wil verrekenen. Allereerst gaat het om aan haar gecedeerde vorderingen van leveranciers onder eigendomsvoorbehoud. Ten tweede om een vordering wegens een onjuiste inventarisatie van de voorraad, hetgeen een tekortkoming in de nakoming oplevert. Tot slot stelt zij een vordering in op grond van wederzijdse dwaling.

Gecedeerde vorderingen van leveranciers onder eigendomsvoorbehoud

In de periode tussen faillissementsdatum en het sluiten van de koopovereenkomst heeft ING aan haar verpande voorraad (via de curator) doen verkopen en heeft zij de opbrengst daarvan ontvangen. Onder die voorraad bevonden zich ook zaken die onder eigendomsvoorbehoud waren geleverd door diverse leveranciers. De schadeclaims van de leveranciers zijn gecedeerd aan Hoad.

ING stelt dat Hoad conform de koopovereenkomst is gehouden de schade van de leveranciers te vergoeden. In de overeenkomst is bepaald dat Hoad 'goederenrechtelijke aanspraken van leveranciers' zelfstandig en naar eigen inzicht dient af te wikkelen. De rechtbank legt de

bepaling aldus uit dat leveranciers van wie zaken in de periode tussen faillissementsdatum en het sluiten van de koopovereenkomst zijn verkocht, geen goederenrechtelijke aanspraken meer hebben. In vrijwel alle gevallen is de eigendom van de zaken, na verkoop door de curator, overgegaan op de afnemers van (de boedel van) Zingerzangers. Het eigendomsrecht van de leverancier gaat daarmee verloren. Wel komt de leveranciers een vordering tot schadevergoeding toe jegens ING, aangezien ING met de opbrengst van de zaken ongerechtvaardigd is verrijkt. Dat is (geen goederenrechtelijke maar) een verbintenisrechtelijke vordering. Derhalve oordeelt de rechtbank dat ING aansprakelijk is jegens de leveranciers. Hoad heeft die schadevorderingen overgenomen en kan deze aan ING tegenwerpen. De schadeomvang kan niet nauwkeurig worden vastgesteld, waardoor deze zal moeten worden geschat. Partijen krijgen de gelegenheid om te reageren op de rekenmethode waarmee die schatting zal plaatsvinden.

Tekortkoming in de nakoming

Volgens Hoad is de waardering van de voorraad gebaseerd op een onjuiste inventarisatie, waardoor een te hoge koopprijs is overeengekomen. Dit levert (primair) een tekortkoming in de nakoming op, aldus Hoad. ING stelt dat niet zij maar de curator de verkoper was van de voorraad. Hoofdelijkheid (van de curator en ING) is uitgesloten in de koopovereenkomst. Daarnaast stelt zij dat Hoad bekend was met een afwaardering van de voorraad en dat met die afwaardering rekening is gehouden bij het bepalen van de koopprijs. De rechtbank gaat mee in de stellingen van ING. Nu de curator de verkoper is van de voorraad, heeft Hoad geen vordering jegens ING op grond van een tekortkoming in de nakoming. Ook het (subsidiare) beroep op dwaling wordt afgewezen, omdat de curator geen partij is in het geding en dus niet, zoals vereist, alle partijen bij de te vernietigen rechtshandeling in het geding zijn betrokken (zie ook art. 3:51 lid 2 BW en HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:177). Hoad krijgt vooralsnog niet de gelegenheid om de curator in het geding op te roepen, maar mag op dit oordeel bij akte reageren.

Wederzijdse dwaling

Het feit dat de curator geen partij in dit geding is, heeft ook zijn doorwerking in de derde vordering van Hoad, te weten een beroep op wederzijdse dwaling vanwege een aan de boedel (en daarmee de beoogde doorstart) onttrokken activiteit van Zingerzangers. De rechtbank oordeelt (voorlopig) dat, ook als de curator zou worden opgeroepen in het geding, een beroep op dwaling jegens ING geen grote kans van slagen heeft. Het voorgaande is (wederom) gebaseerd op het feit dat de curator de verkoper is van de activa, niet ING. Bovendien is volgens de rechtbank de bedoelde activiteit niet onttrokken aan de boedel en is daarmee evenmin sprake van dwaling.

Overige vorderingen

ING vordert (aanvullende) zekerheidstelling. Eerder heeft Hoad zich verbonden om zekerheid te vestigen op een bepaalde onroerende zaak, maar die zaak is inmiddels verkocht. ING heeft uit die verkoop betaling ontvangen, waarmee zij haar vordering op Hoad heeft verminderd. De rechtbank oordeelt dat hiermee de grondslag voor het stellen van (aanvullende) zekerheid is vervallen en wijst de vordering van ING af.

Hoad vordert dat ING haar vordering (indien toegewezen) slechts kan opeisen in termijnen. Reden hiervoor zou zijn dat de vordering is aan te merken als 'quasi' bankkrediet en alle banken, vanwege de coronacrisis, hun klanten uitstel van betaling geven. Omdat de oorspronkelijke betalingstermijn was gesteld op een tijdstip voordat de coronapandemie uitbrak, kan met de coronapandemie geen rekening worden gehouden, zo oordeelt de rechtbank.

R.J.H. Berghuis, april 2022

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 23-02-2022

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:1496

Zaaknummer: C/13/680901/HA ZA 20-281

Rechters: R.H.C. Jongeneel

Advocaten: mr. C.M. Harmsen en D.M. van Geel

Wetsartikelen: 3:51 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Curatoren Imtech vorderen betalingen terug van De Brauw: vorderingen worden afgewezen

De Brauw heeft in de laatste fase voorafgaand aan het faillissement werkzaamheden verricht voor Imtech en daarvoor betalingen ontvangen. Deze betalingen zijn niet vernietigbaar op grond van artikel 47 Fw en De Brauw heeft ook niet onrechtmatig gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers. Voorts mocht De Brauw het voorschot verrekenen met declaraties.

Royal Imtech N.V. ('Imtech') werd voorafgaand aan haar faillissement (13 augustus 2015) juridisch bijgestaan door advocatenkantoor De Brauw Blackstone Westbroek N.V. ('De Brauw'). In de periode tussen 24 juli 2015 en het faillissement heeft De Brauw een bedrag van ruim € 4,5 miljoen ontvangen van Imtech. De curatoren van Imtech hebben deze betalingen buitengerechtelijk vernietigd op grond van de faillissementspauliana (art. 47 Fw). Zij doen een beroep op de tweede in artikel 47 Fw genoemde grond voor vernietiging, namelijk het geval dat de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en schuldeiser dat tot doel had om laatstgenoemde te begunstigen. In deze procedure vorderen zij een verklaring voor recht dat de betalingen rechtsgeldig zijn vernietigd dan wel dat De Brauw onrechtmatig heeft gehandeld en daardoor schadelijk is.

De rechtbank overweegt als volgt. De stelplicht en bewijslast ten aanzien van feiten die kunnen leiden tot de conclusie dat de betalingen het gevolg waren van samenspanning rust op de curatoren. Voor het aannemen van een bewijsvermoeden op dat punt, zoals de curatoren bepleiten, is geen plaats. Uit het arrest *Cikam/Siemon q.q.* (HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1881) volgt dat het vermoeden van overleg gebaseerd kan worden op het feit dat de bij de aangevochten rechtshandeling betrokken partijen op enigerlei wijze aan elkaar zijn gelieerd. Dat De Brauw in de periode voorafgaand aan het faillissement van Imtech door de aard van haar adviseringswerkzaamheden nauw betrokken was bij het bestuur van Imtech, rechtvaardigt niet dat van een dergelijk bewijsvermoeden wordt uitgegaan. Voorts volgt niet uit de feiten dat er sprake is geweest van samenspanning. Uit de communicatie

tussen partijen valt niet meer af te leiden dan dat De Brauw is opgekomen voor haar eigen financiële belangen. In een situatie waarin de continuïteit van een onderneming in gevaar is, zoals het geval was bij Imtech, ligt het in de rede dat wordt overeengekomen dat de declaraties van de adviseur direct worden voldaan en dat er voorschotten worden voldaan voor nog te verrichten werkzaamheden. Zonder deze afspraken zal een adviseur in die situatie geen werkzaamheden meer willen verrichten, terwijl die onmisbaar zijn voor de cliënt. Voor zover De Brauw hierbij heeft aangedrongen op voldoening van haar facturen is dat onvoldoende voor een gegrond beroep op artikel 47 Fw.

Ten aanzien van de gestelde onrechtmatige daad stelt de rechtbank voorop dat indien geen sprake is van vernietigbaarheid op grond van artikel 47 Fw (of art. 42 Fw), een rechtshandeling alleen onder bijzondere omstandigheden onrechtmatig kan zijn. De curatoren hebben in dit kader gesteld dat De Brauw in haar rol van juridisch adviseur van Imtech vanaf enig moment nog slechts rekening had moeten houden met de belangen van Imtech zelf, dus de holding, en haar concurrente schuldeisers. Deze stelling wordt niet gevolgd. Het bestuur van een noodlijdende holdingvennootschap dient zich bij haar taakvervulling te laten leiden door het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, die bij een holdingvennootschap ook de onderneming(en) van haar dochtervennootschappen omvat. Het bestuur van Imtech kon en mocht de met deze taakvervulling gemoeide kosten maken. Dat De Brauw in opdracht van Imtech nog betaalde werkzaamheden is blijven verrichten, was niet onrechtmatig jegens de gezamenlijke schuldeisers van Imtech. Daarbij komt dat niet zonder mee kan worden aangenomen dat de concurrente schuldeisers van Imtech zijn benadeeld door de betalingen aan De Brauw. Betaald werd van een bankrekening die verpand was aan de financiers, zodat het hooguit die financiers zijn die vanwege hun separatistenpositie benadeeld zouden kunnen zijn door de verrichte betalingen.

Voorts hebben de curatoren gesteld dat de verrekeningen die De Brauw heeft verricht met het betaalde voorschotbedrag strijdig zijn met de regels voor verrekening in faillissement. Volgens de curatoren kan een schuldeiser een op zichzelf geldig beroep op artikel 53 Fw worden ontzegd als de schuldeiser niet te goeder trouw in de positie is gekomen dat hij kan verrekenen. Hiermee kennen de curatoren aan artikel 53 Fw een betekenis toe die het niet heeft. Ook het beroep op artikel 54 Fw kan de curatoren niet baten. Het in rekening brengen van een voorschotdeclaratie en het daarna verrekenen van declaraties met dat voorschotbedrag kwalificeren niet als overneming van een schuld of vordering in de zin van artikel 54 Fw. Ter zitting hebben de curatoren nog aangevoerd dat er kosten van onderaannemers van De Brauw zijn verrekend met het voorschotbedrag en dat dit het overnemen van een schuld of vordering betreft. Dit is weersproken door De Brauw en gelet op het late moment in de procedure waarop de stelling naar voren is gebracht, geeft de rechtbank

geen ruimte voor nader debat hierover.

Alle vorderingen van de curatoren worden afgewezen.

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

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 13-04-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:2771

Zaaknummer: C/10/596778 / HA ZA 20-484

Rechters: C. Bouwman, A.J.P. van Essen en Th. Veling

Advocaten: M.H.J. van Maanen en J.H. Lemstra

Wetsartikelen: 47 Fw, 6:162 BW, 53 Fw en 54 Fw

RECHTSPRAAK

Vordering tot het verstrekken van stukken uit de administratie van een VvE moet door curator worden ingesteld

Rechtsvorderingen als deze, die rechten of verplichtingen die tot de failliete boedel behoren als onderwerp hebben, moeten door de curator worden ingesteld (vgl. art. 25 Fw).

In deze korte uitspraak oordeelt de rechtbank dat een vordering op grond van artikel 5:121 BW niet kan worden ingesteld door een persoon die in staat van faillissement verkeert. Op grond van artikel 25 Fw moeten rechtsvorderingen die rechten of verplichtingen die tot de failliete boedel behoren als onderwerp hebben, door de curator worden ingesteld. De vordering tot het verstrekken van stukken uit de administratie van een vereniging van eigenaars (VvE), zoals in onderhavige procedure is ingesteld, is een vordering als bedoeld in artikel 25 Fw. Daarnaast is niet gebleken dat de curator instemt met de procedure die door failliet is gestart. Het alsnog vragen van instemming van de curator zou in strijd zijn met de goede procesorde, oordeelt de rechtbank. Verzoeker wordt daarom niet-ontvankelijk verklaard.

D.R.C. Smit, april 2022

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 11-03-2022

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2022:2629

Zaaknummer: 9432461 RP VERZ 21-50561

Rechters: E.A.W. Schippers

Advocaten: Y.A. Rampersad

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Ondanks schending publicatieplicht bestuurder niet aansprakelijk voor faillissementstekort op grond van artikel 2:248 lid 2 BW

Bestuurder is niet aansprakelijk voor het faillissementstekort ondanks schending van de publicatieplicht. Het betoog dat andere (externe) feiten en omstandigheden dan onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement slaagt, mede omdat de verwijten die de curator de bestuurder maakt grotendeels te ver in het verleden liggen en geen grondslag kunnen vormen voor een vordering bedoeld in artikel 2:248 BW.

De curator is in juni 2012 een paar dagen na voorlopige verlening van surseance van betaling aangesteld als curator in het faillissementen van onder meer Partner Logistics Group B.V. en Partner Logistics Europe B.V. De curator stelt de bestuurder van deze vennootschappen aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW, mede wegens schending van de publicatieplicht (art. 2:394 BW).

In zijn beoordeling past de rechtbank het normkader van HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773 (*Blue Tomato*) als volgt toe.

De rechtbank oordeelt allereerst dat het onbetwist vaststaat dat de bestuurder de publicatieplicht heeft geschonden. Hiermee staat tevens onweerlegbaar vast dat de bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Deze onbehoorlijke taakvervulling wordt weerlegbaar vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn.

Als weerlegging van het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement wijst de bestuurder op verschillende onverwachtse financiële tegenvallers in 2009 en op de kritische houding van de bank als gevolg van de kredietcrisis. Hierdoor raakten de vennootschappen in liquiditeitsproblemen. Op grond hiervan is de rechtbank van oordeel dat de bestuurder erin is geslaagd aannemelijk te maken dat andere

feiten en omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement. Dit is door de curator onvoldoende weersproken.

Het is vervolgens de vraag of de andere belangrijke oorzaak van het faillissement aan kennelijk onbehoorlijk bestuur is te wijten. Er wordt door de curator onvoldoende gemotiveerd gesteld dat het ontstane liquiditeitstekort is toe te schrijven aan onbehoorlijk bestuur in de drie jaar voorafgaand aan de datum van de surseance. Het grootste deel van de verwijten van curator vallen buiten deze periode, terwijl de curator op grond van artikel 2:248 lid 6 BW de beslissingen van meer dan drie jaar voorafgaand aan faillissement of in dit geval surseance (art. 249 lid 1 Fw) niet ten grondslag kan leggen aan deze vordering. Het wettelijk vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW is derhalve niet van toepassing.

Wanneer de bestuurder erin slaagt om het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW te ontzenuwen, ligt het op de weg van de curator aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 lid 1 BW aan te tonen. De curator moet dan aantonen dat bepaalde gedragingen óók een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Deze poging faalt, voornamelijk omdat hier dezelfde verwijten aan ten grondslag worden gelegd.

De conclusie van de rechtbank is daarom dat niet is komen vast te staan dat sprake is van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:248 lid 1 BW door de bestuurder (in de drie jaren voorafgaand aan surseance) waarvan aannemelijk is dat die een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

W.P.IJ. Overgoor, april 2022

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 12-01-2022

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2022:108

Zaaknummer: C/02/353967 / HA ZA 19-36

Rechters: R.M.M. van den Heuvel, L.J.A.M. Verhagen-Coopmans en Verschuur, S. S. Verschuur

Advocaten: B.J.M.P. Cremers en B. van Leeuwen

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:394 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Faillietverklaring ontbonden vennootschap

Een mogelijke vordering ex artikel 2:248 BW en onvoldoende uitleg over de hoogte van de koopprijs die is betaald voor activa en de verdeling van de koopprijs onder de schuldeisers is voldoende voor het faillissement van een ontbonden rechtspersoon.

In deze uitspraak heeft de rechtbank Rotterdam het faillissement uitgesproken van een reeds ontbonden besloten vennootschap. Het faillissement van Sera Supermarkt Vlaardingen B.V. werd aangevraagd door ZZ Fruit B.V. Eerstgenoemde exploiteerde een supermarkt en staakte haar activiteiten per 18 december 2021 waarna zij per 22 december 2021 is ontbonden met toepassing van artikel 2:19 lid 4 BW.

ZZ Fruit heeft van Sera nog een bedrag te vorderen uit hoofde van een getroffen betalingsregeling wegens onbetaald gebleven leveranties. Nu is gebleken van een steunvordering en Sera is ontbonden, staat niet ter discussie dat sprake is van pluraliteit van schuldeisers en (mede daardoor) een situatie van te hebben opgehouden met betalen, aldus de rechtbank. Het faillissement van Sera kan uitgesproken worden wanneer 'summierlijk blijkt van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn', zie HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579.

Van (mogelijke) baten is volgens ZZ Fruit sprake vanwege het feit dat Sera sinds haar oprichting in 2017 geen jaarrekeningen deponeerde en dat daarmee wellicht sprake is van een vordering uit hoofde van onbehoorlijk bestuur. Daarnaast betoogt ZZ Fruit dat er nog een vordering zou kunnen bestaan op de huidige exploitant van de supermarkt die Sera voor haar ontbinding exploiteerde. De supermarkt zou door de partner van de middellijk bestuurder van Sera zijn doorgestart onder een andere naam en met hetzelfde personeel. Van de betaling van een marktconforme prijs voor die doorstart is volgens ZZ Fruit niet gebleken. Sera heeft geen taxatierapport overgelegd, geen inzage gegeven in de overnamesom en ook is niet duidelijk hoe de verkoopopbrengst precies is verdeeld. Mogelijk zijn volgens ZZ Fruit de gezamenlijke schuldeisers benadeeld door de doorstart.

Sera verweert zich door te stellen dat de activa zijn verkocht tegen een marktconforme prijs –

bepaald door een externe deskundige – en dat de opbrengst naar rato onder de preferente crediteuren is verdeeld. Omdat daarna geen actief meer resteerde, stond de weg van turboliquidatie open en zou volgens Sera een eigen aangifte van faillissement misbruik van bevoegdheid zijn. Volgens Sera is een vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW voorts een vordering die niet toekomt aan de vennootschap, maar aan de gezamenlijke schuldeisers. De vordering kan in het kader van het faillissementsverzoek volgens Sera daarom niet als (mogelijke) bate worden meegenomen.

De rechtbank oordeelt dat een vordering op grond van artikel 2:248 BW inderdaad geen bate is van de vennootschap, maar dat het begrip bate ruim moet worden uitgelegd. Omdat Sera (vooralsnog) niet heeft ontzenuwd het vermoeden uit artikel 2:248 BW dat het onbehoorlijke bestuur door het niet publiceren van jaarrekeningen een belangrijke oorzaak is van faillissement, is volgens de rechtbank mogelijk sprake van een vordering uit hoofde van onbehoorlijk bestuur en daarmee een mogelijke bate.

Ten aanzien van de mogelijke vordering op de doorstarter van de supermarkt oordeelt de rechtbank dat Sera door geen inzage te geven in de waardebeoordeling, koopprijs en verdeling van de opbrengst onvoldoende aannemelijk heeft kunnen maken dat er wel degelijk een marktconforme prijs werd betaald voor haar activa. ZZ Fruit heeft daarmee baat bij de aanvraag van het faillissement van Sera, aldus de rechtbank.

De rechtbank spreekt het faillissement van Sera uit nu sprake is van een situatie van hebben opgehouden te betalen en feiten en omstandigheden waaruit volgt dat Sera mogelijk nog baten heeft.

W.T.N. Vlasveld, april 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 08-03-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:2748

Zaaknummer: FT RK 22/54

Rechters: J.C.A.T. Frima

Advocaten: M. van der Laarse en J.C. Debije

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:394 BW, 1 Fw en 2:19 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Faillietverklaring ontbonden vennootschap

Een mogelijke vordering ex artikel 2:248 BW en onvoldoende uitleg over de hoogte van de koopprijs die is betaald voor activa en de verdeling van de koopprijs onder de schuldeisers is voldoende voor het faillissement van een ontbonden rechtspersoon.

In deze uitspraak heeft de rechtbank Rotterdam het faillissement uitgesproken van een reeds ontbonden besloten vennootschap. Het faillissement van Sera Supermarkt Rotterdam B.V. werd aangevraagd door ZZ Fruit B.V. Eerstgenoemde exploiteerde een supermarkt en staakte haar activiteiten per 18 december 2021 waarna zij per 22 december 2021 is ontbonden met toepassing van artikel 2:19 lid 4 BW.

ZZ Fruit heeft van Sera nog een bedrag te vorderen uit hoofde van een getroffen betalingsregeling wegens onbetaald gebleven leveranties. Nu is gebleken van een steunvordering en Sera is ontbonden, staat niet ter discussie dat sprake is van pluraliteit van schuldeisers en (mede daardoor) een situatie van te hebben opgehouden met betalen, aldus de rechtbank. Het faillissement van Sera kan uitgesproken worden wanneer 'summierlijk blijkt van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn', zie HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579.

Van (mogelijke) baten is volgens ZZ Fruit sprake vanwege het feit dat Sera sinds haar oprichting in 2017 geen jaarrekeningen deponeerde en dat daarmee wellicht sprake is van een vordering uit hoofde van onbehoorlijk bestuur. Daarnaast betoogt ZZ Fruit dat er nog een vordering zou kunnen bestaan op de huidige exploitant van de supermarkt die Sera voor haar ontbinding exploiteerde. De supermarkt zou door de partner van de middellijk bestuurder van Sera zijn doorgestart onder een andere naam en met hetzelfde personeel. Van de betaling van een marktconforme prijs voor die doorstart is volgens ZZ Fruit niet gebleken. Sera heeft geen taxatierapport overgelegd, geen inzage gegeven in de overnamesom en ook is niet duidelijk hoe de verkoopopbrengst precies is verdeeld. Mogelijk zijn volgens ZZ Fruit de gezamenlijke schuldeisers benadeeld door de doorstart.

Sera verweert zich door te stellen dat de activa zijn verkocht tegen een marktconforme prijs –

bepaald door een externe deskundige – en dat de opbrengst naar rato onder de preferente crediteuren is verdeeld. Omdat daarna geen actief meer resteerde, stond de weg van turboliquidatie open en zou volgens Sera een eigen aangifte van faillissement misbruik van bevoegdheid zijn. Volgens Sera is een vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW voorts een vordering die niet toekomt aan de vennootschap, maar aan de gezamenlijke schuldeisers. De vordering kan in het kader van het faillissementsverzoek volgens Sera daarom niet als (mogelijke) bate worden meegenomen.

De rechtbank oordeelt dat een vordering op grond van artikel 2:248 BW inderdaad geen bate is van de vennootschap, maar dat het begrip bate ruim moet worden uitgelegd. Omdat Sera (vooralsnog) niet heeft ontzenuwd het vermoeden uit artikel 2:248 BW dat het onbehoorlijke bestuur door het niet publiceren van jaarrekeningen een belangrijke oorzaak is van faillissement, is volgens de rechtbank mogelijk sprake van een vordering uit hoofde van onbehoorlijk bestuur en daarmee een mogelijke bate.

Ten aanzien van de mogelijke vordering op de doorstarter van de supermarkt oordeelt de rechtbank dat Sera door geen inzage te geven in de waardebepaling, koopprijs en verdeling van de opbrengst onvoldoende aannemelijk heeft kunnen maken dat er wel degelijk een marktconforme prijs werd betaald voor haar activa. ZZ Fruit heeft daarmee baat bij de aanvraag van het faillissement van Sera, aldus de rechtbank.

De rechtbank spreekt het faillissement van Sera uit nu sprake is van een situatie van hebben opgehouden te betalen en feiten en omstandigheden waaruit volgt dat Sera mogelijk nog baten heeft.

W.T.N. Vlasveld, april 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 08-03-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:2757

Zaaknummer: FT RK 22/58

Rechters: J.C.A.T. Frima

Advocaten: M. van der Laarse en J.C. Debije

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:394 BW, 1 Fw en 2:19 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

WHOA: eigen verzoek tot benoeming observator toegewezen

Een vennootschap die een WHOA-akkoord voorbereidt, verzoekt om afkondiging van een afkoelingsperiode en benoeming van een observator. Het eerste verzoek wordt tijdens de behandeling ingetrokken, het tweede verzoek wordt toegewezen.

Verzoekster bouwt wereldwijd turn-key champignonkwekerijen en composteringsfaciliteiten. Verzoekster heeft een schuldenlast van ruim € 700.000 en kan niet meer voortgaan met het betalen van haar schulden. Met een WHOA-traject wenst zij een akkoord te bereiken en haar schulden te saneren.

Gelijktijdig met het deponeren van de startverklaring doet verzoekster een verzoek tot (1) afkondiging van een afkoelingsperiode en (2) benoeming van een observator. Omdat verzoekster heeft gekozen voor een besloten akkoordprocedure, is de behandeling in de raadkamer. Tijdens de behandeling heeft verzoekster het verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode ingetrokken.

Allereerst toetst de rechtbank of zij bevoegd is om van het verzoek kennis te nemen: zowel de rechtsmacht als de relatieve bevoegdheid wordt getoetst. Daarna volgen de overige vereisten voor het toewijzen van het verzoek.

Gelet op de schuldenlast afgezet tegen de omzet is voldoende aangetoond dat verzoekster verkeert in de toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan. Dit betekent dat verzoekster voldoet aan de toegangstoets ex artikel 370 lid 1 Fw. Ook is het aannemelijk dat verzoekster bezig is met het voorbereiden van een akkoord. Daarom acht de rechtbank het verzoek tot benoeming van een observator ex artikel 380 Fw, toewijsbaar.

Verzoekster heeft drie verschillende offertes overgelegd voor drie mogelijke observatoren. Uit deze selectie wordt door de rechtbank een observator benoemd. Bij de benoeming bepaalt de rechtbank dat de kosten van de observator voor rekening van verzoekster komen. Verder

worden de maximale kosten gelijkgesteld aan het bedrag dat in de offerte is opgegeven.

De rechtbank wijst het verzoek tot benoeming van een observator toe, omdat aan alle vereisten is voldaan. Tot slot wordt nog opgemerkt dat verzoekster wettelijk verplicht is om mee te werken aan het onderzoek van de observator.

B.S. Pronk, april 2022

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 31-03-2022

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2022:2690

Zaaknummer: C/03/302810 FTRK 22/77

Rechters: B.R.M. de Bruijn, J.H. Steverink en M.P. de Valk

Advocaten: P.E. Butterman

Wetsartikelen: 376 Fw en 380 Fw