

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 9, 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:2022:3009](#) 19-04-2022

Vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW wel overdraagbaar, omdat de curator de vordering heeft ingesteld en uitgeprocedeerd. Met wenk

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:2777](#) 12-04-2022

Betaling die werd ontvangen onder druk van een aanhangig gebleven faillissementsaanvraag is aantastbaar ex artikel 47 Fw, ook als het faillissement uit een andere bron (surseance) voortvloeit

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:1328](#) 22-02-2022

Bestuurder kan regresvordering verrekenen hoewel de hoogte daarvan nog niet vaststaat. Geen sprake van bestendige afspraak tot kruislingse verrekening

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:958](#) 08-02-2022

Kan artikel 57 lid 3 Fw worden toegepast op een strafvorderlijk beslag, gelegd voor een vordering die niet door de OvJ kan worden ingediend? Hof Arnhem gelast aktewisseling in tussenarrest. Met wenk

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2022:1205](#) 14-04-2022

WHOA: homologatie akkoord en toestemming opzegging twee overeenkomsten

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:1261](#) 30-03-2022

Er kan geen pandrecht worden gevestigd op NOW-subsidie, wel op TOGS-subsidie

RECHTSPRAAK

Kan artikel 57 lid 3 Fw worden toegepast op een strafvorderlijk beslag, gelegd voor een vordering die niet door de OvJ kan worden ingediend? Hof Arnhem gelast aktewisseling in tussenarrest. Met wenk

Een faillissementscurator wil op grond van artikel 57 lid 3 Fw de rechten uit een strafvorderlijk beslag uitoefenen, maar uit een arrest van de Hoge Raad uit 2021 lijkt te volgen dat de vordering waarvoor het strafvorderlijk beslag werd gelegd mogelijk niet in het faillissement kan worden ingediend. Wat betekent dit voor artikel 57 lid 3 Fw?

Feiten

Stichting Donino II ('Donino') was eigenaar van een perceel aan de Sportlaan 2 te Heerde ('het perceel').

In juni 2010 wordt naar Donino een strafrechtelijk financieel onderzoek gestart, omdat zij wordt verdacht van witwassen. In verband met deze verdenking wordt op 15 juni 2010 strafvorderlijk conservatoir beslag gelegd op (onder meer) het perceel.

Op 9 augustus 2013 vestigt Donino een hypotheekrecht op het perceel ten gunste van het advocatenkantoor dat Donino en enkele aan haar gelieerde partijen bijstond ('het advocatenkantoor'). Het hypotheekrecht geldt voor alle bestaande en toekomstige vorderingen van het advocatenkantoor op Donino en de aan haar gelieerde partijen.

Op 15 december 2015 wordt Donino in staat van faillissement verklaard. De curator roept op 8 januari 2016 (buitengerechtelijk) de vernietiging in van de hypotheekvestiging ten gunste van het advocatenkantoor, op grond van artikel 42 Fw. Het advocatenkantoor betwist de geldigheid van de vernietiging.

Het perceel wordt met instemming van het advocatenkantoor verkocht. De netto-opbrengst

ter grootte van € 55.644,60 wordt in bewaring gezet op een derdengeldenrekening.

Het advocatenkantoor brengt een dagvaarding uit, waarin het vordert dat voor recht wordt verklaard dat de netto-opbrengst aan het advocatenkantoor toekomt op basis van het hypotheekrecht in samenhang met de daarmee verzekerde vorderingen van het advocatenkantoor. De curator vordert in reconventie een verklaring voor recht dat de netto-opbrengst aan de boedel van Donino moet worden afgedragen, primair op de grond dat de curator op grond van artikel 57 lid 3 Fw in de rechten van het OM uit het (aan het hypotheekrecht anterieure) strafvorderlijk beslag treedt, subsidiair op de grond dat het hypotheekrecht rechtsgeldig vernietigd is op grond van artikel 42 Fw.

Eerste aanleg

In eerste aanleg verwerpt de rechtbank het beroep van de curator op artikel 57 lid 3 Fw, omdat het proces-verbaal van beslaglegging – in weerwil van artikel 94c sub b Sv – geen maximumbedrag vermeldde waarvoor het recht tot verhaal zou worden uitgeoefend. Volgens de rechtbank is daarom onvoldoende duidelijk tot welk bedrag de curator in de rechten van het OM als beslaglegger is getreden. Daardoor is onvoldoende duidelijk tot welk bedrag de curator op grond van artikel 505 Rv het posterieure hypotheekrecht van het advocatenkantoor naast zich neer zou kunnen leggen.

De rechtbank volgt de curator gedeeltelijk in de vernietiging van het hypotheekrecht, namelijk slechts voor zover het hypotheekrecht strekte tot zekerheid voor vorderingen op anderen dan Donino zelf. De rechtbank beslist uiteindelijk dat van de netto-opbrengst van het perceel € 10.504,10 toekomt aan het advocatenkantoor en het restant aan de boedel van Donino.

Hoger beroep

Het advocatenkantoor gaat tegen het vonnis in hoger beroep. De curator stelt incidenteel beroep in. Zowel de rechtsgeldigheid van het strafvorderlijk beslag als de vernietigbaarheid van het hypotheekrecht staat in hoger beroep opnieuw ter discussie.

Nieuwe jurisprudentie gewezen tijdens het hoger beroep

Het advocatenkantoor nam zijn memorie van grieven op 26 maart 2020. De curator diende van antwoord en grieven in incidenteel hoger beroep in het tweede kwartaal van 2020. De mondelinge behandeling van het hoger beroep vond plaats in december 2021.

In de periode tussen de memories van partijen en de mondelinge behandeling van het hoger beroep, wees de strafkamer van de Hoge Raad een arrest over de voorwaarden waaronder het OM een vordering uit hoofde van een ontnemingsvordering of een strafrechtelijke boete kan

indienen in het faillissement van een gefailleerde verdachte of veroordeelde (HR 2 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:112, INS 2021-0053).

De Hoge Raad besliste in dat arrest: (1) dat de officier van justitie een ontnemingsvordering alleen kan indienen in het faillissement indien de ontnemingsvordering ten tijde van de faillietverklaring *aanhangig* is gemaakt (r.o. 6.2.3); en (2) dat de officier van justitie een boetevordering alleen kan indienen in het faillissement als de boete ten tijde van de faillietverklaring (al dan niet onherroepelijk) is *opgelegd* (r.o. 6.2.4).

In het hoger beroep inzake Donino zal het gerechtshof opnieuw moeten oordelen over de toepassing van artikel 57 lid 3 Fw en artikel 505 Rv in relatie tot het strafvorderlijk conservatoir beslag. Vaststaat dat ten tijde van de faillietverklaring van Donino nog geen ontnemingsvordering *aanhangig* was gemaakt en Donino ook nog niet tot een boete veroordeeld was. Aan Donino werd pas op 29 januari 2016 een boete opgelegd.

Beslissing tussenarrest hof: aktewisseling over nieuwe jurisprudentie

In de door partijen uitgewisselde memories en tijdens de mondelinge behandeling hebben partijen zich nog niet kunnen uitlaten over wat volgens hen de betekenis van het arrest van de Hoge Raad van 2 februari 2021 is voor de in het hoger beroep voorliggende casus. Het gerechtshof biedt partijen in dit tussenarrest daarom de gelegenheid om zich daarover in een aktewisseling uit te laten.

De roldatum voor de aktewisseling (8 maart 2022) is inmiddels verstreken. Het is nu wachten op het eindarrest.

Wenk

Het hof stelt partijen in de gelegenheid om zich uit te laten over een arrest dat is uitgekomen nadat het hoger beroep aangevangen was. Zo voorkomt het hof een ongeoorloofde verrassingsbeslissing (vgl. HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3997).

Het hof zal opnieuw moeten oordelen over de vraag of de afwezigheid van een maximumbedrag als bedoeld in artikel 94c sub b Sv in het proces-verbaal van beslaglegging moet betekenen dat de curator zich tegenover het advocatenkantoor niet (ter uitvoering van art. 57 lid 3 Fw) op artikel 505 Rv kan beroepen. De rechtbank heeft verondersteld dat het ontbreken van een maximumbedrag in het proces-verbaal van beslaglegging betekent dat daardoor (definitief) onbekend is tot welk bedrag het beslag (ooit) kan worden uitgewonnen. De tekst van artikel 94c sub b Sv lijkt dat ook te suggereren, omdat er staat: (dat) 'een maximum bedrag waarvoor het recht tot verhaal zal worden uitgeoefend in het proces-verbaal

van inbeslagneming of het beslagexploit dient te worden vermeld.' In HR 31 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4691 heeft de Hoge Raad echter duidelijk gemaakt dat de strekking van het maximumbedrag niet is om de verhaalsmogelijkheid onder het beslag tot het vermelde maximumbedrag te beperken. Het daadwerkelijk onder het beslag te verhalen bedrag wordt – net als bij een civielrechtelijk conservatoir beslag – bepaald door hoe hoog de vordering van de beslaglegger uiteindelijk in werkelijkheid blijkt te zijn. De redenering van de rechtbank, die ervan uit lijkt te gaan dat het voor artikel 505 Rv relevante recht van de (anterieure) beslaglegger moet worden afgemeten aan het in het proces-verbaal van conservatoire beslaglegging vermelde bedrag, is met dit arrest van de Hoge Raad niet goed te rijmen.

Als het hof de hobbels van het ontbreken van het maximumbedrag neemt, komt het arrest van de Hoge Raad van 2 februari 2021 in beeld. In het desbetreffende arrest heeft de strafkamer van de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag wanneer de officier van justitie strafrechtelijke vorderingen (ontneming of boete) al dan niet in het faillissement van een verdachte of veroordeelde mag *indienen* op basis van artikel 94d lid 3 Sv. De vraag is of een eventuele onbevoegdheid van de officier van justitie om tot indiening over te gaan daadwerkelijk moet betekenen dat de ontnemingsvordering of de boete buiten het faillissement blijft. Sinds 1 januari 2019 kan de curator het initiatief tot indiening immers naar zich toe trekken (indiening 'door of bij de curator'; art. 110 lid 1 Fw). [1]

Het hof houdt er gezien het tussenarrest rekening mee dat het arrest van 2 februari 2021 in deze zaak aan toepassing van artikel 57 lid 3 Fw in de weg zou kunnen staan. Misschien leest het hof in de beslissing van de Hoge Raad (ook) een oordeel over de *verifieerbaarheid* van ontnemings- of boetevorderingen die op het moment van faillietverklaring nog niet aanhangig dan wel opgelegd waren, in plaats van (alleen) de reikwijdte van de indieningsbevoegdheid uit artikel 94d lid 3 Sv. Gezien r.o. 6.2.2 van het betreffende arrest, waarin de Hoge Raad stilstaat bij het fixatiebeginsel, zou dat ook niet zo'n heel gekke gedachte zijn. Verifieerbaarheid van vorderingen in faillissement is echter een privaatrechtelijke (althans, in ieder geval geen strafrechtelijke) kwestie. Men kan zich de vraag stellen of het in het licht van het 'reglement van inwendige dienst' zoals bedoeld in artikel 75 lid 3 Wet RO wel de bedoeling is dat de strafkamer van de Hoge Raad zich daarover uitlaat.

Maar ook als we ervan uit moeten gaan dat in de zaak tussen de curator van Donino en het advocatenkantoor de vordering van het OM waarvoor het conservatoire beslag werd gelegd niet kan worden geverifieerd (c.q. afstuit op het fixatiebeginsel), is het nog de vraag of de rol van artikel 57 lid 3 Fw dan uitgespeeld is. Men zou zich immers nog de vraag kunnen stellen of de curator dan de mogelijkheid heeft om dit soort vorderingen na de faillietverklaring als boedelschuld te erkennen en zo alsnog het gelegde beslag van een uitwinbare vordering te voorzien. Bij een negatieve boedel zou dat niet per se een irrationele beslissing zijn.

Inge Lakwijk, mei 2022

[1] De wetgever is hiermee een andere richting ingeslagen dan de Hoge Raad in HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3464, r.o. 4.11-4.12.2.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 08-02-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:958

Zaaknummer: 200.275.965

Rechters: C.G. ter Veer, B.J. Engberts en I. Brand

Advocaten: M.A.J. Kemps en K.L. Klokke

Wetsartikelen: 57 lid 3 Fw, 505 Rv, 94c Sv en 94d Sv

RECHTSPRAAK

Betaling die werd ontvangen onder druk van een aanhangig gebleven faillissementsaanvraag is aantastbaar ex artikel 47 Fw, ook als het faillissement uit een andere bron (surseance) voortvloeit

Een schuldeiser ontvangt betaling van zijn schuldenaar onder druk van een faillissementsaanvraag. Een andere schuldeiser zet de faillissementsaanvraag door. Terwijl die aanvraag in hoger beroep aanhangig is, vraagt de schuldenaar surseance aan, die wordt omgezet in faillissement. De betaling aan de eerste schuldeiser is vernietigbaar ex artikel 47 Fw.

Op 12 juli 2019 vragen vier schuldeisers gezamenlijk het faillissement aan van kledingwinkelketen Witteveen. Witteveen treft een minnelijke regeling met drie van de vier schuldeisers, waaronder de appellant in deze zaak, Pullco B.V. Pullco ontvangt uit hoofde van de regeling € 18.000 en trekt haar faillissementsverzoek in. De twee andere schuldeisers die een regeling troffen met Witteveen, doen hetzelfde. De vierde schuldeiser (de curatoren van het zelf reeds failliete Vidrea) zet de faillissementsaanvraag echter door.

De rechtbank wijst de faillissementsaanvraag van Vidrea af. Zij gaat hiertegen in hoger beroep, zonder dat Pullco dat weet. Voordat uitspraak wordt gedaan op het hoger beroep van Vidrea, vraagt Witteveen voor zichzelf surseance van betaling aan. Die wordt verleend, waardoor de behandeling van het hoger beroep van Vidrea wordt geschorst. Drie dagen later verzoekt de aangestelde bewindvoerder om de surseance om te zetten in faillissement, als gevolg waarvan Witteveen per 28 november 2019 in staat van faillissement komt te verkeren. Daardoor vervalt het hoger beroep van Vidrea.

Enige tijd na het intreden van het faillissement van Witteveen roept de curator de vernietiging van de betaling aan Pullco in, op grond van artikel 47 Fw. Omdat Pullco niet vrijwillig tot terugbetaling van het bedrag van € 18.000 overgaat, vordert de curator bij de kantonrechten een verklaring voor recht dat de vernietiging rechtsgeldig was en veroordeling van Pullco tot

terugbetaling van het bedrag van € 18.000. De kantonrechter wijst de vorderingen van de curator toe. Pullco gaat in hoger beroep tegen het vonnis van de kantonrechter.

Tussen Pullco en de curator is niet in geschil dat de betaling aan Pullco benadelend was voor de andere schuldeisers van Witteveen. De enige vraag die voorligt, is of Pullco de in artikel 47 Fw bedoelde 'wetenschap' had.

Pullco voert aan dat zij weliswaar wist dat de mede door haarzelf ingediende faillissementsaanvraag door Vidrea was doorgezet, maar dat deze vervolgens was afgewezen, waarna Pullco heeft verondersteld dat die faillissementsaanvraag daarmee uit de wereld was. Volgens Pullco moet het hoger beroep van Vidrea tegen de afwijzing gezien worden als een nieuwe faillissementsaanvraag, waar Pullco *niet* van afwist.

Pullco onderbouwt haar standpunt, dat het hoger beroep gezien moet worden als een nieuwe faillissementsaanvraag, met twee aan het procesrecht ontleende argumenten. Volgens het hier samengevatte arrest ontleende Pullco ten eerste een argument aan 'de wijze waarop een faillissementsaanvraag in hoger beroep wordt getoetst'. Vermoedelijk heeft zij aangevoerd dat een hoger beroep tegen een afgewezen faillissementsaanvraag leidt tot een *ex nunc* toetsing van de criteria voor faillietverklaring. Daardoor is het hoger beroep een compleet 'nieuwe ronde' met volledig nieuwe kansen, waardoor het wel iets weg heeft van een volledig hernieuwd verzoek. Daarnaast heeft Pullco gewezen op artikel 9 lid 3 Fw, dat bepaalt dat het instellen van hoger beroep tegen afwijzing van een faillissementsverzoek geschiedt door het indienen van een verzoekschrift ter griffie, door terug te verwijzen naar de indieningsvoorschriften die gelden voor de eerste aanleg (art. 4 en 6 Fw). Pullco zal aangevoerd hebben dat de overeenkomstige toepassing van artikel 4 en 6 Fw erop duidt dat er (dus) sprake is van een nieuw verzoek.

Naast deze procesrechtelijke argumenten voert Pullco aan dat de faillietverklaring van Witteveen uiteindelijk niet voortgevloeid is uit het hoger beroep van Vidrea, maar uit het eigen surseanceverzoek van Witteveen zelf. De aanvraag die daadwerkelijk tot het faillissement geleid heeft (het surseanceverzoek) was dus nog helemaal niet ingediend toen Pullco haar betaling ontving en daarom mist artikel 47 Fw toepassing, aldus Pullco.

Het hof volgt Pullco in geen van haar beide standpunten. Ten aanzien van de procesrechtelijke argumenten van Pullco overweegt het hof: 'Anders dan Pullco meent is het hoger beroep dat de curatoren van Vidrea hebben ingesteld tegen de beschikking van de rechtbank waarbij hun faillissementsverzoek in eerste aanleg is afgewezen geen nieuwe faillissementsaanvraag. In hoger beroep beslist het hof immers op de oorspronkelijke faillissementsaanvraag. Die aanvraag wordt slechts geschorst door het instellen van hoger

beroep [sic] maar blijft aanhangig zolang daarop nog niet onherroepelijk is beslist.'

Ook het feit dat de faillietverklaring van Witteveen niet is voortgevloeid uit het hoger beroep van Vidrea, maar uit het surseanceverzoek van Witteveen zelf, doet volgens het hof niet af aan de toepasselijkheid van artikel 47 Fw. Een ander oordeel zou er immers toe leiden dat betalingen die eigenlijk op grond van artikel 47 Fw vernietigbaar zijn, 'gered' zouden kunnen worden door snel een surseanceverzoek in te dienen. Dat zal niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest, zo overweegt het hof.

Het hof maakt het eerdere oordeel van de kantonrechter tot het zijne: zolang niet onherroepelijk is beslist op een faillissementsaanvraag waarmee de schuldeiser/ontvanger van de betaling bekend is, blijft de wetenschap als bedoeld in artikel 47 Fw aan de zijde van de ontvanger van de betaling bestaan, dus ook na het moment dat de faillissementsaanvraag in eerste aanleg is afgewezen. In het voorliggende geval is dus voldaan aan het vereiste van wetenschap bij Pullco dat het faillissement van Witteveen reeds was aangevraagd, zoals bedoeld in artikel 47 Fw.

I.F.M. Lakwijk, mei 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-04-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:2777

Zaaknummer: 200.289.827/01 en

Rechters: R.A. van der Pol, C.J.H.G. Bronzwaer en R.F. Groos

Advocaten: M.D.B. Stap en J.M. Molkenboer

Wetsartikelen: 47 Fw en 9 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Er kan geen pandrecht worden gevestigd op NOW-subsidie, wel op TOGS-subsidie

De bank heeft ontvangen coronasteun verrekend met een debetsaldo. Er rustte geen pandrecht op de NOW-subsidie, want de aard van deze steunmaatregel verzet zich tegen overdraagbaarheid. De bank was te goeder trouw op het peilmoment van artikel 54 Fw. De TOGS-subsidie was wel verpand dus daarvoor geldt de uitzondering van Mulder q.q./CLBN.

Enkele weken voor het faillissement hebben twee gefailleerden die tot hetzelfde concern behoren, coronasteun van de overheid ontvangen (NOW en TOGS). De ontvangen geldbedragen zijn in de rekening-courantverhouding met Rabobank verrekend. De curator meent dat deze verrekening gelet op artikel 54 lid 1 Fw niet is toegestaan. De bank voert verweer. Ten eerste stelt de bank dat zij zich niet op de coronasteun heeft verhaald omdat de bedragen zijn gebruikt om betalingsopdrachten van de gefailleerden uit te voeren. Het restant van de coronasteun heeft de bank afgedragen aan de curator. De kantonrechter volgt dit verweer niet. Bepalend voor de vraag of verrekening is toegestaan, is of de bank op het moment van de bijschrijving van de betaling door de derde (het peilmoment) te goeder trouw was. Die goede trouw kan niet worden ingevuld door wat er na dit peilmoment door de bank wordt gedaan, zoals bijvoorbeeld het in opdracht van de rekeninghouder uitvoeren van betalingsopdrachten.

Ten tweede stelt de bank dat artikel 54 Fw toepassing mist omdat aan de uitzondering zoals bedoeld in het arrest *Mulder q.q./CLBN* is voldaan. Er rustte volgens de bank een pandrecht op de coronasteun. De kantonrechter oordeelt echter dat de NOW-subsidie niet is verpand omdat de aard van dit vorderingsrecht zich tegen overdraagbaarheid verzet. De NOW-subsidie dient ertoe om ervoor te zorgen dat de bij de onderneming (de werkgever) in dienst zijnde werknemers hun baan behouden en hun loon betaald krijgen. Het overdragen door de werkgever van zijn vorderingsrecht op deze subsidie aan een bank verdraagt zich niet met deze doelstelling. De conclusie is daarom dat de bank geen stil pandrecht heeft verkregen op

deze vorderingsrechten en dat artikel 54 Fw op deze situatie van toepassing is. Voorts is de kantonrechter van oordeel dat de TOGS-subsidie wel overdraagbaar is. De aard van dit vorderingsrecht verzet zich daartegen niet. Anders dan bij de NOW gaat het hier namelijk om een subsidie die bestemd is voor de gedupeerde onderneming en die vrij kan worden besteed. Dat betekent dat er wel een pandrecht is gevestigd op de toegekende TOGS-subsidie. Artikel 54 Fw is hierop niet van toepassing.

Vervolgens moet beoordeeld worden of de bank op het moment van de bijschrijving van de NOW-subsidie te goeder trouw was in de zin van artikel 54 Fw. De curator heeft in dit kader gesteld, maar niet kunnen bewijzen, dat de bank vóór het peilmoment is geïnformeerd dat het faillissement van de vennootschappen zou worden aangevraagd. Ook concludeert de kantonrechter dat de curator, mede in het licht van de gemotiveerde betwistingen van de bank, onvoldoende gemotiveerd heeft onderbouwd dat de bank niet te goeder trouw was. De bank wist wel dat de vennootschappen in financieel zwaar weer verkeerden, maar hoefde niet te veronderstellen dat zij vanwege het afkondigen van de eerste lockdown hun faillissementen moesten aanvragen, juist vanwege de ruime overheidssteun die werd verstrekt.

De vorderingen van de curator worden afgewezen.

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

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 30-03-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:1261

Zaaknummer: 9142954 UC EXPL 21-2861

Rechters: A.A.T. van Rens

Advocaten: L.M. Morsch, T.T. van Zanten en A.M. Mennens

Wetsartikelen: 54 Fw

RECHTSPRAAK

Vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW wel overdraagbaar, omdat de curator de vordering heeft ingesteld en uitgeprocedeerd. Met wenk

In deze kwestie oordeelt het hof dat een vordering op grond van artikel 2:248 BW toch gecedeerd kan worden, omdat de curator de aan de boedel toekomende vordering heeft uitgeprocedeerd en over een executoriale titel beschikt.

In dit arrest staat onder meer nog centraal de vraag of een vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW door de curator kon worden overgedragen aan een derde partij. Deze samenvatting is beperkt tot de beantwoording van enkel die vraag.

Op 17 maart 2010 is IJK Totaal failliet verklaard. De curator heeft drie van haar bestuurders aansprakelijk gesteld voor het faillissementstekort op grond artikel 2:248 BW. Op 26 augustus 2013 heeft de curator in het faillissement van IJK Totaal conservatoir derdenbeslag gelegd onder Koekoek Invest voor alle vorderingen de bestuurders op Koekoek Invest hadden of zouden verkrijgen uit hoofde van een reeds bestaande rechtsverhouding. Nadien heeft de rechtbank Overijssel op vordering van de curator bij (uitvoerbaar bij voorraad verklaard) vonnis van 9 december 2015 voor recht verklaard dat de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het totale faillissementstekort van IJK Totaal en hen hoofdelijk veroordeeld om aan de curator te betalen het bedrag gelijk aan het totale tekort van IJK Totaal zoals dat totale tekort na verificatie in het faillissement zal blijken. Daarnaast werden zij hoofdelijk veroordeeld tot betaling van een voorschot van € 1 miljoen. Het hof heeft bij arrest van 30 oktober 2018 dat vonnis bekrachtigd. De curator heeft vervolgens met toestemming van de rechter-commissaris op 19 september 2019 de (na de executie voor een klein deel resterende) hoofdelijke vorderingen op de bestuurders verkocht en gecedeerd aan Koekoek Invest voor een koopsom van € 200.000. De vordering bestaat in hoofdsom uit het totale tekort in het faillissement van € 1.489.870,00 en een geschatte boedelschuld van € 300.000. Bij brief van 5 december 2019 heeft Koekoek Invest mededeling van de cessie gedaan aan de bestuurders. Als bijlage werd meegezonden een brief van 4 december 2019 van de curator aan de advocaat van

Koekoek Invest, waarin hij de cessie bevestigt.

In een geschil tussen Koekoek Invest enerzijds en de bestuurders anderzijds over het verrekenen van de door Koekoek Invest verworven vordering op grond van artikel 2:248 BW met vorderingen die de bestuurders hebben op Koekoek Invest stellen de bestuurders zich onder meer op het standpunt dat artikel 2:248 BW zich tegen cessie door de curator verzet, zodat Koekoek Invest deze niet heeft kunnen verkrijgen en zodoende ook geen beroep op verrekening kon doen.

Het hof oordeelt eerst dat de stelling van de bestuurders in beginsel juist is, gelet op het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Den Toom/De Kreek* (HR 7 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB9949). In dit arrest geeft de Hoge Raad de ratio van de onoverdraagbaarheid van de vordering weer. Samengevat komt het erop neer dat het instellen van deze vordering met waarborgen is omkleed (toetsing rechter-commissaris en verantwoording curator) en de curator ter zake een ruime bevoegdheid heeft, in welk kader het niet passend is dat een derde los van de afwikkeling van het faillissement deze vordering instelt.

Vervolgens overweegt het hof dat de door de Hoge Raad omschreven ratio in casu niet langer speelt. De curator heeft de 2:248 BW-vordering ingesteld en tot in hoogste instantie uitgeprocedeerd, uitmondend in een veroordeling die kracht van gewijsde heeft gekregen. De curator heeft daarbij op eigen verantwoordelijkheid gehandeld ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en onder toezicht van de rechter-commissaris, en met de mogelijkheid van matiging door de rechter. Een en ander is uitgemond in een executoriale titel. Volgens het hof is het in die situatie mogelijk dat de curator die executoriale titel ten gunste van de boedel te gelde maakt door verkoop en cessie, uiteraard onder toezicht en met goedkeuring van de rechter-commissaris, die zal toetsen of die wijze van te gelde maken het meest in het belang van de boedel is.

Wenk

Hoewel in deze zaak sprake is van een voorlopig oordeel, omdat het een hoger beroep in kort geding betreft, wijst het hof hiermee een belangwekkend arrest. Waar tot dit arrest vaststond dat een vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW als zodanig onoverdraagbaar is, brengt het hof enige nuancering in overeenstemming met de parlementaire geschiedenis van artikel 2:248 BW. Als de vordering eenmaal vaststaat en nog slechts te gelde moet worden gemaakt, kan een curator er blijkbaar voor kiezen om het verzilveren van zijn of haar vordering te laten plaatsvinden door de koopprijs die bij cessie van de vordering door de cessionaris moet worden betaald. Een dergelijke constructie kan tot voordeel voor de gezamenlijke schuldeisers

strekken, bijvoorbeeld als de bestuurders geen/weinig verhaal bieden of verhaal pas op langere termijn is te verwachten. De curator kan zodoende het risico op gebrek aan verhaalsmogelijkheden afkopen, geld in de boedel krijgen en de afwikkeling van het faillissement voortvarend ter hand nemen.

J.E. van Nuland, mei 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-04-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:3009

Zaaknummer: 200.278.567

Rechters: L. Janse, R.A. Dozy en C.M.E. Lagarde

Advocaten: H.C. Bijleveld en S. Erkel

Wetsartikelen: 2:248 BW en 3:94 BW

RECHTSPRAAK

WHOA: homologatie akkoord en toestemming opzegging twee overeenkomsten

Het aangeboden WHOA-akkoord voldoet aan alle wettelijke vereisten en voorts is niet gebleken van de toepasselijkheid van een afwijzingsgrond. Ook het verzoek tot opzeggen van twee wederkerige overeenkomsten wordt toegewezen.

Verzoekster heeft op 12 januari 2021 een startverklaring ex artikel 270 lid 3 Fw ter griffie van de rechtbank gedeponneerd. Tevens is er bij beschikking van 19 januari een herstructureringsdeskundige aangewezen.

Op 4 maart is het akkoord aan de betrokken schuldeisers aangeboden en is om toestemming verzocht voor het opzeggen van twee overeenkomsten. Op 25 maart heeft de herstructureringsdeskundige een verzoek tot homologatie van het akkoord ingediend. Het homologatieverzoek is door middel van een videoverbinding behandeld. Alle klassen schuldeisers hebben met het akkoord ingestemd. Eén handelscrediteur met een vordering van ongeveer € 4.000 heeft tegen het akkoord gestemd. Verder hebben alle schuldeisers die een stem hebben uitgebracht ingestemd met het akkoord.

Onder het akkoord worden de rechten van 26 schuldeisers, in vijf klassen, gewijzigd met de volgende uitkering onder het akkoord:

1. Lease: een vordering van € 195.263 en krijgt een uitkering van € 1 (0%);
2. Belastingdienst: een vordering van € 849.426 en krijgt een uitkering van € 239.659 (28,21%);
3. Intercompany: een vordering van € 1.116.602 en krijgt een uitkering van € 3 (0%);
4. Handelscrediteuren: vorderingen van € 347.779,24 en krijgt een uitkering van € 69.555,85 (20%);

5. Schadevergoeding: vorderingen van € 2.425.000 en krijgt een uitkering van € 242.500 (10%).

Klasse 1 ontvangt een symbolische € 1, maar het akkoord houdt in een wijziging van de leaseovereenkomsten in die zin dat de achterstand per 12 januari 2021 wordt kwijtgescholden en dat de resterende leasetermijn wordt verlengd onder verlaging van het maandbedrag.

Klasse 5 betreft schadevergoeding als gevolg van het opzeggen van de twee wederkerige overeenkomsten. Omdat naast de opzegging van de overeenkomsten tevens de schadevorderingen door middel van het akkoord worden gewijzigd, behoren zij tot de stemgerechtigde schuldeisers.

Het akkoord wordt gefinancierd door de ABN AMRO en de huidige financier van verzoekster. Beide stellen een bedrag van € 380.000 (totaal: € 760.000) ter beschikking, waarvan € 560.000 aangewend wordt voor het akkoord. De reorganisatiewaarde van de onderneming is door de bestuurder van verzoekster gewaardeerd op € 3.630.000. De liquidatiewaarde is vastgesteld op € 292.000. In het geval van een faillissement zouden naar verwachting alleen de bestaande financiersvorderingen van ABN AMRO, de financier en ABN AMRO Assed Based Finance voldaan worden. De overige crediteuren ontvangen niks.

De rechtbank overweegt als volgt. De afwijzingsgronden worden onderverdeeld in algemene afwijzingsgronden (art. 384 lid 2 Fw) en aanvullende afwijzingsgronden (art. 384 lid 3 en 4 Fw). De rechtbank toetst slechts de aanvullende afwijzingsgronden indien een (tegenstemmende) schuldeiser of aandeelhouder tegen homologatie bezwaar maakt. Hiervan is geen sprake.

De algemene afwijzingsgronden toetst de rechtbank ambtshalve. Naar het oordeel van de rechtbank is sprake van een zuiver besluitvormingsproces. De stemgerechtigden zijn op juiste wijze en tijdig in kennis gesteld. Daarbij weegt de rechtbank in het bijzonder mee dat de schuldeisers al op 16 december 2021 in kennis zijn gesteld van het conceptontwerpakkoord, voordat het op 4 maart 2022 in definitieve vorm is voorgelegd. Ook de nakoming van het akkoord is naar het oordeel van de rechtbank voldoende gewaarborgd. Tot slot zijn er geen andere redenen gebleken die zich tegen homologatie van het akkoord verzetten.

De rechtbank overweegt dat het bedrag dat wordt aangeboden onder het akkoord niet lijkt te zijn gebaseerd op de reorganisatiewaarde, maar op het bedrag dat de financiers bereid waren te verstrekken. De herstructureringsdeskundige heeft uitgelegd dat de financiering is gebaseerd op de maximale financieringslast die de financiers na uitgebreid onderzoek hebben vastgesteld. Om deze reden en omdat vrijwel alle schuldeisers die een stem hebben uitgebracht hebben ingestemd met het akkoord, ziet de rechtbank dit niet als een probleem.

De rechtbank homologeert het akkoord en verleent, zonder daar inhoudelijk op in te gaan, toestemming tot het opzeggen van de wederkerige overeenkomsten.

A.M.H. Nolte, mei 2022

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 14-04-2022

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2022:1205

Zaaknummer: C/18/212564 FT RK 22/190

Rechters: H.J. Idzenga, M.C. Bosch en R.P. van Eerde

Advocaten: R.P. van Boven

Wetsartikelen: 383 Fw en 384 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurder kan regresvordering verrekenen hoewel de hoogte daarvan nog niet vaststaat. Geen sprake van bestendige afspraak tot kruislingse verrekening

De bestuurder van een failliet concern wordt aangesproken tot betaling van een rekening-courantschuld. Hij voert daartegen verschillende tegenvorderingen aan. Een gestelde 'bestendige afspraak' tot kruislingse verrekening van de verschillende financiële verhoudingen tussen hem en de concernvennootschappen bestaat niet, volgens het hof. Het merendeel van de overige tegenvorderingen worden eveneens verworpen, op één na. Omdat de hoogte van die tegenvordering nog niet vaststaat, houdt het hof zijn beslissing in deze zaak aan.

In 2011 is de Midreth-groep failliet verklaard. Aan het hoofd van die groep staat een beheermaatschappij. Op de enig bestuurder en (middellijk) aandeelhouder heeft de beheermaatschappij een vordering uit een rekening-courantverhouding. De curatoren van het concern vorderen – namens Rabobank, waaraan de vordering is verpand – betaling van de bestuurder. De rechtbank heeft hem veroordeeld tot betaling. De bestuurder stelt tegen dat oordeel hoger beroep in. In hoger beroep spitst de procedure zich voornamelijk toe op de vraag of de bestuurder verschillende tegenvorderingen kan verrekenen.

De bestuurder voert aan dat binnen het Midreth-concern de bestendige afspraak bestond dat de diverse financiële verhoudingen tussen de bestuurder en de verschillende concernvennootschappen aan het einde van ieder boekjaar werden geboekt in één enkele financiële verhouding. Deze kruislingse (ofwel: verticale) verrekeningen resulteren in één financiële verhouding, namelijk die tussen de beheermaatschappij en de bestuurder. De schriftelijke rekening-courantovereenkomst voorziet niet in de kruislingse verrekening. De bestuurder draagt daarom verklaringen aan van een accountant en belastingadviseur om te onderbouwen dat de bedoelde bestendige afspraak wel degelijk bestond. Ook zou de afspraak

volgen uit eerdere verrekeningen binnen het concern.

Ondanks genoemde verklaringen is volgens het hof geen sprake van een afspraak tot kruislingse verrekening. Het hof neemt daartoe in aanmerking dat de bestuurder in zijn belastingaangifte over 2014 de bedoelde rekening-courantschuld opgeeft. De gestelde (kruislingse) verrekeningen zouden ruim voor 2014 hebben plaatsgevonden, waardoor de 2014-opgave haaks staat op de gestelde afspraak. Dat de afspraak zou volgen uit eerdere verrekeningen binnen het concern, is volgens het hof onvoldoende onderbouwd.

Voorts verwerpt het hof verschillende gestelde tegenvorderingen, onder andere uit rente over pensioenaanspraken en verschillende vorderingen uit hoofde van regres en/of subrogatie. De meeste van die vorderingen worden afgewezen omdat de bestuurder niet aan de stelplicht heeft voldaan of omdat het niet zou gaan om vorderingen op de beheermaatschappij.

Eén vordering komt wel voor verrekening in aanmerking. De bestuurder heeft een – in rechte onherroepelijk vastgestelde – schadevergoedingsvordering op Rabobank. De hoogte van die vordering staat nog niet vast, maar de bestuurder heeft die vordering wel al verrekend met een schuld aan Rabobank uit borgstelling ten gunste van de beheermaatschappij. Daarmee heeft hij als borg een deel van de vordering van Rabobank op de beheermaatschappij voldaan en een regresvordering op de beheermaatschappij verkregen. Die laatste vordering kan hij verrekenen met de rekening-courantschuld. Omdat de hoogte van de schadevergoedingsvordering nog niet vaststaat, houdt het hof de beslissing in onderhavige zaak aan totdat in een schadestaatprocedure de omvang van die vordering is komen vast te staan.

R.J.H. Berghuis, mei 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 22-02-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:1328

Zaaknummer: 200.253.308/01

Rechters: B.J. Engberts, H.L. Wattel en R.J. van der Weijden

Advocaten: M.P.E. D'Haene en M.J.R. Jansen

Wetsartikelen: 6:10 BW en 7:866 lid 2 BW