

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 11, 2023

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 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:1739](#) 25-05-2023

Hoger beroep tegen afwijzing van een verzoek tot faillietverklaring

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:4129](#) 15-05-2023

Een BV wordt niet opnieuw failliet verklaard, omdat niet is aangetoond dat de faillissementskosten betaald kunnen worden

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:3702](#) 02-05-2023

Pandrecht op lesgeld voor na faillietverklaring gegeven zwemlessen

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:6402](#) 26-07-2022

Tussenarrest over toepassing artikelen 27 en 29 Fw

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:4478](#) 14-12-2021

Faillietverklaring van Exem Energy B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:1917](#) 31-05-2023

Bestuurder in vereffening aangesproken nadat alsnog verhaalsmogelijkheden ontstonden

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:1882](#) 24-05-2023

Persoonlijk ernstig verwijt voor schade ontstaan na datum faillissement?

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:7302](#) 22-05-2023

Geen aanhouding faillissementsverzoek op verzet omdat WSNP-verzoek onvoldoende concreet is

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2023:3085](#) 17-05-2023

Verrekening van contractuele boetes met onbetaalde facturen in faillissement

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:1598](#) 03-05-2023

Schorsing verzetprocedure na faillietverklaring door schuldsaneringsverzoek

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2023:3015](#) 03-05-2023

Persoon is nooit benoemd tot commissaris en kan daarom ook niet in die hoedanigheid aansprakelijk zijn

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:6546](#) 02-05-2023

Afwijzing faillissementsverzoek: mogelijk sprake van schuldoverneming en geen pluraliteit

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2023:2949](#) 26-04-2023

Bestuurder aansprakelijk voor doen van betalingen, omdat duidelijk was dat de gekochte aandelen niet geleverd konden worden

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:4142](#) 21-04-2023

Vordering artikel 843a Rv om bewijsstukken te bemachtigen voor het indienen van een verzoek tot tussentijdse beëindiging van de WSNP

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2023:3021](#) 07-04-2023

Homologatie van liquidatieakkoord toegewezen. Rechtbank wil geen 'rechtsvormende' uitspraak doen over artikel 370 lid 5 (laatste volzin) Fw

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:3552](#) 04-04-2023

Aanhouding faillissementsverzoek afgewezen

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:3696](#) 30-03-2023

Faillietverklaring. Schuldenaar is niet tegengewerkt door schuldeisers

RECHTSPRAAK

Verrekening van contractuele boetes met onbetaalde facturen in faillissement

De curator van een failliete vennootschap vordert betaling van openstaande facturen door debiteuren, die op hun beurt aanspraak maken op de betaling van verbeurde boetes. De rechtbank oordeelt dat de boetes de openstaande facturen overtreffen en dat verrekening ex artikel 53 Fw is toegestaan.

Een vennootschap sluit, na het ‘winnen’ van een aanbesteding, met vier gemeenten raamovereenkomsten om het leerlingenvervoer in die gemeenten uit te voeren. Op basis van overeenkomsten moet de vervoerder in het bezit zijn van een kwaliteitskeurmerk voor taxivervoer, het zogeheten ‘TX-Keur’. Een eventueel verlies van het TX-Keur wordt in de bijlagen bij de overeenkomsten aangemerkt als een toerekenbare tekortkoming waarvoor een boeteregeling van toepassing is. In zowel de bijlagen als in de overeenkomsten zelf is een boeteregeling opgenomen. Daarbij is in de overeenkomsten bepaald dat, in geval van strijdigheid tussen de overeenkomsten en de bijlagen, de overeenkomsten voorrang hebben (prevaleren).

In februari 2016 verliest de vervoerder het TK-Keur, maar blijft zij leerlingenvervoer uitvoeren en stuurt daarvoor tot en met april 2016 facturen. De gemeenten verlangen van de vervoerder dat hij een vergelijkbaar keurmerk of certificaat behaalt. Ook laten de gemeenten enkele facturen onbetaald en maken zij aanspraak op de boeteregeling(en). In april 2016 wordt surseance van betaling verleend aan de vervoerder. Kort daarna ontbinden de gemeenten de overeenkomsten. Enkele dagen later faillieert de vervoerder. De gemeenten dienen een vordering in het faillissement in voor de verbeurde boetes en doen mededeling van verrekening van (een gedeelte van) de boetes met de openstaande facturen.

De aangestelde curator vordert in deze procedure een verklaring voor recht dat de boeteregelingen geen gelding hebben, althans dat de boetes moeten worden gematigd. Daarnaast vordert de curator betaling van de openstaande facturen.

Volgens de curator hebben de boetebedingen geen gelding, omdat het boetebeding in de overeenkomsten exclusieve werking zou hebben, waardoor het boetebeding in de bijlagen niet van toepassing is. De rechtbank oordeelt anders: in de overeenkomsten is geen exclusieve werking bepaald, maar slechts een regeling getroffen in het geval van strijdigheid tussen bepalingen in de overeenkomsten en de bijlagen. Van strijdigheid is geen sprake, aldus de rechtbank. Dat het verlies van het keurmerk in de bijlagen is aangemerkt als toerekenbare tekortkoming is slechts een aanvulling op en niet strijdig met de overeenkomsten. Wel matigt de rechtbank de boetes, op basis van een maximering in het boetebeding in de overeenkomsten.

Tegen de vordering tot betaling van de openstaande facturen hebben de gemeenten aangevoerd dat zij die kunnen verrekenen met de boetes. De rechtbank oordeelt dat verrekening ex artikel 53 Fw is toegestaan. De schuld en de vordering dateren immers van vóór het faillissement. Omdat de hoogte van de boetes het totaal aan openstaande facturen ruimschoots overtreft, is de vordering tot betaling niet toewijsbaar.

R.J.H. Berghuis, mei 2023

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 17-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2023:3085

Zaaknummer: C/03/307032 / HA ZA 22-292

Rechters: R. Kluin

Advocaten: M. Hamidy en M.G.G. van Nisselroij

Wetsartikelen: 53 Fw

RECHTSPRAAK

Persoon is nooit benoemd tot commissaris en kan daarom ook niet in die hoedanigheid aansprakelijk zijn

Commissaris als zodanig nooit benoemd en daarom is geen sprake van aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling.

In deze procedure draait het om de aansprakelijkstelling van een vermeende commissaris door de curator in het faillissement van Prima Zorg & Welzijn B.V. De curator verwijt de gedaagde onbehoorlijke taakvervulling door het niet houden van toezicht op het eenkoppig bestuur van failliet dat (volgens de curator) structureel geld aan failliet onttrok. De curator heeft gedaagde aansprakelijk gesteld voor het tekort in het faillissement op grond van de artikelen 2:248 BW jo 2:259 BW, artikel 2:9 BW jo 2:259 BW en artikel 6:162 BW.

De gedaagde verweert zich tegen de aansprakelijkstelling door zich op het standpunt te stellen dat hij nooit commissaris van failliet is geweest. De rechtbank gaat mee in dat verweer. De rechtbank concludeert dat de gedaagde nooit commissaris is geweest, omdat hij nooit conform artikel 2:252 BW als zodanig is benoemd. Een besluit daartoe had door de algemene vergadering binnen of buiten vergadering genomen moeten worden. Van een besluit binnen vergadering is niet gebleken; de curator heeft niet kunnen aantonen wanneer een vergadering (onder meer dienende) tot het nemen van een dergelijk besluit is gehouden.

Een besluit buiten vergadering kon blijkens de statuten van failliet en artikel 2:238 lid 2 BW alleen schriftelijk genomen worden. Het door de bestuurder van failliet en gedaagde ondertekende formulier waarmee gedaagde als commissaris werd ingeschreven bij de KvK kan als zodanig niet worden aangemerkt. Uit overige omstandigheden volgt dat het formulier niet als besluit kan worden aangemerkt. De rechtbank haalt aan een e-mailbericht van de bestuurder aan gedaagde waarin hij opmerkt dat gedaagde weliswaar als commissaris was ingeschreven, maar dat een raad van commissarissen nooit tot stand is gekomen. Bewijzen aangedragen door de curator worden verder met succes door gedaagde betwist. Het betreffen een gespreksverslag en een rapport waarbij gedaagde geen rol of invloed had bij het opstellen ervan.

Nu de rechtbank oordeelt dat gedaagde nooit als commissaris is benoemd, worden de

vorderingen van de curator afgewezen en volgt geen oordeel over het daadwerkelijke (niet-)handelen dat gedaagde wordt verweten.

W.T.N. Vlasveld, mei 2023

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 03-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2023:3015

Zaaknummer: C/09/395575 / HA ZA 22-131 (E)

Rechters: R.T. Hermans

Advocaten: E. van der Kolk en M. Hamidy

Wetsartikelen: 2:259 BW, 2:9 BW, 6:162 BW, 2:252 BW en 2:238 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder aansprakelijk voor doen van betalingen, omdat duidelijk was dat de gekochte aandelen niet geleverd konden worden

Bestuurder wist dat overeenkomst niet kon worden nagekomen en is aansprakelijk; de curator was beschikkingsonbevoegd om aandelen over te dragen.

In deze zaak heeft de curator van Stichting Enforsa ('de stichting') een oud-bestuurder ('de bestuurder') en Bewise BVBA ('Bewise') aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:9 BW en 6:162 BW. De bestuurder was zowel bestuurder van de Stichting als van Bewise.

In 2015 heeft Bewise alle aandelen in Enforsa NV verkocht aan de stichting in ruil voor obligaties van de stichting. In de koopovereenkomst verklaarde Bewise eigenaar te zijn van de aandelen in Lagotas Investment Fund Srl ('Lagotas'). In werkelijkheid was zij echter helemaal geen aandeelhouder. Daarnaast was in de koopovereenkomst opgenomen dat in geval van faillissement of aanstelling van een gerechtelijk bestuurder bij de stichting, de koopovereenkomst onmiddellijk en van rechtswege werd ontbonden. In totaal heeft de stichting ruim € 605.000 overgemaakt aan Bewise.

Toen in juli 2016 bleek dat Bewise niet de eigenaar was of ging worden van de aandelen in Lagotas, is de bestuurder bij de stichting geschorst en is een door de rechtbank benoemde bestuurder aangesteld. Vervolgens is de bestuurder ontslagen. In november 2017 is de stichting failliet gegaan. Na het faillissement heeft de curator de aandelen in Enforsa NV verkocht aan een derde.

Conventie

De curator houdt de bestuurder en Bewise aansprakelijk omdat zij de koopovereenkomst hebben gesloten terwijl zij wisten dat Bewise de overeenkomst niet kon nakomen. Ook de rechtbank neemt aan dat de bestuurder als bestuurder van de stichting een overeenkomst heeft gesloten met Bewise, terwijl hij wist dat Bewise de aandelen van Lagotas niet kon

leveren aan de stichting. Vervolgens heeft de bestuurder, aldus de rechtbank, ook besloten tot het doen van betalingen aan Bewise in het kader van deze overeenkomst. De bestuurder heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat voor de betaling van de facturen van Bewise een andere rechtsgrond bestond dan de overeenkomst. De bestuurder heeft hierdoor jegens de stichting ernstig verwijtbaar en onrechtmatig gehandeld en is aansprakelijk.

Volgens de rechtbank geldt voor Bewise dat zij medewerking heeft verleend aan het onttrekken van ruim € 605.000 aan het vermogen van de stichting. Aangenomen wordt dat Bewise de betalingen op deze facturen in ontvangst heeft genomen, terwijl zij wist dat een rechtsgrond daarvoor ontbrak. Daarmee heeft ook Bewise naar het oordeel van de rechtbank onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig jegens de stichting gehandeld en is ook zij aansprakelijk.

Reconventie

In reconventie vordert Bewise een verklaring voor recht dat de curator beschikkingsonbevoegd was om de aandelen in Enforsa NV over te dragen, en een schadevergoeding van de curator.

De rechtbank oordeelt dat nu de overeenkomst door het gerechtelijk benoemen van een bestuurder van rechtswege is ontbonden (wat ook niet in geschil is), de vraag is of de aandelen terug zijn geleverd aan Bewise. Volgens het hierop van toepassing zijnde Belgisch recht waren de aandelen inderdaad teruggeleverd. De curator was daarmee beschikkingsonbevoegd en Bewise is weer eigenaar van de aandelen van Enforsa NV.

De curator mocht er echter redelijkerwijs van uitgaan dat de stichting aandeelhouder was, mede door de verklaring van de voormalig voorzitter van de RvC, de jaarrekeningen en de balans van de stichting. Van onrechtmatig handelen door de curator is dus niet gebleken en de vordering tot schadevergoeding wordt afgewezen.

S. Zonneveld, mei 2023

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 26-04-2023

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2023:2949

Zaaknummer: C/02/394446 / HA ZA 22-69

Rechters: Fleskens

Advocaten: C.A. Mascini en R.J. Henneman

Wetsartikelen: 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Homologatie van liquidatieakkoord toegewezen. Rechtbank wil geen 'rechtsvormende' uitspraak doen over artikel 370 lid 5 (laatste volzin) Fw

Een vennootschap vraagt de rechtbank om bij homologatie van een liquidatieakkoord expliciet te bepalen dat de homologatiebeschikking een aandeelhoudersbesluit tot ontbinding van de vennootschap aan het einde van de rit overbodig maakt. Het homologatieverzoek wordt toegewezen, maar het gevraagde obiter dictum wordt bij gebrek aan belang geweigerd.

Een vennootschap met een onderneming die handelt in bevroren voedingsmiddelen, zuivelproducten en koffie ('de vennootschap') lijdt door allerlei onrust op internationale markten grote verliezen en haar onderneming dreigt vast te lopen. Het bestuur en de aandeelhouders willen de onderneming beëindigen en de vennootschap gecontroleerd afwikkelen door middel van een schuldeisersakkoord (WHOA). Op 25 januari 2023 heeft de vennootschap een startverklaring als bedoeld in artikel 373 lid 1 Fw neergelegd. Tevens is op verzoek van de vennootschap een afkoelingsperiode gelast en eenmaal verlengd.

De vennootschap ontwikkelt een akkoordvoorstel, waarin de schuldeisers zijn verdeeld in twee klassen. De ene klasse bestaat uit de aandeelhouders van de vennootschap, de andere uit concurrente crediteuren (zonder zekerheidsrechten). De Belastingdienst blijft buiten het akkoord. Vorderingen van de dienstverleners die assisteren bij het bewerkstelligen van het akkoord ook.

De klasse van aandeelhouders stemt unaniem voor het akkoord. In de andere klasse stemt 96% van de schuldeisers voor.

De vennootschap dient vervolgens een verzoek tot homologatie in (art. 383 Fw), waarbij zij de rechtbank tevens verzoekt om expliciet te bepalen dat de beschikking op het homologatieverzoek overeenkomstig artikel 370 lid 5 Fw in de plaats treedt van het aandeelhoudersbesluit om de vennootschap na voltooiing van de liquidatie en de betaling aan

de schuldeisers te ontbinden.

Alle belanghebbenden zijn keurig opgeroepen voor de behandeling van het homologatieverzoek. Er verschijnen geen tegenstemmende schuldeisers. De rechtbank toetst het akkoord daarom alleen aan de criteria van artikel 384 lid 2 Fw.

Het akkoord voldoet aan alle criteria uit artikel 384 lid 2 Fw en wordt dus gehomologeerd. Het verzoek om te bepalen dat de homologatiebeschikking een aandeelhoudersbesluit tot ontbinding van de vennootschap na afronding van de liquidatie en vereffening (door uitvoering van het akkoord) vervangt en dus overbodig maakt, wordt afgewezen. In dit kader wijst de rechtbank erop dat de tekst van het akkoordvoorstel onder meer de zinsnede inhield: *'The shareholders (...) will be requested to vote in favour of dissolution of the Company after the winding down of the business has been completed (including settling any tax debt) and the Distribution Amount has been paid to the unsecured creditors in class 1.'*

Alle aandeelhouders van de vennootschap hebben met het akkoord ingestemd. De rechtbank ziet daarom geen reden om – bovenop de tekst van het akkoord waarmee de aandeelhouders hebben ingestemd en de tekst van artikel 370 lid 5 Fw zelf – nog uitdrukkelijk in de beschikking te bepalen dat deze in de plaats treedt van een ontbindingsbesluit van de algemene vergadering.

I.F.M. Lakwijk, juni 2023

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 07-04-2023

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2023:3021

Zaaknummer: C/05/416503 / HO RK 23/186

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

Advocaten: G.P. de Gruijter

Wetsartikelen: 370 lid 5 Fw, 383 lid 1 Fw, 384 lid 2 Fw en 3:303 BW

RECHTSPRAAK

Faillietverklaring van Exem Energy B.V.

Exem Energy B.V. is door de rechtbank Amsterdam op 21 september 2021 in staat van faillissement verklaard. Exem is hiertegen in hoger beroep gegaan. Het hof bekrachtigt het faillissementsvonnis.

Exem Energy B.V. is door de rechtbank Amsterdam op 21 september 2021 in staat van faillissement verklaard. Exem is hiertegen in hoger beroep gegaan.

Het verzoekschrift tot faillietverklaring is ingediend door Sonangol en Esperaza. Uit de verzoekschriften volgt dat Sonangol een opeisbare vordering op Exem heeft van € 3.000.000 en Esperaza een opeisbare vordering op Exem heeft van € 52.600.000. Beide vorderingen vloeien voort uit een arbitraal vonnis tussen Exem en Sonangol. Het arbitraal vonnis is niet vatbaar voor hoger beroep. Hieruit volgt naar het oordeel van de rechtbank dat sprake is van pluraliteit van schuldeisers. Tevens verkeert Exem in een toestand van te zijn opgehouden te betalen.

Exem bestrijdt het vonnis van de rechtbank. Volgens Exem heeft Sonangol geen opeisbare vordering, zodat het faillissement onbevoegd is aangevraagd. Daarnaast bestrijdt Exem dat ze is opgehouden te betalen. Met betrekking tot het eerste verweer voert Exem het volgende aan. Het scheidsgerecht zou zich niet aan de opdracht hebben gehouden door een onjuiste (bewijs)maatstaf toe te passen en heeft verzuimd – en volgens Exem zelf expliciet geweigerd – stellingen en verweren van Exem te behandelen. Exem is tevens een vernietigingsprocedure begonnen die wordt gevoerd met instemming van de curator van Exem. Een eventuele vernietiging van het arbitrale vonnis zou gevolgen voor beide vorderingen hebben, nu ook de vordering van Esperaza uit het vonnis volt. Mocht het vonnis worden vernietigd, dan zou Exem een vordering op Sonangol hebben. Dit standpunt wordt ook door de curator in zijn faillissementsverslag onderschreven.

Sonangol en Esperaza voeren verweer. Esperaza voert aan dat Exem geen wettig belang nastreeft met het hoger beroep aangezien vernietiging van het faillissement ertoe zal leiden dat partijen die zich in de strijd met antiwitwaswetgeving weigeren te identificeren, de controle herwinnen over een vermogen waarvan ieder redelijk handelend Nederlandse jurist

moet begrijpen dat het uit een misdrijf afkomstig is. Dit beroep wordt door het hof verworpen. Niet kan worden gezegd dat Exem geen rechtens te respecteren belang heeft bij vernietiging.

Indien stellingen van partijen aanleiding geven voor de rechter in hoger beroep om opnieuw te onderzoeken of aan de vereisten voor faillietverklaring is voldaan, dan dient de rechter dit opnieuw te onderzoeken. Daarbij dient de rechter uit te gaan van de toestand ten tijde van de uitspraak en de op dat moment bestaande omstandigheden.

Het uitgangspunt is derhalve als volgt. Exem is veroordeeld in een arbitraal vonnis, dat niet vatbaar is voor hoger beroep. Exem is veroordeeld tot betaling van € 3.000.000 aan Sonangol en € 52.600.000 aan Esperaza. Dat Esperaza geen partij was in de arbitrale procedure, doet niet af aan het bestaan van de vordering. Evenals het feit dat Exem een procedure aanhangig heeft gemaakt tot vernietiging van het vonnis.

Ook blijkt er uit het verslag van de curator dat er een groot aantal (andere) steunvorderingen bestaan. Aldus is summierlijk gebleken dat Exem meerdere schuldeisers onbetaald laat. Daarnaast is gebleken dat Exem niet over voldoende liquide middelen beschikt om haar schuldeisers binnen afzienbare tijd te kunnen voldoen. Het aanwezige banksaldo van Exem is namelijk vanwege een door de Portugese autoriteiten gelegd strafrechtelijk beslag niet beschikbaar terwijl niet is gesteld of gebleken dat het beslagen vermogen op korte termijn zal vrijkomen.

Kortom, ook in hoger beroep is voldaan aan de vereisten voor faillietverklaring en dus bekrachtigt het hof het vonnis.

A.M.H. Nolte, juni 2023

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 14-12-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:4478

Zaaknummer: 200.300.497/01

Rechters: M.L.D. Akkaya, J.C.W. Rang en G.H. Lankhorst

Advocaten: S.V. Hardonk, M.J. Drop en L. Heide-Jørgensen

Wetsartikelen: 6 Fw

RECHTSPRAAK

Vordering artikel 843a Rv om bewijsstukken te bemachtigen voor het indienen van een verzoek tot tussentijdse beëindiging van de WSNP

De vordering van de schuldeiser op grond van artikel 843a Rv tot afgifte van stukken om een beëindigingsverzoek in te dienen wordt afgewezen, omdat de stukken niet noodzakelijk zijn voor een verzoek tussentijdse beëindiging van de WSNP.

Deze kwestie betreft een geschil tussen een crowdfundorganisatie ('HCN'), de ondernemer aan wie zij een lening verstrekte en de WSNP-bewindvoerder van de ondernemer. De ondernemer heeft aan HCN een betalingsvoorstel gedaan tegen finale kwijting ter terugbetaling van een inmiddels opeisbare geldlening. HCN heeft dat voorstel geweigerd en aangegeven dat zij ervan op de hoogte wenste te worden gebracht als de ondernemer zou verzoeken om toegelaten te worden tot de WSNP. HCN zou in dat geval 'uitvoerig verweer' willen voeren tegen de eventuele toelating.

Zonder HCN daarvan op de hoogte te brengen heeft de ondernemer een WSNP-verzoek ingediend. Dat verzoek is toegewezen.

HCN heeft zich tot de bewindvoerder gewend en aangegeven dat de schulden van de ondernemer niet te goeder trouw zijn ontstaan en dat zij ten onrechte zou zijn toegelaten tot de WSNP.

De bewindvoerder heeft HCN daarop gewezen op de mogelijkheid om op grond van artikel 350 Fw een verzoek tot tussentijdse beëindiging te doen. HCN heeft een dergelijk verzoek niet gedaan. Wel heeft er een verhoor van de ondernemer door de rechter-commissaris plaatsgehad waarbij HCN aanwezig was. Uiteindelijk is in overleg met de rechter-commissaris door de bewindvoerder besloten dat er geen reden was om de WSNP-regeling voor te dragen om tussentijds te beëindigen.

Vervolgens heeft HCN in het kader van het voornemen een verzoek op grond van artikel 350

Fw in te dienen de bewindvoerder verzocht de nodige bescheiden over te leggen, wat de bewindvoerder heeft geweigerd. HCN vordert nu in kort geding op grond van artikel 843a Rv de verstrekking van stukken.

De voorzieningenrechter wijst de vordering van HCN af. De voorzieningenrechter oordeelt dat aannemelijk is dat de standpunten van HCN voldoende zijn voor een verzoek tot beëindiging van de WSNP-regeling van de ondernemer. De verzochte stukken zijn voor HCN niet nodig. Aangenomen moet worden dat wanneer HCN aangeeft dat nadere stukken ter bewijs van haar stellingen zich bevinden onder de ondernemer en onder de bewindvoerder, de rechtbank zelf onderzoek zal doen althans dat zij van gedaagde verlangt dat zij de stellingen van HCN onderbouwd betwist.

W.T.N. Vlasveld, juni 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 21-04-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:4142

Zaaknummer: C/10/654404 / KG ZA 23-206

Rechters: Th. Veling

Advocaten: A.C.E.G. Cordesius en Advocaat J. van Vlokhoven

Wetsartikelen: 350 Fw en 843a Rv

RECHTSPRAAK

Bestuurder in vereffening aangesproken nadat alsnog verhaalsmogelijkheden ontstonden

Een bestuurder is jegens de BV aansprakelijk nu vaststaat dat o.a. de administratie niet voldoet, de bestuurder grote bedragen aan de BV heeft onttrokken, er geen jaarrekeningen zijn opgesteld en niet is voldaan aan fiscale verplichtingen.

In deze zaak wordt een bestuurder van een BV die een zorgonderneming exploiteerde ('de BV') aangesproken op de voet van artikel 2:9 BW. Opmerking verdient daarbij dat het faillissement op een eerder moment is opgeheven bij gebrek aan baten. Toen er alsnog verhaalsmogelijkheden ontstonden op de bestuurder kon het faillissement niet heropend worden omdat er geen slotuitdelingslijst was opgesteld. De curator heeft daarom eerder verzocht de vereffening te heropenen in de zin van artikel 2:23c BW, welk verzoek de rechtbank heeft toegewezen.

Thans doet de vereffenaar (voorheen curator) het eerdergenoemde beroep op artikel 2:9 BW. Hieraan is ten grondslag gelegd dat o.a. de administratie niet aan de vereisten van artikel 2:10 BW voldoet, de bestuurder grote bedragen aan de BV heeft onttrokken, er geen jaarrekeningen zijn opgesteld en niet voldaan is aan fiscale verplichtingen. Dit alles is als onweersproken of onvoldoende gemotiveerd betwist vast komen te staan en de rechtbank oordeelt dat sprake is geweest van (ernstig verwijtbaar) onbehoorlijk bestuur, voor de schade waarvan de gewezen bestuurder jegens de vennootschap aansprakelijk is.

De vereffenaar vordert ook een bestuursverbod op de voet van artikel 106a lid 1 sub e Fw, nu aan de BV vergrijpboeten zijn opgelegd door de Belastingdienst die inmiddels onherroepelijk zijn. Deze vordering wordt afgewezen, nu deze grondslag voor een bestuursverbod per 1 juli 2016 in de wet is opgenomen en de gewraakte gedragingen van voor die datum dateren. De rechtbank hoeft daarom niet in te gaan op de vraag of de vereffenaar wel een beroep kan doen op deze bepaling, die deze mogelijkheid blijkens de wettekst slechts openstelt voor het OM of de curator.

Redactie, juni 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 31-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:1917

Zaaknummer: C/o8/284969 / HA ZA 22-306

Rechters: A.M. van Diggele

Advocaten: J.F. Schulte en I. Mercanoglu

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:23c BW en 106a Fw

RECHTSPRAAK

Faillietverklaring. Schuldenaar is niet tegengewerkt door schuldeisers

De rechtbank verklaart een natuurlijk persoon failliet. De rechtbank volgt hem niet in zijn stelling dat zijn schuldeisers hem tegenwerken bij het treffen van een betalingsregeling.

Heldwijk Invest B.V. heeft verzocht een natuurlijk persoon ('de schuldenaar') failliet te verklaren. De schuldenaar betwist de vordering van Heldwijk Invest B.V. niet. Ook betwist hij de aangevoerde steunvorderingen niet. Wel meent hij dat het verzoek moet worden afgewezen, omdat zijn schuldeisers hem zouden tegenwerken bij het treffen van een betalingsregeling.

De rechtbank overweegt dat niet is gebleken dat de schuldenaar wordt tegengewerkt door zijn schuldeisers. De schuldenaar heeft door hem toegezegde financiering van derden niet kunnen regelen. Mediation is niet tot stand gekomen omdat de schuldenaar niet had gereageerd op een bericht van de mediator en de voorschotfactuur van de mediator niet heeft voldaan. Omdat de schuldenaar geen middelen heeft om zijn opeisbare schulden te voldoen, spreekt de rechtbank het faillissement uit.

H.J. de Kloe, juni 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 30-03-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:3696

Zaaknummer: F 10/23/108

Rechters: M. Aukema

Advocaten: M.J. Noteboom

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Geen aanhouding faillissementsverzoek op verzet omdat WSNP-verzoek onvoldoende concreet is

Een natuurlijk persoon van wie het faillissement is uitgesproken gaat in verzet tegen de faillietverklaring en verzoekt in de aanvulling van gronden om toelating tot de WSNP. De rechtbank laat het faillissement in stand en houdt de procedure niet aan, omdat het WSNP-verzoek onvoldoende concreet is. Ook zouden de belangen van verzoekster, een werkneemster, door aanhouding worden geschaad omdat dan niet duidelijk zou zijn wanneer zij haar loon zou ontvangen op basis van de loongarantieregeling.

Een natuurlijk persoon komt in verzet tegen haar faillietverklaring. In een aanvulling van de gronden van het verzet heeft zij toelating tot de WSNP verzocht.

De rechtbank overweegt dat het WSNP-verzoek slechts bestaat uit een verklaring in de aanvulling op het verzetschrift. Daarmee is niet voldaan aan de eisen die het procesreglement stelt aan een WSNP-verzoek, zodat geen sprake is van een concreet verzoek. Dit wordt bevestigd door de schuldhulpverlener, die in een e-mail heeft gesteld nog geen WSNP-verzoek te hebben ingediend omdat de schuldenaar nog bezig is met het beëindigen van haar onderneming.

De rechtbank overweegt dat er geen reden is om het faillissementsverzoek aan te houden, omdat geen concreet WSNP-verzoek is gedaan en het minnelijk traject zelfs nog niet is gestart. De rechtbank neemt daarbij in aanmerking dat de vordering van de verzoekster van het faillissement een loonvordering betreft. Bij schorsing van de faillissementsaanvraag of vernietiging van het faillissement is niet duidelijk of en wanneer zij haar inkomen zal ontvangen op basis van de loongarantieregeling. Zij zou wezenlijk en onredelijk in haar belangen worden geschaad door (schorsing van de verzetprocedure en) vernietiging van het faillissement. Ten overvloede overweegt de rechtbank dat de schuldenaar tijdens faillissement een omzettingsverzoek kan indienen op grond van artikel 15b lid 1 Fw, omdat het haar in

beginsel niet kan worden toegerekend dat zij niet tijdig een verzoekschrift tot toelating tot de WSNP heeft ingediend.

De rechtbank oordeelt inhoudelijk dat is voldaan aan de vereisten voor de faillietverklaring en laat het faillissement in stand.

H.J. de Kloe, juni 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 22-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:7302

Zaaknummer: C/09/23/107 F

Rechters: R.G.C. Veneman

Advocaten: R.P.M. Duindam, C.A.M.H. Vink en F.J.M. van Rossem

Wetsartikelen: 3a Fw en 8 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Afwijzing faillissementsverzoek: mogelijk sprake van schuldoverneming en geen pluraliteit

In de summiere faillissementsprocedure kan de rechtbank niet vaststellen of verweerster aansprakelijk is voor de aangevoerde vordering, omdat mogelijk sprake is van schuldoverneming. Verder is niet summierlijk gebleken dat de schuldenaar meerdere schuldeisers onbetaald laat. Dit kan zonder bijkomende omstandigheden niet volgen uit een twee jaar oude balans, en het enkel noemen van de naam van een vermeend schuldeiser is ook onvoldoende.

The Blue Crew B.V. verzoekt om een andere vennootschap ('de schuldenaar') failliet te verklaren. The Blue Crew stelt dat zij personeel beschikbaar heeft gesteld aan de schuldenaar, terwijl de facturen die daarvoor zijn gestuurd niet zijn voldaan. De schuldenaar betwist dat The Blue Crew een vordering op haar heeft en stelt verder dat pluraliteit van schuldeisers ontbreekt.

De rechtbank beoordeelt eerst het door The Blue Crew gestelde vorderingsrecht. Op 22 augustus 2023 is een overeenkomst gesloten met de opdrachtgever van het project waarvoor het personeel is ingeleend, HES Hartel Tank Terminal B.V. ('HES'). Ter discussie staat of HES de schuld heeft overgenomen of naast de schuldenaar hoofdelijk aansprakelijk is. De rechtbank overweegt dat zij dit in de summiere faillissementsprocedure niet kan vaststellen, zodat niet summierlijk is gebleken van het vorderingrecht van The Blue Crew.

De rechtbank overweegt verder dat niet summierlijk is gebleken van pluraliteit van schuldeisers. The Blue Crew heeft aangevoerd op basis van de jaarrekening per 28 februari 2021 te vermoeden dat de schuldenaar ook andere schulden heeft. De rechtbank overweegt dat een balans een momentopname is en dat zonder bijkomende omstandigheden niet op basis van een meer dan twee jaar oude balans kan worden geconcludeerd dat er meerdere schuldeisers zijn.

The Blue Crew heeft voorts aangevoerd dat Connecta Services B.V. een vordering zou hebben

op de schuldenaar. The Blue Crew zou dit gehoord hebben van de raadsman van Connecta Services, maar heeft geen bewijsstukken overgelegd van deze vermeende vordering. De rechtbank oordeelt, na betwisting van de vordering door de schuldenaar, dat de enkele melding van de naam van een vermeend schuldeiser onvoldoende is voor het summierlijk blijken van een steunvordering. De rechtbank wijst het faillissementsverzoek af.

H.J. de Kloe, juni 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 02-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:6546

Zaaknummer: FT RK 23/217

Rechters: R. Cats

Advocaten: T.F.B. Jansen en J.G.M. Roijers

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Een BV wordt niet opnieuw failliet verklaard, omdat niet is aangetoond dat de faillissementskosten betaald kunnen worden

Omdat een eerder faillissement binnen drie jaar voor het huidige faillissementsverzoek is opgeheven bij gebrek aan baten, moet de verzoeker aantonen dat de faillissementskosten betaald kunnen worden. Hoewel verzoeker € 10.000 wil betalen voor een aandeel in een bedrijfspand dat volgens verzoeker een negatieve waarde heeft, overweegt het hof dat niet uitgesloten kan worden dat de faillissementskosten het bedrag van € 10.000 ruim overstijgen.

Schaal van Richter B.V. is in december 2016 failliet verklaard. Dit faillissement is op 10 maart 2020 opgeheven bij gebrek aan baten. In deze procedure, die is aangevangen door indiening van een verzoekschrift op 9 maart 2023, verzoekt Raadgevers Kuijkhoven VOF het faillissement van Schaal van Richter B.V. opnieuw uit te spreken. De reden daarvoor is dat Schaal van Richter B.V. voor het faillissement vennoot was van de vof De Heeren van 1900 en in dat verband voor 1/8 deel eigenaar is van een bedrijfspand in De Bilt. Voorafgaand aan het uittreden van Schaal van Richter B.V. hadden Raadgevers Kuijkhoven en De Heeren van 1900 dezelfde vennoten. Raadgevers Kuijkhoven stelt dat het aandeel van Schaal van Richter in het bedrijfspand in De Bilt een bate is, zij het met een negatieve waarde omdat de hypotheekschuld hoger is dan de waarde van het pand. Raadgevers Kuijkhoven is echter bereid het aandeel te kopen voor € 10.000.

Net als de rechtbank wijst het hof het faillissementsverzoek af. Het hof overweegt dat op grond van artikel 18 Fw moet worden aangetoond dat er voldoende baten zijn om de kosten van het faillissement te bestrijden, omdat het faillissement binnen drie jaar na opheffing van een eerder faillissement is aangevraagd. Het hof is van oordeel dat Raadgevers Kuijkhoven dit niet heeft aangetoond. In het eerdere faillissement hebben de vennoten van De Heeren van 1900 de curator aangeboden het aandeel in het bedrijfspand in De Bilt te kopen voor € 1. Omdat de curator onvoldoende informatie kreeg over de waarde van het pand, heeft de

curator dit aanbod afgewezen.

Bij dit faillissementsverzoek is ook geen informatie verstrekt over de waarde van het pand. Het hof overweegt dat het daarom niet is uit te sluiten dat een curator in een nieuw faillissement uitgebreid onderzoek moet doen naar de waarde van het pand en daarmee kosten moet maken die het bedrag van € 10.000 ruim overstijgen. Weliswaar heeft Raadgevers Kuijkhoven zich bereid verklaard enige extra kosten te maken om de overdracht mogelijk te maken, maar daarmee zijn de faillissementskosten niet gedekt als die kosten fors meer bedragen dan € 10.000. Het hof bekrachtigt daarom de uitspraak van de rechtbank.

H.J. de Kloe, mei 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 15-05-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:4129

Zaaknummer: 200.325.861

Rechters: H. Wammes, H.L. Wattel en I. Brand

Advocaten: M.P. Doorten

Wetsartikelen: 18 Fw

RECHTSPRAAK

Schorsing verzetprocedure na faillietverklaring door schuldsaneringsverzoek

Een natuurlijk persoon gaat in verzet nadat zijn faillissement is uitgesproken op verzoek van het pensioenfonds. De schuldenaar verzoekt om toelating tot de schuldsanering. De rechtbank houdt de beslissing op het verzet aan totdat onherroepelijk is beslist op het schuldsaneringsverzoek.

Een natuurlijk persoon gaat in verzet tegen de faillietverklaring die is uitgesproken op verzoek van het Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg ('het pensioenfonds') en verzoekt om te worden toegelaten tot de schuldsaneringsregeling. Het pensioenfonds meent dat het verzoek moet worden afgewezen, in de eerste plaats omdat de schuldenaar geen geldige reden zou hebben aangevoerd waarom hij geen kennis had kunnen nemen van de oproep van de zitting en in de tweede plaats omdat het verzoek om te worden toegelaten tot de schuldsaneringsregeling niet compleet zou zijn.

De rechtbank overweegt dat het hebben van een geldige reden voor het niet verschijnen op de zitting geen voorwaarde is voor het instellen van verzet. Verder overweegt de rechtbank dat de rechter die beslist op het schuldsaneringsverzoek moet beoordelen of het verzoek al dan niet compleet is nadat de behandeling van het verzet is geschorst. De rechtbank houdt daarom de beslissing aan totdat onherroepelijk is geoordeeld op het verzoek om toelating tot de schuldsaneringsregeling. Wordt het schuldsaneringsverzoek toegewezen, dan vervalt de faillissementsaanvraag op grond van artikel 3a lid 3 Fw. Bij afwijzing van het schuldsaneringsverzoek wordt de procedure in verzet voortgezet.

H.J. de Kloe, mei 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 03-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:1598

Zaaknummer: 295676 FTRK 228/23

Rechters: A.H. Margadant

Advocaten: T.G.J. ten Berge

Wetsartikelen: 8 lid 2 Fw en 3a lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Pandrecht op lesgeld voor na faillietverklaring gegeven zwemlessen

De vorderingen van een zwemschool op haar klanten ter zake van na datum faillissement gegeven zwemlessen zijn op datum faillissement toch niet toekomstig, maar bestonden reeds. Wel pandrecht Rabobank.

De vraag die in deze procedure heeft voorgelegen is of vorderingen van de failliete zwemschool Akwaak ter zake van na de datum van faillietverklaring gegeven zwemlessen ten tijde van de faillietverklaring reeds waren of nog moesten ontstaan. Op voorhand zij verwezen naar INS-Updates 2022-0231 over de uitspraak in eerste aanleg (Rb. Overijssel 16 maart 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2528, JOR 2022/191, m.nt. Struycken).

Akwaak verzorgde tegen betaling van contributie zwemlessen. Haar bestaande en toekomstige vorderingen had zij aan Rabobank verpand tot meerdere zekerheid van terugbetaling van haar verplichtingen onder een kredietovereenkomst. Bij vonnis van 24 juni 2020 is Akwaak in staat van faillissement verklaard. Met het oog op een doorstart heeft de curator van Akwaak de activiteiten in juli 2020 voortgezet, in welk kader – na aftrek van gestorneerde incasso's – € 50.413,94 op een bankrekening bij Rabobank is ontvangen. Stellende dat de vorderingen die aan de betalingen ten grondslag hebben gelegen aan haar waren verpand, heeft Rabobank het geïncasseerde lesgeld met haar vorderingen op Akwaak verrekend (vgl. HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, NJ 1996, 471, m.nt. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*)). De curator heeft betwist dat de vorderingen rechtsgeldig waren verpand en om die reden afdracht van de ingekomen les gelden gevorderd.

De rechtbank in eerste aanleg was op basis van de toepasselijke voorwaarden en HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5528, NJ 1987, 530, m.nt. Van der Grinten (*WUH/Emmerig q.q.*) van oordeel dat de vorderingen toekomstig en dus niet verpand waren. Volgens de rechtbank was de verschuldigdheid van het lesgeld op basis van de contractsvoorwaarden niet in doorslaggevende mate afhankelijk van de verrichting van de daartegenover staande prestaties, bijvoorbeeld vanwege de mogelijkheid van restitutie bij ziekte en de opbouw van

inhaaltegoed.

Het hof is van oordeel dat de vorderingen ten tijde van de faillietverklaring wel reeds bestonden en vernietigt het vonnis van de rechtbank. Het begint zijn overwegingen met een bespreking van de uitgangspunten uit de jurisprudentie bij het bepalen van het ontstaansmoment van vorderingen uit overeenkomst (r.o. 4.3). Het hof vervolgt dat de Hoge Raad voor zijn oordelen in *WUH/Emmerig q.q.* en het in één adem genoemde HR 17 november 2018, ECLI:NL:HR:2017:2901 (*Famed/Kreikamp q.q.*) heeft verwezen naar de aard van de huurovereenkomst respectievelijk de overeenkomst van geneeskundige behandeling en die oordelen daarom niet een-op-een toepasbaar zijn op het ontstaan van vorderingen onder alle overeenkomsten (r.o. 4.4). Het zijn deze arresten waaraan de curator van Akwaak zijn betoog ontleent dat de tegenprestatie voor ten laste van de boedel verrichte prestaties de boedel ten goede moeten komen. Volgens het hof is met name van belang dat die arresten niet uitsluiten – en in geval van *Famed/Kreikamp q.q.* zelfs uitdrukkelijk bevestigen – dat partijen over het ontstaansmoment van een vordering (afwijkende) afspraken kunnen maken, bijvoorbeeld door vooruitbetaling overeen te komen zoals in het onderhavige geval was gedaan.

Met inachtneming van deze achtergronden analyseert het hof in r.o. 4.6-4.12 de toepasselijke contractuele voorwaarden nader en komt het tot de conclusie dat het ontstaan van de vordering tot betaling van het lesgeld voor de maand juli 2020 niet afhankelijk was van het daadwerkelijk geven van zwemlessen in die maand. Dat de klanten op grond van de algemene regels van het verbintenissenrecht en in enkele specifieke gevallen ook op grond van de overeenkomst recht op terugbetaling hadden als niet daadwerkelijk zwemles was gegeven, doet er volgens het hof – anders dan de rechtbank – niet aan af dat de vordering tot betaling van het lesgeld voordien al wel was ontstaan (r.o. 4.13) en dat daarop ten gunste van Rabobank een pandrecht tot stand was gekomen.

J.O. Bijloo, juni 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 02-05-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:3702

Zaaknummer: 200.312.095/01

Rechters: H. de Hek, W.F. Boele en A.L. Goederee

Advocaten: T.T. van Zanten, L. van den Reek en G.M. Volkerink

Wetsartikelen: 23 Fw en 35 lid 2 Fw

RECHTSPRAAK

Hoger beroep tegen afwijzing van een verzoek tot faillietverklaring

Vernietiging beschikking in eerste aanleg, waarbij het verzoek tot faillietverklaring werd afgewezen. Vordering opeisbaar, voldaan aan pluraliteitsvereiste en verweerster verkeert in toestand van te hebben opgehouden te betalen.

Dit arrest gaat over het verzoek van appellante om verweerster in staat van faillissement te verklaren. De rechtbank Oost-Brabant heeft het verzoek in eerste aanleg afgewezen omdat appellante onvoldoende het bestaan van een opeisbare steunvordering had onderbouwd. Tussen partijen bestaat een *convertible loan agreement* (CLA). Appellante had naar het oordeel van de rechtbank niet aannemelijk gemaakt dat verweerster tekort is geschoten in de nakoming van de CLA en dus ook niet dat haar vordering op verweerster opeisbaar is. Bij gebrek aan een opeisbare (steun)vordering, kwam de rechtbank tot het oordeel dat verweerster op dat moment niet verkeerde in de toestand van te hebben opgehouden te betalen.

In hoger beroep heeft appellante aangevoerd dat diverse groepsvennootschappen van verweerster failliet zijn en verweerster enkel nog aandelen houdt in de failliete holding, die op haar beurt nog slechts aandelen houdt in een failliete groepsvennootschap. Appellante stelt verder dat verweerster mededelingen heeft gedaan waaruit moest worden afgeleid dat verweerster haar verplichtingen onder de CLA niet (volledig) zou nakomen.

Verweerster heeft bij brief aangegeven dat zij de bij appellante afgesloten lening heeft doorgeleend aan de failliete holding en dat zij een intra-groepsvordering heeft op de holding. Verder heeft verweerster geen activa of andere activiteiten. Vanwege de faillietverklaring van de holding voert verweerster geen verweer tegen het beroepschrift van appellante.

Bij de beoordeling in hoger beroep stelt het hof voorop dat een verzoek tot faillietverklaring dient te worden afgewezen, indien niet summierlijk blijkt van het bestaan van feiten of omstandigheden, welke aantonen, dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft

opgehouden te betalen, en, zo een schuldeiser het verzoek doet, ook van het vorderingsrecht van deze. Het betreft hier een summier toets. Summierlijk blijken betekent dat dit na een kort, eenvoudig onderzoek moet blijken.

Het hof is van oordeel dat de vordering van appellante (summierlijk) aannemelijk is. Dat verweerster nog een aanzienlijk bedrag aan appellante moet betalen op basis van de CLA, staat niet ter discussie. Onder verwijzing naar bepalingen uit de CLA oordeelt het hof dat de vordering van appellante op verweerster uit hoofde van de CLA opeisbaar is geworden.

Het hof oordeelt voorts dat voldaan is aan het pluraliteitsvereiste, nu verweerster minstens één andere schuldeiser heeft. Verweerster heeft dat ook niet ontkend. Het hof vermeldt daarbij dat verweerster een schuldenlast heeft van ruim 200 miljoen euro.

Verder is het hof van oordeel dat verweerster in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen en overweegt dat uit de stukken in het procesdossier, zoals ook door verweerster zelf naar voren is gebracht, volgt dat verweerster onvoldoende middelen heeft om de openstaande vordering van appellante te voldoen.

Het hof overweegt voorts dat het voor appellante van belang is dat een curator onderzoek doet naar de verwijten van appellante ten aanzien van het handelen van (het bestuur van) verweerster. Er is geen sprake van misbruik van recht dan wel bevoegdheid – zoals door verweerster in eerste aanleg naar voren is gebracht. Verweerster had verzocht dezelfde curator te benoemen als in de faillissementen van de groepsvennootschappen. Het hof wijst dat verzoek af, omdat die vennootschappen de belangrijkste debiteuren vormen van verweerster en dit tot tegenstrijdige belangen kan leiden.

D.R.C. Smit, juni 2023.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 25-05-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:1739

Zaaknummer: 200.324.003/01

Rechters: S.M.A.M. Venhuizen, A.P. Zweers-van Vollenhoven en R.L.G. Kraaijvanger

Advocaten: L.J.J. Kerstens en R.M. Woudenberg

Wetsartikelen: 6 Fw

RECHTSPRAAK

Tussenarrest over toepassing artikelen 27 en 29 Fw

Het Hof Arnhem-Leeuwarden wijst een relatief kort maar technisch tussenarrest in een procedure na verwijzing. In dit tussenarrest past het hof artikel 25 tot en met 31 Fw toe.

Brixchange CVBA ('Brixchange' of 'geïntimeerde'), een vennootschap naar Belgisch recht, dagvaardt in 2012 onder andere appellant. In deze procedure vordert Brixchange betaling van ruim 1 miljoen euro. Appellant vordert in reconventie allereerst een verklaring voor recht met als doel verlost te worden van de door Brixchange ingestelde vordering ('Reconventionele Vordering I'). Ten tweede vordert appellant in een verklaring voor recht dat Brixchange onrechtmatig heeft gehandeld waarbij de schade nog nader bij staat moet worden opgemaakt ('Reconventionele Vordering II'). Partijen procederen hierover tot aan de Hoge Raad. De Hoge Raad vernietigt de arresten van het Hof 's-Hertogenbosch en verwijst de zaak naar het Hof Arnhem-Leeuwarden.

Brixchange gaat failliet nadat de Hoge Raad arrest heeft gewezen. Appellant roept vervolgens de Belgische curator van Brixchange ('de curator') op om te verschijnen in de verwijzingsprocedure. Het hof overweegt dat in de oproeping onvoldoende duidelijk is opgenomen dat de curator het geding – met betrekking tot de door Brixchange ingestelde vordering – op grond van artikel 27 Fw kan overnemen. Daarnaast is ten onrechte in de oproeping opgenomen dat opnieuw griffierecht dient te worden betaald, aldus het hof. Het hof geeft appellant de kans om dit gebrek te herstellen door de curator correct op te roepen de procedure van de gefailleerde over te nemen. Voor Reconventionele Vordering I geldt volgens het hof ook dat de curator opnieuw dient te worden opgeroepen in lijn met artikel 27 Fw. Het betreft immers een vordering om verlost te worden van de door Brixchange ingestelde vordering.

Appellant wijzigt Reconventionele Vordering II zo dat primair een concreet schadebedrag wordt gevorderd en subsidiair de eerder gevorderde verklaring voor recht ten aanzien van onrechtmatig handelen. Het hof gaat niet in op de vraag of de wijziging van eis mogelijk is, maar merkt alvast op dat dit naar vaste rechtspraak niet meer mogelijk is in een procedure na

cassatie. Reconventionele Vordering II kwalificeert – na wijziging – volgens het hof als een vordering die strekt tot voldoening van een geldsom uit de faillissementsboedel. Het regime van artikel 29 Fw is in dat geval van toepassing. Het geding ten aanzien van die vordering wordt dan van rechtswege geschorst. De vordering dient vervolgens ter verificatie te worden ingediend. Slechts bij betwisting van deze vordering wordt de procedure in renvooi voortgezet. Of de eisenwijziging is toegestaan, moet het hof in een volgend arrest beantwoorden. Eerst moet appellant de curator correct oproepen.

G.P. van Hooft, juni 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-07-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:6402

Zaaknummer: 200.295.603/02

Rechters: B.J. Engberts, C.M.E. Lagarde en J. Sap

Advocaten: R.P.G. Schelvis

Wetsartikelen: 27 Fw en 29 Fw

RECHTSPRAAK

Persoonlijk ernstig verwijt voor schade ontstaan na datum faillissement?

Geen persoonlijk ernstig verwijt voor schade na datum faillissement ontstaan door verspreiding van asbestvezels als gevolg van een brand van een boerderij. Brand was gevolg van brandstichting terwijl genoeg maatregelen waren genomen door hekken te plaatsen, nutsvoorzieningen af te sluiten en in toezicht te voorzien.

Op 20 juli 2016 faillieerde Megahome.nl Beheer BV ('Megahome') tezamen met andere tot de Megahome groep behorende vennootschappen met benoeming van mr. Van der Hel tot curator ('de curator'). Megahome investeerde in stukken grond met als doel die te verkopen voor woningbouw.

Tot de boedel behoort een perceel in Meppel dat in 2009 door Megahome is gekocht ('het perceel'). Op dit perceel stond een leegstaande boerderij die relatief kort na het faillissement is afgebrand. Megahome had geen opstalverzekering afgesloten, terwijl bij de brand asbest is vrijgekomen die door de gemeente Meppel is gesaneerd. De kosten ten belope van € 112.578,43 ('de saneringskosten') zijn door de gemeente Meppel in het faillissement van Megahome ingediend.

In de procedure die aanleiding vormt voor deze uitspraak vordert de curator betaling van de saneringskosten van Megahome's bestuurder en de voormalig bestuurder (tezamen: 'de bestuurders') die aan het roer stond toen het perceel werd gekocht en nadien feitelijk het beleid is blijven bepalen. Volgens de curator kan de bestuurders een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt op grond van artikel 6:162 BW, althans artikel 2:9 BW, dat zij de boerderij op het perceel niet hebben verzekerd dan wel hebben gesloopt of andere maatregelen hebben genomen ter voorkoming van schade.

De rechtbank stelt voorop dat voor aansprakelijkheid van de bestuurders sprake moet zijn van zodanig onzorgvuldig handelen dat hen daarvan een persoonlijk ernstig verwijt treft. Of daarvan sprake is, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige

omstandigheden van het geval.

Volgens de rechtbank kan de bestuurders geen persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt van de schade die de boedel lijdt als gevolg van de brand. Zij hadden op grond van zakelijke afwegingen besloten om geen opstalverzekering af te sluiten voor de boerderij. Deze zou namelijk worden gesloopt. Op dat moment was de boerderij nog niet gesloopt, omdat de instandhouding van de boerderij naar verwachting zou bijdragen aan medewerking van de gemeente voor herontwikkeling van het perceel. Het afsluiten van een opstalverzekering betrof geen wettelijke verplichting, terwijl ook niet is gebleken dat zich schade voor zou kunnen doen die Megahome niet zelf kon dragen of het faillissement met zich mee kon brengen.

Het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt, namelijk de verspreiding van asbestvezels, was het gevolg van de brand. De brand was niet gelegen in eigenschappen van de boerderij, maar naar zeggen van partijen veroorzaakt door brandstichting. Het risico voor brandstichting was niet zodanig groot dat de bestuurders een verwijt kan worden gemaakt dat zij de boerderij niet hebben gesloopt, terwijl ook afdoende maatregelen door de bestuurders waren genomen. De boerderij was afgeschermd door een hek, nutsvoorzieningen waren afgesloten en er werd toezicht gehouden door bureu.

Dat de curator niet bekend was met het bestaan van de boerderij tot aan de brand valt volgens de rechtbank de bestuurders niet te verwijten. Uit voormelde omstandigheden volgt niet dat er sprake was van een zodanige situatie dat zij zeker hadden moeten stellen dat dit wel het geval was geweest. Verder was aan de curator een lijst verstrekt met onroerende zaken waarop het perceel was opgenomen met de omschrijving 'onbebouwd'. Binnen Megahome betekende dit dat het perceel nog niet door Megahome was bebouwd. De curator had daaruit afgeleid dat het perceel in het geheel niet bebouwd was. Niet gesteld of gebleken is dat de bestuurders zich bewust waren van dit misverstand of dat zij de curator op het verkeerde been hebben gezet.

De rechtbank wijst daarom de vorderingen van de curator af omdat niet is vast komen te staan dat de bestuurders tegenover de boedel in het faillissement van Megahome aansprakelijk zijn voor de schade als gevolg van de brand in de boerderij.

M.Y.J. Smeets, juni 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 24-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:1882

Zaaknummer: C/o8/284722 / HA ZA 22-294

Rechters: D.N.R. Wegerif

Advocaten: J. van der Hel en C.J. van Dijk

Wetsartikelen: 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Aanhouding faillissementsverzoek afgewezen

Verzoek tot aanhouding faillissementsrekenen. Verweersters tegen faillissementsaanvragen wensen aanhouding in verband met uitspraak in hoger beroep tegen afwijzing van homologatie van WHOA-akkoorden. De rechtbank wijst het verzoek om aanhouding af.

Verzoekster, Rabobank, heeft in het voorjaar van 2022 het faillissement aangevraagd van diverse verweersters. De behandeling van dit verzoek is eerder aangehouden, omdat verweersters een verzoek hebben ingediend tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en zij vervolgens hebben getracht via een WHOA-procedure tot een herstructurering te komen. Het verzoek tot homologatie van het akkoord is evenwel in maart 2023 afgewezen. Verweersters zijn hiertegen in hoger beroep gegaan.

De rechtbank is desondanks overgegaan tot verdere behandeling van het faillissementsverzoek. Verweersters hebben, alhoewel de faillissementstoestand op zich niet wordt betwist, daarom verzocht het faillissementsverzoek aan te houden totdat in hoger beroep wordt geoordeeld over de afwijzing van het homologatieverzoek. Verweersters stellen dat – hoewel op grond van artikel 369 lid 10 Fw geen rechtsmiddelen openstaan tegen de beslissing van de rechtbank in het kader van een WHOA-procedure – het rechtsmiddelenverbod doorbroken kan worden.

Volgens de rechtbank geldt evenwel dat in artikel 369 lid 10 Fw is bepaald dat tegen beslissingen in het kader van een WHOA-procedure geen rechtsmiddelen openstaan. Daarnaast is voor een aanhoudingsverzoek geen wettelijke basis in het geval er hoger beroep is ingesteld tegen de beslissing van de rechtbank in het kader van een WHOA-procedure. In dat licht geldt dat een aanhoudingsverzoek zeer kritisch dient te worden getoetst, mede gelet op het feit dat sprake is van de faillissementstoestand.

Verweersters hebben betoogd dat Rabobank bij aanhouding geen risico zou lopen, omdat de bankrekeningen bij Rabobank zijn geblokkeerd en Rabobank beslag heeft gelegd op een bankrekening van verweersters bij ABN Amro. Dat standpunt gaat evenwel volgens de rechtbank niet op. Volgens de rechtbank wordt Rabobank in haar belangen geschaad indien de

faillissementsverzoeken langer worden aangehouden. Rabobank heeft een pandrecht op debiteuren van verweersters, maar verweersters hebben – in strijd met contractuele afspraken – de inning van die vorderingen niet laten lopen via de bankrekening bij Rabobank, maar via een rekening bij ABN Amro. Het pandrecht vervalt dan door betaling van de debiteur op die rekening. Dit heeft als gevolg dat Rabobank geen mogelijkheid meer heeft zich bij voorrang op die opbrengst te verhalen. Van de Rabobank kan niet worden verwacht dat zij steeds beslag legt op de rekeningen van ABN Amro om te voorkomen dat haar zekerheden worden uitgehold. Daarnaast is de duur waarvoor de verzoeken aangehouden dienen te worden nog onduidelijk.

Verder zijn verweersters van mening dat in hoger beroep tot het oordeel zal worden gekomen dat het faillissement niet uitgesproken zal worden. Zij menen dan ook dat de uitspraak van het gerechtshof afgewacht dient te worden om verschillende negatieve gevolgen te voorkomen, zoals banenverlies van de werknemers en gevolgen voor de inning van debiteurenportefeuilles. De rechtbank oordeelt hierover dat van de aan te stellen curator verwacht mag worden dat hij die belangen zal meewegen in zijn keuzes hoe te handelen in de periode tot de uitspraak van het gerechtshof. Dit argument is dus geen reden om het aanhoudingsverzoek toe te wijzen. De rechtbank wijst het faillissementsverzoek toe.

Wenk

Tegen de beslissing van de rechter over het homologatieverzoek staat geen hoger beroep of cassatie open, aldus artikel 369 lid 10 Fw. Dit heeft de wetgever uitdrukkelijk zo bedoeld en vindt zijn rechtvaardiging in het feit dat het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van een dreigende insolventie in de zin van artikel 370 lid 1 Fw; er dient zo snel mogelijk uitsluitel te kunnen worden gegeven aan betrokkenen. Wel heeft een rechtbank de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad omtrent de juiste toepassing van de WHOA. Dit kan ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar, aandeelhouder of belanghebbende schuldeisers. Daarvan is, zo begrijpen wij, in dit geval geen gebruik gemaakt. In dit licht is de uitspraak van de rechtbank dat de zaak niet wordt aangehouden goed te begrijpen.

Semmi Swolfs & Diederick van Dalen, juni 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 04-04-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:3552

Zaaknummer: C/10/638 769 / FT RK 22/204, C/10/638 769 / FT RK 22/206, C/10/638 769 / FT RK

22/207, C/10/638 769 / FT RK 22/208, C/10/638 769 / FT RK 22/210 en C/10/638 769 / FT RK 22/211

Rechters: B.A. Cnossen

Advocaten: R.M. Vermaire, A.M. Mennens, S.W. van den Berg en mr. J.F. Fliek

Wetsartikelen: 3a Fw, 6 Fw en 369 lid 1o Fw