

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 13, 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

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2023:967](#) 23-06-2023

Kunnen vorderingen curator tegen bestuurder worden begrepen als Peeters/Gatzen-vorderingen?

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2023:925](#) 16-06-2023

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens schending administratieplicht - slagende motiveringsklacht

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:1976](#) 15-06-2023

Tevergeefs hoger beroep tegen uitgesproken faillissement

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:2329](#) 14-06-2023

Bestuurder die is veroordeeld voor gewoontewitwassen aansprakelijk voor boedeltekort

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:3330](#) 10-05-2023

Verzoek onderhandse verkoop door twee verschillende pandhouders

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:5000](#) 03-01-2023

WHOA-procedure IHC: tijdelijke en definitieve afkoelingsperiode en aanstelling observator

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:8579](#) 23-12-2022

Verzoek ontslag curatoren afgewezen

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:12189](#) 15-09-2022

Succesvolle sanering in afkoelingsperiode met ambtshalve aanstelling observator

RECHTSPRAAK

Kunnen vorderingen curator tegen bestuurder worden begrepen als Peeters/Gatzen-vorderingen?

Vorderingen curator ex artikel 6:162 BW in het licht van feitelijke stellingen onmiskenbaar bedoeld om belang gezamenlijke crediteuren te behartigen door boedel te herstellen en op rechtmatige wijze onder schuldeisers te verdelen.

In deze zaak vordert de curator van Drent Holding B.V. en Drent Goebel B.V. van hun bestuurders schadevergoeding vanwege transacties die zij kort voorafgaand aan de faillietverklaring namens Drent Holding zijn aangegaan met enkele gelieerde vennootschappen. Eiser in deze procedure is een van die bestuurders. Zijn medebestuurder is ook in de procedure in de feitelijke instanties betrokken, maar heeft afzonderlijk cassatieberoep ingesteld, waarin de Hoge Raad simultaan een vrijwel gelijkkluidend arrest heeft gewezen (HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:968). De Hoge Raad beantwoordt de vraag of de vorderingen van de curator konden worden begrepen als *Peeters/Gatzen*-vorderingen.

Drent Holding is onder andere enig aandeelhouder van Drent Goebel. Zowel Drent Holding als Drent Goebel werd bestuurd door eiser en zijn medebestuurder. De medebestuurder is de uiteindelijke belanghebbende van Drent Holding. De Drent-groep hield zich bezig met “*het ontwerpen, vervaardigen, reviseren en verkopen van machines in het bijzonder voor de grafische industrie*”. De bestuurders hebben de patenten van Drent Holding, die zij in het kader van die activiteiten hield, op 2 juli 2009 voor € 2.000.000 verkocht aan een Duitse vennootschap. De koopprijs is betaald op de bankrekening van Drent Holding bij KBC Bank, die geen zekerheidsrechten op de patenten had en het ontvangen bedrag heeft verrekend met haar vorderingen op de Drent-groep. Op 5 juli 2009 heeft de algemene vergadering van Drent Goebel besloten het faillissement van Drent Goebel aan te vragen. Kort nadien op 22 september 2009 is ook Drent Holding failliet verklaard met in 2014 benoeming van mr. Klein als (vervangend) curator. De curator meent dat de bestuurders van Drent Holding de aan hen opgedragen taak onbehoorlijk hebben vervuld door (onder andere) aan de beschreven transactie uitvoering te geven.

De curator heeft zich voor zijn vorderingen primair gebaseerd op artikel 2:248 BW, subsidiair op artikel 2:9 BW en meer subsidiair op artikel 6:162 BW. Het petitum, dat in deze uitlegkwestie met name onder de loep ligt, sprak in verband met de vorderingen op de voet van artikel 2:9 en 6:162 BW zowel in eerste aanleg als na beperkte eiswijziging in hoger beroep van aansprakelijkheid voor alle *door Drent Holding* geleden en te lijden schade (r.o. 2.2-2.3). Anders dan de rechtbank heeft het hof de beoordeling van de stellingen en vorderingen van de curator op grond van artikel 6:162 BW niet op een lijn gesteld met die op de voet van artikel 2:9 BW en heeft het deze zo begrepen dat zij mede waren gericht op onrechtmatig handelen van de bestuurders *jegens de gezamenlijke schuldeisers* (Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 1.1 (niet gepubliceerd op www.rechtspraak.nl)). Het hof heeft vervolgens geoordeeld dat de bestuurders wegens benadeling jegens de gezamenlijke schuldeisers aansprakelijk zijn door mee te werken aan de selectieve betaling van de bank in het zicht van faillissement met de bedoeling de bank bereidwilliger te vinden om via nieuw op te richten of bestaande (groeps)vennootschappen een doorstart te financieren.

In cassatie is geklaagd dat het hof met zijn oordeel buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou zijn getreden door een *Peeters/Gatzen*-vordering toe te wijzen, terwijl die niet was ingesteld. De Hoge Raad heeft de conclusie van A-G Drijber van 18 november 2022 (ECLI:NL:PHR:2022:1076) niet gevolgd en heeft de klacht verworpen. Het verwijt dat aan de vorderingen van de curator op de voet van artikel 6:162 BW ten grondslag ligt, is dat de bestuurders hebben meegewerkt aan de selectieve betaling van de bank ten koste van de andere schuldeisers. De dientengevolge geleden schade wordt immers door die andere schuldeisers geleden. Het hof heeft daarbij volgens de Hoge Raad klaarblijkelijk onderkend dat de curator met zijn vorderingen de boedel heeft willen herstellen om deze op rechtmatige wijze onder de schuldeisers te verdelen en daarmee onmiskenbaar de bedoeling gehad om het belang van de gezamenlijke crediteuren te behartigen (r.o. 3.3).

De onderhavige kwestie verschilt blijkens de conclusie van A-G Drijber (ECLI:NL:PHR:2022:1076, punt 4.26) in zoverre van het door de medebestuurder afzonderlijk ingestelde cassatieberoep dat die medebestuurder uitdrukkelijk had aangevoerd dat de curator geen *Peeters/Gatzen*-vordering had ingesteld. Dat verschil heeft in de uitspraak van de Hoge Raad in de andere cassatieprocedure (ECLI:NL:HR:2023:968) weliswaar geleid tot een extra overweging aan het slot van r.o. 3.3, maar niet tot een andere uitkomst.

J.O. Bijloo, juli 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 23-06-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:967

Zaaknummer: 22/00110

Rechters: C.E. du Perron, H.M. Wattendorff en G.C. Makkink

Advocaten: A.H.M. van den Steenhoven, J.W.M.K. Meijer en G.J. Harryvan

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens schending administratieplicht - slagende motiveringsklacht

Hof heeft onvoldoende gemotiveerd dat curator over de volledige administratie van de failliet kan beschikken.

Onderhavig arrest gaat over het faillissement van vennootschap A. Bestuurder en enig aandeelhouder van A is Holding. Verweerder 1 is bestuurder en enig aandeelhouder van Holding. Holding is daarnaast nog bestuurder en enig aandeelhouder van Verweester 3. Verweerder 1, Holding en Verweester 3 (Verweerdens) worden door de curator van A aangesproken voor onbehoorlijk bestuur, mede naar aanleiding van een vermeende schending van de administratieplicht op grond van artikel 2:248 BW.

De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen. Het hof heeft dat vonnis bekrachtigd. Het hof heeft het betoog van de curator dat niet aan de administratieplicht is voldaan omdat de administratie op de datum van het faillissement niet was bijgewerkt, afgewezen. Het hof oordeelde dat de stellingen van de curator gemotiveerd zijn betwist en naar het oordeel van het hof hebben Verweerdens aan de hand van bescheiden aannemelijk gemaakt dat de curator kan beschikken over de volledige administratie van de failliete vennootschap. De advocaat van Verweerdens heeft bij e-mail de curator erop gewezen dat hij over een volledige administratie kan beschikken. De curator heeft daarop niet gereageerd. Het hof neemt daarom aan dat de curator over een volledige administratie kon beschikken.

De curator klaagt in cassatie onder meer dat niet inzichtelijk is waarop het hof zijn oordeel heeft gebaseerd dat Verweerdens aannemelijk hebben gemaakt dat de curator kan beschikken over de volledige administratie van A en dat onbegrijpelijk is dat het hof uit voornoemde e-mail en het uitblijven van een reactie van de curator daarop heeft afgeleid dat de curator over de volledige administratie kon beschikken.

De Hoge Raad oordeelt dat de motiveringsklacht slaagt en overweegt dat de passages uit de gedingstukken waarop het onderdeel een beroep doet, niet anders kunnen worden begrepen dan dat de curator zowel in eerste aanleg als in hoger beroep gemotiveerd heeft betoogd dat de op 11 mei 2016 aangeleverde bijgewerkte administratie van A niet volledig was. Eveneens

onbegrijpelijk is dat het hof uit een e-mail van de advocaat van Verweerders en het ontbreken van een reactie daarop van de curator, heeft afgeleid dat de curator over de volledige administratie van A kon beschikken.

De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

D.R.C. Smit, juni 2023.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 16-06-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:925

Zaaknummer: 22/00050

Rechters: T.H. den Tanja-van Broek, S.J. Schaafsma en K. Teuben

Advocaten: I.M.A. Lintel en P.A. Fruytier

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Verzoek ontslag curatoren afgewezen

Verzoek tot ontslag curatoren, onder andere in verband met het niet voortzetten van een procedure tot vernietiging van een arbitraal vonnis. Het verzoek wordt afgewezen; curatoren hebben prudent gehandeld.

Verzoeksters zijn twee failliete vennootschappen. Zij verzoeken de rechtbank de aangestelde curatoren te ontslaan. Volgens verzoeksters behartigen de curatoren enkel de belangen van schuldeisers, terwijl zij ook rekening moeten houden met de belangen van gefailleerden en hun UBO.

Een van de gefailleerden heeft vóór datum faillissement een arbitrale procedure gevoerd, die zij heeft verloren. Zij wenst het arbitrale vonnis te vernietigen, maar de curatoren hebben de vernietigingsprocedure niet overgenomen. De andere gefailleerde heeft een arbitrale procedure lopen, maar de curatoren hebben bij de Ondernemingskamer gevorderd dat het bestuur van de vennootschap wordt geschorst, zodat de procedure niet meer kan worden voortgezet.

Verder hadden de curatoren geen boedelkrediet mogen afsluiten bij de schuldeiser tegen wie een arbitrale procedure liep en hebben de curatoren de onschuldpresumptie miskend. De curatoren hebben namelijk gesteld dat gefailleerden zich schuldig maken aan witwassen, terwijl gefailleerden daarvoor niet zijn veroordeeld. Verzoeksters hebben de curatoren terzake ook aansprakelijk gesteld.

De curatoren voeren verweer. Volgens hen heeft een rechtbank een discretionaire bevoegdheid om curatoren te ontslaan en is een dergelijk verzoek niet bedoeld om persoonlijke rechten van gefailleerden geldend te maken of het beleid te toetsen. Er zijn geen zwaarwegende omstandigheden die hun ontslag rechtvaardigen.

Ten aanzien van de vernietigingsprocedure is zorgvuldig gehandeld. De curatoren hebben ervoor gezorgd dat lopende termijnen niet verstrijken en hebben pas na ingewonnen juridisch advies besloten de procedure niet door te zetten. Verder is het verzoek tot schorsing van het

bestuur gerechtvaardigd; er wordt niet meegewerkt aan de afwikkeling van de faillissementen. Bovendien geldt de onschuldpresumptie niet in het civiele recht. Zowel de arbiters als de Ondernemingskamer hebben geoordeeld dat sprake is geweest van corrupte, nietige handelingen.

Verder hebben curatoren de taak om de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen, niet primair die van gefailleerden en aandeelhouders. Bovendien hebben onderzoekers vastgesteld dat sprake is geweest van valsheid in geschrifte en fraude; gefailleerden streven aldus een illegaal doel na. Daarnaast is het afsluiten van een boedelmortgage gebruikelijk in lege faillissementen. Volgens de curatoren is het verzoek dan ook evident ongegrond. De rechters-commissarissen hebben geadviseerd het verzoek af te wijzen.

De rechtbank overweegt dat het ontslagverzoek niet kan dienen om persoonlijke rechten geldend te maken of om het beleid te toetsen. Ook is het niet bedoeld als verkapt hoger beroep tegen beslissingen van de rechter-commissaris of rechtbank.

Het niet voortzetten van een procedure tot vernietiging kan niet tot ontslag leiden. Dat valt immers binnen het door de curatoren te voeren beleid. Bovendien ligt de drempel voor vernietiging van een arbitraal vonnis hoog, reden waarom van curatoren mag worden verwacht dat zij terughoudend en kritisch zijn bij de voortzetting van een vernietigingsprocedure. De curatoren hebben volgens de rechtbank prudent gehandeld. Ook de procedure bij de Ondernemingskamer is geen reden tot ontslag; de curatoren hebben de procedure ingesteld met goedkeuring van de rechters-commissarissen.

Verder geldt dat curatoren in een faillissement de belangen van de gezamenlijke schuldeisers dienen te laten prevaleren boven die van gefailleerden en hun aandeelhouder.

Verzoeksters hebben betoogd dat de curatoren in een belangenconflict opereren, omdat zij aansprakelijk zijn gesteld. De rechtbank oordeelt dat dit geen reden is voor ontslag; als dat anders zou zijn, zou een curator louter door hem aansprakelijk te stellen, al in een belangenconflict kunnen worden getrokken.

Bovendien is voldoende onderbouwd dat sprake is geweest van valsheid in geschrifte en fraude; de onschuldpresumptie geen rol speelt in het civiele recht.

Het verzoek wordt aldus afgewezen.

A.D. van Dalen, juni 2023

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 23-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:8579

Zaaknummer: C/13/21/150-F en C/13/22/146-F

Rechters: A.J. Beukenhorst, Q.R.M. Falger en N.A.J. Purcell

Advocaten: J.Ph. de Korte, D.B. Smalhout, M. Wolters en W.D.M. van Tuyll van Serooskerken

Wetsartikelen: 27 Fw, 28 Fw en 73 Fw

RECHTSPRAAK

Succesvolle sanering in afkoelingsperiode met ambtshalve aanstelling observator

Een schuldenaar benut een WHOA-afkoelingsperiode voor een succesvolle sanering, waarna hij kan voortgaan met het betalen van zijn schulden. De rechtbank stelt wel ambtshalve een observator aan.

Een schuldenaar die verkeert in de toestand als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw verzoekt om een afkoelingsperiode. Door een samenloop van omstandigheden, waaronder ziekte van zijn bestuurder, is de onderneming in financiële problemen geraakt en is de boekhouding niet goed op orde. Twee schuldeisers hebben een faillissementsverzoek ingediend. De schuldenaar is doende zijn bedrijfsactiviteiten om te vormen en de boekhouding op orde te brengen en verwacht als gevolg van deze saneringsmaatregelen binnen afzienbare tijd zijn schulden volledig te kunnen betalen. De rechtbank verleent in twee opeenvolgende uitspraken een afkoelingsperiode, maar stelt daar wel paal en perk aan, vanwege enkele tekortkomingen in de informatieverstrekking door de schuldenaar. Ongeveer zes maanden na de neerlegging van de startverklaring beëindigt de schuldenaar het WHOA-traject zonder dat er een akkoord hoeft te worden gesloten, omdat de schuldenaar inmiddels in staat is om zijn schulden volledig te voldoen.

In deze bijdrage worden vier opeenvolgende uitspraken van rechtbank Rotterdam besproken die verband houden met de afkondiging van de hierboven bedoelde afkoelingsperiode, de verlenging daarvan onder ambtshalve aanstelling van een observator, de goedkeuring van de begroting van de observator en de beëindiging van de WHOA-procedure onder vaststelling van het honorarium van de observator. De vier uitspraken zijn gepubliceerd op 22 juni 2023.

Op 22 augustus 2022 verzoekt de schuldenaar afkondiging van een afkoelingsperiode van vier maanden. De schuldenaar heeft echter geen goed overzicht van zijn schulden op dat moment. Hij kan ook nog geen contouren schetsen van een aan te bieden akkoord; bij zijn verzoek heeft hij gesteld dat hij ernaar streeft zijn schulden binnen een redelijke termijn volledig te betalen. In deze omstandigheden kondigt de rechtbank bij beschikking van 15 september 2022 wel een afkoelingsperiode af, maar beperkt deze tot een duur van twee maanden, die

eventueel later kan worden verlengd. Daarbij instrueert de rechtbank de schuldenaar om bij een eventueel verlengingsverzoek in ieder geval over te leggen:

- (1) de schulden, waaronder de belastingschuld;
- (2) de eventuele verplichtingen aan het bedrijfspensioenfonds en/of pensioenverplichtingen;
- (3) de realisatie van omzet, resultaat en liquiditeit ten opzichte van de begroting;
- (4) de contouren van het akkoord en de status van het akkoordaanbod.

Op 27 oktober 2022 verzoekt de schuldenaar verlenging van de afkoelingsperiode. Hij heeft op dat moment echter nog steeds geen plan voor het aanbieden van een akkoord. Ook zijn de schulden nog steeds niet exact in beeld en blijkt ter zitting dat de omzet van de afgelopen twee maanden behoorlijk achtergebleven is bij de prognose die bij het aanvankelijke verzoek om een afkoelingsperiode was overgelegd. Naar het oordeel van de rechtbank is er echter wel (summierlijk gebleken van een) reden om te veronderstellen dat de gezamenlijke schuldeisers gebaat zullen zijn bij verlenging van de afkoelingsperiode en er geen schuldeisers door zullen worden benadeeld. De rechtbank besluit daarom bij beschikking van 24 november 2022 om de afkoelingsperiode wel te verlengen, maar daarbij tevens ambtshalve een observator aan te stellen.

Op 12 december 2022 beslist de rechtbank over het budget voor de observator aan de hand van een door de beoogde observator ingediende urenbegroting. De advocaat van verzoeker heeft een zienswijze ingediend die erop neerkwam dat de observator zijn werk in minder uren zou moeten kunnen doen dan begroot, maar dit betoog wordt door de rechtbank zonder omhaal gepasseerd.

Op 14 februari 2023 verzoekt de observator om intrekking van zijn aanstelling. De advocaat van de schuldenaar dient daarbij een zienswijze in, die luidt: “[verzoekster] beëindigt zonder akkoord het WHOA-traject. [Zij] kan voortgaan met het (successievelijk) betalen van haar schuldeisers.”

De observator is ruimschoots binnen het eerder vastgestelde budget gebleven. De rechtbank trekt conform het verzoek de aanstelling van de observator in en stelt zijn honorarium vast op het door de observator verzochte bedrag.

I.F.M. Lakwijk, juli 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 15-09-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:12189

Zaaknummer: 643417 HO RK 22/359 , C/10/646849 / HO RK 22/480, C/10/649174 / HO RK 22/584 en C/10/653442 / HO RK 23/127

Rechters: F. Damsteegt, V.G.T. van Emstede en M.P. de Valk

Advocaten: A.C.E.G. Cordesius

Wetsartikelen: 370 Fw en 376 lid 9 Fw

RECHTSPRAAK

Tevergeefs hoger beroep tegen uitgesproken faillissement

Dit arrest ziet op een hoger beroep tegen een faillissementsbeschikking. Het hof concludeert dat aan alle vereisten voor het uitspreken van faillissement van appellant is voldaan en bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Een partij ('verweerder') vraagt het faillissement aan van appellant ('appellant'). De rechtbank spreekt het faillissement uit nu summierlijk is gebleken dat de vordering van verweerder op appellant bestaat. Ook is gebleken dat appellant verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen ('de toestand').

Appellant gaat in beroep en voert aan dat de vordering van verweerder op appellant niet bestaat nu de koopovereenkomst waar de vordering uit voortvloeit zou zijn vernietigd door de echtgenote van appellant ex artikel 1:89 BW. Verder voert appellant aan dat hij geen andere crediteuren onbetaald laat. Van de toestand is volgens appellant dan ook geen sprake.

De curator van appellant ('de curator') meent echter dat het faillissement terecht is uitgesproken. In totaal was op het moment van hoger beroep voor ruim € 170.000 aan concurrente vorderingen ingediend. Appellant verkeert zodoende in de toestand, aldus de curator. Ook als de vordering van verweerder niet zou bestaan is volgens de curator *ex nunc* sprake van de toestand. Zeker nu gebleken is dat appellant enkele dagen voor zijn faillissement voor € 1,7 miljoen aan grond heeft gekocht en hij de waarborgsom niet zal kunnen betalen. Hierdoor zal een 10% boete van € 175.000 bij de concurrente vorderingen dienen te worden opgeteld.

Op de mondelinge behandeling erkent appellant de vordering van verweerder. Verweerder is bereid om een regeling met appellant te treffen. Appellant geeft verder aan een financier te hebben die hem kan helpen zijn schulden te voldoen. Het bedrag dat appellant ter beschikking krijgt, is de helft van de totale schuld zoals deze door appellant zelf in het geding is gebracht. De boete is echter nog niet meegerekend. Appellant vraagt en krijgt na mondelinge behandeling tijd van het hof om een akkoord met zijn schuldeisers te treffen. Het lukt appellant echter niet om binnen de gestelde termijn een akkoord te bereiken: een grote

crediteur gaat niet akkoord en appellant beschikt nog niet over het akkoordbedrag.

Het hof oordeelt vervolgens als volgt. De toets van artikel 6 lid 3 Fw is een summierlijk toets, wat inhoudt dat na een kort, eenvoudig onderzoek moet blijken hoe het zit. Er is geen ruimte voor uitvoerige debatten. De vordering van verweerder staat door de erkenning van appellant niet meer ter discussie. Uit het door appellant zelf overgelegde crediteurenoverzicht blijkt dat er naast verweerder nog meerdere schuldeisers zijn. Aan het pluraliteitsvereiste is daarmee voldaan. Zelfs als appellant de gestelde financiering tot zijn beschikking krijgt, kan hij de totale schulden niet voldoen. Van de toestand is volgens het hof dus ook sprake, zodat het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigt. Ten overvloede geeft het hof nog mee dat mogelijk een faillissementsakkoord bereikt zou kunnen worden.

G.P. van Hooft, juli 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 15-06-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:1976

Zaaknummer: 200.326.520_01

Rechters: R.R.M. de Moor, A.P. Zweers-van Vollenhoven en T. van der Valk

Advocaten: M.F.J. Martens en C.A.M.H. Vink

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurder die is veroordeeld voor gewoontewitwassen aansprakelijk voor boedeltekort

De bestuurder is op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk. Hangende een onderzoek door het OM op verdenking van witwassen door een vennootschap en haar bestuurder, is de vennootschap in staat van faillissement verklaard. De curator beroept zich op de bevindingen van het OM waaruit blijkt dat niet is voldaan aan de boekhoudverplichting. De bestuurder slaagt er niet in de bewijsvermoedens te weerleggen.

Een vennootschap richtte zich op de handel in auto's en is opgericht in maart 2014. Sindsdien is de bestuurder de enige bestuurder en aandeelhouder. Op verdenking van witwassen heeft het Openbaar Ministerie (OM) in mei 2016 de gehele handelsvoorraad en de administratie van de vennootschap in beslag genomen en onderzocht. In juni 2016 is de vennootschap (hierna ook 'failliet') in staat van faillissement verklaard. In september 2020 is de bestuurder veroordeeld voor gewoontewitwassen en voor feitelijk leidinggeven aan gewoontewitwassen door failliet. Tegen beide vonnissen lopen de hogerberoepsprocedures nog. De curator spreekt de bestuurder aan op grond van artikel 2:248 BW.

De curator stelt dat de bestuurder niet heeft voldaan aan zijn boekhoudplicht van artikel 2:10 BW en verwijst daarbij naar het onderzoek van het OM. Daaruit bleek onder meer dat de kasopstelling die het OM reconstrueerde negatieve cijfers vertoonde, terwijl de boekhouding steeds een positief saldo vertoonde. Ook zijn onder meer de in- en verkopen van meer dan honderd voertuigen niet geadministreerd en hebben onjuiste boekingen plaatsgevonden. Deze bevindingen zijn door de strafrechter gevolgd.

De bestuurder betwist dat de boekhouding niet klopt. Volgens de bestuurder voldeed de boekhouding wel toen deze in beslag werd genomen maar is deze aan hem in chaotische en onvolledige staat geretourneerd. Hij heeft voor deze procedure onvoldoende tijd gehad om de administratie op orde te brengen.

De rechtbank gaat daar niet in mee: de bestuurder heeft acht maanden de tijd gehad tussen het terugkrijgen van de boekhouding en de mondelinge behandeling van deze procedure. Ten aanzien van de bevindingen uit het onderzoek van het OM draagt de bestuurder aan dat de opsporingsambtenaren verkeerde conclusies hebben getrokken. Hij onderbouwt echter niet waarom zijn conclusies wel juist zouden zijn. De rechtbank concludeert dat bestuurder onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat de boekhouding geen waarheidsgetrouw inzicht geeft in de vermogenspositie van failliet. Dit is naar het oordeel van de rechtbank geen onbelangrijk verzuim in de zin van artikel 2:248 BW. Derhalve staat vast dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld.

Het is vervolgens aan de bestuurder om het vermoeden dat zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement te ontkrachten. Hij voert aan dat het faillissement is veroorzaakt door de inbeslagname van de handelsvoorraad en administratie waardoor voortzetting van de onderneming van failliet niet meer mogelijk was. De bestuurder heeft echter, aldus de rechtbank, niet aannemelijk gemaakt dat de inbeslagname van de voorraad en de administratie niet is terug te voeren op onbehoorlijk bestuur. Het onbehoorlijke bestuur is juist de aanleiding voor inbeslagname geweest. De bestuurder heeft niet aannemelijk gemaakt dat de veroordelingen onterecht zijn.

Tot slot is het, anders dan de bestuurder betoogt, niet nodig om het hoger beroep in de strafzaak af te wachten om over de vordering van de curator te kunnen beslissen. Tevergeefs wijst de bestuurder daarbij naar de onschuldpresumptie. Dit beginsel geldt namelijk niet in een civielrechtelijke procedure, aldus de rechtbank.

De rechtbank oordeelt dan ook dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Hij dient een voorschot van € 400.000 en de proceskosten te betalen.

A.L.M. van Rooij, juni 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 14-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:2329

Zaaknummer: C/08/285262 / HA ZA 22-313

Rechters: C.A. de Beaufort

Advocaten: F. Kolkman en A. Prascevic

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Verzoek onderhandse verkoop door twee verschillende pandhouders

Twee pandhouders op een voorraad sportkleding van failliete groepsvennootschappen hebben elk een verzoek ex artikel 3:251 lid 1 BW ingediend tot onderhandse verkoop. De verzoekschriften zijn gezamenlijk behandeld.

De feiten zijn als volgt. De TGW-groep exploiteert sportwinkels. ING heeft aan de TGW-groep een krediet verstrekt en daarbij een eerste pandrecht verkregen op de 'oude voorraad'.

Vanaf 1 augustus 2021 veranderde de inkoopstructuur. De TGW-groep bestelde de voorraden bij aangesloten leveranciers van EFS. EFS betaalde de facturen en bracht dit in rekening bij LMME. LMME leverde de voorraad door aan de TGW-groep. Ter zekerheid van de betalingen van de facturen door LMME is ten behoeve van EFS een eerste pandrecht op de 'nieuwe voorraad' gevestigd. Neel heeft een geldlening en krediet verstrekt aan LMME en daarbij een (tweede) pandrecht op de 'nieuwe voorraad' verkregen. Omdat ING een bancaire relatie heeft met de TGW-groep, ontstaat voor ING een (derde) pandrecht op de nieuwe voorraad zodra de voorraad door LMME aan de de TGW-groep werd geleverd.

Begin maart 2023 zijn negen vennootschappen van de TGW-groep failliet verklaard. De inkoopwaarde van de nieuwe voorraad bedroeg per 24 maart 2023 € 1.116.509. NTAB heeft de liquidatiewaarde van de nieuwe voorraad gewaardeerd op € 330.00.

Zowel EFS als ING heeft een verzoekschrift ex artikel 3:251 lid 1 BW ingediend. Het verzoekschrift van EFS strekt ertoe te bepalen dat de nieuwe voorraad onderhands mag worden verkocht aan Mot(je) voor € 1.000.000. Hiervan zal EFS een bedrag van € 500.000 ontvangen en EFS beperkt daarbij haar vordering onder haar pandrecht tot voornoemd bedrag. Een bedrag van € 500.000 zal worden voldaan aan Neel door middel van verrekening. De curator ontvangt een boedelbijdrage van € 27.500.

Neel ondersteunt het verzoek. Als tweede pandhouder ontvangt zij niets bij een openbare verkoop. Op deze manier kan Neel de schade beperken door de financiering aan LMME 'door

te rollen' naar Mot(je). De schuld van LMME aan Neel vermindert met € 500.000 en zo ook de schuld van de TGW-groep aan LMME. Dit laatste is weer in het belang van de gezamenlijke schuldeisers.

Het verzoek van ING strekt ertoe te bepalen dat de nieuwe voorraad onderhands mag worden verkocht aan MCGR voor een bedrag van € 630.000. MCGR gaat uit van de inkoopwaarde van 24 maart 2023 (€ 1.116.509) en dat eigendomsaanspraken met betrekking tot de nieuwe voorraden die gehonoreerd moeten worden leiden tot een verlaging van de koopsom met 56,4% van de inkoopwaarde. De curator ontvangt een boedelbijdrage van € 27.500.

Gelet op de getaxeerde waarde van de nieuwe voorraad valt niet te verwachten dat een openbare verkoop een gunstigere opbrengst zal opleveren dan het bod van zowel Mot(je) als MCGR. Vervolgens is de vraag welk bod tot de gunstigste opbrengst leidt. In waarde is het bod van Mot(je) hoger. ING stelt echter dat haar bieding de gunstigste is omdat er een groter bedrag in cash betaald wordt, zij bij de verrekening van het tweede deel in de bieding van Mot(je) het nakijken heeft als pandhouder en dat EFS ook bij haar voorstel haar vordering onder haar pandrecht moet verlagen naar € 500.000. Als laatste betwist ING de hoogte van de vordering van EFS.

Met betrekking tot het verlagen van het pandrecht beslist de rechtbank dat het een pandhouder vrijstaat om af te zien van zijn pandrecht tegen voldoening van een bepaald bedrag. Met betrekking tot de hoogte van de vordering van EFS overweegt de rechtbank dat het, zelfs al zal de vordering van EFS lager zijn, uiterst aannemelijk is dat EFS met het bod van MCGR – dat afhankelijk is van de daadwerkelijke inkoopwaarde van de nog aanwezige nieuwe voorraad – niet volledig voldaan zal worden. Voor een tweede pandhouder resteert er dan niets. ING heeft slechts belang bij haar verzoek indien er een surplus is, hegeen er dan niet of nauwelijks lijkt te zijn.

Kortom, het geringe belang van de ING weegt niet op tegen de belangen van EFS, Neel, LMME, het belang van de curator en de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement. De curator ontvang immers evenveel, maar met het bod van Mot(je) zou LMME haar vordering op de boedel intrekken. Het verzoek van EFS wordt dan ook toegewezen en het verzoek van ING wordt afgewezen.

A.M.H. Nolte, juli 2023

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 10-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:3330

Zaaknummer: C/13/732960 / KG RK 23-738 en C/13/732972 / KG RK 23-739

Rechters: H.C. Hoogeveen

Advocaten: B. Vermue, I.M.C.A. Reinders Folmer en P.J. Passenier

Wetsartikelen: 3:251 BW

RECHTSPRAAK

WHOA-procedure IHC: tijdelijke en definitieve afkoelingsperiode en aanstelling observator

De rechtbank gelast vanwege spoed direct voorlopig een afkoelingsperiode jegens negen financiers. De definitieve afkoelingsperiode wordt vier weken later verleend en per direct opgeheven ten aanzien van de zes financiers met wie inmiddels een standstill is overeengekomen. De rechtbank bepaalt dat de afkoelingsperiode niet ziet op enkele specifiek omschreven rechtshandelingen. Op verzoek van een van de drie andere financiers wordt – niettegenstaande de spoed – een observator aangesteld.

In deze bijdrage worden de drie uitspraken besproken die voorafgingen aan de homologatie op 9 maart 2023 van het door IHC aangeboden WHOA-akkoord (ECLI:NL:RBROT:2023:2800) (zie ook INS 2023-0089). Het betreft een financiële herstructurering, gericht op aanpassing van de voorwaarden van de financiering van de groep waartoe IHC behoort. De uitspraken zijn op 15 juni 2023 gepubliceerd.

Op 2 januari 2023 heeft verzoekster ('IHC') een startverklaring gedeponneerd en een afkoelingsperiode verzocht ten behoeve van haarzelf en de rechtspersonen die samen met haar een groep vormen als bedoeld in artikel 2:24b BW. Dat doet zij op grond van artikel 376 Fw jo. 372 lid 3 Fw. IHC is in vergevorderde onderhandelingen met negen financiers die uit hoofde van een senior facilities agreement financiering aan de groep hebben verstrekt. Een aantal van hen wil vanaf 4 januari 2023 geen verder uitstel verlenen, waardoor IHC in verzuim zal raken en individuele verhaalsacties dreigen, aldus IHC.

Voorlopige verlening wegens spoedeisendheid

Vanwege de gestelde spoedeisendheid verleent de rechtbank direct bij wijze van tussenbeslissing de afkoelingsperiode voorlopig per 4 januari 2023 (ECLI:NL:RBROT:2023:5000). De afkoelingsperiode geldt op verzoek van IHC alleen voor de

negen financiers, dus niet voor andere schuldeisers, en omvat ook het verhaal op goederen van de groepsmaatschappijen. Dit laatste uitsluitend voor zover het gaat om verhaalsacties voor vorderingen op IHC of vorderingen waarvoor de groepsmaatschappij naast IHC aansprakelijk is.

Verzoek van één financier tot aanstelling observator

Op 17 januari 2023 volgt de inhoudelijke behandeling van het verzoek. Ter zitting wordt ook het verzoek tot aanstelling van een observator behandeld dat Rabobank, een van de financiers, inmiddels heeft ingediend. De rechtbank beslist al op 18 januari 2023 in een aparte beschikking op dat verzoek door een observator aan te stellen (ECLI:NL:RBROT:2023:5001).

Rabobank had haar verzoek onderbouwd met de stelling dat zij zorgen heeft over de onafhankelijkheid en objectiviteit van het bestuur in het verkoopproces van de aandelen in een dochtervennootschap. Deze verkoop was nodig om het akkoord te financieren. Zij vreesde in het kader van de WHOA betrokken te raken bij mogelijk paulianeus handelen. Die onderbouwing is voldoende, aldus de rechtbank. IHC en de overige belanghebbenden verzetten zich niet tegen het verzoek, maar hadden wel hun zorgen geuit dat de aanstelling van observator tot vertraging zou leiden. De rechtbank overweegt in dit verband dat de observator voortvarend zal moeten handelen, maar dat het krappe tijdsbestek geen reden is om het verzoek af te wijzen.

Definitieve beslissing afkoelingsperiode

Na de voorlopige verlening van de afkoelingsperiode had IHC met zes van de financiers een hoofdlijnenovereenkomst bereikt, waarin onder meer een tijdelijke standstill was afgesproken. IHC heeft daarom verzocht de definitieve afkoelingsperiode te beperken tot de banken die geen standstill hebben toegezegd. Rabobank is een van hen. Zij heeft geen bezwaar tegen de afkoelingsperiode, maar ziet de noodzaak ervan niet. Rabobank heeft toegezegd momenteel geen verhaalsacties te zullen nemen, maar is geen partij bij de hoofdlijnenovereenkomst omdat zij niet op voorhand aan het WHOA-akkoord wil zijn gebonden (en dat was onderdeel van de overeenkomst). Van de andere twee banken is ongewis of zij tot verhaalsacties over zullen gaan. Zij hebben zich ook niet gemeld in de procedure.

In haar beslissing van 31 januari 2023 wijst de rechtbank de afkoelingsperiode definitief toe per 4 januari 2023 (ECLI:NL:RBROT:2023:5002). Jegens de zes 'standstill financiers' heft zij direct, ingaande per de datum van de beschikking, de afkoelingsperiode op. De rechtbank motiveert kort dat aan de voorwaarden van artikel 376 Fw is voldaan. Over de noodzaak van de afkoelingsperiode – die door Rabobank werd betwist – oordeelt zij dat die kan worden

gevonden in het vertrouwen en de medewerking van andere betrokken partijen, die met een afkoelingsperiode behouden blijven.

Tot slot beslist de rechtbank nog op een aanvullend verzoek van IHC. Er bestond onduidelijkheid over de vraag of de rechtshandelingen – waaronder verrekeningen – die in het kader van verschillende cash management- en derivatenovereenkomsten ook ná de voorlopig afgekondigde afkoelingsperiode waren uitgevoerd al dan niet moeten worden gekwalificeerd als rechtshandelingen die tijdens de afkoelingsperiode niet mogen worden uitgeoefend. Zij vraagt de rechtbank bij wijze van voorziening ex artikel 379 Fw te bepalen dat deze rechtshandelingen niet door de afkoelingsperiode zijn geraakt, dan wel hiervoor een machtiging als bedoeld in artikel 376 Fw te verlenen. De rechtbank gaat mee in dit verzoek door te bepalen dat de afkoelingsperiode niet ziet op deze (rechts)handelingen, indien en voor zover deze zien op het gebruikelijke reguliere betalingsverkeer binnen de groep, conform bestendige financieringsmethoden en met het oog op de normale bedrijfsvoering. De rechtbank komt tot dit oordeel op basis van de memorie van antwoord bij de WHOA, waarin is vermeld dat de WHOA geen afbreuk doet aan de afdwingbaarheid van financiële raamovereenkomsten en vergelijkbare salderingsovereenkomsten.

J.H.M. van de Wiel, juli 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 03-01-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:5000

Zaaknummer: C/10/650437 HO RK 23/1 ea

Rechters: J.C.A.T. Frima, M.P. de Valk en A.E. de Vos

Advocaten: B.W.G. van der Velden en Advocaat S.R.F. Aarts

Wetsartikelen: 376 Fw en 372 Fw