

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 17, 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. C.M.A. Knoben, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.IJ. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2023:1135](#) 25-08-2023

Verrekening binnen fiat- en rentecompensabel stelsel, goede trouw en reikwijdte
Mulder q.q./CLBN

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:7051](#) 22-08-2023

Bankfraude: zorgplicht bank en afwijzing vorderingen curator

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2023:1182](#) 24-05-2023

Geen faillissementsaansprakelijkheid, omdat het faillissement een andere oorzaak heeft dan onbehoorlijk bestuur

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2023:3558](#) 24-08-2023

Afkoelingsperiode Big Bazar (WHOA)

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:7425](#) 22-08-2023

Afwijzing faillissementsverzoek omdat verzoeksters geen rechtmatig belang hebben bij de aanvraag

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2023:4180](#) 22-08-2023

Geen verkorting looptijd WSNP

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:12254](#) 15-08-2023

Aanvraag faillissement misbruik van bevoegdheid

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:12265](#) 25-07-2023

Faillietverklaring EK Infra Fiber and Electra B.V.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:3858](#) 22-06-2023

Weigering heropening vereffening Lyftet Holding B.V.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:7461](#) 20-06-2023

Verschoningsverzoek rechter bij verzoek dwangakkoord en toelating WSNP

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:4153](#) 07-06-2023

Afwijzing verzoek aanstelling herstructureringsdeskundige Steinhoff

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:2417](#) 07-06-2023

Aansprakelijkheid bestuurder ClickConcepts

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:1523](#) 03-05-2023

Faillissementsaansprakelijkheid na o.a. fraude met NOW-voorschotten

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:4851](#) 30-03-2023

Heropening vereffening Tat Food B.V.

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2022:8629](#) 24-11-2022

Afkondiging (groeps)afkoelingsperiode

RECHTSPRAAK

Heropening vereffening Tat Food B.V.

Een curator verzoekt de rechtbank de vereffening van een bv te heropenen, nadat het faillissement eerder in verband met een gebrek aan baten is opgeheven. De FIOD heeft bij de voormalige bestuurder een groot bedrag aan contante middelen aangetroffen en in beslag genomen en de curator wenst daarop aanspraak te maken. Daarvoor is heropening van de vereffening noodzakelijk. De rechtbank wijst het verzoek toe.

Tat Food B.V. ('Tat Food') is in 2014 failliet verklaard. De bestuurder van Tat Food is veroordeeld tot betaling van het boedeltekort, maar heeft vanwege een gebrek aan baten geen verhaal kunnen bieden. De curator heeft tevens jegens de bestuurder aangifte gedaan van faillissementsfraude en de FIOD is een onderzoek gestart. Het faillissement van Tat Food is in 2021 vanwege een gebrek aan baten opgeheven.

In 2023 verzoekt de curator heropening van de vereffening. De FIOD heeft namelijk een groot bedrag aan contante middelen aangetroffen en in beslag genomen. De curator wil zich in de strafrechtelijke procedure jegens de voormalig bestuurder, vanwege het aangetroffen bedrag, als benadeelde partij voegen. Heropening van de vereffening is noodzakelijk voor het voegen en om aanspraak te maken op het in beslag genomen bedrag waarvoor de curator als gerechtigde partij geldt.

In artikel 2:23c BW staat dat als na het tijdstip waarop de rechtspersoon is opgehouden te bestaan nog een schuldeiser of gerechtigde tot het saldo opkomt of van het bestaan van een bate blijkt, de rechtbank op verzoek van een belanghebbende de vereffening kan heropenen en zo nodig een vereffenaar kan benoemen. De rechtbank constateert dat aan de voorwaarden is voldaan en heropent de vereffening met benoeming van de curator tot vereffenaar.

K.H. Boonzaaijer, augustus 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 30-03-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:4851

Zaaknummer: C/10/653523 / HA RK 23-202

Rechters: N. Doorduijn

Advocaten: J.E. de la Croix

Wetsartikelen: 2:23c BW

RECHTSPRAAK

Weigering heropening vereffening Lyftet Holding B.V.

Een vennootschap is ontbonden en na vereffening uitgeschreven uit het Handelsregister terwijl een batig banksaldo nog niet is uitgekeerd. De Kamer van Koophandel werkt niet mee aan het zonder een rechterlijke beslissing tot heropening opnieuw inschrijven van de vennootschap. De voormalige enig aandeelhouder en vereffenaar verzoeken de rechtbank daarom de vereffening te heropenen. De rechtbank oordeelt echter dat niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 2:23c BW, omdat sprake is van een bate die bekend was op het moment dat het ontbindingsbesluit werd genomen.

Lyftet Holding B.V. ('Lyftet') is in 2022 ontbonden door een besluit van haar enig aandeelhouder Dimio Holding Limited ('Dimio'). Hawksford Management Services B.V. ('Hawksford') is benoemd tot vereffenaar. Lyftet heeft batig saldo op twee bankrekeningen dat nog niet is uitgekeerd, maar is inmiddels uitgeschreven uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel ('KvK'). Dimio en Hawksford ('Dimio c.s.') verzoeken de rechtbank tot heropening van de vereffening ex artikel 2:23c BW en benoeming van Hawksford tot vereffenaar. Volgens Dimio c.s. werkt de KvK niet mee aan het zonder een rechterlijke beslissing tot heropening opnieuw inschrijven van de vennootschap in het Handelsregister. Dit is alleen anders bij uitschrijving bij vergissing na een turboliquidatie, maar daarvan is in casu geen sprake.

In artikel 2:23c BW staat dat als na het tijdstip waarop de rechtspersoon is opgehouden te bestaan nog een schuldeiser of gerechtigde tot het saldo opkomt of van het bestaan van een bate blijkt, de rechtbank op verzoek van een belanghebbende de vereffening kan heropenen en zo nodig een vereffenaar kan benoemen. De rechtbank oordeelt dat niet aan de voorwaarden is voldaan, omdat het in dit geval om een zogenaamde 'bekende bate' gaat nu het banksaldo al bekend was bij de vereffeningprocedure. Volgens de rechtbank vereist artikel 2:23c BW een 'nieuwe bate'.

Dimio c.s. verwachten dat de bank zonder zeer recent uittreksel uit het Handelsregister niet zal willen overgaan tot de overdracht van het liquidatiesaldo en bovendien hebben zij het voornemen een grensoverschrijdende fusie te bewerkstelligen tussen Lyftet en Dimio en ook in dat geval is hernieuwde inschrijving van Lyftet vereist.

De rechtbank oordeelt echter dat dit geen geldige argumenten zijn voor wat de rechtbank noemt '(oneigenlijke) heropening van de vereffening'. Weliswaar hebben Dimio c.s. met een e-mail van een medewerker van het Handelsregister onderbouwd dat de KvK alleen een hernieuwde inschrijving wil doen na heropening ex artikel 2:23c lid 1 BW of als nooit sprake is geweest van vereffening (lees: bij turboliquidatie), maar daaruit blijkt volgens de rechtbank niet wat het beleid is bij het voortbestaan van de vennootschap voor zover dit voor de vereffening nodig is ex artikel 2:19 lid 5 BW.

De rechtbank wijst de verzoeken af.

K.H. Boonzaaijer, augustus 2023

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 22-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:3858

Zaaknummer: C/13/730264 / HA RK 23-59

Rechters: M.F. Zaagsma

Advocaten: G.C. Endedijk

Wetsartikelen: 2:23c BW en 2:19 lid 5 BW

RECHTSPRAAK

Geen faillissementsaansprakelijkheid, omdat het faillissement een andere oorzaak heeft dan onbehoorlijk bestuur

Een curator vordert veroordeling van de (indirect) bestuurders van een gefailleerde vennootschap tot betaling van het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW wegens schending van de boekhoudplicht ex artikel 2:10 BW en onbehoorlijk bestuur nu vermogen aan de vennootschap zou zijn onttrokken. De rechtbank wees de vordering van de curator toe. Het hof oordeelt daarentegen dat de (indirect) bestuurders voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat andere omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling belangrijke oorzaken waren van het faillissement van de vennootschap. Het onttrekken van het vermogen kwalificeert gegeven de omstandigheden bovendien niet als kennelijk onbehoorlijk bestuur.

Aanleiding

Appellant ('de Bestuurder') is bestuurder en enig aandeelhouder van Joystar Beheer B.V. ('Joystar' en tezamen 'Joystar c.s.'). Joystar is enig bestuurder en aandeelhouder van Stella Gioia B.V. ('Stella Gioia'). Stella Gioia is failliet verklaard en in het faillissement is mr. Lisman ('de Curator') aangesteld als curator. De Curator heeft Joystar c.s. aangesproken op grond van bestuurdersaansprakelijkheid nu de boekhoudplicht bij Stella Gioia zou zijn geschonden en omzet zou zijn onttrokken aan de vennootschap.

Feiten

Nadat Stella Gioia twee afzonderlijke procedures is gestart tegen twee handelspartijen is Joystar International B.V. ('Joystar International'), een zustervennootschap van Stella Gioia, opgericht. Vervolgens zijn de vorderingen van Stella Gioia op de handelspartijen gecedeerd aan Joystar International, zonder dat hiervoor een koopprijs is betaald. Tevens is een

pandrecht op deze vorderingen gevestigd ten behoeve van Joystar. De uiteindelijk toegewezen vorderingen zijn vervolgens door de advocaat van Stella Gioia overgemaakt naar Joystar.

Rechtbank

De rechtbank (ECLI:NL:RBDHA:2020:10039, zie ook INS 2021-0015) heeft de (indirect) bestuurders aansprakelijk gehouden voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW en verwezen naar de schadestaatprocedure nu de boekhoudplicht zou zijn geschonden, onder meer omdat iedere vennootschap een op zichzelf staande entiteit is en de vennootschappen in de groep niet in feite kunnen worden vereenzelvigd nu een en dezelfde persoon uiteindelijk de controle over de vennootschappen voert. Per vennootschap moet daarom een correcte administratie worden gevoerd en daaraan is volgens de rechtbank niet voldaan. Ook los daarvan is sprake van onbehoorlijk bestuur, zo oordeelde de rechtbank. Onder meer het bewerkstelligen dat de opbrengsten van de gerechtelijke procedure ten bate van Joystar kwamen terwijl Stella Gioia met de kosten bleef opgezadeld, is aan te merken als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling.

Het hof

In hoger beroep komen Joystar c.s. op tegen het vonnis nu sprake zou zijn van voldoende andere omstandigheden die een belangrijke oorzaak van het faillissement zouden vormen. Het hof stelt voorop dat indien sprake is van een schending van de boekhoudplicht, dit tot gevolg heeft dat op grond van artikel 2:248 lid 2 BW ook vaststaat dat het bestuur zijn taak ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De aangesproken bestuurder kan dit vermoeden weerleggen door aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest (HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916). Zou dit een van buiten komende oorzaak zijn, dan dient de Bestuurder bovendien aannemelijk te maken waaruit blijkt dat het nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Indien dit slaagt, is het vervolgens aan de Curator om aannemelijk te maken dat desondanks kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773).

Het hof stelt vast dat de juridische procedures tussen Stella Gioia en haar handelspartners hebben geleid tot het wegvallen van deze belangrijke handelspartners, waarmee nagenoeg de gehele omzet van Stella Gioia wegviel.

Bovendien was Stella Gioia niet in staat zelfstandig de kosten van de gerechtelijke procedures te voldoen. De beslissing om de procedures met de handelspartners te starten is bovendien

weloverwogen genomen en ook het overhevelen van nieuwe klanten naar Joystar International, om het te beschermen tegen eventueel nadeel bij Stella Gioia zijn volgens het hof geen beslissingen die geen redelijk denkend bestuurder in de gegeven omstandigheden zou nemen. Deze nieuwe inkomsten kwamen bovendien ten gunste van het groepsbankkrediet van Joystar, Joystar International en Stella Gioia, van waaruit ook betalingen konden worden verricht door Stella Gioia. Ook de in dit kader overeengekomen cessie is op deze wijze ten gunste gekomen van Stella Gioia. Dat uiteindelijk de kosten van de inning van de vorderingen, van de procedure en tegenvallende uitkomst in hoger beroep mede een belangrijke oorzaak zijn geweest van het faillissement, acht het hof aannemelijk.

Aldus het hof hebben Joystar c.s. voldoende aannemelijk gemaakt dat andere feiten en omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijk oorzaak zijn van het faillissement van Stella Gioia. De Curator heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de schending van de boekhoudplicht een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Ook de verwijten van de Curator dat de Bestuurder omzet aan Stella Gioia heeft onthouden, onterecht onttrekkingen heeft gedaan uit het vermogen van de vennootschap en onterecht vorderingen heeft verpand zijn onvoldoende onderbouwd. Deze omstandigheden zijn volgens het hof dus ook geen belangrijke oorzaak van het faillissement geweest. De Curator heeft tevens onvoldoende toegelicht waarom er mogelijk sprake zou zijn van ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur op grond van artikel 2:9 BW of van onrechtmatig handelen op grond van artikel 6:162 BW.

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank voor wat betreft de aansprakelijkheid voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW.

T.M. Goudzwaard, augustus 2023

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 24-05-2023

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2023:1182

Zaaknummer: 200.295.563/01

Rechters: G.C. de Heer, J.L.M. Groenewegen en M.M. Olthof

Advocaten: G.A. Krol en M.T.J. Wilmer

Wetsartikelen: 6:162 BW, 2:248 BW, 2:9 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Faillissementsaansprakelijkheid na o.a. fraude met NOW-voorschotten

De curator van een failliete vennootschap stelt een bestuurder aansprakelijk ex artikel 2:248 BW wegens schending van de administratie- en publicatieplicht, fraude met NOW-voorschotten en bevoordeling van zichzelf ten koste van andere schuldeisers. De bestuurder wordt ook aansprakelijk gehouden voor de periode na zijn aftreden, omdat zijn opvolger een stroman was en de oorspronkelijke bestuurder zonder inmenging van zijn opvolger het beleid bepaalde. De rechtbank houdt de bestuurder aansprakelijk voor het boedeltekort. De opvolgend bestuurder is in vrijwaring opgeroepen en wordt veroordeeld tot betaling van 25% van het boedeltekort aan de oorspronkelijke bestuurder.

Achtergrond

In 2021 is een besloten vennootschap failliet verklaard ('de Vennootschap'). Vanaf de oprichting tot 28 december 2020 was de enige aandeelhouder de enige bestuurder van de Vennootschap ('de Bestuurder'). Na zijn aftreden bleef hij als enige bestuurder van een stichting nog tot 31 december 2020 indirect bestuurder van de Vennootschap. Na 31 december 2020 is het bestuur van de stichting aan een ander overgedragen ('de Opvolger'). De Vennootschap hield zich bezig met detachering van personeel aan een restaurant dat is gevestigd in een bedrijfspand waarvan de Bestuurder eigenaar is.

De curator heeft na het faillissement van de Vennootschap geconstateerd dat de administratie van de Vennootschap niet op orde is. Er zijn ook geen jaarrekeningen van de Vennootschap gedeponseed sinds de oprichting. De curator stelt dan ook dat de administratie- en publicatieplicht is geschonden door de Bestuurder. Volgens de curator staat daarmee vast dat er sprake is van een kennelijke onbehoorlijke taakvervulling, waarvan wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Daarnaast voert de curator aan dat de

Bestuurder niet heeft voldaan aan diens inlichtingen- en medewerkingsplicht, dat de Bestuurder bewust schulden is aangegaan zonder de intentie deze terug te betalen, dat hij heeft gefraudeerd met NOW-voorschotten van de Vennootschap en dat hij zichzelf heeft bevoordeeld door de NOW-voorschotten aan zichzelf uit te keren. Volgens de curator is het bestuur vervolgens overgedragen aan een stroman die geen verhaal biedt. De Bestuurder zou na de bestuursoverdracht nog steeds de feitelijke macht uitoefenen over de Vennootschap, waardoor de Bestuurder, na zijn aftreden als bestuurder, kwalificeert als feitelijk beleidsbepaler.

De Bestuurder wordt door de curator aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort van de Vennootschap op grond van artikel 2:248 BW. Ook vordert de curator van de Bestuurder terugbetaling van een bedrag dat onverschuldigd door de Vennootschap aan de Bestuurder zou zijn betaald, voorafgaand aan het faillissement en wordt een bestuursverbod gevorderd. De Bestuurder heeft zijn Opvolger in vrijwaring opgeroepen. Volgens de Bestuurder heeft de schending van de administratie- en publicatieplicht ook plaatsgevonden in de periode waarin zijn Opvolger bestuurder was. Bovendien zou zijn Opvolger überhaupt geen uitvoering hebben gegeven aan zijn bestuurstaken.

Beoordeling

De rechtbank beoordeelt de zaak en wijst de vorderingen op grond van artikel 2:248 BW toe. Op grond van het zevende lid wordt iemand die het beleid van de vennootschap heeft bepaald, als ware hij bestuurder, gelijkgesteld aan een bestuurder voor de toepassing van dit artikel. De rechtbank oordeelt dat de Bestuurder na zijn aftreden kwalificeert als feitelijk beleidsbepaler, omdat hij de dagelijkse leiding over de Vennootschap behield zonder enige inmenging van zijn Opvolger. De administratie- en publicatieplicht zijn bovendien geschonden in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement. Zoals uit eerdere jurisprudentie volgt, moet het bestuur van een vennootschap een administratie voeren die snel inzicht geeft in de schuldenaren- en schuldeiserspositie. De administratie van de Vennootschap voldeed hier niet aan. De rechtbank oordeelt dat hierdoor een vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur bestaat.

Hoewel de Bestuurder beweert dat de coronapandemie de oorzaak van het faillissement is, oordeelt de rechtbank dat dit onvoldoende aannemelijk is gemaakt. De Vennootschap had immers al schulden en onverhaalbare vorderingen vóór de pandemie. De NOW-voorschotten tijdens de crisis hebben er juist voor gezorgd dat de Vennootschap weer voldoende middelen had om haar schulden te kunnen betalen, evenals andere bedrijven in de branche. De Bestuurder had moeten toelichten waarom andere bedrijven in dezelfde branche met NOW-voorschotten de crisis wel hebben kunnen overleven en de Vennootschap juist niet.

Wat betreft de vrijwaringszaak geldt dat de Bestuurder betoogt dat zijn Opvolger medeaansprakelijk is voor het kennelijk onbehoorlijk bestuur dat heeft geleid tot het faillissement van de Vennootschap. De Opvolger beroept zich op disculpatie vanwege een taakverdeling die destijds was gemaakt. Zijn taak was immers slechts gericht op schuldsanering en administratie, terwijl de Bestuurder verantwoordelijk was voor het kennelijk onbehoorlijk bestuur. De rechtbank wijst het beroep op disculpatie af en houdt de Opvolger medeaansprakelijk. De rechtbank benadrukt dat uit vaste rechtspraak volgt dat bestuurders een gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen en een taakverdeling – waarvan overigens volgens de rechtbank ook niet vaststaat dat de Bestuurder en de Opvolger die overeen zijn gekomen – een bestuurder niet ontslaat van de kerntaken van het bestuur. Nu het onbehoorlijk bestuur echter vooral plaatsvond tijdens de bestuursperiode van de Bestuurder, matigt de rechtbank het bedrag waarvoor de Opvolger aansprakelijk wordt gehouden tot 25% van het boedeltekort.

De rechtbank verklaart voor recht dat de Bestuurder zijn taak als (voormalig) bestuurder en feitelijk beleidsbepaler onbehoorlijk heeft vervuld en dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement, waardoor hij aansprakelijk is voor het boedeltekort, en veroordeelt de Bestuurder tot vergoeding van het boedeltekort, nader op te maken bij staat. De rechtbank veroordeelt in de vrijwaringszaak de Opvolger tot betaling van 25% van het boedeltekort aan de Bestuurder.

J. Bruinsma, augustus 2023

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 03-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2023:1523

Zaaknummer: C/16/532866 / HA / ZA 22-13

Rechters: J.A. Schuman

Advocaten: M.C.G. Derksen, J.J. Degenaar en S.K. Tuithof

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid bestuurder ClickConcepts

De curator van een failliete vennootschap stelt de bestuurder en middellijk bestuurder aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW en doet een beroep op de paulianabepaling van artikel 2:248 lid 9 BW. De rechtbank houdt de bestuurder(s) aansprakelijk, maar wijst het beroep op artikel 2:248 lid 9 BW af.

Achtergrond en vorderingen

ClickConcepts B.V. ('ClickConcepts') is een vennootschap die zich bezighield met het ontwerpen en onderhouden van websites. Later is ClickConcepts zich gaan richten op de handel in keukens en sanitair. De enig middellijk aandeelhouder is [Partij B] ('de Aandeelhouder'), via zijn vennootschap ClickGroup Holding B.V. ('ClickGroup Holding'). Naast zijn belang in ClickConcepts voert de Aandeelhouder via ClickGroup Holding drie tandartsenpraktijken in drie verschillende vennootschappen ('de Oude Tandartsvennootschappen').

Op enig moment wordt het faillissement van ClickConcepts uitgesproken. Kort na het faillissement van ClickConcepts richt de Aandeelhouder een nieuwe vennootschap, [Partij D B.V.], op ('de Nieuwe Vennootschap'), waarbij de schoonzus van de Aandeelhouder als bestuurder wordt aangesteld. Later wordt de vrouw van de Aandeelhouder tot bestuurder van de Nieuwe Vennootschap benoemd. Ook worden drie nieuwe vennootschappen opgericht als dochtermaatschappijen van de Nieuwe Vennootschap ('de Nieuwe Tandartsvennootschappen'). Kort daarna worden de patiëntenbestanden van de drie tandartsenpraktijken verkocht en overgedragen door de Oude Tandartsvennootschappen aan de Nieuwe Tandartsvennootschappen. Zeven maanden later roept de curator die het faillissement van ClickConcepts afwikkelt de vernietiging in van de rechtshandelingen tot overdracht van de tandartspraktijken van de Oude Tandartsvennootschappen aan de Nieuwe Tandartsvennootschappen.

Daarnaast verricht ClickConcepts in de periode voorafgaand aan het faillissement via

verschillende bankoverboekingen betalingen aan een vennootschap die onder de naam KeukenSaniDeal handelt en waarvan de Aandeelhouder ook enig aandeelhouder is. Ook van deze betalingen roept de curator de vernietiging in.

De curator vordert bij de rechtbank (i) een verklaring voor recht dat de Aandeelhouder en ClickGroup Holding als (middellijk) bestuurders hun taken kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement en (ii) de hoofdelijke veroordeling van de Aandeelhouder en ClickGroup Holding tot betaling van het bedrag in het tekort in het faillissement.

Ten aanzien van het verplaatsen van de tandartspraktijken vordert de curator (i) een verklaring voor recht dat de Aandeelhouder, ClickGroup Holding en de vrouw van de Aandeelhouder onrechtmatig hebben gehandeld jegens de boedel/de gezamenlijke schuldeisers van ClickConcepts door de tandartspraktijken over te dragen aan de Nieuwe Tandartsvennootschappen en de Oude Tandartsvennootschappen financieel leeg te trekken en (ii) de Aandeelhouder, ClickGroup Holding en de vrouw van de Aandeelhouder hoofdelijk te veroordelen tot betaling van de door de boedel/de gezamenlijke schuldeisers van de failliet geleden schade, omdat sprake is van groepsaansprakelijkheid in de zin van artikel 6:166 BW. Volgens de curator heeft de Aandeelhouder samengespannen met zijn vrouw en zijn vennootschappen door een sterfhuisconstructie op te zetten met als enig doel de verhaalsmogelijkheden van de curator op de (middellijk) bestuurders van de failliete ClickConcepts zoveel mogelijk te frustreren. De curator stelt dat de tandartspraktijken feitelijk om niet zijn overgedragen.

Oordeel rechtbank

In haar beoordeling van de vorderingen die de curator heeft ingesteld, begint de rechtbank met de vorderingen die zien op de bestuurdersaansprakelijkheid van de Aandeelhouder en ClickGroup Holding op grond van artikel 2:248 BW.

De rechtbank stelt voorop dat wordt vermoed dat sprake is van onbehoorlijk bestuur, omdat is komen vast te staan dat het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 2:10 BW (de boekhoudplicht) en 2:394 BW (de publicatieplicht). Voorafgaand aan het faillissement was de kasadministratie namelijk niet goed bijgewerkt en niet juist en een aantal jaarrekeningen waren niet of niet tijdig gepubliceerd. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat de Aandeelhouder er niet in is geslaagd om aannemelijk te maken dat andere feiten en omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Het argument dat het faillissement is veroorzaakt door te lage verkoopopbrengsten, te hoge kosten en te lage marges kan hem niet baten, nu dit argument naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende

is onderbouwd. De Aandeelhouder heeft ter zitting bovendien zelf ook onder meer 'slordigheid' als oorzaak van het faillissement genoemd en ook dat hij als statutair bestuurder achteraf gezien kritischer had moeten zijn ten aanzien van het handelen van de bedrijfsleider.

Verder overweegt de rechtbank dat de curator terecht heeft aangevoerd dat de juistheid van de door de Aandeelhouder gestelde faillissementsoorzaak vanwege de gebrekkige administratie niet valt te controleren. Dit leidt ertoe dat de rechtbank ervan uitgaat dat de geconstateerde onbehoorlijke taakvervulling inderdaad een belangrijke oorzaak van het faillissement is en dat ClickGroup Holding op grond van artikel 2:248 lid 1 BW aansprakelijk is voor het faillissementstekort. Als bestuurder van ClickGroup Holding is ook de Aandeelhouder op grond van artikel 2:11 BW aansprakelijk te houden voor het faillissementstekort, aldus de rechtbank.

Ten aanzien van het verplaatsen van de tandartspraktijken komt de rechtbank tot het oordeel dat hiermee niet onrechtmatig is gehandeld, noch dat sprake is van bestuurderspauliana in de zin van artikel 2:248 lid 9 BW.

Redengevend voor dat oordeel is dat de Aandeelhouder en zijn vrouw naar het oordeel van de rechtbank het betoog van de curator gemotiveerd hebben weersproken. De rechtbank oordeelt dat er wel degelijk een marktconforme prijs voor de praktijken is betaald, nu er een bedrag van € 30 per actieve patiënt is voldaan. Daarbij hebben zij onder meer aangevoerd dat de waarde van de patiëntenbestanden wordt gedrukt door het feit dat er een tekort aan tandartsen is en een overschot aan patiënten. Aldus is naar het oordeel van de rechtbank niet komen vast te staan dat de praktijken om niet zijn overgedragen en wordt deze vordering van de curator afgewezen.

De rechtbank verklaart voor recht dat de Aandeelhouder en ClickGroup Holding als (middellijk) bestuurders van ClickConcepts B.V. hun taken kennelijke onbehoorlijk hebben vervuld en dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is en dat zij vanwege die onbehoorlijke taakvervulling hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het tekort in het faillissement van ClickConcepts. De rechtbank veroordeelt hen hoofdelijk tot betaling van het tekort in het faillissement van ClickConcepts.

A. El Allaoui, augustus 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 07-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:2417

Zaaknummer: C/08/280901 / HA ZA 22-160

Rechters: J.N. Bartels

Advocaten: M. Loef, W.A. van Overbeek de Meyer en N.J. Damstra

Wetsartikelen: 2:10 BW, 2:11 BW, 2:248 BW, 6:166 BW, 2:394 BW en 2:248 lid 9 BW

RECHTSPRAAK

**Verrekening binnen fiat- en rentecompensabel stelsel,
goede trouw en reikwijdte Mulder q.q./CLBN**

De Hoge Raad legt uit wanneer iemand bij de overname van een vordering op of schuld aan een schuldenaar niet meer te goeder trouw is in de zin van artikel 54 en 235 Fw. Daarvoor sluit de Hoge Raad aan bij de goedetrouwmaatstaf van artikel 3:11 BW. Verder oordeelt de Hoge Raad dat de bank gebruik heeft gemaakt van haar kruislingse verrekenbevoegdheid door bedragen die op de rekening van insolvente vennootschappen stonden over te boeken naar rekeningen van andere vennootschappen binnen het concern met een debetsaldo. Tot slot overweegt de Hoge Raad dat de verruimde verrekeningsregels uit Mulder q.q./CLBN ook gelden als wordt betaald op een bankrekening van een andere schuldenaar van de bank en het pandrecht mede strekte voor betaling van de schuld van die andere schuldenaar.

ING heeft aan (diverse vennootschappen die behoren tot) het Flinterconcern krediet verstrekt. Flinter Shipping B.V. ('Shipping') en Flinter Chartering B.V. ('Chartering') hebben ten behoeve van ING een pandrecht gevestigd op onder meer hun vorderingen. De pandrechten werden (vrijwel) dagelijks gevestigd met een verzamelpandakte. Alle vennootschappen binnen het concern hebben zich hoofdelijk aansprakelijk gesteld tegenover ING. De bankrekeningen van de groepsvennootschappen zijn ingebracht in een zogenaamd fiat- en rentecompensabel stelsel. ING heeft het recht gekregen vorderingen op en schulden aan concernvennootschappen binnen het concern te verrekenen.

Het concern verleende bevrachtingsdiensten aan Vestas. Shipping was onmiddellijk vertegenwoordiger voor Chartering, die eigenaar was van de schepen waarmee de diensten werden geleverd. Shipping stuurde hiervoor facturen, die Vestas betaalde op een rekening die door Shipping werd aangehouden bij ING.

Op 19 oktober 2016 is surseance van betaling verleend aan onder meer Shipping en Flinter Management B.V. ('Management'). Een dag nadien heeft ING creditsaldi op de rekeningen van Shipping en Management via de rekening van Flinter Shared Services B.V. ('Shared Services') overgeboekt naar rekeningen van andere vennootschappen binnen het concern met een debetsaldo. Op 15 december 2016 zijn Shipping en Management failliet verklaart.

In de procedure die hier speelt, vordert de curator onder meer een verklaring voor recht dat ING de saldi in strijd met artikel 228 Fw van de rekeningen van Shipping en Management heeft geboekt en dat ING vanaf 15 juni 2016 niet meer bevoegd was te verrekenen omdat zij niet langer te goeder trouw was in de zin van artikel 54 Fw en 235 Fw.

Op verzoek van partijen heeft de rechtbank over een drietal geschilpunten geoordeeld. De rechtbank heeft ten eerste, naar aanleiding van een verzoek van partijen om een norm te ontwikkelen op basis waarvan kan worden beoordeeld of en wanneer een bank niet meer bevoegd is om te verrekenen ten opzichte van een in financiële moeilijkheden verkerende cliënt, overwogen dat geen algemene norm geformuleerd kan worden op basis waarvan kan worden beoordeeld wanneer een bank niet meer te goeder trouw is om te verrekenen. Wel heeft de rechtbank een aantal gezichtspunten geformuleerd. Ten tweede heeft de rechtbank geoordeeld dat ING bevoegd was kruislings te verrekenen en dat artikel 228 Fw in surseance en artikel 23 jo. 68 Fw niet aan deze verrekening in de weg staat tijdens surseance en faillissement. In de derde plaats heeft de rechtbank overwogen dat de verruimde verrekeningsbevoegdheid van een bank in het kader van verpande vorderingen die volgt uit het arrest *Mulder q.q./CLBN* ook van toepassing is ten aanzien van betalingen die Shipping ontving van Vestas en die ING kennelijk heeft verrekend met een vordering op Shipping. Uit *Mulder q.q./CLBN* volgt dat een bank op het moment dat zij niet meer te goeder trouw is of op het moment dat de schuldenaar failliet is verklaard ook binnenkomende betalingen mag verrekenen als op de vorderingen die daarmee worden betaald ten gunste van de bank een pandrecht is gevestigd. De betalingen van Vestas 'passeerden het vermogen van Shipping', zodat daarmee een rechtsgeldig pandrecht werd gevestigd op de vordering van Shipping die daardoor ontstond op ING. De rechtbank heeft haar oordeel gegeven in een tussenvonnis en de mogelijkheid van tussentijds beroep opengesteld. Partijen zijn sprongcassatie overeengekomen.

De Hoge Raad laat iets meer los over de vraag wanneer een wederpartij van een schuldenaar te goeder trouw is in de zin van artikel 54 lid 1 en 235 lid 1 Fw. Naar het oordeel van de Hoge Raad moet op grond van artikel 3:15 worden aangesloten bij de goedetrouwmaatstaf van artikel 3:11 BW. Hieruit volgt dat iemand niet te goeder trouw is als hij bij het overnemen van de schuld aan of vordering op de schuldenaar (subjectief) weet of (objectief) behoort te weten dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeert dat diens faillissement of surseance van

betaling te verwachten is. Alle omstandigheden van het geval moeten hierbij in aanmerking worden genomen. Een van die omstandigheden is of een bank nog overlevingskansen ziet en daarom bereid is de financiering voort te zetten om een reddingspoging te faciliteren. In een dergelijk geval kan ervan uitgegaan worden dat de bank niet weet of behoort te weten dat het faillissement of de surseance van betaling van de schuldenaar te verwachten is. Overigens overweegt de Hoge Raad daarbij wel dat de enkele bereidheid van de bank om de financiering voort te zetten of mee te werken aan een reddingspoging hiervoor onvoldoende is. Omdat de rechtbank heeft geïmpliceerd dat subjectieve wetenschap van de insolventietoestand moet worden aangetoond, is het onderdeel dat de curator hiertegen heeft aangevoerd gegrond.

De curator heeft in cassatie verder aangevoerd dat ING zich bij het overboeken van het creditsaldo van de rekeningen van Shipping en Management naar Shared Services (en vandaar naar andere groepsvennootschappen) niet heeft beroepen op verrekening. In een brief aan de curator van 14 februari 2018 zou ING zich slechts op de hoofdelijke aansprakelijkheid hebben beroepen. De Hoge Raad gaat hier niet in mee en oordeelt dat duidelijk is dat de bank haar verrekeningsbevoegdheid heeft uitgeoefend.

De Hoge Raad oordeelt verder dat de uitzondering van *Mulder q.q./CLBN* niet geldt ten aanzien van een vordering die ontstaat op de bank door betaling van een bedrag op de bankrekening die bij diezelfde bank wordt aangehouden. Zou dat wel zo zijn, dan zouden banken enkel vanwege hun positie in het betalingsverkeer worden bevoordeeld. Omdat de rechtbank anders heeft geoordeeld, treft de klacht doel. De curator heeft ook aangevoerd dat de uitzondering van *Mulder q.q./CLBN* alleen geldt als de betaling is verricht op de rekening van de pandgever zelf (dat zou ten aanzien van de betalingen door Vestas Chartering zijn). De Hoge Raad overweegt dat dit niet het geval is. De bank mag ook als zij niet meer te goeder trouw is of tijdens faillissement of surseance van betaling verrekenen als een verpande vordering wordt betaald op een bankrekening van een andere schuldenaar van de bank en het pandrecht mede strekte voor betaling van de schuld van die andere schuldenaar (Shipping). Omdat de rechtbank niet heeft vastgesteld of het pandrecht ook tot zekerheid strekte voor betaling van de schuld van de andere schuldenaar (Shipping), moet dit na terugverwijzing worden vastgesteld.

H.J. de Kloe, september 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 25-08-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:1135

Zaaknummer: 21/04254

Rechters: M.J. Kroeze, T.H. Tanja-van den Broek, H.M. Wattendorff, A.E.B. ter Heide en K. Teuben

Advocaten: B.T.M. van der Wiel, A. Stortelder en D.M. de Knijff

Wetsartikelen: 54 Fw, 235 Fw en 3:11 BW

RECHTSPRAAK

Afkondiging (groeps)afkoelingsperiode

Toewijzing (groeps)afkoelingsperiode voor Nederlandse vennootschap en buitenlandse dochters.

Verzoeksters – die een WHOA-akkoord voorbereiden – hebben om een afkoelingsperiode verzocht van drie maanden ten aanzien van de leningverstrekkers. Verzoeksters drijven een scheepvaartonderneming en verkeren al langere tijd in financiële problemen en zijn al geruime tijd in onderhandeling met hun financiers over de herstructurering. De onderhandeling duurt vanwege de complexe financierings- en kapitaalstructuur van de groep al langere tijd. In 2018 is er met een deel van de financiers een *framework agreement* gesloten, waarin de voorwaarden en condities van de verschillende financieringen gelijk zijn getrokken. Ook is er een groepsgarantie verstrekt. De groep is haar betalingsverplichting onder de *framework agreement* niet nagekomen. Toch willen de meeste financiers onderhandelen over een oplossing. De onderhandelingen zijn in een vergevorderd stadium, en op hoofdlijnen is er een akkoord met de meeste financiers. Om te voorkomen dat de individuele financiers in het licht van de finish trachten een betere positie te verwerven door individuele verhaalsacties en daarmee het akkoord in gevaar brengen, wordt om een afkoelingsperiode verzocht.

De rechtbank acht genoegzaam aannemelijk dat de verzochte afkoelingsperiode verband houdt met het akkoord en dat verzoeksters verkeren in een toestand waarin redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van hun schulden niet kunnen voortgaan. Daarnaast hebben verzoeksters toegezegd het akkoord binnen twee maanden te zullen aanbieden. Aan de vereisten van artikel 370 lid 1 BW is derhalve voldaan.

Op grond van artikel 376 lid 4 wordt een afkoelingsperiode toegewezen indien blijkt dat de afkoelingsperiode noodzakelijk is voor het kunnen blijven voortzetten van de onderneming tijdens de voorbereiding van en onderhandeling over het akkoord. Volgens de rechtbank is ook aan dit vereiste voldaan.

Daarnaast wordt een afkoelingsperiode slechts toegewezen indien redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers met een afkoelingsperiode gediend zijn en derden met bevoegdheid tot verhaal op of opeising van goederen niet wezenlijk in hun

belangen worden geschaad. De rechtbank oordeelt dat ook hieraan voldaan is. De afkoelingsperiode ziet namelijk op een beperkte groep schuldeisers, de leningverstrekkers. Van hen worden geen belangen ontnomen, maar ze dienen zich enkel gedurende een korte periode te onthouden van het treffen van maatregelen die de totstandkoming van een collectief akkoord beletten. Indien meerdere schuldeisers tegelijkertijd overgaan tot executie, dan is een faillissement niet ondenkbaar. Aan een faillissement zijn de nodige kosten verbonden, terwijl op korte termijn een akkoord kan worden bereikt.

Als laatste is vereist dat de rechtbank ook rechtsmacht toekomt ten aanzien van de buitenlandse dochtervennootschappen zodat de gevraagde afkoelingsperiode ook betrekking heeft op de schepen die in eigendom zijn van die buitenlandse dochtervennootschappen. De rechtbank overweegt dat als de dochtervennootschappen zelf een akkoord zouden aanbieden, de rechtbank rechtsmacht zou hebben op grond van artikel 383 lid 1 Fw. De verzoeken van de buitenlandse dochtervennootschappen zijn voldoende met de rechtssfeer in Nederland verbonden. Uit de parlementaire geschiedenis volgt ook dat ten aanzien van groepsverzoeken is bepaald dat wanneer een of meer akkoorden worden aangeboden waarbij sprake is van een herstructurering van de schulden van meerdere rechtspersonen die samen een groep vormen, het voldoende is dat ten minste een van de schuldenaren zijn COMI of vestiging in Nederland heeft.

De rechtbank kondigt een afkoelingsperiode van twee maanden af. De afkoelingsperiode is vervolgens verlengd met een periode van ongeveer drie maanden (ECLI:NL:RBZWB:2023:5861).

A.M.H. Nolte, september 2023

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 24-11-2022

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2022:8629

Zaaknummer: 406751 HO RK 23/158 en 406752 HO RK 23/159

Rechters: A.E. de Vos, M.D.E. Leppens en I.C. Prenger-de Kwant

Advocaten: B.W.G. van der Velden, S.R.F. Aarts, G.Á.C. Orban, F.C. Perrick, S. Jansen en D. Dilan

Wetsartikelen: 371 Fw en 376 Fw

RECHTSPRAAK

Afwijzing verzoek aanstelling herstructureringsdeskundige Steinhoff

In deze beschikking wordt de vraag beantwoord of een verzoek tot benoeming van een herstructureringsdeskundige ingewilligd moet worden wanneer dit enkel tot meer informatie kan leiden terwijl snelheid juist geboden is en er al een breed gedragen akkoord aan de schuldeisers voorligt.

SDK Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger EV ('SdK') dient een verzoekschrift in ter benoeming van een herstructureringsdeskundige in de WHOA-procedure van Steinhoff International Holdings NV ('SIHNV'). SdK is een vereniging naar Duits recht die als doel heeft de belangen van (minderheids)aandeelhouders te behartigen.

In de WHOA-procedure van SIHNV zijn al observatoren aangesteld en er ligt al een akkoord klaar dat door een groot deel van de schuldeisers wordt gedragen. De rechtbank verduidelijkt dat voor het benoemen van een herstructureringsdeskundige aan twee voorwaarden moet zijn voldaan. Ten eerste moet de schuldenaar verkeren in een toestand waarin hij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden (art. 370 lid 1 Fw). Ten tweede – voor deze procedure vooral van belang – moeten de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn bij de benoeming van een herstructureringsdeskundige.

Aan het eerste vereiste is voldaan. Aangezien een schuld van ongeveer € 10,4 miljard op 30 juni 2023 opeisbaar wordt en SIHNV niet in staat is deze volledig te betalen, verkeert zij in de toestand als omschreven in artikel 370 lid 1 Fw. Daarnaast hebben verschillende schuldeisers aangegeven dat zij op 30 juni 2023 zullen overgaan tot uitwinning van hun zekerheidsrechten.

De rechtbank oordeelt echter dat niet is voldaan aan het tweede vereiste. De gezamenlijke schuldeisers zijn niet gediend bij de benoeming van een herstructureringsdeskundige. De rechtbank overweegt daartoe het volgende.

Uitgangspunt is dat een schuldenaar zelf een WHOA-procedure start. Schuldeisers en

aandeelhouders kunnen een WHOA-traject ook initiëren door te verzoeken om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige. Een herstructureringsdeskundige kan bijdragen aan een beter resultaat voor de schuldeisers, maar er moet worden gewaakt voor een verzoek van een schuldeiser of aandeelhouder dat enkel dient ter frustratie van het proces om hem in een betere onderhandelingspositie te plaatsen.

Ten tweede dient het voordeel dat de benoeming van een herstructureringsdeskundige oplevert, namelijk een grotere slagingskans van het akkoord, steeds afgewogen te worden tegen de nadelen van benoeming. Dat nadeel is hier de vertraging die het proces oploopt. In dit geval weegt het voordeel niet zwaarder dan het nadeel, aangezien het proces zich in een vergevorderd stadium bevindt. Daarbij is van belang dat het reeds bestaande akkoord breed gedragen wordt door de schuldeisers.

Ten derde lijkt SdK voorbij te gaan aan het doel van het benoemen van een herstructureringsdeskundige. Benoeming is volgens de rechtbank namelijk niet bedoeld om informatie met betrokkenen te delen of om geschillen over de waarde van de onderneming op te lossen, maar om een akkoord voor te bereiden en dat aan schuldeisers aan te bieden.

Op basis van het bovenstaande oordeelt de rechtbank dan ook dat het door SdK genoemde voordeel, het verkrijgen van extra informatie, niet opweegt tegen het nadeel. Daarnaast biedt de homologatiezitting voldoende mogelijkheid voor SdK om aan extra informatie te komen en om haar argument dat SIHNV verkeerde uitgangspunten zou hebben gehanteerd bij de waardering van de onderneming, naar voren te brengen.

De rechtbank wijst het verzoek tot het benoemen van een herstructureringsdeskundige dus af.

A.L.M. van Rooij, augustus 2023

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 07-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:4153

Zaaknummer: C/13/734187 / FT RK 23.386

Rechters: A.E. de Vos, F. Damsteegt en P.J. Neijt

Advocaten: S.I.P. Schouten, O.J. Hennis, P. Kuipers, M.L.J. Noldus en D.A.M.H.W. Strik

Wetsartikelen: 371 Fw

RECHTSPRAAK

Afkoelingsperiode Big Bazar (WHOA)

De rechtbank kondigt als tijdelijke voorziening een afkoelingsperiode af totdat een eindbeslissing is genomen op het verzoek.

Mirage Group B.V., waartoe onder meer Blokker en BCC behoren, heeft in november 2021 de aandelen in Big Bazar verkregen. Er zijn veel acties ondernomen om de winstgevenheid van Big Bazar te vergroten, maar door salarisverhogingen, indexeringen van huurprijzen en teruglopende consumentenuitgaven kan Big Bazar op dit moment niet meer voortgaan met het betalen van haar schulden. Big Bazar wil daarom een WHOA-traject starten. Omdat diverse schuldeisers procedures zijn gestart en het faillissement hebben aangevraagd (bij de rechtbank Amsterdam stonden voor 29 augustus 2023 maar liefst elf faillissementsverzoeken ter behandeling op de rol), verzoekt Big Bazar om een afkoelingsperiode. De afkoelingsperiode moet ervoor zorgen dat de aanbidding van het akkoord niet in gevaar komt en is noodzakelijk voor voortzetting van de onderneming gedurende de aanbidding van het akkoord. De lopende verplichtingen kunnen worden voldaan vanuit de omzet die wordt behaald.

De rechtbank kondigt vanwege de gestelde spoedeisendheid bij voorlopige voorziening een afkoelingsperiode af totdat een eindbeslissing is genomen op het verzoek. Met de afgekondigde afkoelingsperiode wordt onder meer de behandeling van de ingediende faillissementsverzoeken geschorst.

H.J. de Kloe, september 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 24-08-2023

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2023:3558

Zaaknummer: C/17/190923 FTRK 23-427

Rechters: H.J. Idzenga, F. Damsteegt en C.H. Rombouts

Advocaten: O.A. van Oorschot

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Geen verkorting looptijd WSNP

De schuldenaar meent dat hij nog erg weinig kan aflossen voor zijn schuldeisers. Daarnaast zou sprake zijn van strijd met het gelijkheidsbeginsel, omdat de looptijd van de WSNP door een wetswijziging op 1 juli 2023 is verkort tot 18 maanden, terwijl voor hem de looptijd 36 maanden bedraagt. Hij verzoekt daarom om verkorting van de looptijd van de WSNP. De rechter-commissaris wijst dit verzoek af.

Een schuldenaar die is toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling verzoekt om verkorting van de termijn van de WSNP (art. 349a lid 2 Fw). De reden daartoe is dat hij voorafgaand aan de WSNP al 19 maanden failliet is geweest en geld aan de boedel heeft afgedragen. Ook zou hij gedurende de resterende looptijd weinig kunnen afdragen voor zijn schuldeisers, zodat zijn belangen bij een korter traject zwaarder wegen dan de belangen van de schuldeisers bij het doorlopen van de volledige termijn. Tot slot doet de schuldenaar een beroep op het gelijkheidsbeginsel. Per 1 juli 2023 is de looptijd van de WSNP door een wetswijziging verkort tot 18 maanden, terwijl de looptijd daarvoor 36 maanden was. Dat voor hem de looptijd 36 maanden is omdat hij voor 1 juli 2023 is toegelaten tot de WSNP, is niet gerechtvaardigd en volgens de schuldenaar een vergissing van de wetgever.

De rechter-commissaris wijst het verzoek af. De afloscapaciteit van de schuldenaar is lager dan eerder, maar het bedrag dat wordt afgelost is nog altijd hoger dan de kosten van de WSNP. De wetswijziging van 1 juli 2023 is ook geen reden om de looptijd te verkorten. Een onderscheid tussen gevallen voor en na een wetswijziging is geen discriminatie of schending van het gelijkheidsbeginsel. Anders zouden wetten nooit gewijzigd kunnen worden. Daar komt bij dat in de wetsgeschiedenis door de minister nadrukkelijk is gesteld dat de wet onmiddellijk in werking treedt en dat niets is geregeld voor lopende WSNP-trajecten, zodat het (inmiddels) oude recht daarop van toepassing blijft. Er is dus geen sprake van een vergissing van de wetgever.

H.J. de Kloe

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 22-08-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2023:4180

Zaaknummer: R.01/22/83

Rechters: V.G.T. van Emstede

Advocaten: M.A.A.M. van Brunschot-van der Sanden

Wetsartikelen: 349a Fw

RECHTSPRAAK

Verschoningsverzoek rechter bij verzoek dwangakkoord en toelating WSNP

De rechter is eerder rechter-commissaris geweest in het faillissement van een bv waarvan de verzoekster in deze kwestie enig bestuurder een aandeelhouder was. De curator heeft toen in overleg met de R-C de verzoekster aansprakelijk gesteld en melding tegen haar gedaan van fraude. De R-C vraagt daarom zich te mogen verschonen. Het verschoningsverzoek wordt toegewezen.

Een rechter verzoekt zich te mogen verschonen ten aanzien van een verzoek tot het treffen van een dwangakkoord (art. 287b Fw) en een (subsidiair) verzoek om toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling (art. 288 Fw). De rechter wil zich verschonen omdat hij rechter-commissaris was in het faillissement van een vennootschap waarvan de verzoekster in deze kwestie enig bestuurder en aandeelhouder was. Verzoekster is als bestuurder aansprakelijk gesteld in dat faillissement en de curator heeft melding gedaan van strafbare feiten bij het fraudemeldpunt. De rechter-commissaris heeft verzoekster destijds gehoord en vertrouwelijk overleg gehad met de curator. De rechter meent dat deze omstandigheden een rol kunnen spelen bij de behandeling van de verzoeken die nu voorliggen.

De kamer voor verschoningszaken wijst het verschoningsverzoek toe. Hoewel er geen aanwijzing is dat de rechter niet onpartijdig is, leveren de omstandigheden die de rechter heeft aangevoerd en het feit dat hij daarom vraagt zich te mogen verschonen een zwaarwegende aanwijzing op voor het oordeel dat de vrees dat de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden gerechtvaardigd is.

H.J. de Kloe, september 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 20-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:7461

Zaaknummer: 660586 / HA RK 23-607

Rechters: A.M.H. Geerars, M.G.L. de Vette en E. van Schouten

Wetsartikelen: 287b Fw en 288 Fw

RECHTSPRAAK

Afwijzing faillissementsverzoek omdat verzoeksters geen rechtmatig belang hebben bij de aanvraag

Vanwege de omstandigheden van het geval hebben verzoeksters geen rechtmatig belang bij de faillissementsaanvraag. Tot die omstandigheden behoren onder meer het feit dat een faillissement niets zal opleveren voor schuldeisers, verzoeksters relatief lage vorderingen hebben en de schuldenaar heeft aangeboden de vorderingen voor een groot deel ineens te betalen en het restant (dat volledig bestaat uit rente en kosten) in twee termijnen.

Warmteservice Rotterdam B.V. vraagt met een aantal andere vennootschappen het faillissement aan van een natuurlijk persoon. De aanvragers van het faillissement hebben vorderingen ter hoogte van € 2.443,98. Daarbij komen de kosten voor de faillissementsaanvraag, die verzoekers hebben vastgesteld op € 1.800 en ten tijde van de beoordeling van het verzoek kennelijk verder zijn opgelopen. De schuldenaar heeft zich gemeld voor een schuldhulptraject, maar wil daar toch van afzien, omdat hij dan zijn onderneming zou moeten staken. Hij heeft daarom ter zitting aangeboden om € 3.000 ineens te voldoen en het restantbedrag in twee termijnen. De schuldenaar stelt ook met andere schuldeisers een regeling te hebben getroffen. Verzoeksters zijn niet akkoord gegaan met het aanbod en hebben volhard in hun verzoek.

De rechtbank wijst het verzoek af. Omdat het gaat om een schuldenaar zonder enige bezittingen die alleen actief kan genereren voor zijn schuldeisers als hij zijn onderneming kan voortzetten, het faillissement voor de schuldeisers niet oplevert omdat de faillissementskosten niet betaald zullen kunnen worden, met andere schuldeisers een regeling is getroffen, de vorderingen van de verzoeksters relatief laag zijn en de schuldenaar heeft aangeboden het verschuldigde bedrag deels ineens en deels in termijnen te betalen, hebben verzoeksters geen rechtmatig belang bij de aanvraag van het faillissement.

H.J. de Kloe, september 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 22-08-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:7425

Zaaknummer: C/10/657038 / FT RK 23/271

Rechters: F. Damsteegt

Advocaten: E.T. van den Hout

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Aanvraag faillissement misbruik van bevoegdheid

Het faillissement van een vennootschap is slechts aangevraagd om op een eenvoudige manier van een huurovereenkomst af te komen en een geschil tussen broers op te lossen. Omdat de persoon achter de verzoekster ook had kunnen turboliquideren, het belang van een mogelijke curator om verschoond te blijven van onverhaalbare kosten en het belang van de verhuurder kende, wijst de rechtbank het faillissementsverzoek af wegens misbruik van bevoegdheid.

X en Y zijn broers. Zij houden allebei via een holding 50% van de aandelen in een vennootschap ('de vennootschap') waarin twee huisartsenpraktijken werden gevoerd. De holding van X is de enige bestuurder van de vennootschap. De holding van Y heeft een vordering op de vennootschap. De broers hebben in 2018 een conflict gekregen. Sindsdien wordt er geen huisartenspraktijk meer gevoerd in de vennootschap, maar huurt de vennootschap enkel een bedrijfspand dat zij op haar beurt onderverhuurt aan een derde. X verzoekt, via een vennootschap waarvan hij middellijk enig bestuurder en aandeelhouder is, om het faillissement van de vennootschap.

De rechtbank wijst het verzoek af. Gebleken is dat de vennootschap geen baten heeft. Het faillissement is slechts aangevraagd om van de huurovereenkomst af te komen. Momenteel komt maandelijks € 3.800 binnen op de rekening van de vennootschap. Dat geld moet telkens worden doorbetaald aan de verhuurder. X heeft gesteld er klaar mee te zijn steeds de huur te moeten voorschieten. Een curator moet het huurprobleem volgens hem oplossen. Naar het oordeel van de rechtbank is het faillissement er niet voor bedoeld om op een eenvoudige manier van een huurovereenkomst af te komen en om een geschil tussen broers op te lossen. Verzoekster kende het belang van de curator om verschoond te blijven van niet verhaalbare kosten en ook het belang van de verhuurder, dat zwaarder weegt dan haar belang bij het faillissement, mede omdat X de vennootschap ook zou kunnen beëindigen door middel van turboliquidatie.

H.J. de Kloe, september 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 15-08-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:12254

Zaaknummer: C/09/649841 / FT RK 23/499

Rechters: J.C.A.T. Frima

Advocaten: J.K.A. van Loo

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw, 3:13 BW en 2:19 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Faillietverklaring EK Infra Fiber and Electra B.V.

De rechtbank spreekt het faillissement uit. Het vorderingsrecht van verzoeker volgt uit een (weliswaar nog niet onherroepelijk) vonnis van de rechtbank en ook aan de andere voorwaarden voor de faillietverklaring is voldaan.

Een partij die een in rechte vastgestelde vordering heeft op EK Infra Fiber and Electra B.V. ('EK') vraagt haar faillissement aan. EK betwist het vorderingsrecht van verzoeker, omdat het vonnis waaruit haar schuld volgt nog niet onherroepelijk is. EK betwist ook de steunvordering en zij betwist dat zij overigens heeft opgehouden te betalen, omdat ze ineens € 5.000 en daarna maandelijks € 1.000 kan aflossen op de vordering van verzoeker (€ 35.916 exclusief rente en proceskosten).

De rechtbank overweegt dat van het vorderingsrecht van verzoeker summierlijk is gebleken. Het vonnis is op tegenspraak gewezen en niet is gebleken dat het vonnis (evident) op onjuiste gronden is gewezen. Ten bewijze van de steunvordering heeft verzoeker een rekeningoverzicht en verklaring van de schuldeiser overgelegd. De blote betwisting hiertegen van EK volgt de rechtbank niet, zodat ook summierlijk is gebleken van pluraliteit van schuldeisers. Omdat EK niet in staat is het volledige bedrag te voldoen en geen zekerheid kan stellen voor de vordering van verzoeker, oordeelt de rechtbank tot slot dat EK in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. De rechtbank spreekt het faillissement uit.

H.J. de Kloe, september 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 25-07-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:12265

Zaaknummer: C/09/649648 / FT RK 23/482

Rechters: R. Cats

Advocaten: E.T. van den Hout en E.M. Bosscher

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Bankfraude: zorgplicht bank en afwijzing vorderingen curator

Curator verwijt ING onvoldoende te hebben gedaan om te voorkomen dat de stichting en haar crediteuren schade hebben geleden door de stichting een zakelijke bankrekening te laten openen en niet (tijdig) in te grijpen bij misbruik.

Dit arrest gaat over een stichting met een wegens verduistering en oplichting veroordeelde en onder beschermingsbewind staande bestuurder. Binnen twee maanden na zijn benoeming tot enig bestuurder heeft hij bij ING een zakelijke bankrekening geopend, met kredietfaciliteit en pinpas. In zo'n twee maanden is door 18 bijschrijvingen van een aantal bouwbedrijven in totaal € 177.198,66 bijgeschreven op de rekening van de stichting. De desbetreffende bestellingen zijn ook aan deze bedrijven geleverd. Van dat totaal is met de pinpas binnen twee maanden € 162.570 in contanten opgenomen.

De curator gaat ervan uit dat de stichting en haar bankrekening werden misbruikt voor het plegen van fraude en heeft in eerste aanleg gevorderd dat de rechtbank voor recht verklaart dat (zowel) het aangaan van de Overeenkomst Zakelijk Betaalpakket met de stichting (als) of de daaropvolgende contante uitbetalingen paulianeus zijn in de zin van artikel 42 Fw en/of dat ING onrechtmatig jegens de stichting of haar schuldeisers in het faillissement heeft gehandeld door schending van de op haar rustende zorgplicht. De rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen. De bedoeling van het hoger beroep van de curator is dat de vorderingen alsnog worden toegewezen.

Het standpunt van de curator kan in twee verwijten worden onderscheiden. Het eerste verwijt: de curator stelt zich op het standpunt dat ING niet heeft voldaan aan de verplichting om bij het openen van de zakelijke bankrekening het cliëntonderzoek te doen dat is voorgeschreven in de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (Wwft). Er waren in dit geval volgens de curator een aantal zogenoemde red flags die ING ervan hadden moeten weerhouden deze bankrekening te openen. Het tweede verwijt luidt dat ook de contante opnames die meteen na een bijschrijving op de rekening volgden, ING

hadden moeten alarmeren en dat ING de rekening toen ten onrechte niet – in afwachting van de resultaten van nader onderzoek – heeft geblokkeerd.

Het hof stelt voorop dat ING het UBO-register en het incidentenregister heeft geraadpleegd en dat ING terecht tot de conclusie kwam dat de bestuurder bevoegd was de stichting te vertegenwoordigen. ING had niet de verplichting het Centraal curatele- en bewindregister te raadplegen of te informeren naar het strafrechtelijke verleden van de bestuurder. Verder impliceren de door de curator gestelde feiten niet dat ING bij het openen van de bankrekening begreep of had moeten begrijpen dat er een ernstig gevaar bestond dat deze zou worden gebruikt voor frauduleuze handelingen waardoor de stichting of haar crediteuren schade zouden lijden. Voor een geslaagd beroep op artikel 42 Fw is vereist dat ING ten tijde van het aangaan van de overeenkomst het faillissement van de stichting en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kon voorzien. Die conclusie kan echter niet volgen uit wat de curator heeft aangevoerd.

Bij het tweede verwijt gaat het om de zogenoemde *post transaction monitoring* waartoe ING is gehouden. De hiervoor genoemde opname van contante gelden op dezelfde dag als de storting hebben ertoe geleid dat de bestuurder tweemaal is aangeschreven door ING en dat de bankrelatie is beëindigd. ING had volgens de curator echter al voorafgaand aan die beëindiging moeten vermoeden dat sprake was van fraude. Bij de beantwoording van de vraag of ING inderdaad aanleiding had moeten zien de rekening te blokkeren en vanaf welk moment, is volgens het hof van belang tot welke controles en monitoring zij gehouden was, welke belangen met deze zorgplicht van de bank zijn gediend, en welke belangenafwegingen daarbij verder een rol spelen.

Het hof overweegt dat het cliëntenonderzoek op grond van de Wwft een publieke zorgplicht behelst (namelijk het voorkomen van witwassen en terrorismefinanciering) en dat daarmee niet de belangen van de cliënt van de bank of diens crediteuren worden beschermd. Het belang van de rekeninghouder (de stichting) is niet relevant, omdat het hier gaat om een geval waarbij een bevoegd vertegenwoordiger van de rekeninghouder geautoriseerde betalingstransacties heeft uitgevoerd. Niet gebleken is dat ING zich ervan bewust was of had moeten zijn dat deze betalingstransacties frauduleus waren. Alleen in bijzondere gevallen kan in het belang van derden (hier: de schuldeisers van de stichting) een specifieke, op de concrete situatie van het geval toegesneden buitencontractuele zorgplicht worden aangenomen. Schending van een dergelijke zorgplicht komt in strijd met wat volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betamelijk is, en is om die reden onrechtmatig. Het hof oordeelt dat de curator geen omstandigheden heeft aangevoerd die een beroep op schending van een bijzondere zorgplicht rechtvaardigen.

D.R.C. Smit, september 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 22-08-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:7051

Zaaknummer: 200.316.609/01

Rechters: M.W. Zandbergen, I. Tubben en A. van Hees

Advocaten: Mok en M.E.G. Murris

Wetsartikelen: 42 Fw en 6:162 BW