

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 18, 2023

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:9619](#) 12-10-2021

Onrechtmatige verkoop patenten leidt tot aansprakelijkheid voor de door gezamenlijke schuldeisers geleden schade

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:5239](#) 17-07-2018

Hof toetst pluraliteitsvereiste ex nunc en vernietigt faillissement

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2023:3786](#) 13-09-2023

Afwijzing verzoek ondernemingsraad Big Bazar om aanwijzing herstructureringsdeskundige

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2023:8820](#) 05-09-2023

Een terechte afwijzing van een verzoek tot verbetering van het proces-verbaal ex artikel 149 Fw? Met wenk

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2023:3678](#) 04-09-2023

Big Bazar krijgt geen definitieve afkoelingsperiode; betaling lopende verplichtingen onzeker

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:3475](#) 30-08-2023

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 en 2:9 BW. Met wenk

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:4187](#) 03-08-2023

Kan een bij vergissing betaalde vordering alsnog worden geherstructureerd in een WHOA-akkoord?

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:4158](#) 03-08-2023

Verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt toegewezen

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2022:10681](#) 09-12-2022

Hoger beroep niet mogelijk tegen uitblijven beslissing rechter-commissaris

RECHTSPRAAK

Big Bazar krijgt geen definitieve afkoelingsperiode; betaling lopende verplichtingen onzeker

Big Bazar heeft niet aannemelijk gemaakt tijdens een afkoelingsperiode haar lopende verplichtingen te kunnen voldoen. Voor zover lopende verplichtingen uit de omzet kunnen worden betaald, ziet Big Bazar daarbij over het hoofd dat die omzet zal worden gerealiseerd met voorraad die verpand is, is geleverd onder eigendomsvoorbehoud of ten aanzien waarvan een recht van reclame is ingeroepen.

Deze WHOA-beschikking ziet op het verzoek van Big Bazar B.V. tot het afkondigen van een afkoelingsperiode van 14 dagen als bedoeld in artikel 376 lid 1 Fw. De beschikking betreft een definitieve beslissing op het verzoek, nadat eerder op 24 augustus 2023 de rechtbank Noord-Nederland bij wijze van een tijdelijke voorziening al een afkoelingsperiode had gelast tot het moment dat een definitieve beslissing zou volgen, zie ECLI:NL:RBNNE:2023:3558, INS 2023-0193. Hiermee werden meerdere (volgens de uitspraak elf) verzoeken tot het uitspreken van het faillissement van Big Bazar geschorst. De schuldeisers die om een faillissement vroegen, dienden in de tussentijd in staat gesteld te worden een zienswijze in te dienen aangaande het verzoek van Big Bazar tot het gelasten van een afkoelingsperiode. Bij deze eindbeslissing zijn deze zienswijzen voor zover ingediend meegenomen.

De rechtbank besluit tot het niet afkondigen van de verzochte afkoelingsperiode. Volgens de rechtbank is er geen sprake van een situatie bij Big Bazar waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar schulden. De rechtbank oordeelt namelijk dat Big Bazar niet in staat is om tijdens de verzochte afkoelingsperiode aan haar lopende verplichtingen te voldoen. De huur voor diverse winkelpanden die verschuldigd was per 1 september 2023, was ten tijde van de beslissing bijvoorbeeld nog niet voldaan. Ten aanzien van de omzet waaruit volgens Big Bazar de huurverplichtingen alsnog zouden kunnen worden voldaan, overweegt de rechtbank dat Big Bazar daarbij over het hoofd ziet dat die omzet zal worden gerealiseerd met voorraad die

verpand is, is geleverd onder eigendomsvoorbehoud of ten aanzien waarvan een recht van reclame is ingeroepen. Over hoe met die rechten zal worden omgegaan, heeft Big Bazar niets vermeld. De rechtbank kijkt ook verder dan de twee weken vooruit. Volgens de rechtbank is de periode waarvoor een afkoelingsperiode is verzocht namelijk te kort om tot een WHOA-akkoord te komen en zal dus te zijner tijd een verlenging van die periode worden verzocht. Ten aanzien van de periode ná de verzochte afkoelingsperiode ontbreekt een (cijfermatige) onderbouwing van de stellingen van Big Bazar dat zij uit de omzet in het vierde kwartaal van 2023 de lopende kosten kan voldoen.

De rechtbank overweegt dat aldus niet vaststaat dat Big Bazar aan haar verplichtingen kan blijven voldoen en dat de rechten van schuldeisers in het gedrang zijn en het gevaar op de loer ligt dat de schulden van Big Bazar zullen toenemen tijdens het beoogde WHOA-traject. De rechtbank neemt in haar beslissing expliciet mee dat uit de ingediende zienswijzen naar voren komt dat Big Bazar eerder al toezeggingen over betalingen ter voorkoming van een faillissement niet is nagekomen.

W.T.N. Vlasveld, september 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 04-09-2023

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2023:3678

Zaaknummer: 190923 FT RK 23-427

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

Advocaten: O.A. van Oorschot, R.M. Vermaire, A.M. Mennens, E. van Gelderen, E.W.A. Tuijn, R.H. Bask, K.C. Mensink, E.T. van den Hout, R.M.A. Lensen, Advocaat M.D. Schuilwerf en Advocaat A. te Kieffe

Wetsartikelen: 376 lid 1 Fw en 370 lid 1 Fw

RECHTSPRAAK

Een terechte afwijzing van een verzoek tot verbetering van het proces-verbaal ex artikel 149 Fw? Met wenk

In casu is een akkoord ex artikel 138 Fw verworpen, omdat de curator een aantal vorderingen betwistte, die ook niet voorwaardelijk werden toegelaten door de rechter-commissaris. De failliet heeft ex artikel 149 Fw verzocht tot verbetering van het proces-verbaal.

Grondontwikkeling Nederland BV ('de BV') is op 5 oktober 2021 failliet verklaard. Op 3 maart 2023 heeft de bv uiteindelijk een ontwerpakkoord ex artikel 138 Fw aan haar concurrente schuldeisers aangeboden. Problematisch daarbij was dat de curator tijdens de verificatievergadering een aantal ingediende vorderingen betwistte. De rechter-commissaris heeft daarom de betrokken partijen verwezen naar de rol in verband met een renvooiprocedure. Tijdens deze procedure heeft de rechter-commissaris het verzoek van de schuldeisers wier vorderingen betwist werden tot voorwaardelijke toelating hiervan op grond van artikel 125 Fw afgewezen. Het niet meenemen van deze betwiste vorderingen heeft er vervolgens toe geleid dat niet werd voldaan aan de stemvereisten als bedoeld in artikel 145 Fw. Met andere woorden: het akkoord werd niet aangenomen.

In deze zaak verzoekt de bv de rechtbank tot verbetering van het proces-verbaal van de verificatievergadering alwaar de betwisting door de curator plaatsvond. Dit verzoek is gebaseerd op artikel 149 Fw, op grond waarvan de failliet deze mogelijkheid toekomt, indien uit de stukken zelve blijkt dat het akkoord door de rechter-commissaris ten onrechte als verworpen is beschouwd. De verzoeker legt hieraan ten grondslag dat de rechter-commissaris de betwiste vorderingen niet heeft toegelaten tot stemming over het ontwerpakkoord, waardoor het akkoord niet is aangenomen. Wanneer de desbetreffende vorderingen wel voorwaardelijk waren toegelaten ex artikel 125 Fw, dan hadden deze schuldeisers wel kunnen stemmen over het akkoord en dat had geleid tot de stemverhoudingen tot gevolg gehad dat het akkoord wel was aangenomen. Volgens de verzoeker is deze schuldeisers de mogelijkheid ontnomen om vóór het akkoord te stemmen, waardoor zij ernstig in hun belangen zijn geschaad.

De curator betwist deze stellingen en concludeert tot niet-ontvankelijkheid van de verzoeker. De rechtbank gaat in deze zin met de curator mee en wijst het verzoek af. De rechtbank verwijst daarbij met name naar de wetsgeschiedenis van artikel 149 Fw, op grond waarvan de failliet dus aan de rechtbank verbetering van het proces-verbaal kan verzoeken, indien uit de stukken zelve blijkt dat het akkoord door de rechter-commissaris ten onrechte als verworpen is beschouwd. Volgens de wetsgeschiedenis moet hierbij gedacht worden aan de verbetering van rekenkundige of administratieve fouten die uit de stukken blijken. Volgens de rechtbank heeft de verzoeker niet gesteld dat sprake is van fouten in het proces-verbaal en dat is bovendien niet gebleken. De verzoeker onderbouwt het verzoek slechts door te wijzen op het voor hem ongewenste gevolg van het niet voorwaardelijk toelaten van de betwiste vorderingen, namelijk het niet aannemen van het ontwerpakkoord. De rechtbank geeft wel nog aan dat het belang van de verzoeker duidelijk en begrijpelijk is, maar dat de rechtbank daar geen rekening mee kan houden.

Wenk

De vraag rijst of de rechtbank het hier bij het rechte eind heeft. Volgens Groenewegen & Van Eeden-van Harskamp (in: *T&C Insolventierecht*, commentaar op art. 148 en 149 Fw) geldt dat wanneer op de verificatievergaderingen genomen beslissingen door de rechter-commissaris (bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag of schuldeisers al dan niet aan de stemming mogen deelnemen) van invloed zijn geweest op de verwerping van het ontwerpakkoord, een beroep kan worden gedaan op artikel 149 Fw. Bovendien volgt uit een uitspraak van de rechtbank Gelderland dat artikel 149 Fw ook grondslag biedt voor een eventuele verbetering van een door de failliet gestelde fout, te weten een onjuiste interpretatie van artikel 145 Fw (Rb. Gelderland 11 september 2015, ECLI:NL:RGBEL:2015:5785). Het is daarom maar de vraag of de in casu toegepaste strikte benadering van de rechtbank wel de juiste is, zeker gelet op de consequenties ervan.

S. Renssen, september 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 05-09-2023

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2023:8820

Zaaknummer: C/15/341329 / FT RK 23-447

Rechters: W.S.J. Thijs

Advocaten: V.H.B. Kruit

Wetsartikelen: art. 149 Fw, art. 138 Fw, art. 145 Fw en art. 125 Fw

RECHTSPRAAK

Verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt toegewezen

In een WHOA-procedure wordt het verzoek van de schuldenaar tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige toegewezen. De schuldenaar verkeert in de toestand van dreigende insolventie. Hij is dankzij een financier in staat om zijn lopende verplichtingen en de kosten van de WHOA te voldoen.

A is in 1948 opgericht voor projectontwikkeling in onroerend goed. De activiteiten van A bestaan op dit moment uitsluitend uit het realiseren van één bouwproject. Zij heeft geen werknemers.

A heeft in 2017 een bouwproject aanvaard. Zij heeft twee opdrachtgevers, te weten de Stichting B ('B') en de C B.V. ('C'). De aanneemsommen van het bouwproject zijn de inkomsten voor A. De financiering van het project vindt plaats op basis van vooruit ontvangen termijnbetalingen van de opdrachtgevers, waarmee termijnota's van de aannemers worden voldaan.

Op enig moment ontstaan er problemen tijdens de bouw. Als gevolg daarvan is er een conflict ontstaan tussen A en een aannemer over het bouwtempo, termijnbetalingen en schadevergoedingen vanwege vertragingen. A is van mening dat de aannemer eerst moet bouwen, voordat zij nieuwe termijnbetalingen aan hem doet. De aannemer is het daar niet mee eens en laat verschillende beslagen leggen. In een tussenvonnis beslist de rechtbank Amsterdam dat de aannemer de werkzaamheden mocht stilleggen. Vervolgens oefent de aannemer een retentierecht uit op de bouwplaats en komt de bouw daarmee stil te liggen.

A wil haar schulden herstructureren door middel van een WHOA-akkoord. Naar gelang de uitkomst van inspanningen van de herstructureringsdeskundige ziet A twee mogelijke scenario's. Als het niet lukt tot een minnelijke oplossing te komen, en het retentierecht niet wordt opgeheven, volgt een liquidatieakkoord. In het geval wel een oplossing wordt gevonden tussen partijen, ligt een reorganisatieakkoord voor de hand.

Op grond van artikel 371 lid 1 en 3 Fw wordt een ingediend verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige toegewezen als de schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. De schuldenaar is nog in staat om zijn lopende verplichtingen te voldoen, maar voorziet dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden, als de schulden niet worden geherstructureerd. Vanwege de gelegde beslagen zijn er geen inkomsten vanuit de opdrachtgevers B en C. De inkomsten bestaan thans uit financiering van C. C is namelijk bereid om de kosten van het WHOA-traject te dragen en heeft daarvoor een krediet beschikbaar gesteld.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft verzoekster voldoende aangetoond dat zij in de toestand verkeert zoals bedoeld in artikel 370 Fw. Uit de overgelegde liquiditeitsprognose blijkt dat de door C verstrekte financiering voldoende is om zowel de lopende verplichtingen te voldoen als de kosten van de herstructurering te betalen. Het verzoek wordt toegewezen.

W.P.IJ. Overgoor, september 2023

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 03-08-2023

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2023:4158

Zaaknummer: FT RK 23/29

Rechters: P.J. Neijt, A.E. de Vos en R.P. van Eerde

Advocaten: D.M. van Geel en L. van Hoof

Wetsartikelen: 370 Fw en 371 Fw

RECHTSPRAAK

Hof toetst pluraliteitsvereiste ex nunc en vernietigt faillissement

Het hof overweegt dat de salarismvordering van de curator niet kan dienen als steunvordering, omdat dit geen vordering is die ter verificatie kan worden ingediend.

Deze uitspraak, gewezen in juli 2018 maar pas gepubliceerd in september 2023, is het vervolg op een uitspraak van de Hoge Raad over het pluraliteitsvereiste. De Hoge Raad casseerde, omdat het Hof Den Haag ten onrechte had overwogen dat niet was voldaan aan het pluraliteitsvereiste omdat de steunvorderingen volledig zouden worden voldaan na vernietiging van het faillissement. Als steunvorderingen pas na de vernietiging van het faillissement worden voldaan, is ten tijde van de beslissing op de faillissementsaanvraag voldaan aan het pluraliteitsvereiste. Zie HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:774.

Het Hof Amsterdam moet beoordelen of het faillissement vernietigd of bekrachtigd moet worden. Omdat de faillissementstoestand ook in hoger beroep ex nunc wordt getoetst (HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1473 (*Berzona*)), moet het hof beoordelen of nog steeds sprake is van pluraliteit van schuldeisers. Naar het oordeel van het hof is dat niet het geval, omdat alle steunvorderingen zijn betaald. De (beperkte) salarismvordering van de curator kan niet als steunvordering dienen, omdat als vereiste voor een steunvordering geldt dat deze ter verificatie kan worden ingediend (HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681 (*HSK*)).

Het hof vernietigt het faillissement. Omdat de schuldenaar de vordering van Rabobank, de aanvrager van het faillissement, en andere schuldeisers in eerste instantie onbetaald liet, brengt de rechtbank de faillissementskosten ten laste van hem.

H.J. de Kloe, september 2023

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 17-07-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:5239

Zaaknummer: 200.240.119/01

Rechters: M.L.D. Akkaya, W.A.H. Melissen en M.A.J.G. Janssen

Advocaten: T. Vink en F.J. Laagland

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Hoger beroep niet mogelijk tegen uitblijven beslissing rechter-commissaris

Een saniet in de WSNP heeft beroep ingesteld nadat de rechter-commissaris ongeveer twee weken geen beslissing had genomen op een verzoek. De rechtbank verklaart de saniet niet-ontvankelijk, omdat het uitblijven van een beslissing niet gelijk staat aan een afwijzing en niet vatbaar is voor beroep.

De bewindvoerder van een saniet die is toegelaten tot de schuldsaneringsregeling (WSNP) heeft de saniet verplicht boedelvorderingen te innen. Hierop heeft de saniet de rechter-commissaris op 8 augustus 2022 op grond van artikel 317 Fw verzocht de bewindvoerder op te dragen dit niet langer te verplichten.

Omdat een beslissing van de rechter-commissaris uitbleef, heeft de saniet op 23 augustus 2022 op grond van artikel 315 Fw hoger beroep ingesteld bij de rechtbank. Op dezelfde datum heeft de rechter-commissaris het verzoek van de saniet toegewezen. De saniet trekt het beroep niet in en stelt belang te hebben bij het verkrijgen van duidelijkheid of het uitblijven van een beslissing vatbaar is voor beroep en bij een beslissing over de proceskosten.

De rechtbank overweegt dat de Hoge Raad op 10 mei 1985 (*NJ* 1985/793) heeft geoordeeld dat een overschrijving van de driedagentermijn uit artikel 69 lid 2 Fw geen rechtsgevolgen heeft. Dit geldt ook voor de evenknie in de WSNP, artikel 317 lid 2 Fw. Het uitblijven van een beslissing staat niet gelijk aan een afwijzing en is niet vatbaar voor beroep. De rechtbank verklaart de saniet niet-ontvankelijk.

H.J. de Kloe, september 2023

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 09-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2022:10681

Zaaknummer: C/03/308583 / HA RK 22-223

Rechters: T. Dohmen, Heuts, E.V.L. E.V.L. Heuts en V.E.J. Noelmans

Advocaten: Q.J. van Riet

Wetsartikelen: 315 Fw, 317 Fw en 69 Fw

RECHTSPRAAK

Afwijzing verzoek ondernemingsraad Big Bazar om aanwijzing herstructureringsdeskundige

De ondernemingsraad heeft verzocht om aanstelling van een herstructureringsdeskundige en afkondiging van een afkoelingsperiode. De rechtbank wijst het verzoek af, omdat Big Bazar haar lopende verplichtingen niet kan voldoen.

Nadat het door Big Bazar B.V. ingediende verzoek om afkondiging van een afkoelingsperiode is afgewezen, verzoekt de ondernemingsraad om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en afkondiging van een afkoelingsperiode. De OR stelt dat dit nodig is omdat Big Bazar een WHOA-akkoord voorbereidt, maar dat de aanbidding hiervan gevaar loopt door de media-aandacht en druk van schuldeisers.

De rechtbank overweegt dat uit artikel 371 lid 3 jo. 370 lid 1 Fw volgt dat de schuldenaar in de toestand moet verkeren waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Lopende verplichtingen moeten wel voldaan kunnen worden. De rechtbank oordeelt dat Big Bazar niet in deze WHOA-toestand verkeert en wijst het verzoek af.

Bij het verzoek van Big Bazar zelf om afkondiging van een afkoelingsperiode oordeelde de rechtbank dat betaling van lopende verplichtingen niet was gewaarborgd zonder schending van rechten van pandhouders, leveranciers onder eigendomsvoorbehoud en leveranciers die zich hebben beroepen op het recht van reclame. Die situatie is niet wezenlijk veranderd. Een adviseur heeft berekend dat een kapitaalinjectie van € 3,5 miljoen nodig is. Dat bedrag moet worden gefinancierd door de verkoop van een Belgische dochtermaatschappij. De onderhandelingen hierover zijn volgens de middellijk bestuurder van Big Bazar in een vergevorderd stadium, maar er is nog geen zicht op de benodigde kapitaalinjectie. De rechtbank wijst het verzoek van de ondernemingsraad daarom af.

H.J. de Kloe, september 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 13-09-2023

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2023:3786

Zaaknummer: C/17/190923 FT RK 23-427

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

Advocaten: J.P.P. Latour

Wetsartikelen: 370 Fw en 371 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 en 2:9 BW. Met wenk

De curator van een gefailleerde vennootschap stelt met succes de (voormalig) bestuurders aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW respectievelijk 2:9 BW. Toepassing van de driejaarstermijn van artikel 2:248 lid 6 BW.

De curator van het gefailleerde De Rozenhof B.V., een zorginstelling, stelt de bestuurder (Bestuurder A) en twee voormalige bestuurders (Bestuurders B en C) aansprakelijk op grond van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. De rechtbank stelt vast dat Bestuurder A op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk is voor het boedeltekort. Bestuurders B en C hebben hun bestuurszaak volgens de rechtbank onbehoorlijk vervuld en zijn daarom op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk voor de schade die De Rozenhof daardoor heeft geleden.

Bestuurder A

De rechtbank stelt vast dat het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichting uit artikel 2:394 BW tot tijdige openbaarmaking van de jaarrekening. Over de boekjaren 2018 tot en met 2021 zijn namelijk slechts niet-vastgestelde jaarrekeningen van voorlopige aard gedeponneerd.

De vaststelling dat niet is voldaan aan de openbaarmakingsplicht, brengt op grond van artikel 2:248 lid 2 BW mee dat vaststaat dat Bestuurder A zijn bestuurszaak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, en dat wordt vermoed dat zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van De Rozenhof.

Bestuurder A tracht zonder succes het vermoeden te weerleggen dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hij draagt als oorzaak van het faillissement aan dat zorgverzekeraars waarbij De Rozenhof declareerde voor zorgverlening aan hun verzekerden, vanaf begin 2019 ophielden om de declaraties van De Rozenhof te voldoen. De rechtbank oordeelt dat Bestuurder A verre van aannemelijk heeft gemaakt dat het staken van de betalingen door de zorgverzekeraars niet is terug te voeren op onbehoorlijk bestuur.

Bestuurders B en C

De rechtbank oordeelt dat Bestuurders B en C niet aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:248 BW. Aan dat oordeel ligt ten grondslag dat uit artikel 2:248 lid 6 BW volgt dat alleen onbehoorlijke taakvervulling binnen de termijn van drie jaar voorafgaand aan het faillissement in aanmerking wordt genomen.

De rechtbank stelt vast dat Bestuurder B en Bestuurder C op respectievelijk 27 februari en 1 februari 2019 als statutair bestuurders zijn afgetreden. De bestuursperiode van Bestuurder C valt aldus geheel buiten de driejaarstermijn. Het bestuurderschap van Bestuurder B valt wel met enkele dagen binnen de driejaarstermijn. De rechtbank oordeelt dat de curator onvoldoende heeft gemotiveerd dat zich specifiek binnen deze paar dagen een bestuurlijk verzuim heeft voorgedaan dat rechtvaardigt dat Bestuurder B op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk is.

Bestuurders B en C ontkomen echter niet geheel aan aansprakelijkheid. De rechtbank stelt vast dat zij op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk zijn wegens onbehoorlijk bestuur. Bestuurders B en C hebben volgens de rechtbank hun kerntaak om erop toe te zien dat de zorg die bij de zorgverzekeraars werd gedeclareerd voldeed aan de voorwaarden voor declaratie ernstig veronachtzaamd. Daarnaast is aan Bestuurders B en C ernstig verwijtbaar dat zij hebben bewerkstelligd of toegelaten dat bepaalde uitgekeerde vergoedingen aan De Rozenhof zijn onthouden.

Bestuurders B en C ontkomen niet aan aansprakelijkheid op grond van de onderlinge taakverdeling binnen het bestuur. Een beroep op diezelfde taakverdeling leidt er wel toe dat Bestuurder A ertoe wordt veroordeeld om aan Bestuurder C het bedrag te vergoeden dat hij uit hoofde van de veroordeling betaalt aan hetzij de curator, hetzij aan Bestuurder A of Bestuurder B op grond van zijn onderlinge bijdraagplicht als bedoeld in artikel 6:10 BW.

Wenk

Het oordeel van de rechtbank dat Bestuurder B niet aansprakelijk is op grond van artikel 2:248 BW omdat de curator onvoldoende heeft gemotiveerd dat zich specifiek in de paar dagen binnen de driejaarstermijn een bestuurlijk verzuim heeft voorgedaan dat aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW rechtvaardigt, is opvallend. Het (onweerlegbare) vermoeden dat sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling indien niet (tijdig) is voldaan aan de openbaarmakingsplicht, is slechts beperkt door de voorwaarde dat geen sprake is van een onbelangrijk verzuim. Het gaat daarbij om de vraag of de schending van de openbaarmakingsplicht (of boekhoudplicht) zo onbelangrijk is dat deze geen kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur oplevert. Dat betekent dat het geringe aandeel

dat een *individuele* bestuurder heeft gehad niet door deze bestuurder kan worden aangevoerd als reden om een onbelangrijk verzuim aan te nemen (HR 1 november 2013, *NJ* 2014/7 (*Verify*)). Uit de uitspraak volgt niet dat de bestuurder een dergelijk verweer heeft beoogd/ingesteld, noch dat de rechtbank hier het oog op had.

S.W.M. Kessels, september 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 30-08-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:3475

Zaaknummer: C/08/282261 / HA ZA 22/203

Rechters: A.E. Zweers, A.M. van Diggele en S. Kuipers

Advocaten: A.T. Brouwer, O.J. de Vries en B.J.H.L. Brouwer

Wetsartikelen: 2:9 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Kan een bij vergissing betaalde vordering alsnog worden geherstructureerd in een WHOA-akkoord?

Per abuis zijn twee schuldeisers volledig betaald. Op aandringen van de Belastingdienst zijn hun (betaalde) vorderingen alsnog in het akkoord meegenomen. De rechtbank overweegt dat het maar de vraag is of homologatie van het akkoord tot een terugbetalingsverplichting van de betreffende schuldeisers leidt. Dit is een vraag voor de civiele rechter. Indien deze verplichting toch zou ontstaan, is dat op grond van een belangenafweging geen grond voor weigering van de homologatie. De rechtbank homologeert het akkoord.

Onderhavige zaak betreft de beslissing op een homologatieverzoek van een onderneming met een schuldenlast van circa € 22,2 miljoen en met 320 werknemers in dienst. Het akkoord is voorbereid in overleg met onder meer de Belastingdienst en is met een zeer grote meerderheid aangenomen. Slechts twee schuldeisers hebben niet gestemd. Een van hen heeft een zienswijze ingediend (de 'belanghebbende'), die inhoudt dat het akkoord niet moet worden 'goedgekeurd'.

De twee niet verschenen schuldeisers hebben op de dag dat de startverklaring werd gedeponneerd – en vier dagen na de in het akkoord gehanteerde fixatiedatum – per abuis door middel van automatische incasso volledig betaald gekregen. Hun vorderingen zijn desalniettemin op aandringen van de Belastingdienst in het akkoord meegenomen tegen een uitkeringspercentage van 20%. De schuldenaar is voornemens de terugbetalingsverplichting van de resterende 80%, die na homologatie volgens hem ontstaat, te verrekenen met toekomstige betalingsverplichtingen aan deze schuldeisers. De rechtbank beoordeelt of dit aanleiding geeft tot weigering van de homologatie op basis van de algemene afwijzingsgronden (art. 384 lid 2 Fw). De belanghebbende heeft geen beroep gedaan op de aanvullende weigeringsgronden (art. 384 lid 3 en 4 Fw).

De belangrijkste overwegingen komen aan bod bij de beoordeling van de 'overige'

weigeringsgrond van artikel 384 lid 2 sub i Fw. De rechtbank overweegt in dit kader ten eerste dat de schuldenaar geen rechtsgrond heeft aangevoerd op grond waarvan moet worden aangenomen dat al vóór de homologatie een terugbetalingsplicht is ontstaan. De vordering is door betaling teniet gegaan. Het hanteren van een fixatiedatum – de vordering werd in dit geval ná de gekozen fixatiedatum voldaan – leidt niet tot een terugbetalingsverplichting. Bij een herstructurering geldt niet het beginsel dat de positie van alle betrokkenen onveranderlijk wordt (het fixatiebeginsel dat wel in faillissement geldt). Ook voorziet de WHOA-regelgeving niet in een fixatiedatum.

Vervolgens beoordeelt de rechtbank of er door de homologatie wel een terugbetalingsverplichting zou ontstaan. Dat was wel de bedoeling van de schuldenaar, maar zonder nadere toelichting valt volgens de rechtbank niet goed in te zien waarom dit het geval is. Een akkoord heeft in het algemeen betrekking op het herstructureren van *schulden* en zal niet inhouden dat aan (gewezen) schuldeisers een nieuwe betalingsverplichting wordt opgelegd. Het is echter niet de WHOA-rechter die over dit geschil het laatste oordeel heeft; de uitvoering van het akkoord kan uiteindelijk onderwerp zijn van een civiele procedure tussen de schuldenaar en de belanghebbende.

Indien zou moeten worden aangenomen dat homologatie wel tot een terugbetalingsverplichting voor de reeds betaalde schuldeisers leidt, komt de rechtbank – mede op grond van een belangenafweging – tot de slotsom dat dit geen grond voor weigering van de homologatie is. Het akkoord zou dan mogelijk onredelijke gevolgen hebben voor de betaalde schuldeisers. Zij hebben betaald gekregen op een moment dat zij niet lijken te hebben geweten dat de schuldenaar bezig was met de voorbereiding van een akkoord. Toch zijn er meerdere redenen om het akkoord wel te homologeren. Zo was de voorwaarde van terugbetaling zeer belangrijk voor de instemming met het akkoord door de Belastingdienst. Het is niet onbegrijpelijk dat de schuldenaar die eis heeft ingewilligd, omdat het akkoord zonder instemming van de Belastingdienst waarschijnlijk niet was geslaagd. Andere redenen zijn de zeer grote meerderheid waarmee het akkoord is aangenomen en dat met het akkoord de werkgelegenheid voor 320 personeelsleden wordt behouden en € 17 miljoen aan schulden wordt gesaneerd. Tot slot noemt de rechtbank dat na de fixatiedatum nog € 500.000 voor lopende verplichtingen aan belanghebbende is betaald [toevoeging auteur: ten opzichte van circa € 8.000 die zou moeten worden terugbetaald]. Zij en andere leveranciers hebben daarom belang bij voortzetting van de commerciële band met de schuldenaar, aldus de rechtbank.

De rechtbank gaat dus over tot homologatie van het akkoord. In de uitspraak toetst zij ook nog uitvoerig aan de afwijzingsgrond van artikel 384 lid 2 sub d Fw (al dan niet voor een onjuist bedrag tot de stemming toegelaten) en – nu de informatie over de bewuste betalingen niet in

het akkoord was opgenomen – artikel 384 lid 2 sub c Fw (informatie in het akkoord). Tot slot wordt op verschillende plaatsen ingegaan op de reden dat bepaalde schuldeisers buiten het akkoord zijn gehouden, zoals het UWV (voor coronasteun), schuldeisers die minder dan € 5.000 hadden te vorderen en schuldeisers die als dwangcrediteur zijn aangemerkt. Dit geeft weer enige aanknopingspunten voor de vraag wanneer dit mogelijk is, met de kanttekening daarbij dat er geen uitgebreide toets plaatsvindt omdat het akkoord zo breed is gedragen.

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

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 03-08-2023

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2023:4187

Zaaknummer: FT RK 23/623

Rechters: P.J. Neijt, K.M. van Hassel en C.A.M. de Bruijn

Advocaten: A.W. de Man en M. Anneveld

Wetsartikelen: 384 Fw

RECHTSPRAAK

Onrechtmatige verkoop patenten leidt tot aansprakelijkheid voor de door gezamenlijke schuldeisers geleden schade

Naar het oordeel van het hof is het handelen van bestuurders geen directe oorzaak faillissement, zodat zij niet aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:248 BW. Het handelen van de bestuurders is wel onrechtmatig jegens de gezamenlijke schuldeisers. Dat het hof dit oordeelt, is opvallend, omdat de curator had gevorderd dat de bestuurders aansprakelijk werden gehouden voor door de failliete vennootschappen geleden schade.

In deze zaak staat de vraag centraal of twee bestuurders van Drent Holding B.V. ('Drent Holding'), Drent Goebel B.V. ('Drent Goebel') en Trend Graphic Services B.V. ('Trend') aansprakelijk zijn voor het tekort in de faillissementen van deze vennootschappen. De curatoren hebben hun vorderingen gebaseerd op verschillende gronden, namelijk kennelijk onbehoorlijk bestuur (artikel 2:248 BW), onbehoorlijke taakvervulling (artikel 2:9 BW) en onrechtmatig handelen (artikel 6:162 BW).

Het Drent-concern bestaat onder andere uit Drent Holding, Drent Goebel en Trend, actief in het ontwerpen, vervaardigen, reviseren en verkopen van (grafische druk)machines. Drent Holding is de enige aandeelhouder van Trend en Drent Goebel.

De curatoren betogen dat diverse transacties voorafgaand aan de faillissementen hebben geleid tot de uitholling van de vennootschappen. Zo verkoopt Drent Holding op 2 juli 2009 haar patenten voor € 2.000.000 aan een Duitse vennootschap, de grootste concurrent van Drent Goebel. De betaling vindt plaats op de bankrekening van Drent Holding bij KBC Bank, die de ontvangen koopprijs verrekent met haar vordering op het Drent-concern. Op 5 juli 2009 vraagt Drent Goebel haar eigen faillissement aan vanwege de intrekking van de kredietfaciliteit door KBC Bank, waardoor ze niet meer kan opereren. Op 6 juli 2009 wordt Drent Goebel failliet verklaard. Op 30 november 2009 volgt het faillissement van Trend, kort

na de verkoop van haar machines en voorraad.

De curatoren betogen dat de handelingen van de bestuurders, inclusief de genoemde transacties, belangrijke oorzaken zijn van de faillissementen van de vennootschappen volgens artikel 2:248 BW. Het hof oordeelt dat de transacties niet als belangrijke oorzaak kunnen worden beschouwd voor de faillissementen van Drent Holding en Drent Goebel, vanwege hun al bestaande liquiditeitsproblemen ten tijde van de transacties (r.o. 5.6-5.11). Bovendien had het faillissement van Drent Goebel gevolgen voor Trend, die volledig afhankelijk was van Drent Goebel. Zonder Drent Goebel kon Trend, die drukmachines die klanten inleverden, schoonmaakte, reviseerde en verkocht, geen gebruikte machines meer kopen en werden de werknemers van Trend ontslagen na het faillissement van Drent Goebel, omdat deze bij Drent Goebel in dienst waren. Dit leidde tot het stilvallen van de activiteiten van Trend. Het hof neemt aan dat het faillissement van Trend onvermijdelijk was en de verkoop van haar vermogensbestanddelen niet als een belangrijke oorzaak van het faillissement kan worden beschouwd (r.o. 5.31-5.32). Aldus deelt het hof het oordeel van de rechtbank: de bestuurders zijn niet aansprakelijk volgens artikel 2:248 BW.

Verder stellen de curatoren dat de bestuurders aansprakelijk zijn voor *alle door Drent Holding geleden schade* wegens onrechtmatig handelen. Ze stellen dat de bestuurders de belangen van de schuldeisers hadden moeten laten prevaleren, gezien hun mening dat Drent Goebel in feite (materieel) al failliet was (5.12). Het hof verschilt van oordeel met de rechtbank en oordeelt dat de bestuurders bij de verkoop van patenten kort voor het faillissement wel onrechtmatig hebben gehandeld *tegenover de gezamenlijke schuldeisers van Drent Holding* (r.o. 5.28). De bestuurders werkten mee aan de onrechtmatige selectieve betaling aan de bank in het zicht van het faillissement met als doel de verliezen van KBC Bank te beperken en deze bereid te vinden voor een doorstart. Terwijl de bestuurders hun eigen belangen bevorderden, zijn de gezamenlijke schuldeisers van Drent Holding benadeeld: de patenten waren niet langer beschikbaar voor verhaal door de schuldeisers. Het hof stelt dat de bestuurders zodanig onzorgvuldig hebben gehandeld tegenover de gezamenlijke schuldeisers dat hun een ernstig verwijt valt te maken.

Betreffende de onder de marktwaarde verkochte activa van Trend is het hof het niet eens met de curatoren dat het nooit zou zijn toegestaan om activa te verkopen in het zicht van faillissement. Het hof oordeelt dat dit niet is verboden, zolang de verkoop tegen reële prijzen gebeurt met inachtneming van de belangen van de vennootschap en haar schuldeisers. De verkoop van activa namens Trend werd echter gesloten door haar bedrijfsleider zonder voorafgaande toestemming van een van de bestuurders. Omdat Drent Goebel failliet was en het faillissement van Trend naderde, had de bestuurder die hiervoor verantwoordelijk was moeten zorgen voor zorgvuldige en reële prijzen bij deze transactie. Van het nalaten van

adequaat toezicht op deze transactie kan de betreffende bestuurder een ernstig verwijt worden gemaakt. Zodoende is die bestuurder aansprakelijk voor de door Trend geleden schade (r.o. 5.35).

De beslissing van het hof wijkt enigszins af van de vordering van de curatoren op grond van artikel 6:162 BW. De curatoren vorderen de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders voor de (nader te berekenen) schade die *de vennootschappen* hebben geleden. Het hof daarentegen beslist dat de bestuurders aansprakelijk zijn voor de door de *gezamenlijke schuldeisers* geleden en te lijden schade. De formulering van het oordeel en de beslissing van het hof sluiten aan bij een op onrechtmatige daad gebaseerde, zogenoemde *Peeters q.q./Gatzen-vordering* ('de PGV'). De ingestelde vorderingen van de curatoren verschillen van de PGV in zoverre dat deze afwijken van het te dienen belang, namelijk het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Reden waarom in cassatie is geklaagd dat het hof met zijn oordeel buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou zijn getreden door een PGV toe te wijzen, terwijl die niet was ingesteld (ECLI:NL:HR:2023:967, INS 2023-0154).

E. Ayerdem, september 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-10-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:9619

Zaaknummer: 200.249.147

Rechters: H.L. Wattel, B.J. Engberts en E. Baghery Ziabari

Advocaten: M. Wevers, R. Klein, H.S. Mensonides en R. van der Jagt

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