

Nieuwsbrief - INS Updates 2023-19

Nummer 19, 2023

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2023:1226](#) 15-09-2023

Vereisten faillietverklaring

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:7627](#) 12-09-2023

Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 lid 7 BW: zoon als feitelijk beleidsbepaler

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:2852](#) 07-09-2023

Misbruik van bevoegdheid bij aanvraag eigen faillissement

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:7446](#) 05-09-2023

'Sale and (ground)lease back'-constructie niet in strijd met artikel 42 Fw wegens gebrek aan wetenschap van benadeling

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:2819](#) 05-09-2023

Verrekening van pinbetalingen voor verpande voorraden

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:7399](#) 04-09-2023

Vernietiging faillissement in hoger beroep omdat betalingsregelingen zijn getroffen

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:2753](#) 29-08-2023

Verstrekken van (risicovolle) lening leidt niet tot onbehoorlijke taakvervulling/onbehoorlijk bestuur dan wel onrechtmatig handelen

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:2145](#) 15-08-2023

Artikel 47 Fw: betaling niet paulianeus omdat schuldeisers slechts een voordeel is ontgaan

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:5830](#) 11-07-2023

Faillissementsaansprakelijkheid en pauliana op grond van artikel 2:248 lid 9 BW

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2023:3893](#) 25-09-2023

WHOA-procedure Big Bazar: zelfs driemaal is geen scheepsrecht

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:3729](#) 20-09-2023

Bestuurdersaansprakelijkheid van bestuurders Megahome-concern

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:3727](#) 20-09-2023

Doorsluizen van gelden aan niet-gelieerde vennootschappen: onrechtmatig of niet?

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:8769](#) 15-09-2023

WHOA: verzoek om afkoelingsperiode wordt afgewezen vanwege het ontbreken van een liquiditeitsprognose en (verlies)financiering

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:8765](#) 15-09-2023

Ministerieplicht notaris levering woning in faillissement

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:8296](#) 06-09-2023

Salarisbetalingen paulianeus en bestuurders zorgstichting aansprakelijk voor privéuitgaven ten laste van de stichting

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:4492](#) 23-08-2023

Overschot faillissement komt toe aan gefailleerde en valt niet in de nalatenschap van zijn vader

RECHTSPRAAK

Verrekening van pinbetalingen voor verpande voorraden

Geen uitzondering op strenge regels van verrekening voor pinbetalingen ter zake van verpande voorraden.

In de onderhavige procedure poogt Rabobank voor gevallen van winkeluitverkoop van verpande voorraden een uitzondering uit te lokken op de strenge verrekenregels voor bankinstellingen.

De casus is overzichtelijk. Rabobank had kredieten verleend aan het concern waartoe Geddes & Gilmore Retail B.V. ('Retail') behoorde. Tot zekerheid van terugbetaling hield Rabobank onder andere pandrechten op de voorraden en vorderingen van Retail. Rabobank heeft toegestaan dat de kledingvoorraden van Retail aan haar klanten werden verkocht op voorwaarde dat de koopprijs op de bankrekening van Retail bij Rabobank zou worden voldaan. In de periode van 18 maart tot en met 8 april 2015 is op de beschreven wijze uitverkocht en is in totaal € 130.000 aan pinbetalingen van klanten op de bankrekening van Retail bij Rabobank bijgeschreven. Op 8 april 2015 heeft Rabobank de kredieten opgezegd en een dag later is tussen Rabobank en Retail een overeenkomst van afwijkende wijze van verkoop gesloten als bedoeld in artikel 3:251 lid 2 BW. Op 13 april 2015 heeft Retail haar eigen faillissement aangegeven, dat op 14 april 2015 is uitgesproken.

Het geschil gaat om de vraag of Rabobank bevoegd was om de pinbetalingen die in de periode tussen 18 maart tot en met 8 april 2015 op de bankrekening van Retail bij Rabobank zijn ingekomen te verrekenen. (De rentekwestie wordt voor doeleinden van deze bijdrage buiten beschouwing gelaten.) Partijen hebben afgesproken dat in de procedure ervan kan worden uitgegaan dat het peilmoment – lees: het moment waarop Rabobank niet meer te goeder trouw was in de zin van artikel 54 lid 1 Fw – 18 maart 2015 was. De curator betoogt dat Rabobank niet mocht verrekenen omdat zij niet te goeder trouw was en heeft op die grond primair gevorderd voor recht te verklaren dat Rabobank de pinbetalingen ad € 130.000 aan de boedel moest voldoen. Rabobank meent dat zij wel tot verrekening bevoegd zou moeten zijn. In eerste aanleg is de curator in het gelijk gesteld (Rb. Oost-Brabant 4 april 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1247).

De achtergrond van het debat is als volgt. Indien een debiteur van een schuldenaar zijn schuld aan deze voldoet door storting op diens bankrekening, maakt de bank zich door creditering van die rekening volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad tot debiteur van de schuldenaar (zie bijvoorbeeld HR 10 januari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB4313, NJ 1976/249, m.nt. Wachter (*Postgiro/Standaardfilms*) en HR 8 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:ACo457, NJ 1988/104 (*Loeffen q.q./BMH I*)). Volgens de Hoge Raad vloeit de bijschrijving niet voort uit een bestaande rechtsverhouding tussen de rekeninghouder en de bank in de zin van artikel 53 Fw en kwalificeert de creditering als schuldoverneming in de zin van artikel 54 lid 1 Fw, met als gevolg dat de bank niet is bevoegd zich ter zake van de overgenomen schuld op verrekening te beroepen als zij bij de creditering niet te goeder trouw is. Op deze strenge verrekenregels is tot nu toe slechts een uitzondering aanvaard voor gevallen waarin de vordering van de schuldenaar waarop door diens debiteur wordt betaald stil aan de bank is verpand (HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, NJ 1996/471 m.nt. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*)). Het probleem van de bank in situaties als de onderhavige is nu dat de koopprijsvordering op de klanten wegens winkerverkoop van voorraden niet met een verzamelpandakte is te verpanden. Die vordering ontstaat namelijk door aanbidding van de gewenste kledingstukken bij de kassa en gaat vrijwel gelijktijdig door onmiddellijke pinbetaling teniet. Tussen klant en verkoper bestaat in de regel ook niet reeds een rechtsverhouding. Zie over deze problematiek bijvoorbeeld helder A. Steneker, *Pandrecht (Monografieën BW nr. B12a)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, par. 3.48 en 3.50.

Vanwege de praktische onmogelijkheid om de pinbetalingen te verpanden betoogt Rabobank in deze procedure dat het redelijk en doelmatig is om banken in dit soort gevallen tot verrekening bevoegd te achten. Zij heeft daartoe diverse maatschappelijke argumenten aangevoerd, waaronder dat het peilmoment in praktijk lastig is vast te stellen, onmiddellijke winkelsluiting schadelijk en maatschappelijk ontwrichtend is, ook alleen de verkoop tegen betaling in contanten toestaan maatschappelijk ontwrichtend is en het opeisen van het krediet om een afwijkende wijze van verkoop te kunnen overeenkomen omslachtig, onzeker en kosten-inefficiënt is en ook de mogelijkheden van herstructurering of herfinanciering beperkt (r.o. 3.6). Het hof stelt evenwel het wettelijk stelsel van verrekening en verpanding voorop en oordeelt dat het betoog van Rabobank daarop afstuit. Hoewel het hof de praktische problematiek onder ogen ziet en bij wijze van oplossing zelfs de schrapping van het laatste zinsdeel van artikel 3:239 lid 1 BW noemt, meent het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten te gaan als het in dit geval een uitzondering op artikel 54 lid 1 Fw zou aanvaarden. De redelijkheids- en doelmatigheidsoverwegingen die Rabobank noemt zijn van rechtspolitieke aard en dienen door de wetgever te worden gewogen (r.o. 3.8). Het oordeel komt in zoverre materieel overeen met de uitspraak van de rechtbank in eerste aanleg. Met name vanwege de bestendiging van de strenge lijn in het recente(re) HR 23 november 2018,

ECLI:NL:HR:2018:2189 (*Eurocommerce*) – de strenge verrekenregels gelden ook als de gecrediteerde bankrekening aan de bank is verpand – ziet het hof geen aanleiding om op basis van oudere rechtspraak een (nieuwe) uitzondering aan te nemen. Nieuw in appel lijkt nog het betoog van Rabobank dat de bevoegdheid tot verrekening bescherming verdient onder het Eerste Protocol bij het EVRM, maar ook dat slaagt niet, omdat van een ongeoorloofde inbreuk op een eigendomsrecht van Rabobank geen sprake is (r.o. 3.10).

Het verloop van de procedure doet vermoeden dat Rabobank uit is op een principiële uitspraak en niet valt uit te sluiten dat zij de Hoge Raad daartoe in cassatieberoep zal aanzoeken.

J.O. Bijloo, oktober 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 05-09-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:2819

Zaaknummer: 200.312.919 01

Rechters: J.P. de Haan, F.C. Alink-Steinberg en H.R. Quint

Advocaten: T.H.D. Struycken en M.J. Blommaert

Wetsartikelen: 54 Fw

RECHTSPRAAK

Salarisbetalingen paulianeus en bestuurders zorgstichting aansprakelijk voor privéuitgaven ten laste van de stichting

De curator heeft ten aanzien van salarisbetalingen kort voor de faillietverklaring een beroep gedaan op artikel 47 Fw. Dit beroep wordt door de rechtbank gehonoreerd. De curator vordert ook betaling van diverse onzakelijke uitgaven van de stichting. Het gaat onder meer om hoge uitgaven in horecagelegenheden, reizen naar landen als Dubai en Curaçao en grote bedragen die zijn besteed aan (merk)kleding. De bestuurders moeten de onzakelijke uitgaven vergoeden aan de stichting.

Een stichting ('de stichting') is door de rechtbank Rotterdam in 2021 failliet verklaard. De stichting had twee bestuurders en exploiteerde een zorgonderneming in de regio Rotterdam waarmee zij ondersteuning en zorg leverde aan cliënten met een verstandelijke en/of psychische beperking in het kader van de Wet langdurige zorg, de Wet maatschappelijke ondersteuning en de Wet forensische zorg. Deze zorg werd vergoed door respectievelijk Zilveren Kruis, de gemeente Rotterdam en de Dienst Justitiële Inrichtingen. Het statutaire doel van de stichting is dan ook gefocust op de zorg op basis van voornoemde wetten. Na de indiening van het faillissementsrekest hebben de bestuurders nog salarisbetalingen aan zichzelf verricht. Daarnaast hebben de bestuurders voor zichzelf in privé op grote schaal (luxe)goederen aangeschaft op kosten van de stichting.

De curator van de Stichting heeft een aantal salarisbetalingen die door de stichting aan de bestuurders zijn verricht buitengerechtelijk vernietigd op grond van artikel 47 Fw. Ook stelt de curator verschillende betalingen aan de orde die hij heeft ingedeeld in verschillende categorieën. In de procedure vordert de curator een verklaring voor recht dat de salarisbetalingen zijn vernietigd, dan wel vernietiging van de betalingen. Ten aanzien van de andere betalingen stelt de curator zich op het standpunt dat sprake is van onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:9 BW, onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking en onrechtmatige daad. De curator motiveert dit standpunt per betaling, met de conclusie dat de

betalingen aan de bestuurders niet binnen het statutaire doel en de activiteiten van de stichting vallen.

De bestuurders stellen zich op het standpunt dat de salarisbetalingen niet paulianeus waren, aangezien sprake was van batchbetalingen en een reddingsoperatie in gang was gezet. De rechtbank verwerpt deze verweren en overweegt dat de curator heeft aangetoond dat de betalingen handmatig waren ingevoerd en uit niets blijkt dat sprake was van een reddingsoperatie. Ook staat vast dat sprake is van benadeling, nu het saldo ter beschikking zou hebben gestaan aan de gezamenlijke schuldeisers van de stichting als de betalingen niet waren verricht. De rechtbank concludeert dus dat sprake is van paulianeuze (salaris)betalingen.

De rechtbank oordeelt dat de bestuurders de stelling van de curator dat de administratie gebrekkig was niet voldoende gemotiveerd hebben kunnen betwisten. Aan de hand van de verschillende categorieën oordeelt de rechtbank dat de uitgaven niet binnen het statutaire doel van de stichting vallen, en de betalingen daarmee als kennelijk onbehoorlijk bestuur zijn aan te merken, en de bestuurders hiervan een persoonlijk ernstig verwijt te maken valt. De rechtbank acht het bijvoorbeeld niet geloofwaardig dat aanzienlijke uitgaven bij horecagelegenheden en vakanties naar bestemmingen als Dubai, zonder nadere administratieve onderbouwing die ontbreekt, als zakelijk zijn aan te merken. Ten aanzien van een grote post voor (merk)kleding komt de rechtbank tot dezelfde conclusie. Daarbij is ook relevant dat voornoemde gezondheidsrechtelijke regelgeving hoge(re) eisen stelt aan de administratie van een zorgonderneming, die naar haar aard publieke gelden onder zich heeft.

A.C. Frentz, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 06-09-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:8296

Zaaknummer: 644726

Rechters: J.M.J. Arts

Advocaten: E.R.P. von Hegedus en J.G.M. Roijers

Wetsartikelen: 47 Fw en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Faillissementsaansprakelijkheid en pauliana op grond van artikel 2:248 lid 9 BW

Bestuurder die haar overleden echtgenoot opvolgde aansprakelijk voor het boedeltekort na schending boekhoudplicht; verkoop appartement aan ex-schoondochter vernietigd op de voet van artikel 2:248 lid 9 BW.

De bestuurder van de failliete vennootschap HVG Novio Vastgoed BV ('HVG') wordt aansprakelijk gesteld op de voet van artikel 2:248 BW. Zij had op 8 mei 2014 haar overleden echtgenoot opgevolgd als bestuurder van die vennootschap en samen met haar zoon de aandelen in de vennootschap geërfd.

Aan de vordering heeft de curator onder meer een gestelde schending van de boekhoudplicht ten grondslag gelegd. De bestuurder heeft daar tegenover gesteld dat ze slechts haar overleden echtgenoot opvolgde, dat haar daarom eventuele gebrekkige administratie niet kan worden verweten en dat ze slechts bestuurder werd op grond van (gesteld slecht) advies van de accountant om de vennootschap, waarvan ze (een deel van) de aandelen had geërfd, te liquideren. Het hof overweegt dat zij twee jaar lang bestuurder is geweest voor het faillissement en dat ook wanneer zij de vennootschap slechts wilde liquideren bepaalde minimumvereisten gelden voor de boekhouding en dat die daaraan niet voldeed, althans niet voor zover de bestuurder stelt en bewijst.

Daarmee staat schending van de boekhoudplicht vast en wordt vermoed dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd en dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. De bestuurder voert tegen dit causaliteitsvermoeden aan dat de vennootschap in feite al jaren 'technisch failliet' was. Deze bewering wordt echter, aldus het hof, onvoldoende gestaafd door de gestelde feiten en bewijsstukken. Daarmee heeft de bestuurder onvoldoende aangevoerd om het vermoeden te ontzenuwen en wordt de bestuurder veroordeeld tot betaling van het boedeltekort aan de curator.

De curator heeft op de voet van artikel 2:248 lid 9 BW de verkoop van een appartementsrecht door de bestuurder aan haar (ex-)schoondochter buitengerechtelijk vernietigd. Het

appartement werd verkocht voor € 85.000, terwijl de WOZ-waarde € 228.000 bedroeg. De koopsom is niet aan de bestuurder overgemaakt, maar voldaan door middel van schuldoverneming, aldus nog steeds de curator. Vervolgens heeft de ex-schoondochter het appartement doorverkocht aan derden te goeder trouw. Het hof oordeelt dat de vernietiging van de verkoop slaagt, maar ontzegt aan die vernietiging alle rechtsgevolgen en veroordeelt in plaats daarvan de ex-schoondochter tot betaling van een geldbedrag aan de curator voor zover de bestuurder niet in staat blijkt tot voldoening van haar schuld aan de boedel.

Redactie, oktober 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 11-07-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:5830

Zaaknummer: 200.311.817

Rechters: G.P. Oosterhoff, D.M.I. de Waele en M.P.M. Hennekens

Advocaten: I. van Bakkum en R.J.W. Pijls

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Verstrekken van (risicovolle) lening leidt niet tot onbehoorlijke taakvervulling/onbehoorlijk bestuur dan wel onrechtmatig handelen

Naar het oordeel van het hof is geen sprake van bestuurdersaansprakelijkheid dan wel onrechtmatig handelen bij het verstrekken van een lening (zonder zekerheden), waar de later failliete (gelieerde) vennootschappen belang bij hebben gehad. In hoger beroep toont de curator onvoldoende aan dat (indirect) bestuurder onredelijke risico's heeft genomen bij het verstrekken van een lening voor een koopovereenkomst.

In deze zaak heeft het hof 's-Hertogenbosch zich gebogen over de vraag of het aangaan van een koopovereenkomst ('de deal') en een financieringsconstructie, zonder zekerheidsbeding, bestuurdersaansprakelijkheid dan wel onrechtmatig handelen oplevert, terwijl gelieerde vennootschappen daarbij belang hebben. De zaak draait om de volgende feiten.

Op 26 april 2013 zijn Holding N.V. en haar dochtervennootschappen Projects B.V. en Metaal B.V. failliet verklaard, waarbij de curator als curator is aangesteld. De vennootschappen waren actief in de interieurbouw. De geïntimeerde in hoger beroep ('de bestuurder') was enig bestuurder van Holding en indirect aandeelhouder van deze vennootschap. Holding was enig bestuurder van Projects en Metaal. De bestuurder is ook enig bestuurder en enig aandeelhouder van Z B.V.

Er bestond een rekening-courantverhouding tussen Z B.V. en Holding, waarbij Z. B.V. een schuld van ruim € 500.000 had aan Holding. In 2010 kocht Z B.V. machines, onderhanden werk, goodwill, voorraden, debiteuren en voertuigen uit de faillissementsboedel van Interieurbouw B.V. voor € 580.000, gefinancierd door Projects, zonder zekerheid te bedingen ('de deal'). Dit werd ten laste gebracht van de rekening-courantverhouding tussen Z B.V. en Projects. Projects droeg haar vordering op Z B.V. over aan Holding, waardoor de eerdere rekening-courantvordering van Holding op Z B.V. opliep tot € 895.150. Holding trof een

voorziening voor mogelijke oninbaarheid van die schuld ter waarde van € 586.745.

De curator stelt de bestuurder aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW, artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW. Hij eist de veroordeling van de bestuurder tot het betalen van het tekort in de faillissementen van Holding, Projects en Metaal, en/of tot het vergoeden van de geleden en nog te lijden schade.

In eerste aanleg zijn de vorderingen van de curator afgewezen. In hoger beroep voert de curator negen grieven aan. Hij betoogt dat de bestuurder als (indirect) bestuurder van Holding en Projects geen lening had mogen verstrekken aan Z B.V., wetende dat Z B.V. deze lening niet kon terugbetalen. Volgens de curator had (de bestuurder van) Z B.V. deze schuld niet mogen aangaan, omdat de bestuurder wist dat Z B.V. haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de door Holding en Projects geleden schade. De curator stelt dat de bestuurder een onverantwoord risico heeft genomen door de deal met Interieurbouw te sluiten en deze door Projects te laten financieren. Gezien de bestaande rekening-courantschuld aan Holding en de door haar getroffen voorziening, heeft de financieringsconstructie Z B.V. bevoordeeld ten koste van de gefailleerde vennootschappen. De financieringsconstructie was risicovol en valt aan te merken als onbehoorlijk bestuur (vergelijk Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 7 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5105). De curator concludeert dat de financieringsconstructie de gefailleerde vennootschappen heeft benadeeld.

Het hof oordeelt echter dat het verstrekken van een lening zonder zekerheden niet automatisch leidt tot onbehoorlijk bestuur, gezien de bijzondere omstandigheden in deze zaak. Het hof oordeelt dat de curator onvoldoende heeft gesteld en bewezen waaruit zou volgen dat de bestuurder Z B.V. heeft laten profiteren van investeringen ten koste van de andere gefailleerde vennootschappen. Het hof stelt dat de deal juist in het belang was van de latere gefailleerde vennootschappen, die behoefte hadden aan nieuwe orders en het onderhanden werk van de gefailleerde Interieurbouw konden overnemen. Het klantenbestand dat Z B.V. bij de deal verwierf, werd kosteloos overgedragen aan Projects, wat gunstig was voor deze vennootschap. Dat de bestuurder andere bedoelingen had met de lening aan Z B.V. voor de deal, heeft de curator onvoldoende onderbouwd.

Het hof wijst ook het argument van de curator af dat de deal voordeliger zou zijn geweest voor de gefailleerde vennootschappen als ze deze zelf hadden gesloten. Eveneens verwerpt het hof het betoog dat Z B.V. de schuld aan de gefailleerde vennootschappen heeft afgelost met geld dat haar niet toekwam. Het hof oordeelt dat zelfs als er risico's waren verbonden aan de financiering van de deal, dit op zichzelf geen onbehoorlijk bestuur of onrechtmatig handelen door geïntimeerde als bestuurder impliceert. Ook heeft de curator onvoldoende aangetoond

dat de bestuurder onredelijke risico's heeft genomen bij het verstrekken van de lening. Hoewel de gefailleerde vennootschappen meer liquide middelen zouden hebben gehad zonder de lening, betekent dit niet dat de financiering als onbehoorlijke taakvervulling of onrechtmatig bestuur moet worden beschouwd. Evenmin heeft de curator bewezen dat de bestuurder wist of redelijkerwijs had moeten weten dat Z B.V. de lening niet zou terugbetalen.

Concluderend wijst het hof de negen grieven van de curator af en bekrachtigt het hof het vonnis. De curator wordt veroordeeld tot het betalen van de proceskosten.

E. Ayerdem, oktober 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-08-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:2753

Zaaknummer: 200.312.119_01

Rechters: Y.L.L.A.M. Delfos-Roy en G.J.S. Bouwens

Advocaten: J.P. Bakkers en D. Stikkelbroeck

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:138/248 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

'Sale and (ground)lease back'-constructie niet in strijd met artikel 42 Fw wegens gebrek aan wetenschap van benadeling

Een curator gaat in hoger beroep tegen een vonnis waarin de door hem gevorderde vernietiging rechtshandelingen op grond van pauliana is afgewezen. Het hof Arnhem-Leeuwarden komt – net zoals de rechtbank – tot de conclusie dat geen sprake is van paulianeuze handelingen ex artikel 42 Fw en bekrachtigt het vonnis.

De feiten zijn als volgt. Een boer ('de boer') erft een stuk grond waarop onder andere een boerderij ('de boerderij') staat. Zes maanden voordat de boer failliet gaat, verkoopt hij de boerderij aan een derde ('geïntimeerde') voor € 350.000. Geïntimeerde geeft de boerderij vervolgens in erfpacht aan de boer voor een periode van 26 jaar met de optie om de boerderij na zeven jaar terug te kopen voor € 450.000 ('de erfpacht'). Als zekerheid voor de vordering tot betaling van de erfpachtcanon vestigt de boer verschillende zekerheidsrechten, waaronder een recht van hypotheek op de erfpacht ten behoeve van geïntimeerde.

Tussen partijen staat vast dat de 'sale and (ground)lease back'-constructie een onverplichte rechtshandeling is. De centrale vraag in hoger beroep: kan dit samenstel aan rechtshandelingen vernietigd worden op grond van artikel 42 Fw?

De curator grieft tegen het oordeel van de rechtbank dat geen sprake is van vernietigbaar handelen wegens het ontbreken van wetenschap van benadeling. Het hof stelt voorop dat het gezien de devolutieve werking van het hoger beroep – en het feit dat geïntimeerde de benadeling gemotiveerd betwist – bij het slagen van de grieven zal moeten onderzoeken of sprake is van benadeling. Het hof ziet zich daardoor genoodzaakt eerst te oordelen of sprake is van benadeling alvorens te beslissen over wetenschap ten aanzien van die benadeling.

Van benadeling is volgens het hof wel sprake. Conform geldende rechtspraak toetst het hof of de schuldeisers minder hebben ontvangen dan zonder de gewraakte rechtshandelingen het geval zou zijn geweest. In de hypothetische situatie zou de boedel van de failliet een boerderij

met een waarde tussen de € 410.000 (waardering volgens geïntimeerde) en € 460.000 (waardering volgens curator) bezitten, aldus het hof. Op deze boerderij zou nog een hypotheekrecht ter waarde van ongeveer € 60.000 zitten die van de waarde van de boerderij moet worden afgetrokken. Daar staat tegenover dat in het hypothetische scenario de schuldenlast € 350.000 hoger is. Dit is immers het bedrag dat de boer voor de verkoop ontving en volledig heeft gebruikt om al zijn toentertijd bestaande schulden te voldoen. In de feitelijke situatie bevat de boedel slechts een recht van erfpacht met een door het hof geschatte waarde van € 100.000. Vanwege het hypotheekrecht hierop gaat de waarde hiervan naar geïntimeerde en niet naar de gezamenlijke schuldeisers. Het actief waarop de schuldeisers verhaal zouden kunnen nemen is daarmee volgens het hof verminderd. De schuldeisers zijn zodoende – ondanks het feit dat er € 350.000 minder aan schuld is – benadeeld, aldus het hof.

Van wetenschap van benadeling is volgens het hof geen sprake. Het hof oordeelt eerst dat het bewijsvermoeden in artikel 43 lid 1 aanhef onder 1 FW niet van toepassing is. Volgens het hof is geen sprake van dusdanig ongelijke waarde van de tussen de boer en geïntimeerde geleverde prestaties. De € 350.000 die geïntimeerde voor de boerderij kreeg stond in verhouding tot de waarde van die boerderij bezwaard met een recht van erfpacht ter waarde van € 100.000. Vrij van huur en gebruik zou die waarde – volgens de curator – immers maximaal € 460.000 zijn. Ook de hoogte van de erfpachtcanon staat in verhouding tot de waarde van de boerderij vrij van huur en gebruik. Tot slot, het faillissement en het tekort daarin was voor geïntimeerde niet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien. Geïntimeerde kocht de boerderij juist zodat de boer al zijn schulden kon voldoen en met een schone lei kon beginnen.

G.P. van Hooft, oktober 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 05-09-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:7446

Zaaknummer: 200.313.956/01

Rechters: I. Tubben, G. van Rijssen en J. Smit

Advocaten: M. Loef en R.A. Shenouda

Wetsartikelen: 42 Fw en 43 Fw

RECHTSPRAAK

Vereisten faillietverklaring

Arrest Hoge Raad artikel 81 RO en conclusie van de A-G met betrekking tot vereisten faillietverklaring.

Eiseres is in gemeenschap van goederen gehuwd. Binnen de huwelijksgemeenschap valt een villa waarop Stichting Hypotheekobligaties Vrienden ('SHV') een recht van hypotheek heeft in verband met een – aan de echtgenoot van eiseres – verstrekte hypothecaire geldlening. Deze hypothecaire schuld valt tevens binnen de huwelijksgemeenschap. Op 16 september 2022 heeft SHV de rechtbank verzocht om eiseres in staat van faillissement te verklaren. Aan haar verzoek heeft SHV ten grondslag gelegd (a) dat eiseres mede gehouden is tot terugbetaling van de hypothecaire geldlening en tot betaling van de daarmee verband houdende rente en kosten, (b) dat eiseres niet voldoet aan haar betalingsverplichtingen jegens SHV, (c) dat zij daarnaast andere schuldeisers onbetaald laat en (d) dat zij daarmee verkeert in een toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. De rechtbank heeft eiseres bij vonnis van 30 november 2022 in staat van faillissement verklaard en dit vonnis is door het hof bekrachtigd. Eiseres heeft cassatieberoep ingesteld en klaagt dat het hof op ontoereikende gronden heeft geoordeeld dat zij verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. Volgens eiseres is de toereikendheid van haar vermogen om de vorderingen van de schuldeisers te voldoen niet beslissend voor het antwoord op deze vraag. Voorts keert eiseres zich met diverse klachten tegen de verwerping van haar verweer dat SHV misbruik van bevoegdheid maakt door haar faillissement aan te vragen.

Toestand opgehouden te betalen

Het eerste onderdeel van het cassatiemiddel keert zich tegen het oordeel van het hof dat de eiseres in de toestand verkeert waarin zij is opgehouden te betalen (art. 1 en art. 6 lid 3 Fw). Dit onderdeel is ongegrond. A-G Snijders overweegt dat sprake is van een dergelijke toestand indien de schuldenaar één of meer schulden niet (meer) voldoet die hij wel zou moeten voldoen en daarvoor geen geldige reden heeft, ongeacht of nu sprake is van betalingsonmacht of van betalingsonwil. De solvabiliteit van de schuldenaar is daarbij inderdaad niet relevant. Ook een insolvable schuldenaar – dat wil zeggen een schuldenaar wiens schulden (passiva) groter zijn dan zijn middelen of bezittingen (activa) – kan zeer wel (in staat zijn) zijn

schulden (te) blijven betalen. Het gaat erom dat de schuldenaar feitelijk niet betaalt. Dit wordt niet door het hof miskend. Het oordeel van het hof dat sprake is van de genoemde toestand, wordt immers al gedragen door de eerdere vaststelling dat eiseres meerdere vorderingen onbetaald laat. Daarbij merkt A-G Snijders op dat de vraag of sprake is van een dergelijke toestand zozeer verweven is met waarderingen van feitelijke aard dat de juistheid van het oordeel daarover in cassatie niet of nauwelijks kan worden onderzocht. Bovendien is sprake van een zekere beoordelingsvrijheid van de rechter, waarvan het gebruik zich in cassatie niet laat toetsen.

Misbruik van bevoegdheid

Het tweede onderdeel van het cassatiemiddel keert zich tegen het oordeel van het hof dat geen sprake is van misbruik van bevoegdheid door SHV. Dit middel is ook ongegrond. Het hof heeft volgens A-G Snijders begrijpelijk geoordeeld dat geen sprake is van misbruik van bevoegdheid door SHV omdat de aanvraag van het faillissement niet onnodig is. A-G Snijders overweegt daarbij dat misbruik van bevoegdheid voor het aanvragen van een faillissement niet makkelijk kan worden aangenomen en dat alleen onder bijzondere omstandigheden sprake kan zijn van misbruik. Een dergelijke omstandigheid kan zijn dat een faillissement wordt aangevraagd terwijl voldoening van de vordering via een andere weg mogelijk is. Dan is echter wel vereist (a) dat bij voorbaat moet vaststaan dat verhaal langs een andere weg mogelijk is en (b) dat de aanvrager zich bewust is van dat feit.

Arrest Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelt dat de klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van het arrest en geeft ex artikel 81 RO geen inhoudelijke motivering.

A.M.H. Nolte, oktober 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 15-09-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:1226

Zaaknummer: 23/00529

Rechters: C.E. du Perron, A.E.B. ter Heide en G.C. Makkink

Advocaten: P.A. Fruytier en M.S. van der Keur

Wetsartikelen: 81 lid 1 RO

RECHTSPRAAK

Doorsluizen van gelden aan niet-gelieerde vennootschappen: onrechtmatig of niet?

Bestuurders zijn persoonlijk aansprakelijk ex artikel 6:162 BW wegens onthouding van pachtinkomsten aan gefailleerden door deze door te sluizen naar niet-gelieerde vennootschappen om gelden buiten het bereik van de zekerheidsgerechtigde te houden.

Gedurende 2016 zijn een vijftal aan elkaar gelieerde bedrijven failliet verklaard, met aanstelling van een tweetal curatoren als zodanig ('de gefailleerde vennootschap(pen)'). De activiteiten van deze vennootschappen bestonden onder meer uit het verwerven van grond voor projectontwikkeling. De gefailleerde vennootschappen hadden twee bestuurders, hierna Bestuurder A en Bestuurder B.

Tot eind 2012 werden pachtgelden betaald aan één van de gefailleerde vennootschappen. Vanaf december 2012 heeft deze gefailleerde vennootschap de facturatie gestaakt en hebben Nebo Vastgoed BV, New Polder Grond BV ('NP Grond') en New Polder Investment BV ('NP Investment') de inning van pachtgelden overgenomen (hierna gezamenlijk: 'de NP-Vennootschappen'). Bestuurder A was vanaf 2020 bestuurder van Nebo, terwijl een derde bestuurder was (hierna Bestuurder C) van NP Grond en NP Investment. De NP-Vennootschappen waren niet gelieerd aan de gefailleerde vennootschappen.

De staking van de facturatie van de pachtgelden en voortzetting daarvan door de NP-Vennootschappen vormen de aanleiding en het onderwerp voor de procedure die tot onderhavige uitspraak heeft geleid. De curatoren spreken Bestuurder A, B en C aan tot vergoeding van de schade die het gevolg is van de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers die is ontstaan door de pachtinkomsten uit het vermogen van de gefailleerde vennootschappen te houden. Het betreft pachtinkomsten ter hoogte van € 207.193,14.

Dat de pachtinkomsten vanaf 2012 door de NP-Vennootschappen werden geïnd staat niet ter discussie, noch dat deze inkomsten aan de gefailleerde vennootschappen toekwamen. Verder is niet betwist dat het de bedoeling was om de pachtinkomsten buiten de gefailleerde

vennootschappen te brengen en nimmer meer daar terug te laten vloeien. De bedoeling was om deze gelden buiten het bereik van Rabobank te plaatsen, die daarop verhaalsmogelijkheden had.

Volgens de rechtbank betekent deze gang van zaken in beginsel dat er aan de gefailleerde vennootschappen toebehorend vermogen is onttrokken. In beginsel, want er kunnen volgens de rechtbank ook deugdelijke redenen zijn waarom dat niet het geval is. Als dergelijke redenen ontbreken, is echter sprake van een benadeling van de gezamenlijke schuldeisers.

Als reden voor de incasso van de pachtinkomsten door de NP-Vennootschappen wordt aangevoerd dat daarvoor een bonafide werkafpraak bestond, die achteraf als ongelukkig kon worden gekwalificeerd. Dit acht de rechtbank echter geen deugdelijke reden, omdat daarmee gelden buiten het verhaal van de gezamenlijke schuldeisers werden gebracht. Er bestond verder geen enkele verbondenheid tussen de gefailleerde vennootschappen en de NP-Vennootschappen. De werkafspraken waren bovendien niet schriftelijk vastgelegd, terwijl de gefailleerde vennootschappen slechts kosten maakten en geen profijt hadden van deze werkafspraken.

Het onttrekken van de pachtinkomsten aan de gefailleerde vennootschappen zou onder meer zijn ingegeven om deze buiten het bereik van Rabobank te stellen. Deze zou na een eerdere kredietopzegging een nieuwe overeenkomst met torenhoge rente hebben afgedwongen. Voor het goed functioneren van de bedrijfsvoering zouden daarom zo veel mogelijk middelen buiten het bereik van Rabobank moeten worden gebracht. Geheel vanzelfsprekend acht de rechtbank dit niet een valide reden. Niet alleen worden daarmee de middelen buiten het bereik van andere schuldeisers gebracht, maar verder betreft het ook een schoolvoorbeeld van het frustreren van verhaal.

Alles bij elkaar acht de rechtbank het handelen onrechtmatig jegens de gezamenlijke schuldeisers, waarbij vervolgens nog de vraag moet worden beantwoord of Bestuurders A, B en C daarvoor aansprakelijk zijn. Aan de hand van de maatstaf zoals uiteengezet in *Roelofsen/Ontvanger* acht de rechtbank ieder van de bestuurders aansprakelijk. Bestuurder A vanwege het feit dat hij de betrokken handelwijze heeft opgezet, bestuurder B omdat hij zich intensief bemoeide met het beleid van de gefailleerde vennootschappen en het uitvoeren van die handelwijze en bestuurder C omdat hij medewerking daaraan verleende. De Bestuurders treft volgens de rechtbank een persoonlijk ernstig verwijt.

M.Y.J. Smeets, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 20-09-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:3727

Zaaknummer: C/o8/285348 / HA ZA 22-320

Rechters: M.A.M. Essed, C.A. de Beaufort en T.J. Thurlings-Rassa

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

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

**Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 lid 7 BW:
zoon als feitelijk beleidsbepaler**

Bewijs dat de zoon van de formele bestuurders is opgetreden als feitelijk beleidsbepaler is voorshands geleverd, blijkens de verklaring van de zoon tegenover de Belastingdienst dat hij het bedrijf al geruime tijd hoofdzakelijk alleen runde.

Het gaat hier om een uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden naar aanleiding van een vordering van de curator op grond van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 lid 7 BW.

Appellant is curator in het faillissement van Kelder Slaapkamers & Woninginrichting Nijverdal B.V. ('Kelder Slaapkamers'). Kelder Holding Nijverdal B.V. ('Kelder Holding') is bestuurder en enig aandeelhouder van Kelder Slaapkamers. Een man en een vrouw, aangeduid als naam₂ en naam₁, zijn oprichters, aandeelhouders en bestuurders van Kelder Holding. De curator stelt dat hun zoon, aangeduid als geïntimeerde₁, is aan te merken als feitelijk leidinggevende/beleidsbepaler van Kelder Slaapkamers. Niet in geschil is dat iedere bestuurder van Kelder Slaapkamers in beginsel hoofdelijk aansprakelijk is voor het boedeltekort.

Het hof overweegt over het juridisch kader dat in de wetsgeschiedenis staat dat een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur vereist is om iemand als 'beleidsbepaler als ware hij bestuurder' te kunnen aanmerken. Hiermee is niet beoogd tot uitdrukking te brengen dat de feitelijk beleidsbepaler moet hebben bestuurd in plaats van en met uitsluiting van het formele bestuur. Uit het woord 'mede' in artikel 2:248 lid 7 BW kan worden afgeleid dat van feitelijke beleidsbepaling ook sprake kan zijn indien een of meer formele (middellijk) bestuurders hun taken als bestuurder bleven uitoefenen. Deze overwegingen zijn in navolging van een recent arrest van de Hoge Raad over dit onderwerp (HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:445).

Naar het oordeel van het hof heeft de curator zijn stellingen over het feitelijk bestuurderschap van de zoon voldoende onderbouwd. De curator heeft onder andere aangevoerd dat de zoon

tegenover de Belastingdienst heeft verklaard de onderneming al geruime tijd alleen te drijven. De zoon heeft onder andere aangevoerd dat de reden voor deze verklaring is dat de man ervoor heeft gekozen om de zoon naar voren te schuiven tijdens het belastingonderzoek om daarmee tijd te winnen en zich beter voor te kunnen bereiden op vragen van de Belastingdienst. Gelet op de gemotiveerde betwisting door de zoon is het aan de curator om zijn stellingen hierover te bewijzen.

Op grond van de inhoud van het controlerapport van de Belastingdienst acht het hof dat bewijs voorshands geleverd. Uit het rapport blijkt dat de zoon heeft verklaard dat zijn ouders in een echtscheiding verwickeld waren en dat zijn vader met ernstige gezondheidsproblemen kampte. Deze situatie vormt een direct verband met de verklaring van de zoon dat hij het bedrijf al geruime tijd hoofdzakelijk alleen runde. Deze verklaringen kunnen moeilijk anders worden begrepen. Het ligt dan ook op de weg van de zoon om tegenbewijs te leveren, door aannemelijk te maken dat zijn rol anders was dan wat hij daarover bij de Belastingdienst heeft verklaard.

Het hof heeft de zoon, overeenkomstig zijn aanbod, toegelaten tot dat tegenbewijs.

D.R.C. Smit, oktober 2023.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-09-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:7627

Zaaknummer: 200.313.775

Rechters: H.L. Wattel, R.A. Boon en J.P.H. van Driel van Wageningen

Advocaten: F. Kolkman en S.J. de Vries

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Ministerieplicht notaris levering woning in faillissement

De vraag of twijfel bestaat over de geldigheid van de titel moet worden beoordeeld naar de juridische stand van zaken op dat moment. Dat die situatie later kan veranderen, bijvoorbeeld door een andersluidende uitspraak in hoger beroep of in cassatie, doet daar niet aan af.

In een kwestie over de verkoop van de woning van een failliet vordert de curator in kort geding medewerking door de notaris aan levering van de woning. De notaris meent dat het onvoldoende duidelijk is of voor overdracht van de woning aan de kopers een geldige titel bestaat.

Deze onduidelijkheid is ontstaan in het kader van een verzoek op grond van artikel 69 Fw. Naar aanleiding van een hoger beroep tegen de beslissing van de rechter-commissaris, heeft de rechtbank de curator bevolen de koopovereenkomst die ten aanzien van de woning was gesloten te ontbinden. De curator heeft cassatie ingesteld tegen deze beslissing. Na de beslissing van de rechtbank heeft de voorzieningenrechter de tenuitvoerlegging van deze beslissing hangende het cassatieberoep geschorst. De curator is in een andere procedure door de voorzieningenrechter op vordering van de kopers van de woning veroordeeld tot levering van de woning. Zie over deze uitspraken, de voorgeschiedenis en andere procedures die in deze kwestie zijn gevoerd ook INS 2023-0160.

De voorzieningenrechter gebiedt de notaris om medewerking te verlenen aan levering van de woning. De geldigheid van de titel moet beoordeeld worden naar de situatie op het moment dat de voorzieningenrechter vonnis wijst. Op dat moment is door de curator een geldige overeenkomst gesloten die de curator op last van de voorzieningenrechter moet nakomen. De tenuitvoerlegging van een andersluidende uitspraak is door de voorzieningenrechter geschorst. De huidige juridische stand van zaken is van belang bij de beoordeling van de vraag of twijfel bestaat over de geldigheid van de titel, ook als die situatie nog kan veranderen.

H.J. de Kloe, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 15-09-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:8765

Zaaknummer: C/10/664944 / KG ZA 23-797

Rechters: Th. Veling

Advocaten: J.J.P.T. van Summeren

Wetsartikelen: 21 Wna en 69 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA-procedure Big Bazar: zelfs driemaal is geen scheepsrecht

De rechtbank wijst het verzoek van twee schuldeisers om een herstructureringsdeskundige aan te wijzen af, opnieuw omdat Big Bazar niet in staat is lopende verplichtingen te betalen. De rechtbank gaat niet akkoord met verschuiving van de fixatiedatum naar een later moment.

Nadat het verzoek van Big Bazar tot afkondiging van een afkoelingsperiode en het verzoek van de ondernemingsraad tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige zijn afgewezen, wordt door twee schuldeisers een derde poging gedaan om de rechtbank mee te krijgen met een WHOA-procedure. Ook deze derde poging mislukt.

De situatie is veranderd ten opzichte van de eerdere verzoeken, omdat een financier (BBBOR B.V.) bereid is € 2 miljoen te investeren om het liquiditeitstekort op te vangen om lopende verplichtingen te voldoen. BBBOR wil een aanvullend bedrag van € 2 miljoen investeren voor de aankoop van nieuwe voorraden.

Partijen zijn uitgegaan van een andere fixatiedatum dan de fixatiedatum waarvan Big Bazar in eerste instantie zelf was uitgegaan. Big Bazar was uitgegaan van de datum van deponering van de startverklaring, 22 augustus 2023. In dit verzoek wordt uitgegaan van een fixatiedatum van 19 september 2023, de datum waarop het faillissement van Big Bazar zou zijn uitgesproken als dit verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige niet was gedaan.

Ter zitting heeft de rechtbank gevraagd wat de gevolgen zouden zijn als de fixatiedatum vastgesteld zou worden op 22 augustus 2023. Hiervoor zou extra financiering van € 1,1 miljoen nodig zijn. BBBOR is niet bereid deze extra financiering te verstrekken. De rechtbank is van oordeel dat er in een geval als dit, waar een eerder verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode is afgewezen omdat lopende verplichtingen niet kunnen worden voldaan, geen ruimte is voor verschuiving van het fixatiemoment. Een ander oordeel zou leiden tot benadeling van schuldeisers. Omdat de extra financiering die nodig is als de peildatum wordt

vastgesteld op 22 augustus 2023 niet wordt verstrekt, oordeelt de rechtbank opnieuw dat Big Bazar niet verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen, omdat de lopende verplichtingen niet kunnen worden voldaan.

Verzoeksters worden, ondanks de vraag daarnaar, niet veroordeeld in de proceskosten omdat de te beoordelen situatie verschilde ten opzichte van de eerdere verzoeken die werden gedaan.

H.J. de Kloe, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 25-09-2023

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2023:3893

Zaaknummer: 191267

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

Advocaten: M.K. ter Horst en S.R. Effting

Wetsartikelen: 371 Fw

RECHTSPRAAK

Overschot faillissement komt toe aan gefailleerde en valt niet in de nalatenschap van zijn vader

Een derde deel van het saldo van een Zwitserse bankrekening waarvan de herkomst onduidelijk was, is toegevoegd aan de boedel. Hierover is een vaststellingsovereenkomst gesloten. Omdat geen afspraken zijn gemaakt over een overschot van dit bedrag, komt een dergelijk overschot toe aan de gefailleerde.

Het faillissement van een natuurlijk persoon ('de schuldenaar') is geëindigd omdat alle erkende schuldeisers volledig zijn voldaan en de slotuitdelingslijst onherroepelijk is geworden. Er staat nog ongeveer € 37.000 op de boedelrekening. De schuldenaar heeft de curator in zijn faillissement pro se gedagvaard en gevorderd dat dit bedrag, nadat een mogelijke ontnemingsvordering van het Openbaar Ministerie (OM) is voldaan, aan hem wordt overgemaakt.

De rechtbank verklaart de schuldenaar niet-ontvankelijk, omdat hij de curator in zijn hoedanigheid had moeten dagvaarden maar dat niet heeft gedaan. Weliswaar is het faillissement geëindigd, maar de (afwikkelings)taak van de curator is nog niet geëindigd. Desondanks oordeelt de rechtbank inhoudelijk over het geschil, omdat de curator een inhoudelijk oordeel wil en heeft toegezegd zich hieraan te houden.

De rechtbank oordeelt dat het bedrag dat overblijft na betaling van een mogelijke ontnemingsvordering aan de schuldenaar toekomt. De rechter-commissaris en de vereffenaar in de nalatenschap van de vader van de schuldenaar meenden dat het surplus zou vallen in de vereffening van de vader. De reden hiervoor is dat de moeder van de schuldenaar en de vereffenaar in de nalatenschap van de vader een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten ten aanzien van een saldo op een Zwitserse bankrekening met een onduidelijke herkomst. Afgesproken werd dat een derde deel van het bedrag in de nalatenschap zou vallen, een derde deel zou worden toegevoegd aan de boedel van een failliete bv en een derde deel zou worden toegevoegd aan de boedel van de schuldenaar. Een restant in het faillissement van de schuldenaar zou vanwege deze afspraak volgens de rechter-commissaris en de vereffenaar in

de nalatenschap vallen. De rechtbank is het hier niet mee eens.

In de vaststellingsovereenkomst is niets opgenomen over een eventueel surplus in het faillissement van de schuldenaar. De vereffenaar is een professionele partij en deze had over een eventueel surplus een regeling moeten opnemen in de overeenkomst als hij dat had gewenst. Ook de rechter-commissaris, die aanwezig was bij het maken van de afspraken, had erop kunnen wijzen dat een eventueel surplus in het faillissement aan de schuldenaar zou toekomen. Nu hierover niets is geregeld geldt de hoofdregel dat het vermogen dat overblijft nadat alle schulden zijn voldaan en na betaling van eventuele aanvullende kosten van de curator toekomt aan de schuldenaar.

H.J. de Kloe, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 23-08-2023

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2023:4492

Zaaknummer: C/16/539153 / HA ZA 22-300

Rechters: A.A.T. van Rens

Advocaten: J.K.A. van Loo en K. van de Peppel

Wetsartikelen: 193 Fw

RECHTSPRAAK

Vernietiging faillissement in hoger beroep omdat betalingsregelingen zijn getroffen

De schuldenaar heeft met de meeste schuldeisers betalingsregelingen getroffen. Het bedrag van de schulden ten aanzien waarvan geen betalingsregeling kon worden getroffen is op de derdengeldenrekening van de advocaat gestort. Alleen met de Belastingdienst is nog geen regeling tot stand gekomen, maar het hof acht het reëel dat dit na vernietiging van het faillissement alsnog lukt. De schuldenaar heeft voldoende inkomsten om de getroffen betalingsregelingen te kunnen nakomen.

Op verzoek van de Belgische vennootschap Plan Toys Europe BVBA ('Plan Toys') is een natuurlijk persoon failliet verklaard. De schuldenaar stelt hoger beroep in tegen het faillissementsvonnis. Hoewel vaststaat dat Plan Toys op het moment van het uitspreken van het faillissement een vordering had op de schuldenaar, meent de schuldenaar dat zij niet meer verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. Het hof gaat hierin mee en acht hiervoor het volgende redengevend.

Met diverse schuldeisers is een betalingsregeling getroffen. De eerste termijnen van de betalingsregelingen zijn overgemaakt op de derdengeldenrekening van de advocaat van de schuldenaar. Een schuldeiser is niet akkoord gegaan met de voorgestelde betalingsregeling, waarop het volledige bedrag van die vordering op de derdengeldenrekening van de advocaat is gestort. Ook een aantal andere vorderingen, waaronder de vordering van Plan Toys en een groot deel van het salaris van de curator, is op de derdengeldenrekening van de advocaat gestort. Het resterende deel van het salaris van de curator is beschikbaar op de eigen bankrekening van de schuldenaar.

Uitsluitend met de Belastingdienst is nog geen regeling getroffen. Wel is direct uitstel van betaling verleend totdat een betalingsregeling is getroffen. Het hof overweegt dat de verwachting dat de Belastingdienst instemt met een regeling reëel is. Omdat de schuldenaar

een maandinkomen heeft van € 8.000 tot € 9.000, is er voldoende verdien capaciteit om de overeengekomen betalingsregelingen na te komen. Een aantal opdrachten lopen af, maar de schuldenaar heeft aannemelijk gemaakt dat zij ook na het aflopen van deze opdrachten aan haar betalingsverplichtingen kan voldoen.

Hoewel de schuldenaar het door de curator voorgestelde salaris te hoog vindt, stelt het hof het salaris van de curator vast conform het voorstel van de curator. De urenspecificatie is voldoende concreet en de gemaakte kosten waren noodzakelijk. De faillissementskosten worden ten laste van de schuldenaar gebracht. Het hof compenseert de proceskosten in hoger beroep.

H.J. de Kloe, oktober 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 04-09-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:7399

Zaaknummer: 200.329.937

Rechters: H.C. Frankena, B.J. Engberts en H.M.L. Dings

Advocaten: R.C. Steenhoek en B.M. Breedijk

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 8 Fw

RECHTSPRAAK

Artikel 47 Fw: betaling niet paulianeus omdat schuldeisers slechts een voordeel is ontgaan

Het bedrag waarmee een vordering is betaald, is beschikbaar gesteld door partijen die geen schuld hadden aan de schuldenaar. Schuldeisers zijn daarom niet benadeeld door betaling van de vordering.

De curator van bedrijf 1 BV heeft op 2 september 2019 een vaststellingsovereenkomst gesloten met X BV. Op grond van deze overeenkomst zou X € 130.000 betalen aan de boedel van bedrijf 1. Dit bedrag is op 5 september 2019, via de rekening van bedrijf X, betaald door bedrijf 3 en bedrijf 4, al dan niet namens bedrijf 2. Op 26 september 2019 is X failliet verklaard. De curatoren van X vorderen op grond van artikel 47 Fw terugbetaling van het betaalde bedrag door de boedel van bedrijf 1.

In een tussenarrest van 16 mei 2023 (ECLI:NL:GHAMS:2023:1502) overwoog het hof dat schuldeisers moeten zijn benadeeld voor een geslaagd beroep op artikel 47 Fw. Als de betaling aan de boedel van bedrijf 1 niet ten laste is gebracht van het vermogen van X, zijn schuldeisers niet benadeeld maar is hen slechts een voordeel ontgaan (HR 22 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZCo182, (*Loeffen q.q./BMH II*)). De vraag die daarom voorligt is of X vorderingen had op bedrijf 3 of 4, althans of bedrijf 4 een lening die X heeft verstrekt aan bedrijf 2 heeft afgelost met de betaling aan X. De curatoren van X worden in de gelegenheid gesteld dit te bewijzen.

In het eindarrest oordeelt het hof dat de curatoren niet aan de hun gegeven bewijsopdracht hebben voldaan. De curatoren verwijzen enkel naar bevindingen in de eigen administratie van X, maar de stellingen die hieruit volgen worden door geen enkel bewijsstuk bevestigd. Dat door bedrijf 3 en/of 4 vorderingen van X zijn betaald is hiermee onvoldoende komen vast te staan. Het hof komt tot de slotsom dat de betaling aan de boedel van bedrijf 1 niet kan worden vernietigd op grond van artikel 47 Fw, omdat schuldeisers niet zijn benadeeld.

H.J. de Kloe, oktober 2023

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-08-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:2145

Zaaknummer: 200.303.081/01

Rechters: J.W.M. Tromp, W.J.J. Los en L. Alwin

Advocaten: L.V. Drenth en M.P. Dol

Wetsartikelen: 47 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid van bestuurders Megahome-concern

Bestuurdersaansprakelijkheid van bestuurders Megahome-concern. Vordering op basis van de schending van de administratieplicht wordt afgewezen. Door het opzetten van een 'beschermingsconstructie', waarmee vermogensbestandsdelen buiten de invloedssferen van de Rabobank werden gehouden, is echter toch sprake van onbehoorlijk bestuur.

De curatoren in de faillissementen van het Megahome-concern houden de twee bestuurders aansprakelijk voor het boedelkort op grond van artikel 2:248 BW. Volgens de curatoren hebben de bestuurders (i) de administratieplicht (ex art. 2:10 BW) geschonden, en (ii) van 2009 t/m de faillissementen in 2016 een constructie opgetuigd en uitgevoerd waarbij het vermogen van de vennootschappen werd overgeheveld naar andere rechtspersonen waarvan de bestuurders bestuurder waren.

Administratieplicht

Allereerst zijn de jaarrekeningen van 2013 te laat gedeponneerd. De rechtbank oordeelt echter dat sprake is van een onbelangrijk verzuim nu er sprake is van een beperkte termijnoverschrijding van nog geen vijf weken, die verklaard kan worden door (i) een vergissing van het bestuur, en (ii) het feit dat de boekhouder de samenwerking met het Megahome-concern beëindigde, waardoor de vennootschappen de jaarrekeningen opeens zelf moesten opstellen.

Verder voeren de curatoren aan dat hen niet de volledige administratie is overhandigd, en bepaalde schuldposities niet correct op de balans zijn verwerkt. Ook hier gaat de rechtbank niet in mee. Volgens de rechtbank kan uit het enkele gegeven dat niet de (volledige) administratie is overgelegd niet zonder meer worden afgeleid dat er geen afdoende administratie aanwezig is. Voor de onjuiste balansposten geldt volgens de rechtbank dat uit de jaarrekening wel blijkt dat er (aanzienlijke) schulden waren erkend, en dat daarmee aan de

(lage) eis van een afdoende administratie is voldaan.

Beschermingsconstructie

Volgens de rechtbank staat wel vast dat de bestuurders een constructie hebben opgetuigd en uitgevoerd waarbij het vermogen van de vennootschappen werd overgeheveld naar andere rechtspersonen (de 'beschermingsconstructie' genoemd). Deze beschermingsconstructie was bewust opgezet om (tegen de achtergrond van een dreigende kredietopzegging) vermogensbestandsdelen buiten de invloedsferen van de Rabobank te houden, zoals ook door de bestuurders wordt erkend. De beschermingsconstructie was dus gericht op het benadelen van de schuldeisers, in het bijzonder de Rabobank. Het opzetten van de beschermingsconstructie was daarmee onzedelijk en geen redelijk denkend en handelend bestuurder zou overgaan tot het verrichten van onzedelijke rechtshandelingen, aldus de rechtbank.

Volgens de bestuurders was niet de beschermingsconstructie, maar het gedrag van de Rabobank de oorzaak van het faillissement. Dit omdat de Rabobank (i) de financiering opzegde, (ii) in strijd met het gewekte vertrouwen opeens wilde dat extra assets werden ingebracht bij een vaststellingsovereenkomst, en (iii) een onereuze rentebepaling van 26,8 procent op jaarbasis hanteerde. De rechtbank gaat niet mee in deze verweren. Voor acties van Rabobank onder (i) en (ii) geldt volgens de rechtbank dat deze juist de consequentie waren van het opzetten van de beschermingsconstructie. Voor (iii) geldt dat dit een boeterente betrof, en de verschuldigdheid hiervan aan de bestuurders zelf te wijten is nu zij niet aan de verplichtingen onder de financieringsovereenkomst voldeden.

Verder voerden bestuurders onder andere nog het verweer dat de handelingen voor de beschermingsconstructie deels buiten de referteperiode van drie jaar voor faillissement vallen. Ook hier gaat de rechtbank niet in mee nu een groot deel van de rechtshandelingen voor de beschermingsconstructie binnen de referteperiode vallen, de beschermingsconstructie een voortdurend project was, en de bestuurders binnen de referteperiode nimmer de handelingen van voor de referteperiode hebben teruggedraaid. Door het niet terugdraaien van de rechtshandelingen van voor de referteperiode, is ook sprake van onbehoorlijk bestuur binnen de referteperiode.

De rechtbank verklaart dan ook dat de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het tekort in het faillissement op grond van artikel 2:248 BW, voor zover deze schulden de baten overtreffen.

S. Zonneveld, september 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 20-09-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:3729

Zaaknummer: C/o8/286834 / HA ZA 22-353

Rechters: T.J. Thurlings-Rassa, C.A. de Beaufort en M.A.M. Essed

Advocaten: M.T. Nooijen en C.J. van Dijk

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

WHOA: verzoek om afkoelingsperiode wordt afgewezen vanwege het ontbreken van een liquiditeitsprognose en (verlies)financiering

Om aan de vereisten voor een afkoelingsperiode te voldoen moet verzoekster inzichtelijk maken wat het gevolg van voortzetting is ten opzichte van een scenario van liquidatie. Daaraan heeft verzoekster niet voldaan.

Verzoekster exploiteert een aannemingsbedrijf in de bouw. Twee schuldeisers hebben een faillissementsverzoek ingediend, waarna verzoekster met hen een betalingsregeling heeft getroffen. Verder heeft de Belastingdienst diverse beslagen gelegd. In deze procedure verzoekt het aannemingsbedrijf de rechtbank om een afkoelingsperiode van vier maanden te gelasten op grond van de WHOA. De concurrente schuldenlast van verzoekster bedraagt circa € 2,5 miljoen en daarnaast heeft zij een preferente schuld van circa € 2,4 miljoen aan de Belastingdienst. Bij verzoekster zijn 32 werknemers in dienst. Verzoekster verwacht de lopende kosten te kunnen voldoen uit debiteurenbetalingen en wil het akkoord financieren met de positieve cashflow gedurende de afkoelingsperiode en met de overwaarde van het bedrijfspand (dat eigendom is van de bestuurder).

De rechtbank beoordeelt het verzoek om het gelasten van een afkoelingsperiode als volgt. Op grond van artikel 376 lid 4 sub b Fw is vereist dat op het moment dat de afkoelingsperiode wordt afgekondigd redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers met een afkoelingsperiode zijn gediend en derden met bevoegdheid tot verhaal op of opeising van goederen niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad. Om aan dit vereiste te voldoen zal verzoekster inzichtelijk moeten maken wat het gevolg is van een voortzetting van de onderneming tijdens de afkoelingsperiode ten opzichte van een scenario van liquidatie. Als uitgangspunt geldt dat lopende een afkoelingsperiode de verhaalspositie van de gezamenlijke schuldeisers niet mag verslechteren. Om deze reden zal de onderneming in de regel op basis van een liquiditeitsbegroting en het verloop van het werkkapitaal moeten laten zien wat de gevolgen zijn van voortzetting gedurende de afkoelingsperiode. Verzoekster

heeft echter (ook na uitdrukkelijke verzoeken van de rechtbank) geen liquiditeitsprognose overgelegd.

Het is tijdens de zitting gebleken dat verzoekster geen eenduidig zicht heeft op de in de komende maanden te betalen lasten en te ontvangen gelden. Verzoekster beschikt voorts niet over (verlies)financiering voor de beoogde afkoelingsperiode en eventuele reorganisatiekosten. De rechtbank heeft ook niet kunnen vaststellen dat verzoekster in een afkoelingsperiode uit positieve cashflow gelden zal kunnen reserveren voor (de financiering van) een akkoord. Verder zal voor de financiering van een akkoord uit de overwaarde van het bedrijfspand dit pand nog te gelde gemaakt moeten worden, terwijl de Belastingdienst beslag heeft gelegd op het bedrijfspand. De rechtbank concludeert daarom dat niet summierlijk is gebleken dat redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van verzoekster bij een afkoelingsperiode zijn gediend. Het valt verder niet redelijkerwijs aan te nemen dat de in artikel 376 lid 2 Fw bedoelde derden die het faillissementsverzoek hebben ingediend, niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad. Het verzoek wordt afgewezen.

M.M. Eveleens-van der Zwaag, september 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 15-09-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:8769

Zaaknummer: C/10/664612 HO RK 23/473

Rechters: B.A. Cnossen, R.P. van Eerde en P.J. Neijt

Advocaten: A. Mao

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Misbruik van bevoegdheid bij aanvraag eigen faillissement

Er is geen voor vereffening vatbaar vermogen aanwezig zodat een faillissement niet de aangewezen weg is.

In deze zaak moest het gerechtshof Den Bosch zich buigen over de vraag of geïntimeerde zijn bevoegdheid om het eigen faillissement aan te vragen heeft misbruikt.

Geïntimeerde is op 30 mei 2023 op eigen verzoek failliet verklaard. Het CJIB heeft hiertegen verzet ingesteld, maar het verzet is bij vonnis van 11 juni 2023 ongegrond verklaard. Daarvan is het CJIB in hoger beroep gekomen. Het CJIB stelt, gelet op artikel 3:13 BW, dat geïntimeerde misbruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid tot het aanvragen van zijn eigen faillissement. Hij zou zijn faillissement namelijk niet hebben aangevraagd met het doel zijn vermogen te laten verdelen onder zijn schuldeisers, maar om de tenuitvoerlegging van de ontnemingsmaatregel – in dit geval een gijzeling – te doorkruisen. Daar is het faillissement niet voor bedoeld.

Geïntimeerde heeft een verzoek tot uitstel van de tenuitvoerlegging van de gijzelingsmachtiging ingediend. Dit verzoek is afgewezen, waarna hij direct is begonnen met het opstellen van zijn verzoekschrift tot zijn eigen faillietverklaring. Volgens het CJIB is dit al genoeg om aan te nemen dat geïntimeerde zijn faillissement heeft aangevraagd om de gijzelingsmaatregel te doorkruisen. Daarbij verklaart geïntimeerde zowel in zijn faillissementsverzoek, als in zijn verweerschrift op het verzet van het CJIB, dat hij niet over vermogen beschikt dat in het kader van het faillissement kan worden verdeeld onder zijn schuldeisers. Geïntimeerde wil graag 'tot rust' komen door het faillissement. Geïntimeerde zou volgens het CJIB over een omvangrijk crimineel vermogen beschikken op grond waarvan de gijzelingsmachtiging is afgegeven. De uitvoering van deze machtiging wordt nu door het faillissement gefrustreerd.

Geïntimeerde is van mening dat hij als crimineel wordt behandeld, terwijl hij volledige openheid en medewerking heeft verleend. Volgens geïntimeerde toont het CJIB niet aan dat hij over een groot crimineel vermogen zou beschikken. Ter zitting heeft de curator nog verklaard dat hij niet voornemens is om onderzoek te doen naar de aanwezigheid van

vermogensbestanddelen. Dit heeft het OM immers al gedaan, waaruit niets naar voren is gekomen. De curator verwacht dat het faillissement na een periode van drie tot zes maanden vanwege een gebrek aan baten zal worden opgeheven.

Het hof is van oordeel dat geïntimeerde nadrukkelijk en bij herhaling heeft gesteld dat hij thans niet (meer) over enig vermogen beschikt, zodat er door een curator ook niets te vereffenen en te verdelen valt. Daarbij is er ook geen uitzicht op toekomstig inkomen om de faillissementskosten te betalen. Ook het feit dat geïntimeerde 'tot rust' wil komen speelt hierin geen rol. Hier is het faillissement niet voor bedoeld. Het tijdstip van indiening van het faillissementsverzoek speelt ook nog mee voor het hof. Dit versterkt namelijk de overtuiging van het hof dat geïntimeerde zijn faillissementsverzoek heeft ingediend om te ontkomen aan de gijzeling.

Het hof verklaart het verzet van het CJIB gegrond, vernietigt de vonnissen van de rechtbank en wijst het eigen verzoek tot faillietverklaring van geïntimeerde alsnog af.

K.C.S. Meekes & M.R. Beukering, september 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 07-09-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:2852

Zaaknummer: 200.329.813_01

Rechters: J.I.M.W. Bartelds, S.M.A.M. Venhuizen en R.L.G. Kraaijvanger

Advocaten: T.J. Crom en A.H.A. Beijersbergen

Wetsartikelen: 3:13 BW