

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 2, 2023

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:4179](#) 06-12-2022

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 lid 1 BW wegens doorstart zonder financiering

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:9177](#) 25-10-2022

Schorsing tenuitvoerlegging of uitvoerbaarverklaring bij voorraad leidt niet tot herleving opgeheven beslagen

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:64](#) 06-01-2023

Ontslag leden schuldeiserscommissie Imtech op eigen verzoek

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:50](#) 03-01-2023

Belang faillissement natuurlijk persoon ligt in beëindiging huurovereenkomst

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:51](#) 03-01-2023

Verzoek tot faillietverklaring toegewezen

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:11462](#) 28-12-2022

Toewijzing Peeters/Gatzen-vordering (art. 68 Fw)

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:11460](#) 28-12-2022

Depotbedrag na verkoop onroerend goed komt toe aan de failliet

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:11461](#) 28-12-2022

Geslaagd beroep op andere oorzaken faillissement en terugbetaling rekening-courant

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:11471](#) 28-12-2022

Incident 843a Rv tot afgifte door curator van kopie volledige pre-faillissementsadministratie

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:14287](#) 28-12-2022

Peeters/Gatzen-vordering tegen medewerkster administratiekantoor

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2022:11622](#) 22-12-2022

Opheffing surseance op verzoek schuldenaar

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:7673](#) 20-12-2022

WHOA: homologatie liquidatieakkoord

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:7652](#) 14-12-2022

HEMA heeft niet onrechtmatig gehandeld jegens haar achtergestelde obligatiehouders

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:7351](#) 06-12-2022

Afwijzing wrakingsverzoek

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:7368](#) 02-11-2022

Bestuurders failliete bv aansprakelijk na niet betalen btw, verstrekken ongedekte lening en onvoldoende beschermen van de bv tegen claims

RECHTSPRAAK

Peeters/Gatzen-vordering tegen medewerkster administratiekantoor

Een medewerkster van een administratiekantoor heeft voor het faillissement contante geldopnames van de bankrekening van de failliet gedaan. De rechtbank acht de daarvoor gegeven verklaring ongeloofwaardig en wijst de Peeters/Gatzen-vordering van de curator toe. Het administratiekantoor is ingevolge artikel 6:170 BW als werkgever hoofdelijk aansprakelijk.

Een besloten vennootschap die een transportonderneming exploiteerde, is gefailleerd. In de twee maanden voorafgaand aan het faillissement heeft een medewerkster van het administratiekantoor van de failliet dagelijks, veelal buiten werktijd, kleine bedragen gepind met de bankpas van failliet. Die had zij van de bestuurder ontvangen. In totaal heeft de medewerkster € 33.990 van de bankrekening van failliet opgenomen.

De curator spreekt de medewerkster en het administratiekantoor aan. Tegen de medewerkster stelt de curator een *Peeters/Gatzen*-vordering in. Zij stelt dat de medewerkster onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van failliet. Het administratiekantoor, Boratech Administraties B.V., spreekt zij als werkgever aan op grond van artikel 6:170 lid 1 BW.

De contante opnames staan tussen partijen niet ter discussie, wel de vraag of voor de opnames een rechtsgrond bestond en of de medewerkster gemachtigd was om deze te verrichten. Zij had hierover verklaard dat de bedragen zijn gebruikt om een geldlening van failliet af te betalen. De rechtbank acht die lezing niet geloofwaardig en wijst in dit verband op een groot aantal feiten en omstandigheden die tot twijfel leiden omtrent het bestaan van de geldlening en de machtiging. Onder meer was de lening niet op de bankrekening ontvangen, weken de handtekeningen van de vermeende leninggever op verschillende documenten af en waren er verklaringen overgelegd door iemand met een andere naam dan in de tenaamstelling van het betreffende e-mailadres was verwerkt. Ook wijst de rechtbank op het opmerkelijke gegeven –

zeker voor een medewerkster van een administratiekantoor – dat de lening zou zijn afgelost door middel van dagelijkse, kleine pinbetalingen.

De bedragen zijn derhalve zonder titel opgenomen, aldus de rechtbank, waardoor vermindering heeft plaatsgevonden van het actief van failliet en derhalve van de verhaalsmogelijkheden van de gezamenlijke schuldeisers. De benadeling was bovendien voorzienbaar, omdat de medewerkster wist dat er een substantiële boete aan failliet was opgelegd, die niet kon worden betaald. Door haar professionele achtergrond had de medewerkster bovendien moeten weten dat een faillissement aanstaande was en had zij – ook als zij daartoe wel was gemachtigd – behoren af te zien van de opnames. Er is daarom sprake van toerekenbaar onrechtmatig handelen. De schade wordt vastgesteld op het bedrag van de contante opnames.

Voor de hoofdelijke aansprakelijkheid van het administratiekantoor voor de fout van de medewerkster op grond van artikel 6:170 BW is verwijtbaarheid aan de zijde van haar als werkgever geen vereiste. De belangrijkste vraag was of de ‘kans op de fout door de opdracht is vergroot’, zoals artikel 6:170 BW vereist, waarvoor nodig is dat er een functioneel verband is tussen de werkzaamheden en de fout. Daarvan is volgens de rechtbank sprake, omdat het administratiekantoor de boekhouding van failliet in de ruimste zin heeft gevoerd. Uit niets volgt volgens de rechtbank dat failliet of de bestuurder de contante opnames als persoonlijke dienstverlening door de medewerkster heeft gekwalificeerd. Ook deze vordering wordt daarom toegewezen.

In dezelfde procedure had de curator de bestuurder aangesproken, tezamen met de partijen aan wie de activiteiten van failliet (indirect) waren overgeheveld. De vorderingen tegen deze partijen (op grond van artikel 2:248 BW respectievelijk artikel 6:162 BW) worden bij verstek toegewezen.

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

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 28-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2022:14287

Zaaknummer: C/09/19423 / HA ZA 21-924

Rechters: M.L. Harmsen

Advocaten: E.A.H. ten Berge, A.M. Schotte en G.M.S. Heutinck-Gomes

Wetsartikelen: 6:162 BW, 68 Fw en 6:170 BW

RECHTSPRAAK

Ontslag leden schuldeiserscommissie Imtech op eigen verzoek

VolkerWessels verzoekt om ontslag omdat de projecten die zij uitvoerde met Imtech zijn afgerond en zij een bedrag moet betalen aan Imtech. VolkerWessels is dus geen schuldeiser. De Ontvanger verzoekt om ontslag, omdat zijn vordering naar verwachting op korte termijn (vrijwel) volledig zal worden voldaan. De rechters-commissarissen worden in de gelegenheid gesteld een voordracht van dubbeltallen te doen voor de ontstane vacatures.

Twee leden van de schuldeiserscommissie in het faillissement van Imtech verzoeken om hun ontslag. Het betreft in de eerste plaats VolkerWessels die in verschillende joint ventures projecten uitvoerde met Imtech. Inmiddels zijn deze projecten afgerond en is de conclusie dat Imtech geld krijgt van VolkerWessels. VolkerWessels is dus geen schuldeiser. Ten tweede gaat het om de Ontvanger. De verwachting is dat de vordering van de Ontvanger op korte termijn (bijna) volledig zal worden voldaan, zodat de Ontvanger meent dat zijn lidmaatschap van de commissie niet langer gewenst is. De rechtbank voldoet aan het verzoek en ontheft VolkerWessels en de Ontvanger uit hun functie als lid van de commissie.

Door het ontslag van twee leden is er nog maar één lid over. De rechtbank oordeelt dat het wenselijk is dat de schuldeiserscommissie in functie blijft en dat op korte termijn twee nieuwe leden benoemd worden. Op grond van artikel 74 lid 2 Fw moet hiertoe een voordracht van een dubbeltal worden gedaan door de rechter-commissaris. De rechters-commissarissen in het faillissement van Imtech hebben een dergelijke voordracht nog niet gedaan en worden daartoe in de gelegenheid gesteld door de rechtbank.

H.J. de Kloe, januari 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 06-01-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:64

Zaaknummer: C/10/488101 / HA RK 15-943

Rechters: P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten, Th. Veling en J.M.J. Arts

Wetsartikelen: 74 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurders failliete bv aansprakelijk na niet betalen btw, verstrekken ongedekte lening en onvoldoende beschermen van de bv tegen claims

Het kennelijk onbehoorlijk bestuur bestaat uit drie elementen: het niet afdragen van btw, het verstrekken van een lening aan de schoonzoon van de bestuurder en het niet voldoende treffen van maatregelen om de bv te beschermen tegen claims.

In deze zaak wordt een aantal directe en indirecte bestuurders van een gefailleerde bv aangesproken op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW (jo. art. 2:11 BW). De vennootschap hield zich bezig met de verkoop van prefabwoningen. De bouw van de woningen werd in onderaanneming uitbesteed. Het door de curator gestelde kennelijk onbehoorlijk bestuur bestaat in wezen uit drie elementen: (1) het niet afdragen van omzetbelasting, (2) het verstrekken van een lening aan de schoonzoon van de indirect bestuurder en (3) het niet voldoende treffen van maatregelen om de vennootschap te beschermen tegen claims.

Vast staat wat betreft (1) dat er geen omzetbelasting door de bv is afgedragen. Dit komt doordat grote binnenkomende bedragen direct werden doorgestort naar een onderaannemer. Dat de bestuurder dit liet gebeuren getuigt, aldus de rechtbank, niet van een behoorlijke taakvervulling. Daaraan doet niet af dat de onderaannemer verklaard heeft bereid te zijn een borgstelling af te geven ter zake van de belastingschuld, nu die verklaring slechts een bereidverklaring betreft die geen zekerheid biedt dat de omzetbelasting alsnog zou worden voldaan. Wat betreft punt (2) is gebleken dat de bv een bedrag van € 227.000 heeft uitgeleend aan de schoonzoon van de indirect bestuurder zonder dat enige zekerheid werd bedongen. Niet is gebleken welk vennootschappelijk belang gediend was met het verstrekken van deze lening. Voor punt (3) geldt dat een aantal opdrachtgevers van de failliete bv claims heeft ingediend wegens schade uit hoofde van gebrekkige werkzaamheden. In totaal is voor € 778.960,43 aan claims ingediend. Van de bestuurder(s) mag in de gegeven omstandigheden, aldus de rechtbank, gevraagd worden dat zij de vennootschap tot op zekere hoogte beschermen tegen claims, zeker nu de vennootschap optreedt als hoofdaannemer en daarmee

eerstverantwoordelijke is richting haar opdrachtgevers zonder dat zij enige betrokkenheid heeft bij de totstandkoming van (in dit geval) de prefabwoningen.

In verband met het voorgaande concludeert de rechtbank dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Bovendien is dit een belangrijke oorzaak van het faillissement, nu de curator voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het handelen van de gedaagden ertoe heeft geleid dat de bv haar crediteuren niet meer kon voldoen. De vordering op de voet van artikel 2:248 BW wordt daarom toegewezen. Ook wordt een bestuursverbod voor de duur van vijf jaren opgelegd.

Redactie, januari 2023

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 02-11-2022

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:7368

Zaaknummer: C/05/402343 / HZ ZA 22-126

Rechters: K.H.A. Heenk, P.F.A. Bierbooms en mr. T. Hermans

Advocaten: A. Slaski en W. Hogenkamp

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

WHOA: homologatie liquidatieakkoord

Toewijzing verzoek tot homologatie van liquidatieakkoord. Een uitbater van hotels is door de coronacrisis in financiële problemen geraakt en heeft reeds haar activiteiten gestaakt. Verzoeker wil door middel van een liquidatieakkoord de schulden afwikkelen. De rechtbank constateert dat geen van de afwijzingsgronden van toepassing is en homologeert het akkoord.

Verzoeker is opgericht met als doel het uitbaten van hotels in Nederland, gericht op de zakelijke reiziger. In dat kader is op 1 november 2019 één hotel geopend. Als gevolg van de coronapandemie waren de inkomsten lager dan voorspeld. Verzoeker is in aanzienlijke financiële problemen geraakt door de reeds gemaakte aanloopkosten en de lage baten, en heeft in de zomer van 2021, na enkele pogingen om het tij te keren, besloten zijn activiteiten te staken.

Verzoeker heeft ter voorbereiding van de WHOA-procedure de rechten van schuldeisers en derden vastgesteld, debiteuren geïnd, financiering van de aandeelhouder aangetrokken, overeenkomsten beëindigd en onderhandeld over de (voorwaardelijke) verkoop van de inventaris.

Het akkoord omvat een *haircut* van de vorderingen: schuldeisers wordt betaling van een deel van de vordering geboden, in ruil voor finale kwijting. De schuldeisers zijn ingedeeld in twee klassen: één klasse met de enige preferente schuldeiser en één klasse met de concurrente schuldeisers. Na verkoop van de hotelinventaris kan het aangeboden percentage oplopen tot 52,55% (preferente klasse) en 26,08% (concurrente klasse). Onder voorwaarde van homologatie worden in het akkoord ook de intercompany-vorderingen kwijtgescholden. De preferente schuldeiser heeft voor het akkoord gestemd. In de klasse van de concurrente schuldeisers hebben alle schuldeisers die een stem hebben uitgebracht met het akkoord ingestemd.

De rechtbank overweegt dat zij rechtsmacht heeft, het verzoek ontvankelijk is omdat ten

minste één klasse met het akkoord heeft ingestemd, en dat uit artikel 384 lid 1 Fw volgt dat het verzoek tot homologatie moet worden toegewezen tenzij een van de afwijzingsgronden uit lid 2 zich voordoet, of een schuldeiser zich beroept op de afwijzingsgronden uit lid 3 of 4. Geen van de schuldeisers heeft van dit laatstgenoemde recht gebruikgemaakt.

De rechtbank constateert zonder nadere motivering dat geen van de algemene afwijzingsgronden van artikel 384 lid 2 Fw zich voordoet, en wijst het verzoek tot homologatie toe.

A.C. Frentz, januari 2023

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 20-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:7673

Zaaknummer: C/13/726075 FT RK 22.801

Rechters: K.M. van Hassel, M.P. de Valk en J.H. Steverink

Advocaten: mr. M.E.C. Lok en mr. J.H.M. van de Wiel

Wetsartikelen: 384 Fw

RECHTSPRAAK

Incident 843a Rv tot afgifte door curator van kopie volledige pre-faillissementsadministratie

Bestuurders hebben mede in verband met artikel 6 EVRM rechtmatig belang bij afgifte door curator van volledige pre-faillissementsadministratie. Een beroep op de AVG is geen gewichtige reden als bedoeld in artikel 843a lid 4 Rv.

Het onderhavige vonnis in incident is gewezen in het kader van een procedure waarin de curator van Abengoa Bioenergy Netherlands B.V. haar (voormalig) bestuurders op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk houdt voor het faillissementstekort; onder meer op grond van gestelde schending van de administratieplicht. De bestuurders vorderen van de curator op grond van artikel 843a Rv jo. 6 EVRM primair de verstrekking van een ongeclausuleerde kopie van de volledige pre-faillissementsadministratie tegen vergoeding van redelijke kosten dan wel subsidiair bepaalde in de processtukken vermelde bescheiden. De curator heeft verweer gevoerd.

De rechtbank toetst de vorderingen van de bestuurders aan de vereisten van artikel 843a Rv (r.o. 3.4-3.7). De primaire vordering heeft betrekking op stukken uit de administratie, ten aanzien waarvan de curator de bestuurders verwijt dat zij hun verplichtingen tot deugdelijk voeren daarvan hebben geschonden. Om die reden is volgens de rechtbank in ieder geval sprake van bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarbij de bestuurders partij zijn. Vanwege de inherente informatieongelijkheid – de bestuurders worden verwijten gemaakt op basis van administratie waarover zij niet meer beschikken maar die zij wel nodig hebben om zich tegen de verwijten te verweren – hebben zij bij de verstrekking voorts een rechtmatig belang. Dat belang wordt mede ingekleurd door het beginsel van *equality of arms* dat aan artikel 6 EVRM ten grondslag ligt. Zie in vergelijkbare zin bijvoorbeeld Rb. 's-Hertogenbosch 14 november 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY7562; Rb. Haarlem 10 oktober 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BX9895 en Hof 's-Hertogenbosch 11 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:703. De gevorderde bescheiden zijn ook voldoende bepaald, omdat het gaat om de pre-faillissementsadministratie waarvan de curator op een harde schijf een kopie

heeft opgeslagen.

De curator heeft zich onder andere op het standpunt gesteld dat de verplichtingen op grond van de AVG zich bij wijze van gewichtige reden tegen de gevorderde verstrekking zouden verzetten. De bestuurders hebben in dat verband kennelijk geweigerd een uitonderhandelde geheimhoudingsovereenkomst te voorzien van hun adresgegevens, waardoor deze niet is geformaliseerd. Omdat de geheimhoudingsovereenkomst bij naleving voldoende waarborgen voor de nakoming van de AVG-verplichtingen van de curator biedt en de bestuurders wel bereid zijn geweest om woonplaats te kiezen bij hun advocaat in Nederland, vormt een en ander geen gewichtige reden in de zin van artikel 843a lid 4 Rv (r.o. 3.9-3.12). Daarmee lijkt overigens nog niet uitgemaakt dat de verplichtingen uit hoofde van de AVG nooit een gewichtige reden zouden kunnen opleveren; bijvoorbeeld als geen vorm van geheimhouding zou zijn overeengekomen.

Tegen deze achtergrond heeft de rechtbank de primaire vordering van de bestuurders toegewezen en de curator veroordeeld in de proceskosten. Merk nog op dat de pre-faillissementsadministratie in verband met artikel 843a Rv – en ook artikel 3:15j sub d BW – moet worden onderscheiden van de boedeladministratie (vgl. r.o. 3.14: “De bestuurders hebben niet betwist dat de curator tijd nodig heeft om de boedeladministratie van de volledige administratie te scheiden (...).”). Voor verstrekking van de boedeladministratie biedt artikel 843a Rv vermoedelijk geen basis (zie onder 7 van de noot onder HR 8 april 2016, *JOR* 2016/80 (*Schmitz q.q./Aerts Europa*) met verwijzingen).

J.O. Bijloo, januari 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 28-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:11471

Zaaknummer: C/10/629178 / HA ZA 21-1012

Rechters: C. Bouwman, Th. Veling en J.M.J. Arts

Advocaten: J.P.M. Borsboom en G. te Winkel

Wetsartikelen: 843a Rv, 6 EVRM en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Afwijzing wrakingsverzoek

Inhoudelijke klachten en motiveringsklachten over de beslissingen van een rechter-commissaris vormen geen grond voor wraking.

In deze zaak zijn twee rechters-commissarissen gewraakt. Redenen voor het wrakingsverzoek zijn dat de rechters-commissarissen machtigingen hebben afgegeven tot binnentreden in de woning van verzoeker. Daarnaast hebben zij geweigerd de machtigingsverzoeken van de curator aan verzoeker te verstrekken.

Verzoeker verkeert in staat van faillissement en heeft zich met alle middelen rechtens verzet tegen de verkoop van zijn woning. Uiteindelijk heeft de Hoge Raad bepaald dat de woning in de faillissementsboedel valt zodat de curator deze ten behoeve van de schuldeisers moet verkopen. Daarbij is het noodzakelijk dat de curator de woning met een makelaar en potentiële kopers kan betreden. Daarom heeft de curator de rechters-commissarissen verzocht hem een machtiging te verlenen tot het binnentreden van de woning.

De rechters-commissarissen hebben de gevraagde machtiging verleend maar daartegen heeft verzoeker hoger beroep ingesteld. Vanwege de schorsende werking van het hoger beroep heeft de curator vervolgens een nieuw machtigingsverzoek ingediend dat eveneens door de rechters-commissarissen is gehonoreerd. Verzoeker heeft de onderliggende machtigingsverzoeken van de curator opgevraagd bij de rechters-commissarissen maar die weigeren deze te verstrekken. Verzoeker is niet door de rechters-commissarissen gehoord voordat de machtigingen werden verleend en stelt zich op het standpunt dat de beslissingen niet deugdelijk zijn gemotiveerd. Verzoeker meent dat deze omstandigheden leiden tot gerechtvaardigde twijfel over de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechters-commissarissen en dient daarom onderhavig wrakingsverzoek in.

De rechtbank overweegt dat de feiten en omstandigheden die ten grondslag zijn gelegd aan het wrakingsverzoek inhoudelijke klachten betreffen tegen de beslissingen van de rechters-commissarissen. De juistheid daarvan kan alleen worden beoordeeld als daartegen een rechtsmiddel (zoals hoger beroep) is aangewend. De wrakingsprocedure is daarvoor niet bestemd; die gaat uitsluitend over de (schijn van) vooringenomenheid van de rechter. De

rechterlijke beslissing zelf kan nooit grond vormen voor wraking.

De motivering van een rechterlijke beslissing kan in beginsel evenmin grond vormen voor wraking, zelfs niet als de motivering onjuist, onbegrijpelijk, gebrekkig of te summier wordt geacht of ontbreekt. Dit is uitsluitend anders indien de motivering in het licht van alle omstandigheden van het geval en naar objectieve maatstaven gemeten niet anders kan worden verstaan dan als blijk van vooringenomenheid (HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1413). Daarvan was in onderhavig geval echter geen sprake, temeer nu de curator verplicht was om de woning te verkopen.

Het wrakingsverzoek wordt afgewezen maar de rechtbank ziet aanleiding om daarbij een kanttekening te plaatsen. Tijdens de mondelinge behandeling heeft verzoeker gesteld dat een van de rechters-commissarissen voordat hij rechter werd, heeft gewerkt op het kantoor van de curator én in het faillissement van verzoeker als waarnemend curator een gesprek bij de Belastingdienst heeft bijgewoond. Als dit waar is, zou dit wél een grond voor wraking kunnen opleveren. Deze omstandigheid is echter niet aan het wrakingsverzoek ten grondslag gelegd.

K.C.S. Meekes, januari 2023

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 06-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:7351

Zaaknummer: C/05/410363 / KG RK 22-752

Rechters: E. Schippers, E. Boerwinkel en M.M. Klaasen

Advocaten: H. Loonstein en J.X. ten Velden

Wetsartikelen: 36 Rv

RECHTSPRAAK

Opheffing surseance op verzoek schuldenaar

Lopende verplichtingen en opeisbare rekening-courantvordering kunnen worden voldaan: opheffing surseance op verzoek van schuldenaar.

Deze uitspraak betreft een beslissing op een verzoek tot intrekking van een (voorlopig) verleende surseance van betaling. Deze keer betrof het niet het bijna in elke surseance voorkomende verzoek van de bewindvoerder op grond van artikel 242 Fw, maar een verzoek van de schuldenaar zelf op grond van artikel 247 Fw. Dit verzoek kan te allen tijde worden gedaan indien de schuldenaar weer in staat is te voldoen aan de (lopende) verplichtingen.

In deze kwestie betreft de schuldenaar een kwekerij die werd gedreven door twee broers. De twee broers waren beiden bestuurder en (indirect) aandeelhouder van de schuldenaar. De broers zijn op enig moment in onmin geraakt met elkaar en één van de twee is door de Ondernemingskamer ontslagen als bestuurder. De daarop volgende afwikkeling van de samenwerking tussen de twee broers heeft later geleid tot een oordeel van de Ondernemingskamer dat de schuldenaar aan de holdingvennootschap van de ontslagen bestuurder een bedrag van € 1.911.068 moet voldoen. De holdingvennootschap heeft geprobeerd deze vordering te incasseren en beslag gelegd op (onder andere) een aantal percelen grond van de schuldenaar. De holdingvennootschap heeft vervolgens het faillissement van de schuldenaar aangevraagd. De faillissementsaanvraag is nooit behandeld; de schuldenaar heeft de aanvraag gepareerd met een aanvraag van surseance van betaling waardoor de behandeling van het faillissementsverzoek werd geschorst.

De schuldenaar heeft drie schuldeisers: zijn twee aandeelhouders (de holdingvennootschappen van de twee broers) en Rabobank. Laatstgenoemde heeft een recht van hypotheek op de beslagen percelen grond en een vordering van € 2.362.500. Rabobank heeft de openbare verkoop van de percelen aangezegd en vervolgens een verzoek op grond van artikel 3:268 lid 2 BW ingediend om de percelen onderhands te mogen verkopen voor een bedrag van € 2.490.000. Dit bedrag ligt boven de getaxeerde executiewaarde. Rabobank heeft aangegeven uit de opbrengst van de percelen de vordering van de holdingvennootschap van

de ontslagen broer te voldoen.

Ondertussen draait de onderneming van de schuldenaar door en kunnen alle kosten worden voldaan. Uit de opbrengst van de percelen kan de holdingvennootschap worden voldaan. Redenen voor de schuldenaar om de rechtbank te verzoeken de surseance in te trekken.

De holdingvennootschap van de ontslagen broer verzet zich tegen de intrekking. Er is nog geen toestemming voor de verkoop van de percelen, er is geen (onvoorwaardelijke) toezegging van Rabobank dat haar vordering wordt voldaan en de verkoop van de percelen kan niet plaatshebben wegens een gelaste afkoelingsperiode.

De rechtbank gaat niet mee met de genoemde bezwaren. Er ligt namelijk een onvoorwaardelijk bod op de percelen, Rabobank stelt voorwaarden aan de betalingen van de vordering van de holdingvennootschap, maar die zijn niet onhaalbaar of problematisch en de rechtbank vindt de mededelingen van Rabobank over de bereidheid de vordering te betalen voldoende concreet. Verder geldt dat, aangezien de bieding op de percelen boven de getaxeerde executiewaarde ligt, het aannemelijk is dat de toestemming voor de onderhandse verkoop zal worden verleend.

Al met al is het wat de rechtbank betreft voldoende zeker dat de vordering van de holdingvennootschap zal worden voldaan en schaaft de intrekking van de surseance de schuldeisers niet. De surseance wordt daarom ingetrokken.

W.T.N. Vlasveld, januari 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 22-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2022:11622

Zaaknummer: C/15/22/3 S

Rechters: M.P. Valk

Advocaten: R.J. Bakker, H.B. De Regt en M.C. Schepel

Wetsartikelen: 247 Fw en 3:268 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

**Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248
lid 1 BW wegens doorstart zonder financiering**

***Het Hof Den Bosch concludeert dat de doorstart van een onderneming
zonder voldoende financiering in casu grond voor
bestuurdersaansprakelijkheid oplevert.***

House of Shoes Nederland B.V. en House of Shoes Retail B.V. ('HOS c.s.') gaan op enig moment failliet. HOS c.s. was de doorstart van het House of Shoes B.V. ('HOS oud'). De bestuurders van HOS c.s. ('de bestuurders') kochten de activa van HOS oud uit het faillissement en continueerden de onderneming onder HOS c.s. De bestuurders hebben de doorstart zelfstandig gedaan na het terugtrekken van een investeerder met wie HOS c.s. eerst zou gaan samenwerken. Uiteindelijk failleren de doorgestarte entiteiten en curator van HOS c.s. houdt de bestuurders aansprakelijk voor het boedeltekort.

De rechtbank oordeelde in eerste aanleg dat de bestuurders aansprakelijk zijn omdat zij HOS c.s. bewust zonder toereikende financiering hebben doorgestart. Volgens de rechtbank zou geen redelijk denkend bestuurder zonder financiering zijn doorgestart vanwege de toentertijd zwakke en onzekere schoenenmarkt.

In hoger beroep beoordeelt het hof allereerst of sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur in verband met het starten van de activiteiten in HOS c.s. In dat kader is volgens het hof van belang dat is komen vast te staan dat HOS c.s. van meet af aan een aanzienlijk liquiditeitstekort zou hebben zonder aanvullende financiering.

De vervolgvraag die het hof zichzelf stelt, is of de bestuurders ervan uit mochten gaan dat in de financieringsbehoefte zou worden voorzien. De bestuurders menen van wel. Er zouden betalingsafspraken zijn met schoenleveranciers over een langere betalingstermijn, een eenmalige financiering van €750.000 en een rekening-courantfaciliteit vanuit groepsvennootschap Helioform Quality Shoes B.V. ('Helioform'). Het hof gaat hier niet in mee. Volgens het hof is slechts komen vast te staan dat met een gering aantal leveranciers betalingsafspraken zijn overeengekomen. Met het merendeel van de schoenleveranciers zijn

geen harde afspraken gemaakt. Dat er gesproken is met de leveranciers en deze doorgaans coulant omgaan met de betalingstermijn, biedt onvoldoende zekerheid nu HOS c.s. een latere betaling niet kon afdwingen. Ook de eenmalige financiering ter hoogte van € 750.000 was onvoldoende om het structurele liquiditeitstekort op te lossen. HOS c.s. zou immers op grond van de prognose in de eerste twee maanden alleen al € 4 miljoen nodig hebben. Tot slot was volgens de bestuurders ten tijde van het faillissement circa € 1,5 miljoen beschikbaar in de rekening-courantfaciliteit. Het hof is echter van oordeel dat geen sprake is van een rekening-courantfaciliteit in de zin van een krediet op afroep. Het is slechts een rekening-courantfaciliteit waarin rechten en verplichtingen worden geboekt en verrekend. Bovendien blijkt uit de feitelijke gang van zaken dat slechts financiering werd geboden wanneer de financiële situatie van de groepsvennootschappen dat toeliet. Van een op structurele wijze oproepbaar krediet was dan ook geen sprake. Naar het oordeel van het hof bood de rekening-courantfaciliteit dan ook geen structurele oplossing voor het liquiditeitstekort.

Het hof concludeert dat de bestuurders van begin af aan verplichtingen zijn aangegaan waarvan vaststond dat HOS c.s. deze niet zou kunnen nakomen. Gezien de omvang en het structurele karakter van het liquiditeitstekort en het zwakke economische tij, mochten de bestuurders er volgens het hof niet op vertrouwen dat de financiering gaandeweg nog rond zou komen. Dit kennelijk onbehoorlijk bestuur heeft volgens het hof tot gevolg gehad dat onvoldoende liquiditeit bestond om de voorraden aan te vullen waardoor de benodigde omzet niet behaald kon worden. Daarmee is het een belangrijke oorzaak van het faillissement en staat aansprakelijkheid voor het boedeltekort vast, aldus het hof. Omdat ook andere omstandigheden hebben bijgedragen aan het faillissement en niet is gebleken dat de bestuurders persoonlijk voordeel hebben behaald, matigt het hof de aansprakelijkheid met 75%.

G.P. van Hooft, januari 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-12-2022

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:4179

Zaaknummer: 200.289.494_01

Rechters: E.H. Schulten, N.W.M. van den Heuvel en G. van der Wal

Advocaten: T.M. Schraven en M.J.W. van Ingen

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Verzoek tot faillietverklaring toegewezen

Deze uitspraak gaat over een door een schuldeiser ingediend en gehonoreerd verzoek tot faillietverklaring.

Deze uitspraak van de rechtbank Rotterdam gaat over de vraag of het verzoek van een schuldeiser tot het failliet verklaren van zijn debiteur moet worden toegewezen. Voor een faillietverklaring is nodig dat summierlijk blijkt dat (1) verzoekster een vordering op de debiteur heeft en (2) de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen.

Wat betreft (1) overweegt de rechtbank dat niet in geschil is dat verzoekster vanwege door de debiteur onbetaalde huurpenningen een vordering op hem heeft. Wat betreft (2) overweegt de rechtbank dat de steunvorderingen – een vordering van een leasemaatschappij en een vordering van een nutsbedrijf – niet, dan wel onvoldoende betwist zijn door verweester. Nu aan beide voorwaarden is voldaan, heeft de rechtbank het verzoek tot faillietverklaring toegewezen.

N. Lgarah, januari 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 03-01-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:51

Zaaknummer: 648927 FT RK 22-575

Rechters: M.C. Snel-van den Hout

Advocaten: C.E. Pfeiffer

Wetsartikelen: Artikel 1 Fw en Artikel 6 Fw

RECHTSPRAAK

Geslaagd beroep op andere oorzaken faillissement en terugbetaling rekening-courant

De curator verwijt twee bestuurders van failliet kennelijk onbehoorlijk bestuur. De vordering op grond van artikel 2:248 BW wordt afgewezen omdat de bestuurders erin slagen een andere oorzaak van het faillissement aan te wijzen. De curator vordert daarnaast schadevergoeding voor een aantal handelingen van de bestuurders. Diverse schadevergoedingsvorderingen worden toegewezen. De rekening-courantschuld van een bestuurder moet worden terugbetaald voor zover die niet is belast met een pandrecht. Het beroep van een van de bestuurders op disculpatie en matiging van de schadevergoeding wordt afgewezen. Het verweer van de bestuurders tegen de uitvoerbaarheid bij voorraad eveneens.

In 2017 is het faillissement van Vastgoed BV (fictieve naam) uitgesproken. Vastgoed BV werd tot oktober 2014 bestuurd door Bestuurder 1 en werd nadien bestuurd door Bestuurder 2. Bestuurder 1 houdt alle aandelen in Vastgoed BV en is tevens *ultimate beneficial owner* van diverse andere aan Vastgoed BV gelieerde (buitenlandse) entiteiten.

De curator vordert allereerst de bestuurders te veroordelen tot betaling van het boedeltekort op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur omdat sprake is van een schending van de administratieplicht. Die vordering wordt afgewezen omdat de bestuurders erin slagen een andere oorzaak van het faillissement aan te wijzen. De rechtbank besteedt daarom geen aandacht aan de vraag of de administratieplicht is geschonden. De bestuurders hebben aangevoerd dat het faillissement zijn oorzaak vindt in het mislukken van drie van haar vastgoedprojecten als gevolg van de vastgoedcrisis die in 2008 wereldwijd uitbrak, terwijl de curator deze oorzaak onvoldoende gemotiveerd heeft betwist.

De curator spreekt verder beide bestuurders aan op grond van artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW. De verwijten die de curator Bestuurder 1 maakt, komen in de kern neer op het volgende.

Op enig moment was het voor Bestuurder 1 kenbaar dat er door mislukte projecten flinke schulden voor Vastgoed BV waren ontstaan of onvermijdelijk zouden ontstaan. Desondanks heeft Bestuurder 1 bewerkstelligd dat het nog beschikbare actief zonder reële tegenprestatie aan Vastgoed BV werd onttrokken. Op die manier heeft hij het nemen van verhaal op Vastgoed BV en op zichzelf nagenoeg onmogelijk gemaakt. De curator verwijt Bestuurder 2 dat hij zich als katvanger heeft laten gebruiken.

Meer specifiek zien de verwijten van de curator op de gebrekkige boekhouding en bijsturing, het bezwaren van alle destijds nog onbezwaarde activa ten gunste van aan Bestuurder 1 gelieerde vennootschappen, het overdragen van vorderingen aan Vastgoed BV, het veroorzaken van schade in verband met de rekening-courantvordering van Vastgoed BV op Bestuurder 1 en het onttrekken van vermogen aan Vastgoed BV. Het gaat de omvang van deze samenvatting te buiten om elk verwijt te behandelen. De rechtbank schaaft zich met betrekking tot diverse verwijten achter de curator en veroordeelt de bestuurders voor enkele handelingen tot het betalen van schadevergoedingen, maar ook enkele verwijten van de curator worden door de rechtbank terzijde gelegd.

De curator vordert naast schadevergoeding ook betaling door Bestuurder 1 van zijn rekening-courantschuld aan Vastgoed BV. De rekening-courantschuld bedraagt circa € 7.200.000. In januari 2013 is ten gunste van een schuldeiser een pandrecht op de rekening-courantvordering gevestigd. De pandrechthouder heeft tijdens de verificatievergadering aangegeven dat zijn pandrecht rust op een bedrag van € 4.400.000. De curator vordert daarom betaling van het resterende bedrag van circa € 2.700.000.

De curator voert daartoe aan dat in het kader van de rekening-courantverhouding betalingen aan derden zijn gedaan ten gunste van Bestuurder 1. Daardoor zijn steeds nieuwe rechtsverhoudingen ontstaan. Voor zover die rechtsverhoudingen zijn ontstaan na de vestiging van het pandrecht, vallen de vorderingen niet onder het pandrecht, aldus de curator.

De rechtbank oordeelt dat een deel van de rekening-courantschuld is ontstaan door een lening van maximaal € 5.000.000 die Vastgoed BV heeft verstrekt aan Bestuurder 1. De leningsovereenkomst dateert van november 2011 – twee jaar voor de vestiging van het pandrecht. Het maximale leningsbedrag is in diverse tranches opgenomen tussen 2010 en 2017. Alle geldopnames berusten op dezelfde rechtsverhouding, namelijk de geldleningsovereenkomst. Omdat het pandrecht is gevestigd na het tot stand komen van de geldleningsovereenkomst rust het pandrecht op het volledige bedrag dat aan Bestuurder 1 is verstrekt, namelijk € 5.000.000. Het pandrecht rust daarmee echter niet op alle bedragen die – buiten de lening tot € 5.000.000 om – na de vestiging van het pandrecht zijn verstrekt aan Bestuurder 1. Bestuurder 1 wordt veroordeeld tot betaling van het deel van de rekening-

courantvordering dat niet met het pandrecht is bezwaard, circa € 2.200.000.

Het vonnis wordt uitvoerbaar bij voorraad verklaard, ondanks bezwaren van de beide bestuurders. In dit verband speelt steeds een belangenafweging, waarbij in dit geval in het voordeel van de curator wordt beslist. Dat komt met name omdat het restitutierisico voor de bestuurdes afwezig is. Bovendien hebben de bestuurders kennelijk in het verleden verhaal door de curator proberen te frustreren en dat wordt nu als zwaarwegende omstandigheid meegenomen.

A.L.M. van Rooij & J.E. van Nuland, januari 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 28-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:11461

Zaaknummer: C/10/605373 / HA ZA 20-958

Rechters: C. Bouwman, B. van Velzen en S.V. Hardonk

Advocaten: J.P. Koets

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

RECHTSPRAAK

Belang faillissement natuurlijk persoon ligt in beëindiging huurovereenkomst

Een natuurlijk persoon die zijn faillissement heeft aangevraagd, heeft op het eerste gezicht geen voor verhaal vatbaar vermogen. Toch spreekt de rechtbank het faillissement uit, omdat de schuldenaar er belang bij heeft dat een lopende huurovereenkomst in faillissement wordt opgezegd door de curator.

Een moeder heeft namens haar zoon zijn faillissement aangevraagd omdat de zoon gedetineerd is. Nadat de moeder een aanvullende volmacht heeft overgelegd, behandelt de rechtbank het verzoek. Hoewel het er vooralsnog op lijkt dat de zoon geen voor verhaal vatbaar vermogen heeft, wijst de rechtbank het faillissementsverzoek toe. De reden daarvoor is dat de zoon winkelruimte heeft gehuurd, terwijl de onderneming inmiddels is uitgeschreven uit het handelsregister. De huurovereenkomst loopt tot en met 31 januari 2024. De rechtbank overweegt dat de zoon belang heeft bij zijn faillissement, omdat de huurovereenkomst in faillissement door de curator kan worden opgezegd. Omdat de zoon in de faillissementstoestand verkeert, spreekt de rechtbank het faillissement uit.

H.J. de Kloe, januari 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 03-01-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:50

Zaaknummer: C/10/649430 / FT EA 22/1121

Rechters: M. Aukema

Wetsartikelen: 1 Fw en 39 Fw

RECHTSPRAAK

Schorsing tenuitvoerlegging of uitvoerbaarverklaring bij voorraad leidt niet tot herleving opgeheven beslagen

De curator van een failliete vennootschap heeft de (indirect) bestuurders van de vennootschap aansprakelijk gesteld. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen en door hem gelegde conservatoire beslagen opgeheven. De curator vordert bij incident schorsing van de tenuitvoerlegging of uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Het doel van de curator met deze vorderingen is dat de gelegde beslagen herleven. Het hof overweegt dat dit doel niet bereikt kan worden met deze vorderingen, omdat voor opheffing van beslagen geen tenuitvoerlegging nodig is.

De curator van Roelofs Kipper B.V. heeft de (indirect) bestuurders van deze vennootschap aansprakelijk gesteld. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen en conservatoire beslagen die de curator heeft gelegd opgeheven. In dit incident vordert de curator schorsing van de tenuitvoerlegging of uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Het doel van de curator met deze vorderingen is dat de opgeheven conservatoire beslagen herleven bij toewijzing van een van de vorderingen. De curator legt aan zijn vordering ten grondslag dat het vonnis van de rechtbank berust op een feitelijke en juridische misslag.

Het hof overweegt dat de kans van slagen van het hoger beroep bij de beoordeling van het incident buiten beschouwing blijft. De curator heeft onvoldoende omstandigheden naar voren gebracht die toewijzing van de incidentele vorderingen rechtvaardigen. Verder overweegt het hof, in lijn met de stellingen van de bestuurders, dat toewijzing van de incidentele vorderingen niet leidt tot herleving van de gelegde beslagen. Als de rechtbank bij constitutief vonnis beslist dat de beslagen worden opgeheven, is daarvoor geen tenuitvoerlegging nodig. Het beslag wordt opgeheven op het moment dat de rechtbank de opheffing uitspreekt. Schorsing van de tenuitvoerlegging of uitvoerbaarverklaring bij voorraad leidt daarom niet tot herleving van het beslag. Het hof wijst de vorderingen van de curator af.

H.J. de Kloe, januari 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-10-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:9177

Zaaknummer: 200.314.423/01

Rechters: J.H. Kuiper, J. Smit en P.S. Bakker

Advocaten: E.A.M. Claassen en I.M. Peeperkorn

Wetsartikelen: 235 Rv en 351 Rv

RECHTSPRAAK

HEMA heeft niet onrechtmatig gehandeld jegens haar achtergestelde obligatiehouders

HEMA heeft niet onrechtmatig gehandeld door de herstructurering waardoor eisers als achtergestelde obligatiehouders hun vorderingen hebben verloren. Eisers hebben in de financieringsdocumentatie diverse rechten prijsgegeven en daarnaast was de herstructurering noodzakelijk en omgeven met waarborgen.

In deze uitspraak staat de vraag centraal of HEMA onrechtmatig heeft gehandeld jegens haar achtergestelde obligatiehouders ('eisers') door te herstructureren met als gevolg dat de waarde van de obligaties verloren is gegaan. De rechtbank wijst de vorderingen af, met de volgende overwegingen.

Eisers waren bij het inschrijven op de obligaties goed geïnformeerd over hun positie in een uitwinningsscenario. De informatie was complex, maar bestemd voor professionele beleggers zoals eisers. Daarnaast had van hen kunnen worden verwacht dat zij advies van een deskundige hadden ingewonnen. Op basis van de financieringsdocumentatie wisten eisers dat zij een lagere rang hadden dan andere schuldeisers en nauwelijks een stem zouden hebben in geval van discontinuïteit. Daarmee hebben eisers bepaalde rechten prijsgegeven. Zij hadden ten minste moeten begrijpen dat zij in dat geval buitenspel konden worden gezet door andere (hoger gerangschikte) schuldeisers. In ruil daarvoor hebben eisers een hogere rente ontvangen. Jegens degenen die zich contractueel hebben verbonden om rechten prijs te geven, wordt in beginsel geen inbreuk gemaakt op een recht of in strijd gehandeld met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt als die rechten vervolgens worden gepasseerd.

Eisers betwisten voorts dat er voor HEMA een noodzaak was om te herstructureren. De rechtbank volgt eisers daarin niet. Er waren namelijk drie kernproblemen. HEMA had een grote schuldenlast (met zeer hoge renteverplichtingen) die zij op het moment dat deze diende te worden afgelost, niet kon herfinancieren. De kredietwaardigheid van HEMA was verlaagd, hetgeen het lastig maakte om nieuwe investeerders aan te trekken. Ten tweede was er een dreigende 'cross default' ten aanzien van de financieringen, waardoor de financieringen

mogelijk zouden worden opgeëist. Ten derde zorgde de coronapandemie voor liquiditeitsproblemen bij HEMA. Door al deze problemen was HEMA volgens de rechtbank genoodzaakt om te herstructureren ter voorkoming van een faillissement. Vervolgens gaat de rechtbank in op de vraag of HEMA de juiste methode heeft gevolgd om te herstructureren. HEMA heeft gemotiveerd uiteengezet dat er geen andere, haalbare alternatieven waren om de problemen en bedreigingen voor de continuïteit op te lossen. De rechtbank volgt HEMA hierin. Voorts bevatte het gevolgde traject (een *scheme of arrangement* naar Engels recht) diverse waarborgen en kon in het licht van de financieringsdocumentatie niet gesproken worden van een onterechte benadeling van eisers. Zij waren immers '*out of the money*'.

Tot slot hebben eisers nog gesteld dat HEMA onrechtmatig heeft gehandeld doordat zij met Ramphastos, een investeringsbedrijf van Boekhoorn, een overeenkomst heeft gesloten over verrekenbare verliezen. Ook deze grondslag faalt. Vanuit het perspectief van HEMA bezien is het logisch dat zij een eventueel groot belastingvoordeel heeft willen veiligstellen en daar geld voor over heeft gehad. Overigens heeft zij nog geen winst gemaakt en de verrekenbare verliezen nog niet kunnen gebruiken. Het is dus maar de vraag of het betaalde voorschot door Ramphastos kan worden behouden.

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

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 14-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:7652

Zaaknummer: C/13/708318 / HA ZA 21-898

Rechters: M.A.M. Vaessen, Q.R.M. Falger en R. le Grand

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en F.J.M. Hengst

Wetsartikelen: 3:251 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Depotbedrag na verkoop onroerend goed komt toe aan de failliet

Depotbedrag na verkoop onroerend goed komt toe aan de failliet. Geen sprake van een reële met hypotheekrecht versterkte vordering op de failliet.

De failliet was een onderneming die zich bezighield met binnen- en buitenlandse beleggingen in onroerend goed. Het faillissement is uitgesproken op 9 mei 2017.

De failliet was eigenaar van twee percelen die op 12 september 2013 zijn bezwaard met een tweede hypotheekrecht ten gunste van de gedaagde. Het betreft een zogenoemde bankhypotheek. De bestuurder van de failliet is tevens (middellijk) bestuurder en aandeelhouder van gedaagde (geweest).

De percelen zijn op 16 maart 2020 verkocht. Om de percelen onbezwaard te kunnen overdragen zijn de curator en gedaagde overeengekomen dat het hypotheekrecht van gedaagde wordt doorgehaald, onder voorwaarde dat een gedeelte van de verkoopopbrengst – € 700.000 – in depot wordt geplaatst. Partijen hebben een depotovereenkomst gesloten met de volgende afspraak: “In de procedure zal de curator zijn eis wijzigen. Hij zal vorderen dat de rechtbank voor recht verklaart dat geen sprake is van enige met hypotheekrecht versterkte vordering van gedaagde jegens de failliet, althans dat de rechtbank de omvang van de met hypotheekrecht versterkte vordering van gedaagde op de failliet vaststelt.”

De jaarrekeningen van zowel de failliet als gedaagde vermelden in de loop van de tijd een vordering van gedaagde op de failliet. De curator voert echter aan dat naast vermelding van de vordering in de jaarrekeningen nergens anders uit volgt dat er een vordering is ontstaan. Uit de administratie volgt bovendien dat er slechts gelden van de failliet naar gedaagde zijn gegaan, en niet andersom. Volgens de curator had de bestuurder van de failliet (en gedaagde) het in zijn macht om instructies te verstrekken over wat er in de jaarrekeningen moest worden opgenomen. Zonder verder bewijs kan niet zomaar worden aangenomen dat gegevens die zijn opgenomen in de jaarrekening feitelijk juist zijn. De rechtbank gaat hierin mee en oordeelt dat

gedaagde het betoog van de curator onvoldoende gemotiveerd heeft betwist.

De rechtbank concludeert voorts dat uit de eigen stellingen van gedaagde kan worden afgeleid dat gedaagde geen vordering heeft op de failliet.

Volgens de curator is de gestelde vordering van de gedaagde op de failliet gecedeerd, hetgeen werd bevestigd door gedaagde. Gedaagde beroept zich er vervolgens op dat zij van de huidige rechthebbende op de vordering een last heeft ontvangen om de vordering te incasseren. Het hebben van een last om de vordering te incasseren brengt echter niet met zich dat de lasthebber gerechtigde is tot de vordering. Ook hieruit volgt dat gedaagde geen vordering heeft op de failliet.

De rechtbank verklaart dan ook voor recht dat gedaagde geen vordering heeft op de failliet die geldend kan worden gemaakt onder het gevestigde recht van hypotheek. Het depotbedrag komt dan ook toe aan de failliet.

A.M.H. Nolte, januari 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 28-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:11460

Zaaknummer: C/10/602834 / HA ZA 20-805

Rechters: C. Bouwman, B. van Velzen en S.V. Hardonk

Advocaten: J.P. Koets

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Toewijzing Peeters/Gatzen-vordering (art. 68 Fw)

Het doelbewust onttrekken van activa aan een technisch failliet bedrijf levert hoofdelijke aansprakelijkheid op naar aanleiding van een door de curator ingestelde vordering ten behoeve van benadeelde schuldeisers.

De curator van gefailleerd Bedrijf 01 ('het bedrijf') heeft ten behoeve van de schuldeisers onder meer een schadevergoedingsvordering ingesteld. Door diverse rechtshandelingen zijn activa aan het bedrijf onttrokken waardoor zowel het bedrijf als de schuldeisers zijn benadeeld. De curator heeft de vordering ingesteld jegens partijen die bij de onttrekking c.q. benadeling betrokken waren.

De bevoegdheid om een dergelijke vordering in te stellen vloeit voort uit artikel 68 Fw op grond waarvan de curator belast is met het beheer en de vereffening van de boedel. Deze schadevergoedingsvordering wordt ook wel *Peeters/Gatzen-vordering* genoemd. De opbrengst van een *Peeters/Gatzen-vordering* valt in de boedel en wordt volgens de wettelijke rangorde verdeeld onder de (boedel)schuldeisers.

Gedaagden zijn op diverse wijzen verbonden aan het bedrijf. Het betreft natuurlijke personen en rechtspersonen in binnen- en buitenland. Partijen hebben ter zitting gekozen voor de rechtbank Rotterdam als internationaal bevoegde rechter en voor Nederlands recht als toepasselijk recht.

Ten aanzien van de *Peeters/Gatzen-vordering* voeren zij het verweer dat geen sprake is van generieke schuldeisersbenadeling. Zij stellen dat sommige crediteuren nog geen crediteur waren van het bedrijf ten tijde van de door de curator gestelde onttrekkingshandelingen.

De rechtbank oordeelt echter dat op grond van het arrest Nimox/Van den End q.q. uitgangspunt is dat de curator vanaf de faillietverklaring in het belang van de schuldeisers kan handelen. Mogelijke juistheid van het feit dat crediteuren van het bedrijf ten tijde van de verweten handelingen nog geen crediteur waren, brengt niet met zich dat geen sprake is van generieke schuldeisersbenadeling.

Het bedrijf hield zich voor faillissement bezig met het investeren in vastgoedprojecten in binnen- en buitenland. Door de wereldwijde vastgoedcrisis vanaf 2008 was het bedrijf vanaf 2013 nauwelijks actief. Met het oog op diverse (uiteindelijk mislukte) vastgoedprojecten waren geldleningen verstrekt aan het bedrijf door diverse partijen. De Oostenrijkse bank Vorarlberger Landes- und Hypothekenbank Aktiengesellschaft had een vordering die na uitwinning van voor de geldlening in ruil verkregen zekerheden € 9,7 miljoen bedroeg. Verder had de vennootschap Multiquest in 2013 diverse geldleningen verstrekt aan het bedrijf ten belope van ruim € 4 miljoen. Na een geschil over de uitleg van de in verband met deze geldleningen gesloten overeenkomst is op 17 januari 2017 in hoger beroep bekrachtigd dat het bedrijf ruim € 6 miljoen aan Multiquest verschuldigd was. Doordat het bedrijf sinds 2013 nauwelijks activiteiten ontplooië, kon het niet aan de betalingsverplichtingen voldoen. Feitelijk was het bedrijf vanaf dat moment technisch failliet.

Vervolgens heeft 'gedaagde 1' (bestuurder en later gevolmachtigde van het bedrijf) in 2013 een Curaçaose stichting opgericht ('gedaagde 3'). Daarin is een deelneming van 'gedaagde 2' in Nieuwe Zijds 50 B.V. ondergebracht. Deze deelneming werd indirect door het bedrijf gehouden en werd hierdoor aan de activa van het bedrijf onttrokken. Later is de deelneming verkocht aan een derde. De verkoopopbrengst (ruim € 4 miljoen) kwam terecht bij 'gedaagde 4' waarvan 'gedaagde 1' *ultimate beneficial owner* (UBO) is.

Ten aanzien hiervan hebben gedaagden aangevoerd dat aan deze overdracht fiscale motieven ten grondslag lagen. Die motieven zijn niet geconcretiseerd. De rechtbank oordeelt dat eventuele fiscale voordelen niet rechtvaardigen dat activa worden onttrokken aan een technisch failliet bedrijf. Op basis van e-mailcorrespondentie zijn de motieven daarbij niet geloofwaardig. Hieruit kan worden afgeleid dat door 'gedaagde 1' werd beoogd verhaal op het bedrijf te bemoeilijken.

In samenhang met deze e-mailcorrespondentie waaruit de onzuivere intenties van deze onttrekkingsconstructie volgen, oordeelt de rechter dat 'gedaagde 1' en door hem beheerste rechtspersonen een onrechtmatige daad jegens het bedrijf en diens schuldeisers hebben gepleegd. Gedaagden zijn op grond van artikel 6:102 BW hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die het bedrijf en de schuldeisers hierdoor hebben geleden.

De rechtbank maakt onderscheid tussen 'gedaagden' en 'gedaagde 5'. Deze persoon is een vriend van 'gedaagde 1' en heeft in juni 2014 de aandelen van de failliete vennootschap in 'bedrijf 2' gekocht voor € 1. Ten aanzien van 'gedaagde 5' kan naar het oordeel van de rechter niet worden vastgesteld dat hij betrokken was bij dan wel wetenschap had van de onttrekkingsconstructie. De deelneming in Nieuwe Zijds was al anderhalf jaar voordat 'gedaagde 5' de aandelen in 'bedrijf 2' verwierf vervreemd. Hij is daarom niet

aansprakelijk voor de door het bedrijf en diens schuldeisers geleden schade.

De rechtbank wijst het gevorderde voorschot van het schadevergoedingsbedrag ten belope van € 4 miljoen toe. Vermoedelijk ligt het daadwerkelijk geleden schadebedrag hoger, zodat tevens de gevorderde verwijzing naar de schadestaatprocedure wordt toegewezen. Voorts is het vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Naar het oordeel van de rechtbank weegt het spoedeisend belang van de curator om te beschikken over een executoriale titel zwaarder dan het belang van gedaagden dat zij geen verhaal meer zouden kunnen nemen op de boedel ingeval een voor hen voordelig vonnis wordt gewezen in hoger beroep.

D.R.C. Smit, januari 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 28-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:11462

Zaaknummer: C/10/605844 / HA ZA 20-981

Rechters: C. Bouwman, B. van Velzen en S.V. Hardonk

Advocaten: J.P. Koets

Wetsartikelen: 68 Fw