

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 20, 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:2023:1372](#) 06-10-2023

Arrest Hoge Raad inzake Heiploeg: pre-pack is niet geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2023:1354](#) 29-09-2023

De aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van een bepaalde uitleg is een relevant gezichtspunt bij de uitleg van algemene (bank)voorwaarden. Met wenk

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2023:9670](#) 04-10-2023

Geen aansprakelijkheid voor boedeltekort door weerlegging vermoeden artikel 2:248 lid 2 BW

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2023:4234](#) 09-08-2023

Documentatie niet op orde, dus vordering is niet verpand

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:7234](#) 10-05-2023

Vordering ex artikel 2:248 BW toegewezen; vordering terzake bestuursverbod ingetrokken

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2023:6538](#) 17-03-2023

Paulianabescherming in WHOA-procedure: machtigingen voor verkoop van onroerend goed, verstrekken van leningen met zekerheidsrechten, vergezeld met afkondiging afkoelingsperiode

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2021:7103](#) 20-09-2021

WHOA: afwijzing verzoek homologatie

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2021:7102](#) 27-07-2021

Toewijzing van een verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode in een WHOA-traject

RECHTSPRAAK

Geen aansprakelijkheid voor boedeltekort door weerlegging vermoeden artikel 2:248 lid 2 BW

De bestuurder heeft gemotiveerd betwist dat de administratie niet op orde was. Ook heeft hij een andere belangrijke oorzaak van het faillissement aangewezen, namelijk problemen met een grote klant (Lidl) en bevriezing van het krediet door de bank.

In deze procedure heeft de curator in het faillissement van Wansinger B.V. ('Wansinger') de bestuurder aansprakelijk gesteld op basis van artikel 2:248, 2:9 en 6:162 BW. Wansinger hield zich bezig met de import, export en het (laten) maken van schoenen. De schoenen werden geproduceerd in China en hoofdzakelijk verkocht in Europa door grote retailbedrijven als Lidl, Albert Heijn en Zalando. Wansinger had verschillende vestigingen in China en Hong Kong, waar in totaal ongeveer 100 fte werkzaam was. De administratie van die vestigingen werd lokaal opgeslagen. De bestuurder van Wansinger ontving op kwartaalbasis maandoverzichten met kasstromen in Excel. Nadat Lidl een grote order annuleert door enkele vertragingen en kwaliteitsissues, geraken de ontwikkelingen in een stroomversnelling: de bank schort het gebruik van de kredietfaciliteit op en Wansinger wordt kort daarna op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard.

De curator vordert vergoeding van het faillissementstekort, aangezien sprake is van onbehoorlijk bestuur. De bestuurder heeft de jaarrekening over het laatste boekjaar voor faillissement zes maanden te laat gedeponerd, en de administratie was ondeugdelijk.

De rechtbank beschrijft in een uitgebreid feitencomplex de verschillende onderzoeken die zijn verricht naar de administratie van Wansinger. In de beoordeling of de administratie een getrouw beeld geeft van de vermogenstoestand van de onderneming en in het bijzonder van de debiteurenpositie van Wansinger gaat de rechtbank voorbij aan de conclusies uit de rapporten en overweegt dat de curator, gelet op de gemotiveerde betwisting van de bestuurder, onvoldoende concreet en onderbouwd heeft gesteld dat de debiteurenadministratie ondeugdelijk was. Wat overblijft, is enkel de stelling dat in faillissement veel minder vorderingen zijn geïnd dan openstonden. Dit brengt volgens de rechtbank echter niet per

definitie mee dat de debiteurenadministratie niet klopte. De fysieke administratie is namelijk niet door de curator onderzocht, omdat deze is vernietigd door de partij waarbij de curator de administratie had opgeslagen.

Het vermoeden van onbehoorlijk bestuur zoals neergelegd in artikel 2:248 lid 2 BW is weerlegbaar. De bestuurder heeft in dit kader aangevoerd dat de oorzaak van het faillissement met name was gelegen in de problemen met Lidl en de bevrozing van het krediet door de bank. De rechtbank concludeert dat - nu door de bestuurder aannemelijk is gemaakt dat andere feiten of omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn - de curator geen gebruik kan maken van het vermoeden dat de te late deponering van de jaarrekening een belangrijke oorzaak was van het faillissement. De curator heeft nagelaten dit op een andere wijze aan te tonen.

De rechtbank wijst alle vorderingen van de curator af.

A.C. Frentz, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 04-10-2023

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2023:9670

Zaaknummer: C/15/322210 / HA ZA 21-601

Rechters: H.A. Pott Hofstede, W.S.J. Thijs en A.K. Korteweg

Advocaten: C.N.M. Kras en S.A.H.J. Warringa

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Documentatie niet op orde, dus vordering is niet verpand

Met een verzamelpandakte heeft Atlantis alle vorderingen van klanten met een 'Kredietovereenkomst Impuls Krediet' aan zichzelf verpand. Ter discussie staat of een vordering van TPC op het UWV is verpand aan Atlantis. De rechtbank oordeelt dat dit niet het geval is, omdat niet is gebleken dat TPC een 'Impuls Krediet' heeft afgesloten bij Atlantis.

In deze procedure twisten de curator in het faillissement van The People Company Zuid-Holland B.V. ('TPC') en Atlantis Financiers N.V. ('Atlantis') over de vraag of een vordering van TPC op het UWV is verpand aan Atlantis. De curator meent van niet en wil (dus) aanspraak maken op de betaling van de vordering van € 14.989,48.

Atlantis is een financieringsmaatschappij die TPC financierde door de verstrekking van een krediet of bevoorschotting van facturen – niet duidelijk is geworden wat nu precies de wijze van financiering is geweest. Atlantis heeft met een stampandakte vorderingen van cliënten die haar een volmacht daartoe gaven aan zichzelf verpand. Uit de pandakte volgt dat onder cliënten moet worden verstaan “natuurlijke personen, rechtspersonen of andere juridische entiteiten die met ATLANTIS een 'Kredietovereenkomst Impuls Krediet' hebben gesloten”. De vraag in deze procedure is of TPC een cliënt is in de zin van de pandakte.

De rechtbank oordeelt dat uit de uit de pandakte geciteerde definitie volgt dat alleen de cliënten die een 'Impuls Krediet' afsloten bij Atlantis hun vorderingen aan Atlantis met de akte verpandden. Omdat uit de documentatie van de financiering niet volgt dat TPC een 'Impuls Krediet' afsloot – de term wordt in het geheel niet genoemd – en Atlantis niet op andere wijze aannemelijk heeft kunnen maken dat van een dergelijke financiering sprake was, concludeert de rechtbank dat de vorderingen van TPC en dus ook de vordering op het UWV niet werden verpand. De rechtbank gaat daarbij (terecht) voorbij aan de stellingen van Atlantis dat zij en TPC de bedoeling hadden dat vorderingen verpand zouden worden en dat de bestuurder van TPC ook meent dat het UWV aan Atlantis moet betalen. De conclusie luidt immers dat de documentatie niet op orde is; er is geen deugdelijke pandakte.

W.T.N. Vlasveld, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 09-08-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2023:4234

Zaaknummer: C/01/383976 / HA ZA 22-398

Rechters: L.S. Frakes

Advocaten: S.K. Tuithof en G.J.J.A. van Zeijl

Wetsartikelen: 3:239 BW

RECHTSPRAAK

De aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van een bepaalde uitleg is een relevant gezichtspunt bij de uitleg van algemene (bank)voorwaarden. Met wenk

De Hoge Raad oordeelt over de maatstaf voor de uitleg van een beding in de financieringsvoorwaarden van Rabobank. De vraag is of afstand dan wel uitsluiting van rechten is bedoeld met het beding. De Hoge Raad: ‘Bij de uitleg van algemene voorwaarden moeten alle relevante omstandigheden worden betrokken, waaronder de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van de ene of de andere uitleg’. Ook oordeelt hij dat partijen contractueel kunnen afwijken van de regel uit artikel 6:12 BW.

Melamo B.V. en Anchor B.V. zijn in 2016, vier maanden na elkaar, failliet verklaard. Aan het concern waartoe deze twee vennootschappen behoren, zijn door Rabobank kredieten verstrekt. De concernvennootschappen, zo ook Melamo en Anchor, hebben zich hoofdelijk aansprakelijk verklaard jegens de bank en hebben verschillende zekerheden verschaft. Na het faillissement van Melamo wint Rabobank eerst Melamo's zekerheden uit. De opbrengst bedraagt meer dan de openstaande schuld van Melamo. Met het surplus wordt een deel van de schuld van Anchor afgelost. Melamo betaalt daardoor meer dan zij op grond van hun onderlinge verhouding had moeten betalen. Vervolgens wint Rabobank de zekerheidsrechten uit die zijn verstrekt door Anchor en lost zij daarmee de volledige, nog resterende schuld van Anchor in. Wat overblijft, wordt overgemaakt naar de boedelrekening van Anchor.

De curatoren van Melamo stellen zich op het standpunt dat Melamo recht heeft op een deel van de verkoopopbrengst van de zekerheden van Anchor. Rabobank beroept zich op een beding in haar algemene voorwaarden bedrijfsfinanciering (versie 2010), dat luidt: ‘*de klant doet door ondertekening van de akte ten behoeve van de bank – voor zover nodig bij voorbaat – onherroepelijk afstand van subrogatie en van alle (neven)rechten waarin hij door subrogatie zou kunnen treden, waaronder begrepen zekerheidsrechten*’. Rabobank en de curatoren van Melamo

verschillen van mening over de uitleg van dit beding. Rabobank meent dat ‘uitsluiting van recht’ is overeengekomen, de curatoren betogen dat ‘afstand van recht’ (in de zin van art. 6:160 BW) is bedoeld.

De rechten uit een subrogatievordering ex artikel 6:12 BW worden verkregen op het moment van betalen. Indien *afstand* van recht is overeengekomen, voorkomt het beding bij faillissement van de klant *niet* dat zij subrogeert in de rechten van Rabobank. Op grond van artikel 23 Fw is Melamo immers niet langer beschikkingsbevoegd tot het doen van afstand van de rechten die in faillissement op haar overgaan door subrogatie. Dit is evenmin mogelijk als de afstand ‘bij voorbaat is geschied’. De bank komt in dat geval geen beroep toe op het beding in de bankvoorwaarden. Voor Rabobank is dit rechtsgevolg ongewenst, aangezien de subrogerende klant dan meedeelt in de opbrengst van de zekerheden die door Anchor zijn verstrekt.

De rechtbank (INS 2021-0315) en het gerechtshof (INS 2022-0176) oordeelden dat met het beding afstand van recht was beoogd. Beide gerechten hanteerden daarvoor een geobjectiveerde uitlegmaatstaf, in die zin dat de bewoordingen van het beding van doorslaggevende betekenis zijn zo die worden gelezen in het licht van de gehele tekst van de voorwaarden. ‘Afstand doen van’ en ‘uitsluiten’ hebben een andere betekenis, volgens het hof, en uit de gekozen bewoording moet worden afgeleid dat ‘afstand’ is bedoeld. Voorts oordeelt het hof dat het voor Rabobank ongewenste rechtsgevolg niet aan Melamo kan worden tegengeworpen, omdat Rabobank het beding buiten Melamo om heeft opgesteld. Het hof weegt die omstandigheid niet mee in de uitleg van het beding.

De klachten van Rabobank in cassatie richten zich met succes op dit laatste oordeel. De Hoge Raad oordeelt dat bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens alle omstandigheden van het concrete geval van beslissende betekenis zijn, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen (zie ook HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427 (*DSM/Fox*), r.o. 4.5). Daarom had het hof de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van de ene of de andere uitleg als gezichtspunt bij de uitleg moeten betrekken. De Hoge Raad vernietigt daarom het arrest van het Hof ’s-Hertogenbosch en verwijst het geding naar het Hof Arnhem-Leeuwarden.

Voorts oordeelt de Hoge Raad (r.o. 3.3) dat partijen kunnen afwijken van de regel uit artikel 6:12 BW. Over de vraag of subrogatie met succes contractueel door partijen kan worden uitgesloten, bestond in de literatuur discussie. Die discussie neemt de Hoge Raad nu weg.

Wenk

Een bank zal voor de door haar verstrekte concernfinanciering goederenrechtelijke en

persoonlijke zekerheden verlangen van de concernvennootschappen waaraan zij de financiering verstrekt. Daarbij zou het enerzijds onredelijk zijn om vervolgens alle rechten ‘af te nemen’ van de hoofdelijk schuldenaar die meer betaalt dan het gedeelte van de schuld dat hem aangaat. Maar anderzijds blijkt uit de onderhavige zaak dat de mogelijkheid van de klant om te subrogeren in de vordering en de daaraan verbonden neven- en afhankelijke rechten, de bank in haar verhaalsmogelijkheden kan belemmeren. Hetzelfde geldt voor een regresvordering ex artikel 6:10 BW. Mede hierom wordt in de (bancaire) praktijk de subrogatie- en regresmogelijkheid van de hoofdelijk schuldeisers (waaronder een borg) ingeperkt of in het geheel uitgesloten.

Rabobank zal zich in deze zaak de gevolgen van de volgorde van uitwinning van haar zekerheden niet hebben gerealiseerd. Het valt op dat Rabobank in 2018 haar Algemene voorwaarden bedrijfsfinancieringen heeft gewijzigd. In de nieuwe voorwaarden (art. 8.1) is opgenomen dat de klant geen wettelijke vorderingen in verband met subrogatie en regres zal hebben. Dat komt neer op het uitsluiten van beide rechten. In plaats daarvan heeft de klant een contractueel vergoedingsrecht, dat in de voorwaarden is uitgewerkt. Het vergoedingsrecht ontstaat bij het aangaan van de overeenkomst en wordt vervolgens verpand aan de bank. Andere banken hanteren een andere constructie. Zo kiest ING Bank – kort gezegd – voor het uitsluiten van subrogatie en achtergesteld en onverrekenbaar laten ontstaan van regresvorderingen (art. 3 Algemene Kredietvoorwaarden ING).

Beide banken kiezen (tegenwoordig) dus voor de uitsluiting van subrogatie. Die keuze biedt de meeste zekerheid in faillissementssituaties: zij worden niet gehinderd door een subrogerende klant. De hoofdelijk schuldenaar die meer betaalt dan hem aangaat, kan zich nog wel verhalen op de hoofschuldenaar nádat de bank is voldaan. In het ene geval doet hij dat op basis van een contractueel vergoedingsrecht en in het andere door middel van een wettelijke (maar contractueel ingeperkte) regresvordering. De subrogatie met de daaraan verbonden zekerheidsrechten, waarop de curatoren van Melamo aanspraak maken, is een relikwie geworden.

R.J.H. Berghuis, oktober 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 29-09-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:1354

Zaaknummer: 22/03482

Rechters: T.H. den Tanja-van Broek, M.J. Kroeze en K. Teuben

Advocaten: T.T. van Zanten, M.E. ten Brinke en J.H.M. van Swaaij

Wetsartikelen: 6:12 BW en 6:16o BW

RECHTSPRAAK

Vordering ex artikel 2:248 BW toegewezen; vordering terzake bestuursverbod ingetrokken

De curator van een groep van kinderdagverblijven spreekt statutaire en feitelijke bestuurders aan in verband met kennelijk onbehoorlijk bestuur. Vordering ex artikel 2:248 BW toegewezen; vordering ter zake van bestuursverbod ingetrokken.

Een curator van een groep van kinderdagverblijven spreekt de statutair en feitelijk bestuurders aan op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur. De casus is vanwege de omvang van het feitencomplex enigszins ingewikkeld, maar in de kern komt het op het volgende neer.

De groep kinderdagverblijven verkeerde in 2017 in zwaar weer. De groep had voor een bedrag van in totaal ruim € 900.000 aan vorderingen op de Holding. De Holding heeft de groep verkocht, waarbij de vorderingen van de groepsvennootschappen op de Holding zijn overgedragen aan de koper. De koper heeft deze vorderingen verrekend met de koopsom voor de aandelen. De koper heeft vervolgens slechts circa € 200.000 aan de groepsvennootschappen betaald. Hierdoor bleef een groot deel van de vorderingen feitelijk onbetaald.

Voorts hadden de groepsvennootschappen na overname geen eigen bankrekening en werden hun inkomsten bijgeschreven op de bankrekening van de koper. Er is geen administratie beschikbaar waaruit blijkt welke transacties plaatsvonden ten behoeve van welke groepsvennootschap. Evenmin werd onderscheid gemaakt tussen de verschillende vermogens van de vennootschappen.

Tevens zijn na overname diverse kosten bij de groepsvennootschappen in rekening gebracht, zonder duidelijke rechtsgrond, waardoor de situatie is ontstaan dat de ene vennootschap ten onrechte diensten voor een andere vennootschap betaalde.

Verder was er een personeelsvennootschap, waar een medewerkster in dienst was. Deze vennootschap ontving na overname geen kostendekkende vergoeding meer, waardoor de situatie ontstond dat deze vennootschap verstoken raakte van inkomsten.

De vennootschappen zijn kort achter elkaar in het voorjaar van 2018 gefailleerd.

De rechtbank constateert in het tussenvonnis van 10 mei 2023 dat voor deze gedragingen geldt dat geen redelijk denkend bestuurder, wetende dat de groepsvennootschappen in zwaar weer verkeerden, aldus zou hebben gehandeld. Het bestuur had moeten beseffen dat schuldeisers van de groepsvennootschappen door dit handelen werden gedupeerd. Verder merkt de rechtbank op dat juist als het slecht gaat met een onderneming, het belangrijk is om transacties goed te administreren en uitgaven zorgvuldig te controleren. Dat is niet gebeurd. Daarbij geldt dat ook de feitelijk bestuurders aansprakelijk worden gehouden, nu zij door betrokkenen zijn aangewezen als leidinggevend en zij zichzelf op een receptie en in een brief presenteerden als 'directie'.

De curator had nog een beroep gedaan op schending van de administratie- en deponeringsverplichting, maar gezien de reeds geconstateerde vormen van kennelijk onbehoorlijk bestuur laat de rechtbank dat beroep buiten beschouwing. Er is nog een beroep gedaan op matiging, maar dat is afgewezen.

Het volgende aspect verdient nog aandacht: één bestuurder was een maand vóór datum faillissement als zodanig in dienst getreden. De curator heeft hem aangeduid als 'katvanger'. De rechtbank heeft evenwel geoordeeld dat, vanwege het feit dat hij slechts een maand in functie is geweest en hij geen enkele bestuurstaak heeft verricht, aan deze bestuurder een persoonlijk beroep op matiging tot nihil toekomt.

De curator heeft ten aanzien van deze persoon voorts gevorderd dat hem een bestuursverbod wordt opgelegd. In het tussenvonnis heeft de rechtbank overwogen dat dat wellicht een mogelijkheid is, maar dat gebleken is dat deze persoon tevens bestuurder is van andere vennootschappen. Die vennootschappen zijn vervolgens in de gelegenheid gesteld hun zienswijze over het bestuursverbod en de mogelijke gevolgen daarvan naar voren te brengen. Uit het eindvonnis (ECLI:NL:RBDHA:2023:12120) blijkt dat de curator de vordering ter zake van het bestuursverbod heeft ingetrokken; de gronden voor intrekking zijn onbekend.

A.D. van Dalen, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 10-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:7234

Zaaknummer: C/09/600042 / HA ZA 20-951

Rechters: J. Smeets

Advocaten: R. Haouli, P.E. Butterman, C.A. Mascini en W.J. Nomen

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Paulianabescherming in WHOA-procedure: machtigingen voor verkoop van onroerend goed, verstrekken van leningen met zekerheidsrechten, vergezeld met afkondiging afkoelingsperiode

Volgens de rechtbank voldoet het verzoek van verzoeksters aan de vereisten van artikel 42a Fw: het is aannemelijk dat de gevraagde rechtshandelingen noodzakelijk zijn voor de voortzetting van de betrokken onderneming(en). Daarbij worden de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend, zonder schade aan belangen van individuele schuldeisers. De rechtbank verleent daarom de verzochte machtigingen en kondigt een afkoelingsperiode af.

Op 8 december 2022 hebben zes aan elkaar gelieerde vennootschappen ('de groep') startverklaringen ingediend. De groep is actief in industriële automatisering, elektrotechniek, machinebouw, engineering, alsmede metaalbewerking. Er is een operationele en financiële verwevenheid binnen de groep. Hoewel de groep winstgevend en levensvatbaar is, ondervindt zij diverse financiële en operationele problemen. De groep is niet in staat om haar schulden op (korte) termijn te voldoen, reden waarom zij een akkoord voorbereidt.

In deze WHOA-procedure heeft de groep voor de tweede keer haar tweeledig verzoek ingediend: (i) machtigingen voor rechtshandelingen (ex art. 42a Fw) en (ii) een afkoelingsperiode (ex art. 376 Fw). Beide verzoeken zijn door de rechtbank Zeeland-West-Brabant toegewezen. De argumentatie van de groep en de beoordeling van de rechtbank zijn als volgt.

(i) Verzoek machtigingen (art. 42a Fw)

De groep stelt dat ze bepaalde rechtshandelingen moet verrichten, zodat de aan haar verbonden ondernemingen kunnen worden voortgezet. De financiële problemen, inclusief tegenvallende prognoses als gevolg van de coronacrisis, dreigen een faillissement

onvermijdelijk te maken. Daarom verzoekt de groep machtigingen voor: (1) het verkopen van twee onroerende zaken voor € 986.000 aan een gelieerde (minderheids)aandeelhouder;

(2) het uitlenen van een deel van de verkoopopbrengst aan twee vennootschappen binnen de groep; en

(3) het verstrekken van zekerheidsrechten.

De Rabobank heeft een door hypotheek gedekte vordering van € 648.000 op diverse onderdelen van de groep. Na aflossing van deze schuld blijft er € 330.000 over, waarvan € 275.000 zal worden uitgeleend aan de twee vennootschappen van de groep. Daarmee kan de bedrijfsvoering van die vennootschappen gedurende het akkoordtraject worden voortgezet. Deze rechtshandelingen worden als gunstig voor schuldeisers beschouwd, terwijl een faillissement dat niet zou zijn (ro. 2.7). De groep benadrukt dat individuele schuldeisers niet worden geschaad, vooral omdat de verkoop alleen de Rabobank als schuldeiser zou raken. Als separatist krijgt zij hetgeen haar toekomt.

De rechtbank concludeert dat de belangen van de schuldeisers worden gediend, zonder aanzienlijke schade aan de belangen van individuele schuldeisers. De rechtbank verleent de groep de verzochte machtigingen voor de drie rechtshandelingen.

(ii) Verzoek afkoelingsperiode (art. 376 Fw)

De groep verzoekt om een afkoelingsperiode van vier maanden, vanwege dreigende acties van twee schuldeisers die substantiële vorderingen hebben. Ze vrezen verstoring van de bedrijfsvoering en het mislukken van het voorgestelde akkoord. Daarnaast verklaart de groep financiering te hebben geregeld om de vorderingen van de Belastingdienst en lopende verplichtingen na homologatie van het akkoord te voldoen. De rechtbank oordeelt dat summierlijk is gebleken dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is, zodat de ondernemingen van de groep tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord voortgezet kunnen worden. Daarom kondigt zij een afkoelingsperiode af.

Paulianabescherming onder artikel 42a Fw

Artikel 42a Fw beoogt de verstrekking van financiering te bevorderen, ten behoeve van een geslaagd WHOA-akkoord. Alle rechtshandelingen die daarvoor nodig zijn, kunnen met machtiging van de rechter worden aangegaan. De verkregen machtiging leidt ertoe dat de desbetreffende rechtshandelingen door een curator niet kunnen worden vernietigd met een beroep op actio pauliana (art. 42 Fw).

Afwijzing verzoeken artikel 42a Fw en artikel 376 Fw

Eerder heeft dezelfde rechtbank bij beschikking van 20 december 2022 (ECLI:NL:RBZWB:2022:8633) dezelfde verzoeken in een WHOA-procedure afgewezen. Het feitencomplex in die zaak was grotendeels hetzelfde als dat van de groep. De rechtbank wees het verzoek ex artikel 42a Fw af, omdat aan de hand van overgelegde stukken niet kon worden beoordeeld of de belangen van de schuldeisers werden gediend, zonder schade aan belangen van individuele schuldeisers. Zo waren de voorwaarden met betrekking tot de leningovereenkomsten en zekerheidsrechten onvoldoende duidelijk (r.o. 3.7). Ook was de rechtbank niet gebleken welk ander doel de verkoop van het onroerend goed zou dienen, anders dan het uitlenen van het surplus aan gelieerde vennootschappen (r.o. 3.8). In de casus van de groep daarentegen werd met de verkoopopbrengst niet alleen de schuld aan de separatist afgelost, maar werden ook de ondernemingen van de gelieerde vennootschappen voortgezet. Daarnaast werd een deel van het surplus als buffer aangehouden gedurende de uitwerking en behandeling van het WHOA-traject.

Het verzoek om een afkoelingsperiode werd eveneens afgewezen, omdat een dreiging van schuldeisers tot verhaalsacties, waaronder de aanvraag van het faillissement van verzoekster, onvoldoende aannemelijk was (r.o. 3.9).

E. Ayerdem, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 17-03-2023

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2023:6538

Zaaknummer: 406279 HO RK 23/116

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

Advocaten: F.F.A. Smetsers

Wetsartikelen: Artikel 42a Fw en Artikel 376 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: afwijzing verzoek homologatie

Rechtbank wijst het verzoek tot homologatie op de voet van artikel 384 lid 2 Fw af.

Op 4 maart 2021 hebben verzoeker en een commanditaire vennootschap ex artikel 370 lid 3 Fw een startverklaring gedeponneerd, waarbij zij hebben gekozen voor een besloten akkoordprocedure buiten faillissement. De rechtbank heeft een afkoelingsperiode afgekondigd voor een periode van twee maanden. De rechtbank heeft beide periodes verlengd voor twee maanden en een observator aangewezen. Deze uitspraak betreft de beoordeling van het verzoek tot homologatie van het akkoord en het afwijzingsverzoek van Bedrijf 3.

Verzoeker heeft zijn schuldeisers in vier klassen ingedeeld: de zekerheidsgerechtigden; de kapitaalverschaffers zonder zekerheden; de preferente schuldeisers en de concurrente handelsschuldeisers.

De observator die is aangewezen staat niet negatief tegenover het aangeboden akkoord. De observator concludeert dat de informatievoorziening vanuit verzoeker voldoet aan de wettelijke vereisten. Ook de tijdslijnen wat betreft de stemming en deponering van het stemverslag zijn correct in acht genomen. De observator heeft een accountantskantoor opdracht gegeven om de reorganisatiewaarde van de onderneming van verzoeker te berekenen. De accountant kwam uit op een reorganisatiewaarde die iets hoger ligt dan de waarde waarvan het akkoord uitgaat. Daarnaast signaleert de accountant onder meer dat verzoeker optiewaarde krijgt toegekend in de vorm van aandelen, terwijl hij daar op grond van zijn rangorde geen recht op heeft.

Naar het oordeel van de rechtbank voldoet de informatievoorziening bij het aangeboden akkoord niet aan de vereisten van artikel 375 Fw. In de onderhavige kwestie is bij de rechtbank aanvankelijk de indruk gewekt dat het gaat om een voorgenomen herstructurering c.q. afwikkeling van een commanditaire vennootschap. Blijkens de aanbiedingsbrief van 6 juli 2021 is het akkoord ook als zodanig aan de schuldeisers aangeboden. Ter zitting is van de zijde van verzoeker aangegeven dat de commanditaire vennootschap – achteraf gezien – met het overlijden van de enige andere vennoot, de moeder van verzoeker, op 5 augustus 2019 van

rechtswege is opgehouden te bestaan en vanaf die datum door verzoeker feitelijk is voortgezet als eenmanszaak. Naar het oordeel van de rechtbank kan daarmee niet worden gezegd dat aan het bepaalde in artikel 375 lid 1 onder a Fw is voldaan.

Naar het oordeel van de rechtbank kan evenmin worden gezegd dat aan de schuldeisers voldoende informatie is verstrekt over de waarde die naar verwachting gerealiseerd kan worden als het akkoord tot stand komt en over de waarde die naar verwachting gerealiseerd kan worden bij een vereffening in geval van faillissement. Zo wordt in het reorganisatieplan geen waarde genoemd. Waar het gaat om de bepaling van de liquidatie- en reorganisatiewaarde is de rechtbank voorts van oordeel dat verzoeker onvoldoende transparantie heeft betracht ten aanzien van zijn privévermogen, dat naar het oordeel van de rechtbank, nu het om de herstructurering van een eenmanszaak gaat, in het akkoord dient te worden betrokken. Ook signaleert de rechtbank problemen met de waardering van de woning en de erfenis van de moeder van verzoeker.

Gegeven het voorgaande is de rechtbank niet alleen van oordeel dat verzoeker jegens zijn schuldeisers tekort is geschoten in de informatievoorziening, maar ook dat onvoldoende valt uit te sluiten dat schuldeisers, wanneer zij wel volledig waren geïnformeerd, bij het uitbrengen van hun stem tot een andere afweging zouden zijn gekomen.

De rechtbank wijst het verzoek tot homologatie op de voet van artikel 384 lid 2 Fw af.

D.R.C. Smit, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 20-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2021:7103

Zaaknummer: 388085 HO RK 21-559 en 389457 HO RK 21-652

Rechters: M.D.E. Leppens, H. de Kroon en M. Wouters

Advocaten: J.A. de Waard

Wetsartikelen: 375 Fw en 384 Fw

RECHTSPRAAK

Toewijzing van een verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode in een WHOA-traject

Een schuldenaar, verkerend in een WHOA-traject, heeft verzocht om de afgekondigde afkoelingsperiode te verlengen. De rechtbank wijst het verzoek toe, nu aannemelijk is dat er belangrijke voortuitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord.

Wanneer een schuldenaar een WHOA-traject volgt, kan deze op grond van artikel 376 lid 1 Fw de rechtbank verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen. Het verzoek wordt door de rechtbank toegewezen wanneer de afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over het akkoord te kunnen blijven voortzetten. Bovendien moet redelijkerwijs zijn aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar bij de afkoelingsperiode zijn gediend en dat zij niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad. De afkoelingsperiode geldt in beginsel voor een termijn van ten hoogste vier maanden, maar kan op grond van het vijfde lid van artikel 376 BW onder bepaalde omstandigheden worden verlengd met maximaal vier maanden. Alsdan dient aannemelijk te worden gemaakt dat er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord.

In deze zaak betreft het een schuldenaar, verkerend in een WHOA-traject, waarbij is gekozen voor een besloten akkoordprocedure buiten faillissement. In dat WHOA-traject heeft de rechtbank op 9 maart 2021 een verzochte afkoelingsperiode voor vier maanden afgekondigd. Daarnaast heeft de rechtbank in die beschikking een observator aangesteld. Het aanstellen van een observator in dergelijke gevallen kan op grond van artikel 376 lid 9 Fw, waarbij geldt dat de rechtbank hiertoe overgaat wanneer zij dit nodig oordeelt ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers en/of de aandeelhouders van de schuldenaar. Deze observator heeft gelet op artikel 380 lid 1 Fw de taak toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

Deze zaak draait om het verzoek van de schuldenaar om de afkoelingsperiode met vier maanden te verlengen. De schuldenaar legt aan zijn verzoek ten grondslag dat verlenging

zowel in zijn belang is als in dat van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar. Ter onderbouwing heeft hij aangevoerd dat hij een belangrijke vooruitgang heeft geboekt in de totstandkoming van het akkoord. Hoewel de observator voorafgaand aan de procedure nog aangaf dat met het voorleggen van de akkoorden in het WHOA-traject van de schuldenaar een belangrijke vooruitgang is geboekt en wat hem betreft verlenging van de afkoelingsperiode in de rede ligt, heeft hij ter zitting zijn standpunt genuanceerd, omdat het voorgelegde ontwerpakkoord mogelijk is gebaseerd op onjuiste gegevens. De observator kan hierdoor niet overzien of, en zo ja in hoeverre, de belangen van eventuele derden en beslagleggers niet wezenlijk worden geschaad door het verlengen van de afkoelingsperiode.

De rechtbank toetst allereerst of er vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord, de eerste voorwaarde voor het verlengen van een afkoelingsperiode. Daar is volgens de rechtbank aan voldaan. De rechtbank merkt wel op dat is gebleken dat het conceptakkoord dat is aangeboden door de schuldenaar deels is gebaseerd op taxatierapporten, waarbij naast het feit dat ze gedateerd zijn, het ernstig vermoeden bestaat dat daarmee valsheid in geschrifte is gepleegd. Desondanks is de rechtbank van mening dat aannemelijk is dat er een belangrijke vooruitgang is geboekt.

Voorts heeft de rechtbank vastgesteld dat summierlijk is gebleken dat het voor de schuldenaar noodzakelijk is om zijn onderneming voort te zetten tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over het akkoord, én dat is gebleken dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn gediend bij het verlengen van de afkoelingsperiode. De rechtbank wijst het verzoek tot verlenging toe.

S. Renssen, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 27-07-2021

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2021:7102

Zaaknummer: 387580 HO RK 21/514

Rechters: M.D.E. Leppens

Advocaten: P.C.M. Ouwens

Wetsartikelen: 376 Fw en 380 Fw

RECHTSPRAAK

Arrest Hoge Raad inzake Heiploeg: pre-pack is niet geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen

De Hoge Raad wijst arrest inzake Heiploeg en past hierbij het antwoord op de prejudiciële vragen bij het Hof van Justitie toe. De Hoge Raad oordeelt dat de pre-pack niet geregeld is in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.

Het Heiploeg-concern (garnalenkweekers) verkeerde (al een langere tijd) in financiële problemen. In 2014 werd de uiteindelijke pre-packprocedure ingeleid. Door de rechtbank Noord-Nederland werden twee beoogd curatoren en een beoogd rechter-commissaris aangewezen. Er heeft een (gedeeltelijke) doorstart plaatsgevonden door een niet aan Heiploeg gelieerde partij. Deze partij was bereid om ongeveer twee derde van het personeel tegen minder gunstige arbeidsvoorwaarden in dienst te nemen. FNV heeft onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat de wettelijke regeling met betrekking tot overgang van onderneming van toepassing is en dat de werknemers van het oude Heiploeg met behoud van hun arbeidsvoorwaarden in dienst zijn getreden van de doorstarter.

De vorderingen van FNV zijn zowel door de rechtbank als het gerechtshof afgewezen. Uiteindelijk is FNV in cassatie gegaan en hierop heeft de Hoge Raad – ondanks de uitspraak in de *Smallsteps*-zaak – opnieuw prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

De prejudiciële vragen zien op artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG. Op grond van artikel 5 lid 1 Richtlijn zijn de regels van overgang van onderneming niet van toepassing indien (i) de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure, (ii) met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en (iii) onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat.

Het Hof van Justitie heeft op 28 april 2022 de prejudiciële vragen van de Hoge Raad inzake Heiploeg beantwoord. Het Hof van Justitie oordeelde dat wanneer het primaire doel van een pre-packprocedure, gevolgd door een faillissementsprocedure, erin bestaat om na de

vaststelling van de insolventie van de vervreemder en na diens liquidatie de hoogst mogelijke uitbetaling aan zijn gezamenlijke schuldeisers te verkrijgen, deze procedures samen in beginsel voldoen aan de tweede in artikel 5 lid 1 van de Richtlijn gestelde voorwaarde. Met betrekking tot het derde vereiste van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn oordeelde het Hof dat aan dit vereiste is voldaan, mits een dergelijke pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.

De Hoge Raad oordeelt in zijn arrest van 6 oktober 2023 dat in de Heiploeg-zaak vaststaat dat voorafgaand aan de faillietverklaring van Heiploeg een pre-packprocedure is onderzocht. De rechtbank heeft ten behoeve van de pre-packprocedure twee beoogd curatoren en een beoogd rechter-commissaris aangewezen. De positie van de beoogd curator en rechter-commissaris is niet in de wet geregeld, waardoor zij geen wettelijke bevoegdheden hebben. Kortom, aan de bovengenoemde eis dat de gevolgde pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, is dus niet voldaan.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing.

A.M.H. Nolte, oktober 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 06-10-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:1372

Zaaknummer: 18/04401

Rechters: M.V. Polak, C.E. Du Perron, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff en F.R. Salomons

Advocaten: F.M. Dekker en B.I. Kraaijpoel

Wetsartikelen: 7:666 BW