

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 21, 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. H. Boven, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. C.M.A. Knoben, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.IJ. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:3345](#) 12-10-2023

Vernietiging faillissement in hoger beroep

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:8459](#) 10-10-2023

Aansprakelijkheid van (voormalig) bestuurder en feitelijk leidinggevende

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:8426](#) 09-10-2023

Faillissement blijft in hoger beroep in stand

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:3253](#) 05-10-2023

Hof toetst materieel criterium 'toestand van opgehouden te betalen' en spreekt faillissement alsnog uit

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:8302](#) 03-10-2023

Feitelijk bestuurder van een apotheek is aansprakelijk voor het boedeltekort

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:7002](#) 21-08-2023

Faillissementsvonnis van de rechtbank bekrachtigd door het hof

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:9812](#) 19-10-2023

Afwijzing faillissementsverzoek vanwege onduidelijkheid pandrecht aanvrager faillissement

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:4012](#) 12-10-2023

Afwijzing verzoek tot verkorting van de looptijd van WSNP-traject

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2023:5074](#) 11-10-2023

Failliet niet-ontvankelijk in hoger beroep tegen beslissing rechter-commissaris tot aangaan vaststellingsovereenkomst

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2023:4179](#) 05-10-2023

Poging tot opheffing faillissement vof en geschil over vaststelling salaris curator ex

artikel 6.3 onder e Recofa-richtlijnen

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2023:5805](#) 03-10-2023

Homologatie liquidatieakkoord WHOA van een VOF

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:6160](#) 02-08-2023

Homologatie van het WHOA-akkoord ingediend door Diebold Nixdorf Dutch Holding BV

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:6159](#) 08-06-2023

Afkondiging WHOA (groeps)afkoelingsperiode

RECHTSPRAAK

Afkondiging WHOA (groeps)afkoelingsperiode

Ten aanzien van de Nederlandse tak van Diebold Nixdorf wordt een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van drie maanden en een observator aangesteld.

In deze uitspraak wordt het verzoek tot afkondiging van een WHOA-afkoelingsperiode toegewezen ten aanzien van Diebold Nixdorf Dutch Holding B.V. ('Diebold Dutch Holding') en de vennootschappen waarmee Diebold Dutch Holding een groep in de zin van artikel 2:24b BW vormt. Diebold Dutch Holding behoort tot de Diebold Groep, een dienstverlener en producent op het gebied van de productie, installatie, verkoop en het onderhoud van geldautomaten en geldverwerkingssystemen. Een Amerikaanse vennootschap, Diebold Nixdorf, Incorporated ('Diebold Inc.') staat aan het hoofd van de groep. De Diebold Groep is actief in 130 landen en heeft meer dan 21.000 werknemers.

De Diebold Groep is hoofdzakelijk gefinancierd met vreemd vermogen, waarvan een substantieel deel bestaat uit obligaties en term loans. Het overgrote deel van de financieringen is gedekt door zekerheden. Diebold Dutch Holding heeft een WHOA-akkoord aangeboden aan haar financiële schuldeisers. Diebold Inc. is gelijktijdig een Chapter 11 procedure gestart in Texas, als gevolg waarvan een *automatic stay* geldt.

Diebold Dutch Holding verzoekt de rechtbank om een (groep)afkoelingsperiode van drie maanden af te kondigen en om de benoeming van een observator.

De rechtbank is van oordeel dat redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers met een afkoelingsperiode gediend zijn en dat derden met bevoegdheid tot verhaal op of opeising van goederen niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad. De afkoelingsperiode ziet op een beperkte groep schuldeisers, namelijk de financiële schuldeisers van Diebold Dutch Holding. Nu zij zich alleen hoeven te onthouden van maatregelen die een collectief akkoord zouden beletten voor een korte periode worden hun geen belangen ontnomen. Diebold Dutch Holding heeft ook voldoende aannemelijk gemaakt dat zij aan haar lopende verplichtingen kan voldoen. Bovendien heeft de onderneming al een akkoord voorgelegd, en heeft een groot deel van de stemgerechtigde

schuldeisers zich al gebonden om voor te stemmen.

De rechtbank overweegt verder dat de groepsafkoelingsperiode geldt ten aanzien van alle door Diebold Dutch Holding genoemde entiteiten. Daarvoor wordt aangeknoopt bij de parlementaire geschiedenis, waarin wordt opgemerkt dat de rechtbank rechtsmacht heeft, onder meer in het geval dat een van de groepsentiteiten de COMI in Nederland heeft.

Ten slotte wijst de rechtbank ook het verzoek tot aanwijzing van een observator toe.

A.C. Frentz, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 08-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:6159

Zaaknummer: C/13/734468 FT RK 23.405 en C/13/734544 FT RK 23.414

Rechters: K.M. van Hassel, A.E. de Vos en M.D.E. Leppens

Advocaten: J.R. Berkenbosch, S.C. Pepels, G. te Winkel, E.J. Schuurs en A.J. Dunki Jacobs

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Afwijzing verzoek tot verkorting van de looptijd van WSNP-traject

Verzoeker is op 10 januari 2023 toegetreden tot de WSNP en heeft de rechter-commissaris tevergeefs verzocht de looptijd van zijn WSNP-traject te verkorten met 18 maanden, conform de wetswijziging die per 1 juli 2023 is doorgevoerd.

Op 12 oktober jl. heeft de rechtbank Overijssel zich gebogen over een verzoek tot verkorting van de looptijd van de Wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (WSNP).

Op grond van artikel 349a Fw (oud) bedroeg de looptijd van de WSNP 36 maanden. Op 1 juli 2023 is echter de Wijziging van de Faillissementswet ter verbetering van de doorstroom van de gemeentelijke schuldhulpverlening naar de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen in werking getreden. Voor WSNP-trajecten die vanaf 1 juli 2023 zijn uitgesproken, geldt op grond van artikel 349a Fw (nieuw) een looptijd van 18 maanden. Er is geen overgangswetgeving. Dit betekent dat voor alle WSNP-trajecten die zijn aangevangen vóór 1 juli 2023, de oude looptijd van 36 maanden blijft gelden.

Verzoeker stelt onder meer dat sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel. In het geval van nieuwe wetgeving dient de wetgever ervoor te zorgen dat vergelijkbare situaties op een vergelijkbare manier worden behandeld, zonder discriminatie tussen verschillende groepen of individuen. Het doel van de nieuwe wetgeving is het sneller schuldenvrij maken van personen met een problematische schuldenlast. Volgens verzoeker bestaat er geen redelijke en objectieve rechtvaardiging om dat doel niet op personen waarop vóór 1 juli 2023 de schuldsaneringsregeling van toepassing is verklaard, van toepassing te laten zijn.

De rechtbank gaat hier niet in mee en overweegt dat de wetgever er expliciet voor heeft gekozen geen overgangswetgeving vast te stellen. De rechtbank oordeelt daarom dat zij geen andersluidend overgangsrecht, nu zij geen wetgever is en de wetgever er bewust voor heeft gekozen geen overgangswetgeving voor bestaande gevallen vast te stellen, mag creëren, ook niet in het kader van het gelijkheidsbeginsel.

De rechtbank merkt hierbij op dat schending van het gelijkheidsbeginsel in het kader van nieuwe wetgeving slechts in uitzonderlijke gevallen wordt aangenomen, door de Hoge Raad en niet door lagere rechtspraak. Ook de Hoge Raad heeft echter de voorkeur om de reparatie van wetgeving die in strijd is met het gelijkheidsbeginsel aan de wetgever over te laten.

De rechtbank is van oordeel dat het hier niet een dusdanig uitzonderlijk geval betreft. Er is omtrent de individuele omstandigheden van verzoeker in dat opzicht onvoldoende aangevoerd. Daarnaast heeft de rechtbank in haar overwegingen betrokken dat niet alleen de belangen van de sanieten, maar ook de belangen van schuldeisers in lopende regelingen dienen te worden afgewogen.

Alles overziende is de rechtbank van oordeel dat er geen ruimte is voor het creëren van een rechterlijke overgangsregeling, zodat het verzoek om verkorting van de looptijd op die grond wordt afgewezen.

Verzoeker heeft ook nog een beroep gedaan op de discretionaire bevoegdheid van de rechter-commissaris ex artikel 349a lid 2 Fw. Verzoeker heeft echter een zodanige afdrachtcapaciteit dat na aftrek van het salaris van de bewindvoerder kan worden gespaard voor de schuldeisers. Op grond van bestendige rechtspraak ligt verkorting van de looptijd dan niet in de rede. Bovendien heeft verzoeker een verzoek tot toetreding tot de WSNP ingediend wetende dat de looptijd conform de toen geldende wetgeving 36 maanden zou zijn. Verzoeker heeft niet aannemelijk gemaakt dat deze looptijd voor hem desastreus zou zijn. Daarnaast acht de rechtbank van belang dat bij de weging van belangen van schuldeisers en schuldenaar bij de vóór 1 juli 2023 van toepassing verklaarde WSNP-trajecten nog is uitgegaan van een looptijd van 36 maanden. De rechtbank is daarom van oordeel dat de looptijd van het WSNP-traject van verzoeker ook niet op grond van de discretionaire bevoegdheid van de rechter-commissaris moet worden verkort.

Het verzoek tot verkorting van de looptijd van het WSNP-traject wordt afgewezen.

K.C.S. Meeskes, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 12-10-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:4012

Zaaknummer: C 08/23/1 R

Rechters: E. Venekatte

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

Wetsartikelen: 315 Fw en 349a Fw

RECHTSPRAAK

Hof toetst materieel criterium 'toestand van opgehouden te betalen' en spreekt faillissement alsnog uit

In dit arrest heeft het hof zich gebogen over een verzoek tot faillietverklaring dat aanvankelijk door de rechtbank was afgewezen. Volgens de rechtbank zou de zaak complex zijn en zich daarom niet lenen voor een faillissementsprocedure. Anders dan de rechtbank oordeelt het hof dat geïntimeerde verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Het hof wijst het verzoek van appellante toe en verklaart geïntimeerde failliet.

Dit arrest benadrukt de essentiële criteria die aan de basis liggen van faillissementsverzoeken. Het bestaan van een of meer (steun)vorderingen moet na een kort en eenvoudig onderzoek blijken. Als summierlijk blijkt van feiten en omstandigheden die aantonen dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen en dat hij meerdere schuldeisers (met steunvorderingen) onbetaald laat, is aan het materiële vereiste van 'faillissementstoestand' (ex artikel 6 lid 3 Fw) voldaan. De aanvrager dient slechts 'summierlijk' aannemelijk te maken dat er sprake is van de vordering, pluraliteit van schuldeisers, en dat de schuldenaar in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen. Een schuldenaar kan verweer voeren door aan te tonen dat de (steun)vordering(en) niet bestaat. Van de gegrondheid van zijn verweer moet summierlijk blijken, en het louter ontkennen van de vorderingen volstaat niet.

Het hof benadrukt de noodzaak van een zorgvuldige beoordeling door rechtbanken bij faillissementsverzoeken. Het is opmerkelijk dat de rechtbank had geoordeeld dat de zaak te ingewikkeld was voor een faillissementsprocedure.

In deze zaak slaagde appellante erin om summierlijk de faillissementstoestand van geïntimeerde aan te tonen, waarbij geïntimeerde niets had ingebracht en het bestaan van de vordering niet had betwist. Zelfs een eerder overeengekomen betalingsregeling werd door geïntimeerde niet correct nagekomen. Het argument van geïntimeerde dat appellante niet de

rechthebbende van de vordering was, maar haar gestelde voorganger met een voormalige bedrijfsnaam, werd verworpen.

Bovendien slaagde geïntimeerde er niet in om het bestaan van steunvorderingen succesvol te betwisten. Hoewel geïntimeerde verklaarde dat een steunvordering niet opeisbaar was vanwege herberekening, deed dit niet af aan het feit dat de steunvordering nog steeds bestond (ro. 3.5.3). Een tweede steunvordering kon geïntimeerde niet of onvoldoende betwisten, en het argument dat deze deels was betaald door een inmiddels gefailleerde onderneming van geïntimeerde kon niet worden gestaafd met bewijs van betaling. Dat laatste kon volgens geïntimeerde niet, omdat de curator in het faillissement van de gefailleerde onderneming zou beschikken over de administratie. Een (schriftelijk) verzoek van geïntimeerde aan deze curator om toezending van (kopieën van) betaalbewijzen uit die administratie bleek nergens uit. Het hof verwierp dit argument en stelde het bestaan van de tweede steunvordering vast.

Geïntimeerde verklaarde dat ze geen bedrijfsactiviteiten en geen omzet meer had, en dat betalingsregelingen waren nagekomen door de bestuurder van geïntimeerde in privé vanwege het ontbreken van inkomsten. Hoewel de vorderingen relatief beperkt waren van omvang, bleven deze onbetaald, wat in de richting van betalingsonmacht wees (ro. 3.5.4).

Het hof concludeerde dat geïntimeerde in de toestand verkeerde van te hebben opgehouden te betalen, omdat van de vorderingen van de aanvrager van het faillissement en van de steunvorderingen summierlijk was gebleken. Daarom vernietigde het hof de beschikking van de rechtbank, vergezeld met de faillietverklaring van geïntimeerde, zoals aanvankelijk verzocht door appellante.

Dit arrest benadrukt het belang van een zorgvuldige beoordeling van faillissementsverzoeken en de noodzaak om aan de essentiële criteria van faillissement te voldoen. Vice versa geldt dat een schuldenaar summierlijk dient te bewijzen dat de (gestelde) (steun)vorderingen niet gegrond zijn aan de hand van bewijsstukken. Het louter ontkennen van een vordering dan wel betwisten van de omvang daarvan is niet voldoende.

E. Ayerdem, oktober 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 05-10-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:3253

Zaaknummer: 200.329.335_01

Rechtsers: S.M.A.M. Venhuizen, A.P. Zweers-van Vollenhoven en J.I.M.W. Bartelds

Advocaten: S.K. Tuithof

Wetsartikelen: Art. 1 Fw en Art. 6 Fw

RECHTSPRAAK

Homologatie van het WHOA-akkoord ingediend door Diebold Nixdorf Dutch Holding BV

Diebold Nixdorf, een multinational banktechnologieconcern heeft succesvol een Chapter 11 doorlopen. Bepaalde onderdelen van Diebold Nixdorf zijn een WHOA-procedure gestart om een parallel herstructureringsplan in Nederland te bewerkstelligen, hetgeen is geslaagd.

De WHOA blijkt ook een succesvol herstructureringsmiddel te zijn bij internationale herstructureringen. Dit volgt uit onderhavige zaak, waarbij het verzoek ex artikel 383 lid 1 Fw tot homologatie van Diebold Nixdorf Dutch Holding BV door de rechtbank werd toegewezen. De BV is onderdeel van Diebold Nixdorf, een Amerikaans multinational banktechnologieconcern. Eerder dit jaar heeft het concern succesvol een *Chapter 11-procedure* (de Amerikaanse vorm van de WHOA) doorlopen. Op 1 juni 2023 zijn bepaalde onderdelen van Diebold Nixdorf ook een Nederlandse WHOA-procedure gestart om een parallel herstructureringsplan in Nederland te bewerkstelligen. Het *Chapter 11-plan* en het WHOA-akkoord zijn in verschillende opzichten onlosmakelijk met elkaar verbonden, nu homologatie van het plan uitdrukkelijk als contractuele voorwaarde voor homologatie van het akkoord is opgenomen, en vice versa. De uitkering aan de schuldeisers onder het WHOA-akkoord verloopt bovendien via kruisverwijzingen naar het *Chapter 11-plan*.

De herstructurering van Diebold Nixdorf ziet alleen op financiële schulden, namelijk de schulden van het concern onder de kredietfaciliteiten en obligaties. De herstructurering bestaat op hoofdlijnen uit een gedeeltelijke herfinanciering van de meest seniore financiële schuldenlast (de *ABL Facility*, het *FILO Amendment* en de *Superpriority Term Loan*), het verstrekken van aanvullend kapitaal waarmee de onderneming van Diebold Nixdorf zowel gedurende het herstructureringsproces als in de toekomst kan worden voortgezet en een vermindering van de totale financiële schuldenlast van Diebold Nixdorf tot een houdbaar niveau. De herstructurering wordt gedurende het traject gefinancierd met een *DIP Facility*, die bij een succesvolle herstructurering wordt omgezet in een gewone kredietfaciliteit (de *Exit*

Facility).

Omdat het een herstructurering van een grote multinational betreft, heeft Diebold Nixdorf een gespecialiseerde *vote solicitation agent* ingeschakeld om de communicatie met de schuldeisers te verzorgen. Alle schuldeisers hebben gedurende het WHOA-traject tijdig een stempakket ontvangen, met informatie omtrent de herstructurering, de schuldeisersakkoorden (zowel onder de WHOA, als onder *Chapter 11*) en de stemprocedure. Ter stemming zijn de schuldeisers in het WHOA-traject ingedeeld in vier klassen. De stemmende schuldeisers van de eerste drie klassen hebben nagenoeg allemaal met zowel het WHOA-akkoord als het *Chapter 11-plan* ingestemd. De vierde klasse heeft weliswaar bij meerderheid vóór het WHOA-akkoord gestemd, maar niet met de benodigde twee derde meerderheid.

Diebold Nixdorf Dutch Holding BV heeft de rechtbank Amsterdam verzocht om homologatie van het akkoord. Zij heeft daartoe aangevoerd dat Diebold Nixdorf en haar financiers met de herstructurering voorzien in een *going concern* toekomstbestendige voortzetting van Diebold Nixdorf. Daarmee wordt een oplossing geboden voor haar nijpende financiële situatie en wordt de onderneming behouden, zowel voor de schuldeisers als haar klanten, leveranciers en ongeveer 21.000 werknemers. Bovendien is het zo dat wanneer homologatie van het WHOA-akkoord uitblijft, het faillissement van Diebold Nixdorf Dutch Holding BV alsmede dat van andere onderdelen van het concern te verwachten is. Diebold Nixdorf heeft haar lopende verplichtingen gedurende het WHOA-traject kunnen voldoen door aanwending van de hierboven vermelde *DIP Facility*. Wanneer het WHOA-akkoord niet wordt gehomologeerd, dan zal de *DIP Facility* niet worden omgezet in de *Exit Facility*, hetgeen betekent dat de gehele schuldenlast die daaruit voortvloeit in één keer opeisbaar wordt. Tot slot geniet het akkoord grote steun onder de schuldeisers, alsook van de in het WHOA-traject aangestelde observator.

De rechtbank toetst op basis van artikel 384 lid 2 Fw of er algemene afwijzingsgronden bestaan, nadat zij haar bevoegdheid om te beslissen op het homologatieverzoek heeft vastgesteld. De rechtbank stelt zichzelf in dat kader de volgende vragen, die alle bevestigend worden beantwoord:

1. Is sprake van een dreigende insolventie (art. 384 lid 2 sub a Fw)?
2. Zijn de schuldeisers en aandeelhouders op de juiste wijze in kennis gesteld gedurende het WHOA-traject (art. 384 lid 2 sub b Fw)?
3. Voldoet de procedure van stemming aan de gestelde vereisten (art. 384 lid 2 sub c Fw)?
4. Klopt de klassenindeling en het bedrag waarvoor de schuldeisers/aandeelhouders tot

stemming zijn toegelaten (art. 384 lid 2 sub c en sub d Fw)?

5. Bevat het akkoord alle voorgeschreven informatie (art. 384 lid 2 sub c Fw)?

6. Is de nakoming van het akkoord voldoende gewaarborgd (art. 384 lid 2 sub e Fw)?

7. Zijn er overige gronden voor afwijzing zoals bedoeld in art. 384 lid 2 sub f, g en h Fw)?

8. Zijn er andere redenen die zich tegen de homologatie verzetten (art. 384 lid 2 sub i Fw)?

De rechtbank wijst het homologatieverzoek toe. Overigens heeft de Amerikaanse rechtbank onlangs, in overeenstemming met *Chapter 15* van de Bankruptcy Code, een beschikking afgegeven waarin het Nederlandse WHOA-akkoord wordt erkend, zodat het in de Verenigde Staten kan worden uitgevoerd.

S. Renssen, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 02-08-2023

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:6160

Zaaknummer: C/13/736722 FT RK 23.503

Rechters: K.M. van Hassel, Prof. dr. De Vos en M.D.E. Leppens

Advocaten: J.R. Berkenbosch en S.C. Pepels

Wetsartikelen: 383 Fw en 384 Fw

RECHTSPRAAK

Vernietiging faillissement in hoger beroep

Vernietiging faillissement van een vof en haar vennoten wegens niet voldoende gebleken toestand van te hebben opgehouden te betalen.

Het gaat in deze uitspraak om de vernietiging van het faillissement van een vof en haar vennoten omdat niet voldoende is gebleken dat zij verkeren in een toestand van te hebben opgehouden te betalen.

De rechtbank Limburg heeft het verzoek van verweersters om appellanten in staat van faillissement te verklaren, toegewezen bij vonnis van 5 september 2023. Appellanten hebben in hun beroepschrift aangevoerd dat niet (langer) aan de wettelijke vereisten voor een faillissement is voldaan en dat de gronden van het appèl nader zullen worden geadstrueerd aan de hand van verificatoire bescheiden.

Appellanten hebben in de nadere reactie aangevoerd dat verweersters niet hadden mogen persisteren bij de faillissementsaanvraag, onder meer omdat nog steeds niet duidelijk is of sprake was van een opeisbare vordering, er een betalingsregeling was overeengekomen dan wel reden was om een betalingsregeling overeen te komen en de facturen en de dwangbevelen waarschijnlijk aan het verkeerde adres zijn afgegeven/betekend. Volgens appellanten is het niet aannemelijk gemaakt dat sprake was van een opeisbare vordering in de aangegeven omvang, althans een zodanige vordering, dat die 'een faillissementsaanvraag kon/kan rechtvaardigen'. Ook hebben appellanten aangegeven dat voor zover verweersters een vordering op appellanten hebben, zij die vordering kunnen voldoen. Ook overigens kunnen appellanten nu aan alle betalingsverplichtingen voldoen.

De curator heeft tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep aangegeven positief tegenover een vernietiging van het faillissement te staan, gelet op de financiële omstandigheden zoals hierboven omschreven. Bij gelegenheid van de mondelinge behandeling in hoger beroep is namens verweersters aangegeven dat zij kunnen instemmen met een vernietiging van het faillissement als de betaling van hun vorderingen gewaarborgd is.

Naar het oordeel van het hof hebben appellanten voldoende ruimte gekregen om – indien

daartoe destijds in staat – de nota's te betalen en hadden verweersters gezien voormelde gang van zaken een voldoende belang bij de faillissementsaanvraag op 5 september 2023, ook gezien de omvang van de vordering.

Het hof constateert nu dat alle opeisbare vorderingen worden voldaan of kunnen worden voldaan. Verweersters stemmen in met vernietiging van het faillissement, mits hun vorderingen voldaan worden, hetgeen door de curator is bevestigd. Ook de curator staat positief tegenover een vernietiging van het faillissement, nu met alle schuldeisers een betalingsregeling is overeengekomen en appellanten hun vof goed draaiende weten te houden. Het hof leidt hieruit af dat appellanten derhalve niet (langer) verkeren in de toestand van te hebben opgehouden te betalen.

Het hof vernietigt het faillissement van appellanten.

D.R.C. Smit, november 2023.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 12-10-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:3345

Zaaknummer: 200.332.022_01

Rechters: J.W. van Rijkom, A.P. Zweers-van Vollenhoven en T. van Malssen

Advocaten: A.J.G. Bisscheroux en D.L.A. van Voskuilen

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Poging tot opheffing faillissement vof en geschil over vaststelling salaris curator ex artikel 6.3 onder e Recofa-richtlijnen

Een twist tussen een curator van een vof en de rechter-commissaris over de opheffing van het faillissement van de vof en betaling van het salaris van de curator.

Op enig moment gaat een vof op aanvraag van haar twee vennoten failliet. De curator van de vof constateert dat de baten van de boedel onvoldoende zijn om de schulden te voldoen. Op grond van artikel 33 WvK spreekt de curator de vennoten aan voor het tekort in het faillissement. Ook vraagt de curator het faillissement aan van beide vennoten. De vennoten zijn natuurlijke personen en vragen met succes toelating tot de WSNP. De rechter-commissaris (R-C) verzoekt de rechtbank het faillissement van de vof op te heffen wegens gebrek aan baten ex artikel 16 FW. Ook verzoekt de R-C de rechtbank om het salaris van de curator vast te stellen.

Volgens de R-C dient het faillissement van de vof te worden opgeheven nu de rol van de curator na het indienen van de artikel 33 WvK-vordering is uitgespeeld. Vaststelling van het salaris van de curator moet volgens de R-C plaatsvinden op grond van artikel 6.3 onder e van de Recofa-richtlijnen. Dit artikel schrijft voor dat het salaris bij het faillissement van een natuurlijk persoon niet hoger zal worden vastgesteld dan het beschikbare boedelactief.

De rechtbank stelt in haar beoordeling voorop dat het faillissement van de vof een afgescheiden vermogen betreft. Vervolgens is de rechtbank het met de curator eens dat een opheffing van het faillissement prematuur is. De WSNP's van de vennoten lopen nog en een verificatievergadering dient nog plaats te vinden. De verwachting is dat een betaling op de artikel 33 WvK-vordering zal plaatsvinden. Als gevolg hiervan zou actief naar de faillissementsboedel van de vof vloeien. De curator zal dan nog werkzaamheden moeten verrichten ter afwikkeling van de boedel van de vof, aldus de rechtbank. De rechtbank wijst het verzoek tot opheffing af.

De rechtbank oordeelt – anders dan de curator betoogt – dat ook bij het faillissement van een vof artikel 6.3 onder e Recofa-richtlijnen toepassing verdient. De rechtbank verwijst naar een beschikking (ECLI:NL:RBNNE:2019:5954, INS 2023-0176) waarin de volgende ratio voor toepassing wordt gegeven: “De ratio achter deze bepaling is - zoals de curator ook onderkent - dat natuurlijke personen na afloop van het faillissement niet meer geconfronteerd worden met een vordering van de curator.”

Gezien deze ratio en de werking van artikel 33 WvK begrijp ik het oordeel van de rechtbank. Dit neemt niet weg dat ik het met de curator – in mijn eigen woorden – eens ben dat het afgescheiden karakter van het vermogen van een vof hiermee afneemt.

G.P. van Hooft, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 05-10-2023

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2023:4179

Zaaknummer: C/18/214337 / HA RK 22-40

Rechters: P.J. Duinkerken, R. Bootsma en C.S. Huizinga

Wetsartikelen: 16 Fw

RECHTSPRAAK

Homologatie liquidatieakkoord WHOA van een VOF

De onderneming van de vof wordt verkocht. De koper betaalt een bepaald bedrag en betaalt diverse schulden. Alle klassen hebben ingestemd met het akkoord. De rechtbank homologeert het akkoord, omdat geen van de algemene afwijzingsgronden aan de orde is.

Een vennootschap onder firma (vof) verzoekt om homologatie van een WHOA-akkoord. De vof houdt zich bezig met het leveren en monteren van binnenkozijnen en binnendeuren en hang- en sluitwerk voor utiliteitswerken en appartementen. Door problemen met orders, de uitkoop van twee vennoten en een benodigde investering in software is de vof in de financiële problemen geraakt.

Het aangeboden akkoord houdt in dat de onderneming door middel van een activa-passivatransactie wordt verkocht aan een nieuw opgerichte vennootschap die onderdeel uitmaakt van een concern. De koopprijs bedraagt € 450.000. De koper voldoet daarnaast schulden voor een bedrag van ongeveer € 425.000.

De schuldeisers zijn onderverdeeld in vier klassen: (1) preferente schuldeisers; (2) schuldeisers met een zekerheidsrecht; (3) leveranciers met een eigendomsvoorbehoud en (4) concurrente schuldeisers. In klasse 1 t/m 3 hebben alle schuldeisers ingestemd met het akkoord. Van de concurrente schuldeisers die een stem hebben uitgebracht (97,93%) heeft 67,05% ingestemd met het akkoord, waardoor het akkoord door alle klassen (tenauwernood) is aangenomen.

Geen enkele schuldeiser heeft verzocht om afwijzing van de homologatie van het akkoord. De rechtbank toetst daarom slechts aan de algemene afwijzingsgronden van artikel 384 lid 2 Fw. Zonder specifieke motivering loopt de rechtbank de afwijzingsgronden langs en oordeelt de rechtbank dat op basis van de aangeleverde informatie geen van de afwijzingsgronden aan de orde is. De rechtbank homologeert daarom het akkoord.

H.J. de Kloe, november 2023

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 03-10-2023

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2023:5805

Zaaknummer: C/05/425063 HO RK 23/703

Rechters: J.H. Steverink, M.D.E. Leppens en K.M. van Hassel

Advocaten: M.K. ter Horst

Wetsartikelen: 383 Fw en 384 Fw

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid van (voormalig) bestuurder en feitelijk leidinggevende

Zowel de (voormalig) bestuurder als een feitelijk leidinggevende wordt op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort. Ten aanzien de bestuurder wordt het bedrag gematigd. Een beroep op de pauliana ten aanzien van de partner van de feitelijk leidinggevende slaagt.

Op 12 januari 2016 is B&A Holding BV ('B&A') in staat van faillissement verklaard. De betrokkenen in deze procedure zijn de feitelijk leidinggevende van B&A ('de leidinggevende'), de statutair bestuurder van B&A, die ook de vader is van de leidinggevende ('de vader') en de partner van de leidinggevende ('de partner').

Faillissementspauliana

De partner heeft een bedrag van € 23.600 aan B&A geleend. De curator verwijt de partner dat zij in strijd met artikel 42 Fw heeft gehandeld door vervolgens een groot deel van de activa van B&A onder zich te nemen onder verrekening van de koopsom met (onder meer) de aan haar openstaande schuld.

Het hof stelt vast dat de partner in totaal € 18.000 aan aflossingen van B&A heeft ontvangen. Eind 2014 stond er nog een bedrag van € 5.600 open. De partner heeft een inkoopfactuur van € 27.830 aan B&A gestuurd ter zake van de verkoop van enkele roerende zaken, waaronder bestelbussen. Op de factuur staat vermeld dat het bedrag kan worden verrekend. Daarna worden wisselende bedragen afgeschreven van de rekening van B&A naar de partner onder vermelding van 'lease bussen'.

Het hof is van oordeel dat sprake is van benadeling door de roerende zaken aan de partner over te dragen en vervolgens door B&A deels terug te leasen. Ook aan de overige paulianavereisten is volgens het hof voldaan. De partner wordt veroordeeld om € 27.830 en € 6.000 aan de curator te betalen.

Bestuurdersaansprakelijkheid

De curator stelt zowel de leidinggevende als de vader aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de leidinggevende als feitelijk leidinggever van B&A moet worden aangemerkt. De leidinggevende heeft daar geen bezwaar tegen gemaakt. De leidinggevende wordt daarom ook in hoger beroep voor de toepassing van artikel 2:248 BW gelijkgesteld met een bestuurder.

Ten aanzien van de vader geldt dat hij in de periode 10 oktober 2014 tot en met 3 maart 2015 statutair bestuurder van B&A is geweest.

Het hof is met de rechtbank van oordeel dat de administratieplicht (art. 2:10 BW) in de relevante periode is geschonden. Volgens het hof kan aan de hand van de administratie van B&A immers niet snel inzage worden verkregen in de rechten en verplichtingen van B&A. Daaraan ligt ten grondslag dat enkele schriftelijke overeenkomsten ontbreken en er wisselende leasebedragen werden afgeschreven, dat sprake was van antedateren van facturen en dat er bedragen werden overgeboekt zonder dat duidelijk was waarvoor de gelden werden overgeboekt. Vast staat aldus dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling, hetgeen vermoed wordt een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn.

Noch de leidinggevende noch de vader heeft aannemelijk gemaakt dat andere omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

Het hof stelt vast dat niet alle onvolkomenheden van het bestuur aan de vader zijn toe te rekenen, omdat hij in tijd beperkt bestuurder is geweest. Hem treft in vergelijking tot de andere bestuurders dus minder verwijt. Het hof matigt het bedrag waarvoor de vader aansprakelijk wordt gehouden.

S.W.M. Kessels, oktober 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 10-10-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:8459

Zaaknummer: 200.314.153/01 en 200.311.344/01

Rechters: I. Tubben, M.M.A. Wind en V.A.G. van Dijk

Advocaten: W. Hogenkamp en L.M. Goeree

Wetsartikelen: 42 Fw, 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Afwijzing faillissementsverzoek vanwege onduidelijkheid pandrecht aanvrager faillissement

Een schuldeiser heeft een vordering van € 1 miljoen op een schuldenaar. Een financier stelt een eerste (stil) pandrecht te hebben op deze vordering en verzoekt om de faillietverklaring van de schuldenaar. De rechtbank wijst het faillissementsverzoek af, omdat nader onderzoek nodig is naar de vraag of de vordering van € 1 miljoen voortvloeit uit een bestaande rechtsverhouding. Is dat niet het geval, dan is een openbaar pandrecht gevestigd ten gunste van latere financiers.

Een schuldeiser heeft een vordering van € 1 miljoen op een schuldenaar. De schuldeiser is inmiddels failliet verklaard. De financier van deze schuldeiser meent een eerste pandrecht te hebben op de vordering van € 1 miljoen op de schuldenaar. Omdat de schuldenaar de vordering niet betaalt, vraagt de financier het faillissement aan van de schuldenaar. Ter discussie staat of de financier (hierna: 'de oorspronkelijke financier') inderdaad een eerste pandrecht heeft op de vordering.

De relevante feiten zijn als volgt. Op 1 november 2019 heeft 'financier 3' geld geleend aan de schuldenaar. In die leningsovereenkomst wordt gerefereerd aan het bedrag van € 1 miljoen dat de schuldeiser nog zal (door)lenen aan de schuldenaar. Op 6 november 2019 hebben 'financier 1' en 'financier 2' (nood)financiering verstrekt aan de schuldeiser. In deze overeenkomst is opgenomen dat de schuldeiser een pandrecht vestigt ten gunste van financier 1 en 2 op de vordering die ontstaat omdat zij geld doorleent aan de schuldenaar. Op 7 november 2019 leent de schuldeiser het bedrag van € 1 miljoen door aan de schuldenaar en op 8 november 2019 wordt in dit verband een doorleenovereenkomst gesloten.

De schuldeiser heeft een volmacht gegeven aan de oorspronkelijke financier om vorderingen aan zichzelf te verpanden. Onder meer op 4 november 2019 heeft de oorspronkelijke financier een verzamelpandakte geregistreerd bij de Belastingdienst. Naar de mening van de

oorspronkelijke financier is vanwege die registratie een stil pandrecht gevestigd op de lening die op 7 november 2019 is verstrekt, omdat in de overeenkomst die op 1 november 2019 is gesloten wordt gerefereerd aan de lening. De overeenkomst van 1 november 2019 zou volgens de oorspronkelijke financier kunnen worden gekwalificeerd als een rechtsverhouding waaruit de lening voortvloeit.

De schuldenaar meent dat de oorspronkelijke financier geen eerste pandrecht heeft op de vordering. Volgens de schuldenaar is direct bij het ontstaan van de vordering een openbaar pandrecht op de vordering tot stand gekomen ten gunste van financier 1 en financier 2. Dit openbaar pandrecht is namelijk een dag voor de totstandkoming van de vordering gevestigd. De overeenkomst van 1 november 2019 is volgens de schuldenaar geen rechtsverhouding waaruit de vordering voortvloeit. Het pandrecht van de oorspronkelijke financier is daarom pas bij de registratie van de eerstvolgende verzamel pandakte tot stand gekomen, wat in ieder geval een later moment is dan het moment waarop het openbaar pandrecht van financier 1 en 2 tot stand is gekomen.

De rechtbank overweegt dat nader onderzoek nodig is naar de vraag of de vordering die op 7 november 2019 is ontstaan voortvloeit uit een reeds bestaande rechtsverhouding. Voor dergelijk onderzoek is geen plaats in deze procedure. De rechtbank oordeelt daarom dat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van verzoekster en wijst het faillissementsverzoek af.

H.J. de Kloe, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 19-10-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:9812

Zaaknummer: C/10/664080 / FT RK 23/444

Rechters: B.A. Cnossen

Advocaten: A.M. Mennens en J.P.M. Borsboom

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 3:239 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Feitelijk bestuurder van een apotheek is aansprakelijk voor het boedeltekort

De echtgenoot van de apotheker (die niet meer in staat was om bestuurstaken uit te voeren) heeft zich als bestuurder van de apotheek gedragen. Hij heeft zijn taak onbehoorlijk vervuld, hetgeen een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, en daarmee is hij aansprakelijk voor het boedeltekort.

Sinds 2007 was mevrouw X bestuurder en (indirect) enig aandeelhouder van een vennootschap die een apotheek exploiteerde. In 2009 is zij getroffen door een hersenbloeding, waarna haar echtgenoot (de heer Y) diverse waarnemend/beherend apothekers heeft aangesteld en zich heeft bemoeid met de bedrijfsvoering. In 2019 is de apotheek in staat van faillissement verklaard. Het is de curator gebleken dat de heer Y diverse betalingen van in totaal circa € 300.000 aan (of ten behoeve van) hemzelf heeft voldaan. Voorts constateerde de curator dat de administratie niet op orde was. De curator stelt primair dat de heer Y zijn taak als bestuurder of feitelijk beleidsbepaler onbehoorlijk heeft vervuld en aansprakelijk is voor het boedeltekort (art. 2:248 BW). De rechtbank heeft geoordeeld dat de heer Y noch formeel bestuurder noch feitelijk beleidsbepaler is geweest. Alle vorderingen van de curator zijn afgewezen, waarna de curator hoger beroep heeft ingesteld. Het hof oordeelt als volgt.

Uit notulen van de algemene vergadering van aandeelhouders uit 2018 volgt dat de heer Y vanwege ontstentenis van mevrouw X om bestuurstaken uit te voeren, voorlopig is belast met het bestuur. De heer Y heeft niet gesteld en evenmin is gebleken dat hij destijds op enige manier bezwaar heeft gemaakt tegen deze aan hem bekende benoeming, zodat de vennootschap er redelijkerwijs op mocht vertrouwen dat hij deze aanvaardde. Dat deze benoeming niet in het handelsregister is ingeschreven, is niet doorslaggevend voor het tegendeel.

Daarnaast is het de vraag of de heer Y (in ieder geval in de periode voor de benoeming) kon worden beschouwd als feitelijk beleidsbepaler. In dat geval moet hij zich ten minste een deel van de bestuursbevoegdheid hebben toegeëigend en op die manier het beleid hebben bepaald

of mede bepaald als ware hij bestuurder. Van zodanige beleidsbepaling kan ook sprake zijn in de situatie dat daarnaast een of meer formele bestuurders hun taken als bestuurder bleven uitoefenen. De aansprakelijkheid van de heer Y is dus niet reeds uitgesloten op de grond dat een beherend apotheker tussen september 2016 en juni 2018 statutair bestuurder is geweest. Voorts is relevant dat de heer Y niet (gemotiveerd) heeft weersproken dat hij onder meer overleg voerde met de accountant, bank en Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd, betalingstoezeggingen deed aan leveranciers, afspraken maakte met beherend apothekers en werknemers, salarisbetalingen verrichtte en bepaalde of en voor welk bedrag er medicijnen konden worden besteld. Uit verklaringen van derden bleek dat de heer Y als bestuurder werd gezien, zich intensief met het dagelijks reilen en zeilen van de apotheek bemoeide en zich ook daadwerkelijk als bestuurder gedroeg.

Het hof concludeert daarnaast uit eerdere processtukken (in andere procedures) dat mevrouw X vanaf 2009 niet meer als (indirect) bestuurder van de apotheek optrad en dat zij het hele bestuur in feite overliet aan haar echtgenoot, de heer Y. Dat hij dit alles deed op uitdrukkelijke instructie van mevrouw X is nergens uit gebleken. In tegendeel, in 2015 is de heer Y middels een volmacht de vrije hand gegeven om naar eigen inzicht bestuurshandelingen te verrichten. Dat de heer Y handelde op grond van een volmacht sluit de toepasselijkheid van artikel 2:248 lid 7 BW overigens niet uit, aldus het hof. De heer Y heeft nog een verklaring overgelegd die de eigen wil van mevrouw X zou bevatten, maar daaraan kent het hof geen bewijskracht toe. De conclusie is dat in de drie jaar voor de faillietverklaring van de apotheek de heer Y (ten minste mede)beleidsbepaler was als ware hij bestuurder.

Ten aanzien van de administratieplicht erkent de heer Y dat er geen behoorlijke administratie is gevoerd, maar hij wijt dit aan de beherende apothekers die de boekhouding volgens hem opzettelijk buiten het zicht van mevrouw X hebben onttrokken. Het hof overweegt dat het in dat geval op de weg van de heer Y had gelegen om deze situatie zo spoedig mogelijk te beëindigen, maar daarover heeft hij niets aangevoerd. Ook staat vast dat de deponeringsplicht niet is nageleefd. Nu het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 2:10 en 2:394 BW, staat onder artikel 2:248 lid 2 BW vast dat het zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Om dit bewijsvermoeden te ontzenuwen, wijst de heer Y erop dat een beherend apotheker na zijn vertrek in maart 2019 geen opvolging heeft geregeld en de financiële stukken onder retentie heeft gelaten bij een derde. Dat zijn echter omstandigheden waarvoor het bestuur volgens het hof verantwoordelijk is. Verder zou er sprake zijn geweest van slecht management door beherend apothekers, maar daarvan is niets concreet aangevoerd. De belangrijkste oorzaak van het faillissement moet in plaats daarvan worden gezien in het feit dat de apotheek

na 2009 de managementfee van mevrouw X heeft doorbetaald (en ook verhoogd) terwijl daarnaast een beherend apotheker diende te worden betaald (omstreeks een ton per jaar). Sinds 2011 leed de apotheek dan ook verlies. Daar komt bij dat de apotheek door middel van een overeenkomst van kwijtschelding haar rekening-courantvordering op de persoonlijke holding van mevrouw X (ter hoogte van circa € 500.000) heeft kwijtgescholden. De apotheek heeft zo geld weggegeven en daarmee haar reeds slechte financiële positie nog verder verslechterd. Daarnaast heeft de heer Y ten laste van de apotheek een bedrag van circa € 88.000 betaald aan de hypotheekhoudster op de privéwoning van hem en mevrouw X.

Het hof concludeert dat geen redelijk denkend bestuurder - onder dezelfde omstandigheden - zo zou hebben gehandeld als hier in de periode van drie jaar voor de faillietverklaring is gebeurd. Daarom is de heer Y hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. Het hof veroordeelt de heer Y tot betaling van een voorschot ter hoogte van € 300.000.

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

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 03-10-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:8302

Zaaknummer: 200.314.071

Rechters: A.W. Steeg, J.P.H. van Driel van Wageningen en A. van Hees

Wetsartikelen: 2:10 BW, 2:394 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Failliet niet-ontvankelijk in hoger beroep tegen beslissing rechter-commissaris tot aangaan vaststellingsovereenkomst

De schuldenaar was geen partij bij de beschikking van de rechter-commissaris: hij heeft de beslissing niet uitgelokt en de beslissing is ook niet tot hem gericht. De schuldenaar is daarom niet-ontvankelijk in zijn beroep. Noch jurisprudentie van de Hoge Raad, noch het feit dat de schuldenaar als belanghebbende is gehoord door de R-C, brengt de rechtbank op andere gedachten.

De rechter-commissaris in het faillissement van een natuurlijk persoon heeft op grond van artikel 104 Fw toestemming gegeven aan de curator om een vaststellingsovereenkomst aan te gaan met verschillende curatoren in andere faillissementen. De overeenkomst komt erop neer dat vorderingen die over en weer in elkaars faillissement zijn ingediend worden ingetrokken. De schuldenaar komt op grond van artikel 67 Fw bij de rechtbank in beroep tegen de beschikking van de rechter-commissaris.

De rechtbank verklaart de schuldenaar niet-ontvankelijk. Slechts degene die de beschikking heeft uitgelokt en degene tot wie de beschikking is gericht kan als partij bij de beschikking hoger beroep instellen. De schuldenaar meent op grond van drie beschikkingen van de Hoge Raad toch ontvankelijk te zijn in het beroep, maar de rechtbank legt uit waarom deze uitspraken van de Hoge Raad er niet toe leiden dat zij de schuldenaar ontvankelijk acht. In de eerste uitspraak (HR 11 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0721) werd de ontvankelijkheid in cassatie niet aan de orde gesteld; in de tweede uitspraak (HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3464) ging het om hoger beroep tegen een artikel 69-verzoek van de schuldenaar zodat de schuldenaar daar wel partij was en in de derde uitspraak (HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:589) ging het om een specifieke kwestie waarbij een behoorlijke rechtsbescherming meebracht dat de schuldenaar in beroep kon gaan tegen de toestemming van de rechter-commissaris aan de curator tot overname en intrekking van een fiscale procedure.

Dat de schuldenaar voor de rechter-commissaris zijn standpunt als belanghebbende mocht toelichten, maakt niet dat hij partij is geworden bij de beschikking. Ook dat is dus geen reden om de schuldenaar ontvankelijk te verklaren in zijn beroep.

H.J. de Kloe, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 11-10-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2023:5074

Zaaknummer: C/01/16/507 F

Rechters: W. Schoorlemmer

Advocaten: A.J. Tekstra, M.A.M.J. Stücken, J.J. van Hees, T.V.J. Bil, H. de Coninck en C.J. Jager

Wetsartikelen: 67 Fw en 104 Fw

RECHTSPRAAK

Faillissement blijft in hoger beroep in stand

Hoogte schuld CJIB wordt betwist, maar de schuld zelf niet. De belastingschuld zou niet correct zijn omdat geen (juiste) aangiftes zijn gedaan, maar dat komt voor rekening van de schuldenaar.

Op verzoek van het Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg en het Opleidings- en Ontwikkelingsfonds is een natuurlijk persoon door de rechtbank failliet verklaard. De schuldenaar is tevergeefs in verzet gekomen tegen de faillietverklaring. Ook het hoger beroep tegen de beslissing in verzet is tevergeefs ingesteld.

Het hof stelt vast dat het vorderingsrecht van de verzoekers niet is betwist. Uit het schuldenoverzicht dat de curator heeft overgelegd, volgt dat er ook andere schuldeisers zijn. Een vordering van het CJIB zou volgens de schuldenaar door een derde worden afgelost waardoor de schuld lager zou zijn dan opgegeven, maar dat er een schuld is bij het CJIB wordt niet betwist. De belastingschuld die op de lijst van de curator staat, zou volgens de schuldenaar niet correct zijn omdat de administrateur zijn werk niet goed zou hebben gedaan, maar dat komt naar het oordeel van het hof voor rekening van de schuldenaar. Gelet op de schulden die er zijn, is sprake van pluraliteit van schuldeisers. Omdat niet aannemelijk is dat de schuldenaar op het moment of op korte termijn voldoende middelen heeft om zijn schulden te voldoen, verkeert hij ook in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Het hof laat het faillissement in stand.

H.J. de Kloe, oktober 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 09-10-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:8426

Zaaknummer: 200.331.949

Rechters: M.P.M. Hennekens, G.P. Oosterhoff en H. Wammes

Advocaten: N. Gierdharie en S.K. Tuithof

Wetsartikelen: 8 Fw

RECHTSPRAAK

Faillissementsvonnis van de rechtbank bekrachtigd door het hof

Het hof heeft de uitspraak van de rechtbank waarin verzoekster in staat van faillissement wordt verklaard, bekrachtigd.

Verweerders hebben een vordering op verzoekster van € 108.997,83 uit hoofde van een kredietovereenkomst. Tot zekerheid voor de nakoming van de kredietovereenkomst hebben verweerders een tweede hypotheekrecht verkregen op een woning van verzoekster. Uiterlijk op 1 maart 2021 had de vordering moeten zijn betaald. Dit is niet gebeurd.

Op verzoek van verweerders is verzoekster op 4 juli 2023 in staat van faillissement verklaard. Verzoekster heeft hoger beroep ingesteld, waarin zij verzoekt het vonnis te vernietigen en het verzoek tot faillietverklaring van verweerders alsnog af te wijzen.

Naast de vordering van verweerders heeft verzoekster nog verschillende andere schuldeisers, waaronder de Belastingdienst.

De rechtbank was bevoegd

Allereerst komt verzoekster op tegen de bevoegdheid van de Nederlandse rechtbank om van het faillissementsverzoek kennis te nemen, omdat zij sinds 30 mei 2018 niet meer in Europa zou wonen.

Het hof wijst op artikel 2 lid 2 Fw: indien de schuldenaar zich buiten Europa heeft begeven, is de rechtbank van haar laatste woonplaats bevoegd. Hiervoor is wel vereist dat de schuldenaar al bij zijn vertrek uit Nederland een of meer schulden bij de aanvrager van het faillissement had. Vaststaat dat de laatste woonplaats van verzoekster in Nederland Amersfoort is en dat zij al een schuld bij verweerders had op het moment dat zij naar eigen zeggen naar Turkije is verhuisd (in 2018). Volgens het hof is daarmee de bevoegdheid van de Nederlandse rechtbank gegeven. Bovendien ligt de COMI van verzoekster in Nederland, zodat ook op grond van de Europese Insolventieverordening de Nederlandse rechter bevoegd is.

Geen sprake van borgtocht en geen misbruik van recht

Verzoekster stelt dat verweerders met hun faillissementsverzoek misbruik maken van recht. De kredietrelatie zou door en ten behoeve van de vennootschappen van verzoekster zijn aangegaan en verzoekster zou daarbij slechts als borg hebben opgetreden. Met deze achtergrond hadden verweerders hun vordering op verzoekster door uitwinning van hun hypotheekrecht kunnen en ook moeten verhalen, aldus verzoekster.

Volgens het hof blijkt voldoende dat de kredietfaciliteit ook is verstrekt aan verzoekster in persoon, zodat verzoekster daarvoor ook in persoon hoofdelijk aansprakelijk is en er dus geen sprake is van borgtocht. Schuldeisers zijn in beginsel vrij het faillissement van hun schuldenaar aan te vragen, ondanks het bestaan van een ten behoeve van hen gevestigd zekerheidsrecht. Van misbruik van recht is enkel sprake wanneer het faillissement geen enkel belang van de verzoeker dient; daarvan is in dit geval geen sprake. Er hebben verschillende opmerkenswaardige gebeurtenissen plaatsgevonden, waardoor verweerders belang hebben bij de aanstelling van een onafhankelijke curator. Het verzoek van verweerders tot faillietverklaring van verzoekster levert dan ook geen misbruik van recht op, aldus het hof.

Geen sprake van schuldeisersverzuim

Ook meent verzoekster dat sprake is van schuldeisersverzuim, omdat verweerders betaling door middel van cessie/contractoverneming niet hebben geaccepteerd. Het hof gaat hier niet in mee. Verweerders hebben recht op onvoorwaardelijke betaling (art. 6:111 BW). Van hen kan niet worden verlangd dat zij door middel van contractoverneming een contractuele relatie met een derde aangaan.

Gebleden is van de toestand te hebben opgehouden te betalen

Tot slot stelt verzoekster dat zij niet meer verkeert in een toestand van te hebben opgehouden te betalen. Zij heeft ofwel haar schuldeisers betaald, ofwel betalingsregelingen met hen getroffen, ofwel de schuldeisers eisen hun vordering niet op c.q. de vordering is niet opeisbaar.

Volgens het hof zijn de betalingsregelingen die zijn getroffen met twee schuldeisers niet toereikend. Bovendien is niet gebleken van betaling van de vorderingen van de andere schuldeisers of afspraken met hen.

Ook de voorgestelde zekerheidsstelling voor de vorderingen van alle schuldeisers (met uitzondering van twee schuldeisers, waaronder de Belastingdienst) is niet toereikend. In dit geval is nog steeds sprake van twee niet betaalde schuldeisers. De betwisting van de vordering van de Belastingdienst door verzoekster doet niets af aan haar toestand van te hebben opgehouden te betalen, omdat zij onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij tegen alle aanslagen bezwaar heeft gemaakt en dat haar betwisting gegrond is.

Uit het voorgaande volgt dat van pluraliteit van schuldeisers sprake is en dat verzoekster een of meer schuldeisers onbetaald laat, zodat van de toestand dat zij is opgehouden te betalen voldoende is gebleken.

Het hoger beroep slaag niet. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

B.S. Pronk, oktober 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-08-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:7002

Zaaknummer: 200.329.540

Rechters: H. Wammes, H.C. Frankena en A.A. van Rossum

Advocaten: A.J. Nederhoed en N.S. van Tussenbroek

Wetsartikelen: 8 Fw