

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 23, 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:2023:1569](#) 17-11-2023

Verbeurde dwangsommen kunnen dienen als steunvordering

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:9592](#) 14-11-2023

Bestuurders niet aansprakelijk voor het faillissementstekort vanwege andere belangrijke oorzaak faillissement

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2023:2178](#) 07-11-2023

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW en onrechtmatige selectieve betaling

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:17044](#) 07-11-2023

De faillietverklaring van een ontbonden en verdwenen bv. Met wenk

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:5732](#) 06-11-2023

Retentierecht in faillissement

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2023:5987](#) 01-11-2023

Vooruitbetaalde huur was niet paulianeus, maar wel onverschuldigd betaald

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:6824](#) 31-10-2023

WHOA: schuldeiser die is gehoord is niet-ontvankelijk in verzet tegen internationale rechtsmacht

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:5585](#) 25-10-2023

Geen bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2023:5615](#) 11-10-2023

Bekrachtiging nietige proceshandelingen

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:10759](#) 04-10-2023

Haviltex van pandakte: rechtsgeldige verpanding van doorverkochte debiteurenvorderingen. Geen derdenbescherming verkrijger.

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2023:5867](#) 02-10-2023

Rechtbank toetst beschikking R-C op grond van artikel 69 Fw terughoudend. Met wenk

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:6760](#) 30-08-2023

Curator niet aansprakelijk voor tenietgaan pandrecht door wijze van afwikkeling

RECHTSPRAAK

Haviltex van pandakte: rechtsgeldige verpanding van doorverkochte debiteurenvorderingen. Geen derdenbescherming verkrijger.

Eiseres veronderstelde geen pandrecht te hebben op de doorverkochte vorderingen omdat zij er - naar haar later bleek ten onrechte - van uitging dat die vorderingen niet via het vermogen van de pandgever gingen. Uitleg van de pandakte leert dat het eerste pandrecht van eiseres zich uitstrekt over de huidige en toekomstige vorderingen, inclusief de door pandgever doorverkochte vorderingen, die op enig moment tot zijn vermogen behoorden.

De kern van deze zaak gaat over het vaststellen van een pandrecht op debiteurvorderingen die op basis van stille cessie zijn doorverkocht door pandgever ('Debiteurenvorderingen'). Het geschil, behandeld door de rechtbank Rotterdam, speelt tussen eiseres, een kredietverstrekker en tevens pandhouder, en gedaagden, bestaande uit Fondsen, de curator van zes failliete vennootschappen, en McFactor B.V., die samen de DP-groep vormden.

Centraal staat de vraag of eiseres een eerste pandrecht heeft op de Debiteurenvorderingen die aan de Fondsen zijn overgedragen. De rechtbank behandelt (1) de uitleg van de pandakte, (2) de wilsovereenstemming, (3) de redelijkheid en billijkheid in het licht van de gestelde financieringsafspraken, alsmede (4) het beroep van de Fondsen op derdenbescherming en (5) het recht van eiseres als pandhouder op informatie.

De DP-groep, actief in het aankopen en uitwinnen van debiteurenportefeuilles, had sinds september 2009 een financieringsrelatie met eiseres, met de laatste financieringsovereenkomst in oktober 2020. Eiseres bedong zekerheden, waaronder een eerste pandrecht op huidige en toekomstige vorderingen van DP-groep, met het recht op kwartaalinformatie. Vanwege behoefte aan financiering richtte de DP-groep de Fondsen op, die via obligatieleningen externe financiering aantrokken voor de aankoop van debiteurenportefeuilles. De *Service Level Agreements* (SLA's) tussen de Fondsen en een DP-

groep-vennootschap leidden tot de doorverkoop (en levering via stille cessie) van de Debiteurenvorderingen aan de Fondsen.

In december 2021 vroeg de DP-groep om financieringsverlenging, terwijl de verstrekte lening niet was terugbetaald. Een kortgedingprocedure tussen eiseres en de DP-groep in april 2022 behandelde onder andere de omvang van het pandrecht van eiseres. In deze zaak eist eiseres erkenning van haar pandrecht op de Debiteurenvorderingen en een overzicht met informatie over die Debiteurenvorderingen van de Fondsen.

1. Uitleg van pandakte

De rechtbank analyseert de pandakte tussen eiseres en de DP-groep om de reikwijdte van het pandrecht op Debiteurenvorderingen te bepalen. Eiseres stelt dat haar pandrecht alle DP-groep vorderingen, inclusief die aan de Fondsen zijn doorverkocht – te weten de Debiteurenvorderingen – omvat. Fondsen en McFactor betwisten dit en suggereren een beperktere interpretatie, waarbij slechts een voorwaardelijk pandrecht ten gunste van eiseres is gevestigd.

Of de pandakte en verzamel pandaktes aan de formele vereisten van artikel 3:239 BW voldoen, staat niet ter discussie. Wel staat ter discussie de vraag of partijen, eiseres en DP-groep, de bedoeling hebben gehad om ook de Debiteurenvorderingen aan eiseres te verpanden, of om die juist buiten de verpanding te houden. Of op dit punt sprake is van wilsovereenstemming die tot verpanding strekt moet worden vastgesteld door uitleg van de pandakte.

Volgens de rechtbank ligt een ruime uitleg in de rede (r.o. 4.4 en 4.5). Voor de duiding van latere verklaringen en gedragingen geldt op grond van artikel 3:33 en 3:35 BW in wezen dezelfde Haviltex-maatstaf. Tenzij er aanwijzingen zijn voor een andere uitleg, is het uitgangspunt dat een zo ruim mogelijke zekerheidsstelling is beoogd (HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:268, *HBL/NuAdvies*). De rechtbank overweegt dat in beginsel een kredietverstrekker een zo ruim mogelijke zekerheid zal wensen. Een kredietnemer zal dan geen andere keuze hebben dan om aan die eis te voldoen als zij de door haar gewenste financiering van de kredietverstrekker wil krijgen. Het feit dat alle huidige en toekomstige vorderingen bij pandakte zijn verpand, onderstreept volgens de rechtbank de intentie om alle toekomstige vorderingen binnen het vermogen van de kredietnemer, in dit geval de DP-groep, te verpanden.

2. Wilsovereenstemming

De Fondsen en McFactor voeren een aantal omstandigheden aan die volgens hen als contra-indicatie voor die uitleg gelden. Gelet op de actieve betrokkenheid van eiseres bij de

oprichting van de Fondsen, was eiseres bekend met het eerste pandrecht van de obligatiehouders, aldus Fondsen en McFactor. Het zou tevens de bedoeling van eiseres zijn geweest om de Debiteurenvorderingen onbezwaard over te dragen aan de Fondsen. Eiseres wist dat zij geen pandrecht had op de Debiteurenvorderingen.

Eiseres heeft niet betwist dat zij informatie heeft ontvangen waaruit volgt dat het de bedoeling was dat de Fondsen een eerste pandrecht op de Debiteurenvorderingen ten behoeve van de obligatiehouders zouden vestigen. Eiseres voert evenwel aan dat zij er steeds van is uitgegaan dat de Debiteurenvorderingen rechtstreeks door de Fondsen werden verkregen en niet eerst in het vermogen van de DP-groep vielen. Zij stelt geen informatie te hebben ontvangen waaruit zij kon of moest afleiden dat de verkrijging van de Debiteurenvorderingen door de Fondsen via de DP-groep liep.

In de financieringsovereenkomst is bepaald welke informatie de DP-groep aan eiseres moet verstrekken. Die informatieplicht ziet op vorderingen die vallen onder het pandrecht “*zowel belast als onbelast*”. De bepaling over de dekkingsgraad(test) heeft het ook over “*het onbelaste deel van de portefeuille*”. Hieruit volgt volgens de Fondsen en McFactor dat eiseres ermee heeft ingestemd dat de Debiteurenvorderingen niet onder het pandrecht van eiseres vallen. De rechtbank volgt de Fondsen en McFactor hierin niet. De Fondsen hebben namelijk ter zitting desgevraagd verklaard dat eiseres er niet expliciet mee heeft ingestemd dat de Debiteurenvorderingen niet onder haar pandrecht zouden vallen, of dat het slechts een voorwaardelijk pandrecht betrof. Op basis van de Financieringsovereenkomst volgt naar het oordeel van de rechtbank slechts dat eiseres er in het algemeen rekening mee hield dat er onder de vorderingen die onder haar pandrecht vielen, vorderingen zouden kunnen zijn die al belast waren.

Anders dan het standpunt van de Fondsen en McFactor, stelt de rechtbank vast dat uit niets valt af te leiden dat eiseres wist of moest begrijpen dat als de vorderingen voor doorverkoop aan de Fondsen in het vermogen van DP-groep terecht zouden komen, zij daarop niettemin geen pandrecht verkreeg. Volgens de rechtbank is niet voldoende gemotiveerd gesteld dat eiseres wist of behoorde te weten dat de Debiteurenvorderingen op enig moment tot het vermogen van de DP-groep hadden behoord.

Daarom concludeert de rechtbank dat eiseres een geldig pandrecht op de Debiteurenvorderingen heeft.

3. Redelijkheid en billijkheid

Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (ex art. 6:248 lid 2 BW) is het aanvaardbaar dat eiseres zich beroep op het pandrecht dat rust op de Debiteurenvorderingen. McFactor

betoogt dat eiseres onbedoeld een pandrecht kreeg, maar de rechtbank concludeert dat eiseres en de DP-groep bij de Financieringsovereenkomsten wel beoogden alle vorderingen van de DP-groep, inclusief nieuw verworven vorderingen, aan eiseres te verpanden. Ondanks de misvatting van eiseres over het pandrecht, acht de rechtbank het redelijk dat zij zich op deze pandrechten beroept nadat de DP-groep in verzuim is met de terugbetaling van de financiering.

4. Derdenbescherming ex art. 3:36 BW

Het beroep van de Fondsen op derdenbescherming (art. 3:36 BW) wordt afgewezen, omdat ze niet hebben gespecificeerd op welke rechtsverhouding ze precies vertrouwden. Verder ondersteunt de wettekst niet de interpretatie dat derdenbescherming tevens geldt voor de situatie waarin is vertrouwd dat er nooit een rechtsbetrekking heeft bestaan.

5. Informatieverstrekking door de Fondsen

Uit de aard en strekking van het goederenrechtelijke recht dat eiseres als pandhouder ten aanzien van de verpande Debiteurenvorderingen heeft, volgt dat zij het recht heeft voorzien te worden van de informatie die nodig is voor de uitoefening van haar pandrecht. Van een derde die de verpande vorderingen in zijn macht heeft, mag worden verwacht dat hij in redelijkheid meewerkt aan het in staat stellen van de pandhouder tot uitoefening van haar rechten.

De rechtbank oordeelt dat eiseres als pandhouder recht heeft op regelmatige informatievoorziening over de verpande Debiteurenvorderingen, en wijst de vordering tot periodieke informatievoorziening toe, zij het beperkt tot de doorverkochte Debiteurenvorderingen.

E. Ayerdem, november 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 04-10-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:10759

Zaaknummer: C/10/646858 / HA ZA 22-870

Rechters: C. Bouwman, J.M.J. Arts en J.A. Terstegge

Advocaten: J.P.M. Borsboom, J.P.D. van der Klift en S.W. van den Berg

Wetsartikelen: art. 3:36 BW, art. 3:239 BW en art. 6:248 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW en onrechtmatige selectieve betaling

De curator meent dat de (indirecte) bestuurders aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:248 BW, omdat niet voldaan zou zijn aan de administratieplicht (art. 2:10 BW) en stelt een vordering in op grond van artikel 6:162 BW voor onrechtmatige selectieve betalingen. Alle vorderingen van de curator worden afgewezen.

Tot aan haar faillietverklaring dreef Tower Services Europe B.V. ('TSE') een kleine onderneming die zich bezighield met het onderhoud van installaties in de chemische industrie. Zij heeft slechts één directeur in dienst en maakt gebruik van uitzendkrachten via Eurocon. TSE is failliet gegaan door een groot project dat zij had aangenomen voor een vaste aanneemsom voor onderhoud aan een raffinaderij voor de Zweedse oliemaatschappij Preem AB ('Preem'). In dit project heeft TSE de procedure voor het contractueel vastleggen van meerwerk niet gevolgd. Hoewel Preem de indruk had gewekt dat het meerwerk achteraf zou worden betaald, werden de facturen voor het meerwerk niet geaccepteerd waardoor TSE haar schuldeisers niet meer kon betalen en surseance heeft aangevraagd. De surseance is vervolgens omgezet in een faillissement.

In het faillissement stelt de curator de bestuurders aansprakelijk en beroept hij zich op het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW. Hij stelt dat de administratie van TSE niet voldoet aan de eisen van artikel 2:10 BW, onder andere wegens gebreken in de administratie van het Preem-project vanwege het ontbreken van door Preem ondertekende meerprijsbonnen. Daarnaast voert de curator aan dat de bestuurders bij het aannemen en uitvoeren van het Preem-project zodanige fouten hebben gemaakt dat sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, waarvan aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement van TSE is geweest. Ook vordert de curator een verklaring voor recht dat de bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van TSE door selectieve betalingen aan het uitzendbureau (Eurocon) en vergoeding van de hierdoor geleden schade. De rechtbank heeft de vordering die ziet op de onrechtmatige selectieve

betalingen van de curator toegewezen. De overige vorderingen zijn afgewezen.

De curator gaat in hoger beroep. Het hof wijst alle vorderingen van de curator af, inclusief de vordering die ziet op de onrechtmatige selectieve betalingen.

Administratieplicht

Het hof merkt allereerst op dat de wet geen specifieke eisen stelt aan de wijze waarop de boekhouding moet worden ingericht. Volgens artikel 2:10 lid 1 BW is het bestuur van een vennootschap verplicht om van de vermogenstoestand van de vennootschap en van alles betreffende de werkzaamheden van de vennootschap, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, een zodanige administratie te voeren en te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de vennootschap kunnen worden gekend.

Het hof stelt vast dat de curator niet heeft weersproken dat TSE beschikt over saldijsten en kolommenbalansen. Ook beschikt TSE over de onderdelen van de administratie die voor elke vennootschap van belang zijn, zoals balansen, winst- en verliesrekening, overeenkomsten, correspondentie, enzovoort. Het hof concludeert dat onvoldoende is gesteld dat in dit geval aanvullende eisen aan de administratie moeten worden gesteld om aan artikel 2:10 BW te voldoen. Het ontbreken van door Preem ondertekende meerwerkbonnen maakt nog niet dat de administratie van TSE daarmee niet voldoet aan de eisen van artikel 2:10 BW. Vanwege de wijze waarop het meerwerk werd verstrekt, de tijdsdruk waaronder het project moest worden uitgevoerd en de gebruiken in de sector, levert het niet hebben van afgetekende meerwerkbonnen ook geen onbehoorlijk bestuur op in de zin van artikel 2:248 lid 1 BW.

Onbehoorlijk bestuur

Het hof oordeelt dat de curator aan zijn vordering op grond van onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:9 BW dezelfde verwijten ten grondslag heeft gelegd als aan zijn vordering ex artikel 2:248 BW. Nu de vordering ex artikel 2:248 BW niet toewijsbaar is omdat de bestuurders hun taak als bestuurders niet (kennelijk) onbehoorlijk hebben vervuld, kan ook de vordering van de curator ex artikel 2:9 BW zonder verdere inhoudelijke toetsing worden afgewezen.

Selectieve betalingen

Ten aanzien van de selectieve betalingen oordeelt het hof dat het peilmoment voor de selectieve betaling – het moment waarop TSE ernstig rekening moest houden met het gegeven dat zij niet al haar schuldeisers kon voldoen – op een later moment ligt dan de curator stelt. Niet eerder dan 7 december 2011 moest TSE er rekening mee houden dat niet alle schuldeisers voldaan konden worden. Tot dat moment mocht TSE erop vertrouwen dat Preem

de facturen voor het meerwerk zou betalen. Ook verkeerde TSE voor 7 december 2011 nog niet in de situatie waarin zij besloten had haar activiteiten te staken. De betalingen aan Eurocon zijn eerder dan 7 december 2011 verricht.

Het hof concludeert ten slotte dat voor zover het TSE niet al vrijstond de betalingen aan het uitzendbureau Eurocon bij voorrang te voldoen, er voor die betalingen bovendien een rechtvaardiging bestond aangezien hiermee toekomstige inkomsten uit nieuwe opdrachten voor TSE gewaarborgd konden worden en zij daarmee in het belang van de continuïteit van de onderneming van TSE zijn gedaan.

W.P.IJ. Overgoor, november 2023

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 07-11-2023

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2023:2178

Zaaknummer: 200.297.808/01

Rechters: G.C. de Heer, J.S. Honée en A.J. Berends

Advocaten: F. el Houzi en S.A.H.J. Warringa

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:10 BW, 6:162 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Geen bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW

De curator heeft niet voldoende aannemelijk gemaakt dat de onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, maar wel dat aan de bestuurder onverschuldigd is betaald.

Het gaat hier om een uitspraak van de rechtbank over een aantal vorderingen van de curator gericht op bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:11, 2:248, 2:9, en 6:162 BW. Daarnaast gaat het om een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking dan wel onverschuldigde betaling.

Bedrijf 1 is opgericht na een doorstart van twee gefailleerde bedrijven. Ongeveer een jaar na de oprichting vraagt bedrijf 1 eigen faillissement aan. De curator stelt zowel de bestuurder (gedaagde sub 1) als de indirect bestuurder (gedaagde sub 2) aansprakelijk voor het faillissementstekort. Ook vordert de curator dat gedaagde sub 1 een bedrag moet terugbetalen dat onverschuldigd aan haar is betaald.

De vordering van de curator is primair gebaseerd op artikel 2:248 BW. De bestuurder is jegens de boedel aansprakelijk als hij zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Als het bestuur niet voldoet aan zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 2:10 BW of 2:394 BW staat vast dat het zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en bestaat een weerlegbaar vermoeden dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

De curator heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat de gedaagden de administratieplicht hebben geschonden. Om te voldoen aan de eisen uit artikel 2:10 BW moet de boekhouding voldoende duidelijk zijn om een redelijk inzicht in de vermogenspositie van de onderneming te bieden. Dit was niet het geval bij de boekhouding van bedrijf 1. De debiteurenadministratie van bedrijf 1 gaf een vertekend beeld van de financiële positie van het bedrijf, en gedaagden konden geen geldige verklaring geven voor onregelmatigheden met betrekking tot intercompany transacties. De rechtbank stelt vast dat daarmee de administratieplicht is geschonden, waardoor een bewijsvermoeden bestaat dat onbehoorlijke taakvervulling een

belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Het gemotiveerde betoog van gedaagden dat de oorzaak van het faillissement is gelegen in het falen van de inspanningen om door het investeren in marketing meer klanten te krijgen slaagt. Het voldoen aan de administratieplicht zou daar geen verandering in hebben gebracht. Hiermee is het vermoeden uit artikel 2:248 lid 2 BW weerlegd, waardoor het aan de curator was om aannemelijk te maken dat de onbehoorlijke taakvervulling wel een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Daarin is zij niet geslaagd, zodat de vordering wordt afgewezen.

De curator heeft nog andere feiten en omstandigheden aan haar vordering ten grondslag gelegd, maar heeft onvoldoende onderbouwd dat die verwijtbaarheid opleveren, en voor zover het handelen wel verwijtbaar is niet dat het voldoende ernstig is om onbehoorlijk bestuur op te leveren. De subsidiaire vorderingen op grond van artikel 2:9 en 6:162 BW zijn gebaseerd op dezelfde feiten en omstandigheden en worden dus ook afgewezen.

Tot slot zou gedaagde sub 1 verschillende bedragen verschuldigd zijn vanwege privé-onttrekkingen, die een onverschuldigde betaling dan wel ongerechtvaardigde verrijking vormen. Wat betreft twee bedragen heeft de curator haar standpunt onvoldoende onderbouwd, nu die bedragen in de bankafschriften niet zijn terug te vinden. Wel blijkt uit de bankafschriften dat gedaagde sub 1 per saldo € 13.892,00 heeft ontvangen, waarvoor een grondslag ontbreekt. Gedaagde sub 1 heeft geen facturen of concrete uitleg kunnen bieden waaruit wel een grondslag voor deze betalingen blijkt. Dit bedrag is daarmee onverschuldigd aan gedaagde sub 1 betaald, en zal aan de curator moeten worden betaald.

De rechtbank wijst de vorderingen ex artikel 2:248, 2:9, en 2:11 BW af, maar wijst de vordering op grond van onverschuldigde betaling toe.

D.R.C. Smit, november 2023.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 25-10-2023

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2023:5585

Zaaknummer: C/16/540909 / HA ZA 22-360

Rechters: N.A.J. Purcell

Advocaten: C.H.A. van de Wiel en A.W. Hooijen

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:9 BW, 6:162 BW, 2:11 BW, 2:10 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Vooruitbetaalde huur was niet paulianeus, maar wel onverschuldigd betaald

De vooruitbetaling van huur betrof de uitvoering van een overeenkomst en was daarom niet onverplicht verricht. Wel is er onverschuldigd betaald. De verhuurder beroept zich op verrekening en wordt toegelaten tot bewijs van haar tegenvordering.

Bij vonnis van 19 mei 2020 is BliXem B.V. in staat van faillissement verklaard. De aandelen in die vennootschap worden grotendeels gehouden door Geldersch Beheer B.V. Geldersch Beheer verhuurde een kantoorpand aan BliXem, waarbij de huur voor geheel 2020 reeds in januari was gefactureerd en betaald. Geldersch Beheer en BliXem maakten gebruik van een cash pooling-arrangement van Rabobank. Als gevolg van de saldomutaties binnen het cash pooling-arrangement ontstonden corresponderende verbintenissen tussen BliXem en Geldersch Beheer die werden geboekt in een rekening-courant. Op 17 juni 2020 (dus na datum faillissement) hebben de curator en Geldersch Beheer een overeenkomst gesloten, waarbij Geldersch Beheer activa van BliXem heeft gekocht. In de koopovereenkomst zijn ook afspraken gemaakt over de beëindiging van het gebruik door BliXem van het kantoorpand en over de hoogte van de gebruiksvergoeding vanaf de datum van faillissement. Daarna heeft de curator een rechtmatigheidsonderzoek uitgevoerd en geconcludeerd dat de vooruitbetalingen van de huur vernietigbaar zijn op grond van artikel 42 Fw. De curator heeft Geldersch Beheer gesommeerd tot betaling van de vooruitbetalingen minus de verschuldigde huur tot datum faillissement en de overeengekomen gebruiksvergoeding na datum faillissement.

Ten aanzien van het beroep op de pauliana oordeelt de rechtbank als volgt. Geldersch Beheer heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat de betaling van BliXem berust op een tussen hen gemaakte afspraak. Dit volgt uit de overeenkomst doorbelastingen, waarin staat dat BliXem de huur jaarlijks bij vooruitbetaling aan Geldersch Beheer moet voldoen. De rechtbank stelt vast dat deze afspraak consistent is met de wijze waarop de huur in het verleden is betaald. De vooruitbetalingen zijn dan ook niet onverplicht verricht, zodat de buitengerechtelijke vernietiging van de betaling geen standhoudt. Ter zitting heeft de curator nog de verbintenis

tot vooruitbetaling van de huur vernietigd met een beroep op artikel 42 Fw. Voor de vereiste wetenschap is echter niet voldoende dat BliXem en Geldersch Beheer wisten, althans behoorden te weten, dat schuldeisers benadeeld zouden worden als ooit een faillissement van BliXem zou volgen. Daarmee zou het vereiste van wetenschap van benadeling te ver worden opgerekt. Van wetenschap van benadeling in de zin van artikel 42 Fw is sprake indien ten tijde van de rechtshandeling – het moment waarop de overeenkomst doorbelastingen is gesloten – het faillissement en het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien. Ook deze vernietiging slaagt dus niet.

Subsidiair stelt de curator dat Geldersch Beheer over het jaar 2020 te veel huur heeft ontvangen (onverschuldigde betaling althans ongerechtvaardigde verrijking). De rechtbank oordeelt inderdaad dat de huur vanaf 27 juli (de datum waarop het gebruik van het kantoorpand door BliXem eindigde) tot en met 31 december 2020 zonder rechtsgrond en dus onverschuldigd is betaald aan Geldersch Beheer. Geldersch Beheer beroept zich echter op de gesloten koopovereenkomst waarin is opgenomen dat die overeenkomst alle afspraken tussen partijen ter zake omvat en alle voorafgaande afspraken tussen partijen vervangt. Nu partijen een verschillende betekenis toekennen aan die betaling, moet deze worden uitgelegd. Gelet op de omstandigheden moet grote betekenis worden gehecht aan de taalkundige uitleg van de bepaling. Daaruit volgt dat de curator met de koopovereenkomst geen ‘afstand doet van rechten ten aanzien van de boedel’, zoals Geldersch Beheer stelt. Bovendien leidt de uitleg zoals voorgestaan door Geldersch Beheer tot onaannemelijke rechtsgevolgen, doordat de curator met de koopovereenkomst afstand zou doen van rechten ten aanzien van de boedel, terwijl die overeenkomst is gesloten voordat een eventueel rechtmatigheidsonderzoek was afgerond of zelfs aangevangen. Indien en voor zover Geldersch Beheer zich beroept op rechtsverwerking, kan ook dit verweer niet slagen omdat niet is gebleken van enige gedraging van de curator die bij Geldersch Beheer het vertrouwen heeft gewekt dat zij haar aanspraak op Geldersch Beheer niet (meer) geldend zal maken.

Verder doet Geldersch Beheer een beroep op verrekening (art. 53 Fw) omdat zij een (tegen)vordering zou hebben op BliXem uit hoofde van een rekening-courantverhouding. Gelet op de gemotiveerde betwisting van de curator zal de rechtbank Geldersch Beheer toelaten tot het leveren van bewijs waaruit de door haar gestelde tegenvordering blijkt.

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

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 01-11-2023

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2023:5987

Zaaknummer: 413845

Rechters: M.S.T. Belt

Advocaten: C.F.H. Donners en C.W. Houtman

Wetsartikelen: 42 Fw

RECHTSPRAAK

Bekrachtiging nietige proceshandelingen

Curator bekrachtigt nietige proceshandelingen na opheffing schorsing ex artikel 29 Fw. Vervolg op rechtbank Gelderland 31 mei 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:3088, INS Updates 2023-0145.

De onderhavige uitspraak is het vervolg op een eerder tussenvonnis van de rechtbank Gelderland van 31 mei 2023 (ECLI:NL:RBGEL:2023:3088, INS 2023-0145). In de procedure spelen (i) een hoofdzaak tussen het Waterschap Vallei en Veluwe als eiser en een vennootschap onder firma en haar twee vennoten als gedaagden, waarvan er een na dagvaarding in de hoofdzaak failliet is verklaard; (ii) een vrijwaringsprocedure van (de curator van) een vennoot tegen een derde besloten vennootschap met het waterschap als voegende partij aan de zijde van (de curator van) de eisende vennoot; en (iii) een vrijwaringsprocedure van de vof en haar twee vennoten tegen de Staat der Nederlanden, waarin de derde vennootschap zich aan de zijde van de curator heeft gevoegd.

De curator heeft de procedure in de hoofdzaak in eerste instantie direct willen overnemen. Omdat de hoofdmoot van de vorderingen van het waterschap in de hoofdzaak voldoening ener verbintenis uit de boedel ten doel heeft, zou het geding echter volgens de rechtbank in haar vonnis van 31 mei 2023 op de voet van artikel 29 Fw van rechtswege zijn geschorst om alleen dan te worden voortgezet als de verificatie van de vordering wordt betwist. De curator heeft daar nog tegen ingebracht dat hij de vorderingen van het waterschap buiten de verificatievergadering om had betwist en uit dien hoofde tot voortzetting zou zijn bevoegd. Dat was volgens de rechtbank niet mogelijk, omdat aan het verificatieproces de *paritas creditorum* ten grondslag ligt en dat beginsel op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist als de curator proactief – buiten de verificatievergadering om – zou kunnen betwisten. Sinds het tussenvonnis heeft op 21 juni 2023 een verificatievergadering plaatsgevonden, ter gelegenheid waarvan de curator de vordering van het waterschap alsnog formeel heeft betwist, en hebben partijen bij meerdere akten hun visie op het vervolg gegeven.

De derde besloten vennootschap die zich op 16 november 2022 als waarborg in de hoofdzaak heeft gevoegd, heeft schijnbaar geen belang bij voortgang van de procedures. Zij heeft

opgeworpen dat hervatting van het geding tegen failliet dat op de voet van artikel 29 Fw was geschorst slechts kan bij door het waterschap tegen de curator uit te brengen dagvaarding tot hervatting, waarna de curator haar opnieuw in vrijwaring zou moeten oproepen (r.o. 4.4). De rechtbank stelt vast dat artikel 29 Fw niet bepaalt op welke wijze wordt voortgezet, maar overweegt ook meteen dat niet voor de hand ligt “[d]at dit alleen met een hervattingsexploot mogelijk is”. In lijn met artikel 227 lid 1 aanhef en onder b en artikel 228 lid 1 Rv is ook een tot hervatting strekkende akte ter rolle denkbaar. De rechtbank acht de akte van de curator strekkende tot hervatting en de instemming van het waterschap daartoe onder de gegeven omstandigheden voldoende (r.o. 4.5).

Dan is de vraag of de procedure tegen de curator moet worden hervat in de stand waarin deze zich ten tijde van de schorsing (i.e. de datum van faillietverklaring) bevond of dat nadien in de procedure verrichte nietige proceshandelingen (zie voor een overzicht: Rb. Gelderland 31 mei 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:3088, r.o. 4.13) zijn bekrachtigd. De mogelijkheid van bekrachtiging van die proceshandelingen in de hoofdzaak heeft de rechtbank in het tussenvonnis van 31 mei 2023 onder verwijzing naar artikel 3:58 jo. 3:59 BW uitdrukkelijk overwogen (*idem*, r.o. 4.19). De curator en ook het waterschap gaan uit van bekrachtiging van de nietige proceshandelingen, met van de zijde van het waterschap de signalering van een potentieel obstakel, erin gelegen dat “in rechtspraak een enkele keer is geoordeeld dat een curator in een renvooiprocedure geen vrijwaringsprocedure kan starten”. De rechtbank gaat zonder inhoudelijke beoordeling aan de opmerking van het waterschap voorbij, al is het maar omdat alle betrokkenen ervan waren uitgegaan dat de proceshandelingen rechtsgeldig waren tot het moment dat de rolrechter bij brief van 9 februari 2023 de potentiële nietigheid onder hun aandacht bracht en het waterschap de opmerking ook al in het voordien opgeworpen vrijwaringsincident had kunnen maken, maar dat heeft nagelaten (r.o. 4.7-4.9).

De waarborg heeft laten weten dat zij afziet van bekrachtiging van haar proceshandelingen na de faillietverklaring. Zij heeft er in dit verband op gewezen dat zij zich bij antwoordakte van 12 april 2023 uitdrukkelijk op de nietigheid van die proceshandelingen heeft beroepen. Daarom zou niet zijn voldaan aan de eis van artikel 3:58 lid 1 BW dat alle onmiddellijk belanghebbenden de nietige proceshandelingen in de periode tussen de handeling en de vervulling van het vereiste voor hun geldigheid – de betwisting van de vordering van het waterschap door de curator ter verificatievergadering op 21 juni 2023 – als geldig hebben aangemerkt. De rechtbank overweegt ten eerste dat de waarborg ten aanzien van proceshandelingen van vóór haar voeging in de hoofdzaak niet kwalificeert als onmiddellijk belanghebbende. Aan de bekrachtiging van die proceshandelingen, waaronder een tussenvonnis van 22 juli 2022, waarbij de curator is toegestaan om de waarborg in vrijwaring op te roepen, staat de stellingname van de waarborg dus sowieso niet in de weg. Het enige

gevolg van die stellingname is volgens de rechtbank dat de waarborg zich op 16 november 2023 niet rechtsgeldig aan de zijde van de curator in de hoofdzaak heeft gevoegd.

De procedure tussen het waterschap en de curator tezamen met de procedures tegen de vof en de andere vennoot zijn dus hervat en wel in de stand waarin deze zich bevonden ten tijde van voornoemde brief van de rolrechter van 9 februari 2023. Bij deze stand van zaken is er volgens de rechtbank ook geen aanleiding om de vrijwaringsprocedures door te halen. Ook die procedures kunnen worden vervolgd in de stand waarin zij zich ten tijde van voornoemde brief bevonden.

J.O. Bijloo, november 2023

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 11-10-2023

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2023:5615

Zaaknummer: C/05/399997 / HA ZA 22-81

Rechters: G.J. Meijer

Advocaten: A. ter Mors, A.F.J. Jacobs, P.V. Kleijn en K. Winterink

Wetsartikelen: 28 Fw, 29 Fw, 227 Rv en 228 Rv

RECHTSPRAAK

Curator niet aansprakelijk voor tenietgaan pandrecht door wijze van afwikkeling

De curator komt bij de uitoefening van zijn taak veel vrijheid toe. De hier gekozen wijze van afwikkeling, heeft eiseres niet in haar belangen geschaad.

In deze zaak moet de rechtbank zich buigen over de vraag of een curator onrechtmatig heeft gehandeld jegens een schuldeiser die beschikt over een pandrecht op een vordering.

De verpande vordering betrof een vordering uit hoofde van een koopovereenkomst ter zake van een kantoorpand. De gefailleerde had dit pand voor faillissement verkocht, maar per datum faillissement had de levering nog niet plaatsgevonden. Op het pand was een recht van hypotheek gevestigd ten gunste van een bank.

Nadat de hypotheekhouder aan de curator had laten weten dat de overeengekomen koopprijs voor haar niet acceptabel was, is de koopovereenkomst ontbonden. Hierdoor is de verpande vordering van eiseres teniet gegaan. Vervolgens heeft de curator met instemming van de hypotheekhouder een nieuwe koopovereenkomst gesloten, tegen een hogere koopprijs. De hieruit voortvloeiende vordering ontstond pas na datum faillissement en kon derhalve niet onder het pandrecht van eiseres worden geschaad.

Eiseres stelt zich op het standpunt dat de curator hierdoor onrechtmatig heeft gehandeld en jegens haar pro se aansprakelijk zou zijn voor de daardoor ontstane schade.

De rechtbank gaat hier echter niet in mee. Het uitgangspunt is dat een curator die een onrechtmatige daad pleegt, in beginsel uitsluitend in zijn hoedanigheid van curator aansprakelijk is. Slechts wanneer de curator daarvan een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt, kan de curator pro se aansprakelijk worden gehouden. Voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad geldt verder dat er schade moet zijn en causaal verband tussen het onrechtmatig handelen en de schade.

De curator heeft in dit geval voldoende onderbouwd dat nakoming van de eerste

koopovereenkomst niet mogelijk was. Bovendien was de vordering van de hypotheekhouder veel hoger dan de gerealiseerde koopprijs, zodat de volledige verkoopopbrengst aan de hypotheekhouder toe is gekomen. Dit zou niet anders zijn geweest wanneer uitvoering was gegeven aan de eerste koopovereenkomst.

De rechtbank oordeelt dat niet kan worden vastgesteld dat de curator onrechtmatig jegens eiseres heeft gehandeld. De vorderingen van eiseres worden dan ook afgewezen.

K.C.S. Meekes, november 2023

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 30-08-2023

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:6760

Zaaknummer: 729752

Rechters: J. Huber

Advocaten: H. Loonstein en P.J. de Jong Schouwenburg

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

De faillietverklaring van een ontbonden en verdwenen bv. Met wenk

Het betreft een faillissementsverzoek van een bv die is ontbonden, terwijl de vereffenaar tijdens de vereffening heeft nagelaten aangifte tot faillietverklaring te doen wegens het feit dat de schulden de baten overtroffen.

In casu wordt het faillissement van een ontbonden bv aangevraagd door een van de na vereffening onbetaald gebleven schuldeisers, het Leids Universitair Medisch Centrum (LUMC). Het LUMC stelt zich op het standpunt dat de bv zich in een toestand bevindt waarin zij heeft opgehouden te betalen, en dat bovendien sprake is van een bate. Dit leidt het LUMC onder meer af uit een verklaring van de vereffenaar van de bv inhoudende dat gebleken was dat de schulden de baten van de onderneming overstegen.

De rechtbank wijst het verzoek echter af. De rechtbank wijst allereerst op de verplichting van de vereffenaar om aangifte tot faillietverklaring te doen indien tijdens de vereffening blijkt dat de schulden de baten overtreffen. Wanneer de vereffenaar dit nalaat, dan kunnen volgens de rechtbank de schuldeisers hun rechten handhaven door zelf om het faillissement van de bv in vereffening te verzoeken. Alsdan gelden de voorwaarden gesteld aan een faillietverklaring; de bv dient te verkeren in een toestand waarin zij is opgehouden te betalen. In casu heeft het LUMC het faillissement niet verzocht tijdens de vereffeningfase, maar nadat deze was afgerond. Volgens de rechtbank dient de schuldeiser in dergelijke gevallen het bestaan van een bate aan te tonen. Nu niet voldoende is gesteld dan wel bewezen dat er nog baten zijn, wijst de rechtbank het verzoek tot faillietverklaring van de bv af.

Wenk

Wanneer een bv wordt ontbonden, betekent dat noch direct het einde van de bv noch het definitieve einde van de bv. Na ontbinding van een bv treedt namelijk in beginsel een vereffeningfase in werking. De bv blijft voortbestaan ter vereffening. Gedurende deze vereffening is het de taak van de vereffenaar om met de resterende baten de schulden zo veel

mogelijk af te lossen. De vereffenaar stelt een rekening en verantwoording op van de vereffening alsmede een plan van verdeling. Deze stukken worden openbaar gemaakt, waarna schuldeisers twee maanden de tijd krijgen om verzet aan te tekenen. Wanneer geen aan de vereffenaar bekende baten meer aanwezig zijn, eindigt de vereffening en daarmee ook het bestaan van de bv. Wanneer echter tijdens de vereffening blijkt dat de schulden de baten overtreffen, dan is de vereffenaar op grond van artikel 2:23a lid 4 BW verplicht aangifte tot faillietverklaring te doen.

De vraag rijst of het afronden van een vereffening betekent dat de bv onomkeerbaar verdwenen is. Gelet op jurisprudentie van de Hoge Raad kan in ieder geval een bv die is ontbonden via turboliquidatie (een ontbinding zonder vereffening wanneer ten tijde van ontbinding geen baten meer bestaan volgens het bestuur) alsnog failliet worden verklaard (HR 27 januari 1995, NJ 1995/579 (*Adjuncten Properties/Söderqvist*)). Alsdan geldt dat aan de voorwaarden gesteld aan faillietverklaring moet worden voldaan (de schuldenaar dient te verkeren in een toestand waarin hij heeft opgehouden te betalen) en bovendien dient het bestaan van een bate te worden aangetoond. De vraag is of dit ook van toepassing is op de bv die is ontbonden met een daaropvolgende vereffening. Het lijkt mij dat een dergelijke bv ook alsnog failliet kan worden verklaard. Alleen is het dan de vraag of in die situatie ook het bestaan van een bate dient te worden aangetoond door de aanvrager van het faillissement. De uitspraak van de Hoge Raad ziet immers op de specifieke situatie waarin het faillissement van een turbogeliquideerde bv wordt aangevraagd. De Hoge Raad overweegt ten aanzien van deze situatie het volgende: *'Het oordeel van het bestuur — of de vereffenaar — van een ontbonden rechtspersoon dat geen baten meer aanwezig zijn en dat de rechtspersoon derhalve ingevolge het bepaalde in art. 2:19 lid 4 (vóór 1 september 1994: lid 5) is opgehouden te bestaan, is vatbaar voor toetsing door de rechter indien een schuldeiser, stellende dat de rechtspersoon nog baten heeft, diens faillissement aanvraagt. Het wettelijk stelsel brengt niet mee dat de rechter het bedoelde oordeel uitsluitend zou kunnen toetsen in het kader van een op de voet van art. 2:23c lid 1 (voorheen lid 4) gevoerde procedure tot heropening van de vereffening. Komt de rechter die op de faillissementsaanvraag beslist, tot het oordeel dat summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn, dan kan hij, indien aan de overige vereisten voor faillietverklaring is voldaan, het faillissement uitspreken en moet de rechtspersoon geacht worden ter afwikkeling van het faillissement te zijn blijven bestaan.'*

Deze redenering ziet dus specifiek op een turboliquidatie, niet op een ontbinding met een daarop volgende vereffening. Gelet op de consequenties voor de schuldeiser lijkt het mij ook niet juist dat de rechtbank de leer volgend uit het *Adjuncten Properties/Söderqvist*-arrest een-op-een toepast op de situatie waarin een bv is ontbonden, met een daaropvolgende vereffening, waarin de vereffenaar nalaat aangifte tot faillietverklaring te doen. Juist omdat de

vereffenaar dit nalaat, wordt er volgens de rechtbank een extra voorwaarde voor de schuldeiser in het leven geroepen; hij dient ook het bestaan van een bate aan te tonen, naast het aantonen van een toestand waarin de bv is opgehouden te betalen. Met andere woorden; door een fout van de vereffenaar, waardoor de schuldeiser al wordt benadeeld in casu, wordt de schuldeiser nogmaals benadeeld doordat een extra voorwaarde voor hem ontstaat in de bewijslast. Het lijkt mij dat wanneer een bv is ontbonden met een daaropvolgende vereffeningsfase, waarin de vereffenaar nalaat zijn verplichting tot het doen van aangifte tot faillietverklaring na te komen, de schuldeiser geen blaam zou moeten treffen. Alsdan zou het aantonen van het bestaan van een toestand van te hebben opgehouden te betalen voldoende moeten zijn voor het laten uitspreken van het faillissement van de bv.

S. Renssen, november 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 07-11-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:17044

Zaaknummer: C/09/654965 / FT RK 23/742

Rechters: R.G.C. Veneman

Advocaten: G. Barendregt en A.P. van Someren-Gréve

Wetsartikelen: 1 Fw, 6 Fw en 2:23a BW

RECHTSPRAAK

Verbeurde dwangsommen kunnen dienen als steunvordering

In cassatie is aangevoerd dat de Hoge Raad in het Berzona-arrest is teruggekomen van zijn oordeel in Verhees/Octrooibureau Zuid. De Hoge Raad oordeelt dat dit niet het geval is.

HTC Wallonie S.A. ('HTC') heeft verzocht Turner Waste Intermediate B.V. ('TWI') failliet te verklaren. De rechtbank Gelderland heeft het verzoek toegewezen. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Ter discussie staat het oordeel van de rechtbank en het hof over de steunvordering. Geoordeeld is dat een vordering in verband met verbeurde dwangsommen kan dienen als steunvordering. TWI meent dat een dergelijke vordering niet kan dienen als steunvordering op grond van artikel 611e lid 2 Rv, omdat het op basis van dit artikel geen verifieerbare vordering betreft. Uit HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2146 (*Verhees/Octrooibureau Zuid*), r.o. 3.3 volgt weliswaar dat verbeurde dwangsommen kunnen dienen als steunvordering, maar de Hoge Raad zou hiervan teruggekomen zijn in HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681 (*ABN AMRO/Berzona*), r.o. 3.4.2.

De Hoge Raad wijdt niet veel woorden aan de zaak en overweegt dat hij in *ABN AMRO/Berzona* niet is teruggekomen van *Verhees/Octrooibureau Zuid*. Verbeurde dwangsommen kunnen dus dienen als steunvordering. De Hoge Raad verworpt het cassatieberoep.

H.J. de Kloe, november 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 17-11-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:1569

Zaaknummer: 23/01252

Rechters: M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron, H.M. Wattendorff en S.J. Schaafsma

Advocaten: K. Aantjes en mr. drs. T.E. Booms

Wetsartikelen: 611e Rv

RECHTSPRAAK

Rechtbank toetst beschikking R-C op grond van artikel 69 Fw terughoudend. Met wenk

De rechter-commissaris heeft geweigerd de curator te bevelen na te laten de woning van de schuldenaar zonder openbaar verkoopproces te verkopen. De rechtbank overweegt dat zij het oordeel van de rechter-commissaris terughoudend moet toetsen. In de wenk wordt beargumenteerd dat dit niet het geval is en dat de rechtbank het beleid van de curator in volle omvang had moeten toetsen.

In het faillissement van een natuurlijk persoon heeft de curator op grond van artikel 176 lid 1 Fw toestemming gevraagd aan de rechter-commissaris om de woning te verkopen voor € 595.000 kosten koper. De schuldenaar heeft de woning met haar voormalig partner in eigendom. Ten gunste van een bank is een hypotheekrecht op de woning gevestigd. De verkoop is stil voorbereid, in die zin dat de makelaar binnen zijn eigen netwerk potentiële kopers heeft benaderd. De rechter-commissaris heeft de toestemming verleend, waarna een koopovereenkomst is gesloten.

De schuldenaar heeft op grond van artikel 69 Fw verzocht de curator te gelasten na te laten de woning te verkopen voor € 595.000 zonder de woning eerst op de openbare markt, waaronder op funda.nl, aan te bieden. De rechter-commissaris heeft het artikel 69-verzoek afgewezen, waarop de schuldenaar tegen deze beschikking beroep heeft ingesteld bij de rechtbank op grond van artikel 67 Fw.

De rechtbank oordeelt dat hoger beroep is ingesteld tegen een beschikking van de rechter-commissaris in het kader van zijn toezichthoudende taak. Daarom dient de rechtbank terughoudend te toetsen. De rechtbank moet slechts beoordelen of de rechter-commissaris in redelijkheid tot de beslissing heeft kunnen komen.

De rechtbank overweegt dat de woning voor € 15.000 meer dan de overeengekomen prijs is getaxeerd. Verkoop voor € 595.000 gaf echter zekerheid en had de instemming van de mede-eigenaar en hypotheekhouder. Voor de boedel moet het verschil tussen de koopprijs en de

getaxeerde waarde in zoverre gerelativeerd worden, dat slechts de helft van de opbrengst voor de boedel is en de andere helft voor de mede-eigenaar. Of verkoop in de openbaarheid tot een (hoger) bod zou hebben geleid, is onduidelijk.

De rechter-commissaris is naar het oordeel van de rechtbank in redelijkheid tot de beslissing gekomen. Daarbij weegt de rechtbank mee dat de koopovereenkomst niet ongedaan kan worden gemaakt met een artikel 69-verzoek. Een bevel om niet te leveren zou ertoe leiden dat de curator niet zou nakomen, met alle kosten van dien.

Wenk

De rechtbank overweegt terecht dat de rechtbank de uitoefening van de toezichthoudende taak van de rechter-commissaris terughoudend moet toetsen (zie aldus HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1948, r.o. 3.1.3 en HR 17 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3645). De beoordeling van een artikel 69-verzoek betreft echter primair de rechtsprekende taak van de rechter-commissaris en niet de toezichthoudende taak. Zowel de rechter-commissaris die beslist op grond van artikel 69 Fw als de rechtbank in hoger beroep moet het beleid van de curator in volle omvang toetsen (HR 10 mei 1985, NJ 1985/793 (*Brink/Curatoren THB*), r.o. 3.2.2). Dit neemt niet weg dat de rechter-commissaris en rechtbank rekening mogen houden met de beleidsvrijheid die de curator toekomt. Zie uitgebreider over deze toets mijn proefschrift, *Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures (IVO-reeks nr. 129)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 5.6.3.

H.J. de Kloe, november 2023

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 02-10-2023

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2023:5867

Zaaknummer: 322336 HARK 23-160

Rechters: A.H.M.J.F. Piëtte, R.J.M.G. Rulkens en E.C.M. Minkenberg

Advocaten: P.E. Butterman

Wetsartikelen: 67 Fw en 69 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: schuldeiser die is gehoord is niet-ontvankelijk in verzet tegen internationale rechtsmacht

Een schuldeiser stelt op grond van artikel 371 lid 14 Fw verzet in tegen het aannemen van internationale rechtsmacht door de rechtbank op grond van de Insolventieverordening. De rechtbank verklaart de schuldeiser niet-ontvankelijk. Naar het oordeel van de rechtbank kan het gerechtshof in een eventueel in te stellen hoger beroep beoordelen of de bezwaren van de schuldeiser doorbreking van het rechtsmiddelenverbod rechtvaardigen.

McDermott International Holdings B.V. ('MIH') en Lealand Finance Company B.V. ('Lealand') bereiden een WHOA-akkoord voor. Diverse schuldeisers hebben verzocht een herstructureringsdeskundige aan te wijzen. MIH en Lealand hebben verzocht een observator aan te stellen. Een van de schuldeisers die heeft verzocht om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige inzake MIH is Refinería de Cartagena S.A.S. ('Reficar'). Reficar heeft ook een zienswijze ingediend, kennelijk tegen het verzoek van MIH tot aanwijzing van een observator. Reficar heeft zich verzet tegen de internationale rechtsmacht van de rechtbank. De rechtbank heeft zichzelf bevoegd verklaard en het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige toegewezen bij beschikking van 10 oktober 2023. In deze procedure komt Reficar in verzet tegen deze beschikking op grond van artikel 371 lid 14 Fw, omdat de rechtbank ten onrechte internationale rechtsmacht zou hebben aangenomen.

De rechtbank overweegt dat een schuldeiser die niet in de gelegenheid is gesteld een zienswijze in te dienen op grond van artikel 371 lid 14 Fw verzet kan instellen tegen de internationale rechtsmacht die is aangenomen op grond van de Insolventieverordening (IVO). Reficar is gehoord, zodat zij niet bevoegd is verzet in te stellen. Een ander oordeel zou niet passen binnen het systeem van het Nederlandse procesrecht, omdat de rechtbank dan in feite in dezelfde instantie een hoger beroep tegen een eigen beschikking zou moeten behandelen. De rechtbank gaat niet inhoudelijk in op de stelling van Reficar dat dit in strijd zou zijn met artikel 5 lid 1 IVO. Naar het oordeel van de rechtbank moet die vraag worden voorgelegd aan

het gerechtshof. Het gerechtshof kan beoordelen of op basis van de aangevoerde argumenten het rechtsmidelenverbod moet worden doorbroken.

H.J. de Kloe, november 2023

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 31-10-2023

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:6824

Zaaknummer: C/13/740306 FT RK 23.306

Rechters: C.H. Rombouts

Advocaten: I. Spinath, S.W. van den Berg, F.J.M. Hengst, R.G.A. Elkerbout-Kok, P. van der Veen, W.J.E. Nijnsens, T.H.D. Struycken, A.C. Rozeman, A.V.H. Boitelle en K.P. Hoogenboezem

Wetsartikelen: 371 lid 14 Fw

RECHTSPRAAK

Retentierecht in faillissement

Dit kort geding gaat over de verhouding tussen (1) de hypothecaire rechten van eiseres c.s., (2) het ingeroepen retentierecht van gedaagde en (3) het feit dat de curator (met instemming van gedaagde) de teruggehouden onroerende zaken heeft opgeëist op grond van artikel 60 lid 2 Fw. Zowel eiseres c.s. als de curator wil de onroerende zaken verkopen en zij stellen dat zij het eerste recht hebben om dit te doen. De voorzieningenrechter oordeelt dat eiseres c.s. kan overgaan tot uitwinning en vrijelijk kan leveren aan de koper. Wel is zij gehouden om via de curator uit de verkoopopbrengst de bevoorrechte retentor te voldoen.

Eiseres c.s. heeft leningen verstrekt aan de onderneming en haar bestuurder. De leningen zijn aangegaan om de bouw van een appartementencomplex te financieren. Aan beide leningen zijn hypotheekrechten verbonden.

Gedaagde is aannemer en heeft in opdracht van de onderneming werkzaamheden verricht voor het bouwproject. Volgens gedaagde heeft de onderneming niet aan haar betalingsverplichtingen voldaan. Daarom heeft gedaagde een beroep op haar retentierecht gedaan en de onroerende zaken teruggehouden.

Daaropvolgend is de onderneming failliet verklaard en is de bestuurder overleden. De curator van de onderneming heeft op grond van artikel 60 Fw de onroerende zaken opgeëist, waarmee gedaagde heeft ingestemd. Zowel eiseres c.s. als de curator wil de onroerende zaken verkopen en zij stellen dat zij het eerste recht hebben om dit te doen.

Dit kort geding gaat over de verhouding tussen (1) de hypothecaire rechten van eiseres c.s., (2) het ingeroepen retentierecht van gedaagde en (3) het feit dat de curator (met instemming van gedaagde) de teruggehouden onroerende zaken heeft opgeëist op grond van artikel 60 lid 2 Fw.

In conventie

Eiseres c.s. vordert onder andere opheffing van het retentierecht dan wel beëindiging van het voorrangrecht. Primair stelt zij dat het retentierecht moet worden opgeheven – dan wel dat het voorrangrecht moet worden beëindigd – omdat gedaagde geen vordering heeft. Subsidiair is zij van mening dat de vordering van gedaagde op de onderneming geen verband houdt met de in geding zijnde onroerende zaken, zodat het beroep op het retentierecht door gedaagde om die reden onterecht is. Volgens de voorzieningenrechter is niet voldoende onderbouwd dat gedaagde in het geheel geen vordering heeft op de onderneming. Ook laatstgenoemde stelling gaat niet op, gegeven het feit dat de onroerende zaken waar het retentierecht op rust zijn gerealiseerd in het kader van de aannemingsovereenkomst en de vordering van gedaagde uit die overeenkomst voortvloeit. Aldus kan de vordering van eiseres c.s. niet worden toegewezen op de grond dat een (daartoe in voldoende mate strekkende) vordering van gedaagde op de onderneming ontbreekt.

Gelet op het faillissement van de onderneming en het overlijden van de bestuurder mag eiseres c.s. de hypothecaire leningen vervroegd opeisen en de daaraan verbonden zekerheidsrechten uitoefenen. De vraag is welke betekenis toekomt aan het door gedaagde ingeroepen retentierecht.

Het retentierecht bestaat uit twee elementen: (1) het recht om de zaak terug te houden (art. 3:290 BW) en (2) het recht op verhaal met voorrang (art. 3:292 BW). In faillissement blijft het retentierecht in stand (art. 60 lid 1 Fw). Wanneer de curator de teruggehouden zaak echter opeist om zelf te verkopen, is van terughouding door de retentor geen sprake meer (element 1). Wel blijft het recht van de retentor om uit de opbrengst van de verkochte zaak met voorrang te worden voldaan, bestaan (element 2, zie art. 60 lid 2 Fw). Tussen partijen is niet in geschil dat gedaagde – gegeven haar vordering op de onderneming – recht heeft op voldoening van haar vordering uit de verkoopopbrengst van de onroerende zaken. Partijen strijden over de vraag of het eiseres c.s. vrijstaat om de onroerende zaken uit hoofde van de hypotheekrechten executoriaal te gelde te maken en of de curator die executie kan beletten.

De voorzieningenrechter oordeelt dat eiseres c.s. als hypotheekhouder/separatist kan overgaan tot executie en vrije levering. Wel is zij gehouden om via de curator uit de verkoopopbrengst gedaagde te voldoen.

Uit het voorgaande volgt dat de vordering tot opheffing van het retentierecht dan wel beëindiging van het voorrangrecht moet worden afgewezen. Het retentierecht in de hier in geding zijnde zin – namelijk het terughoudingselement (element 1) – is door de opeising van de curator tenietgegaan.

In reconventie

In reconventie vordert de curator dat eiseres c.s. medewerking verleent aan de onderhandse verkoop van de onroerende zaken door de curator, met veiligstelling van de opbrengst bij een bewaarder. Gelet op het oordeel in conventie, moet deze vordering worden afgewezen.

B.S. Pronk, november 2023

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 06-11-2023

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2023:5732

Zaaknummer: 560261 KG ZA 23-413

Rechters: R.A. Steenbergen

Advocaten: M.F.A. Vreeswijk, R. Zwanenberg en M.J.W. van Ingen

Wetsartikelen: 3:290 BW, 3:292 BW en 60 Fw

RECHTSPRAAK

**Bestuurders niet aansprakelijk voor het
faillissementstekort vanwege andere belangrijke oorzaak
faillissement**

***Bestuurdersaansprakelijkheid wordt ook door het hof afgewezen.
Bestuurders hebben een andere belangrijke oorzaak van het
faillissement aannemelijk gemaakt.***

De curator heeft de (indirecte) bestuurders van Roelofs Kipper B.V. ('de vennootschap') aansprakelijk gesteld op basis van verschillende rechtsgronden (art. 2:248 BW, 2:9 BW en 6:162 BW). De vennootschap hield zich enkel bezig met het ontwikkelen van een lichtgewicht kipper – een kiepbare laadbak die wordt gebruikt voor het transport van los gestorte materialen, zoals grind, zand en puin. De provincie Overijssel heeft in dat kader in 2010 een subsidie verstrekt van ruim € 1,1 miljoen.

In september 2017 trekt de provincie de subsidie in, onder andere omdat geen deugdelijke administratie van het project is bijgehouden. Over de intrekking wordt tot en met de bestuursrechter geprocedeerd, die de beroepen van de vennootschap in mei 2019 ongegrond verklaard. In juni 2019 wordt de vennootschap failliet verklaard.

De curator stelt dat de jaarrekeningen niet op tijd zijn gedeponneerd, en uit de intrekking van de provincie blijkt dat ook niet voldaan is aan de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW. Het hof oordeelt dat inderdaad niet aan de publicatieplicht is voldaan, en onbehoorlijk bestuur daarmee vaststaat. Of niet aan de boekhoudplicht is voldaan kan daarmee in het midden blijven, aldus het hof. Het hof oordeelt vervolgens dat de bestuurders echter aannemelijk hebben kunnen maken dat andere feiten of omstandigheden dan hun onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

Redengevend hiervoor vindt het hof dat de ontwikkeling van de kipper vanaf de aanvang af een onzeker project was. Het ging immers om de (verdere) ontwikkeling van een eerste prototype. Daarnaast kampte het project met diverse (onvoorzienbare) tegenslagen en bleek het gewoonweg technisch niet mogelijk om de kipper te realiseren. Daarmee heeft het

intrekken van de subsidie het faillissement versneld, maar niet in overwegende mate veroorzaakt. Ook als de subsidie niet zou zijn ingetrokken, zou de vennootschap failliet zijn gegaan. Daarmee is het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW door de bestuurders ontzenuwd.

De curator heeft, aldus het hof, verder ook niet aannemelijk kunnen maken dat het faillissement is veroorzaakt door onbehoorlijk bestuur. Ook de vorderingen op basis van artikel 2:9 BW en 6:162 BW worden door het hof afgewezen.

S. Zonneveld, november 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 14-11-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:9592

Zaaknummer: 200.314.423/01

Rechters: J. Smit, G. van Rijssen en M.F. Eliëns

Advocaten: I.M. Peeperkorn en T.M. Spoler

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:9 BW, 2:10 BW en 6:162 BW