

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 3, 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:2023:50](#) 20-01-2023

Voorwaarden faillietverklaring: wanneer is hieraan voldaan?

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:24](#) 10-01-2023

In hoger beroep wordt bevestigd dat sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur en dat het bestuur aansprakelijk is voor het faillissementstekort

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:178](#) 10-01-2023

Inbetalinggeving bedrijfswagens paulianeus

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:11175](#) 27-12-2022

Pensioenfonds moet faillissementskosten dragen na vernietiging faillissement omdat in Zweden al een insolventieprocedure was geopend

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:10924](#) 20-12-2022

Procederende curator is een natuurlijk persoon voor de vaststelling van griffierecht

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:168](#) 11-01-2023

Een DGA handelt als aandeelhouder onrechtmatig jegens gezamenlijke schuldeisers door de overdracht van zijn aandelen aan een katvanger

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:149](#) 05-01-2023

Verlenging faillissementsgijzeling

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:13416](#) 08-12-2022

Verlof onderhandse verkoop verpande aandelen en certificaten

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:14725](#) 03-11-2022

Griffierechten WHOA

RECHTSPRAAK

Pensioenfonds moet faillissementskosten dragen na vernietiging faillissement omdat in Zweden al een insolventieprocedure was geopend

Een pensioenfonds heeft het faillissement aangevraagd van HeatWeed, terwijl in Zweden reeds een hoofdinsolventieprocedure was geopend. De rechtbank heeft het pensioenfonds veroordeeld in de faillissementskosten. Het hof verklaart het pensioenfonds niet-ontvankelijk in zijn beroep tegen deze beslissing, maar overweegt ten overvloede dat het instemt met het oordeel van de rechtbank.

Stichting Pensioenfonds Metaal en Techniek ('het pensioenfonds') heeft met een aantal gelieerde schuldeisers het faillissement aangevraagd van HeatWeed Technologies AB ('HeatWeed'), een vennootschap naar buitenlands recht met statutaire vestiging in Zweden. De rechtbank heeft in eerste instantie het faillissement uitgesproken, maar het faillissement vernietigd na verzet van de curator omdat in Zweden reeds een hoofdinsolventieprocedure was geopend. De rechtbank heeft het pensioenfonds veroordeeld in de faillissementskosten en de proceskosten van de curator. Het pensioenfonds gaat in hoger beroep tegen de beslissing van de rechtbank. Het beroep tegen de vernietiging van het faillissement wordt ingetrokken, maar het pensioenfonds handhaaft het beroep tegen de veroordeling in de proceskosten en de faillissementskosten.

Het hof overweegt dat het faillissement na het verzet van de curator is vernietigd, zodat het terecht is dat het pensioenfonds als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van de curator is veroordeeld. Verder overweegt het hof dat het pensioenfonds niet-ontvankelijk is in zijn beroep tegen de vaststelling en verdeling van de faillissementskosten, omdat tegen deze beslissing geen rechtsmiddel kan worden aangewend.

Ten overvloede wijdt het hof enkele inhoudelijk overwegingen aan de verdeling van de faillissementskosten. De mogelijkheid die artikel 15 lid 3 Fw biedt om de faillissementskosten ten laste van de schuldenaar te brengen gaat uit van een faillissement dat wordt vernietigd

waarna de schuldenaar niet in staat van faillissement verkeert. Hier ligt dat anders, omdat HeatWeed in Zweden reeds failliet is verklaard. Het feit dat de faillissementskosten niet ten laste van de curator of het bestuur van HeatWeed kunnen worden gebracht, lijkt voor het hof een reden om in te stemmen met het oordeel van de rechtbank om de faillissementskosten ten laste van het pensioenfonds te brengen.

Daarnaast heeft het pensioenfonds aangevoerd dat het niet wist en ook niet kon weten dat HeatWeed in Zweden failliet was verklaard omdat dit niet bleek uit het handelsregister. Het hof is het daar niet mee eens. Omdat de statutaire zetel van HeatWeed in Zweden ligt, wordt op grond van artikel 3 lid 1 IVO aangenomen dat het centrum van de voornaamste belangen (COMI) van HeatWeed in Zweden ligt. Dat het COMI desondanks in Nederland ligt, is niet aangetoond door het pensioenfonds.

De Zweedse curator is niet verplicht het faillissement in te schrijven in het handelsregister. Wel moet, ervan uitgaande dat HeatWeed een vestiging heeft in Zweden, het faillissement op grond van artikel 28 en 29 IVO jo. 14 lid 4 Fw worden gepubliceerd in de Staatscourant. Het faillissement wordt op grond van artikel 19b Fw ook opgenomen in het centraal insolventierechter. Het pensioenfonds heeft niet gesteld de Staatscourant of het centraal insolventieregister te hebben geraadpleegd.

Al met al valt uit het arrest af te leiden dat het hof van oordeel is dat het aan het pensioenfonds te wijten is dat HeatWeed in Nederland failliet is verklaard terwijl in Zweden reeds een hoofdinsolventieprocedure was geopend. Het hof verklaart het pensioenfonds niet-ontvankelijk in zijn beroep en veroordeelt het pensioenfonds in de proceskosten van de curator.

H.J. de Kloe, februari 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 27-12-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:11175

Zaaknummer: 200.319.074

Rechters: B.J. Engberts, M.P.M. Hennekens en A.S. Gratama

Advocaten: E.T. van den Hout en R. Davans

Wetsartikelen: 14 lid 4 Fw, 19b Fw, 3 lid 1 IVO, 28 IVO en 29 IVO

RECHTSPRAAK

Griffierechten WHOA

Een herstructureringsdeskundige en de advocaat van een nv die een WHOA-traject heeft doorlopen komen op tegen de vaststelling van griffierechten. De griffier heeft heffingen gecrediteerd, zodat geen belang bestaat bij behandeling van het bezwaar daartegen. Het bezwaar tegen de heffing van de overige griffierechten wordt ongegrond verklaard.

Deze zaak ziet op het griffierecht dat op verschillende momenten is geheven in een WHOA-traject. Het WHOA-akkoord is door een herstructureringsdeskundige aangeboden ten behoeve van een nv. De nv en de herstructureringsdeskundige hebben in de loop van het traject diverse verzoeken ingediend, waaronder in ieder geval een verzoek tot benoeming van een herstructureringsdeskundige en afkondiging van een afkoelingsperiode, een verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode, twee verzoeken tot het afgeven van een machtiging op grond van artikel 42a Fw en een verzoek tot homologatie van het akkoord.

De herstructureringsdeskundige en de advocaat van de nv komen op tegen diverse griffierechten die door de griffier zijn geheven. In de eerste plaats stellen zij dat geen griffierecht is verschuldigd voor een verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode. De griffier is het hiermee eens en heeft daarom het griffierecht gecrediteerd. De rechtbank oordeelt om die reden dat partijen geen belang meer hebben bij hun bezwaar tegen de heffing van het griffierecht. Ten tweede is het griffierecht voor het homologatieverzoek ten onrechte in rekening gebracht bij de herstructureringsdeskundige in plaats van bij (de advocaat van) de nv. Ook dit griffierecht is gecrediteerd en alsnog bij (de advocaat van) de nv in rekening gebracht, zodat er geen belang meer is bij behandeling van het bezwaar hiertegen.

In de derde plaats meent de advocaat van de nv dat op het griffierecht dat geheven wordt voor het homologatieverzoek de eerdere geheven griffierechten in mindering moeten worden gebracht op grond van artikel 11 Wet griffierechten burgerlijke zaken (Wgbz). Op basis van dat artikel moeten eerdere griffierechten die in een zaak zijn geheven op te heffen griffierecht in mindering worden gebracht. Volgens de advocaat is het WHOA-traject één zaak in de zin van

artikel 11 Wgbz. De rechtbank oordeelt anders. Naar het oordeel van de rechtbank is de WHOA-procedure niet uitsluitend gericht op de homologatie van een akkoord, zodat een homologatieverzoek geen hoofdzaak is in de zin van artikel 11 Wgbz. In artikel 19a lid 1 Wgbz is bepaald dat voor verschillende verzoeken op grond van de WHOA griffierecht is verschuldigd. Daaruit volgt dat niet kan worden volstaan met betaling van één vast recht voor het gehele complex van rechtshandelingen. De rechtbank verklaart het verzet tegen de geheven griffierechten ongegrond.

H.J. de Kloe, februari 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 03-11-2022

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2022:14725

Zaaknummer: C/09/626195 / HA RK 22-92

Rechters: H.J. Vetter

Advocaten: R.M. Woudenberg en M.J.P. Vink

Wetsartikelen: 11 Wgbz, 19a Wgbz en 29 Wgbz

RECHTSPRAAK

Verlof onderhandse verkoop verpande aandelen en certificaten

Oud-bestuurder van een familiebedrijf is gefailleerd. Gefailleerde heeft zijn belang in de onderneming die hij via een STAK houdt en zijn aandelen in de Pensioen BV verpand. Pandhouder vraagt en verkrijgt toestemming voor onderhandse verkoop van de certificaten. Het verzoek van de pandhouder voor toestemming om te doen verblijven in de aandelen in de Pensioen BV wijst de voorzieningenrechter toe, maar wel voor een hogere koopprijs dan vermeld in het verzoek van de pandhouder.

Gefailleerde is oud-bestuurder van VBK Holding B.V. ('VBK') – een familiebedrijf actief in de vastgoedsector – en houdt een derde van de certificaten in de STAK die alle aandelen in VBK houdt. De overige certificaten in de STAK worden gehouden door zijn zussen. Gefailleerde houdt ook een derde van de aandelen in H.C.M. Pensioenbeheer B.V. ('Pensioen BV'), waarin zijn zussen ook de overige aandelen houden.

VBK is de grootste crediteur in het faillissement van gefailleerde. Tot zekerheid van nakoming van de vorderingen van VBK op gefailleerde heeft gefailleerde diverse zekerheidsrechten gevestigd ten gunste van VBK. VBK heeft een eerste pandrecht op de certificaten die gefailleerde houdt in de STAK en op de aandelen van gefailleerde in de Pensioen BV. De zusters van gefailleerde hebben schriftelijk afstand gedaan van hun rechten ten aanzien van de blokkeringsregelingen van de STAK en de Pensioen BV. VBK heeft ten aanzien van de certificaten een waarderingsrapport door een externe partij laten opstellen.

VBK verzoekt toestemming van de voorzieningenrechter voor een afwijkende wijze van verkoop op grond van artikel 3:251 lid 1 BW, en wel voor verkoop van grofweg driekwart van de aan haar verpande certificaten aan een externe stichting, voor het te doen verblijven in de overige certificaten van de STAK, en voor verkoop van de aandelen in de Pensioen BV voor € 120.000.

VBK voert aan dat met een openbare executieverkoop niet de maximale opbrengst gerealiseerd zal worden. In het waarderingsrapport wordt een (maximale) waarde van de certificaten in de STAK aangegeven, maar uit het rapport volgt ook dat rekening gehouden moet worden met significante afslagen die een koper zal toepassen. Daarbij kan onder meer gedacht worden aan het niet verkrijgen van zeggenschap in de STAK, de aanzienlijke vorderingen van de STAK op de certificaathouders in privé, de hoge loan-to-value en de onzekere positie met betrekking tot de financiering die binnenkort afloopt.

De curator van gefailleerde voert gemotiveerd verweer tegen de onderhandse verkoop. Hij stelt dat de genoemde afslagen bij de certificaten geen korting van 48% rechtvaardigen. Ook ziet hij niet in waarom ten aanzien van de aandelen in de Pensioen BV niet een derde van de waarde van het eigen vermogen wordt aangehouden.

De voorzieningenrechter overweegt dat op de voet van artikel 3:250 BW als hoofdregel geldt dat de uitwinning van een pandrecht bij wijze van openbare verkoop geschiedt. Artikel 3:251 BW maakt, na toetsing door de voorzieningenrechter, een afwijkende wijze van verkoop mogelijk. De voorzieningenrechter onderzoekt dan of bij de afwijkende wijze van verkoop een zo hoog mogelijke opbrengst van het in pand gegeven goed zal worden bereikt, een en ander in het belang van de pandgever, de andere schuldeisers met voorrang bij de verdeling van de executieopbrengst en de andere schuldeisers in het algemeen. Daarbij komt ook aan de orde of sprake is van (uitzicht op) een reëel bod van een andere koper dat tot een gunstiger resultaat zal leiden. De belangen van de vennootschappen waarvan de aandelen worden verkocht zijn in dit verband ondergeschikt aan de belangen van de pandhouder en andere schuldeisers bij een zo hoog mogelijke opbrengst.

Ten aanzien van de certificaten oordeelt de voorzieningenrechter dat het niet aannemelijk is dat een hogere opbrengst kan worden verkregen dan het bedrag dat VBK voorstelt. Partijen zijn al geruime tijd in gesprek over de uitwinning van de certificaten en hebben tot op heden geen andere koper gevonden die bereid is het bod van VBK te overtreffen. Ook de omstandigheid dat (nadere) financiering van banken onzeker wordt bij een certificaathouder van buitenaf weerhoudt mogelijke kopers wellicht om een hogere prijs te bieden.

De voorzieningenrechter overweegt dat ten aanzien van de aandelen in de Pensioen BV niet vaststaat dat het door VBK geboden bedrag de hoogst mogelijke opbrengst is. Aangezien een waarderingsrapport van de aandelen ontbreekt, kan niet worden vastgesteld dat de voorgestelde prijs de hoogst mogelijke opbrengst is. De voorzieningenrechter verleent echter wel verlof voor VBK om in de aandelen te verblijven, maar tegen de door de curator voorgestelde prijs van een derde van het eigen vermogen.

A.C. Frentz, januari 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 08-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2022:13416

Zaaknummer: C/09/630222 / KG RK 22-678

Rechters: T.F. Hesselink

Advocaten: J.R. van Faassen en M. Haasjes

Wetsartikelen: 3:251 BW

RECHTSPRAAK

Verlenging faillissementsgijzeling

Vanwege de weigerachtige houding van de bestuurder wordt zijn gijzeling verlengd.

Deze uitspraak betreft een beschikking waarin de rechtbank Overijssel oordeelt over een verzoek van een middellijk bestuurder van een failliete thuiszorgorganisatie tot ontslag dan wel schorsing van een gijzeling. In dezelfde beschikking beslist de rechtbank ook op een verzoek van de curator tot verlenging van die gijzeling.

De bestuurder meent dat hij aan zijn informatieverplichting heeft voldaan door de curator via zijn boekhouder en advocaat de nodige stukken te verstrekken en dat hij daarmee tevens heeft aangetoond dat hij zijn medewerking aan de curator verleent. Daarbij geeft hij ook aan dat hij in vrijheid de curator beter kan informeren.

De curator geeft aan dat inderdaad de nodige stukken zijn verstrekt, maar dat nog niet al zijn vragen zijn beantwoord. De stukken die zijn aangeleverd roepen enkel meer vragen op. Het financieel belang – er zijn zonder verklaring grote bedragen onttrokken – in deze kwestie is groot en daarmee zou een (verdere) inbreuk op de persoonlijke vrijheid van de bestuurder gerechtvaardigd zijn. De rechter-commissaris steunt de curator. Hij heeft nog toegevoegd dat uit het eerdere handelen van de bestuurder volgt dat de bestuurder geen navolging geeft aan verzoeken en sommaties van de curator en de rechter-commissaris en dat het dus niet aannemelijk is dat de bestuurder mee zal werken. Ook de rechter-commissaris wijst op het grote financiële belang.

De rechtbank willigt vervolgens het verzoek van de curator in nu zij met de curator en de rechter-commissaris constateert dat nog niet alle gevraagde informatie door de bestuurder is gegeven terwijl hij daartoe wel in staat wordt geacht. Deze weigerachtige houding van de bestuurder om informatie te verschaffen en bijvoorbeeld inzage te geven in zijn e-mails en alle vragen van de curator te beantwoorden, maakt dat de rechtbank het zeer onwaarschijnlijk acht dat de bestuurder na het beëindigen van de gijzeling zijn medewerking zal verlenen.

W.T.N. Vlasveld, februari 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 05-01-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:149

Zaaknummer: 290316 FT RK 633/22 en 290505 FT RK 7/23

Rechters: A.H. Margadant, P.A.M. Miltenburg en A. Smedes

Advocaten: R.A.M. Koolen, W. Albers, A.C. Blankestijn en Advocaat L.J. Leijten

Wetsartikelen: 87 FW en 88 FW

RECHTSPRAAK

Inbetalinggeving bedrijfswagens paulianeus

Een holding verkoopt bedrijfswagens aan een derde die diensten levert aan een groepsmaatschappij van de holding. De koopsom wordt verrekend met openstaande facturen voor de diensten. Het hof oordeelt dat de overdracht paulianeus is geweest.

Een vennootschap schakelt een derde in voor het uitvoeren van koeriersdiensten. Deze derde heeft hiervoor facturen gestuurd, die door de vennootschap niet betaald worden. In plaats daarvan verkoopt en levert een groepsmaatschappij, de holding, drie bedrijfswagens aan de derde. Tegelijkertijd wordt een verrekeningsoverzicht opgesteld, waarbij onder meer de facturen van de derde worden verrekend met de koopsom voor de bedrijfswagens. Enkele dagen nadien is de vennootschap gefailleerd en enkele maanden later volgt het faillissement van de holding. De curator heeft de vernietiging ingeroepen van de overdracht van de bedrijfswagens op grond van artikel 42 Fw en wenst betaling van de koopsom. De rechtbank heeft de vordering afgewezen. De curator komt van het vonnis in hoger beroep.

Het hof stelt allereerst vast dat de bedrijfswagens toebehoorden aan de holding en dat de holding betrokken is geweest bij het verrekenoverzicht. Vervolgens constateert het hof dat de verkoop en levering van de bedrijfswagens een onverplicht verrichte rechtshandeling is. Daarbij overweegt het hof expliciet dat de overdracht heeft plaatsgevonden ter voldoening van de schuld aan de derde. Verder is sprake van benadeling, omdat de bedrijfswagens zonder deze rechtshandeling beschikbaar waren geweest voor verhaal door de schuldeisers.

Daarna oordeelt het hof dat de holding geen enkele tegenprestatie heeft verkregen van de derde. De derde heeft weliswaar betoogd dat de vennootschap belang had bij behoud van de relatie, maar het hof acht dat geen voldoende materiële tegenprestatie. Daarbij overweegt het hof dat de vennootschap, laat staan de holding, geen groot economisch belang had bij behoud van de relatie met de derde, nu de onderneming voor de continuïteit van haar activiteiten niet van de derde afhankelijk was.

Nu de overdracht heeft plaatsgevonden zonder reële tegenprestatie aan de holding, is volgens het hof sprake van een rechtshandeling om niet. Om die reden is voor vernietiging van de

rechtshandeling de eventuele wetenschap van benadeling aan de zijde van de derde niet vereist op grond van artikel 42 lid 2 Fw. Tegelijkertijd wordt op grond van artikel 45 van de Faillissementswet vermoed dat de schuldenaar wist of behoorde te weten dat de schuldeisers zouden worden benadeeld door de rechtshandeling.

Aldus is aan de vereisten voor het beroep op artikel 42 van de Faillissementswet voldaan. Het hof stelt dat de derde de bedrijfswagens dient terug te geven, maar dat de curator daarop geen prijs stelt; hij wenst immers betaling. Dat kan echter slechts wanneer de bedrijfswagens niet meer beschikbaar zijn. Om die reden wordt een nadere zitting bepaald, waarop partijen nadere informatie kunnen verstrekken over het al dan niet voorhanden zijn van de bedrijfswagens.

Wenk

In deze zaak worden bedrijfswagens overgedragen ter voldoening van een schuld, ook wel inbetalinggeving genoemd. Inbetalinggeving kwalificeert vrijwel altijd als een onverplicht verrichte rechtshandeling, zodat een curator vrij snel zal kunnen overgaan tot het invoeren van de actio pauliana. Inbetalinggeving is immers doorgaans benadelend (het voor verhaal vatbare vermogen wordt minder), zodat de curator slechts nog de wetenschap van benadeling hoeft te onderbouwen. Aangezien de wettelijke vermoedens hem wat dat betreft behoorlijk helpen, zoals ook uit deze zaak blijkt, liggen dit soort transacties altijd onder het vergrootglas van de curator.

Toch kunnen dit soort vraagstukken ingewikkeld zijn. In het onderhavige geval staat vast dat er een gezamenlijke verrekeningsafpraak is gemaakt en dat de overdracht geschiedde ter voldoening van een schuld. Maar wat nu als een partij zaken aan een derde verkoopt (tegen een reële prijs) en die derde zich vervolgens eenzijdig beroept op verrekening? Als niet kan worden aangetoond dat de verkoop geschiedde ter voldoening van een schuld en dat de verkoper betrokken was bij de verrekeningsafpraak, dan is vernietiging minder eenvoudig. Verrekening is immers geen rechtshandeling van de schuldenaar, zodat de verrekening zelf niet kan worden vernietigd (vgl. Rb. Midden-Nederland 16 oktober 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5048). De curator zal aldus altijd dienen te onderbouwen dat het samenstel van de rechtshandelingen erop gericht was de zaken te vervreemden, tegen verrekening van de waarde met de openstaande schuld.

A.D. van Dalen, januari 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 10-01-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:178

Zaaknummer: 200.308.932

Rechters: C.J.H.G. Bronzwaer, E. Loesberg en R.F. Groos

Advocaten: I.J.G.H. Hage, C.A. Hage en C.L. Berkel

Wetsartikelen: 42 Fw en 45 Fw

RECHTSPRAAK

In hoger beroep wordt bevestigd dat sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur en dat het bestuur aansprakelijk is voor het faillissementstekort

De curator heeft geconstateerd dat er diverse – niet onderbouwde – vermogensverschuivingen hebben plaatsgevonden. Daarom is niet voldaan aan de boekhoudplicht, waardoor vaststaat dat sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur. De verweren van het bestuur slagen niet.

De curator van een vennootschap die een onderneming exploiteerde in de elektrotechniek heeft het (middellijk) bestuur daarvan, een holding en een natuurlijk persoon, aansprakelijk gesteld vanwege onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 BW). De rechtbank heeft de vorderingen van de curator toegewezen, waarna het bestuur in hoger beroep is gegaan. Het hof oordeelt als volgt.

Ten aanzien van de boekhoudplicht zoals neergelegd in artikel 2:10 BW geldt dat de boekhouding van een zodanig niveau dient te zijn dat snel inzicht kan worden gekregen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment. Deze positie en de stand van de liquiditeiten moeten, gezien de aard en de omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie van de vennootschap. In dit geval blijkt uit de jaarrekening van 2015 en de conceptjaarstukken van 2016 dat de vermogenspositie en het resultaat van de vennootschap in 2016 een sterk negatieve ontwikkeling hebben doorgemaakt. De curator vindt dat deze ontwikkelingen te wijten zijn aan onbehoorlijk bestuur. Hij verwijt het bestuur dat er tal van betalingen en vermogensverschuivingen van gefailleerde naar de andere groepsvennootschappen hebben plaatsgevonden waarvoor in de administratie elke specificatie en/of onderbouwing met onderliggende stukken ontbreekt. In dat verband heeft de curator diverse voorbeelden genoemd.

Het bestuur betwist de genoemde betalingen en overboekingen niet. Het betwist evenmin dat deze transacties niet (afzonderlijk) in de administratie zijn gespecificeerd of onderbouwd met

onderliggende bescheiden. Desalniettemin is het bestuur van mening dat er is voldaan aan de boekhoudplicht. Het bestuur voert in de eerste plaats aan dat de grondslag voor de desbetreffende betalingen en overboekingen is gelegen in de tussen de groepsvennootschappen gesloten concernovereenkomst van 1 maart 2016. Deze heeft het bestuur voor het eerst in hoger beroep in het geding gebracht. Nog daargelaten dat de curator de authenticiteit van dit stuk gemotiveerd betwist, geeft dit stuk naar het oordeel van het hof op geen enkele wijze een verklaring voor de uitgevoerde transacties. Ook de overige door het bestuur overgelegde overzichten, die onvoldoende zijn toegelicht, geven geen duidelijkheid over de schuldverhoudingen. Er moet daarom worden geconcludeerd dat in de aanloop naar het faillissement aanzienlijke vermogensverschuivingen hebben plaatsgehad van gefailleerde naar andere groepsvennootschappen zonder dat daarvoor enige bedrijfseconomische of juridische verklaring kan worden gegeven. Daarmee staat voldoende vast dat de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW is geschonden, zodat onbehoorlijke taakvervulling (onweerlegbaar) vaststaat en dat (weerlegbaar) wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Het bestuur stelt dat het faillissement voornamelijk is veroorzaakt door twee tegenvallers die gefailleerde had in 2016: het ten onrechte onbetaald laten door BAM van een aanzienlijke vordering en het mislopen door gefailleerde van een grote opdracht van Strukton. Beide omstandigheden zijn door het bestuur niet nader toegelicht en onderbouwd. Nu het bestuur niet aannemelijk heeft gemaakt dat er een andere oorzaak is aan te wijzen voor het faillissement dan de onbehoorlijke taakvervulling, komt ook het hof tot het oordeel dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur waarbij aangenomen moet worden dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Dit betekent dat de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn tegenover de boedel voor het faillissementstekort. Het door de curator gevraagde voorschot van € 750.000 acht het hof redelijk.

Het bestuur meent dat het bedrag waarvoor het aansprakelijk is, moet worden gematigd (art. 2:248 lid 4 BW). De bestuurders voeren aan dat zij gelet op de orderportefeuille en de ingecalculeerde marges binnen het concern de volle overtuiging hadden en ook konden en mochten hebben dat er voldoende financiële middelen binnen zouden komen om de schulden van gefailleerde te voldoen. Als geen matiging plaatsvindt en het bestuur het gehele faillissementstekort moet voldoen, leidt dat tot een buitensporig en onaanvaardbaar resultaat. Het hof ziet echter geen aanleiding tot matiging. In de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling is in de gegeven omstandigheden geen grond voor matiging gelegen. Verder kunnen persoonlijke omstandigheden geen grond opleveren voor matiging, aangezien de in artikel 2:248 lid 4 BW genoemde gronden limitatief zijn. Het bestreden vonnis wordt bekrachtigd.

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

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 10-01-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:24

Zaaknummer: 200.306.631_01

Rechters: C.J.H.G. Bronzwaer, O.G.H. Milar en H.F.P. van Gastel

Advocaten: A.P.C. Houben en L.J.M.G. Kunzeler

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Procederende curator is een natuurlijk persoon voor de vaststelling van griffierecht

Een curator kan niet zonder meer worden beschouwd als vertegenwoordiger van de gefailleerde en kan ook niet worden gelijkgesteld met de gefailleerde. De curator is daarom een natuurlijk persoon voor wat betreft de Wet griffierechten burgerlijke zaken (Wgbz) indien hij curator is van een personenvennootschap of rechtspersoon en is dientengevolge de griffierechten voor natuurlijke personen onder de Wgbz verschuldigd.

Onder het motto twee vliegen in één klap heeft het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in twee vrijwel gelijklopende uitspraken geoordeeld over de vraag of een curator in diens hoedanigheid als curator in het faillissement van een vof (ECLI:NL:GHARL:2022:10925) en een bv (ECLI:NL:GHARL:2022:10924) moet worden aangemerkt als natuurlijk persoon of niet-natuurlijk persoon in de zin van de Wet griffierechten burgerlijke zaken (Wgbz). Daarmee heeft het hof duidelijkheid gecreëerd over de vraag welk griffierecht door een curator is verschuldigd in het geval van een gang naar de rechter.

Aanleiding voor het oordeel van het hof is een drietal door de rechtbank Overijssel gewezen vonnissen tussen een curator als eisende partij en als gedaagden een besloten vennootschap ('de bv') en een tweetal vennoten van een vennootschap onder firma ('de vof'). Tegen deze vonnissen is hoger beroep ingesteld door voormelde partijen.

De curator is in hoger beroep verschenen en heeft de daarvoor verschuldigde griffierechten betaald. Deze waren door de griffier vastgesteld op de tarieven in de Wgbz voor niet-natuurlijke personen, te weten: € 2.106 in de procedure ten aanzien van de bv en € 5.610 in de procedure ten aanzien van de vof.

De curator is in verzet gekomen tegen de vaststelling van de hoogte van het griffierecht. Daarbij heeft hij verzocht de griffierechten vast te stellen op de tarieven voor natuurlijke personen en de te veel betaalde griffierechten terug te betalen. Daartegen heeft de griffier

verweer ingesteld. In een gezamenlijke mondelinge behandeling heeft het hof zich over dit geschil gebogen.

Als grondslag voor diens verzet heeft de curator aangevoerd dat de griffier heeft miskend dat de curator een natuurlijk persoon is en optreedt voor de gezamenlijke schuldeisers, ook al treedt hij op als curator van een rechtspersoon of personenvennootschap. Onder verwijzing naar artikel 25 Fw voert de curator verder aan dat rechtsvorderingen die rechten of verplichtingen van de failliete boedel tot onderwerp hebben door of tegen de curator moeten worden ingesteld. De curator moet daarom worden aangemerkt als natuurlijk persoon onder de Wgbz.

Het hof overweegt dat de curator een natuurlijk persoon is, in zijn hoedanigheid niet optreedt voor zijn eigen belangen en belast is met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Hij verricht zijn taak ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en hij moet waken voor de belangen van de gefailleerde en tevens belangen van maatschappelijke aard in zijn afwegingen betrekken. Volgens het hof kan de curator daarom niet zonder meer worden beschouwd als vertegenwoordiger van de gefailleerde. In het verlengde van voorgaande ziet het hof ook niet in waarom de curator gelijk moet worden gesteld met de gefailleerde.

In het kader van voorgaande beschouwt het hof de curator in de faillissementen van de bv en de vof als natuurlijk persoon onder de Wgbz. Dientengevolge verklaart het hof het verzet van de curator gegrond en worden de beslissingen van de griffier vernietigd.

M.Y.J. Smeets, januari 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 20-12-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:10924

Zaaknummer: 200.305.631

Rechters: M.S.A. van Dam, R. Prakke-Nieuwenhuizen en H.L. Wattel

Advocaten: N.J.H. Leferink

Wetsartikelen: 3 Wgbz en 68 Fw

RECHTSPRAAK

Voorwaarden faillietverklaring: wanneer is hieraan voldaan?

In cassatie is de vraag aan de orde of is voldaan aan de voorwaarden voor de faillietverklaring. Het cassatieberoep wordt afgedaan met een beroep op artikel 81 RO. Om die reden wordt de conclusie van A-G Snijders besproken.

In deze zaak gaat het over de Stichting Belangenbehartiging Gedupeerden Online Kansspelen (hierna: de stichting) en online gokbedrijf 1XCorp, die beide zijn gevestigd in Curaçao. Gedupeerden van 1XCorp hebben hun vorderingen op 1XCorp overgedragen aan de stichting. Deze zijn onbetaald gebleven en ook overige schulden laat 1XCorp onbetaald, stelt de stichting. Op grond daarvan heeft de stichting het faillissement van 1XCorp aangevraagd.

In eerste aanleg is 1XCorp bij verstekvonnis failliet verklaard. Bij verzetvonnis is het vonnis vernietigd, onder meer doordat de cessies zijn betwist en de akten van cessie niet zijn overgelegd. Hiertegen heeft de stichting hoger beroep ingesteld. In mei 2022 heeft het hof 1XCorp opnieuw in staat van faillissement verklaard, omdat naar het oordeel van het hof aan de vereisten voor het uitspreken van het faillissement was voldaan. 1XCorp heeft hiertegen cassatieberoep ingesteld. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep onder verwijzing naar artikel 81 RO. Hierna worden enkele relevante aspecten van de conclusie van A-G Snijders besproken, met – waar relevant – verwijzing naar de overweging van de A-G.

In de onderhavige zaak is het in Curaçao geldende Faillissementsbesluit (hierna: Fb) van toepassing. De regeling ten aanzien van de faillietverklaring komt overeen met de Nederlandse Faillissementswet (hierna: Fw). Gelet op het concordantiebeginsel moeten deze in overeenstemming worden uitgelegd (3.3).

Op grond van artikel 5 lid 3 Fb is voor een faillietverklaring vereist dat summierlijk blijkt (i) van het bestaan van feiten en omstandigheden die aantonen dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen; en (ii) van het vorderingsrecht van de schuldeiser die het verzoek doet.

Voor voormelde toestand is pluraliteit van schuldeisers vereist. De steunvordering hoeft niet opeisbaar te zijn en de omvang hoeft niet vast te staan. De A-G merkt op dat de beoordeling van de vraag of de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen van dermate feitelijke aard is dat in cassatie over de juistheid hiervan niet kan worden geoordeeld.

Uit de feiten en omstandigheden moet 'summierlijk' blijken dat aan de voorwaarden is voldaan. 'Summierlijk' betekent een kort en eenvoudig onderzoek door de rechter en ziet aldus op de intensiteit van het onderzoek. Voldoende is dat de grondslag voor aanvaarding of verwerping van een grond voor het faillissementsverzoek of verweer daartegen 'ten minste met een redelijke mate van zekerheid' uit de stukken volgt. De beoordeling of aan de voorwaarden is voldaan moet *ex nunc* plaatsvinden: ten tijde van de beslissing van de faillissementsrechter (3.3-3.4).

Naar het oordeel van de A-G faalt de eerste klacht die zich richt tegen het oordeel van het hof dat is voldaan aan het pluraliteitsvereiste. Deze klacht berust op een onjuiste lezing van de uitspraak van het hof. Hierin is overwogen dat aan het pluraliteitsvereiste is voldaan en summierlijk is gebleken van het bestaan van meerdere steunvorderingen, die door de stichting zijn gesteld. Mede gelet op de onbeduidende betwisting door 1XCorp is het oordeel van het hof volgens de A-G niet onbegrijpelijk (3.7).

Ook de tweede klacht treft geen doel. 1XCorp keert zich tegen het oordeel van het hof dat summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de stichting. Volgens de A-G is de beoordeling van de vraag naar het vorderingsrecht van de stichting van feitelijke aard waardoor het in cassatie niet kan worden onderzocht. Daarbij merkt de A-G op dat het oordeel van het hof mede gelet op de gegeven onderbouwing door de stichting niet onbegrijpelijk is. Voorts merkt de A-G op dat de klacht miskent dat een vordering ook summierlijk kan blijken uit de combinatie van hetgeen partijen over en weer aanvoeren (en dus ook: niet aanvoeren) (3.9).

De derde klacht faalt eveneens. Met deze klacht bestrijdt 1XCorp het oordeel van het hof dat summierlijk blijkt dat 1XCorp verkeert in een toestand van te hebben opgehouden te betalen. De A-G stelt dat aan dit vereiste is voldaan indien de schuldenaar één (opeisbare) vordering onbetaald laat. Het nog wel voldoen van andere betalingen of het feit dat de kas nog gevuld is, staat aan een faillietverklaring niet in de weg (3.10).

Tot slot faalt ook de vierde klacht. Deze is gericht tegen de vaststelling dat 1XCorp nimmer heeft gereageerd op de akten van cessie van de stichting. Volgens de A-G mist de klacht feitelijke grondslag. De stichting heeft gesteld dat nimmer op de akten noch op verstuurde sommaties aan 1XCorp door laatstgenoemde is gereageerd. Het hof heeft geoordeeld dat de

akten van cessie rechtsgeldig waren en deze ook in hoger beroep zijn overgelegd. Het bestaan van de vorderingen was daarmee naar het oordeel van het hof voldoende aannemelijk, mede gelet op het gebrek aan betwisting tijdens 1XCorp (3.12).

De A-G concludeert tot verwerping van het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 RO.

D.R.C. Smit, januari 2023.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 20-01-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:50

Zaaknummer: 22/02016

Rechters: C.E. Du Perron, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff

Advocaten: Y.E.J. Geradts en J. den Hoed

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Een DGA handelt als aandeelhouder onrechtmatig jegens gezamenlijke schuldeisers door de overdracht van zijn aandelen aan een katvanger

De overdracht van aandelen zonder deugdelijk onderzoek naar de koper, terwijl de vennootschap er financieel slecht voorstond, is een onrechtmatige daad van de aandeelhouder jegens de gezamenlijke schuldeisers van die vennootschap. Voor die aansprakelijkheid geldt niet de verhoogde drempel van een ‘persoonlijk ernstig verwijt’. Daarnaast oordeelt de rechtbank dat betalingen aan de DGA en een gelieerde vennootschap kort vóór de aandelenoverdracht paulianeus zijn.

Een vennootschap exploiteerde een telefoonwinkel in Naaldwijk. Gedaagde was enig bestuurder en aandeelhouder van die vennootschap en hij was dat tevens van een andere vennootschap. Die tweede vennootschap richtte zich op telefoonverkoop in Den Haag. Die laatste vennootschap is – kort nadat de rechtbank in deze zaak een mondelinge behandeling had bepaald – door middel van turboliquidatie (art. 2:19 lid 4 BW) ontbonden.

Enkele jaren eerder had gedaagde de aandelen in de eerste vennootschap overgedragen aan een jonge Syrische vluchteling, die daarvoor € 12.000 zou hebben betaald. Kort vóór de aandelenoverdracht heeft de bestuurder aan zichzelf nog ‘gestort werkkapitaal’ (een lening) terugbetaald, door middel van betalingen en door middel van inbetalinggeving van een voorraad telefoons (met verrekening van de koopprijs). Ook zijn er nog telefoons aan de tweede vennootschap overgedragen. Enkele maanden later werd de vennootschap failliet verklaard.

De curator spreekt de voormalig bestuurder en aandeelhouder aan wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur (op grond van respectievelijk art. 2:248, 2:9 en 6:162 BW) en vanwege door middel van de faillissementspauliana (art. 42 dan wel 47 Fw) vernietigde rechtshandelingen. Op die laatste grond wordt ook de tweede vennootschap aangesproken.

De rechtbank wijst de vorderingen op grond van artikel 2:248 BW en artikel 2:9 BW af. De bewijsvermoedens van artikel 2:248 lid 2 BW worden niet van toepassing geacht. Daarnaast oordeelt de rechtbank dat het verkopen en leveren van aandelen in een vennootschap geen bestuurshandeling is, maar een aandeelhoudersbeslissing en -handeling. Dat handelen valt buiten het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid en behoort tot het domein van de 'gewone' onrechtmatige daad.

Ten aanzien van de onrechtmatige daad oordeelt de rechtbank dat op de aandeelhouder, nu die hoedanigheid samenvalt met die van bestuurder, een bijzondere zorgvuldigheidsverplichting rustte jegens de gezamenlijke schuldeisers. Door de aandelen over te dragen aan – wat blijkt – een katvanger en geen deugdelijk onderzoek te doen naar de gegoedheid van de koper van de aandelen, terwijl de vennootschap in een financieel penibele situatie verkeerde, heeft de DGA onrechtmatig gehandeld en is hij daarvoor aansprakelijk. Verder weegt de rechtbank mee dat de DGA – kort vóór de aandelenoverdracht – telefoons heeft verkocht aan zichzelf en een gelieerde vennootschap, en zichzelf met voorrang heeft terugbetaald.

De omvang van de schade is niet zonder meer gelijk aan het faillissementstekort (dat bedraagt € 110.000), aldus de rechtbank. De DGA is slechts aansprakelijk voor de schade die door zijn onrechtmatig handelen is ontstaan. Daarvoor dient te worden vastgesteld welk verhaal de vennootschap zou hebben geboden indien de aandelen niet zouden zijn overgedragen. De rechtbank begroot een voorschot van € 20.000 en verwijst de zaak naar een schadestaatprocedure.

De vorderingen tegen de bestuurder op basis van de faillissementspauliana worden toegewezen. Sprake was van een opeisbare schuld, namelijk het gestorte werkkapitaal in de vorm van een lening. Ook zijn de gezamenlijke schuldeisers benadeeld, omdat in ieder geval de rangorde van schuldeisers is doorbroken. De rechtbank oordeelt voorts dat sprake was van 'samenspanning' (art. 47 Fw). In een geval als dit, rechtvaardigt de personele unie een vermoeden van wetenschap van benadeling, met verwijzing naar HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1881 (*Cikam/Siemon q.q.*). Tegen dat vermoeden is door de bestuurder geen tegenbewijs geleverd. De paulianavordering tegen de tweede vennootschap wordt ook toegewezen, maar dan op grond van artikel 42 jo. 43 lid 1 sub 5 onder b Fw.

R.J.H. Berghuis, februari 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 11-01-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:168

Zaaknummer: C/09/606503/ HA ZA 21-07

Rechters: M.J. van Cleef-Metsaars

Advocaten: E.A.H. ten Berge, M. Kooiman en O. Zaïr

Wetsartikelen: 42 Fw, 47 Fw, 6:162 BW, 2:248 BW en 2:9 BW