

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 5, 2023

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:1384](#) 16-02-2023

Hof niet bevoegd man die in Brazilië verblijft failliet te verklaren

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:1191](#) 07-02-2023

Door de curator gesloten overeenkomst is geldig ondanks het ontbreken van goedkeuring door de rechter-commissaris. Met wenk

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:1033](#) 06-02-2023

Afwijzing hoger beroep tegen faillietverklaring. Geen misbruik van bevoegdheid

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:4588](#) 22-12-2022

Afwijzing faillissementsaanvraag wegens ontbreken pluraliteit van schuldeisers

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:6935](#) 27-08-2019

Aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW vanwege het onverplicht instemmen met een huuropzegging

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:1486](#) 09-02-2023

WHOA: afkoelingsperiode ambtshalve beëindigd en aanstelling observator ingetrokken

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:937](#) 08-02-2023

Geen opheffing conservatoire beslagen na afwijzing bestuurdersaansprakelijkheidsvordering rechtbank

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2023:988](#) 07-02-2023

Vordering teruggave van voertuigen door de curator

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:1272](#) 07-02-2023

WHOA: homologatie reorganisatieakkoord

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:405](#) 01-02-2023

Bestuurdersaansprakelijkheid en paulianeuze betalingen aan bestuurder

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2023:460](#) 19-01-2023

Verbod tot het agenderen van een voorstel tot het aanvragen van het eigen faillissement op de algemene vergadering

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2023:389](#) 18-01-2023

Mogelijk verhaalsfrustratie, maar geen vereenzelviging

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:4889](#) 11-11-2022

Werkneemster is door middel van een payrollovereenkomst werkzaam bij de doorstarter: geen overgang van onderneming of opvolgend werkgeverschap

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:6159](#) 07-03-2022

Curatoren hoeven vertrouwelijke informatie niet voor zich te houden. R-C mag niet ambtshalve bevelen geven aan curatoren.

RECHTSPRAAK

Curatoren hoeven vertrouwelijke informatie niet voor zich te houden. R-C mag niet ambtshalve bevelen geven aan curatoren.

De curatoren in het faillissement van een BV, een dochtervennootschap van een tevens failliete NV, zijn in een patstelling terechtgekomen met een groep banken over de nakoming van een tussen beiden getroffen regeling, waarin een procedure over de pauliana wordt geschikt en als gevolg waarvan een faillissementsakkoord aan de concurrente schuldeisers wordt aangeboden. Na een per ongeluk doorgestuurd e-mail met ongunstige informatie over de procespositie van de banken willen curatoren de regeling niet meer nakomen. De rechtbank oordeelt dat het de curatoren vrijstaat de procedure voort te zetten met voorbijgaan aan de regeling.

De curatoren in het faillissement van een BV, een dochtervennootschap van een tevens failliete NV, zijn in een patstelling terechtgekomen met een groep banken ('de banken') over de nakoming van een tussen beiden getroffen regeling ('de regeling'). Ruim een jaar voor het faillissement van de BV heeft deze in het kader van een management buy-out haar activa verpand aan de NV voor een grotendeels reeds bestaande schuld. Curatoren hebben in faillissement deze activa verkocht, waarna de banken als pandhouder van de vordering van de NV op de BV aanspraak hebben gemaakt op de opbrengst. Curatoren hebben geweigerd de verkoopopbrengst af te geven, en hebben de verpanding van de activa van de BV buitengerechtelijk vernietigd op grond van de pauliana. Hier is tussen partijen over geprocedeerd, waarna is geprobeerd een schikking te treffen.

Curatoren en de banken hebben vervolgens de regeling getroffen als gevolg waarvan aan de concurrente schuldeisers een faillissementsakkoord wordt aangeboden. In de regeling worden de concurrente schuldeisers ook geïnformeerd over de kansen in de procedure. Na

totstandkoming van de regeling ontvingen curatoren een e-mail van de voormalig advocaat van de NV, waarin onbedoeld een e-mail tussen deze advocaat en de banken wordt meegestuurd. In de e-mail wordt een rapport van BDO over de transactie besproken: *'als dit zo gepresenteerd wordt in rechte is onze zaak zo goed als verloren, dat moge duidelijk zijn'*. De per abuis ontvangen e-mail heeft geleid tot een geschil tussen de banken en curatoren over het al dan niet voortzetten van de regeling. De curatoren stellen zich op het standpunt dat de informatie over de zwakke procespositie met de schuldeisers moet worden gedeeld. De NV heeft curatoren op tuchtrechtelijke gronden gesommeerd om niets met de e-mail te doen. De rechter-commissaris heeft vervolgens bij beschikking de curatoren bevolen om de procedure voort te zetten (ECLI:NL:RBMNE:2021:6935).

In de onderhavige procedure komen de banken op tegen de beschikking van de rechter-commissaris op de voet van artikel 67 Fw. De banken verzoeken de rechtbank de beschikking van de rechter-commissaris te vernietigen en het eerder gedane verzoek op grond van artikel 69 Fw alsnog toe te wijzen door de curatoren te bevelen de regeling na te komen. De curatoren verzoeken bekrachtiging van de beschikking.

De rechtbank concludeert dat het de curatoren vrijstaat de procedure voort te zetten met voorbijgaan aan de regeling. De rechtbank wijdt enkele interessante overwegingen aan de aard van de artikel 67-procedure en de verhouding tussen de curator en de rechter-commissaris. Volgens de rechtbank strekt een rechtsgang als deze er niet toe om de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen vast te stellen: daar is een bodemprocedure voor. De artikel 67-procedure leent zich volgens de rechtbank derhalve niet voor de toewijzing van het verzoek van de banken om de curatoren te bevelen de procedure te staken en de regeling na te komen. De curatoren lijken volgens de rechtbank wel goede gronden te hebben om de regeling ter discussie te stellen. Ook merkt de rechtbank op dat de curatoren gerechtigd en mogelijk zelfs gehouden zijn op grond van dwingendrechtelijke bepalingen over de homologatie van faillissementsakkoorden om (nieuwe) informatie met de stemgerechtigde schuldeisers te delen. De rechtbank overweegt ook dat uit de toezichthoudende taak van de rechter-commissaris niet diens bevoegdheid voortvloeit om (anders dan in de daartoe in de wet voorziene gevallen, die hier geen rol spelen) bevelen aan de curatoren te geven. De beslissing van de rechter-commissaris wordt dan ook vernietigd voor zover de curatoren (ambtshalve) is bevolen de procedure voort te zetten.

A.C. Frentz, maart 2023

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 07-03-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:6159

Zaaknummer: F.16/14/908

Rechters: R.A. Steenbergen

Advocaten: R.J. van Galen, T.B. de Clerck en R.J. van der Weijden

Wetsartikelen: 67 Fw en

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW vanwege het onverplicht instemmen met een huuropzegging

Er is ernstig verwijtbaar gehandeld door in te stemmen met het per direct opzeggen van de huur terwijl de huurovereenkomst voor vijf jaar was afgesloten en dus nog geruime tijd doorliep.

Onderstaand feitenrelaas is grotendeels ontleend aan de samenvatting (INS 2019-0199) bij een eerdere uitspraak.

Nowa Wies B.V. is eigenaar van een tweetal appartementsrechten, die worden verhuurd ten behoeve van de exploitatie van een seksclub. Enig aandeelhouder en bestuurder van Nowa Wies B.V. is de stichting UBC. De stichting heeft twee natuurlijke personen als bestuurders.

In 2005 heeft Nowa Wies B.V. geld geleend van drie vennootschappen. Ter zekerheid zijn rechten van hypotheek op de appartementsrechten gevestigd. In 2008 verklaart Nowa Wies B.V. dat zij een bedrag van € 44.159,70 verschuldigd is, dat de rente 20% bedraagt en dat een boete van 2% verschuldigd wordt over de hoofdsom bij niet-tijdige betaling van rente en/of aflossing. Nadat in 2011 de vergunning voor exploitatie van de seksclub is ingetrokken, komt er een nieuwe huurder die zich voor vijf jaar vastlegt en die op 1 februari 2013 een vergunning krijgt voor het exploiteren van een seksclub. In februari 2013 heeft deze nieuwe huurder de overeengekomen huur van € 4.500 betaald; daarna is in juli, september en oktober steeds € 2.000 betaald ter zake van huur over de maanden augustus, september en oktober.

Nadat (kennelijk) niet meer aan de verplichtingen uit de leningen wordt voldaan, vinden verschillende procedures plaats tussen de partijen bij de leningsovereenkomst. Voorts heeft de huurder de huur op 1 november 2013 per direct opgezegd, waarmee Nowa Wies B.V. akkoord is gegaan. Op 14 mei 2014 is Nowa Wies B.V. gefailleerd. In deze procedure spreekt de curator de (indirect) bestuurders aan op de voet van artikel 2:248 BW en artikel 2:9 BW.

In de eerder samengevatte zaak is de stichting op de voet van artikel 2:9 BW in hoger beroep veroordeeld tot betaling van de door Nowa Wies B.V. geleden schade. Deze zaak gaat over het beroep van de bestuurders van de stichting en daarmee de indirect bestuurders van Nowa

Wies B.V. Voor wat betreft de vordering op de voet van artikel 2:248 BW deelt deze vordering jegens de indirect bestuurders begrijpelijkerwijs het lot van de vordering tegen de direct bestuurder, namelijk dat het causaliteitsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW genoegzaam is ontzenuwd en anderszins onvoldoende is gesteld om kennelijk onbehoorlijke taakvervulling op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW aan te nemen. Zie uitgebreider de hierboven aangehaalde samenvatting.

Voor de vordering ex artikel 2:9 BW jo. artikel 2:11 BW jegens de indirect bestuurders geldt in wezen (ook begrijpelijkerwijs) hetzelfde als in de zaak tegen de stichting, namelijk dat ernstig verwijtbaar is gehandeld door in te stemmen met het per direct opzeggen van de huur terwijl de huurovereenkomst voor vijf jaar was afgesloten en dus nog geruime tijd doorliep. Zie wederom uitgebreider de hierboven aangehaalde samenvatting.

Relevant is tot slot dat het hof terecht overweegt dat bij toepassing van artikel 2:11 BW in samenhang met artikel 2:9 BW, de disculpatiemogelijkheid van artikel 2:9 lid 2 BW tevens geldt voor indirect bestuurders. Helaas voor de indirect bestuurders baat hen dat thans niet.

Redactie, maart 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 27-08-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:6935

Zaaknummer: 200.221.450

Rechters: S.M. Evers, B.J. Engberts en B.F. Assink

Advocaten: G. Beekman en I.M.C.A. Reinders Folmer

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:248 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Afwijzing hoger beroep tegen faillietverklaring. Geen misbruik van bevoegdheid

Afwijzing hoger beroep tegen faillietverklaring. Geen misbruik van bevoegdheid. De aanvrager heeft 'gewoon' belang bij vereffening van het vermogen van de schuldenaar.

In dit hoger beroep tegen een faillietverklaring speelt een villa in Frankrijk een centrale rol. Appellante en haar man zijn in 2017 in gemeenschap van goederen getrouwd, maar in 2019 weer gescheiden. De villa behoort tot de nog onverdeelde gemeenschap.

Op de villa rust een hypotheekrecht. Appellante en de echtgenoot voldoen niet aan de renteverplichtingen uit hoofde van de hypothecaire lening. Daarom wordt in 2021 in Frankrijk een executietraject gestart. Vervolgens wordt de echtgenoot (in Nederland) in staat van faillissement verklaard. Een door de curator voorgenomen verkoop van de villa vindt geen doorgang, omdat de curator zonder medewerking van appellante niet bevoegd is over de villa te beschikken.

Tussen de curator van de echtgenoot en appellante wordt vervolgens geprocedeerd over een machtiging om de villa te verkopen en een veroordeling van appellante om de villa te ontruimen.

Ondertussen vraagt de hypotheekhouder het faillissement van appellante aan. In eerste aanleg wordt het faillissement uitgesproken. Dat appellante in de toestand verkeert is niet in geschil. Appellante stelt zich echter op het standpunt dat de hypotheekhouder misbruik van bevoegdheid maakt met de faillissementsaanvraag. Het belang bij de faillissementsaanvraag zou zijn gelegen in de verkoop van de villa. De geëigende weg om hiertoe over te kunnen gaan zou het executietraject in Frankrijk zijn.

Volgens het hof is misbruik van bevoegdheid niet aannemelijk geworden. Het hof overweegt dat onzeker is of het executietraject in Frankrijk op korte termijn tot verkoop van de villa zal leiden. Daar komt bij dat de hypotheekhouder een vordering heeft op appellante, die naar verwachting niet geheel voldaan zal worden uit de opbrengst van de eventuele verkoop van de

villa. Appellante heeft ook nog andere activa. Het belang van de hypotheekhouder bij faillietverklaring van appellante is dus ook gewoon gelegen in vereffening van het vermogen van appellante, om haar vordering voor zover mogelijk voldaan te zien.

J.F. Fiek, maart 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 06-02-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:1033

Zaaknummer: 200.319.705 en C/08/22/167 F

Rechters: B.J. Engberts, H. Wammes en A.S. Gratama

Advocaten: A.A. Dooijeweerd en G. Beekman

Wetsartikelen: art. 3:13 BW

RECHTSPRAAK

WHOA: homologatie reorganisatieakkoord

Toewijzing verzoek tot homologatie van een reorganisatieakkoord. Een in de kern levensvatbare onderneming heeft een schuldenlast die zij niet meer kan dragen. Door financiering van een externe partij krijgen bepaalde schuldeisers een deel van hun vordering betaald. De huidige aandeelhouders krijgen niets en verliezen hun aandelen. De rechtbank constateert dat geen van de afwijzingsgronden van toepassing is en homologeert het akkoord.

Deze zaak betreft het homologatieverzoek (art. 383 lid 1 Fw) in het kader van een reorganisatieakkoord op basis van de WHOA. Op de fixatiedatum bedroeg de schuldenlast circa € 6,6 miljoen. De schuldeisers wordt een percentage van hun vordering aangeboden tegen finale kwijting en de aandeelhouders van verzoekster krijgen niets; zij verliezen hun aandelen. De betrokkenen zijn ingedeeld in negen klassen. Het akkoord wordt gefinancierd door een externe partij, die alle nieuw uit te geven aandelen zal verkrijgen.

19 schuldeisers met een vordering van vóór de fixatiedatum van minder dan € 1.000 zijn buiten het akkoord gehouden (totale schuld € 7.210). Zij worden volledig betaald. Nog eens 18 dwangcrediteuren zijn buiten het akkoord gehouden (totale schuld € 113.307). Ook de rechten van Rabobank worden niet gewijzigd, omdat haar vorderingen in een hypothetisch faillissement volledig zijn gedekt.

Alle stemgerechtigde schuldeisers hebben gestemd en slechts één stemt tegen. Hierdoor is er een tegenstemmende klasse, maar die zou in een faillissement niet 'in the money' zijn. Er is ambtshalve een observator aangewezen. De rechtbank toetst of verzoekster in de WHOA-toestand verkeert en of een van de algemene afwijzingsgronden van toepassing is. Zij oordeelt daarover positief en homologeert het akkoord. Daartoe overweegt zij het volgende.

De rechtbank toetst of het akkoord de in artikel 375 Fw voorgeschreven informatie bevat. Dat doet zij omdat de 'lopende verplichtingen' zijn uitgezonderd van het akkoord, maar daarvan geen concrete opgave is gedaan in het akkoord en evenmin (expliciet) is toegelicht waarom

het niet mogelijk is dat te doen. In beginsel is die informatie wel verplicht (art. 375 lid 2 sub c Fw), mede zodat andere schuldeisers kunnen beoordelen of het akkoord recht doet aan hun rang. Is dat niet het geval, dan moet daarvoor een redelijke grond bestaan.

In het akkoord benoemt verzoekster dat de lopende verplichtingen vanaf de fixatiedatum zijn voldaan en dat voldoening noodzakelijk is voor het realiseren van de reorganisatiewaarde. Daarnaast licht zij op zitting toe dat het met name de personeels- en inkoopkosten betreft. Een begroting daarvan was al opgenomen in het akkoord. De rechtbank oordeelt dat met die informatie en aanvullende toelichting is voldaan aan de informatieverplichting. Voor de rechtbank is daarbij relevant dat het akkoordvoorstel steun van een ruime meerderheid van betrokkenen geniet, dat het voldoen van de lopende verplichtingen alleen de belangen van een professionele partij (de Belastingdienst) raakt en dat de gang van zaken kennelijk voldoende duidelijk en acceptabel was (voor met name de Belastingdienst).

Tot slot wordt bij de klassenindeling een kanttekening geplaatst, omdat één in het akkoord achtergestelde schuldeiser mogelijk in een onjuist klasse is ingedeeld omdat er geen sprake zou zijn van achterstelling. In dit geval zou een gebrekkige klassenindeling niet redelijkerwijs leiden tot een andere uitkomst van de stemming van die klasse. Bovendien heeft de betreffende schuldeiser vóór het akkoord gestemd en geen bezwaar gemaakt tegen de klassenindeling.

R.J.H. Berghuis, maart 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 07-02-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:1272

Zaaknummer: FT-RK 23/24 HO

Rechters: H.E. van Harten, P.J. Neijt en J.H. Steverink

Advocaten: E.S. Ebels en M.C. Schepel

Wetsartikelen: 383 lid 1 Fw en 375 Fw

RECHTSPRAAK

Werkneemster is door middel van een payrollovereenkomst werkzaam bij de doorstarter: geen overgang van onderneming of opvolgend werkgeverschap

Er is niet komen vast te staan dat het faillissement is aangevraagd met als hoofddoel continuïteit van de onderneming. De faillissementsuitsondering is dus van toepassing, waardoor er geen overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. Voorts kan de doorstarter niet worden aangemerkt als opvolgend werkgever.

In 2020 werd het faillissement uitgesproken van een vennootschap die een onderneming exploiteerde in de horeca. De curator heeft de activa van gefailleerde overgedragen aan een koper, die negen van de elf vestigingen heeft doorgestart. Vervolgens heeft een oud-werkneemster van gefailleerde een payrollovereenkomst gesloten met een payrollbedrijf, waarna zij tewerk is gesteld in een van de doorgestarte vestigingen van gefailleerde. In 2022 heeft het payrollbedrijf het einde van de arbeidsovereenkomst aangezegd aan de werkneemster, die op dat moment volledig arbeidsongeschikt was. De werkneemster heeft geprotesteerd tegen deze opzegging. In rechte vordert zij een verklaring voor recht dat zij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft met dezelfde voorwaarden als toen zij nog in dienst was bij gefailleerde, alsmede een veroordeling tot betaling van achterstallig loon. Ter onderbouwing stelt zij dat de regels van overgang van onderneming van toepassing zijn op de overname van de onderneming van gefailleerde, waardoor de rechten en verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst tussen de werkneemster en gefailleerde van rechtswege zijn overgegaan op de doorstarter. De faillissementsuitsondering zoals opgenomen in artikel 7:666 aanhef en onder a BW is volgens haar niet op de overname van toepassing, omdat sprake is van een voorbereide doorstart. Subsidiair stelt de werkneemster dat de doorstarter de opvolgend werkgever is in de zin van artikel 7:668a lid 1 en 2 BW. Volgens haar is de gecreëerde payrollconstructie een schijnconstructie en enkel bedoeld om de met artikel 7:668a lid 1 en lid 2 BW beoogde bescherming te ontduiken.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De omstandigheid dat uit de faillissementsverslagen volgt

dat de curator zich vanaf de aanvang van de insolventieprocedure heeft gericht op een activatransactie waardoor de onderneming kon worden doorgestart, kan niet tot de conclusie leiden dat continuïteit van de onderneming het hoofddoel van het faillissement is geweest en niet de liquidatie van het vermogen van gefailleerde. Een curator voert zijn taak in de eerste plaats uit ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, maar daaraan doet niet af dat hij ook acht kan of moet slaan op belangen van derden en belangen van maatschappelijke aard. Verder overweegt de kantonrechter ten aanzien van het beroep van de werkneemster op het *Smallsteps*-arrest, dat er in dit geval geen sprake is geweest van een pre-pack. De werkneemster voert daarnaast aan dat de huurovereenkomsten ten aanzien van de vestigingen al voor aanvang van het faillissement waren overgenomen door de doorstarter. Dit vloeide echter voort uit afspraken met de verhuurders omdat gefailleerde de huurtermijnen niet meer kon voldoen, en was niet (zozeer) gericht op een doorstart. Het feit dat de onderhandelingen over een doorstart slechts 14 dagen hebben geduurd, maakt ook niet dat het faillissement een ander hoofddoel had dan liquidatie van het vermogen. De kantonrechter komt tot de conclusie dat de faillissementsuitzondering van toepassing is, zodat er geen overgang van onderneming heeft plaatsgevonden.

Ten aanzien van de stelling dat de doorstarter kan worden aangemerkt als opvolgend werkgever, overweegt de kantonrechter dat de werkneemster een overeenkomst heeft ondertekend waarin in niet mis te verstane bewoordingen is opgenomen dat de arbeidsovereenkomst een payrollovereenkomst is en het payrollbedrijf de werkgever is. Ook uit andere omstandigheden volgt dat sprake was van een reële overeenkomst van payrolling, in die zin dat de overeenkomst in materiële zin voldoet aan de wettelijke definitie. Voorts geldt dat de doorstarter een legitieme reden had om voor een payrollconstructie te kiezen, omdat zij flexibel wilde zijn met het oog op de coronasituatie. Dat de doorstarter enkel voor de payrollconstructie heeft gekozen met als doel de ketenregeling te omzeilen, kan dus niet worden vastgesteld. De werkneemster is weliswaar dezelfde activiteiten blijven verrichten en het initiatief voor de payrollovereenkomst ging uit van de doorstarter, maar dit legt volgens de kantonrechter onvoldoende gewicht in de schaal. Dit betekent dat niet is komen vast te staan dat de payrollconstructie een schijnconstructie was en dat de doorstarter niet is aan te merken als opvolgend werkgever van gefailleerde. De vorderingen van de werkneemster worden afgewezen.

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

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-11-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:4889

Zaaknummer: 9992330 UE VERZ 22-210

Rechters: D.A. van Steenbeek

Advocaten: E.M. Hetterscheidt en J.L.J.J. Nelissen

Wetsartikelen: 7:666 aanhef en onder a BW en 7:668a lid 1 en 2 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid en paulianeuze betalingen aan bestuurder

De rechtbank verklaart voor recht dat een failliete BV € 43.000 paulianeus heeft betaald aan haar bestuurder. De indirect bestuurders zijn aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW. De administratie is niet op orde en de jaarrekeningen zijn te laat gedeponereerd. Een andere belangrijke oorzaak van het faillissement dan de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur is niet aannemelijk gemaakt.

Een vennootschap (BV 1) die fysiotherapeuten uitleende aan een andere vennootschap (BV 2) is op 26 november 2019 gefaillieerd. Gedaagde 1 bestuurde BV 1 via de vennootschap gedaagde 3. Gedaagde 2 was de levenspartner van gedaagde 1 en had de feitelijke leiding binnen BV 1.

Tussen 29 december 2016 en 25 november 2019 heeft BV 1 € 43.000 betaald aan gedaagde 3 onder de omschrijving 'managementfee' en 'beheerskosten'.

Het faillissement van BV 1 is aangevraagd door het bedrijfstakpensioenfonds. In oktober 2017 heeft het pensioenfonds de premies over maart 2016 tot en met oktober 2016 in rekening gebracht, omdat BV 1 zou vallen onder de werkingssfeer van het pensioenfond. BV 1 heeft de in rekening gebrachte premies niet voldaan. Als steunvordering is een vordering van de Belastingdienst aangevoerd.

De curator stelt gedaagden 1 en 2 aansprakelijk, onder meer op grond van artikel 2:248 jo. 2:11 BW. Verder wordt een verklaring voor recht gevorderd dat de aan gedaagde 3 betaalde bedragen ter hoogte van € 43.000 rechtsgeldig zijn vernietigd.

De rechtbank overweegt dat de administratie niet voldoet aan de eisen van artikel 2:10 BW. Zo ontbreekt de gehele administratie van 2019 en ontbreekt een managementovereenkomst (die er volgens gedaagde 1 wel zou zijn). Ook zijn de jaarcijfers over 2016, 2017 en 2018 te laat gedeponereerd. Op grond van artikel 2:248 lid 2 BW staat daarom vast dat het bestuur zijn taak

kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Gedaagden voeren aan dat het faillissement is veroorzaakt door het vertrek van een minderheidsaandeelhouder die ook zakenpartner was, maar dit is door gedaagden onvoldoende onderbouwd. De rechtbank ziet niet in waarom een conflict met de zakenpartner dat in 2019 is ontstaan tot het faillissement heeft geleid, omdat de vorderingen van het pensioenfonds en de Belastingdienst dateren uit 2017 en 2018. Gedaagden kunnen de schuld van het te laat deponeren ook niet in de schoenen van de boekhouder schuiven, omdat zij er zelf op moeten toezien dat de jaarrekening tijdig wordt opgesteld en gedeponereerd.

De rechtbank acht gedaagde 1 en 2 aansprakelijk voor het boedeltekort. Gedaagden hebben nog een beroep op matiging gedaan, omdat de schuldenlast van BV 1 ten tijde van de faillietverklaring € 10.000 bedroeg, terwijl het faillissementstekort inmiddels is opgelopen tot € 60.000. De curator heeft uitgelegd dat zij veel tijd heeft moeten besteden aan het inzichtelijk maken van de administratie. Gedaagde 2 heeft ook ter terechtzitting verklaard dat hij op enig moment is gestopt met het aanleveren van informatie. De rechtbank ziet daarom geen reden het bedrag te matigen vanwege de wijze waarop de curator het faillissement heeft afgehandeld.

De rechtbank verklaart verder voor recht dat de betalingen aan gedaagde 3 terecht zijn vernietigd door de curator. Aan de voorwaarden van artikel 42 Fw is voldaan. Er is sprake van een onverplichte rechtshandeling, omdat geen managementovereenkomst of andere overeenkomst is aangetroffen op basis waarvan BV 1 betalingen zou moeten verrichten aan gedaagde 3. Ten aanzien van bedragen die binnen een jaar voor de faillietverklaring zijn voldaan wordt vermoed dat partijen wetenschap hebben van benadeling, naar het oordeel van de rechtbank op grond van artikel 43 lid 1 onder 5a Fw. Dit vermoeden is niet weerlegd. Ook ten aanzien van de bedragen die eerder dan een jaar voor de faillietverklaring zijn betaald, kan naar het oordeel van de rechtbank worden aangenomen dat gedaagde 3 op de hoogte was van de benadeling van schuldeisers. Dit is door gedaagden ook niet betwist. De curator heeft daarom terecht een beroep gedaan op pauliana.

H.J. de Kloe, februari 2023

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 01-02-2023

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:405

Zaaknummer: C/13/697694 / HA ZA 21-190

Rechters: M. Wouters

Advocaten: N. Noordmans en E. Doornbos

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:10 BW, 2:11 BW, 2:394 BW, 42 Fw en 43 Fw

RECHTSPRAAK

Hof niet bevoegd man die in Brazilië verblijft failliet te verklaren

Het faillissement is aangevraagd door een vrouw met wie de man een relatie heeft gehad. De vrouw heeft een vordering op de man in verband met de verdeling van de gezamenlijke woning. Omdat de man naar Brazilië is vertrokken voordat de vordering van de vrouw is ontstaan, is de Nederlandse rechter niet bevoegd om kennis te nemen van het faillissementsverzoek.

Een vrouw en man hebben een affectieve relatie met elkaar gehad. In 2021 is een geschil ontstaan over hun gezamenlijke woning. Nadat een eerdere vaststellingsovereenkomst niet is nagekomen, is op 26 augustus 2022 een nieuwe overeenkomst gesloten op basis waarvan de man € 25.000 zou betalen aan de vrouw zodra de vrouw derdenbeslag dat was gelegd onder de notaris had opgeheven. De vrouw heeft het beslag opgeheven, maar de man heeft het bedrag van € 25.000 niet voldaan. De vrouw heeft verzocht de man failliet te verklaren. De rechtbank heeft zich onbevoegd verklaard, omdat de vrouw niet heeft aangetoond dat het centrum van de voornaamste belangen (COMI) van de man in Nederland is gelegen. De vrouw komt tegen dit oordeel in beroep.

Het hof overweegt dat de man feitelijk in Brazilië verblijft. Vanaf eind 2013/begin 2014 woonden partijen al deels in Brazilië. Vanaf 2016 werd de gezamenlijke woning verhuurd aan een derde en begin 2022 is de woning verkocht en geleverd. Per 1 januari 2022 is de eenmanszaak van de man uitgeschreven uit het Nederlandse handelsregister. De man heeft nog een bankrekening in Nederland met een gering saldo, een Nederlands telefoonnummer en verblijft regelmatig (al dan niet bij zijn moeder) in Nederland, maar gelet op alle omstandigheden is daarmee onvoldoende aannemelijk dat zijn COMI zich in Nederland bevindt.

Het hof beoordeelt ambtshalve of het rechtsmacht ontleent aan artikel 2 lid 2 Fw. Het hof overweegt dat dit alleen het geval is als de vordering van de vrouw is ontstaan voorafgaand

aan het vertrek van de man naar Brazilië. Naar het oordeel van het hof is de vordering van de vrouw ontstaan op 26 augustus 2022, de datum waarop de nieuwe vaststellingsovereenkomst is gesloten. Uit de omstandigheden van het geval volgt dat de man voor deze datum al naar Brazilië was vertrokken. Het hof acht zich, net als de rechtbank maar onder aanvulling van gronden, onbevoegd om kennis te nemen van het faillissementsverzoek.

H.J. de Kloe, februari 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 16-02-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:1384

Zaaknummer: 200.321.164/01

Rechters: J. Smit, M.M.A. Wind en E.F. Groot

Advocaten: H. Loonstein

Wetsartikelen: 3 IVO en 2 lid 2 Fw

RECHTSPRAAK

Geen opheffing conservatoire beslagen na afwijzing bestuurdersaansprakelijkheidsvordering rechtbank

De curator heeft hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank. De voorzieningenrechter weegt de belangen van de bestuurders af tegen het belang van de curator. Omdat de curator belang heeft bij behoud van verhaalsmogelijkheden en de bestuurders hun belang bij opheffing van het beslag onvoldoende aannemelijk hebben gemaakt, laat de voorzieningenrechter de beslagen in stand.

Een vennootschap die kluizen verhuurde, is failliet verklaard nadat een grote hoeveelheid goud uit een van haar kluizen was verdwenen. De curator van de vennootschap heeft de (indirect) bestuurders aansprakelijk gesteld. In eerste aanleg heeft de rechtbank de vorderingen van de curator in dit verband afgewezen. De curator heeft ten laste van de bestuurders conservatoir beslag gelegd op diverse vermogensbestanddelen. In dit kort geding wordt opheffing van de door de curator gelegde beslagen gevorderd.

De voorzieningenrechter overweegt dat een belangenafweging moet plaatsvinden tussen het belang van de curator bij voortzetting van het beslag en het belang van de bestuurders bij opheffing hiervan.

Ten laste van bestuurder 1 is beslag gelegd op een bankrekening en een woning. De voorzieningenrechter laat het beslag op de bankrekening in stand. Het beslag heeft voor € 1,50 doel getroffen. Bestuurder 1 kan zijn bankrekening voor het overige gewoon gebruiken, zodat hij geen belang heeft bij opheffing van het beslag. Bestuurder 1 heeft verder gesteld dat hij zijn woning wil verkopen en dat het beslag de koopprijs drukt. De voorzieningenrechter overweegt dat de verkoopplannen onvoldoende zijn geconcretiseerd. Voor het geval bestuurder 1 de woning daadwerkelijk wil verkopen, heeft de curator zich bereid verklaard hieraan mee te werken, mits de overwaarde in depot wordt gehouden bij de notaris. Dat het beslag een waardedrukkend effect heeft, is onvoldoende onderbouwd.

Ten laste van bestuurder 2 is beslag gelegd op zijn bankrekening. Dit beslag heeft doel

getroffen voor € 156,24. Omdat bestuurder 2 voor het overige zijn bankrekening kan gebruiken, heeft hij geen belang bij opheffing van het beslag. Verder overweegt de rechtbank - kennelijk ten overvloede - dat het erop lijkt dat bestuurder 2 heeft geprobeerd vermogen aan het verhaal van de curator te onttrekken door de overwaarde van zijn woning over te maken naar een derde. Deze derde maakt dit bedrag maandelijks over naar bestuurder 2.

Bestuurder 2 heeft voorts bezwaar gemaakt tegen beslag dat is gelegd ten laste van bestuurder 3, een holdingvennootschap. Bestuurder 2 zou bedragen die de holding aan hem verschuldigd zou zijn nodig hebben om in zijn levenonderhoud te voorzien. Hij heeft dat geld nodig omdat hij niet kan werken vanwege diabetes en stress van het faillissement. De rechtbank overweegt dat de arbeidsongeschiktheid van bestuurder 2 onvoldoende is toegelicht. Het beslag op de bankrekening van bestuurder 3, de holding, wordt ook niet opgeheven omdat onvoldoende duidelijk is gemaakt dat de holding verplichtingen heeft jegens bestuurder 2 en anderen.

Ten laste van bestuurder 4, een vennootschap, is beslag gelegd op een bankrekening. Dit beslag wordt niet opgeheven, omdat onvoldoende is onderbouwd dat het bedrag op deze bankrekening nodig is om lopende verplichtingen te voldoen.

Ten laste van bestuurder 5, ook een vennootschap, is beslag gelegd op een bedrijfspand dat zij in eigendom heeft en op haar bankrekening. Beide beslagen worden niet opgeheven. Onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat bestuurder 5 het bedrijfspand wil verkopen. Ook is niet gebleken van lopende verplichtingen die vanwege de beslagen niet kunnen worden voldaan.

De curator heeft belang bij het behoud van verhaalsmogelijkheden zolang niet is beslist op het hoger beroep dat hij heeft ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank. Omdat de bestuurders hun belang bij opheffing van de beslagen onvoldoende aannemelijk hebben gemaakt, laat de voorzieningenrechter de beslagen in stand.

H.J. de Kloe, februari 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 08-02-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:937

Zaaknummer: C/10/649033 / KG ZA 22-1025

Rechters: Th. Veling

Advocaten: E. el Hadouchi, J.E. van Vlijmen en J.E.T. van Oort

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

WHOA: afkoelingsperiode ambtshalve beëindigd en aanstelling observator ingetrokken

De schuldenaar heeft niet tijdig zekerheid gesteld voor de kosten van de observator en verlangde inlichtingen en medewerking niet verschaft. De rechtbank beëindigt daarom ambtshalve de afkoelingsperiode en trekt de aanstelling van de observator in.

De rechtbank heeft op 23 januari 2023 ten aanzien van een vennootschap een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van vier maanden en een observator aangesteld. Op 31 januari 2023 heeft de rechtbank vastgesteld dat de kosten van de observator maximaal € 10.000 mogen bedragen. De schuldenaar moest hiervoor binnen zeven dagen zekerheid stellen. Op 6 februari 2023 heeft de observator aan de rechtbank laten weten dat het bestuur gevraagde inlichtingen en medewerking niet verleent en geen zekerheid heeft gesteld voor zijn kosten. De advocaat van de vennootschap heeft op 7 februari 2023 laten weten dat de vennootschap niet tijdig zekerheid zal stellen voor de kosten van de observator.

De rechtbank overweegt dat zij het nodig achtte ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers een observator aan te stellen. Omdat geen zekerheid is gesteld voor het salaris van de observator en omdat verlangde inlichtingen en medewerking niet is verschaft, kan de observator geen toezicht houden op de totstandkoming van het akkoord. De rechtbank kan er daarom niet van uitgaan dat de belangen van de schuldeisers zijn gediend met de afkoelingsperiode en heft deze ambtshalve op. Ook trekt de rechtbank de aanstelling van de observator in.

H.J. de Kloe, februari 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 09-02-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:1486

Zaaknummer: C/09/640621 / FT RK 23/3 HO en C/09/640625 / FT RK 23/4 HO

Rechters: R. Cats, C.A.M. de Bruijn en J.H. Steverink

Advocaten: Advocaat J.P. Voorn

Wetsartikelen: 370 Fw, 376 Fw en 379 Fw

RECHTSPRAAK

Mogelijk verhaalsfrustratie, maar geen vereenzelviging

Beroep op vereenzelviging slaagt niet, omdat gewezen wordt op vereenzelviging van ondernemingen in plaats van rechtssubjecten. Voorshands wel sprake van persoonlijk ernstig verwijt wegens overhevelen activiteiten, maar bestuurders mogen tegenbewijs leveren.

Deze kwestie speelt rondom onderhoudswerkzaamheden aan het dak en koper- en zinkwerk die hebben plaatsgevonden bij Schloss Lieser, een in Duitsland gelegen kasteel dat als hotel wordt gebruikt ('het hotel'). Daarvoor contracteerde het hotel met een Nederlandse BV, 'de werkmaatschappij', voor het eerst op 9 september 2009. Nadien volgden nog een viertal overeenkomsten. Tussen partijen heeft een procedure in Duitsland gespeeld, waarbij de werkmaatschappij is veroordeeld tot betaling van bijna een half miljoen euro. De werkmaatschappij biedt echter geen verhaal.

Naast de werkmaatschappij is per 1 januari 2011 ook een vof ('de VOF') in het handelsregister geregistreerd. De activiteiten van de werkmaatschappij zijn per 1 januari 2011 feitelijk gestaakt, althans tot een minimum beperkt. De VOF en de werkmaatschappij zijn op hetzelfde adres gevestigd en gebruiken hetzelfde telefoonnummer, faxnummer, e-mailadres en website. Ook de statutaire doelomschrijving is identiek. De natuurlijke personen die (middellijk) bestuurder zijn van de werkmaatschappij zijn bij oprichting ook vennoot in de VOF geworden. Er hebben de nodige wisselingen c.q. uitschrijvingen als bestuurders/vennoten, plaatsgevonden binnen de structuur. Relevant is vooral dat een viertal natuurlijke personen middellijk als bestuurder/vennoot fungeerden of hebben gefungeerd ('de bestuurders').

Het hotel verlangt dat de (middellijk) bestuurders worden veroordeeld tot betaling van het bedrag waarvoor de werkmaatschappij door de Duitse rechter is veroordeeld. Zij legt daaraan enerzijds ten grondslag dat er sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid. Anderzijds maakt de VOF misbruik van identiteitsverschil, althans is sprake van vereenzelviging, zodat de VOF en haar vennoten schadeplichtig zijn. Omdat de vennoten van de VOF en de (middellijk) bestuurders dezelfde natuurlijke personen zijn, zijn zij volgens het hotel zowel via de

werkmaatschappij (als bestuurders) als de VOF (als vennoten) aansprakelijk.

De bestuurders stellen dat zij niet het oogmerk hadden om schuldeisers te benadelen, maar dat de werkmaatschappij simpelweg in slecht weer verkeerde en daarom een herstructurering heeft plaatsgevonden om de continuïteit van de onderneming te waarborgen.

Bestuurdersaansprakelijkheid

Het beroep op schending van de Beklamel-norm slaagt hier niet, omdat het hotel niets heeft aangedragen waaruit kan volgen dat bij het aangaan van de aannemingsovereenkomsten duidelijk was dat (i) de werkmaatschappij niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen, (ii) de werkmaatschappij geen verhaal zou bieden en (iii) de bestuurders van de werkmaatschappij dit ten tijde van het aangaan van de aanneemovereenkomsten wisten of behoorden te begrijpen. In de kern komt het verwijt van het hotel erop neer dat de bestuurders de werkmaatschappij van verhaalsmiddelen hebben ontdaan door deze (om niet) over te dragen aan de VOF. Het hotel stelt echter dat de voor het Duitse vonnis relevante overeenkomsten juist vóór deze overdracht c.q. de oprichting van de VOF hebben plaatsgevonden.

Met andere woorden: het gemaakte verwijt en de gestelde normschending zijn hier niet verenigbaar, omdat het hotel van een onjuiste peildatum uitgaat. Bij een beroep op de *Beklamel*-norm wordt nog wel eens over het hoofd gezien dat het moment van aangaan van de verbintenis die niet wordt nagekomen relevant is voor het moment waarop de bestuurder wetenschap van benadeling moet hebben.

Voor bestuurdersaansprakelijkheid wegens verhaalsfrustratie (HR 18 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4873 (*New Holland Belgium/Oosterhof*)) ziet de rechtbank wel ruimte, omdat de feiten en de timing daarvan – bij gebreke van een andere aannemelijke verklaring – wijzen in de richting van overheveling van de activiteiten en activa van de werkmaatschappij naar de VOF met het oogmerk verhaal van het hotel op de werkmaatschappij te voorkomen. Daarvan kan de (middellijk) bestuurders van de werkmaatschappij in beginsel een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt. In dat kader acht de rechtbank relevant dat het hotel de werkmaatschappij meermaals heeft aangeschreven met klachten over tekortkomingen in de werkzaamheden, rechtsmaatregelen heeft aangekondigd, de VOF met terugwerkende kracht is ingeschreven in het handelsregister, de werkmaatschappij haar activa zonder koopsom aan de VOF heeft overgedragen, en alle schuldeisers van de werkmaatschappij zijn voldaan behalve het hotel.

Wegens deze omstandigheden vindt de rechtbank dat het aan de bestuurders, als degenen die de volledige zeggenschap hadden over zowel de werkmaatschappij als de VOF, is om

aannemelijk te maken dat bij het overhevelen van de activiteiten en activa geen oogmerk van benadeling vooropstond maar sprake was van een noodzakelijke herstructurering om faillissement van de onderneming te voorkomen. De genoemde omstandigheden zijn ook aanleiding om de verhaalsfrustratie op voorhand bewezen te achten, waardoor de bestuurders in feite moeten onderbouwen dat inderdaad sprake was een 'rechtmatige' herstructurering (HR 3 april 1992, NJ 1992/411 (*Van Waning/Van der Vliet*)).

Een beroep op de zorgplicht van de werkmaatschappij als moeder wegens een voor schuldeisers risicovolle structuur (HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033 (*Comsys*)) acht de rechtbank ten slotte niet aan de orde.

Vereenzelviging

Ter zake van het beroep op misbruik van identiteitsverschil en vereenzelviging merkt de rechtbank nog op dat daarvoor onvoldoende is gebleken. Daarbij wijst zij nog op het onderscheid tussen de vereenzelviging van rechtssubjecten (natuurlijke en/of rechtspersonen) en ondernemingen. Enkel het laatste zou op basis van de rechtspraak van de Hoge Raad (HR 14 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480 (*Rainbow/Ontvanger*) en HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285 (*Resort of the World/Maple Leaf*)) mogelijk zijn, terwijl de vereenzelviging van ondernemingen geen grondslag vind in het recht (HR 3 november 1995, NJ 1996/215 (*Roco/Staat*)). Ook het toerekenen van handelingen tussen de verschillende entiteiten en personen (HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595 (*Kleuterschool Babbel*)) is in deze casus volgens de rechtbank niet aan de orde, omdat niet de vraag voorligt onder welke omstandigheden een onrechtmatig handelen of nalaten van natuurlijke personen als eigen onrechtmatig handelen aan een rechtspersoon kan worden toegerekend. Het gaat in deze casus om het toerekenen van handelingen van de werkmaatschappij aan (de vennoten van) de VOF.

J.E. van Nuland, februari 2023

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 18-01-2023

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2023:389

Zaaknummer: C/03/303668 / HA ZA 22-163

Rechters: R.J.M.G. Rulkens

Advocaten: J.A. Koster en Y.J.P. Janssen

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Vordering teruggave van voertuigen door de curator

Curator vordert teruggave van voertuigen. Vordering wordt toegewezen nu niet aannemelijk is geworden dat de voertuigen voor faillissement waren overgedragen.

Op 26 juli 2022 is Alurol Zuidwest B.V. ('Alurol') failliet verklaard. Op 13 september 2022 heeft de curator een brief van het RDW ontvangen waaruit blijkt dat Alurol vier voertuigen op naam heeft staan. Deze voertuigen bevinden zich onder Job Coach Europe International B.V. ('Job Coach'). Job Coach en Alurol waren tot aan het faillissement nauw verweven met elkaar, nu zij beide dezelfde bestuurder en indirect bestuurder hadden.

De curator heeft Job Coach gesommeerd om twee voertuigen af te geven. Job Coach geeft geen gehoor aan deze sommatie. De curator vordert afgifte van de voertuigen op grond van artikel 5:2 BW. Naast de vaststaande feiten legt de curator aan zijn vorderingen ten grondslag dat Job Coach inbreuk maakt op het eigendomsrecht van Alurol door zonder toestemmingen de voertuigen te blijven gebruiken en deze niet af te geven.

Het is aan Job Coach om aannemelijk te maken dat de voertuigen aan haar zijn overgedragen voor het faillissement van Alurol. Volgens Job Coach zijn er twee koopovereenkomsten en heeft Job Coach € 24.000 voor de twee voertuigen voldaan aan Alurol. Voor zover de koopovereenkomsten niet als uitgangspunt kunnen dienen stelt Job Coach dat zij de voertuigen tijdens het faillissement van de curator heeft overgenomen. Job Coach heeft tijdens het faillissement namelijk alle roerende zaken overgenomen. Als laatste stelt Job Coach dat zij de koopsom aan de leasemaatschappij heeft voldaan en als gevolg daarvan een retentierecht zou hebben op grond van haar vordering op de boedel wegens ongerechtvaardigde verrijking van de boedel (wat betreft een van de twee voertuigen).

De curator betwist het bestaan van de koopovereenkomsten. De curator heeft geen koopovereenkomsten aangetroffen en ook de betalingen zouden nergens zijn terug te vinden. Ook waren de voertuigen op datum faillissement verzekerd door Alurol.

Job Coach erkent daarop dat de voertuigen niet formeel aan haar zijn overgedragen en dat

Alurol geen vrijwaringsbewijs heeft afgegeven. Ook andere argumenten van Job Coach falen. De kantonrechter oordeelt dat niet aannemelijk is geworden dat de eigendom van de voertuigen daadwerkelijk zou zijn overgedragen aan Job Coach. Job Coach heeft niet aannemelijk gemaakt dat er daadwerkelijk een koopovereenkomst tot stand is gekomen, zodat een titel voor overdracht ontbreekt.

Bovendien oordeelt de rechtbank dat de stelling van Job Coach dat de voertuigen deel uitmaken van de doorstartovereenkomst niet te verenigen is met haar primaire stelling dat zij de voertuigen in eigendom heeft. Als laatste gaat de kantonrechter voorbij aan het beroep op een retentierecht. Ook als de leasemaatschappij zou zijn betaald door Job Coach, betekent dit niet dat Job Coach daardoor een vordering heeft op Alurol op grond waarvan waarvan zij gerechtigd is de voertuigen onder zich te houden.

Job Coach wordt veroordeeld tot afgifte van de twee voertuigen.

A.M.H. Nolte, februari 2023

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 07-02-2023

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2023:988

Zaaknummer: 10249114_Eo8o22023

Rechters: E.K. van der Lende-Mulder Smit

Advocaten: M. IJzelenberg en R.M.A. Lensen

Wetsartikelen: 5:2 BW en 3:84 BW

RECHTSPRAAK

Door de curator gesloten overeenkomst is geldig ondanks het ontbreken van goedkeuring door de rechter-commissaris. Met wenk

Een derde sluit een overeenkomst met de curator en levert daarvoor een boedelbijdrage. De derde meent dat de boedelbijdrage niet verschuldigd is en beroept zich onder andere op het ontbreken van goedkeuring door de rechter-commissaris.

Big Wholesale B.V. ('Wholesale') is een groothandel in fietsen. Op enig moment gaat Wholesale failliet. De curator van Wholesale ('de curator') sluit een overeenkomst met Neuzer KFT ('Neuzer'). Neuzer is de Hongaarse indirect aandeelhouder van Wholesale en tevens toeleverancier van fietsen. De curator spreekt met Neuzer af dat hij zal meewerken aan de overdracht van een door Ahold geplaatste order fietsen in ruil voor een boedelbijdrage. De curator laat Neuzer weten dat hij niet instaat voor het bestaan van de Ahold-order en geen garanties afgeeft. Ook schrijft de curator dat de overeenkomst onderworpen is aan goedkeuring van de rechter-commissaris (R-C). Deze bijdrage focust met name op het ontbreken van goedkeuring door de R-C.

Nadat de overeenkomst is gesloten neemt Neuzer contact op met Ahold. Ahold geeft aan dat de al geplaatste order niet doorgaat. Enkele dagen voordat Neuzer de overeenkomst met de curator sloot, was een door Ahold gestelde deadline niet gehaald. Wel geeft Ahold aan dat een nieuwe order mogelijk is. De curator geeft Neuzer toestemming, onder voorwaarde van betaling van de boedelbijdrage, om een nieuwe overeenkomst met Ahold te sluiten voor de nieuwe Ahold-order.

Neuzer sluit de nieuwe deal maar weigert de boedelbijdrage te betalen. Neuzer meent dat de curator is tekortgeschoten en geen recht heeft op de boedelbijdrage. De eerste order is niet tot stand gekomen en de curator had moeten weten dat deze order niet meer bestond, aldus Neuzer. De rechter in eerste aanleg geeft Neuzer ongelijk en oordeelt dat de boedelbijdrage verschuldigd is. Neuzer gaat van het vonnis in appèl en klaagt onder meer dat er tussen de curator en Neuzer geen overeenkomst tot stand is gekomen. De overeenkomst was immers

gesloten onder de (opschortende) voorwaarde van goedkeuring door de R-C en die goedkeuring ontbreekt, aldus Neuzer. Neuzer meent dat daarom geen boedelbijdrage verschuldigd is. Het hof denkt daar anders over.

Volgens het hof staat niet ter discussie dat de curator in beginsel toestemming van de R-C nodig heeft voor de onderhandse verkoop van goederen uit de boedel ex artikel 101 jo 176 Fw. Ook wordt niet betwist dat in casu sprake was van een onderhandse verkoop. Het ontbreken van de toestemming heeft volgens het hof simpelweg geen invloed op de geldigheid van de door de curator verrichte rechtshandeling. Het hof verwijst ter onderbouwing naar artikel 72 Fw. Op grond van artikel 72 lid 1 Fw heeft het ontbreken van een machtiging van de R-C geen invloed op rechtshandeling in verhouding tot derden. Handelen zonder machtiging van de R-C heeft alleen tot gevolg dat de curator in verhouding tot de gefailleerde en de schuldeisers aansprakelijk kan zijn wanneer zij via de boedel benadeeld zijn door de betreffende handeling. In dat licht moet volgens het hof ook de door de curator gestelde voorwaarde worden uitgelegd.

Het is volgens het hof gebruikelijk dat curatoren een voorwaarde opnemen ten aanzien van de toestemming van de R-C om de aansprakelijkheid jegens de gefailleerde en schuldeisers te beperken. Deze op de wet geschoeide uitleg van de opgenomen voorwaarde en de door de curator gegeven toelichtingen maakt voor het hof dat Neuzer onvoldoende heeft gesteld dat de voorwaarde een andere betekenis heeft. Het hof concludeert dat de curator aan zijn inspanningsverplichting om mee te werken aan de overname van de Ahold-order heeft voldaan, met als gevolg dat de boedelbijdrage verschuldigd is.

Wenk

Het hof lijkt een algemene uitlegregel te formuleren waaruit volgt dat een voorwaarde met betrekking tot toestemming van de R-C in beginsel slechts wordt opgenomen voor de mogelijke aansprakelijkheid in verhouding tot de failliet en haar crediteuren. Dit betekent volgens mij dat als uitgangspunt geldt dat een curator gebonden is wanneer hij een aanbod accepteert of doet onder voorbehoud van instemming van de R-C. Alleen als de curator expliciet opneemt dat sprake is van een opschortende voorwaarde zou hij nog onder de overeenkomst kunnen uitkomen.

Wat mij aan de uitleg van het hof bevreemdt, is dat deze voorwaarde in casu expliciet wordt gecommuniceerd richting de derde. Als een curator het slechts doet voor aansprakelijkheid in de verhouding tot de failliet en zijn schuldeisers, dan hoeft volgens mij een dergelijke voorwaarde ook niet naar een derde gecommuniceerd te worden. Wanneer een curator het voorbehoud toch expliciet communiceert richting de derde, dan meen ik dat hierin een

aanwijzing ligt dat het toch om een opschortende voorwaarde gaat en de curator het nog mogelijk acht om onder de overeenkomst uit te komen. Bijvoorbeeld wanneer na overleg met de R-C blijkt dat de rechtshandeling toch niet in het belang van de boedel is.

Tot slot vraag ik mij af of - zoals het hof doet voorkomen - het risico van aansprakelijkheid richting de failliet en de boedel wordt gemitigeerd door het opnemen van de voorwaarde dat de overeenkomst aan goedkeuring van de R-C onderworpen is. In de redenering van het hof, zoals ik die begrijp, is de rechtshandeling immers in beginsel geldig. Ook als deze niet in het belang van de boedel is, met aansprakelijkheid van de curator tot gevolg.

G.P. van Hooft, februari 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-02-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:1191

Zaaknummer: 200.294.806/01

Rechters: M.M. Lorist, M.M.A. Wind en J.E. Wichers

Advocaten: F.M. van Hasselt en L.M. Goeree

Wetsartikelen: 37 Fw, 68 Fw, 72 Fw, 101 Fw en 176 Fw

RECHTSPRAAK

Afwijzing faillissementsaanvraag wegens ontbreken pluraliteit van schuldeisers

Voor faillissement is onder meer vereist dat de aanvrager summierlijk aannemelijk maakt dat naast de eigen vordering een of meer steunvorderingen bestaan.

Deze zaak gaat over een overeenkomst tot installatie van een mestverwerkingsmachine door appellante ('B.V.1') ten gunste van geïntimeerde ('de maatschap'). Door het uitblijven van betaling heeft B.V.1 om faillietverklaring van de maatschap en haar maten gevraagd, hetgeen in eerdere instantie is afgewezen wegens het ontbreken van pluraliteit van schuldeisers. Hiertegen heeft B.V.1 hoger beroep ingesteld.

Het hof overweegt dat voor faillissement is vereist dat summierlijk aannemelijk wordt gemaakt dat sprake is van een eigen vordering, van een of meer steunvorderingen en dat de wederpartij verkeert in de toestand waarin zij niet langer betaalt (r.o. 3.5.1). Ten aanzien van de eigen vordering voert B.V.1 aan dat een betalingsverplichting rust op de maatschap voor de installatiewerkzaamheden van de mestverwerkingsmachine. Volgens B.V.1 blijkt uit de omstandigheid dat de maatschap ondanks meerdere aanmaningen niet tot betaling is overgegaan en de machine wel feitelijk in gebruik heeft genomen dat de maatschap in de toestand verkeert van opgehouden te zijn met betalen.

Wat betreft de steunvordering heeft B.V.1 een vordering overgelegd van B.V.4 ten aanzien van verricht onderhoud door B.V.4 waarvoor de maatschap zou moeten betalen. B.V.1 stelt dat deze vergoeding niet voortvloeit uit de onderhoudsovereenkomst die partijen eveneens zijn aangegaan, maar dat afzonderlijk aan B.V.4 moet worden betaald.

De maatschap stelt dat de machine gebreken vertoont en dat zij als huurder van de machine jegens de maatschap onder meer recht heeft op huurprijsvermindering bij gebreken en dat de maatschap verplicht is om gebreken te herstellen. Ten bewijze hiervan heeft de maatschap de machine door een externe partij laten keuren waaruit tien gebreken zouden blijken. Het herstel is begroot op € 900.000, maar door de huidige mestprijzen zou dat niet rendabel zijn.

Hierdoor is de machine in feite total loss, hetgeen voor rekening zou komen van B.V.1. De verklaring van B.V.4 die hier tegenin gaat, heeft volgens de maatschap geen bewijskracht, aangezien wordt gesteld dat B.V.4 ook een steunvordering en hierbij dus belang heeft.

Volgens de maatschap heeft B.V.4 geen steunvordering, mede gelet op het feit dat tussen deze partijen geen contractuele relatie bestaat. Daarnaast zou B.V.4 hebben aangegeven dat het onduidelijk is aan wie moet worden gefactureerd. Daarbij heeft B.V.1 erkend dat uit de onderhoudsovereenkomst volgt dat de maatschap aan B.V.1 moet betalen en B.V.1 deze betaling doorvoert naar B.V.4. Volgens de maatschap spelen B.V.1 en B.V.4 onder één hoedje, waardoor van pluraliteit van schuldeisers geen sprake kan zijn.

Het hof overweegt dat niet summierlijk is gebleken dat de maatschap gehouden is de gestelde (steun)vordering van B.V.4 te voldoen. Hieraan ligt ten grondslag dat de maatschap op grond van de tussen partijen gesloten onderhoudsovereenkomst een bedrag moet voldoen aan B.V.1 die dat vervolgens aan B.V.4 doorsluis. Daarbij volgt uit correspondentie tussen B.V.4 en de maatschap dat B.V.4 bepaalde onderhoudswerkzaamheden nog moet factureren, maar dat onduidelijk is aan wie een en ander moet worden gericht (de maatschap of B.V.1). Gelet hierop is niet voldaan aan het pluraliteitsvereiste. Het hof bekrachtigt de afwijzing in eerdere instantie van de faillissementsaanvraag en veroordeelt B.V.1 in de proceskosten.

D.R.C. Smit, februari 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 22-12-2022

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:4588

Zaaknummer: 200.317.465_01

Rechters: S.M.A.M. Venhuizen, J.I.M.W. Bartelds en T. van Malssen

Advocaten: Th.J.H.M. Linssen en C. van de Kraats

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Verbod tot het agenderen van een voorstel tot het aanvragen van het eigen faillissement op de algemene vergadering

Aandeelhoudersgeschil. De ene aandeelhouder wenst de oude vennootschap te ontbinden dan wel te laten failleren. De andere aandeelhouder verzet zich hiertegen. Verbod tot het agenderen van het aanvragen van het eigen faillissement.

Bij de vennootschap Twaalf Provinciën Gerechtsdeurwaarders B.V. ('TPG'), die een deurwaarderskantoor exploiteert, bestaat een geschil tussen twee aandeelhouders, die ook bestuurders zijn. Collect & Legal Services Group B.V. ('CLSG') houdt 49% van de aandelen en 'gedaagde 1 B.V.' houdt 51% van de aandelen in TPG. Zij hebben elk hun eigen aandeelhouder/bestuurder, die hierna respectievelijk A en B worden genoemd.

In 2017 ontstond er een verschil van inzicht tussen A en B. Dit leidde ertoe dat B in 2018 het kantoor van TPG verhuisde en de administratie onderbracht bij een andere boekhouder. Vervolgens richtte (B via) gedaagde 1 een nieuwe vennootschap op genaamd Twaalf Legal Services B.V. ('TLS'), waarin de activiteiten van TPG werden ondergebracht. Later werd TPG failliet verklaard op verzoek van onder meer TLS, maar dit faillissement werd vernietigd na een verzet dat CLSG heeft ingesteld namens TPG.

Vervolgens riep gedaagde 1 een algemene vergadering (AV) bijeen om het faillissement van TPG aan te vragen en TPG te ontbinden. CLSG vindt dat hier geen deugdelijke grondslag voor bestaat, omdat het in strijd zou zijn met de statuten en de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW. Daarom heeft CLSG een kort geding gestart en vordert zij een verbod op het laten plaatsvinden van een AV waar wordt behandeld het nemen van een besluit tot het aanvragen van een faillissement (dan wel surseance van betaling), ontbinding of andere handelingen die daartoe zal leiden, op straffe van een dwangsom. Daarnaast vordert CLSG inzage in en afgifte van de administratie van TPG.

De rechtbank overweegt als volgt. Een besluit tot ontbinding vereist een

versterkte meerderheid van stemmen (ten minste twee derde). Daarvan is in dit geval bij voorbaat geen sprake. Daarnaast kan een besluit tot het aanvragen van het faillissement volgens de statuten worden aangenomen met een volstreekte meerderheid van stemmen, wat gedaagde 1 heeft. Daarom is een eventueel besluit op dit punt niet in strijd met de statuten.

Hoewel aandeelhouders in beginsel het stemrecht in hun eigen belang mogen uitoefenen, is dit recht niet onbegrensd. Aandeelhouders moeten ook rekening houden met de redelijkheid en billijkheid en het vennootschappelijk belang. In deze zaak is sprake van een (mogelijke) belangenverstrengeling aan de zijde van gedaagde 1. Zij had als bestuurder/aandeelhouder van zowel TPG als TLS bij de overdracht van de activiteiten van TPG aan TLS een dubbele pet op. Ook was CLSG voorafgaand aan de transactie daarvan niet in kennis gesteld. Dit is in strijd met het vennootschappelijk belang. Daarnaast is de waardering van de overgenomen activa niet voldoende inzichtelijk. Hierdoor heeft CLSG gerechtvaardigde twijfels over de rechtmatigheid ervan en heeft zij belang bij nader onderzoek/rechtsmaatregelen. Een faillissement zou dit onmogelijk maken.

Gedaagde 1 wordt dan ook op grond van artikel 2:8 BW verboden om gedurende een jaar de aanvraag van het faillissement (dan wel surseance van betaling) te agenderen en ter stemming te brengen, aangezien hierdoor de mogelijkheid van CLSG om een onderzoek in te stellen en maatregelen te nemen tegen gedaagde 1 wordt geblokkeerd. De voorzieningenrechter oordeelt voorts dat CLSG recht heeft op inzage volgens artikel 2:10 BW en dat gedaagde 1 afschriften van delen van de administratie van TPG aan CLSG moet verstrekken op straffe van een dwangsom.

M. Kolbrink, februari 2023

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 19-01-2023

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2023:460

Zaaknummer: C/03/312616 / KG ZA 22-473

Rechters: A.M. Koster-van der Linden

Advocaten: M.M.M. Rooijen en S.H.O. Aben

Wetsartikelen: 2:8 BW en 2:246 BW