

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 6, 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. C.M.A. Knoben, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.IJ. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2023:295](#) 24-02-2023

Onderlinge bijdrageplicht (draagplicht) van hoofdelijke schuldenaren (art. 6:10 BW) in concernverhouding.

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:1752](#) 28-02-2023

Curator mag woning failliet verkopen

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:1720](#) 28-02-2023

Pauliana bij optierecht in geval van verwatering en weigering van levering

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:289](#) 26-01-2023

Enquêteverzoek ten aanzien van Exem Energy wordt toegewezen, maar de gevraagde voorlopige voorzieningen stranden

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2023:31](#) 24-01-2023

Natrekking gestold aluminium. Ongerechtvaardigde verrijking?

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2023:20](#) 17-01-2023

Paulianadiscussie in renvooi

Rechtbank

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2023:1188](#) 22-02-2023

Faillissementspauliana: schending waarheidsplicht ex artikel 21 Rv

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:731](#) 14-02-2023

Verlenging in verzekerde bewaringstelling vanwege onvoldoende nakomen inlichtingenplicht

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2023:1723](#) 08-02-2023

Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door bestuurder en een feitelijke beleidsbepaler van een stichting

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:569](#) 01-02-2023

Aspectenverzoek WHOA: bank kan contragarantie niet verhalen

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:135](#) 18-01-2023

Aangeboden bedrag fors lager dan reorganisatiewaarde, toch homologatie WHOA-akkoord

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2021:5747](#) 03-03-2021

Discussie over verbetering kennelijke fout hoogte voorschot bestuurdersaansprakelijkheid

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2020:5203](#) 18-11-2020

Faillissementsaansprakelijkheid, mede wegens btw-fraude en inbetalinggeving bedrijfsmiddelen aan schuldeisers

RECHTSPRAAK

Aspectenverzoek WHOA: bank kan contragarantie niet verhalen

Behandeling van aspectenverzoek in WHOA-procedure. De rechtbank oordeelt onder meer dat op de voet van artikel 370 lid 2 Fw geen regres op de schuldenaar mogelijk is na de betaling van een bankgarantie na homologatie.

Verzoekers vormen samen een groep, waarbinnen een restaurant met een franchiseformule wordt geëxploiteerd ('de schuldenaar'). De schuldenaar is afgelopen jaren in financiële moeilijkheden gekomen, onder meer vanwege de coronapandemie. De schuldenaar is voornemens zijn schuldenlast te herstructureren met een WHOA-akkoord en heeft in het kader van de voorbereiding van het akkoord een aspectenverzoek ingediend bij de rechtbank op de voet van artikel 378 Fw. De Belastingdienst, het UWV, ABN AMRO, Deka, een geldschieter en een andere schuldeiser hebben zienswijzen ingediend ten behoeve van de behandeling van het verzoek.

NOW-vordering van het UWV

De schuldenaar is met het UWV in discussie ten belope van welk bedrag het UWV moet worden toegelaten tot de stemming. De rechtbank stelt voorop dat in de WHOA-procedure niet de geldigheid van de vordering kan worden beoordeeld; de rechter kan zich slechts uitlaten over de toelating tot de stemming. Deze beslissing heeft dan geen invloed op de vaststelling van de vordering of het recht, maar heeft slechts een procedureel effect. Het UWV moet niet voor de volledige verstrekte NOW-subsidie worden toegelaten, maar slechts voor het geschatte bedrag aan subsidie dat moet worden terugbetaald. De rechtbank oordeelt dat de vordering van het UWV moet worden toegelaten tot de stemming zoals de schuldenaar de vordering heeft berekend. Op basis van die berekening is aannemelijk dat de vordering substantieel lager zal uitvallen dan de laatste cijfers van het UWV, wat de uitslag van de stemming binnen de klasse met concurrente schuldeisers zal verstoren. Mocht het UWV nog voor de stemming tot schattingen komen, dan moet de schuldenaar dat bedrag meenemen in de stemming.

Artikel 370 lid 2 Fw

De tweede vraag ziet op een verschil van inzicht tussen de schuldenaar en ABN AMRO, en gaat over de vraag of de bank zich kan verhalen op creditsaldi van de schuldenaar waarop voor een contragarantie een zekerheidsrecht is gevestigd indien de door ABN verstrekte bankgaranties na homologatie door de begunstigde worden ingeroepen.

De rechtbank oordeelt dat op de voet van artikel 370 lid 2 Fw geen regres op de schuldenaar mogelijk is na de betaling van een bankgarantie na homologatie. Volgens de rechtbank is de wettekst van artikel 370 lid 2 Fw ruim geformuleerd en biedt noch de wettekst, noch de memorie van toelichting aanknopingspunten voor het standpunt dat voor de regresvordering van de bank, nadat zij is aangesproken en heeft betaald op grond van een door haar verstrekte bankgarantie, een uitzondering op de algemene regel van artikel 370 lid 2 Fw. Het beroep van ABN Amro op artikel 1 EP EVRM en meer specifiek op het *fair balance*-vereiste wordt ook afgewezen. De rechtbank merkt op dat de wetgever de inbreuk op het recht – in dit geval van de bank – noodzakelijk heeft geacht voor het algemeen belang, omdat hiermee wordt voorkomen dat de schuldenaar na homologatie alsnog insolvent raakt door de uitwinning van regresvorderingen. Het ligt op de weg van de schuldeiser om in een bepaald geval concrete omstandigheden te stellen waarom sprake is van een disproportionele inbreuk.

Verpanding TVL-subsidies

De rechtbank oordeelt onder verwijzing naar een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland (INS 2022-0121) dat de TVL-subsidie, net als de NOW-subsidie, naar haar aard niet overdraagbaar is en daarmee dus niet vatbaar voor verpanding.

A.C. Frentz, maart 2023

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 01-02-2023

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:569

Zaaknummer: 22.843 tm 22.852 FT RK

Rechters: A.E. de Vos, M.P. de Valk en J.H. Steverink

Advocaten: K.C. Mensink, mr. J. van den Dolder, A.M. Mennens, F.A. van de Wakker, O.M. Weeshoff, R. Bisschop en C. Alkan

Wetsartikelen: 378 Fw en 370 lid 2 Fw

RECHTSPRAAK

Faillissementspauliana: schending waarheidsplicht ex artikel 21 Rv

Een vennootschap heeft voor datum faillissement bedragen overgemaakt aan de echtgenote van de bestuurder. Deze betalingen zijn, zo oordeelt de rechtbank, met een beroep op de faillissementspauliana rechtsgeldig buitengerechtelijk vernietigd door de curator.

Een vennootschap die zich bezighield met de in- en verkoop van bedden aan consumenten vanuit een winkel in Rotterdam, is op 17 november 2020 door de rechtbank Rotterdam in staat van faillissement verklaard. In de periode van 15 april 2020 tot en met 24 september 2020 heeft de vennootschap bedragen overgemaakt naar de privérekening van de echtgenote van de bestuurder, in totaal een bedrag ad € 52.680. De curator heeft de betalingen, primair met een beroep op artikel 42 Fw en subsidiair artikel 47 Fw, buitengerechtelijk vernietigd en gedaagde gesommeerd genoemd bedrag over te maken op de faillissementsrekening. Gedaagde heeft aan deze sommatie niet voldaan.

Bij conclusie van antwoord heeft gedaagde gesteld dat de betalingen terugbetalingen van door haar verstrekte leningen betreffen. Ter zitting ondervindt het verweer van gedaagde een draai van 180 graden. Daar wordt namelijk gesteld dat voor de betalingen geen rechtsgrond bestond, dat sprake is van onverschuldigde betalingen aan haar en dat zij de bedragen voor het faillissement van de vennootschap heeft terugbetaald.

Volgens de rechtbank heeft gedaagde niet voldaan aan de in artikel 21 Rv geformuleerde waarheidsplicht door tegenstrijdige stellingen in te nemen en ter zitting onwetendheid te veinzen ten aanzien van de betalingen van en naar haar privérekening. In ieder geval heeft gedaagde elke geloofwaardigheid in dit geding verloren.

Wanneer een procespartij de waarheidsplicht schendt, kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. In dit geval zal de rechtbank uitgaan van de juistheid van het primaire standpunt van de curator, inhoudende dat sprake is van

onverplichte rechtshandelingen als bedoeld in artikel 42 Fw.

De rechtbank verklaart voor recht dat de curator de betalingen van de vennootschap aan gedaagde rechtsgeldig heeft vernietigd en veroordeelt gedaagde tot terugbetaling van het volledige bedrag ad € 52.680, vermeerderd met de wettelijke rente.

B.S. Pronk, maart 2023

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 22-02-2023

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2023:1188

Zaaknummer: C/02/397739 / HA ZA 22-253

Rechters: C.J.G.M. van der Weide

Advocaten: M.K. Tiemensma en M.A.J. Kemps

Wetsartikelen: 21 Rv en 42 Fw

RECHTSPRAAK

Paulianadiscussie in renvooi

Het hof oordeelt dat de curator een leningovereenkomst en de vestiging van een pandrecht terecht heeft vernietigd op grond van pauliana, zodat de rechtbank op die grond terecht geen (bevoorrechte) vordering heeft toegelaten in het faillissement.

Dit arrest is gewezen in een renvooiprocedure in het faillissement van Holland Jeruzalem Management Company B.V. De renvooiprocedure ziet op een door Holba Vastgoed B.V. ingediende vordering. De vordering bedraagt € 81.793 en Holba heeft aangaande de vordering aangegeven een voorrangspositie te hebben wegens een aan haar verstrekt pandrecht.

De curator heeft de geldlening die aan de vordering (en het pandrecht) ten grondslag ligt met een beroep op artikel 42 Fw buitengerechtelijk vernietigd. Tijdens de verificatievergadering zijn Holba en de curator niet tot een vergelijk gekomen en zijn zij verwezen naar een renvooiprocedure. Holba heeft in die procedure gevorderd haar volledige vordering als preferent in het faillissement van HJMC toe te laten. De curator heeft in reconventie gevorderd dat Holba wordt veroordeeld tot het meewerken aan het doorhalen van de pandrechten waarop zij een beroep doet. De rechtbank heeft de curator in het gelijk gesteld.

In dit hoger beroep vordert Holba vernietiging van het vonnis in eerste aanleg en terugbetaling van hetgeen zij op grond van dat vonnis aan de curator betaalde. Zij vordert ook de curator te veroordelen opnieuw een pandrecht te vestigen.

Holba heeft vijf grieven opgeworpen. Grief 1 slaagt niet. Het betoog van Holba dat zij en HJMC op het moment van het sluiten van de vernietigde overeenkomst niet dezelfde feitelijk bestuurder hadden, volgt het hof niet. Uit correspondentie en het faillissementsverhoor van de statutair bestuurder van HJMC volgt dat niet hij maar een ander feitelijk aan de touwtjes trok bij HJMC en Holba.

Ook de tweede grief heeft geen succes. Het hof geeft aan dat een faillissement van HJMC niet onafwendbaar hoefde te zijn om tot de wetenschap in de zin van de Actio Pauliana te komen, maar dat het faillissement en het tekort daarin met redelijke mate van waarschijnlijkheid

waren te voorzien (HR 22 december 2009, *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*, ECLI:NL:HR:2009:BI8493). Het hof oordeelt vervolgens dat daarvan sprake was. Er was een deplorabele financiële situatie, althans HJMS was technisch al failliet.

Het hof oordeelt verder dat door de leningovereenkomst en het daaraan verbonden pandrecht de schuldeisers van HJMC zijn benadeeld. Met de lening zijn declaraties van een advocatenkantoor voldaan. Daarmee is de concurrente aanspraak van deze partij in feite gepromoveerd tot een gesecureerde vordering. De curator heeft volgens het hof daarom terecht de leningovereenkomst vernietigd.

Wat rest, is dat Holba voor drie declaraties die zij voorafgaand aan de leningovereenkomst voor HJMS heeft voldaan als concurrente schuldeiser wordt aangemerkt. Deze betalingen vallen blijkens de bewoordingen in de overeenkomst niet onder de verstrekte lening. In totaal betreft het een bedrag van € 29.947,70. Grieven 3 en 4 slagen daarmee gedeeltelijk.

De proceskostenveroordeling in eerste aanleg laat het hof overeind nu Holba in hoger beroep ook voor het grootste gedeelte in het ongelijk wordt gesteld en daarmee faalt grief 5.

W.T.N. Vlasveld, maart 2023

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 17-01-2023

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2023:20

Zaaknummer: 200.272.584

Rechters: J.W. Frieling, C.A. Joustra en J.L.M. Groenewegen

Advocaten: M.C.M. van Ruitenbeek-Kossen en J.P.M. Borsboom

Wetsartikelen: 42 Fw en 43 Fw

RECHTSPRAAK

Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door bestuurder en een feitelijke beleidsbepaler van een stichting

De curator spreekt de bestuurder en feitelijk beleidsbepaler van een stichting aan voor het tekort in het faillissement van een stichting. Zij hebben tien beleggers voor € 630.000 opgelicht door in strijd met gemaakte afspraken te beleggen in risicovolle kortetermijnposities en het doen van privéopnamen.

In 2016 wordt door gedaagde 1 ('de bestuurder') een stichting ('de stichting') opgericht. De bestuurder is de enige bestuurder van de stichting. In datzelfde jaar richt gedaagde 2, de zoon van de bestuurder ('de/haar zoon'), een besloten vennootschap en een commanditaire vennootschap op met de stichting als beherend vennoot en de bv als commanditaire vennoot.

De stichting had ten doel gelden van kleine investeerders en beleggers risicomijdend (via de CV) te investeren in obligaties en promootte dat via een brochure op haar website. Promotie bestond onder meer uit foto's van echtparen met positieve recensies in de vorm van citaten. Beleggers zouden jaarlijks 6% rente ontvangen en na opzegging hun inleg terugkrijgen. In de periode van 2017 tot 2018 hebben tien beleggers in totaal € 630.000 ingelegd. In plaats in obligaties heeft de stichting risicovolle beleggingen gedaan en zijn de gelden aangewend voor kosten en privéopnamen.

Op 10 augustus 2018 is de stichting ontbonden, kennelijk zonder dat een uitkering is gedaan aan de beleggers. Op 31 oktober 2018 is de vereffening van de stichting heropend op verzoek van een van de beleggers. Op 5 maart 2018 is het faillissement van de stichting uitgesproken op verzoek van de vereffenaar, met benoeming van de vereffenaar tot curator in het faillissement.

In deze procedure vordert de curator met succes dat de bestuurder en de zoon als feitelijk beleidsbepaler van de stichting aansprakelijk zijn voor het faillissementstekort. Nadat de rechtbank concludeert dat artikel 2:300a (oud) jo. 2:138 BW van toepassing is op de stichting omdat de stichting belastingplichtig is, omdat zij in concurrentie treedt met andere

belastingplichtigen, oordeelt zij dat bestuurder en haar zoon met de ingerichte constructie op een leugenachtige en misleidende wijze particuliere beleggers hebben overgehaald. De brochure en advertenties staan namelijk vol feitelijke onjuistheden (zo waren alle echt)paren fictief), de stichting belegde in strijd met afspraken en veronachtzaamde de administratieplicht. Er is dermate roekeloos, lichtzinnig, onbezonnen en onverantwoordelijk gehandeld – en dat ten nadele van de beleggers aan wie juist een belegging in veilige obligaties was voorgespiegeld – dat het bestuur van de stichting daarvan een ernstig verwijt te maken valt. De rechtbank is van oordeel dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Het voorgaande geldt ook voor de zoon als feitelijk beleidsbepaler. Uit de processtukken blijkt naar het oordeel van de rechtbank dat enkel de zoon zich bezighield met het optuigen van de constructie. Uit de stukken is geen rol voor de bestuurder daarin af te leiden en zij heeft ook geen bedrijfsplan opgesteld. Uit het opstellen van de brochure en bijhouden van een kostenoverzicht kan niet worden geconcludeerd dat de bestuurder zich bezighield met het beleid van stichting. De feitelijke rol van de bestuurder blijkt nergens uit. Bovendien hebben de bestuurder en haar zoon gezamenlijk vragen van de AFM en de curator beantwoord. Er wordt steeds in de 'wij'-vorm gesproken. Tevens geldt dat de constructie nagenoeg geheel ten voordele heeft gestrekt van de zoon (die recht had op 99% van de winst) en niet van de bestuurder.

De rechtbank weegt bovendien mee dat de bestuurder en haar zoon geen proceshouding hebben aangenomen die voldoet aan wat mag worden verwacht. Ze waren niet op de zitting aanwezig en hebben in hun conclusie van antwoord feiten in strijd met de waarheid gepresenteerd. De rechtbank gaat daarom voorbij aan de schriftelijke betwisting van de bestuurder en haar zoon dat laatstgenoemde feitelijk het beleid bepaalde.

A.L.M. van Rooij, maart 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 08-02-2023

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2023:1723

Zaaknummer: C/15/321321 / HA ZA 21-549

Rechters: W.S.J. Thijs, A.K. Korteweg en J.H. van Woudenberg

Advocaten: A.H.J. Dunselman en H. van Schuppen

Wetsartikelen: 2:138 BW en 2:300a BW

RECHTSPRAAK

Pauliana bij optierecht in geval van verwatering en weigering van levering

Verwatering door aandelenemissie of weigering levering aandelen bij optierecht geen door pauliana te redresseren benadeling.

De procedure waarin dit tussenarrest is gewezen gaat over de uitoefening van een contractueel optierecht. Jesnoka Novio B.V. ('Jesnoka') en haar voormalige projectpartner Driessen Vastgoed B.V. ('Driessen') beoogden een samenwerking voor de ontwikkeling van een oud schoolpand tot appartementen, in welk kader Jesnoka in juni 2015 Heron Domus B.V. ('Heron') heeft opgericht en alle door haar bij de oprichting verkregen 1.002 aandelen in Heron voor € 2.004 aan Driessen heeft verkocht en geleverd. Onderdeel van de gemaakte afspraken was het contractuele optierecht, op basis waarvan Jesnoka onder opschortende voorwaarde van goedkeuring van de financierende bank was gerechtigd om op ieder moment te verlangen dat Driessen 501 aandelen in Heron aan haar zou overdragen. Heron heeft nadien Heron on the Park B.V. opgericht, waarin het te ontwikkelen vastgoed werd ondergebracht en waarin Heron en aangetrokken financier Heijkers B.V. elk 50% van de aandelen gingen houden. Nadat de ontwikkeling met financiering van ABN AMRO Bank N.V. grotendeels gereed was gekomen en nadat Jesnoka haar optierecht op 15 januari 2018 zonder gevolg had uitgeoefend, heeft Driessen het er als aandeelhouder en bestuurder van Heron toe gebracht dat Heron 200.000 nieuwe aandelen heeft uitgegeven aan de moederverenootschap van Driessen ('Driessen Bouwgroep'). Jesnoka heeft Driessen vervolgens wegens frustratie van het optierecht gedagvaard. Jesnoka is op 27 maart 2020 in staat van faillissement verklaard, waarna haar curator de procedure op de voet van artikel 27 Fw heeft overgenomen.

Het partijdebat gaat in de kern over de uitleg van het contractuele optierecht. (De curator van) Jesnoka heeft betoogd dat in de toepasselijke aandeelhoudersovereenkomst weliswaar is opgenomen dat de optie recht geeft op levering van 501 aandelen, maar partijen daarmee een recht op levering van 50% (d.w.z. 1.002/2) van het aandelenkapitaal in Heron bij oprichting hebben bedoeld overeen te komen. De curator heeft daarom primair nakoming gevorderd door levering van 50% van de Heron-aandelen, met inbegrip van de helft van de 100.000 aandelen die sinds de uitgifte door Driessen Bouwgroep werden gehouden. In het kader van deze

primaire vordering heeft (de curator van) Jesnoka zich tevens op het standpunt gesteld dat de aandelenuitgifte paulianeus en daarom op grond van artikel 3:45 BW vernietigbaar is, waarover hierna meer. Subsidiair wordt gevorderd voor recht te verklaren dat Driessen is tekortgeschoten in haar verplichting tot levering van 50% van de Heron-aandelen met veroordeling van Driessen tot betaling van vervangende schadevergoeding.

In eerste aanleg wijst de rechtbank de primaire vordering af op de grond dat Driessen Bouwgroep geen procespartij is en niet is gebleken dat Driessen namens Driessen Bouwgroep tot levering van de Heron-aandelen van laatste of tot ongedaanmaking van de aandelenemissie bevoegd of in staat was (Rb. Gelderland 13 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:8208, r.o. 4.1-4.4). De subsidiaire vorderingen zijn afgewezen op de grond dat naar het oordeel van de rechtbank niet voldoende van goedkeuring van ABN AMRO Bank N.V. was gebleken en zodoende niet aan de voorwaarden voor inroeping van het optierecht was voldaan (*idem*, r.o. 4.6-4.18). In hoger beroep vermeerdert de curator zijn eis door deze ook tegen Heron en Driessen Bouwgroep te richten en te gronden op onrechtmatig en paulianeus handelen van deze betrokkenen. Omdat Heron en Driessen Bouwgroep nog altijd niet in het geding waren betrokken en de rechtsvordering op grond van artikel 3:45 BW moet worden ingesteld tegen eenieder die bij de gewraakte rechtshandeling(en) partij is (art. 3:51 lid 2 BW), heeft het hof de curator gelegenheid gegeven om Heron en Driessen Bouwgroep alsnog op de voet van artikel 118 Rv te betrekken (Hof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3475, r.o. 3.4). In het onderhavige tussenarrest komt het hof uiteindelijk tot het oordeel dat sprake is van een tekortkoming van Driessen in de nakoming van het optierecht en onrechtmatig handelen van Heron en Driessen Bouwgroep jegens Jesnoka door (aanvaarding van) de aandelenuitgifte. Voor de schadebegroting beslist het hof om een deskundigenbericht in te winnen.

Vanuit insolventierechtelijk perspectief zij gewezen op r.o. 3.22 van het arrest. Daarin oordeelt het hof onder meer dat vermindering van de waarde van het optierecht door verwatering als gevolg van de aandelenemissie of de weigering van de nakoming van een verplichting tot levering van aandelen geen daadwerkelijke wijziging van het vermogen van Jesnoka ten nadele van haar crediteuren tot gevolg hebben gehad. Er is ten gevolge van die (rechts)handelingen geen voor verhaal beschikbaar actief uit het vermogen van Jesnoka verdwenen dat met een beroep op de pauliana in dat vermogen kan worden teruggebracht. Een beroep op de pauliana – of dat dan zou zijn op grond van artikel 3:45 BW of artikel 42 Fw kan in het midden blijven – kan daarom niet slagen.

J.O. Bijloo, maart 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 28-02-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:1720

Zaaknummer: 200.302.483

Rechters: R.W.E. van Leuken, A.W. Steeg en A. van Hees

Advocaten: A. Neophitou en T.J. Teggelaar

Wetsartikelen: 3:45 BW en 42 Fw

RECHTSPRAAK

Onderlinge bijdrageplicht (draagplicht) van hoofdelijke schuldenaren (art. 6:10 BW) in concernverhouding.

Deze prejudiciële procedure gaat over de onderlinge bijdrageplicht (ook wel draagplicht) van hoofdelijke schuldenaren als bedoeld in artikel 6:10 BW in een concernverhouding.

BRE en De Buurtzuster zijn zustervennootschappen en richten zich op ouderenzorg. In verband met de aanschaf van een bedrijfspand in 2016 door BRE heeft zowel BRE als De Buurtzuster zich hoofdelijk verbonden tot terugbetaling van de lening die is afgesloten bij Rabobank en ten behoeve van Rabobank een pandrecht gevestigd op huidige en toekomstige vorderingen. BRE heeft een deel van het pand verhuurd aan bewoners aan wie De Buurtzuster zorg verleende. Voor deze zorg ontving De Buurtzuster vergoedingen van de zorgverzekeraar. In 2018 kocht BRE een ander pand met dezelfde doelstelling en hoofdelijke verbondenheid. De Buurtzuster is in 2018 in staat van faillissement verklaard.

Na het faillissement van De Buurtzuster is de curator in overleg met Rabobank overgegaan tot het te gelde maken van de activa en daarmee tot uitwinning van de zekerheden van Rabobank. Volgens de curator heeft Rabobank een bedrag van € 345.679,30 ontvangen. De Buurtzuster had op dat moment een rekening-courantschuld van € 148.147,80 aan Rabobank. Het meerdere, € 197.531,50, is door Rabobank aangewend voor het delgen van de schuld van BRE.

De curator vordert van BRE betaling van dat bedrag omdat De Buurtzuster meer zou hebben afgelost dan het gedeelte van de schuld dat haar aangaat (art. 6:10 lid 2 BW). Partijen hebben zich beroepen op het arrest *Janssen q.q./JVS Beheer* (HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206). De rechtbank heeft prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld ter verduidelijking van het profijtbeginsel en het bepalen van de draagplicht van een concernvennootschap.

De Hoge Raad overweegt dat wanneer een lening of krediet is verstrekt aan een vennootschap en een andere (zuster)vennootschap zich hoofdelijk heeft verbonden tot terugbetaling van de lening of het krediet, bij de bepaling van de onderlinge draagplicht en de in dat kader te

beantwoorden vraag wie de schuld aangaat, betekenis kan toekomen aan het feit dat de andere (zuster)vennootschap direct of indirect profijt heeft gehad van de lening of het krediet. De Hoge Raad overweegt voorts dat het aan de feitenrechter is om te oordelen over de betekenis en het gewicht dat toekomt aan de feiten en omstandigheden van het geval. Voorbeelden van dergelijke omstandigheden zijn door de rechtbank genoemd in de prejudiciële vragen, zoals: of voor het gebruik een (marktconforme) huur wordt betaald, of het pand (mede) met het oog op het gebruik door de zustervennootschap is aangeschaft en of sprake is van concern- of objectfinanciering.

D.R.C. Smit, maart 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 24-02-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:295

Zaaknummer: 22/02224

Rechters: M.V. Polak, G. de Groot, F.R. Salomons, G.C. Makkink en K. Teuben

Advocaten: R.J. van Galen en T.T. van Zanten

Wetsartikelen: 6:10 BW

RECHTSPRAAK

Verlenging in verzekerde bewaringstelling vanwege onvoldoende nakomen inlichtingenplicht

Pas nadat failliet een substantieel deel van zijn antwoorden met relevante stukken heeft onderbouwd, komt een eventuele beëindiging van de in verzekerde bewaringstelling in zicht.

De rechtbank heeft verzekerde bewaring van gefailleerde bevolen. De curator heeft vervolgens verzocht om de termijn van het bevel tot in verzekerde bewaringstelling met dertig dagen te verlengen. De curator legt hieraan ten grondslag dat gefailleerde – ondanks zijn verzekerde bewaring – onvoldoende informatie aan de curator verstrekt. De rechter-commissaris is van oordeel dat gefailleerde er steeds voor kiest om niet de waarheid te vertellen en geen volledige openheid van zaken te geven, terwijl gefailleerde wel heeft toegezegd mee te willen werken en alles eerlijk te zullen vertellen. De rechter-commissaris is daarom van oordeel dat de verzekerde bewaring met dertig dagen moet worden verlengd. Het belang van de curator om de benodigde inlichtingen te verkrijgen weegt zwaarder dan het belang van gefailleerde bij zijn vrijheid.

De rechtbank is van mening dat er nog voldoende grond bestaat om gefailleerde in verzekerde bewaringstelling te houden. Hij voldoet immers nog niet, althans onvoldoende, aan de informatieverplichting zoals bedoeld in artikel 105 Fw. Vervolgens moet de rechtbank beoordelen of het niet voldoen aan de informatieverplichting een inbreuk op de vrijheid van gefailleerde rechtvaardigt. Dit recht is onder meer vastgelegd in artikel 5 EVRM. Volgens de rechtbank heeft de in verzekerde bewaringstelling wel effect. Het lijkt er namelijk op dat gefailleerde begint in te zien dat hij de curator dient te informeren. Daarnaast is hij volgens de rechtbank ook daadwerkelijk begonnen met het verstrekken van informatie. Desondanks is het volgens de rechtbank wel zeer de vraag of gefailleerde de vragen volledig naar waarheid heeft beantwoord. Gefailleerde heeft namelijk al eerder leugenachtige verklaringen afgelegd en hij is daarnaast onder behandeling wegens ziekelijk liegen. Om te kunnen beoordelen of gefailleerde de waarheid spreekt, zal gefailleerde zijn antwoorden moeten onderbouwen met stukken. Daarbij is de rechtbank van oordeel dat de curator deze stukken moet kunnen bestuderen en de antwoorden van gefailleerde moet kunnen verifiëren. Pas wanneer

gefaillleerde een groot deel van zijn antwoorden kan onderbouwen, komt een eventuele beëindiging van de in verzekerde bewaringstelling in zicht.

De rechtbank acht het zeer onwaarschijnlijk dat gefaillleerde zal meewerken indien de verzekerde bewaring nu wordt beëindigd. Het is namelijk niet de eerste keer dat gefaillleerde in verzekerde bewaring is gesteld. De rechtbank is van oordeel dat de verzekerde bewaring nog steeds gerechtvaardigd en proportioneel is om gefaillleerde te dwingen tot het geven van de gevraagde informatie. De verzekerde bewaring wordt verlengd met dertig dagen.

K.C.S. Meekes, maart 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 14-02-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:731

Zaaknummer: 291863 FT RK 23/63

Rechters: A.H. Margadant, E. Venekatte en P.A.M. Miltenburg

Wetsartikelen: 87 Fw

RECHTSPRAAK

Natrekking gestold aluminium. Ongerechtvaardigde verrijking?

Het hof beoordeelt na verwijzing of het gestold aluminium in de smeltovens van Zalco door bestanddeelvorming is nagetrokken. Die vraag wordt positief beantwoord. De hypotheekhouders zijn hierdoor volgens het hof niet ongerechtvaardigd verrijkt. Bij de beoordeling of er sprake is van verrijking moet naar de bredere context worden gekeken. Door het faillissement is het gehele onderpand in waarde gedaald, welke waardedaling de waarde van het nagetrokken aluminium oversteeg.

Eind 2011 is het faillissement uitgesproken van aluminiumfabriek Zeeland Aluminium Company N.V., beter bekend als Zalco. Na de faillietverklaring hebben de curatoren de fabriek stilgelegd. Daardoor is het vloeibaar aluminium, dat zich op dat moment nog in 417 smeltovens bevond, gestold. In deze zaak bij Hof Den Haag staan de procespartijen voor de vierde keer tegenover elkaar. Het onderwerp van hun geschil: of het gestolde aluminium ex artikel 3:4 lid 2 BW wordt nagetrokken door de smeltovens.

Wie zijn de procespartijen? Glencore houdt een derdenpandrecht op het aluminium van Zalco. Zalco heeft in 2007 het perceel waarop de fabriek stond verkocht en geleverd aan ZSP onder voorbehoud van een recht van erfpacht en opstal. Nationale Borg had een financiering verstrekt aan Zalco en was in dat kader begunstigde van een recht van hypotheek op het recht van erfpacht en opstal. ZSP had een tweede recht van hypotheek op het recht van erfpacht en opstal. Tijdens het faillissement van Zalco is ZSP door het beëindigen van het recht van erfpacht en opstal onbezwaard eigenaar geworden van het terrein en de fabriek inclusief de smeltovens die zich in de fabriek bevonden.

De vraag die speelt, is of het hypotheekrecht van Nationale Borg en ZSP ('NB c.s.') ook het gestolde aluminium bevatte. Als het aluminium bestanddeel is geworden van de ovens, omvat het recht van hypotheek (en later het eigendomsrecht van ZSP) dus ook het aluminium.

In de in 2020 tussen partijen gewezen arresten heeft de Hoge Raad belangrijke invulling gegeven aan de vereisten voor bestanddeelvorming in de zin van artikel 3:4 lid 2 BW. Onder meer oordeelde de Hoge Raad dat het erom gaat dat de fysieke gevolgen van afscheiding van het bestanddeel van betekenis zijn. De vermogensrechtelijke gevolgen zijn niet relevant, noch of herstel kan plaatsvinden. Voor een uitgebreidere samenvatting van deze uitspraken wordt verwezen naar INS 2020-0306.

Na verwijzing is het nu dus aan het hof om aan de hand van deze richtsnoeren te toetsen of van bestanddeelvorming sprake is. Uit de instructie van de Hoge Raad volgt dat het hof eerst moet beoordelen of het aluminium fysiek met de ovens is verbonden. Omdat het hof die vraag positief beantwoordt, moet het vervolgens beoordelen of het aluminium uit de ovens kon worden verwijderd zonder dat dit tot beschadiging van betekenis aan een van de betrokken zaken zou leiden. Die vraag beantwoordt het hof ontkennend, wat leidt tot de conclusie dat het aluminium bestanddeel is geworden van de ovens. Het hof komt tot dit oordeel op basis van een vrij technische en zaakspecifieke analyse, die hier daarom niet zal worden behandeld.

Interessant is (ook) hoe het hof de subsidiaire vordering van Glencore beoordeelt. Glencore had subsidiair gesteld dat NB c.s. ongerechtvaardigd waren verrijkt door de natrekking. Haar stelling was dat haar onderpand door de natrekking in waarde is verminderd, terwijl de rechten van NB c.s. met betrekking tot het fabrieksterrein hierdoor in waarde zijn toegenomen. NB c.s. had daar tegenover onder meer gesteld dat ook het nadeel dat een partij lijdt bij de beoordeling moet worden betrokken.

Het hof gaat in dat verweer mee. Het overweegt dat het gerechtvaardigd is om voor beantwoording van de vraag of NB c.s. is verrijkt niet slechts te kijken naar het proces van stolling, maar breder ook naar de context waarin dit plaatsvond. Te weten: het faillissement van Zalco, waarin de productie werd stilgelegd, hetgeen naar algemene ervaringsregels tot een snelle en omvangrijke waardevermindering leidt. Gelet op deze waardedaling van het gehele onderpand van NB c.s., die de waarde van het aluminium oversteeg, had Glencore onvoldoende onderbouwd dat sprake was van verrijking.

Het hof gaat nog een stap verder en overweegt aanvullend nog dat, zelfs als die context/de waardedaling in onvoldoende rechtstreeks verband stond met de natrekking, deze context wél maakt dat afdracht van de verrijking niet redelijk zou zijn. De verarming van Glencore maakt dat niet anders. Het hof noemt in dit verband dat het om een derdenpandrecht op een steeds vernieuwende voorraad aluminium gaat en dat stilvallen van ovens – en daardoor natrekking van het aluminium en het verloren gaan van het pandrecht – in algemene zin voorzienbaar voor haar moest zijn.

De vorderingen van Glencore worden daarom afgewezen. Het zal nu afwachten zijn of dat opnieuw tot een cassatieberoep zal leiden.

J.H.M. van de Wiel, maart 2023

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 24-01-2023

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2023:31

Zaaknummer: 200.286.695/01 en 200.286.722/01

Rechters: J.W. Frieling, G.C. de Heer en J. van der Kluit

Advocaten: M.A.J. Kemps, D.A.M.H.W. Strik en P.F. Hopman

Wetsartikelen: 3:4 lid 2 BW en 6:212 BW

RECHTSPRAAK

Curator mag woning failliet verkopen

De dochter van de failliet vordert een extra termijn van acht weken om de woning van haar ouders te financieren zodat haar ouders in de woning kunnen blijven, maar het hof wijst deze vordering af. De ouders zelf vorderen (in tussenkomst) dat de woning wordt verkocht aan een derde, maar het hof wijst ook hun vordering af, omdat de man op grond van artikel 69 Fw kan opkomen tegen het handelen van de curator en de vordering van de vrouw is afgeleid van de vordering van de man.

Een man, die kennelijk zelf een woning in eigendom heeft en daarin woont met zijn vrouw, is failliet verklaard. De curator wenst de woning te verkopen aan een bepaalde partij. De dochter van de man en de vrouw wil graag de woning kopen zodat haar ouders in de woning kunnen blijven en heeft daarom op 31 oktober 2022 een bod gedaan op de woning. De dochter stelt dat zij e-mails van de notaris van begin november 2022 over gunning van de woning niet heeft ontvangen en vordert in kort geding meer tijd (acht weken) voor het verkrijgen van de financiering. De voorzieningenrechter heeft de vordering van de dochter afgewezen, waarop de dochter turbospoedappèl heeft ingesteld.

De ouders hebben in hoger beroep een incident tot voeging of tussenkomst opgeworpen en vorderen in tussenkomst dat de woning wordt verkocht aan een derde partij die een dag voor de zitting in hoger beroep een bod op de woning heeft gedaan en heeft toegezegd dat de ouders in de woning mogen blijven.

Het hof overweegt dat onvoldoende aannemelijk is dat de dochter de e-mails van de notaris niet heeft ontvangen, omdat de mails naar het juiste mailadres zijn verstuurd en de notaris geen bericht heeft ontvangen dat de mails niet zijn aangekomen. Ook als de dochter de mails niet had ontvangen, zou haar vordering worden afgewezen. In de overeenkomst is geen financieringsvoorbehoud opgenomen en de curator heeft de dochter op 13 januari 2023 nog een termijn van zeven dagen gegeven om de financiering rond te krijgen.

Ook een beroep op de redelijkheid en billijkheid slaagt niet. Als de dochter geen mails had ontvangen over de gunning van de woning, had het op de weg van de dochter gelegen om te informeren bij de notaris. Op de curator rustte geen verplichting om de dochter te informeren over de gunning. De dochter verwijt de curator dat hij beslag heeft gelegd onder de dochter voor het innen van een contractuele boete. Daardoor zou het voor haar lastiger zijn om financiering te verkrijgen. Volgens het hof heeft de dochter onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij in januari geen financiering meer kon verkrijgen, terwijl zij die financiering wel in oktober had kunnen verkrijgen. De dochter heeft ook niet aannemelijk gemaakt dat zij wel financiering zou verkrijgen als haar een extra termijn van acht weken zou worden vergund. Het hof wijst de vordering van de dochter daarom af.

De vordering tot tussenkomst van de ouders wordt toegewezen, maar het hof wijst vordering tot verkoop van de woning aan een derde af. De man heeft de mogelijkheid om op grond van artikel 69 Fw op te komen tegen handelingen van de curator en kan daar niet in een kort geding tegen opkomen. De vrouw heeft alleen een gebruiksrecht op de woning, zodat haar belang is afgeleid van het belang van de man. Haar vordering deelt daarom het lot van de vordering van de man.

H.J. de Kloe, maart 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 28-02-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:1752

Zaaknummer: 200.322.541

Rechters: H.L. Wattel, C.M.E. Lagarde en J.P.H. van Driel van Wageningen

Advocaten: H. Loonstein en M. Vos

Wetsartikelen: 69 Fw

RECHTSPRAAK

Discussie over verbetering kennelijke fout hoogte voorschot bestuurdersaansprakelijkheid

Een bestuurder die veroordeeld is tot betaling van de helft van het boedeltekort, hoeft ook slechts de helft van het gevorderde voorschot te betalen. De rechtbank laat een herstellvonnis waarin dit is rechtgezet in stand.

In een uitspraak van 18 november 2020 (INS 2023-0056) heeft de rechtbank Noord-Nederland voor recht verklaard dat twee bestuurders aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:248 BW. De ene bestuurder ('bestuurder 1') voor het gehele boedeltekort, de andere (voormalige) bestuurder ('bestuurder 2') voor de helft van het boedeltekort. Verder zijn beide bestuurders hoofdelijk veroordeeld tot betaling van een voorschot van € 50.000 en is bestuurder 1 daarboven veroordeeld tot betaling van € 40.000. Tot slot is relevant dat beide bestuurders hoofdelijk zijn veroordeeld in de proceskosten, volgens het dictum '€ 5.3754'.

Bestuurder 2 heeft gevraagd om een verbetering van een kennelijke fout in de veroordeling in het voorschot. Volgens haar had de rechtbank beoogd haar te veroordelen tot betaling van de helft van het voorschot, namelijk € 45.000, maar heeft de rechtbank haar per abuis veroordeeld tot betaling van een voorschot van € 50.000. Daarnaast hebben beide bestuurders verzocht om een verbetering van een kennelijke fout in de veroordeling in de proceskosten. De deurwaarder wenst € 53.754 te innen, terwijl het bedrag waarin de bestuurders veroordeeld hadden moeten worden € 5.375,41 bedraagt.

De rechtbank oordeelt dat in beide gevallen inderdaad sprake is van een kennelijke fout en herstelt de fouten in een vonnis van 30 december 2020 (ECLI:NL:RBNNE:2020:5204). De curator is het hier niet mee eens en verzoekt het herstellvonnis ongedaan te maken voor zover het voorschot waarin bestuurder 2 is veroordeeld is verlaagd tot € 45.000. Volgens de curator zou bestuurder 2 – net als bestuurder 1 – veroordeeld moeten worden tot betaling van een voorschot van € 90.000, omdat het boedeltekort vele malen groter is dan het door de curator gevorderde voorschot van € 90.000.

De rechtbank laat het herstellvonnis in stand. Naar het oordeel van de rechtbank ligt het voor de hand dat een bestuurder die aansprakelijk is voor de helft van het boedeltekort, ook wordt veroordeeld tot betaling van slechts de helft van het gevorderde voorschot. Veroordeling tot betaling van het volledige voorschot zou in strijd zijn met de billijkheidscorrectie van de matiging tot 50%. Het had de curator vrijgestaan bestuurder 2 aan te spreken tot betaling van de helft van het boedeltekort (en niet slechts een voorschot), maar dat heeft de curator niet gedaan.

H.J. de Kloe, maart 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 03-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2021:5747

Zaaknummer: C/19/126852 HA ZA 19-91

Rechters: S.B. van Baalen, E.W. van Weringh en T.A. Oudenaarden

Advocaten: A.M.J. van de Sande en R.W. Lagerwaard

Wetsartikelen: 31 Rv en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Enquêteverzoek ten aanzien van Exem Energy wordt toegewezen, maar de gevraagde voorlopige voorzieningen stranden

Er zijn gegronde redenen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij Exem Energy te twijfelen. Het bestuur wordt niet geschorst omdat het (vanwege het faillissement) geen beheersmaatregelen meer kan verrichten.

De curatoren van Exem Energy hebben de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken bij gefailleerde en daarnaast diverse onmiddellijke voorzieningen te treffen. Zij vermoeden dat gefailleerde en Exem Oil & Gas zijn misbruikt door een echtpaar bij systematische grootschalige corruptie en verduistering van activa van de Angolese staat en Angolese staatsbedrijven. De vrouw is namelijk de dochter van een voormalige president van Angola. Tijdens diens regime zou het echtpaar hebben weten te bewerkstelligen dat de Angolese staat onzakelijke transacties sloot die tot hun voordeel strekten. Het gevraagde onderzoek moet volgens de curatoren openheid van zaken brengen en leiden tot vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor bij de vennootschappen gevoerd wanbeleid.

De Ondernemingskamer overweegt dat de transacties die Exem Energy in 2006 is aangegaan een gegronde reden vormen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij Exem Energy te twijfelen. Onderzoek naar deze transacties wordt echter niet opportuun geacht, omdat hierover al een arbitrageprocedure is gevoerd. Dat een nader onderzoek relevante nieuwe feiten aan het licht zal brengen, is niet aannemelijk geworden. Er zijn verder sterke aanwijzingen dat drie besluiten van de algemene vergadering van Esperaza, een vennootschap waarin Exem Energy aandelen hield, geantedateerd zijn, met het doel dat wordt versluierd dat de besluiten niet meer rechtsgeldig konden worden genomen op de datum dat zij daadwerkelijk zijn genomen. De besluiten zijn naar het voorlopig oordeel van de Ondernemingskamer nietig en dit leidt er in beginsel toe dat een ten titel van dividend betaald bedrag van € 52,6 miljoen zonder rechtsgrond en derhalve onverschuldigd aan Exem

Energy is betaald. Ook de doorbetaling van dit bedrag aan een andere vennootschap met dezelfde UBO, vormt een gegronde reden voor twijfel aan een juist beleid. Daarnaast zijn er diverse onregelmatigheden geconstateerd in de jaarrekeningen van Exem Energy, waarmee mogelijk werd beoogd het witwassen van niet legaal verkregen gelden te faciliteren.

De hiervoor genoemde redenen rechtvaardigen een onderzoek bij Exem Energy en Exem Oil & Gas. Een belangenafweging leidt in dit geval niet tot afwijzing van het enquêteverzoek. Ten aanzien van de gevraagde voorlopige voorzieningen geldt het volgende. Volgens de curatoren moet er een einde worden gemaakt aan de situatie dat personen die zich schuldig maken aan het plegen van strafbare feiten deel uitmaken van het bestuur. Daarnaast willen zij bewerkstellingen dat gefailleerden bepaalde gerechtelijke procedures beëindigen. De Ondernemingskamer stelt voorop dat de gevraagde voorzieningen slechts kunnen worden toegewezen indien dat in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek vereist is. Dat is nu niet vast komen te staan. Het bestuur van gefailleerden kan nu immers geen beheersmaatregelen meer verrichten die de boedel binden. Dit maakt dat zich in faillissement niet spoedig de situatie zal voordoen dat een wijziging in het bestuur noodzakelijk is in verband met de toestand van de rechtspersoon. Voorts acht de Ondernemingskamer het niet opportuun om een door haar benoemde bestuurder als poortwachter van de toegang tot de rechter aan te stellen.

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

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-01-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:289

Zaaknummer: 200.313.125/01 OK

Rechters: A.P. Wessels, C.C. Meijer, M.A.M. Vaessen, D.E.M. Aleman en A.G. Thomassen

Advocaten: M. Wolters, W.D.M. van Tuyll van Serooskerken, J.Ph. de Korte, G.J. Wilts, D.B. Smalhout, L.J.J. Kerstens, B. Rikkert, W.A. Vader, F. Eikelboom, M.H. de Vries, A.G.J. van Rinsum, G.J.G. Bolderman, M.J. Drop, R.H. Broekhuijsen en J.G. Geertsma

Wetsartikelen: 2:345 BW en 2:350 BW

RECHTSPRAAK

Faillissementsaansprakelijkheid, mede wegens btw-fraude en inbetalinggeving bedrijfsmiddelen aan schuldeisers

Twee bestuurders worden aansprakelijk gehouden op grond van artikel 2:248 BW wegens btw-fraude en verkoop van het materieel aan schuldeisers, waardoor de schuldeisers een beroep konden doen op verrekening en de verdien capaciteit van de vennootschap verdween. De aansprakelijkheid wordt ten aanzien van een van de bestuurders gematigd tot 50% van het boedeltekort, omdat het grootste deel van de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond toen zij geen bestuurder meer was.

Een bv die zich bezighield met de uitvoer van grond-, weg- en waterbouwkundige werkzaamheden en later materieel verhuurde voor dergelijke werkzaamheden is op 18 januari 2018 failliet verklaard. Tot 1 augustus 2016 was gedaagde 2 bestuurder van de vennootschap. Vanaf 1 augustus 2016 was gedaagde 1, echtgenoot van gedaagde 2, bestuurder. Gedaagde 2 was enig aandeelhouder van de vennootschap.

Tussen 14 september 2017 en 1 december 2017 is voor ongeveer € 200.000 materieel verkocht aan schuldeisers. Vrijwel alle facturen vermeldden dat de schuldeisers de koopsom mochten verrekenen.

Na de faillietverklaring heeft de Belastingdienst een boekenonderzoek ingesteld en een naheffing en boete opgelegd omdat de omzetbelasting onjuist was aangegeven. Op diverse facturen die aanwezig waren in de administratie van de vennootschap was opgenomen dat de omzetbelasting was verlegd, terwijl op de verzonden facturen wel btw in rekening is gebracht aan de klanten.

De curator stelt gedaagde 1 en 2 aansprakelijk voor het faillissementstekort op grond van artikel 2:248 BW en vordert daarnaast oplegging van een bestuursverbod op grond van artikel 106a Fw. De curator stelt dat de boekhoudplicht is geschonden, omdat onder meer een

kasboek en een projectadministratie ontbrak. Voorts is de publicatieplicht geschonden, omdat de jaarrekening over 2014 pas in december 2016 is gepubliceerd. Verder legt de curator aan zijn vorderingen de hierboven vermelde feiten ten grondslag.

De rechtbank overweegt dat de administratie- en deponeringsplicht inderdaad zijn geschonden, zodat vaststaat dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Het verweer dat de jaarrekening over 2014 niet tijdig kon worden opgemaakt vanwege het faillissement van een dochtervennootschap volgt de rechtbank niet, omdat de dochter in mei 2015 failliet ging terwijl het boekjaar op 31 december 2014 reeds was afgesloten.

De rechtbank overweegt verder dat gedaagden zich schuldig hebben gemaakt aan btw-fraude. De stelling van gedaagden dat zij die intentie niet hadden en achteraf via suppletieaangiften alsnog de verschuldigde btw wilden voldoen kan hen niet baten. Gedaagden hebben opzettelijk onjuiste btw-aangifte gedaan. Dit kan worden gekwalificeerd als kennelijk onbehoorlijk bestuur. De eerste factuur waarmee fraude is gepleegd dateert uit de tijd dat gedaagde 2 nog bestuurder was, zodat dit ook aan haar kan worden verweten.

De verkoop van het materieel aan schuldeisers is ook onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Niet is gebleken dat de activa zijn verkocht voor marktconforme prijzen, de rangorde is door de verkoop doorbroken en na de verkoop van het materieel was er geen enkel perspectief meer voor de vennootschap.

Gedaagden hebben geen andere oorzaak van het faillissement aannemelijk gemaakt dan de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. De rechtbank overweegt zelfs dat aangenomen moet worden dat de gebrekkige administratie een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Ook de verkoop van de activa kan worden aangemerkt als belangrijke oorzaak van het faillissement, omdat het verdienvermogen van de onderneming verdween door de verkoop van haar materieel.

Omdat het materieel is verkocht toen gedaagde 1 bestuurder was en ook de btw-fraude voornamelijk is gepleegd toen gedaagde 1 bestuurder was, matigt de rechtbank de aansprakelijkheid van gedaagde 2 tot 50% van het boedeltekort. De grond hiervoor is de tijd gedurende welke gedaagde 2 in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond (art. 2:248 lid 4 BW).

De rechtbank legt aan gedaagde 1 een bestuursverbod op voor de duur van vijf jaar. De gronden hiervoor zijn dat een onherroepelijke boete is opgelegd als bedoeld in artikel 67f AWR en dat de gedaagde 1 aansprakelijk is gehouden op grond van artikel 2:248 BW. Met name de btw-fraude biedt naar het oordeel van de rechtbank grond voor oplegging van het bestuursverbod. Omdat gedaagde 1 hiervoor de hoofdverantwoordelijke was, wordt het

bestuursverbod niet opgelegd aan gedaagde 2.

Beide gedaagden worden veroordeeld tot hoofdelijke betaling van een voorschot op het boedeltekort van € 50.000. Gedaagde 1 dient een aanvullend voorschot van € 40.000 te betalen. Het oordeel van de rechtbank over het voorschot krijgt nog een staartje, waarvoor zij verwezen naar INS 2023-0057.

H.J. de Kloe, maart 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 18-11-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2020:5203

Zaaknummer: C/19/126852 HA ZA 19-91

Rechters: S.B. van Baalen, E.W. van Weringh en T.A. Oudenaarden

Advocaten: A.M.J. van de Sande en R.W. Lagerwaard

Wetsartikelen: 2:10 BW, 2:394 BW, 2:248 BW, 106a Fw en 67f AWR

RECHTSPRAAK

Aangeboden bedrag fors lager dan reorganisatiewaarde, toch homologatie WHOA-akkoord

De waarde die met het akkoord is aangeboden, bedraagt € 550.000, terwijl de reorganisatiewaarde € 1,805 miljoen bedraagt. Desondanks homologeert de rechtbank het akkoord, omdat een hoger bedrag niet gefinancierd kon worden, schuldeisers goed waren geïnformeerd over het akkoord en slechts één schuldeiser tegen het akkoord heeft gestemd.

Een herstructureringsdeskundige heeft namens twee vennootschappen een WHOA-akkoord aangeboden en verzoekt om homologatie van het akkoord.

De schuldeisers zijn ingedeeld in drie klassen: een klasse preferente schuldeisers (de Belastingdienst); een klasse 'grote' concurrente schuldeisers en een klasse 'kleine' concurrente (mkb-)schuldeisers. ING is buiten het akkoord gehouden, omdat de vordering van ING volledig wordt gedekt door zekerheden. Van de klasse 'grote' concurrente schuldeisers heeft 42,89% voor het akkoord gestemd, zodat deze klasse het akkoord niet heeft aangenomen. De reden dat deze klasse tegen het akkoord heeft gestemd is dat een schuldeiser die ongeveer 56% van het bedrag van de klasse vertegenwoordigt (€ 1,55 miljoen van € 2,76 miljoen) tegen het akkoord heeft gestemd.

Het aangeboden bedrag is € 550.000. Dit is een hoger bedrag dan de verwachte opbrengst in faillissement van € 232.494,16, maar substantieel minder dan de reorganisatiewaarde die is vastgesteld op € 1,805 miljoen. Het aangeboden bedrag is afkomstig van ING (€ 200.000), de aandeelhouders (€ 200.000) en de vennootschappen zelf (€ 150.000). De bank en de aandeelhouders waren niet bereid meer te financieren. Het bedrag dat mogelijke externe financiers zouden willen financieren was lager dan het bedrag dat de bank en aandeelhouders wilden financieren.

De rechtbank overweegt dat de herstructureringsdeskundige ontvankelijk is in zijn verzoek, omdat de klasse waarin de Belastingdienst is ingedeeld *in the money* is en heeft ingestemd met

het akkoord (art. 383 lid 1 Fw). De rechtbank ziet geen gronden voor afwijzing van het homologatieverzoek en homologeert daarom het akkoord. Het feit dat het aangeboden bedrag fors lager is dan de reorganisatiewaarde, is voor de rechtbank geen reden om de homologatie te weigeren. Een hoger bedrag financieren bleek niet mogelijk, bij de aanbidding van het akkoord is duidelijk uitgelegd dat het aangeboden bedrag afweek van de reorganisatiewaarde en slechts één schuldeiser heeft tegen het akkoord gestemd.

Ten overvloede overweegt de rechtbank dat het in het algemeen niet zo is dat de reorganisatiewaarde als 'ankerpunt' mag worden verlaten in de richting van de faillissementswaarde. Daarmee wordt te veel afbreuk gedaan aan de *absolute priority rule*. Voor de rechtbank kan dit een reden zijn om de homologatie van het akkoord op basis van de algemene afwijzingsgronden (art. 384 lid 2 Fw) te weigeren. Of afwijking van de reorganisatiewaarde daadwerkelijk leidt tot afwijzing van een homologatieverzoek, hangt af van de omstandigheden van het geval.

H.J. de Kloe, maart 2023

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 18-01-2023

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2023:135

Zaaknummer: FT RK 22/982, 22/983

Rechters: K.G. van de Streek, M.D.E. Leppens en M.C. Bosch

Advocaten: J.C.A. Herstel en V. van Dijken

Wetsartikelen: 383 Fw en 384 Fw