Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 9, 2023

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. H.J. de Kloe, mr. E. Ayerdem, mr. R.J.H. Berghuis, mr. J.O. Bijloo, mr. S.J. van den Boogert, mr. H. Boven, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. C.M.A. Knoben, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.IJ. Overgoor, mr. M. Pinar, 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:2023:561 14-04-2023
Herroeping van arrest tot faillietverklaring mogelijk?
Een partij vordert herroeping van een arrest tot faillietverklaring. De A-G gaat in op de vraag of dat kan; hij concludeert tot verwerping van het beroep. De Hoge Raad heeft de zaak op grond van artikel 81 RO afgedaan.

Hof

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2023:721 11-04-2023
Hoger beroep WHOA-beschikking
Het hof oordeelt dat geen hoger beroep open staat tegen een beslissing van de rechtbank tot afwijzing van een verzoek tot homologatie van een WHOA-akkoord. Er is geen grond voor doorbreking van het rechtsmiddelenverbod. Ook volgt uit de Herstructureringsrichtlijn geen verplichting tot het faciliteren van een onverkort beroepsrecht tegen rechterlijke beslissingen over een herstructureringsplan.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:959 23-03-2023
Vernietiging faillissement in hoger beroep
Een natuurlijke persoon is failliet verklaard. De schuldenaar kan een deel van zijn schulden betalen met het bedrag dat op de zakelijke rekening staat en heeft voor een deel van zijn schulden een regeling getroffen. Het hof vernietigt het faillissement.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:1769 28-02-2023
Verrekening geldleningen met facturen voor (kort voor faillissement) uitgevoerde aannemingswerkzaamheden niet vernietigbaar. Met wenk
Een aannemingsonderneming verricht kort voor haar faillietverklaring

verbouwingswerkzaamheden voor haar (middellijk) bestuurder, die eerder een tweetal geldleningen aan de vennootschap had verstrekt. Verrekening van de facturen voor de verrichte werkzaamheden met de eerder verstrekte geldleningen kan volgens rechtbank en hof niet worden aangetast, noch met de faillissementspauliana, noch met artikel 54 Fw.

Rechtbank

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2023:1563 18-04-2023

WHOA: afkoelingsperiode opgeheven omdat schulden oplopen en onvoldoende vooruitgang is geboekt
ABN AMRO en de herstructureringsdeskundige hebben een zienswijze ingediend naar aanleiding van het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode. De rechtbank wijst het verzoek af en heft de afkoelingsperiode op omdat schulden oplopen, onvoldoende vooruitgang is geboekt bij het verkrijgen van nieuwe financiering en de herstructureringsdeskundige te weinig informatie ontvangt en te weinig bij het proces wordt betrokken.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:1580 05-04-2023

Afwijzing van exhibitievorderingen ex artikel 843a Rv en 3:15j BW belanghebbenden Eurocommerce
Vorderingen van (indirect) belanghebbenden bij Eurocommerce-groep jegens curatoren en Rabobank tot inzage in en afgifte van bepaalde bescheiden afgewezen op verschillende gronden. Geen beroep op artikel 3:15j BW mogelijk.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2023:3033 04-04-2023

Bestuurders niet-ontvankelijk in artikel 67-beroep tegen machtiging procederen
De curator heeft van de rechter-commissaris een machtiging ontvangen om een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure te voeren. De (indirect) bestuurders komen op grond van artikel 67 Fw in beroep tegen deze machtiging. De rechtbank oordeelt dat de bestuurders niet-ontvankelijk zijn in hun beroep, omdat ze geen 'partij' zijn bij de beschikking van de rechter-commissaris.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:3091 13-03-2023

Afwijzing homologatie WHOA-akkoord
Diverse (deels gelieerde) klassen hebben ingestemd met het akkoord, maar voor bijna de helft van het bedrag aan schulden waarvoor een stem is uitgebracht is tegen het akkoord gestemd. Het akkoord heeft dus weinig draagvlak. In samenhang met het feit dat onvoldoende informatie is verschaft over de levensvatbaarheid van de

onderneming en dat het akkoord onvoldoende is gewaarborgd, leidt dit ertoe dat de rechtbank het homologatieverzoek afwijst.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:2800 09-03-2023

Homologatie WHOA-akkoord IHC
Vonnis op het verzoek tot homologatie van een (groeps)akkoord ex artikel 383 lid 1 Fw door IHC en op het verzoek tot afwijzing van het homologatieverzoek ex artikel 383 lid 8 Fw door Rabobank.

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:1225 08-03-2023

Bewijsvermoedens artikel 2:248 BW
Jaarrekening te laat gedeponeerd. Onbehoorlijk bestuur staat vast. Bestuurder tracht bewijsvermoeden te weerleggen.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2023:1331 08-03-2023

Schending bancaire zorgplicht door Spaanse bank wegens het meewerken aan de verkoop van een woning zonder toestemming curator
Nadat twee personen failliet worden verklaard, verkopen en leveren zij hun Spaanse vakantiewoning aan een derde zonder medeweten en toestemming van de curator. Een Spaanse bank werkt mee aan die transactie, door doorhaling van haar hypotheekrecht op de woning en het in ontvangst nemen van de koopsom. Zij schendt daarmee de bancaire zorgplicht omdat zij reeds eerder door de curator van het faillissement op de hoogte was gesteld. Daarmee handelt de bank onrechtmatig en moet zij een schadevergoeding betalen aan de boedel.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2023:1562 01-03-2023

WHOA: afkondiging afkoelingsperiode voor de duur van een maand
Zonder afkoelingsperiode lijkt een faillissement onafwendbaar, waardoor producten onverkoopbaar worden door het verval van licenties. ABN AMRO moet dulden dat de schuldenaren gebruik blijven maken van hun betaalrekening. Naar het oordeel van de rechtbank is het niet nodig dat de rechtbank bepaalt dat de schuldenaren ten gunste van ABN AMRO vervangende zekerheid stellen omdat die verplichting reeds volgt uit de wet.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:2621 22-02-2023

Bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen van de curator op grond van artikel 2:248, 2:9 en 6:162 BW afgewezen
De rechtbank oordeelt dat bestuurders van de failliet (A) niet aansprakelijk zijn voor het boedeltekort c.q. de schade van A op grond van (i) artikel 2:248 BW, subsidiair op

grond van (ii) artikel 2:9 BW of meer subsidiair op grond van (iii) artikel 6:162 BW.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2023:1561 10-02-2023
WHOA: aanwijzing herstructureringsdeskundige op verzoek schuldenaren
De rechtbank heeft op verzoek van twee vennootschappen als voorlopige voorziening een afkoelingsperiode afgekondigd jegens ABN AMRO. Nadat ABN AMRO heeft verzocht een observator aan te wijzen, verzoeken de vennootschappen om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. De rechtbank wijst dit verzoek toe.

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:3272 26-10-2022
Pauliana en fiduciaverbod
Deze zaak gaat over twee vragen: (i) of de levering van een aandeel in een woning vernietigbaar is op grond van de Pauliana buiten faillissement (art. 3:45 BW) en (ii) of de woning in strijd met het fiduciaverbod tot zekerheid is overgedragen (art. 3:84 lid 3 BW). De rechtbank is van oordeel dat de levering niet met artikel 3:45 BW kan worden vernietigd en dat van een met artikel 3:84 lid 3 BW bedreigde zekerheidsoverdracht geen sprake is.

Annotatie

Noot bij ECLI:NL:RBOVE:2022:3272
N. Lgarah

RECHTSPRAAK

Afwijzing van exhibitievorderingen ex artikel 843a Rv en 3:15j BW belanghebbenden Eurocommerce

Vorderingen van (indirect) belanghebbenden bij Eurocommerce-groep jegens curatoren en Rabobank tot inzage in en afgifte van bepaalde bescheiden afgewezen op verschillende gronden. Geen beroep op artikel 3:15j BW mogelijk.

Wederom een procedure in de Eurocommerce-saga. Eisers zijn ditmaal kennelijk de kinderen van Eurocommerce-topman Ger Visser, die via hun houdstervennootschappen Lest Beheer B.V. en Siles Beheer B.V. bestuurder zijn van en de aandelen houden in Silest Beheer B.V. Silest Beheer B.V. houdt op haar beurt indirect een belang van 50% in Ferdinand Stinger Holding B.V., de topholding van de voormalige Eurocommerce-groep. De andere 50% is – zo laat zich uit de uitspraak afleiden – in handen van Ger Visser zelf. De eisers vorderen in deze procedure van Rabobank, van een van de van de failliete vennootschappen behorende tot de Eurocommerce-groep en van de curator van een niet met naam genoemde maar kennelijk aan Eurocommerce gelieerde maatschap op de voet van artikel 843a Rv en artikel 3:15j, aanhef en sub d, BW afgifte van en inzage in bepaalde bescheiden.

Rondom het faillissement van de Eurocommerce-groep in 2012 failliet speelde vervalsing van huurovereenkomsten en handtekeningen door de topman van Eurocommerce, die daarvoor is veroordeeld (Hof Arnhem-Leeuwarden 2 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:10319). Volgens de eisende belanghebbenden in de onderhavige procedure is het faillissement van de groep het gevolg geweest van een conflict dat in verband met de vervalsing met Rabobank is ontstaan, waarbij Rabobank zich aan medeplichtigheid zou hebben onttrokken. Kredietverstrekkers, waaronder Rabobank, zijn hun zekerheidsrechten op (onder andere) huurpenningen op oneigenlijke gronden gaan uitwinnen, met een liquiditeitsprobleem en daarmee lamlegging van de activiteiten van Eurocommerce tot gevolg. Dat zou niet terecht zijn geweest, omdat de groep winstgevend was. Daarnaast hebben de curatoren een accountantskantoor ingeschakeld dat ten onrechte zou zijn gekomen tot een afwaardering van de groep van € 417 mln en hebben de banken onroerende zaken met toestemming ex

artikel 3:268 lid 2 BW verkocht aan door henzelf gefinancierde silovennootschappen om betere tijden voor verkoop van de onroerende zaken te kunnen afwachten. Die verkoop heeft nadien ook plaatsgevonden. Door de afwaardering van de groep en gebruikmaking van de siloconstructie zou een veel te lage executieopbrengst zijn gerealiseerd, aldus nog steeds de eisende belanghebbenden.

De betrokken banken met Rabobank voorop, de curatoren en ook het accountantskantoor zouden in dit feitelijk kader onrechtmatig jegens de belanghebbenden hebben gehandeld. Om hun voorgenomen vorderingen te kunnen onderbouwen, vorderen de belanghebbenden inzage in en afgifte van financieringsovereenkomsten, overeenkomsten met betrekking tot de verkoop van de panden vanuit een specifieke silovennootschap en de administratie van de Eurocommerce-vennootschappen. Anders dan de curator van de Eurocommerce-groep had betoogd, leidt het feit dat zijn medecurator niet is gedagvaard en zij slechts gezamenlijk zijn bevoegd tot het verrichten van (rechts)handelingen er volgens de rechtbank niet toe dat de gedaagden in hun vorderingen jegens hem niet-ontvankelijk zijn. Voldoening aan een veroordelend vonnis in deze procedure zou geen rechtshandelingen maar feitelijke handelingen vergen (r.o. 4.5). In het navolgende beperk ik mij tot de bespreking van de belangrijkste oordelen en overwegingen van de rechtbank.

De rechtbank maakt in het vonnis eerst enkele algemene opmerkingen (r.o. 6.1-6.15) en bespreekt aan de hand daarvan vervolgens de individuele vorderingen van de belanghebbenden (r.o. 6.17-6.20). Van de algemene opmerkingen is ten eerste het uitlichten waard dat het de belanghebbenden volgens de rechtbank aan het vereiste rechtmatig belang ontbreekt, onder andere omdat de waarde van de vastgoedportefeuille ten tijde van de faillietverklaring van de Eurocommerce-groep niet relevant is voor de stelling dat de Eurocommerce-groep ten onrechte failliet zou zijn verklaard. De faillissementstoestand van artikel 1 Fw is immers een liquiditeits- en niet per se een solvabiliteitskwestie (r.o. 6.4). Net zo min zijn de boekhoudkundige afwaardering of de financieringsovereenkomsten, verkoopovereenkomsten of andere stukken in verband met de executie van de vastgoedportefeuille relevant voor de executieopbrengst die daarbij is gerealiseerd (r.o. 6.7-6.10). Daar komt bij dat die executie met toestemming van de voorzieningenrechter ex artikel 3:268 BW en dus zonder bijzondere bijkomende omstandigheden, die de belanghebbenden niet hebben gesteld, legitiem heeft plaatsgevonden (r.o. 6.9). Een belangrijke algemene opmerking is verder nog dat alle gedaagden volgens de rechtbank terecht hebben gewezen op de afgeleide aard van de schade die de belanghebbenden stellen te hebben geleden (vgl. HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564, *NJ* 1995/288, m.nt. Maeijer (*Poot/ABP*)). De bestreden gedragingen zijn alle gedragingen jegens de Eurocommerce-groep en niet is gesteld waarom die gedragingen ook jegens de eisers als

(indirect) belanghebbenden onrechtmatig zouden zijn (r.o. 6.13). Naast het feit dat de rechtbank er voor een groot aantal gevraagde bescheiden van uitgaat dat Rabobank en de curatoren daarover niet beschikken, zijn het met name deze algemene overwegingen die in r.o. 6.17 e.v. reden voor afwijzing van de vorderingen van de belanghebbenden zijn.

Tot slot is nog noemenswaardig dat de curator van de Eurocommerce-Groep volgens de rechtbank in r.o. 6.16 terecht erop heeft gewezen dat artikel 3:15j BW geen grondslag biedt voor inzage in of afschrift van de in deze procedure gevraagde bescheiden. Een beroep op die bepaling, aanhef en onder d, vereist immers een voldoende en rechtstreeks belang bij de vordering tot openlegging van de tot de administratie van de failliete vennootschappen behorende boeken en bescheiden. Van een dergelijk belang zou sprake kunnen zijn als de belanghebbenden inzage vorderen teneinde hun rechtsbetrekking met de failliete vennootschappen nader vast te (doen) stellen, maar in ieder geval niet met het oog op mogelijk door hen in te stellen vorderingen tegen Rabobank en de curatoren (HR 8 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:612 (*Schmitz q.q./Aerts Europe*)).

J.O. Bijloo, april 2023

Instantie: Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 05-04-2023
ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:1580
Zaaknummer: C/13/716372 / HA ZA 22-313
Rechters: R.H.C. Jongeneel
Advocaten: M.M. van der Marel, R.M. Vermaire, C.A.M. Nijhuis en D.M. de Knijff
Wetsartikelen: 843a Rv en 3:15j BW

ANNOTATIE

Noot bij ECLI:NL:RBOVE:2022:3272

N. Lgarah

Inleiding

(1) In deze uitspraak van de rechtbank Overijsel gaat het om een woning die toebehoorde aan X en Y. Zij hebben deze aan hen geleverde woning samen in 2019 voor een bedrag van € 320.000 gekocht. In verband met de aankoop van deze woning heeft een financier – A – een hypothecaire geldlening ter hoogte van € 300.000 met een looptijd van zes maanden aan X en Y verstrekt. X en Y waren na het verstrijken van de looptijd niet in staat om de lening te herfinancieren en hebben, nadat A daar uitdrukkelijk toe verzocht, de woning verkocht. De woning is in 2021 voor een bedrag van € 330.000 verkocht en geleverd aan de oom van X. Uit de verkoopopbrengst is de vordering van financier A voldaan. Een schuldeiser van X kan niet berusten in de omstandigheid dat de woning het vermogen van X en Y heeft verlaten. Hij gaat voor twee ankers liggen, namelijk de Pauliana buiten faillissement (art. 3:45 BW) en het fiduciaverbod (art. 3:84 lid 3 BW).

Pauliana

(2) Artikel 3:45 BW, de Pauliana buiten faillissement, regelt de vernietigbaarheid van door de debiteur verrichte, schuldeisers benadelende, onverplichte rechtshandelingen. Nu er een woning is verkocht en geleverd, zijn er minstens twee handelingen die in potentie met artikel 3:45 BW kunnen worden vernietigd: de levering en de koopovereenkomst.

De levering

(3) De schuldeiser wenst niet de koopovereenkomst maar de levering te vernietigen. Dat betekent dat hij moet stellen en, zo nodig, bewijzen dat de levering onverplicht is verricht. Daar heeft hij een hele kluif aan. Een rechtshandeling, waaronder een levering, is volgens een al wat oudere uitspraak van de Hoge Raad onverplicht indien deze wordt verricht zonder dat

daartoe een op wet of overeenkomst berustende verplichting bestaat (HR 8 januari 1937, *NJ* 1937, 431, m.nt. E.M. Meijers). Juist vanwege het feit dat de levering steunde op de koopovereenkomst, heeft de levering verplicht plaatsgevonden.

(4) De rechtbank oordeelt daarom terecht dat de levering verplicht is. Zij ruggensteunt dit echter met de argumenten dat (i) de oom de eigendom van de woning wilde verkrijgen vanwege obscure berichten over X in de media, (ii) A de aan X en Y verstrekte geldlening opeiste waardoor zij, na tevergeefs op zoek te zijn gegaan naar herfinanciering, genoodzaakt waren over te gaan tot verkoop van de woning aan de oom die (iii) de woning zag als een investering. Deze bespiegelingen zijn ten overvloede. De rechtbank had kunnen volstaan met een korte verwijzing naar de uit de koopovereenkomst voortvloeiende verplichting tot levering.

De koopovereenkomst

(5) Tegen de achtergrond dat de levering verplicht is, ligt het in de rede dat de schuldeiser zijn Paulianapijlen op de koopovereenkomst richt. De wetsgeschiedenis onderschrijft dit: 'Kan derhalve de Pauliana nimmer gericht zijn tegen eene handeling, waartoe de schuldenaar verplicht was, dit neemt natuurlijk niet weg, dat die handeling indirect kan worden bestreden, door bestrijding der vroegere handeling, waarbij de schuldenaar die verplichting op zich nam, indien daartoe termen bestaan' (Van der Feltz I, p. 435). Het effect dat met het vernietigen van de koopovereenkomst zou worden bewerkstelligd is dat het aandeel van X in de woning, vanwege ons causale stelsel, in retrospectief bezien nimmer zou zijn overgedragen aan de oom. De schuldeiser zou zich dan daarop kunnen verhalen.

(6) De koopovereenkomst met de oom zal X waarschijnlijk onverplicht hebben gesloten. De hierboven met Romeinse cijfers i-iii aangeduide argumenten maken dat niet anders. Dat financier A de lening heeft opgeëist waardoor X en Y misschien niet anders konden dan de woning verkopen (om uit de verkoopopbrengst financier A te voldoen), maakt niet dat de koopovereenkomst verplicht is gesloten (vgl. HR 10 december 1976, *NJ* 1977, 617 (*Eneca*)). Een op wet of overeenkomst berustende verplichting om de koopovereenkomst te sluiten lijkt er dus niet te zijn.

Fiduciaverbod

(7) Hoewel de schuldeiser zijn Paulianapijlen niet op de koopovereenkomst heeft gericht, heeft hij wel een ander bezwaar tegen deze overeenkomst aangevoerd. De schuldeiser stelt dat uit de koopovereenkomst een verbintenis tot het verschaffen van zekerheid voortvloeit. Deze verbintenis vormt vanwege het fiduciaverbod geen geldige titel voor de overdracht van de woning aan de oom (art. 3:84 lid 3 BW). Door bloot te leggen dat de woning tot zekerheid is

overgedragen, zou de schuldeiser kunnen bewerkstelligen dat er geen overdracht tot stand is gekomen. De woning heeft in dat geval het vermogen van X en Y nooit verlaten.

(8) Uit de uitspraak blijkt niet duidelijk waarom de schuldeiser meent dat sprake is van een verboden zekerheidsoverdracht. Een gedachte van de koude grond zou zijn dat X en Y de woning voor € 330.000 hebben verkocht onder de verplichting haar voor een hoger bedrag terug te kopen. In economisch opzicht is de koopsom van € 330.000 als lening verstrekt en is de eigendom van de woning overgedragen als zekerheid voor de terugbetaling van de geleende som.

(9) Het beroep op het fiduciaverbod heeft weinig zoden aan de dijk gezet voor de schuldeiser. De rechtbank doet het beroep af door te overwegen dat niet is komen vast te staan dat sprake is van een verboden zekerheidsoverdracht. Dat verrast niet. De Hoge Raad heeft, en dit wordt algemeen aangenomen, het touwtje voor partijen om strijd met het fiduciaverbod te voorkomen laag bij de grond gespannen. De overdracht is pas in strijd met het fiduciaverbod als de bevoegdheden van de oom zijn 'beperkt tot het recht het hem overgedragen goed te gelde te maken ten einde zich uit de opbrengst daarvan te bevredigen onder gehoudenheid een eventueel overschot aan zijn wederpartij ten goede te doen komen' (HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119, m.nt. W.M. Kleijn (*Keereweer/Sogelease*)). Als partijen maar overeenkomen dat het recht van de oom niet beperkt is tot een verhaalsrecht, is van een verboden zekerheidsoverdracht geen sprake. X, Y en de oom kunnen daarom niet snel over het laag bij de grond gespannen touwtje struikelen.

Conclusie

(10) Kortom, de levering is verplicht waardoor zij, anders dan de koopovereenkomst, niet met de Pauliana is aan te tasten, en een met artikel 3:84 lid 3 BW bedreigde zekerheidsoverdracht ligt niet voor de hand. Toch heeft de schuldeiser in onze casus zonder vrucht enerzijds de verplichte levering met de Pauliana willen vernietigen en anderzijds aangevoerd dat de overdracht strijdt met het fiduciaverbod. Misschien had de zaak gunstiger voor de schuldeiser kunnen uitvallen als hij zijn Paulianapijlen op de koopovereenkomst had gericht.

RECHTSPRAAK

Pauliana en fiduciaverbod

Deze zaak gaat over twee vragen: (i) of de levering van een aandeel in een woning vernietigbaar is op grond van de Pauliana buiten faillissement (art. 3:45 BW) en (ii) of de woning in strijd met het fiduciaverbod tot zekerheid is overgedragen (art. 3:84 lid 3 BW). De rechtbank is van oordeel dat de levering niet met artikel 3:45 BW kan worden vernietigd en dat van een met artikel 3:84 lid 3 BW bedreigde zekerheidsoverdracht geen sprake is.

X en Y hebben samen in 2019 voor een bedrag van € 320.000 een woning gekocht en vervolgens geleverd gekregen. In verband met de aankoop van deze woning heeft een financier – A – een hypothecaire geldlening ter hoogte van € 300.000 met een looptijd van zes maanden aan X en Y verstrekt. X en Y waren na het verstrijken van de looptijd niet in staat om de lening te herfinancieren en hebben, nadat A daar uitdrukkelijk toe verzocht, de woning verkocht. De woning is in 2021 voor een bedrag van € 330.000 verkocht en geleverd aan de oom van X. Uit de verkoopopbrengst is de vordering van financier A voldaan.

Een schuldeiser van X kan niet berusten in de omstandigheid dat de woning het vermogen van X en Y heeft verlaten. Hij gaat voor twee ankers liggen. Ten eerste stelt de schuldeiser zich op het standpunt dat de levering van het aandeel van X aan de oom vernietigbaar is op grond van de Pauliana buiten faillissement (art. 3:45 BW). Met de Pauliana buiten faillissement kunnen *onverplichte* rechtshandelingen worden vernietigd. De rechtbank oordeelt dat de levering verplicht is en daarom niet met de Pauliana kan worden vernietigd. Ten tweede stelt de schuldeiser dat de overdracht strijdt met het fiduciaverbod (art. 3:84 lid 3 BW). De rechtbank maakt niet veel woorden vuil aan dit beroep en overweegt dat niet is komen vast te staan dat sprake is van een verboden zekerheidsoverdracht.

De conclusie is dat de levering niet met artikel 3:45 BW kan worden vernietigd en dat van een met artikel 3:84 lid 3 BW bedreigde zekerheidsoverdracht geen sprake is.

N. Lgarah, april 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak: 26-10-2022
ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:3272
Zaaknummer: 278552
Rechters: C.A. de Beaufort
Advocaten: J.W. Both, J.M. Wolfs, M.L. Winters en M. van Lith
Wetsartikelen: 3:45 BW

RECHTSPRAAK

Afwijzing homologatie WHOA-akkoord

Diverse (deels gelieerde) klassen hebben ingestemd met het akkoord, maar voor bijna de helft van het bedrag aan schulden waarvoor een stem is uitgebracht is tegen het akkoord gestemd. Het akkoord heeft dus weinig draagvlak. In samenhang met het feit dat onvoldoende informatie is verschaft over de levensvatbaarheid van de onderneming en dat het akkoord onvoldoende is gewaarborgd, leidt dit ertoe dat de rechtbank het homologatieverzoek afwijst.

De onderneming bestaat uit een groep vennootschappen en hield zich bezig met het kopen, beheren en uitwinnen van debiteurenportefeuilles. Na een kort geding tegen Rabobank heeft de schuldenaar een afkoelingsperiode verzocht. Rabobank heeft zich hier met succes tegen verzet. In deze periode was ook een faillissementsaanvraag aanhangig. De schuldenaar heeft toen de benoeming van een herstructureringsdeskundige verzocht en toegewezen gekregen, waardoor de rechtbank via artikel 3d Fw een afkoelingsperiode heeft moeten afkondigen.

Onder het akkoord wordt aan de Belastingdienst een bedrag in contanten geboden en aan de overige schuldeisers een schuldinstrument met een looptijd tot december 2026 met een jaarlijkse rentevergoeding en aflossing in één keer aan het einde van de looptijd. De aandelen van de drie aandeelhouders worden bij homologatie zonder terugbetaling van kapitaal ingetrokken. Verder zijn ten aanzien van Rabobank en T-Mobile in afwachting van de uitspraak in een bodemprocedure twee schuldinstrumenten gereserveerd. Bij homologatie ontvangt Rabobank ook een vergoeding voor een debiteurenportefeuille die voor de aanvang van de WHOA-procedure was uitgewonnen, maar waarbij geen rekening was gehouden met het pandrecht van Rabobank.

Een akkoord dat weinig draagvlak heeft onder de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders dient volgens de rechtbank kritischer beoordeeld te worden. In dit geval hebben de groepsvennootschappen zelf, een aantal gelieerde partijen en de Belastingdienst voor het akkoord gestemd. Een groot deel van de schuldeisers heeft echter tegen het akkoord gestemd. Van het totale bedrag aan schulden waarvoor een stem is uitgebracht, heeft 49,6%

tegen het akkoord gestemd. Een aantal schuldeisers heeft ook een verzoek tot afwijzing van het homologatieverzoek ingediend.

De rechtbank wijst het verzoek tot homologatie af en houdt het bij een beoordeling van de algemene afwijzingsgronden uit artikel 384 lid 2 Fw. De rechtbank overweegt dat de schuldenaar alle in artikel 375 Fw voorgeschreven informatie heeft overgelegd, met een belangrijke nuancering ten aanzien van het businessplan. De wet vereist dat de schuldenaar een toelichting geeft over de levensvatbaarheid van de onderneming na de herstructurering. Voor gezichtspunten die van belang zijn bij de beoordeling hiervan kan worden gedacht aan (i) de omvang van de onderneming voor en na de herstructurering, (ii) de omvang van de schulden die worden gesaneerd, en (iii) de mate waarin schuldeisers in de toekomst (al dan niet vrijwillig) nog met de onderneming te maken hebben. In dit geval gaat het om een aanzienlijke herstructurering, waarbij grote belangen worden geherstructureerd. Ook is ervoor gekozen om het akkoord zo in te richten dat de schuldeisers worden gedwongen om de toekomstige activiteiten van de onderneming te financieren. In dat licht ontbreken er volgens de rechtbank essentiële onderdelen in het businessplan.

Daarnaast oordeelt de rechtbank dat de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd. De schuldeisers hebben het primaat om te beoordelen of nakoming van een akkoord al dan niet voldoende is gewaarborgd. De schuldeisers hebben volgens de stemuitslag geen vertrouwen in de geschetste toekomst van de onderneming en hun oordeel is dat nakoming niet voldoende is gewaarborgd nu de waardering van de (meer)waarde van de (nieuwe) onderneming onvoldoende grondslag vindt in objectieve gegevens.

A.C. Frentz, april 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 13-03-2023
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:3091
Zaaknummer: C/10/65282 HO RK
Rechters: F. Damsteegt-Molier, R.P. van Eerde en P.J. Neijt
Advocaten: M. Mouthaan, S.W. van den Berg, mr. J.F. Fliek, I. Spinath, A.M. Mennens, R.M. Vermaire, S.V. Vullings, J.P.M. Borsboom, M. Hoogendoorn, P.C.M. Ouwens en R.H. Bask
Wetsartikelen: 384 Fw en 375 Fw

RECHTSPRAAK

Hoger beroep WHOA-beschikking

Het hof oordeelt dat geen hoger beroep open staat tegen een beslissing van de rechtbank tot afwijzing van een verzoek tot homologatie van een WHOA-akkoord. Er is geen grond voor doorbreking van het rechtsmiddelenverbod. Ook volgt uit de Herstructureringsrichtlijn geen verplichting tot het faciliteren van een onverkort beroepsrecht tegen rechterlijke beslissingen over een herstructureringsplan.

De verzoeksters vormen een groep en hebben een WHOA-traject doorlopen dat is gestrand bij de rechtbank (INS 2023-0100). De schuldenaar is van de beschikking waarin de homologatie wordt afgewezen in hoger beroep gegaan. Op de voet van artikel 369 lid 10 Fw staat tegen een dergelijke beschikking echter geen rechtsmiddel open. Het hof merkt op dat het ambtshalve kennis heeft genomen van het feit dat de onderneming inmiddels failliet is verklaard.

De schuldenaar stelt zich op het standpunt dat het rechtsmiddelenverbod in de WHOA niet geldt als de rechtbank de homologatie afwijst. Volgens het hof heeft de wetgever meermaals een uitdrukkelijke keuze gemaakt om geen (regulier) hoger beroep open te stellen voor WHOA-beslissingen. De wettekst en de memorie van toelichting bevatten ook geen aanknopingspunten dat het rechtsmiddelenverbod niet geldt indien het homologatieverzoek wordt afgewezen.

Verder heeft de schuldenaar geprobeerd het homologatieverzoek aan het hof voor te leggen met een beroep op de doorbrekingsjurisprudentie. Volgens vaste jurisprudentie kan een rechtsmiddelenverbod namelijk worden 'doorbroken' op een van de in de rechtspraak ontwikkelde doorbrekingsgronden. Daartoe wordt aangevoerd dat de rechtbank buiten het toepassingsgebied van een bepaling is getreden en dat bij de behandeling van het verzoek het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden. De rechtbank heeft geoordeeld dat de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd. De onderneming stelt zich op het standpunt dat de rechtbank voor die beoordeling de verkeerde maatstaf heeft gebruikt. De rechtbank heeft getoetst of de geherstructureerde onderneming levensvatbaar is en aan de in het akkoord opgenomen verplichtingen kan voldoen. Daarmee is de rechtbank buiten het

toepassingsgebied van de bepaling getreden, aldus de schuldenaar. Naar het oordeel van het hof is dat niet het geval. Het hof merkt daarbij ten overvloede op dat, zelfs als de rechtbank de bepaling *verkeerd* zou hebben toegepast, dit nog niet met zich brengt dat de rechtbank buiten het toepassingsgebied van de bepaling is getreden en er dus sprake is van een doorbrekingsgrond.

Daarnaast voert de schuldenaar aan dat de rechtbank hem en de herstructureringsdeskundige niet in de gelegenheid heeft gesteld zich uit te laten over de tekortkomingen in het akkoord. Aangezien de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige zich schriftelijk hebben kunnen uitlaten over het homologatieverzoek en ook tijdens een mondelinge behandeling hun standpunten nader hebben kunnen toelichten, ziet het hof niet op welke wijze het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden. Dit beginsel brengt namelijk niet mee dat de rechter geen eigen gevolgtrekkingen uit de processtukken mag trekken.

Tot slot heeft het hof nog *ambtshalve* de vraag aan de orde gesteld of artikel 16 van de Herstructureringsrichtlijn een beroepsmogelijkheid biedt en partijen in de gelegenheid gesteld zich hierover uit te laten. Het hof oordeelt dat uit de richtlijn niet volgt dat voor lidstaten een verplichting bestaat tot het faciliteren van een onverkort beroepsrecht tegen rechterlijke beslissingen over een herstructureringsplan. Deze uitleg van het hof vindt ook steun in de considerans van de richtlijn.

Het hof oordeelt dat het beroep van de schuldenaar moet worden verworpen.

A.C. Frentz, april 2023

Instantie: Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak: 11-04-2023
ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2023:721
Zaaknummer: 200.324.525/01
Rechters: J.S. Honée, H.J. van Harten en R.M. Hermans
Advocaten: M. Mouthaan, S.W. van den Berg, mr. J.F. Fliek, A.M. Mennens, R.M. Vermaire, L. van den Reek, M. Hoogenboom, P.C.M. Ouwens en R.H. Bask
Wetsartikelen: 384 Fw en 369 lid 10 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen van de curator op grond van artikel 2:248, 2:9 en 6:162 BW afgewezen

De rechtbank oordeelt dat bestuurders van de failliet (A) niet aansprakelijk zijn voor het boedeltekort c.q. de schade van A op grond van (i) artikel 2:248 BW, subsidiair op grond van (ii) artikel 2:9 BW of meer subsidiair op grond van (iii) artikel 6:162 BW.

De gedaagden (X en Y) waren middels B en C de bestuurders en de enig aandeelhouders van A. Op 11 oktober 2016 wordt A failliet verklaard. Vrijwel direct na de faillietverklaring hebben X en Y de administratie aan de curator ter beschikking gesteld.

Bijna drie jaar later, op 28 augustus 2019, worden X en Y aangeschreven door de curator met vragen over de administratie en pas in 2021 heeft de curator een dagvaarding voor de aansprakelijkheidstelling op grond van artikel 2:248 BW, subsidiair artikel 2:9 BW en meer subsidiair artikel 6:162 BW uitgebracht.

De curator legt aan zijn vordering ten grondslag dat de deponeringsplicht van artikel 2:394 BW en de administratieplicht van artikel 2:10 BW zijn geschonden. Daarmee is volgens de curator sprake van onbehoorlijke taakvervulling door X en Y en wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:248 lid 2 BW). Ook op andere gronden zouden de bestuurders hun taak onbehoorlijk hebben vervuld, namelijk door mee te werken aan de verkoop van dochtervennootschappen, terwijl de koopprijs te laag was en de koopprijs niet aan de failliet ten goede is gekomen, zodat de schuldeisers zijn benadeeld (art. 2:248 lid 1 BW). De curator stelt subsidiair dat sprake is van onbehoorlijk bestuur als bedoeld in artikel 2:9 BW. Ook op die grond zijn de bestuurders aansprakelijk voor de schade die A als gevolg van de onbehoorlijke taakvervulling heeft geleden. Meer subsidiair hebben de bestuurders van A onrechtmatig gehandeld (ex art. 6:162 BW) door A bewust leeg te trekken en haar met onbetaalde schulden achter te laten.

De bestuurders verweren zich door te stellen dat de curator niet-ontvankelijk is, omdat de klachtplicht (ex art. 6:89 BW) zou zijn geschonden en de vorderingen van de curator zouden

zijn verjaard. Betwist wordt dat de deponeringsplicht is geschonden. Verder wordt gesteld dat het gestelde onbehoorlijke bestuur buiten de driejaarstermijn van artikel 2:248 lid 6 BW valt, zodat de curator geen vordering op grond van artikel 2:248 BW toekomt. De bestuurders betwisten dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en dat schuldeisers zijn benadeeld of dat zij onrechtmatig hebben gehandeld.

De rechtbank oordeelt dat het verweer dat niet voldaan zou zijn aan de klachtplicht van artikel 6:98 BW niet opgaat, aangezien de klachtplicht ziet op verbintenissen en niet van toepassing is op vorderingen ingesteld door de curator op grond van artikel 2:248 BW en/of 2:9 BW en in dit geval ook niet op de vordering op grond van artikel 6:162 BW.

Ten aanzien van het beroep op artikel 2:248 BW van de curator overweegt de rechtbank dat het faillissement van A op 11 oktober 2016 is uitgesproken. Artikel 2:248 lid 6 BW brengt mee dat X en Y niet door de curator kunnen worden aangesproken voor bestuurshandelingen van vóór 11 oktober 2013. Het verweten handelen is het verkopen van de dochtervennootschappen tegen een te lage prijs in januari 2013. Dit handelen kan derhalve niet in de beoordeling door de rechtbank worden betrokken.

De rechtbank oordeelt dat de deponeringsplicht en boekhoudplicht niet zijn geschonden en dat het ten aanzien van de selectieve betalingen gaat om een relatief klein bedrag van € 1.464,77 waarvan, los van de vraag of hierdoor sprake is van onbehoorlijk bestuur, niet aannemelijk is gemaakt dat deze betalingen een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn. De rechtbank oordeelt dat de curator verder geen feiten heeft gesteld die leiden tot de conclusie dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, die een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement.

De rechtbank gaat nog in op de gronden voor de aansprakelijkheidstellingen op grond van artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW. Beide vorderingen worden afgewezen. De rechtbank oordeelt ten aanzien van de vordering op grond van artikel 2:9 BW dat, nog los van de vraag of de vordering is verjaard, van onbehoorlijk bestuur geen sprake is.

Ten aanzien van de vordering op grond van artikel 6:162 BW oordeelt de rechtbank dat de betrokken bestuurder pas persoonlijk aansprakelijk wordt gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeisers in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hiervan is in dit geval geen sprake. Alle vorderingen van de curator worden afgewezen.

W.P.IJ. Overgoor, april 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 22-02-2023
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:2621
Zaaknummer: C/09/622815 / HA ZA 22-7
Rechters: J. Smeets
Advocaten: M.L. van Dokkum en D.Th.J. van der Klei
Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Schending bancaire zorgplicht door Spaanse bank wegens het meewerken aan de verkoop van een woning zonder toestemming curator

Nadat twee personen failliet worden verklaard, verkopen en leveren zij hun Spaanse vakantiewoning aan een derde zonder medeweten en toestemming van de curator. Een Spaanse bank werkt mee aan die transactie, door doorhaling van haar hypotheekrecht op de woning en het in ontvangst nemen van de koopsom. Zij schendt daarmee de bancaire zorgplicht omdat zij reeds eerder door de curator van het faillissement op de hoogte was gesteld. Daarmee handelt de bank onrechtmatig en moet zij een schadevergoeding betalen aan de boedel.

Twee natuurlijke personen zijn op 7 juni 2016 door de rechtbank Noord-Nederland failliet verklaard. Faillieten waren op dat moment eigenaar van een vakantiewoning in Spanje. Op die woning rustte een hypotheekrecht naar Spaans recht ten behoeve van de Spaanse bank 'Caixaltea'. Bij e-mail van 20 juli 2016 heeft de curator de bank (in het Engels) mededeling gedaan van het faillissement. Ook heeft hij het faillissementsvonnis toegestuurd, gemeld dat faillieten niet meer beschikkingsbevoegd zijn en verzocht om de rekeningen te blokkeren. Ook heeft hij om informatie gevraagd over de vakantiewoning en de lening waarvoor een hypotheekrecht was verstrekt.

Diezelfde dag heeft de bank de rekeningen geblokkeerd. Een week later vraagt de bank om een vertaling van het faillissementsvonnis, met een beroep op artikel 19 Verordening (EG) 1346/2000 (IVO 2000). Nadien (in augustus 2016) is de vakantiewoning geleverd aan een derde. De bank heeft meegewerkt aan het doorhalen van de hypotheek en de levering van de woning. Vervolgens ontvangt zij de koopsom en verrekent die met haar vordering op faillieten. De boedel is (kennelijk) niets toegekomen.

De curator verwijt de bank dat zij de bancaire zorgplicht heeft geschonden. Zij heeft jegens de boedel onrechtmatig gehandeld, enerzijds door de curator niet tijdig te informeren over de

aanstaande verkoop/levering van de woning en anderzijds door medewerking te verlenen aan de doorhaling van de hypotheek en de levering. Vanwege het faillissement waren faillieten immers niet langer beschikkingsbevoegd. Door de mededeling van het faillissement was de bank ook niet meer te goeder trouw in de zin van artikel 54 Fw. Daardoor was zij niet meer bevoegd de ontvangen koopsom te verrekenen met haar vordering op faillieten, aldus de curator.

Volgens de bank kon, na de mededeling van de curator op 20 juli 2016, nog niet van haar worden verwacht dat zij de curator zou informeren over de aanstaande verkoop/levering. Zij had het faillissement nog niet kunnen verifieren. De curator wist daarentegen – getuige zijn informatieverzoeken – al van het bestaan van de woning en de hypotheek. Ook zou de bank (op basis van Spaans recht) de levering niet hebben kunnen verhinderen toen de koopsom aan haar werd betaald.

De rechtbank oordeelt in het voordeel van de curator. De bank heeft onzorgvuldig, en daarmee onrechtmatig, gehandeld jegens de boedel. Na het (direct) blokkeren van de rekeningen had van de bank mogen worden verwacht dat zij sneller had gehandeld richting de curator. Door de mededeling van de curator moest de bank op zijn minst ernstig rekening houden met een faillissementssituatie. Ingevolge artikel 17 IVO 2000 heeft het faillissement ook meteen effect in Spanje. Bovendien was de bank ermee bekend dat een vermogensbestanddeel uit de boedel dreigde te verdwijnen. Als zij de curator daarover had geïnformeerd, had hij actie kunnen ondernemen om de levering te voorkomen. Daarnaast handelde de bank onzorgvuldig door medewerking te verlenen aan de levering van de woning. Ook naar Spaans faillissementsrecht verliest de failliet immers het beheer en de beschikking over de boedel, en komen die bevoegdheden toe aan de curator. Verder oordeelt de rechtbank dat de bank niet meer te goeder trouw was en (dus) niet meer bevoegd was om zich jegens faillieten op verrekening te beroepen (ex art. 54 Fw).

De bank wordt veroordeeld tot betaling van schadevergoeding. De omvang van de schade wordt bepaald door vergelijking van de huidige situatie met die waarin de vakantiewoning tot verhaal van de schuldeisers had kunnen dienen. Als de woning volgens de regels van de Faillissementswet te gelde was gemaakt, zou de verkoopopbrengst minus de hypotheekschuld aan de boedel toekomen. De bank moet derhalve een bedrag ad € 215.000 vergoeden aan de boedel.

Het vonnis wordt – op verzoek van de bank en na een belangenafweging – niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard. De faillissementsboedel is namelijk negatief en er bestaat een reëel restitutierisico voor de bank.

R.J.H. Berghuis, april 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak: 08-03-2023
ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2023:1331
Zaaknummer: C/18/208262 / HA ZA 21-170
Rechters: M. Griffioen
Advocaten: mr. K.C.S. Meekes, K.M. Löwik-Feit en M.J.R. Jansen
Wetsartikelen: 54 Fw, 53 Fw, 23 Fw, 24 Fw, 19 IVO (oud) en 17 IVO (oud)

RECHTSPRAAK

WHOA: afkoelingsperiode opgeheven omdat schulden oplopen en onvoldoende vooruitgang is geboekt

ABN AMRO en de herstructureringsdeskundige hebben een zienswijze ingediend naar aanleiding van het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode. De rechtbank wijst het verzoek af en heft de afkoelingsperiode op omdat schulden oplopen, onvoldoende vooruitgang is geboekt bij het verkrijgen van nieuwe financiering en de herstructureringsdeskundige te weinig informatie ontvangt en te weinig bij het proces wordt betrokken.

Op 1 maart 2023 heeft de rechtbank op verzoek van twee vennootschappen een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van een maand (INS 2023-0094). In deze procedure verzoeken de vennootschappen om verlenging van de afkoelingsperiode. Volgens de vennootschappen hebben zij nog enige tijd nodig om de financiering rond te krijgen die benodigd is om ABN AMRO, de huidige financier, af te lossen. Onderhandeld wordt over het verstrekken van een lening aan de bestuurder van de vennootschappen, die dat bedrag dan beschikbaar stelt aan de vennootschappen. Eerder zou de financier nog werkkapitaal verschaffen van € 1 miljoen en financiering om ABN AMRO af te lossen van € 2 miljoen in de vorm van eigen vermogen, maar dat is niet gelukt omdat de financier dat te risicovol vond zonder zekerheden. Een ander probleem was dat de financier de KYC-informatie (*know your customer*) die ABN AMRO nodig had kennelijk niet wilde verstrekken.

ABN AMRO heeft een zienswijze ingediend en gevraagd de afkoelingsperidoe niet te verlengen. Er zou aanvullend werkkapitaal worden verschaft, maar dat is niet gebeurd. Hierdoor is niet aan alle lopende verplichtingen voldaan en wordt de onderneming slechts beperkt voortgezet. Dit heeft tot gevolg dat onvoldoende vervangende zekerheid is gevestigd ten gunste van ABN AMRO. De bank is ook van mening dat onvoldoende vooruitgang is geboekt bij de voorbereiding van het akkoord. Pas op een laat moment is onderhandeld met de mogelijke financier, KYC-informatie is niet verstrekt en uiteindelijk blijkt de aandelentransactie niet door te gaan.

De mening van de herstructureringsdeskundige sluit aan bij het standpunt van ABN AMRO. De herstructureringsdeskundige stelt dat de schuld bij de Belastingdienst en het pensioenfonds oploopt, terwijl het plan om nieuwe financiering te verkrijgen telkens wijzigt en ook na de zitting niet concreet en onderbouwd is. De herstructureringsdeskundige wordt ook onvoldoende geïnformeerd door de vennootschappen.

De rechtbank wijst het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode af en heft de afkoelingsperiode op. De schulden lopen op, terwijl nog geen concreet en aantoonbaar zicht is op nieuwe financiering. Daar komt bij dat de herstructureringsdeskundige beperkt wordt geïnformeerd en beperkt bij het proces wordt betrokken.

H.J. de Kloe, april 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak: 18-04-2023
ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2023:1563
Zaaknummer: C/18/221705 FT RK 23/199 en C/18/221716 FT RK 23/203
Rechters: H.J. Idzenga, D.J. Klijn en J.H. Steverink
Advocaten: M.J.W. Hemmes, H.J. Tulp, J. van der Meer, C.B.J. Glas, E.J. Oppedijk van Veen en M.R. Schreurs
Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: afkondiging afkoelingsperiode voor de duur van een maand

Zonder afkoelingsperiode lijkt een faillissement onafwendbaar, waardoor producten onverkoopbaar worden door het verval van licenties. ABN AMRO moet dulden dat de schuldenaren gebruik blijven maken van hun betaalrekening. Naar het oordeel van de rechtbank is het niet nodig dat de rechtbank bepaalt dat de schuldenaren ten gunste van ABN AMRO vervangende zekerheid stellen omdat die verplichting reeds volgt uit de wet.

Twee vennootschappen hebben op 2 februari 2023 op grond van artikel 376 Fw verzocht om de afkondiging van een afkoelingsperiode. De afkoelingsperiode is op 6 februari 2023 voorlopig verleend, totdat definitief op het verzoek is beslist. Op 10 februari 2023 is een herstructureringsdeskundige aangewezen op verzoek van de vennootschappen (INS 2023-0092).

Vennootschap 1 houdt zich bezig met het ontwikkelen en fabriceren van producten voor de wereldwijde export. Vennootschap 2 hield zich bezig met technische advieswerkzaamheden die gerelateerd zijn aan vennootschap 1, maar de onderneming van vennootschap 2 is inmiddels gestaakt. Vennootschap 1 maakte tot en met 2020 winst. Vennootschap 2 heeft nooit winst gemaakt.

Door de lockdowns, beperkte beschikbaarheid van materialen, latere uitlevering en latere betaling van klanten als gevolg van de coronacrisis en door de blokkade van het Suezkanaal waardoor leveringen werden vertraagd, kreeg vennootschap 1 financiële problemen. In februari 2022 heeft ABN AMRO, de financier van beide vennootschappen, de kredietrelatie opgezegd, uiteindelijk per 20 december 2022. Omdat het niet is gelukt een nieuwe financier te vinden, heeft ABN AMRO het krediet opgeëist en op 20 januari 2023 een faillissementsverzoek ingediend ten aanzien van vennootschap 1 en vennootschap 2.

De vennootschappen verzoeken om een afkoelingsperiode voor de duur van een maand. Ze

zijn bezig met de voorbereiding van een WHOA-akkoord en die voorbereiding wordt gefrustreerd door het faillissementsverzoek. Het is ook van belang dat inkomende betalingen kunnen worden gebruikt voor het voldoen van de lopende verplichtingen. Een afkoelingsperiode is noodzakelijk om te voorkomen dat ABN AMRO binnenkomende betalingen verrekent met de bankschuld. Voorts heeft de Belastingdienst executoriaal beslag gelegd op onroerende zaken en (volgens de vennnootschappen) op de bankrekeningen van de vennootschappen. De vennootschappen verzoeken om opheffing van die beslagen.

De rechtbank wijst het verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode toe. Zonder afkoelingsperiode kan de onderneming niet worden voortgezet en lijkt een faillissement onafwendbaar. Door een faillissement worden geproduceerde producten vermoedelijk onverkoopbaar vanwege het vervallen van licenties, worden langdurige overeenkomsten en klantenrelaties beëindigd en zijn bestaande vorderingen niet of slechts beperkt inbaar. In faillissement kan vermoedelijk geen uitkering worden gedaan aan de preferente en concurrente schuldeisers. Een afkoelingsperiode is daarom ook in het belang van de gezamenlijke schuldeisers.

De Belastingdienst heeft geen bezwaar tegen de afkoelingsperiode en ABN AMRO heeft na onderhandelingen met de vennootschappen ingestemd met een afkoelingsperiode van een maand, waar in eerste instantie was verzocht om een afkoelingsperiode van vier maanden. Er kan daarom van uit worden gegaan dat derden niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.

De rechtbank kondigt een algemene afkoelingsperiode af en bepaalt expliciet dat de Belastingdienst de onroerende zaken waarop beslag is gelegd niet kan opeisen. Verder wordt het door ABN AMRO ingediende faillissementsverzoek geschorst en moet ABN AMRO de bankrekeningen die de vennootschappen bij haar houden aan hen ter beschikking stellen en mag ABN AMRO de binnenkomende gelden niet verrekenen. Tot slot wordt het beslag van de Belastingdienst op de bankrekeningen indien en voor zover dat is gelegd opgeheven. Het beslag van de Belastingdienst op de onroerende zaken wordt niet opgeheven, omdat de onderneming ook kan worden voortgezet als het beslag op deze zaken blijft rusten.

De rechtbank overweegt dat het niet nodig is te bepalen dat de vennootschappen vervangende zekerheid moeten stellen ten gunste van ABN AMRO, omdat deze verplichting reeds volgt uit de wet (art. 376 lid 7 Fw).

H.J. de Kloe, april 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak: 01-03-2023
ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2023:1562
Zaaknummer: Ch 8/220431 FT RK 23/77 en Ch 8/22043 2 FT RK 23/78
Rechters: H.J. Idzenga, R.P. van Eerde en J.H. Steverink
Advocaten: M.J.W. Hemmes, J. van der Meer, E.J. Oppedijk van Veen en M.R. Schreurs
Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Bewijsvermoedens artikel 2:248 BW

Jaarrekening te laat gedeponeerd. Onbehoorlijk bestuur staat vast. Bestuurder tracht bewijsvermoeden te weerleggen.

De bestuurder van BV X en BV Z wordt door de curator in het faillissement van beide vennootschappen aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 BW. BV X heeft de jaarrekening over 2016 vijf maanden te laat gedeponeerd en de jaarrekeningen over 2017 en 2018 helemaal niet. BV Z heeft in het geheel geen jaarrekeningen gedeponeerd. Daarmee staat vast dat de publicatieplicht is geschonden. Van een onbelangrijk verzuim is geen sprake. Ingevolge artikel 2:248 lid 2 BW staat vast dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

De rechtbank oordeelt dat de bestuurder er niet in is geslaagd om aannemelijk te maken dat andere feiten en omstandigheden het faillissement van X en Z in belangrijke mate hebben veroorzaakt.

Ten aanzien van BV X stelt de bestuurder dat het faillissement mede is veroorzaakt door het faillissement van haar moedermaatschappij Y. Volgens de rechtbank heeft de bestuurder die stelling onvoldoende onderbouwd. Hij heeft immers geen onderbouwing gegeven voor het standpunt dat het faillissement van vennootschap Y er onvermijdelijk toe heeft geleid dat vennootschap X failliet is gegaan.

Als tweede oorzaak van het faillissement van vennootschap X noemt de bestuurder de weigering door de voormalig curator van moedervennootschap Y van het voorstel van de bestuurder om de aandelen van BV X om niet over te nemen. De voormalig curator van Y heeft die weigering uitgebreid toegelicht. De bestuurder heeft daar volgens de rechtbank niet concreet en inhoudelijk op gereageerd. De curator stelt zich op het standpunt dat het gelet op het tijdsverloop tussen de weigering en het faillissement van vennootschap X onwaarschijnlijk is dat het 'niet handelen' van de voormalig curator van Y de oorzaak is van het faillissement. Daar heeft de bestuurder niet op gereageerd.

Als derde oorzaak noemt de bestuurder zowel bij vennootschap X als vennootschap Z omzetdaling in de branche. De rechtbank overweegt dat nieuwsberichten waar de bestuurder in dit kader naar verwijst, dateren van na het staken van de activiteiten van vennootschap X. Bovendien blijkt uit de nieuwsberichten dat webwinkels juist meer omzet behaalden. Vennootschap X heeft daarvan tot de beëindiging van haar activiteiten geprofiteerd. Uit omzetoverzichten van vennootschap Z volgt dat juist sprake was van een stijgende omzettendens.

Als andere oorzaak van het faillissement van vennootschap Z noemt de bestuurder nog een discussie met de Belastingdienst. De curator heeft dit standpunt van de bestuurder gemotiveerd betwist.

Op basis van het voorgaande concludeert de rechtbank zowel ten aanzien van BV X (rechtsoverweging 5.7) als ten aanzien van BV Z (rechtsoverweging 5.12) in vergelijkbare bewoordingen dat de bestuurder het wettelijke vermoeden van onbehoorlijk bestuur niet heeft ontkracht door aannemelijk te maken dat er andere feiten en omstandigheden zijn die het faillissement in belangrijke mate hebben veroorzaakt. Die gevolgtrekking is mijns inziens onjuist. De rechtbank had, overeenkomstig zijn eigen bewoordingen (rechtsoverweging 5.3), moeten overwegen dat de bestuurder niet aannemelijk heeft weten te maken dat andere feiten en omstandigheden dan het onbehoorlijke bestuur het faillissement in belangrijke mate hebben veroorzaakt (causaliteit). Dat sprake is van onbehoorlijk bestuur staat immers vast. Dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement is een weerlegbaar vermoeden.

S.W.M. Kessels, april 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak: 08-03-2023
ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:1225
Zaaknummer: C/08/274459 / HA ZA 21-486
Rechters: J.N. Bartels
Advocaten: J.C. Mulder en M.W.G. Versendaal
Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

WHOA: aanwijzing herstructureringsdeskundige op verzoek schuldenaren

De rechtbank heeft op verzoek van twee vennootschappen als voorlopige voorziening een afkoelingsperiode afgekondigd jegens ABN AMRO. Nadat ABN AMRO heeft verzocht een observator aan te wijzen, verzoeken de vennootschappen om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. De rechtbank wijst dit verzoek toe.

Twee vennootschappen hebben op 1 februari 2023 een startverklaring gedeponeerd bij de griffie van de rechtbank voor de aanbieding van een WHOA-akkoord. Op 2 februari 2023 is een verzoek gedaan tot afkondiging van een afkoelingsperiode. Op 6 februari 2023 is de afkoelingsperiode bij wijze van voorlopige voorziening afgekondigd jegens ABN AMRO, totdat een eindbeslissing is genomen op het verzoek. De mondelinge behandeling van dit verzoek staat gepland op 27 februari 2023.

Op 8 februari 2023 heeft ABN AMRO verzocht om de aanwijzing van een observator, waarna de vennootschappen op 9 februari 2023 hebben verzocht om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. De rechtbank doet uitspraak op 10 februari 2023. De rechtbank beoordeelt eerst het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, omdat het verzoek om aanwijzing van een observator dan geen behandeling behoeft.

De rechtbank overweegt dat een herstructureringsdeskundige wordt aangewezen als de schuldenaar daarom verzoekt, mits de schuldenaar verkeert in de toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. De vennootschappen hebben gesteld dat dit het geval is, omdat ABN AMRO een faillissementsverzoek heeft ingediend, terwijl het perspectief bestaat om insolventie af te wenden omdat een intentieovereenkomst is gesloten met twee nieuwe financiers.

De vennootschappen hebben offertes van twee mogelijke herstructureringsdeskundigen overgelegd. Hoewel de rechtbank beide personen geschikt acht, wijst de rechtbank één van hen aan in verband met zijn competenties en ervaringen in de insolventie- en (internationale)

overnamepraktijk.

H.J. de Kloe, april 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak: 10-02-2023
ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2023:1561
Zaaknummer: C/18/220608 FT RK 23/98 en C/18/220610 FT RK 23/99
Rechters: H.J. Idzenga, R.P. van Eerde en J.H. Steverink
Advocaten: M.J.W. Hemmes
Wetsartikelen: 370 Fw, 371 Fw en 376 Fw

RECHTSPRAAK

Vernietiging faillissement in hoger beroep

Een natuurlijke persoon is failliet verklaard. De schuldenaar kan een deel van zijn schulden betalen met het bedrag dat op de zakelijke rekening staat en heeft voor een deel van zijn schulden een regeling getroffen. Het hof vernietigt het faillissement.

Een natuurlijke persoon is op verzoek van twee vennootschappen failliet verklaard. In deze procedure gaat de schuldenaar in hoger beroep tegen de faillietverklaring.

De schulden bedragen, inclusief boedelschulden, ongeveer € 60.000. Een deel van de schulden kan betaald worden met het saldo van de zakelijke rekening van ongeveer € 18.000. Voor een ander deel van de schulden is een regeling getroffen. De vader van de schuldenaar staat voor een aantal betalingen garant.

Het beschikbare bedrag en de getroffen regelingen overziend, is er een tekort van € 1.208. Dit tekort wordt aangevuld met een bedrag dat op de derdengeldenrekening van de advocaat van de schuldenaar staat (€ 500) en door de curator een deel van zijn salaris (€ 750) op een later moment te betalen. De advocaat van de schuldenaar staat nadrukkelijk in voor de betalingen.

Zowel de aanvragers van het faillissement als de curator stemmen in met de vernietiging van het faillissement. De curator neemt er niet alleen genoegen mee dat een deel van zijn salaris later wordt betaald, maar heeft zijn salaris ook gematigd met ongeveer € 1.500.

Op basis van de feiten in deze zaak oordeelt het hof dat de schuldenaar niet langer in de toestand verkeert dat hij is opgehouden te betalen. Het hof vernietigt het faillissement.

H.J. de Kloe, april 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 23-03-2023
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:959
Zaaknummer: 200.323.133_01

Rechters: R.R.M. de Moor, S.M.A.A.M. Venhuizen en C.M. Molhuysen
Advocaten: J.A.M. Kuijlaars en P. van Zwijndregt
Wetsartikelen: 8 lid 1 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurders niet-ontvankelijk in artikel 67-beroep tegen machtiging procederen

De curator heeft van de rechter-commissaris een machtiging ontvangen om een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure te voeren. De (indirect) bestuurders komen op grond van artikel 67 Fw in beroep tegen deze machtiging. De rechtbank oordeelt dat de bestuurders niet-ontvankelijk zijn in hun beroep, omdat ze geen 'partij' zijn bij de beschikking van de rechter-commissaris.

De curator van Grondontwikkeling Nederland B.V. heeft van de rechter-commissaris een machtiging ontvangen om een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure te voeren tegen de (directe en indirecte) bestuurders. De bestuurders stellen op grond van artikel 67 Fw beroep in tegen deze machtiging. De rechtbank oordeelt dat de bestuurders niet-ontvankelijk zijn in hun beroep, omdat zij niet als 'partij' bij de beschikking kunnen worden aangemerkt. Partij zijn slechts degenen die het tot de beschikking leidende verzoek aan de rechter-commissaris hebben gedaan en degenen tot wie de beschikking is gericht.

De rechtbank overweegt dat de rechtspositie van degene tegen wie geprocedeerd kan worden met de machtiging niet wordt aangetast als de curator gebruikmaakt van de machtiging. Voorts overweegt de rechtbank dat diegene 'geen belang of taak heeft bij het toezicht op het beheer van de vereffening van de boedel, in welk kader de betrokken machtiging is afgegeven'. De mogelijkheid tot hoor en wederhoor is de bestuurders niet ontnomen, omdat hoor en wederhoor kan worden toegepast in de door de curator aan te spannen procedure.

H.J. de Kloe, april 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Holland
Datum uitspraak: 04-04-2023
ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2023:3033
Zaaknummer: C15/333316 / FT RK 22-714

Rechters: W.S.J. Thijs
Advocaten: V.H.B. Kruit
Wetsartikelen: 67 Fw en 69 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Homologatie WHOA-akkoord IHC

Vonnis op het verzoek tot homologatie van een (groeps)akkoord ex artikel 383 lid 1 Fw door IHC en op het verzoek tot afwijzing van het homologatieverzoek ex artikel 383 lid 8 Fw door Rabobank.

Inleiding

De onderhavige uitspraak betreft het verzoek tot homologatie van een (groeps)akkoord ex artikel 383 lid 1 Fw door IHC. Een van de crediteuren, Rabobank, heeft de rechtbank verzocht om IHC niet-ontvankelijk te verklaren dan wel het homologatieverzoek af te wijzen ex artikel 383 lid 8 Fw. Onder het akkoord worden de rechten van de gesecureerde crediteuren gewijzigd. Deze rechten omvatten vorderingen uit hoofde van een gesyndiceerde lening met verschillende financieringsfaciliteiten en derivatenovereenkomsten.

Het akkoord en de stemming

Onder het akkoord verkoopt IHC een van haar dochtervennootschappen aan HAL. Met de verkoopopbrengst wordt een deel van de uitstaande bedragen onder de Revolving Facility vervroegd afgelost, een deel wordt gebruikt als *cash collateral* (€ 15 miljoen) en het restant wordt gebruikt ter versterking van de liquiditeitspositie. De *committed facility* wordt teruggebracht van € 950 miljoen naar € 503 miljoen en er wordt een aantal aanvullende zekerheden verschaft. IHC heeft de Secured Creditors ingedeeld in zeven klassen, die primair de indeling in de bestaande kredietfaciliteiten volgen. Zes van de Secured Creditors hebben met het akkoord ingestemd. Lloyds Bank en Rabobank hebben tegen het akkoord gestemd. De uitslag van de stemming is dat alle klassen hebben ingestemd met het akkoord (met gemiddeld ongeveer 75% van de stemmen binnen een klasse vóór het akkoord).

De observator heeft in zijn zienswijze toegelicht dat hij de gehanteerde klassenindeling niet in strijd acht met artikel 374 Fw. Rabobank is tegen het akkoord omdat zij de levensvatbaarheid van de onderneming IHC ontoereikend acht om te kunnen aannemen dat de nakoming van het akkoord voldoende is gewaarborgd. De observator deelt die opvatting niet.

De beoordeling

Na het vaststellen van de ontvankelijkheid gaat de rechtbank uitvoerig in op de algemene afwijzingsgronden van artikel 384 lid 2 Fw. Bij de beoordeling van de gronden stelt de rechtbank voorop dat een ruime meerderheid van de stemgerechtigde schuldeisers vóór het akkoord heeft gestemd.

Een belangrijke vraag in deze herstructurering is of via de WHOA een schuldeiser kan worden gedwongen om het werkkapitaal van de onderneming te blijven financieren. De rechtbank oordeelt dat de WHOA het in beginsel toelaat dat een akkoord ertoe leidt dat kredietverstrekkers worden verplicht op basis van (voorafgaand aan de herstructurering) bestaande kredietfaciliteiten in de toekomst het werkkapitaal te blijven financieren. Of dat in een concreet geval mogelijk is hangt af van (i) in hoeverre de verplichtingen waaronder die financiering plaatsvindt wezenlijk wijzigen; en (ii) in hoeverre de in het kader van het akkoord beoogde (overige) wijzigingen van de kredietdocumentatie nog passen in de lijn van artikel 370 lid 1 Fw. Kort gezegd oordeelt de rechtbank in onderhavig geval dat onder het akkoord geen sprake is van een wijziging van de verplichting van de Secured Lenders om krediet te verstrekken aan IHC – het betreft slechts een wijziging van de beschikbare limieten.

Vervolgens overweegt de rechtbank over de toestand als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw het volgende. Door het tekortschieten in de verplichting om een lening tijdig terug te betalen, is de volledige uitstaande financiering opeisbaar geworden. IHC kan niet aan deze terugbetalingsverplichting voldoen en stevent zonder herstructurering af op een faillissement. Zoals bij vrijwel iedere herstructurering het geval is, kan niet met zekerheid gezegd worden dat IHC in de toekomst, na herstructurering, wel een winstgevende operatie zal hebben, maar voor de rechtbank is het voldoende dat een ruime meerderheid van de stemgerechtigde schuldeisers vertrouwen heeft.

Wat betreft de stemming over het akkoord is de rechtbank van oordeel dat de gegeven stemtermijn, die niet korter is dan de wettelijke termijn van acht dagen, redelijk is. Al in de zomer van 2022 is besloten tot verkoop van de dochtervennootschap en zowel tijdens als na de afronding van het verkoopproces zijn onderhandelingen met de Secured Creditors gevoerd over de noodzakelijke wijzigingen. Hetzelfde geldt ook voor de klassenindeling. Rabobank is van mening dat het indelen van de klassen een strategische keuze is geweest om te voorkomen dat door een tegenstem van Rabobank een tegenstemmende klasse zou ontstaan. De rechtbank gaat hier niet in mee en oordeelt dat een andere indeling niet tot een andere stemuitslag zou hebben geleid.

Artikel 384 lid 2 sub f Fw vereist voor bescherming van een transactie dat deze onmiddellijk

noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord. Voor bescherming van nieuwe financiering is voldoende dat deze noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord. In een geval als het onderhavige, waarbij een transactie in wezen voorziet in financiering van zowel de (onmiddellijke) uitvoering van het akkoord als de voortzetting van de onderneming, is er geen reden om het noodzaakcriterium strenger te toetsen dan in het geval de financiering wordt betrokken door een verschaffer van vreemd vermogen. Voldoende is derhalve dat (redelijkerwijs aannemelijk is dat) de door middel van de transactie verkregen gelden noodzakelijk zijn voor de uitvoering van het akkoord. Volgens de rechtbank is dat het geval.

Rabobank voert voorts aan dat zij onder het akkoord slechter af is dan zij zou zijn in faillissement. Om deze reden zou het akkoord op grond van artikel 384 lid 3 Fw niet gehomologeerd moeten worden. Bijzonder in deze casus is dat de liquidatiewaarde van IHC de vordering van de Secured Creditors overstijgt en dat Rabobank zekerheid heeft dat haar vordering in faillissement zal worden voldaan. Dat brengt volgens de rechtbank echter niet mee dat aldus summierlijk is gebleken dat Rabobank op basis van het akkoord slechter af is. De reorganisatiewaarde van IHC is hoger dan de liquidatiewaarde en onder het akkoord krijgen de Secured Creditors een hogere rentevergoeding, een fee en worden er aanvullende zekerheden verstrekt in de vorm van garantieaanspraken. Deze aanspraken wegen, anders dan Rabobank betoogt, wel mee bij de *best interest of creditors test*.

De rechtbank wijst het verzoek tot homologatie toe en het verzoek tot afwijzing van de homologatie af.

D.R.C. Smit, april 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 09-03-2023
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:2800
Zaaknummer: C/10/652698 HO RK 23/83
Rechters: F. Damsteegt, M.P. Valk en A.E. Vos
Advocaten: B.W.G. van der Velden en S.R.F. Aarts
Wetsartikelen: Art. 383 Fw

RECHTSPRAAK

Verrekening geldleningen met facturen voor (kort voor faillissement) uitgevoerde aannemingswerkzaamheden niet vernietigbaar. Met wenk

Een aannemingsonderneming verricht kort voor haar faillietverklaring verbouwingswerkzaamheden voor haar (middellijk) bestuurder, die eerder een tweetal geldleningen aan de vennootschap had verstrekt. Verrekening van de facturen voor de verrichte werkzaamheden met de eerder verstrekte geldleningen kan volgens rechtbank en hof niet worden aangetast, noch met de faillissementspauliana, noch met artikel 54 Fw.

De casus

Faberstukadoors B.V. ('Faberstukadoors'), TB Infra & Groenvoorziening B.V. ('TB') en Namegh Bouw B.V. ('Namegh') zijn drie zustervennootschappen. Via een holdingvennootschap (SRD Beheer B.V.) en een STAK werden al deze vennootschappen sinds 8 mei 2019 bestuurd door geïntimeerde.

Op 7 maart 2019 stort geïntimeerde een bedrag van € 15.000 op de bankrekening van Faberstukadoors, met omschrijving 'kortstondige lening'. Direct na ontvangst van deze storting betaalt Faberstukadoors € 13.500 aan FGD Lease. Het betrof een leasetermijn voor een auto die eigenlijk door Namegh verschuldigd was. Het door Faberstukadoors aan FGD Lease betaalde bedrag is door Faberstukadoors geboekt als geldlening aan Namegh.

Op 29 maart 2019 stort geïntimeerde een bedrag van € 25.000 op de bankrekening van Faberstukadoors, met omschrijving 'kortstondige lening'. Deze storting wordt direct doorgestort aan TB. Faberstukadoors heeft deze overboeking als vordering op Namegh in rekening-courant geboekt.

Op enig moment (volgens de curator: in of na april 2019) sluit Faberstukadoors met geïntimeerde een aannemingsovereenkomst voor een verbouwing aan het huis van

geïntimeerde. Op 6 augustus 2019 zendt Faberstukadoors in verband met de gedane werkzaamheden twee facturen tot een totaalbedrag van € 39.055,62 aan geïntimeerde. Deze worden niet voldaan.

Op 29 augustus vraagt een schuldeiser (het bedrijfstakpensioenfonds) het faillissement van Faberstukadoors aan. Op 3 september 2019 wordt de statutaire naam van Faberstukadoors gewijzigd naar HODN I. Op 1 oktober 2019 wordt Faberstukadoors in staat van faillissement verklaard.

De curator probeert de vorderingen van Faberstukadoors op Namegh uit hoofde van de op 7 maart 2019 en 29 maart 2019 aan haar doorgeleende (oorspronkelijk van geïntimeerde afkomstige) gelden te innen. Verhaal van deze vorderingen blijkt echter onmogelijk. Op 4 januari 2022 wordt ook Namegh in staat van faillissement verklaard.

Het geschil

De curator spreekt geïntimeerde aan tot het betalen van de facturen in verband met de verbouwing aan haar huis. Geïntimeerde stelt zich op het standpunt dat zij de bedragen die zij verschuldigd is in verband met de verbouwing kan verrekenen met de twee stortingen van in totaal € 45.000 aan Faberstukadoors uit maart 2019. In reactie daarop betrekt de curator de volgende drie stellingen:

(1) dat de door geïntimeerde gedane stortingen aan Faberstukadoors schijnhandelingen waren waardoor zij geen beroep op verrekening kan doen;

(2) dat het samenstel van rechtshandelingen dat tot de vorderingen van geïntimeerde op Faberstukadoors heeft geleid vernietigbaar is c.q. door de curator is vernietigd met een *actio pauliana*, waardoor geïntimeerde deze vorderingen niet met facturen voor de verbouwingswerkzaamheden kan verrekenen;

(3) dat de door geïntimeerde gedane stortingen aan Faberstukadoors neerkwamen op overneming van vorderingen op Faberstukadoors met als doel om een verrekeningsmogelijkheid te creëren, terwijl geïntimeerde daarbij niet te goeder trouw was, zodat een beroep op verrekening afstuit op artikel 54 Fw.

Geïntimeerde heeft de standpunten van de curator betwist. Het geschil is aan de rechtbank voorgelegd. In eerste aanleg zijn de standpunten van de curator afgewezen.

De beoordeling in hoger beroep

In hoger beroep oordeelt het hof dat de stortingen geen schijnhandelingen waren en dat geïntimeerde door de stortingen daadwerkelijk een vordering op Faberstukadoors heeft gekregen. De curator lichtte zijn stelling dat er sprake was van schijnhandelingen toe door te beargumenteren dat geïntimeerde eigenlijk geld geleend had aan Namegh en TB, terwijl Faberstukadoors slechts als doorgeefluik had gefungeerd. Het hof volgt de curator daar niet in, onder meer vanwege het feit dat curator zelf geprobeerd heeft om namens Faberstukadoors de (doorgegeven) vorderingen op Namegh te innen. Daarmee heeft de curator zelf klaarblijkelijk het standpunt ingenomen dat aan de handeling waarbij Faberstukadoors geld ontving van geïntimeerde en dat doorleende aan Namegh rechtsgevolg toekwam. Van een schijnhandeling was dus geen sprake.

Het hof wijst ook het beroep op de *actio pauliana* af. Hiertoe overweegt het hof dat niet valt in te zien waarom het lenen van geld door geïntimeerde (de stortingen) op zichzelf benadelend was voor de schuldeisers van Faberstukadoors. Dat het geld is doorgeleend aan Namegh (die geen verhaal biedt) is geen onderdeel van enige rechtshandeling met geïntimeerde en kan dus niet bijdragen aan de argumentatie dat de rechtshandeling met geïntimeerde benadelend was. Het hof overweegt tevens dat de curator *niet* heeft gesteld dat de aannemingsovereenkomst (waarmee de geldlening is verrekend) de tot vernietiging aanleiding gevende benadeling vormt, maar ten overvloede gaat het hof toch op die mogelijkheid in. In dit kader overweegt het hof ten eerste dat de waarde van de door Faberstukadoors verrichte werkzaamheden in evenwicht is met het bedrag van de in verrekening gebrachte geldleningen, zodat daarin geen benadeling van schuldeisers is gelegen. Daarnaast neemt het hof in aanmerking dat – naar vermoedelijk onweersproken door geïntimeerde zal zijn gesteld – de geldleningen door geïntimeerde niet verstrekt zouden zijn als de aannemingsovereenkomst er niet was geweest.

Het hof wijst ook het beroep van de curator op artikel 54 Fw af omdat de curator niet duidelijk heeft kunnen maken welke vordering van een derde op Farberstukadoors door geïntimeerde zou zijn overgenomen. Het beroep op verrekening van geïntimeerde had tot onderwerp haar ‘eigen’ vordering uit geldlening van maart 2019 te verrekenen met haar ‘eigen’ schuld uit de overeenkomst van aanneming met Faberstukadoors van augustus 2019.

Wenk

De casus van deze uitspraak lijkt erop neer te komen dat de bestuurder van het concern waar Faberstukadoors toe behoorde in maart 2019 twee geldinjecties heeft gedaan ten behoeve van de zustervennootschappen van Faberstukadoors en deze enkele maanden later heeft verrekend met werkzaamheden die ten gunste van de bestuurder door Fabestukadoors zijn gedaan. De pijn zit hem erin dat Faberstukadoors werkzaamheden heeft gedaan in ruil voor geld dat ten goede is gekomen aan haar zustervennootschappen. Het is begrijpelijk dat de

curator meent dat dit benadelend is voor de schuldeisers van Faberstukadoors, die met de zustervennootschappen van Faberstukadoors niets te maken hebben.

Faberstukadoors zou er in de zomermaanden van 2019 beter aan hebben gedaan om haar schaarse middelen in te zetten voor aannemingswerkzaamheden voor klanten die *geen* verrekenbare vordering op Faberstukadoors hadden. Dan zou Faberstukadoors immers voor haar werkzaamheden betaald hebben gekregen in geld, wat verdeeld had kunnen worden onder al haar schuldeisers. Het werkelijke probleem in deze casus is dus niet het feit dat de bestuurder geldinjecties heeft gedaan die via Faberstukadoors naar zustervennootschappen zijn gevloeid. Het verrichten van aannemingswerkzaamheden voor – uitgerekend – geïntimeerde, die door de geldinjecties een vordering op Faberstukadoors had, is het probleem. Het is dan ook logisch dat het hof in deze uitspraak nadrukkelijk opmerkt dat de curator alleen de geldleningsovereenkomst tot het doelwit van zijn *actio pauliana* maakte, en niet de aannemingsovereenkomst.

Bijzonder is dat het hof na deze opmerking toch op het al dan niet benadelende karakter van de aannemingsovereenkomst ingaat. De argumenten die het hof vervolgens geeft voor zijn (ten overvloede) oordeel dat de aannemingsovereenkomst *niet* benadelend was, zijn misschien niet onjuist, maar ook niet bijzonder overtuigend. De overweging dat de aan geïntimeerde in rekening gebrachte prijs voor de aannemingswerkzaamheden niet te laag was ten opzichte van de waarde ervan, is immers niet voldoende om te kunnen concluderen dat de rechtshandeling niet benadelend was voor de gezamenlijke schuldeisers van Faberstukadoors: vergelijk HR 22 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0615 (*Bosselaar q.q./Interniber I* of *Montana I*).

De overweging dat geïntimeerde in maart geen geldleningen zou hebben verstrekt aan Faberstukadoors, als er niet tevens uitzicht was geweest op nog te verrichten (en dan te verrekenen) aannemingswerkzaamheden, overtuigt ook niet echt. Als Faberstukadoors noch de geldleningen had ontvangen, noch aannemingswerkzaamheden voor geïntimeerde had gedaan, zouden de schuldeisers van Faberstukadoors immers nog steeds beter af zijn geweest. Het geld uit de geldleningen is immers niet aan de schuldeisers van Faberstukadoors ten goede gekomen, terwijl de aannemingswerkzaamheden voor geïntimeerde wel ten koste van de schaarse middelen van Faberstukadoors zijn gekomen. Nogmaals: voor de schuldeisers van Faberstukadoors was het aanzienlijk gunstiger geweest als Faberstukadoors in de zomermaanden van 2019 werkzaamheden had verricht voor een ander dan geïntimeerde, ook als dat had betekend dat de geldleningen (die doorgestort zijn aan Namegh en TB) niet hadden bestaan. Als er niet alleen arbeid is verricht door vaste werknemers van Faberstukadoors, maar ook onderaannemers zijn ingehuurd of materialen aan geïntimeerde zijn geleverd, was nietsdoen zelfs beter geweest voor de schuldeisers.

Voor de haalbaarheid van een vernietiging van de aannemingswerkzaamheden (voor zover de werkzaamheden zelf als rechtshandeling gezien kunnen worden) of de daaraan ten grondslag liggende rechtshandeling, maakt het wel uit wanneer de aannemingsovereenkomst daadwerkelijk gesloten is. Als de aannemingsovereenkomst reeds bestond (en Faberstukadoors dus reeds tot het verrichten van de aannemingswerkzaamheden verplicht was) voordat geïntimeerde de geldleningen verstrekte, is de situatie anders dan wanneer de aannemingsovereenkomst pas na de geldleningen tot stand kwam. Uit het arrest van het hof wordt de datum van het aangaan van de aannemingsovereenkomst niet precies duidelijk.

Uit het meest recente faillissementsverslag inzake Faberstukadoors blijkt dat de curator cassatieadvies heeft gevraagd over de uitspraak van het hof. Wordt dus – mogelijk – vervolgd.

I.F.M. Lakwijk, april 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 28-02-2023
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:1769
Zaaknummer: 200.304.822.01
Rechters: J. Smit, W.F. Boele en R. Koolhoven
Advocaten: P.C. van der Maas en M.P. Waninge
Wetsartikelen: 42 Fw en 54 Fw

RECHTSPRAAK

Herroeping van arrest tot faillietverklaring mogelijk?

Een partij vordert herroeping van een arrest tot faillietverklaring. De A-G gaat in op de vraag of dat kan; hij concludeert tot verwerping van het beroep. De Hoge Raad heeft de zaak op grond van artikel 81 RO afgedaan.

In 2017 is verzocht om eiseres tot cassatie, Millbrook Finance B.V., in staat van faillissement te verklaren. Alhoewel de rechtbank het verzoek aanvankelijk afwees, heeft het Hof 's-Hertogenbosch eiseres failliet verklaard.

Volgens eiseres dient het arrest te worden herroepen, omdat het arrest berust op bedrog en valse stukken van de aanvrager. Om die reden heeft eiseres bij dagvaarding in 2020 een vordering ingesteld bij het hof om het arrest van 2017 te herroepen en het verzoek tot faillietverklaring alsnog af te wijzen. Bij het hof is aldus de vraag gerezen of herroeping van een faillissement wel mogelijk is. Het hof heeft, onder verwijzing naar literatuur en jurisprudentie, geoordeeld dat herroeping niet mogelijk is, omdat de aard van het faillissement, dat van openbare orde is, zich daartegen verzet. Overigens rees ook de vraag of de herroeping van een faillissement bij dagvaarding kon worden ingesteld, of dat dit diende te geschieden via een verzoekschrift. Eiseres gaat in cassatie.

Het middel van eiseres bestaat in cassatie uit twee onderdelen. Allereerst stelt zij dat herroeping niet bij verzoekschrift, maar bij dagvaarding diende te worden ingesteld; ten tweede stelt zij dat herroeping wel degelijk mogelijk is.

De advocaat-generaal (A-G) overweegt dat het hof op zichzelf terecht heeft overwogen dat de faillissementsprocedure een bijzondere verzoekschriftprocedure is, zodat herroeping in beginsel bij verzoekschrift had moeten worden ingesteld. Behandeling van het eerste onderdeel is echter pas opportuun als het tweede onderdeel zou slagen.

De A-G gaat in op de vraag of een faillissement kan worden herroepen. In artikel 390 Rv is bepaald dat een beschikking kan worden herroepen, tenzij de aard van de beschikking zich daartegen verzet. De wetgever heeft zich niet uitgelaten over de vraag of deze regel ook geldt

voor het faillissement. De A-G overweegt echter dat in artikel 362 Fw is bepaald dat de algemene regels van de verzoekschriftprocedures niet van toepassing zijn. Aldus zou ook de regeling over herroeping niet in faillissement gelden, ondanks het feit dat de wetgever daar niets over heeft gezegd.

Vervolgens gaat de A-G in op een ouder arrest van de Hoge Raad (HR 9 december 1983, *NJ* 1984/384), waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het faillissement niet op grond van 'request-civiel' (oud recht) kan worden herroepen, omdat het van belang is dat er snel duidelijkheid en zekerheid voor alle betrokkenen ontstaat over het ingetreden zijn van een faillissement. Een herroeping kan na lange en onbepaalde tijd worden ingesteld en dat strookt niet met dat belang. Deze uitspraak is door de Hoge Raad in het kader van de wettelijke regeling voor herroeping herhaald in het arrest van 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8179.

Deze motivering sluit aan bij de parlementaire geschiedenis, aldus de A-G, en bij het uitgangspunt dat de Faillissementswet een gesloten stelsel van rechtsmiddelen bevat. Het is – gezien de verstrekkende gevolgen van een faillissement – niet de bedoeling dat de afwikkeling van schulden op losse schroeven kan worden gezet als de vereffening eenmaal in gang is gezet. Als sprake is van bedrog, dient de oplossing te worden gezocht in een aanspraak op schadevergoeding op de partij die het bedrog heeft gepleegd.

Volgens de A-G zijn er dan ook geen zwaarwegende argumenten om terug te komen van de eerdere rechtspraak van de Hoge Raad. Het middel heeft nog bepleit dat er voor de schuldenaar ook rehabilitatie openstaat, maar volgens de A-G is dat niet relevant; de rehabilitatie leidt niet tot een wijziging van de beslissing tot faillietverklaring en heeft aldus niet tot gevolg dat de eerdere uitspraak vervalt.

De A-G concludeert tot verwerping van het cassatieberoep. De Hoge Raad heeft het cassatieberoep verworpen en de zaak op grond van artikel 81 RO afgedaan.

A.D. van Dalen & M. Beukering, april 2023

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 14-04-2023
ECLI: ECLI:NL:HR:2023:561
Zaaknummer: 21/04508
Rechters: T.H. Tanja-van den Broek, S.J. Schaafsma en K. Teuben
Advocaten: D.Th.J. van der Klei
Wetsartikelen: 382 Rv, 6 Fw en 362 lid 2 Fw