

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 12, 2024

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:2024:747](#) 24-05-2024

Verwerping cassatieberoep van de curator over pauliana

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2024:778](#) 14-05-2024

Vorderingen curator jegens (indirecte) bestuurders Tellus wegens onbehoorlijk bestuur ook in hoger beroep afgewezen

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2024:584](#) 12-03-2024

Curator is bevoegd procedure over te nemen

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2024:507](#) 05-03-2024

Afwijzing van vordering tot buiteninvorderingstelling van belastingaanslagen. Met wenk

Rechtbank

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2024:2282](#) 30-05-2024

Dagvaarding uitgebracht tijdens faillissement, eiser is toch ontvankelijk

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2024:3127](#) 23-05-2024

WHOA: verlengingsverzoek afkoelingsperiode afgewezen wegens onvoldoende aangetoonde noodzaak en gebrek aan significante vooruitgang in de totstandkoming van een akkoord

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2024:3059](#) 15-05-2024

Kosten herstructureringsdeskundige Vitesse

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2024:4514](#) 02-05-2024

WHOA-procedure; handhaving gelegd beslag ondanks afkondiging afkoelingsperiode

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2024:4604](#) 17-04-2024

Bestuurder aansprakelijk, onder meer vanwege laten ontstaan rekening-courantschuld van ruim € 1,5 miljoen

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2024:2361](#) 11-04-2024

WHOA. Rechtbank wijst fiscaal deskundige aan voor de beoordeling of het akkoord strijdig is met fiscale wet- en regelgeving

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2024:4145](#) 10-04-2024

Vorderingen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW afgewezen

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2024:3125](#) 06-03-2024

WHOA: afkoelingsperiode zorginstelling

RECHTSPRAAK

Vorderingen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW afgewezen

De bestuurder van een failliete onderneming wordt persoonlijk aansprakelijk gesteld door een oud-werknemer. De oud-werknemer vordert onder andere betaling van een bedrag ad € 30.000, namelijk het bedrag dat de onderneming had moeten betalen op grond van een voor datum faillissement gesloten vaststellingsovereenkomst. De rechtbank oordeelt dat de bestuurder geen ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt en wijst alle vorderingen af.

Na beëindiging van de arbeidsovereenkomst in 2015 is eiser een procedure gestart tegen zijn oud-werkgever voor achterstallig loon. Tijdens de mondelinge behandeling in oktober 2019 hebben partijen een vaststellingsovereenkomst gesloten waarin de oud-werkgever zich verplichtte tot betaling van een bedrag ad € 30.000. Kort daarna, op 19 november 2019, is de onderneming in staat van faillissement verklaard.

In deze procedure stelt eiser de bestuurder persoonlijk aansprakelijk voor de schade die hij lijdt wegens het onbetaald en onverhaalbaar blijven van zijn vordering op de onderneming. Volgens eiser wist of behoorde de bestuurder bij het aangaan van de vaststellingsovereenkomst te weten dat de onderneming niet zou kunnen nakomen. De bestuurder betwist dit en voert aan dat de financiële situatie van de onderneming na het sluiten van de vaststellingsovereenkomst plotseling is verslechterd door een beslaglegging op het bedrijfspand.

De rechtbank overweegt dat persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder alleen kan worden aangenomen onder bijzondere omstandigheden. Voor aansprakelijkheid op basis van de Beklamelnorm moet komen vast te staan dat de bestuurder een overeenkomst heeft gesloten met een derde, terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de onderneming haar verbintenissen uit die overeenkomst niet (tijdig) zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de derde als gevolg hiervan lijdt. Naar het oordeel

van de rechtbank heeft eiser onvoldoende gesteld om te kunnen oordelen dat de bestuurder een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Het enkele feit dat de onderneming op 16 oktober 2019 een vaststellingsovereenkomst is aangegaan en op 19 november 2019 is gefailleerd, is niet voldoende.

Verder overweegt de rechtbank dat de enkele schending van de Beklamelnorm een bestuurder nog niet schadeplichtig maakt. Ook moet een causaal verband bestaan tussen de gestelde schade en de schending van die norm. Dit verband bestaat alleen als eiser door de gewekte schijn van kredietwaardigheid de vaststellingsovereenkomst is aangegaan – wat hij anders niet zou hebben gedaan – en hierdoor in een slechtere positie is gekomen. Omdat de vordering van eiser op de onderneming al bestond voor de vaststellingsovereenkomst, kan niet worden gezegd dat eiser in een nadeliger positie is komen te verkeren dan waarin hij verkeerde voordat de vaststellingsovereenkomst werd gesloten.

De rechtbank wijst de vorderingen van eiser af.

B.S. Pronk, juni 2024

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 10-04-2024

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2024:4145

Zaaknummer: C/10/664850 / HA ZA 23-766

Rechters: J.M.J. Arts

Advocaten: G.C. Haulussy en P.H. de Bruin

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

WHOA: verlengingsverzoek afkoelingsperiode afgewezen wegens onvoldoende aangetoonde noodzaak en gebrek aan significante vooruitgang in de totstandkoming van een akkoord

De rechtbank wijst het verzoek om verlenging van de afkoelingsperiode af, omdat de noodzaak hiervan onvoldoende is aangetoond en er geen significante vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van een akkoord. Bovendien is er onduidelijkheid over de beschikbare financiering en de verwachte uitkeringen aan schuldeisers, waardoor het belang van de gezamenlijke schuldeisers niet kon worden vastgesteld.

Verzoekster heeft een startverklaring voor de WHOA gedeponneerd en een afkoelingsperiode gevraagd voor een periode van twee maanden. Dit verzoek is toegewezen. Daarna heeft zij een verzoek ingediend tot verlenging van de afkoelingsperiode. Bij de beoordeling daarvan stelde de rechtbank vast dat het verzoek tijdig was ingediend, maar moest de rechtbank tevens beoordelen of er belangrijke vooruitgang was geboekt bij de totstandkoming van het akkoord en of nog steeds aan de vereisten van artikel 376 lid 4 Fw werd voldaan.

Ten aanzien van de noodzaak van de verlenging concludeerde de rechtbank dat deze niet voldoende was aangetoond. De enige dreiging was afkomstig van een pensioenfonds dat betaling eiste, maar de Hoge Raad heeft eerder geoordeeld dat een vordering van een pensioenfonds niet kan worden betrokken in een onderhands akkoord als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw. Een afgekondigde afkoelingsperiode kan zich – aldus de Hoge Raad – dan ook niet uitstrekken tot vorderingen van een pensioenfonds voor pensioenpremies. Er waren geen andere schuldeisers die met rechtsmaatregelen hadden gedreigd, waardoor de noodzaak voor de verlenging niet was aangetoond.

Daarnaast kon de rechtbank niet vaststellen dat de verlenging in het belang van de gezamenlijke schuldeisers was. Tijdens de mondelinge behandeling bleek dat er nog

onduidelijkheid was over de beschikbare financiering en de voorwaarden waaronder deze zou worden verstrekt. Dit maakte het onmogelijk om te beoordelen of schuldeisers in een reorganisatiescenario beter af zouden zijn dan in geval van faillissement. Bovendien wenste verzoekster de vordering van het pensioenfonds onder het akkoord te brengen, wat volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad niet mogelijk is. Dit zou de positie van de overige schuldeisers waarschijnlijk negatief beïnvloeden.

Ten slotte kon de rechtbank niet vaststellen dat er belangrijke vooruitgang was geboekt bij de totstandkoming van het akkoord. Hoewel verzoekster aangaf een financier bereid te hebben gevonden en alle schuldeisers te hebben aangeschreven, was het akkoordbedrag lager dan bij het eerste verzoek en was er nog geen definitieve overeenstemming bereikt over de financiering. Gelet op deze overwegingen wees de rechtbank het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode af.

M.M. Eveleens-van der Zwaag, juni 2024

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 23-05-2024

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2024:3127

Zaaknummer: 435218 HO RK 24/411

Rechters: S. Boot, R.P. van Eerde en M.D.E. Leppens

Advocaten: B.P.J.M.L. Vliexs

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Verwerping cassatieberoep van de curator over pauliana

Volgens het hof is de grondslag van de pauliana-vordering van de curator enigszins een zoekplaatje. De curator heeft onvoldoende onderbouwd waarom de aan gefailleerde verstrekte geldlening, zonder zekerheden, nadelig zou zijn voor de schuldeisers. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep van de curator.

In deze zaak heeft de Hoge Raad het cassatieberoep van de curator verworpen onder toepassing van artikel 81 RO. In deze samenvatting komen de belangrijkste overwegingen uit de conclusie van advocaat-generaal G. Snijders (A-G) (22 maart 2024, ECLI:NL:PHR:2024:326), met verwijzing naar het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden (28 februari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:1769; INS-Update 2023-0088) aan bod.

Feiten

Eiser in cassatie is als curator aangesteld in het faillissement van HODN I B.V. (gefaillieerde). Verweerster heeft, in twee tranches, € 40.000 aan gefailleerde uitgeleend. Na ontvangst is dit bedrag vrijwel direct door gefailleerde gebruikt voor overboekingen aan twee zustervennootschappen. Tevens heeft gefailleerde twee facturen van een totaalbedrag van € 39.055,62 toegezonden aan verweerster, in verband met verbouwingswerkzaamheden uit hoofde van een aannemingsovereenkomst.

Minder dan twee maanden later gaat gefailleerde failliet. De aangestelde curator heeft verweerster gesommeerd over te gaan tot betaling aan de boedel van het totaalbedrag van € 39.055,62. Verweerster geeft aan dat zij haar vordering uit hoofde van de geldlening heeft verrekend of zal verrekenen met haar schuld uit hoofde van de aannemingsovereenkomst (de twee facturen).

Arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden

Met een beroep op pauliana ex artikel 42 Fw heeft de curator uitsluitend de lening vernietigd en niet de aannemingsovereenkomst. Het hof heeft het beroep op de pauliana ongegrond

verklaard, omdat niet valt in te zien dat de betreffende geldlening de gezamenlijke schuldeisers heeft benadeeld. In dat verband overweegt het hof dat de curator een beroep op de faillissementspauliana (en de bewijsvermoedens in art. 43 Fw) heeft gedaan, om daarmee de verrekening ongedaan te maken (ECLI:NL:GHARL:2023:1769, r.o. 5.14).

Cassatie

De curator stelt cassatieberoep in, waarbij het cassatiemiddel uitsluitend tegen het oordeel van het hof over de faillissementspauliana is gericht. De A-G benadrukt dat het hof vaststelt dat de curator bij zijn paulianavordering alleen het oog heeft op de overeenkomst van geldlening als rechtshandeling. De curator heeft geen beroep gedaan op de pauliana met betrekking tot de aannemingsovereenkomst. Dit wordt in cassatie niet bestreden. Als gezegd heeft het hof voorts vastgesteld dat de paulianavordering op de geldlening ziet. Ook die vaststelling wordt in cassatie niet bestreden. Het gaat er dus om of de geldlening paulianeus is geweest. Het hof concludeert dat de geldlening op zichzelf geen benadeling veroorzaakte, omdat het actief van gefailleerde toenam door de lening. Daarmee kwamen die bedragen beschikbaar voor verhaal door de schuldeisers. Dat kon anders zijn als de leningen in samenhang moesten worden gezien met andere handelingen en het samenstel van die handelingen wel benadelend zouden zijn geweest.

Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van eventuele samenhangende rechtshandelingen zijn onder meer de inhoud van de betrokken rechtshandelingen, de onderlinge afstemming daarvan en de samenhang tussen die handelingen wat betreft het moment waarop zij tot stand zijn gekomen relevant.

Het hof noemt een aantal mogelijke samenstellen van rechtshandelingen waarvan de leningen deel zouden kunnen hebben uitgemaakt, namelijk met de aannemingsovereenkomst en met de doorbetalingen door de gefailleerde aan de zustervennootschappen. Ten aanzien van het eerste samenstel oordeelt het hof dat niet valt in te zien dat dit tot benadeling van de schuldeisers heeft geleid. Als beide overeenkomsten worden weggedacht, dan zou de situatie dezelfde zijn geweest, aldus het hof. Tevens overweegt het hof dat de curator dan ook de aannemingsovereenkomst met een beroep op de pauliana had moeten vernietigen. Met betrekking tot de doorbetalingen stelt het hof vast dat de curator deze rechtshandelingen evenmin heeft vernietigd op grond van de pauliana. (Ook) op dit punt heeft de curator zijn vordering onvoldoende onderbouwd.

De A-G signaleert dat de curator eraan voorbijziet dat het van tweeën een is:

(1) óf het doorlenen van de geleende bedragen door de gefailleerde aan

zustersvennootschappen, alsmede de aannemingsovereenkomst die tot een verrekenbare schuld voor verweerster hebben geleid, maken deel uit van een samenstel van rechtshandelingen, zodat deze als zodanig in (de grondslag van) de pauliana-vordering worden betrokken. Zodoende zal de pauliana-vordering niet louter zijn gestoeld op de geldlening;

(2) óf de pauliana-vordering keert zich uitsluitend tegen de geldlening, omdat er geen samenstel van rechtshandelingen aan de orde. Dan kan echter niet worden gesteld dat de schuldeisersbenadeling is veroorzaakt door het doorlenen van de ontvangen bedragen door gefailleerde aan zustersvennootschappen, en de verrekening naar aanleiding van de aannemingsovereenkomst.

Wat de curator lijkt te doen, is de benadeling door het doorlenen aan de zustersvennootschappen, en/of de door de aannemingsovereenkomst ontstane verrekenbare schuld, toerekenen aan de geldlening door verweerster aan gefailleerde. Daarbij doet de curator geen beroep op de samenhang van deze handelingen. Uiteraard is het zo dat als de lening met de pauliana wordt aangetast, die rechtshandeling wegvalt. Dat geldt ook voor (rechts)handelingen die daarop voortbouwen. Het doorlenen door de gefailleerde noch de aannemingsovereenkomst is echter een dergelijke rechtshandeling. Alleen de verrekening is dat. Het wegvallen van genoemde rechtshandelingen kan de curator dus, anders dan hij lijkt te menen, geen soelaas bieden, aldus de A-G.

Volgens de A-G valt niets aan te merken op het oordeel van het hof. In lijn van deze slotsom oordeelt de Hoge Raad dat de klachten van de curator niet kunnen leiden tot vernietiging van het arrest van het hof. Het cassatieberoep van de curator wordt verworpen, onder toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

E. Ayerdem, juni 2024

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 24-05-2024

ECLI: ECLI:NL:HR:2024:747

Zaaknummer: 23/01909

Rechters: C.E. du Perron, F.J.P. Lock en C.H. Sieburgh

Advocaten: M.A.J.G. Janssen en J.H.M. van Swaaij

Wetsartikelen: art. 81 RO en art. 42 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA. Rechtbank wijst fiscaal deskundige aan voor de beoordeling of het akkoord strijdig is met fiscale wet- en regelgeving

Een schuldenaar vraagt de rechtbank om homologatie van het aangeboden WHOA-akkoord. Het akkoord is op een bepaalde manier vormgegeven vanwege fiscale motieven, namelijk om belastbare kwietscheldingswinst te voorkomen. De rechtbank stelt – in het kader van de beoordeling van de afwijzingsgronden – aan een fiscaal deskundige de vraag of het akkoord is vormgegeven op een manier die mogelijk strijdig is met fiscale wet- en regelgeving.

Bio City Development Company B.V. ('BCDC') is opgericht om een project in Turkije te financieren. BCDC heeft enkele dochterondernemingen, die eigenaar zijn van Turks vastgoed. BCDC is gefinancierd door het uitgeven van obligaties ('Bonds'), met een totale nominale waarde van USD 207 miljoen. De oorspronkelijke vervaldatum van de Bonds was 6 juli 2018, maar deze is meerdere keren uitgesteld, voor het laatst tot 6 juli 2024. BCDC betaalt een jaarlijkse rente over de Bonds en deze wordt inmiddels opgeteld bij de hoofdsom. Hierdoor bedraagt de schuld circa USD 880 miljoen. De vorderingen zijn gedekt met zekerheidsrechten voor alle Bondholders, die onderling gelijk zijn in rang. De zekerheidsrechten omvatten onder andere hypotheekrechten naar Turks recht op percelen van dochtervennootschappen van BCDC.

Teneinde haar schuldenpositie te herstructureren, biedt BCDC een WHOA-akkoord aan. Het akkoord is uitsluitend aangeboden aan de economisch gerechtigden tot de Bonds zoals bedoeld in artikel 381 lid 4 Fw. Een van de obligatiehouders ('belanghebbende') is bereid financiering te verstrekken om een faillissement te voorkomen. De herstructurering verloopt in stappen. Het akkoord beoogt de schuldenlast van BCDC tot nihil te reduceren door:

(i) uitkering aan Bondholders van USD 9.000.000-9.300.000;

(ii) overdracht van de Bonds aan de moedermaatschappij BCD AcquisitionCo, die deze vervolgens ten titel van agiostorting aan BCDC overdraagt, waardoor de Bonds tenietgaan;

(iii) overdracht van aandelen in BCDC aan de belanghebbende;

(iv) de belanghebbende stelt USD 2.000.000 beschikbaar als aanvullende agiostorting

BCDC verzoekt de rechtbank om het akkoord te homologeren. 98% van de obligatiehouders heeft ingestemd met het akkoord. De rechtbank behandelt eerst de weigeringsgrond uit artikel 384 lid 2 sub i Fw, op basis waarvan de rechtbank een homologatieverzoek kan weigeren als het akkoord in strijd is met de dwingendrechtelijke bepalingen of het algemeen belang.

BCDC heeft de financiële herstructurering vormgegeven zoals zij dat heeft gedaan vanwege fiscale motieven. Een gangbaar percentageakkoord, waarbij obligatiehouders een deel van hun vorderingen zouden kwijtschelden, werd vermeden om mogelijke belastbare kwijtscheldingswinst te voorkomen. De gekozen structuur zou belastingneutraliteit bieden en herkenbaar zijn voor buitenlandse beleggers. BCDC heeft het plan niet met de Belastingdienst afgestemd en er is geen *ruling* gevraagd. De rechtbank heeft gevraagd om bewijs dat de alternatieve structuur geen strijd oplevert met fiscale wet- en regelgeving. BCDC verwees daarvoor naar adviezen van fiscaal adviseurs en zond een notitie van het kantoor van haar advocaat, die de vraag echter niet beantwoordde.

De rechtbank, die naar eigen zeggen onvoldoende fiscale kennis heeft, overweegt een deskundige te benoemen op grond van artikel 384 lid 6 jo. artikel 378 lid 6 Fw. De deskundige moet beoordelen of het akkoord strijdig is met fiscale wet- en regelgeving en of er sprake is van *fraus legis*. De kosten voor de deskundige zijn voor BCDC. BCDC krijgt een termijn om te reageren op de vraag aan de deskundige en diens persoon, waarna de rechtbank een beslissing zal nemen.

Uit een latere tussenuitspraak (ECLI:NL:RBAMS:2024:2362) volgt dat de rechtbank een deskundige heeft aangewezen. De deskundige is verzocht om de vraag te beantwoorden of de gekozen structuur van het akkoord, ingegeven door de wens om belastingdruk te voorkomen, moet worden beschouwd als strijdig met het doel en de strekking van fiscale wet- en regelgeving, zodanig dat het onrechtmatige belastingontwijking en/of *fraus legis* (misbruik van recht) oplevert.

R.J.H. Berghuis, juni 2024

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 11-04-2024

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2024:2361

Zaaknummer: C/13/747793 FT RK 24/257

Rechters: K.M. van Hassel, F. Damsteegt en P.J. Neijt

Advocaten: G.J.L. Bergervoet, , E.J.R. Verwey, S. Klinkhamer en A.C. Frentz

Wetsartikelen: 383 Fw en 384 lid 2 sub i Fw

RECHTSPRAAK

Curator is bevoegd procedure over te nemen

Appellante in hoger beroep, Orion Telekom Holdings B.V., stelt dat tegen het Kroatische Media Associaties verstek moet worden verleend. De curator in het faillissement van Media Associaties zou namelijk niet bevoegd zijn geweest de advocaat van Media Associaties te machtigen om namens deze partij in hoger beroep op te komen. Het hof oordeelt dat geïntimeerde naar Kroatisch recht, ook na beëindiging van het faillissement van Media Associaties, bevoegd is gebleven de faillissementsboedel van Media te vertegenwoordigen op grond van artikel 27 lid 3 Fw.

Orion Telekom Holdings B.V. ('Orion') is in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 1 september 2021. Media Associates D.O.O. ('MA') had in eerste aanleg veroordeling van Orion gevorderd tot betaling van € 120.000, vermeerderd met wettelijke rente, op grond van een consultancyovereenkomst. Orion voerde verweer en diende een voorwaardelijke vordering in reconventie in. In hoger beroep stelt Orion zich op het standpunt dat de verdediging van MA zich onbevoegd en namens een niet bestaande entiteit heeft gesteld, door het komen te vervallen van de volmacht vanwege het faillissement. Om die reden zou verstek moet worden verleend.

Het hof overweegt dat het faillissement van MA op 23 september 2021 in Kroatië is uitgesproken. Volgens artikel 7 lid 2 onder b en c Insolventieverordening (IVO) wordt de vraag welke goederen tot de boedel behoren en wat de bevoegdheden van de insolventiefunctionaris zijn, beheerst door het Kroatisch recht. Naar Kroatisch recht is geïntimeerde bevoegd en steeds bevoegd gebleven tot het afwickelen en uitoefenen van ten tijde van faillietverklaring aan MA toebehorende rechten, bevoegdheden en verplichtingen en daartoe in rechte op te treden. Het feit dat het faillissement was beëindigd en MA al was uitgeschreven uit het register van de rechtbank doet daar niet aan af.

De gevolgen die het faillissement van MA heeft voor in Nederland lopende procedures waarin

MA procespartij is, worden op grond van artikel 18 IVO uitsluitend beheerst door het Nederlands recht. Dat betekent dat de artikelen 25 Fw e.v. van toepassing zijn. Dat Orion het hoger beroep heeft ingesteld tegen MA en niet tegen de curator, laat onverlet dat op grond van artikel 27 lid 3 Fw de curator op elk moment bevoegd is om op eigen initiatief het door Orion tegen MA ingestelde hoger beroep als procespartij van MA over te nemen en voort te zetten.

W.P.IJ. Overgoor, juni 2024

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 12-03-2024

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2024:584

Zaaknummer: 200.304.122/01

Rechters: R.M. de Winter, J.M. van den Berg en A.C. Metzelaar

Advocaten: T.S. Jansen en J. Duijn

Wetsartikelen: 27 lid 3 Fw, 7 IVO en 18 IVO

RECHTSPRAAK

Vorderingen curator jegens (indirecte) bestuurders Tellus wegens onbehoorlijk bestuur ook in hoger beroep afgewezen

Het bestuur zou naar de mening van de curator niet deugdelijk hebben geëvalueerd of een geplande harde groeiversnelling voor 2012 nog mogelijk was, de vennootschap ongecontroleerd hebben laten groeien waardoor liquiditeitsproblemen zijn ontstaan en de onderneming na oktober 2012 hebben voortgezet terwijl dit onverantwoord was omdat er geen concreet zicht was op verbetering. Het hof kan zich niet vinden in deze stellingen van de curator en wijst de vorderingen van de curator af.

Op 3 december 2013 is Tellus B.V. failliet verklaard. Tellus hield zich bezig met genereren van leads op internet. In deze zaak stelt de curator van Tellus de (indirect) bestuurders aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW en 2:11 BW, althans op grond van artikel 6:162 BW dan wel 2:9 BW. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen. De curator gaat in hoger beroep. Ook het hof wijst de vorderingen van de curator af.

Feitelijk komen de verwijten van de curator op het volgende neer:

(1) dat het bestuur eind 2011 niet deugdelijk heeft geëvalueerd of de geplande harde groeiversnelling voor 2012 nog mogelijk was, waardoor liquiditeitsproblemen zijn veroorzaakt. Het hof overweegt dat de vraag of sprake is van onbehoorlijk bestuur *ex tunc* moet worden beantwoord. Daarmee kan het besluit van de Rabobank in 2012 om het krediet te verlagen niet worden meegewogen, evenmin als de cijfers over 2012 en 2013. Verder heeft de curator de sombere economische uitzichten onvoldoende concreet gemaakt en niet onderbouwd dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben. Dit verwijt kan dus niet leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid. Integendeel, de bestuurders hebben continu prognoses gemaakt en overleg gehad met stakeholders, aldus het hof.

(2) dat het bestuur Tellus ongecontroleerd heeft laten groeien, waardoor liquiditeitsproblemen zijn veroorzaakt. Zo zou het personeelsbestand in 2012 met 69% zijn gestegen, zouden er voor € 300.000 aan nieuwe hardware en werkstations zijn geleased, en zou zijn geïnvesteerd in de uitbreiding van buitenlandse kantoren. Het hof overweegt hieromtrent dat het bestuur een ruime beleidsvrijheid heeft en groei mag (en soms zelfs moet) worden nagestreefd, zeker in een nieuwe, innovatieve markt zoals waar Tellus zich in bevond. Verder oordeelt het hof dat groei geen exacte wetenschap is waar je ‘aan een knop kan draaien’ om te bepalen hoeveel procent de onderneming gaat groeien. De curator heeft daarmee niet voldoende gesteld om te kunnen leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid, aldus het hof.

(3) dat het bestuur de onderneming na oktober 2012 heeft voortgezet, terwijl dit onverantwoord was omdat er geen concreet zicht op verbetering was. Hier overweegt het hof dat Tellus tot 2012 nog niet verlieslatend was geweest, dat het eigen vermogen in oktober 2012 nog positief was en het uitkeringspercentage op dat moment 121% bedroeg. Daarnaast hebben de bestuurders getracht om maatregelen te treffen (die ook daadwerkelijk hebben geholpen), bijvoorbeeld door betalingsregelingen te treffen met de grootste schuldeisers. Ook dit verwijt leidt dus niet tot bestuurdersaansprakelijkheid.

Daarmee bekrachtigt het hof het vonnis van de rechtbank en worden alle vorderingen van de curator afgewezen.

S. Zonneveld, juni 2024

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 14-05-2024

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2024:778

Zaaknummer: 200.317.111/01

Rechters: G.C. de Heer, R.G.C. Veneman en R.J. van Galen

Advocaten: J.P.D. van der Klift en J.P.M. Borsboom

Wetsartikelen: 2:248 Fw, 2:11 BW, 6:162 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

WHOA-procedure; handhaving gelegd beslag ondanks afkondiging afkoelingsperiode

Hoewel een afkoelingsperiode noodzakelijk lijkt te zijn voor de voortzetting van de onderneming, is niet aannemelijk dat het gelegde derdenbeslag daarvoor een bedreiging vormt.

In deze zaak buigt de rechtbank zich over twee verzoeken in het kader van een WHOA-procedure. Het betreft een verzoek tot het gelasten van een afkoelingsperiode en een verzoek tot opheffing van een gelegd (derden)beslag.

De schuldenaar en verzoekster is een bv die projectinrichtingen verzorgt van met name kantoorruimtes en hotels. Tijdens de COVID-periode heeft zij aanzienlijke (belasting)schulden opgebouwd. Zij stelt in de kern levensvatbaar te zijn, maar kan de huidige schuldenlast niet betalen.

Daarnaast is er begin 2022 een conflict ontstaan over een drietal projecten. Dit heeft ertoe geleid dat er beslag is gelegd op de banksaldi. De beslaglegger is niet bereid de invordering op te schorten en een (WHOA-)akkoordvoorstel af te wachten.

Verzoekster stelt dat de verhaalsacties van de beslaglegger de voortzetting van de onderneming ernstig in gevaar brengen en de verdere voorbereiding van het akkoord verhinderen. Zonder de verzochte afkoelingsperiode zou een herstructurering op basis van de WHOA bij voorbaat kansloos zijn.

De beslaglegger stelt daar tegenover dat de verzoeken moeten worden afgewezen. Daartoe wordt aangevoerd dat de onderneming van verzoekster niet levensvatbaar zou zijn en dat de bestuurder van verzoekster onbetrouwbaar zou zijn. De WHOA zou slechts worden ingezet om tijd te rekken.

De rechtbank oordeelt dat summierlijk is gebleken dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandeling over een akkoord te kunnen blijven voortzetten. De schuldenaar heeft

aannemelijk gemaakt dat de onderneming levensvatbaar *kan* zijn en dat – als een herstructurering slaagt – een hogere uitkering aan schuldeisers zal volgen dan in geval van een faillissement. Uit de overgelegde prognoses volgt dat de lopende verplichtingen vooralsnog kunnen worden voldaan. Bovendien zijn de prognoses over de eerste vier maanden van dit jaar ook daadwerkelijk gerealiseerd. Daarom is aannemelijk dat een afkoelingsperiode nu niet ten nadele van de schuldeisers zal komen.

De gevraagde afkoelingsperiode wordt dus afgekondigd. De gevraagde termijn van vier maanden wordt toegewezen. De rechtbank verbindt daaraan evenwel de verplichting om na zes weken een schriftelijk voortgangsverslag uit te brengen. Uit dat verslag moet in ieder geval blijken:

- (1) hoe het ervoor staat met de externe financiering;
- (2) welke acties de schuldenaar heeft ondernomen;
- (3) in hoeverre is voldaan aan de vereisten die de wet stelt aan het indienen van een akkoord; en
- (4) wanneer een akkoord aan de schuldeisers zal worden voorgelegd.

Bovendien moeten bij het voortgangsverslag een geactualiseerde exploitatiebegroting en een cash-flowoverzicht worden overgelegd.

Daarentegen wordt het verzoek tot opheffing van het gelegde beslag afgewezen. De reden daarvoor is dat het niet aannemelijk is dat dit beslag een bedreiging vormt voor de voortzetting van de onderneming. Niet relevant is dat de vordering van de beslaglegger van voor de deponering van de startverklaring is.

K.C.S. Meekes, juni 2024

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 02-05-2024

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2024:4514

Zaaknummer: C/15/330931 FT RK 22-485 HO

Rechters: M.P. de Valk, C.H. Rombouts en S. Boot

Advocaten: mr. J. van den Dolder

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Afwijzing van vordering tot buiteninvorderingstelling van belastingaanslagen. Met wenk

Afwijzing van vordering tot buiteninvorderingstelling van belastingaanslagen. Het standpunt van de Ontvanger over de materiële juistheid van de aanslagen is volgens het hof niet onmiskenbaar onjuist.

Inleiding

Dit arrest gaat over (naheffings)aanslagen omzetbelasting die zijn opgelegd aan een groep gefailleerde vennootschappen. Een derde (een adviseur van de gefailleerde groep) is op grond van een door de curator ingestelde *Peeters/Gatzen*-vordering (PGV) veroordeeld tot schadevergoeding, waarbij het bestaan en de omvang van de te vergoeden schade gelijk is aan (of in ieder geval zeer nauw samenhangt met) de omvang van de omzetbelastingsschuld van de gefailleerde vennootschappen. Het arrest dat aanleiding vormt tot deze update betreft een vordering die door deze derde is ingesteld tegen de Ontvanger, om de aanslagen omzetbelasting die aan de gefailleerde vennootschappen zijn opgelegd (en die inmiddels formele rechtskracht hebben) buiten invordering te stellen.

In het arrest in de zaak tussen de derde en de Ontvanger komt tevens de samenhang met de PGV van de curator aan de orde. In deze update wordt de achtergrond van de PGV dus ook besproken.

Aanloop naar het faillissement

Het onderhavige arrest betreft de belastingsschulden van een bedrijf dat zich bezighield met verkoop, onderhoud en reparatie van auto's. Het bedrijf werd uitgebaat in een groep van vennootschappen. De groep maakte sinds 2003 in toenemende mate verlies.

In 2005 start de Belastingdienst een boekenonderzoek bij het autobedrijf.

In januari 2006 komen het bestuur en de financiers van het autobedrijf (een bank, de

leverancier van het automerk waar het autobedrijf dealer van is en de vader van de twee bestuurders van het bedrijf) bij elkaar. Zij spreken af dat het autobedrijf gesaneerd zal worden. Er wordt een 'gespecialiseerd insolventieadviseur' ingehuurd (aangedragen door de bank), die de saneringsstappen bedenkt en helpt uitvoeren.

De activa van het bedrijf worden verkocht. Uit de opbrengst worden de bank en de leverancier van het automerk volledig voldaan. De vader van de bestuurders wordt gedeeltelijk voldaan. Er worden geen betalingen gedaan aan de Belastingdienst, die inmiddels naheffingsaanslagen omzetbelasting heeft opgelegd.

Na tegeldemaking van de activa en verdeling van de opbrengst worden de vennootschappen die samen het autobedrijf vormden klaargemaakt voor faillissement. Hun naam en adres worden gewijzigd en er wordt een buitenstaander zonder bekende woon- of verblijfplaats tot bestuurder benoemd.

Aansprakelijkstelling door de curator

Na uitspraak van het faillissement van de eerste vennootschap uit de groep volgen ook de faillissementen van de overige vennootschappen die samen het autobedrijf vormden. Dit gebeurt op verzoek van de bij de eerste vennootschap benoemde curator. Basis voor de faillietverklaring van de overige vennootschappen op verzoek van de curator is dat de vennootschappen alle hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de omzetbelastingsschulden van het gehele (voormalige) autobedrijf en dat de als eerste gefailleerde vennootschap in dit kader regresvorderingen op de andere vennootschappen heeft. De curator wordt in al deze faillissementen tot curator benoemd.

De curator stelt namens alle betrokken vennootschappen de gespecialiseerd insolventieadviseur ('de adviseur') aansprakelijk. De curator verwijt de adviseur dat hij bij de sanering van het autobedrijf de wettelijke rangorde van schuldeisers heeft doorbroken, omdat er niets is betaald aan de fiscus.

In eerste aanleg baseert de curator deze aansprakelijkstelling zowel op artikel 2:248 (lid 7) BW als op onrechtmatige daad. Het beroep op artikel 2:248 BW werd in eerste aanleg afgewezen omdat niet voldoende gebleken was dat de adviseur als feitelijk beleidsbepaler kon worden aangemerkt. De vorderingen uit onrechtmatige daad (hierna: o.d.) werden in eerste aanleg ook afgewezen, omdat onvoldoende was gebleken dat de adviseur onrechtmatig had gehandeld (ECLI:NL:RBAMS:2014:2232).

In hoger beroep heeft de curator de vordering op basis van artikel 2:248 BW laten vallen en alleen nog o.d.-vorderingen ingesteld, zowel namens de gezamenlijke schuldeisers (PGV) als

namens de vennootschappen zelf. In dat hoger beroep wordt de PGV toegewezen. De o.d.-vorderingen namens de vennootschappen zelf worden afgewezen.[1]

Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep voert de adviseur als belangrijk verweer aan dat de vennootschappen (materieel) geen belastingschuld hadden. Dit verweer wordt in beide feitelijke instanties verworpen omdat het onvoldoende gesubstantieerd is.

In het arrest in het hoger beroep (Hof Amsterdam 17 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1901) overweegt het hof onder meer dat de door de curator gestelde en door de adviseur betwiste belastingschuld vast is komen te staan. De adviseur gaat in cassatie. Bij arrest van 26 januari 2018 bekrachtigt de Hoge Raad de beslissing van het hof (nagenoeg geheel; ECLI:NL:HR:2018:107). Aldus is de veroordeling van de adviseur tot schadevergoeding op vordering van de curator in kracht van gewijsde gegaan.

Vordering tot herroeping aansprakelijkheid en vordering tot buiten invorderingstelling belastingaanslagen

Bij dagvaarding van 23 april 2019 dient de adviseur bij het hof een vordering in tot herroeping van het hiervoor genoemde arrest van het hof van 17 mei 2016 (art. 382 Rv jo. 384 lid 2 Rv). Hij legt aan die vordering onder meer ten grondslag dat hij in januari 2019 de beschikking heeft gekregen over een omvangrijke hoeveelheid fysieke administratie waaruit zou blijken dat de gefailleerde vennootschappen ten tijde van de faillissementen geen omzetbelastingsschulden hadden. Het hof wijst de vordering tot herroeping aanvankelijk af op de grond dat de (beweerdelijk) nieuwe stukken niet zijn achtergehouden door (schuld van) de curator en omdat deze naar het oordeel van het hof ook niet van beslissende aard zijn (Hof Amsterdam 28 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2115). Ook van deze beslissing gaat de adviseur in cassatie.

Ondertussen heeft de adviseur de Ontvanger van de Belastingdienst verzocht om de aanslagen omzetbelasting van de vennootschappen buiten invordering te stellen op basis van de naar voren gekomen administratieve stukken, omdat uit die stukken zou blijken dat deze omzetbelasting materieel niet verschuldigd is. De Ontvanger wijst het verzoek van de adviseur af, omdat volgens de Ontvanger uit de nieuwe stukken niet *onmiskenbaar* blijkt dat de omzetbelasting materieel niet verschuldigd is. De adviseur stelt vervolgens (bij dagvaarding van 30 november 2021) in rechte een vordering tot buiteninvorderingstelling tegen de Ontvanger in. Deze vordering wordt door de rechtbank afgewezen. De adviseur gaat daartegen (op 30 november 2021) in hoger beroep.

De deur naar herroeping gaat open

Bij arrest van 9 september 2022 casseert de Hoge Raad de beslissing van het hof om zijn

eerdere arrest (gewezen tussen de adviseur en de curator) niet te herroepen (HR 9 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1188). De Hoge Raad verwijst de herroepingszaak terug naar het hof.

De zaak tussen de adviseur en de Ontvanger

In de zaak tussen de adviseur en de Ontvanger voert de Ontvanger twee verweren. Ten eerste: dat de verschuldigdheid van de belastingschuld in de procedure tussen de adviseur en de curator al ten volle is getoetst en de adviseur dus geen recht heeft op een hernieuwde toetsing. Ten tweede: dat voor buiteninvorderingstelling van een belastingaanslag vereist is dat de materiële onverschuldigdheid daarvan onmiskenbaar moet blijken en dat aan dat onmiskenbaarheidsvereiste niet voldaan is. De Ontvanger geeft in dit kader een beargumenteerde weerspreking van een vijftal door de adviseur naar voren gebrachte stellingen.

Het hof verwerpt het eerste verweer van de Ontvanger. Anders dan de Ontvanger betoogt, brengt het feit dat in de procedure tussen de Curator en de adviseur al over de belastingschuld gedebatteerd is *niet* met zich dat de adviseur geen rechtens te respecteren belang heeft bij beoordeling van zijn vordering tegen de Ontvanger, of dat er anderszins geen ruimte bestaat om diens vordering en de daaraan ten grondslag gelegde stellingen in deze procedure inhoudelijk te toetsen. Bij deze overweging maakt het hof echter niet duidelijk of de cassatie en terugverwijzing van de herroepingsvordering daarin een rol speelt, of dat de procedure tussen de adviseur en de curator naar het oordeel van het hof per definitie losstaat van de mogelijkheid tot een vordering tot buiteninvorderingstelling tegen de Ontvanger.

Met betrekking tot het tweede verweer van de Ontvanger stelt het hof voorop dat in een civiele procedure alleen plaats is voor een veroordeling om belastingaanslagen buiten invordering te stellen als onmiskenbaar is dat de aan invordering onderworpen belastingaanslagen materieel niet verschuldigd zijn. Met andere woorden: als het standpunt daarover van de Ontvanger onmiskenbaar onjuist is. Naar het oordeel van het hof heeft de adviseur tegenover de beargumenteerde verdediging van het standpunt van de Ontvanger onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld die daar een ander licht op werpen. Volgens het hof komen de stellingen van de adviseur grotendeels neer op een herhaling van zetten en gaan deze voorbij aan de weerlegging daarvan door de Ontvanger en aan het vereiste dat het standpunt van de Ontvanger *onmiskenbaar* onjuist moet zijn om hem/haar te kunnen veroordelen om aanslagen buiten invordering te stellen. In het bijzonder overweegt het hof dat een door de adviseur in het geding gebrachte opinie van een deskundige niet tot de conclusie leidt dat het standpunt van de Ontvanger onmiskenbaar onjuist is, onder meer omdat deze opinie aannames en (complexe) nieuwe feiten bevat, die bovendien door de Ontvanger gemotiveerd zijn weersproken.

Het hoger beroep van de adviseur wordt afgewezen. De belastingschulden van het voormalige autobedrijf worden dus niet buiten invordering gesteld.

Wenk

De vordering van de adviseur om de belastingaanslagen buiten invordering te stellen was gebaseerd op artikel 1.1.5 van de Leidraad Invordering. Dit artikel bepaalt (onder meer) dat de belastingschuldige die *'aannemelijk heeft gemaakt dat er gegronde twijfels zijn bij de verschuldigdheid van een onherroepelijk geworden belastingaanslag'* de Ontvanger kan verzoeken om de belastingaanslag buiten invordering te stellen. De Ontvanger moet de desbetreffende belastingaanslag bij zo'n verzoek marginaal toetsen. Hoewel de bewoordingen *'aannemelijk maken'* en *'gegronde twijfels'* lijken te duiden op een lage drempel voor buiteninvorderingstelling, zorgt de marginale toetsing ervoor dat de belastingschuldige toch argumenten zal moeten aanvoeren die het aanstonds – onmiskenbaar – duidelijk maken dat er iets ernstigs mis is met de belastingaanslag.

In deze zaak vroeg niet de belastingschuldige om buiteninvorderingstelling, maar een derde (de adviseur). Hij had daar in 2021 inhoudelijk een belang bij, omdat hij uit hoofde van een PGV veroordeeld was tot schadevergoeding (te betalen in handen van de curator) tot het beloop van de door de gefailleerde(n) te betalen omzetbelasting. In het hierboven besproken arrest stipt het hof aan dat het twijfelachtig is of de adviseur zich op artikel 1.1.5 Leidraad Invordering kan beroepen terwijl hij zelf niet de belastingschuldige is, maar laat het hof dat verder in het midden, omdat het de vordering ook op inhoudelijke gronden niet toewijsbaar acht.

Inge Lakwijk, juni 2024

[1] Volgens r.o. 3.5 van het betreffende arrest (ECLI:NL:GHAMS:2016:1901) kon de o.d.-vordering namens de gefailleerde vennootschappen zelf niet toegewezen worden omdat de mogelijkheid tot het instellen van een o.d.-vordering namens de gefailleerde buiten de taak van de curator ex art. 68 lid 1 Fw zou vallen. Mogelijk bedoelde het hof eerder dat de o.d.-vordering namens de vennootschappen niet *naast een PGV* kan worden toegewezen, omdat een PGV zich nu juist bij uitstek voordoet in gevallen waarin een vordering tot schadevergoeding niet toekwam aan de gefailleerde zelf (m.n. omdat de gefailleerde zelf aan onrechtmatige handelen meewerkte). Zie hiervoor r.o. 3.3 van het oorspronkelijke *Peeters/Gatzen*-arrest (ECLI:NL:HR:1983:AG4521).

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 05-03-2024

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2024:507

Zaaknummer: 200.304.445/01

Rechters: L. Alwin, C.A.H.M. ten Dam en B. Roozendaal

Advocaten: F.A. Piek en W.I. Wisman

Wetsartikelen: 1.1.5 Leidraad Invordering, 382 Rv en 384 lid 2 Rv

RECHTSPRAAK

Bestuurder aansprakelijk, onder meer vanwege laten ontstaan rekening-courantschuld van ruim € 1,5 miljoen

De curator in het faillissement van een holding en Repo-Vastgoed B.V. ('Repo') stelt de bestuurder en aandeelhouder van de holding aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW. Daarnaast vordert de curator terugbetaling van uitgekeerd dividend, omdat het dividendbesluit nietig zou zijn. De rechtbank wijst deze vorderingen ten aanzien van de holding toe. De vorderingen ten aanzien van Repo worden afgewezen.

Gedaagde ('de bestuurder') was via de holding enig aandeelhouder van Repo Vastgoed B.V. ('Repo'). Via de holding was gedaagde daarnaast een van de drie middellijk bestuurders van Repo. Repo hield alle aandelen in drie werkmaatschappijen. Repo heeft in 2011 zonder zekerheden te verlangen financiering verstrekt aan EGM, een vennootschap waarvan zij toen nog enig aandeelhouder was. Nadien is twee derde van de aandelen verkocht, EGM failliet verklaard en de lening afgewaardeerd tot € 1.

De holding had tussen 2010 en 2014 een rekening-courantvordering op gedaagde van € 1 miljoen. In 2015 is deze vordering met € 542.500 toegenomen. Gedaagde heeft dit bedrag gebruikt voor de aankoop van effecten. In augustus 2015 zijn afspraken gemaakt met de Belastingdienst over het afbouwen van deze lening, omdat het zou gaan om een onzakelijke lening. Overeengekomen is onder meer dat in 2015 € 210.000 zal worden afgelost door middel van een dividenduitkering. In 2015 is een dividenduitkering gedaan door de holding aan gedaagde van € 745.387, terwijl tussen 2010 en 2013 verliezen werden geleden. Nadat in 2014 een beperkt positief resultaat was gerealiseerd, werd in 2015 een fors verlies geleden. In het financiële verslag over 2015, dat door de accountant op 31 januari 2017 is opgesteld, volgt dat er gerede twijfel bestond over de continuïteitsveronderstelling van de vennootschap. ABN AMRO, de kredietverstrekker van de holding, heeft de kredietovereenkomst per 17 mei 2017 beëindigd omdat zij geen vertrouwen meer had in de bestuurder, mede vanwege privéspeculaties door de bestuurder met geld van de werkmaatschappijen. Eind 2017 en begin

2018 zijn de werkmaatschappijen, Repo en de holding failliet verklaard.

De curator heeft de bestuurder in het faillissement van de holding aansprakelijk gesteld en vordert onder meer veroordeling tot betaling van het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW. Ook vordert de curator terugbetaling van de dividenduitkering uit 2015, omdat het besluit tot uitkeren van dividend nietig zou zijn.

De rechtbank overweegt dat de jaarrekening van de holding over 2016 niet is gedeponereerd. Om die reden staat vast dat de bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De bestuurder heeft gesteld dat sprake was van een onbelangrijk verzuim, omdat de jaarrekening voor 1 januari 2018 had moeten zijn gedeponereerd en de holding op 9 januari 2018 failliet is verklaard. De uiterlijke datum voor het deponeren van de jaarrekening was daarom volgens de bestuurder maar een paar dagen overschreden. De rechtbank volgt de bestuurder hier niet in, omdat de jaarrekening in het geheel niet is gedeponereerd. Het faillissement stond er niet aan in de weg dat de jaarrekening alsnog werd gedeponereerd.

De rechtbank oordeelt daarnaast dat ook los van de te laat gedeponeerde jaarrekening sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. De bestuurder heeft ondanks de slechte financiële omstandigheden van de holding telkens een rekening-courantschuld gehad van € 1 miljoen. In 2015 is deze schuld opgelopen met € 542.000. Het bedrag is gebruikt om te beleggen in risicovolle effecten die uiteindelijk niets hebben opgeleverd. Geen redelijk denkend bestuurder zou dit onder dezelfde omstandigheden hebben gedaan. De rechtbank oordeelt verder dat geen redelijk denkend bestuurder in 2015 onder dezelfde omstandigheden zou zijn overgegaan tot uitkering van € 745.387 dividend. Uit het financieel verslag van de accountant volgt dat werd getwijfeld aan de continuïteit van de holding. Het uitgekeerde bedrag is ook fors hoger dan het bedrag dat op grond van de afspraken met de Belastingdienst had moeten worden uitgekeerd.

Als andere belangrijke oorzaak van het faillissement voert de bestuurder onder meer de kredietcrisis in 2008 aan. De rechtbank gaat hieraan voorbij. De bestuurder heeft door de privéopnamen het vermogen van de holding verder uitgehold. Hierdoor heeft ABN AMRO het vertrouwen in de bestuurder verloren en de kredietovereenkomst opgezegd. Daardoor waren de vennootschappen niet meer levensvatbaar. De overige omstandigheden, zoals de kredietcrisis, hebben zich jaren daarvoor voorgedaan en zijn, bij gebrek aan concrete onderbouwing door de bestuurder, geen belangrijke oorzaak van het faillissement. De rechtbank veroordeelt de bestuurder tot betaling van het faillissementstekort en wijst een voorschot van € 2,4 miljoen toe.

De rechtbank oordeelt voorts dat het dividendbesluit uit 2015 nietig is. Voor besluitvorming buiten vergadering was op grond van de statuten schriftelijke instemming met een voorstel nodig van alle aandeelhouders, terwijl niet is gebleken dat een dergelijke schriftelijke verklaring is opgesteld. Ook notulen waaruit blijkt dat het dividendbesluit tijdens een algemene vergadering is genomen ontbreken. Het dividendbesluit is daarom nietig. De bestuurder moet het bedrag van € 745.387 terugbetalen. Dit bedrag komt wel in mindering op het voorschot voor het boedeltekort van € 2,4 miljoen.

De curator heeft ook een verklaring voor recht gevorderd dat de rekening-courantovereenkomst is vernietigd op grond van artikel 2:247 BW omdat de overeenkomst niet schriftelijk is vastgelegd. Naar het oordeel van de rechtbank is deze vordering verjaard op grond van artikel 3:52 lid 1 sub d BW. De curator was in ieder geval op 6 februari 2018 bekend met de rekening-courantverhouding. Pas op 13 oktober 2022, ruim na het verstrijken van de verjaringstermijn van drie jaar, heeft de curator zich beroepen op vernietiging. Ook een beroep op vernietiging op grond van artikel 42 Fw van de opnames in rekening-courant slaagt niet, omdat de curator onvoldoende concreet heeft aangevoerd dat de faillissement op het moment van de opnames redelijkerwijs waren te voorzien. Wetenschap van benadeling kan daarom niet worden vastgesteld.

De curator heeft de bestuurder ook aansprakelijk gesteld ten aanzien van Repo. De rechtbank wijst deze vorderingen af. De curator heeft gesteld dat de jaarrekening over 2013 niet is gedeponereerd, maar de curator heeft de stelling van de bestuurder dat deze jaarrekening op 21 augustus 2014 is gedeponereerd onvoldoende gemotiveerd betwist. De lening die Repo in 2010 heeft verstrekt aan EGM, kan geen grond zijn voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW, omdat de lening langer dan drie jaar voor de faillietverklaring is verstrekt (art. 2:248 lid 6 BW).

Het verstrekken van deze lening leidt ook niet tot aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW. De bestuurder heeft onderbouwd dat de lening aan de (toen nog) 100%-dochter EGM is verstrekt om de zonnepanelenmarkt aan te boren. Vanwege deze achtergrond valt niet in te zien dat de bestuurder hiermee 'onmiskienbaar en duidelijk tekortgeschoten is in de uitoefening van zijn bestuurstaak'.

H.J. de Kloe, juni 2024

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 17-04-2024

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2024:4604

Zaaknummer: C/10/649027 / HA ZA 22-979

Rechters: J.B. Smits, B. van Velzen en J.A. Dullaart

Advocaten: R. Slotboom en S.A.H.J. Warringa

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:394 BW, 2:9 BW, 2:247 BW, 3:52 BW en 42 Fw

RECHTSPRAAK

Dagvaarding uitgebracht tijdens faillissement, eiser is toch ontvankelijk

Een verhuurder heeft gedaagde, die een kamer van hem huurde, tijdens zijn faillissement gedagvaard. Omdat het faillissement inmiddels is opgeheven bij gebrek aan baten, is de verhuurder ontvankelijk in zijn vorderingen.

Een natuurlijke persoon die een kamer verhuurde aan gedaagde, heeft onder meer gevorderd gedaagde te veroordelen de woning te verlaten en achterstallige huur en een gebruikersvergoeding te betalen. Het verweer van gedaagde is onder meer dat de verhuurder op het moment van het uitbrengen van de dagvaardig in staat van faillissement verkeerde en daarom niet-ontvankelijk is.

De kantonrechter overweegt dat de vorderingen van de verhuurder vorderingen zijn waarop artikel 25 Fw van toepassing is. Niet is gebleken dat de verhuurder door zijn curator is gemachtigd om te procederen tegen gedaagde. Uit een uitspraak van de Hoge Raad van 10 juli 2020 (ECLI:NL:HR:2020:1243) blijkt echter dat uit artikel 25 lid 2 Fw volgt dat een schuldenaar door het faillissement niet de bevoegdheid verliest te procederen. Een hieruit voortvloeiende veroordeling heeft alleen geen rechtskracht tegenover de boedel. De wederpartij hoeft daarom een procedure niet te dulden en kan, zolang het faillissement voortduurt, de niet-ontvankelijkheid van de schuldenaar inroepen.

In deze procedure is het faillissement van de verhuurder op 16 februari 2024 opgeheven bij gebrek aan baten. Daarom is er geen reden de verhuurder niet-ontvankelijk te verklaren. De kantonrechter behandelt de zaak daarom inhoudelijk. Bij de vordering tot ontruiming heeft de verhuurder geen belang, omdat gedaagde de kamer al heeft ontruimd en verlaten. Gedaagde wordt wel veroordeeld om achterstallige huur en een gebruikersvergoeding te betalen voor de periode nadat de huurovereenkomst was beëindigd maar gedaagde nog wel in de kamer verbleef.

H.J. de Kloe, juni 2024

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 30-05-2024

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2024:2282

Zaaknummer: 10238497

Rechters: B.C.W. Geurtsen-van Eeden

Advocaten: D.M. Gijzen en H.M.A. van den Boogaard

Wetsartikelen: 25 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: afkoelingsperiode zorginstelling

De rechtbank kondigt een afkoelingsperiode af voor de duur van twee maanden ten aanzien van een zorginstelling.

Een vennootschap die een 'cultuur-sensitieve zorginstelling [exploiteert] die met name WMO-gefinancierde jeugd- en volwassenenzorg biedt', bereidt een WHOA-akkoord voor. De zorginstelling sluit met diverse gemeenten (aanbestede) contracten. Een gemeente heeft, naar later is gebleken ten onrechte, een cliënten- en betaalstop afgekondigd. Dit heeft geleid tot betalingsproblemen. Inmiddels stuurt de gemeente weer cliënten door, maar heeft de zorginstelling een te saneren schuldenlast van € 866.332. De zorginstelling verzoekt om afkondiging van een afkoelingsperiode.

De rechtbank overweegt dat de zorginstelling ontvankelijk is in haar verzoek, omdat ze heeft toegezegd binnen twee maanden een akkoord aan te zullen bieden. Een afkoelingsperiode is ook noodzakelijk, omdat verschillende schuldeisers sommatiebrieven hebben gestuurd en van één schuldeiser de sommatietermijn al is verstreken. De zorginstelling heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat de gezamenlijke schuldeisers belang hebben bij een afkoelingsperiode, omdat met een akkoord naar verwachting een hogere uitkering kan worden gerealiseerd dan met een faillissement. De schuldenaar is ook in staat zijn lopende verplichtingen te voldoen. De rechtbank kondigt een afkoelingsperiode af voor de duur van twee maanden.

H.J. de Kloe, juni 2024

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 06-03-2024

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2024:3125

Zaaknummer: 432289 HO RK 24/170

Rechters: S. Boot, R.P. van Eerde en M.D.E. Leppens

Advocaten: B.P.J.M.L. Vliexs

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Kosten herstructureringsdeskundige Vitesse

De kosten van de herstructureringsdeskundige worden, nadat een aantal keer een (aanvullend) voorschot is toegewezen, vastgesteld op maximaal € 401.086.

Ten aanzien van B.V. Vitesse is op 25 april 2024 een herstructureringsdeskundige (HD) aangewezen (INS 2024-0127). Het voorschotbedrag van de kosten van de HD zijn toen vastgesteld op € 15.000 exclusief btw en verschotten. De HD is opgedragen een begroting aan te leveren van de te maken kosten. In een uitspraak van 29 april 2024 (ECLI:NL:RBGEL:2024:3056) wordt het voorschotbedrag verhoogd met € 35.000 exclusief btw. Dit bedrag is inclusief € 10.000 voor een adviesbureau dat onder meer de liquiditeitsbegroting zal toetsen en (waarderings)rapporten zal opstellen.

Op 2 mei 2024 verzoekt de HD het bedrag voor haar werkzaamheden en de kosten van derden vast te stellen op maximaal het door haar begrote bedrag van € 401.086. Daarnaast verzoekt zij om een aanvullend voorschot van € 50.000. De rechtbank wijst het verzoek om het aanvullende voorschot op 7 mei 2024 toe (ECLI:NL:RBGEL:2024:3057). In een separate beschikking van 15 mei 2024 (ECLI:NL:RBGEL:2024:3059) wijst de rechtbank ook het verzoek om de kosten op maximaal € 401.086 vast te stellen toe. Kosten van derden ter hoogte van in ieder geval € 76.086 maken onderdeel uit van dit bedrag. De begroting heeft de goedkeuring van Vitesse. De rechtbank overweegt dat de voorgestelde werkzaamheden noodzakelijk zijn in verband met de beoogde herstructurering en dat de omvang van de begrote kosten redelijk is.

H.J. de Kloe, juni 2024

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 15-05-2024

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2024:3059

Zaaknummer: 434535 FT RK 24 351

Rechters: J.H. Steverink, R. Cats en P.J. Neijt

Advocaten: S.J.B. Drijber, J.J. Reiziger en R.J. Duursma

Wetsartikelen: 371 Fw