

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 16, 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. G.P. van Hooft, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.I.J. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2024:1072](#) 12-07-2024

Verlenging schuldsanering wegens niet-naleving verplichtingen

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2024:4798](#) 23-07-2024

Renvooprocedure en arbitrage

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2024:4797](#) 23-07-2024

Voormalig bestuurders (tevens in hoedanigheid van feitelijk beleidsbepalers) van zorgstichting aansprakelijk voor faillissementstekort

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2024:1071](#) 23-04-2024

OZB boedelschuld, verifieerbare vordering of geen van beide?

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2024:4662](#) 24-07-2024

Bestuurder Miss Etam aansprakelijk wegens onbehoorlijk bestuur

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2024:4138](#) 10-07-2024

Beoordeling paulianavordering

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2024:5035](#) 05-07-2024

Curator krijgt geen toegang tot mailboxen vanwege vertrouwelijkheid informatie

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2024:4716](#) 05-07-2024

WHOA: afwijzing homologatieverzoek omdat de reorganisatiewaarde niet conform rangorde wordt verdeeld

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2024:4181](#) 03-07-2024

Surplus van kwaliteitsrekening deurwaarder komt toe aan de boedel

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2024:3796](#) 26-06-2024

Verpanding van vorderingen uit hoofde van coronasteunregelingen

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2024:11808](#) 14-03-2024

WHOA: toewijzing verzoek afkoelingsperiode, meer financiële stukken nodig bij verlengingsverzoek

RECHTSPRAAK

WHOA: afwijzing homologatieverzoek omdat de reorganisatiewaarde niet conform rangorde wordt verdeeld

De rechtbank wijst het homologatieverzoek van twintig vennootschappen die (in groepsverband) een horecaonderneming drijven af. Hoewel de rechtbank van oordeel is dat verzoeksters hun informatieverplichtingen hebben geschonden, is dat niet de reden voor afwijzing van het verzoek, omdat een correcte informatievoorziening redelijkerwijs niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden. Problematisch is wel dat de reorganisatiewaarde niet conform de rangorde wordt verdeeld. De holding behoudt haar aandelenbelang, terwijl (hoger gerangschikte) schuldeisers niet volledig worden voldaan. Verder speelt mee dat de bestuurder en indirect aandeelhouder slechts € 184.000 aflost op zijn rekening-courantschuld van meer dan € 1 miljoen. Ook behoudt een (andere) gelieerde vennootschap waarde doordat zij door het akkoord zou worden verlost van een schuld uit hoofde van een fiscale eenheid omzetbelasting. Het beroep van de Belastingdienst en een andere schuldeiser op artikel 384 lid 4 sub b Fw slaagt.

Twintig vennootschappen ('verzoeksters'), behorend tot dezelfde groep, die een horecaonderneming exploiteren, bieden een WHOA-akkoord aan om een totale schuldenlast van € 12.778.000 te herstructureren. Tot de groep van verzoeksters behoren ook een holding-vennootschap ('de holding') en een gelieerde vennootschap ('de gelieerde vennootschap'), maar deze worden niet geherstructureerd. Bij twaalf akkoorden hebben alle klassen behalve de Belastingdienst ingestemd. Bij de overige acht akkoorden heeft ook de klasse met concurrente schuldeisers tegen gestemd. Verzoeksters verzoeken de rechtbank het akkoord te homologeren. De Belastingdienst en bierbrouwer AB InBev verzoeken de homologatie af te wijzen.

De rechtbank overweegt dat verzoeksters hun informatieverplichtingen hebben geschonden. Zo heeft de bank een hypotheek op onroerend goed van de gelieerde vennootschap, maar is geen informatie over de waarde van het onroerend goed gedeeld, terwijl dit in het kader van het liquidatiescenario wel relevant is. Daarnaast wordt in het kader van het akkoord een nieuwe financiering aangegaan, maar daarover wordt geheimzinnig gedaan en is ook (te) weinig informatie gedeeld, aldus de rechtbank. Aan de schendingen van de informatieverplichting worden echter geen gevolgen verbonden, omdat deze gebreken redelijkerwijs niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden. De Belastingdienst heeft namelijk al tegen de akkoorden gestemd, en alhoewel het goed mogelijk is dat meer schuldeisers met de volledige informatie tegen de akkoorden hadden gestemd, is het niet aannemelijk dat daarmee homologatie niet verzocht had kunnen worden.

De rechtbank wijst de homologatie uiteindelijk wel af, omdat de reorganisatiewaarde niet conform de rangorde wordt verdeeld. In het voorgestelde akkoord behoudt de holding haar aandelenbelang in de vennootschappen, terwijl hoger gerangschikte schuldeisers niet volledig worden voldaan. Naast dat verzoeksters onvoldoende inzicht hebben gegeven in de waarde die de holding behoudt, is het wel voldoende aannemelijk dat zij iets ontvangt.

Dat komt doordat in het akkoord een constructie is gekozen waardoor de Belastingdienst in zijn belangen wordt geschaad. De vorderingen van de Belastingdienst worden namelijk gesplitst. De vordering uit hoofde van de omzetbelasting, waarvoor een fiscale eenheid geldt binnen de gehele groep (inclusief de gelieerde vennootschap), wordt onder het akkoord volledig voldaan. Op de vordering uit hoofde van de loonheffing, waarvoor geen fiscale eenheid geldt, wordt echter slechts een uitkering van 6,16% gedaan. Gevolg is dat de Belastingdienst geen verhaal meer kan nemen op het vermogen van andere vennootschappen binnen de fiscale eenheid, waaronder de gelieerde vennootschap. Daarmee wordt de gelieerde vennootschap verlost van de schuld uit hoofde van de fiscale eenheid omzetbelasting, waardoor de overwaarde van meer dan € 700.000 van het onroerend goed vrijkomt voor de holding. Onder het akkoord ontvangt de holding dus deze (vrijgekomen) waarde, terwijl hoger gerangschikte schuldeisers niet volledig worden voldaan.

Verder speelt mee dat de bestuurder en indirect aandeelhouder in het kader van het akkoord een aflossing van € 184.000 doet op zijn schuld aan de groep van € 1.062.395. Voorop staat dat dit niet als inbreng in het kader van het akkoord kan worden gezien, maar belangrijker is dat verzoeksters geen inzicht hebben gegeven in de mate waarin de bestuurder in staat is meer dan € 184.000 terug te kunnen betalen. Dit is van belang omdat dit invloed heeft op de reorganisatiewaarde en klemmt temeer nu de bestuurder privé wel in staat blijkt zekerheden te verstrekken aan de nieuwe financiers.

De rechtbank is daarmee van oordeel dat het akkoord in strijd is met artikel 384 lid 4 Fw en wijst de verzoeken tot homologatie af. De rechtbank stelt het salaris van de aangewezen observator vast op € 182.561,68 en van een door hem ingeschakelde derde op € 24.581,25 (excl. btw).

S. Zonneveld, augustus 2024

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 05-07-2024

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2024:4716

Zaaknummer: 436760 HO RK 24/523 ea

Rechters: J.H. Steverink, P.J. Neijt en J. Schreurs-van de Langemheen

Advocaten: K.C. Mensink, mr. J. van den Dolder en B. Poort

Wetsartikelen: 383 Fw en 384 lid 4 Fw

RECHTSPRAAK

Voormalig bestuurders (tevens in hoedanigheid van feitelijk beleidsbepalers) van zorgstichting aansprakelijk voor faillissementstekort

De voormalig bestuurders van de zorgstichting Social Care 24/7 zijn, deels als feitelijk beleidsbepalers, aansprakelijk gehouden voor het tekort in het faillissement, zoals bedoeld in artikel 2:300a BW jo. 2:138 BW. Zij hebben hun taken kennelijk onbehoorlijk vervuld door onder andere zorgfraude te plegen.

Relevante feiten

Geïntimeerde 1, de vader ('vader'), richtte in oktober 2015 de stichting Social Care 24/7 ('zorgstichting') op. Zijn zoon (geïntimeerde 2, 'zoon') en diens partner (geïntimeerde 3, 'partner') waren betrokken bij de zorgstichting. Vanaf 22 februari 2016 tot 22 maart 2017 stond de partner als statutair bestuurder van de zorgstichting ingeschreven in het handelsregister.

Tussen 2016 en 2019 voerden de Inspectie voor de Gezondheidszorg en Jeugd ('inspectie'), de gemeente Zwolle ('gemeente') en Zilveren Kruis ('verzekeraar') onderzoeken uit naar de administratie van de zorgstichting, de besteding van persoonsgebonden budgetten, alsmede de zorgkwaliteit en deskundigheid. Deze onderzoeken onthulden onregelmatigheden en (zorg)fraude bij de besteding van persoonsgebonden budgetten. Als gevolg hiervan stopte de verzekeraar de budgetten voor alle cliënten van de zorgstichting. De inspectie gaf meerdere waarschuwingen, die door de zorgstichting niet werden opgevolgd.

Op 24 april 2018 is de zorgstichting failliet verklaard. Op 14 juli 2021 heeft de curator conservatoire beslagen ten laste van geïntimeerden gelegd.

Eerste aanleg

Op 20 juli 2022 oordeelde de rechtbank Overijssel dat er sprake was van onbehoorlijke taakvervulling door de vader en de partner. Zodoende wees de rechtbank de vorderingen van

de curator deels toe (ECLI:NL:RBOVE:2022:2932, INS 2022-0263). De vorderingen tegen de zoon werden afgewezen, omdat hij geen formeel bestuurder was en daarmee niet gelijkgesteld kon worden.

Hoger beroep

De bedoeling van het hoger beroep van de curator is dat zijn vordering alsnog geheel wordt toegewezen tegen geïntimeerden. Zijn vordering strekt ertoe dat het hof het vonnis vernietigt en bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, verklaart dat geïntimeerden als (voormalige) bestuurders van de zorgstichting hun taak onbehoorlijk hebben vervuld terwijl dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, waardoor zij aansprakelijk zouden zijn voor het tekort in het faillissement van de zorgstichting ex artikel 2:300a BW jo. 2:138 BW. De curator vordert een voorschot op het boedeltekort van € 375.000 en veroordeling in de proceskosten.

Het oordeel van het hof

Het hof behandelt de rollen van de geïntimeerden binnen de zorgstichting en beoordeelt de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door hen. Geïntimeerden hadden verschillende rollen binnen de zorgstichting en er waren ernstige tekortkomingen in de zorgverlening, zoals is vastgesteld door de inspectie. Het hof behandelt de feiten en de bezwaren van beide partijen thematisch, waarbij de vastgestelde feiten van de rechtbank en aanvullende feiten worden betrokken.

Bestuurder of feitelijk beleidsbepaler (r.o. 3.21-3.31)

Hoewel de partner betwist bestuurder te zijn vanwege het ontbreken van een benoemingsbesluit, stelt de curator dat zij statutair bestuurder en (ook) feitelijk beleidsbepaler van de zorgstichting is. Onomstreden is dat zij als statutair bestuurder stond ingeschreven in het handelsregister. Haar inschrijving door de vader als zittend bestuurder is een feitelijke aanwijzing dat haar benoeming tot statutair bestuurder berustte op een benoeming door de zittend bestuurder. De ongedaanmaking van haar inschrijving met terugwerkende kracht, naar aanleiding van een advies van de inspectie, doet daar niets aan af. Uit verschillende feiten en verklaringen blijkt dat de partner binnen de zorgstichting als statutair bestuurder optrad. Daarmee heeft zij de functie van statutair bestuurder aanvaard. Haar belangrijke rol werd door anderen binnen de zorgstichting tevens erkend.

Voorts oordeelt het hof dat, naast de partner, ook de zoon als feitelijk beleidsbepaler optrad. Ondanks de formele rol van de vader als statutair bestuurder, bepaalden de zoon en de partner het (dagelijks) beleid binnen de zorgstichting. De feitelijke bedrijfsvoering door hen wordt (verder) bevestigd door producties van de curator, die onvoldoende gemotiveerd door

geïntimeerden zijn weersproken.

Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling (r.o. 3.32-3.42)

De curator verwijst voor zijn stelling dat geïntimeerden hun taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld naar de rapportage van de inspectie en de eindrapportages van de verzekeraar en van de gemeente. Hoewel geïntimeerden de rechtmatigheid van deze rapportages betwisten, benadrukt het hof het belang van waarheidsvinding boven uitsluiting van bewijs, waardoor deze rapportages in de beoordeling worden meegenomen, gelet op artikel 152 Rv. De rechtbank had in eerste aanleg die rapporten buiten beschouwing gelaten, zodat niet kon worden vastgesteld dat sprake was van zorgfraude op basis van die rapportages (ECLI:NL:RBOVE:2022:2932, r.o. 5.23).

De rapportages, interviews met (oud-)medewerkers en feiten bevestigen dat de zorgstichting tekortschoot in het bieden van veilige en goede zorg, wat uiteindelijk leidde tot stopzetting van de budgetten en het faillissement. Het hof concludeert dat de bestuurders verantwoordelijk waren voor deze tekortkomingen. Ondanks meerdere interventies door de inspectie hebben zij de tekortkomingen laten voortbestaan. Niet alleen is sprake geweest van opzettelijk en structureel declareren van meer zorguren dan feitelijk zijn geleverd, ook heeft de zorgstichting opzettelijk de zorgafspraken in de zorgovereenkomsten niet nageleefd. Uit de rapporten volgt dat sprake is van zorgfraude en valsheid in geschrifte. Deze bevindingen ondersteunen de conclusie van kennelijk onbehoorlijk bestuur door geïntimeerden.

Oorzaak van het faillissement (r.o. 3.43-3.48)

Het hof wijst de argumenten van de geïntimeerden over andere oorzaken van het faillissement af en volgt de curator in zijn conclusie dat het uitblijven van verbetermaatregelen en de stopzetting van de persoonsgebonden budgetten door de geconstateerde misstanden de oorzaak van het faillissement waren. De inkomsten vielen weg en het faillissement stond met een en ander in rechtstreeks verband, aldus de curator. Het hof volgt de curator in zijn lezing en concludeert: geïntimeerden als statutair dan wel feitelijk bestuurders zijn hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort in de faillissementsboedel.

Matiging (r.o. 3.51 en 3.52)

Tevergeefs verzoeken geïntimeerden om het matigen van het bedrag van de aansprakelijkheid. Zij pleiten hiervoor met een beroep op de kleinschaligheid van de zorginstelling en het feit dat niet gehandeld was voor persoonlijk gewin of met als doel iemand te benadelen. Anders dan geïntimeerden lijken te veronderstellen, zijn de matigingsgronden uit artikel 2:248 lid 4 BW uitputtend en is de algemene civiele

matigingsregeling van artikel 6:109 BW niet van toepassing in deze situatie.

Voorschot (r.o. 3.55)

Op de veroordeling in het faillissementstekort heeft de curator de betaling van een voorschot van € 375.000 gevorderd. Tijdens het hoger beroep is gebleken dat de gelegde beslagen tot ongeveer € 300.000 doel hebben getroffen. Gezien de toewijzing van de vordering tot veroordeling van geïntimeerden, die uitvoerbaar bij voorraad zal worden verklaard, heeft de curator onvoldoende belang bij het voorschot. Daarom wordt deze vordering niet toegewezen.

Het hof beslist dat geïntimeerden als (voormalig) bestuurders van de zorgstichting hun taken onbehoorlijk hebben vervuld. Dit heeft geleid tot het faillissement. Geïntimeerden worden hoofdelijk veroordeeld tot betaling van de prefaillissementsschulden, vermeerderd met de boedelschulden, waaronder begrepen het salaris van de curator en de faillissementskosten, alsmede de proceskosten. Geïntimeerden zullen het arrest moeten nakomen terwijl de cassatietermijn nog loopt.

E. Ayerdem

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 23-07-2024

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2024:4797

Zaaknummer: 200.316.731/01

Rechters: W.F. Boele, M.W. Zandbergen en W.D. de Boer

Advocaten: T.M. Spoler en A.L.S. Verhoog

Wetsartikelen: 2:300a BW, 2:138 BW, 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

OZB boedelschuld, verifieerbare vordering of geen van beide?

In een uitvoerig arrest oordeelt het hof aan de hand van de drie categorieën boedelschulden uit Koot Beheer/Tideman q.q. dat de OZB die na het faillissement verschuldigd is geworden geen boedelschuld is. Met inachtneming van het arrest Credit Suisse/Jongepier q.q. is de OZB volgens het hof wél verifieerbaar in het faillissement, nu geen sprake is van uitbreiding van aanspraken van de gemeente in strijd met het fixatiebeginsel.

In dit renvooigeschil twisten de curatoren van Hudson's Bay (HBC Netherlands B.V., hierna 'HBC') met de gemeente Rotterdam over de status van een vordering uit hoofde van een aanslag onroerendezaakbelasting ('OZB'). Het Hof Amsterdam moet de vraag beantwoorden of de OZB-vordering een boedelvordering, een verifieerbare vordering of geen van beide is. Tot op heden heeft de Hoge Raad zich hier niet over uitgelaten.

De OZB-aanslag is na de faillietverklaring opgelegd aan HBC als gebruiker van een winkelpand. De curatoren hadden op dat moment de huurovereenkomst al opgezegd, maar deze was nog niet geëindigd. Het pand was ook nog in gebruik als opslagruimte voor de afwikkeling van de verkoop van de winkelinventaris. De gemeente vorderde in haar (in hoger beroep aangepaste) eis tot verificatie primair een verklaring voor recht dat de OZB een boedelschuld is. Subsidiair vorderde zij erkenning van de OZB als (verifieerbare) vordering in het faillissement.

Voordat het hof aan de kwalificatievraag toekomt, moet het de vraag beantwoorden of de primaire vordering wel in een renvooiprocedure kan worden toegewezen. Een boedelvordering levert immers een onmiddellijke aanspraak op, die niet hoeft te worden geverifieerd. Het hof is echter van oordeel dat het mogelijk en zinvol is om hierover in een renvooiprocedure te beslissen. Het wijst er onder meer op dat de systematiek van de Faillissementswet en de aard van de renvooiprocedure zich hier niet tegen verzetten en dat

schuldeisers hierdoor niet worden benadeeld. Ook om redenen van proceseconomie en kostenefficiëntie is het toelaatbaar en wenselijk, aldus het hof, omdat hiermee een tweede, afzonderlijke procedure tussen de boedel en een schuldeiser kan worden vermeden. Het hof wijst verder op twee uitspraken van de Hoge Raad, waarin het een bevestiging leest dat boedelvorderingen ook in een renvooiprocedure kunnen worden behandeld (*Koot Beheer/Tideman q.q.* (ECLI:NL:HR:2013:BY6108) en *Nimox/Van den End q.q.* (ECLI:NL:HR:1991:ZCo401)).

Is de OZB een boedelschuld? Daarvoor gaat het hof de drie door de Hoge Raad onderscheiden categorieën boedelschulden uit *Koot Beheer/Tideman q.q.* af. Van belang is dat OZB een tijdstipbelasting is, met 1 januari van het betreffende jaar als peildatum. Degene die op 1 januari gebruiker is van het pand wordt de belasting voor het gehele jaar verschuldigd. In dit geval viel zowel de peildatum als de datum waarop de aanslag is opgelegd na de faillietverklaring.

Een boedelschuld van de tweede categorie is een schuld die de curator bij rechtshandeling op zich neemt, doordat zijn wil daarop is gericht. Anders dan de gemeente betoogde, impliceert het feit dat de wil van de curatoren gericht was op het tijdelijk voortgezet gebruik van het pand volgens het hof niet automatisch dat hun wil ook was gericht op het aangaan van de OZB-schuld. Dit was slechts een (neven)gevolg van een andere handeling van de curator, te weten dat gebruik. Volgens het hof volgt uit *Koot Beheer/Tideman q.q.* niet dat dit soort vorderingen boedelvorderingen zijn.

De gemeente stelde daarnaast dat sprake was van een boedelvordering op grond van de wet – de eerste categorie boedelschulden – omdat de boedel ex artikel 24 Fw was gebaat bij de ontvangen koopsom voor de inventaris die door het voortgezet gebruik kon worden gerealiseerd, dan wel bij de gemeentelijke voorzieningen die door de inning van OZB tot stand worden gebracht. Het hof wijst echter op de wettekst en parlementaire geschiedenis van artikel 24 Fw, waaruit volgt dat er een enger (directer) causaal verband nodig is tussen de verbintenis (het ontstaan van de OZB-schuld) en de bate. Dat verband ontbrak hier.

Ook is geen sprake van een boedelschuld van de derde categorie, te weten het niet naleven van een zelfstandige verplichting van de curator. Het hof meent dat de verplichting tot betaling van OZB niet op één lijn kan worden gesteld met de uit milieuwetgeving voortvloeiende zelfstandige verplichtingen voor de curator, die aan de orde waren in het *Ridderkerkse Taxicentrale*-arrest (ECLI:NL:HR:2021:833).

Geen boedelvordering dus, maar wél een verifieerbare vordering, aldus het hof. Tot dat oordeel komt het op basis van de in het arrest *Credit Suisse/Jongepier q.q.*

(ECLI:NL:HR:2018:424) gegeven regels voor de verifieerbaarheid van na het faillissement ontstane vorderingen. Het hof overweegt dat dit arrest weliswaar over een bestaande wederkerige overeenkomst gaat, maar dat niet is in te zien waarom het niet ook voor andere soorten rechtsbetrekkingen zou gelden, zoals de onderhavige publiekrechtelijke rechtsbetrekking. Vervolgens overweegt het dat die rechtsverhouding tussen de gemeente en HBC al bestond ten tijde van de faillietverklaring, omdat deze is ontstaan op het moment waarop HBC voor het eerst gebruiker werd van het pand.

Daarmee resteert enkel nog de vraag of de vordering reeds bij het intreden van het faillissement besloten lag in de rechtspositie van HBC, zodat geen sprake is van een uitbreiding van aanspraken in strijd met het fixatiebeginsel. Volgens het hof gaat het erom dat sprake is van een rechtsfeit – het gebruik van het pand – dat aan het, na het faillissement, ontstaan van de OZB-vordering ten grondslag lag en bepalend was voor de rechtsverhouding per datum faillissement. Het feitelijk gebruik, waarop de gemeente zelf geen invloed had, leidde tot de (latente) verplichting tot betaling van OZB. Daarbij acht het hof mede relevant dat de gemeente op grond van de toepasselijke regelgeving verplicht was te heffen en geen keuzevrijheid had. Het hof concludeert daarom dat de door de curatoren betwiste OZB-aanspraken over het kalenderjaar 2020 op faillissementsdatum (31 december 2019) al bestonden en dus verifieerbaar zijn.

De curatoren hadden met een beroep op analoge toepassing van artikel 39 Fw nog betoogd dat de OZB dan in elk geval moest worden geverifieerd naar rato van het daadwerkelijk gebruik van het pand, te weten twee maanden, in plaats van het hele jaar. Daar ziet het hof geen grond voor. Slotsom is derhalve dat de gehele vordering ad € 143.000 wordt toegelaten in het faillissement.

J.H.M. van de Wiel, augustus 2024

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-04-2024

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2024:1071

Zaaknummer: 200.309.637/01

Rechters: M.M.M. Tillema, J.L.M. Groenewegen en H. Koster

Advocaten: J.H. van der Weide en E.P. Pandelitschka

Wetsartikelen: 24 Fw

RECHTSPRAAK

Verlenging schuldsanering wegens niet-naleving verplichtingen

Verlenging van de schuldsaneringsregeling is gericht op herstel van de tekortkomingen. Dit mag niet leiden tot verstoring van het evenwicht tussen de belangen van de schuldenares en de schuldeisers.

Op 13 oktober 2020 werd ten aanzien van een schuldenares de schuldsaneringsregeling op grond van de WSNP uitgesproken. Ten tijde van het uitspreken daarvan gold artikel 349a Fw (oud), op grond waarvan de schuldsanering drie jaren duurt.

De schuldenares is gedurende het schuldsaneringstraject tekortgeschoten in diverse verplichtingen. Zij heeft de informatieverplichting jegens de bewindvoerder niet voldoende nageleefd, heeft een boedelachterstand laten ontstaan en heeft nieuwe schulden laten ontstaan. Aan het einde van het schuldsaneringstraject bedroeg de boedelachterstand ruim € 20.000.

Volgens de rechtbank kon de schuldenares als gevolg van deze tekortkomingen de schuldsaneringsregeling niet eindigen met een schone lei. De schuldenares kwam tegen die beslissing in hoger beroep en verzocht het gerechtshof op de voet van artikel 349a lid 3 Fw de schuldsaneringsregeling te verlengen zodat zij de boedelachterstand kon inlopen en alsnog met een schone lei kon eindigen. Onder verwijzing naar een plan van aanpak voerde de schuldenares aan dat zij de boedelachterstand in een periode van twintig maanden zou kunnen inlopen. Bij een hoger salaris kon de boedelachterstand in slechts een jaar tijd worden ingelopen.

Het gerechtshof verlengde de schuldsaneringsregeling voor de duur van twee jaren; vier maanden langer dan volgens het plan van aanpak maximaal nodig was om de boedelachterstand in te lopen. Het gerechtshof bepaalde daarbij dat gedurende het inlopen van de boedelachterstand de schuldenares was vrijgesteld van de afdrachtsverplichting. Vanaf het moment dat de boedelachterstand volledig zou zijn ingelopen, zou de afdrachtsverplichting weer herleven en actief blijven totdat de verlenging verstreken was. Het

gerechtshof betrok in zijn oordeel de constatering dat op die manier 30% van elke vordering kon worden voldaan, terwijl dat 14,54% zou zijn als alleen de boedelachterstand zou worden ingelopen.

De schuldenares stelde cassatie in en voerde aan dat de beslissing van het gerechtshof om de schuldsanering langer te verlengen dan de periode die nodig zou zijn om de boedelachterstand in te lopen, berust op een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad oordeelt dat de verlenging van de schuldsaneringsregeling is gericht op herstel van de tekortkomingen. Een verlenging mag niet leiden tot verstoring van het evenwicht tussen de belangen van de schuldenares en de schuldeisers. Het herstel in de onderhavige verlenging komt neer op het inlopen van de boedelachterstand, maar de mogelijkheid bestaat dat de achterstand binnen een jaar is ingelopen. Gedurende de resterende looptijd van de verlenging zou dan € 24.000 extra worden gespaard voor de schuldeisers. Nu de belangen van de schuldeisers lijken te prevaleren boven die van de schuldenares, heeft het gerechtshof met zijn beslissing ofwel blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, ofwel zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd. De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag voor verdere behandeling en beslissing.

N. Rustenburg, juli 2024

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 12-07-2024

ECLI: ECLI:NL:HR:2024:1072

Zaaknummer: 24/00578

Rechters: C.E. du Perron, C.H. Sieburgh, F.R. Salomons, G.C. Makkink en K. Teuben

Advocaten: mr. drs. T.E. Booms

Wetsartikelen: 394a Fw

RECHTSPRAAK

Verpanding van vorderingen uit hoofde van coronasteunregelingen

De rechtbank Amsterdam heeft uitspraak gedaan over de fundamentele vraag of vorderingen uit hoofde van coronasteunregelingen overdraagbaar en verpandbaar zijn. Het betrof een zogenoemde proefprocedure tussen een curator en ING.

ING heeft in mei 2020 een financiering aan de schuldenaar verstrekt. Tot zekerheid voor de terugbetaling daarvan zijn pandrechten gevestigd op de huidige en toekomstige vorderingen van de schuldenaar.

In september 2022 is de schuldenaar failliet gegaan en is de curator als zodanig aangesteld. Vlak vóór faillissement heeft de RVO diverse TVL-subsidies uitgekeerd op de bij ING aangehouden bankrekening van de schuldenaar. Vlak ná faillissement heeft het UWV diverse NOW-subsidies uitbetaald op diezelfde rekening. ING heeft zich door middel van verrekening verhaald op deze bijschrijvingen.

De curator vordert (terug)betaling van ING en stelt dat vorderingen uit hoofde van TVL en NOW naar hun aard niet overdraagbaar en/of verpandbaar zijn. Derhalve gaat de uitzondering uit het arrest *Mulder/CLBN* niet op en mocht ING zich op grond van artikel 54 Fw niet beroepen op verrekening.

ING stelt daar tegenover dat in de NOW- en TVL-regelingen niets is vermeld over de overdraagbaarheid van deze vorderingen. Bovendien draagt de verpandbaarheid van dergelijke vorderingen juist bij aan de doelen van de regelingen, omdat hierdoor voorfinanciering van de loonkosten en andere vaste lasten wordt bevorderd. Banken zijn eerder bereid voor te financieren als zij een pandrecht kunnen vestigen op subsidies.

De rechtbank volgt het standpunt van ING en oordeelt dat vorderingen uit hoofde van NOW en TVL overdraagbaar en verpandbaar zijn. Dit volgt uit artikel 3:83 lid 1 BW jo. artikel 3:228 BW, waarin staat dat het uitgangspunt is dat vorderingen overdraagbaar en verpandbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich daartegen verzet.

De overdraagbaarheid van NOW- en TVL-vorderingen is niet bij wet uitgesloten. Ook de aard van deze vorderingen verzet zich niet tegen overdracht, aangezien de vorderingsrechten van de schuldenaar op de overheid geen persoonlijk karakter hebben. Het gaat om gewone geldvorderingen tot betaling van bedragen uit hoofde van coronasteunregelingen. De inhoud van de prestatie daarvan wordt niet beïnvloed door overdracht of verpanding.

In de regelingen is niet opgenomen dat de werknemers en schuldeisers uit de subsidiegelden zelf betaald moeten worden. De subsidiegelden werden pas achteraf uitbetaald, zodat het überhaupt niet mogelijk was deze rechtstreeks daarvoor aan te wenden. Bij betaling van een geldsom aan een subsidieontvanger vloeit de subsidie in het vermogen van de ontvanger. Een schuldenaar staat met zijn hele vermogen in voor de nakoming van zijn verplichtingen. Volgens artikel 3:276 BW kunnen schuldeisers zich op alle goederen van hun schuldeisers verhalen. Het is aan de subsidieverlenende instantie om erop toe te zien dat aan de voorwaarden voor de subsidie wordt voldaan. Een vergelijking met het arrest *Staat/Appels* gaat mank, omdat dat arrest ging over vorderingen van de Staat, terwijl het in onderhavige casus gaat om vorderingen op de Staat.

De conclusie is dat de NOW- en TVL-vorderingen onder het pandrecht van ING vallen, zodat ING mocht verrekenen. De vorderingen van de curator worden afgewezen.

K.C.S. Meekes, augustus 2024

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 26-06-2024

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2024:3796

Zaaknummer: C/13/742500 / HA ZA 23 1046

Rechters: R.H.C. Jongeneel, N.C.H. Blankevoort en F.L. Bolkestein

Advocaten: mr. W.T.N. Vlasveld en T.T. van Zanten

Wetsartikelen: 3:83 BW, 3:228 BW en 3:276 BW

RECHTSPRAAK

Beoordeling paulianavordering

De banken vorderen afdracht verkoopopbrengst die onder onder hun pandrecht zou vallen. De curatoren menen dat de zekerheidsstelling paulianeus is. In geschil is de vraag of er sprake is van wetenschap van benadeling ex artikel 42 Fw.

Een moeder vennootschap heeft de aandelen in haar dochteronderneming voor € 1 verkocht aan de bestuurder van de dochteronderneming. In het kader van deze management buy-out heeft de moeder vennootschap een geldlening aan de dochteronderneming verstrekt, en is er een pandrecht op de belangrijkste activa van de dochteronderneming gevestigd ten behoeve van de moeder vennootschap. De moeder vennootschap heeft op haar beurt de lening aan de dochteronderneming verpand aan ING als security agent (ook namens ABN AMRO, Rabobank en BNP Paribas Fortis) ter zekerheid van openstaande vorderingen van banken op de moeder vennootschap. Kort daarna gaan eerst de dochteronderneming en daarna de moeder vennootschap failliet. De curatoren van de dochteronderneming zijn overgegaan tot verkoop van de goederen. De banken menen echter dat zij recht hebben op de afdracht van de verkoopopbrengst, omdat dit onder het pandrecht zou vallen. De curatoren stellen zich op het standpunt dat de verpanding paulianeus is op grond van artikel 42 Fw.

Partijen hebben getracht een schikking te treffen en dit heeft geleid tot een regeling. De curatoren hebben zich echter teruggetrokken omdat zij menen dat zij onjuist en onvolledig zijn toegelicht.

In dit geschil vorderen de banken primair afdracht van de curatoren van de verkoopopbrengst van verpande goederen van ruim € 8 miljoen. Subsidiair vorderen de banken nakoming van de regeling en meer subsidiair ontbinding van de regeling.

Als eerste oordeelt de rechtbank dat de primaire vordering van de banken ervan uitgaat dat de regeling niet (meer) bestaat. Als de primaire vordering wordt afgewezen, wordt daarom niet meer toegekomen aan de subsidiaire en meer subsidiaire vordering.

Met betrekking tot de primaire vordering overweegt de rechtbank als volgt. Op grond van

artikel 42 Fw kunnen de curatoren een rechtshandeling vernietigen als deze (i) onverplicht is verricht, (ii) de schuldeisers door deze rechtshandeling zijn benadeeld, (iii) de pandgever wetenschap van deze benadeling had en, als er sprake is van een rechtshandeling anders dan om niet, (iv) ook de pandhouder wetenschap van benadeling had. Partijen zijn het erover eens dat aan de eerste twee vereisten is voldaan en dus staat centraal in het geschil de vraag of de vennootschappen op het moment van zekerheidsstelling wetenschap van benadeling in de zin van artikel 42 Fw hadden.

De rechter overweegt dat op de moedervennootschap bij het vestigen van een pandrecht eenzelfde onderzoeksplicht rust als voor een bank om de financiële gegevens van de in moeilijkheden verkerende pandgever te analyseren om te kunnen beoordelen of een faillissement en een tekort daarin is te voorzien. Naar het oordeel van de rechter heeft de moedervennootschap als zijnde de pandhouder geen voldoende adequate analyse uitgevoerd om te voldoen aan haar onderzoeksplicht. De rechter meent echter dat beslissend is wat de uitkomst van het onderzoek was geweest, als de pandhouder wel een adequaat onderzoek had uitgevoerd.

De curatoren van de pandgever hebben een onderzoek laten uitvoeren door een adviesbureau, waaruit blijkt dat kort na de overname van de dochteronderneming door haar bestuurder al te voorzien was dat de pandgever in financiële moeilijkheden zou komen. De banken hebben op hun beurt een onderzoek laten uitvoeren door een accountantskantoor dat de uitkomst van het andere onderzoek betwist. De banken hebben echter niet alle gevraagde gegevens aan de accountants verstrekt, waardoor er geen definitief rapport is opgesteld. De banken hebben vervolgens de liquiditeitsposities in het conceptrapport van de accountant herrekend, waaruit slechts een relatief klein liquiditeitstekort een jaar na de zekerheidsstelling blijkt.

Omdat de curatoren van de dochteronderneming en de banken het met elkaar oneens zijn, is de rechtbank voornemens een deskundige te benoemen om te onderzoeken of de door de pandhouder aan de pandgever verstrekte financiering voldoende was om de kredietbehoefte van de pandgever (op basis van haar businessplan) te dekken en zo ja, of de kredietbehoefte die volgt uit het businessplan van de pandgever wel realistisch was. Zo niet, dan moet de deskundige onderzoeken wat dan wel een realistische kredietbehoefte zou zijn geweest, en of de verstrekte financiering voldoende was om aan deze reële behoefte te voldoen. Op basis van de uitkomsten van dit onderzoek zal duidelijk moeten worden of partijen het faillissement en tekort daarin op redelijke wijze hadden kunnen voorzien.

De rechtbank houdt iedere verdere beslissing aan.

A.M.H. Nolte, augustus 2024

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 10-07-2024

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2024:4138

Zaaknummer: C/16/537429/HA ZA 22-227

Rechters: J.K.J. van den Boom, N.A.J. Purcell en H.J. ter Meulen

Advocaten: R.J. van Galen en R.J. van der Weijden

Wetsartikelen: 42 Fw

RECHTSPRAAK

Curator krijgt geen toegang tot mailboxen vanwege vertrouwelijkheid informatie

Een curator heeft inzage gevorderd in de mailboxen van een aantal medewerkers van groepsvennootschappen van een gefailleerde vennootschap. Hoewel de curator hier in beginsel toegang toe heeft op grond van artikel 92 Fw voor zover het gaat om mails die betrekking hebben op de failliet, wordt de vordering van de curator afgewezen. De mailboxen moeten (nader) worden gefilterd, om te voorkomen dat de curator de beschikking krijgt over zeer vertrouwelijke informatie, onder meer over defensieactiviteiten van de VS en NAVO. Gedaagde heeft ook bezwaar tegen de persoon die de curator heeft voorgesteld als bewaarder. Vanwege de aard van de informatie heeft gedaagde hierover naar het oordeel van de voorzieningenrechter inspraak.

Een failliete vennootschap maakt onderdeel uit van een concern. De activiteiten van het concern bestaan onder meer uit het inkopen van onderdelen en materialen voor de olie- en gasindustrie en de productie en verkoop van afsluiters en kleppen. Een aantal vennootschappen houdt zich bezig met uiterst geheime en vertrouwelijke activiteiten voor defensie.

Nadat de curator toegang tot een aantal mailboxen heeft verkregen, verzoekt hij toegang tot de mailboxen van een aantal andere personen. De CFO van de groep heeft dit geweigerd, omdat het gaat om personen die werkzaam waren voor andere groepsvennootschappen dan de failliete vennootschap. De curator dagvaardt gedaagde, die met zijn echtgenote aan het hoofd van de groep staat, in kort geding en vordert toegang tot de mailboxen. Het idee is dat ene [naam 1] de mailboxen met behulp van een bepaalde (geanonimiseerde) zoekterm filtert op mail die betrekking heeft op de failliete vennootschap.

De voorzieningenrechter overweegt dat mails van een failliete vennootschap onderdeel uitmaken van de administratie van de failliete vennootschap, ook als ze zijn verzonden of

ontvangen via een account dat op de server van een andere vennootschap staat. De curator kan deze administratie opeisen op grond van artikel 92 Fw. Zou dat anders zijn, dan zou (een deel van) de administratie makkelijk aan de ogen van de curator kunnen worden onttrokken.

Toch is de vordering van de curator niet toewijsbaar. Met de door de curator voorgestelde zoekterm valt namelijk niet uit te sluiten dat bedrijfsvertrouwelijke informatie over innovatieve producten, vertrouwelijke correspondentie met advocaten en uiterst geheime informatie over defensieactiviteiten van de VS en de NAVO wordt prijsgegeven. De curator heeft zich ter zitting bereid verklaard meer filters toe te passen, maar op dit moment is nog onduidelijk welke filters toereikend zouden zijn.

De resultaten van de filtering worden geëxporteerd en offline opgeslagen op een harde schijf, die de curator in bewaring geeft aan een derde. Ter zitting heeft de curator aangegeven dat dit [naam 1] zal zijn, maar gedaagde heeft hiertegen bezwaar, omdat [naam 1] niet onpartijdig zou zijn. De voorzieningenrechter overweegt dat gedaagde inspraak moet hebben in de persoon van de bewaarder vanwege de gevoeligheid van de gegevens waarover het gaat. De curator heeft weliswaar gewezen op de mogelijkheid van een gerechtelijk bewaarder, maar geen schriftelijke bereidverklaring van een dergelijke bewaarder overgelegd.

Omdat gedaagde pas tijdens de behandeling van het kort geding duidelijk heeft gemaakt dat de filters aangepast moeten worden omdat anders mogelijk geheime informatie van defensie in handen van derden zou vallen en omdat gedaagde zijn bezwaar over [persoon 1] als bewaarder niet eerder kenbaar heeft gemaakt, compenseert de voorzieningenrechter de proceskosten.

H.J. de Kloe, augustus 2024

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 05-07-2024

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2024:5035

Zaaknummer: C/02/422542/KG ZA 24-228 (E)

Rechters: P.H.J.G. Römers

Advocaten: E. van der Kolk en A.P. Macro

Wetsartikelen: 92 Fw

RECHTSPRAAK

Renvooiprocedure en arbitrage

Het hof oordeelt dat een arbitragebeding kan worden ingeroepen door de curator van de schuldenaar die met een schuldeisers een overeenkomst heeft gesloten. Over de hoogte van de vordering die de schuldeiser heeft ingediend en over het retentierecht waarop zij zich beroept, moet na betwisting door de curator in arbitrage worden beslist. De rechtbank moet daarna beslissen over de voorrang waarop de schuldeiser zich beroept. Rabobank, die als schuldeiser de vordering ook heeft betwist, kan echter geen beroep doen op het arbitragebeding.

Norder Investment B.V. en Bouwbedrijf Westerman B.V. ('Westerman') hebben in januari 2009 een aanneemovereenkomst gesloten. In de algemene voorwaarden die van toepassing zijn op deze overeenkomst is een arbitrageclausule opgenomen. Omdat Norder Investement in gebreke bleef met het betalen van facturen, heeft Westerman een beroep gedaan op een retentierecht en is zij een procedure begonnen bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw. In juli 2012 hebben partijen een vaststellingsovereenkomst gesloten over de door Norder Investment te verrichten betalingen, de (gedeeltelijke) opheffing van het retentierecht en het voortzetten van de werkzaamheden door Westerman.

In maart 2014 is Norder Investment failliet verklaard. Westerman heeft een vordering ingediend in het faillissement van € 266.632,01 en zich beroepen op voorrang in verband met het retentierecht. De curator heeft het gebouw dat Westerman heeft opgericht verkocht in opdracht van Rabobank als hypotheekhoudster. De curator en Rabobank betwisten op de verificatievergadering die in oktober 2021 is gehouden de door Westerman ingediende vordering en de voorrang van deze vordering. De rechter-commissaris heeft partijen op grond van artikel 122 Fw verwezen naar de renvooiprocedure. Westerman heeft haar vordering verhoogd met contractuele rente en buitengerechtelijke kosten, waarmee de vordering € 560.495,65 zou bedragen. De rechtbank heeft zich op verzoek van de curator en Rabobank onbevoegd verklaard, vanwege de arbitrageclausule in de algemene voorwaarden. Westerman heeft hoger beroep ingesteld.

Het hof overweegt dat uit artikel 1022 Rv volgt dat de gewone rechter zich onbevoegd moet verklaren als een partij voor alle weren een beroep heeft gedaan op een arbitrageovereenkomst. Verder overweegt het hof dat artikel 122 Fw geen exclusieve bevoegdheid schept voor de beoordeling van ingediende vorderingen, ook omdat de beoordeling kan plaatsvinden in een voortgezette procedure die reeds voor faillissement aanhangig was (art. 29 Fw).

Het hof overweegt dat de curator en Rabobank de aard, omvang en voorrang van de vordering van Westerman bestrijden. Daarmee is naar het oordeel van het hof sprake van een geschil zoals bedoeld in het arbitragebeding. Dat de bestuurder van Norder Investement de vordering niet op de verificatievergadering heeft betwist is niet relevant, omdat de curator en Rabobank op grond van de wet de vordering en voorrang konden betwisten. De curator is gebonden aan het arbitragebeding en mag hier ook zelf een beroep op doen. Dat kan anders zijn als hier gegronde redenen voor zijn. Naar het oordeel van het hof zijn die er niet. Het hof gaat voorbij aan de stelling van Westerman dat de curator afstand heeft gedaan van zijn bevoegdheid om een beroep te doen op het arbitragebeding omdat hij hier op de verificatievergadering geen beroep op heeft gedaan. Het hof is ook van oordeel dat een arbitrageprocedure niet onaanvaardbaar afbreuk doet aan een doelmatig en ordelijk verloop van het verificatieproces. In arbitrage moet daarom naar aanleiding van de betwisting door de curator worden beslist over de hoogte van de vordering en het retentierecht. Over de voorrang moet worden beslist door de rechtbank in renvoi, omdat die beslissing ziet op de uitdeling in het faillissement.

De positie van Rabobank is anders. Tussen Rabobank en Westerman bestaat namelijk geen arbitrageovereenkomst. Westerman kan daarom niet worden afgehouden van haar grondwettelijke recht om haar zaak voor te leggen aan een overheidsrechter. De vraag is of er bijzondere gronden zijn om van dit uitgangspunt af te wijken. Rabobank heeft een aantal argumenten aangevoerd: de gronden voor betwisting ontleent Rabobank aan de overeenkomst tussen Westerman en Norder Investment; als de procedure op grond van artikel 29 Fw was geschorst zou de procedure ook in arbitrage zijn voortgezet en Westerman zou tegenover zowel de curator als Rabobank in dezelfde positie komen te verkeren. Het hof oordeelt dat deze argumenten geen bijzondere gronden opleveren. Het beroep op artikel 29 Fw gaat niet op, simpelweg omdat dit artikel hier niet van toepassing is. Ook de overige argumenten gaan niet op, omdat arbiters hun eigen procesorde bepalen en dit voor verschillen in het processuele verloop kan zorgen. De rechtbank is dus wel bevoegd te beslissen over het geschil tussen Rabobank en Westerman.

Het hof treft een voorziening om de procedure in het vervolg praktisch te laten verlopen. Westerman wordt in de gelegenheid gesteld binnen twee maanden een procedure bij de Raad van Arbitrage in Bouwgeschillen aanhangig te maken tegen de curator. De procedure bij de

rechtbank moet worden aangehouden totdat in arbitrage is beslist over de vordering van Westerman en haar beroep op het retentierecht. De procedure tussen Rabobank en Westerman zou gevoerd kunnen worden bij de rechtbank, maar het hof neemt aan dat partijen de procedure willen aanhouden totdat is beslist in de procedure tussen Westerman en de curator. Het hof geeft Rabobank mee dat zij zich mogelijk kan voegen (of kan tussenkomen) in de arbitrageprocedure op grond van artikel 1045 Rv.

H.J. de Kloe, augustus 2024

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 23-07-2024

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2024:4798

Zaaknummer: 200.321.436/01

Rechters: J. Smit, I. Tubben en G. van Rijssen

Advocaten: D.J. Kap, A. Gras en V.H. Jurgens

Wetsartikelen: 122 Fw, 1022 Rv en 1045 Rv

RECHTSPRAAK

WHOA: toewijzing verzoek afkoelingsperiode, meer financiële stukken nodig bij verlengingsverzoek

De rechtbank kondigt een afkoelingsperiode af voor de duur van drie maanden, terwijl om vier maanden is verzocht. Bij een eventueel verlengingsverzoek moet een verklaring van een extern accountant of boekhouder worden bijgevoegd, waaruit de realiteitswaarde van de liquiditeitsbegroting over de duur van de afkoelingsperiode volgt. Ook moet een nieuwe liquiditeitsbegroting voor de periode van de verlenging worden overgelegd.

Deze uitspraak betreft een (eerste) verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode. In een latere beschikking, die eerder is gepubliceerd, heeft de rechtbank een verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode afgewezen (INS 2024-0166).

De schuldenaar die verzoekt om een afkoelingsperiode is een natuurlijk persoon die als franchisenemer parfumerie verkoopt aan consumenten. In met name de coronajaren viel de omzet tegen, maar sinds 2022 zijn de omzet en het resultaat verbeterd. De schuldenlast bedraagt ongeveer € 361.000, waarvan ongeveer € 108.000 inclusief boetes en kosten aan de verhuurder. Volgens de schuldenaar heeft de verhuurder een incassoprocedure aangezegd.

De schuldenaar stelt niet alle schulden te kunnen betalen, maar wel de lopende verplichtingen te kunnen voldoen. Binnen twee maanden wordt een WHOA-akkoord aangeboden. Een afkoelingsperiode is hiervoor noodzakelijk, omdat het nemen van rechtsmaatregelen door de verhuurder tot liquiditeitsproblemen zal leiden. De gezamenlijke schuldeisers zijn gebaat bij een afkoelingsperiode, omdat zij met een eventueel akkoord beter af zijn dan in een faillissement. De verhuurder stelt in een zienswijze dat een afkoelingsperiode voor de duur van twee maanden voldoende zou moeten zijn.

De rechtbank overweegt dat van de noodzaak van de afkoelingsperiode summierlijk is gebleken, omdat verhaalsacties door schuldeisers een akkoordaanbieding zouden doorkruisen. Op basis van de cijfers over 2022 tot en met februari 2024 en de

liquiditeitsprognose over 2024 overweegt de rechtbank dat voldoende aannemelijk is dat de schuldenaar in de WHOA-toestand verkeert, dus dat voorzienbaar is dat hij op termijn in de toestand zal verkeren dat hij ophoudt te betalen, terwijl de lopende verplichtingen nog kunnen worden voldaan. Omdat vooralsnog aannemelijk is gemaakt dat schuldeisers meer ontvangen onder een akkoord dan in faillissement, neemt de rechtbank aan dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers met een afkoelingsperiode zijn gediend.

Uit de liquiditeitsprognose volgt dat de schuldenaar aan zijn verplichtingen kan voldoen, maar ook dat het wel krap is. De rechtbank wijst daarom een afkoelingsperiode af voor de duur van drie maanden, terwijl om vier maanden is verzocht. De schuldenaar moet bij een eventueel verlengingsverzoek een verklaring van een externe accountant of boekhouder bijvoegen over meer de realiteitswaarde van de overgelegde liquiditeitsbegroting gedurende de afkoelingsperiode van drie maanden en een nieuwe liquiditeitsbegroting over de periode waarvoor om verlenging wordt verzocht.

H.J. de Kloe, augustus 2024

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 14-03-2024

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2024:11808

Zaaknummer: C/09/661286 FT RK 24-113

Rechters: R. Cats, A.E. de Vos en A.J. Wolfs

Advocaten: D.A. Siddiqui

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Surplus van kwaliteitsrekening deurwaarder komt toe aan de boedel

Een kwaliteitsrekening (art. 19 Gdw) is een gemeenschap in de zin van artikel 3:166 lid 1 BW. Omdat in de onderhavige zaak gefailleerde de enig deelgenoot is in de gemeenschap van de kwaliteitsrekening, komt het gehele surplus hem toe.

Schumann Incasso B.V. is een gefailleerd deurwaarderskantoor ('gefailleerde'). Gefailleerde hield een bijzondere rekening in de zin van artikel 19 Gerechtsdeurwaarderswet (Gdw) ('de kwaliteitsrekening'). Na faillissement zijn de rechthebbende derden van de kwaliteitsrekening voldaan en resteerde op de kwaliteitsrekening een bedrag van € 900.000 ('het surplus'). Tussen de curator, de gerechtsdeurwaarder en de waarnemend gerechtsdeurwaarder (die voorafgaand aan het faillissement in verband met ziekte van de gerechtsdeurwaarder is benoemd) is discussie ontstaan over de vraag aan wie dit surplus toekomt.

De curator is van mening dat het surplus op de kwaliteitsrekening toekomt aan de boedel. De kwaliteitsrekening staat immers op naam van gefailleerde en het saldo dat overblijft nadat de rechthebbende derden zijn voldaan, ziet op het honorarium van gefailleerde voor de door haar verrichte werkzaamheden.

De gerechtsdeurwaarder is van mening dat hem op grond van artikel 19 lid 4 Gdw als 'gerechtsdeurwaarder' een goederenrechtelijk recht toekomt voor het gehele surplus op de kwaliteitsrekening.

De waarnemend gerechtsdeurwaarder heeft na faillietverklaring een bedrag van € 744.050,51 overgemaakt op de boedelrekening, en meent dat het resterende bedrag van € 155.949,49 op de kwaliteitsrekening bestemd is voor (onder meer) de gemaakte waarnemingskosten.

De rechtbank overweegt als eerste dat een kwaliteitsrekening een gemeenschap is in de zin van artikel 3:166 lid 1 BW. Goederenrechtelijk gezien behoren de in een kwaliteitsrekening geboekte vorderingen toe aan de desbetreffende belanghebbenden/rechthebbenden en deze vallen dus niet in het vermogen van de (failliete) rekeninghouder noch in het vermogen van

de gerechtsdeurwaarder. Op grond van artikel 19 lid 2 Gdw is de gerechtsdeurwaarder echter ook zélf rechthebbende op het saldo voor de hem uit hoofde van zijn werkzaamheden voor de rechthebbende toekomstende bedragen.

Omtrent het begrip 'gerechtsdeurwaarder' in de Gdw merkt de rechtbank voorts het volgende op. De wetgever is zich ervan bewust geweest dat de deurwaarder als ondernemer in verschillende (rechts)vormen zijn kantoor kan uitoefenen. Dit blijkt ook uit het slot van artikel 19 lid 1 Gdw: de bijzondere rekening kan op naam van de maatschap of vennootschap worden gesteld. De wetgever zag echter geen aanleiding om verschillende normatieve definities in de Gdw op te nemen. Dit wil naar het oordeel van de rechtbank echter niet zeggen dat de (rechts)vorm waarin de deurwaarder zijn kantoor uitoefent, geen deelgenoot dan wel rechthebbende op een aandeel in de kwaliteitsrekening kan zijn. Artikel 19 lid 4 Gdw geeft de deurwaarder in persoon ook niet zonder meer een goederenrechtelijke aanspraak op het surplus. Uit de wettekst van artikel 19 lid 4 in combinatie met artikel 19 lid 2 Gdw blijkt immers dat de deurwaarder voor de hem uit hoofde van zijn werkzaamheden voor de rechthebbende toekomstende bedragen zelf, na afrekening met de overige rechthebbenden, de laatste rechthebbende is. Dit betreft dus de vergoeding die de deurwaarder krijgt voor het incasseren van de vorderingen voor zijn opdrachtgevers. Daarmee gaat het om de 'rechthebbende' deurwaarder en dat betekent niet dat de deurwaarder in persoon hoe dan ook rechthebbende is op het surplus.

In deze zaak stond vast dat gefailleerde degene was die overeenkomsten sloot met de opdrachtgevers en aan die overeenkomsten uitvoering gaf waarbij via de kwaliteitsrekening met de opdrachtgevers werd afgerekend. In het verleden werd gefailleerde periodiek uit de kwaliteitsrekening voldaan en de gerechtsdeurwaarder en gefailleerde hebben afgesproken dat de door opdrachtgevers betaalde vergoedingen aan de vennootschap toekomen en dat de vennootschap eventuele tekorten aanzuivert. Voorts heeft gefailleerde, ook tijdens de arbeidsongeschiktheid van de gerechtsdeurwaarder, een managementfee aan hem betaald. Gelet op deze omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat de vergoedingen voor de door de deurwaarder verrichte werkzaamheden toekomen aan gefailleerde. Gefailleerde is dus voor het honorarium voor de door haar verrichte (incasso)werkzaamheden rechthebbende op een aandeel in de kwaliteitsrekening en deelgenoot in de gemeenschap.

Tot slot is de rechtbank van oordeel dat de gerechtsdeurwaarder en de waarnemend gerechtsdeurwaarder geen deelgenoot in de gemeenschap van de kwaliteitsrekening zijn. De gemaakte kosten van waarneming vóór faillissement geven geen aanspraak op de kwaliteitsrekening en kunnen ter verificatie worden ingediend bij de curator. De gemaakte kosten ná datum faillissement geven evenmin een aanspraak op de kwaliteitsrekening en worden ook niet aangemerkt als boedelschulden, nu deze kosten niet zijn gemaakt in

opdracht van de curator.

De rechtbank concludeert dat gefailleerde de enig deelgenoot is in de gemeenschap van de kwaliteitsrekening en dus voor het gehele surplus. Vanwege het faillissement van gefailleerde valt het surplus in de boedel.

D.R.C. Smit, augustus 2024

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 03-07-2024

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2024:4181

Zaaknummer: C/05/414293 / HA ZA 23-39

Rechters: F.M.Th. Quaadvliet

Advocaten: C.W. Houtman, J.D. van Vlastuin en W. Kok

Wetsartikelen: 19 Gdw en 3:166 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder Miss Etam aansprakelijk wegens onbehoorlijk bestuur

De rechtbank veroordeelt de (feitelijk) bestuurder en eigenaar van onder meer Miss Etam en Steps tot betaling van het boedeltekort, omdat hem onbehoorlijk bestuur kan worden verweten. Niet alleen wegens schending van de administratieplicht, maar ook omdat de organisatie op risicovolle wijze is opgezet waarbij de activiteiten en verplichtingen van meet af aan werden gesplitst en verplichtingen zijn aangegaan terwijl er geen enkele zekerheid is getroffen voor de nakoming daarvan. De zaak is bovendien interessant omdat de uiteindelijke rechtspersoon-bestuurder naar Zwitsers recht is opgericht en de natuurlijk persoon-bestuurder daar woonachtig is.

Deze zaak betreft de aansprakelijkheid van de uiteindelijke bestuurder van onder meer Miss Etam en Steps in de faillissementen van wat in de uitspraak wordt aangeduid als de NXT-vennootschappen. NXT Miss Etam B.V., NXT New Brands B.V. en NXT SSC Holding B.V. (de bestuurdersvennootschappen) waren de rechtspersoon-bestuurders van de NXT-vennootschappen. Deze werden op hun beurt bestuurd door NXT Fashion Holding B.V. Hiervan was FLV Management B.V. de bestuurder en zij werd op haar beurt bestuurd door de Zwitserse vennootschap FLV Group Holding AG. In de uitspraak gaat het vooral om de natuurlijk persoon die als bestuurder van FLV Group Holding AG aan de top van de organisatie stond. Het betreft een niet-onbekende Nederlander die als 'bedrijvendokter' (bijna) failliete onderneming opkoopt en doorstart ('de bestuurder'). Ik verwijs de lezer naar de verschillende openbare krantenartikelen daarover.

Ik schets een beperkte achtergrond, omdat de relevantste feiten uit de overwegingen van de rechtbank volgen. De NXT-vennootschappen zijn opgericht in verband met de doorstart van de FNG-groep. De FNG-groep was een groep van vennootschappen die de modeketens Miss Etam, Promiss, Steps, Claudia Sträter en Espresso exploiteerden. Deze groep van

vennootschappen faillieerde op 7 augustus 2020. Via verschillende vennootschappen heeft de bestuurder de winkelformules op 4 september 2020 gekocht. Daarbij werden de activa waaronder inventaris, voorraad, intellectuele-eigendomsrechten en goodwill overgenomen onder de verplichting om naast betaling van de koopprijs ten minste 506 werknemers te behouden en de activiteiten in minimaal 70 winkels voort te zetten voor een periode van minimaal één jaar, behalve in geval van lockdown van ten minste vier weken, en met de intentie van voortzetting van de onderneming voor onbepaalde tijd. De koop was zodanig vormgegeven dat de activa eigendom bleven van MFG, een andere vennootschap van de bestuurder. De omzet die voortvloeide uit de exploitatie van de winkels kwam binnen op de bankrekening van NLS, een vennootschap van de bestuurder waarvan MFG bestuurster en enig aandeelhouder was. De NXT-vennootschappen beschikten zelf niet over een bankrekening.

De curator baseert zijn vorderingen op de artikelen 2:248 BW, 2:9 BW en 6:162 BW. Omdat de rechtbank de vorderingen toewijst op grond van de eerste grondslag, komen artikel 2:9 en 6:162 BW niet meer aan bod. De curator baseert de aansprakelijkheid op een schending van de administratieplicht, maar betoogt dat ook los daarvan sprake is van onbehoorlijk bestuur. Belangrijke afspraken zijn niet vastgelegd, in het bijzonder afspraken over het uitlenen van personeel van de NXT-vennootschappen. Er is ook sprake van onbehoorlijk bestuur omdat de organisatie op risicovolle wijze is opgezet waarbij de activiteiten en verplichtingen van meet af aan zijn gesplitst, de NXT-vennootschappen volledig afhankelijk waren van betalingen door NLS, verplichtingen zijn aangegaan terwijl er geen enkele zekerheid is getroffen voor de nakoming daarvan en de zorgplicht naar de crediteuren is geschonden.

De rechtbank moet zich eerst buigen over internationale aspecten, omdat de uiteindelijke rechtspersoon-bestuurder een Zwitserse vennootschap is en de bestuurder daar woont. Relevant is hier dat de curator de bestuurder daarom (ook) aanspreekt als beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW. De reden daarvoor is dat artikel 2:11 BW in deze kwestie tekortschiet, omdat de bestuurder indirect bestuurder is van de gefailleerde vennootschappen. Volgens vaste rechtspraak (ECLI:NL:HR:2013:CA3958) is een bestuurder alleen op grond van artikel 2:11 BW aansprakelijk voor het tekort in het faillissement indien de door hem bestuurd aansprakelijke bestuurdersvennootschap een Nederlandse rechtspersoon is. De vraag of de bestuurder van een buitenlandse bestuurdersvennootschap aansprakelijk is voor het tekort in het faillissement van de door haar bestuurd Nederlandse vennootschap, wordt immers beheerst door het op die bestuurdersvennootschap toepasselijke (buitenlandse) recht (het incorporatierecht). De rechtbank gaat mee in het door de bestuurder op dat punt gevoerde verweer, maar volgt de curator in zijn betoog dat de bestuurder als beleidsbepaler van de gefailleerde vennootschappen is aan te merken. Zodoende kan artikel 2:248 BW rechtstreeks

worden toegepast en is de doorschakeling met behulp van artikel 2:11 BW niet nodig. De bestuurder voerde overigens aan dat een indirect bestuurder niet tevens feitelijk beleidsbepaler kan zijn. De rechtbank ging daar terecht niet in mee.

Het onbehoorlijk bestuur komt vervolgens al vast te staan doordat een schending van de administratieplicht wordt aangenomen. De NXT-vennootschappen hebben personeel ingezet voor de verkoop van kleding zonder dat duidelijk is welke vennootschap het personeel heeft ingezet en tegen welke vergoeding. Er bestaan geen schriftelijke afspraken of facturen over het in- en uitlenen van personeel, en deze transacties zijn niet in de financiële administratie verwerkt. De curator heeft benadrukt dat hij geen schriftelijke stukken heeft ontvangen die deze afspraken bevestigen. Ondanks de verklaringen van de bestuurder dat afspraken zouden worden gemaakt na de opstart van Miss Etam, is dit door de overheidsmaatregelen en het ontbreken van NOW-steun niet gebeurd. De rechtbank acht de administratieplicht geschonden doordat de rechten en verplichtingen van de NXT-vennootschappen niet kenbaar waren. Dit blijkt ook uit het feit dat er geen duidelijkheid bestaat over welke vennootschap als inlener van het personeel fungeerde. De curator heeft bovendien geen inzage gekregen in de onderliggende bescheiden van de digitale administratie, zoals bankafschriften en facturen, die de rekening-courantverhouding met NLS in dat verband verifiëren. De rechtbank passeert ook het bewijsaanbod van de bestuurder als tardief.

Ook zonder schending van de administratieplicht acht de rechtbank onbehoorlijk bestuur aanwezig. Bij de doorstart van de NXT-vennootschappen werden 600 werknemers aangenomen, wat een aanzienlijke betalingsverplichting met zich meebracht. Het bestuur trof echter onvoldoende voorzieningen om deze lasten te betalen, aangezien de vennootschappen geen eigen activa hadden en niet beschikten over een duurzame financieringsfaciliteit. Er werden geen afspraken vastgelegd over het doorbelasten van personeelskosten en er werden geen facturen verstuurd, waardoor de vennootschappen geen inkomsten genereerden om de kosten te dekken. De NXT-vennootschappen hadden geen controle over de inkomsten, die op de rekening van NLS binnenkwamen. De feiten die tot schending van de administratieplicht hebben geleid, leveren aldus op zichzelf ook onbehoorlijk bestuur op.

De bestuurder probeert aansprakelijkheid te voorkomen door de COVID-19 lockdown van 15 december 2020 als de oorzaak van de faillissementen aan te wijzen, waardoor de omzet wegviel. De rechtbank volgt dit betoog niet. De financiering door NLS werd gestaakt omdat er geen afdwingbare afspraken waren over de financiering, waardoor er geen dekking was voor de verplichtingen. De lockdown veroorzaakte niet het faillissement, maar het vrijblijvende karakter van de financiering deed dat. Voor die constructie was de bestuurder juist verantwoordelijk.

De bestuurder is in ieder geval aansprakelijk voor een bedrag van € 2 miljoen; de curator vorderde € 4,1 miljoen in hoofdsom. Voor het eventuele meerdere volgt een verwijzing naar de schadestaatprocedure, waarin mogelijk ook matiging kan worden toegepast.

J.E. van Nuland, juli 2024

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 24-07-2024

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2024:4662

Zaaknummer: C/13/725424 / HA ZA 22-955

Rechters: N.C.H. Blankevoort

Advocaten: M.A.L.M. Willems en Z. Jurdik-Kliment

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:11 BW en 2:10 BW