

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 5, 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:2024:217](#) 09-02-2024

Schorsing en hervatting procedure door pandhouder

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2024:1262](#) 20-02-2024

Afwijzing verzoek curator tot houden voorlopig getuigenverhoor Timpaan wegens strijd met goede procesorde

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2024:346](#) 13-02-2024

WHOA: schuldeisers hebben doeltreffend rechtsmiddel om bevoegdheid rechter te betwisten

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2024:388](#) 08-02-2024

Faillietverklaring na hoger beroep

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2024:385](#) 08-02-2024

Bekrachtiging afwijzing faillissementsaanvraag

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2024:159](#) 25-01-2024

Vernietiging faillissement Shen's Sauzen

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:3454](#) 19-12-2023

Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement: de administratieplicht en weerlegging van het bewijsvermoeden (art. 2:248 lid 2 BW)

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2024:938](#) 20-02-2024

Overdracht auto aan ex-partner bestuurder is niet paulianeus, maar de ex-partner is wel ongerechtvaardigd verrijkt

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2024:598](#) 14-02-2024

Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:138 jo. 2:300a BW

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2024:605](#) 09-02-2024

WHOA: afkondiging afkoelingsperiode, opheffing beslagen, aanwijzing HD en voorziening dat HD kan optreden als buitenlandse vertegenwoordiger

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2024:618](#) 07-02-2024

Faillissementsverhoor is niet bedoeld om alvast antwoord te krijgen op bepaalde vragen teneinde de proceskansen van een procedure te kunnen inschatten

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2023:9523](#) 22-12-2023

IVO van toepassing op vorläufiges Insolvenzverfahren

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:5451](#) 07-07-2021

Aansprakelijkheid voor tekort door onverantwoorde dividenduitkering

RECHTSPRAAK

WHOA: afkondiging afkoelingsperiode, opheffing beslagen, aanwijzing HD en voorziening dat HD kan optreden als buitenlandse vertegenwoordiger

Verzoekster heeft een grote schuld aan een schuldeiser in de VS en is een WHOA-procedure gestart. Haar verzoeken om de afkondiging van een afkoelingsperiode, de opheffing van beslagen, de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en de aanwijzing van een buitenlandse vertegenwoordiger worden toegewezen.

Verzoekster is een in Nederland gevestigde onderneming die verwikkeld is in een geschil met een in de VS gevestigde onderneming. Verzoekster is in oktober 2023 veroordeeld tot betaling van ruim 25 miljoen dollar, maar stelt dat zij dit bedrag niet kan betalen. Verzoekster is vervolgens een WHOA-traject gestart. In deze procedure vraagt zij een beperkte afkoelingsperiode te gelasten, om opheffing van gelegde beslagen, een herstructureringsdeskundige (HD) aan te wijzen en een buitenlandse vertegenwoordiger aan te wijzen. Verzoekster meent namelijk dat een WHOA-procedure met normale voortzetting van de door haar gedreven onderneming zal leiden tot een aanzienlijk beter resultaat voor de gezamenlijke schuldeisers dan het alternatief van een faillissement of een uitwinning. De Amerikaanse schuldeiser heeft een zienswijze ingediend die strekt tot afwijzing van de verzoeken. Zij stelt dat verzoekster mogelijk misbruik maakt van de WHOA om te vermijden dat eventuele onregelmatigheden aan het licht komen.

De rechtbank overweegt als volgt. Verzoekster heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door haar gedreven onderneming gedurende de voorgenomen herstructurering voort te kunnen blijven zetten. Voorts bestaat er voldoende zicht op een herstructurering, terwijl aannemelijk is dat gedurende de afkoelingsperiode de positie van de gezamenlijke schuldeisers niet zal verslechteren. De belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn daarom bij een afkoelingsperiode gediend. Uit de stellingen van de Amerikaanse schuldeiser volgt ook niet op welke wijze haar belangen zouden worden geschaad door afkondiging van een afkoelingsperiode. De afkoelingsperiode wordt

afgekondigd voor een periode van vier maanden. Ten tweede vraagt verzoekster om opheffing van conservatoire derdenbeslagen op haar bankrekening, die doel hebben getroffen voor een totaalbedrag van circa € 30.000. Het is niet gebleken dat verzoekster dit bedrag nodig heeft om haar onderneming te kunnen voortzetten. Het verzoek tot opheffing van de beslagen wordt toegewezen, maar met de voorwaarde dat voor het getroffen bedrag zekerheid wordt gesteld.

Ten derde vraagt verzoekster om de benoeming van een HD. Voor de beoordeling of verzoekster in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan, is het niet van belang dat verzoekster wel in staat is om haar (kleinere) schuldeisers te betalen. Ook is niet relevant dat de voorzienbare insolventie het gevolg is van de omvang van de vordering van één schuldeiser of één klasse van schuldeisers. Het is in dit geval voldoende aannemelijk dat bij uitoefening van de rechten van de Amerikaanse schuldeiser een insolventie van verzoekster uiteindelijk onvermijdelijk zal zijn. Voorts kan, anders dan de Amerikaanse schuldeiser heeft gesteld, een HD besluiten onderzoek te (laten) doen naar eventuele onrechtmatigheden, om daarmee een beeld te krijgen van de positie die schuldeisers hebben in het geval van een faillissement van verzoekster.

Ten aanzien van het vierde verzoek, het aanwijzen van een buitenlandse vertegenwoordiger, overweegt de rechtbank dat zij op grond van artikel 379 Fw zodanige bepalingen kan maken en voorzieningen kan treffen als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders nodig oordeelt. Het treffen van voorzieningen zodat de WHOA-procedure kan worden erkend in de VS, zou hieronder kunnen vallen. Maar de rechtbank komt tot de conclusie dat de HD door haar benoeming van rechtswege de buitenlandse vertegenwoordiger wordt van verzoekster. Naar Nederlands recht is niet duidelijk of het hierbij gaat om een exclusieve bevoegdheid. Daarom treft de rechtbank een voorziening om duidelijkheid te verschaffen dat de HD met uitsluiting van verzoekster gemachtigd en bevoegd is om op te treden als vertegenwoordiger van verzoekster in het buitenland en om alle handelingen te verrichten om in het buitenland erkenning te vragen van de in Nederland lopende WHOA-procedure.

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

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 09-02-2024

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2024:605

Zaaknummer: 24/63, 24/64 en 24/65

Rechters: P.J. Neijt, I.C. Prenger-de Kwant en B.A. Cnossen

Advocaten: , M.A. Broeders, D.T. van Loggerenberg, M.G. Goorts en F. Sereke

Wetsartikelen: 371 Fw en 376 Fw

RECHTSPRAAK

Afwijzing verzoek curator tot houden voorlopig getuigenverhoor Timpaan wegens strijd met goede procesorde

Vanwege de belangen van de bestuurder, de lange periode die is verstreken sinds de faillietverklaring van de rechtspersonen in 2015, de duur van de procedure en het feit dat de curator eerdere mogelijkheden om getuigen te horen niet heeft benut, wijst het hof het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor af wegens strijd met de goede procesorde.

De curator in het faillissement van onder meer Stichting Timpaan Kindercentra en Timpaan Kindercentra B.V. verzoekt om het houden van een voorlopig getuigenverhoor. Het doel hiervan is het verkrijgen van duidelijkheid over het bestuursbeleid van Stichting Timpaan Groep, de bestuurder van de failliete rechtspersonen.

Het hof wijst het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor af. Toewijzing van het verzoek zou leiden tot forse vertraging van de procedure die thans aanhangig is bij het hof, terwijl de wijze waarop de curator de procedure heeft gevoerd in strijd is met een goede procesorde. De curator heeft voor € 258.000 een uitvoerig oorzakenonderzoek laten verrichten, zonder dat dit tot een eindrapport heeft geleid. Op 7 mei 2020 heeft de curator verzocht om een voorlopig getuigenverhoor, maar de curator heeft dat verzoek ingetrokken en de bestuurder gedagvaard. Ook van de mogelijkheden die de Faillissementswet biedt om getuigen te horen is geen gebruik gemaakt.

Tussen het vonnis van de rechtbank en het verzoek om het getuigenverhoor zit zes maanden, terwijl niet is gebleken dat het nu pas mogelijk of noodzakelijk is gebleken de getuigen te horen. De bestuurder wordt benadeeld door de slepende aansprakelijkheidsprocedure, omdat zij zich jaarlijks in het jaarverslag moet verantwoorden over de stand van zaken met betrekking tot het faillissement en de procedure. Vanwege deze belangen van de bestuurder en de lange periode die is verstreken sinds de faillietverklaring van de rechtspersonen in 2015,

de duur van de procedure en het feit dat de curator eerdere mogelijkheden om getuigen te horen niet heeft benut, wijst het hof het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor af wegens strijd met de goede procesorde.

H.J. de Kloe, maart 2024

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 20-02-2024

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2024:1262

Zaaknummer: 200.332.632/02

Rechters: I. Tubben, G. van Rijssen en A.L. Goederee

Advocaten: N.H.M. Poort en A.P.P. Witteveen

Wetsartikelen: 186 Rv, 187 Rv en 3:13 BW

RECHTSPRAAK

Overdracht auto aan ex-partner bestuurder is niet paulianeus, maar de ex-partner is wel ongerechtvaardigd verrijkt

Deze procedure is geëntameerd door de curator van X BV. Gedaagde is de voormalige partner van de bestuurder van gefailleerde. Het geschil betreft de overdracht van een auto van gefailleerde aan gedaagde kort voor het faillissement.

De failliete vennootschap heeft een auto overgedragen aan de ex-partner van de bestuurder van de vennootschap. De curator vordert primair een verklaring voor recht dat de overdracht paulianeus is en (meer) subsidiair dat sprake is van ongerechtvaardigde verrijking.

De curator stelt zich op het standpunt dat de overdracht van de auto paulianeus is op grond van artikel 42 Fw. De curator betoogt dat de overdracht benadeling van de schuldeisers tot gevolg had en dat (de bestuurder van) de failliete vennootschap op de hoogte was van het dreigende faillissement. Omdat sprake zou zijn van een rechtshandeling om niet, is niet nodig dat ook de ex-partner wetenschap heeft van benadeling. De rechtbank oordeelt echter dat de curator er niet in slaagt voldoende bewijs te leveren dat de failliete vennootschap daadwerkelijk op de hoogte was van de benadeling van schuldeisers op het moment van de overdracht aan gedaagde. Het faillissement en het tekort daarin moet met een redelijke mate van zekerheid voor de bestuurder zijn te voorzien. Dat kon in deze zaak niet worden vastgesteld.

Het beroep van de curator op ongerechtvaardigde verrijking slaagt wel. De ex-partner had aangevoerd dat de auto was overgedragen in verband met een onderhoudsverplichting van de bestuurder ten aanzien van zijn kinderen. De rechtbank overweegt dat een dergelijke verplichting niet rustte op de failliete vennootschap. Er bestond dus geen rechtvaardiging voor de schenking van de auto aan gedaagde. Gedaagde moet daarom de schade die de boedel als gevolg van de schenking heeft geleden vergoeden tot aan het bedrag van haar verrijking. De kantonrechter stelt de waarde van de verrijking vast op € 10.000, op basis van een factuur waaruit volgt dat de auto voor dit bedrag is ingeruild. Daarnaast wordt wettelijke rente

toegekend vanaf het moment dat gedaagde in verzuim is, namelijk 19 mei 2023. Dit was twee weken nadat de curator gedaagde had gesommeerd de waarde van de auto aan de boedel over te maken. Gedaagde wordt eveneens veroordeeld tot betaling van de kosten van de procedure.

M.R. Beukering, maart 2024

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 20-02-2024

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2024:938

Zaaknummer: 10603041 \ CV EXPL 23-1526

Rechters: W.W. van Tol

Advocaten: B.J. Driessen

Wetsartikelen: 42 Fw en 6:212 BW

RECHTSPRAAK

Schorsing en hervatting procedure door pandhouder

De Hoge Raad beantwoordt de vraag of en wanneer de houder van een pandrecht op een vordering uit hoofde van diens inningsbevoegdheid de procespositie van de pandgever in een procedure tot inning van de verpande vordering kan overnemen.

De onderhavige procedure is in eerste instantie aanhangig gemaakt door Mark Four Enterprises B.V. ('MFE') tegen advocatenkantoor Stibbe N.V. ('Stibbe') in verband met door MFE gestelde tekortkomingen van Stibbe in de uitvoering van de tussen hen gesloten opdrachtovereenkomst. MFE vorderde daarin een verklaring voor recht ter zake van de tekortkomingen, vergoeding van geleden schade en (terug)betaling van reeds voldane declaraties en gemaakte kosten. De rechtbank heeft de gevorderde verklaring voor recht en de (terug)betaling van declaraties en gemaakte kosten toegewezen.

In hoger beroep heeft zich de latere eiser in cassatie doen horen met een schorsingsakte op de voet van artikel 225 Rv. Deze eiser heeft daartoe gesteld in het kader van aan MFE verstrekte procesfinanciering openbare pandrechten te hebben op de onderwerpelijke vorderingen van MFE op Stibbe en zodoende als innings- en procesbevoegde partij via schorsing en hervatting op grond van artikel 225 lid 1, aanhef en sub c, jo. 227 Rv bevoegd te zijn om de formele procespositie van MFE over te nemen. In termen van artikel 225 lid 1, aanhef en sub c, Rv: als gevolg van de overgang van de inningsbevoegdheid van MFE op de eiser zouden de betrekkingen waarin MFE het geding voerde zijn opgehouden. MFE heeft zich tegen de overneming verzet. MFE heeft daartoe het pandrecht van eiser betwist op de grond dat de overeenkomst van procesfinanciering is opgezegd. Zo een rechtsgeldig pandrecht op de vorderingen zou bestaan, dan zou de positie van MFE als pandgever aan de overneming in de weg staan.

In r.o. 2.6-2.12 citeert de Hoge Raad de overwegingen van het hof die hebben geleid tot het oordeel in hoger beroep dat de ingeroepen schorsingsgrond ontoereikend is. Deze overwegingen zijn gebaseerd op HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415 (*Immun'Âge Europe Ltd/Neo-River Inc*). In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat de regeling van

artikel 3:246 BW is gebaseerd op de bewuste keuze van de wetgever om bepaalde aan een verpande vordering verbonden (beheers)bevoegdheden bij de pandgever te laten, omdat deze zijn rechten en belangen diepgaand treffen en de pandhouder slechts in het verpande is geïnteresseerd, voor zover dit hem voor zijn vordering waarborgt. Aldus kan volgens het hof niet worden aangenomen dat de rechtsbetrekking waarin MFE het geding voerde is opgehouden. In cassatie klaagt de eiser dat het hof zou hebben miskend dat overgang van de inningsbevoegdheid na mededeling ex artikel 3:246 lid 1 BW *wel* kwalificeert onder artikel 225 lid 1, aanhef en sub c, Rv ondanks dat bepaalde (beheers)bevoegdheden met betrekking tot de vordering bij de pandgever blijven.

De Hoge Raad overweegt tegen de achtergrond van de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 225 Rv dat onder de schorsingsgrond van het eerste lid sub c mede het geval van rechtsopvolging onder bijzondere titel is begrepen. Ook in geval van rechtsopvolging onder bijzondere titel kan de oorspronkelijke procespartij er belang bij hebben om partij in het geding te blijven, waarom schorsing en hervatting van het geding door de rechtsopvolger onder bijzondere titel niet mogelijk is als de oorspronkelijke procespartij zich ertegen verzet dat zij als partij uit het geding verdwijnt (r.o. 3.1.4). Het geval dat voorafgaand aan de mededeling ex artikel 3:246 lid 1 BW reeds een procedure aanhangig was gemaakt waarin de pandgever nakoming van de verpande vordering door de schuldenaar vordert, moet naar het oordeel van de Hoge Raad met de rechtsopvolging onder bijzondere titel op een lijn worden gesteld, zodat de pandhouder de procedure langs de weg van artikel 225 lid 1, aanhef en sub c, jo. 227 Rv kan schorsen en in de procespositie van de pandgever kan hervatten, tenzij de pandgever zich daartegen verzet.

De eiser in cassatie heeft dus in zoverre terecht geklaagd dat het hof het voorgaande heeft miskend. Desondanks kan het middel volgens de Hoge Raad niet tot cassatie leiden, omdat MFE zich in het voorliggende geval ertegen heeft verzet dat zij als partij uit het geding zou verdwijnen en dus alsnog een toereikende schorsingsgrond ontbrak.

J.O. Bijloo, maart 2024

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 09-02-2024

ECLI: ECLI:NL:HR:2024:217

Zaaknummer: 22/03991

Rechters: M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, F.J.P. Lock, G.C. Makkink en K. Teuben

Advocaten: J.H.M. van Swaaij

Wetsartikelen: 225 Rv, 227 Rv, 3:246 BW en 217 Rv

RECHTSPRAAK

Bekrachtiging afwijzing faillissementsaanvraag

Het verzoek van een stichting om geïntimeerde in staat van faillissement te verklaren is door de rechtbank Oost-Brabant afgewezen. Tevergeefs gaat de stichting in hoger beroep tegen de beschikking van de rechtbank.

In hoger beroep heeft een stichting ('de stichting') het hof 's-Hertogenbosch verzocht de beslissing van de rechtbank in eerste aanleg te vernietigen en alsnog het faillissement van de geïntimeerde uit te spreken. Bij die uitspraak oordeelde de rechtbank dat de stichting summierlijk aannemelijk heeft gemaakt dat zij een vordering op geïntimeerde heeft en dat sprake is van pluraliteit van schuldeisers. Toch heeft de rechtbank geoordeeld dat niet summierlijk is gebleken dat geïntimeerde verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen, omdat de steunvordering die zou volgen uit een factuur van 'stichting 2' naar het verkeerde adres is gestuurd. Geïntimeerde was daarom niet op de hoogte van de vordering van stichting 2.

Geïntimeerde betwist het vorderingsrecht van stichting 2 niet en heeft deze steunvordering ten tijde van het hoger beroep voldaan. De stichting wijst op de eigen verantwoordelijkheid van geïntimeerde om een adreswijziging door te geven aan de stichting 2. Volgens de stichting zijn er nog steeds meerdere schuldeisers, waaronder de Belastingdienst. Het feit dat geïntimeerde nooit jaarrekeningen heeft gedeponneerd, doet vragen rijzen over haar financiële situatie. Het is daarom maar de vraag of geïntimeerde de schulden aan deze schuldeisers op korte termijn zal kunnen betalen.

Geïntimeerde voert aan dat de stichting jarenlang heeft nagelaten om op verzoek van geïntimeerde de juiste facturen te sturen. De stichting zou incorrecte en te hoge facturen hebben gestuurd, wat heeft geleid tot een onterechte betalingsachterstand, aldus geïntimeerde. De herhaaldelijke verzoeken van geïntimeerde en haar betalingsbereidheid weerhielden de stichting niet van het versturen van aanmaningen en dwangbevelen. Geïntimeerde betwist de hoogte van de vordering, maar ontkent niet dat er een betalingsachterstand is. Het is echter onduidelijk wat er op welk moment te vorderen viel en

of er – na de additionele betalingen – nu nog wel een vordering resteert.

Naar de huidige situatie (*ex nunc*) oordeelt het hof dat summierlijk is gebleken van een vorderingsrecht van de stichting en van de opeisbaarheid daarvan. Daarnaast staat naar het oordeel van het hof ook vast dat sprake is van pluraliteit van schuldeisers, gelet op de vordering van de Belastingdienst.

Het hof is evenwel van oordeel dat de toestand van te hebben opgehouden te betalen onvoldoende aannemelijk is. Voor de vordering van de stichting geldt dat de actuele hoogte thans niet kan worden vastgesteld, ook niet na een summierlijk onderzoek. Geïntimeerde erkent haar schuld aan de Belastingdienst en betaalt deze af in 72 termijnen. Het hof acht het bestaan van een dergelijke betalingsregeling met de Belastingdienst in zijn algemeenheid voldoende aannemelijk. Bovendien blijkt uit niets dat geïntimeerde deze betalingsregeling niet zou (kunnen) nakomen. Hierbij komt dat de steunvordering van stichting 2 inmiddels is voldaan. Het hof concludeert dat de stichting niet aannemelijk heeft gemaakt dat geïntimeerde in de toestand van te hebben opgehouden te betalen verkeert. Daarom wordt het verzoek tot faillietverklaring afgewezen en wordt de beschikking in eerste aanleg bekrachtigd.

E. Ayerdem, maart 2024

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 08-02-2024

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2024:385

Zaaknummer: 200.335.396_01

Rechters: N.W.M. van den Heuvel, A.P. Zweers-van Vollenhoven en R.L.G. Kraaijvanger

Advocaten: A. Sarokhani en IJ.A. Reinke

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Faillissementsverhoor is niet bedoeld om alvast antwoord te krijgen op bepaalde vragen teneinde de proceskansen van een procedure te kunnen inschatten

De rechter-commissaris in het faillissement van ‘onderneming 1’ heeft een externe adviseur (‘C’ in de uitspraak) opgeroepen voor een faillissementsverhoor (art. 66 Fw). De adviseur heeft vier banken geadviseerd in de totstandkoming van een transactie waarvan de curatoren vernietiging vorderen op grond van de pauliana. De banken verzetten zich tegen het verhoor van de adviseur en verzoeken de rechtbank (ex art. 67 Fw) om de beslissing van de R-C te vernietigen. Zij voeren daarvoor onder meer aan dat sprake is van misbruik van bevoegdheid door de R-C. De rechtbank oordeelt dat de beroepsgrond slaagt en vernietigt de beslissing.

Onderneming 2 verstrekt in 2013 een lening aan onderneming 1. De activa van onderneming 1 worden in dat kader verpand aan onderneming 2. Na het faillissement van onderneming 1 verzetten de curatoren van onderneming 1 zich in een procedure tegen de afdracht van de verkoopopbrengst, omdat de pandovereenkomst volgens hen paulianeus was. Ook onderneming 2 faillieert en de curatoren van onderneming 2 zetten de procedure voort. De curatoren en de banken, die een pandrecht hebben op de vordering van onderneming 2 op onderneming 1, treffen in 2019 een regeling.

In 2020 stuurt de advocaat van de banken onbedoeld een rapport – van de hand van adviseur ‘C’ – aan de curatoren van onderneming 1, met daarin informatie over de liquiditeitsruimte bij onderneming 1 ten tijde van het sluiten van de lening tussen onderneming 1 en 2. Die informatie is relevant voor de paulianavordering van de curatoren. De curatoren menen dat zij door de banken verkeerd zijn voorgelicht en willen de getroffen regeling vernietigen. De banken nemen daarop de procedure over tegen de curatoren van onderneming 1.

De curatoren worden in 2023 tuchtrechtelijk berispt voor het gebruik van het rapport in de procedure. Zij kunnen de informatie uit het rapport dus niet meer onverkort inzetten. Daarna roept de rechter-commissaris (R-C) in het faillissement van onderneming 1 adviseur C op voor een faillissementsverhoor. De R-C noemt daarvoor onder meer de reden dat hij beter wil kunnen inschatten wat het risico is dat de curatoren de regeling uit 2019 niet kunnen vernietigen.

De rechtbank overweegt dat het faillissementsverhoor niet is bedoeld om alvast antwoord te krijgen op vragen die relevant zijn voor het slagen van de pauliana en de vernietiging van de regeling uit 2019. Daarvoor dient een (voorlopig) getuigenverhoor, aldus de rechtbank. De rechtbank oordeelt dat niet duidelijk is welke informatie de R-C zou kunnen krijgen via het verhoor, die hij nodig heeft als R-C in het faillissement van onderneming 1. Hij beschikt namelijk al over het rapport van C en de verdere informatie die C aan de banken gaf. In de paulianaprocedure zal moeten worden vastgesteld of is voldaan aan de voorwaarden voor een succesvol beroep op de pauliana. Kennelijk vreest de R-C dat de curatoren zullen worden gehinderd door de tuchtrechtelijke beperkingen, omdat de R-C schriftelijk heeft aangegeven vanwege de berisping 'een actievare rol' te nemen bij de informatievergaring. Dit leidt echter tot slotsom dat de R-C in de gegeven situatie misbruik maakt van de bevoegdheid die hij heeft op grond van artikel 66 Fw.

R.J.H. Berghuis, maart 2024

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 07-02-2024

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2024:618

Zaaknummer: 560798 / FA RK 23/652

Rechters: A.A.T. van Rens

Advocaten: R.J. van Galen en H.A.W. Ruiter

Wetsartikelen: 67 Fw en 66 Fw

RECHTSPRAAK

Vernietiging faillissement Shen's Sauzen

Het hof vernietigt het faillissement, omdat met alle schuldeisers (behalve de Belastingdienst) een regeling is getroffen. De Belastingdienst kan na een herfinanciering alsnog worden betaald.

Chen's Sauzen B.V. is door de rechtbank Den Haag failliet verklaard op verzoek van Poisson & Cuisine - Fresh Quality Fish B.V.

Shen's Sauzen heeft beroep ingesteld tegen de faillietverklaring. Shen's Sauzen voert daartoe aan dat met alle concurrente schuldeisers een betalingsregeling is getroffen waarvoor geld in depot is gestort. Ook is voor betaling van de faillissementskosten een bedrag beschikbaar gesteld op de derdengeldenrekening van de curator. Met de Belastingdienst en ABN AMRO is nog geen regeling getroffen, maar een derde heeft zich bereid verklaard een lening van € 1,5 miljoen te verstrekken zodat de financiering bij ABN AMRO kan worden afgelost en kan worden ingelopen op de schuld bij de Belastingdienst. Binnen twee jaar wordt extra financiering van € 2,75 miljoen aangetrokken om de vorderingen van de Belastingdienst af te lossen en regelingen met leveranciers na te komen.

Het hof oordeelt dat met vrijwel alle schuldeisers een regeling is getroffen. Met de Belastingdienst is nog geen regeling getroffen, maar na de herfinanciering is Chen's Sauzen in staat de vordering van de Belastingdienst te voldoen. Het hof vernietigt daarom het faillissement.

H.J. de Kloe

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 25-01-2024

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2024:159

Zaaknummer: 200.335.699/01

Rechters: G.C. de Heer, M.T. Nijhuis en J.S. Honée

Advocaten: Z.H. van Dorth tot Medler en P. van Zwijndregt

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Faillietverklaring na hoger beroep

De hoogte van een vordering hoeft niet vast te staan. Pluraliteit van schuldeisers blijkt onder meer uit het NOW-register.

Nadat de rechtbank Oost-Brabant een faillissementsverzoek heeft afgewezen, wijst het hof het verzoek in hoger beroep alsnog toe.

Verweerster erkent het vorderingsrecht van verzoekster, een pensioenfonds. De omvang van de vordering is ongeveer € 127.000, maar staat niet volledig vast. Verweerster betwist wel dat sprake is van pluraliteit van schuldeisers.

Het hof overweegt dat vaststaat dat verweerster een fors bedrag moet betalen aan verzoekster. De vordering is tot een bedrag van ongeveer € 127.000 erkend. Voor het uitspreken van een faillissement is niet vereist dat de omvang van een vordering precies vaststaat. Ook van pluraliteit van schuldeisers is summierlijk gebleken. Er zijn premiebetalingsverplichtingen tegenover een schadeverzekeraar en schulden aan het UWV vanwege correcties op ontvangen NOW-subsidies. De vordering van het UWV blijkt uit het NOW-register. Dat tijdig bezwaar is ingediend tegen de vaststelling van de hoogte van de NOW-subsidie, is niet gebleken.

Verweerster verkeert naar het oordeel van het hof ook overigens in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. De schuld aan het pensioenfonds kan niet (direct) worden betaald, terwijl verweerster geen activiteiten (meer) heeft en heeft gesteld geen activa meer te hebben. Het hof spreekt daarom het faillissement uit van verweerster.

H.J. de Kloe, maart 2024

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 08-02-2024

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2024:388

Zaaknummer: 200.335.945_01

Rechters: R.R.M. de Moor, M. van der Schoor en M.W.M. Souren

Advocaten: A. Sarokhani en M.W. Steenpoorte

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: schuldeisers hebben doeltreffend rechtsmiddel om bevoegdheid rechter te betwisten

Op grond van 5 lid 1 IVO hebben schuldeisers de mogelijkheid een beslissing tot opening van een hoofdinsolventieprocedure aan te vechten voor de rechter. Naar het oordeel van het hof beschikken alle schuldeisers over een doeltreffend rechtsmiddel tegen de beslissing tot opening van de openbare WHOA-procedure als hoofdinsolventieprocedure.

In de WHOA-procedure van McDermott heeft de rechtbank Amsterdam zich bevoegd verklaard tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige in een openbare akkoordprocedure. Voorwaarde daarvoor is dat McDermott COMI (centre of main interests) heeft in Nederland.

Een schuldeiser, Refinería de Cartagena S.A.S. ('Reficar'), heeft de rechtsmacht van de Nederlandse rechter bestreden. Reficar komt ondanks het appèlverbod in hoger beroep tegen de beslissing van de rechtbank dat zij op grond van de IVO bevoegd is een hoofdinsolventieprocedure te openen. Reficar meent dat zij ondanks het appèlverbod ontvankelijk is in haar hoger beroep. In artikel 5 lid 1 IVO is opgenomen dat schuldeisers de beslissing tot opening van een hoofdinsolventieprocedure (moeten) kunnen aanvechten voor de rechter. In artikel 371 lid 14 Fw is opgenomen dat schuldeisers die niet in de gelegenheid zijn gesteld hun zienswijze kenbaar te maken, in verzet kunnen komen tegen het aannemen van rechtsmacht door de Nederlandse rechter. Naar de mening van Reficar zou artikel 371 lid 14 Fw niet voldoen aan artikel 5 lid 1 IVO.

Het hof oordeelt anders. Uit artikel 5 lid 1 IVO volgt geen zelfstandig recht op een tweede feitelijke instantie. Artikel 371 lid 14 Fw is in lijn met de ratio van artikel 5 lid 1 IVO. Alle schuldeisers beschikken over een doeltreffend rechtsmiddel tegen de beslissing tot opening van een hoofdinsolventieprocedure: óf doordat een schuldeiser in de gelegenheid is gesteld een zienswijze te geven, óf doordat een schuldeiser bevoegd is in verzet te gaan tegen de

beslissing van de rechter waarin rechtsmacht is aangenomen. Reficar heeft gebruikgemaakt van de mogelijkheid een zienswijze kenbaar te maken over de bevoegdheid van de Nederlandse rechter, zodat Reficar een doeltreffend rechtsmiddel in de zin van de IVO tot haar beschikking heeft gehad.

Omdat Reficar zich niet beroept op een grond voor doorbreking van het appèlverbod, wordt Reficar niet-ontvankelijk verklaard in haar hoger beroep.

H.J. de Kloe, maart 2024

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 13-02-2024

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2024:346

Zaaknummer: 200.333.994/01, 200.334.005/01, 200.334.006/01, 200.334.008/01 en 200.334.009/01

Rechters: M.L.D. Akkaya, W.A.H. Melissen en M.C. Bosch

Advocaten: I. Spinath, T.H.D. Struycken, F.J.M. Hengst, V.R. Vroom, P. Kuipers en , H.P. Boekhorst

Wetsartikelen: 371 lid 14 Fw en 5 lid 1 IVO

RECHTSPRAAK

IVO van toepassing op vorläufiges Insolvenzverfahren

Ten aanzien van een aantal gedaagden is in Duitsland een vorläufiges Insolvenzverfahren geopend. Hoewel deze procedure niet is opgenomen op bijlage A, overweegt de voorzieningenrechter dat de IVO van toepassing is.

Twee eisers vorderen van vijftien gedaagden terugbetaling van leningen en betaling van rente in kort geding. Ten aanzien van een aantal gedaagden is in Duitsland een *vorläufiges Insolvenzverfahren* geopend. Een vraag die voorligt is welk gevolg de opening van deze insolventieprocedure heeft voor het geding.

De voorzieningenrechter overweegt dat het *vorläufiges Insolvenzverfahren* niet is opgenomen op bijlage A van de herschikte Insolventieverordening (IVO), de bijlage waarin de insolventieprocedures staan vermeld waarop de IVO van toepassing is. De *vorläufiger Insolvenzverwalter* staat wel op bijlage B met insolventiefunctionarissen. Hoewel de procedure niet is opgenomen op bijlage A, oordeelt de voorzieningenrechter dat de IVO wel van toepassing is omdat uit overweging 15 van de considerans en artikel 1 lid 1 IVO volgt dat de IVO ook van toepassing is op voorlopige procedures.

Op grond van artikel 18 IVO worden de gevolgen van de opening van een insolventieprocedure voor lopende rechtsvorderingen bepaald door het recht van de lidstaat waar de rechtsvordering aanhangig is. Nederlands recht is dus van toepassing. Dit betekent dat de procedure ten aanzien van deze gedaagden is geschorst op grond van artikel 29 Fw.

Ten aanzien van de andere gedaagden worden de vorderingen toegewezen.

H.J. de Kloe, maart 2024

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 22-12-2023

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2023:9523

Zaaknummer: C/02/416201 / KG ZA 23-571 (E)

Rechters: A.D. Scheffers

Advocaten: M.C.J. Oonk-Pallandt, M. Franke en D. Westenberg

Wetsartikelen: 1 lid 1 IVO, 18 IVO en 29 Fw

RECHTSPRAAK

**Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:138 jo. 2:300a
BW**

Aansprakelijkheid van twee bestuurders en de feitelijk bestuurder van een stichting voor het boedeltekort in faillissement. De twee bestuurders hebben vrijwaring gevorderd door de feitelijk bestuurder. In de vrijwaringszaak wordt de draagplicht gesteld op 50% voor de feitelijk bestuurder en op 25% voor beide bestuurders.

De uitspraak betreft het faillissement van een stichting waarin de curator A en B als bestuurders en C als feitelijk bestuurder voor het boedeltekort aansprakelijk stelt. Daarnaast betreft de uitspraak twee vrijwaringszaken: A en B vorderen zowel dat C als de curator (pro se) hen vrijwaart voor al hetgeen waartoe zij zijn veroordeeld worden in de hoofdzaak.

De casus is als volgt. C heeft met zijn onderneming X een digitaal platform ontwikkeld. C wilde dit platform uitrollen bij gemeenten, maar zijn ervaring was dat gemeenten liever in zee gaan met een stichting. C heeft daarom contact gelegd met B, waarop B samen met een ander in 2015 de stichting heeft opgericht. B is tot 16 augustus 2016 aangebleven als bestuurder. A was (enig) bestuurder van november 2016 tot de datum van het faillissement. C is zelf nooit aandeelhouder of bestuurder geweest.

De stichting kreeg per 1 april 2016 opdracht van de gemeente Groningen om het platform beschikbaar te stellen en verder door te ontwikkelen. Daarnaast werd een supportdesk ingericht. De uitvoering van de opdracht gebeurde feitelijk door onderneming X. De opdracht is in 2017 verlengd, maar de gemeente zou vanaf april 2017 stoppen met het verschaffen van huisvesting voor de supportdesk.

In maart 2017 ontstond onenigheid tussen A en C over wie de kosten voor de nieuwe huisvesting moest dragen. Onderneming X besloot hierop de samenwerking met de stichting per 1 juli 2017 te beëindigen. Hierdoor had de stichting geen toegang meer tot het platform, met als gevolg dat de gemeente Groningen haar betalingsverplichtingen aan de stichting opschortte. Vanaf 1 juli 2017 zat de stichting daarom zonder financiële middelen, waardoor zij

op 15 augustus 2017 failliet is verklaard.

De curator baseert de bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:138 jo. 2:300a BW primair op schending van de administratieplicht. Met de curator is de rechtbank van oordeel dat niet aan de administratieplicht van artikel 2:10 BW is voldaan. Vaststaat dat het bestuur geen boekhouding heeft bijgehouden. Daarnaast zijn alle afspraken tussen de stichting en de onderneming mondeling gemaakt, en kon de stichting geen stukken overleggen waaruit deze afspraken bleken. Hierdoor bestond bij het bestuur onduidelijkheid over de rechten en verplichtingen van de stichting, terwijl deze duidelijkheid wel nodig was om de stichting goed besturen en om verantwoording af te leggen.

Vanwege de schending van de administratieplicht staat onbehoorlijk bestuur vast. Vervolgens overweegt de rechtbank dat dit ook een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Het bestuur heeft immers zelf voor de samenwerkingsvorm met C en onderneming X gekozen, waardoor de stichting geen daadwerkelijke zeggenschap had over de besteding van haar eigen middelen. De bestuurders hebben de stichting in hoge mate afhankelijk gemaakt van C en onderneming X. Zo heeft de stichting een groot deel van het geld dat zij ontving van de gemeente Groningen direct overgemaakt naar onderneming X, zonder af te spreken wat daarvoor in ruil zou worden geleverd. Hierdoor heeft het kunnen gebeuren dat de stichting zonder financiële middelen kwam te zitten. De rechtbank oordeelt dat het faillissement heeft kunnen ontstaan doordat het bestuur van de stichting zich voornamelijk liet leiden door de belangen van onderneming X en daarbij te weinig oog had voor de risico's waaraan de stichting werd blootgesteld.

Een beroep op disculpatie door A en B slaagt niet. De rechtbank acht niet relevant dat B ten tijde van het faillissement geen bestuurder was, omdat B wel formeel en feitelijk oprichter was en zodoende de basis heeft gelegd voor de risicovolle samenwerkingsvorm. Voor A geldt ook dat het onbehoorlijk bestuur hem kan worden toegerekend, nu hij enig bestuurder was van de stichting vanaf eind 2016 tot aan datum faillissement.

De rechtbank baseert de aansprakelijkheid van C op artikel 2:138 lid 7 BW. Uit overgelegde stukken blijkt dat C vergaand betrokken was bij de gang van zaken binnen de stichting. De stichting is namelijk op initiatief van C opgericht. Ook later bleef C zich bemoeien met onder andere de benoeming van leden van het bestuur en de raad van toezicht, contracten die door de stichting werden gesloten, financiële zaken en strategische kwesties. Daarnaast waren A en B beide financieel afhankelijk van C. Dit alles maakt dat de rechtbank tot het oordeel komt dat C kwalificeert als feitelijk beleidsbepaler van de stichting. Ook het beroep van C op disculpatie faalt, C is zodoende ook hoofdelijk aansprakelijk voor het boedelttekort.

Dan de vrijwaringszaken. Vrijwaringszaak I jegens C slaagt. De rechtbank overweegt dat C meer profijt heeft gehad van het onbehoorlijke bestuur. Bijna alle baten van de stichting werden immers aan onderneming X uitgekeerd. Zodoende komt de rechter uit billijkheidsoverwegingen tot een verdeling van de draagplicht van 50% voor C en voor A en B elk 25%. Vrijwaringszaak II jegens de curator slaagt niet. A en B verwijten de curator dat hij de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering heeft beëindigd. Volgens de rechtbank hebben ze echter onvoldoende onderbouwd dat de verzekering dekking had geboden, wanneer de polis niet was opgezegd.

D.R.C. Smit, maart 2024

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 14-02-2024

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2024:598

Zaaknummer: C/01/377074 / HA ZA 21-827 (hoofdzaak), C/01/380303 / HA ZA 22-152 (vrijwaringszaak I) en C/01/380304 / HA ZA 22-153 (vrijwaringszaak II)

Rechters: K.A. Maarschalkerweerd

Advocaten: F. Arts, P.C. van der Maas en R. van den Berg Jeths

Wetsartikelen: 2:138 jo. 2:300a BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid voor tekort door onverantwoorde dividenduitkering

De bestuurder en aandeelhouder van de failliete vennootschap zijn aansprakelijk voor het tekort dat als gevolg van een onverantwoorde dividenduitkering is ontstaan op grond van artikel 2:216 lid 3 BW.

De gedaagde is enig bestuurder en (indirect) aandeelhouder van een slijterij ('de failliet'). In 2016 had de failliet een vordering in rekening-courant van € 485.234 op de aandeelhouder. In juli 2017 heeft de algemene vergadering van de failliet besloten om € 485.234 uit te keren aan de aandeelhouder. De uitkering is vervolgens verrekend met het openstaande bedrag in rekening-courant. De bestuurder heeft aan het besluit tot uitkering van het dividend zijn goedkeuring verleend. Na het dividendbesluit en de uitkering kon de failliet niet doorgaan met het betalen van zijn opeisbare schulden en is hij in december 2018 failliet verklaard.

Deze samenvatting is beperkt tot de vorderingen van de curator op grond van artikel 2:216 BW. De curator vordert dat de rechtbank voor recht verklaart dat de dividenduitkering op grond van artikel 2:216 BW onrechtmatig is en dat de gedaagde, in zijn hoedanigheid van bestuurder en (indirect) aandeelhouder, wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de failliet na de dividenduitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden.

De curator stelt zich op het standpunt dat de gedaagde, in zijn hoedanigheid van bestuurder, zich van goedkeuring van het dividendbesluit had moeten onthouden. De curator baseert zijn vordering op het feit dat het adviesrapport van de accountant van bestuurder over het uitkeringsbesluit op een niet correcte werkwijze tot stand is gekomen. Volgens de curator is een onjuiste beoordelingsperiode gebruikt om een correcte balanstest en uitkeringstoets vast te kunnen stellen.

De bestuurder stelt dat hij voorafgaand aan het dividendbesluit advies heeft ingewonnen bij zijn accountant over de toelaatbaarheid van de uitkering. Op grond van de balanstest en uitkeringstoets was er ruimte voor een dividenduitkering. Volgens de bestuurder liet de financiële situatie van de failliet het óók toe dat verrekening van het uitgekeerde dividend met

de openstaande rekening-courantvordering kon plaatsvinden. Door het positieve advies van de accountant en de financiële situatie van de failliet was volgens bestuurder op het moment van uitkering en besluitvorming niet te voorzien dat de continuïteit van de failliet door het dividendbesluit werd aangetast.

De rechtbank oordeelt dat het peilmoment waarop te voorzien is dat de failliet in continuïteitsnood zou komen in beginsel het moment van uitkering is. In dit geval is de uitkering met terugwerkende kracht boekhoudkundig verwerkt en moet worden uitgegaan van de datum waarop het dividendbesluit werd genomen. Om vervolgens te kunnen oordelen of de dividenduitkering geoorloofd was, stelt de rechtbank dat moet worden vastgesteld dat er geen twijfel bestond over het voortbestaan van de onderneming. Gekeken naar het financiële verleden van de failliet blijkt dat zij al enkele jaren zwaar verlieslatend was. Desondanks is de bestuurder medio 2017 namens de failliet een koopovereenkomst aangegaan om een vennootschap over te nemen. De bestuurder stelt dat de failliet door deze beoogde overname kon rekenen op schaalvergroting en resultaatsverbetering. De rechtbank oordeelt dat de bestuurder dit niet voldoende heeft onderbouwd en dat het geen realistisch standpunt is kijkend naar het algemene marktbeeld van dalende omzetten van slijterijen.

Ook past de rechtbank de algemene regel toe dat het bestuur bij zijn beoordeling van een ter goedkeuring voorliggend dividendbesluit, vanaf de peildatum een jaar vooruit moet kijken. De verplichting tot betaling van de overnamesom had in het advies van de accountant betrokken moeten worden, omdat deze schuld redelijkerwijs voorzienbaar was als gevolg van de onderhandelingen.

De rechtbank concludeert dat de bestuurder aan de hand van het advies van de accountant geen juiste inschatting van de continuïteit van de failliet heeft gemaakt en dat de failliet het zich niet kon permitteren dividend uit te keren. Bovendien heeft de bestuurder een besluit tot dividenduitkering aan zichzelf als aandeelhouder goedgekeurd ter hoogte van de openstaande rekening-courantschuld.

De rechtbank oordeelt dan ook dat de gedaagde, in zijn hoedanigheid van bestuurder en aandeelhouder, onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat hij wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de failliet na de dividenduitkering niet kon voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Gedaagde had zijn goedkeuring aan het onverantwoorde dividenduitkeringsbesluit moeten onthouden. Door dit niet te doen is gedaagde aansprakelijk voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan op grond van artikel 2:216 lid 3 BW. De zaak wordt verwezen naar de schadestaatprocedure om het exacte tekort vast te stellen aan de hand van de dividenduitkering en de verrekening.

D.M.M. Detisch, maart 2024

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 07-07-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:5451

Zaaknummer: C/15/302022 / HA ZA 20-253

Rechters: A.C. Haverkate

Advocaten: K.M. Janssen en M.C.M. van Ruitenbeek-Kossen

Wetsartikelen: 2:216 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement: de administratieplicht en weerlegging van het bewijsvermoeden (art. 2:248 lid 2 BW)

De bestuurder slaagt erin het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW te weerleggen door andere feiten en omstandigheden naar voren te brengen die een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Het is daarom niet langer noodzakelijk dat met behulp van een deskundige wordt vastgesteld of sprake is van een schending van de wettelijke administratieplicht (art. 2:10 BW).

Op 20 januari 2015 wordt een groothandel van bloembollen en bloemen failliet verklaard. Gedurende het faillissement hebben de crediteuren hun vorderingen allemaal ingetrokken. Op het moment van deze uitspraak was de curator met een salarismvordering de enige schuldeiser in het faillissement.

De curator heeft de bestuurder van de failliete onderneming aansprakelijk gesteld voor het faillissementstekort op grond van artikel 2:248 BW, omdat de bestuurder niet voldaan zou hebben aan de administratieplicht van artikel 2:10 lid 1 BW, met name omdat een voorraadadministratie (in de zin van het systematisch verzamelen, vastleggen en verwerken van de voorraad) ontbreekt.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de bestuurder van de failliete vennootschap niet heeft voldaan aan de wettelijke administratieplicht, waardoor vaststaat dat hij zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Verder heeft de rechtbank geoordeeld dat de bestuurder dit vermoeden niet voldoende heeft weerlegd.

Het hof merkt op dat het antwoord op de vraag of aan de administratieplicht is voldaan, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Voor het antwoord op de vraag of de boekhouding voldoet aan de daaraan te stellen eisen, kunnen ook andere elementen van belang zijn dan de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten (HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2932).

De curator heeft zich op het standpunt gesteld dat de administratie van de groothandel niet voldoet, met name omdat een voorraadadministratie ontbreekt. Anders dan de curator stelt, is er wel een voorraadadministratie bijgehouden, maar staat ter discussie of een dergelijke administratie gebruikelijk is in deze branche. Het hof acht in beginsel deskundige voorlichting aangewezen over wat in de bloembollenbranche gebruikelijk is en of de administratie van de groothandel daaraan voldoet, maar merkt op dat het inschakelen van een deskundige niet noodzakelijk is als een van de overige grieven slaagt.

Dit is het geval. De bestuurder slaagt er naar oordeel van het hof in om het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW te weerleggen door aannemelijk te maken dat andere feiten en omstandigheden – dan zijn (eventuele) onbehoorlijke taakvervulling – een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Het faillissement is veroorzaakt door jarenlang tegenvallende omzet en daartegenover de hoge teeltkosten. Gelet op de financiële cijfers – die niet in geschil zijn – is het besluit om de activiteiten af te bouwen begrijpelijk. Dat de bestuurder de teelt heeft gestaakt, getuigt dan ook niet van onbehoorlijk bestuur, aldus het hof.

Het hof is van oordeel dat zonder nadere deskundige voorlichting niet kan worden vastgesteld of sprake is van een schending van de wettelijke administratieplicht, maar dat – als daar al sprake van zou zijn – niet aannemelijk is dat kennelijk onbehoorlijk bestuur van de bestuurder de oorzaak is geweest van het faillissement. Ook voor het overige is er volgens het hof geen sprake van onbehoorlijke taakvervulling of onrechtmatig handelen tegenover de schuldeisers. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en wijst de vorderingen van de curator af.

De curator wordt in de proceskosten van beide instanties veroordeeld. Het hof ziet geen aanleiding de curator persoonlijk te veroordelen in de proceskosten.

W.P.IJ. Overgoor, maart 2024

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-12-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:3454

Zaaknummer: 200.306.763/01

Rechters: Y. Steeg-Tijms, M.M.M. Tillema en J.G. Sijmons

Advocaten: E.C.N. Sweep en A.G. Moeijes

Wetsartikelen: 2:248 BW