

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 7, 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:2024:482](#) 22-03-2024

Zorgplicht van bank jegens derden. Verplichting tot cliëntenonderzoek en monitoren cliënten op grond van Wft en Wwft.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2024:429](#) 15-03-2024

Hoge Raad oordeelt over de contractueel bedongen ondeelbaarheid van verbintenissen in het kader van splitsing en over de toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid op de rechtsverhouding tussen twee executerende schuldeisers

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2024:835](#) 14-03-2024

Vernietiging faillissement omdat pluraliteit van schuldeisers ontbreekt

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2024:1816](#) 12-03-2024

Stromanconstructie waardoor inkomsten aan de boedel van de gefailleerde zijn onttrokken?

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2024:808](#) 01-02-2024

Hof laat verlenging faillissementsgijzeling in stand

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2024:1608](#) 21-03-2024

Homologatie WHOA-akkoord MIH (McDermott)

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2024:1739](#) 19-03-2024

Geturboliquideerde vennootschap wordt niet failliet verklaard omdat onvoldoende is gebleken van een potentiële bate

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2024:1916](#) 18-03-2024

Ondanks faillissement werkgever verklaart de kantonrechter voor recht dat het

dienstverband van twee werknemers niet is geëindigd

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2024:1144](#) 15-03-2024

WHOA: verlenging afkoelingsperiode op verzoek herstructureringsdeskundige

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2024:3432](#) 14-03-2024

Vernietiging van twee mondelinge pachtovereenkomsten leidt in kort geding tot toegewezen ontruiming van twee tuinen en betaling van een gebruiksvergoeding

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2024:859](#) 13-03-2024

Geen sprake van 'WHOA-toestand': onvoldoende (cijfermatige) onderbouwing voor nakoming lopende verplichtingen binnen de groep

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2024:3579](#) 13-03-2024

WHOA: afkoelingsperiode wordt afgekondigd, maar voor beperkte(re) duur

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2024:1268](#) 13-03-2024

Sparkasse moet tijdens faillissement overgeboekte bedragen betalen aan de boedel

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2024:1345](#) 12-03-2024

Administratiekantoor moet loonadministratie afgeven aan curator

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2024:3574](#) 12-03-2024

Rechtbank Den Haag wijst verzoek tot afkoelingsperiode onder de WHOA af

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2024:1594](#) 11-03-2024

Voormalig manager van failliete apotheek kwalificeert als statutair bestuurder noch als feitelijk beleidsbepaler

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2024:858](#) 04-03-2024

WHOA: afwijzing verzoek afkoelingsperiode

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2024:1678](#) 28-02-2024

Civielrechtelijk bestuursverbod

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2024:1331](#) 28-02-2024

Faillissement huurder fosfaatrechten

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2024:1154](#) 27-02-2024

WHOA: protocol over court-to-court communicatie wordt niet van toepassing verklaard

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:21197](#) 13-12-2023

Curator slaagt niet in bewijs dat iemand feitelijk beleidsbepaler was van een vennootschap

RECHTSPRAAK

Sparkasse moet tijdens faillissement overgeboekte bedragen betalen aan de boedel

De bank (Sparkasse) moet overboekingen vanaf een bankrekening die de schuldenaar tijdens faillissement heeft geopend betalen aan de curator.

Een natuurlijk persoon die op 4 april 2018 failliet is verklaard, heeft tijdens zijn faillissement op 1 oktober 2020 een bankrekening geopend bij de rechtspersoon naar Duits recht Sparkasse Emsland ('Sparkasse'). Op deze bankrekeningen zijn gelden gestort, opgenomen en overgeschreven. Op 2 september 2021 heeft de curator Sparkasse bericht dat de schuldenaar failliet is verklaard. De bank heeft het creditsaldo op de bankrekening overgeboekt naar de boedelrekening, maar niet de bedragen die zijn doorgeboekt naar andere rekeningen. In deze procedure vordert de curator betaling door Sparkasse van het totaalbedrag van alle af- en overschrijvingen vanaf de bankrekening die is geopend bij Sparkasse.

Sparkasse stelt dat zij geen verplichting heeft om deze bedragen te betalen, omdat zij niet wist of moest weten dat de schuldenaar failliet was. De curator had het faillissement in Duitsland moeten inschrijven, maar heeft dat niet gedaan. Dit verzuim kan Sparkasse niet worden aangerekend.

De rechtbank oordeelt ten eerste dat de rechtbank op grond van artikel 6 IVO bevoegd is van de vordering kennis te nemen. Op grond van artikel 7 IVO is Nederlands recht van toepassing.

Uit artikel 24 Fw volgt dat de boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar die na de faillietverklaring zijn ontstaan, tenzij de boedel hierdoor is gebaat. De wetgever is ervan uitgegaan dat derden door de openbare uitspraak en inschrijving in het (tegenwoordig centraal) insolventieregister op de hoogte kunnen zijn van het faillissement. De curator kan betalingen die een bank heeft uitgevoerd op basis van een na de faillietverklaring gegeven betalingsopdracht daarom vorderen van de bank.

In het kader van het verweer van Sparkasse overweegt de rechtbank dat de schuldenaar geen vestiging had in Duitsland (in de zin van art. 2 lid 10 IVO), zodat de curator op grond van

artikel 28 IVO wel de bevoegdheid maar niet de verplichting had het faillissement in te schrijven in Duitsland. Daarnaast heeft de curator Sparkasse direct geïnformeerd op het moment dat hij ontdekte dat de schuldenaar een bankrekening had geopend bij Sparkasse. Het beroep van Sparkasse op de redelijkheid en billijkheid omdat zij het Nederlands centraal insolventieregister niet zou kunnen raadplegen strandt. Inmiddels heeft Sparkasse haar bedrijfsprocessen aldus ingericht dat het Nederlandse insolventieregister kan worden geraadpleegd. Ook in het verleden bestond die mogelijkheid.

Ook het beroep van Sparkasse op artikel 31 IVO slaagt niet. Artikel 31 IVO ziet op de situatie dat iemand die niet bekend is met het faillissement betaalt aan de schuldenaar, terwijl hij aan de curator had moeten betalen. De kwestie die hier aan de orde is, namelijk het uitvoeren door de bank van een betalingsopdracht, valt niet onder artikel 31 IVO. Artikel 31 IVO is wel van toepassing op de opnames die de schuldenaar heeft gedaan bij geldautomaten. Sparkasse heeft bij die geldopnamen naar het oordeel van de rechtbank wel betaald aan de schuldenaar, terwijl zij aan de curator had moeten betalen. Uiteindelijk leidt dit niet tot een voordeel voor de bank, omdat niet is toegelicht voor welke bedragen geldopnamen zijn gedaan. De rechtbank wijst daarom het door de curator gevorderde bedrag toe.

H.J. de Kloe, april 2024

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 13-03-2024

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2024:1268

Zaaknummer: C/o8/301476 / HA ZA 23-324

Rechters: E.C. Rozeboom

Advocaten: K. Schopman en J.F. Schulte

Wetsartikelen: 23 Fw, 24 Fw, 6 IVO, 7 IVO, 28 IVO en 31 IVO

RECHTSPRAAK

Faillissement huurder fosfaatrechten

In 2019 heeft gedaagde van eiser de opdracht gekregen om een huurder te vinden voor een meerjarige huur van vier of vijf jaar van 500 kg fostaatrechten. De huurder ging failliet en de rechten vielen in de faillissementsboedel. Eiser meent dat gedaagde tekortgeschoten is in zijn zorgplicht doordat hij eiser niet heeft gewezen op dit risico bij faillissement van de huurder. Daarnaast meent eiser dat gedaagde zich garant heeft gesteld voor betaling van de huur. De rechtbank wijst de vorderingen af.

In 2019 heeft gedaagde van eiser de opdracht gekregen om een huurder te vinden voor een meerjarige huur van vier of vijf jaar van 500 kg fostaatrechten. Gedaagde heeft huurder A bereid gevonden om de fosfaatrechten te huren voor vijf jaar met een koopoptie. De fosfaatrechten zijn na ondertekening van de leaseovereenkomst geregistreerd bij de RVO. Een titel voor overdracht ex artikel 3:84 BW ontbrak.

Huurder A kreeg na ruim een jaar financiële problemen en dus is gedaagde namens eiser en met instemming van huurder A op zoek gegaan naar een nieuwe huurder. Er werd een nieuwe leaseovereenkomst gesloten met huurder B. Huurder A en B hebben op 2 juni 2020 een verzoek ingediend bij de RVO om de rechten op naam van B te registreren. Op 11 juni 2020 heeft een schuldeiser van huurder A conservatoir beslag gelegd op de fosfaatrechten waardoor de registratie niet heeft kunnen plaatsvinden. Op 20 januari 2021 is het faillissement van huurder A uitgesproken.

Eiser is vervolgens een procedure gestart tegen de curator van huurder A. Hierover heeft de rechtbank uiteindelijk prejudiciële vragen gesteld bij de Hoge Raad. In 2014 oordeelde het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden al dat voor de overdracht van productierechten (in dat geval varkensrechten) als gevolg van artikel 3:84 een geldige titel vereist was. Volgens het hof betekende dit dat degene die de rechten verhuurde, rechthebbende was van de rechten. De rechten zouden niet in de faillissementsboedel vallen. De Hoge Raad oordeelde echter in dit

geval dat degene op wiens naam de fosfaatrechten geregistreerd staan, rechthebbende is van de fosfaatrechten. In geval van een faillissement van een huurder zouden de fosfaatrechten dus wel in de boedel vallen. De overdracht van fosfaatrechten is namelijk gebaseerd op een regeling in de Meststoffenwet, die afwijkt van de algemene regeling van artikel 3:84 BW.

Deze zaak gaat tussen eiser en gedaagde. In deze zaak worden twee vragen behandeld. Als eerste de vraag of gedaagde tekort is geschoten jegens eiser in zijn zorgplicht door eiser niet te wijzen op het risico dat bij een eventueel faillissement van de huurder de fosfaatrechten in de faillissementsboedel zouden vallen. De rechtbank beantwoordt deze vraag ontkennend. De rechtbank overweegt als volgt. De kerntaken van een bemiddelaar zijn het benutten van zijn bijzondere kennis, positie en reputatie om contacten tot stand te brengen die de opdrachtgever niet of slechts tegen hoge kosten zelf kan realiseren, en om te adviseren bij het tot stand brengen van een voor de opdrachtgever gunstige overeenkomst. De adviesrol van een bemiddelaar is tot dat laatste beperkt. Dit kan onder uitzonderlijke gevallen anders zijn, maar van dergelijke gevallen is in dit geval geen sprake.

In dit geval heeft gedaagde aan eiser verteld dat bij de verhuur van fosfaatrechten gedurende de duur van de huurovereenkomst de fosfaatrechten op naam van de huurder worden geregistreerd. Ook heeft eiser een agrarisch adviseur die naar het advies van gedaagde aan eiser heeft gekeken. Deze adviseur heeft per e-mail bevestigd: 'met de kennis van nu zijn er voldoende redenen om aan te nemen dat dit fiscaal stand kan houden en dat er sprake is van een jaarlijkse opbrengst en geen sprake is van verkoop in 2019'. Eiser wist dus voor het sluiten van de leaseovereenkomst dat – volgens zijn adviseur – het meerjarige leasen van de fosfaatrechten met koopoptie als verhuur werd beschouwd en niet als overdracht. Daarnaast mocht gedaagde – als gevolg van het bovengenoemde arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden – ervan uitgaan dat ook civielrechtelijk geen sprake zou zijn van een overdracht van fosfaatrechten, ondanks dat deze op naam van de huurder zouden worden geregistreerd. Als laatste hebben beide partijen verklaard dat de kans op een faillissement van melkveehouders in 2019 erg klein was. Kortom, gedaagde is niet tekortgeschoten in zijn zorgplicht.

Ten tweede is er een geschil over de uitleg van een door gedaagde afgegeven garantie aan eiser. Omdat huurder A vaak te laat betaalde en eiser een behoefte had aan een constante inkomstenstroom, is de maandelijkse huur verlaagd en de leasetermijn naar zes jaar verlengd. In deze aanvullende overeenkomst is een garantie opgenomen waarin staat dat gedaagde volledig garant staat voor betaling van de huur en in die zin de verplichting overneemt van de huurder A. Hoe de bepaling moet worden uitgelegd, hangt echter ook af van de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer mochten toekennen en verwachten.

Eiser en gedaagde gingen ervan uit dat huurder A de gehele looptijd de huursommen zou betalen en dat het niet nodig zou zijn dat gedaagde de huursommen zou overnemen. Dit volgt ook uit het feit dat de leaseovereenkomst werd verlengd. Daarnaast hebben beide partijen verklaard dat faillissementen onder melkveehouders in die tijd niet of nauwelijks voorkwamen. Ook volgt niet uit de gedragingen van gedaagde en eiser dat gedaagde de verplichting van betaling van de huursommen op zich zou nemen. Gedaagde heeft – nadat huurder A niet meer betaalde – nog een aantal maanden huur aan eiser betaald. Gedaagde en eiser hebben later echter een schuldverklaring ondertekend waarin staat dat eiser deze huur moet terugbetalen aan gedaagde. Als eiser echt meende dat gedaagde de resterende huur moest betalen, dan zou eiser deze schuldverklaring niet hebben ondertekend.

Gelet op het bovenstaande heeft de rechtbank beide vorderingen afgewezen.

A.M.H. Nolte, april 2024

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 28-02-2024

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2024:1331

Zaaknummer: C/16/557178

Rechters: J.K.J. van den Boom

Advocaten: P.H.N. van Spanje en M.J. Heuvink

Wetsartikelen: 3:84 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Vernietiging van twee mondelinge pachtovereenkomsten leidt in kort geding tot toegewezen ontruiming van twee tuinen en betaling van een gebruiksvergoeding

In kort geding oordeelt de voorzieningenrechter dat gedaagden twee tuinen moeten ontruimen, omdat voorshands aannemelijk is dat de buitengerechtelijke vernietiging van de mondelinge pachtovereenkomst in een bodemprocedure zou standhouden.

De curator van zeven gelieerde bv's en twee vof's vordert in kort geding ontruiming van twee percelen met kassencomplexen en bijgebouwen. Deze percelen zijn eigendom van gefailleerden, maar kort voor faillissement mondeling verpacht aan twee bedrijven. De pacht prijs kan niet door de boedels worden geïncasseerd omdat er verrekeningsafspraken zijn gemaakt. De curator heeft de gesloten pachtovereenkomsten buitengerechtelijk vernietigd op grond van artikel 42 Fw, ontruiming van beide tuinen aangezegd en aanspraak gemaakt op (een voorschot op) een marktconforme gebruiksvergoeding. In december 2023 heeft de bv met een hypotheekrecht op de tuinen een intentieovereenkomst gesloten met een gelieerde onderneming waaruit volgt dat zij de onderhandse verkoop van tuin B beogen. Dit duidt volgens de curator op een vooropgezet plan van de familie om de tuinen voor een niet-marktconforme prijs uit de faillissementen te verkrijgen.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. Gedaagden worden niet gevolgd in hun verweer dat de vorderingen van de curator zich niet lenen voor behandeling in kort geding. Het ontbreken van aanzienlijke boedelsaldi, de doorlopende boedelkosten ten aanzien van de beide tuinen en de door de hypotheekhouder aangekondigde executieverkoop van tuin B maken dat de curator een voldoende spoedeisend belang heeft bij zijn vorderingen. Ook staat artikel 257 Rv niet aan een inhoudelijke behandeling van de vorderingen van de curator in de weg. Het voorlopige karakter van een in kort geding getroffen voorziening is hierin gelegen dat de uitspraak in een opvolgende bodemprocedure over hetzelfde geschil tussen dezelfde partijen prevaleert boven de uitspraak in kort geding.

Inhoudelijk oordeelt de voorzieningenrechter dat het voorshands voldoende aannemelijk is

dat de bodemrechter tot het oordeel zal komen dat de curator de mondeling gesloten pachtovereenkomsten buitengerechtelijk heeft vernietigd. Het gaat om onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet omdat er pachtvergoedingen overeen zijn gekomen. Deze vergoedingen zijn veel lager dan marktconforme pachtvergoedingen, zodat de schuldeisers van de eigenaren zijn benadeeld. De pachtovereenkomsten zijn binnen een jaar voor de faillissementen gesloten. Op grond van artikel 43 Fw wordt de vereiste wetenschap van benadeling aan beide zijden vermoed aanwezig te zijn. De gedaagden hebben dit vermoeden niet of onvoldoende ontkracht. De curator stelt volgens de voorzieningenrechter terecht dat het er alle schijn van heeft dat in het zicht van de faillissementen met het oogmerk van benadeling een constructie is opgezet om de waarde van beide tuinen te drukken en de pachtopbrengsten weg te sluisen.

De gedaagden zijn gehouden om beide tuinen te verlaten waarbij zij alle roerende zaken moeten achterlaten en tot dat moment als een goed huisvader voor die tuinen moeten zorgen. Daarnaast oordeelt de voorzieningenrechter dat het gebruik van de zonder betaling van de verschuldigde pachtvergoeding zich laat 'teruggeven' door het alsnog betalen aan de curator van een marktconforme gebruiksvergoeding. Het gevorderde voorschot van € 700.000 wordt toegewezen.

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

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 14-03-2024

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2024:3432

Zaaknummer: C/09/659733 / KG ZA 24-27

Rechters: H.J. Vetter

Advocaten: F.Th.P. van Voorst en P. Quist

Wetsartikelen: 42 Fw en 257 Rv

RECHTSPRAAK

Zorgplicht van bank jegens derden. Verplichting tot cliëntenonderzoek en monitoren cliënten op grond van Wft en Wwft.

Bank controleert niet het handelsregister en het insolventieregister en is daardoor niet op hoogte van de ontbinding en het faillissement van rekeninghouder, terwijl de rekening wordt gebruikt voor het wegsluizen van verduisterde gelden.

Deze samenvatting betreft een uitspraak van de Hoge Raad over de vraag of een bank haar zorgplicht heeft geschonden. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep op grond van artikel 81 RO. In deze samenvatting komen daarom enkele overwegingen uit de conclusie van de A-G aan bod. Zie voor het arrest van het hof waartegen dit cassatieberoep is gericht INS 2022-0282.

Het hof heeft de essentie van de zaak samengevat: beleggers hebben bedragen ingelegd (tegen uitgifte van obligaties) in de gefailleerde Holding B.V. die deze vennootschap zou beleggen in windenergie. In plaats daarvan zijn de gelden op onrechtmatige wijze weggesluisd, voor een deel via een bij Knab door een andere vennootschap (Valeo Media B.V.) aangehouden bankrekening. Die andere vennootschap was toen al ontbonden en vervolgens gefailleerd. In deze zaak gaat het om de vraag of de curator van Holding B.V. een vordering heeft op Knab, omdat – naar de stelling van de curator – Knab had kunnen en moeten voorkomen dat de bij haar na de ontbinding en het faillissement van die andere vennootschap nog aangehouden rekening werd gebruikt voor het wegsluizen van de gelden.

Het cassatiemiddel bevat vijf onderdelen. De onderdelen 1-4 stellen allereerst de vraag aan de orde hoever de zorgplicht van de bank jegens derden (dus niet-klanten) gaat. In dit geval gaat het om de ‘derden’ Holding en de gezamenlijke schuldeisers van Holding, de laatstgenoemden als achterliggende – en door het wegsluizen van de gelden van Holding via de rekening van Valeo Media bij Knab met name – gedupeerde partijen.

De A-G overweegt dat het hof op basis van rechtspraak van de Hoge Raad terecht heeft

geoordeeld dat voor de bank eerst een zorgplicht jegens derden bestaat als zij over zodanige wetenschap of aanwijzingen beschikt dat zij in verband met de voor haar kenbare belangen van die derden tot 'actie' behoort over te gaan, eventueel in eerste instantie slechts in de vorm van onderzoek. Daaraan voegt de A-G in het kader van die wetenschap toe dat men iemand nu eenmaal moeilijk kan verwijten dat hij zich een anders belang niet heeft aangetrokken, als hij dat belang niet kende en niet behoefde te kennen.

De curator heeft in dit geding ook een aantal wettelijke plichten ingeroepen, die Knab volgens hem niet heeft nageleefd. Het middel noemt in dat verband (bepalingen van) de artikelen 3:10 en 3:17 Wet op het financieel toezicht (Wft), de artikelen 2a en 3 Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) en artikel 14 Besluit prudentiële regels Wft (Bpr). In r.o. 6.15 oordeelde het hof dat deze bepalingen niet de strekking hebben om derden te beschermen, maar dat van die bepalingen wel een zekere reflexwerking kan uitgaan. Aan die eventuele reflexwerking kwam het hof uiteindelijk niet toe, omdat naar zijn vaststelling de curator uitsluitend aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd dat Knab heeft verzuimd om het handelsregister en insolventieregister te raadplegen, en het hof oordeelde dat volgens de wet op een bank niet de verplichting rust om deze controle uit te oefenen.

Deze oordelen lijken de A-G voor wat betreft de artikelen 3:10 en 3:17 Wft en artikel 14 Bpr zonder meer juist. De Wet op het financieel toezicht – waarop het Besluit prudentiële regels Wft berust – heeft ten doel om (de stabiliteit en het functioneren van) de financiële markten te beschermen, waaronder mede de consumenten die financiële producten afnemen. De regels die op grond van die wet gelden, zijn niet gericht op bescherming van derden (dus: niet-klanten).

Voor de Wwft ligt dit volgens de A-G ten dele anders. Artikelen 2a en 3 lid 1 Wwft verplichten de bank tot cliëntenonderzoek. De A-G meent dat deze verplichting mede strekt ter bescherming van derden. De A-G overweegt dat de wettelijke controletaak van de bank niet rechtvaardigt dat zij jegens derden al aansprakelijk is als zij een bepaalde controle(mogelijkheid) achterwege of onbenut laat waarvan gezegd kan worden dat zij deze bij haar controletaak had behoren uit te voeren. De controle door de bank beoogt geen waarborg of iets dergelijks voor derden te zijn. Die taak rechtvaardigt echter wel dat zij aansprakelijk is als duidelijk is dat zij die taak in het geheel niet naar behoren uitoefent – want derden mogen er wél aanspraak op maken dat de bank, in hun belang, haar controletaak serieus neemt. Uit het voorgaande volgt dat het hof terecht heeft beslist dat het enkele feit dat Knab gedurende de gehele periode heeft verzuimd om het handelsregister en insolventieregister te raadplegen, onvoldoende is om haar aansprakelijk te doen zijn jegens Holding of haar gezamenlijke schuldeisers. Met dat niet-raadplegen is immers nog geen sprake van het in 3.9 bedoelde verwijtbaar tekortschieten, aldus de A-G.

Het vijfde onderdeel komt op tegen het oordeel van het hof in r.o. 6.4-6.6 dat de betaalopdrachten die Valeo Media heeft verstrekt aan Knab, niet door de curator op grond van artikel 3:45 BW buitengerechtelijk zijn vernietigd en tegen de afwijzing van de *Peeters/Gatzen*-vordering door het hof in r.o. 6.19. De A-G overweegt dat de klachten van dit onderdeel ongegrond zijn, voornamelijk omdat voor het slagen van de vorderingen van de curator wetenschap van benadeling vereist is, het hof heeft vastgesteld dat Knab die wetenschap niet had, en het middel die vaststelling tevergeefs bestrijdt.

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

D.R.C. Smit, april 2024

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 22-03-2024

ECLI: ECLI:NL:HR:2024:482

Zaaknummer: 23/00440

Rechters: C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff, F.J.P. Lock, S.J. Schaafsma en K. Teuben

Advocaten: B.M.H. Fleuren en F.E. Vermeulen

Wetsartikelen: 3:45 BW, 3:10 Wft, 3:17 Wft, 14 Bpr en 3 Wwft

RECHTSPRAAK

Hoge Raad oordeelt over de contractueel bedongen ondeelbaarheid van verbintenissen in het kader van splitsing en over de toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid op de rechtsverhouding tussen twee executerende schuldeisers

Deze zaak betreft de Megahome-faillissementen. De Hoge Raad oordeelt over drie kwesties. Ten eerste ligt de vraag voor of voor de toepassing van artikel 2:334t lid 2 BW een verbintenis door een partijafpraak ondeelbaar kan worden gemaakt. De Hoge Raad oordeelt van niet: contractuele uitbreiding van het begrip ondeelbare verbintenissen, als bedoeld in artikel 2:334t lid 2 BW, is niet mogelijk. Ten tweede oordeelt de Hoge Raad dat het hof blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting als het hof bij beoordeling van een beroep op strijd met de redelijkheid en billijkheid, ten aanzien van de verdeling van een executieopbrengst tussen twee schuldeisers, alleen omstandigheden meeweegt die zien op de verhouding tussen een van de schuldeisers en de schuldenaar. Voor de derde kwestie verwijst de Hoge Raad het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch teneinde te onderzoeken of artikel 49 Fw eraan in de weg staat dat een schuldeiser, niet zijnde curator, een paulianavordering instelt tegen de failliet.

Deze zaak betreft de cassatieprocedure tussen Vesteda c.s. en Rabobank, alsmede de curator in de Megahome-faillissementen. De curator is in cassatie niet verschenen. Zowel Vesteda c.s. als Rabobank hebben financiering verstrekt aan verschillende van de Megahome-vennootschappen. In 2001 sloten Megahome c.s. daartoe een overeenkomst met Vesteda en in 2007 deden zij dat (voor het eerst) met Rabobank. In 2010 is de financiering met Rabobank op

initiatief van de bank herzien. Voorafgaand aan de herfinanciering hadden er verschillende juridische fusies en splitsingen plaatsgevonden binnen het Megahome-concern. In de jaren daarna gaat het bergafwaarts met de Megahome-vennootschappen. Rabobank en Vesteda c.s. nemen verhaal op onroerende zaken van Megahome c.s. De executieopbrengst wordt in depot gestort bij een notaris. De Megahome-vennootschappen failleren uiteindelijk in 2016.

Al in 2012 hebben Vesteda c.s. een dagvaarding uitgebracht waarin op drie onderdelen de vernietiging van de 'nieuwe' financiering van Rabobank aan Megahome c.s. wordt gevorderd op grond van artikel 3:45 BW. Het gaat om (i) de vestiging van nieuwe hypotheekrechten ten gunste van Rabobank, (ii) de aanvaarding van het financieringsaanbod door Megahome c.s. en (iii) een nieuwe leningsovereenkomst, voor zover die ziet op het opnemen van een extra schuldenaar (binnen het Megahome-concern) en op een beding over aanvullende vertragsrente (bovenop de al geldende rente). Rabobank heeft onder meer betoogd dat Vesteda c.s. vanwege het bepaalde in artikel 49 Fw niet-ontvankelijk zijn. Een vordering op grond van de pauliana zou, vanwege het faillissement, tegen Megahome c.s. slechts kunnen worden ingesteld door de curator, aldus de bank.

De rechtbank heeft de paulianavorderingen van Vesteda c.s. gedeeltelijk toegewezen (zie Rb. Overijssel 21 augustus 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:3753). Het gerechtshof heeft de vorderingen integraal afgewezen, omdat volgens het hof Megahome c.s. verplicht waren – vanwege de toepasselijke (algemene) bank- en financieringsvoorwaarden – om voldoende zekerheid te stellen en dat die verplichting door de bank ondeelbaar is gemaakt (in de zin van art. 6:6 lid 2 BW) door middel van die voorwaarden. Als gevolg van de splitsingen (en een fusie) waren de betrokken Megahome-vennootschappen voor het geheel aansprakelijk, ex artikel 2:334t lid 2 BW. Daarnaast was volgens het hof geen sprake van verhaalsbenadeling door de herfinanciering. Tot slot oordeelt het hof dat een beroep van Rabobank op de aanvullende rente niet in strijd is met (onder meer) de redelijkheid en billijkheid. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 10 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3670 en INS 2022-0137 voor het arrest van het hof.

De Hoge Raad vernietigt dit oordeel van het gerechtshof omdat, ten eerste, de regeling van artikel 2:334t lid 2 BW van dwingend recht is, zodat contractuele uitbreiding van het begrip ondeelbare verbintenissen (als bedoeld in art. 2:334t lid 2 BW) niet mogelijk is. Voor de beslissing of een prestatie deelbaar of ondeelbaar is, is uitsluitend de aard van de verbintenis beslissend. Ten tweede oordeelt de Hoge Raad dat de beoordeling, of Rabobank vanwege strijd met de redelijkheid en billijkheid geen beroep toekomt op de aanvullende rente, niet alleen kan worden gebaseerd op omstandigheden die zien op de rechtsverhouding tussen Rabobank en Megahome c.s. (ten tijde van het aangaan van de financiering). Dat had het gerechtshof wel gedaan. Bij de verdeling van de onder de notaris gestorte executieopbrengst is

ook de verhouding tussen Rabobank en Vesteda c.s. relevant. Tot slot merkt de Hoge Raad op dat in cassatie niet kan worden onderzocht of Vesteda c.s. op grond van artikel 49 Fw niet-ontvankelijk zijn in hun paulianavorderingen vanwege het faillissement van Megahome c.s. De Hoge Raad verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch.

R.J.H. Berghuis, april 2024

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 15-03-2024

ECLI: ECLI:NL:HR:2024:429

Zaaknummer: 22/03139

Rechters: M.V. Polak, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff en S.J. Schaafsma

Advocaten: R.P. Streng en R.J. van Galen

Wetsartikelen: 49 Fw, 2:334t lid 2 BW, 6:6 BW, 6:2 BW, 3:45 BW en 49 Fw

RECHTSPRAAK

Stromanconstructie waardoor inkomsten aan de boedel van de gefailleerde zijn onttrokken?

Voor de aansprakelijkheid van de werkgever zijn twee grondslagen: aansprakelijkheid als bestuurder van de bv die formeel werkgever is en/of aansprakelijkheid in privéhoedanigheid. In onderhavig geval kon geen van beide worden vastgesteld.

Deze uitspraak betreft een geschil tussen de curator van een natuurlijk persoon en de werkgever van de gefailleerde. Na de faillietverklaring is gefailleerde voor 10 uur per week (met medeweten van de curator) in loondienst gaan werken bij werkgever.

De gefailleerde is een natuurlijk persoon die handelde in paarden. De curator stelt dat de werkgever als stroman heeft gefungeerd door een bv op te richten en gefailleerde daarmee in dienst te nemen. Op die manier zou de werkgever hebben gefaciliteerd dat gefailleerde door kon gaan met zijn werk in de paardenhandel zonder de opbrengst af te dragen aan de boedel.

Voor de aansprakelijkheid van de werkgever zijn twee grondslagen aangevoerd: aansprakelijkheid als bestuurder van de bv die formeel werkgever is en/of aansprakelijkheid in privéhoedanigheid.

Het hof oordeelt dat de curator te weinig heeft aangevoerd om te kunnen concluderen dat sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid. Hij heeft niets aangevoerd over de verzwaarde maatstaf voor aansprakelijkheid als bestuurder en ook de gestelde feiten en omstandigheden zijn onvoldoende om op basis daarvan bestuurdersaansprakelijkheid aan te nemen. Die feiten en omstandigheden zijn ook onvoldoende om privéaansprakelijkheid (waarvoor de zwaardere maatstaf niet geldt) van de werkgever aan te nemen.

Niet is gebleken dat gefailleerde feitelijk leiding gaf aan de bv van de werkgever. Weliswaar speelde gefailleerde vanwege zijn kennis en ervaring een belangrijke rol bij de voorbereiding van transacties, maar het is niet bewezen dat gefailleerde de uiteindelijke beslissing tot aan- en verkoop van de paarden nam. Evenmin is gebleken dat gefailleerde feitelijk veel meer uren werkte dan hij betaald kreeg. Bovendien zijn de argumenten die de curator heeft aangevoerd

innerlijk tegenstrijdig. Enerzijds stelt de curator dat gefailleerde (via de bv) voor eigen rekening en risico de paardenhandel zou hebben voortgezet en aldus ook de inkomsten daarvan zou hebben genoten, maar anderzijds stelt de curator dat de koopsom voor het als voorbeeld genomen paard bij de werkgever is terechtgekomen. Dit lijkt elkaar uit te sluiten. Gebleken is dat de opbrengst van het desbetreffende paard is betaald aan de bv en niet aan gefailleerde. Gefailleerde kon niet zelf over de bankrekeningen van de bv beschikken; daarvoor is hij afhankelijk van de werkgever. Hoewel aan het voorgaande niet afdoet dat gefailleerde 'stevige' bedragen meekreeg voor schimmige transacties, en het hof begrijpt dat de curator daarin aanwijzingen ziet die zijn wantrouwen jegens gefailleerde versterken, volgt daaruit niet dat de werkgever daarbij betrokken was of daarin als stroman een rol heeft gespeeld.

De vorderingen van de curator worden afgewezen.

K.C.S. Meekes, april 2024

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-03-2024

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2024:1816

Zaaknummer: 200.326.388

Rechters: S.M. Evers, J. Sap en G.P. Oosterhoff

Advocaten: F. Kolkman en C.G. Mensink

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Rechtbank Den Haag wijst verzoek tot afkoelingsperiode onder de WHOA af

Verzoekster heeft een startverklaring gedeponerd en een verzoek gedaan tot het afkondigen van een afkoelingsperiode (ex art. 376 Fw) voor de duur van vier maanden. De rechtbank heeft dit verzoek afgewezen, waarbij ze oordeelde dat verzoekster niet in een situatie verkeerde waarin het redelijkerwijs aannemelijk was dat zij haar schulden niet kon voldoen.

De rechtbank Den Haag heeft op 12 maart 2024 een uitspraak gedaan in een zaak betreffende een verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode volgens de WHOA. Het verzoek is ingediend door verzoekster, een houdstermaatschappij ('de holding') die zich bezighoudt met het beheer van activiteiten in andere vennootschappen. De holding had verzocht om een afkoelingsperiode van vier maanden om een akkoord voor te bereiden en aan te bieden aan haar schuldeisers. De rechtbank heeft dit verzoek afgewezen.

De rechtbank oordeelde dat de holding niet aantoonbaar in een situatie verkeerde waarin het redelijkerwijs aannemelijk was dat zij haar schulden niet kon voldoen, wat een vereiste is voor een afkoelingsperiode volgens de WHOA. Hoewel de holding te maken had met juridische problemen rondom aanzienlijke vorderingen omdat onduidelijk was of zij hoofdelijk aansprakelijk was voor schulden van een vennootschap onder firma ('de VOF-schulden'), stonden deze VOF-schulden nog niet in rechte vast. Het was daarom niet aangetoond dat de holding niet kon voortgaan met het betalen van haar schulden. De overlevingskansen van de onderneming zouden vooral in het gedrang komen wanneer vast komt te staan dat de holding aansprakelijk is voor de VOF-schulden. Daarnaast werd geconstateerd dat er geen concrete voortgang was geboekt in het voorbereiden van een WHOA-akkoord binnen de gestelde termijn, wat de rechtvaardiging voor een afkoelingsperiode ondermijnde.

De rechtbank benadrukte dat een afkoelingsperiode – in het geval van een beoogd liquidatieakkoord – bedoeld is om een gecontroleerde afwikkeling van een onderneming

mogelijk te maken als deze geen overlevingskansen meer heeft, en niet slechts om juridische problemen op te lossen. Aangezien de holding positieve resultaten boekte en haar normale activiteiten geen problemen opleverden, was er volgens de rechtbank geen sprake van een WHOA-toestand die een afkoelingsperiode rechtvaardigde.

De rechtbank heeft het verzoek van de holding tot het afkondigen van een afkoelingsperiode van vier maanden daarom afgewezen.

W.P.IJ. Overgoor, april 2024

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 12-03-2024

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2024:3574

Zaaknummer: FT RK 24-124

Rechters: R. Cats, A.E. de Vos en G.M. Drenth

Advocaten: J.R. Everhardus en F.C.B. Poiron

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Voormalig manager van failliete apotheek kwalificeert als statutair bestuurder noch als feitelijk beleidsbepaler

De voormalig manager kan niet worden gekwalificeerd als statutair bestuurder op grond van artikel 2:242 BW en heeft geen werkzaamheden verricht die buiten de verantwoordelijkheden van zijn functie vielen. Zijn handelingen zijn daarnaast ook niet als onrechtmatig aan te merken.

Deze procedure is een vrijwaringszaak en hangt samen met ECLI:NL:RBMNE:2023:6245, INS 2023-0285. In deze uitspraak oordeelde de rechtbank dat de (rechtspersoon-bestuurder en zijn) bestuurder van failliet, die tevens feitelijk beleidsbepaler was (hierna 'eiser') zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, waardoor hij op grond van artikel 2:248 BW hoofdelijk aansprakelijk is voor het deels door hem veroorzaakte faillissement.

In deze procedure wil de eiser de voormalig manager (in de uitspraak de 'beherend apotheker' genoemd) mede hoofdelijk aansprakelijk stellen voor het faillissementstekort. Volgens eiser was de manager statutair bestuurder en/of feitelijk beleidsbepaler. Hiernaast zou de manager ook onrechtmatig hebben gehandeld tegenover eiser en de apotheek. De rechtbank wijst de vorderingen af.

Volgens eiser was de manager statutair bestuurder, omdat hij in die hoedanigheid was ingeschreven bij de Kamer van Koophandel. De rechtbank oordeelt echter anders. De manager is nooit door de algemene vergadering benoemd tot statutair directeur, wat op grond van artikel 2:242 BW wel is vereist. Volgens de manager was de reden van zijn inschrijving dat hij anders geen toegang had tot een online portaal dat nodig was voor de uitvoering van zijn taken. Hiernaast had eiser eerder in een brief gesteld dat de manager nooit statutair bestuurder van de apotheek is geweest.

De manager kan ook niet worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler, aldus de rechtbank. Om als feitelijk beleidsbepaler gekwalificeerd te worden, dient diegene zich ten minste een deel van de bevoegdheden van het bestuur te hebben toegeëigend op zo'n manier dat de

feitelijk beleidsbepaler het beleid van de vennootschap op bepaalde punten (mede) heeft bepaald. De door eiser opgesomde werkzaamheden vielen onder de werkzaamheden en verantwoordelijkheden van de manager, als omschreven in zijn arbeidsovereenkomst en het Professioneel Statuut dat daarbij hoorde. De manager heeft er juist op gelet dat hij zijn bevoegdheden niet overschreed, door bijvoorbeeld de jaarstukken van de apotheek niet te publiceren.

Hiernaast heeft de manager ruim € 200.000 aan privégeduld betaald aan de medicijnleverancier van de apotheek, wat hij volgens eiser niet had mogen doen. Volgens de manager was dit om de continuïteit van de apotheek te waarborgen, wat betwist wordt door de eiser omdat hij een betalingsregeling zou hebben met de leverancier en zekerheden zou hebben verstrekt. De rechtbank oordeelt echter dat de manager deze betaling heeft mogen doen, omdat het niet voor de hand zou liggen dat de manager privégeduld in de apotheek zou stoppen als dat niet strikt noodzakelijk was om de apotheek in leven te houden. Bovendien zijn de zekerheden pas anderhalf jaar na de betaling verstrekt aan de leverancier.

Ten slotte zou de manager moeten kwalificeren als feitelijk beleidsbepaler volgens eiser, omdat de manager namens de apotheek een kwijtscheldingsovereenkomst heeft ondertekenend. Ook dit argument slaagt niet. Dit ging om het kwijtschelden van een vordering op eiser. Volgens de manager is dit gebeurd met het oog op een potentiële overname van de apotheek door de manager, om te voorkomen dat eiser met een grote schuld zou achterblijven. Daarnaast heeft eiser deze overeenkomst zelf ondertekend als statutair bestuurder van de apotheek. Daarmee heeft hij zelf deze handeling onderschreven.

Eiser stelt ook dat de manager onrechtmatig heeft gehandeld tegenover hem en de apotheek. De rechtbank verwerpt dat de bovenstaande handelingen onrechtmatig zijn. Daarnaast verwijt eiser de manager dat deze onrechtmatig heeft gehandeld door de administratie van de apotheek uit te besteden aan een aan hem gelieerd extern bedrijf (hierna: 'het bedrijf'). Het is echter niet gebleken dat het bedrijf de administratie onvoldoende heeft bijgehouden. In het geval dat dit wel zo zou zijn, is het bedrijf primair aansprakelijk en niet de manager.

Alle vorderingen worden dus afgewezen. De conclusie is dat de manager niet kan worden aangemerkt als statutair bestuurder en/of feitelijk beleidsbepaler en dat hij niet onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de eiser en de apotheek.

A.L.M. van Rooij, april 2024

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-03-2024

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2024:1594

Zaaknummer: C/16/542073 / HA ZA 22-402

Rechters: A.A.T. van Rens, G. Konings en J.R. Hurenkamp

Advocaten: J. Duijzings

Wetsartikelen: 2:248 BW, 6:162 BW en 2:242 BW

RECHTSPRAAK

Ondanks faillissement werkgever verklaart de kantonrechter voor recht dat het dienstverband van twee werknemers niet is geëindigd

De werknemers hebben een zelfstandig belang bij hun verzoek, omdat het UWV iedere uitkering weigert vanwege het ontslag op staande voet van de werknemers.

Twee werknemers die op staande voet zijn ontslagen, verzoeken een verklaring voor recht dat het dienstverband niet is geëindigd. Ook maken zij aanspraak op betaling van achterstallig loon. Tijdens de procedure is de werkgever failliet verklaard. De kantonrechter overweegt dat de werknemers een zelfstandig belang hebben bij een beoordeling van het ontslag op staande voet, omdat het UWV iedere uitkering heeft geweigerd en meer informatie wenst over het ontslag op staande voet. Het verzoek om voor recht te verklaren dat het dienstverband niet is geëindigd wordt toegewezen. Voor het overige constateert de rechtbank dat de procedure is geschorst op grond van artikel 29 Fw.

H.J. de Kloe, april 2024

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 18-03-2024

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2024:1916

Zaaknummer: 10853178 AZ VERZ 23-82

Rechters: A.G.M. Zander

Advocaten: L.L. Ross

Wetsartikelen: 28 Fw; 29 Fw; 7:673 BW; 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Geturboliquideerde vennootschap wordt niet failliet verklaard omdat onvoldoende is gebleken van een potentiële bate

De vennootschap heeft in de faillissementsprocedure duidelijk gemaakt hoe haar actief te gelde is gemaakt en hoe de opbrengst is verdeeld. Ook heeft zij de aanvrager van het faillissement inzage gegeven in de administratie. Desondanks heeft verzoekster haar stellingen dat de vennootschap een bate heeft uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid niet nader onderbouwd. De rechtbank wijst daarom het faillissementsverzoek af.

Een schuldeiser verzoekt om de faillietverklaring van een geturboliquideerde vennootschap. Naar de mening van verzoekster zijn de jaarrekeningen over 2018 tot en met 2022 te laat gedeponerd en is de administratieplicht geschonden, zodat sprake is van een bate uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. Ook zou sprake zijn van selectieve betalingen. Uit de eindbalans van 31 december 2022 volgt dat er activa zijn ter hoogte van € 132.216, terwijl de activa op 31 augustus 2023 nihil zijn.

De vennootschap stelt dat zij in de problemen is gekomen door de coronapandemie. De vennootschap heeft geprobeerd een buitengerechtelijk akkoord te sluiten met haar schuldeisers, maar dat is haar niet gelukt. Daarom heeft zij haar activa verkocht en de opbrengst uitgekeerd aan haar adviseurs en haar preferente schuldeisers, de belastingdienst en een werknemer. Daarna is de vennootschap ontbonden.

De rechtbank wijst het faillissementsverzoek af, omdat niet aannemelijk is geworden dat de vennootschap nog baten heeft. Uit aangeleverde stukken blijkt hoe de activa te gelde zijn gemaakt en hoe de opbrengst is verdeeld. Het verschil in actief op 31 december 2022 en 31 augustus 2023 is te verklaren door een verschil tussen de boekwaarde en de liquidatiewaarde. Tijdens de faillissementsprocedure heeft verzoekster inzage gekregen in de boekhouding van de vennootschap. Desondanks heeft verzoekster haar standpunt dat selectief zou zijn betaald

niet nader onderbouwd. Ook de stelling dat de administratieplicht en deponeringsplicht zijn geschonden is niet nader onderbouwd. Daardoor is onvoldoende van een potentiële bate gebleken.

H.J. de Kloe, april 2024

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 19-03-2024

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2024:1739

Zaaknummer: C/16/567854 / FT RK 23/1147

Rechters: G. Konings

Advocaten: V.T. Acar en E.R.P. von Hegedus

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 2:19 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

WHOA: verlenging afkoelingsperiode op verzoek herstructureringsdeskundige

De herstructureringsdeskundige (HD) heeft duidelijk gemaakt dat belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord. De HD rapporteert maandelijks bij de rechtbank over betaling van lopende verplichtingen. De rechtbank overweegt dat de HD de rechtbank op de hoogte moet stellen als de lopende verplichtingen niet meer kunnen worden voldaan of als anderszins duidelijk wordt dat het niet meer mogelijk is een akkoord tot stand te brengen.

De herstructureringsdeskundige (HD) van een vennootschap verzoekt om verlenging van een afgekondigde afkoelingsperiode (art. 376 lid 5 Fw). Volgens de HD is belangrijke vooruitgang geboekt in de totstandkoming van het akkoord. Uit rapportage van een adviesbureau blijkt dat de operationele kasstromen de komende twee jaar voldoende zijn om de handelscrediteuren en de Belastingdienst te voldoen. In het akkoord worden eerst deze schulden betaald en daarna de vorderingen van de investeerders. Het is de verwachting dat de investeerders hiermee instemmen. Bijna alle schuldeisers hebben hun vordering bevestigd. De HD heeft voldoende vertrouwen om een akkoord ter stemming voor te leggen en de homologatie van het akkoord te verzoeken. Uit de planning van de HD volgt dat eind april 2024 een homologatieverzoek kan worden ingediend.

Het akkoord leidt tot een beter perspectief voor schuldeisers dan een faillissement. De meeste schuldeisers stellen zich welwillend op. Een van de schuldeisers houdt het tijdstip waarop de afkoelingsperiode eindigt nauwlettend in de gaten, zodat verlenging van de afkoelingsperiode noodzakelijk is. De HD houdt toezicht op betaling van lopende verplichtingen en rapporteert daarover maandelijks aan de rechtbank. De schuldenaar houdt de HD op de hoogte van nieuwe projecten. Een aantal projecten is afgerond en er is een goed gevulde orderportefeuille.

De rechtbank verlengt op basis van het verzoek van de HD de afkoelingsperiode. Naar het

oordeel van de rechtbank is belangrijke vooruitgang geboekt bij de totstandkoming van het akkoord en voldoet de schuldenaar aan de voorwaarden voor afkondiging van een afkoelingsperiode. De rechtbank wordt maandelijks door de HD op de hoogte gehouden over betaling van de lopende verplichtingen. De rechtbank overweegt dat de HD de rechtbank op de hoogte moet stellen als de lopende verplichtingen niet meer kunnen worden voldaan of als anderszins duidelijk wordt dat het niet meer mogelijk is een akkoord tot stand te brengen.

H.J. de Kloe, april 2024

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 15-03-2024

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2024:1144

Zaaknummer: C/01/402345 FT RK 24-162

Rechters: C.A.M. de Bruijn, J.H. Steverink en G. Konings

Advocaten: S.A.L.L. Caris

Wetsartikelen: 376 lid 5 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: afkoelingsperiode wordt afgekondigd, maar voor beperkte(re) duur

Verzoekster is nog niet begonnen met het voorbereiden van het akkoord. De rechtbank kondigt daarom een afkoelingsperiode af van twee maanden en bepaalt dat verzoekster de rechtbank binnen een maand op de hoogte moet stellen over de vorderingen van de aanbieder van het akkoord.

Een bv waarin kinderkleding wordt ontworpen en verkocht, verzoekt om afkondiging van een afkoelingsperiode (art. 376 Fw). Door corona, de oorlog in Oekraïne, stijgende huur- en energielasten en verhoging van het minimumloon staat de modebranche onder druk. Verzoekster heeft tijdens de coronaperiode een forse belastingschuld opgebouwd. Ook is verzoekster veroordeeld tot betaling van een aanzienlijk bedrag aan een voormalig handelsagent en is er een geschil met de verhuurder over de eindafrekening van energielasten. De verhuurder heeft een incassoprocedure in het vooruitzicht gesteld. Ten aanzien van verzoekster moet een afkoelingsperiode worden afgekondigd, omdat derdenbeslagen onder winkeliers funest zijn voor het vertrouwen in het merk van verzoekster. Tijdens de afkoelingsperiode kan de onderneming worden voortgezet, terwijl een akkoord wordt voorbereid en hierover wordt onderhandeld.

De rechtbank overweegt dat de dreiging van beslag voldoende aannemelijk is gemaakt, terwijl beslagen het voortbestaan van de onderneming en het merk van verzoekster in gevaar brengen. Tijdens de afkoelingsperiode kan in relatieve rust een akkoord worden voorbereid. Verzoekster heeft daarnaast voldoende aannemelijk gemaakt dat haar merk bestaansrecht heeft, de onderneming stabiel is en de omzetverwachting goed is. Aannemelijk is dat schuldeisers met een akkoord beter af zijn dan met een faillissement.

Verzoekster moet echter nog beginnen met de voorbereidingen van het akkoord en kan zelfs de contouren van het aan te bieden akkoord niet schetsen. De rechtbank wijst het verzoek tot afkondiging van de afkoelingsperiode wel toe, maar beperkt de periode om deze reden tot twee maanden. De rechtbank verplicht verzoekster voorts om de rechtbank binnen een maand

te informeren over de voortgang van de aanbieding van het akkoord. Ook moet informatie worden overgelegd op basis waarvan kan worden getoetst of de lopende verplichtingen zijn en kunnen worden voldaan.

H.J. de Kloe, maart 2024

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 13-03-2024

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2024:3579

Zaaknummer: FT RK 24-167

Rechters: A.C.M. Höppener, B.A. Cnossen en I.C. Prenger-de Kwant

Advocaten: J.J.F. van de Voort

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: protocol over court-to-court communicatie wordt niet van toepassing verklaard

De Amerikaanse rechter heeft een protocol voorwaardelijk van toepassing verklaard. Verzocht wordt om dit protocol ook in de WHOA-procedure van toepassing te verklaren. De rechtbank wijst het verzoek af, omdat niet voorkomen kan worden dat op basis van het protocol een veelvoud aan stukken naar de rechtbank wordt gestuurd terwijl hieraan geen verzoek ten grondslag ligt.

Mercon B.V. is een openbare akkoordprocedure gestart. Mercon is onderdeel van de wereldwijde Mercon Coffee Groep. De groep verkeert in zwaar weer en wil een liquidatieakkoord voorbereiden dat wereldwijd het vermogen van de groep gecontroleerd moet afwickelen. Onderdeel van dit ontmantelingsproces is een Chapter 11-procedure in de VS. De WHOA-procedure is ook onderdeel van dit proces.

De samenloop van Chapter 11 en de WHOA vereist afstemming, omdat er grote verschillen bestaan tussen beide procedures. In het kader van de communicatie en samenwerking tussen rechtbanken in grensoverschrijdende situaties zijn de 'Guidelines for Communication and Cooperation between Courts in Cross-Border Insolvency Matters' ('JIN Guidelines') en de 'Modalities of Court-to-Court Communication' ('JIN Modalities') ontwikkeld. De Amerikaanse rechter heeft deze regelingen voorwaardelijk van toepassing verklaard en enkele bijzondere bepalingen vastgesteld die zijn toegespitst op de situatie van Mercon (tezamen 'het protocol' genoemd).

Mercon verzoekt als maatwerkvoorziening (art. 379 Fw) om het protocol op de WHOA-procedure van toepassing te verklaren. De stukken die op grond van het protocol moeten worden aangeleverd, worden ingediend door de *Foreign Representative*. De rechtbank heeft laten doorschemeren geen prijs te stellen op toezending van een veelvoud aan stukken zonder dat hieraan een verzoek ten grondslag ligt, maar omdat het protocol niet kan worden aangepast is dit niet te voorkomen.

De rechtbank overweegt dat het van toepassing verklaren van een protocol over court-to-court communicatie mogelijk is op grond van artikel 379 Fw. De bepalingen in het protocol op grond waarvan telkens stukken naar de rechtbank moeten worden gestuurd, past echter niet binnen het Nederlandse procesrecht. Nu deze bepalingen volgens Mercon niet meer gewijzigd kunnen worden, kan de rechtbank het protocol niet van toepassing verklaren. De rechtbank wijst het verzoek daarom af.

H.J. de Kloe, maart 2024

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 27-02-2024

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2024:1154

Zaaknummer: C/13/745737 FT RK 24.103

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

Advocaten: K.P. Hoogenboezem, mr. G.P. van Hooft, D.M. van de Loo, F.A. van de Wakker, D.D. Kalter, M. Mzaoui en I. van Gasteren

Wetsartikelen: 379 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: afwijzing verzoek afkoelingsperiode

Verzoekers hebben niet aannemelijk gemaakt dat zij verkeren in de pre-insolventietoestand. Verzoekers hebben niet laten zien dat zij lopende verplichtingen kunnen betalen, maar zij hebben ook niet aannemelijk gemaakt dat zij hun schulden niet meer kunnen betalen en dat insolventie onafwendbaar is zonder financiële herstructurering.

Twee bv's en een stichting verzoeken om afkondiging van een afkoelingsperiode (art. 376 Fw). Verzoekers zijn veroordeeld tot betaling van ongeveer € 460.000 aan een schuldeiser ('de schuldeiser'). Deze schuldeiser heeft al beslag gelegd. Naar de mening van verzoekers komt de continuïteit van de onderneming in gevaar als het vonnis (verder) wordt geëxecuteerd. Naar de mening van verzoekers is voldaan aan de voorwaarden voor de afkondiging van een afkoelingsperiode.

De schuldeiser heeft een zienswijze ingediend waarin zij stelt dat het verzoek om afkondiging van een afkoelingsperiode slechts ten doel heeft om de executie te frustreren. Volgens haar is een afkoelingsperiode niet noodzakelijk en wordt zij wezenlijk in haar belangen geschaad als een afkoelingsperiode zou worden afgekondigd.

De rechtbank wijst het verzoek tot afkondiging van de afkoelingsperiode af, omdat niet redelijkerwijs aannemelijk is dat verzoekers verkeren in de toestand dat zij niet kunnen voortgaan met het betalen van hun schulden. Voor deze toestand is van belang dat lopende verplichtingen kunnen worden voldaan, maar geen realistisch vooruitzicht bestaat dat insolventie kan worden afgewend zonder financiële herstructurering.

Verzoekers hebben niet aannemelijk gemaakt dat aan deze aspecten van het toestandsvereiste is voldaan. Verzoeksters hebben op geen enkele manier duidelijk gemaakt hoe lopende verplichtingen worden voldaan, terwijl het op hun weg had gelegen dit met bijvoorbeeld een liquiditeitsprognose te onderbouwen. Verzoekers hebben daarnaast niet duidelijk gemaakt dat insolventie onafwendbaar is zonder herstructurering. De schuldeiser heeft aangevoerd dat zijn beslagen doel hebben getroffen en dat verzoekers over voldoende middelen beschikken om

hem te betalen. Deze stellingen hebben verzoekers onvoldoende betwist.

H.J. de Kloe, maart 2024

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 04-03-2024

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2024:858

Zaaknummer: 231870 FT RK 24-199, 231871 FT RK 24-200 en 231872 FT RK 24-201

Rechters: H.J. Idzenga, J.H. Steverink en A.J. Wolfs

Advocaten: S.A. Wensing, R.W.A. Brunninkhuis en G. Sengers

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Civielrechtelijk bestuursverbod

Een indirect bestuurder is door de rechtbank veroordeeld tot betaling van het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW. Op vordering van de curator wordt daarnaast een civielrechtelijk bestuursverbod opgelegd voor de duur van vijf jaar.

Een curator heeft de (indirect) bestuurder ('de bestuurder') van twee failliete vennootschappen aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 BW en een bestuursverbod gevorderd voor de duur van vijf jaar op grond van artikel 106a Fw. In een tussenvonnis (INS 2023-0248) heeft de rechtbank geoordeeld dat de bestuurder aansprakelijk is voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW. De rechtbank heeft de curator opgedragen haar te informeren over de vraag of de bestuurder ook van andere rechtspersonen bestuurder of commissaris is.

De curator heeft bij akte gesteld dat de bestuurder alleen nog bestuurder is van de mede in rechte betrokken directe bestuurder van de failliete vennootschappen en van Totaaloplossing B.V. Deze laatste bv was failliet en het faillissement bevindt zich in de eindfase. De rechtbank heeft door raadpleging van het centraal insolventieregister geconstateerd dat het faillissement van Totaaloplossing B.V. inmiddels is opgeheven bij gebrek aan baten. Deze vennootschap bestaat daarom niet meer, zodat het geven van een zienswijze door deze vennootschap niet aan de orde is.

De rechtbank legt een bestuursverbod op voor de duur van vijf jaar, omdat is voldaan aan de voorwaarde van artikel 106a lid 1 aanhef en onder a Fw. De rechtbank overweegt dat het op de weg van de curator ligt om de rechtbank op de hoogte te stellen als het vonnis onherroepelijk is geworden, zodat de griffier de uitspraak kan aanbieden aan de Kamer van Koophandel ter uitschrijving van de bestuurder uit het handelsregister en ter registratie van het bestuursverbod (art. 106b lid 3 Fw). Tegen de gevorderde dwangsom (art. 106b lid 5 BW) is geen verweer gevoerd, zodat deze wordt toegewezen.

Vanwege de toestand van de boedel wordt het vonnis op verzoek van de bestuurder ten aanzien van de veroordeling tot betaling van (een voorschot op) het boedeltekort niet

uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

H.J. de Kloe, maart 2024

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 28-02-2024

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2024:1678

Zaaknummer: C/10/652919 / HA ZA 23-158

Rechters: C. Bouwman, J.M.J. Arts en J. Roest

Advocaten: J. Smael en A.C. Hansen

Wetsartikelen: 2:248 BW, 106a Fw en 106b Fw

RECHTSPRAAK

Vernietiging faillissement omdat pluraliteit van schuldeisers ontbreekt

Andere schuldeisers dan de aanvrager van het faillissement hebben hun vordering op de schuldenaar kwijtgescholden, zodat geen sprake is van pluraliteit van schuldeisers.

De rechtbank Oost-Brabant heeft een ontbonden vennootschap op 16 januari 2024 op verzoek van een schuldeiser failliet verklaard, omdat aan de voorwaarden voor de faillietverklaring is voldaan en summierlijk is gebleken dat de vennootschap nog baten heeft, althans dat er nog baten te verwachten zijn.

De vennootschap gaat in hoger beroep en stelt dat geen sprake is van pluraliteit van schuldeisers, zodat het faillissement vernietigd moet worden. De andere (gelieerde) schuldeisers van de vennootschap hebben op 22 oktober 2023 onvoorwaardelijk afstand gedaan van hun vordering. De rechtbank sprak toch het faillissement uit, omdat de afstanddoening en de daaropvolgende ontbinding van de vennootschap opmerkelijk is en allemaal vragen oproept waarnaar een curator onderzoek moet doen.

Het hof oordeelt anders. Naar het oordeel van het hof hebben de andere schuldeisers afstand gedaan van hun vordering, zodat de aangevoerde steunvorderingen niet meer bestaan. De aanvrager van het faillissement verwijt de vennootschap dat andere vorderingen zijn 'weggepoetst', maar de aanvrager heeft geen beroep gedaan op de schuldeiserspauliana. Omdat de aanvrager niet heeft gesteld dat er andere steunvorderingen zijn en er geen andere vorderingen zijn ingediend bij de curator, vernietigt het hof het faillissement omdat pluraliteit van schuldeisers ontbreekt. Het is daarom niet nodig dat het hof oordeelt over de vraag of de vennootschap nog een bate heeft. De aanvrager van het faillissement wordt veroordeeld in de proceskosten en de faillissementskosten van bijna € 5.000 (incl. btw).

H.J. de Kloe, maart 2024

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 14-03-2024

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2024:835

Zaaknummer: 200.336.966_01

Rechters: A.P. Zweers-van Vollenhoven, H.A.G. Fikkers en T. van Malssen

Advocaten: M.A.J. Kemps en C.H. Hartsuiker

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Homologatie WHOA-akkoord MIH (McDermott)

Een schuldeiser die in een eigen klasse is ingedeeld heeft zich onthouden van stemming, maar de andere klassen hebben unaniem ingestemd met het akkoord. De rechtbank loopt de algemene afwijzingsgronden voor homologatie na en homologeert het akkoord. De rechtbank doet geen uitspraak over de rechtskracht van de zogenoemde third party release clause.

McDermott International Holdings B.V. ('MIH') maakt als Nederlandse holdingmaatschappij onderdeel uit van de McDermott-groep, een in de VS gevestigd aannemers- en ingenieursbureau voor de energiesector met meer dan 30.000 werknemers. In 2020 is de kapitaalstructuur van McDermott geherstructureerd door middel van een Amerikaanse Chapter 11-procedure. Door de coronapandemie en onvoorziene projectvertragingen had McDermott te maken met een dalende vraag en stijgende kosten.

Op 30 juni 2024 moet het nieuwe krediet dat in het kader van de Chapter 11-procedure is verstrekt worden terugbetaald. McDermott voorziet daartoe niet in staat te zijn. Als de opeisbaarheidsdatum van het krediet niet wordt verlengd, moet McDermott op 27 maart 2024 *cash collateral* verschaffen voor *letter of credit facilities*. Ook hiertoe is zij niet in staat. Verder is MIH samen met twee andere groepsvennootschappen in arbitrage veroordeeld tot betaling van USD 937,5 miljoen (exclusief rente) aan Reficar. Ook deze vordering kan niet worden betaald.

Vanwege haar financiële problemen heeft MIH op 29 september 2023 een concept-WHOA-akkoord voorgelegd. Nadat een herstructureringsdeskundige is benoemd, is het uiteindelijke akkoord aangeboden. Het akkoord houdt in het kort in dat het krediet wordt verlengd en Reficar converteerbare preferente aandelen krijgt in de moedermaatschappij van McDermott, McDermott International Ltd. Reficar, die is ingedeeld in een aparte klasse, heeft zich onthouden van stemming over het akkoord, maar alle andere klassen hebben ingestemd met het akkoord. In deze procedure verzoekt de herstructureringsdeskundige om homologatie van het akkoord. Niemand heeft bezwaar gemaakt tegen de homologatie.

De rechtbank heeft ter zitting meer duidelijkheid gevraagd over de klasse *Contingent Unsecured Claim WHOA Creditors*. Gebleken is dat dit regresvorderingen zijn van een groepsvennootschap in verband met de claim van Reficar en andere potentieel voorwaardelijke vorderingen in verband met het zogenaamde Cartagena Project. De groepsvennootschap behoudt een maximale aanspraak van GBP 100.000 op het moment dat zij een onvoorwaardelijke vordering heeft. Voor stemmingsdoeleinden zijn de vorderingen gewaardeerd op GBP 1. De groepsvennootschap heeft met het akkoord ingestemd.

De rechtbank loopt verder de algemene gronden voor afwijzing van het homologatieverzoek na. Bij de vraag of nakoming van het akkoord voldoende is gewaarborgd (art. 384 lid 2 sub e Fw) staat de rechtbank iets langer stil. Het akkoord is voorwaardelijk aan homologatie van het WHOA-akkoord van groepsvennootschap Lealand Finance Company B.V. ('Lealand'), de *sanctioning* van een Restructuring Plan in het Verenigd Koninkrijk inzake groepsvennootschap CB&I UK Limited en het verkrijgen van *relief* in een Amerikaanse Chapter 15-procedure. Het akkoord in Lealand wordt op dezelfde dag gehomologeerd, het Restructuring Plan is inmiddels gesanctioneerd en op korte termijn vindt de zitting plaats in de Chapter 15-procedure. Onder meer uit het businessplan van McDermott dat aan het akkoord is gehecht volgt dat McDermott in de kern een levensvatbare onderneming is. Dat wordt bevestigd door de steun van schuldeisers voor het akkoord en de liquiditeitsprognose. De rechtbank ziet geen aanleiding te twijfelen aan de stellingen die de herstructureringsdeskundige op dit punt heeft ingenomen.

De rechtbank besteedt ook aandacht aan de *third party release clause* die onderdeel uitmaakt van het akkoord. Op grond van deze bepaling wordt kwijting verleend van aansprakelijkheid aan diverse partijen die betrokken zijn bij de akkoordaanbieding. De rechtbank overweegt dat een dergelijke 'akkoordvreemde' bepaling niet door het akkoord maar door aanbod en aanvaarding tot stand komt. Hoewel de clausule niet in de weg staat aan homologatie van het akkoord, doet de rechtbank geen uitspraak over de rechtskracht hiervan. Als op de clausule een beroep wordt gedaan, is het aan de rechter tegenover wie het beroep wordt gedaan om hierover te oordelen.

Omdat geen van de weigeringsgronden zich voordoen, homologeert de rechtbank het akkoord. Op verzoek van MIH wordt de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige verlengd tot de datum van de beoogde *closing*, 25 maart 2024.

Op dezelfde datum homologeert de rechtbank het akkoord dat voor Lealand is aangeboden (ECLI:NL:RBAMS:2024:1674). Een belangrijk onderscheid met het MIH-akkoord is dat Reficar geen schuldeiser is van Lealand. Verder hangen de akkoorden met elkaar samen. Veel van de aangeleverde informatie gaat over McDermott als geheel. De liquidatiewaarde en

reorganisatiewaarde zijn ook geconsolideerd vastgesteld. Hiertegen is geen bezwaar gemaakt door schuldeisers, zodat de rechtbank hier verder ook geen aandacht aan besteedt (r.o. 5.11 van de uitspraak inzake Lealand).

H.J. de Kloe, maart 2024

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 21-03-2024

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2024:1608

Zaaknummer: C/13/747150 FT RK 24-207

Rechters: A.E. de Vos, M.P. de Valk en M.D.E. Leppens

Advocaten: T.H.D. Struycken, R.J. van Galen, M.J.H. Orval, A.C. Rozeman, L.D.N. de Baar, M.A.M. van de Meulengraaf, V.R. Vroom, A.J. Dunki Jacobs, S.A. Willigenburg, M.A.H. Enthoven, P. Kuipers, F.J.M. Hengst, R.G.A. Elkerbout-Kok, P. van der Veen, W.J.E. Nijjens, I. Spinath, S.W. van den Berg, M.H.C. Sinninghe Damsté, , H.P. Boekhorst en S.H.J. Kramer

Wetsartikelen: 383 Fw en 384 Fw

RECHTSPRAAK

Hof laat verlenging faillissementsgijzeling in stand

Bijna drie maanden nadat de faillissementsgijzeling ten uitvoer is gelegd, is een nieuw verlengingsverzoek door de rechtbank toegewezen. Het hof bekrachtigt de beschikking van de rechtbank. De curator is in afwachting van informatie over twee bankrekeningen. Het is de verwachting dat de schuldenaar eventuele vragen die uit deze informatie zullen voortvloeien niet zal beantwoorden als hij niet in verzekerde bewaring is gesteld.

Op 8 maart 2023 is een natuurlijk persoon failliet verklaard. Op 13 juli 2023 heeft de rechtbank Overijssel de verzekerde inbewaringstelling van de schuldenaar bevolen. Dit bevel is op 17 oktober 2023 ten uitvoer gelegd. Nadien is het bevel een aantal keer verlengd, laatst op 12 januari 2024 (INS 2024-0030). De schuldenaar heeft tegen deze laatste beschikking hoger beroep ingesteld.

Het hof laat de beschikking van de rechtbank in stand. De reden hiervoor is dat onvoldoende is gebleken dat de schuldenaar zijn inlichtingenplicht volledig en juist nakomt en zal nakomen. Kortgeleden is de curator bekend geworden met een bankrekening bij de Litouwse bank Revolut, terwijl de schuldenaar op 30 oktober 2023 nog bij de rechter-commissaris had verklaard dat dit niet zijn bankrekening was. Inmiddels heeft de schuldenaar toegegeven dat het wel zijn bankrekening is en is de curator in afwachting van bankafschriften.

De curator is inmiddels ook bekend met een bankrekening bij Openbank. Eind 2023 heeft hij hiervan de bankafschriften gekregen. Verschillende boekingen heeft de curator niet kunnen verklaren. Mogelijk beschikt de schuldenaar over meer bankrekeningen waarvan de curator niet weet. Volgens de schuldenaar gaat het om boekingen van en naar virtuele prepaid creditcards. De curator is in afwachting van informatie over deze boekingen. De curator heeft hier een groot belang bij, omdat vanaf april 2023 tot en met juli 2023 (dus na de faillietverklaring) ruim € 260.000 is afgeschreven van deze rekening.

De curator verwacht dat de informatie die hij zal krijgen van de banken zal leiden tot nieuwe

vragen, die de schuldenaar naar verwachting niet zal beantwoorden als hij niet in verzekerde bewaring is gesteld. Het hof overweegt dat uit de gang van zaken tot op dat moment blijkt dat de schuldenaar uit eigen beweging geen informatie verstrekt aan de curator en over andere zaken, zoals de aanwezigheid van contant geld in een vakantiewoning, wisselende verklaringen heeft afgelegd.

Dat de curator eventuele vragen over de bankrekeningen niet eerder heeft gesteld, is te wijten aan de schuldenaar. Hij heeft, na eerst onjuiste informatie te hebben verstrekt, pas laat informatie verstrekt over de bankrekeningen en geen correcte inloggegevens overhandigd aan de curator, zodat de digitale omgevingen zijn geblokkeerd en de curator informatie over de bankrekeningen moest opvragen bij de banken. Had de schuldenaar eerder openheid van zaken gegeven, dan had de verzekerde inbewaringstelling korter kunnen duren.

Hoewel de schuldenaar belang heeft bij contact met zijn twee dochters, met wie hij een omgangsregeling heeft, weegt het belang van de curator om inlichtingen te krijgen van de schuldenaar zwaarder. Het hof laat daarom de uitspraak van de rechtbank waarbij de inbewaringstelling is verlengd in stand.

H.J. de Kloe, maart 2024

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 01-02-2024

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2024:808

Zaaknummer: 200.336.747

Rechters: B.J. Engberts, G.P. Oosterhoff en H.M.L. Dings

Advocaten: D.C.O. Ayinla

Wetsartikelen: 87 Fw

RECHTSPRAAK

Administratiekantoor moet loonadministratie afgeven aan curator

Het administratiekantoor kan zich niet beroepen op een retentierecht en is op grond van artikel 105b Fw verplicht de administratie van de schuldenaar die zij onder zich houdt af te geven aan de curator, ook als het gaat om stukken die het kantoor zelf heeft vervaardigd of bewerkt. Alleen eigen aantekeningen van het administratiekantoor behoren niet tot de administratie van de schuldenaar.

De curator van een failliete ondernemer heeft een belastingadviesbureau en administratiekantoor gevraagd om de loonadministratie. Omdat veel werknemers nooit een loonstrook hebben ontvangen, is deze administratie nodig om informatie te verschaffen aan het UWV zodat een uitkering onder de loongarantieregeling kan worden vastgesteld. Het administratiekantoor heeft gesteld dat het niet verplicht is de door hem vervaardigde stukken af te geven. Wel kan de administratie die is aangeleverd door de schuldenaar worden teruggegeven. Dat heeft het administratiekantoor ook gedaan.

De curator vordert in kort geding afgifte van de loonadministratie op grond van artikel 92 en 105b Fw. Uit artikel 92 Fw volgt dat de curator bescheiden en andere gegevensdragers van de schuldenaar onder zich moet nemen. In artikel 105b lid 1 is opgenomen dat een derde die administratie van de schuldenaar onder zich houdt deze moet afgeven aan de curator. In lid 2 staat dat die derde geen beroep kan doen op een retentierecht. De voorzieningenrechter oordeelt dat niet in geschil is dat het administratiekantoor de administratie van de schuldenaar verzorgde. Zij is dus een derde in de zin van artikel 105b Fw en komt geen beroep toe op een retentierecht. Artikel 105b Fw ziet ook op stukken die de derde zelf heeft vervaardigd of bewerkt in opdracht van de schuldenaar. Interne aantekeningen van het administratiekantoor maken geen onderdeel uit van de administratie van de schuldenaar en hoeven daarom niet afgegeven te worden.

Het administratiekantoor heeft gesteld niet te beschikken over de loonadministratie over de

maanden november en december 2023. Gedaagde wordt daarom veroordeeld om in ieder geval de loonadministratie tot en met oktober 2023 af te geven aan de curator op straffe van een dwangsom.

H.J. de Kloe, maart 2024

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 12-03-2024

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2024:1345

Zaaknummer: 432172

Rechters: A.J.J.M. Weijnen

Advocaten: P.F. Schepel

Wetsartikelen: 92 Fw en 105b Fw

RECHTSPRAAK

Curator slaagt niet in bewijs dat iemand feitelijk beleidsbepaler was van een vennootschap

De curator is in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat gedaagde feitelijk beleidsbepaler was van een failliete vennootschap. Op basis van diverse schriftelijke en mondelinge verklaringen en op basis van in het geding gebrachte stukken oordeelt de rechtbank dat de curator niet is geslaagd in het leveren van dit bewijs.

In deze procedure is een natuurlijk persoon op grond van artikel 2:248 BW als feitelijke beleidsbepaler aansprakelijk gesteld door de curator van een failliete vennootschap. In een tussenvonniss (INS 2023-0114) heeft de rechtbank de curator toegelaten nader bewijs te leveren dat gedaagde kan worden gekwalificeerd als feitelijke beleidsbepaler. Hiervoor achtte de rechtbank met name van belang (i) of de vennootschap in de relevante periode al dan niet activiteiten in de handel met groenten en fruit heeft ontplooid, (ii) of de arbeidsovereenkomst die is gesloten met gedaagde gefingeerd is in de zin dat het nimmer de bedoeling is geweest dat gedaagde tegen het overeengekomen loon daadwerkelijk arbeid zou gaan verrichten en dat gedaagde in werkelijkheid dan ook geen noemenswaardige arbeidsprestatie heeft geleverd en (iii) of gedaagde het economisch beleid van de vennootschap heeft bepaald en daartoe kon beschikken over de bankrekeningen van de vennootschap.

De vraag is of gedaagde aan de touwtjes trok bij de failliete vennootschap, of ene 'naam 1', die sinds 7 augustus 2018 enig aandeelhouder en bestuurder was van de vennootschap. Naam 1 heeft onder meer verklaard dat de vennootschap vanaf 7 augustus 2018 geen groente en fruit heeft verhandeld. Ook zou hij geen controle hebben gehad over het doen en laten van de vennootschap. De stellingen van naam 1 zijn in strijd met een aantal schriftelijke verklaringen en een mondelinge verklaring waaruit volgt dat naam 1 wel degelijk zou hebben gehandeld in groente en fruit. Hij zou kramen exploiteren op de markt in Den Haag en gedaagde zou zijn werknemer zijn. Gedaagde heeft onder meer facturen van de vennootschap en e-mails die naam 1 namens de vennootschap zou hebben gestuurd in het geding gebracht. Naam 1 zou met name contant betalen en betaald worden.

De curator heeft gedaagde ook verweten dat hij op kosten van de vennootschap zijn woning heeft laten verbouwen. Ook hiertegen zijn verklaringen ingebracht. Volgens deze verklaringen zou naam 1 voor diverse personen verbouwwerkzaamheden verrichten en gereedschappen te koop hebben aangeboden. Iemand, die gedaagde kende als werknemer van naam 1, heeft verklaard dat hij had gezien dat gedaagde contant betaalde aan naam 1 voor de werkzaamheden die werden verricht aan het huis van gedaagde.

De curator heeft voorts schermafdrucken in het geding gebracht waarop WhatsApp of sms-gesprekken tussen naam 1 en gedaagde zouden staan. Gedaagde heeft betwist dat hij deelnemer was aan deze gesprekken. Het telefoonnummer dat aan hem werd toegeschreven, zou van naam 1 zijn geweest. In het geding zijn verklaringen en schermafbeeldingen overgelegd waaruit zou volgen dat het telefoonnummer inderdaad van naam 1 zou zijn.

De rechtbank oordeelt dat de curator niet is geslaagd in het leveren van bewijs dat gedaagde feitelijk beleidsbepaler was van de vennootschap. Weliswaar is niet ondenkbaar dat ingebrachte stukken zijn vervalst, maar dat dit daadwerkelijk is gebeurd heeft de curator onvoldoende aannemelijk gemaakt. Een mondelinge verklaring die is afgelegd door een getuige is in strijd met de door hem afgelegde schriftelijke verklaring, maar daarmee staan de stellingen van de curator nog niet vast. De rechtbank erkent verder dat het erg makkelijk is om de naam van een contactpersoon in een telefoon te wijzigen, maar het manipuleren van gesprekken die zouden hebben plaatsgevonden via WhatsApp of sms is ook mogelijk. Al met al is niet goed te achterhalen of de stellingen van gedaagde juist zijn, maar op de curator rust het bewijs van haar stellingen. Omdat zij hierin niet is geslaagd, worden de door haar ingestelde vorderingen afgewezen.

H.J. de Kloe, maart 2024

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 13-12-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:21197

Zaaknummer: C-09-612756 - HAZA 21-504

Rechters: M.A. van de Laarschot

Advocaten: S.M.M. Hasham en N. Claassen

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Geen sprake van 'WHOA-toestand': onvoldoende (cijfermatige) onderbouwing voor nakoming lopende verplichtingen binnen de groep

Zeventien entiteiten dienen startverklaringen in, vergezeld van een verzoek tot het treffen van een maatwerkvoorziening ex artikel 379 lid 1 Fw en een verzoek tot afkondiging van een (groeps)afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw. De groep maakt onvoldoende aannemelijk dat zij haar lopende verplichtingen gedurende een te gelasten afkoelingsperiode kan blijven betalen. De rechtbank wijst de verzoeken af.

Op 5 maart 2024 hebben zeventien aan elkaar gelieerde vennootschappen ('de groep') startverklaringen ingediend als bedoeld in artikel 370 lid 3 Fw. De groep heeft een (gewijzigd) verzoek tot het gelasten van een (groeps)afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 376 lid 1 Fw ingediend, voor de duur van twee maanden. Daarnaast heeft de groep verzocht een beschikking gezamenlijke behandeling af te geven, de fixatiedatum op 1 januari 2024 te bepalen, alsmede een observator te benoemen en gelegde beslagen op te heffen. Tijdens de behandeling van het verzoek waren onder meer twee schuldeisers ('schuldeiser 1' en 'schuldeiser 2') (online) aanwezig.

Volgens de groep is de opzegging door schuldeiser 1 en schuldeiser 2 van de door hen aan de groep verstrekte (paraplu)kredieten de aanleiding geweest tot het opstarten van dit WHOA-traject. Ten tijde van de opzegging bedroeg de vordering van schuldeiser 1 uit hoofde van die kredieten € 7.022.812,80, met onder meer hypotheekrechten. De vordering van schuldeiser 2 bedroeg € 10.203.956, zonder zekerheidsstellingen. Andere schuldeisers van de groep hebben ten laste van de groep derdenbeslagen gelegd dan wel een faillissementsaanvraag aangekondigd.

Terwijl de groep bezig was met de verkoop van een deel van de ondernemingen binnen haar groep, stond schuldeiser 1 beperkt gebruik van de kredietfaciliteiten toe. Toen de verkoop

strandde, zei schuldeiser 1 de uitwinning van haar hypotheekrechten aan: openbare verkoop van de aan haar verhypothekerde onroerende zaken van de groep. Doorgang van de verkoop zou leiden tot staking van de exploitatie van het onroerend goed. Vervolgens zouden meerdere vennootschappen binnen de groep niet kunnen voortgaan met het betalen van hun schulden en andere lopende verplichtingen.

De groep heeft financiers benaderd voor een activa-passivatransactie binnen de groep en de mogelijkheid tot het krijgen van een overbruggingskrediet van € 25.000.000. Toch betwijfelen de schuldeisers of de groep gedurende een te gelasten afkoelingsperiode haar lopende verplichtingen kan voldoen. Zij achten de (cijfermatige) onderbouwing van de groep onvoldoende en vertrouwen er niet op dat het WHOA-traject transparant zal worden doorlopen, met waarborging van hun belangen.

Het is de rechtbank niet gebleken dat de groep in staat is om gedurende de gevraagde afkoelingsperiode haar lopende verplichtingen te voldoen. Weliswaar geeft de hernieuwde liquiditeitsprognose een reëler beeld van de te verwachten inkomsten en uitgaven in de komende maanden dan het eerder overgelegde exemplaar, maar ook de meest recente prognose is onvoldoende om met enige mate van zekerheid vast te kunnen stellen dat de groep aan haar lopende verplichtingen zal kunnen blijven voldoen (r.o. 4.5 en 4.6). Het overbruggingskrediet van € 25.000.000 is noodzakelijk om aan die lopende verplichtingen te kunnen voldoen, alsook schuldeiser 1 en schuldeiser 2 te kunnen betalen, waardoor exploitatie van het onroerend goed is gegarandeerd. Dat krediet is echter niet rond. Evenmin zijn er concrete toezeggingen van een van de financiers om het benodigde bedrag binnenkort ter beschikking te stellen.

Kortom, de groep heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij de lopende verplichtingen tijdens een afkoelingsperiode kan blijven betalen. Zodoende komt vast te staan dat de groep niet verkeert in de WHOA-toestand. De rechtbank wijst de ingediende verzoeken af.

E. Ayerdem, april 2024

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 13-03-2024

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2024:859

Zaaknummer: 231992 FT RK 24-223

Rechters: H.J. Idzenga, A.E. de Vos en J.H. Steverink

Advocaten: W.A. Velema

Wetsartikelen: 370 lid 3 Fw, 376 lid 1 Fw en 379 lid 1 Fw