

# Overzicht rechtspraak faillissementsrecht juli- september 2015

prof. mr. A.W. Jongbloed

## **Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 25 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4704**

*(Verzoek tot faillietverklaring alsnog afgewezen. Aan faillissementsaanvraag zijn enkel verbeurde dwangsommen ten grondslag gelegd. Er is geen redelijk belang aanwezig bij de faillissementsaanvraag en aanvragers moeten de faillissementskosten betalen)*

3.4 Ten aanzien van het vorderingsrecht van geïntimeerden als aanvragers van het faillissement acht het hof het volgende van belang. Art. 611e lid 2 Rv bepaalt dat dwangsommen die vóór de faillietverklaring zijn verbeurd, niet in het passief van het faillissement worden toegelaten. In zijn uitspraak van 20 september 1996 (ECLI:NL:HR:1996:ZC2146) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het vereiste dat de aanvrager van een faillissement bij de faillietverklaring een redelijk belang heeft (vaste rechtspraak sedert HR 26 juni 1942, NJ 1942, 585), in verband met art. 611e lid 2 Rv meebrengt dat een faillissementsaanvraag niet enkel kan worden gebaseerd op een vordering ter zake van verbeurde dwangsommen. Daarbij heeft de Hoge Raad overwogen dat die wetsbepaling niet eraan in de weg staat dat een dergelijke vordering van de aanvrager door hem naast andere vorderingen ten grondslag wordt gelegd aan de stelling dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, en zich er evenmin tegen verzet dat een dergelijke vordering van derden door de aanvrager wordt gebezigd als steunvordering.

3.5 Uit de bij brief van mr. Groot van 15 juni 2015 overgelegde faillissementsaanvraag van geïntimeerden (productie 5) blijkt dat geïntimeerden enkel de verbeurde dwangsommen – die naar hun stelling al voor de faillietverklaring waren verbeurd – aan hun faillissementsaanvraag ten grondslag hebben gelegd. In de faillissementsaanvraag hebben zij omtrent hun vorderingsrecht immers (slechts) het volgende gesteld: *'Aangezien verzoekers van verweerder hebben te vorderen uit hoofde van een vonnis van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, afdeling civiel recht, d.d. 28 februari 2014, een dwangsom van € 20.000,- omdat (...) verweerder niet aan dit vonnis dat hierbij overgelegd wordt, heeft voldaan.'*

3.6 Daaruit volgt, in het verlengde van het bepaalde in art. 611e lid 2 Rv en de genoemde uitspraak van de Hoge Raad en overeenkomstig hetgeen in het beroepschrift (onder 15 tot en met 17) namens appellant is betoogd, dat geïntimeerden geen redelijk belang hebben bij hun faillissementsaanvraag.

3.7 Het bestreden vonnis zal dan ook worden vernietigd en het oorspronkelijke verzoek tot faillietverklaring van appellant zal alsnog worden afgewezen. Ingevolge art. 15 lid 3 Fw heeft het hof de faillissementskosten en het salaris van de curator vast te stellen. Het hof zal dit bedrag ten laste van geïntimeerden te brengen. De curator zal in de gelegenheid worden gesteld uiterlijk 1 juli 2015 een urenverantwoording en opgave van de kosten in het geding te brengen en aan geïntimeerden te zenden, waarop geïntimeerden uiterlijk 6 juli 2015 zullen kunnen reageren. Het hof zal daarna in beginsel op 9 juli 2015 een nader arrest aangaande de kostenveroordeling wijzen.

## **Gerechtshof Amsterdam 7 juli 2015, GHAMS:2015:3413 Er wordt een nieuw venster geopend.**

*(Faillissement bekrachtigd, want verpandingen dienen geen ander doel dan de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers te frustreren.*

*Voldoende is aannemelijk geworden dat het verpandingsverweer regelmatig wordt opgeworpen om faillissementsaanvragen binnen het concern [X] / [Y] c.s. te frustreren. Nu gesteld is dat deze vennootschappen veelal in een faillissementstoestand verkeren en dit in de procedure ook niet wordt betwist, levert vorenbedoelde handelwijze in de gegeven omstandigheden misbruik van bevoegdheid ex art. 3:13 BW op. Bovendien kan genoegzaam worden geconcludeerd dat sprake is van feiten en omstandigheden die aantonen dat SCPD en CIG III verkeren in de toestand van te hebben opgehouden te betalen)*

3.5. Het hof overweegt als volgt. Allereerst heeft te gelden dat de rechtsgeldigheid van de gestelde verpandingsaktes niet buiten twijfel staat. Deze aktes worden immers op het laatste moment in het geding gebracht en tegenover het reële verweer van mr. Dekker dat hij twijfelt aan de echtheid van de aktes gezien het verschil in handtekeningen die van een en dezelfde persoon zouden zijn, wordt slechts door SCPD en CIG III naar voren gebracht dat het waarschijnlijk om een paraaf en een handtekening gaat. Van SCPD en CIG III mag tegen de achtergrond van de gemotiveerde betwisting evenwel worden verwacht dat zij met tijdige en deugdelijke stukken hun stellingen nader onderbouwen. Daarnaast is op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting voldoende aannemelijk geworden dat de verpandingen geen ander doel dienen

dan de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers te frustreren. Voldoende aannemelijk is geworden dat het verpandingsverweer regelmatig wordt opgeworpen om faillissementsaanvragen binnen het concern [X] / [Y] c.s. te frustreren. Gebleken is immers van een carrousel van intercompany vorderingen en bijbehorende verpandingen teneinde door mededeling daarvan op het laatste moment faillissementsaanvragen te frustreren. Nu gesteld is dat deze vennootschappen veelal in een faillissementstoestand verkeren en dit in de procedure ook niet wordt betwist, levert vorenbedoelde handelwijze in de gegeven omstandigheden misbruik van bevoegdheid ex art. 3:13 BW op.

3.6. Onverminderd het voorgaande geldt voorts het volgende. Vast staat dat de mededeling van Crescendo Belgium N.V. inzake een pandrecht op de vorderingen van Rondenborch op SCPD en CIG III eerst op 26 maart 2015 heeft plaatsgevonden. Dit betekent dat mr. Dekker ten tijde van de faillietverklaring op 10 maart 2015 zonder meer bevoegd was betaling te eisen van die vorderingen en wegens het onbetaald laten daarvan faillissement aan te vragen. Anders dan SCPD en CIG III hebben betoogd is dit laatste niet anders geworden na de op 26 maart 2015 gedane mededeling ex art. 3:246 lid 1 BW. Immers, de in pand gegeven vorderingen – volgens het onbetwist gebleven door mr. Dekker bij het verweerschrift in hoger beroep overgelegde overzicht – betreffen een veelvoud van zowel de vordering van GWSKGB RE I B.V. op Rondenborch (bedragende € 62.763,62), waarvoor de vorderingen op SCPD en CIG III in pand zijn gegeven, als – uitgaande van een geldige ketenverpanding – van een vordering van € 32.130,34, zoals die uit de van toepassing zijnde keten voortvloeit. Mr. Dekker is derhalve ten aanzien van de overwaarde, oftewel het deel van de verpande vordering dat hoger is dan de onderliggende schuld waarvoor het pandrecht is gegeven, inningsbevoegd gebleven. Dit brengt mee dat niet kan worden gezegd dat mr. Dekker misbruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid het faillissement van SCPD en CIG III aan te vragen. Het hof heeft hierbij meegewogen dat uit het verslag van de curator van 17 april 2015 genoegzaam is gebleken dat SCPD en CIG III meerdere schulden onbetaald hebben gelaten waaronder een niet bestreden vordering van de ABN AMRO Bank van € 3.457.522,79, op grond waarvan moet worden geconcludeerd dat sprake is van feiten en omstandigheden die aantonen dat SCPD en CIG III verkeren in de toestand van te hebben opgehouden te betalen.

**Gerechtshof Amsterdam 14 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2988**

*(Na faillissement van een deurwaarderskantoor neemt een ander kantoor over.*

*Nadat zonder kennisgeving vooraf eerst loonbeslag en later bankbeslag wordt gelegd komt een klacht die ook in appel wordt bevestigd)*

6.2. Uit de overgelegde stukken en het verhandelde ter terechtzitting is het hof gebleken dat gerechtsdeurwaarder sub 1 in december 2013 is overgegaan tot loonbeslag ten laste van klaagster. Voorafgaand

aan het leggen van dit loonbeslag heeft gerechtsdeurwaarder sub 1 geen contact met klaagster opgenomen.

6.3. Volgens gerechtsdeurwaarder sub 1 was hij niet gehouden om contact op te nemen met klaagster. Het had volgens hem op de weg van klaagster gelegen om – op het moment dat zij in september 2013 vanwege de faillietverklaring van [gerechtsdeurwaarderskantoor X] een termijnbetaling retour ontving – te onderzoeken of de executie door een andere gerechtsdeurwaarder was overgenomen en om vervolgens met die gerechtsdeurwaarder in contact te treden. Zij had daartoe volgens gerechtsdeurwaarder sub 1 eenvoudig kunnen overgaan, aangezien het gerechtsdeurwaarderskantoor waaraan hij verbonden is nog enkele maanden kantoor heeft gehouden op het voormalig kantooradres van [gerechtsdeurwaarderskantoor X]. In het hoger beroepschrift heeft gerechtsdeurwaarder sub 1 verklaard dat de schuldeisers bovendien vreesden dat klaagster haar vermogensbestanddelen zou onttrekken aan beslaglegging indien zij te horen zou krijgen dat de executie was overgenomen door een ander kantoor. Ook om die reden heeft hij klaagster niet geïnformeerd over de overname van de executie. Gerechtsdeurwaarder sub 1 had geen toegang tot het digitale dossier van [gerechtsdeurwaarderskantoor X] met betrekking tot klaagster. Ter zitting in hoger beroep heeft gerechtsdeurwaarder sub 1 verklaard dat hij wel op de hoogte was van een betaling van in totaal € 400,- van de zijde van klaagster op de derdengeldenrekening van [gerechtsdeurwaarderskantoor X], maar daaruit niet kon afleiden dat er een betalingsregeling bestond. De schuldeisers hebben voor het treffen van een betalingsregeling ook nimmer toestemming gegeven. Zij wensten – gezien de hoogte van hun vordering – dat gerechtsdeurwaarder sub 1 zou overgaan tot het nemen van (nader) executiemaatregelen. Hieraan is gehoor gegeven, aldus gerechtsdeurwaarder sub 1.

6.4. Het hof is met de kamer van oordeel dat het op de weg van gerechtsdeurwaarder sub 1 had gelegen om klaagster te informeren over de overname van de executie van voormeld arrest. Het feit dat gerechtsdeurwaarder sub 1 dat, naar hij in hoger beroep stelt, overeenkomstig de wens van de schuldeisers niet heeft gedaan, acht het hof onzorgvuldig en tuchtrechtelijk laakbaar. Gerechtsdeurwaarder sub 1 had zijn eigen verantwoordelijkheid moeten nemen en zich niet moeten laten leiden door de wens van de schuldeisers.

6.5. Verder dient een gerechtsdeurwaarder bij overname van een executie zich gedegen ervan te vergewissen welke activiteiten zijn verricht dan wel welke (eventuele) afspraken in een dossier zijn gemaakt, alvorens over te gaan tot het treffen van nieuwe of verdergaande executiemaatregelen en in casu beslaglegging. Niet is gebleken dat gerechtsdeurwaarder sub 1 dat in de onderhavige zaak heeft gedaan: hij is enkel afgegaan op hetgeen de schuldeisers hem over het dossier hebben medegedeeld. Het is het hof voorts niet gebleken dat hij een nader onderzoek naar de bij hem bekende betaling

van € 400,- door klaagster aan [gerechtsdeurwaarderskantoor X] heeft ingesteld. Deze handelwijze van gerechtsdeurwaarder sub 1 is onzorgvuldig en tuchtrechtelijk verwijtbaar.

6.6. Het vorenstaande brengt met zich dat klachtonderdeel a. gegrond is.

### **Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5259**

*(In hoger beroep vraagt de curator om van de instantie te worden ontslagen, nadat appellant failliet is verklaard en diens curator het geding niet wenst over te nemen. Uit rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat de failliet in de gelegenheid moet worden gesteld zich over de vordering van de curator tot ontslag van de instantie uit te laten. Daarvoor ziet het hof in deze zaak geen aanleiding, omdat de failliete appellant een rechtspersoon is en niet (zoals in de arresten van de HR) een natuurlijk persoon. De bestuurders van de rechtspersoon zijn niet langer bevoegd om de rechtspersoon te vertegenwoordigen, terwijl de curator (na ampel beraad en na overleg met de rechter-commissaris) heeft aangegeven de procedure niet over te nemen. Volgt: ontslag van de instantie voor zover betrekking hebbend op de vordering van de failliete appellant op de curator)*

2.1 De vordering van de curator om van de instantie te worden ontslagen heeft uitsluitend betrekking op de reconventionele vordering van [appellant 3] op de curator: een verklaring voor recht dat de geregistreerde pandakte d.d. 20 juli 2007 dan wel de geregistreerde pandakte d.d. 22 februari 2012 heeft geleid tot een rechtsgeldige verpanding van het in de pandakte genoemde onderpand van de gefailleerde vennootschap (d.w.z. [bedrijf], aanvulling hof) aan [appellant 3], met veroordeling van de curator in de proceskosten.

2.2 Uit de arresten van de Hoge Raad van 7 september 2007 (ECLI:NL:HR:2007:BA5197) en 6 juni 2008 (ECLI:NL:HR:2007:BC8099) volgt dat art. 27 lid 2 Fw niet dwingt tot toewijzing van een vordering tot verlening van ontslag van de instantie, maar dat de rechter deze vordering onder omstandigheden mag afwijzen. Voor zodanige afwijzing zal in ieder geval reden zijn indien toewijzing van de vordering in strijd zou komen met de eisen van een goede procesorde. De beginselen van hoor en wederhoor kunnen meebrengen mee dat de failliet in de gelegenheid gesteld dient te worden om zich uit te laten over de vordering van de curator tot ontslag van de instantie. Anders dan in genoemde arresten, waarin de failliet een natuurlijk persoon was, ziet het hof geen aanleiding om [appellant 3] in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over de vordering van de curator om van de instantie te worden ontslagen. De bestuurders van [appellant 3] zijn immers niet langer bevoegd om de rechtspersoon te vertegenwoordigen, terwijl de curator (na ampel beraad en na overleg met de rechter-commissaris) heeft aangegeven de procedure niet over te nemen.

2.3 Het hof is van oordeel dat aan het belang van de curator, dat hierin bestaat dat zij bij voortzetting van de procedure in hoger beroep de proceskosten niet op de boedel van de failliete vennootschap [appellant 3] zou kunnen verhalen indien zij in hoger

beroep in het gelijk zou worden gesteld, meer gewicht toekomt dan aan het belang van [appellant 3] bij het verkrijgen van een beslissing in hoger beroep op het materiële geschil zoals dat door de door haar ingestelde vordering aan de rechter is voorgelegd en bij het voorkomen dat het vonnis in eerste aanleg, waarbij haar vordering is afgewezen, in kracht van gewijsde gaat.

2.4 Tussen de (conventionele) vordering van de curator op [appellant 3] en de (reconventionele) vordering van [appellant 3] op de curator bestaat voorts niet een zodanige samenhang dat de eisen van een goede procesorde zich op die grond verzetten tegen toewijzing van de vordering (HR 22 november 1991, ECLI:NL:HR:AD1539).

2.5 De curator zal dan ook van de instantie worden ontslagen voor wat betreft de vordering van [appellant 3] op de curator.

### **Rechtbank Gelderland 9 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4707**

*(Een curator neemt zaken tot zich die naar zijn mening tot de boedel behoren. Zij vordert ze niet terug, maar doet een beroep op de RC om ze terug te krijgen. De RC wijst dit af, omdat de verzoekster eigendom claimt maar geen vordering op de boedel heeft. Vaste rechtspraak is dat art. 69 Fw niet gegeven is om schuldeisers in gelegenheid te stellen een aan hen persoonlijk toekomend recht tegenover boedel geldend te maken (HR 31 december 1925, NJ 1926, 316))*

3.1. Voorop staat dat art. 69 Fw slechts gegeven is om aan de schuldeisers en de gefailleerde invloed toe te kennen op het beheer van de failliete boedel en om, zo zij menen dat bij het beheer fouten worden gemaakt, deze te doen herstellen of te voorkomen (HR 10 mei 1985, NJ 85/792).

3.2. De eerste vraag is dus of verzoekster als schuldeiser in de zin van art. 69 Fw kan worden beschouwd.

3.3. Verzoekster stelt niet (voldoende duidelijk) dat zij ten tijde van het faillissement van de failliet een vordering op hem had.

3.4. Voor zover verzoekster heeft betoogd dat zij boedelschuldeiser is geworden doordat zij schade heeft geleden vanwege de omstandigheid dat de curator ten onrechte de aan haar behorende zaken heeft meegenomen, geldt het volgende. Niet gebleken is dat verzoekster door de inbeslagname van deze zaken schade heeft geleden en verzoekster heeft ook niet gesteld welke schade dat dan zou zijn. De curator heeft ter zitting toegelicht dat hij de drie hierboven genoemde auto's en de set winterbanden na inbeslagname bij een bergingsbedrijf heeft gestald en dat de zaken daar thans nog aanwezig zijn. Van een situatie waarbij de curator ten onrechte een zaak van een ander heeft verkocht en waarvoor de boedel jegens de benadeelde aansprakelijk kan zijn, is dus (nog) geen sprake. Op deze grond kan dan ook niet worden aangenomen dat verzoekster een boedelschuldeiser is. Bij deze stand van zaken kan in het midden blijven of boedelschuldeisers in het geval van een negatieve boedel (wanneer in de boedel onvoldoende baten zitten om zelfs de boedelschulden te voldoen) toegang zouden moeten hebben tot

de procedure van art. 69 Fw, zoals prof. mr. F.M.J. Verstijlen in zijn noot onder HR 5 september 2003, JOR 2003/289 heeft betoogd.

Ten overvloede overweegt de rechtbank dat het vaste jurisprudentie is dat een boedelschuldeiser geen schuldeiser is in de zin van art. 69 Fw (zie ook Verstijlen 2014, (*T&C In*), aant. 2 bij art. 69 Fw, Verstijlen, GS Faillissementswet, art. 69, aant. 9 en Wessels Insolventierecht IV (2010), par. 4230) omdat zij het in art. 69 Fw neergelegde controle-instrument niet nodig hebben en hun eigen belangen kunnen en moeten behartigen, hetgeen in deze zaak is gebeurd doordat tussen partijen een bodemprocedure loopt. 3.5. Verzoekster wil primair afgifte van de van de door de curator meegenomen Suzuki Bandit, de twee Porsches en de set winterbanden omdat zij daarvan eigenaar zou zijn. Volgens de curator behoren de in beslag genomen zaken tot de failliete boedel. Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben. Wie als eigenaar een zaak van een ander opvoert, vordert niet voldoening uit diens vermogen maar hij vordert een zaak die juist niet tot dat vermogen behoort. Verzoekster, die afgifte van de haar in eigendom behorende zaken wenst, is dus ook op deze grond niet als schuldeiser in de zin van de Faillissementswet te beschouwen.

Bovendien is volgens vaste rechtspraak art. 69 Fw niet gegeven om schuldeisers in de gelegenheid te stellen op deze eenvoudige wijze een aan hen persoonlijk toekomende recht tegenover de boedel geldend te maken (HR 31 december 1925, NJ 1926, 316).

3.6. De conclusie is dat verzoekster niet in haar verzoek kan worden ontvangen en dat het verzoek daarmee moet worden afgewezen. Het beroep faalt daarom. De bestreden beschikking van de rechter-commissaris wordt bekrachtigd.

#### **Rechtbank Gelderland 27 mei 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4522**

*(Faillissementspauliana betreffende overschrijving kentekens auto's, geldlening en inbetalinggeving. Curator heeft overdracht voertuigen terecht vernietigd)*

##### **De voertuigen (Moto Motorini en Porsche 911)**

4.2. De curator stelt zich op het standpunt dat de overschrijving van de kentekens en de levering van de Moto Motorini, Porsche 911 en Audi (voor zover de levering van deze auto reeds voor faillissement heeft plaatsgevonden) onverplicht zijn geschied in de zin van art. 42 Fw. Met die handelingen zijn bovendien de schuldeisers benadeeld. Voor zover er een verplichting aan de overdracht ten grondslag lag, doet zij een beroep op art. 47 Fw.

4.3. De rechtbank stelt bij haar beoordeling voorop dat de curator, anders dan gedaagde aanvoert, aan haar vorderingen op dit onderdeel niet ten grondslag legt dat (enkel) de overschrijving/tenaamstelling benadelend en paulianeus is. De curator verwijt gedaagde immers dat het samenstel van rechtshandelingen waarmee de overschrijving van kentekens en de levering van voertuigen is bewerkstelligd, paulianeus was.

4.4. Gedaagde heeft met betrekking tot de Moto Motorini en Porsche 911 (eerst) ter comparitie ver-

klaard dat zij de failliet in oktober 2013, toen hij zijn nieuwe winkelpand aan de [adres] betrok, twee bedragen heeft geleend tot een totaal van € 25.000,-. Ter comparitie heeft zij in dit kader twee bescheiden van ING Bank overgelegd waaruit dit volgens haar kan worden afgeleid. Gedaagde heeft verder verklaard dat zij als een soort zekerheid de Moto Motorini en Porsche 911 had gekregen. Deze voertuigen zijn toen ook bij haar gestald en de kentekensbewijzen zijn haar ter hand gesteld. Als de failliet het geleende bedrag binnen een half jaar zou terugbetalen had hij de voertuigen teruggekregen, aldus gedaagde ter comparitie. Nu de failliet de € 25.000,- niet heeft terugbetaald heeft gedaagde de lening, zo begrijpt de rechtbank haar stellingen ter comparitie, ingelost met de twee voertuigen.

4.5. De curator heeft ter comparitie erkend dat zij de bijschrijving van twee bedragen van in totaal € 25.000,- had waargenomen op de bankafschriften van de failliet, echter zonder de omschrijving die thans is te zien op de door gedaagde overgelegde bescheiden. Dat deze bedragen zijn overgeschreven ten titel van lening, onder de voorwaarden zoals door gedaagde ter comparitie gesteld, heeft zij ter comparitie betwist.

4.6. De rechtbank ziet aanleiding nu eerst de subsidiaire grondslag van de vordering te bespreken. Veronderstellenderwijs uitgaande van de juistheid van de stelling van gedaagde dat zij geld heeft geleend aan de failliet en daarbij heeft afgesproken dat, bij gebreke van betaling binnen zes maanden, de lening zou worden afgelost door inbetalinggeving van de voertuigen, is de overdracht van de voertuigen aan te merken als een verplichte rechtshandeling als bedoeld in art. 47 Fw. Naar het oordeel van de rechtbank slaagt dan het beroep van de curator op art. 47 Fw en is er sprake van samenstelling. De rechtbank overweegt daartoe het volgende.

4.7. De failliet heeft naar aanleiding van het verhoor bij de rechter commissaris verklaard dat hij voor het opstarten van zijn winkel in oktober 2013 geen financiering van de bank kreeg. Inventaris en goederenvoorraad voor de nieuwe winkel kwamen enerzijds uit de oude winkel en werden overigens gefinancierd door leveranciers. De failliet heeft voorts voor de opstart privé spullen verkocht en geld geleend van zijn vriendin, gedaagde en van zijn vader, [... 2]. De termijn voor terugbetaling van het door gedaagde verstrekte opstartkrediet van een half jaar acht de rechtbank niet bijzonder ruim. Dit geldt te meer nu, zoals uit de verklaring van de failliet kan worden afgeleid, de financiële situatie bij opstart niet gunstig was. Immers, de winkel zou er zonder de door zijn vriendin en vader verstrekte gelden nooit zijn gekomen, aldus [gefailleerde]. Met het maken van de gestelde afspraak, dat als gedaagde niet binnen een half jaar zou worden terugbetaald, zij zou worden betaald met voertuigen moeten, in het licht van het voorgaande, zowel de failliet als ook gedaagde zich hebben gerealiseerd dat gedaagde werd begunstigd boven andere crediteuren. Zij zou immers worden betaald op het moment dat de failliet niet aan zijn verplichtingen,

dus ook die jegens andere schuldeisers, zou kunnen voldoen. Dit scenario heeft zich ook gerealiseerd. Immers, de winkel is ruim een half jaar na opstart, in juni 2014, leeggehaald terwijl er, zoals de failliet naar aanleiding van het faillissementsverhoor heeft verklaard, op dat moment geen inkomsten meer werden gegenereerd om de lening terug te betalen. Terwijl bovendien de werknemers sinds mei 2014 geen salaris meer betaald kregen is gedaagde betaald met voertuigen. Naar het oordeel van de rechtbank is daarmee voldoende komen vast te staan dat met die afspraak en met het vervolgens uitvoering geven aan die afspraak, gedaagde is begunstigd boven andere crediteuren, welke crediteuren bovendien, voor zover het de werknemers betrof, een hogere preferentie hadden.

4.8. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de curator de overdracht van de voertuigen Moto Motorini ([kenteken]) en Porsche 911 ([kenteken]) door de failliet aan gedaagde terecht heeft vernietigd. Haar vordering tot teruggave van deze voertuigen kan worden toegewezen.

#### **De Audi**

4.9. De curator stelt zich op het standpunt dat de levering van het voertuig Audi ([rekeningnummer]) door de failliet aan gedaagde heeft plaatsgevonden na datum faillissement, nu uit het uittreksel uit het register van de RDW blijkt dat de Audi op 30 juli 2014, dus daags na uitspreken van het faillissement op naam van gedaagde is gesteld. De failliet was ingevolge het bepaalde in art. 23 Fw. beschikkingsonbevoegd zodat er geen rechtsgeldige overdracht heeft plaatsgevonden.

4.10. Gedaagde heeft aangevoerd dat zij de Audi al voor faillissementsdatum in haar bezit had en zich op het standpunt gesteld dat tenaamstelling van de kentekens geen constitutief vereiste is voor levering van voertuigen, nu auto's worden overgedragen door bezitsverschaffing (art. 3:90 BW). Ter comparitie heeft gedaagde voorts verklaard dat de failliet, zoals ook blijkt uit het register van de RDW, de Audi op 1 april 2014 had aangeschaft voor een bedrag van € 4.400,00 en dat hij er zelf gebruik van had gemaakt. Hij heeft er (voor zijn rekening) voor een bedrag van € 2.000,00 reparaties aan verricht, aldus gedaagde. Gedaagde is vervolgens gebruik gaan maken van de auto, heeft van de failliet het kentekenbewijs in ontvangst genomen en omstreeks juni 2014 de auto van de failliet overgenomen tegen contante betaling van € 2.800,-.

4.11. De rechtbank is van oordeel dat de tenaamstelling in het register van de RDW niet bepalend is voor de vraag wiens eigendom het betreffende voertuig is. Het is bovendien aan de koper, in dit geval gedaagde, om als eigenaar het kenteken op haar naam te laten zetten. Dit betekent dat de curator, op de enkele grond dat de overschrijving na faillissement plaatsvond, geen beroep toekomt op onbevoegde overdracht door de failliet als bedoeld in art. 23 Fw.

4.12. De curator heeft subsidiair een beroep gedaan op de Pauliana. Zij heeft zich op het standpunt gesteld dat de Audi zonder enige rechtsgrond is overgedragen aan gedaagde. Ter comparitie heeft zij in

dit kader aangevoerd dat zij van [gefaillieerde], na het uitspreken van het faillissement, slechts zeer beperkte informatie heeft gekregen over (onder meer) de grondslag van overdracht en overschrijving van de verschillende voertuigen. Het was voor haar op grond van de door de failliet verstrekte informatie en administratie niet inzichtelijk welke afspraken aan de leveringen ten grondslag hebben gelegen. Daarentegen heeft zij verklaard dat zij herhaaldelijk van derden (waaronder crediteuren) heeft vernomen dat de failliet doende was zijn wagenpark te vervreemden.

4.13. In reactie op de stelling van gedaagde ter zitting dat zij voor een bedrag van € 2.800,- de Audi zou hebben gekocht, heeft de curator ter comparitie erkend dat het bedrag ter hoogte van € 2.800,- haar bekend was en daarnaast verklaard dat zij dit bedrag eerder niet direct in verband had gebracht met de aankoop van de Audi. De rechtbank constateert dat de betaling door gedaagde van € 2.800,- ten titel van koop, strookt met de verklaring die de failliet zelf heeft gegeven naar aanleiding van het faillissementsverhoor bij de rechter-commissaris.

4.14. Gezien de hoogte van dit bedrag heeft de curator zich vervolgens op het standpunt gesteld dat de waarde der verbintenis aan de zijde van de schuldenaar, die der verbintenis aan de andere zijde overtreft. De auto is volgens de door haar geraadpleegde verkoopkanalen zeker € 6.000,00 waard. Zij heeft daarmee een beroep gedaan op het bewijsvermoeden van art. 43 lid 1 sub 1 Fw.

4.15. Uit de door de curator overgelegde stukken kan weliswaar worden afgeleid dat er voor dit type auto ook prijzen worden betaald van rond € 6.000,-, maar ook dat de auto's voor bedragen rond € 4.000,- worden aangeboden. Nu de curator het verweer van gedaagde dat er de nodige kosten zijn gemaakt voor herstel van de auto ter comparitie niet heeft weersproken, heeft gedaagde het bewijsvermoeden van art. 43 lid 1 sub 1 Fw naar het oordeel van de rechtbank voldoende ontzenuwd. De rechtbank zal de vordering van de curator met betrekking tot de Audi dan ook afwijzen.

#### **De betalingen**

4.16. De curator heeft zich op het standpunt gesteld dat ook de betalingen paulianeus zijn. Zij heeft betwist dat de betalingen verplicht waren. Voor zover er is betaald op vorderingen van gedaagde op de failliet en er derhalve sprake was van verplichte rechtshandelingen die vallen onder het bereik van art. 47 Fw, stelt de curator zich op het standpunt dat deze betalingen vernietigbaar zijn op grond van, kort gezegd, samenspanning. Daarnaast geldt dat de betalingen zijn verricht in het tijdvak gelegen tussen de aankondiging van indiening van het faillissementsrekest en de daadwerkelijke indiening daarvan enerzijds en anderzijds het uitspreken van het faillissement op 29 juli 2014.

4.17. Gedaagde heeft met betrekking tot de betaling van € 5.000,- respectievelijk € 3.600,- op 18 en 21 juli 2014 aangevoerd dat de failliet als vertegenwoordiger van gedaagde inboedel van haar heeft verkocht. De ontvangsten hebben nimmer tot zijn vermogen behoord en als dat al zo zou zijn, dan had de failliet

zich er toe verplicht de betreffende opbrengst aan gedaagde te voldoen.

4.18. De rechtbank ziet aanleiding ook hier eerst de subsidiaire grondslag van de vordering van de curator te bespreken. Indien het verweer van gedaagde wordt gevolgd dat de betalingen verplicht waren, is er naar het oordeel van de rechtbank ook hier sprake geweest van samenspanning als bedoeld in art. 47 Fw. De rechtbank verwijst daartoe in de eerste plaats naar hetgeen zij heeft overwogen in rechtsoverweging 4.7. Ten aanzien van de betalingen heeft voorts te gelden dat er is betaald aan de vriendin van de failliet nadat de winkel al was leeggehaald. Bovendien werden er op dat moment, zo heeft de failliet naar aanleiding van het faillissementsverhoor verklaard, geen inkomsten meer gegenereerd om eerder verstrekte leningen terug te betalen en was om die reden met de voertuigen de door gedaagde aan de failliet verstrekte lening reeds afgelost. Daarnaast geldt dat de werknemers sinds mei 2014 geen salaris meer betaald kregen en heeft hier bovendien te gelden dat is betaald op 18 en 21 juli 2014, dus nadat door de werknemers het faillissement is aangevraagd. Gezien de constellatie van feiten is hiermee naar het oordeel van de rechtbank de samenspanning gegeven en voldoende komen vast te staan dat de twee bedragen zijn betaald met het oogmerk de vriendin van [gefaillieerde], gedaagde te begunstigen boven andere crediteuren.

4.19. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de curator de betaling van de twee bedragen op 18 en 21 juli 2014 terecht heeft vernietigd. Deze bedragen dienen derhalve te worden terugbetaald.

**De contante betaling van € 16.000,-**

4.20. Bij akte vermeerdering van eis heeft de curator tot slot gevorderd dat het kassaldo dat op 7 juni 2014 aan gedaagde is uitbetaald aan de curator wordt terugbetaald.

4.21. Gedaagde heeft betwist dat zij contante betalingen van de failliet heeft ontvangen. Bovendien klopt het genoemde kassaldo niet, omdat de boekhouder in de kasadministratie niet de kasmutaties (stortingen en uitgaven) heeft verwerkt van de maand mei 2014, zo stelt zij.

4.22. De rechtbank verwerpt dit verweer van gedaagde. Bij bestudering van de kasuitdraai blijkt immers dat op de laatste dag van iedere maand steeds eerst de omzet (ontvangsten) werd geboekt en daarna de verschillende uitgaven boekhoudkundig werden verwerkt. Die verwerking vond steeds plaats op de laatste dag van de maand. Ontvangsten en uitgaven (die feitelijk plaatsvonden gedurende de maand) werden eerder dus nimmer dagelijks, laat staan wekelijks verwerkt. Aldus is in de periode voor het faillissement ook gehandeld. Dat er, zoals gedaagde aanvoert, in de maand mei geen kasmutaties zijn verwerkt leidt dan ook niet tot de gevolgtrekking die gedaagde daaraan verbindt, namelijk dat de kasuitdraai niet klopt. Uit de uitdraai blijkt immers ook dat de omzet over de periode mei tot en met 7 juni 2014 op 7 juni 2014 is geboekt. Dit betreft de zaterdag in het weekend waarin de winkel door de failliet is leeggehaald. Op diezelfde dag is een bedrag ter grootte van €

44.000,- onder de noemer 'bank' aan de creditzijde opgenomen. Nadien is er geen omzet meer gegenereerd en logischerwijs evenmin verwerkt in de kasuitdraai en is, zo blijkt uit die uitdraai, het aanwezige saldo, ook op 7 juni 2014 in delen afgeboekt. Deze verschillende uitgaven zijn, net zoals de periode daarvoor, weer op één dag geboekt. Nu overigens niet is gesteld of gebleken dat de kasuitdraai onjuist is verwerkt de rechtbank het verweer van gedaagde en gaat zij, mede gezien de verklaring van de boekhouder hieromtrent, uit van de juistheid van de in de kasuitdraai weergegeven betaling aan gedaagde van € 16.000,-.

4.23. De curator heeft gesteld dat voor betaling van dit bedrag iedere rechtsgrond ontbrak. Gedaagde heeft het onverplichte karakter van de betaling niet betwist. Gesteld noch gebleken is dat voor deze betaling een rechtsgrond was. De rechtbank overweegt dat voor zover er een rechtsgrond was (de rechtsgrond voor betalingen die gedaagde aanvoert is steeds de lening van oktober 2013), deze schuld, ingevolge de eigen stellingen van gedaagde, middels inbetalinggeving van de auto's al was ingelost. De conclusie kan dan ook geen ander zijn dan dat er zonder enige rechtsgrond is betaald.

4.24. Nu voorts heeft te gelden dat is gesteld noch gebleken dat de failliet enige tegenprestatie heeft ontvangen voor deze betaling, was de betaling niet alleen onverplicht, maar ook om niet. De betaling heeft plaatsgevonden in de maand voor het uitspreken van het faillissement in welk geval ingevolge art. 45 Fw slechts wetenschap bij de schuldenaar zelf is vereist en de failliet ingevolge dat artikel wordt vermoed te hebben geweten dat door deze betaling de schuldeisers zouden worden benadeeld. De wetenschap van benadeling aan de zijde van de failliet is nergens weersproken, zodat de rechtbank uitgaat van de aanwezigheid daarvan.

4.25. De slotsom luidt ook dat de curator ook de contante betaling van € 16.000,- op 7 juni 2014 terecht heeft vernietigd en dat de vordering van de curator op dit punt kan worden toegewezen.

**Rechtbank Noord-Nederland, zittingsplaats Assen, 3 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3099**

*(Schuldeiser in faillissement stelt de curator q.q. en pro se aansprakelijk op de grond dat zij geen betaling in het faillissement ontvangt. De rechtbank wijst onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 16 december 2011 (ECLI:NL:HR:2011: BU4204, Prakke/Gips) de vordering toe)*

4.12. Het verwijt dat Atropa de curator maakt, is gelegen in de wijze waarop hij het faillissement van PSI (en de overige failliete vennootschappen) heeft afgewikkeld. Om een doorstart van de ondernemingen van de vennootschappen te realiseren, heeft de curator de activa van de failliete vennootschappen aan Trimoteur verkocht. Daarbij is ten aanzien van de immateriële activa overeengekomen dat Trimoteur – ten titel van de koopsom – de concurrente en preferente crediteuren van de failliete vennootschappen een percentage van respectievelijk 40% en 80% van hun vordering betaalt. Met het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden is ko-

men vast te staan dat deze regeling niet van toepassing is op de vordering van Atropa. Dit heeft tot gevolg gehad dat Atropa geen betaling van Trimoteur heeft ontvangen. Ook de boedel biedt Atropa geen uitzicht op betaling. Atropa houdt de curator aansprakelijk voor de schade die zij lijdt en die zij stelt op 40% van haar vordering.

4.13. De vraag of een curator q.q. aansprakelijk is, moet worden beantwoord aan de hand van de (gewone) maatstaven van art. 6:162 BW (zie HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, *Curatoren Mobell/Interplan*). Dit betekent dat sprake moet zijn van een onrechtmatige daad die aan de curator kan worden toegerekend. Daarvoor is vereist dat de onrechtmatige daad te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

4.14. In het arrest van de Hoge Raad van 19 april 1996 (ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *Maclou*) is overwogen, samengevat weergegeven, dat het voor de aansprakelijkheid van een curator pro se bepalend is of is gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. In het arrest van de Hoge Raad van 16 december 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BU4204, *Prakke/Gips*) is, voor zover hier van belang, overwogen:

*‘De faillissementscurator kan wegens een onzorgvuldige uitoefening van zijn wettelijke taak tot beheer en vereffening van de boedel persoonlijk aansprakelijk zijn jegens degenen in wier belang hij die taak uitoefent, te weten de (gezamenlijke) schuldeisers, en jegens derden met de belangen van wie hij bij de uitoefening van die taak rekening heeft te houden, zoals de gefailleerde. Voor zover de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe. De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend. Hetzelfde geldt voor de wijze waarop hij rekening houdt met andere bij het beheer en de afwikkeling van de boedel betrokken belangen en voor de wijze waarop hij bij dat beheer of die afwikkeling uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen tegen elkaar afweegt. Bij het te gelde maken van het actief van de boedel, waarop de verwijten zien die Gips de Curator in deze zaak maakt, komt de faillissementscurator de hier bedoelde vrijheid toe.*

*De norm van het Maclou-arrest ziet op genoemde persoonlijke aansprakelijkheid van de curator wegens een onjuiste taakuitoefening in een geval dat de in 3.4.2 bedoelde vrijheid voor hem bestond. Bij de toepassing van deze norm heeft de rechter de vraag te beantwoorden of, uitgaande van bedoelde vrijheid, een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht, in de gegeven omstandigheden in redelijkheid tot de desbetreffende gedragslijn zou hebben kunnen komen. Bij deze toetsing past, zoals uit de norm van het arrest naar haar aard volgt, inderdaad terughoudendheid, zoals de klacht betoogt. Voor persoonlijke aansprakelijkheid is immers*

*vereist dat de curator ook persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt van zijn handelen. Daarvoor is vereist dat hij gehandeld heeft terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien.’*

4.15. De rechtbank stelt tegen deze achtergrond voorop dat een curator ingevolge art. 68 Fw belast is met het beheer en de vereffening van de failliete boedel en dat hij die taak in de eerste plaats ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers verricht, maar ook dat hij heeft acht te slaan op belangen van maatschappelijke aard (HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, *Sigmacon II* en HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7797, *De Bont/Bannenberg q.q.*). Bij het beheer en de afwikkeling van een faillissement moet de curator de rechtmatige aanspraak van de schuldeisers respecteren: de schuldeisers hebben op grond van (het systeem van) de Faillissementswet en art. 3:277 BW recht op een uitkering naar hun rang. Dit geldt ongeacht of de vordering een achtergestelde vordering betreft.

4.16. Met het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden is komen vast te staan dat Atropa als enige schuldeiser in het faillissement van PSI geen betaling heeft of zal ontvangen. Deze situatie is het directe gevolg van het feit dat Atropa buiten de regeling van art. 3.2. van de overeenkomst is gebleven. Er is niets aangevoerd dat de conclusie kan rechtvaardigen dat dit de curator, die wordt geacht op te treden namens alle schuldeisers, niet kan worden toegerekend. Het verweer van de curator steunt op het samenstel van de overeenkomsten dat is gesloten en de positie die [aandeelhouder 2] daarbij innam. Dat verweer kan in al haar onderdelen echter niet slagen. Zo heeft het toenmalige Gerechtshof Leeuwarden in het arrest van 9 juli 2008 reeds geoordeeld dat, zoals hierboven ook al is overwogen, niet kan worden aangenomen dat Atropa afstand heeft gedaan van haar vordering. Dit betekent dat het verweer in zoverre afstuit op art. 236 Rv. Hetzelfde geldt voor zover de curator aanvoert dat separate afspraken met [aandeelhouder 2] zijn gemaakt. De toenmalige rechtbank Assen heeft dit niet bewezen geacht, een oordeel waartegen destijds niet is gegriefd. Voor zover het Gerechtshof die stelling ook niet al heeft beoordeeld, kan de curator ook niet worden gevolgd in het verweer dat hij erop mocht vertrouwen dat de vordering van Atropa door de partijen bij de overeenkomst zou worden meegenomen. In dat verweer maakt de curator ten onrechte geen onderscheid tussen Atropa, [aandeelhouder 2] en de verschillende hoedanigheden van [aandeelhouder 2]. Daarnaast is het niet te verenigen met de stellingen van de curator dat het ‘voor alle partijen duidelijk was dat de overeenkomst Atropa geen recht gaf op een uitkering’ en dat dat voor hem ook ‘logisch’ was (CvD. randnrs. 102 en 105).

4.17. De rechtbank komt hiermee tot het oordeel dat de curator in strijd met art. 3:277 BW en (het systeem van) de Faillissementswet heeft gehandeld en dat hem dit toegerekend kan worden. De curator heeft hiermee onrechtmatig jegens Atropa gehandeld ex art. 6:162 BW, zodat hij q.q. aansprakelijk

is jegens Atropa. De curator is daarnaast naar het oordeel van de rechtbank pro se aansprakelijk. De curator heeft met zijn handelswijze niet gehandeld zoals mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Redengevend is dat de curator heeft gehandeld in strijd met de voor de afwikkeling van het faillissement geldende regels zodat hem op dit punt geen beleidsvrijheid toekwam.

**Rechtbank Noord-Nederland, 16 juni 2015, ECLI: NL:RBNNE:2015:3950**

(Art. 21 sub 7 Fw. Bankspaarrekeningen vallen buiten de boedel. Dit artikel stelt niet de eis van 'onredelijke benadeling' zoals die eis wordt gesteld in art. 22a Fw ten aanzien van de vraag of het recht van afkoop van een levensverzekering al dan niet buiten de boedel valt) 1.9. Bij brief van 15 december 2015 heeft de bewindvoerder de rechter-commissaris bericht, voor zover hier van belang:

*In bovengenoemde schuldsaneringsregeling is mij gebleken dat saniet een oudedagsvoorziening heeft bij de Rabobank. Het betreft twee rekening met omschrijving Toekomstsparen, te weten (...) en (...). het saldo van de betreffende rekening bedraagt op dit moment respectievelijk € 13.062,23 en € 900,00. (...)*

*Aan saniet is meegedeeld dat deze pensioenregelingen in beginsel dienen te worden afgekocht ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren, saniet is gevraagd om over deze regeling zijn standpunt te geven, waarbij hij mij heeft bericht dat hij deze toch graag wil behouden in verband met het feit dat hij op dit moment volledig is afgekeurd en een uitkering ontvangt. Hij geeft aan geen gelegenheid meer te hebben om in de toekomst alsnog een pensioenregeling op te bouwen. Een afschrift van zijn e-mailbericht hierover treft u bijgaand eveneens aan.*

*Ondanks het feit dat de regeling een verzorgingskarakter heeft is ondergetekende van mening dat deze dient te worden afgekocht, ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren. Na ommekomst van de WSNP periode bestaat nog voldoende gelegenheid een oudedagsvoorziening te treffen zodat ik van mening ben dat saniet hiermee niet onredelijk wordt benadeeld.*

*Vriendelijk verzoek ik u mij te berichten of u met mij van mening bent dat deze voorziening dient te worden afgekocht, zodat ik de bank hierover kan aanschrijven.*

1.10. De brief is door de rechter-commissaris voorzien van een stempel dat vermeldt 'Toegestaan als verzocht' en is door de rechter-commissaris ondertekend.

1.11. Aan het beroep is door appellant ten grondslag gelegd, samengevat weergegeven, dat de bewindvoerder aan het verzoek aan de rechter-commissaris onjuiste informatie en onvolledige informatie ten grondslag heeft gelegd, waardoor is miskend dat op grond van het bepaalde in art. 295 lid 4 aanhef en onder c Fw de aanspraken van appellant buiten de boedel vallen. Aan het verzoek is daarom ook ten grondslag gelegd dat ten onrechte toestemming is gegeven voor de afkoop. Verder is aangevoerd dat ten onrechte is gesteld dat appellant na het einde van de schuldsanering nog voldoende mogelijkehe-

den heeft om een oudedagsvoorziening te treffen, terwijl appellant volledig arbeidsongeschikt is en het UWV ook heeft aangegeven dat voor appellant geen functies meer te duiden zijn en, mede in aanmerking genomen dat appellant thans 52 jaar oud is, aangenomen mag worden dat appellant tot de pensioengerechtigde leeftijd aangewezen zal blijven op een WAO-uitkering.

1.12. Art. 21 aanhef en onderdeel 7 Fw luiden, samengenomen:

*Niettemin blijven buiten het faillissement: een aanspraak op het tegoed van een lijfrentespaarrekening of op de waarde van een lijfrentebeleggingsrecht als bedoeld in artikel 1.7, eerste lid, onderdeel b, van de Wet inkomstenbelasting 2001 voor zover de ter zake ingelegde bedragen voor de heffing van de inkomstenbelasting in aanmerking konden worden genomen voor de bepaling van het belastbare inkomen uit werk en woning.*

1.13. Onderdeel 7 strekt ertoe om fiscaal gefaciliteerde spaar- en beleggingsrekeningen eenzelfde bescherming te bieden als de bescherming van een levensverzekering die niet kan worden afgekocht (zie: art. 7:986 lid 4 jo. 7:978 lid 1 BW en 22a Fw). Daartoe wordt bepaald dat aanspraken op het tegoed of de waarde van dergelijke rekeningen buiten faillissement blijven. De ratio voor die bescherming is dat dergelijke tegoeden oudedags- of nabestaandenvoorzieningen plegen te zijn en dat dergelijke voorzieningen buiten het bereik van schuldeisers dienen te blijven. (zie: *Kamerstukken II 2011/12, 32 426, nr. 23, p. 4.*)

1.14. Uit het dossier blijkt dat de beide rekeningen onder het bereik vallen van art. 21 onderdeel 7 Fw, immers de Rabobank beschrijft in de aan het beroepschrift gehechte brief aan de bewindvoerder van 3 december 2014 dat het gaat om bankspaarproducten en het afkopen van bankspaarproducten fiscale gevolgen heeft.

1.15. Ten overvloede overweegt de rechtbank dat in art. 21 Fw niet de eis van 'onredelijke benadeling' wordt gesteld die in art. 22a lid 1 onderdeel a en b wel wordt gesteld bij de vraag of het recht op het doen afkopen van een levensverzekering buiten de boedel valt. Voor zover die eis wel van toepassing zou zijn, had dat voor de uitkomst van deze procedure geen verschil gemaakt. De bankspaarrekeningen plegen naar hun aard een verzorgingskarakter te hebben en appellant beschikt niet over andere voorzieningen om in zijn oudedagsbehoefte te voorzien. Appellant beschikt gelet op zijn gezondheidstoestand redelijkerwijze ook niet over de mogelijkheid om in de toekomst daarin alsnog te gaan voorzien. De door de bewindvoerder voorgestane 'afkoop' leidt daarom tot een onredelijke benadeling van appellant.

1.16. Uit het voorgaande blijkt dat de bewindvoerder onjuiste en onvolledige informatie aan de rechter-commissaris heeft verstrekt en de rechter-commissaris op basis van die onjuiste en onvolledige informatie toestemming heeft gegeven. De beroepen beslissing zal daarom worden vernietigd. De rechtbank zal, opnieuw rechtdoende, het verzoek van de bewindvoerder alsnog afwijzen.



**Rechtbank Overijssel, zittingsplaats Almelo,  
17 juni 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3123**

*(Er is sprake van een Duits faillissement waarbij debiteuren op een Nederlandse bankrekening betalen. De vraag rijst of een cessie naar Duits recht wel of niet rechtsgeldig is)*

5.1 Eiser is gevestigd in het buitenland. De zaak heeft daarom een internationaal karakter. Gedagde is gevestigd te Nederland, zodat de Nederlandse rechter bevoegd is om kennis te nemen van de vordering (art. 2 Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechtelijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en in handelszaken). Verder is de rechtbank bevoegd op grond van het bepaalde in art. 99 lid 1 Rv nu de bank gevestigd is binnen het rechtsgebied van deze rechtbank.

5.2 Niet in geschil is dat de bank na datum faillissement van Partner Back € 97.019,55 van de debiteuren van Partner Back bijgeschreven heeft gekregen. Het meest verstrekkende verweer is dat de bank de vorderingen op de debiteuren gecedeerd heeft gekregen van Partner Back. De curator betwist dat de beweerde cessie rechtsgeldig is.

5.3 Aan de orde is een rechtsbetrekking waarbij partijen betrokken zijn die niet beide in hetzelfde land zijn gevestigd. Eerst dient dan beoordeeld te worden welk recht van toepassing is op de beweerdelijke contractuele rechtsverhouding tussen deze partijen.

In de overeenkomst inzake algehele cessie oftewel het Globalzessionsverdrag is geen rechtskeuzebeding opgenomen.

5.4 Van toepassing is EU-verordening nr. 593/2008 oftewel Rome I-verordening. Ingevolge het bepaalde in art. 14 lid 1 van de verordening worden de betrekkingen tussen cedent en cessionaris beheerst door het recht dat ingevolge deze verordening op de tussen hen bestaande rechtsverhouding van toepassing is. In de overeenkomst van cessie is Partner Back de partij die de meest kenmerkende prestatie moet verrichten. Toepassing van art. 4 lid 2 van de verordening leidt er dan toe dat het Duits recht op de overeenkomst van toepassing is. Op grond van het bepaalde in art. 14 van de verordening worden de betrekkingen tussen Partner Back als cedent en de bank als cessionaris dan beheerst door Duits recht.

5.5 Volgens de curator is aan de vereisten voor cessie niet voldaan omdat er geen (rechtsgeldige) akte van cessie is gevestigd en er geen mededeling aan debiteuren is gedaan. Naar Duits recht is cessie echter vormvrij. Naar Duits recht is mededeling aan de debiteur geen constitutief vereiste.

5.6 Over het toepasselijk recht aangaande de vertegenwoordigingsbevoegdheid van [K] oordeelt de rechtbank dat het Nederlandse recht van toepassing is op grond van het bepaalde in art. 10:125 BW jo art. 11 Haags Vertegenwoordigingsverdrag van 14 maart 1978.

5.7 De curator betwist gemotiveerd dat Partner Back aan de Globalzession is gebonden.

De overeenkomst is niet gedateerd en niet door Partner Back getekend.

De bank stelt hiertoe dat de overeenkomst is getekend door [K], namens Partner Back en dat [K] de vertegenwoordigingsbevoegdheid rechtstreeks van het bestuur van Partner Back heeft verkregen. De bank adstrueert dit echter niet. Uit de overeenkomst van algehele cessie volgt dit niet. Een schriftelijke volmacht waaruit zulks kan worden afgeleid, is er niet. Tevens is niet gesteld of gebleken dat de bank hierom wel heeft gevraagd.

5.8 De bank verwijst ter onderbouwing van haar stelling naar de door [K] getekende bindende offerte. Uit de bindende offerte volgt echter niet dat [K] bevoegd is om namens Partner Back een overeenkomst van algehele cessie aan te gaan.

5.9 Volgens de bank heeft [K] Partner Back niet als aandeelhouder vertegenwoordigd, maar heeft hij rechtstreeks, de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur verkregen. Ook dit adstrueert de bank echter niet. De bindende offerte, waarnaar de bank ter onderbouwing verwijst, heeft [K] getekend namens 't Vieker Beheer B.V. 't Vieker Beheer B.V. is aandeelhouder van Partner Back.

5.10 De bank voert verder aan dat zelfs indien [K] niet vertegenwoordigingsbevoegd zou zijn, de gevolgen van de overschrijding van de vertegenwoordigingsbevoegdheid zijn dat Partner Back gebonden is aan de Globalzession. De bank beroept zich op het bepaalde in art. 3:61 lid 2 BW.

5.11 De rechtbank overweegt hiertoe als volgt. Op grond van voormeld artikel hoeft onbevoegdheid van een vertegenwoordiger er niet aan in de weg te staan dat de vertegenwoordigde aan een onbevoegd verrichte rechtshandeling is gebonden.

Voor toerekening van schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan plaats zijn ingeval van gerechtvaardigd vertrouwen op de bevoegdheid op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van de door deze onbevoegd vertegenwoordigde achterman komen en waaruit naar verkeersopvatting zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid. Aan de orde is of een zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid is gewekt. De rechtbank acht het volgende hiervoor van belang.

5.12 Vast staat dat de bank ten tijde van het tekenen van de bindende offerte wist dat [K] geen bestuurder was van Partner Back. Tevens staat vast dat de bank ervan op de hoogte was dat [K] via zijn vennootschap 't Vieker Beheer B.V. aandeelhouder was van Partner Back. Niet is weersproken, en dus staat vast, dat in het Duitse handelsregister [K] ook niet als bestuurder ingeschreven heeft gestaan.

In dat licht zijn de – niet nader onderbouwde – stellingen van de bank dat zij mocht afgaan op de uitlatingen van de bestuurder van Partner Back (hierna [A]) dat [K] de financiering en de zekerheden zou uitonderhandelen en zou ondertekenen, en dat [A] nog overleg diende te voeren met [K], onvoldoende om de onbevoegd door [K] getekende Globalzession voor risico van Partner Back te laten komen. De bank heeft er dan ook niet gerechtvaardigd op mo-

gen vertrouwen dat [K] bevoegd was de Globalzession alleen te tekenen en Partner Back te binden.

5.13 Dat uit het ondertekenen van de bindende offerte door [K] zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid is gewekt voor het bevoegd aangaan van de Globalzession kan niet slagen. In de overeenkomst van geldlening is immers geen verplichting tot het sluiten van de Globalzession opgenomen. Dat Partner Back na het tekenen van de bindende offerte door [K] niet heeft laten weten dat het uiteindelijk toch niet de bedoeling was dat [K] namens Partner Back de offerte zou ondertekenen kan dan evenmin tot een ander oordeel leiden.

5.14 Dat in de overeenkomst wel over het vestigen van een pandrecht wordt gesproken, doet hier niet aan af. Het pandrecht is een ander rechtsfiguur met eigen vereisten. Een pandrecht is in casu niet gevestigd. Niet uit te sluiten valt dat dit zonder een officiële schriftelijke volmacht van Partner Back ook niet mogelijk zou zijn geweest.

5.15 De rechtbank is van oordeel dat van de bank als professionele instelling had mogen worden verwacht dat zij naar de vertegenwoordigingsbevoegdheid onderzoek zou hebben gedaan. Vooral in een situatie als deze, waarin de persoon die heeft getekend tevens aandeelhouder van de vennootschap is en die er als borg een eigen persoonlijk belang bij heeft dat de vennootschap al haar debiteuren ceedeert aan de bank.

5.16 Feiten en omstandigheden waaruit volgt dat Partner Back de overeenkomst van algehele cessie heeft bekrachtigd, zijn niet gesteld of gebleken. Als niet weersproken staat vast dat aan de overeenkomst geen uitvoering is gegeven. Inventarislijsten met daarop een overzicht van overgedragen en nog uitstaande vorderingen zijn niet toegezonden, evenmin heeft de bank om deze lijsten verzocht. Dat Partner Back naderhand niet heeft gesteld dat de Globalzession niet rechtsgeldig tot stand is gekomen kan evenmin tot een ander oordeel leiden. Niet is komen vast te staan dat Partner Back van het sluiten van deze overeenkomst op de hoogte was.

5.17 De rechtbank gaat voorbij aan het verweer dat de curator het voorrangrecht van de bank heeft erkend door inschrijving van de vordering op de insolventietabel. De inschrijving betreft immers slechts de vaststelling van de hoogte van de vordering. De gehele vordering van de bank, zonder aftrek van de door de debiteuren op de rekening-courant van Partner Back na faillissement betaalde bedragen is opgenomen. De rechtskracht van art. 178 lid 3 van de Duitse Faillissementswet heeft geen betrekking op eventuele waarborgrechten.

5.18 Dat tussen de curator en de bank over de onderhavige kwestie reeds een schikking tot stand is gekomen, wordt door de curator gemotiveerd weersproken en door de bank onvoldoende onderbouwd. Uit de overgelegde productie volgt dit niet. Deze stelling dient dan ook als onvoldoende onderbouwd te worden gepasseerd.

5.19 Het is aan de bank om ter onderbouwing van haar stelling voldoende feiten en omstandigheden aan te voeren. Nu de bank voor het overige geen feiten en omstandigheden stelt, komt de rechtbank

aan een bewijsopdracht in deze niet toe. De conclusie is dan dat van een rechtsgeldige Globalzession tussen Partner Back en de bank niet is gebleken. De vordering van de curator zal dan ook worden toegewezen.

5.20 Nu er geen sprake is van een handelsovereenkomst in de zin van het bepaalde in art. 6:119a BW zal niet de gevorderde wettelijke handelsrente, maar de wettelijke rente worden toegewezen. Wettelijke rente is verschuldigd vanaf datum verzuim. De bank stelt niet vanaf welke datum het verzuim is ingetreden. De rechtbank ziet aanleiding uit te gaan van de datum 31 oktober 2013, als genoemd in de dagvaarding, nu de bank niet heeft gesteld dat er op die datum geen sprake is van verzuim.

5.21 De vordering tot vergoeding van buitengerechtigde kosten zal worden afgewezen.

De curator heeft niet (voldoende onderbouwd) gesteld dat hij deze kosten daadwerkelijk heeft gemaakt en dat die kosten betrekking hebben op verrichtingen die meer omvatten dan een enkele aanmaning, het enkel doen van een schikkingsvoorstel, het inwinnen van eenvoudige inlichtingen of het op gebruikelijke wijze samenstellen van het dossier.

5.22 De bank zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de procedure.

#### **Rechtbank Den Haag 1 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9129**

*(Faillissementspauliana afgewezen. Er is niet voldaan aan het nadeelvereiste)*

6.5. Een van de vereisten om dit beroep te doen slagen is dat de betalingen aan YVB benadeling van de schuldeisers van Adler Oxford tot gevolg heeft gehad. Deze benadeling moet aanwezig zijn ten tijde dat omtrent het beroep van de curator wordt beslist. De vraag of benadeling aanwezig is moet worden beantwoord door de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte betalingen te vergelijken met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die betalingen onaangetast blijven.

6.6. Vast staat dat de betalingen hebben plaatsgevonden uit het door de Rabobank verstrekte krediet, dat destijds een negatief saldo had. De betalingen hebben dus geleid tot vergroting van de schuld van Adler Oxford aan de Rabobank en op zichzelf dus niet tot vermindering het actief van Adler Oxford. De schuld aan de Rabobank is in het kader van de doorstart overgenomen door de derde, die Adler Oxford ter zake heeft gevrijwaard. Hieruit volgt dat deze schuld niet ten laste van de faillissementsboedel is gekomen. Niettemin is volgens de curator sprake van benadeling van de schuldeisers, omdat hij in het kader van de doorstart de activa aan de derde heeft verkocht met inbegrip van, als passiefpost, de vordering van de Rabobank. Deze passiefpost heeft de verkoopprijs volgens de curator tenminste met het bedrag van de vordering van de Rabobank gedrukt. De benadeling bestaat volgens de curator hieruit dat de verkoopopbrengst van de activa veel lager is geweest dan de opbrengst die hij

zou hebben kunnen genereren indien de vordering van de Rabobank niet mede zou zijn overgedragen aan de derde. Nu de vordering van de Rabobank groter was ten gevolge van de betalingen, is de verkoopopbrengst navent lager geweest, aldus de curator.

6.7. Hierover wordt het volgende overwogen. Bij de te maken vergelijking dient ervan te worden uitgegaan dat ook zonder de gewraakte betalingen de schuld van de Rabobank door de derde zou zijn overgenomen. Op zich kan de omvang van deze schuld invloed hebben gehad op de prijs die de derde in het kader van de doorstart voor de activa heeft willen betalen. De curator heeft echter niet, althans onvoldoende, toegelicht hoe in dit geval de koopprijs voor de activa tot stand is gekomen. Dit brengt mee dat niet is gebleken dat, zonder de gewraakte betalingen, de koopprijs voor de activa tenminste met het bedrag van de gewraakte betalingen hoger zou zijn geweest dan thans is overeengekomen. Hierbij neemt de rechtbank in aanmerking dat onvoldoende is dat er sprake is geweest van een kans op benadeling van de schuldeisers. Uit het voorgaande volgt dat niet is komen vast te staan dat de schuldeisers ten gevolge van de betalingen aan YVB daadwerkelijk zijn benadeeld. Reeds hierom faalt het beroep van de curator op de faillissementspauliana en komt de rechtbank niet toe aan toetsing van de overige vereisten van deze rechtsgrond.

#### **Rechtbank Overijssel, zittingsplaats Almelo 8 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3665**

*(Aansprakelijkheid bestuurder. In deze zaak gaat het om de vraag of sprake is van benadeling van eiseres als schuldeiser van gefailleerde, waarvan gedaagden (middellijk) bestuurders waren)*

4.2 Ter beoordeling ligt voor de vraag of [gedaagde 1] en/of [gedaagde 2] uit hoofde van art. 6:162 BW (jo. 2:11 BW) Burgerlijk Wetboek (BW) persoonlijk aansprakelijk kan/kunnen worden gehouden voor de schuld van Allure Bouw aan [eiseres].

De rechtbank stelt in dat verband voorop dat, indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis, uitgangspunt is dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade.

Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad is alleen onder bijzondere omstandigheden, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een (indirect) bestuurder van de vennootschap.

Bij benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaald blijven van diens vordering kan, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt.

In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld, waar hem, mede gelet op zijn ver-

plichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Als maatstaf geldt in de onder (i) bedoelde gevallen of de betrokken bestuurder bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, en in de onder (ii) bedoelde gevallen of het handelen of nalaten als bestuurder van de betrokken vennootschap ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is, dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt (HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*) en HR 5 september 2014, NJ 2015, 21 en 22).

Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade, maar er kunnen zich ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.

4.3 Bij de beoordeling of een bestuurder jegens een specifieke schuldeiser van de vennootschap waarvan hij bestuurder is onrechtmatig heeft gehandeld in de hiervoor bedoelde zin, spelen alle omstandigheden van het geval een rol (HR 27 februari 2015, NJ 2015/240).

(...)

4.7 In het onderhavige geval staat tussen partijen vast dat [eiseres] eind 2012 en begin 2013 werkzaamheden voor Allure Bouw heeft verricht en dat die werkzaamheden in de periode van 4 december 2012 tot en met 28 mei 2013 aan Allure Bouw zijn gefactureerd.

Ook staat vast dat de omzet van Allure Bouw ten gevolge van de crisis in de bouw in de periode voor het faillissement fors is teruggelopen. Uit de jaarrekening van 2011, die is vastgesteld op 30 november 2012, blijkt dat Allure Bouw aan het einde van dat jaar een negatief eigen vermogen van € 1.122.074,00 en een negatief werkkapitaal van € 1.921.970,00 had.

De vraag ligt voor of die omstandigheden ertoe leiden dat [gedaagde 1 c.s.] als (indirect) bestuurder aansprakelijk is voor de door [eiseres] gestelde schade.

4.8 Zoals hiervoor in rechtsoverweging 4.2 vermeld, kan voor persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder wegens het voortzetten van een onderneming en het dientengevolge onbetaald blijven van schuldeisers slechts aanleiding zijn in uitzonderlijke omstandigheden.

Deze hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk

belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen (HR 20 juni 2008, NJ 2009/21 en HR 5 september 2014, NJ 2015/22).

Inherent aan ondernemen is dat bij de bedrijfsvoering risico's worden gelopen c.q. genomen. Dit brengt met zich dat de wetenschap van een (ook meer dan verwaarloosbaar) risico dat een bepaalde verplichting niet kan worden nog nagekomen, nog niet betekent dat de aansprakelijkheid van de bestuurder wordt aangenomen als dat risico zich vervolgens verwezenlijkt.

De omstandigheid dat bestuurders van ondernemingen worden geconfronteerd met vele onzekerheden en risico's vereist dat hen een zekere bestuurs- en beleidsvrijheid wordt gelaten.

4.9 De rechtbank is van oordeel dat hetgeen [eiseres] in deze procedure heeft gesteld ten aanzien van het aan [gedaagde 1 c.s.] persoonlijk te maken verwijt onvoldoende is om te komen tot de conclusie dat [gedaagde 1 c.s.] persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken, op grond waarvan naast een eventuele aansprakelijkheid van Allure Bouw ook sprake is van aansprakelijkheid van [gedaagde 1] en/of [gedaagde 2] als (indirect) bestuurder(s).

Zij zal dat hierna nader toelichten.

4.10 De rechtbank stelt voorop dat bij de beoordeling van de door [eiseres] gestelde wetenschap van [gedaagde 1 c.s.] moet worden uitgegaan van de situatie op het moment waarop Allure Bouw de opdrachten aan [eiseres] heeft verstrekt. Om die reden kunnen de jaarstukken van 2009, waarnaar [eiseres] verwijst, niet van doorslaggevend belang zijn. Hetzelfde geldt voor de stukken van 2012 en 2013, waarnaar in het door [eiseres] aangehaalde verslag van de curator wordt verwezen, omdat deze ten tijde van de opdrachten aan [eiseres] nog niet gereed waren en dus geen aanleiding kunnen zijn geweest voor de gestelde wetenschap van [gedaagde 1 c.s.]

4.11 [eiseres] heeft haar stelling dat er sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid, omdat de jaarrekening niet tijdig is gedeponereerd, onvoldoende onderbouwd.

4.12 Uit de jaarstukken over het jaar 2011 volgt weliswaar dat Allure Bouw een negatief eigen vermogen en een negatief werkkapitaal had, maar op zichzelf rechtvaardigt dat niet de conclusie dat [gedaagde 1 c.s.] als bestuurder van Allure Bouw jegens de schuldeisers van laatstgenoemde onrechtmatig heeft gehandeld door nieuwe verplichtingen aan te gaan.

Gelet op het uitzonderlijke karakter van de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders is het in zijn algemeenheid niet voldoende dat een bestuurder ten tijde van de opdracht met de mogelijkheid van een faillissement rekening diende te houden. Een noodlijdende onderneming zal in beginsel zo lang als mogelijk proberen het hoofd boven water te houden.

Het gaat er dan ook om dat de bestuurder ten tijde van het geven van de opdracht wist of had behoren te weten dat de vennootschap feitelijk geen overlevingskansen meer had.

In dat geval had het immers voor de hand gelegen om de ondernemingsactiviteiten te staken.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft [eiseres] onvoldoende gesteld om te kunnen concluderen dat [gedaagde 1 c.s.] ten tijde van de gegeven opdracht(en) aan [eiseres] wist of had moeten begrijpen dat Allure Bouw feitelijk geen overlevingskansen meer had.

Het enkele feit dat de opdrachten enkele maanden voor de faillissementsdatum zijn geplaatst, is op zichzelf onvoldoende om aan te nemen dat zij wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de opdrachten onbetaald zouden blijven.

Hiertoe overweegt de rechtbank dat Allure Bouw ten gevolge van de crisis in de bouw al enkele jaren een slechte vermogenspositie had en desondanks operationeel kon zijn.

Voorts heeft [gedaagde 1 c.s.] onbestreden gesteld dat Allure Bouw nog kredietruimte had, dat zij met de belastingdienst een uitstelregeling was overeengekomen en dat Allure Bouw tot vlak voor de faillissementsaanvraag nog in onderhandeling was met investeerders en de ING Bank om haar kredietmogelijkheden uit te breiden en zodoende een eventueel faillissement af te wenden.

Daarbij komt dat Allure Bouw bij het uitoefenen van haar kernactiviteiten afhankelijk was van onderaannemers zoals [eiseres], zodat zij, als zij zou stoppen met het inschakelen van onderaannemers, automatisch ook haar bedrijfsvoering zou moeten staken. In haar pogingen om het hoofd boven water te houden, was het inschakelen van onderaannemers derhalve noodzakelijk.

4.13 De rechtbank volgt [eiseres] niet in haar standpunt dat [gedaagde 1 c.s.] haar hadden moeten waarschuwen voor de slechte financiële positie van Allure Bouw.

[gedaagde 1 c.s.] heeft als bestuurder van het noodlijdende Allure Bouw geprobeerd het hoofd boven water te houden. In die situatie kan niet worden verwacht dat zij crediteuren van Allure Bouw waarschuwt. [gedaagde 1 c.s.] wijst er terecht op dat het waarschuwen van crediteuren in zo'n situatie een averechts effect zou hebben gehad, waardoor de kans op overleven bij voorbaat zou zijn verkeken.

Dat [gedaagde 1 c.s.] de fiscus wel heeft geïnformeerd over de slechte financiële positie van Allure Bouw, kan haar niet worden tegengeworpen, omdat zij daarmee invulling heeft gegeven aan de op grond van art. 36 lid 2 Invorderingswet op haar rustende plicht om tijdig betalingsonmacht te melden.

4.14 Ten aanzien van het standpunt van [eiseres] dat Allure Bouw selectieve betalingen heeft verricht, overweegt de rechtbank dat het een bestuurder in beginsel vrij staat om op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zullen worden voldaan.

Een bestuurder van een vennootschap kan onrechtmatig handelen door voorafgaand aan het faillissement bij besteding van de baten van de vennootschap geen rekening te houden met de (voor) rechten van haar crediteuren. Gesteld noch gebleken is dat dit ten tijde van de onderhavige betaling

het geval was. Bovendien zal de bestuurder die weet of moet weten dat het faillissement onafwendbaar is, onrechtmatig handelen indien voor de selectieve betaling geen rechtvaardiging is te geven. De rechtbank acht in dit geval zo'n rechtvaardiging aanwezig, nu Allure Bouw moest voldoen aan een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis en aldus een faillissement beoogde te voorkomen.

4.15 Gezien bovenstaande omstandigheden concludeert de rechtbank dat niet kan worden gezegd dat aan [gedaagde 1 c.s.] persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken van de door haar indertijd gemaakte beoordeling van de financiële situatie en de door haar op grond van die inschatting gemaakte afwegingen.

Van enige intentie om [eiseres] te benadelen is niet gebleken.

### **Rechtbank Overijssel, zittingsplaats Zwolle 10 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3344**

*(Het faillissement van een scheepswerf wordt vernietigd na verzet. Gevaarlijke lichtzinnigheid van bedrijf leidde tot bij verstek uitspreken: het te betalen bedrag werd pas in de loop van de dag van behandeling overgemaakt en men verscheen niet ter zitting)*

2. Hoewel partijen zich kunnen vinden in vernietiging van het onderhavige faillissement, doet die partijbedoeling er niet aan af dat de rechtbank nog steeds moet beoordelen of op 16 juni 2015 (en nadien) summierlijk was gebleken van het vorderingsrecht van de stichtingen, of Scheepsbouw op dat moment verkeerde in de toestand van te hebben opgehouden te betalen en of er gronden waren om Scheepsbouw in staat van faillissement te verklaren.

In dat verband is het arrest van de Hoge Raad van 20 maart 2015 (*JPR/Gunning* q.q. ECLI:NL:HR:2015:689) van belang. In dat arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het moment van creditering doorslaggevend is bij beantwoording van de vraag wanneer er is betaald (en of de curator een girale betaling kan terugvorderen). Dit arrest ziet op de situatie dat de schuldenaar failliet wordt verklaard nadat hij een betalingsopdracht heeft gegeven ten gunste van zijn schuldeiser, maar voordat de rekening van zijn schuldeiser wordt gecrediteerd. In de onderhavige zaak doet zich iets soortgelijks voor. Namens de stichting is mr. J.P. van Dijk bij de behandeling van de faillissementsaanvraag op 16 juni 2015 rond 10.30 uur verschenen. Scheepsbouw is niet op die zitting verschenen, maar zij heeft volstaan met toezending van de betaalopdracht van 16 juni 2015. Om creditering van die betaling te controleren heeft mr. Van Dijk vervolgens, na schorsing van de behandeling, telefonisch contact opgenomen met zijn opdrachtgever. Deze heeft hem echter na controle van de bankrekeningen bevestigd dat bij hen geen betaling was binnengekomen waarna mr. Van Dijk heeft gepersisteerd bij het verzoek. Omdat verder aan alle vereisten was voldaan heeft de rechtbank vervolgens om 11.04 uur het faillissement van Scheepsbouw uitgesproken. Er was immers summierlijk gebleken van het vorderingsrecht van de stichtingen en deze vorderingen waren (nog) niet

voldaan. De rechtbank kon dan ook niet tot een andere conclusie komen dat Scheepsbouw verkeerde in de toestand van te hebben opgehouden en gelet daarop waren er gronden om haar faillissement uit te spreken. Dat naderhand is gebleken dat de rekening van de stichtingen, althans die van de door hen ingeschakelde deurwaarder, op 16 juni 2015 om 13.22 uur is gecrediteerd met voornoemde betaling, doet daar niet aan af. Zoals hiervoor gezegd was op het moment van faillietverklaring nog geen sprake van creditering van de rekening van de stichtingen dan wel die van de door haar ingeschakelde deurwaarder.

3. In het kader van de onderhavige behandeling is vervolgens het arrest van de Hoge Raad van 5 juni 2015 (ECLI:NL:HR 2015:1473) van belang. In dat arrest heeft de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.3.4 overwogen dat het rechtsmiddel van verzet de strekking heeft dat het geding waarin verstek was verleend, op tegenspraak in dezelfde instantie wordt voortgezet. Het biedt gerekwestreerde die niet was verschenen en daardoor zijn belangen niet bij de rechter kon verdedigen, daartoe alsnog de gelegenheid, hetgeen strookt met het beginsel van hoor en wederhoor. Bij die gelegenheid moet de opposant het verweer kunnen voeren dat de vordering niet of niet langer bestaat. Gelet daarop moet de rechtbank nu beoordelen of op dit moment summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de stichtingen en of Scheepsbouw in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen. Daarover overweegt de rechtbank als volgt. Ter terechtzitting is gebleken dat inmiddels bij de curator diverse schuldeisers een vordering ter verificatie hebben ingediend. Het totaal van die vorderingen beloopt een bedrag van ongeveer € 60.000,00. De beoordeling van de rechtbank spitst zich echter toe op het door de stichtingen op 1 mei 2015 ingediende verzoekschrift strekkende tot faillietverklaring van Scheepsbouw. Zoals in rechtsoverweging 2 overwogen is inmiddels gebleken dat de vorderingen van de stichtingen op 16 juni 2015 zijn voldaan door creditering van de rekening van de stichtingen dan wel die van de door hen ingeschakelde deurwaarder. De vorderingen van de stichtingen zijn dan ook voldaan en daarmee vervalt de grondslag aan het op 1 mei 2015 ingediende faillissementsverzoek. Er is immers geen sprake meer van een vorderingsrecht van de stichtingen. Daarin ziet de rechtbank aanleiding om het faillissement van Scheepsbouw te vernietigen. Vervolgens komt de rechtbank niet (meer) toe aan een inhoudelijke beoordeling van de overige (ter verificatie) ingediende vorderingen voor de vraag of Scheepsbouw in de toestand van hebben opgehouden te betalen verkeert, omdat de grondslag van het op 1 mei 2015 ingediende faillissementsverzoek is komen te vervallen.

4. Voorts heeft Scheepsbouw verzocht om de stichtingen te veroordelen tot betaling van de faillissementskosten omdat hun vorderingen op 16 juni 2015 zijn betaald. Gebleken is echter dat de autorisatie van de betaalopdracht pas is gegeven 16 juni 2015 om 09.26 uur en Scheepsbouw heeft menen te kunnen volstaan met het enkel aan de rechtbank

toezenden van de autorisatie van de betaling. Zoals echter in rechtsoverweging 2 overwogen is de rekening van de stichtingen dan wel de door haar ingeschakelde deurwaarder pas na het uitspreken van het faillissement van Scheepsbouw gecrediteerd met de betaling. Het faillissement is op dat moment dan ook terecht uitgesproken. Omdat de autorisatie van de betaling zeer kort voor de zitting is gegeven had Scheepsbouw veiligheidshalve beter ter zitting kunnen verschijnen om een en ander nader toe te lichten in plaats van te volstaan met toezending aan de rechtbank van genoemde autorisatie. Zou nog geen sprake zijn van creditering – hetgeen zich heeft voorgedaan – dan had zij aanhouding kunnen vragen om genoemde creditering af te wachten. Dat zij dat niet heeft gedaan en voorbij het laatste moment heeft betaald, ligt geheel in haar risicosfeer en om die reden zal Scheepsbouw de faillissementskosten moeten dragen. Daarnaast heeft Scheepsbouw dusdoende de kosten van dit verzet aan de zijde van de stichtingen veroorzaakt. Scheepsbouw wordt veroordeeld in de kosten van de (destijds terecht) aanvraag van het faillissement en in de kosten van het verzet aan de zijde van de stichtingen.

Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel, dat thans Scheepsbouw thans aannemelijk heeft gemaakt, dat zij niet langer in de toestand verkeert, dat zij heeft opgehouden te betalen, zodat voormeld vonnis van faillietverklaring behoort te worden vernietigd;

#### **Rechtbank Rotterdam 14 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5655**

*(Faillissement van natuurlijk persoon wordt opgeheven nadat naast gefailleerde en diens advocaat, de curator tevens het Openbaar Ministerie is gehoord)*

[naam 1] is op 30 september 2014 op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard.

De curator heeft geen enkele baten kunnen realiseren en heeft om die reden om opheffing van het faillissement verzocht welk verzoek door de rechter-commissaris is ondersteund en in de aanvullende voordracht van 11 juni 2015 verder toegelicht.

Ten aanzien van het door [naam 1] ter zitting aangevoerde standpunt dat hij een beroep wil gaan doen op de wettelijke schuldsaneringsregeling, overweegt de rechtbank het volgende.

Op het op 19 september 2014 door [naam 1] ingevulde formulier eigen aangifte faillietverklaring heeft [naam 1] aangegeven geen beroep te willen doen op de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP). Ter zitting van 23 september 2014 waarbij de rechtbank de eigen aangifte faillietverklaring heeft behandeld, is namens [naam 1], die niet zelf ter zitting is verschenen, toegelicht dat hij geen beroep wil doen op de WSNP. Uit de inhoud van dit dossier blijkt evenmin dat [naam 1] na het uitspreken van zijn faillissement de wens kenbaar heeft gemaakt dat hij alsnog een beroep wil doen op de WSNP. Verder blijkt dat, hoewel op 23 februari 2015 aan [naam 1] is bericht dat de behandeling van de voordracht tot opheffing van zijn faillissement op 25 maart 2015 zou gaan plaatsvinden, nadien even-

min door [naam 1] kenbaar is gemaakt dat hij een beroep wil doen op de omzettingsmogelijkheid van art. 15b Fw.

De rechtbank stelt verder vast dat van [naam 1] geen verzoekschrift ex art. 284 Fw is ontvangen.

Nu niet bestreden is dat niet voldoende baten beschikbaar zijn voor de voldoening van de faillissementskosten en de overige boedelschulden ligt de voordracht van de rechter-commissaris tot opheffing van dit faillissement voor toewijzing gereed.

De rechtbank overweegt voorts dat zij gelet op de ter zitting aangevoerde standpunten en het hier voren overwogene geen aanleiding ziet om, hoewel daar niet expliciet door [naam 1] om is verzocht, de behandeling van de voordracht tot opheffing van dit faillissement nader aan te houden, teneinde [naam 1] in de gelegenheid te stellen om een verzoekschrift ex art. 284 Fw in te dienen. De rechtbank komt daartoe omdat daarmee het executierecht van schuldeisers waaronder de Officier van Justitie nog langer zal worden gefrustreerd en voorts nu niet bestreden is dat de tegen [naam 1] gerichte omvangrijke schadevergoedingsmaatregelen niet onder de werking van art. 358 lid 1 Fw vallen, misbruik van recht in de hand zou kunnen worden gewerkt. De rechtbank komt te gereeder tot dit oordeel, nu [naam 1] bij vonnissen van deze rechtbank van 29 augustus 2006, respectievelijk 7 juli 2009 in staat van faillissement werd verklaard. Beide faillissementen zijn opgeheven wegens de stand des boedels, te weten op 10 juli 2007, respectievelijk 29 maart 2011. Het heeft er alle schijn van dat [naam 1] zijn faillietverklaringen gebruikt als voorwendsel om onder de hem opgelegde vervangende hechtenis uit te komen; immers op grond van art. 33 lid 1 Fw heeft het vonnis van faillietverklaring ten gevolge dat alle gerechtelijke tenuitvoerlegging (dus ook die op grond van het Wetboek van Strafvordering) op enig deel van het vermogen van de schuldenaar, vóór het faillissement aangevangen een einde neemt, en dat ook van hetzelfde ogenblik af geen vonnis bij lijfswang kan worden tenuitvoergelegd. Alle vonnissen tot zijn faillietverklaring werden gewezen, terwijl de beide schadevergoedingsmaatregelen al aan hem waren opgelegd. De rechtbank stelt vast dat er geen baten beschikbaar zijn voor de voldoening van de faillissementskosten en de overige boedelschulden.

#### **Rechtbank Overijssel, kantonrechter Almelo 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589**

*(In geval van een overgang van de onderneming vanuit een faillissement, voorbereid middels een pre-pack, is art. 7:666 BW van toepassing. Derhalve zijn de regels van de overgang van een onderneming als bedoeld in art. 7:662 e.v. niet van toepassing. Richtlijn 2001/23/EG leidt niet tot ander oordeel, nu het voor toepassing van art. 5 van de Richtlijn, gaat om liquidatie van de vervreemder, de natuurlijke of rechtspersoon die de onderneming drijft en niet om de onderneming, het samenstel van activa/de economische entiteit. Niet gebleken van misbruik van faillissementsrecht door de verkrijgende vennootschap)*

4.2 De vraag die beantwoord dient te worden is of op de overgang van de ondernemingen van de vennootschappen van Heiploeg-oud naar Heiploeg-nieuw art. 7:666 BW, dat bepaalt dat de bepalingen omtrent de overgang van de onderneming niet van toepassing zijn indien 'de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort', al dan niet van toepassing is.

4.3 De faillissementen hebben in het kader van een zogenoemde pre-pack plaatsgevonden. Daartoe zijn ten behoeve van de beoogde doorstart en voorafgaand aan het faillissement, meerdere partijen in de gelegenheid gesteld biedingen uit te brengen. Vervolgens is met één partij, de uiteindelijke koper, verder onderhandeld en heeft de rechtbank, op verzoek van de vervreemders, Heiploeg-oud, beoogd curatoren/stille bewindvoerders aangewezen en een beoogd rechter-commissaris benoemd. Op het moment dat de overeenkomst met de koper, in ieder geval op hoofdlijnen, rond was zijn de faillissementen aangevraagd en uitgesproken.

Voor deze handelwijze, wel pre-pack genoemd, worden als voordelen veelal genoemd dat, anders dan bij een 'gewone' doorstart na faillissement, de onderhandelingen met de verkrijger al voor faillissement plaatsvinden, waardoor de beoogde doorstart sneller geëffectueerd kan worden, een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de schuldeisers verkregen kan worden en meer werkgelegenheid behouden kan blijven. De beoogd curator kijkt als 'stille bewindvoerder' mee en is aldus in het dossier 'ingewerkt' op het moment dat het faillissement wordt uitgesproken en de doorstart, overgang definitief gemaakt moet worden. Als bezwaren worden veelal genoemd het gebrek aan transparantie, het ontbreken van normale marktwerking, strijd met de regels van de overgang van een onderneming, het ontbreken van voldoende mogelijkheden tot medezeggenschap en het risico op misbruik/oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht.

In Nederland bestaat voor de pre-pack geen wettelijke basis. Een wetsvoorstel (de Wet Continuïteit Ondernemingen I) ter zake is in voorbereiding en is inmiddels naar de Tweede Kamer gestuurd.

Hoewel over de vraag of de pre-pack thans binnen de Nederlandse insolventieregelingen past geen eenstemmigheid bestaat, werkt een meerderheid van insolventie-teams van de rechtbanken aan de pre-pack mee. De rechtbank Overijssel behoort niet tot die meerderheid.

De hiervoor aangehaalde bezwaren en het ontbreken van een wettelijke basis voor pre-pack zijn voor de bonden reden de vraag naar de gevolgen voor de toepasselijkheid van de regels van de overgang van een onderneming ter toetsing voor te leggen.

4.4 Het beroep van de bonden op het buiten toepassing laten van art. 7:666 BW, omdat materieel gezien van een faillissement geen sprake zou zijn omdat het doel van de pre-pack niet is gericht op liquidatie maar op continuïteit van de onderneming, kan niet slagen.

Art. 7:666 BW is van toepassing als 'de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderne-

ming tot de boedel behoort'. Nadere voorwaarden worden niet gesteld. Het faillissement van de werkgevers, de vennootschappen van Heiploeg-oud, is op 28 januari 2014 door de rechtbank Noord Nederland uitgesproken. Gesteld noch gebleken is dat daartegen door belanghebbenden ingevolge art. 10 Faillissementswet (Fw) verzet is ingesteld. Derhalve dient als vaststaand te worden aangenomen dat er sprake is van faillissement van de verschillende werkgevers, terwijl de ondernemingen die aan gedaan zijn overgedragen deel uitmaakten van de boedels van die gefailleerde vennootschappen. Daarmee is aan de voorwaarden van art. 7:666 BW voldaan.

4.5 Ook Richtlijnconforme interpretatie kan, noch daargelaten de vraag of de rechtszekerheid daaraan niet in de weg staat en contra legem zou zijn, gelet op de duidelijke tekst van art. 7:666 BW, er niet toe leiden dat art. 7:666 BW niet van toepassing is. Daartoe wordt het volgende overwogen.

4.5.1 In art. 2 lid 1 onder a Richtlijn 2001/23/EG wordt de vervreemder gedefinieerd als *'iedere natuurlijke of rechtspersoon die door een overgang in de zin van artikel 1, lid 1, de hoedanigheid van ondernemer ten aanzien van de onderneming, de vestiging of het onderdeel van de onderneming of vestiging verliest' en als verkrijger 'iedere natuurlijke of rechtspersoon die door een overgang in de zin van artikel 1, lid 1, de hoedanigheid van ondernemer ten aanzien van de onderneming, de vestiging of het onderdeel van de onderneming of vestiging verkrijgt'*.

Ingevolge art. 5 lid 1 Richtlijn zijn art. 3 en 4 (de bepalingen over het behoud van de rechten van werknemers bij de overgang van een onderneming) niet van toepassing op een overgang wanneer *'de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie [...]'*

4.5.2 Ingevolge art. 2 lid 1 onder a juncto art. 1 lid 1 Richtlijn kan de overgang zien op 'de onderneming', ter onderscheiding van 'een onderdeel van de onderneming'. Het kan derhalve de gehele onderneming betreffen. Ingevolge art. 5 is de uitzondering bij faillissement van de vervreemder (de werkgever als bedoeld in art. 7:666 BW) derhalve ook van toepassing als de overgang (nagenoeg) de gehele onderneming betreft. Dat derhalve van een (nagenoeg) ongewijzigde voortzetting van de onderneming sprake is staat, anders dan door de bonden betoogd, aan toepasselijkheid van art. 7:666 BW niet in de weg.

Ook gaat het, anders dan door de bonden is betoogd, niet om vereiste 'liquidatie van de onderneming', maar om 'liquidatie van de vervreemder', te weten de (natuurlijke of) rechtspersoon waarvan de onderneming, de economische entiteit, boedelbestanddeel is. Gesteld noch gebleken is dat daar geen sprake van is geweest. Dat de overgang 'going concern' heeft plaatsgevonden en reeds voor faillissement was voorbereid, staat aan toepasselijkheid van artikel 5 van de Richtlijn en/of artikel 7:666 BW niet in de weg.

4.5.3 In 1985, in het arrest *Abels*, heeft het HvJ geoordeeld dat Richtlijn 77/187/EG, de eerste inzake de overgang van een onderneming, ondanks het ontbreken van een daartoe strekkende bepaling, niet van toepassing is in geval de onderneming in een gefailleerde boedel valt, maar wel in geval van surséance van betaling.

Het HvJ oordeelde in rechtsoverweging 23 van dit arrest dat de Richtlijn de lidstaten niet verplicht deze toe te passen bij de overgang van een onderneming 'die plaatsvindt in het kader van een faillissement, dat is gericht op een vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde gerechtelijke instantie'. Reden was dat onverkort toepassing van de Richtlijn een averechts effect zou (kunnen) hebben op de werkgelegenheid omdat dreiging van de toepasselijkheid van de Richtlijn ondernemingen minder aantrekkelijk maken voor overdracht.

4.5.4 Na het arrest *Abels* zijn in de periode van 1991-1998 door het HvJ de arresten *D'Urso* (1991), *Spano/Fiat* (1995), *Dethier* (1998) en *Europieces* (1998) geweest. De bonden leiden uit die arresten af dat voor de toepasselijkheid van art. 5 Richtlijn gekeken moet worden naar het doel en de modaliteiten van de betreffende insolventieperiode, ook in geval van de faillissementsprocedure. Gedaagden betwisten dat. Ter zake wordt als volgt overwogen. Nu deze arresten zijn geweest voor respectievelijk in het jaar waarin de, in het arrest *Abels* geformuleerde, uitzondering in de Richtlijn (toen, in 1998, art. 4bis, thans art. 5 Richtlijn 2001/23/EG) werd opgenomen, dient de tekst van de Richtlijn uitgangspunt te zijn. Uit de tekst van art. 5 Richtlijn kan niet worden afgeleid dat voor de toepasselijkheid van dit artikel in geval van een faillissementsprocedure nadere eisen worden gesteld. In dit artikel staat 'in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde overheidsinstantie' (onderstrepingen kantonrechter). De andere eisen zien niet op de faillissementsprocedure maar op de 'soortgelijke procedure'.

4.5.5 Nu met het opstellen van de Richtlijn 98/50/EG codificatie van de rechtspraak van het HvJ is beoogd, komt aan de arresten wel enige betekenis toe. In genoemde arresten neemt het HvJ telkens tot uitgangspunt dat (de Nederlandse) faillissementsprocedure onder de uitzondering van (thans) art. 5 valt, omdat in die procedure sprake is van liquidatie ten gunste van de schuldeisers van de vervreemder, onder overheidstoezicht. Dat de na het arrest *Abels* geweest arresten betrekking hadden op andere insolventieprocedures dan de faillissementsprocedure doet aan het uitgangspunt dat door het HvJ in het arrest *Abels* ten grondslag is gelegd aan het oordeel omtrent de niet-toepasselijkheid van de regels van een overgang van de onderneming in geval van een doorstart vanuit de faillissementsprocedure niet af. Dit betekent dat als een faillissementsprocedure niet meer aan die criteria voldoet, de (prejudiciële) vraag kan worden gesteld of die concrete faillissementsprocedure wel onder de uitzondering van art. 5 Richtlijn valt. Anders dan de bonden betogen is

van een dergelijke situatie in het onderhavige geval geen sprake. Ten onrechte nemen zij tot uitgangspunt dat de voorwaarde van liquidatie betrekking heeft op de onderneming in plaats van op de vervreemder, de natuurlijke of rechtspersoon die de onderneming drijft. Dat een faillissement te voorkomen c.q. niet nodig was is niet gesteld. Evenmin is (voldoende onderbouwd) gesteld dat de vervreemde vennootschappen niet zijn geliquideerd, de opbrengst van de verkoop van de ondernemingen niet is aangewend ten behoeve van de schuldeisers en/of aan de voorwaarde van overheidstoezicht niet is voldaan. Dat de onderhandelingen over de overgang al voor de faillissementen zijn gevoerd en (nagenoeg) zijn afgerond, doet daaraan niet af.

4.5.6 Hoezeer de bonden terecht wijzen op:

- het ontbreken van een wettelijke regeling ter zake van de pre-pack;
- de bezwaren die kleven aan; en
- de risico's op misbruik dan wel oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht bij een pre-pack, staan die bezwaren aan toepasselijkheid van art. 7:666 BW in dit geval niet in de weg.

4.6 Tot slot dient de vraag beantwoord te worden of het tijdstip van de overgang voor de faillissementsdatum heeft gelegen, weshalve er op het moment van de overgang (nog) geen sprake was van een faillissement en om die reden de uitzondering van art. 7:666 BW niet van toepassing is.

In het arrest *Celtec* heeft het HvJ onder meer overwogen dat het tijdstip van de overgang samenvalt met het moment waarop de verkrijger de exploitatie van de onderneming van de vervreemder overneemt. Dat is dus het moment van levering, welk moment veelal niet samen zal vallen met het moment waarop de overeenkomst strekkende tot de overneming tot stand komt. Het tijdstip hangt, aldus het HvJ niet af van instemming van de vervreemder, verkrijger, noch van die van de werknemers of vakbonden.

Ook de Hoge Raad ging in de zaak *Happé/Scheepstra* uit van het moment van overgang na faillissementsdatum, hoewel enkele bestanddelen al eerder, tijdens de surseance waren overgegaan.

Ook de contractuele leer van het zwaartepunt wordt wel gehanteerd. De kantonrechter verwijst naar de zaak *Alphacare* waarin zowel het hof Den Haag als de CRvB de datum van de tussen vervreemder en verkrijger gemaakte afspraken tijdens de surseance als tijdstip van overgang namen. Aan de vraag wanneer de exploitatie daadwerkelijk overging is geen overweging gewijd.

De kantonrechter houdt vast aan de norm zoals door het HvJ in het *Celtec*-arrest verwoord. De datum van overgang van de exploitatie, de 'change of control', is bepalend. Die lag na faillissementsdatum. Dat sluit ook aan bij de term 'overgang'.

Bovendien kon Heiploeg-oud, zo de overeenkomst met Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. al voor faillissementsdatum (nagenoeg) rond was, de overeenkomst zelf niet nakomen. Na faillissementsdatum was zij immers beschikkingsonbevoegd. Voor faillissement kon niet worden nagekomen omdat de overeenkomst werd gesloten onder de voorwaarde van (nog) uit te spreken faillissement(en).



Die moet dan door de curator met toestemming van de rechter-commissaris, bekrachtigd en uitgevoerd worden. Van een contractuele benadering van de 'overgang' kan derhalve geen sprake zijn.

4.7 Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen is art. 7:666 BW van toepassing op de in geding zijnde overgang van de ondernemingen en staat dat aan toepasselijkheid van art. 7:663 e.v. BW in de weg. De vorderingen van de bonden zullen worden afgewezen.

4.8 De bonden zullen als de in het ongelijk gestelde partijen in de kosten worden veroordeeld.

### **Rechtbank Rotterdam 29 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5515**

*(Voortzetting procedure door curator levert geen misbruik van bevoegdheid/onrechtmatigheid op)*

5.2. [curator] heeft aangevoerd dat eisers zich, indien zij het niet eens waren met handelingen van de curator, zij hiertegen op grond van art. 69 Faillissementswet (Fw) bij de rechter-commissaris hadden kunnen opkomen of van deze een bevel hadden kunnen uitlokken. Ervan uitgaande dat eisers als schuldeisers in de zin van art. 69 Fw moeten worden aangemerkt, stond een dergelijke procedure voor eisers mogelijk open ten aanzien van de onder b. en c. omschreven handelingen, maar niet ten opzichte van die genoemd onder a., nu het verzoekschrift reeds was ingediend voordat [curator] tot curator was benoemd.

5.3. Dat eisers hebben nagelaten op grond van art. 69 Fw op te komen tegen bovenstaande handelingen van [curator], staat er echter niet aan in de weg dat zij hem thans nog aan kunnen spreken uit hoofde van onrechtmatige daad. Beide procedures hebben immers een verschillend doel. De art. 69 Fw-procedure beoogt invloed toe te kennen aan de schuldeisers bij het beheer van de boedel; de onderhavige procedure strekt tot vergoeding van schade en tot rectificatie bij onrechtmatig handelen.

5.4. Uit het feit dat geen gebruik is gemaakt van de procedure van art. 69 Fw, kan overigens niet worden afgeleid dat eisers destijds instemden met de handelingen van [curator]. Ten aanzien van de plaatsing van het AD-artikel hebben zij [curator] rechtstreeks aangesproken, waarna het artikel van de website is verwijderd. Dat eisers bezwaren hadden tegen het voorlopig getuigenverhoor was [curator] eveneens bekend. Behalve dat eisers in de verzoekschriftprocedure verweer hebben gevoerd, heeft het voorgenomen getuigenverhoor geleid tot twee kort gedingen tussen partijen.

### **Rechtbank Rotterdam 30 juli 2015, RBROT:2015:5674**

*(Faillissementsverzoek op eigen aangifte afgewezen, geen pluraliteit)*

Art. 6 lid 3 Faillissementswet bepaalt dat summierlijk moet blijken van het bestaan van feiten en of omstandigheden, welke aantonen, dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen.

De rechtbank is van oordeel dat niet summierlijk is gebleken dat aangeefster verkeert in een toestand

van te hebben opgehouden met betalen, nu niet is voldaan aan het zogenaamde 'pluraliteitsvereiste'. Ter zitting is namelijk gebleken dat aangeefster slechts één schuldeiser heeft die zij onbetaald laat. Derhalve is, gelet op het arrest van de Hoge Raad van 22 maart 1985, NJ 1985,548, voor een faillietverklaring geen plaats.

Het verzoek tot faillietverklaring wordt daarom afgewezen.

### **Rechtbank Rotterdam 30 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5626.**

*Verzoek ex art 69 Fw. Verzoek aan rechter-commissaris om curator te bevelen akkoord te gaan met aangeboden schikkingsbedrag, dan wel tot een redelijke schikking te komen wordt afgewezen. Het is een poging om op eenvoudige wijze een schikking te forceren, terwijl verder overleggen bij voorbaat niet onmogelijk is en niet moet worden vooruitgelopen op uitkomst van nader overleg of een te entameren procedure bij rechtbank*

Art. 69 lid 1 Fw bepaalt, dat ieder der schuldeisers, de commissie uit hun midden benoemd en ook de gefailleerde bij verzoekschrift tegen elke handeling van de curator bij de rechter-commissaris kunnen opkomen of van deze een bevel uitlokken, dat de curator een bepaalde handeling verrichte of een voorgenomen handeling nalaten. Het voorschrift is gegeven om – onder meer – een schuldeiser invloed toe te kennen op het beheer over de failliete boedel en om, zo hij meent dat bij dat beheer fouten worden gemaakt, deze te doen herstellen of voorkomen. Het voorschrift is in beginsel niet gegeven om individuele schuldeisers in de gelegenheid te stellen op eenvoudige wijze aan hen persoonlijk toekomende rechten tegenover de boedel geldend te maken.

De rechter-commissaris stelt vast dat [naam vennootschap] een schuldeiser is in het faillissement van gefailleerde. Voorts is het aangevoerde belang te beschouwen als een belang dat valt onder het beheer van de boedel. Derhalve is [naam vennootschap] ontvankelijk in haar verzoek.

De rechter-commissaris is van oordeel dat [naam vennootschap] met haar verzoek op een eenvoudige wijze tracht een aan haar persoonlijk toekomend recht tegenover de boedel geldend te maken. Zij tracht immers via deze weg op een eenvoudige wijze een schikking te forceren.

De rechter-commissaris acht het mogelijk dat verder overleg tussen [naam vennootschap] en de curator tot een oplossing kan leiden van hetgeen hen verdeeld houdt. Wanneer overleg niet tot een oplossing leidt, zal de curator dienen aan te geven of het entameren van een procedure in de rede ligt, waarna de rechter-commissaris op dat moment toestemming kan verlenen of onthouden. De rechter-commissaris acht het dan ook niet gepast om reeds nu al vooruit te lopen op de uitkomst van het overleg tussen [naam vennootschap] en de curator of het entameren van een eventuele procedure bij de rechtbank. Door de curator te bevelen in te stemmen met het schikkingsvoorstel van [naam vennootschap] worden deze wegen afgesloten, waarbij de rechter-commissaris er thans nog niet van overtuigd is dat dat noodzakelijk is. Daarbij merkt

de rechter-commissaris op dat toewijzing van het onderhavige verzoek de taak van de curator (het beheren en vereffenen van de boedel) ernstig zou kunnen uithollen. Elke crediteur zou namelijk op deze wijze een mogelijke schikking (of de onderhandelingen daarover) naar zijn hand kunnen zetten en overleg met de curator kunnen frustreren. Gelet op het voorgaande dient het verzoek van [naam vennootschap] dan ook te worden afgewezen.

**Rechtbank Midden-Nederland, zittingsplaats  
Utrecht, 12 augustus 2015, RBMNE:2015:5571**

*(Peeters Gatzzen-vordering: ontvankelijkheid en belang van de gezamenlijke schuldeisers. Doel is dat de boedel wordt hersteld in de staat waarin zij zou hebben verkeerd zonder de onrechtmatige benadeling)*

4.2. (...) De curator kan een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad instellen tegen een derde die bij de benadeling van schuldeisers is betrokken, ook al komt een dergelijke vordering niet aan de gefailleerde zelf toe (Hoge Raad 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521, *Peeters/Gatzzen*). De grondslag van deze zogenoemde 'Peeters Gatzzen vordering' is gelegen in de schending van een zorgvuldigheidsnorm die strekt tot bescherming van de gezamenlijke schuldeisers. Het doel van deze vordering is, dat de boedel wordt hersteld in de staat waarin zij verkeerd zou hebben zonder de onrechtmatige benadeling, zodat zij vervolgens kan worden verdeeld in overeenstemming met de wettelijke rangorde. De curator stelt deze vordering in namens de gezamenlijke schuldeisers, opdat de rechtmatige toestand wordt hersteld. Dat de verdeling die daarop volgt mogelijk niet leidt tot een daadwerkelijke uitkering aan alle schuldeisers doet er niet aan af dat de vordering strekt tot behartiging van het belang van de gezamenlijke schuldeisers, namelijk het belang bij een verdeling van de boedel in overeenstemming met de wettelijke rangorde. Dat de vordering van Hendriks in deze procedure mogelijk feitelijk tot gevolg heeft dat alleen de Ontvanger daadwerkelijk uit de boedel krijgt uitgekeerd, maakt nog niet dat Hendriks met zijn vordering niet het belang van de gezamenlijke schuldeisers vertegenwoordigt. De mogelijke feitelijke gevolgen na verdeling staan om die reden niet in de weg aan de ontvankelijkheid van Hendriks in zijn vordering.