

Overzicht rechtspraak faillissementsrecht februari/ maart 2015

prof. mr. A.W. Jongbloed

Hoge Raad 27 februari 2015, NL:HR:2015:499

(Slagende klachten tegen oordeel dat (indirect) bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt ter zake van na faillissementsaanvraag aan bank verstrekte betalingsopdrachten. Onbekendheid (indirect) bestuurder met terugwerkende kracht faillissement kan mede van belang zijn)

3.3.3 Onderdeel 4d komt op tegen de overweging van het hof (rov. 2.10) dat door ING niet is gesteld dat [verweerster 1] op de hoogte was van de terugwerkende kracht tot 00:00 uur van een uit te spreken faillissement. Geklaagd wordt in de eerste plaats dat zonder nadere toelichting niet valt in te zien dat een eventueel gebrek aan kennis van de Faillissementswet zou afdoen aan het persoonlijk ernstig verwijt dat [verweerster 1] kan worden gemaakt van haar handelen. De klacht is ongegrond. Voor aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap voor een tekortkoming of onrechtmatige daad van die vennootschap is vereist dat de bestuurder ter zake van de daaruit voortvloeiende benadeling van derden persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Onbekendheid met een bepaalde wettelijke regel kan in dit verband mede van belang zijn.

In het onderdeel ligt voorts de klacht besloten dat het niet op de weg lag van ING om te stellen dat [verweerster 1] op de hoogte was van de terugwerkende kracht van de faillissementsuitspraak. Deze klacht slaagt. Het was aan [verweerster 1] om in het kader van haar verweer aan te voeren dat zij niet op de hoogte was van het feit dat een faillissement terugwerkt tot 00:00 uur van de dag waarop het is uitgesproken.

Hoge Raad 13 maart 2015, NL:HR:2015:589

(Verzoek omzetting faillissement in schuldsanering, art. 15b Fw. Aan het verzoek(schrift) te stellen eisen, art. 15b lid 2 en 284 Fw. Is verklaring als bedoeld in art. 285 lid 1, onder f, Fw vereist? Redelijke wetstoepassing. Rechtsgevolgen ontbreken van verklaring als bedoeld in art. 285 lid 1, onder f, Fw)

HR: 3.1 Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen gaat de Hoge Raad uit van de volgende feiten.

(i) Verzoekster is op 5 december 2012 op eigen aangifte failliet verklaard.

(ii) Bij beschikking van 17 december 2012 is een bewind ingesteld over de gelden en goederen die (zul-

len) toebehoren aan verzoekster, met benoeming van een bewindvoerder.

3.2 Verzoekster heeft de rechtbank verzocht haar faillissement op te heffen onder het gelijktijdig uitspreken van de toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling. De rechtbank heeft het verzoek afgewezen. [verzoekster] heeft hoger beroep ingesteld.

3.3 Na partijen over het voornemen daartoe te hebben geraadpleegd, heeft het hof op de voet van art. 392 Rv de hiervoor in 2 vermelde prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld.

3.4.1 Omtrent de eerste twee prejudiciële vragen overweegt de Hoge Raad als volgt.

3.4.2 Een natuurlijke persoon die in staat van faillissement verkeert, kan de rechtbank in de in art. 15b lid 1 Fw voorziene gevallen verzoeken het faillissement op te heffen onder het gelijktijdig uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling (hierna ook: omzettingsverzoek). Deze bepaling strekt ertoe het aantal faillissementen van natuurlijke personen zoveel mogelijk terug te dringen ten gunste van de toepassing van de schuldsaneringsregeling (vgl. o.a. Kamerstukken II 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 6 en 31). Volgens art. 15b lid 2 Fw wordt een omzettingsverzoek ingediend door middel van een verzoekschrift als bedoeld in art. 284 Fw. Op het omzettingsverzoek zijn de bepalingen over de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van titel III van de Faillissementswet van toepassing (Kamerstukken II 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 31).

3.4.3 Volgens art. 284 lid 1 Fw kan een natuurlijke persoon verzoeken de toepassing van de schuldsaneringsregeling uit te spreken indien redelijkerwijs is te voorzien dat hij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden, of indien hij in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. Het verzoek dient volgens art. 285 lid 1, aanhef en onder f, Fw vergezeld te gaan van een met redenen omklede verklaring waarin is vermeld dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtigde schuldregeling te komen, alsmede over welke aflossingsmogelijkheden de verzoeker beschikt. De verklaring dient te zijn afgegeven door het college van burgemeester en wethouders van de gemeente van de woon- of verblijfplaats van de schuldenaar; het college kan deze bevoegdheid mandateren aan een gemeentelijke kredietbank als bedoeld in de Wet financiële dienstverlening of

aan krachtens art. 48 lid 1, aanhef en onder d, van de Wet op het consumentenkrediet (hierna: Wck) aangewezen personen. Met deze eis is beoogd te bewerkstelligen dat professionele schuldhulpverlening plaatsvindt voordat een beroep op de schuldsaneringsregeling kan worden gedaan (Kamerstukken II 1996-/97, 22 969, nr. 133a). Is de poging tot een buitengerechtigde schuldregeling gedaan door een persoon of instelling als bedoeld in art. 48 lid 1, aanhef en onder c, Wck, dan kan de verklaring door die persoon of instelling worden afgegeven (HR 5 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8056, NJ 2011/31).

3.4.4 Bij de parlementaire behandeling van de aanpassing van de schuldsaneringsregeling per 1 januari 2008 is opgemerkt dat de vereisten die gelden voor de toelating tot de schuldsaneringsregeling, mede tot doel hebben de schuldenaar te dwingen tot het uiterste te gaan om een minnelijke regeling te bereiken en de schuldsaneringsregeling te laten functioneren als laatste redmiddel (Kamerstukken II 2004/05, 29 942, nr. 3, p. 4-5). In verband hiermee is thans in art. 288 lid 2, aanhef en onder b, Fw bepaald dat een verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling wordt afgewezen indien de poging tot een buitengerechtigde schuldregeling niet is uitgevoerd door een persoon of instelling als bedoeld in art. 48 lid 1 Wck.

3.4.5 Op grond van hetgeen hiervoor ... is vermeld, moet worden aangenomen dat ook voor een omzettingsverzoek het vereiste geldt dat de schuldenaar met behulp van professionele schuldhulpverlening heeft geprobeerd een buitengerechtigde schuldregeling te treffen. De gefailleerde schuldenaar die een omzettingsverzoek wil doen, is echter zelf als gevolg van het faillissement niet meer in staat een buitengerechtigde schuldregeling te beproeven. Een redelijke wetstoepassing brengt dan mee dat wordt aanvaard dat bij een omzettingsverzoek een schriftelijke verklaring van de curator kan worden gevoegd, waarin is vermeld dat de curator heeft onderzocht of de gefailleerde aan zijn gezamenlijke schuldeisers een akkoord in de zin van art. 138 Fw kan aanbieden en dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtigde schuldregeling te komen.

3.4.6 Op grond van het voorgaande luidt het antwoord op de tweede prejudiciële vraag dat een verzoek tot omzetting van een faillissement in een schuldsaneringsregeling op de voet van art. 15b Fw, dient te voldoen aan de eis van art. 285 lid 1, aanhef en onder f, Fw; het antwoord op de eerste prejudiciële vraag luidt dat aan deze eis kan worden voldaan door bij het omzettingsverzoek een verklaring van de curator te voegen als hiervoor in 3.4.5 bedoeld.

3.5.1 De derde prejudiciële vraag stelt aan de orde welke gevolgen moeten worden verbonden aan het ontbreken van een verklaring in de zin van art. 285 lid 1, aanhef en onder f, Fw bij een omzettingsverzoek.

3.5.2 De rechtbank kan aan de schuldenaar die een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling indient zonder verklaring in de zin van art. 285 lid 1, aanhef en onder f, Fw, een termijn van

ten hoogste een maand gunnen om die verklaring alsnog te verstrekken. Wordt het verzuim niet tijdig hersteld, of ziet de rechtbank geen aanleiding verzoeker daartoe in staat te stellen, dan wordt de schuldenaar niet-ontvankelijk verklaard (art. 287 lid 2 Fw). Hetzelfde geldt in geval van een omzettingsverzoek in de zin van art. 15b Fw.

Hoge Raad 20 maart 2015, NL:HR:2015:689

(Terugvordering door curator van girale betaling door schuldenaar (betaalopdracht op dag vóór faillietverklaring, uitvoering door bank op dag van faillietverklaring). HR komt ten dele terug op HR 31 maart 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0705, NJ 1990/1 (Vis q.q./NMB))

HR: 3.5.1 De onderdelen stellen de vraag aan de orde wat de gevolgen zijn van art. 7:534 BW en van de huidige betalingssystemen voor de beslissing die is gegeven in het arrest Vis q.q./NMB. In dat arrest is overwogen: 'Blijkens de in 3.1 samengevatte feiten gaat het hier om een girale betaling door de schuldenaar, die pas na de aanvang van de dag van de faillietverklaring is voltooid. Het beginsel van art. 23 Fw, zoals dit mede in art. 1850, aanhef en onder derde, BW tot uiting komt, brengt mee dat de curator het aldus betaalde terug kan vorderen, indien de giroinstelling aan welke de overschrijvingsopdracht werd gegeven, bij de aanvang van de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen had verricht, die zij als opdrachtnemer van de schuldenaar ter effectuering van de betaling aan diens schuldeiser gehouden was te verrichten. Dit geval doet zich hier voor nu de afschrijving pas op 18 nov. 1981 heeft plaatsgevonden.'

3.5.2 De uit het beginsel van art. 23 Fw voortvloeiende regel die in deze overweging is weergegeven, stemt overeen met de regel van art. 35 lid 1 Fw, die inhoudt dat indien op de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen hebben plaatsgevonden die voor een levering door de schuldenaar nodig zijn, de levering niet geldig meer kan geschieden. Het aldus in onder meer deze regels uitgewerkte beginsel van art. 23 Fw komt erop neer dat door of vanwege de schuldenaar niet meer bevoegd (beschikkings)handelingen ten laste van diens vermogen kunnen worden verricht vanaf het tijdstip van de aanvang van de dag van de faillietverklaring. Dat geldt ook voor handelingen verricht door een opdrachtnemer van de schuldenaar, zoals de bank in het geval van een betalingsopdracht. De met art. 23 Fw verband houdende bepaling van art. 7:422 lid 1, aanhef en onder a, BW (destijds art. 1850, aanhef en onder derde, BW) – op grond waarvan de lastgeving eindigt door het faillissement van de lastgever –, vormt hiervan een uitwerking.

3.5.3 Uit het hiervoor in 3.5.2 overwogene volgt dat het bij de regel van het arrest Vis q.q./NMB uitsluitend erom gaat of de bank van de schuldenaar voor de aanvang van de dag van de faillietverklaring alle handelingen heeft verricht die nodig zijn ter effectuering van de betaling. Anders dan de onderdelen veronderstellen, doet dus niet terzake of de betaalopdracht nog kon worden ingetrokken of de uitvoering van die opdracht nog kon worden voorkomen op het moment dat deze plaatsvonden.

3.6.1 Het door onderdeel 1 ingeroepen art. 7:534 lid 1 BW maakt deel uit van de in 2009 in werking getreden titel 7:7B BW ('Betalingstransactie'), welke strekt ter implementatie van de Richtlijn 2007/64/EG van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt (PbEU L 319/1 van 5 december 2007) (hierna: de Richtlijn betalingsdiensten). Het artikellid houdt in dat een betaaldienstgebruiker een betaaloopdracht in beginsel niet meer kan herroepen vanaf het tijdstip van ontvangst door de betaaldienstverlener. Deze bepaling stemt overeen met art. 66 lid 1 van de Richtlijn betalingsdiensten.

3.6.2 Art. 7:534 BW heeft – zoals mede volgt uit de preambule van de richtlijn, met name onder (38) en (39), en de toelichting op art. 7:534 BW (Kamerstukken II 2008/09, 31 892, nr. 3, p. 40) – uitsluitend betrekking op de mogelijkheid een betaaloopdracht jegens de betaaldienstverlener te herroepen, welke bevoegdheid de betaler op grond van art. 7:522 lid 3 BW in beginsel toekomt. Ratio van art. 7:534 BW is, kort gezegd, om de automatische verwerking van betalingstransacties mogelijk te maken tegen aanvaardbare kosten en om zekerheid te bieden omtrent de uitvoering van (die) transacties: is de opdracht onherroepelijk, dan kan deze (onmiddellijk) geautomatiseerd worden uitgevoerd en bestaat voor betaler en begunstigde zekerheid dat uitvoering plaatsvindt. Art. 7:534 BW beoogt echter niet om een betaling geldig te doen zijn in weerwil van het faillissement van de schuldenaar en staat niet eraan in de weg dat na die uitvoering terugbetaalverplichtingen kunnen bestaan voor de betaaldienstverlener of de ontvanger van de betaling. Het artikel doet dan ook niet af aan de regel van het arrest Vis q.q./NMB.

3.7.1 Onderdeel 1 berust op een andere rechtsopvatting dan hiervoor vermeld in 3.5.3 en 3.6.2, en is daarom ongegrond.

3.7.2 Uit het hiervoor overwogene volgt dat ook onderdeel 2 ongegrond is en dat onderdeel 5 bij gebrek aan belang evenmin tot cassatie kan leiden. Dat de huidige betalingssystemen van begin tot einde een volledig geïntegreerde automatische verwerking van betalingen kennen en dat dit betekent dat als de bank het saldo van de rekeninghouder eenmaal heeft gedebiteerd, verdere verwerking volautomatisch geschiedt, doet immers niet eraan af dat het mogelijk is dat de bank ook na de aanvang van de dag van de faillietverklaring nog handelingen moet verrichten ter effectuering van de betalingsopdracht als hiervoor in 3.5.2 en 3.5.3 bedoeld, ook al worden deze 'volautomatisch' uitgevoerd. (...)

3.10.1 De Hoge Raad ziet evenwel aanleiding om op een andere wijze dan door het middel bepleit, terug te komen van de regel van het arrest Vis q.q./NMB.

3.10.2 Bij een girale overmaking geschiedt de betaling op het tijdstip dat de rekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd (art. 6:114 lid 2 BW). Dat betekent dat eerst op dat tijdstip aan de verbintenis tot betaling van een geldsom is voldaan. In verband hiermee zijn alle banken en intermediairs die bij de uitvoering van de opdracht zijn betrokken, waaronder ook de bank van de schuldeiser – die ervoor

moet zorgdragen dat de rekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd –, aan te merken als instanties van wier diensten de schuldenaar direct of indirect gebruik maakt bij de betaling.

3.10.3 Gelet op het in 3.10.2 overwogene strookt het meer met het hiervoor in 3.5.2 genoemde beginsel van art. 23 Fw om aan te nemen dat de curator steeds het betaalde kan terugvorderen waarmee na het intreden van de faillissementsstoestand de rekening van de schuldeiser is gecrediteerd. Dit heeft bovendien als belangrijke voordelen ten opzichte van de regel van het arrest Vis q.q./NMB (i) dat niet meer behoeft te worden nagegaan wanneer de bank van de schuldenaar alle handelingen heeft verricht die nodig zijn ter effectuering van de betaling – hetgeen praktisch moeilijk kan zijn en bovendien kan leiden tot uitkomsten die naar gelang de (soms toevallige) omstandigheden kunnen verschillen – en (ii) dat het in dit verband geen verschil meer maakt of het gaat om een rekening van de schuldeiser bij dezelfde of bij een andere bank.

3.11 Nu valt aan te nemen dat de faillissementspraktijk is ingesteld op de regel van Vis q.q./NMB – in die zin dat de beoordeling van de geldigheid van betalingen die rond de faillissementsdatum plaatsvinden, geschiedt aan de hand van die regel, en dat al dan niet wordt terugbetaald aan de boedel op grond van die beoordeling –, en het onwenselijk is dat kan worden teruggekomen van hetgeen in dit verband is afgedaan of als afgedaan mag worden beschouwd, ziet de Hoge Raad aanleiding te bepalen dat de hiervoor in 3.10.3 aanvaarde regel uitsluitend geldt voor faillissementen die na de datum van dit arrest worden uitgesproken.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 januari 2015, GHSHE:2015:217

Als nasleep van een scheiding vordert de man in KG dat de vrouw veroordeeld wordt tot nakoming van hypothecaire verplichtingen, op straffe van een dwangsom. De voorzieningenrechter wijst toe, het Hof af. Het Hof betreft in de overwegingen dat de vrouw niet kon betalen en dat zij ook belang heeft bij een vernietiging omdat de dwangsommen niet worden toegelaten in haar intussen opgeheven faillissement.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, 23 februari 2015, GHARL:2015:1257

Een voormalig bewindvoerder kan worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van art. 358a Lid 1 Fw. Ontneming schone lei na beëindiging van de schuldsaneringsregeling nadat gebleken was dat de schuldenaar zijn schuldeisers had benadeeld.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 februari 2015, GHSHE:2015:631

Belang bij aanvraag faillietverklaring/geen misbruik van de bevoegdheid tot het aanvragen van faillietverklaring gerechtsdeurwaarder.

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 maart 2015,
GHSHE:2015:1079**

(Faillissement huishoudelijke zorgorganisatie. Geen misbruik van faillissementsrecht. Voldoende aannemelijk dat aanvragen eigen faillissement enige uitweg was. Structurele werkvermindering in de functie van thuishulp. (...))

3.13. De vraag die beantwoording behoeft is of Thebe haar bevoegdheid tot het aanvragen van haar eigen faillissement heeft uitgeoefend met een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is verleend, te weten: een ordelijke afwikkeling ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers (paritas creditorum). Dat, op zichzelf genomen, bij Thebe op dit moment sprake is van een faillissementssituatie (opeisbare vorderingen, meerdere schuldeisers, toestand van opgehouden te betalen), blijkt uit zowel de stukken (waaronder het eerste openbare faillissementsverslag) als uit de mondelinge behandeling in hoger beroep en wordt overigens, als zodanig, door appellanten ook niet betwist. Het gaat in dit hoger beroep, zoals hiervoor al bleek, dan ook, daargelaten de in dit appel tevens te beantwoorden vraag naar het belang van het onderhavige appel, om de vraag of Thebe haar bevoegdheid tot het aanvragen van haar eigen faillissement heeft uitgeoefend met een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is verleend, meer in het bijzonder of de aanvraag van het eigen faillissement (uitsluitend of hoofdzakelijk) is geschied met als doel de werknemers hun arbeidsrechtelijke bescherming te onthouden (vgl. eerder ook het vonnis waarvan beroep, r.o. 6.1.)

3.14. Dient deze vraag bevestigend te worden beantwoord, dan dient de faillissementsaanvraag als misbruik van faillissementsrecht, meer in het bijzonder als misbruik van bevoegdheid te worden gekwalificeerd. Alsdan dient de faillietverklaring van Thebe ex art. 3:15 juncto (de tweede misbruikgrond, genoemd in) het tweede lid van art. 3:13 BW te worden vernietigd. (...)

3.16. Er zijn echter ook situaties denkbaar op grond waarvan ondanks het aanwezig zijn van één of meer van de bovenstaande indicatoren, misbruik niet aannemelijk is te achten.

3.17. De faillissementsaanvraag dient in ieder geval als 'misbruik' te worden gekwalificeerd indien zij uitsluitend of hoofdzakelijk is gedaan met het oogmerk de werknemers de hen buiten faillissement toekomstige arbeidsrechtelijke bescherming te (kunnen) onthouden (met andere woorden: achterwege zou zijn gebleven indien dat voordeel niet had kunnen worden bereikt).

3.18. Het hof is van oordeel dat Thebe de bevoegdheid tot het aanvragen van haar eigen faillissement niet voor een ander doel heeft gebruikt dan waarvoor zij is verleend, terwijl ook niet gezegd kan worden dat de faillissementsaanvraag uitsluitend of hoofdzakelijk is geschied met het vooropgezette doel de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers te (kunnen) ontgaan.

3.19. Voldoende aannemelijk is geworden dat het aanvragen van het eigen faillissement voor Thebe op 18 december 2014 de enige uitweg was. Reeds om deze reden gaat de stelling van [appellanten

c.s.] niet (langer) op dat de faillissementsaanvraag enkel en uitsluitend is geschied met het doel de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers te ontgaan. (...)

3.41. In een laatste poging (een deel van) de onderneming aan één of meer marktpartijen over te dragen, heeft Thebe de rechtbank op 5 december 2014 (het eerste openbare faillissementsverslag noemt 8 december 2014) verzocht om de benoeming van een stille bewindvoerder. Op 9 december 2014 zijn de curatoren als zodanig benoemd.

3.42. De stille bewindvoerders c.q. curatoren zijn, na zich een voldoende gedetailleerd beeld te hebben gevormd van de problematiek die speelt rond Thebe en na inventarisatie van onder andere aanbestedingsrechtelijke, mededingingsrechtelijke en arbeidsrechtelijke vraagstukken, tot de conclusie gekomen dat ook zij niet in staat zijn een (stille) doorstart met één of meer marktpartijen te realiseren.

3.43. Op grond van vorenstaande feiten en omstandigheden, en mede gelet op haar financiële positie, heeft Thebe op 18 december 2014 haar faillissement aangevraagd.

3.44. Het hof stelt voorop dat het feit dat, voorafgaand aan de faillissementsaanvraag, allerlei pogingen zijn ondernomen om het lot van de onderneming nog ten goede te keren een indicatie vormt voor de goede trouw van Thebe en een contra-indicatie voor het aannemen van misbruik.

3.45. Op het moment van de benoeming van de stille bewindvoerders was er, om redenen zoals hiervoor uiteengezet, geen doorstart door Thebe (met één of meer andere marktpartijen) voorbereid. Een klaarliggend plan voor een doorstart is door de curatoren in hun hoedanigheid van stille bewindvoerders dan ook niet aangetroffen.

3.46. De overgang, na faillissementsdatum, van de zorgverlening en de medewerkers van Thebe naar TSN Thuiszorg, Tzorg en ActiefZorg, betrof geen 'overname', dan wel 'doorstart' in de eigenlijke zin van het woord, maar was (enkel) ingegeven door de wens de zorgverlening aan de cliënten van Thebe zoveel mogelijk te continueren alsmede de werkgelegenheid en de bestaande cliënt-hulpverlener relatie (zoveel mogelijk) te behouden.

3.47. Ten overvloede overweegt het hof als volgt. Een tevoren voorbereide doorstart van de onderneming betekent niet zonder meer dat er sprake is van oneigenlijk gebruik van het middel van de faillissementsaanvraag. De financiële toestand van de onderneming kan immers zodanig zijn dat zij verkeert – of naar verwachting binnenkort zal verkeren – in de toestand van te hebben opgehouden te betalen, ongeacht of de bedrijfsactiviteiten nu wel of niet in een andere onderneming worden voortgezet. In dat geval is de doorstart vaak een kwestie van: redden wat er nog te redden valt. Men pleegt eerst van 'oneigenlijk gebruik' te spreken indien de betalingsonmacht van de onderneming wordt bewerkstelligd ('georkestreerd'), bijvoorbeeld door het staken van de activiteiten van de vennootschap of het stopzetten van de concernfinanciering, ten einde na faillietverklaring van de vennootschap en

overname van de activa te kunnen profiteren van de verminderde arbeidsrechtelijke bescherming die de wet in een faillissementssituatie biedt.

3.48. Thebe had per faillissementsdatum een negatief eigen vermogen van circa 6 miljoen euro en was sinds in ieder geval 2010 verliesgevend, waarbij dat verlies sinds 2012 jaarlijks (fors) opliep. Niet gezegd kan dan ook worden dat Thebe bewust is gebracht in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen middels het stopzetten van de concernfinanciering, in het laatste kwartaal van 2014; nog daargelaten dat deze beslissing uitsluitend ter beoordeling stond van de holding en niet van Thebe. Het bestaan van een (formele) verplichting van de holding om een volledig onrendabele dochter – tot in lengte van jaren – in stand te houden, is gesteld noch gebleken. Daarenboven was de holding naar het oordeel van het hof gerechtigd de storingen aan Thebe te staken, nu Thebe al jaren geen betalingen aan de holding had kunnen doen en daarop gezien de negatieve financiële situatie ook geen uitzicht bestond, met een oplopende rekening-courantschuld tot gevolg.

3.49. Daarbij komt dat de stortingen vanuit de holding in de jaren voorafgaande aan het faillissement zich niet verhouden met de gedachte dat Thebe de bedoeling zou hebben gehad op een later tijdstip te failleren om op een gemakkelijke wijze van de werknemers 'af te komen'.

3.50. Ten tijde van de faillissementsaanvraag beschikte Thebe zelf niet meer over de middelen om de salarissen van de werknemers te betalen, laat staan om een sociaal plan te financieren. Dat de rest van het Thebe-concern daartoe bereid zou zijn geweest en daarvoor ook reserveringen zou hebben getroffen, is van de zijde van Thebe betwist en door [appellanten c.s.] niet aannemelijk gemaakt. Het kon dan ook niet van Thebe worden gevergd opnieuw ontslagvergunningen aan te vragen bij het UWV, dan wel enige andere maatregel van dien aard te treffen. Nog daargelaten dat op voorhand geenszins vaststond dat deze vergunningen dan alsnog zouden worden verleend, zoals door [appellanten c.s.] is gesteld, nu zulks uit de beslissing van het UWV op de ontslagaanvraag van 3 november 2014 geenszins is op te maken.

3.51. Al deze omstandigheden, in onderling verband en samenhang beschouwd, voeren het hof tot de slotsom dat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd.

Kantonrechter Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht, 28 januari 2015, RBMNE:2015:442

(Procespositie van iemand die op grond van art. 118 Rv in het geding is opgeroepen; kan geen eis in reconventie instellen)

4.1. De curator heeft een eis in (deels voorwaardelijke) reconventie ingesteld. Vraag is echter of de curator in zijn vorderingen kan worden ontvangen. De kantonrechter overweegt het volgende.

4.2. Op grond van artikel Rv komt de bevoegdheid tot het instellen van een eis in reconventie toe aan gedaagde (in conventie). Vast staat dat de eis in conventie is ingesteld jegens de Raad en dat de curator

op grond van art. 118 Rv als derde in het geding is opgeroepen. De curator is dus geen gedaagde partij (in conventie) en kan dan ook geen eis in reconventie instellen. De curator zal daarom in de door hem ingestelde vorderingen niet-ontvankelijk worden verklaard.

Rechtbank Den Haag 3 februari 2015, RBDHA:2015:1966

(De enkele melding van naam met bedrag is onvoldoende om te kunnen spreken van het summierlijk blijken van een vordering. Voor aanhouding is geen aanleiding, aangezien het verzoek om faillietverklaring, inclusief steunvordering, geacht wordt uiterlijk ter terechtzitting compleet te zijn)

Het verzoekschrift is op 3 februari 2015 behandeld in raadkamer. Verweerster is daarbij niet verschenen)

Verzoekster heeft het faillissement van verweerster aangevraagd stellende dat verweerster verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen nu zij zowel de vordering van verzoekster ad € 11.453,39 uit hoofde van verkochte en geleverde roerende zaken, als die van andere schuldeisers onbetaald laat. Ter terechtzitting heeft mr. Janssen verklaard dat de steunvordering van Technische Unie € 648,75 bedraagt.

Verweerster, die behoorlijk is opgeroepen, is niet ter zitting verschenen om het vorderingsrecht van verzoekster te weerspreken, zodat dit vorderingsrecht – dat in het verzoekschrift nader is toegelicht – naar het oordeel van de rechtbank summierlijk is komen vast te staan.

Van een steunvordering is echter onvoldoende gebleken, aangezien uitsluitend een e-mail van Atradius met de tekst 'technische unie bv € 648,75' is overgelegd. Facturen en aanmaningen ter onderbouwing van deze vordering zijn niet overgelegd. De enkele melding van naam met bedrag is naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende om te kunnen spreken van het summierlijk blijken van een vordering. De rechtbank ziet geen aanleiding het ter terechtzitting gedane verzoek om aanhouding voor onderbouwing van de steunvordering toe te wijzen, aangezien het verzoek om faillietverklaring, derhalve inclusief steunvordering, geacht wordt uiterlijk ter terechtzitting compleet te zijn.

Aangezien namens verzoekster (ook) geen andere steunvorderingen kenbaar zijn gemaakt, dient het verzoek tot faillietverklaring bij gebrek aan pluraliteit te worden afgewezen.

Rechtbank Amsterdam 4 februari 2015, RBAMS:2015:198

Beroep op paulianus handelen faalt, geen wetenschap van benadeling bij Rabobank op het moment van het aangaan van de lening van Rabobank aan de latere failliet. Evenmin sprake van doeloverschrijding en tegenstrijdig belang. Tweede lening van Rabobank aan failliet gelieerde onderneming, waarbij de aflossingen door failliet zijn voldaan: geen onverschuldigde betaling want rechtsgrond voor de betalingen, beroep op paulianus handelen van Rabobank faalt, wel bewijsvermoeden ex art. 45 Fw bij failliet t.a.v. aflossingen binnen één jaar

voor faillissement. Rabobank dient die bedragen aan curator te voldoen.

Rechtbank Rotterdam 10 februari 2015, RBROT:2015:1570

(Verzet tegen faillietverklaring ex art. 10 Fw door curator. Verzet gegrond verklaard en faillissementen vernietigd. Toetsen of er (enige) baten aanwezig zijn ter verdeling onder de aanwezige crediteuren. Doen van eigen aangifte levert in onderhavige situatie misbruik van recht op. Mogelijkheid besluit tot ontbinding van de vennootschappen, waarna zij ex art. 2:19, vierde lid, BW zullen ophouden te bestaan)

Vast staat dat geopposeerden verkeren in een toestand van te zijn opgehouden te betalen. In zoverre is voldaan aan de in de Faillissementswet gestelde eisen om op eigen aangifte in staat van faillissement te worden verklaard. Dat neemt evenwel niet weg dat het faillissement een procedure is die strekt tot vereffening van het vermogen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en dat daarom tevens van belang is hetgeen bekend is omtrent de aan- dan wel afwezigheid van vermogen.

Vooropgesteld wordt dat als sprake is van een toestand zoals hiervoor omschreven er geen verplichting is om het eigen faillissement aan te vragen. Het staat de rechtspersoon vrij om haar activiteiten te staken en contracten op te zeggen. Zij kan voor wat betreft de niet-voldoening van haar schulden afwachten wat de schuldeisers gaan doen. De schuldeisers kunnen immers ook zelf het faillissement aanvragen, maar ook om hen moverende redenen daarvan afzien.

Op de tweede plaats geldt dat er in de onderhavige situatie ook geen noodzaak was om het faillissement aan te vragen. Immers, de activiteiten waren reeds gestaakt, de contracten waren al beëindigd en in het geval van [naam vennootschap 3] was er zelfs al een akkoord aangeboden aan de schuldeisers. Er was dus geen behoefte aan de inzet van de bijzondere bevoegdheden die de Faillissementswet aan een curator toekent. Er waren immers geen werknemers meer in dienst en de huurovereenkomsten waren ook opgezegd. Dat een bank als schuldeiser een mogelijk belang heeft bij een faillissement in verband met een borgstelling door de overheid, hetgeen overigens gemotiveerd is weersproken door de curator, levert ook geen noodzaak op om het eigen faillissement aan te vragen. Zoals gezegd kan de bank dit ook zelf doen en is het dus geen belang van de rechtspersonen zelf. Immers, indien borgstelling door de overheid wordt ingeroepen is het zeer waarschijnlijk dat de overheid wordt gesubrogeerd in de rechten van de bank, zodat de schuld van de rechtspersonen aan de bank een schuld aan de overheid wordt.

Ondanks het ontbreken van de verplichting en de noodzaak van een faillissement zijn toch de faillissementen aangevraagd. De heer [naam (middellijk) bestuurder] heeft namens geopposeerden ter zitting verklaard dat hij dacht dat met een faillissement van de rechtspersonen de schulden zouden 'verdwijnen'. Dat is echter een onjuiste veronderstelling. Over de mogelijkheid van ontbinding van

de rechtspersonen via de weg van art. 2:19 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is niet nagedacht. Evenmin is nagedacht over de kosten van de curator. Het komt er dus op neer dat zonder andere mogelijkheden te onderzoeken op grond van een onjuiste veronderstelling van de gevolgen van een faillissement is gekomen tot een eigen aangifte, waarbij geen enkele aandacht is besteed aan de belangen van een te benoemen curator.

De curator heeft niet geconstateerd dat er enige noemenswaardige bate is of te verwachten is. De curator heeft aangegeven dat er geen inbare debiteuren zijn. Er is voorts geen enkele aanwijzing dat mogelijk sprake is van een in de boedel vallende vordering, bijvoorbeeld uit hoofde van pauliana en/of bestuurdersaansprakelijkheid. Er is derhalve naar verwachting geen te executeren vermogen. Er is dus eigenlijk geen belang bij het aanvragen van de faillissementen. Anderzijds is er wel het belang van een aan te stellen curator om verschoond te blijven van een faillissement waarin op voorhand vaststaat dat alle kosten voor rekening van een curator zullen komen. Te verwachten is dat een curator vanwege een gebrek aan baten en de olopende faillissementskosten het faillissement ex art. 16 Fw zo snel mogelijk zal voordragen voor opheffing wegens gebrek aan baten. Geopposeerden zullen dan door die opheffing worden ontbonden (art. 2:19 lid 1 sub c BW). In dat geval zal de schuldenlast van geopposeerden vóór die ontbinding naar verwachting alleen maar zijn toegenomen als gevolg van de werkzaamheden van de curator. Dat dient geen doel.

In het licht van de omstandigheden bezien is sprake van misbruik van het faillissementsrecht. De rechtbank zal daarom het verzet gegrond verklaren en het verzoek tot vernietiging van de vonnissen van deze rechtbank van 15 januari 2015, waarbij geopposeerden in staat van faillissement zijn verklaard, toewijzen. De heer [naam (middellijk) bestuurder], aanvrager van de faillissementen, zal worden veroordeeld in de kosten van deze procedure en de faillissementskosten.

De rechtbank wijst geopposeerden er ten overvloede op dat een besluit tot ontbinding van geopposeerden kan worden genomen, waarna ex art. 2:19 lid 4 BW, geopposeerden zullen ophouden te bestaan. Het is dan aan (een van) de crediteuren om aannemelijk te maken dat er toch baten zijn en dat hij/zij bij vereffening (enige) betaling zou(den) hebben ontvangen.

Rechtbank Amsterdam 11 februari 2015, RBAMS:2015:609

(Art. 107 Rv niet van toepassing aangezien andere eiser niet-ontvankelijk is vanwege faillissement van een van de medegedaagden)

4.2. (...). In art. 107 Rechtsvordering (Rv) is – kort gezegd – bepaald dat de rechtbank indien hij ten aanzien van een van de gezamenlijk in het geding betrokken gedaagden bevoegd is, hij ook ten aanzien van de overige gedaagden bevoegd is mits er voldoende samenhang bestaat tussen de vordering tegen de onderscheiden gedaagden.

4.3. De rechtbank heeft in de hoofdzaak geoordeeld dat Special Sports c.s. ten aanzien van [gedaagde sub 1] niet-ontvankelijk wordt verklaard. Nu de rechtbank derhalve niet bevoegd is te oordelen over de tegen [gedaagde sub 1] ingestelde vordering, brengt dit mee dat de bevoegdheid van de rechtbank Amsterdam – anders dan Special Sports c.s. heeft aangevoerd – ten aanzien van [gedaagde sub 2] niet op art. 107 Rv kan worden gebaseerd.

4.4. Special Sports c.s. heeft verder aangevoerd dat de rechtbank Amsterdam ten aanzien van [gedaagde sub 2] bevoegd is omdat zij zich net als [gedaagde sub 1] door de medeondertekening van de akte van borgtocht heeft onderworpen aan de daarin opgenomen forumkeuze voor de rechtbank Amsterdam.

4.5. Dit standpunt wordt door de rechtbank niet gevolgd. Vast staat immers dat de akte van borgtocht en de daarin opgenomen forumkeuze is aangegaan tussen [gedaagde sub 1], SS Beheer, SSA en SS Vastgoed (zie 2.3) en dat [gedaagde sub 2] geen partij is bij deze overeenkomst. Dat [gedaagde sub 2] op grond van art. 1:88 BW heeft ingestemd met de akte van borgtocht en alle daaraan verbonden verplichtingen, betekent niet dat zij daarmee ook uitdrukkelijk heeft ingestemd met de in die akte van borgtocht opgenomen forumkeuze om eventuele geschillen voor te leggen aan de rechtbank Amsterdam. De rechtbank is dan ook van oordeel dat de forumkeuze voor de rechtbank Amsterdam [gedaagde sub 2] niet bindt.

4.6. Het voorgaande betekent dat wordt teruggeval- len op de hoofdregel uit art. 99 Rv. Art. 99 Rv schrijft voor dat, tenzij de wet anders bepaalt, de rechter van de woonplaats van gedaagde (relatief) bevoegd is. Tussen partijen is niet in geschil dat [gedaagde sub 2] woonplaats heeft te [woonplaats]. Nu er ook anderszins geen grond is om af te wijken van de hoofdregel van art. 99 Rv, is niet de rechtbank Amsterdam, maar de rechtbank Midden-Nederland bevoegd om kennis te nemen van het geschil in de hoofdzaak. Voor zover Special Sports c.s. bedoeld heeft aan te voeren dat de incidentele vordering van [gedaagde sub 2] wegens gebrek aan belang dient te worden afgewezen, wordt dit standpunt niet gevolgd. Gelet op de woonplaats van [gedaagde sub 2] te [woonplaats] heeft zij wel degelijk een te respecteren belang bij verwijzing. De rechtbank Amsterdam zal zich dan ook onbevoegd verklaren ten aanzien van de vordering jegens [gedaagde sub 2]. Nu de rechtbank zich reeds op voornoemde grond onbevoegd heeft verklaard zal de rechtbank het standpunt van [gedaagde sub 2] dat er aan de zijde van Special Sports c.s. sprake is van misbruik van procesrecht in het midden laten.

Nu [woonplaats] gelegen is in de regio Gooi- en Vechtstreek dient ingevolge het zaaksverdelings- reglement voor de rechtbank Midden-Nederland de zaak te worden aangebracht bij de locatie Lelystad.

Voorzieningenrechter 's-Hertogenbosch 13 februari 2015, RBOBR:2015:763

Failliet probeert (via stromannen en andere entiteiten) curatoren te dwarsbomen in de uitvoering van hun wettelijke taak. Gebod aan de provider

om data in the cloud aan curatoren ter beschik- king te stellen door de digitale omgeving zodanig te herstellen dat de provider aan curatoren via het Citrix portal door middel van 'alleen lezen'-rechten toegang verleent tot de via een derde bij de provi- der gehoste concerndata onder de voorwaarde dat curatoren aan de provider een redelijke vergoeding betalen voor de werkzaamheden zij in dit verband moet maken. De derde die de overeenkomst met de provider heeft gesloten wordt op straffe van een dwangsom verboden enige handeling te verrichten waardoor de jegens de provider uitgesproken ver- oordeling wordt belemmerd.

Voorzieningenrechter Amsterdam 16 februari 2015, RBAMS:2015:792

(Schuldenaar vordert in kort geding dat het zijn schuld- eiser verboden wordt een faillissementsaanvraag in te dienen. De vordering wordt afgewezen omdat in dit ge- val geen sprake is van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW). Toewijzing van de vordering zou daarnaast op gespannen voet komen te staan met art. 6 EVRM, dat toegang tot de rechter waarborgt)

4.1. Kernvraag in dit geding is of Ardila misbruik van bevoegdheid maakt in de zin van art. 3:13 lid 2 BW door het faillissement van ENRC aan te vra- gen. De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat in dit geval bij beantwoording van deze vraag terughoudendheid is geboden. Een oordeel dat sprake zou zijn van misbruik van bevoegdheid, zou immers tot gevolg hebben dat Ardila wordt af- gehouden van de rechter, hetgeen op gespannen voet kan komen te staan met art. 6 EVRM, dat juist een waarborg vormt voor toegang tot de rechter. De vordering van ENRC kan derhalve in dit kort geding alleen worden toegewezen indien met een grote mate van zekerheid vaststaat dat sprake is van een van de situaties als genoemd in art. 3:13 lid 2 BW.

4.2. De voorzieningenrechter overweegt hiertoe het volgende. In het kortgedingvonnis van 29 augustus 2014 is reeds geoordeeld dat niet van de summier- lijke ondeugdelijkheid van de vordering van Ardi- la op ENRC is gebleken, voor zover deze vordering is gebaseerd op artikel 3.8 van de SPA. Nadien (op 19 september 2014) is de Port Installation Licence verleend als gevolg waarvan Ardila haar vordering op ENRC (tevens) heeft gebaseerd op artikel 3.4 (E) van de SPA. Beantwoording van de vraag of de Port Installation Licence onder verdachte omstandig- heden is verleend en om die reden vernietigd zal worden of op andere wijze ongeldig zal worden ver- klaard, vergt een nader onderzoek naar de feiten waarvoor het kort geding zich niet leent. Zolang de Port Installation Licence niet is vernietigd, dient de voorzieningenrechter uit te gaan van de geldigheid van die vergunning. Voorshands leidt dit tot de con- clusie dat Ardila ook op grond van artikel 3.4 (E) van de SPA een vorderingsrecht heeft op ENRC.

4.3. Voor zover ENRC heeft betoogd dat Ardila geen vordering uit hoofde van de Incremental Purcha- se Payment toekomt omdat zij die vordering gece- deerd heeft aan de Royal Bank of Canada, geldt dat Ardila een brief van 7 oktober 2014 van die bank

in het geding heeft gebracht waaruit volgt dat toestemming is verleend aan Ardila om alle procedures verband houdende met de SPA tegen ENRC te voeren. (...)

4.5. Op grond van deze opsomming is de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat Ardila zich met recht zorgen lijkt te maken over de financiële positie van ENRC en haar verhaalsmogelijkheden. Onvoldoende aannemelijk is dat de conservatoire beslagen die Ardila heeft gelegd een afdoende zekerheid vormen voor verhaal van haar vordering. Dat een faillissementsaanvraag per definitie kansloos is kan niet worden gezegd, met name gelet op het in het geding gebrachte persbericht over de rating door Standard & Poor's. Niet kan worden uitgesloten dat ENRC niet meer in staat zal zijn haar schulden te betalen. Het rapport van Ernst & Young van 30 mei 2014, dat is opgesteld in opdracht van de moedermaatschappij van ENRC, maakt dit niet anders. Weliswaar schetst de samenvatting van dit rapport (productie 21 van ENRC) een positief beeld van ENRC per 31 december 2013, maar gezien de inhoud van het hiervoor genoemde persbericht van 26 november 2014 kan van het rapport van Ernst & Young niet zonder meer worden uitgegaan voor de vraag of ENRC haar schuldeisers kan voldoen. Op grond van dit alles kan niet worden geoordeeld dat Ardila geen enkel belang heeft bij het indienen van een faillissementsaanvraag. Daaruit vloeit voort dat evenmin kan worden geoordeeld dat een faillissementsaanvraag geen enkel ander doel heeft dan ENRC te schaden (als bedoeld in art. 3:13 lid 2 BW) of dat een dergelijke aanvraag enkel als doel heeft druk op ENRC uit te oefenen, zoals ENRC heeft aangevoerd.

4.6. Voorshands kan evenmin worden geoordeeld dat Ardila in redelijkheid niet tot het indienen van een faillissementsaanvraag kan komen, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen de verschillende belangen van partijen (als bedoeld in art. 3:13 lid 2 BW, laatste zinsdeel). Weliswaar kan worden aangenomen dat een faillissementsaanvraag tot een Event of Default (en tot cross-defaults) zal leiden, maar dat de schade als gevolg hiervan in de miljarden dollars loopt, zoals ENRC heeft aangevoerd, is voorshands onvoldoende aannemelijk geworden, te meer nu ENRC (zie onder punt 73 van de pleitaantekeningen ten behoeve van de zitting van 2 februari 2015) een waiver van de banken heeft ontvangen.

Rechtbank Gelderland, zittingsplaats Arnhem, 25 februari 2015, RBGEL:2015:1805 Er wordt een nieuw venster geopend.

(Vraag of ontvanger zijn positie als seperatist heeft prijsgegeven. Ontvanger had geldig hypotheekrecht en komt met curator oneigenlijke lossing overeen onder voorwaarde van volledige voldoening van belasting-schuld. Curator verkoopt woning eigenmachtig en vraagt RC verklaring ex art. 188 lid 2 Fw)

De rechtbank overweegt dat het niet zo kan zijn dat de curator, die de wijziging van omstandigheden zelf creëert door eigenmachtig te verkopen en verklaring ex art. 188 lid 2 Fw te verzoeken, vervol-

gens een beroep doet op ontbinding van de overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden. Geen lossing ex. art. 58 lid 2 Fw en geen termijn gesteld ex. art. 58 lid 1 Fw. Ook heeft curator de pauliana niet ingeroepen. Curator moet alsnog belasting-schuld gefailleerde aan ontvanger voldoen.

Rechtbank Gelderland, zittingsplaats Arnhem, 1 maart 2015, RBGEL:2015:2061

(Actio Pauliana. De verrekening vormt in deze een onverplichte rechtshandeling, want de lening was nog niet opeisbaar. Door verrekening met de koopsom van de busjes zijn andere schuldeisers benadeeld. Het vermoeden van art. 43 lid 1 sub 5 Fw wordt aanwezig geacht. Er kan gevoeglijk van worden uitgegaan dat dochter wist dat onderneming er slecht voorstond en dat zij tot inzicht is gekomen dat overeenkomst voor onderneming vader zeer aantrekkelijk was, te meer als het mis mocht gaan met gefailleerde en dat dit inzicht met haar vader heeft gedeeld)

4.2. Tussen de partijen is niet in geschil dat de door de curator gewraakte verrekening een onverplichte rechtshandeling in de zin van art. 42 Fw vormt: wet noch overeenkomst verplichtten daartoe. Wel in geschil is of de boedel hierdoor is benadeeld. Van de zijde van gedaagde is er bij gelegenheid van de comparitie op gewezen dat er een fiscaal beslag op de personenbusjes lag, zodat een verkoopopbrengst van de busjes niet naar de boedel, maar naar de fiscus zou zijn gegaan. De rechtbank verwerpt dit betoog. Nu de busjes geen bodemzaken vormen omdat zij niet dienen ter 'stoffering van huis of landhoef' als bedoeld in art. 22 lid 3 Iw, kan het hier slechts gaan om een regulier (executoriaal) beslag van de fiscus of om een beslag ex art. 22a Iw. Dergelijke beslagen vervallen op het moment dat het faillissement wordt uitgesproken op grond van art. 33 lid 2 Fw, waarna op de betreffende zaken het algemene faillissementsbeslag komt te rusten. Dat betekent dat de opbrengst daarvan aan de boedel en dus aan de gezamenlijke schuldeisers zou zijn toegekomen, nog daargelaten dat zelfs als de opbrengst alleen voor de fiscus zou zijn geweest, dat nog altijd betekent dat door de verrekening de rangorde van schuldeisers is aangetast, hetgeen volgens vaste rechtspraak ook als een benadeling wordt gezien.

4.3. Het benadelende karakter van de gewraakte verrekening is erin gelegen dat wanneer deze niet zou hebben plaatsgevonden, voor de busjes een geldbedrag van € 49.736,00 in het vermogen van de gefailleerde vennootschap zou zijn teruggekomen. Daar zouden in beginsel alle schuldeisers zich op hebben kunnen verhalen. Nu zijn de busjes deels betaald door middel van het 'wegstrepen' van een lening die in ieder geval in de visie van eiser Beheer voorlopig niet zou worden terugbetaald. Daarmee heeft eiser Beheer verhaalsactief vervangen door de verlaging van een nog niet opeisbare schuld. Dat is voor de andere schuldeisers benadelend.

4.4. Vervolgens is aan de orde of eiser Beheer wist of behoorde te weten dat de verrekening benadeling van schuldeisers tot gevolg zou hebben. Bovendien moet komen vast te staan dat ook gedaagde dit wist of behoorde te weten, nu de verrekening immers

een rechtshandeling anders dan om niet betreft in de zin van art. 42 lid 2 Fw.

4.5. De curator heeft zich in dit verband beroepen op het wettelijk vermoeden van art. 43 lid 1 sub 5 onder b Fw, onweersproken stellende dat de gewraakte verrekening is geschied binnen één jaar voor de faillietverklaring.

4.6. Het gaat hier om een rechtshandeling van de rechtspersoon eiser Beheer als schuldenaar met een andere rechtspersoon, te weten gedaagde, waarvan de bestuurders ([naam] respectievelijk gedaagde) elkaars eerstegraads bloedverwanten zijn. Dit is als zodanig niet in geschil. Wel heeft eiser Beheer nog aangevoerd dat [naam] op het moment van verkoop feitelijk geen zeggenschap meer had binnen eiser Beheer omdat de heer [naam] (bestuurder van [naam]) het bestuur feitelijk volledig had overgenomen, maar dat is in dit kader niet van belang. Hier gaat het om de invulling van het wettelijk vermoeden, waarbij de wetgever louter formeel bestuurderschap toereikend heeft geoordeeld. De rechtbank dient dan ook uit te gaan van het vermoeden dat de wetenschap van benadeling aan beide zijden heeft bestaan. Het is aan gedaagde om dit vermoeden te ontkrachten.

4.7. In dit kader is het verweer van gedaagde dat de heer [naam] de boel feitelijk volledig had overgenomen binnen eiser Beheer wél van belang. Daartoe is aangevoerd dat [naam] na de overname alleen nog formeel bestuurder was; zij bemoeide zich niet meer met in- en verkoop en verrichtte geen betalingen meer. De feitelijke leiding was in handen van de heer [naam]. In 2011 was er een goed gevulde orderportefeuille, het seizoen verliep druk, er werd geïnvesteerd in nieuw materieel en in november 2011 werd nog een nieuwe vervoersopdracht binnengehaald. Ook waren er activiteiten gericht op het fuseren van de vennootschappen. Toen [naam] in december 2011 na terugkomst van een korte vakantie, volkomen onverwacht het eigen faillissement aanvroeg, was iedereen binnen het bedrijf daardoor overdonderd.

4.8. Het gaat erom of ten tijde van de gewraakte transactie in oktober 2011 zowel eiser Beheer als gedaagde wisten of behoorden te weten dat door de verrekening schuldeisers benadeeld zouden worden. Voor eiser Beheer moest hoe dan ook duidelijk zijn dat haar andere schuldeisers hierdoor benadeeld zouden worden. Voor de busjes met een waarde van bijna € 70.000,00 ex btw waarop alle schuldeisers verhaal zouden kunnen zoeken, kwam immers slechts een bedrag van € 20.000,00 daadwerkelijk terug in de onderneming. De rest werd verrekend met een lening die in ieder geval vanuit het perspectief van eiser Beheer het eerste jaar na de overname nog niet zou worden terugbetaald, zo volgt genoegzaam uit de onder 2.5. bedoelde afspraken tussen koper en verkoper. Dat gedaagde niet als partij betrokken was bij die afspraken, maakt dit voor eiser Beheer niet anders. Verder zou de situatie nog anders geweest kunnen zijn als na de gewraakte transactie van oktober 2011 zich geheel onverwachte gebeurtenissen zouden hebben voorgedaan waardoor de financiële positie van de

onderneming plotsklaps onder druk kwam te staan en uiteindelijk de aanvraag van het eigen faillissement onontkoombaar was. Dat is echter niet gesteld of gebleken. Integendeel, in november 2011 werd blijkbaar nog een aantrekkelijke vervoeropdracht binnengehaald. Dan kan het niet anders zijn geweest, dan dat eiser Beheer ook al in oktober 2011 ernstig rekening moet hebben gehouden met de eigen insolventie en moet voor haar dus ook voorzienbaar zijn geweest dat zij haar schuldeisers door de verkoop van de busjes zou benadelen.

4.9. Wat betreft gedaagde heeft te gelden dat haar verweer zich erop toespitst dat het met name voor [naam] in het najaar van 2011 volstrekt niet voorzienbaar was dat eind 2011 eiser Beheer het eigen faillissement zou aanvragen, zodat zij, zo begrijpt de rechtbank, daarover ook geen kennis heeft kunnen doorspelen aan haar vader. Het moge zo zijn dat de faillissementsaanvraag niet voorzien was, maar dit laat onverlet dat [naam], toen zij in maart 2011 haar onderneming voor € 1,00 verkocht aan [naam], moet hebben geweten dat die er niet florissant voorstond. Gezien de nauwe persoonlijke banden kan ervan worden uitgegaan dat die wetenschap ook bij haar vader als bestuurder/aandeelhouder van gedaagde heeft bestaan. In die zin heeft hij overigens ook ter comparitie verklaard. Daarna is [naam] volgens eigen zeggen het zicht op de precieze gang van zaken binnen eiser Beheer kwijtgeraakt. Maar als dan na ruim een half jaar wordt aangeboden een deel van de activa over te nemen, waarbij dan een groot deel van de koopprijs kan worden verrekend met een lening waarvan met medeweten van [naam] nou net in maart 2011 is vastgelegd dat die het eerste jaar in ieder geval nog niet zou worden terugbetaald, moet zij zich wel hebben gerealiseerd dat dit – zeker wanneer het onverhoopt mis zou gaan met eiser Beheer –, voor gedaagde een zeer aantrekkelijke deal was, met name omdat zo toch nog een belangrijk deel van de lening werd afgelost op een eerder moment dan voorzien door – in ieder geval – eiser Beheer. Er kan gevoeglijk van worden uitgegaan dat zij dit inzicht met haar vader zal hebben gedeeld, zodat het ervoor kan worden gehouden dat gedaagde wist, althans moet hebben geweten dat zij door deze constructie in een aanmerkelijk betere positie kwam, terwijl deze constructie voor andere schuldeisers benadelend was. Daarmee is het hiervoor bedoelde wettelijk vermoeden niet ontkracht.

4.10. Aldus is aan de vereisten van art. 42 Fw voldaan en moet worden geconcludeerd dat de curator op 13 augustus 2012 terecht de vernietiging van de verrekening heeft ingeroepen. De primair gevorderde verklaring voor recht kan worden gegeven – met dien verstande dat rechtens niet is komen vast te staan dat een niet-opeisbare schuld is verrekend zodat daarover niet verklaard kan worden – en gedaagde moet worden veroordeeld tot betaling van € 49.736,00. De wettelijke rente daarover is toewijsbaar vanaf 31 oktober 2011, zoals onweersproken is gevorderd.

Rechtbank Rotterdam 4 maart 2015, RBROT:2015:1678

(Een dwangcrediteur (cloudaanbieder) wordt via een voorlopige voorziening gedwongen na faillissement zijn dienstverlening gedurende de afkoelingsperiode voort te zetten en wordt daarvoor ook betaald. Is de prefaillissementsvordering van de dienstverlener daardoor een boedelschuld geworden? Nee, hij heeft daarmee geen betere aanspraak voor betaling van de nota's die al voor faillissement open stonden)

4.3. Aan de vorderingen tot betaling van € 451.191,60 en € 234.112,12 ligt – samengevat – het volgende beoog van Ctac ten grondslag. Krachtens art. 37 Fw heeft de curator ten aanzien van overeenkomsten die noch door de failliet, noch door de wederpartij geheel zijn nagekomen de keuze om wel of niet na te komen. Voor zover een keuze tot nakoming wordt gemaakt, zijn de vorderingen die voor de schuldeiser uit de betreffende overeenkomst voortvloeien boedelschuld. Dit betreft niet alleen vorderingen die in de toekomst ontstaan, maar ook pre-faillissementsvorderingen. Nu Ctac aan de overeenkomst(en) met Free Record Shop Holding na de datum van het faillissement op verzoek van Curatoren (gedwongen) uitvoering is blijven geven, kan Ctac jegens de boedel aanspraak maken op betaling van de volledige pre-faillissementsvordering, alsmede op schadevergoeding na ontbinding wegens tekortkoming zijdens Curatoren.

4.4. Curatoren menen dat de situatie waar art. 37 Fw op ziet niet aan de orde is in het onderhavige geschil. Zij betogen – samengevat – dat van gestanddoening van de overeenkomsten (in de zin van art. 37 Fw) door Curatoren geen sprake is. Ctac heeft de overeenkomsten tussen Ctac en Free Record Shop Holding opgezegd, en vervolgens heeft Ctac de dienstverlening ten behoeve van en in het belang van de boedel nog korte tijd (gedwongen) voortgezet, waarvoor zij ook is betaald, aldus Curatoren.

4.5. Zoals tussen partijen niet ter discussie staat en zoals ook volgt uit het vonnis van de voorzieningenrechter was de dienstverlening door Ctac noodzakelijk voor de (tijdelijke) voortzetting van de onderneming van Free Record Shop Holding door Curatoren. Curatoren wilden een (tijdelijke) voortzetting van die onderneming in verband met een door hen beoogde doorstart (going concern) van de onderneming. Eveneens staat vast de door de voorzieningenrechter in aanmerking genomen omstandigheid dat er voor Curatoren geen reële mogelijkheid was zich tot een andere (soortgelijke) dienstverlener te wenden, die de door Ctac geleverde diensten op zeer korte termijn zou kunnen overnemen. Ctac was derhalve een zogenoemde dwangcrediteur. Ctac had op de dag van het faillissement alle met Free Record Shop Holding gesloten overeenkomsten beëindigd; op grond van de toepasselijke algemene voorwaarden ging het om een beëindiging met onmiddellijke ingang, waarbij het recht tot gebruik van aan Free Record Shop ter beschikking gestelde producten van rechtswege verviel. Curatoren hebben gepoogd Ctac te bewegen tot tijdelijke voortzetting van de dienstverlening, maar Ctac was hiertoe alleen bereid als Curatoren

de gehele pre-faillissementsvordering van Ctac voldeden.

4.6. Het systeem van de Faillissementswet laat deze opstelling van Ctac (in beginsel) toe; Ctac mocht de overeenkomst beëindigen, en voortzetting van de overeenkomst afhankelijk stellen van betaling door Curatoren van pre-faillissementsschulden. Daaraan doet niet af dat Ctac een dwangcrediteur was; een (wettelijke) uitzondering geldt in dit verband (slechts) voor nutsbedrijven, op grond van art. 37b Fw.

Een dergelijke opstelling dwingt een curator, net als Curatoren in dit geval, in beginsel (binnen een redelijke termijn) te kiezen (op de voet van art. 37 Fw) om in het belang van de boedel de overeenkomst na te komen, of om in verband met de kosten die zijn gemoeid met voortzetting van de dienstverlening van die voortzetting af te zien. Bedoelde kosten bestaan uit de (normaal gesproken concurrente, ter verificatie in te dienen) pre-faillissementsvordering, die bij een keuze voor nakoming tot boedelschuld verwordt, en ook uit toekomstige kosten in verband met de nakoming van de overeenkomst. Dergelijke toekomstige kosten zijn bijvoorbeeld ook mogelijke kosten in verband met een beëindiging van de overeenkomst door de curator. Zo zal, als geen doorstart wordt gerealiseerd, of als de doorstarter de overeenkomst niet wil overnemen, de curator de overeenkomst moeten beëindigen, met als (mogelijk) gevolg een boedelschuld vanwege schadevergoeding in verband met die beëindiging. Beide facetten komen in deze zaak aan de orde: Ctac meent dat zowel de pre-faillissementsvordering een boedelschuld is, als de schadevergoedingsvordering die zij stelt op de boedel te hebben vanwege een voortijdig einde van de overeenkomst. Zij stelt dus dat Curatoren in casu de keuze hebben gemaakt om de overeenkomst na te komen in de zin van art. 37 Fw.

4.7. In de onderhavige zaak waren Curatoren van mening dat (tijdelijke) voortzetting van de dienstverlening in het belang van de boedel was, nu deze dienstverlening noodzakelijk was om de onderneming in bedrijf te houden en verkoop van de onderneming going concern (vermoedelijk) een hogere opbrengst zou genereren. Zij achtten het daarentegen niet in het belang van de boedel de overeenkomst na te komen in de zin van art. 37 Fw, waarmee zij immers de pre-faillissementsvordering als boedelschuld hadden moeten voldoen. Curatoren hebben om die reden geprobeerd afspraken te maken met Ctac. De door Curatoren gewenste afspraken kwamen erop neer dat Ctac de pre-faillissementsvordering ter verificatie zou indienen, dat Curatoren zouden instaan voor de verplichtingen die gedurende de voortzetting van de dienstverlening voor de boedel uit de overeenkomsten zouden voortvloeien, en dat Curatoren (overigens) slechts aan de overeenkomsten zouden zijn gebonden zolang zij belang hadden bij de door Ctac te verrichten prestaties. Met andere woorden: Curatoren wilden niet de kosten die zouden (kunnen) voortvloeien uit een nakoming van de overeenkomsten op de voet van art. 37 Fw voor rekening van de boedel la-

ten komen, maar zij wilden evenmin kiezen voor niet-nakoming; zij wilden slechts de kosten betalen in verband met een tijdelijke voortzetting van de dienstverlening in het belang van de boedel, en zo lang als de boedel bij die voortzetting belang zou hebben. Curatoren hadden hierop geen wettelijke aanspraak, maar dat neemt niet weg dat zij zich uiteraard op het standpunt kunnen stellen dat zij hierop in de omstandigheden van het geval aanspraak hebben, en dat standpunt aan de rechter voor te leggen. Dat is wat Curatoren hebben gedaan toen Ctac niet akkoord wilde gaan met de door Curatoren voorgestelde aanpak. De insteek van het kort geding van de zijde van Curatoren was dezelfde als die van het overleg. Curatoren vorderden dat Ctac geboden zou worden de dienstverlening (tijdelijk) voort te zetten, tegen betaling door Curatoren van de toekomstige verplichtingen. De voorzieningenrechter had aldus te beoordelen of Ctac in casu het recht had de (voortzetting van de) dienstverlening aan Curatoren te weigeren totdat haar pre-faillissementsvordering was voldaan. De voorzieningenrechter heeft in dat kader een belangenafweging gemaakt en kwam tot het oordeel dat het belang van Curatoren bij voortzetting van de dienstverlening voor een relatief korte periode zodanig zwaarwegend was, dat stopzetting daarvan door Ctac onaanvaardbaar moet worden geacht.

4.8. De vraag die thans voorligt is of in een geval als het onderhavige sprake is van nakoming van de overeenkomst op de voet van art. 37 Fw. Zoals hiervoor al aan de orde kwam brengt het wettelijk systeem in beginsel mee dat een curator, ook in geval van een dwangcrediteur, binnen een redelijke termijn moet kiezen (op de voet van art. 37 Fw) om in het belang van de boedel de overeenkomst na te komen, of om in verband met de kosten die zijn gemoeid met voortzetting van de dienstverlening van die voortzetting af te zien. In het verleden heeft een vergelijkbare vraag gespeeld ten aanzien van nutsbedrijven, die van oudsher veelvuldig de positie van dwangcrediteur pleegden in te (kunnen) nemen. In de rechtspraak van de Hoge Raad is aan de orde geweest of nutsbedrijven gebruik konden maken van hun opschortingsrecht om aldus betaling af te dwingen van schulden die zijn ontstaan voor de faillietverklaring. Die rechtspraak is aanleiding geweest voor de wetgever om (in 2004) met betrekking tot deze nutsbedrijven art. 37b Fw in de wet op te nemen. Dat artikel biedt ten aanzien van nutsbedrijven voor een situatie als de onderhavige een wettelijke oplossing; het nutsbedrijf mag niet opschorten of ontbinden in verband met een openstaande (pre-faillissements)vordering. Achtergrond hiervan was de volgende (Kamerstukken II 1999/2000, 27 244, nr. 3, p. 10):

‘Als gevolg van deze regel [dat nutsbedrijven (voor de wetwijziging) een opschortingsbevoegdheid hebben ten aanzien van rechtspersonen, ook indien de uitoefening daarvan ertoe strekt betaling af te dwingen van schulden die zijn ontstaan voor de faillietverklaring, toevoeging rechtbank] wordt het beginsel van gelijkheid van schuldeisers doorbroken op een wijze die niet door de wet is voorzien.

Nutsbedrijven verwerven zich aldus een feitelijk voorrecht ten opzichte van andere schuldeisers. Daarenboven wordt de continuïteit van de onderneming door deze regel niet bevorderd. Afsluiting door het nutsbedrijf kan de verkoop «going concern» van de onderneming ernstig bemoeilijken. Het ene alternatief, waarin de curator terstond de vordering van het nutsbedrijf voldoet, leidt tot een inbreuk op het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers zonder dat daar een wettelijke basis voor is, nog afgezien van de mogelijkheid dat de curator onvoldoende tijd heeft de vordering van het nutsbedrijf te controleren. Het andere alternatief, waarin de curator een boedekrediet tracht overeen te komen, kan in de praktijk te lang duren. Om voortgang van levering van de essentiële voorzieningen gas, water, elektriciteit en verwarming in beginsel te verzekeren, is een artikel opgenomen als art. 304. De schuld die ontstaat als gevolg van leveringen tijdens de afkoelingsperiode (en tijdens het faillissement in het algemeen) is boedelschuld, dus een schuld die, zonder verificatie te behoeven, een onmiddellijke aanspraak op de boedel geeft. Ook het derde lid strekt ertoe de leverantie van gas, water, elektriciteit en verwarming tijdens de surseance van betaling voortgang te doen vinden. Daarom wordt vastgelegd dat een beroep op een in de overeenkomst voorkomende ontbindingsbepaling slechts is toegelaten met goedvinden van de curator.”

Bij toepasselijkheid van art. 37b Fw komt de nutsleverancier geen beroep toe op art. 37 Fw (Kamerstukken II 2001/02, 27 244, nr. 5, p. 22).

Zowel in maatschappelijke, economische als technologische zin zijn er de afgelopen jaren de nodige ontwikkelingen geweest, waardoor ondernemingen, zoals in dit geval Ctac, in de praktijk een dwangpositie jegens contractpartners kunnen verwerven die minstens even ingrijpend is als die van nutsbedrijven. Zonder hun medewerking is soms per direct geen enkele bedrijfsactiviteit meer mogelijk. In het Voorontwerp van een insolventiewet, opgesteld door de Commissie Insolventierecht, was om die reden de regeling van art. 37b Fw uitgebreid tot overeenkomsten tot het ter beschikking stellen van goederen of verlenen van diensten benodigd voor de voortzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming. Met een dergelijke uitbreiding was door de wetgever bij de totstandkoming van art. 37b Fw overigens al rekening gehouden. Dit Voorontwerp is geen wet; vast staat derhalve dat het wettelijk systeem thans geen voorziening biedt voor een geval als het onderhavige. Dat betekent dat thans in een faillissementssituatie geen onderzoek naar – bijvoorbeeld – een doorstart mogelijk is zonder de vorderingen van dergelijke dwangcrediteuren ter zake van hun bestaande, soms zeer substantiële, (concurrente) vorderingen op voorhand volledig te honoreren. Dit tenzij een regeling met de betreffende crediteur kan worden getroffen voor een (tijdelijke) voortzetting, of na een afweging van de belangen van de boedel en de dwangcrediteur een dergelijke voorziening wordt getroffen in kort geding.

In het onderhavige geval heeft de voorzieningenrechter Ctac onder voorwaarden die waarborgen dat rekening wordt gehouden met de gerechtvaardigde belangen van Ctac verplicht om tijdelijk (gedurende de afkoelingsperiode) te blijven presteren. Hetgeen hiervoor is overwogen rechtvaardigt om aan te nemen dat Curatoren daarmee niet geacht kunnen worden de overeenkomst gestand te hebben gedaan in de zin van art. 37 Fw. De curator is weliswaar gehouden zich binnen een daartoe door de wederpartij gestelde redelijke termijn uit te laten over de vraag of hij bereid is de overeenkomst gestand te doen, maar bij bepaling van de lengte van de minimaal aan de curator te gunnen redelijke termijn zijn alle omstandigheden van het geval van belang. Tot die omstandigheden behoort de vraag of de dwangcrediteur door hantering van een wat langere termijn nadeel ondervindt, alsmede de betrokken belangen van de boedel. Gelet op de hiervoor besproken wederzijdse belangen van Ctac en de boedel was die termijn in het onderhavige geval niet verstreken in de periode dat Ctac de dienstverlening tijdens de afkoelingsperiode (gedwongen) voortzette. Derhalve kan niet worden aangenomen dat door de tijdelijke voortzetting van de overeenkomsten Curatoren die overeenkomsten gestand hebben gedaan in de zin van art. 37 Fw. Nu ook daarna geen keuze voor nakoming is gemaakt, is de conclusie dat art. 37 Fw niet van toepassing is.

4.9. Het voorgaande brengt mee dat de vorderingen tot betaling van € 451.191,60 en € 234.112,12 zullen worden afgewezen. Beide vorderingen zijn gegrond op toepasselijkheid van art. 37 Fw. Ten aanzien van de vordering tot vergoeding van de schade als gevolg van de ontbinding wegens tekortkoming van Curatoren wordt daaraan toegevoegd dat dit deel van de vordering er ten onrechte van uitgaat dat Curatoren aan de overeenkomsten waren gebonden buiten de verplichte voortzetting gedurende de afkoelingsperiode. Zoals hiervoor aan de orde kwam is dat juist niet het geval.

4.10. Aan voornoemd oordeel doet niet af dat, zoals Ctac stelt, de voorzieningenrechter Curatoren heeft geboden ook een deel van de pre-faillissementsvordering te voldoen, als tegenprestatie voor de gedwongen voortzetting van de dienstverlening door Ctac. Zoals uit het vonnis van de voorzieningenrechter volgt betrof het hier een (door Curatoren aangeboden) opslag voor de voortzetting van de dienstverlening. Voor zover dat in het kader van de onderhavige procedure al van belang zou zijn kan daaruit niet worden afgeleid dat de voorzieningenrechter van oordeel was dat de (gehele) pre-faillissementsvordering tot boedelschuld was verworpen.

4.11. Ctac heeft nog betoogd dat zij er gerechtvaardigd op heeft vertrouwd dat Curatoren de openstaande schulden als boedelschuld zouden voldoen. Curatoren hebben dat betwist en erop gewezen dat zij nimmer het vertrouwen hebben gewekt dat zij nakoming van de overeenkomsten ex art. 37 Fw voorstonden, doch integendeel de toepasselijkheid daarvan van de hand hebben gewezen. Ctac heeft vervolgens geen feiten of omstandigheden naar voren gebracht waaruit zou kunnen worden afge-

leid dat Curatoren bij haar het gerechtvaardigd vertrouwen hebben gewekt dat de openstaande schulden als boedelschuld voldaan zouden worden. Het enkele feit dat Ctac in haar correspondentie naar voren heeft gebracht dat zij uitgaat van toepasselijkheid van art. 37 Fw maakt niet dat Curatoren terzake enig gerechtvaardigd vertrouwen zouden hebben gewekt.

4.12. Nu van een gestanddoening van de overeenkomsten in de zin van art. 37 Fw geen sprake is, kan in het midden blijven het betoog van Curatoren dat de vorderingen van Ctac voortvloeien uit andere overeenkomsten dan de overeenkomst die Ctac tijdelijk gedwongen heeft voortgezet.

4.13. Daarmee blijft over de vordering tot betaling van € 990,48. Curatoren hebben op last van de voorzieningenrechter een bedrag van € 46.500 betaald aan Ctac. De voorzieningenrechter heeft daarbij de op grond van de overeenkomst verschuldigde maandelijkse vergoeding naar beneden afgerond (tot € 31.000) en deze verhoogd met een opslag van 50% ter aflossing van openstaande vorderingen. De rechtbank ziet in deze afrondingsverschillen geen aanleiding Curatoren te veroordelen tot betaling van voornoemd bedrag.

Rechtbank Den Haag 11 maart 2015, RBDHA:2015:2569 Er wordt een nieuw venster geopend.

(Misbruik van bevoegdheid bij eigen aangifte. Verzet instellen geen in de wet genoemde taak curator; geen hoger beroep tegen aanstelling als curator. Curator q.q. echter wel belanghebbende vanwege het belang 'om verstoken te blijven van onverhaalbare salariskosten'. Curator ontvankelijk in haar verzet)

3.1. In de eerste plaats dient de ontvankelijkheid van de curator in haar verzet te worden beoordeeld. De vraag die zich daarbij opdringt is of het instellen van verzet tegen een faillietverklaring niet op gespannen voet staat met het onzijdige karakter van de curator in een faillissement. Ook bij de behandeling doet zich die spanning voelen; de daar aanwezige curator heeft als opposant de vernietiging van het faillissement als doel voor ogen, terwijl (in dit geval:) zij tegelijkertijd als curator neutraal over de stand van de boedel zal hebben te rapporteren. Daarbij moet worden geconstateerd dat het verzet doen tegen evident lege faillissementen niet tot de in art. 68 Fw omschreven taak van de curator behoort, terwijl voor de curator evenmin beroep tegen haar aanstelling is opengesteld.

3.2. Evenwel is in brede rechtspraak erkend het belang van de curator 'om verstoken te blijven van onverhaalbare salariskosten'. Dat belang maakt de curator belanghebbende als bedoeld in art. 10 Fw. Zij is dat in haar hoedanigheid van curator ('qq'). Het (al dan niet onverhaalbare) salaris is immers onlosmakelijk verbonden met haar aanstelling. Dat een vastgesteld salaris niet terechtkomt op de boedelrekening maakt dat niet anders; dat is immers eigen aan het karakter van het salaris.

3.3. Dit brengt de rechtbank bij de beantwoording van de vraag of zijdens geopposeerde sprake is van misbruik van recht bij het doen van eigen aangif-

te tot faillietverklaring. De rechtbank overweegt daartoe als volgt.

3.4. De bevoegdheid tot het doen van eigen aangifte kan worden misbruikt. Zoals volgt uit art. 3:13 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW) kan een bevoegdheid onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.

3.5. In de onderhavige eigen aangifte is te kennen gegeven dat de vennootschap, op een banksaldo van € 340,62 na, geen bezittingen heeft. Gesteld noch gebleken is dat hier verandering in zal (kunnen) komen, temeer nu het hier gaat om een vennootschap met een onderneming waarin sinds 2012 geen activiteiten meer zijn ontplooid. De curator heeft onweersproken verklaard dat uit haar onderzoek geen aanwijzingen naar voren zijn gekomen voor de gevolgtrekking dat sprake is van pauliaeneus handelen of van bestuurdersaansprakelijkheid. Evenmin is gebleken van een aanspraak op belastingteruggaven, zodat ook hieruit geen baten zullen voortvloeien. Bij deze stand van zaken dient er dus van te worden uitgegaan dat bij het uitspreken van het faillissement de situatie bestond dat de curator de nodige werkzaamheden zou moeten verrichten zonder dat daarvoor een vergoeding zou worden ontvangen.

3.6. Voor de aandeelhouders/(middellijk) bestuurders van de vennootschap stond tegelijkertijd nog een mogelijkheid open om de vennootschap te liquideren. Zij kunnen de ontbinding van de vennootschap bewerkstelligen (art. 2:19 lid 1, aanhef en onder a BW). Uit het bepaalde van art. 2:19 lid 4 en 5 BW volgt dat, indien er ten tijde van de ontbinding geen baten zijn (te verwachten), geen vereffening volgt en de vennootschap terstond ophoudt te bestaan ('turbo-liquidatie').

3.7. Het vorenstaande maakt naar het oordeel van de rechtbank dat van de aandeelhouders/(middellijk) bestuurders mag worden verwacht dat zij aannemelijk maken dat – ondanks voornoemde mogelijkheid tot turbo-liquidatie – het belang bij het doen van de eigen aangifte dient te prevaleren boven, of ten minste even zwaar heeft te wegen als, het belang van de curator om verstoken te blijven van niet-verhaalbare salariskosten. De aandeelhouders/(middellijk) bestuurders hebben dit echter niet aannemelijk gemaakt. De enkele mededeling dat volgens de bestuurders een turbo-liquidatie een 'onfatsoenlijke methode' is, is hiervoor onvoldoende en miskent bovendien dat de turbo-liquidatie een door de wetgever gecreëerde mogelijkheid is om een vennootschap te ontbinden en te laten ophouden te bestaan indien er geen te vereffenen activa (meer) aanwezig zijn.

3.8. Niet gebleken is dat de bestuurders een poging hebben gedaan de vennootschap zelf te liquideren. Anders dan door de bestuurders in het faillissementsverzoek is voorgespiegeld, is inmiddels gebleken dat de schuldenlast geen € 5.957,99, maar € 2.194,99 bedraagt. Er zijn twee schuldeisers, de

belastingdienst (€ 695,-) en de boekhouder Comparco (€ 1.499,99). Deze boekhouder heeft recentelijk nog werkzaamheden voor de vennootschap verricht, diens vordering dateert uit oktober 2013 en niet is gebleken dat door de boekhouder op betaling van het bedrag van € 1.499,99 is aangedrongen. Dit maakt dat de bestuurders de schuldeisers openheid van zaken hadden kunnen geven en de gestelde bate van € 340,62 (15,5% van de schuldenlast) aan de schuldeisers hadden kunnen uitkeren, in plaats van voor lief te nemen dat deze in een faillissementssituatie 'als een druppel op een gloeiende plaat verdamppt'.

3.9. Gelet op voormelde omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat geopposeerde naar redelijkheid niet had kunnen komen tot de keuze voor het doen van eigen aangifte in plaats van het gebruik maken van de mogelijkheid van turbo-liquidatie en dat zij, door dat toch te doen, misbruik van bevoegdheid maakt. Het verzoek van de curator zal derhalve worden toegewezen, zodat het vonnis waarbij Vooral Vaardig B.V. in staat van faillissement is verklaard zal worden vernietigd.

3.10. De rechtbank zal overeenkomstig het bepaalde in art. 15 lid 3 Fw het bedrag van de faillissementskosten en het salaris van de curator vaststellen en bepalen dat deze ten laste komen van degene die de faillietverklaring heeft aangevraagd, zijnde geopposeerde Vooral Vaardig B.V. De rechtbank ziet geen aanleiding om, zo bedoeld artikel – dat de mogelijkheid van kostenveroordeling beperkt tot schuldenaar en aanvrager – dat al toestaat, deze kosten tevens ten laste van de (middellijk) bestuurders van geopposeerde te brengen, nu de curator daarvoor geen grondslag en feiten of omstandigheden heeft aangevoerd. Evenmin ziet de rechtbank aanleiding om de door de curator gestelde salariskosten te beperken, omdat het zich daartegen richtende verweer onvoldoende concreet is en de rechtbank daarvoor ook overigens geen termen aanwezig acht. Ook is er, gelet op het oordeel dat het verzet werd ingesteld door de curator q.q. (r.o. 3.2), geen grond om de tijd gemoeid met het onderhavige verzet onvergoed te laten.