

JOR 2018/314, Gerechtshof 's-Hertogenbosch 07-06-2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2419, 200.237.559/01 (met annotatie van mr. dr. F.A. van Tilburg) Verzoek tot faillietverklaring, Toestand van te hebben opgehouden te betalen, Met diverse schuldeisers getroffen regelingen zijn afhankelijk van voor de schuldenaar positieve uitkomst van een spoedappel, Uitspraak spoedappel wordt afgewacht, Nadat schuldenaar spoedappel heeft verloren, zijn regelingen komen te vervallen, Onvoldoende middelen om nog aanwezige regelingen en boedelschulden te voldoen

Wetsbepaling(en):

[FW artikel 1](#), [FW artikel 6](#)

Ook gepubliceerd in:

[ECLI:NL:GHSHE:2018:2419](#), [INS-Updates.nl 2018-0224](#)

JOR 2018/314, Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 16-08-2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2419, ECLI:NL:GHSHE:2018:3434, 200.237.559_01 (annotatie)

Inhoudsindicatie

Verzoek tot faillietverklaring, Toestand van te hebben opgehouden te betalen, Met diverse schuldeisers getroffen regelingen zijn afhankelijk van voor de schuldenaar positieve uitkomst van een spoedappel, Uitspraak spoedappel wordt afgewacht, Nadat schuldenaar spoedappel heeft verloren, zijn regelingen komen te vervallen, Onvoldoende middelen om nog aanwezige regelingen en boedelschulden te voldoen

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Gegevens

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	07-06-2018, 16-08-2018
Publicatie	JOR 2018/314 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 12, 2018
Annotator	• mr. dr. F.A. van Tilburg
ECLI	ECLI:NL:GHSHE:2018:2419 , ECLI:NL:GHSHE:2018:3434
Zaaknummer	200.237.559_01 , 200.237.559_01

Overige publicaties	• ECLI:NL:GHSHE:2018:2419
	• INS-Updates.nl 2018-0224
	• ECLI:NL:GHSHE:2018:3434

Rechtsgebied	Insolventierecht
Rubriek	Financiering, zekerheden en insolventie
Rechters	<ul style="list-style-type: none"> • mr. De Moor • mr. Venhuizen • mr. Pannevis
Partijen	<p>X, appellante, advocaat: mr. M. Hoogendoorn, tegen</p> <p>1. Y Parkmanagement BV, 2. BTPB Holding BV, en 5 andere vennootschappen, geïntimeerden, advocaat: mr. B.M. Reinders.</p>
Regelgeving	<ul style="list-style-type: none"> • Fw - 1 • Fw - 6 lid 3

Samenvatting

Arrest van 7 juni 2018: Appellante erkent in ieder geval een groot deel van de vorderingen van de faillissementsaanvragers en de door de curator genoemde schuldeisers. Daarmee is het bestaan van (een deel van) de vorderingen van de faillissementsaanvragers en de opeisbaarheid van die vorderingen genoegzaam komen vast te staan. Tevens is de pluraliteit van schuldeisers hiermee voldoende komen vast te staan. Ten aanzien van de vraag of appellante verkeert in een situatie dat zij is opgehouden te betalen, wordt overwogen dat appellante drukdoende is om met de schuldeisers tot een vergelijk te komen. Tevens zijn enige middelen ter beschikking gekomen van de curator. Complicerende factor is daarbij dat de bedrijfsvoering, en daarmee de levensvatbaarheid van appellante, mede afhankelijk is van de uitkomst van een spoedappel dat eveneens bij dit hof dient. Vooralsnog is uitspraak in dat spoedappel bepaald op

19 juni 2018. Door appellante is er zeer op aangedrongen dat het hof de uitspraak in het spoedappel afwacht, omdat de met de schuldeisers overeen te komen regelingen ook hangen of staan met de uitkomst van dit spoedappel. De curator heeft zich hierbij aangesloten en aangegeven dat aanhouding vanuit de boedel gezien geen (noemenswaardige) bezwaren oplevert. Gelet hierop is het dan ook opportuun om in ieder geval de datum van 19 juni 2018 af te wachten.

Arrest van 16 augustus 2018: Appellante heeft het spoedappel verloren, terwijl de met diverse schuldeisers getroffen regelingen afhankelijk waren van een voor appellante positieve uitkomst. Deze regelingen zijn daarmee komen te vervallen, omdat niet aan de door appellante zelf opgestelde (ontbindende) voorwaarden is voldaan dan wel dat de situatie waaronder de regelingen zijn aangegaan, gewijzigd is. Daarnaast is niet met alle schuldeisers een regeling afgesproken, waaronder niet met een aantal van de faillissementsaanvragers. Daar komt nog bij dat appellante onvoldoende middelen bijeen heeft weten te brengen om de getroffen regelingen, voor zover deze nog aanwezig zijn, na te komen en de boedelschulden conform de meeste recente opgave van de curator te voldoen. Bij gebrek aan een businessplan en een cashflowoverzicht valt ook niet op te maken of appellante op korte termijn een

renderende onderneming kan worden. Gelet op het bovenstaande, verkeert appellante in de toestand van te hebben opgehouden te betalen. Het in eerste aanleg uitgesproken faillissement zal worden bekrachtigd.

Uitspraak

Arrest van 7 juli 2018:

(...; red.)

3. De beoordeling

3.1. Het faillissement van [de vennootschap] is aangevraagd door [parkmanagement] Parkmanagement c.s. [parkmanagement] Parkmanagement stelt in het inleidend verzoekschrift een vordering te hebben op [de vennootschap] uit hoofde van een dienstverleningsovereenkomst van in hoofdsom € 10.219,17, te vermeerderen met rente en kosten. BTPB stelt een bedrag van thans nog

€ 12.500,- van [de vennootschap] te krijgen uit hoofde van een geldleningsovereenkomst. Logisticon stelt uit hoofde van een huurovereenkomst voor een waterzuiveringsinstallatie nog een bedrag van € 20.102,50, te vermeerderen met rente en kosten op [de vennootschap] te hebben. AEC stelt uit hoofde van een overeenkomst nog onder meer een vordering van € 265.850,- uit hoofde van levering van een luchtwasser op [de vennootschap] te hebben. Transdruk stelt uit hoofde van een geldleningsovereenkomst nog € 24.789,19 (inclusief rente) van [de vennootschap] te krijgen. Brabob stelt uit hoofde van het leveren van een glasvezelaansluiting voor internet nog een bedrag van € 1.089,- van [de vennootschap] te krijgen. Hacon tenslotte stelt uit hoofde van de verhuur van een container nog € 1.156,18 te krijgen, waarvan een bedrag van € 1.029,13 opeisbaar is per 3 april 2018. [de vennootschap] heeft uitgebreid verweer gevoerd.

Het faillissement van [de vennootschap] is vervolgens bij het bestreden vonnis uitgesproken.

3.2. [de vennootschap] stelt in zijn beroepschrift – kort weergegeven – het volgende. [de vennootschap] exploiteert een onderneming die zich bezig houdt met het ontwerpen, installeren en exploiteren van mestverwerkingsinstallaties. Enig aandeelhouder van [de vennootschap] is [holding] Holding B.V. (hierna [holding] Holding). [holding] Holding huurt van [parkmanagement] Parkmanagement een gedeelte van een bedrijvenpark te [vestigingsplaats]. In januari 2018 is door [parkmanagement] Parkmanagement de dienstverleningsovereenkomst opgezegd. [parkmanagement] Parkmanagement heeft vervolgens de levering van elektrische stroom stopgezet.

Door [holding] Holding en [de vennootschap] is een spoed-kort geding aangespannen waarin is gevorderd om [parkmanagement] Parkmanagement te gebieden weer elektrische stroom te leveren aan [holding] Holding en aan [de vennootschap]. In eerste aanleg is deze vordering afgewezen. Hiertegen is een spoedappel ingesteld bij de handelskamer van dit hof. De uitspraak in dit spoedappel wordt op 19 juni 2018 verwacht. Deze uitspraak is van groot belang voor [de vennootschap], nu een afwijzing van haar vordering in hoger beroep ertoe zal leiden dat haar activiteiten blijvend stil liggen. Bij gebrek aan ondernemingsactiviteiten valt ook de verdien capaciteit van [de vennootschap] weg.

[de vennootschap] betwist dat zij verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen.

3.3. Ter zitting in hoger beroep is namens [de vennootschap] – zakelijk weergegeven – nog het volgende toegevoegd. [de vennootschap] is druk bezig om regelingen te treffen met haar schuldeisers. Daarvoor is nog enige tijd nodig.

Directe aanleiding voor de huidige precare situatie bij [de vennootschap] is het juridische geschil tussen [de vennootschap] en [parkmanagement] Parkmanagement. Dat sprake is van vorderingen van partijen die al van iets langer geleden zijn, behoort uitdrukkelijk niet tot de conclusie te leiden dat [de vennootschap] eerder in een financieel problematische situatie verkeerde. Crediteuren en leninggevers zijn bekend met het (experimentele) karakter van de onderneming (waardoor zij een aanlooperperiode heeft) en hebben hier begrip voor en geduld mee. Uiterlijk op 19 juni 2018 zal in de spoed-kort gedingprocedure arrest worden gewezen. Na het wijzen van dit arrest zal duidelijk zijn of [de vennootschap] in de toekomst bestaansrecht heeft. Dan zal ook duidelijk zijn of [parkmanagement] Parkmanagement terecht de bedrijfsvoering van [de vennootschap] heeft stilgelegd en het vrijkomen van aanzienlijke bedragen heeft geblokkeerd.

Inmiddels blijkt dat het leeuwendeel van de schuldeisers van [de vennootschap] bereid is om op zeer korte termijn medewerking te verlenen aan een oplossing die ruimte biedt om de uitkomst van het spoed-kort geding af te wachten. Deze meerderheid vertegenwoordigt ook het grootste deel van de totale schuldenlast van [de vennootschap]. Als bijlagen bij de pleitnota zijn de reacties van de schuldeisers gevoegd.

Het lijkt erop alsof de faillissementsaanvragers willen dat [de vennootschap] failliet blijft en dat men niet de uitkomst van het spoed-kort geding wil afwachten. Door de faillissementsaanvragers wordt, met geen ander doel dan [de vennootschap] te schaden, vastgehouden aan een behandeling ter zitting. Daarmee maken zij misbruik van recht/bevoegdheid.

Op de derdenrekening van de curator is thans een bedrag van € 66.000,- beschikbaar gesteld om de crediteuren van [de vennootschap] te voldoen, indien het hof het faillissement zou vernietigen. Bij een aanhouding van de zaak ten einde de uitkomst van het spoed-kort geding af te wachten, zullen, indien [de vennootschap] in het gelijk wordt gesteld, middelen vrijkomen om de verplichtingen na te komen. Dit blijkt ook uit de meegeleverde producties. Geen rechtens te respecteren belang verzet zich tegen uitstel c.q. aanhouding van de behandeling ter zitting. [de vennootschap] verkeert niet in de toestand te hebben opgehouden te betalen, aldus [de vennootschap].

De Belastingdienst heeft niets te vorderen van [de vennootschap].

[de vennootschap] heeft een potentiële koper voor twee mestverwerkingsinstallaties.

De heer [betrokkene] heeft laten weten dat hij bereid is een lening te verstrekken om de bedrijfshal af te bouwen.

Het bedrijfspand van [de vennootschap] beschikt inmiddels wel over een ondervloer die geen vloeistof doorlaat. Het pand dient nog wel dichtgemaakt te worden. Hiervoor is inmiddels een offerte ontvangen die uitgaat van een veel lager bedrag aan afbouwkosten dan een eerdere offerte uit 2016.

Desgevraagd ter zitting in hoger beroep is aangegeven dat er nog zes crediteuren zijn die nog niet hebben gereageerd op de namens [de vennootschap] gedane voorstellen. Zij vertegenwoordigen een totaalschuld van circa € 78.000,-.

Er is een mestoverschot in Noord-Brabant. Er is dus ook een markt voor mestverwerkingsbedrijven als [de vennootschap]. Diverse boeren zijn geïnteresseerd in deelname. [de vennootschap] is dus levensvatbaar. Er is een businessplan en een cashflowprognose die desgewenst aan het hof kunnen worden toegezonden. De bedoeling is om in vijf jaar tijd vier miljoen euro te verdienen. In 2017 was er sprake van een verlies maar dit heeft te maken met problemen rond de bouw en exploitatie. Er zijn financieringstoezeggingen. Ten aanzien van een groot deel van de geldleningen hoeft pas in juni 2019 te worden hervat met het betalen van rente.

[de vennootschap] kan produceren volgens de milieunormen.

Primair wordt verzocht om de uitspraak in het spoedappel van 19 juni 2018 af te wachten. Subsidiair wordt verzocht het faillissement te vernietigen.

3.4. Ter zitting is namens [parkmanagement] Parkmanagement – zakelijk weergegeven – het volgende aangevoerd. Uit de stukken van de curator blijkt van een totaalschuld aan 75 concurrente crediteuren tot een bedrag van € 2.601.630,34. Daarnaast is er sprake van een boedelschuld aan het UWV ad € 45.000,- (loongarantieregeling) en schulden aan de Belastingdienst van € 26.664,-. Er is genoegzaam gebleken van opeisbare schulden en pluraliteit van schuldeisers. Daarnaast verkeert [de vennootschap] in de toestand van te hebben opgehouden te betalen. Er blijven meerdere schuldeisers onbetaald. [de vennootschap] is niet solvabel: [de vennootschap] heeft geen onroerende zaken in eigendom, er is geen voorraad of onderhanden werk, er zijn geen vorderingen op debiteuren. De aangetroffen mest en het aangetroffen concentraat vertegenwoordigen een negatieve waarde. De drie aanwezige machines zijn geen eigendom van [de vennootschap]. Nergens blijkt dat [de vennootschap] haar schuldeisers op korte termijn kan betalen. In 2017 heeft [de vennootschap] een verlies geleden van € 963.769,- bij een omzet van € 233.339,-. Rekening houdend met een toetsing “ex nunc” verkeert [de vennootschap] in de toestand te hebben opgehouden te betalen.

Niet is gebleken dat [de vennootschap] alle vorderingen heeft voldaan of dat met alle schuldeisers een regeling is getroffen. Niet alleen ontkent [de vennootschap] een aantal vorderingen, maar sommige met schuldeisers gesloten regelingen hebben bijzondere voorwaarden als het winnen van de kort geding-procedure. De problemen bij [de vennootschap] zijn niet ontstaan door het staken van de levering van stroom door [parkmanagement] Parkmanagement op 20 januari 2018, maar er was reeds sprake van het lijden van verliezen in 2017.

Onder de curator zou een bedrag van € 36.000,-, zijn gestort, maar dit bedrag lijkt bedoeld voor slechts enkele schuldeisers. Het bedrag is niet voldoende om alle schulden te voldoen.

[parkmanagement] Parkmanagement c.s. betwisten dat zij misbruik van recht hebben gemaakt. Alle verzoekers in eerste aanleg hebben een redelijk belang bij de aanvraag van het faillissement, nu hun vorderingen opeisbaar zijn.

Met [parkmanagement] Parkmanagement, BTPB, Logisticon en Hacon is in ieder geval geen regeling getroffen. Zij verzoeken het vonnis waarvan beroep te bekrachtigen en [de vennootschap] te veroordelen in de kosten van de procedure. AEC, Transdruk en Brabob verzoeken eveneens om [de vennootschap] te veroordelen in de kosten van de procedure.

[de vennootschap] bestaat al sinds 2015. Een aantal van de faillissementsaanvragers is niet bereid om de uitkomst van het spoedappel van 19 juni 2018 af te wachten omdat men op kortere termijn duidelijkheid wenst. Een aantal schuldeisers wacht al jaren op betaling en er is niet gereageerd op voorstellen vanuit die schuldeisers. Er hadden reeds regelingen kunnen worden getroffen. Er worden elke keer beloftes gedaan maar er wordt door [de vennootschap] niets nagekomen. Een ander probleem is het risico dat [parkmanagement] Parkmanagement loopt ten aanzien van haar vergunningen. [de vennootschap] voldoet niet aan de vereisten van de vergunning, onder meer omdat de bedrijfshal nog niet dichtgemaakt is. Daarnaast ligt er onbeheerde afval. Indien mest zich verspreidt kan dit leiden tot een zeer grote schade. De geur van de thans nog op het bedrijfsterrein van [de vennootschap] aanwezige substantie is problematisch.

Bij een aantal van de getroffen regelingen staan voorwaarden genoemd, waaronder een voor [de vennootschap] positieve uitkomst van het spoedappel.

Het bedrag van € 66.000,- dat op de derdenrekening van de curator staat, is volstrekt ontoereikend om de schulden mee te voldoen. [de vennootschap] dient het bedrijfsgebouw nog af te bouwen. Er dient ook nog een vloestofdichte vloer te worden aangelegd; de kosten voor deze aanleg zijn geraamd op € 136.000,-. Er dienen ook voorzieningen te worden getroffen voor de boedelschuld, de levering van water en elektrische stroom, en voor de salarissen voor de medewerkers; al met al zal [de vennootschap] voor

meer dan € 3.000.000,- aan schulden hebben. [de vennootschap] beschikt niet over financiële middelen om deze schulden terug te betalen.

De stukken met betrekking tot prognoses en cashflow hadden reeds overgelegd moeten worden.

[parkmanagement] Parkmanagement, BTBP, Logisticon en Hacon persisteren dan ook volledig bij hun faillissementsrekest.

AEC, Transdruk en BraBoB hebben ingestemd met de door [de vennootschap] voorgestelde regeling. Zij verzoeken nog slechts [de vennootschap] in de kosten van het hoger beroep, alsook die van het faillissement te veroordelen en het verzoek van [de vennootschap] omtrent de proceskostenveroordeling af te wijzen.

3.5. De curator heeft in zijn brief van 22 mei 2018 – zakelijk weergegeven – het volgende geschreven. Tussen [parkmanagement] Parkmanagement enerzijds en de Holding en [de vennootschap] anderzijds is een discussie ontstaan of de Holding en [de vennootschap] hun verplichtingen uit hoofde van de dienstverleningsovereenkomst nakomen. [parkmanagement] Parkmanagement heeft die overeenkomst opgezegd en heeft daarbij de elektriciteitslevering stopgezet. [de vennootschap] is voor de bedrijfsvoering afhankelijk van de elektriciteitslevering. De Holding en [de vennootschap] zijn een kort geding gestart tegen [parkmanagement] Parkmanagement. Bij vonnis van 14 februari 2018 zijn de Holding en [de vennootschap] in het ongelijk gesteld. Tegen dit vonnis is een spoedappel ingesteld. Het hof zal in deze zaak – na eerder tussenarrest – arrest wijzen op 19 juni 2018. De curator heeft er geen bezwaar tegen dat de uitkomst van het spoedappel wordt afgewacht.

Er is sprake van pluraliteit van schuldeisers. [de vennootschap] is bezig geweest regelingen te treffen met die schuldeisers. Er is nog geen regeling getroffen met alle schuldeisers. Op grond van de ontwikkelingen kan de curator nog niet aangeven of [de vennootschap] verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen.

3.6. Ter zitting in hoger beroep heeft de curator – zakelijk weergegeven – nog het volgende toegevoegd. Het bedrag op de derdenrekening is inmiddels € 66.000,-.

Een groot deel van de schuldeisers die schulden van een totaal van bijna € 2.600.000,- vertegenwoordigen, stemt in met het afwachten van de uitkomst van het spoedappel van 19 juni 2018. Schuldeisers die niet instemmen vertegenwoordigen schulden ter hoogte van € 84.000,-. Indien de faillissementskosten en de boedelschulden zouden worden opgeteld bij de weigerachtige schuldeisers, dan zou een bedrag van € 158.000,- in kas moeten zijn teneinde die faillissementskosten, de boedelschulden en die schuldeisers te betalen. Dat bedrag is op dit moment niet in kas. Vernietiging van het faillissement ligt om die reden op dit moment niet voor de hand.

De curator heeft er voor gekozen om de procedure van het spoedappel over te nemen. Het ligt voor de hand om de uitkomst van dit spoedappel af te wachten omdat hier de bedrijfsvoering van afhankelijk is. De boedelkosten nemen op dit moment slecht in beperkte mate toe. Het afwachten van de uitkomst van het spoedappel stuit derhalve niet op bezwaren.

De curator vindt het lastig om de kosten van het afbouwen van de bedrijfshal in te schatten.

Ten aanzien van het risico van het op het bedrijfsterrein aanwezige stoffen geeft de curator aan dat een bepaalde substantie vóór 1 mei 2018 diende te worden verwijderd. Deze substantie is door [holding] Holding verwijderd. Er is nog een tweede substantie aanwezig maar deze substantie levert geen risico op, zo is de curator geïnformeerd.

3.7. Het hof overweegt het volgende.

3.7.1. [de vennootschap] erkent in ieder geval een groot deel van de vorderingen van de faillissementsaanvragers en de door de curator genoemde schuldeisers. Daarmee is het bestaan van (een

deel van) de vorderingen van de faillissementsaanvragers en de opeisbaarheid van die vorderingen genoegzaam komen vast te staan. Tevens is de pluraliteit van schuldeisers hiermee voldoende komen vast te staan.

3.7.2. Ten aanzien van de vraag of [de vennootschap] verkeert in een situatie dat hij is opgehouden te betalen, overweegt het hof dat [de vennootschap] druk doende is om met de schuldeisers tot een vergelijk te komen. Tevens zijn enige middelen ter beschikking gekomen van de curator. Complicerende factor is daarbij dat de bedrijfsvoering, en daarmee de levensvatbaarheid van [de vennootschap], mede afhankelijk is van de uitkomst van een spoedappel dat eveneens bij (de handelskamer van) dit hof dient. Vooralsnog is uitspraak in dat spoedappel bepaald op 19 juni 2018. Door [de vennootschap] is er zeer op aangedrongen dat het hof de uitspraak in het spoedappel afwacht, omdat de met de schuldeisers overeen te komen regelingen ook hangen of staan met de uitkomst van dit spoedappel. De curator heeft zich hierbij aangesloten en aangegeven dat aanhouding vanuit de boedel bezien geen (noemenswaardige) bezwaren oplevert. Gelet hierop acht het hof het dan ook opportuun om in ieder geval de datum van 19 juni 2018 af te wachten en zal hiertoe beslissen.

3.7.3. Het hof zal de curator verzoeken het hof te informeren over:

- de uitspraak in het spoedappel van 19 juni 2018 (via overlegging van een afschrift);
- een actuele stand van de boedel en de schulden;
- een actuele stand van de onder hem aanwezige financiële middelen in de boedel van [de vennootschap];
- een overzicht van schuldeisers die hun vordering hebben ingediend of die de curator anderszins bekend zijn;
- of de door de curator verklaarde benodigde

€ 158.000,-, dan wel een ander aan de curator inmiddels benodigd gebleken bedrag, in kas is.

3.7.4. Door de heer [indirect bestuurder van de vennootschap] is ter zitting in hoger beroep verklaard dat [de vennootschap] beschikt over een businessplan tot eind 2019 en over een cashflowoverzicht. Het hof beschikt thans niet over deze stukken. Deze stukken acht het hof echter wel noodzakelijk om te kunnen beoordelen of [de vennootschap] – daargelaten de uitkomst van het spoed-kort geding – in beginsel een levensvatbaar bedrijf is zoals [indirect bestuurder van de vennootschap] stelt en in staat zal zijn de eventueel getroffen betalingsregelingen na te komen. Het hof wenst daarom per direct de beschikking te krijgen over deze stukken.

3.7.5. Partijen worden voorts in de gelegenheid gesteld zich schriftelijk uit te laten over de door de curator aan het hof toe te komen stukken en bevindingen, alsmede over de door [indirect bestuurder van de vennootschap] ter beschikking te stellen stukken, alsmede een reactie op de akte van de wederpartij te geven, een en ander zoals hieronder te bepalen.

3.8. Het hof zal de beslissing in deze zaak aanhouden, teneinde partijen en de curator in de gelegenheid te stellen uitvoering te geven aan het bovenstaande.

4. De beslissing

Het hof:

(...; red.)

houdt iedere verdere beslissing aan.

Arrest van 16 augustus 2018:

(...; red.)

7. De beoordeling

7.1. Bij tussenarrest van 7 juni 2018 heeft het hof in overweging 3.7.1. reeds overwogen dat het bestaan van (een deel van) de vorderingen van de faillissementsaanvragers en de opeisbaarheid van die vorderingen genoegzaam zijn komen vast te staan. Het hof heeft daarbij tevens overwogen dat de pluraliteit van de schuldeisers hiermee voldoende is komen vast te staan.

7.2. De discussie tussen partijen en ter zitting in hoger beroep spitste zich voornamelijk toe op de vraag of [de vennootschap] verkeerde in de toestand van te hebben opgehouden te betalen. [de vennootschap] voerde aan dat zij voorziet in een behoefte (mestverwerking) en in beginsel goede vooruitzichten zou moeten hebben. Het hof heeft bij tussenarrest van 7 juni 2018 [de vennootschap] opgedragen het hof per direct te voorzien van het door de bestuurder, de heer [de bestuurder van de vennootschap], ter zitting genoemde businessplan tot eind 2019 en over een cashflowoverzicht. Het hof heeft deze stukken echter niet ontvangen.

7.3. De curator schrijft in zijn brief van 26 juni 2018 – zakelijk weergegeven – het volgende. In het spoedappell in de bodemzaak heeft het hof ten nadele van [de vennootschap] het bestreden vonnis bekrachtigd. Dit betekent dat [parkmanagement] Parkmanagement niet verplicht wordt stroomleverantie te hervatten. Diverse regelingen met schuldeisers hebben als voorwaarde dat [de vennootschap] het spoedappell in de bodemzaak zou winnen.

Nog niet alle schuldeisers hebben hun vordering ingediend. Op dit moment is bij de curator bekend een preferente vordering aan het UWV van € 45.000,-, vorderingen ter hoogte van € 32.884,- aan de Belastingdienst en schulden aan concurrente crediteuren ad € 2.680.680,81.

Op het moment van schrijven had de curator

€ 66.000,- op zijn derdenrekening staan. De curator schrijft dat er niet voldoende middelen aanwezig zijn om bij vernietiging van het faillissement alle schuldeisers te voldoen, ook indien de getroffen (betalings)regelingen nog wel zouden gelden. De faillissementskosten zijn sinds de mondelinge behandeling opgelopen.

De bestuurder van [de vennootschap] heeft aangegeven in onderhandeling te zijn met een partij die geïnteresseerd is in de aanschaf van de aandelen van de holding, en daarmee in de gehele onderneming. Vooralnsnog heeft de curator hierover geen concrete informatie ontvangen.

De curator concludeert dat hij ten tijde van het versturen van zijn brief niet kan oordelen dat [de vennootschap] niet meer verkeert in de toestand te hebben opgehouden te betalen.

7.4. [parkmanagement] Parkmanagement c.s. schrijven – kort en zakelijk weergegeven – in hun akte (ingekomen per indieningsformulier van

23 juli 2018) dat [de vennootschap] het spoedappell heeft verloren, onder meer omdat [de vennootschap] geen werkbaar plan heeft en dat de betrouwbaarheid en het realiteitsgehalte van de voorgestelde plannen onvoldoende aannemelijk zijn gemaakt. Daarnaast wijzen [parkmanagement] Parkmanagement c.s. erop dat er niet is voldaan aan de voorwaarden (o.m. een voor [de vennootschap] positieve uitkomst van het spoedappell) die de diverse financiers hadden gekoppeld aan hun eventuele bereidheid om [de

vennootschap] een lening ter beschikking te stellen. Voor zover er met diverse schuldeisers al een regeling was getroffen, is de werking van de regeling door de uitkomst van het spoedappel komen te vervallen.

Voorts is door [de vennootschap] niet het door dit hof gewenste businessplan tot eind 2019 en een cashflowoverzicht overgelegd. [parkmanagement] Parkmanagement c.s. stellen dan ook dat [de vennootschap] verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen.

7.5. Het hof overweegt het volgende. Het hof constateert met de curator en [parkmanagement] Parkmanagement c.s. dat [de vennootschap] het spoedappel heeft verloren, terwijl de met diverse schuldeisers getroffen regelingen afhankelijk waren van een voor [de vennootschap] positieve uitkomst. Deze regelingen zijn daarmee komen te vervallen omdat niet aan de door [de vennootschap] zelf opgestelde (ontbindende) voorwaarden is voldaan dan wel dat de situatie waaronder de regelingen zijn aangegaan gewijzigd is. Daarnaast is niet met alle schuldeisers een regeling afgesproken, waaronder niet met een aantal van de faillissementsaanvragers. Daar komt nog bij dat [de vennootschap] onvoldoende middelen bijeen heeft weten te brengen om de getroffen regelingen, voor zover deze nog aanwezig zijn, na te komen en de boedelschulden conform de meeste recente opgave van de curator te voldoen.

Bij gebrek aan een businessplan en een cash-

flowoverzicht valt ook niet op te maken of [de vennootschap] op korte termijn een renderende onderneming kan worden.

Gelet op het bovenstaande, is het hof van oordeel dat [de vennootschap] verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen.

7.6. Nu de vorderingen van de faillissementsaanvragers voldoende vaststaan, er sprake is van pluraliteit van schuldeisers en [de vennootschap] verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen, zal het hof het in eerste aanleg uitgesproken faillissement bekrachtigen.

8. De beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis, waarvan beroep.

Noot

1. Alleen een schuldenaar die verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, kan failliet worden verklaard (art. 1 lid 1 Fw). Het faillissement van een schuldenaar wordt uitgesproken als summierlijk blijkt van het bestaan van feiten of omstandigheden, die aantonen dat de schuldenaar in die toestand verkeert. Als het verzoek tot faillietverklaring door een schuldeiser wordt gedaan, moet summierlijk blijken van zijn vorderingsrecht. Dit volgt uit art. 6 lid 3 Fw. Voor de faillietverklaring is op grond van deze bepaling – en de heersende jurisprudentie – daarnaast vereist dat sprake is van minstens nog een vordering van een andere schuldeiser: het pluraliteitsvereiste. Eén van de vorderingen moet bovendien opeisbaar zijn. Als aan deze vereisten is voldaan, dan nog moet zelfstandig worden getoetst of sprake is van de toestand dat is opgehouden te betalen.

2. Recent overwoog de Hoge Raad ten aanzien van het pluraliteitsvereiste nog eens dat het noodzakelijk is dat sprake is van ten minste één steunvordering: “De voor een faillietverklaring geldende eis dat summierlijk blijkt van een steunvordering (het pluraliteitsvereiste), wordt gesteld omdat het faillissement ten doel heeft het vermogen van de schuldenaar te verdelen onder diens gezamenlijke schuldeisers. Met dat doel strookt niet de faillietverklaring van iemand die slechts één schuldeiser heeft.” Zie HR 25 mei 2018, «JOR» 2018/198, m.nt. Van Tilburg, r.o. 3.4.2. In dat kader zijn ook de arresten HR 11 juli 2014, «JOR» 2015/175, m.nt. NEDF en Vermunt (*Berzona*) en HR 24 maart 2017, «JOR» 2017/183, m.nt. Van

Eeden-Harskamp van belang. Het pluraliteitsvereiste kreeg de nodige aandacht in de literatuur, en een groot deel daarvan werd door A-G Rank-Berenschot opgenomen in haar Conclusie voorafgaand aan het laatstgenoemde arrest.

3. Bovendien oordeelde de Hoge Raad zeer recent ook dat vorderingen die in vermogensrechtelijke zin aan één schuldeiser toekomen, niet los kunnen worden gezien als vordering van de aanvrager én steunvordering. Het betrof in casu (steun)vorderingen van organen en onderdelen van de Staat die geen eigen rechtspersoonlijkheid bezitten, zoals de ontvanger en de Belastingdienst. Deze hebben voor de toepassing van de Faillissementswet te gelden als vorderingen van een en dezelfde schuldeiser: de Staat. Daaruit volgt dat vorderingen van de ontvanger of de Belastingdienst niet als steunvordering kunnen dienen bij een faillissementsaanvraag van de Staat die betrekking heeft op het onvoldaan blijven van een vordering van een van zijn andere organen of onderdelen (HR 26 oktober 2018, [ECLI:NL:HR:2018:1988](#)).

4. Voor zover het faillissement wordt aangevraagd door een schuldeiser, moet dus (summierlijk) blijken van het vorderingsrecht van de aanvrager, moet voldaan zijn aan het pluraliteitsvereiste en moet sprake zijn van minstens één vordering die opeisbaar is. Deze voorwaarden zijn noodzakelijk voor faillietverklaring, maar zijn niet voldoende. De rechter moet na vaststelling van deze voorwaarden altijd nog summierlijk toetsen of er sprake is van de toestand dat is opgehouden te betalen. Dat volgt uit vaste rechtspraak, waaronder HR 7 september 2001, «JOR» 2001/222(*Blase/Noort*); HR 3 september 2010, [ECLI:NL:HR:2010:BM7811](#) en het al genoemde Berzona-arrest. Zie hierover ook Wessels, *Faillietverklaring I*, 2016/1181-1211 en Polak/Pannevis, *Insolventierecht* (2017), par. 3.2.2.

5. Ook A-G Timmerman ([ECLI:NL:PHR:2015:34](#)), A-G Hartlief ([ECLI:NL:PHR:2016:367](#)) en A-G Wesseling-Van Gent ([ECLI:NL:PHR:2018:915](#)(*JBf Ceintures/Dekker q.q.*)) gingen ieder in een Conclusie (uitgebreid) in op het feit dat nog zelfstandig moet worden getoetst of sprake is van de toestand dat is opgehouden te betalen. In alle drie de zaken konden de in het middel aangevoerde klachten niet tot cassatie leiden en deed de Hoge Raad de zaken af met een verwijzing naar art. 81 RO. Als klachten in cassatie betrekking hebben op het oordeel over de toestand te hebben opgehouden te betalen, dan is de kans op een geslaagd cassatieberoep klein. Het oordeel van de rechter over het bestaan van de toestand te hebben opgehouden te betalen, is immers een toets van feitelijke aard, die om die reden niet in cassatie kan worden getoetst (zie o.a. HR 26 augustus 2003, *NJ* 2003/693 en HR 3 september 2010, [ECLI:NL:HR:2010:BM7811](#)).

6. Uiteraard moet dit oordeel deugdelijk worden gemotiveerd en kan een geslaagde motiveringsklacht wel tot cassatie leiden. Aan het oordeel van de feitenrechter worden echter ook geen strenge motiveringseisen gesteld. Het gaat erom dat blijkt dat *summierlijk* wordt voldaan aan de door de wet en de heersende jurisprudentie gestelde eisen. Een faillissementsprocedure leent zich niet voor een uitgebreid onderzoek naar de feiten en dit heeft dan ook consequenties voor het te leveren bewijs en de eisen die worden gesteld aan de motivering. De rechter voert een beperkte toets ex nunc uit en beschikt daarbij over grote vrijheid. Volgens de Hoge Raad is het uitgangspunt van de motiveringsplicht dat deze niet alleen wordt bepaald door het feit dat het gaat om een beslissing die diep ingrijpt (ook in fundamentele rechten), maar ook door de specifieke aard van de faillissementsprocedure, die is gericht op een spoedige beslissing. De motivering moet wel voldoende inzicht bieden in de aan het oordeel ten grondslag liggende gedachtegang van de rechter, die voor partijen en derden zowel controleerbaar als aanvaardbaar is. Wanneer een schuldenaar failliet wordt verklaard, terwijl hij gemotiveerd en relevant verweer heeft gevoerd, moet de schuldenaar volgens de Hoge Raad uit het oordeel ten minste met een redelijke mate van zekerheid kunnen opmaken dat zijn verweer onder ogen is gezien en op welke grond het is verworpen (HR 7 april 1995, *NJ* 1997/21, m.nt. Alkema, r.o. 3.3).

7. Maar wanneer is dan sprake van de toestand dat is opgehouden te betalen? De uitkomst van deze feitelijke toets wordt bepaald door de concrete omstandigheden van het geval. Daaruit moet blijken dat in ieder geval daadwerkelijk is opgehouden met het betalen van (enkele) vorderingen. Ook uit het samenstel van de omstandigheden kan de feitenrechter afleiden dat een schuldenaar verkeert in de toestand te hebben opgehouden te betalen. Daarbij speelt uiteraard een rol dat er sprake is van pluraliteit en van opeisbaarheid van één of meerdere schulden. Maar ook kan betekenis worden toegekend aan het feit dat ten aanzien van een of meerdere vorderingen een separate procedure aanhangig is, waardoor deze

vordering(en) onbetaald wordt (worden) gelaten, terwijl aan de overige betalingsverplichtingen steeds tijdig wordt voldaan (HR 8 juli 2016, [ECLI:NL:HR:2016:1513](#)).

8. In casu is sprake van een schuldenaar die verweer voert tegen zijn faillietverklaring, onder meer omdat hij nog een procedure voerde tegen een van de schuldeisers die het faillissement had aangevraagd. Dat betrof een spoedappel waarin nog een beslissing moest worden genomen. Het hof heeft zijn oordeel over de vraag of sprake is van de toestand te hebben opgehouden te betalen, in eerste instantie dan ook uitgesteld in zijn tussenarrest. Op dat moment is wel reeds overwogen dat de schuldenaar een groot deel van de vorderingen van de faillissementsaanvragers en ook de door de curator genoemde schuldeisers erkent. Volgens het hof is daarmee het bestaan van (een deel van) de vorderingen van de faillissementsaanvragers en de opeisbaarheid van die vorderingen genoegzaam vast komen te staan. Aangezien de schuldenaar op dat moment nog probeerde om met de schuldeisers tot een betalingsregeling te komen en het accepteren en uitvoeren van die regeling afhankelijk was van de uitkomst van het spoedappel, heeft het hof besloten deze uitkomst af te wachten. Ook is aan de schuldenaar de gelegenheid geboden om aan het hof het businessplan voor het komend jaar evenals een cashflowoverzicht ter beschikking te stellen, waaruit zou kunnen blijken dat de schuldenaar niet in de toestand verkeert te hebben opgehouden te betalen.

9. Van deze gelegenheid wordt door de schuldenaar echter geen gebruik gemaakt en ook de uitkomst van het spoedappel is niet in zijn voordeel. In zijn eindarrest kan het hof dan voortborduren op het eerdere oordeel dat is voldaan aan het pluraliteitsvereiste, dat summierlijk blijkt van de vorderingsrechten van de aanvragers en dat de opeisbaarheid van die vorderingen genoegzaam is komen vast te staan. Alleen de vraag of de schuldenaar verkeert in de toestand te hebben opgehouden te betalen, was nog onbeantwoord. In dat kader is van belang dat de curator heeft aangegeven dat de boedel over onvoldoende middelen beschikt om bij vernietiging van het faillissement alle (boedel)schuldeisers te voldoen, ook als de voorgenomen betalingsregelingen doorgang zouden vinden. De curator kan dan ook niet concluderen dat de schuldenaar niet zou zijn opgehouden te betalen. Dit neemt het hof mee in zijn oordeel, in samenhang met (i) het verliezen van het spoedappel en het feit dat de betalingsregelingen afhankelijk waren van een positieve uitkomst daarvan, en (ii) dat ook niet met alle schuldeisers een regeling was afgesproken. Nu het hof ook niet beschikt over een businessplan of een cashflowoverzicht, kan niet worden opgemaakt of er op korte termijn alsnog sprake zou kunnen zijn van een renderende onderneming. Uit de toets van het hof volgt op grond van al het voorgaande dan ook dat de schuldenaar verkeert in de toestand te hebben opgehouden te betalen. Aangezien dit feitelijke oordeel van het hof meerdere gronden bevat, kan het voor de schuldenaar (meer dan) duidelijk zijn waarom het verweer tegen de faillietverklaring is verworpen. Cassatie lijkt in deze (en vergelijkbare zaken) dan ook niet zinvol.

mr. dr. F.A. van Tilburg, advocaat bij Van Iersel Luchtman Advocaten in Breda