

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift Juridisch up to Date. Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).

Jutd 2019/0108 Overzicht van actuele ontwikkelingen op goederen- en faillissementsrechtelijk terrein

Jutd 2019/0108 d.d. 13-09-2019

Auteur(s): Mr. dr. F.A. van Tilburg, Mr. H.J.M. van Dal, Mr. S.C.H.M. Leijten,
Mr. N.T.F. van Barschot, Van Iersel Luchtman advocaten.

Bij dit overzicht van de recente ontwikkelingen op het gebied van goederen- en faillissementsrecht staan de (aanstaande) wijzigingen in wetgeving en actuele jurisprudentie centraal. Bij de bespreking van jurisprudentie wordt een beknopte samenvatting gegeven van de meest relevante uitspraken van de Hoge Raad. Daarnaast wordt ingegaan op andere actualiteiten die verband houden met het goederen- en faillissementsrecht. Dit artikel heeft betrekking op de periode medio februari tot medio augustus 2019.

Wetgeving

Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I)

Dit wetsvoorstel dat betrekking heeft op de regulering van een zogenoemde pre-pack, is al op 21 juni 2016 aangenomen door de Tweede Kamer. De behandeling in de Eerste Kamer ligt inmiddels geruime tijd stil. Begin dit jaar heeft minister Dekker voor Rechtsbescherming nieuwe wetgeving betreffende overgang van onderneming in faillissement aangekondigd (Kamerstukken I 2018/2019, 34 218, K). Bij brief van 29 mei 2019 heeft de minister een conceptwetsvoorstel met bijbehorende memorie van toelichting en ministeriële regeling aan de Eerste Kamer gestuurd en daarnaast verzocht om de behandeling van de WCO I zo spoedig mogelijk voort te zetten (Kamerstukken I 2018/2019, 34 218, L). De Eerste Kamercommissie voor Justitie en Veiligheid heeft echter laten weten dat zij de WCO I te zijner tijd samen met het nieuwe wetsvoorstel zal behandelen. Van spoedige voortzetting van de behandeling van de WCO I zal dan ook geen sprake zijn.

Wet overgang van onderneming in faillissement

Op 29 mei 2019 is het voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement dan ook in consultatie gegaan. De consultatietermijn liep tot eind augustus. Het voorontwerp komt erop neer dat bij een overgang van onderneming in faillissement werknemers in principe onder dezelfde arbeidsvoorwaarden mee overgaan op de verkrijger, tenzij arbeidsplaatsen verdwijnen als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden. In dat geval wordt op een objectieve en transparante manier bepaald welke werknemers wel en niet meegaan. Werknemers die niet in dienst komen bij de verkrijger, mogen bovendien niet door een concurrentiebeding beperkt worden om ergens anders werkzaam te zijn. Het codificeert daarnaast een uitspraak van de Hoge Raad waarin is vastgesteld dat de Wet op de Ondernemingsraden ook in faillissement van toepassing is.

Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement (WHOA)

Nadat de Raad van State op 27 maart 2019 zijn advies had uitgebracht, heeft minister Dekker het wetsvoorstel voor de WHOA vlak voor het zomerreces bij de Tweede Kamer ingediend (Kamerstukken II 2018/2019, 35 249, 2). Dit introduceert een regeling voor de totstandkoming van

een dwangakkoord buiten faillissement. Op dit moment is een onderhands schuldsaneringsakkoord alleen mogelijk als alle schuldeisers en aandeelhouders daarmee instemmen. Dat wordt onder bepaalde omstandigheden anders. De regeling is bedoeld voor ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken, maar beschikken over bedrijfsactiviteiten die nog levensvatbaar zijn.

Wet bevordering doelmatigheid faillissementsprocesrecht

Dit wetsvoorstel bevindt zich nog altijd in de voorbereidende fase.

Wet bestuur en toezicht rechtspersonen

De essentie van het voorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen is volgens de minister het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht en het stimuleren van professionalisering bij verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen. Het wetsvoorstel is nog altijd in behandeling bij de Tweede Kamer. Op 20 mei 2019 heeft de minister bij brief aan de Tweede Kamer gereageerd op diverse commentaren op het wetsvoorstel (*Kamerstukken II 2018/2019, 34 491, 11*). De minister gaat onder meer nader in op de door de Hoge Raad in het leven geroepen en naderhand gecodificeerde "ernstig verwijt"-maatstaf van artikel 2:9 BW. Op 23 mei 2019 hebben de leden Van Gent en Van Dam een amendement voorgesteld waarmee een evaluatiebepaling aan het wetsvoorstel wordt toegevoegd (*Kamerstukken II 2018/2019, 34 491, 12*).

Wet opheffing verpandingsverboden

Dit wetsvoorstel wil een einde maken aan de praktijk om de overdracht of verpanding van geldvorderingen op naam uit te sluiten. De internetconsultatie over het voorontwerp is al een jaar geleden afgerond.

Europese richtlijn herstructurering en insolventie

De richtlijn betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 is inmiddels een feit. Het betreft Richtlijn 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad d.d. 20 juni 2019. Het eerste deel van de richtlijn moet op 17 juli 2021 in nationale wetgeving zijn omgezet. Daartoe zal een afzonderlijk wetsvoorstel worden opgesteld.

Rechtspraak

Eén pandakte met stil en openbaar pandrecht

In zijn uitspraak van 22 februari 2019 (ECLI:NL:HR:2019:268) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat in een pandakte zowel vestigingshandelingen voor een stil als een openbaar pandrecht kunnen worden verricht. Eerder verscheen daarover al de bijdrage van onze collega mr M.L.G. Otto ('Duidelijkheid over dubbelzinnige mededelingen: het melden van een stil pandrecht kan leiden tot het vestigen van een openbaar pandrecht', *JutD 2019-0039*).

Voor een stil pandrecht kunnen in een authentieke of geregistreerde onderhandse pandakte de vestigingshandelingen worden verricht. Dit ziet dan op een stil pandrecht op bestaande vorderingen en toekomstige vorderingen die rechtstreeks zullen worden verkregen uit een rechtsverhouding die reeds bestaat op het moment van het opmaken van de authentieke akte of het aanbieden ter registratie van de onderhandse akte. Artikel 3:239 lid 1 BW beperkt immers het vestigen van een

stil pandrecht op toekomstige vorderingen die niet uit een bestaande rechtsverhouding voortvloeien. Voor zover het de genoemde toekomstige vorderingen betreft die wél uit die bestaande rechtsverhoudingen voortvloeien, komt het stille pandrecht, bij het ontstaan van de desbetreffende vorderingen, op die vorderingen te rusten (behoudens wanneer bijvoorbeeld artikel 35 lid 2 Fw van toepassing is).

Met een openbaar pandrecht kunnen juist ook die overige 'dubbel' toekomstige vorderingen worden verpand, waarop het stille pandrecht geen betrekking kan hebben vanwege de beperking van artikel 3:239 lid 1 BW. Daarvoor is naast de vestigingshandeling in de akte ook nog een mededeling aan de debiteur(en) van de vorderingen nodig.

De Hoge Raad geeft aan dat op basis van uitleg van de pandakte in een specifieke kwestie zal moeten worden bekeken of is gekozen voor alleen een stil pandrecht, alleen een openbaar pandrecht of voor een combinatie van beide pandvormen. Hiervoor geldt de zogenoemde Haviltex-maatstaf waarbij van belang is wat partijen redelijkerwijs over en weer van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan volgens de Hoge Raad tot uitgangspunt dienen dat, behoudens aanwijzingen voor een andere uitleg, een zo ruim mogelijke zekerheidsstelling is beoogd, dus beide pandvormen.

Vof is werkgever; werknemer kan diens vorderingen echter ook bij vennoten indienen

De Hoge Raad heeft zich op 19 mei 2019 uitgelaten over de vraag hoe om te gaan met vorderingen van werknemers in het faillissement van een vof en het faillissement van de vennoten van die vof (ECLI:NL:HR:2019:649). De rechtbank heeft de Hoge Raad hierover prejudiciële vragen gesteld en in het bijzonder de vraag of in het geval een vof een arbeidsovereenkomst met een werknemer sluit, de vennoten van die vof van rechtswege en in alle gevallen ieder afzonderlijk als werkgever gelden. Eerder verscheen hierover ook al het artikel van onze collega F.F.A. Smetsers ('Contracteren met een vof = contracteren met de gezamenlijke vennoten', JutD 2019-0063).

De casus is als volgt. Een vof met twee vennoten is in staat van faillissement verklaard. Enige tijd later zijn de faillissementen van de beide vennoten omgezet in wettelijke schuldsaneringsregelingen (WSNP). Het faillissement van de vof is opgeheven wegens een gebrek aan baten. De vof had werknemers in dienst. Het UWV heeft op basis van de loongarantieregeling het achterstallig loon en het loon over de opzegtermijn van de werknemers aan de werknemers betaald. Het UWV subrogeerde vervolgens in de loonvorderingen van de werknemers en diende daarom bij de bewindvoerder in de schuldsanering van beide vennoten boedelvorderingen (over de periode na datum faillissement) en preferente vorderingen (over de periode vóór datum faillissement) in. De wet bepaalt dat het loon vanaf datum faillissement een boedelschuld is (artikel 40 Fw) en dat een vordering ter zake achterstallig loon preferent is (artikel 3:288 aanhef en sub e BW).

De bewindvoerder heeft tijdens de verificatievergadering in beide schuldsaneringsregelingen betwist dat sprake is van een boedelvordering en/of preferente vordering, omdat de vennoten in dit geval geen werkgever zijn. De bewindvoerder stelt dat enkel de vof de werkgever is, en niet de vennoten afzonderlijk. De rechtbank heeft hierover prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad. De Hoge Raad overweegt dat, nu de vof geen rechtspersoonlijkheid heeft, een vof niet zelfstandig draagster is van subjectieve rechten en verplichtingen. De vennoot die handelt in de naam van de vof, handelt namens de gezamenlijke vennoten en bindt de gezamenlijke vennoten. Een

overeenkomst "met de vof" moet dan ook worden aangemerkt als een overeenkomst met de gezamenlijke vennoten in hun hoedanigheid van vennoten (HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV5569). De Hoge Raad oordeelt dat in dit geval sprake is van twee samenlopende vorderingsrechten: één "jegens de vof", dat verhaalbaar is op het afgescheiden vermogen van de vof, en één jegens de vennoten persoonlijk, dat verhaalbaar is op het privévermogen van de vennoten. In dit geval is er sprake van een arbeidsovereenkomst met de vof. De gezamenlijke vennoten (de vof) dienen dan ook te worden beschouwd als werkgever. Volgens de Hoge Raad kan de werknemer echter zowel verhaal halen op het vermogen van de vof, als op het vermogen van iedere vennoot. De Hoge Raad overweegt bovendien dat de aan de arbeidsovereenkomsten verbonden vorderingen, ook in de schuldsanering van de vennoten, preferente- en boedelvorderingen zijn. De arbeidsovereenkomst is immers ook een overeenkomst met de vennoten afzonderlijk. Tot slot besluit de Hoge Raad dat bij de beantwoording van deze vragen geen rol speelt of de werknemer (in dit geval het UWV) uit het faillissement van de vof een uitkering heeft ontvangen of nog zal ontvangen.

Verrekening met schuld uit bodemverhuur

De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 21 juni 2019 (ECLI:NL:HR:2019:995) geoordeeld over een zaak die gelijkenissen vertoonde met zijn eerdere arrest Tiethoff q.q./NMB (HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995). In dat arrest van 1989 heeft de Hoge Raad een uitzondering aanvaard op de mogelijkheid tot verrekening met tijdens het faillissement ontstane schulden die voldoen aan de eis van artikel 53 Fw dat zij "voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht". Volgens die uitzondering is verrekening toch niet mogelijk in het geval van een dergelijke na de faillietverklaring ontstane schuld die voortvloeit uit een met de gefailleerde gesloten, nog voortdurende overeenkomst, als die schuld een tegenprestatie betreft voor een prestatie die vanaf de faillietverklaring ten laste van de boedel moet worden verricht. Concreet ging het om een huurovereenkomst die al was gesloten vóór faillissement. De huur bleef ook na de faillietverklaring doorlopen en de curator moest die prestatie als verhuurder blijven verrichten. Het betalen van de huursom - de tegenprestatie - mocht niet worden verrekend door de huurder met een vordering die met de huurovereenkomst geen verband hield.

In het recente arrest was de casus net iets anders. Er was sprake van een bodemverhuurconstructie, waarbij Rabobank als pandhouder de bedrijfsruimte huurt van zijn schuldenaar, de latere failliet. De huurconstructie was bedoeld om het stil pandrecht op de roerende zaken van de schuldenaar die zich in de bedrijfsruimte bevonden, om te kunnen zetten in een vuistpand. Met een vuistpand was Rabobank in staat om zich te verweren tegen het bodemrecht van de fiscus. Deze bodemverhuurconstructie is tegenwoordig onderworpen aan de meldplicht van artikel 22bis Invorderingswet en komt in de praktijk nu niet veel meer voor. De constructie was en is bedoeld om verhuur voor korte tijd te doen plaatsvinden, met de strekking de pandhouder te beschermen. Op deze wijze kon Rabobank daadwerkelijk haar recht op verhaal op de aan haar verpande zaken uitoefenen, aldus de Hoge Raad.

De karakteristieken van deze bodemverhuurconstructie vormen de mogelijkheid voor de pandhouder om op grond van artikel 53 lid 1 Fw de uit de overeenkomst verschuldigde huur te mogen verrekenen met de openstaande vordering waarvoor in dit geval door Rabobank het pandrecht was bedongen. Het is volgens de Hoge Raad in deze casus dan ook geen onaanvaardbare doorbreking van de gelijkheid van schuldeisers, zoals hij dat wel van oordeel was

in Tiethoff q.q./NMB. Het doel van de huurovereenkomst en de mogelijkheid om de huur ook weer op korte termijn te beëindigen, zijn zodanig wezenlijke verschillen met de casus uit Tiethoff q.q./NMB, dat de daarin opgenomen rechtsregel hier niet kan worden toegepast en de uitzondering op de verrekening niet opgaat.

Curator niet aansprakelijk voor onrechtmatige executie vonnis

Op 5 april 2019 heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan over de vraag of de curator die een vonnis ten uitvoer heeft gelegd, in persoon aansprakelijk is voor door de geleden schade van de wederpartij (ECLI:NL:HR:2019:547). Het volgende was aan de orde. X is gefailleerd en de curator van X heeft ten laste van een debiteur (eiseres in cassatie) een aantal conservatoire beslagen doen leggen vanwege uitblijvende betalingen. De curator heeft deze debiteur vervolgens gedagvaard en veroordeling tot betaling gevorderd. De rechtbank heeft de debiteur daarop veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 180.240 en het vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaard. De curator van X heeft dit vonnis vervolgens geëxecuteerd en met de uitwinning van beslagen € 157.130,90 geïncasseerd. In hoger beroep is het vonnis echter vernietigd en is de vordering van de curator afgewezen. De (vermeende) debiteur heeft de curator vervolgens pro se aansprakelijk gesteld voor de door haar geleden schade als gevolg van de onrechtmatige executie van het vonnis. De rechtbank heeft voor recht verklaard dat de curator in persoon aansprakelijk is voor de door de debiteur geleden schade ten gevolge van de tenuitvoerlegging van het vonnis voor zover die niet op de boedel kan worden verhaald. In hoger beroep heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vordering van de debiteur afgewezen. De debiteur gaat in cassatie.

De in het middel aangevoerde klachten kunnen volgens de Hoge Raad niet tot cassatie leiden: de aansprakelijkheid van de curator is dus van de baan. Toch is de conclusie van de advocaat-generaal (A-G) interessant (ECLI:NL:PHR:2019:231). De A-G stelt het volgende. De debiteur heeft in hoger beroep gesteld dat de curator, hangende het hoger beroep, had moeten afzien van de executie van het vonnis, omdat de debiteur (a) zekerheid in de vorm van een bankgarantie wilde stellen, (b) er al beslagen lagen, en (c) omdat ook anderszins geen sprake was van een dringende noodzaak om op korte termijn tot executie over te gaan. Met betrekking tot het verwijt dat de curator niet is ingegaan op het aanbod van de debiteur om een bankgarantie te stellen, heeft het hof geoordeeld dat niet zonder meer is voldaan aan de maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid van de curator, te weten dat hij (in zijn hoedanigheid van curator) heeft gehandeld terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijs behoorde in te zien. Vervolgens heeft het hof geoordeeld dat de debiteur in ieder geval op de datum van de mondelinge behandeling in het executiegeschil niet (langer) in staat was de gewenste bankgarantie te stellen en dat de debiteur geen feiten of omstandigheden heeft gesteld op grond waarvan kan worden vastgesteld dat zij in de periode daarvóór wel in staat was geweest de bankgarantie te stellen. Daardoor ontbreekt het causaal verband tussen het (gestelde) onrechtmatig handelen in de zin van het niet-ingaan op een aangeboden bankgarantie en de schade. Laatstgenoemd oordeel kan de afwijzing van de vordering van de debiteur, voor zover deze is gegrond op het niet-ingaan op een aangeboden bankgarantie, zelfstandig dragen. De conclusie van de A-G strekt tot verwerping van het cassatieberoep en de Hoge Raad volgt dit met toepassing van artikel 81 RO.

Ruimere rechtsbescherming voor failliete belastingplichtige

In de uitspraak van de Hoge Raad van 12 mei 2019 (ECLI:NL:HR:2019:589) gaat het om de vraag of de gefailleerde belastingplichtige en haar bestuurder hoger beroep kunnen instellen tegen de beschikking van de rechter-commissaris in het faillissement waarbij aan de curatoren ex artikel 68

lid 2 Fw machtiging is verleend om de fiscale procedures over te nemen en nadien weer in te trekken.

De casus is als volgt. Een vennootschap heeft bezwaar ingediend tegen de aanslagen van de belastingdienst voor de dividendbelasting. Het bezwaar wordt afgewezen en de vennootschap gaat in beroep tegen de afwijzing van het bezwaar. Voordat het tot een uitspraak komt van de rechtbank, gaat de vennootschap failliet. De curatoren in het faillissement van de vennootschap verzochten de rechter-commissaris om toestemming om de beroepsprocedure over te nemen en het beroep vervolgens direct weer in te trekken. De rechter-commissaris verleende die toestemming. De bestuurder van de failliete vennootschap en de vennootschap zelf gaan tegen deze beschikking van de rechter-commissaris in hoger beroep bij de rechtbank (artikel 67 Fw). De rechtbank verklaarde de bestuurder en de vennootschap echter niet-ontvankelijk, omdat het recht op hoger beroep tegen de beschikking uitsluitend toekomt aan twee categorieën belanghebbenden die dienen te worden aangemerkt als 'partij' bij de beschikking. Dat is degene die - behorend tot één van de in artikel 69 Fw genoemde categorieën - het tot de beschikking leidende verzoek aan de rechter-commissaris heeft gedaan, én degene tot wie de beschikking is gericht (vgl. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4558). In dit geval hebben de curatoren het verzoek gedaan, en is de beschikking ook enkel tot de curatoren gericht. De bestuurder en de vennootschap kunnen dus niet als 'partij' worden beschouwd. Dat neemt echter niet weg dat zij wel een belang kunnen hebben bij de 'onderliggende' bestuursrechtelijke procedures omtrent de dividendbelasting, maar dat belang levert géén ontvankelijkheid van het hoger beroep tegen de beschikking van de rechter-commissaris op.

De bestuurder en de vennootschap gaan tegen deze uitspraak in cassatie. Volgens de bestuurder is de beschikking van de rechter-commissaris mede gericht tot de bestuurder, omdat het voorgenomen beëindigen van een gerechtelijke (fiscale) procedure niet alleen in het belang van de boedel geschiedt. Het stelsel van de Faillissementswet brengt mee dat de gefailleerde niet als 'partij' in de zin van artikel 67 Fw kan opkomen tegen een beschikking van de rechter-commissaris over de erkenning van ter verificatie ingediende vorderingen. In dat stelsel is gewaarborgd dat rekening wordt gehouden met de belangen van de gefailleerde, op andere wijze dan langs de weg van artikel 67 Fw. De gefailleerde kan namelijk een ter verificatie ingediende vordering betwisten (artikel 126 Fw). Indien de belastingplichtige in staat van faillissement verkeert en een vordering uit hoofde van een belastingaanslag ingediend, kan de curator de juistheid of de hoogte daarvan echter alleen aantasten door gebruik te maken van de daartoe aangewezen bestuursrechtelijke weg. Wordt die weg niet of niet met succes bewandeld, dan staat de (hoogte van de) aanslag jegens alle betrokkenen vast. Dat brengt mee dat de gefailleerde belastingplichtige de mogelijkheid dient te hebben om op te komen tegen een beschikking van de rechter-commissaris als de onderhavige waarbij aan de curator toestemming wordt verleend om op de voet van artikel 8:22 lid 1 Awb in verbinding met artikel 27 lid 3 Fw een door de belastingplichtige ingestelde bestuursrechtelijke procedure over een belastingaanslag over te nemen en nadien terstond in te trekken. Een behoorlijke rechtsbescherming brengt volgens de Hoge Raad dan ook mee dat die beschikking voor de gefailleerde belastingplichtige bij wijze van uitzondering op de voet van artikel 67 Fw voor hoger beroep vatbaar is.

Actualiteiten

Het aantal uitsproken faillissementen in Nederland is de voorbije zomermaanden zeer constant geweest, zo volgt uit gegevens van het CBS. In juli van dit jaar zijn er met 270 bedrijven en instellingen slechts twee bedrijven meer failliet verklaard dan in juni. In juni zijn er met 268 faillissementen dan weer zeven faillissementen meer uitgesproken dan in mei. In de bedrijfstak handel zijn wederom de meeste bedrijven failliet verklaard, gevolgd door de bedrijfstakken specialistische diensten en financiële instellingen.

Hoewel het aantal faillissementen constant lijkt te zijn, wordt het verwachte aantal faillissementen op macro niveau aanzienlijk naar boven bijgesteld. Als oorzaken daarvoor wordt gewezen op het moeilijkere economische klimaat en de grote beleidsonzekerheid. Daarbij heeft Noord-Amerika een verwachte stijging van ruim 3 procent. Als oorzaak wordt gewezen op de handelsoorlog tussen Noord-Amerika en China. In Europa gaat het Verenigd Koninkrijk aan kop met een verwachte stijging in 2019 ten opzichte van 2018 van ruim 10 procent. Daarbij wordt overigens uitgegaan van een Brexit mét een deal. Met een no-deal Brexit zal dat percentage naar verwachting nog hoger uitvallen.

Terug naar de in Nederland uitgesproken faillissementen. Hierna wordt kort ingegaan op de meest in het oog springende faillissementen van de afgelopen maanden. Opvallend daarbij is dat weer een aantal concerns in de detailhandel failliet zijn verklaard. Afgesloten zal worden met een opmerking over het spraakmakende faillissement van Estro Groep B.V. van alweer enige tijd geleden.

Op = Op voordeelshop

Op 26 maart 2019 zijn failliet verklaard Op = Op Partijgroothandel B.V., Op = Op Webshop B.V. en Op = Op Winkels B.V. (hierna gezamenlijk: "Op = Op"). Op = Op hield zich bezig met het verkopen van drogisterijartikelen vanuit 131 eigen winkels in Nederland. Die winkels vielen allemaal onder Op = Op Winkels B.V. Daarnaast werden de producten verkocht door 10 franchisenemers met winkels in Nederland, Aruba en Curaçao. Bij Op = Op waren zo'n 1340 personeelsleden in dienst. Doordat Op = Op in het jaar voor het faillissement een aantal Blokkerwinkels heeft overgenomen, zijn er bij het concern in korte tijd meer winkels en meer personeelsleden bijgekomen. Die personeelsleden zijn in de eerste periode na datum faillissement werkzaamheden blijven verrichten, omdat de curatoren de mogelijkheden van een doorstart aan het onderzoeken waren.

De curatoren melden in het tweede faillissementsverslag dat het sluiten van alle winkels desastreuze gevolgen zou hebben gehad voor de waarde van de voorraden en de inventaris. Om de exploitatie voort te zetten, hebben de curatoren daarom afspraken gemaakt met de belangrijkste leveranciers. Uiteindelijk hebben de curatoren, na uitgebreide onderhandelingen te hebben gevoerd en na overleg met ING Bank als financier van Op = Op, een akkoord bereikt met St.art operations B.V. Die vennootschap heeft de activa overgenomen en de activiteiten voortgezet. Voor overdracht van de activa en de activiteiten is een bedrag betaald van € 5.4 miljoen. Van dat bedrag komt een bedrag van € 692.500 toe aan de boedel. De rest van de verkoopprijs komt toe aan ING Bank. Met het bedrag dat aan de boedel toekomt, kunnen de crediteuren niet worden voldaan, nu alleen al de fiscus een preferente vordering heeft van ruim € 4 miljoen.

Het Dungelmann-concern

Een ander groot faillissement in de detailhandel is dat van het Dungelmann-concern. Het gehele concern bestaat uit zevenentwintig vennootschappen, waarvan er inmiddels vijftien in staat van faillissement zijn verklaard. De verschillende winkels werden geëxploiteerd vanuit verschillende besloten vennootschappen, waarvan de meeste op 24 juli 2019 in staat van faillissement zijn verklaard. Enig aandeelhouder en enig bestuurder van die verschillende vennootschappen van waaruit iedere winkel werd geëxploiteerd, is het op 16 juli 2019 gefailleerde Dungelmann Schoenen B.V. Enig aandeelhouder en bestuurder van Dungelmann Schoenen B.V. is het op 15 augustus 2019 gefailleerde Geert van de Velde B.V.

Na het overlijden van de voormalig bestuurder in 2017, is de huidige bestuurder van Geert van de Velde B.V. het Dungelmann-concern gaan reorganiseren. De omzet in de maanden mei en juni van dit jaar was zodanig laag dat er aanzienlijke liquiditeitsproblemen ontstonden. Omdat in de maanden mei en juni zoals gebruikelijk de wintervoorraad zou worden geleverd, verzag de bestuurder van het Dungelmann-concern dat het niet aan de lopende verplichtingen zou kunnen voldoen. Vervolgens heeft het bestuur het eigen faillissement aangevraagd van Dungelmann Schoenen B.V.

Nadat Dungelmann Schoenen B.V. op 16 juli 2019 in staat van faillissement verklaard, heeft de curator in overleg met de bank in haar hoedanigheid als kredietverstrekker de schoenvoorraad verkocht via de verschillende winkels. In de periode tussen 16 juli en 11 augustus 2019 is daarmee nog een omzet gegenereerd van bijna € 700.000. Het bedrag dat daarvan niet aan de bank toekomt, wordt verdeeld tussen Dungelmann Schoenen B.V. en de gefailleerde vennootschappen van waaruit de voorraad werd verkocht. Vervolgens is vanaf 12 augustus 2019 een gedeelte van de activiteiten van het Dungelmann-concern doorgestart. Zowel de curator van Dungelmann als de curatoren van Op = Op, grote ketens in de detailhandel, hebben dus een doorstart weten te realiseren.

Estro Groep B.V. - onderzoek naar beleid en gang van zaken in 2010

Het faillissement van kinderopvangorganisatie Estro Groep B.V. is aanleiding geweest voor het stellen van prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie, wat leidde tot een uitspraak in 2016. De vraag was, kort gezegd, of de regels van overgang van onderneming van toepassing zijn als er sprake is van een pre-pack. In dit nieuwsoverzicht wordt in dat kader verwezen naar eerder publicaties over deze kwestie. De curator van Estro Groep B.V. heeft nu op 13 mei 2019 de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam verzocht om een onderzoek te bevelen naar het beleid rond een overname van de rechtsvoorganger van Estro in 2010.

In 2010 hebben de bestuurders van de rechtsvoorganger van Estro ingestemd met een overname van het bedrijf door een Amerikaanse investeerder. Die overname werd gefinancierd met een lening waardoor Estro direct werd geconfronteerd met een slechte financiële positie. In 2012, twee jaar na de overname, moest Estro al worden gered door andere geldschieters. Uiteindelijk is Estro dan in 2014 failliet verklaard. De curator van Estro Groep B.V. denkt dat het beter was geweest als de overname in 2010 zoveel mogelijk met eigen vermogen zou zijn gefinancierd. De curator wil nu weten waarom het bestuur van de rechtsvoorganger van Estro in 2010 heeft ingestemd met de overname. Daarom heeft de curator de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam verzocht om een onderzoek te bevelen naar het beleid bij de rechtsvoorganger van Estro. Dat

onderzoek moet uitwijzen of de toenmalige bestuurders en commissarissen op een juiste wijze invulling hebben gegeven aan hun verantwoordelijkheden. Het is overigens de eerste keer in Nederland dat een curator de Ondernemingskamer verzoekt om zo'n onderzoek te bevelen.

© Fiscaal up to Date BV NL