

11 maart 2021, «JOR» 2021/279, m.nt. Harmsen en Rb. Midden-Nederland 19 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1113. In die drie uitspraken konden de schuldenaren inzichtelijk maken waarom een liquidatieakkoord meerwaarde zou opleveren en werden geen hoge eisen gesteld aan de omvang van de plaatshebbende bedrijfsactiviteiten. Dat lijkt mij een juiste benadering.

9. Bij de vraag naar meerwaarde overweegt de rechtbank in r.o. 4.13 dat het bij een vergelijking tussen een WHOA-akkoord en een faillissements-situatie in de eerste plaats aankomt op het vergelijken van de met het WHOA-akkoord te realiseren waarde en het boedelactief dat in faillissement voor de gezamenlijke schuldeisers beschikbaar zal zijn. Het gaat niet zozeer om de verdeling van die waarde onder de verschillende schuldeisers. De stelling dat in geval van een WHOA-akkoord – en anders dan in faillissement – een uitkering aan de concurrente schuldeisers kan plaatsvinden omdat de fiscus in de WHOA genoeg zal nemen met het dubbele van het uitkeringspercentage dat aan de concurrente schuldeisers wordt aangeboden, leidt daarom volgens de rechtbank niet tot de conclusie dat er sprake zou zijn van meerwaarde. Dat ben ik met de rechtbank eens. Daar kwam nog bij dat de rechtbank beducht is voor rechtshandelingen die de “paulianatoets” niet zouden kunnen doorstaan (r.o. 4.14). Gelet op het risico dat deze benadelende rechtshandelingen onopgemerkt blijven bij toepassing van de WHOA (waarin geen functionaris met de bevoegdheden van een curator benoemd wordt), is goed voorstelbaar dat de rechtbank oordeelt dat van meerwaarde geen sprake is.

10. Tot slot. Het bestaan van de WHOA-toestand is niet alleen een vereiste voor de benoeming van een herstructureringsdeskundige (art. 371 lid 1 en lid 3 Fw). Het is ook een vereiste voor een “groepsakkoord” (art. 372 lid 1 sub b Fw) en de wijziging of beëindiging van een overeenkomst (art. 373 lid 1 Fw). Het is bovendien een algemene afwijzingsgrond voor de homologatie van het akkoord (art. 384 lid 2 sub a jo. 370 lid 1 Fw). De wet stelt het vereiste niet, althans niet expliciet, wanneer om een voorziening (zoals een observator, art. 379 jo. 380 Fw) of een afkoelingsperiode wordt verzocht (art. 376 Fw). De Rechtbank Zeeland-West-Brabant toetste bij de afkondiging van een afkoelingsperiode desalniettemin aan het bestaan van de WHOA-toestand. Zie haar re-

cente uitspraken van 17 februari 2021 ECLI:NL:RBZWB:2021:6911 en 16 maart 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:6916, beide in r.o. 3.4.

mr. M.H. Remmink
promovendus burgerlijk recht, Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit

134

Paulianeuze verkoop van aandelen meer dan drie jaren voor faillietverklaring

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
21 december 2021, zaaknr. 200.275.174,
ECLI:NL:GHARL:2021:11659
(mr. Engberts, mr. Sap, mr. Pikkemaat)
Noot mr. E.J.R. Verwey

Faillissementspauliana. Verkoop aandelen. Wetenschap van benadeling van schuldeisers. Waarde aandelen en terugneemrecht. Faillissement en een tekort daarin waren met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien. Termijn tussen paulianeuze rechtshandeling en faillissement. Geen analogische toepassing van termijnen in art. 43 Fw en art. 2:248 BW. Verwijzing naar HR 22 december 2009, «JOR» 2011/19, m.nt. Faber (ABN AMRO/Van Dooren q.q. III).

[Fw art. 42, 43; BW art. 2:248]

Vast staat dat de verkoop op 18 juli 2013 door failliet van haar aandelen in SO en SO2 aan appellante onverplicht was. Verder is sprake van een rechtshandeling anders dan om niet zodat een beroep op de faillissementspauliana alleen slaagt als ook appellante wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.

Volgens de curator is sprake van een paulianeuze transactie omdat de aandelen op 18 juli 2013 veel meer waard waren doordat aan het aandeelhouderschap een zogeheten terugneemrecht was verbonden en aan dat recht een (grote) waarde moet worden toegekend. De curator heeft gesteld dat het terugneemrecht op 18 juli 2013 een aanzienlijke waarde vertegenwoordigde. Hij heeft dit

onder meer onderbouwd door overlegging van een notitie van 8 november 2018, waarin via vier verschillende manieren een beeld van de (werkelijke) waarde van de gronden is geschetst. Elk van de vier manieren tot bepaling van de werkelijke waarde van de aandelen in SO en SO2 leidt in die notitie tot de gemotiveerde conclusie dat die waarde (aanzienlijk) hoger was dan € 1.

Voor een geslaagd beroep op art. 42 Fw moet ook vast komen te staan dat failliet en appellante ten tijde van de verkoop wisten of behoorden te weten dat het faillissement van failliet en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel failliet als appellante, zijnde degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte (HR 22 december 2009, «JOR» 2011/19, m.nt. Faber (ABN AMRO/Van Dooren q.q. III)). Over de financiële situatie van failliet per 18 juli 2013 staat vast dat failliet en andere aan haar gerelateerde vennootschappen door de bank werden gefinancierd met een krediet van, in hoofdsom, € 125 miljoen. Failliet was hiervoor hoofdelijk aansprakelijk. De bank had dit krediet op 19 maart 2012 opgezegd. Eerder, op 16 oktober 2011, was de bank na beslaglegging op onroerende zaken van failliet, een procedure begonnen tegen failliet. Door de beslaglegging in 2011 kon failliet over geen enkele grondpositie beschikken zonder de opbrengst integraal af te moeten staan aan de bank. Failliet had vrijwel geen verdien capaciteit meer. Medio 2013 was er bij het krediet bij de bank sprake van een overstand van € 3,5 miljoen en een achterstand in de rentebetalingen van € 3 miljoen. Daarnaast had Vesteda op 27 mei 2011 een bedrag van ruim € 16 miljoen van onder meer failliet (terug) gevorderd. Verder had Nebo Vastgoed BV (een eveneens door de bestuurder van failliet en appellante gecontroleerde vennootschap) diverse vorderingen op failliet ter zake van betaling van een koopsom en schadevergoeding, geraamd op € 3,75 miljard en eiste zij de onderlinge rekening-courant op, op grond waarvan een vordering van € 10 miljoen bestond. Failliet was niet herfinancierbaar en (aldus) in liquiditeitsproblemen komen te verkeren met dienengevolge een reëel gevaar van een faillietverklaring. Dat in het (te verwachten) faillissement van failliet een tekort viel te verwachten, mag uit de omvang van de genoemde financiële problemen wel blijken. Appellante heeft er nog op gewezen dat het na 18 juli 2013 meer dan drie jaar, tot 20 juli 2016, heeft ge-

duurd tot de faillietverklaring, zodat reeds daarom niet gezegd kan worden dat een faillissement redelijkerwijs viel te voorzien. Daarbij heeft zij gewezen op de wettelijke termijn van één jaar in art. 43 Fw en drie jaar in art. 2:248 BW. Er zijn geen aanknopingspunten voor analogische toepassing van deze termijnen. Art. 42 Fw geeft geen termijn en er zijn geen aanknopingspunten om die uit genoemde wetsartikelen af te leiden of analogisch toe te passen. Het kan bovendien van tal van feiten en omstandigheden – die los kunnen staan van de bestreden, paulianeuze rechtshandeling – afhangen welke termijn is gelegen tussen de paulianeuze rechtshandeling en het uiteindelijke faillissement. Dit tijdsverloop doet niet af aan de financiële situatie waarin failliet zich ten tijde van de paulianeuze rechtshandeling bevond. Dat deze wetenschap van benadeling zowel bij failliet als bij appellante aanwezig was, volgt uit het gegeven dat beide rechtspersonen bij de (ver)koop van de aandelen in SO en SO2 door dezelfde bestuurder werden vertegenwoordigd.

De stichting Stichting NMThree te Zenderen, appellante,
advocaat: mr. C.J. van Dijk,
tegen

1. mr. X, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Megahome.nl Beheer BV, geïntimeerde,
advocaat: mr. M.T. Nooijen,
2. Y en Troost Exploitiemaatschappij BV te Stap-horst,
en 10 andere (rechts)personen,
geïntimeerden,
advocaat: mr. T.J. Teggelaar.

(...; red.)

2. De vaststaande feiten

2.1. Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.17 van het (bestreden) vonnis van 8 augustus 2018.

3. De motivering van de beslissing in hoger beroep

Korte schets van de zaak

3.1. De besloten vennootschap Mega Projecten B.V. (Mega Projecten) en de vennootschap onder firma Exploitiemaatschappij Staphorst VOF (EMS), gevormd door de (rechtsvoorgangers van)

de geïntimeerden 2 tot en met 9, hebben op 29 maart 2001 en 13 december 2001, ondertekend op 4 januari 2002, twee samenwerkingsovereenkomsten gesloten ten behoeve van de ontwikkeling van gronden in de gemeente Staphorst.

Met het oog op de gezamenlijke ontwikkeling van de in die overeenkomsten genoemde gebieden hebben zij besloten gezamenlijk SO en SO2 op te richten. NPB Beheer B.V. (de “moeder” van Mega Projecten) was eigenaar van 52,1% van de aandelen in SO en ook eigenaar van 50% van de aandelen in SO2. EMS hield (en houdt) de overige aandelen in deze vennootschappen.

3.2. Bij akte d.d. 22 juli 2009 heeft NPB Beheer B.V. vermogensbestanddelen aan Megahome afgesplitst ex artikel 2:334a lid 3 BW, waaronder de aandelenbelangen in SO en SO2. De vermogensbestanddelen (waaronder de aandelen) zijn toen onder algemene titel overgegaan op Megahome.

3.3. Op 18 juli 2013 heeft NMThree de twee aandelenpakketten (in SO en SO2) elk voor € 1 van Megahome gekocht. Beide rechtspersonen werden daarbij vertegenwoordigd door hun bestuurder [naam7]. Megahome is op 20 juli 2016 in staat van faillissement verklaard. Bij brief van 20 oktober 2016 heeft de curator (tegenover Stichting NMThree) met een beroep op artikel 42 Fw de nietigheid ingeroepen van deze aandelentransactie(s). NMThree heeft deze buitengerechtelijke vernietiging betwist. De curator heeft vervolgens NMThree gedagvaard en (onder meer) een verklaring voor recht gevorderd dat bedoelde nietigheid terecht is ingeroepen. In de procedure bij de rechtbank hebben geïntimeerden 2 tot en met 9, de vennoten van EMS, en SO en SO2 zich gevoegd aan de zijde van de curator. De rechtbank heeft genoemde verklaring voor recht bij eindvonnis van 31 juli 2019 toegewezen. Stichting NMThree is van dit vonnis en het tussenvonnis van 8 augustus 2018 in hoger beroep gekomen. Het hof zal hierna de bezwaren (grievens) van NMThree tegen deze vonnissen beoordelen.

Faillissementspauliana – wetenschap van benadeling

3.4. De curator heeft de (ver)koopovereenkomst van 18 juli 2013 vernietigd met een beroep op artikel 42 lid 1 Fw (faillissementspauliana). Op grond van dit wetsartikel kan de curator, ten behoeve van de faillissementsboedel, elke rechtshandeling vernietigen die de schuldenaar (Megahome) voor de faillietverklaring onverplicht heeft

verricht en waarvan deze (Megahome) bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.

3.5. Tussen partijen staat vast dat de verkoop door Megahome van haar aandelen in SO en SO2 aan NMThree onverplicht was. Verder is sprake van een rechtshandeling anders dan om niet zodat een beroep op de faillissementspauliana alleen slaagt als ook NMThree wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn (artikel 42 lid 2 Fw).

3.6. Voor een geslaagd beroep op artikel 42 Fw moet ten slotte vast komen te staan dat Megahome en NMThree ten tijde van de verkoop wisten of behoorden te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn. Die benadeling dient, volgens vaste jurisprudentie, aanwezig te zijn als de curator een beroep doet op art. 42 Fw ofwel, als hij dit beroep in rechte doet, op het moment waarop de rechter hierover beslist.

Waarde van de door NMThree gekochte aandelen in SO en SO2

3.7. Het debat tussen partijen gaat allereerst over de vraag of de aandelen in SO en SO2 ten tijde van de verkoop op 18 juli 2013 telkens meer dan € 1 waard waren. Partijen hebben daarbij gediscussieerd over de vraag of Megahome voorafgaand aan de aandelentransactie haar vorderingen op SO en SO2 uit hoofde van onbetaalde koopsommen voor door SO en SO2 van Megahome aangekochte gronden heeft omgezet in een agiostorting. Volgens de curator is dat het geval en waren de aandelen reeds daarom (veel) meer waard dan € 1. NMThree voert aan dat het besluit tot omzetting van de vorderingen in een agiostorting in 2014 is genomen en dat Megahome ten tijde van de verkoop van de aandelen (nog) vorderingen had op SO (€ 820.138 en € 115.858, peildatum 1 januari 2013) en op SO2 (€ 476.451, peildatum 1 januari 2013).

3.8. Volgens de curator is deze discussie niet relevant. Er is volgens hem reeds sprake van een paulianeuze transactie omdat de aandelen op 18 juli 2013 veel meer waard waren doordat aan het aandeelhouderschap een zogeheten terugneemrecht, waarover hierna meer, was verbonden en aan dat recht een (grote) waarde moet worden toegekend. Het hof zal daarom eerst onderzoeken

of die (door de bezwaren¹ van NMThree te beoordelen) stellingen van de curator juist zijn.

Geen waardebepaling van de aandelen ten tijde van de verkoop

3.9. NMThree heeft aangevoerd en ter zitting herhaald en toegelicht dat de reden van de (ver)koop van de aandelen in SO en SO2 was dat de dochter van [naam7] meerderjarig was geworden en hij wilde voorkomen dat zij invloed zou kunnen uitoefenen op zijn ondernemingen. Volgens NMThree is de waarde van deze aandelen niet (door een derde) bepaald of getaxeerd. De accountant van SO2, de Jong&Laan, had volgens [naam7] gezegd dat deze aandelen geen waarde vertegenwoordigden. In een door de curator overgelegde brief van 12 maart 2015 van dit accountantskantoor aan [naam7] staat echter dat niet duidelijk is op welke zakelijke grondslagen de waardering heeft plaatsgevonden, dat de belastingdienst heeft gevraagd inzicht te geven in (het verloop van) de grondposities die de diverse vennootschappen aanhouden en dat [naam7] heeft besloten niet op die brief en herinnering daarvan te reageren. In die brief van 12 maart 2015 wordt [naam7] gewezen op de fiscale risico's. Op vragen van het hof over deze brief heeft NMThree (op de zitting) gezegd dat de Jong&Laan zich met deze brief heeft willen indekken en dat [naam8], verbonden aan dit kantoor, later op non-actief is gesteld. Maar NMThree heeft niet toegelicht waaruit dit blijkt. Het verweer van NMThree dat de accountant van Megahome geen waarde aan de aandelen toekende komt niet overeen met de inhoud van de mededelingen van de accountant, zodat het hof NMThree hierin niet volgt.

Het terugneemrecht

3.10. Mega Projecten B.V. (later "opgevolgd" door Megahome, zie 3.2) en EMS hebben op 29 maart 2001 en 13 december 2001 twee samenwerkingsovereenkomsten gesloten ten behoeve van de ontwikkeling van gronden in de gemeente Staphorst. Zij worden hierna afzonderlijke de eerste en de tweede overeenkomst genoemd.

3.11. Met het oog op de gezamenlijke ontwikkeling van de in die overeenkomsten genoemde gronden hebben Mega Projecten en EMS besloten gezamenlijk SO en SO2 op te richten. Uit die sa-

menwerkingsovereenkomsten blijkt dat de aandeelhouders gronden zullen inbrengen in SO en SO2 en dat zij voor die inbreng worden gecrediteerd voor de koopsom. Verder is daarin over het uitnemen van bouwrijpe gronden het volgende overeengekomen.

3.11.1. In artikel 11 van de tweede overeenkomst staat: "De netto uit te geven gronden zullen aan MEGA en EMS worden uitgegeven naar rato van de deelneming in het aandelenkapitaal van de vennootschap." In artikel 11 (eerste overeenkomst) is bepaald dat de uit te geven gronden zullen worden uitgegeven aan Mega Projecten en EMS, zijnde de (toenmalige) aandeelhouders van SO en SO2, in de verhouding als bepaald in lid 5. In lid (bedoeld is: artikel) 5 van de eerste overeenkomst is onder meer vermeld welke percentages van de aandelen in SO en SO2 de oprichters Mega Projecten en EMS krijgen of zullen krijgen).

3.11.2. In artikel 11 (eerste overeenkomst) en 12 (tweede overeenkomst) staat telkens dat na de bouwrijpe oplevering van de gronden "iedere partij de verplichting [heeft] haar aandeel van de vennootschap af te nemen".

3.11.3. In artikel 13 van de eerste overeenkomst en 12 van de tweede overeenkomst is telkens bepaald dat gronden *door de afnemer* kunnen worden verkocht aan derden, waaraan is toegevoegd dat als een partij een kavel wenst te verkopen zonder bouwclaim hij die eerst aan de andere partij moet aanbieden.

3.11.4. Ten slotte is in artikel 14 van de tweede overeenkomst en artikel 15 van de eerste overeenkomst bepaald dat verdeling van de uit te geven kavels "tussen partijen" plaatsvindt overeenkomstig genoemd artikel 10 (tweede overeenkomst) en 11 (eerste overeenkomst).

3.12. Uit deze bepalingen, in onderling verband bezien, blijkt dat het terugneemrecht alleen toekomt aan de aandeelhouders van SO en SO2 en dat derden geen rechten op uit te geven gronden hebben. NMThree heeft weliswaar aangevoerd dat ook derden gronden hebben uitgenomen "op instigatie van c.q. met medewerking en toestemming van de Directie" maar zij heeft dit verweer niet toegelicht of onderbouwd. Afgezien daarvan heeft NMThree niet aangevoerd dat die derden de gronden tegen kostprijs uitnamen. Ook kan, indien derden in voorkomend geval wel rechtstreeks afnemen, niet worden uitgesloten dat zij dit deden met instemming van de aandeelhouder aan wie het recht toekwam. NMThree heeft dit

¹ Grieven III en IV.

niet toegelicht. In ieder geval heeft NMThree onvoldoende onderbouwd dat derden een eigen uitneemrecht hadden, zoals door haar gesteld. Uit de door de gevoegde partijen in de memorie van antwoord geciteerde notulen van recente vergaderingen van de aandeelhouders in SO en SO2 blijkt bovendien dat dat tegen marktprijs geschiedt of dient te geschieden.

3.13. De curator heeft gesteld dat het terugneemrecht op 18 juli 2013 een aanzienlijke waarde vertegenwoordigde. Hij heeft dit onder meer onderbouwd door overlegging van een notitie van [naam9] van 8 november 2018 (bijlage 3 bij productie XXXV). [naam9] heeft in dat memo via vier verschillende manieren een beeld van de (werkelijke) waarde van de gronden geschetst. Uit de notitie blijkt allereerst dat de historische kostprijs van de – als agrarische grond gekochte – gronden onder de balanspost “voorraad” tussen € 7,43 en € 18,36 per m2 lag, dat de gronden voor die historische kostprijs op de balansen van SO en SO2 stonden en dat deze gronden gezien de planologische ontwikkelingen een veel hogere waarde vertegenwoordigden. Deze hogere waarde blijkt ook uit de in de notitie van [naam9] genoemde taxaties van een aantal percelen van Megahome zelf. Elk van de vier manieren tot bepaling van de werkelijke waarde van de aandelen in SO en SO2 leidt in die notitie tot de gemotiveerde conclusie dat die waarde (aanzienlijk) hoger was dan € 1.

3.14. De rechtbank heeft overwogen dat uit dit rapport van [naam9] (en uit een rapport van Bredewoud) blijkt dat de werkelijke waarde van de in SO en SO2 ingebrachte gronden veel hoger is dan de boekwaarde als vermeld in de jaarrekeningen 2012 van die vennootschappen en dat dus in die jaarrekeningen onvoldoende is rekening gehouden met de waarde van de door Megahome en EMS ingebrachte gronden.

3.15. NMThree heeft in grief IV aangevoerd dat geen sprake van stille reserves kon zijn omdat de opbrengst van de gronden voor SO en SO2 vast stond, zijnde de kostprijs (historische verkrijgingsprijs en toegerekende kosten van ontwikkeling). Het hof verwerpt dit bezwaar omdat het niet afdoet aan de conclusie van [naam9] dat de gronden ook meer waard waren dan genoemde opbrengst (in beginsel € 110 per m2). De curator heeft er verder (onweersproken) op gewezen dat de beide aandelenpakketten in een overeenkomst van 23 juli 2009 tussen onder meer Megahome

enerzijds en Nebo Vastgoed B.V. anderzijds, strekkende tot het verlenen van een stil pandrecht op aandelen, ieder op € 60 miljoen was bepaald. Dit vormt een verdere onderbouwing van zijn stelling dat de uitneemrechten een (aanzienlijke) waarde vertegenwoordigden.

3.16. Dat in de jaarrekeningen 2012 van SO en SO2 sprake was van een negatief eigen vermogen (SO -/- € 177.379 en SO2 -/- € 410.170) brengt het hof niet tot een ander oordeel omdat dat negatief vermogen het gevolg is van het waarden van de gronden op de beide balansen tegen historische kostprijs en de waarde van de aandelen “zit” in het terugneemrecht dat verbonden is aan het aandeelhouderschap van SO en SO2. Dat deze beide vennootschappen geen winstoogmerk hadden is evenmin van belang. Het is niet de winst(potentie) van SO en SO2 die de waarde van de aandelen bepaalt.

3.17. NMThree heeft op de zitting aangevoerd dat het terugneemrecht ten tijde van de verkoop van de aandelen op 18 juli 2013 geen waarde vertegenwoordigde omdat er geen markt was voor (bouw) kavels en de prijs van deze kavels lager was dan de aan SO of SO2 te betalen (minimum of vaste) prijs van 110 per m2. Dit is een nieuw, niet in de memorie van grieven vermeld betoog (artikel 347 lid 1 Rv). Wat daar ook van zij, NMThree heeft tegenover de betwisting door de curator, nagelaten dit verweer te onderbouwen. Bovendien heeft NMThree zelf op de zitting verklaard dat ook toekomstverwachtingen een rol spelen bij de waardebeoordeling van de aandelen. Dat was immers vooral de reden van het “veilig stellen” van beide aandelenpakketten.

3.18. Volgens NMThree speelt bij de waarde-perceptie in juli 2013 een rol dat de aandelen niet vrijelijk overdraagbaar waren. Dit gaat niet op. EMS heeft zich niet op de aanbiedingsplicht beroepen waardoor de aandelen vervolgens wel vrij overdraagbaar waren.

3.19. NMThree heeft aangevoerd dat de aandelen telkens, eerst – overeenkomstig de in de statuten van SO en SO2 opgenomen aanbiedingsplicht – voor € 1 zijn aangeboden aan EMS (in de persoon van [naam10]), dat deze daarin geen interesse toonde en dat daaruit blijkt dat de aandelen geen waarde hadden. De curator heeft echter betwist dat de aandelen aan EMS zijn aangeboden zodat dit niet vast staat. Deze stelling is door MNThree vervolgens ook niet onderbouwd. Bovendien volgt, zoals hiervoor is overwogen, uit het rapport

van [naam9] dat de aandelen juist wel een (aanzienlijke) waarde hadden.

Wetenschap van benadeling; faillissement (en tekort daarin)

3.20. Voor een geslaagd beroep op artikel 42 Fw moet ook vast komen te staan dat Megahome en NMThree ten tijde van de verkoop wisten of behoorden te weten dat het faillissement van Megahome en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel Megahome als NMThree zijnde degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte.²

3.21. Over de financiële situatie van Megahome per 18 juli 2013 staat het volgende vast.

3.21.1. Megahome en andere aan haar gerelateerde vennootschappen werden door Rabobank gefinancierd met een krediet van, in hoofdsom, € 125 miljoen. Megahome was hiervoor hoofdelijk aansprakelijk. Rabobank had dit krediet op 19 maart 2012 opgezegd. Eerder, op 16 oktober 2011, was Rabobank na beslaglegging op onroerende zaken van Megahome, een procedure begonnen tegen Megahome. Door de beslaglegging in 2011 kon Megahome over geen enkele grondpositie beschikken zonder de opbrengst integraal af te moeten staan aan Rabobank. Onvoldoende weersproken staat vast dat zij vrijwel geen verdien capaciteit meer had. In de door Rabobank aangespannen rechtszaak had op 30 mei 2013 pleidooi plaatsgevonden terwijl de looptijd van het bankkrediet op 15 april 2013 geëindigd was. Medio 2013 was er bij het krediet bij Rabobank sprake van een overstand van € 3,5 miljoen en een achterstand in de rentebetalingen van 3 miljoen.

3.21.2. Daarnaast had Vesteda op 27 mei 2011 een bedrag van ruim € 16 miljoen van onder meer Megahome (teruggevorderd). Volgens NMThree betrof dat een terugvordering van een betaald voorschot en bestond daarvoor geen enkele grond maar feit is dat Vesteda betaling van Megahome eiste en dat Vesteda onder meer Megahome had gedagvaard.

3.21.3. Verder had Nebo Vastgoed B.V. (een eveneens door [naam7] gecontroleerde vennootschap, hierna Nebo Vastgoed) diverse vorderingen op

Megahome ter zake van betaling van een koop-som en schadevergoeding. Bij brief van 24 juli 2012 had Nebo Vastgoed van NPB Beheer B.V., Megahome en Megahome.nl Grond B.V. schadevergoeding gevorderd die door Nebo Vastgoed werd geraamd op € 3,75 miljard. Daarnaast werd in die brief de onderlinge rekening-courant opge-eist op grond waarvan een vordering van € 10 miljoen bestond. De totale vordering van Nebo Vastgoed dient blijkens die brief nog te worden vermeerderd met alle indirecte schade die op 60% van de directe schade werd geraamd. Deze brief is voor akkoord ondertekend door [naam7] namens genoemde drie vennootschappen.

3.22. Megahome heeft bij de memorie van grieven een rapport van [naam11] en [naam12] (Sman Business Value) van 5 februari 2020 overgelegd. Megahome zou volgens dit rapport – na de rechtmatige beëindiging van de kredietrelatie met Rabobank – tegen marktconforme condities financierbaar zijn. De curator heeft er echter onweersproken op gewezen dat in dat rapport (althans de liquiditeitsprognose waarop dat rapport mede is gebaseerd) vanuit wordt gegaan dat Rabobank door zou financieren hetgeen niet strookt met de opzegging van het krediet door de Rabobank (zie onder 3.9). In het rapport is evenmin rekening gehouden met de miljardenclaim van Nebo Vastgoed genoemd onder 3.21.3. Bovendien heeft [naam7] (namens NMThree) op de zitting verklaard dat hij (als bestuurder van Megahome) daartoe weliswaar bezoeken had gebracht aan een tweetal andere “grootbanken” maar dat deze banken zijn verzoeken tot herfinanciering hadden afgezien. Hieruit blijkt (eveneens) dat Megahome niet herfinancierbaar was en (aldus) in liquiditeitsproblemen was komen te verkeren met dientengevolge een reëel gevaar van een faillietverklaring. NMThree heeft nog betoogd dat uit genoemd rapport van Sman blijkt dat de vastgoedportefeuille van Megahome Groep een (zeer) hoge waarde zou vertegenwoordigen, hetgeen de curator gemotiveerd heeft betwist. Het hof laat dit in het midden omdat die gestelde waarde er niet aan afdoet dat Megahome niet herfinancierbaar was. Dat in het (te verwachten) faillissement van Megahome een tekort viel te verwachten mag uit de omvang van de genoemde financiële problemen wel blijken.

3.23. NMThree heeft er nog op gewezen dat het na 18 juli 2013 meer dan drie jaar, tot 20 juli 2016, heeft geduurd totdat Megahome failliet ging zodat

2 HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493 («JOR» 2011/19, m.nt. Faber (ABN AMRO/Van Dooren q.q. III); red.).

reeds daarom niet gezegd kan worden dat een faillissement redelijkerwijs viel te voorzien. Daarbij heeft zij gewezen op de wettelijke termijn van één jaar in artikel 43 Fw en drie jaar in artikel 2:248 BW. Het hof ziet geen aanknopingspunten voor analogische toepassing van deze termijnen. Artikel 42 Fw geeft geen termijn en er zijn geen aanknopingspunten om die uit genoemde wetsartikelen af te leiden of analogisch toe te passen. Het kan bovendien van tal van feiten en omstandigheden – die los kunnen staan van de bestreden, paulianeuze rechtshandeling – afhangen welke termijn is gelegen tussen de paulianeuze rechtshandeling en het uiteindelijke faillissement. Dit tijdsverloop doet niet af aan de financiële situatie waarin Megahome zich ten tijde van de paulianeuze rechtshandeling bevond.

3.24. Dat deze wetenschap van benadeling zowel bij Megahome als bij NMThree aanwezig was volgt (ten slotte) uit het gegeven dat beide rechtspersonen bij de (ver)koop van de aandelen in SO en SO2 door [naam7] werden vertegenwoordigd.

4. De slotsom

4.1. Het hoger beroep faalt. De bestreden vonnissen zullen worden bekrachtigd.

4.2. Als de (overwegend) in het ongelijk te stellen partij zal het hof NMThree in de kosten van het hoger beroep veroordelen.

De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van de curator en aan de zijde van de gevoegde partijen (geïntimeerden 2 tot en met 9) zullen telkens worden vastgesteld op:

(...; red.)

4.3. Als niet weersproken zal het hof ook de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten van de curator, alsmede de nakosten van de gevoegde partijen, toewijzen zoals hierna vermeld.

5. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

5.1. bekrachtigt de vonnissen van de rechtbank Overijssel van 8 augustus 2018 (ECLI:NL:RBOVE:2018:3713) en van 31 juli 2019;

5.2. veroordeelt NMThree in de kosten van het hoger beroep (...; red.);

5.6. verklaart dit arrest ten aanzien van de (proces)kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Het faillissement van Twentse projectontwikkelaar Megahome.nl Beheer BV ("Megahome") heeft nu reeds een lange historie van omvangrijke juridische procedures. Het heeft geleid tot uitspraken rondom (i) de uitspraak van het faillissement (Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5665); (ii) onverschuldigde betaling in faillissement (Hof Arnhem-Leeuwarden 11 augustus 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:6276); (iii) actio pauliana (Rb. Overijssel 21 augustus 2019, «JOR» 2020/94, m.nt. Heems); (iv) rechtvaardiging van een ontbinding van een overeenkomst in faillissement (Hof Arnhem-Leeuwarden, 30 januari 2018, «JOR» 2018/110, m.nt Slaski) en (v) meerdere uitspraken bij de Ondernemingskamer (inzake tegenstrijdig belang en wanbeleid, Hof Amsterdam, 31 augustus 2017, «JOR» 2018/41, m.nt Leijten). Ook de Belastingdienst en de curator hebben (afzonderlijk) een onderzoek verricht naar de administraties van de gefailleerde ondernemingen en – verkort weergegeven – zich kritisch uitgelaten over de handelingen van de bestuurder, betrokken accountant en notaris.
2. In deze uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden draait het om de verkoop van twee – door Megahome gehouden – aandelenbelangen van 50% en 52,1% in resp. Staphorst Ontwikkeling BV ("SO") en Staphorst Ontwikkeling 2 BV ("SO2"). Megahome heeft samen met andere aandeelhouders gronden ingebracht in SO en SO2 waartegen Megahome vorderingen op beide vennootschappen kreeg. In 2013 – drie jaar voor faillissement – heeft Megahome haar aandelenbelangen in SO en SO2 verkocht voor € 1 aan Stichting NMThree (de "Stichting"). Het doel van de Stichting is "de instandhouding van het familiekapitaal van de familie van de (uiteindelijke) bestuurder van Megahome". De curator heeft de aandelentransacties ex art. 42 Fw vernietigd op grond van de actio pauliana. Na een zorgvuldige beoordeling van de vereisten van art. 42 Fw bepaalt het hof uiteindelijk dat aan alle vereisten van de actio pauliana is voldaan. In deze noot zal ik vooral stilstaan bij enkele procedurele aspecten alsmede de beoordeling van de actio pauliana.
3. Wat in deze uitspraak als eerste opvalt, is het grote aantal partijen dat zich als procespartij heeft gevoegd ex art. 217 Rv bij de eisende partij, de curator. De gevoegde partijen zijn SO, SO2

alsmede de (andere) aandeelhouders in SO en SO2. Voor voeging is voldoende – en vereist – dat de partij die zich wenst te voegen, belang heeft bij een tussen andere partijen aanhangig geding. Voor het aannemen van een zodanig belang is voldoende dat de partij die voeging vordert, nadelige gevolgen kan ondervinden van een uitkomst van de procedure die ongunstig is voor de partij aan wier zijde zij zich voegt. Onder nadelige gevolgen zijn in dit verband te verstaan de feitelijke of juridische gevolgen die de toe- dan wel afwijzing van de in die procedure ingestelde vordering of het gezag van gewijsde van in de uitspraak in die procedure gegeven eindbeslissingen zal kunnen hebben voor degene die de voeging vordert (zie HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1787). De precieze achtergrond van de voeging door de partijen wordt niet uit het arrest duidelijk, maar men kan een aantal redenen bedenken. Allereerst is het zo dat de medeaandeelhouders, door zich te voegen, geïnformeerd blijven over de stellingen tussen partijen en de stand van de procedure. Bovendien is het voor de ondernemingen en de aandeelhouders relevant om te weten wie nu uiteindelijk hun medeaandeelhouder is, de curator of de Stichting. Tot slot zal de rechtbank bij de beoordeling van het geschil eveneens de positie van de gevoegde partijen in de belangenafweging mee kunnen nemen. Vanuit procedureel oogpunt kan het voor derden die niet direct betrokken zijn bij een paulianaprocedure, een voordeel zijn om zich te voegen of in ieder geval een punt ter overweging.

3. Alvorens in te gaan op de elementen van de actio pauliana, blijkt uit het feitencomplex dat de gewraakte rechtshandelingen ruim drie jaren voor het faillissement hebben plaatsgevonden. De rechtsvermoedens uit art. 43 Fw of 45 Fw baten de curator dus niet, waardoor teruggevallen moet worden op de hoofdregels van art. 42 Fw zoals ook verder uitgewerkt in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Ter volledigheid merk ik op dat voor verjaring van de actio pauliana een termijn geldt van drie jaar (art. 3:52 lid 1 sub c BW), maar nu de actio pauliana slechts door de curator ingeroepen kan worden, zal de driejaarstermijn op zijn vroegst kunnen aanvangen met de faillietverklaring (zie hierover Wessels, *Insolventierecht III*, nr. 3142-3144, en Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, p. 354. Zie ook Hof Arnhem 5 december 2000, «JOR» 2001/99). In casu speelt verjaring geen rol.

4. Het hof stelt vast dat er sprake is van een onverplichte rechtshandeling die anders dan om niet heeft plaatsgevonden. Die vaststelling lijkt een ander standpunt te zijn dan de rechtbank heeft ingenomen. Bij de rechtbank is dit aspect wel ter sprake genomen, waarbij de rechtbank onder andere oordeelde dat “(...) de overdracht van de aandelen tegen een symbolische prijs moet worden aangemerkt als een rechtshandeling om niet.” Ingeval er sprake is van een transactie om niet, geldt de wetenschapsis aan de zijde van de wederpartij niet, hetgeen voor een curator een klein bewijsvoordeel kan hebben. De wetenschapsis van de wederpartij speelt wel een rol bij art. 42 lid 3 Fw dat aan het effect van vernietiging (voorwaardelijk) haar werking kan ontnemen, en een vorm van derdenbescherming biedt voor de wederpartij van de schuldenaar.

5. In r.o. 3.7 e.v. gaat het hof in op de vraag of de bestreden rechtshandeling tot benadeling van schuldeisers heeft geleid. Of in een concreet geval van benadeling sprake is, dient volgens HR 19 oktober 2001, «JOR» 2001/269, m.nt. Faber (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*) te worden beoordeeld door de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zonder de gewraakte rechtshandeling zouden hebben verkeer, te vergelijken met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die rechtshandeling onaangetaast blijft. Volgens vaste jurisprudentie moet de benadeling van schuldeisers aanwezig zijn op het tijdstip waarop de curator zijn rechten uit hoofde van de actio pauliana doet gelden. Het dragende argument van de curator van Megahome is dat de aandelen simpelweg voor een te lage waarde zijn verkocht. De curator onderbouwt dit onder andere met een rapport van een deskundige dat inderdaad bevestigt dat de aandelen een (veel) hogere waarde hebben. Tevens wordt relevant geacht dat verdere van Megahome op SO en SO2 vlak voor de levering zijn omgezet in agio en dat Megahome (net als de overige aandeelhouders) een terugneemrecht van ingebrachte gronden had, welke een aanzienlijke waarde vertegenwoordigde. Slotsom van het hof is dat de aandelenbelangen een hogere waarde dan € 1 hadden en dat daarmee de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers vaststaat.

6. Het hof gaat er daarna toe over om de wetenschap van benadeling te beoordelen. Daarvoor zijn de arresten HR 22 december 2009, «JOR» 2011/19, m.nt. Faber (*ABN AMRO/Van Dooren q.q.*

III) en HR 7 april 2017, «JOR» 2017/213, m.nt. Bergervoet (*Jongepier q.q./Drieakker*) leidend. Er is sprake van wetenschap van benadeling "indien ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte". Het hof onderzoekt de financiële situatie van Megahome ten tijde van de transactie. Onder verwijzing naar een eerdere paulianaprocedure, beslagleggingen en het feit dat er een miljardenclaim tegen Megahome lag, komt het hof tot de conclusie dat een faillissement met een tekort daarin te verwachten was. Nu beide partijen bij de transactie door dezelfde persoon werden vertegenwoordigd en Megahome en de Stichting gelieerde partijen zijn, is de wetenschap bij beide partijen een gegeven. Dat wetenschap van benadeling door het hof wordt vastgesteld is goed verdedigbaar, gelet op het feit dat de nodige vraagtekens gezet kunnen worden bij het dagelijkse bestuur van Megahome. Uit de vele uitspraken rond deze vennootschappen blijkt van talloze dubieuze rechtshandelingen tussen vennootschappen, welke niet allemaal goed geadmistreerd zijn. Dit wordt nogmaals bevestigd door twee recente uitspraken (Rb. Overijssel 23 maart 2022 ECLI:NL:ROVE:2022:774 en ECLI:NL:ROVE:2022:775), waarin de rechtbank onder andere oordeelt dat de bestuurder van Megahome onrechtmatig heeft gehandeld door selectieve betalingen uit te voeren (aan zichzelf). Dat neemt echter niet weg dat het hof uitgebreider had mogen motiveren dat een faillissement en een tekort daarin al in 2013 met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien. Zo wordt uit het arrest niet duidelijk wat er sinds de gewraakte transactie plaats heeft gevonden en hoe de financiële moeilijkheden zich sindsdien hebben ontwikkeld. Het feit dat er sprake is van financiële tegenslagen moet niet al te snel leiden tot aanname van wetenschap van benadeling, zodat een reddingspoging van een onderneming in moeilijkheden niet onmogelijk gemaakt wordt.

mr. E.J.R. Verwey
advocaat Clifford Chance LLP te Amsterdam

135

Faillissement werkgever aangevraagd, maar geen processuele gevolgen voor verzoeken werknemer

Rechtbank Noord-Holland zp Haarlem
21 december 2021, zaaknr. 9497963\AO VERZ
21-103, ECLI:NL:RBNHO:2021:11783
(mr. Scherpenhuijsen Rom)
Noot mr. E. Loesberg

Procedure tegen werkgever ter vernietiging van opzegging van de arbeidsovereenkomst, loondoorbetaling en tewerkstelling. Faillissement werkgever is op dag van mondelinge behandeling nog niet uitgesproken. Faillissementsaanvraag heeft geen processuele gevolgen voor verzoeken werknemer.

[Fw art. 25, 27-30; BW art. 7:628, 7:670b lid 1, 7:671]

Omdat het faillissement van verweerster op de dag van de mondelinge behandeling en daaropvolgend de sluiting van het partijdebat (weliswaar was aangevraagd, maar) nog niet was uitgesproken, zijn art. 25 en 27-29 Fw niet van toepassing en kan de kantonrechter in deze zaak uitspraak doen met rechtskracht tegenover de boedel (art. 30 Fw).

Van een rechtsgeldige opzegging is geen sprake geweest. In het whatsappbericht van A (bestuurder/aandeelhouder van verweerster) van 8 juli 2021 staat slechts dat A het bedrijf gaat verlaten en niet (ook) dat de arbeidsovereenkomst met eiser wordt opgezegd/beëindigd. Eiser had dit whatsappbericht dus niet als een opzegging van zijn arbeidsovereenkomst hoeven opvatten. Eiser heeft niet met een opzegging door verweerster ingestemd. Voor een opzegging met instemming van de werknemer is op grond van art. 7:671 lid 1 BW vereist dat de werknemer schriftelijk met de opzegging heeft ingestemd. Aan dat vereiste is in het geval van eiser niet voldaan. De arbeidsovereenkomst is ook niet met wederzijds goedvinden geëindigd. Ook hiervoor geldt het schriftelijkheidsvereiste (art. 7:670b lid 1 BW). Ook daaraan