

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 02, 2015

Nummer 2, 2015

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. H.J. de Kloe, mr. E. Ayerdem, mr. R.J.H. Berghuis, mr. J.O. Bijloo, mr. S.J. van den Boogert, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. G.P. van Hooft, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.I.J. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3299](#) 13-11-2015

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3239](#) 06-11-2015

Dekker q.q./Seypesteyn

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:8504](#) 10-11-2015

Betelgeuze

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:7948](#) 20-10-2015

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:7753](#) 13-10-2015

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:3641](#) 17-09-2015

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2014:1214](#) 08-04-2014

X/Rabobank

Rechtbank

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2015:6452](#) 11-11-2015

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:7272](#) 21-10-2015

Benfort van Valkenburg q.q./Parallel Groep

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:6849](#) 14-10-2015

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:ROBOVE:2015:4729](#) 07-10-2015

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:6457](#) 23-09-2015

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:7741](#) 18-09-2015

Verwelius/Nierman q.q.

Uitspraken zonder ECLI

- onbekend -

Riamo/Arch

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Benfort van Valkenburg q.q./Parallel Groep

'Extreme financing': verzamelpandconstructie ten behoeve van aandeelhoudersleningen terwijl groep reeds jaren verlieslatend is. Verpanding op basis van volmacht aan aandeelhouder levert samenspanning op.

Feiten

Het betreft een complexe casus met verschillende vennootschappen uit de EnergiQ Groep. De belangrijkste vragen die opkomen zien op de positie van de solvente aandeelhouder Parallel Groep die op de valreep van het faillissement van de EnergiQ Groep nog zekerheden en betalingen heeft verkregen. De Parallel Groep is enig aandeelhouder en bestuurder van EnergiQ Holding, op haar beurt enige aandeelhouder en bestuurder van EnergiQ Groep B.V., op haar beurt aandeelhouder van nog een zevental EnergiQ vennootschappen. Bestuurder van de Parallel Groep is de heer A. Sinds 2009 bankierde de EnergiQ Groep bij de ING, waarbij in de loop van 2009 en 2010 de EnergiQ vennootschappen hun bedrijfsuitrusting, voorraden en boekvorderingen aan ING verpand hebben. De vordering van ING blijft beperkt tot een bedrag van iets meer dan € 180.000.

Vanaf medio 2011 leent EnergiQ Groep B.V. € 350.000 en later nog eens € 250.000 van Parallel Groep, onder verpanding van debiteuren, voorraden en goederen, waarbij de zekerheden ondergeschikt zijn aan die van de ING. De jaarrekening over 2011 toont dat op geconsolideerd niveau in 2010 een verlies is geleden van ruim € 2,3 miljoen en in 2011 een verlies van ruim € 2.2 miljoen.

In maart 2012 treden vervolgens alle andere EnergiQ vennootschappen ook toe tot de lening verstrekt door Parallel Groep, waardoor alle EnergiQ vennootschappen hoofdelijk verbonden worden voor een schuld aan Parallel Groep van € 600.000, alle onder gehoudenheid zekerheden te verschaffen aan Parallelgroep, in rang na ING. De volgende stap is dat ook in maart 2012 de EnergiQ vennootschappen aan hun uiteindelijke aandeelhouder Parallel Groep een volmacht geven om namens de EnergiQ vennootschappen alle bestaande en toekomstige vorderingen en alle zaken aan zichzelf (Parallel Groep) te verpanden. Kort gezegd is er een

uitgebreide verzamelpandconstructie opgetuigd ten behoeve van de aandeelhouder op een moment dat de groep reeds geruime tijd verlieslatend is. Het betreft hier nog slechts de volmacht, zodat de pandrechten in maart 2012 nog niet tot stand komen.

Op 15 februari 2013 roept ING de EnergiQ Groep tot de orde en eist een duidelijke analyse van de levensvatbaarheid. Op 16 februari 2013 wordt aan ING nog een volmacht verschaft zodat de EnergiQ vennootschappen mee kunnen gaan in de verzamelpandconstructie van ING. Op 25 februari 2013 heeft de Parallelgroep vervolgens twee pandlijsten laten registreren namens de werkmaatschappijen van EnergiQ groep: pandlijst boekvordering en pandlijst inventaris en voorraden op basis van de leningsovereenkomsten met de verplichting tot verpanding van medio 2011 en van maart 2012. Op 14 maart 2013 worden vervolgens nog nadere pandlijsten geregistreerd. Op 27 februari 2013 doet de bestuurder A namens de EnergiQ vennootschappen een melding betalingsonmacht.

Tot maart 2013 waren alleen de werkmaatschappijen van de EnergiQ Groep (EnergiQ Groep B.V. en de vennootschappen daaronder) partij bij de lening van ING. Op enig moment voor 15 maart 2013 treedt EnergiQ Holding (de vennootschap onmiddellijk onder Parallel Groep) ook toe. ING draagt dan vervolgens haar gehele vordering van € 187.000 over aan Parallel Groep. Parallel Groep neemt ING daarmee uit. Parallel Groep krijgt daarmee in beginsel de vordering van ING met de daaraan verbonden zekerheden.

Bij brief van 15 maart 2013 heeft Parallel Groep vervolgens alle debiteuren van de EnergiQ vennootschappen mededeling gedaan van haar pandrecht en gemeld dat betalingen verricht moeten worden op een bankrekening van Parallel Groep.

Op 20 maart 2013 heeft A vervolgens aangifte gedaan van faillissement van de vennootschappen van de EnergiQ groep. Op 25 maart 2013 heeft de bestuurder A vervolgens nog een bedrag van € 186.000 overgemaakt van EnergiQ Groep B.V. naar Parallel Groep.

Vervolgens wordt op 25 maart 2013 door ING, niettegenstaande het feit dat zij haar vorderingen op de EnergiQ groep reeds heeft overgedragen, nog een verzamelpandakte van 22 maart 2013 geregistreerd ten gunste van ING.

Op 26 maart 2013 worden de EnergiQ vennootschappen failliet verklaard. Per datum faillissement bedroeg het saldo van de debiteurenportefeuille van de EnergiQ groep € 2.125.913. Op 28 maart 2013, dus na datum faillissement, zijn nog geregistreerd debiteurenlijsten van de zeven werkmaatschappijen ten gunste van Parallel Groep.

Vordering curator

De curator vordert kort gezegd:

1. vernietiging van alle verpandingen aan Parallel Groep, met name verpandingen van de vorderingen en de verpandingen van de inventaris en voorraden via de registraties op 25 februari 2013 en 14 maart 2013;
2. verklaring voor recht dat de pandakten van 28 maart 2013 na datum faillissement geen rechtsgeldig pandrecht opleveren;
3. verklaring voor recht dat voor zover Parallel Groep in de pandrechten van ING is getreden, dit slechts het openstaande bedrag van de vordering van ING dekt, namelijk € 187.000;
4. vernietiging van de rechtshandeling die ten grondslag heeft gelegen aan de betaling van € 186.000;
5. veroordeling tot het afleggen van rekening en verantwoording m.b.t. de inning debiteurenportefeuille alsmede veroordeling tot schadevergoeding wegens het frustreren van de debiteurenincasso.

Oordeel rechtbank

Ten aanzien van de pauliana gericht tegen de verpanding toetst de rechtbank deze aan artikel 47 Fw. Parallel Groep voerde nog als verweer dat de registratie van de pandlijsten niet te beschouwen is als een zelfstandige rechtshandeling, maar slechts geldt als 'een uitvoeringshandeling'. Hiermee sluit Parallel Groep aan bij het arrest HR *Van Leuven q.q./ING* (ECLI:NL:HR:2013:BY4134), waarbij het verstrekken van een volmacht werd gezien als een nadere uitvoeringshandeling. Het gevolg daarvan was echter niet, zoals Parallel Groep impliciet betoogt, dat een dergelijke uitvoeringshandeling geen *rechtshandeling* is. Het gevolg daarvan was dat de uitvoeringshandeling als noodzakelijke stap van een verder verplichte rechtshandeling ook zelf als een verplichte rechtshandeling werd beschouwd en getoetst werd aan het strenge artikel 47 Fw in plaats van het ruimere artikel 42 Fw. De rechtbank overweegt hier dan ook dat er sprake is van een rechtshandeling omdat de registratie noodzakelijk is voor het ontstaan van het pandrecht. De rechtbank concludeert dat de verpanding aan de aandeelhouder samenspanning in de zin van artikel 47 Fw oplevert. De rechtbank baseert dit o.m. op de zeer slechte positie van de EnergiQ groep en de omstandigheid dat A indirect bestuurder was van zowel de Parallel Groep als van de EnergiQ Groep en de melding betalingsonmacht.

De registratie van de pandlijsten na datum faillissement blijft uiteraard zonder effect. De registratie door ING na cessie van haar vordering blijft uiteraard ook zonder effect. Zo ook de

rechtbank.

Ten aanzien van de vraag of de betaling van de € 186.000 benadelend is, sluit de rechtbank aan bij de schuld van € 187.000 aan ING. Hierbij stelt de rechtbank de vraag of er sprake is van benadeling. Hiervoor zou bepalend zijn de vraag of ING wel of geen zekerheden had. De rechtbank laat Parallel Groep toe tot het leveren van het bewijs dat ING zekerheden had voor deze vordering.

Ten aanzien van de vordering wegens benadeling oordeelt de rechtbank dat er sprake is van onrechtmatig handelen. Nu de verschaffing van de pandrechten paulianeus is geweest, zijn de latere incassomaatregelen onrechtmatig doordat de incasso door de curator is gefrustreerd.

De zaak biedt een mooi voorbeeld van steeds extremere vormen van financiering, waarbij aandeelhouders niet met kapitaal en eigen vermogen financieren, maar met leningen. Bedacht dient te worden dat ons recht vooral ten aanzien van gesecureerde aandeelhoudersleningen een onvoldoende ontwikkeld normenkader biedt. Hier redt de curator het op grond van de pauliana van artikel 47 Fw, vooral omdat de werkelijke zekerheidsverschaffing zo kort voor faillissement plaatsvond. In veel andere jurisdicties zijn er heldere beperkingen aan leningen van aandeelhouders en *a fortiori* aan gesecureerde aandeelhoudersleningen. Zie voor een overzicht, *Nieuwe regels omtrent aandeelhoudersleningen: tussen afdwingbaarheid en onrechtmatigheid in* (De Weijs, 2014)

(http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2381969).

R.J. de Weijs

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 21-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:7272

Zaaknummer:

Rechters: J.K.J. van den Boom

Advocaten: mr. J.H.M. van de Wiel, E.M. van Zelm en J. Witvoet

Wetsartikelen: 47 Fw

RECHTSPRAAK

Artikel 2:203 lid 3 BW bepaalt met zoveel woorden dat aansprakelijkheid van de bestuurders wegens bekrachtiging rechtshandelingen vennootschap in oprichting op andere gronden niet is uitgesloten. Blijkens de wetsgeschiedenis kan deze gebaseerd zijn op onbehoorlijk bestuur (art. 2:9 BW en art. 2:248 BW) of op onrechtmatige daad, terwijl er ook aansprakelijkheid kan zijn op grond van artikel 2:180 lid 2 BW. Oprichtingshandeling is geen daad van beleid van de vennootschap.

Op 14 mei 2008 hebben appellanten Infratechniek Groningen B.V. ingeschreven in het handelsregister als vennootschap in oprichting. Appellanten zijn daarbij als bestuurders geregistreerd. Een half jaar na haar oprichting is Infratechniek B.V. op 24 februari 2009 failliet verklaard met aanstelling van geïntimeerde als curator.

De curator heeft in eerste aanleg veroordeling van appellanten tot betaling van het gehele boedeltekort in het faillissement van Infratechniek B.V. gevorderd. Hieraan heeft de curator ten grondslag gelegd dat de oprichting van Infratechniek B.V. en de daarop volgende bekrachtigingshandelingen (art. 2:203 BW) getuigen van onbehoorlijk bestuur nu die onderneming geen bestaansrecht had, welke daden een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement. Appellanten zijn daarvoor als formeel bestuurder en als medebeleidsbepaler aansprakelijk, aldus de curator.

De rechtbank heeft de vordering van de curator toegewezen wegens onbehoorlijke taakvervulling door appellanten, welk handelen heeft geleid tot het faillissement (art. 2:248 BW).

Het hof overweegt dat een besloten vennootschap na haar oprichting uitdrukkelijk of stilzwijgend tot bekrachtiging kan overgaan (art. 2:203 BW). Het namens de opgerichte vennootschap bekrachtigen van een rechtshandeling, is zelf een rechtshandeling die valt binnen de taak van het bestuur van de vennootschap. Artikel 2:203 lid 3 BW bepaalt met zoveel woorden dat aansprakelijkheid van de bestuurders wegens bekrachtiging op andere gronden

niet is uitgesloten. Blijkens de wetsgeschiedenis kan deze gebaseerd zijn op onbehoorlijk bestuur (art. 2:9 BW en art. 2:248 BW) of op onrechtmatige daad, terwijl er ook aansprakelijkheid kan zijn op grond van artikel 2:180 lid 2 BW.

Ten aanzien van de stelling van de curator dat geen redelijk denkend bestuurder tot bekrachtiging van de rechtshandelingen van de vennootschap in oprichting zou zijn overgegaan, overweegt het hof dat in het licht van de vaststaande feiten niet anders kan worden geconcludeerd dan dat Infratechniek B.V. ten tijde van de oprichting en bekrachtiging geen middelen van bestaan had en geen enkel reëel uitzicht daarop. Door de bekrachtigingshandeling werd Infratechniek B.V. schuldenaar van de voordien door haar oprichter aangegane (omvangrijke) schulden, zoals de loonvorderingen vanaf de start tot aan de oprichting. Een deel van het personeel had al maanden geen loon ontvangen. Het was evident dat de vennootschap niet in staat was die schulden te voldoen. Onder de geschetste omstandigheden was geen redelijk bestuurder tot de bekrachtiging overgegaan. Het is voorts aannemelijk dat de bekrachtiging aldus een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Het mag zo zijn dat wellicht ook andere oorzaken nog aan het faillissement hebben bijgedragen, maar dit doet niet af aan vorenstaande conclusie, aldus het hof.

Het hof concludeert dat de curator onvoldoende heeft gesteld voor medeaansprakelijkheid van appellant 2 op de grondslag van artikel 2:248 lid 7 BW. Appellant 2 was de enige deelnemer aan de oprichtingshandeling. Dit is geen daad van beleid van die vennootschap. Het hof is van oordeel dat appellant 2 door de curator op de voet van artikel 2:248 lid 7 BW enkel kan worden aangesproken voor zijn optreden en handelen ná de oprichting van de vennootschap.

Marco Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 20-10-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:7948

Zaaknummer: 200.135.239/01

Rechters: I. Tubben, L. Janse en R.A. van der Pol

Advocaten: R.G. Holtz en S. Zoer

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:180 lid 2 BW, 2:203 lid 3 BW, 2:248 lid 1 BW, 2:248 lid 2 BW en 2:248 lid 7 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid: Beklamefnorm. Niet gesteld of gebleken is dat gedaagde bij het sluiten van de overeenkomst wist of heeft moeten begrijpen dat een bank een noodzakelijke financiering waarschijnlijk niet zou verstrekken en ook niet dat hij toen al heeft moeten begrijpen dat eventuele inspanningen gericht op het verwerven van kapitaal van een branchegenoot een kleine kans van slagen hadden. Geen causaal verband nu de wederpartij bij afwezigheid van de overeenkomst minder zou hebben ontvangen dan nu het geval is.

HGF III, eiseres, verhuurde bedrijfsruimten aan een tweetal bedrijven waarvan gedaagde als statutair bestuurder van Holding indirect bestuurder was. Ten aanzien van Bedrijf 3 is jegens HGF III een huurachterstand ontstaan ter grootte van € 647.336,22. Gedaagde heeft met HGF III onderhandeld over een minnelijke oplossing met betrekking tot deze huurachterstand. Die onderhandelingen hebben geleid tot een vaststellingsovereenkomst welke door gedaagde namens de Holding en de twee ondergelegen bedrijven in februari 2014 is ondertekend. Krachtens die overeenkomst werd een afbetalingsregeling tussen HGF III en Bedrijf 3 getroffen, werd overeengekomen dat Bedrijf 2 de door haar verschuldigde huur van € 80.000 bij wijze van betalingsregeling in 60 maandelijkse termijnen zou voldoen, en zou een vijfde van de aandelen die Holding hield in Bedrijf 2 aan HGF III worden verpand.

Nadat de huurschuld door Bedrijf 3 is afgelost zijn de activiteiten van dit bedrijf gestaakt. Op aanvraag van gedaagde is Bedrijf 2 op 1 juli 2014 failliet verklaard. De curator heeft de activa verkocht aan het door gedaagde in juni 2014 opgerichte Bedrijf 4, met welke vennootschap gedaagde een doorstart van Bedrijf 2 heeft gemaakt. Holding heeft uiteindelijk niet voldaan aan haar verplichting om een pandrecht ten gunste van HGF III te doen vestigen.

In rechte vordert HGF III onder meer betaling door gedaagde van het bedrag dat Bedrijf 2 op grond van de vaststellingsovereenkomst gehouden was aan huurtermijnen te betalen. Aan haar vordering legt HGF III ten grondslag dat gedaagde bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst onrechtmatig tegenover HGF III heeft gehandeld en dat hem

daarvan persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken. Naar HGF III stelt, heeft gedaagde daarbij gehandeld met een vooropgezet plan door, kort gezegd, HGF III met het voorwenden van de kredietwaardigheid van Bedrijf 2 om de tuin te leiden. Daarnaast heeft HGF III gesteld dat gedaagde in ieder geval wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat Bedrijf 2 niet aan zijn verplichtingen op grond van de vaststellingsovereenkomst zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die HGF III als gevolg daarvan zou lijden.

Dit betoog kan naar het oordeel van de rechtbank niet slagen. De stelling dat gedaagde al bij het afsluiten van de vaststellingsovereenkomst van plan is geweest Bedrijf 2 failliet te laten gaan, moet worden verworpen. Naar het oordeel van de rechtbank moet gedaagde op dat moment wel hebben geweten dat Bedrijf 2 een kapitaalinjectie nodig had om niet failliet te gaan. Niet gesteld of gebleken is echter dat gedaagde toen al wist of heeft moeten begrijpen dat een bank Bedrijf 2 waarschijnlijk geen financiering zou verstrekken en ook niet dat hij toen al heeft moeten begrijpen dat eventuele inspanningen gericht op het verwerven van kapitaal van een branchegenoot een kleine kans van slagen hadden. Onder deze omstandigheden treft gedaagde geen ernstig verwijt van het namens Bedrijf 2 sluiten van de vaststellingsovereenkomst. Ten overvloede merkt de rechtbank op dat het causaal verband tussen het handelen van gedaagde en de schade van HGF III ontbreekt, nu HGF III bij afwezigheid van de vaststellingsovereenkomst minder zou hebben ontvangen dan nu het geval is.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 14-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:6849

Zaaknummer: C/16/385720 / HA ZA 15-150

Rechters: J.K.J. van den Boom

Advocaten: B.S. Friedberg en R.V. de Lauwere

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid: Beklamelnorm. Verkoop aandelen in recreatievennootschap. Namens verkoper is door gedaagden een garantie afgegeven. Naar het oordeel van het hof kan de (indirect) bestuurders van hun handelwijze geen persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt.

Deze zaak met betrekking tot aandelenverkoop gaat in de kern om het volgende. Bij leveringsakte van 7 februari 2006 heeft appellant, de vennootschap King's Home, het volledige aandelenkapitaal van Hoge Veluwe Holding B.V. gekocht van geïntimeerde 1, een rechtspersoon. De verkoper werd daarbij vertegenwoordigd door overige geïntimeerden als (middellijk) bestuurders. De verkoper heeft de garantie afgegeven dat de zich thans op het terrein bevindende stacaravans met instemming van de gemeente Arnhem zijn geplaatst en verdere plaatsing van dit type stacaravan is toegestaan. Later blijkt dat plaatsing van de met de garantie bedoelde L-vormige stacaravans niet langer door de gemeente is toegestaan. King's Home spreekt op grond van de garantiebepaling de verkoper en diens (middellijke) bestuurders aan.

Het hof overweegt dat de verkoper jegens King's Home toerekenbaar is tekortgeschoten doordat in strijd met de afgegeven garantie van overheidswege geen L-vormige stacaravans waren (zijn) toegestaan. Ten aanzien van de als gevolg daarvan door King's Home geleden schade oordeelt het hof het wenselijk dat partijen zich daarover ter comparitie nader uitlaten. Naar het oordeel van het hof kan de (indirect) bestuurders van hun handelwijze geen persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt. King's Home heeft, hoewel dat op haar weg lag, haar stelling dat de (indirect) bestuurders zich ervan bewust waren, althans zich ervan bewust hadden moeten zijn dat de verkoper zijn verplichtingen op grond van de aangegane garanties niet zou nakomen, ten aanzien van deze specifieke aspecten van wetenschap niet gesubstantieerd en evenmin daarop toegespitst bewijs aangeboden.

Marco Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 13-10-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:7753

Zaaknummer: 200.108.925

Rechters: A.W. Steeg, C.G. ter Veer en H.C. Frankena

Advocaten: A.P. Maes en A.A. van Bruggen

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Het behoort, naar het oordeel van de rechtbank, tot de taak van een behoorlijk bestuurder om, in een geval als het onderhavige, waarin de bestuurder zich niet meer in staat acht zelf leiding te geven aan de onderneming, ten minste enig onderzoek te doen naar de hoedanigheden, zakelijke achtergrond, financiële gegoedheid en persoonlijke integriteit van de (rechts)personen aan wie hij het (indirect) bestuur van zijn onderneming beoogt over te dragen. Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling nu in dit geval van enig serieus onderzoek naar de hoedanigheid van partijen met wie hij zaken ging doen en aan wie hij de leiding ging overdragen, niet is gebleken.

Beheer B.V. was tussen 2003 en 2013 enig bestuurder van A B.V. Gedaagde 1, natuurlijk persoon, was van november 2000 tot en met juni 2013 bestuurder van Beheer en als zodanig vanaf mei 2003 tot en met juni 2013 indirect bestuurder van A B.V. Middels een aandelentransactie ter waarde van € 1 heeft Installatiegroep B.V. op 16 oktober 2012 51% van de aandelen van Beheer in A B.V. overgenomen. Per juni 2013 heeft gedaagde 1 zijn aandelen in Beheer aan Wescor B.V. overgedragen. Hiervoor heeft Wescor € 1 betaald. A B.V. is op 9 oktober 2013 failliet verklaard met aanstelling van eiser als curator. Beheer is op 22 januari 2014 eveneens failliet verklaard.

De curator vordert in deze procedure veroordeling van het bestuur van A B.V. wegens kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, stellende dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement van A B.V. is geweest (art. 2:248 lid 1 en 2 jo. 2:10 BW)

Naar het oordeel van de rechtbank is onvoldoende aannemelijk geworden dat de administratie van A B.V. zoals deze door gedaagde 1, althans onder zijn verantwoordelijkheid, werd bijgehouden zodanig gebrekkig was dat hem hiervan rechtens een verwijt gemaakt kan worden (art. 2:10 BW).

De curator heeft daarnaast gesteld dat gedaagde 1 zijn taak als bestuurder ook anderszins onbehoorlijk heeft vervuld door toe te laten dat A B.V. in handen is gekomen van malafide partijen die zich hebben schuldig gemaakt aan het onttrekken van activa aan de vennootschap. Het behoort, naar het oordeel van de rechtbank, tot de taak van een behoorlijk bestuurder om, in een geval als het onderhavige, waarin de bestuurder zich niet meer in staat acht zelf leiding te geven aan de onderneming, ten minste enig onderzoek te doen naar de hoedanigheden, zakelijke achtergrond, financiële gegoedheid en persoonlijke integriteit van de (rechts)personen aan wie hij het (indirect) bestuur van zijn onderneming beoogt over te dragen. Daarnaast ligt het op de weg van de bestuurder om, in het geval van een zodanig ingrijpend besluit, enig overleg te plegen met terzake deskundigen en medebetrokkenen, zoals medeaandeelhouders.

In dit geval is van enig serieus onderzoek door gedaagde 1 naar de hoedanigheid van de partijen met wie hij zaken ging doen en aan wie hij de leiding over A B.V. toevertrouwde niet gebleken. De rechtbank is van oordeel dat het handelen van gedaagde 1 om die reden als onbehoorlijke taakvervulling moet worden aangemerkt. Dit een en ander heeft daarnaast geleid tot een situatie waarin een opvolgend bestuurder de kans kreeg activa te onvreemden waardoor A B.V. terecht kwam in een positie waarin faillissement onontkoombaar was.

De rechtbank ziet geen reden het verzoek tot matiging (art. 2:248 lid 4 BW) te honoreren, nu de onbehoorlijke taakvervulling van gedaagde 1 naar het oordeel van de rechtbank in wezen bestaat in de onverantwoordelijke wijze waarop hij heeft toegelaten dat een onvoldoende gescreende opvolgend bestuurder het roer bij A B.V. heeft overgenomen zoals hiervoor uiteengezet.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 07-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2015:4729

Zaaknummer: C/o8/164000/HAZA 14-543 en C/o8/175173/HAZA 15-418

Rechters: J.M. van den Wall Bake

Advocaten: H.J.M. van Denderen en A. Hurenkamp

Wetsartikelen: 2:248 lid 1 BW, 2:248 lid 2 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Persoonlijke aansprakelijkheid bestuurder. Niet kan worden geconcludeerd dat gedaagde als bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt van de wanprestatie van de vennootschap uit de vermogensbeheerovereenkomst. Niet gebleken is dat gedaagde enig persoonlijk belang of persoonlijk financieel voordeel bij het door de vennootschap gevoegde beleggingsbeleid had.

Gedaagde is gedurende tien jaren al dan niet indirect via een holdingmaatschappij de bestuurder geweest van Attica Vermogensbeheer B.V. Attica is op 7 augustus 2012 gefailleerd. Eiseressen hebben met Attica vermogensbeheerovereenkomsten gesloten. Daarin is ten aanzien van eiseressen telkens een (defensief) beleggingsprofiel met gespreid risico neergelegd. Attica is in de loop der tijd echter een beleggingsbeleid gaan voeren waarbij zij het vermogen van eiseressen gezamenlijk (nagenoeg) geheel is gaan beleggen in hedge funds. Dat vermogen is gaandeweg verdampt.

In conventie hebben eiseressen onder meer veroordeling van gedaagde tot vergoeding van door hen geleden schade gevorderd. Zij hebben daartoe aangevoerd dat sprake is van onrechtmatig handelen nu de met Attica gesloten vermogensbeheerovereenkomsten geen grondslag boden om nagenoeg het gehele gezamenlijke vermogen van eiseressen te beleggen in hedge funds. Nu gedaagde als voormalig bestuurder eiseressen onvolledig en onjuist heeft geïnformeerd omtrent de risico's van het door Attica gevoerde beleggingsbeleid, heeft gedaagde jegens eiseressen (tevens) persoonlijk onrechtmatig gehandeld. Zij wijzen daartoe op het *Spaanse Villa*-arrest van de Hoge Raad van 23 november 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BX5881).

De rechtbank stelt voorop dat de verwijten die eiseressen gedaagde maken steeds een tekortschieten of onbehoorlijke taakvervulling van gedaagde als bestuurder betreffen, zodat van een situatie als bedoeld in het *Spaanse Villa*-arrest geen sprake is.

De rechtbank overweegt dat voor persoonlijke aansprakelijkheid van gedaagde als bestuurder is vereist dat hem ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden

gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat gedaagde wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van Attica tot gevolg zou hebben dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.

De rechtbank komt vervolgens tot het oordeel dat Attica haar verplichtingen uit de met eiseressen gesloten vermogensbeheerovereenkomsten (art. 7:400 BW) onvoldoende is nagekomen. Daarmee staat vast dat dat Attica bij de uitvoering van de aan haar verstrekte opdracht niet heeft gehandeld overeenkomstig hetgeen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vermogensbeheerder onder de gegeven omstandigheden mocht worden verwacht. Gelet hierop is sprake van toerekenbare tekortkoming van de zijde van Attica zodat zij aansprakelijk is voor de dientengevolge door eiseressen geleden schade.

Niet kan volgens de rechtbank worden geconcludeerd dat gedaagde als bestuurder hiervan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Uit de stukken en het verhandelde ter zitting komt een beeld naar voren van een naar achteraf is gebleken overmatig en ten onrechte vertrouwen van gedaagde in de juistheid van het gekozen beleid op basis van de door externe deskundigen verrichte onderzoeken en de passendheid daarvan voor de beleggingsportefeuilles van eiseressen. Dat blijkt ook uit het feit dat gedaagde in privé en voor familie en vrienden in dezelfde fondsen heeft geïnvesteerd. Niet gebleken is dat gedaagde enig persoonlijk belang of persoonlijk financieel voordeel bij dit door Attica gevoerde beleid had. Gelet op de buitengewone marktomstandigheden, te weten de financiële crisis, waarin het risico van langdurige illiquiditeit zich heeft geopenbaard, kan bovendien niet worden gesteld dat gedaagde wist of had behoren te begrijpen dat het door Attica gevoerde beleggingsbeleid tot schade bij eiseressen zou leiden.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 23-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:6457

Zaaknummer: C/13/546090/HA ZA 13-779

Rechters: S.P. Pompe, A.H.E. van der Pol en K.M. van Hassel

Advocaten: J.H. Lemstra en J. Bedaux

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Toepasselijkheid van de door de Hoge Raad gegeven nuancering op het uitgangspunt dat voorwaarden faillissement ex nunc worden getoetst. Als het faillissement reeds is ingetreden kan het niet in hoger beroep worden vernietigd op de enkele grond dat het vorderingsrecht van de aanvrager niet (langer) bestaat. Deze nuancering is beperkt tot het geval dat de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard nadat hij op de aanvraag tot faillietverklaring is gehoord en hij hiertegen vervolgens tijdig hoger beroep instelt (art. 8 lid 1 Fw). Die nuancering is echter niet op haar plaats in het geval dat de schuldenaar niet op de aanvraag is gehoord voordat hij in staat van faillissement is verklaard, en hij vervolgens daartegen tijdig verzet doet (art. 8 lid 2 Fw).

HSK is op 2 september 2014 op aanvraag van geïntimeerde bij verstek failliet verklaard. Hiertegen heeft HSK tijdig verzet ingesteld (art. 8 lid 2 Fw). HSK heeft zich daarbij onder meer op het standpunt gesteld dat zij in eerste instantie op onjuiste wijze, namelijk in strijd met het toepasselijke procesreglement, is opgeroepen. De rechtbank heeft het verzet op 11 september 2014 ongegrond verklaard.

Van deze beslissing is HSK in hoger beroep gekomen. HSK heeft haar stellingen daarbij aangevuld in die zin dat de rechtbank er ten onrechte aan voorbij is gegaan dat geïntimeerde als de verzoekende partij tot faillietverklaring, geen vordering op HSK meer heeft, zodat niet gezegd kan worden dat HSK verkeert in een toestand dat zij heeft opgehouden te betalen.

Het hof heeft HSK niet-ontvankelijk verklaard en het vonnis in de verzetprocedure bekrachtigd. Kort samengevat heeft het hof allereerst geoordeeld dat HSK destijds op rechtsgeldige wijze is opgeroepen. Vervolgens is het hof voor de vraag of de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, uitgegaan van een toetsing ex nunc. Het hof heeft daarbij gewezen op een nuancering die de Hoge Raad op dat uitgangspunt heeft aanvaard en in algemene zin overwogen dat, als het faillissement bevoegdlijk is uitgesproken, het in hoger beroep niet kan worden vernietigd op de grond dat de vordering

van de aanvrager inmiddels is voldaan (HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY6204).

HSK is van dit arrest in cassatie gekomen. De Hoge Raad heeft het bestreden hofarrest vernietigd. Hij heeft daartoe overwogen dat, anders dan het hof had geoordeeld, die nuancering is beperkt tot het geval dat de schuldenaar op de aanvraag tot faillietverklaring is gehoord en tegen zijn faillietverklaring op de voet van artikel 8 lid 1 Fw (tijdig) hoger beroep instelt. Die nuancering is echter niet op haar plaats in het geval dat de schuldenaar niet op de aanvraag is gehoord voordat hij in staat van faillissement is verklaard, en hij vervolgens daartegen op de voet van artikel 8 lid 2 Fw (tijdig) verzet doet. Naar het oordeel van de Hoge Raad had het hof dan ook dienen te onderzoeken of de vordering van geïntimeerde nog bestond ten tijde van de uitspraak van de rechtbank op verzet.

Het verwijzingshof stelt vervolgens na onderzoek vast dat de vordering van geïntimeerde op HSK ten tijde van de beslissing op verzet niet meer bestond. Daaraan kan niet afdoen de stelling van geïntimeerde dat betaling door een derde en niet door (een vertegenwoordiger van) HSK heeft plaatsgevonden (vgl. art. 6:30 BW), noch dat zij ten aanzien van deze betaling zou hebben te vrezen voor een vordering uit onverschuldigde betaling nu deze betaling 'onder protest' heeft plaatsgevonden. Aldus is geïntimeerde de bevoegdheid ontnomen om het faillissement van HSK aan te vragen. Naar het oordeel van het hof behoeft de vraag of HSK in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen om die reden niet verder onderzocht te worden.

Marco Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 17-09-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:3641

Zaaknummer: HR 200.171.425-01

Rechters: A.P. Zweers-van Vollenhoven, L.Th.L.G. Pellis en J.H.Th. Veldman

Advocaten: H. Loonstein en A.J. Brink

Wetsartikelen: 1 Fw, 6 lid 3 Fw, 8 lid 2 Fw en 8 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Betelgeuze

Bestuurders zijn vooralsnog niet aansprakelijk voor het faillissementstekort op grond van artikel 2:248 BW. Weliswaar kan niet worden vastgesteld of de administratie aan de daaraan te stellen eisen voldoet, maar dit komt omdat de curator de administratie deels is kwijtgeraakt en komt derhalve voor zijn (bewijs)risico. Bij deponering van de jaarrekening ontbrak de accountantsverklaring. Deze was verplicht gelet op de in de jaarrekening genoemde netto-omzet en totale activa. Het bestuur zou op grond van de bewijsvermoedens van artikel 2:248 lid 2 BW aansprakelijk zijn wegens onbehoorlijk bestuur, maar slaagt erin het weerlegbare bewijsvermoeden dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement te ontzenuwen.

Inleiding

Betelgeuze B.V. is een fabrikant van kaasbereidingsinstallaties en is gefailleerd op 14 augustus 2006. De curator van Betelgeuze stelt in deze procedure de bestuurders en commissarissen van Betelgeuze aansprakelijk voor het faillissementstekort. De curator verwijt de bestuurders en commissarissen onder meer niet aan de boekhoudplicht als bedoeld in artikel 2:10 BW te hebben voldaan en de jaarrekeningen over 2003 en 2004 weliswaar tijdig, maar zonder accountsverklaring te hebben gedeponereerd. Het gerechtshof wijdt in dit tussenvonnis enkele interessante overwegingen aan (1) de vraag welke eisen uit artikel 2:10 BW voortvloeien voor de administratie van Betelgeuze, (2) de gevolgen van de bewijslastverdeling met betrekking tot artikel 2:248 jo. 2:10 BW indien een deel van de administratie ontbreekt en (3) het begrip 'netto-omzet' in de zin van artikel 2:377 lid 6 BW.

Feiten

Betelgeuze is in 2001 ontstaan na afsplitsing van TetraPak. Betelgeuze ontwerpt en vervaardigt

kaasbereidingsinstallaties voornamelijk voor en via Tetrapak en incidenteel voor derden. De vervaardiging van de installaties gebeurt enkel in opdracht en is maatwerk. Betelgeuze werkt daarom projectmatig. Op 1 augustus 2006 heeft de huisbank het bestaande krediet opgezegd. Op 8 augustus 2006 is voorlopige surseance van betaling aan Betelgeuze verleend die op 14 augustus 2006 is omgezet in faillissement. De curator heeft vervolgens de activa van Betelgeuze verkocht aan Tetrapak en onder meer de fysieke projectmappen aan Tetrapak ter beschikking gesteld. Deze projectmappen zijn op enig moment zoekgeraakt.

Het gerechtshof geeft eerst in r.o. 5.4 uitvoerig het relevante juridische kader weer voor de aansprakelijkheidsregeling van bestuurders en commissarissen op grond van artikel 2:248 BW en verwijst daarbij veelvuldig naar de relevante jurisprudentie. Vervolgens oordeelt het gerechtshof als volgt.

Eisen aan administratie ex artikel 2:10 BW

Het gerechtshof stelt voorop dat artikel 2:10 BW vereist dat de administratie moet worden gevoerd naar de eisen die voortvloeien uit de werkzaamheden van de rechtspersoon. De inrichting van de administratie hoeft dus niet voor iedere rechtspersoon aan dezelfde eisen te voldoen. Dit hangt mede af van de aard, opzet en organisatie van de onderneming van de rechtspersoon en zijn werkzaamheden. Het gerechtshof merkt op dat bij beantwoording van de vraag of de administratie aan de te stellen eisen voldoet ook andere elementen dan de debiteuren- en crediteurenpositie en stand van de liquiditeiten van belang zijn (vgl. HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2932).

Het gerechtshof stelt vervolgens de aard en omvang van de activiteiten van Betelgeuze vast. Betelgeuze hield zich bezig met machinebouw op projectbasis met ongeveer 100 internationale projecten per jaar waarbij sprake was van aanzienlijke inkoop en uitbesteding en lange looptijden van projecten. De omzet van Betelgeuze bedroeg gemiddeld € 10 miljoen per jaar en Betelgeuze had gemiddeld 47 medewerkers in dienst. Gelet op deze aard en omvang oordeelt het gerechtshof dat bij beantwoording van de vraag welke eisen artikel 2:10 BW stelt aan de administratie van Betelgeuze ook aan andere elementen belang toekomt dan (alleen) de debiteuren- en crediteurenpositie en liquiditeitspositie. Het gerechtshof noemt daarbij (1) de aanwezigheid van een intern risico-inventarisatie- en beheeringssysteem, (2) voor- en nacalculaties, (3) verwerking van het onderhanden werk in de administratie en (4) de jaarrekeningen en begroting.

Volgens de curator ontbraken de onderdelen (1) tot en met (3) in de administratie van Betelgeuze. Volgens de bestuurders en commissarissen bevonden deze delen van de administratie zich in de fysieke projectmappen die zijn zoekgeraakt.

Ontbreken deel administratie en bewijslast ingevolge artikel 2:248 BW

Het gerechtshof wijst erop dat de curator na uitspreken van het faillissement op grond van artikel 92 Fw gehouden is de bescheiden en gegevensdragers, kort gezegd de fysieke en digitale administratie, van gefailleerde onmiddellijk onder zich te nemen. Op grond van artikel 102 Fw dient volgens het gerechtshof de curator deze bescheiden onder zijn bewaring te houden, tenzij de rechter-commissaris een andere wijze van bewaring bepaalt. De curator heeft de fysieke projectmappen na faillissement veiliggesteld. De curator heeft deze fysieke projectmappen bij de doorstartende partij in bewaring gegeven in afwijking van artikel 92 jo. 102 Fw en zonder toestemming van de rechter-commissaris. De curator heeft niet bedongen dat de doorstartende partij de fysieke projectmappen op verzoek aan de curator ter beschikking moest stellen. De fysieke projectmappen zijn vervolgens zoekgeraakt.

Het gerechtshof oordeelt dat ingevolge artikel 150 Rv op de curator de bewijslast rust van zijn stelling dat de administratie van Betelgeuze niet voldoet aan daaraan ingevolge artikel 2:10 BW te stellen eisen. De curator beroept zich immers onder meer op het rechtsgevolg dat artikel 2:248 lid 2 BW verbindt aan het niet voldoen aan artikel 2:10 BW, namelijk het onweerlegbare vermoeden dat sprake is van onbehoorlijk bestuur en het weerlegbare vermoeden dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Aangezien de fysieke projectmappen zijn zoekgeraakt kan het gerechtshof niet oordelen of geen essentiële informatie aanwezig was in de fysieke projectmappen. Het had op de weg van de curator gelegen om te voorkomen dat de fysieke projectmappen zouden zoekraken. Voor omkering van de bewijslast is verder ook geen reden. Het komt daarom volgens het gerechtshof aan op de vraag of op basis van de resterende administratie kan worden beoordeeld of de door Betelgeuze gevoerde administratie voldoet aan de eisen van artikel 2:10 BW. Het gerechtshof legt deze vraag voor aan een deskundige.

'Netto-omzet' in de zin van artikel 2:377 lid 6 BW

Het gerechtshof stelt vast dat een accountantsverklaring ontbrak bij de jaarrekeningen over 2003 en 2004. Vervolgens beoordeelt het gerechtshof of Betelgeuze in deze jaren valt binnen de vrijstellingen voor 'kleine' rechtspersonen op grond van artikel 2:397 BW. Dergelijke 'kleine' rechtspersonen hoeven ingevolge artikel 2:396 lid 8 BW geen accountantsverklaring te deponeren. De vrijstelling voor 'kleine' rechtspersonen is van toepassing indien aan twee van de drie volgende eisen zijn voldaan op twee opeenvolgende balansdata zonder onderbreking: (1) de waarde van de activa bedraagt niet meer dan € 4.400.00, (2) de netto-omzet bedraagt niet meer dan € 8.800.000 en (3) het gemiddeld aantal werknemers over een boekjaar bedraagt minder dan 50.

Tussen partijen staat niet ter discussie dat de waarde van de activa in 2003 en 2004 meer dan

€ 4.400.000 bedroeg en dat Betelgeuze minder dan 50 werknemers in dienst had over het relevante boekjaar. Aan een van de drie vereisten was dus voldaan. Het komt derhalve aan op de vraag of de netto-omzet € 8.800.000 of meer bedroeg over 2003 en 2004. De curator stelt dat de netto-omzet van Betelgeuze in 2003 en 2004 meer dan € 8.800.000 bedroeg. De bestuurders en commissarissen verweren zich met de stelling dat de netto-omzet in 2003 minder was dan € 8.800.000. Ze merken op dat in de jaarrekening over 2003 het onderhanden werk van € 5.785.000 onderdeel uitmaakt van de netto-omzet, terwijl op grond van artikel 2:377 lid 7 (sic, dit moet zijn lid 3) BW het onderhanden werk geen onderdeel uitmaakt van de netto-omzet. Het gerechtshof oordeelt dat artikel 2:377 lid 2 BW de mogelijkheid geeft de baten en lasten functioneel te splitsen ingevolge artikel 2:377 lid 4 BW of categorisch ingevolge artikel 2:377 lid 3 BW. In het eerste geval maakt het onderhanden werk onderdeel uit van de netto-omzet en in het tweede geval niet. Het gerechtshof stelt vast dat in de jaarrekening over 2003 is gekozen voor een functionele splitsing, omdat het onderhanden werk onderdeel uitmaakt van de netto-omzet. In de jaarrekening over 2004 is echter gekozen voor een functionele splitsing, zoals ook blijkt uit de definitie van netto-omzet in deze jaarrekening. Vanaf 2004 was Betelgeuze derhalve een 'middelgrote' rechtspersoon en gold de verplichting tot openbaarmaking van de accountantsverklaring of het noemen van de reden waarom deze verklaring niet is afgelegd.

Het gerechtshof concludeert dat niet is voldaan aan de openbaarmakingsverplichtingen op grond van artikel 2:394 BW, zodat ingevolge artikel 2:248 lid 2 onbehoorlijk bestuur onweerlegbaar vaststaat en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Ontzenuwen weerlegbare vermoeden

Het gerechtshof beoordeelt vervolgens of de bestuurders het vermoeden dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement hebben ontzenuwd. Het bestuur noemt een aantal externe oorzaken en stelt zich op het standpunt dat door het zoekraken van de fysieke projectmappen de curator hun de mogelijkheid heeft ontnomen hun stellingen verder met stukken te onderbouwen. Het gerechtshof gaat hierin mee en oordeelt dat de stellingen van het bestuur in beginsel voldoende toereikend zijn aangezien de curator zijn bewaarplicht heeft verzaakt en de bestuurders hierdoor niet of in sterk verminderde mate kunnen voldoen aan hun verplichting tot onderbouwing en bewijs van hun verweer. De curator had zijn betwisting van de stelling van het bestuur beter moeten motiveren.

M.S. Breeman november 2015

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 10-11-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:8504

Zaaknummer: 200.141.949/01

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:10 BW, 2:394 BW, 2:377 lid 6 BW en 92 Fw

RECHTSPRAAK

Dekker q.q./Sypesteyn

Geen zekerheidsstelling voor proceskosten omdat wederpartij niet in het buitenland gevestigd is.

Curator Dekker is als zodanig aangesteld in het faillissement van Rondenborch Residential B.V. Op verzoek van de curator zijn SCPD Holding B.V. en Crescendo Investment Group III B.V. tevens failliet verklaard. Hun bestuurder en (indirect) aandeelhouder, Sypesteyn Holding B.V., is daartegen in verzet gekomen. De rechtbank heeft het verzet ongegrond verklaard en ook hoger beroep bij het hof heeft Sypesteyn niets opgeleverd. Sypesteyn heeft cassatieberoep ingesteld. In dit arrest oordeelt de Hoge Raad dat er geen grond is voor het verzoek van de curator tot zekerheidsstelling voor de proceskosten, omdat Sypesteyn woonplaats in Nederland heeft en niet in de Verenigde Arabische Emiraten, zoals de curator had gesteld. De zaak wordt voorts naar de rol verwezen.

A.L. Jonkers

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 06-11-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3239

Zaaknummer: 15/02823

Rechters: A.M.J. van Buchem-Spapens, V. van den Brink en M.V. Polak

Advocaten: A.C. van Schaik en J. van Weerden

RECHTSPRAAK

Verwelius/Nierman q.q.

Vorderingen omtrent huurbetaling na faillissement en ontruiming zijn correct tegen curator gericht (art. 25 Fw)

X en Y, natuurlijke personen, huurden een woning van Verwelius. Y is begin februari 2015 failliet verklaard. X en Y hebben in februari 2015 de huur opgezegd, per direct dan wel per 1 maart. Verwelius heeft, gezien de opzegtermijn, laten weten akkoord te gaan met huuropzegging per 30 april. In 2015 is geen huur betaald. Verwelius vordert in deze procedure een verklaring voor recht dat de overeenkomst is geëindigd, ontruiming, gedogen van ontruiming door de curator in het faillissement van Y, en betaling van de huurachterstand, met dien verstande dat van (de curator van) de failliete Y alleen de huurachterstand over maart en april gevorderd wordt.

De enige beslissing die voor het insolventierecht van belang is, is dat de rechtbank vaststelt dat de vorderingen die tegen Y en de curator van Y gericht zijn, vorderingen in de zin van artikel 25 Fw zijn. De vorderingen tegen X en de curator van Y worden grotendeels toegewezen.

A.L. Jonkers

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 18-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:7741

Zaaknummer: 4059626 CV EXPL 15-16819

Rechters: K.J. Bezuijen

Advocaten: Th.J. Wouters

Wetsartikelen: 25 Fw

RECHTSPRAAK

X/Rabobank

De bank heeft onder de aanwezige omstandigheden haar mededelingsplicht jegens de borg geschonden. Indien de borg aan kan tonen dat ze inderdaad in een verkeerde veronderstelling verkeerde ten aanzien van de borgtocht, slaagt haar beroep op dwaling (art. 6:228 lid 1 BW).

Appellante, een natuurlijke persoon, heeft zich jegens ABN Amro borg gesteld voor een rekening-courantkrediet van USD Participaties 3 B.V., waarvan haar zwager directeur en aandeelhouder is. Ze heeft zelf geen rol in deze vennootschap. Omdat USD tekortgeschoten is, heeft ABN de borg aangesproken. Appellante beroept zich echter op dwaling ten aanzien van het aangaan van de overeenkomst van borgtocht. Volgens haar heeft ze de borgtocht onder druk van haar zwager getekend bij haar zwager thuis en was ze er niet van op de hoogte dat ze wellicht voor een (groot) geldbedrag kon worden aangesproken.

Het hof begrijpt het relaas van appellante als een beroep op artikel 6:228 lid 1 sub b BW: op ABN zou een mededelingsplicht rusten en zij heeft deze verzaakt. Het hof is van oordeel dat, indien komt vast te staan dat appellante op geen enkele wijze door ABN is voorgelicht over de risico's die het aangaan van een borgtocht meebrengt, het risico op het kunnen bestaan van dwaling in de omstandigheden van het geval voor rekening van ABN AMRO dient te komen. Daarbij acht het hof relevant dat zij is overgehaald door haar zwager en zelf, als secretaresse, geen relevante kennis van dit soort risico's heeft. Hoewel in de parlementaire geschiedenis is overwogen dat een dergelijke preventieve inlichtingenplicht niet te snel mag worden aangenomen, vindt het hof dat hier onder deze omstandigheden wel op zijn plaats. Zoals het hof overweegt: 'De zorgplicht van een financiële instelling kan niet alleen ertoe strekken in het bijzonder te waarschuwen voor bepaalde risico's, maar kan in bijzondere gevallen ook ertoe strekken het risico op het kunnen bestaan van een onjuiste voorstelling van zaken bij de wederpartij over de omvang van een bepaald risico tegen te gaan.'

Het hof laat appellante toe te bewijzen dat ze in een verkeerde veronderstelling verkeerde.

A.L. Jonkers, november 2015

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 08-04-2014

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2014:1214

Zaaknummer: 200.119.775

Rechters: J.J. van der Helm, A.J.P. Schild en A.J.M.E. Arpeau

Advocaten: L. Hennink en D.K. Greveling

Wetsartikelen: 6:228 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Nadat ten laste van een rechtspersoon conservatoir beslag is gelegd op haar toebehorende vermogensbestanddelen, zijn deze in weerwil van dat beslag overgedragen. Voordat de vereiste eis in de hoofdzaak is ingesteld, is de rechtspersoon opgehouden te bestaan. In dat geval kan de beslaglegger de verkrijger dagvaarden.

De rechtbank te Moskou heeft de rechtspersoon naar Russisch recht A in staat van faillissement verklaard. Twee schuldeisers hebben vervolgens ten laste van A beslag gelegd op de door deze gehouden aandelen in het kapitaal van B. Nadat voormelde beslagen zijn gelegd, heeft de curator van A de aandelen in B verkocht en geleverd aan een derde partij. Nadat de rechtbank te Moskou heeft beslist dat het faillissement van A is geëindigd, stellen de twee schuldeisers hun eis in de hoofdzaak in tegen A; in die procedure wil de verkrijger van de aandelen tussenkomen.

Het hof is ervan uitgegaan dat A naar Russisch recht heeft opgehouden te bestaan. Dit heeft het hof aangemerkt als een rechtsgevolg van het Russische faillissementsrecht. Tegen die achtergrond beroept de verkrijger zich op rechtsgevolgen die door het faillissementsrecht van de Russische Federatie aan een faillissement worden verbonden, aldus het hof. Op grond van de arresten van 19 december 2008 (NJ 2009/456) en 13 september 2013 (NJ 2014/454) is dat niet toegestaan, omdat dit ertoe zou leiden dat onvoldane crediteuren – zoals de twee schuldeisers in onderhavige zaak – zich niet meer kunnen verhalen op in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen van A. Dit betekent dat A met het oog op (het verhaal voor) de onderhavige vorderingen van de twee schuldeisers geacht moest worden (nog) te bestaan.

De Hoge Raad overweegt echter dat op grond van artikel 10:118 BW jo. artikel 10:119, aanhef en onder e, BW de beëindiging van het bestaan van een corporatie – in dit geval de rechtspersoon A – wordt beheerst door het recht van de staat op het grondgebied waarvan die corporatie ingevolge de akte van oprichting haar zetel heeft en naar welk recht zij is opgericht. Dit is een regel van internationaal rechtspersonenrecht, niet van internationaal faillissementsrecht. Die regel geldt ook in het zich hier voordoende geval dat hier te lande verhaal wordt gezocht op

vermogensbestanddelen van een rechtspersoon die in de staat op het grondgebied waarvan hij ingevolge de akte van oprichting zijn zetel heeft en naar welks recht hij is opgericht, in staat van faillissement is verklaard en na de voltooiing van de afwikkeling van dat faillissement ingevolge het recht van die staat heeft opgehouden te bestaan. De hiervoor genoemde arresten zien niet op het invoeren hier te lande van de gevolgen die het buitenlandse rechtspersonenrecht verbindt aan de voltooiing van de afwikkeling van het faillissement van de rechtspersoon.

Hoewel het middel gegrond is, kan het uiteindelijk toch niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad overweegt dat de beslaglegger vanaf het moment dat de rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan, geen wederpartij meer heeft tegen wie hij de eis in de hoofdzaak kan instellen. Hierin wordt niet voorzien door artikel 2:23c BW, dat bepaalt dat de rechtspersoon herleeft indien de vereffening wordt heropend. Ook artikel 700 lid 3 Rv voorziet niet in het hier aan de orde zijnde geval. Het zou echter niet aanvaardbaar zijn indien de beslaglegger in dat geval, waarin uitgangspunt is dat hij nog onvoldane vorderingen heeft en dat hij deze kan verhalen op de beslagen goederen, niet de mogelijkheid heeft om zijn recht te vervolgen, enkel als gevolg van het feit dat de rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan.

Uiteindelijk overweegt de Hoge Raad dat de twee schuldeisers de eis in de hoofdzaak hadden moeten instellen tegen de verkrijger van de aandelen in B. Nu dit niet als zodanig uit de wet volgt en dit niet eerder is beslist, behoeften zij daarmee echter geen rekening te houden. Volgens de Hoge Raad moet aan hen daarom de gelegenheid worden gegeven om de verkrijger op de voet van artikel 118 Rv alsnog in het geding te roepen voor genoemd doel.

B. Hoyng, november 2015

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 13-11-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3299

Zaaknummer: 14/04305

Rechters: E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, T.H. den Tanja-van Broek en G. de Groot

Advocaten: R.S. Meijer en J. de Bie Leuveling Tjeenk

Wetsartikelen: 10:118 BW, 10:119 BW, 2:23c BW, 118 Rv en 700 lid 3 Rv

RECHTSPRAAK

Vordering artikel 2:180 lid 2 sub b BW (oud) komt niet toe aan curator; toepassing Peeters/Gatzen-vordering?

Drie jaren na oprichting faillieerde T.B. Exploitatie B.V., een onderneming handelend in tuinbouwmachines. Op 1 juni 2010, de datum van faillissement, was door de oprichters nog niet voldaan aan de verplichting tot volstorting van het aandelenkapitaal. Dit leidde vóór inwerkingtreding van de flex-bv tot hoofdelijke aansprakelijkheid voor elke rechtshandeling die het bestuur verrichtte, zolang nog niet voldaan was aan deze verplichting (zie art. 2:180 lid 2 sub b BW (oud)). Op grond van dit artikel stelt de curator van T.B. Exploitatie de bestuurders aansprakelijk voor het tekort in het faillissement.

De bestuurders verweren zich door te stellen dat het vorderingsrecht ex artikel 2:180 lid 2 sub b BW (oud) niet aan de curator toekomt, maar slechts aan individuele crediteuren waarmee de failliet rechtshandelingen heeft verricht. De rechtbank volgt dit verweer. De rechtbank oordeelt dat de vordering niet kan worden ingesteld door de vennootschap zelf: derhalve ontbeert ook de curator een vorderingsrecht. Dit is in lijn met voorgaande rechtspraak, waarin een algemene bevoegdheid van de curator om een vordering ex artikel 2:180 lid 2 sub b BW (oud) in te stellen zonder meer niet wordt aangenomen (zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 21 september 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BT2414 en HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4595)

De rechtbank gaat een stapje verder en buigt zich over de vraag of wellicht de Peeters-Gatzen vordering in dit geval toekomt aan de curator. In het Peeters/Gatzen-arrest (HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597) heeft de Hoge Raad aangenomen dat een curator bevoegd is om een derde, namens de gezamenlijke schuldeisers, aan te spreken op grond van onrechtmatige daad ook al komt deze vordering niet toe aan de vennootschap zelf.

De rechtbank oordeelt dat de curator in het onderhavige geval géén Peeters/Gatzen-vordering kan instellen. De motivering van de rechtbank is tweeledig: (1) de vordering vindt haar grondslag niet in een onrechtmatige daad jegens de gezamenlijke schuldeisers en (2) de vordering vloeit voort uit de wet en komt slechts een specifieke groep crediteuren toe. Ik begrijp het oordeel van de rechtbank zo, dat de curator de vordering uit artikel 2:180 lid 2 sub b BW (oud) óók niet kan instellen op grond van de Peeters/Gatzen-vordering.

De rechtbank gebruikt de aard van de vordering uit artikel 2:180 lid 2 sub b BW (oud) als motivering dat in het onderhavige geval geen ruimte is voor de Peeters/Gatzen-vordering. De rechtbank lijkt voorbij te gaan aan het feit dat de vordering uit artikel 2:180 lid 2 sub b BW (oud) en de Peeters/Gatzen-vordering twee losstaande vorderingen zijn. Derhalve dient de Peeters/Gatzen-vordering een zelfstandige beoordeling te krijgen, en kan deze vordering niet afgedaan worden met verwijzing naar de vordering ingesteld op grond van artikel 2:180 lid 2 sub b BW (oud). Om te bepalen of in het onderhavige geval ruimte is voor een Peeters/Gatzen-vordering zal de rechtbank zich dienen te buigen over de feitelijke vraag of het handelen van de bestuurders heeft geleid tot benadeling van de gezamenlijke schuldeisers.

B. Kentie

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 11-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2015:6452

Zaaknummer: C/01/292944 / HA ZA 15-299

Rechters: J.A. Bik

Advocaten: B. Kentie

RECHTSPRAAK

Riamo/Arch

Mede-aandeelhouder in failliete joint-venture wenst de tweede helft van de aandelen in de joint-venture over te nemen en doet hiertoe een beroep op een 'change of control'-bepaling uit de statuten van de joint-venture. De rechtbank ziet echter, gezien het faillissement van de joint-venture, niet in wat het gerechtvaardigde belang bij die vordering kan zijn.

Riamo Holdings GMBH en Arch Industries Holding B.V. namen samen deel aan de joint-venture Rotendo Invest B.V., dat houdstermaatschappij was van de aandelen in het kapitaal van een aantal Duitse werkmaatschappijen die communicatieapparatuur voor de auto-industrie en voor de consumentenmarkt ontwikkelden en verkochten. In de statuten van Rotendo is opgenomen dat in geval van 'change of control' aan de zijde van een van de aandeelhouders, de betreffende aandeelhouder de aandelen in Rotendo aan de andere aandeelhouder aan dient te bieden. In augustus 2014 is de (indirect) aandeelhouder van Arch overleden. In juli 2015 is Rotendo failliet verklaard. Riamo vordert dat Arch aan haar aanbiedingsplicht gehouden wordt.

De rechtbank wijst de vordering van Riamo af bij gebrek aan belang (art. 3:303 BW), kort gezegd omdat de rechtbank niet inziet welk gerechtvaardigd belang Riamo kan hebben bij het verwerven van de tweede helft van de aandelen in de failliete joint-venture. De curator van Rotendo heeft vastgesteld dat een doorstart of akkoord niet aan de orde is. De handelsnaam Rotendo kan Riamo ook nu al, zonder het hebben van 100% van de aandelen, van de curator verkrijgen als ze daar belang bij heeft. Riamo heeft voorts niet duidelijk gemaakt waarom zij de door haar beoogde productontwikkeling en acquisities niet via een nieuw op te richten vennootschap zou kunnen realiseren, en waarom zij daartoe de aan Arch toebehorende aandelen in het failliete en lege Rotendo zou moeten verwerven. Riamo lijkt er bij haar stellingen bovendien aan voorbij te gaan dat ook het vermogen dat Rotendo gedurende haar faillissement verkrijgt in de faillissementsboedel valt (art. 20 Faillissementswet), zodat niet valt in te zien welk belang Riamo heeft bij 'het vullen van de lege huls' zolang Rotendo in

faillissement verkeert.

A.L. Jonkers, november 2015

Datum uitspraak:

Zaaknummer: