

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 01, 2016

Nummer 1, 2016

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:2015:3717](#) 22-12-2015

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3636](#) 18-12-2015

Hoeksma q.q. / R.M. Trade B.V.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3487](#) 08-12-2015

[Hoge Raad, ECLI:NL:PHR:2015:2092](#) 09-10-2015

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:5409](#) 29-12-2015

Nirona / KSG

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:5333](#) 22-12-2015

Wave / ABN Amro

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:3531](#) 22-12-2015

Transavia / SGR

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:5311](#) 18-12-2015

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:9610](#) 15-12-2015

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:5141](#) 09-12-2015

Poorthuis c.s. q.q. / SNS

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:4867](#) 26-11-2015

X/EC Management

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:3400](#) 20-10-2015

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:8748](#) 15-10-2015

Exploitatie Maatschappij/Ontvanger

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:3033](#) 21-07-2015

Curator Whermo/Monitus Holding c.s.

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2015:5620](#) 09-12-2015

Curator IJk Totaal Onderhoud B.V. / X c.s.

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2015:7534](#) 27-11-2015

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:8601](#) 26-11-2015

Curator/Ontkroond.nl

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2015:6785](#) 25-11-2015

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:8110](#) 25-11-2015

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2015:7347](#) 16-11-2015

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:8957](#) 27-10-2015

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2015:5187](#) 14-10-2015

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2015:6967](#) 07-10-2015

ING / borg

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:9133](#) 18-09-2015

Gotthard Vastgoed/X

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:8840](#) 17-09-2015

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:2748](#) 29-04-2014

Uitspraken zonder ECLI

[Gerechtshof Amsterdam](#) 05-11-2015

Pelican Publishing c.s./Van Lanschot Bankiers c.s.

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Nirona / KSG

In dit feitelijke oordeel over bestuurdersaansprakelijkheid oordeelt het hof dat de bestuurders een partij die twee jaar voor faillissement nog een lening van een ton heeft verstrekt, niet onjuist hebben voorgelicht.

Nirona B.V. heeft in 2009 een lening van € 100.000 verstrekt aan International Fashion Factory (IFF). IFF is in 2011 gefailleerd en heeft de lening niet terugbetaald. Nirona spreekt de bestuurders aan omdat zij meent dat ze destijds in 2009 onjuist is voorgelicht over de stand van zaken bij IFF. Specifiek gaat het om twee posten in de jaarstukken van 2007-2008, die in 2009 besproken zijn. Het hof raakt er echter niet van overtuigd dat die posten onjuist zijn en ziet dan ook niet in dat bestuurders aan Nirona zodanig onjuiste informatie hebben gegeven en/of zodanige informatie hebben verzwegen betrekking hebbende op de financiële situatie van IFF, dat zij uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid en/of onrechtmatige daad door Nirona aansprakelijk kunnen worden gehouden.

A.L. Jonkers, januari 2015

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:5409

Zaaknummer: HD 200 130 113_01 en HD 200 131 656_01

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, J.R. Sijmonsma en Th.C.M. Hendriks-Jansen

Advocaten: J.H.M. Daniëls, M.J. Mookhram en N.E.N. te de Louwere Waale

RECHTSPRAAK

Een aanvraag tot herziening dient ingevolge art. 457 Sv lid 1 aanhef en sub c Sv een nauwkeurige beschrijving te behelzen van het in die bepaling bedoelde gegeven, dus zonder daartoe slechts te verwijzen naar bijgevoegde bescheiden inzake de administratie (art. 2:10 BW).

In de uitspraak waarvan hier herziening wordt gevraagd heeft het hof aanvrager, als (indirect) bestuurder van een aantal failliete vennootschappen, wegens het feitelijk leidinggeven aan het door de besturende vennootschap jegens de curator niet voldoen aan de administratieverplichting van art. 2:10 BW, veroordeeld tot een gevangenisstraf van zes maanden (art. 342 aanhef en onder 30 Sr).

Een namens de aanvrager eerder gedaan verzoek tot herziening op grond van artikel 457 lid 1 aanhef en sub c Sv is door de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2015:1445) afgewezen omdat niet was voldaan aan artikel 460 lid 2 Sv, dat voorschrijft dat de aanvraag tot herziening de gronden dient te vermelden waarop de aanvraag berust, met bijvoeging van de bescheiden waaruit van die gronden kan blijken.

In vervolg op dit arrest heeft de raadsman twee nieuwe herzieningsverzoeken ingediend en alsnog een CD-ROM, waarop namens de aanvrager een beroep wordt gedaan, aan de Hoge Raad doen toekomen. De Hoge Raad buigt zich in dit arrest over de aldus gepresenteerde administratieve gegevens.

De Hoge Raad stelt voorop dat het hier gaat om de verplichting van Stichting A, waarvan aanvrager de bestuurder was, als bestuurder van de gefailleerde vennootschappen B B.V. en C B.V. tot het ten behoeve van de curator in dat faillissement in ongeschonden staat tevoorschijn brengen van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers waaruit de rechten en verplichtingen van de die rechtspersonen kunnen worden gekend (art. 2:10 BW).

Het hof heeft geoordeeld dat de Stichting aan die verplichting niet heeft voldaan. Met de thans in het geding gebrachte CD-ROM beoogt de aanvrager dat oordeel aan te tasten. Deze CD-ROM bevat naar de Hoge Raad vaststelt echter niet meer dan een veelheid aan Word- en Excelbestanden waaruit zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet kan worden afgeleid dat

het hier gaat om een gegevensdrager waaruit de, zijnde alle, rechten en verplichtingen van de gefailleerde vennootschappen kunnen worden gekend.

Onder verwijzing naar zijn arrest van 10 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:269 wijst de Hoge Raad erop dat de aanvraag tot herziening ingevolge artikel 457 Sv lid 1 aanhef en sub c Sv een nauwkeurige beschrijving dient te behelzen van het in die bepaling bedoelde gegeven, dus zonder daartoe slechts te verwijzen naar bijgevoegde bescheiden. Nu daaraan niet is voldaan kan de Hoge Raad de gegrondheid van de aanvraag niet adequaat beoordelen en is de aanvraag niet-ontvankelijk. De tweede aanvraag acht de Hoge Raad ongegrond.

Marco Verdonk

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 22-12-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3717

Zaaknummer: 15/04280

Rechters: A.J.A. van Dorst, J.P. Balkema en J.W. IJssink

Advocaten: W.R. Jonk

Wetsartikelen: 457 Sv

RECHTSPRAAK

ING / borg

Hoewel sprake is van een particuliere borgtocht, gaat de zorgplicht van de bank volgens de rechtbank hier minder ver dan bij een 'zuiver persoonlijke borgtocht', omdat met de borgtocht een zakelijk motief gediend was. De rechtbank oordeelt dat ING haar zorgplicht niet geschonden heeft. De borg heeft zich uitgebreid kunnen verdiepen in de risico's nu hij op het moment van het doen van de investering waarvoor hij indirect borg staat, reeds vijf jaar werkzaam was bij de vennootschap waarin werd geïnvesteerd.

De gedaagde (hierna: de borg) staat jegens ING borg voor de schulden van Kaline Holding B.V. aan ING. De borg heeft in 2008 Kaline zelf opgericht om te participeren in SKM B.V., waarbij hij zelf sinds 2003 in dienst is. SKM is in 2012 failliet verklaard. De borg weigert echter ING te betalen onder de borgstelling, volgens hem omdat ING haar zorgplicht heeft geschonden.

De rechtbank overweegt ten aanzien van de zorgplicht allereerst dat de borg zich niet op schending van de zorgplicht door ING jegens Kaline kan beroepen omdat dit in de algemene voorwaarden van de borgstellingsovereenkomst is uitgesloten en dit niet door de borg is betwist.

Ten aanzien van een eventuele schending van de zorgplicht van ING jegens de borg zelf, overweegt de rechtbank allereerst dat, hoewel het gezien de tekst van de borgtocht om een particuliere borgtocht gaat, er sprake is van een borgtocht met een zakelijk motief, om welke reden de zorgplicht van ING minder ver gaat dan bij een zuiver persoonlijke borgtocht. Kort gezegd overweegt de rechtbank voorts dat, nu de borg al sinds 2003 werkzaam was bij SKG, hij zich tussen 2003 en 2008 uitgebreid heeft kunnen verdiepen in SKG. ING mocht ervan uitgaan dat de borg op de hoogte was van de financiële situatie van SKM toen hij de borgtochtsovereenkomst sloot. Er is geen sprake van schending van de zorgplicht door ING jegens de borg.

A.L. Jonkers, januari 2016

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 07-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2015:6967

Zaaknummer: C/02/294266 / HA ZA 15-75

Rechters: E.K. van der Lende-Mulder Smit

Advocaten: T.J.P. Jager en J.A. de Waard

RECHTSPRAAK

Wave / ABN Amro

Bank schendt onder de aanwezige omstandigheden haar zorgplicht jegens een zakelijke borg door niet tijdig mededeling aan de borg te doen van haar voornemen de hoofdschuldenaar in afwachting van een herstructurering, die uiteindelijk mislukt, nog niet op zijn verzuim aan te spreken. Onduidelijk is echter vooralsnog of de borg daar nadeel van heeft ondervonden.

Wave B.V. is een financiële holding. De DGA van Wave is in de jaren negentig betrokken geweest bij de oprichting van de Partner Logistics Group, waarvan S3&A Holding rond 2010 topholding was. Aan S3&A werd in juni 2010 door ABN Amro een rekening-courant faciliteit verstrekt van € 3 miljoen, met als einddatum 1 november 2010. Het krediet werd verleend ten behoeve van het verkrijgen door S3&A van de resterende certificaten van BrammBramm Beheer B.V., waarvan S3&A reeds deels aandeelhouder was. Wave B.V., hoewel niet (meer) betrokken bij de Partner Logistics Group, heeft zich borg gesteld voor die € 3 miljoen jegens (de rechtsvoorganger van) ABN. Telefonisch is besproken (en schriftelijk bevestigd) dat de bedoeling was dat de borgstelling slechts voor het kortlopende krediet zou gelden, en dat Wave zekerheid kreeg door de toezegging van ABN AMRO dat zij bij uitwinning in de pandrechten van ABN AMRO op 33,3% van de aandelen in S3&A Holding zou treden.

Het krediet is niet op de einddatum terugbetaald door S3&A. In 2012 is ABN nauw betrokken geweest bij de herstructurering van de Partner Logistics Group, waarvan twee werkmaatschappijen in juni 2012 uiteindelijk zijn gefailleerd. In september 2012 heeft ABN Wave aangesproken onder de borgtocht. Wave tracht onder de borgtocht uit te komen, onder andere door te stellen dat die slechts voor korte duur was aangegaan, en dat ABN haar zorgplicht heeft geschonden door Wave niet eerder aan te spreken. De rechtbank heeft Wave tot betaling veroordeeld.

Het hof ziet niets in het verweer van Wave dat de borgtocht slechts voor beperkte tijd is aangegaan. Dit punt is voorafgaand telefonisch besproken, en er is juist voor gekozen de borgtocht niet voor bepaalde tijd aan te gaan, hoewel voor een krediet met een beperkte

looptijd.

Het hof overweegt voorts dat het bij uitstek op de weg van Wave had gelegen om zich er na het verstrijken van de termijn van het kortlopend krediet van te vergewissen of het krediet naar behoren was afgewikkeld. ABN Amro was rechtens niet gehouden om na 1 november 2010 Wave te laten weten dat S3&A niet aan haar betalingsverplichtingen uit de kredietovereenkomst had voldaan. Echter, het hof leidt uit de vooraf gevoerde telefonische gesprekken af dat juist de korte duur van het krediet en de aard van de aan de borgstelling verbonden zekerheid op de aandelen voor Wave, omstandigheden waren die voor haar het risico van een borgtocht overzienbaar en acceptabel maakten. In dat verband had van ABN Amro verwacht kunnen worden dat zij Wave mededeling had gedaan van haar voornemen om S3&A in afwachting van een financiële herstructurering van de Partner Logistics groep nog niet op haar verzuim aan te spreken. Het is het hof echter niet duidelijk of Wave nadeel heeft ondervonden van het feit dat ze niet op de hoogte is gebracht. Het hof laat Wave toe tot bewijs hiervan.

A.L. Jonkers, januari 2016

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 22-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:5333

Zaaknummer: HD 200.164.619_01

Rechters: J.A.M. van Schaik-Veltman, H.A.G. Fikkers en M.E. Bruning

Advocaten: L.J. van Langevelde en B.W.G. van der Velden

RECHTSPRAAK

Transavia / SGR

SGR geeft garantie voor betaling van terugvluchten aan Transavia na faillissement OAD. Partijen twisten over de vraag of Transavia onder de garantieovereenkomst volledige betaling van SGR kan vorderen, of dat door OAD destijds gedane vooruitbetalingen op de rekening in mindering moeten worden gebracht. Het hof komt via uitleg van de overeenkomst tot het oordeel dat Transavia volledige betaling kan verlangen van SGR.

Tussen Transavia en Oad bestond een raamovereenkomst op grond waarvan Transavia luchtvervoer verzorgde ten behoeve van door Oad verzorgde reizen. Op 25 september 2013 is Oad gefailleerd. Op dat moment bevonden zich op diverse locaties buiten Nederland reizigers die jegens Oad aanspraak maakten op een 'terugvlucht' naar Nederland. Per datum faillissement had Transavia een vordering op Oad van bijna € 5 miljoen. Op 27 september wordt tussen Transavia en de Stichting Garantiefonds Reisgelden (SGR) (vertegenwoordigd door TUI) een overeenkomst aangegaan inhoudende een garantie voor de betaling van de terugvluchten uitgevoerd door Transavia. Transavia maakt vervolgens bijna € 1 miljoen kosten voor terugvluchten en wil die verhalen op SGR. Uiteindelijk gaat het erom of Transavia van SGR volledige betaling voor de terugvluchten kan verlangen, of dat zij daarop in mindering moet brengen de bedragen die Oad voor die terugvluchten, voorafgaand aan het faillissement, heeft 'vooruitbetaald'. Het hof legt de overeenkomst tussen partijen aan de hand van de omstandigheden uit en komt, anders dan de rechtbank, tot de conclusie dat SGR in redelijkheid heeft moeten begrijpen dat Transavia slechts bereid was om de terugvluchten uit te voeren als SGR de volledige kosten daarvan zou vergoeden.

A.L. Jonkers, januari 2016

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 22-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:3531

Zaaknummer: 200.164.978/01

Rechters: J.M.T. van der Hoeven-Oud, H.J. Vetter en P.W. Baal

Advocaten: E.P. Pandelitschka en D. Knottenbelt

RECHTSPRAAK

De verdachte, die door het hof aangemerkt wordt als beroepsfraudeur, wordt veroordeeld voor bedrieglijke bankbreuk en voor het niet voldoen aan de administratieplicht, met oplegging van slechts een voorwaardelijke gevangenisstraf wegens de gezondheidstoestand van de verdachte.

De verdachte heeft zich naar het oordeel van het hof schuldig gemaakt aan faillissementsfraude bij drie faillissementen, waarin een waardevolle auto en een geldbedrag zijn onttrokken aan de boedel. Het hof acht medeplegen van bedrieglijke bankbreuk begaan door een rechtspersoon terwijl verdachte feitelijk leiding heeft gegeven aan de verboden gedraging bewezen (art. 341 en 343 Sr). Voorts heeft de verdachte zijn administratieplicht verzaakt en aldus kwam er voor de curatoren onvoldoende zicht op de boedel om de belangen van crediteuren te behartigen. Het hof merkt de verdachte aan als beroepsfraudeur. Het hof rekent dit de verdachte ernstig aan. Hoewel het hof een jaar onvoorwaardelijke gevangenisstraf het meest gepast acht, wordt de gevangenisstraf wegens de gezondheidstoestand van verdachte geheel in voorwaardelijke vorm opgelegd. Tevens wordt de verdachte ontzet uit het beroep van statutair directeur-bestuurder van een rechtspersoon voor de duur van twee jaar en worden dit besluit en de personalia van verdachte op www.rechtspraak.nl gepubliceerd.

A.L. Jonkers

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 18-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:5311

Zaaknummer: 23-000748-13

Rechters: D.J.M.W. Paridaens, J.W.H.G. Loyson en B.A.A. Postma

Wetsartikelen: 341 Sr en 343 Sr

RECHTSPRAAK

Hoeksma q.q. / R.M. Trade B.V.

De Hoge Raad beantwoordt prejudiciële vragen over artikel 10 Fw. De curator is pro se belanghebbende als bedoeld in artikel 10 Fw en kan dus (zonder machtiging van de R-C) verzet aantekenen tegen faillietverklaring. De Hoge Raad geeft tevens richtlijnen om vast te stellen of verzet door de curator gegrond is.

De Hoge Raad gaat hier in op een voor de praktijk belangrijke kwestie. Zoals de Hoge Raad ook zelf aangeeft, komt het regelmatig voor dat een in een faillissement van een rechtspersoon benoemde curator nog binnen de in artikel 10 lid 1 Fw bepaalde verzettermijn constateert dat de rechtspersoon (nagenoeg) geen activa bezit en dat die in het faillissement ook niet zijn te verwachten, en hij dus wordt geconfronteerd met de situatie dat hij gedwongen wordt werkzaamheden te verrichten zonder dat hij verhaal zal kunnen vinden voor zijn salaris. De curator kan om opheffing (art. 16 Fw) verzoeken, maar ook daarmee zijn nog enige werkzaamheden gemoeid.

Kan de curator ook, als belanghebbende in de zin van artikel 10 Fw, verzet aantekenen tegen de faillietverklaring? Deze door de rechtbank aan de Hoge Raad voorgelegde prejudiciële vraag beantwoordt de Hoge Raad bevestigend, althans in het geval dat het om een faillissement van een rechtspersoon uitgesproken op eigen aangifte gaat.

Wie tot de belanghebbenden in de zin van een wetsbepaling zijn te rekenen, moet, indien het in de desbetreffende wet niet is bepaald, uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen worden afgeleid. Daarbij zal een rol spelen in hoeverre de betrokkene door de uitkomst van de desbetreffende procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat hij daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang. Dat de curator in zijn eigen belang wordt getroffen door aangewezen te worden als curator in een faillissement met lege boedel, is volgens de Hoge Raad niet aan twijfel onderhevig. Naar het oordeel van de Hoge Raad gaat het hier om een eigen belang van de curator ('pro se'), en niet om een belang in zijn hoedanigheid ('q.q.'). Hij kan dan ook 'pro se' verzet aantekenen, en behoeft geen machtiging van de rechter-commissaris.

Als richtlijn voor de inhoudelijke beoordeling van het verzet geeft de Hoge Raad aan dat het verzet voor gegrondverklaring in aanmerking komt, in geval van een faillissement van een rechtspersoon uitgesproken op eigen aangifte, indien sprake is van een boedel die (nagenoeg) geen activa omvat en er geen enkele aanleiding bestaat voor de verwachting dat activa zullen kunnen worden gegenereerd. De curator moet wel een onderzoek (met de nodige grondigheid) hebben ingesteld.

A.L. Jonkers, december 2015

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-12-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3636

Zaaknummer: 15/02163

Rechters: E.J. Numann, C.A. Streefkerk, T.H. den Tanja-van Broek, M.V. Polak en G. de Groot

Advocaten: M.E. Bruning

Wetsartikelen: 10 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens frustratie van betaling afgewezen. Geen objectieve voorzienbaarheid van daadwerkelijke benadeling van crediteuren op het moment van rechtens vastgesteld wanpresteren door de vennootschap.

Geïntimeerde was (indirect) bestuurder en enig aandeelhouder van Bouwbedrijf. Appellanten zijn vader en zoon. Tussen de vader en Bouwbedrijf is in 2008 een overeenkomst van aanneming van werk tot stand gekomen. Daarbij heeft Bouwbedrijf zich verplicht om een bedrijfspand te bouwen.

Bouwbedrijf heeft de bouw in onderaanneming laten verrichten. Tussen de vader en Bouwbedrijf is een geschil ontstaan over gebreken aan het gebouwde en betaling door de vader. Dat heeft ertoe geleid dat Bedrijf de vader heeft gedagvaard tot betaling. Bij tussenvonnis heeft de rechtbank voor recht verklaard dat sprake is van wanprestatie van Bouwbedrijf en dat de schade nader diende te worden opgemaakt.

Bouwbedrijf is in 2012 failliet verklaard. De curator heeft bovengenoemde procedure niet voortgezet. Zodoende is de vordering van appellanten onvoldaan gebleven. Zij spreken daarom geïntimeerde aan ter zake van bestuurdersaansprakelijkheid (art. 6:162 BW). Zij stellen schade te hebben geleden als gevolg van zeer ernstige fouten van Bouwbedrijf. In eerste aanleg heeft de rechtbank hieromtrent overwogen dat wegens het faillissement van Bouwbedrijf niet kan worden aangenomen dat appellanten een vordering op Bouwbedrijf hebben waarmee de grondslag voor aansprakelijkstelling van geïntimeerde is komen te vervallen.

Terecht wordt deze overweging door het hof verworpen. Naar zijn oordeel staat rechtens vast dat sprake is van wanprestatie van Bouwbedrijf jegens appellanten. Daarmee is evenwel niet gegeven dat de vordering van appellanten slaagt, nu daarvoor moet worden beoordeeld of geïntimeerde in het licht van *HR Ontvanger/Roelofsen* een ernstig verwijt treft.

Volgens het hof is geen sprake van schending van de Beklamelnorm. Ten aanzien van de vraag of geïntimeerde frustratie van betaling door Bouwbedrijf heeft bewerkstelligd of toegelaten,

overweegt het hof dat dat (ernstige) verwijt reeds daarom niet kan slagen omdat Bouwbedrijf volgens stellingen van appellanten 'rond april 2009' is gestopt met de bouwwerkzaamheden, terwijl geen concrete feiten zijn aangevoerd om te kunnen concluderen dat op dat moment sprake was van voor geïntimeerde objectieve voorzienbaarheid van daadwerkelijke benadeling van crediteuren van Bouwbedrijf. Bovendien wordt door appellanten in geen enkel opzicht onderbouwd in welke mate sprake is geweest van onttrekking van financiële middelen aan Bouwbedrijf. De verwijzing naar een summiere verslaglegging door de curator is daarvoor onvoldoende, aldus het hof. Er kan naar het oordeel van het hof dan ook niet gezegd worden dat geïntimeerde ten tijde van het stilleggen van de bouwwerkzaamheden door Bouwbedrijf, wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zal nakomen en geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan voor appellanten opgetreden schade.

Marco Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 15-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:9610

Zaaknummer: 200.165.061/01

Rechters: R.A. van der Pol, D.H. de Witte en P. Roorda

Advocaten: M.R. Gans en J. Doornbos

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Poorthuis c.s. q.q. / SNS

Het gaat in deze uitspraak van de Ondernemingskamer om de intrekking van 403-verklaringen door SNS Bank en SNS REAAL voor Propertize en PRPZ en de overblijvende aansprakelijkheid uit die verklaring, en verzet daartegen door de curatoren van 2SQR en door Commerz Real Investmentgesellschaft op de voet van artikel 2:404 lid 5 BW.

Curatoren Poorthuis, Dekker en Te Biesbeek zijn aangesteld in de faillissementen van 2SQR Participatiemaatschappij en een aantal gerelateerde vennootschappen (Te Biesbeek is alleen aangesteld in het faillissement van 2SQR zelf). De vennootschappen exploiteerden ondernemingen die vastgoedprojecten in Nederland en Duitsland ontwikkelden. Ter financiering van hun projecten hadden zij kredietovereenkomsten gesloten met Propertize. De curatoren menen een vordering van bijna € 150 miljoen op Propertize te hebben, wegens tekortschieten in de contractuele zorgplicht jegens de vennootschappen, althans wegens onrechtmatig handelen. Over die vordering zelf is in juni 2015 een aparte procedure gestart. Het gaat in deze uitspraak van de Ondernemingskamer niet over die vordering zelf, maar om de intrekking van 403-verklaringen door SNS Bank (tot 1 januari 2014 moedervernootschap van Propertize) en de overblijvende aansprakelijkheid uit die verklaring, en verzet daartegen door de curatoren op de voet van artikel 2:404 lid 5 BW.

Ook Commerz Real Investmentgesellschaft MBH (CRI) heeft verzet tegen de intrekking van de 403-verklaring aangetekend. In het geval van CRI richt het verzet zich tevens tegen intrekking van een 403-verklaring door SNS REAAL, de moedervernootschap van SNS Bank. Die 403-verklaring zag op de schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen van PRPZ, een dochtervernootschap van Propertize. In september 2010 heeft CRI op dat moment nog te bouwen vastgoed (New Babylon te Den Haag) gekocht voor ruim € 41 miljoen. Propertize en PRPZ hebben nakoming van een aantal verplichtingen van de verkoper gegarandeerd. Uit dien hoofde meent CRI een (al dan niet voorwaardelijke) vordering op PRPZ en Propertize te hebben, en tekent daarom verzet aan tegen de intrekking van de 403-verklaringen door SNS

Bank en SNS Reaal.

De rechtbank heeft in de eindbeschikking van 14 januari 2015 in alle zaken het verzet gegrond verklaard. In de kern heeft de rechtbank aan deze oordelen ten grondslag gelegd dat: (i) de door curatoren gestelde vordering, die zij hebben begroot op € 157 miljoen, onder de reikwijdte van de 403-verklaring van SNS Bank valt, (ii) de voorwaardelijke vorderingen van CRI uit de koopovereenkomst van 8 september 2010 onder de reikwijdte van de 403-verklaringen van SNS Bank en SNS Reaal vallen, (iii) niet is komen vast te staan dat curatoren en CRI gezien de vermogenstoestand van Propertize voldoende waarborgen (in de zin van art. 2:404 lid 4, tweede zin, BW) hebben dat hun (gepretendeerde) vorderingen op Propertize zullen worden voldaan; en (iv) niet is komen vast te staan dat CRI voldoende waarborgen heeft dat haar vordering uit hoofde van de garantie PRPZ zal worden voldaan. Tegen deze oordelen keren zich de hoger beroepen.

De ondernemingskamer oordeelt in dezelfde lijn als de rechtbank en wijst de beroepen tegen de beschikkingen van de rechtbank af. Volgens de OK valt zowel de vordering van de curatoren als die van CRI onder de 403 verklaring(en). Ten aanzien van de vorderingen van de curatoren had SNS gesteld dat geen sprake is van een schuld die voortvloeit uit een rechtshandeling van Propertize. De OK overweegt daarentegen kort gezegd dat er een kredietovereenkomst tussen Propertize en de failliete vennootschappen is en Propertize aangesproken wordt voor een tekortkoming in de nakoming van die overeenkomst. Daaraan doet niet af dat de curatoren hun vorderingen mede hebben gebaseerd op onrechtmatig handelen van Propertize. Ten aanzien van de vorderingen van CRI overweegt de OK dat het voorwaardelijke karakter van die vorderingen er niet aan af doet dat de vorderingen onder de 403-verklaringen vallen.

De OK gaat verder uitgebreid in op de vraag of Propertize en PRPZ voldoende waarborg voor verhaal door CRI en de curatoren bieden. De wet schrijft in artikel 2:404 lid 4 BW immers voor dat een dergelijke waarborg aangeboden moet worden op verlangen van de schuldeisers, op straffe van gegrondverklaring van verzet tegen het beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid uit de 403-verklaring. De OK licht daarbij uitgebreid de liquiditeit en solvabiliteit van Propertize en PRPZ en de mogelijke toekomstige risico's door, en komt tot de conclusie dat er niet voldoende waarborgen zijn.

A.L. Jonkers, december 2015

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 09-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:5141

Zaaknummer: 200.164.221/01 OK t/m 200.164.221/06 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten, G.A. Cremers en H. de Munnik

Advocaten: B.J.M.P. Cremers, J.M. van Dijk, Z.D. Veldhoen, P.W.A. Goes, Y.A. Bijsterveld en M.J. Sturm

Wetsartikelen: 2:404 BW

RECHTSPRAAK

De Hoge Raad oordeelt dat functioneel daderschap ook voldoende is om een verdachte te veroordelen voor bedrieglijke bankbreuk. Niet vereist is dat bewezen wordt dat de verdachte de goederen eigenhandig aan de boedel heeft onttrokken.

De verdachte in deze zaak is door het Hof Arnhem-Leeuwarden veroordeeld voor het als bestuurder van een rechtspersoon onttrekken van goederen aan de boedel (art. 343 onder 1 Sr). Voor faillissement zijn op naam van de rechtspersoon voor enkele tienduizenden euro's spullen op rekening besteld, waaronder computers en scooters. Die spullen zijn door de curator niet in de boedel aangetroffen en ook niet in de boeken terug te vinden. De spullen zouden op naam van de gefailleerde B.V. zijn besteld door twee schimmig gebleven personen, volgens de verdachte onder andere om als steekpenningen gebruikt te worden.

In cassatie heeft de verdachte naar voren gebracht dat voor een bewezenverklaring van de tenlastegelegde onttrekking zelfstandig handelen van de verdachte vereist zou zijn, terwijl de spullen volgens verdachte door de schimmig gebleven personen aangekocht en buiten beheer van de curator gebracht zouden zijn. De Hoge Raad verwierpt die stelling: de (verboden) gedraging kan in redelijkheid aan de verdachte als (functioneel) dader worden toegerekend indien deze erover vermocht te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en indien zodanig of vergelijkbaar gedrag blijkens de feitelijke gang van zaken door de verdachte werd aanvaard of placht te worden aanvaard. Hieronder valt ook het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de verdachte kon worden geleverd met het oog op de voorkoming van de gedraging. Het middel faalt dan ook.

A.L. Jonkers, december 2015

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 08-12-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3487

Zaaknummer: 14/06513

Rechters: A.J.A. van Dorst, E.S.G.N.A.I. van de Griend en A.L.J. van Strien

Advocaten: N. van Schaik

Wetsartikelen: 343 Sr

RECHTSPRAAK

Vordering van de curator tot betaling van een geldsom bij wege van voorlopige voorziening in kort geding moet met de nodige terughoudendheid worden behandeld en kan, gelet op het beroep op verrekening van de wederpartij, niet worden toegewezen.

Tussen de curator in het faillissement van pluimveefokker A en gedaagden is na het faillissement van A enige tijd onderhandeld over het gebruik van de stallen van A door gedaagden. Zij hebben de stallen evenwel zonder medeweten en toestemming van de curator in gebruik genomen. De curator vordert in kort geding ontruiming van de bij gedaagden in gebruik zijnde stallen op straffe van een dwangsom. De curator legt hieraan ten grondslag dat gedaagden zonder recht of titel van de stallen gebruik zijn gaan maken voor het fokken van kippen. Daarnaast vordert de curator schadevergoeding voor het onrechtmatig gebruik door gedaagden zonder tegenprestatie. Meer subsidiair doet de curator een beroep op strijd met de redelijkheid en billijkheid.

De voorzieningenrechter overweegt dat de curator bij wege van voorlopige voorziening in kort geding betaling van een geldsom vordert zodat (ten aanzien van dat deel van de vordering) terughoudendheid op zijn plaats is. De rechter zal daarbij niet alleen hebben te onderzoeken of het bestaan van een vordering van de eiser op de gedaagde voldoende aannemelijk is, maar ook of daarnaast sprake is van feiten en omstandigheden die meebrengen dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist, terwijl de rechter in de afweging van de belangen van partijen mede zal hebben te betrekken de vraag naar – kort gezegd – het risico van onmogelijkheid van terugbetaling, welk risico kan bijdragen tot weigering van de voorziening.

Nu de curator aanvoert dat geen sprake is van wilsovereenstemming, maar heeft stilgezet toen hij op de hoogte raakte van het gebruik van de stallen door gedaagden, is de voorzieningenrechter van oordeel dat sprake is van een overeenkomst op grond waarvan de curator aanspraak heeft op betaling. De voorzieningenrechter gaat er echter voorshands van uit dat die vordering, gelet op het beroep van gedaagden op verrekening, niet kan worden toegewezen. Hoewel ook de gepretendeerde tegenvordering van gedaagden met de nodige

terughoudendheid moet worden beoordeeld, dient de voorzieningenrechter in onderhavig kort geding toch rekening te houden met de mogelijkheid dat deze tegenvordering van gedaagden (deels) toewijsbaar is. Of daarvan sprake is kan in kort geding niet worden beoordeeld. Wel worden gedaagden veroordeeld tot ontruiming van de stallen.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 27-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2015:7534

Zaaknummer: C/05/292337 / KZ ZA 15-283

Rechters: S.A.M. Vrendenbarg-Elsbeek

Advocaten: J.L. Souman

Wetsartikelen: 25 Fw, 5:1 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Curator/Ontkroond.nl

Onrechtmatige publicaties over (het handelen van) een curator op een website. Aantasting in eer en goede naam. Gebruikte beschuldigingen en insinuaties vinden geen steun in het ten tijde van de publicaties beschikbare feitenmateriaal. Geen hoor en wederhoor toegepast. Zodanig negatief beeld schetsen dat sprake is van (een poging tot) karaktermoord.

Gedaagden in deze kortgedingzaak hebben op de website genaamd ont kroond.nl bepaalde uitlatingen gedaan over eiser in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van een derde. Daarbij hebben gedaagden zich op de website bediend van uitingen in de trant van 'horror curator' en 'premiejager', en 'foute insolventieboef' en 'rovende curator'. Daarnaast worden enkele beschuldigingen geuit, als zou er ten aanzien van de zaak waarin de curator optreedt sprake zijn van corruptie, diefstal, een 'gekocht vonnis' en 'misleiding' van de rechtbank. De curator komt hiertegen op en vordert staking van de onrechtmatig geachte publicaties en rectificatie op straffe van een dwangsom.

De rechtbank overweegt dat het hiertoe aan te leggen juridisch kader wordt gevormd door artikel 10 lid 1 EVRM en dat het aldaar gegarandeerde grondrecht op vrijheid van meningsuiting slechts kan worden beperkt indien dit bij wet is voorzien en noodzakelijk is in een democratische samenleving, bijvoorbeeld ter bescherming van de goede naam en de rechten van anderen (art. 10 lid 2 EVRM). Van een beperking die bij de wet is voorzien is sprake, indien de gewraakte uitlatingen onrechtmatig zijn in de zin van artikel 6:162 BW. Voor het antwoord op de vraag welk recht – het recht op vrije meningsuiting of het recht ter bescherming van eer of goede naam – in dit geval zwaarder weegt, moeten de wederzijdse belangen worden afgewogen. Bij deze belangenafweging dienen alle omstandigheden van het geval in ogenschouw te worden genomen. Omstandigheden die in dit geval met name van belang zijn, zijn de inkleding en de ernst van de verdenkingen en de mate waarin de verdenkingen ten tijde van de publicaties steun vonden in het op dat moment beschikbare feitenmateriaal.

De rechtbank concludeert vervolgens dat de beschuldigingen en verdachtmakingen die gedaagden via de website over de curator openbaar hebben gemaakt geen enkele steun vinden in het ten tijde van de publicaties beschikbare feitenmateriaal. Van enige vorm van serieuze onderzoeksjournalistiek is geen sprake, aldus de rechtbank. Van enige serieuze vorm van hoor en wederhoor is evenmin sprake, terwijl van de curator een dusdanig negatief beeld wordt geschetst, dat niet anders kan worden geconcludeerd dat sprake is van (een poging tot) karaktermoord. De uitlatingen op de website moeten dan ook, mede gelet op de gevolgen die deze kunnen hebben voor eiser in zijn professionele hoedanigheid, als onrechtmatig worden aangemerkt. Onder deze omstandigheden moet het recht van de curator op bescherming van zijn eer en goede naam zwaarder wegen dan het recht van gedaagden op bescherming van hun recht op vrije meningsuiting. De vorderingen zijn, als passende, evenredige maatregelen om de (gevolgen van de) onrechtmatige publicaties recht te zetten, grotendeels toewijsbaar.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 26-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:8601

Zaaknummer: KG ZA 15-1330

Rechters: E.K. van der Lende-Mulder Smit

Advocaten: J.A. Schaap

Wetsartikelen: 6:162 BW en 10 EVRM

RECHTSPRAAK

Schorsing onder voorwaarden van verlenging termijn inbewaringstelling gefailleerde wegens vaststaand verzuim inlichtingenverplichting en gegronde vrees voor niet-nakoming (ruim op te vatten) verplichtingen ingevolge de Faillissementswet.

Ten aanzien van de gefailleerde is op 28 oktober 2015 door de rechtbank verzekerde bewaring bevolen (art. 87 Fw). Gefailleerde is daartoe op 2 november 2015 naar het huis van bewaring te Grave gebracht teneinde te worden gehoord (art. 105 Fw).

De curatoren hebben op 18 november 2015 de rechtbank verzocht de bewaringstelling van gefailleerde te verlengen overeenkomstig artikel 87 lid 3 Fw. Bij de behandeling van dit verzoek op 24 november 2015 hebben de curatoren evenwel schorsing van de bewaringstelling van gefailleerde onder voorwaarden verzocht.

Dat verzoek wordt door de rechtbank toegewezen. Zij overweegt daartoe het volgende. Artikel 87 lid 1 Fw geeft de rechtbank de (discretionaire) bevoegdheid om de gijzeling van de gefailleerde te bevelen wegens het niet nakomen van verplichtingen welke de wet hem in verband met zijn faillissement oplegt, dan wel wegens gegronde vrees voor niet-nakoming van zulke verplichtingen. De rechtbank merkt op dat onder de hier bedoelde en ruim te interpreteren verplichtingen ook buiten de Faillissementswet gelegen (wettelijke) verplichtingen vallen. Zo staat de verplichting van een gefailleerde tot medewerking aan het beheer en de vereffening van de boedel niet met zoveel woorden in de wet, maar past deze verplichting wel degelijk binnen het doel en de strekking van de Faillissementswet en sluit ze aan op wél uitdrukkelijk geregelde gevallen. Voorts doet deze verplichting recht aan de omstandigheid dat de failliet in het belang van de schuldeisers gehouden is in persoon alle vereiste medewerking te verlenen aan de vereffening van de boedel.

De rechtbank toetst vervolgens of er op basis van de huidige stand van zaken nog gronden zijn die het voortduren van de bewaringstelling van de gefailleerde, en daarmee de inbreuk op zijn persoonlijke vrijheid, nog langer rechtvaardigen. Daarbij dient (mede in verband met art. 5 EVRM) het recht van gefailleerde op persoonlijke vrijheid te worden afgewogen tegen de bij zijn bewaringstelling betrokken belangen van de gezamenlijke schuldeisers, aldus de

rechtbank.

Naar de rechtbank overweegt staat vast dat de gefailleerde zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 105 Fw niet (volledig) nakomt en dat er nog steeds gegronde vrees bestaat dat gefailleerde zijn verplichtingen als bedoeld in artikel 87 lid 1 Fw niet zal nakomen. Er bestaat dan ook voldoende grond voor het laten voortduren van de inbewaringstelling van gefailleerde. Nu de gefailleerde echter enkele terugbetalingen aan de boedel heeft gedaan, ziet de rechtbank geen aanleiding om, hoewel dwang nog steeds nodig is, de gijzeling van de gefailleerde te laten voortduren. Een schorsing onder voorwaarden is naar haar oordeel dan ook gerechtvaardigd.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 25-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2015:6785

Zaaknummer: 15/645 F

Rechters: M.G.A. Poelman

Wetsartikelen: 87 lid 3 Fw, 105 Fw en 5 EVRM

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling. Overheveling van immateriële activa en onderhanden werk aan gelieerde vennootschappen en bestuurder zelf is verwijtbaar nu daarmee geen belang van de onderneming was gediend. Dit handelen heeft tot gevolg gehad dat waarde (goodwill) aan de boedel werd onttrokken en derhalve niet ten gunste is gekomen van de gezamenlijke schuldeisers.

Bij vonnis van 22 juli 2014 is het faillissement van Bedrijf B.V. uitgesproken. Enig aandeelhouder van Bedrijf is Holding B.V. Gedaagde is (indirect) bestuurder van zowel Bedrijf als Holding. Bedrijf werd gefinancierd door ABN AMRO en Holding. Tot zekerheid is ten gunste van ABN AMRO een pandrecht gevestigd op de vorderingen van Bedrijf. Tevens heeft gedaagde zich voor de schuld van Bedrijf jegens ABN AMRO borg gesteld. Holding had een pandrecht op de vorderingen, inventaris en bedrijfsmiddelen.

Op 8 oktober 2013 heeft Bedrijf haar volledige inventaris verkocht aan een door gedaagde nieuw opgerichte vennootschap. Gelijktijdig werd inventaris gehuurd van Holding. Per mei 2014 heeft gedaagde in samenwerking met andere (gelieerde) partijen wederom een nieuwe vennootschap opgericht. Hierin zijn de werkzaamheden ondergebracht die voordien door Bedrijf werden uitgevoerd. Ook zijn de door Bedrijf gehouden softwarelicenties per juli 2014 overgezet naar deze nieuwe vennootschap en naar gedaagde. In aanloop naar het faillissement zijn enkele afbetalingen op aan Bedrijf verleend krediet gedaan aan Holding en gedaagde.

De curator in het faillissement van Bedrijf vordert op grond van voornoemd feitencomplex van gedaagde schadevergoeding wegens onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:9 BW) dan wel onrechtmatige daad, alsmede een verklaring voor recht dat sprake is van paulianeus handelen met betrekking tot de overheveling van activa van Bedrijf naar gelieerde vennootschappen (art. 42 en 43 lid 1 sub 5 Fw).

De rechtbank is van oordeel dat de gedaagde een verwijt kan worden gemaakt van de verkoop van de inventaris, nu hij daarbij kennelijk zijn eigenbelang bij het in bezit krijgen van

verhaalsobjecten heeft laten prevaleren. De betalingen aan Holding acht de rechtbank verwijtbaar omdat het op de weg van gedaagde had gelegen om deze, gelet op de liquiditeitskrapte, slechts te doen indien daartoe voor Bedrijf een rechtsplicht bestond. Ook is de overheveling van immateriële activa en onderhanden werk aan gelieerde vennootschappen en aan gedaagde zelf, naar het oordeel van de rechtbank verwijtbaar. Uit de stellingen van gedaagde volgt niet dat daarmee enig belang van Bedrijf was gediend. Deze verwijten, in onderlinge samenhang bezien, zijn voldoende ernstig om te concluderen dat de bestuurder in strijd met artikel 2:9 BW heeft gehandeld. Dit handelen heeft tot gevolg gehad dat de waarde van Bedrijf (goodwill) voorafgaande aan het faillissement aan de boedel werd onttrokken en derhalve niet ten gunste is gekomen aan de gezamenlijke schuldeisers (art. 6:98 BW).

De overige vorderingen van de curator worden afgewezen.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 25-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:8110

Zaaknummer: C/16/388284 / HA ZA 15-249

Rechters: P.J. Neijt

Advocaten: A.P.G. Gielen en M.E. Meijnhardt

Wetsartikelen: 2:9 BW, 6:162 BW, 42 Fw en 43 lid 1 sub 5 Fw

RECHTSPRAAK

De gevolgen van vernietiging van het faillissement zijn geregeld door de wet (art. 13 lid 1 en 15 lid 1 Fw), zodat de wet wordt geacht zich te verzetten tegen uitvoerbaarverklaring van een uitgesproken vernietiging.

Verzet tegen het vonnis van de rechtbank waarbij opposant failliet is verklaard (art. 8 lid 2 Fw). Hiertoe heeft opposant onder meer gesteld dat hij niet verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen. De rechtbank merkt op dat alle bekende crediteuren akkoord zijn met de verzochte vernietiging van het faillissement, terwijl ook de curator ter zake positief heeft geadviseerd. Naar het oordeel van de rechtbank komt het faillissement om die reden voor vernietiging in aanmerking.

Ten aanzien van de vordering tot het uitvoerbaar bij voorraad verklaren van dit vonnis, zoals gedaan door opposant, oordeelt de rechtbank dat zij dat verzoek zal afwijzen, nu de gevolgen van de vernietiging van het faillissement door de wet zijn geregeld (art. 13 lid 1 en 15 lid 1 Fw), hetgeen naar het oordeel van de rechtbank betekent dat de wet geacht wordt zich te verzetten tegen uitvoerbaarverklaring bij voorraad.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 27-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:8957

Zaaknummer: C/10/15/690 F

Rechters: R. Kruisdijk

Advocaten: H. Carels

Wetsartikelen: 8 lid 2 Fw, 13 lid 1 Fw en 15 lid 1 Fw

RECHTSPRAAK

De opheffing van het faillissement vormt geen beletsel voor het doen van een schuldsaneringsverzoek. De schuldenaar heeft geen absoluut recht om failliet te blijven teneinde een dergelijk verzoek te kunnen doen.

Appellant is op eigen verzoek failliet verklaard. Door appellant is geen beroep gedaan op de schuldsaneringsregeling. Nadien is het faillissement bij beschikking van de rechtbank en op voordracht van de rechter-commissaris opgeheven bij gebrek aan baten (art. 16 lid 1 Fw). De rechtbank heeft bij haar beschikking overwogen dat er geen aanleiding is om de behandeling van de voordracht tot opheffing van het faillissement aan te houden teneinde appellant in de gelegenheid te stellen om een verzoekschrift ex artikel 284 Fw in te dienen. Hiertegen is appellant in hoger beroep gekomen (art. 18 jo. 9 lid 1 Fw) en hij heeft het hof verzocht deze beschikking te vernietigen en hem in aanmerking te laten komen voor een Wsnp-procedure.

Dat verzoek moet naar het oordeel van het hof zo gelezen worden dat daarmee instandhouding van het faillissement wordt bepleit teneinde een schuldsaneringsverzoek (overeenkomstig art. 284 Fw) te kunnen indienen. De opheffing van het faillissement vormt hiervoor geen beletsel, aldus het hof. Het hof overweegt echter dat voor zover appellant meent dat hij een recht heeft om failliet te blijven, hij daarin ongelijk heeft. Dat hij onder de beschutting van een faillissement, waarbij zijn schuldeisers hem niet lastig kunnen vallen, wil pogen om op enig moment een niet nader geconcretiseerd voorstel aan zijn schuldeisers te doen, is geen voldoende reden tot voortzetting van het faillissement, te minder nu bij voortduring van het faillissement ook de faillissementskosten blijven doorlopen, terwijl er geen actief is en er geen aanwijzingen zijn dat hierin op afzienbare termijn verandering komt. Ook overigens bestaat volgens het hof geen goede grond voor afwijzing van het verzoek tot opheffing van het faillissement.

Marco Verdonk

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 20-10-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:3400

Zaaknummer: 200.173.733/01

Rechters: J.M. van der Klooster, C.J. Verduyn en P.W. van Baal

Advocaten: B.J. Visser

Wetsartikelen: 9 lid 1 Fw, 16 lid 1 Fw, 18 Fw, 15b Fw en 284 Fw

RECHTSPRAAK

Klachten over het optreden van de curator kunnen er alleen toe leiden dat met de opheffing van het faillissement (art. 16 Fw) moet worden gewacht indien met hoge mate van waarschijnlijkheid kan worden gezegd dat de curator op grove wijze zijn verplichtingen heeft geschonden, waardoor aanzienlijk financieel nadeel voor de boedel is ontstaan.

Hier volgt een bespreking van de conclusie van P-G Timmermans voor het arrest ECLI:NL:HR:2015:3337 (gevolgd). De gang van zaken in de procedure is als volgt.

Bij vonnis van 11 februari 2014 is verzoeker failliet verklaard. Hiertegen is verzoeker in verzet gekomen. De rechtbank heeft bij vonnis van 19 maart 2014 verzoeker niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzet. Tegen deze beslissing heeft verzoeker hoger beroep ingesteld. Het hof heeft het verzet in hoger beroep ongegrond geoordeeld en het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

Bij beschikking van 9 december 2014 heeft de rechtbank wegens gebrek aan baten de opheffing van het faillissement van verzoeker bevolen (art. 16 Fw). Verzoeker is voorafgaand aan deze beschikking ter zitting van de rechtbank, alhoewel behoorlijk opgeroepen, niet verschenen. Hij heeft hiertegen evenwel hoger beroep ingesteld. In hoger beroep heeft verzoeker zich op het standpunt gesteld dat het faillissement niet eerder beëindigd had mogen worden dan nadat zijn ingediende klacht dat de curator zijn werk niet naar behoren had uitgevoerd, waardoor een doorstart van zijn onderneming werd gefrustreerd, door de rechter-commissaris was beoordeeld.

Het hof heeft de beschikking van de rechtbank bekrachtigd. Volgens het hof kunnen klachten over het optreden van de curator alleen ertoe leiden dat met de opheffing van het faillissement ex artikel 16 Fw moet worden gewacht, indien met hoge mate van waarschijnlijkheid kan worden gezegd dat de curator op grove wijze zijn verplichtingen heeft geschonden, waardoor aanzienlijk financieel nadeel voor de boedel is ontstaan.

De hiertegen ingestelde cassatiemiddelen falen. De P-G concludeert tot toepassing van artikel

80a lid 1 Wet RO.

Marco Verdonk

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 09-10-2015

ECLI: ECLI:NL:PHR:2015:2092

Zaaknummer: 15/03680

Wetsartikelen: 16 Fw en 80a Wet RO

RECHTSPRAAK

Gotthard Vastgoed/X

Werking artikel 29 Fw ten aanzien van proceshandelingen tijdens faillissement. Het geding wordt niet geschorst voor zover het andere dan op voldoening uit de boedel in de zin van artikel 26 Fw gerichte rechtsvorderingen betreft.

Gedaagde huurt van Gotthard Vastgoed een woning. Ten aanzien van gedaagde is op 31 oktober 2012 de wettelijke schuldsaneringsregeling (WSNP) van toepassing verklaard. Deze regeling is bij uitspraak van 11 juni 2015 tussentijds beëindigd met gelijktijdige faillietverklaring van gedaagde.

Gotthard heeft bij dagvaarding de ontbinding gevorderd van de tussen haar en gedaagde bestaande huurovereenkomst wegens achterstallige huurbetaling. Daarnaast vordert zij betaling van de nog verschuldigde huurtermijnen.

De kantonrechter stelt vast dat de procedure met betrekking tot huurvorderingen en daarmee samenhangende nevenvorderingen van voor datum faillissement ingevolge artikel 29 Fw is geschorst. Deze vorderingen dienen ter verificatie te worden ingediend (art. 26 Fw).

Gotthard heeft bij conclusie van repliek haar eis in dezelfde procedure vermeerderd. De kantonrechter overweegt dat, voor zover deze proceshandeling betrekking heeft op vorderingen die ingevolge artikel 26 Fw geverifieerd moeten worden, zij op grond van artikel 29 Fw door de kantonrechter buiten beschouwing wordt gelaten.

De na faillietverklaring vervallen huurtermijnen zijn boedelschuld (art. 39 Fw). Voor zover de vordering van Gotthard betrekking heeft op een boedelschuld dient zij, wil zij tegenover de boedel werken, tegen de curator te worden ingesteld (art. 25 Fw).

Het geding wordt niet geschorst voor zover het andere dan op voldoening uit de boedel in de zin van artikel 26 Fw gerichte rechtsvorderingen betreft. Nu Gotthard afstand heeft gedaan van haar vordering tot ontbinding van de huurovereenkomst, is die proceshandeling geldig (art. 29 Fw).

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 18-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:9133

Zaaknummer: 3922545

Rechters: K.J. Bezuijen

Advocaten: O.J. Boeder en W.H. Klein Meuleman

Wetsartikelen: 29 Fw

RECHTSPRAAK

Verzet tegen faillietverklaring van voormalig vennoot v.o.f. In verzet is voldoende gebleken van feiten en omstandigheden die aantonen dat de vennoot niet heeft opgehouden te betalen.

Opposant is een voormalig vennoot van een inmiddels gefailleerde vennootschap. Hij heeft verzocht tot vernietiging van het vonnis waarbij hij in privé failliet werd verklaard. Naar zijn oordeel is hij niet in de toestand komen te verkeren dat hij heeft opgehouden te betalen.

Opposant heeft verklaard op een eerder moment uit de vennootschap te zijn getreden. Deze is daarna voortgezet door zijn vader. De rechtbank overweegt dat in artikel 18 Wetboek van Koophandel is bepaald dat in de vennootschap onder firma elk der vennoten wegens de verbintenissen van de vennootschap hoofdelijk is verbonden. Hieruit volgt dat de uitgetreden vennoot na zijn uittreding tegenover schuldeisers van de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk blijft voor de verbintenissen die vóór zijn uittreden zijn aangegaan.

De rechtbank stelt vast dat in verzet is gebleken dat de gelden die opposant heeft gestort onder de curator volstaan om de schulden van de v.o.f. deels af te lossen. Daarnaast heeft opposant met zijn privéschuldeisers betalingsregelingen getroffen dan wel verklaringen van hen overgelegd waaruit blijkt dat zij (onder voorwaarden) akkoord gaan met de vernietiging van het faillissement.

Hierop gelet is de rechtbank van oordeel dat het faillissement van opposant voor vernietiging in aanmerking komt, nu voldoende is gebleken van feiten en omstandigheden die aantonen dat opposant niet verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 17-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:8840

Zaaknummer: C/10/15/590 F

Rechters: W.J. Geurts-de Veld

Wetsartikelen: 1 Fw, 6 lid 3 Fw en 18 WvK

RECHTSPRAAK

Curator Whermo/Monitus Holding c.s.

Onbehoorlijke taakvervulling niet aannemelijk gemaakt. Niet kan worden geoordeeld dat het bestuur, gelet op de schuldpositie van de vennootschap en het ontbreken van reëel perspectief op voortzetting bedrijfsactiviteiten voorafgaande aan het sluiten van de activaovereenkomst, in aanmerking genomen belangen crediteuren, de overeenkomst niet had mogen sluiten of in plaats daarvan het faillissement had moeten aanvragen.

Het gefailleerde Whermo B.V. hield zich bezig met detachering. Whermo werd bestuurd door Monitus Holding. Enig aandeelhouder van Whermo was Monitus B.V. Monitus Holding is aandeelhouder en bestuurder van Monitus B.V.

In aansluiting op een grootschalige reorganisatie heeft Whermo bij activaovereenkomst al haar voorraden en inventaris verkocht aan Monitus B.V. De IE-rechten zijn verkocht aan Holding. De lopende contracten en goodwill zijn bij dezelfde overeenkomst verkocht aan een viertal andere tot de Monitus-groep behorende maatschappijen. Hiervoor is een koopsom van € 1.262.480 overeengekomen.

Voor de eerste twee transacties is betaald, maar in de activaovereenkomst is bepaald dat de verschuldigde koopsommen voor de immateriële activa pas opeisbaar zijn indien de liquiditeitspositie van de desbetreffende koper dit toelaat. Verder is Whermo op grond van de activaovereenkomst gehouden om betalingen die zij deswege ontvangt aan te wenden om haar crediteuren te voldoen en om geen dividenduitkeringen of betalingen aan gelieerde partijen te doen.

Naar aanleiding van deze gang van zaken heeft de curator van Whermo zowel Monitus Holding als beide verweerders (natuurlijke personen) in deze procedure als (indirect) bestuurders aansprakelijk gesteld voor het tekort in het faillissement (art. 2:248 lid 1 jo. 2:11 BW) en op die grond conservatoir beslag laten leggen ten laste van Monitus Holding.

In deze kortgedingberoepsprocedure is aan de orde de vraag of de gelegde beslagen moeten worden opgeheven wegens de ondeugdelijkheid van de vordering van de curator (art. 705 Rv).

Het hof overweegt dat Whermo ook na de reorganisatie verlieslatend bleef zodat er op dat moment geen reëel perspectief bestond om door eigen bedrijfsactiviteiten die schuldenlast te kunnen voldoen. De stelling van de curator dat Whermo haar activiteiten had kunnen voortzetten ontbeert naar het oordeel van het hof een onderbouwing op grond waarvan aannemelijk is dat verdere voortzetting van de bedrijfsactiviteiten door Whermo tot een positief resultaat zou kunnen leiden.

Naar het oordeel van het hof kan, gegeven de situatie dat voorafgaande aan het sluiten van de activaovereenkomst de schuld aan de bank hoger was dan ten tijde van het faillissement van Whermo en het grootste deel van de schuld aan de Belastingdienst zoals die ten tijde van het faillissement aan de orde was al bestond, en bij gebreke van reëel perspectief op voortzetting van de bedrijfsactiviteiten, niet worden geoordeeld dat het bestuur van Whermo, in aanmerking nemend de belangen van de crediteuren van Whermo, de activaovereenkomst niet had mogen sluiten of dat het in plaats daarvan haar faillissement had moeten aanvragen.

De conclusie van het hof is dat niet aannemelijk is geworden dat het bestuur van Whermo zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld als bedoeld in artikel 2:248 lid 1 BW. De overige grieven van de curator worden afgewezen.

Marco Verdonk

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 21-07-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:3033

Zaaknummer: 200.160.869-01

Rechters: D.J. Oranje, L.R. thoe van Harinxma Slooten en P.W.A. van Geloven

Advocaten: F.N. Joritsma en R.A. Oskamp

Wetsartikelen: 2:248 lid 1 BW en 705 Rv

RECHTSPRAAK

Afwijzing eigen aangifte faillietverklaring. Niet gebleken is van feiten en omstandigheden die aannemelijk maken dat verzoeksters over baten beschikken. Het doen van eigen aangifte levert in deze situatie misbruik van recht op omdat op voorhand vaststaat dat alle faillissementskosten voor rekening van de curator zullen komen.

Namens een tweetal vennootschappen is eigen aangifte tot faillietverklaring gedaan. De rechtbank stelt vast dat verzoeksters niet langer aan hun betalingsverplichtingen kunnen voldoen. In zoverre is voldaan aan de in de Faillissementswet gestelde eis om op eigen aangifte in staat van faillissement te kunnen worden verklaard. Het faillissement is een liquidatieprocedure ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Getoetst dient daarom te worden of er (enige) baten aanwezig zijn die onder de aanwezige crediteuren verdeeld zouden kunnen worden.

De rechtbank concludeert dat niet gebleken is van feiten en omstandigheden die aannemelijk maken dat verzoeksters over baten beschikken. Er had daarom overeenkomstig artikel 2:19 lid 4 BW een besluit tot ontbinding van de beide vennootschappen moeten worden genomen. Het doen van een eigen aangifte faillissement levert in deze situatie misbruik van recht op. Er is immers een onevenredigheid tussen het gestelde belang bij de eigen aangifte van verzoeksters enerzijds, en het belang van een te benoemen curator anderzijds, om verschoond te blijven van een benoeming in een faillissement, waarbij op voorhand vaststaat dat alle kosten voor rekening van de curator zullen komen. Te verwachten is dat de curator in verband met de faillissementskosten het faillissement zo snel mogelijk zal voordragen voor opheffing wegens gebrek aan baten, waarbij de schuldenlast van verzoeksters in verband met de faillissementskosten nog verder zal toenemen.

Gelet hierop wordt het verzoek tot faillietverklaring afgewezen.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 29-04-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:2748

Zaaknummer: C/13/563747 / FT EA 14/188 en C/13/563748 / FT EA 14-189

Rechters: M.J.E. Geradts

Wetsartikelen: 1 Fw, 6 lid 3 Fw, 3:13 BW en 2:19 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Omdat de verzoeken tot faillietverklaring van zowel de vof als haar vennoten in één verzoekschrift verband houden met elkaar, dient slechts éénmaal griffierecht te worden geheven.

Verzoekers hebben het faillissement aangevraagd van zowel een vennootschap onder firma als haar twee vennoten. De rechtbank heeft het verzoekschrift om die reden uitgesplitst in die zin dat er voor elk van de drie verweerders een apart dossier met een eigen zaaknummer is aangemaakt. Vervolgens is door de griffier driemaal griffierecht geheven.

Verzoekers tot het faillissement stellen zich jegens de griffier op het standpunt dat wanneer door middel van één verzoekschrift het faillissement wordt aangevraagd van een vennootschap onder firma en haar vennoten, er niet driemaal maar slechts éénmaal griffierecht in rekening zou moeten worden gebracht.

De rechtbank stelt het volgende voorop. In de memorie van toelichting van de Wgbz (*Kamerstukken II 2008/09, 31 758, nr. 3, p. 11*) is vermeld dat wanneer in één verzoekschrift meerdere verzoeken worden samengevoegd, deze verzoeken bij elkaar opgeteld dienen te worden en de hoogte van het griffierecht wordt bepaald aan de hand van het totale beloop van de verzoeken.

De rechtbank overweegt dat hierbij onderscheid dient te worden gemaakt tussen verzoeken, opgenomen in een verzoekschrift en die in verband staan met elkaar en verzoeken, opgenomen in een verzoekschrift, waarbij dat niet het geval is. Indien de verzoeken in verband staan met elkaar, wordt, zoals vermeld in de memorie van toelichting, het belang van die verzoeken bij elkaar opgeteld en wordt op basis van het totale belang een griffierecht geheven. Wanneer er meerdere verzoeken in een verzoekschrift zijn opgenomen die geen verband houden met elkaar, dient voor elk afzonderlijk verzoek een apart griffierecht geheven te worden.

Gelet op HR 6 februari 2015 (ECLI:NL:HR:2015:251), waarin de Hoge Raad oordeelde dat het faillissement van een vof niet noodzakelijkerwijs het faillissement van de vennoten ten gevolge heeft, is de rechtbank van oordeel dat de verzoeken tot faillietverklaring van zowel de

vof als haar vennoten, welke zijn opgenomen in één verzoekschrift, verzoeken betreffen die wel degelijk verband houden met elkaar.

Omdat de verzoeken tot faillietverklaring van zowel de vof als haar vennoten in één verzoekschrift verband houden met elkaar, is de rechtbank van oordeel dat voor een dergelijk verzoekschrift slechts éénmaal een griffierecht in rekening dient te worden gebracht bij verzoeker. Ten aanzien van de hoogte van het griffierecht geldt dat, nu sprake is van meerdere verzoeken van onbepaalde waarde, éénmaal griffierecht van onbepaalde waarde moet worden geheven.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 16-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2015:7347

Zaaknummer: C/02/301847 / HA RK 15-122

Rechters: Visser, Combee en Van 't Nedereind

Wetsartikelen: 29 Wgbz en 1 Fw

RECHTSPRAAK

Pelican Publishing c.s./Van Lanschot Bankiers c.s.

Bij de beoordeling van een verzoek tot ontslag van instantie in een procedure die de gefailleerde reeds voor diens faillissement aanhangig heeft gemaakt, staat voorop dat artikel 27 lid 2 Fw niet dwingt tot toewijzing daarvan. Voor afwijzing is in ieder geval reden indien toewijzing in strijd zou komen met de eisen van een goede procesorde.

De curator van Pelican Publishing heeft aangegeven een door Pelican Publishing tegen geïntimeerden Van Lanschot Bankiers en Van Lanschot Mezzanine reeds voor haar faillissement aangevangen procedure niet te willen voortzetten. In hoger beroep hebben partijen het hof gezamenlijk verzocht ontslag van instantie uit te spreken.

Ten aanzien van de rechtsvorderingen van Pelican Publishing jegens Van Lanschot Bankiers c.s. geldt naar het hof overweegt het volgende. Nu de curator is opgeroepen en het geding niet heeft overgenomen, hebben Van Lanschot Bankiers c.s. ingevolge artikel 27 lid 2 Fw het recht ontslag van instantie te vragen.

Bij de beoordeling van dat verzoek staat voorop dat artikel 27 lid 2 Fw niet dwingt tot toewijzing daarvan. Onder omstandigheden mag de rechter het verzoek afwijzen. Voor afwijzing is in ieder geval reden indien toewijzing in strijd zou komen met de eisen van een goede procesorde. Daarvan is in dit geval geen sprake. Het verzoek tot ontslag van de instantie jegens Pelican Publishing is daarom toewijsbaar.

Marco Verdonk

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 05-11-2015

Zaaknummer: ECLI:NL:GHAMS:2013:4573

RECHTSPRAAK

Exploitatie Maatschappij/Ontvanger

Hoger beroep op grond van artikel 8 lid 4 Fw ingesteld bij e-mail en daarna te laat bij beroepschrift leidt tot niet-ontvankelijkheid.

Exploitatie Maatschappij is bij vonnis van 8 september 2015 failliet verklaard. Namens Exploitatie Maatschappij is hiertegen op 16 september 2015 per e-mail, gericht aan een medewerker van diezelfde rechtbank, hoger beroep aangetekend. Op 17 september 2015, dus een dag te laat en ook overigens bij het verkeerde rechtscollege, is een door de advocaat ondertekend beroepschrift bij de rechtbank binnengekomen. Volgens Exploitatie Maatschappij is ondanks het ontbreken van de gronden, het indienen bij de verkeerde rechter en het niet indienen door een advocaat, aldus op geldige wijze hoger beroep ingesteld. Subsidiair is Exploitatie Maatschappij van mening dat de termijnoverschrijding verschoonbaar is.

Het hof overweegt dat het hoger beroep op grond van artikel 8 lid 4 Fw geschiedt bij een verzoekschrift dat moet worden ingediend ter griffie van het rechtscollege dat van de zaak kennis moet nemen. Volgens vaste jurisprudentie is het, naast afgifte aan de balie van de griffie, ook mogelijk dat het beroepschrift per post of per fax wordt ingediend. Het indienen van een beroepschrift per e-mail is in de rechtspraak niet aanvaard (en is in art. 3.1.4 van het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven – in tegenstelling tot indiening per post of per fax – ook uitdrukkelijk uitgesloten).

Naar het oordeel van het hof kan de namens Exploitatie Maatschappij verzonden e-mail dan ook niet worden beschouwd als een rechtsgeldig beroepschrift, waarvan de gebreken kunnen worden geheeld. Het primaire standpunt wordt verworpen. Datzelfde geldt voor het subsidiaire standpunt. De overschrijding van de termijn voor het indienen van het hoger beroep is, gelet op het strikte karakter daarvan, niet verschoonbaar nu de door appellandt aangevoerde omstandigheden een uitzondering op de gevolgen daarvan niet rechtvaardigen.

Marco Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 15-10-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:8748

Zaaknummer: 200.176.961

Rechters: L.J. de Kerpel-van Poel, Ch.E. Bethlem en H.L. Wattel

Advocaten: H.H. Tan en P.D. van Gaalen-Rens

Wetsartikelen: 8 lid 4 Fw

RECHTSPRAAK

Curator Ijk Totaal Onderhoud B.V. / X c.s.

Bestuurders niet geslaagd in bewijsopdracht. Ontbreken voornemen voortzetting onderneming bij aandelentransactie nadien gefailleerde vennootschap. Hoofdelijk aansprakelijk voor het totale faillissementstekort wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur.

De drie gedaagde partijen in deze procedure zijn – als bestuurder, middellijk bestuurder dan wel medebeleidsbepaler, hierna: de bestuurders – betrokken geweest bij de verkoop van de aandelen in Ijk Totaal Onderhoud B.V. ('Ijk Totaal') aan de koper van die aandelen (de 'Koper'). Nadat Ijk Totaal kort na die transactie in staat van faillissement is verklaard, spreekt de curator de bestuurders aan wegens onbehoorlijk bestuur.

In een tussenvonnis acht de rechtbank voorshands aannemelijk dat de bestuurders er ten tijde van de verkoop en de levering van de aandelen in Ijk Totaal van op de hoogte waren, althans konden en moesten begrijpen dat de door bemiddelaar voorgedragen Koper een katvanger was, en dat het (dan ook) niet de bedoeling was dat de door Ijk Totaal gedreven onderneming door de Koper zou worden voortgezet, maar (slechts) om de bestuurders gelegenheid te bieden om zich door middel van deze verkoop te ontdoen van de crediteuren van Ijk Totaal.

In dat verband acht de rechtbank een aantal omstandigheden van belang, waaronder het feit dat Ijk Totaal reeds binnen een jaar na oprichting een aanzienlijke schuldenlast had opgebouwd ondanks de gegeneerde omzetten, de bestuurder in het verleden een aantal transacties was aangegaan op basis van een vergelijkbaar feitencomplex, de bemiddelaar en de Koper hadden nagelaten boekenonderzoek te doen en kennis te maken met het management van Ijk Totaal, en een schriftelijke koopovereenkomst ontbrak.

Uiteindelijk slagen de bestuurders niet in de hun door de rechtbank verstrekte bewijsopdracht die er – zakelijk weergegeven – toe strekte het voorgaande te ontkrachten.

Uit de door de curator gestelde feiten blijkt met name de feitelijke leiding die de middellijk bestuurder en de medebeleidsbepaler tezamen en in vereniging hebben gegeven aan de gebleken frauduleuze praktijken. De middellijk bestuurder is daarvoor als (middellijk)

bestuurder van IJk Totaal aansprakelijk op grond van artikel 2:11 BW, en de medebeleidsbepaler is aansprakelijk op grond van artikel 2:248 lid 7 BW, omdat hij het beleid van IJk Totaal (mede) heeft bepaald. De derde gedaagde partij was formeel bestuurder van IJk Totaal. Voor de beoordeling weegt nog mee dat de bestuurders kennelijk willens en wetens hebben gehandeld ondanks uitdrukkelijke waarschuwingen van hun boekhouder voor de mogelijke consequenties van hun handelwijze.

De bestuurders zijn wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur hoofdelijk aansprakelijk voor het totale faillissementstekort van IJk Totaal. De rechtbank veroordeelt hen hoofdelijk om aan de curator te betalen een bedrag, gelijk aan het totale tekort van IJk Totaal, als bedoeld in artikel 2:248 lid 1 BW, zoals dat totale tekort na verificatie in het faillissement zal blijken te zijn.

B. Hoyng, december 2015

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 09-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2015:5620

Zaaknummer: C/o8/140690 HA ZA 13-263

Rechters: W.K.F. Hangelbroek, M.M. Lorist en M.M. Verhoeven

Advocaten: G.W. Breuker, H.G.M. van Zutphen en D.F. Briedé

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:11 BW en 2:248 lid 7 BW

RECHTSPRAAK

X/EC Management

Het Hof 's-Hertogenbosch verklaart zich onbevoegd omdat comi van privépersoon buiten Europese Unie gelegen zou zijn

Feiten

Het arrest gaat bovenal over de vraag welke rechter bevoegd is een natuurlijk persoon failliet te verklaren als deze persoon niet meer in Nederland woont maar buiten de Europese Unie, in dit geval Zwitserland.

ECM kocht op 9 september 2014 een collectie kunstwerken van een vennootschap voor een bedrag van € 120.000. Voor de verplichtingen van de verkoper heeft een natuurlijk persoon, de heer X, zich jegens ECM garant gesteld. Bij e-mail van 3 juli 2015 heeft ECM de natuurlijk persoon X aangesproken uit hoofde van de garantstelling. Kort daarvoor, op 25 juni 2015, had X zich echter reeds uitgeschreven uit de gemeentelijke basisadministratie en hij zou naar Zwitserland vertrokken zijn.

Omdat betaling uitblijft, vraagt ECM per verzoekschrift d.d. 14 september 2015 het faillissement van X aan. Op 13 oktober 2015 wordt X door de rechtbank failliet verklaard. De rechtbank heeft daarbij overwogen dat volgens artikel 3 lid 1 Insolventieverordening, het centrum van voornaamste belangen van X in Nederland ligt.

In hoger beroep voert X aan dat de Nederlandse rechter in het geheel niet bevoegd is. Hij voert daartoe primair aan dat de Nederlandse rechter onbevoegd is omdat het centrum van zijn leven in Zwitserland is gelegen. Tevens voert hij aan dat ECM in het geheel geen opeisbare vordering heeft en dat er verder geen sprake is van pluraliteit.

Oordeel Hof Den Bosch

Het Hof Den Bosch overweegt ten eerste dat de vraag onder vigeur van de huidige Insolventieverordening beoordeeld moet worden, en niet de herschikking van de Insolventieverordening die vanaf 26 juni 2017 van toepassing zal zijn. Het hof overweegt dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toekomt omdat het niet aannemelijk is dat de 'comi'

(= centre of main interest) van X zich op de datum van het verzoekschrift tot faillietverklaring nog in Nederland bevond. Dat X nog een Holding en daarmee activa in Nederland heeft, maakt dat oordeel volgens het hof niet anders.

Het hof overweegt verder, naar eigen zeggen ten overvloede, dat ook als de Nederlandse rechter wel rechtsmacht zou hebben op grond van de Insolventieverordening, dat dan uit artikel 2 lid 2 Fw nog immer geen rechtsmacht zou voortvloeien. Het artikel bepaalt: 'Indien de schuldenaar zich buiten het Rijk in Europa heeft begeven, is de rechtbank zijner laatste woonplaats bevoegd.' Het hof overweegt daartoe dat een schuld van X jegens ECM nog niet bestond op 25 juni 2015, omdat ECM pas *na* die datum X heeft aangesproken onder de reeds eerder afgegeven garantstelling. Het hof beoogt daarmee het arrest HR 3 december 1982, NJ 1983/495 toe te passen. Hierin overwoog de Hoge Raad ten aanzien van artikel 2 lid 2 Fw dat 'de wetgever de bevoegdheid van de Nederlandse rechter in zo'n geval niet aan verdere beperkingen heeft willen onderwerpen dan (...) dat de 'schuldenaar' reeds bij zijn vertrek uit Nederland een of meer schulden had jegens de schuldeiser die zijn faillissement heeft aangevraagd.'

Nog meer ten overvloede overweegt het hof dat onvoldoende is gebleken dat X verkeert in de toestand dat is opgehouden te betalen, waartoe het hof onder meer overweegt dat onvoldoende duidelijk is dat ECM een opeisbare vordering heeft op X.

Analyse

Het hof oordeelt in de kern genomen dat het niet bevoegd is omdat de *comi* niet in Nederland ligt maar in Zwitserland. De uitkomst van deze benadering is ongelukkig. Het concept '*comi*' vormt een kernonderdeel van de Europese Insolventieverordening. Artikel 3 IVO verklaart de rechter bevoegd *binnen* de Europese Unie waar de *comi* gelegen is. Zie met zoveel woorden overweging 14: 'Deze verordening is uitsluitend van toepassing op procedures waarbij het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar in de Gemeenschap ligt.' De Insolventieverordening is in de kern genomen een erkenningsverordening, waarbij een eenmaal binnen de Europese Unie geopende insolventieprocedure overal binnen de Europese Unie erkend dient te worden op grond van artikel 16 IVO. Deze universaliteitsgedachte staat er met name aan in de weg dat er twee concurrerende hoofdprocedures kunnen bestaan *binnen* de Europese Unie. Als de *comi* echter *buiten* de Europese Unie gelegen is, biedt de Insolventieverordening geen antwoord op de vraag welke rechter dan bevoegd is. Men valt dan terug op het nationale IPR. Anders dan het hof oordeelt, is op de vraag of de Nederlandse rechter bevoegd is, dus niet de Insolventieverordening van toepassing. De uitkomst van het hof, die onder de voorliggende omstandigheden rechtsmacht afwijst, is ongelukkig omdat ten aanzien van schuldenaren met hun *comi* *buiten* Europa maar met relevante activa binnen

Nederland, er geen mogelijkheid zou bestaan voor het openen van een insolventieprocedure om het samenlopen van aanspraken in goede banen te leiden. Hoe met dergelijke gevallen omgegaan moet worden, wordt ook niet beantwoord door de Hoge Raad in het *Yukos*-arrest van 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ5668). In dit laatste arrest overwoog de Hoge Raad dat ten aanzien van een faillissement geopend buiten de Europese Unie, de Nederlandse IPR-regels van toepassing zijn en dat deze, kort gezegd, met zich brengen dat een buitenlandse curator wel beschikkingsbevoegd is ten aanzien van hier gelegen activa, maar dat hij hier gelegde beslagen dient te eerbiedigen. Hiermee biedt het *Yukos*-arrest dus ook geen oplossing in geval er zich hier schuldeisers zouden verdringen ten aanzien van activa van een schuldenaar met zijn *comi* buiten de Europese Unie.

Indien en voor zover de *comi* *buiten* de Europese Unie gelegen is, zou de gepaste reactie m.i. zijn om toch een insolventieprocedure te openen ten aanzien van de activa in Nederland gelegen, mits verder aan de voorwaarden voor het openen van een insolventieprocedure is voldaan. In die zin zou een ruime lezing van artikel 2 lid 4 Fw voor de hand liggen, welk lid bepaalt dat, indien de schuldenaar binnen het Rijk in Europa geen woonplaats heeft, doch aldaar een beroep of bedrijf uitoefent, de rechtbank, binnen welker gebied hij een kantoor heeft, bevoegd is. Indien er dus activa zijn van een rechtspersoon in Nederland, ligt het m.i. voor de hand snel het bestaan van een 'kantoor' aan te nemen. Op dezelfde wijze ligt het voor de hand een ruime interpretatie van artikel 2 lid 2 Fw voor natuurlijke personen te hanteren. De interpretatie van het Hof Den Bosch daarentegen dat er nog geen schuld van X jegens ECM bestond omdat ECM de natuurlijke persoon X nog niet had aangesproken onder de eerder afgegeven garantie, komt dan ook onnodig beperkt voor.

Hier komt het Hof Den Bosch echter uiteindelijk tot de conclusie dat, wat er ook van rechtsmacht moge zijn, en van de werking van artikel 2 lid 2 Fw, er volgens het hof niet aan de voorwaarde is voldaan dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Het is m.i. echter enkel die laatste overweging die het oordeel van het hof zou kunnen dragen.

R.J. de Weijs, december 2015

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 26-11-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:4867

Zaaknummer:

Rechters: R.R.M. De Moor, A.P. Zweers-van Vollenhoven en A.J. Costers

Advocaten: J.A.M. van Dieren en S. Hossaini

Wetsartikelen: 2 Fw en art. 3 IVO

RECHTSPRAAK

Handelen bestuurder vlak voor faillissement

Anderhalf jaar na oprichting op 3 september 2014, faillieerde Bar Café Kelder B.V. Bar Café Kelder exploiteerde café 'Het Keldertje' in Almelo. Twee weken vóór het faillissement betaalde de bestuurder een bedrag van €4.000 aan zichzelf uit, als vergoeding van advocaatkosten die al door een andere vennootschap van de bestuurder betaald waren. Op de dag van het faillissement zelf betaalde de schuldenaar nog een bedrag van €3.000 aan deze andere vennootschap. Dit bedrag betrof een uitkering van een verzekeraar aan de failliet. De curator doet een beroep op de pauliana en vernietigt beide boekingen op grond van artikel 42 Fw door middel van een buitengerechtelijke verklaring. De curator stelt zich op het standpunt dat deze boekingen onverplichte rechtshandelingen zijn. De rechtbank volgt de curator en oordeelt geheel begrijpelijk dat beide boekingen onverplichte rechtshandelingen zijn. Niet is gesteld of gebleken dat er een afspraak was op basis waarvan de failliet verplicht was de bedragen te betalen. De rechtbank lijkt er voorts van uit te gaan dat de failliet behoorde te weten dat de betalingen vlak voor faillissement benadeling van schuldeisers tot gevolg zou hebben. De rechtbank houdt de buitengerechtelijke vernietiging door de curator in stand.

Ook stelt de curator de bestuurder aansprakelijk voor het tekort in het faillissement op grond van artikel 2:248 lid 1 en lid 2 in samenhang met artikel 2:10 BW. De curator constateert dat hij door het gebrek aan een deugdelijke administratie de rechten en verplichtingen van de gefailleerde niet kon kennen. Wegens het ontbreken van informatie over debiteuren, over de fiscale stand van zaken en over de inkoopgegevens en de omzet van de gefailleerde concludeert de rechtbank dat inderdaad geen sprake is van een deugdelijke administratie. Met verwijzing naar artikel 2:248 lid 1 BW oordeelt de rechtbank dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Op grond van artikel 2:248 lid 2 BW wordt vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De rechtbank wijst een tussenvonnis en biedt de bestuurder gelegenheid om tegenbewijs te leveren tegen het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur van gefailleerde een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Bas Kentie

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 14-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2015:5187

Zaaknummer: C/o8/165542 / HA ZA 14-616

Wetsartikelen: 42 Fw, 2:10, 2:248 BW