

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 11, 2016

Nummer 11, 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

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:1839](#) 10-05-2016

Curator/X.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:3530](#) 03-05-2016

United Wheels Zwolle

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2016:2709](#) 18-05-2016

curator D.O.N./bestuurders

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:3303](#) 04-05-2016

Curator Holding Cinjee c.s. / X

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2016:2173](#) 29-04-2016

Dix q.q./O&C Invest

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2016:1479](#) 26-04-2016

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2016:1939](#) 20-04-2016

Bontrup/Van Dooren q.q.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:1909](#) 25-02-2016

Trescona/Princen q.q.

RECHTSPRAAK

curator D.O.N./bestuurders

D.O.N. heeft voor faillissement activa aan zusterervennootvennootschappen overgedragen tegen een voorwaardelijke vergoeding. Die vergoeding is uiteindelijk nooit betaald. Naar het oordeel van de rechtbank levert de overdracht onbehoorlijk bestuur op van de bestuurder en indirect bestuurder. Dit onbehoorlijk bestuur was een belangrijke oorzaak van het faillissement van D.O.N. (art. 2:248 BW).

D.O.N. Detacherings Organisatie Nederland B.V. (hierna: DON) heeft in 2008 DON Bouw, DON Metaal, DON Europa en DON IT opgericht. Vervolgens zijn activa, waaronder contracten met uitzendkrachten, overgedragen aan de zusterervennootschappen zonder dat daar direct een reële vergoeding tegenover stond. Wel werd afgesproken dat de dochterervennootschappen hiervoor zouden betalen afhankelijk van in de toekomst te behalen winsten door die dochters. Volgens de rechtbank werd hiermee voor de dochters een 'loterij zonder nieten' opgezet. Geen redelijk denkend bestuurder zou onder dezelfde omstandigheden aldus hebben gehandeld, waarmee onbehoorlijk bestuur voor de rechtbank gegeven is.

Dat onbehoorlijke bestuur is volgens de rechtbank ook een belangrijke oorzaak van het faillissement van DON geweest. DON heeft (nagenoeg) het hele actief van haar onderneming overgedragen aan de zusterervennootschappen en genereerde dus zelf geen omzet meer maar maakte nog wel kosten, terwijl zij voor het actief geen reële vergoeding heeft ontvangen. Dat er wellicht andere belangrijke faillissementsoorzaken waren – namelijk de economische crisis in combinatie met hoge vaste lasten en niet-meewerkende schuldeisers – doet, wat van die gestelde oorzaken verder ook zij, daar niet aan af.

De bestuurders zijn jegens de curator aansprakelijk voor het faillissementstekort.

A.L. Jonkers, mei 2016

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 18-05-2016

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2016:2709

Zaaknummer: 286706

Rechters: N.W. Huijgen, G.J. Meijer en M.A.M. Vaessen

Advocaten: A.F.Th.M. Heutink

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Dix q.q./O&C Invest

De voorzieningenrechter doet wegens zeer spoedeisend karakter mondeling uitspraak en publiceert het vonnis zonder schriftelijke motivering. Curatoren in het faillissement van Brova B.V. hebben de verkoop en levering van de aandelen in Purdey Mode B.V. aan O&C aangevochten. De voorzieningrechter veroordeelt O&C tot teruglevering van de aandelen.

Omdat de motivering bij de uitspraak vooralsnog ontbreekt, kunnen de overwegingen van de rechter hier niet worden besproken. Het lijkt erop dat Brova vlak voor faillissement de aandelen in Purdey aan O&C heeft verkocht, en dat de curatoren deze verkoop met succes hebben vernietigd met een beroep op de faillissementspauliana.

A.L. Jonkers, mei 2016.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 29-04-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:2173

Zaaknummer: C/01/307339 / KG ZA 16-221

Rechters: A.H.L. Roosmale Nepveu

Advocaten: I.C.J.C. van de Klundert, A.C.A. Klerks-Valks, S.A.J. van Rossum, A.P.P. Witteveen en T.S. Jansen

RECHTSPRAAK

Bontrup/Van Dooren q.q.

Coface/Intergamma problematiek. De rechtbank ziet geen reden van het uitgangspunt dat een onoverdraagbaarheidsbeding slechts verbintenisrechtelijke werking heeft, af te wijken. De aandeelhouder heeft daarom een geldig zekerheidsrecht op de vordering van haar dochter op een derde verkregen. Ook kan volgens de rechtbank niet gezegd worden dat de aandeelhouder onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers.

Bowie Recycling is in 2014 failliet verklaard met aanstelling van Van Dooren als curator. Bontrup Holding, de enig aandeelhouder van Bowie, wil haar pandrecht op een vordering van Bowie op RWE Supply & Trading Netherlands BV uitwinnen. De vordering bedraagt zo'n € 300.000. Tussen RWE en Bowie was echter een onoverdraagbaarheidsbeding overeengekomen ten aanzien van deze vordering. Curator Van Dooren stelt dat dit beding ook een verpandingsverbod betreft, dat het goederenrechtelijke werking heeft en dus geen geldig pandrecht is verkregen door Bontrup. Tevens meent de curator, subsidiair, dat Bontrup onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers.

De rechtbank overweegt met verwijzing naar HR *Coface/Intergamma* en HR *Oryx/Van Eesteren* dat aangenomen mag worden dat onoverdraagbaarheidsbedingen uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in artikel 3:83 lid 2 BW is beoogd. De rechtbank komt tot de conclusie dat de tekst van het beding niet op goederenrechtelijke werking duidt.

Voorts gaat de stelling van de curator dat Bontrup Holding onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers niet op. De curator had gesteld dat Bontrup onrechtmatig heeft geprofiteerd van wanprestatie van Bowie jegens RWE. De redenering van de rechtbank is dat dergelijk profiteren hier niet onrechtmatig kan zijn, omdat de stamakte waaruit de verplichting van Bowie tot de verpanding van de vordering op REW/EEP aan Bontrup Holding voortvloeide dateert van voor de overeenkomst van Bowie met RWE/EEP en

dat dus Bontrup Holding op dat moment uiteraard nog niets wist van de inhoud van een contract dat nog gesloten moest worden.

Interessant is nog dat de rechtbank heel kort overweegt dat het vasthouden aan een rechtsgeldig gevestigd pandrecht slechts in zeer bijzondere omstandigheden onrechtmatig kan zijn jegens de gezamenlijke crediteuren en daarvan is geen sprake in een geval als het onderhavige. Niet duidelijk is wat de curator heeft aangevoerd, maar opvallend is hier dat het de aandeelhouder van Bowie is die een beroep doet op haar pandrecht in het faillissement van haar dochter. Daaruit blijkt indirect dat de aandeelhouder Bowie gefinancierd heeft met gesecureerde aandeelhoudersleningen. In de literatuur is wel betoogd dat het aandeelhouders niet altijd vrij zou staan een dergelijke structuur op te zetten, althans daar een beroep op te doen in insolventie. De rechtbank gaat echter niet concreet op die problematiek in.

A.L. Jonkers, 24 mei 2016

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 20-04-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:1939

Zaaknummer: C/01/297705 / HA ZA 15-594

Rechters: J.A. Bik

Advocaten: I.J.A.J. Hanssen en D.C.M.H. Vielvoye

Wetsartikelen: 3:83 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Trescona/Princen q.q.

Mag de curator op grond van artikel 39 Fw de huur tegen minder dan drie maanden opzeggen? De curator meent hier van wel, omdat de panden al leeg zijn en er een nieuwe huurder is. De rechtbank oordeelt in het voordeel van de verhuurder. De verhuurder verkrijgt echter geen executoriale titel, omdat het karakter van een boedelvordering zich daar niet mee zou verdragen.

Curator Princen in het faillissement van Armada heeft de huur van twee panden opgezegd tegen minder dan de op grond van artikel 39 Fw als in ieder geval voldoende bestempelde drie maanden opzegtermijn. Volgens de curator hoeft die termijn hier niet in acht te worden genomen, omdat de panden al vrijwel leeg zijn en er al een nieuwe huurder zou zijn. Een van de twee panden was reeds voor het faillissement onderverhuurd aan Volcano. Volcano betaalde de huur direct aan verhuurder Trescona. Iets meer dan twee maanden na faillissement heeft Volcano een directe huurovereenkomst met Trescona gesloten. Volgens de curator heeft Volcano ook de huur over de ruim twee maanden onderhuur na faillissement van Armada voldaan aan Trescona. De verhuurder eist als boedelvordering voor de huur van het ene pand over de ruim twee maanden na faillissement, totdat Volcano direct van Trescona is gaan huren, en drie maanden huur voor het andere pand.

De rechtbank oordeelt dat een redelijke uitleg van artikel 39 Fw gezien het thans geldende huurrecht meebrengt dat bij een opzegging van de huurovereenkomst op grond van artikel 39 Fw de overeengekomen termijn, en bij gebreke daarvan, de wettelijke termijn in acht moet worden genomen, met dien verstande dat een termijn van drie maanden in elk geval voldoende zal zijn. De overeengekomen opzegtermijn was hier een jaar. De curator kon dus op grond van artikel 39 tegen drie maanden opzeggen, maar niet tegen een kortere termijn.

De curator heeft ten aanzien van de huur van een van de twee panden gesteld dat de huur over de periode na faillissement al voldaan is door Volcano. Volcano heeft inderdaad bedragen overgemaakt aan Trescona, maar er was op dat moment een huurachterstand. Nu niet vastgesteld kan worden dat die betaling moest worden toegerekend aan de periode na

faillissement (art. 6:43 lid 1 BW), wordt de betaling toegerekend aan de oudste verbintenis (art. 6:43 lid 2), waardoor de huur over de opzegtermijn nog niet voldaan is.

De huur die de curator als boedelschuld dient te voldoen wordt in de vorm van een verklaring voor recht toegewezen. Het karakter van een algemeen beslag van alle crediteuren, met alle preferenties die daar bij horen, verdraagt zich volgens de rechtbank niet met een executoriale titel.

A.L. Jonkers, mei 2016

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 25-02-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:1909

Zaaknummer: 4141126 CV EXPL 15-4000

Advocaten: E.F. Seunke en M.A.J. Hartman

RECHTSPRAAK

United Wheels Zwolle

Bestuurdersaansprakelijkheid-equivalent van ING/Gunning? De fietsenwinkel United Wheels Zwolle is hoofdzakelijk gefinancierd met geseceerde aandelhoudersleningen. Na opeising van de vordering en aanzegging uitoefening van het pandrecht door de aandeelhouder, verkoopt de schuldenaar zelf de resterende activa, waarna uit de opbrengst de aandeelhouder deels voldaan wordt. De aandeelhouder heeft geen pandrecht op de opbrengst. Volgens het Hof is er geen sprake van onderhandse executie ex artikel 3:251 BW. Aandeelhouder en middellijk bestuur zijn aansprakelijk op grond van selectieve betaling.

De gefailleerde vennootschap United Wheels Zwolle B.V. dreef als onderneming een fietsenwinkel. De aandeelhouder was een vennootschap die tevens bestuurder was van United Wheels Zwolle B.V., met op haar beurt een bestuurder natuurlijk persoon.

De aandeelhouder heeft een lening verschaft van € 150.000, waarvoor door middel van registratie van een eerdere pandakte op 27 oktober 2010 een pandrecht is gevestigd op de inventaris en voorraad. In de pandakte is nog opgenomen dat (i) in geval van vervreemding de pandgever de opbrengst aan de pandnemer dient af te dragen en (ii) dat de pandgever gehouden is om alle vorderingen uit hoofde van een eventuele verkoop te verpanden aan de pandnemer. Op 3 februari 2012 bericht de aandeelhouder dat United Wheels Zwolle B.V. in gebreke was en dat zij haar pandrecht zou uitoefenen door de zaken onder zich te nemen en te verkopen. Vervolgens is de volledige resterende voorraad en inventaris verkocht en is de koopsom ad € 53.550 overgemaakt naar de bankrekening van United Wheels Zwolle B.V. Van dit bedrag is op 10 februari 2012 € 50.000 aan de aandeelhouder betaald, waarna betalingsonmacht bij de Fiscus is gemeld. Op 12 april 2012 is United Wheels Zwolle failliet verklaard.

Het arrest vormt in de eerste plaats een voorbeeld van aandeelhouders die niet met kapitaal

en risicodragend vermogen financieren, maar met gesecureerde leningen en daarmee met risicomijdend vermogen. Andere voorbeelden zijn Estro waarbij de aandeelhouder blijkens het eerste openbaar verslag zekerheden claimde op de bankrekening, het faillissement van V&D waarbij de aandeelhouder de gesecureerde positie van de banken had overgenomen, het faillissement van BV+R Group (*JOR* 2011/170), het faillissement van Thieme Groep waarbij de aandeelhouder haar vorderingen onder een verzamelpandconstructie met de bank bracht (*JOR* 2016/107) en het faillissement van de Parallel-vennootschappen, waarbij de uiteindelijke aandeelhouder zich bediende van een verzamelpandconstructie ten aanzien van alle dochtervennootschappen om aan de aandeelhouder alle debiteuren te verpanden (INS 2015-0348). Het voorliggende arrest is reeds interessant omdat men hier ziet dat ook minder professionele partijen inmiddels financieren met gesecureerde aandeelhoudersleningen waarbij het ondernemingsrisico primair bij gewone schuldeisers en de Belastingdienst komt te liggen en niet bij de aandeelhouder.

De vraag die voorlag was echter niet in hoeverre een aandeelhouder in faillissement op dezelfde wijze als andere schuldeisers voorrang kan claimen op basis van zekerheden. De vraag die voorlag was of de gedaagden aansprakelijk waren op grond van selectieve betaling. De rechtbank had de directe aandeelhouder tevens bestuurder evenals de middellijke bestuurder op grond van artikel 2:11 BW veroordeeld. Ook het hof komt tot het oordeel dat er sprake is van selectieve betaling. Op basis van de *de facto* liquidatie van United Wheels Zwolle komt het hof tot het oordeel dat partijen wisten of behoorden te weten dat het faillissement redelijkerwijs te verwachten was. Het bewijsaanbod daartegen passeert het hof. Op basis van het oordeel dat partijen wisten of behoorden te weten dat het faillissement redelijkerwijs te verwachten was, en dat de aandeelhouder geen voorrang had op de verkoopopbrengst, komt het hof tot het oordeel dat 'die opbrengst beschikbaar had moet blijven voor de gezamenlijke schuldeisers en dat, nu de opbrengst in het zicht van het faillissement van de vennootschap is aangewend ter aflossing van een geldlening van [de aandeelhouder, RdW], er sprake is van onrechtmatig handelen waardoor, met doorbreking van de *paritas creditorum*, de gezamenlijke schuldeisers van de vennootschap zijn benadeeld.'

Het arrest vormt daarmee deels een bestuurdersaansprakelijkheid-equivalent van de verrekeningsproblematiek als aan de orde in het arrest *ING/Gunning q.q.* (*JOR* 2005/19). In dit arrest had de bank een hypotheekrecht, maar stemde zij in met onderhandse verkoop van het onroerend goed waarbij zij afstand van haar hypotheekrecht had gedaan. Toen de koopsom vervolgens op de rekening van de schuldenaar gestort werd bij de bank en de bank verrekende, diende deze verrekening volgens de Hoge Raad aan artikel 54 Fw getoetst te worden. De uitzondering van *HR Mulder q.q./CLBN* (*NJ* 1996/471) (waarin de Hoge Raad oordeelde dat stortingen in rekening-courant gevolgd door verrekening niet getoetst dienen te

worden aan de strenge regels van artikel 54 Fw indien de bank een pandrecht op de voldane vordering heeft) deed zich niet voor, omdat de bank weliswaar aanvankelijk een hypotheekrecht had, maar geen pandrecht op de koopsom. In het onderhavige geval kan het hof de zaak dus relatief eenvoudig afdoen op selectieve betaling, omdat de aandeelhouder toen zij voldaan werd geen voorrang meer had op de opbrengst. De vraag blijft echter wel in hoeverre de redenering mede is ingegeven door het feit dat de voldane schuldeiser hier tevens aandeelhouder was. Indien een bestuurder meewerkt aan een constructie als in HR *ING/Gunning* waarbij de bank haar zekerheidsrecht ietwat ongelukkig prijsgeeft en alsnog voldaan wordt door storting op de bankrekening gevolgd door verrekening, is moeilijk in te zien dat dit zou leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid. Hoewel men met enig puzzelen kan begrijpen dat de verrekening getoetst moet worden aan artikel 54 Fw, is het toch lastiger om hier aansprakelijkheid van de bestuurder in te vinden. Bij aansprakelijkheid gaat het toch om benadeling. Hoewel de verrekening kan stranden op artikel 54 Fw, kan men niet volhouden dat de gehele afwikkeling van de gesecureerde positie van de bank leidt tot schuldeisersbenadeling. Zie ook expliciet de Hoge Raad in het arrest *ING/Gunning*: 'Op zichzelf is juist dat de overige schuldeisers van de rekeninghouder ten achter zouden hebben gestaan bij de bank wanneer deze de ten processe bedoelde onroerende zaken als hypotheekhouder zou hebben uitgewonnen. Hiermee vergeleken komen die overige schuldeisers niet in een mindere positie te verkeren door aanvaarding van het beroep op verrekening door de bank en valt hun zelfs een voordeel toe waarop zij geen aanspraak hadden, doordat de bank afstand heeft gedaan van haar recht van hypotheek, terwijl haar beroep op verrekening – hoewel dat onmiddellijk samenhangt met de afstand door de bank van haar recht van hypotheek en berust op een tussen Ede, Veenendaal en de bank gemaakte afspraak – niet wordt gehonoreerd.' In het onderhavige geval komt het hof echter tot bestuurdersaansprakelijkheid, waarbij de omstandigheid dat de bestuurder ook de aandeelhouder als gesecureerd schuldeiser vertegenwoordigt, veel gewicht in de schaal lijkt te leggen.

Verweerders hadden bij rechtbank en hof nog aangevoerd dat er sprake zou zijn geweest van een afspraak van afwijkende executie als bedoeld in artikel 3:251 BW, zoals wel werd geaccepteerd in het arrest *Feenstra q.q./ING* (JOR 2014/118). Rechtbank en hof verwerpen beiden dit verweer. Het hof overweegt daartoe nog dat de uiteindelijke bestuurder zowel de aandeelhouder als United Wheels Zwolle vertegenwoordigde en daarom een dergelijke afspraak schriftelijk diende te zijn vastgelegd op grond van artikel 2:247 BW.

R.J. de Weijs

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 03-05-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:3530

Zaaknummer: 200.151.154/01

Rechters: W.J. Overtoom, O.E. Mulder en J. Smit

Advocaten: E.F.E. van Essen en M.A. Kerkdijk

Wetsartikelen: 6:162 BW, 3:251 BW en 2:247 BW

RECHTSPRAAK

Curator/X.

Het hof verleent ontslag van instantie ten aanzien van een vordering in reconventie nadat de curator aangeeft niet tot overneming van het geding over te gaan. De eisen van een goede procesorde verzetten zich hier niet tegen.

Tussen partijen speelt een geschil naar aanleiding waarvan een vonnis door de rechtbank is uitgesproken. Een der partijen, Psyche, stelt hoger beroep in maar wordt kort hierna in staat van faillissement verklaard.

Ingevolge artikel 29 Fw is de vordering op de failliet van rechtswege geschorst. De curator laat weten dat zij het geding in reconventie niet overneemt. Dit geeft de wederpartij van Psyche, ex artikel 27 lid 2 Fw, de mogelijkheid om ontslag van instantie te vragen, waartoe hij ook overgaat. De curator verzet zich hier niet tegen en de het hof ziet geen zodanige verwevenheid tussen de vordering in conventie en de vordering in reconventie dat het verlenen van ontslag van instantie in strijd met de eisen van een goede procesorde zou zijn. De vordering is toewijsbaar, aan het geding in reconventie komt definitief een einde.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 10-05-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:1839

Zaaknummer: 200.174.446_01

Rechters: C.N.M. Antens, M.G.W.M. Stienissen en A.J. Henzen

Advocaten: C.W. M Verberne en R. Haouli

Wetsartikelen: 27 Fw

RECHTSPRAAK

Curator Holding Cinjee c.s. / X

De overdragende tussenpersoon heeft geen eigendomsvoorbehoud op de portefeuille, wel een pandrecht op de provisievorderingen betreffende de verzekeringen.

Tussen de assurantiepersoon die bemiddelde bij de totstandkoming van verzekeringsovereenkomsten en de curator van vennootschappen die tezamen een assuratiebemiddelingsbedrijf vormden bestaat een geschil. Dat geschil heeft betrekking op een assurantieportefeuille die het assuratiebemiddelingsbedrijf in 2010 van de assurantiepersoon heeft gekocht maar ter zake waarvan zij de koopprijs niet volledig heeft voldaan.

De assurantiepersoon stelt primair dat hij zijn gehele assurantieportefeuille aan het assuratiebemiddelingsbedrijf heeft verkocht en geleverd onder de opschortende voorwaarde dat het assuratiebemiddelingsbedrijf de volledige koopprijs zou betalen, dan wel onder de ontbindende voorwaarde dat het assuratiebemiddelingsbedrijf de koopprijs niet tijdig zou betalen. De assurantiepersoon duidt deze voorwaardelijke verkoop en levering aan als 'eigendomsvoorbehoud' (welk woordgebruik ook is gebezigd in de onderliggende koopovereenkomst). Voorts stelt de assurantiepersoon dat het assuratiebemiddelingsbedrijf de assurantieportefeuille aan hem heeft verpand. Subsidiair stelt de assurantiepersoon zich op het standpunt dat het assuratiebemiddelingsbedrijf alle provisievorderingen op ieder van de financiële ondernemingen (verzekeraars) voortvloeiende uit de samenwerkingsovereenkomsten aan hem heeft verpand (hetgeen ook zou blijken uit de koopovereenkomst).

Anders dan de assurantiepersoon stelt, is het volgens de curator onder meer niet mogelijk om ten aanzien van een assurantieportefeuille de eigendom voor te behouden of een pandrecht te vestigen. Nu een assurantieportefeuille volgens de curator niet voor goederenrechtelijke overdracht vatbaar is, kan daarop geen pandrecht worden gevestigd. Evenmin is het volgens de curator mogelijk pandrecht te vestigen op (toekomstige) provisieaanspraken, omdat provisieaanspraken niet voor overdracht vatbare vermogensrechten zijn. Voorts betwist de

curator dat in de koopovereenkomst en/of het verpandingsborderel een rechtsgeldig pandrecht is gevestigd op de (individuele) provisievoororderingen op (ieder van) de financiële ondernemingen (verzekeraars), omdat slechts gesproken wordt over de vestiging van pandrecht op de assurantieportefeuille. Indien en voor zover al enig pandrecht is gevestigd, betreft dat slechts de provisievoororderingen op de financiële ondernemingen (verzekeraars) die bestonden op het moment van verpanding (i.e. 12 of 14 oktober 2010). Provisievoororderingen op de financiële ondernemingen (verzekeraars) van na de faillietverklaring kunnen volgens de curator niet verpand zijn, omdat (a) de bevoegdheid van het assurantiebemiddelingsbedrijf tot verpanding door het faillissement was vervallen en (b) het om vorderingen gaat tot betaling van tegenprestaties tegenover ten laste van de faillissementsboedel verrichte prestaties.

De rechtbank oordeelt uiteindelijk dat, omdat de verzekeraars geen partij zijn gemaakt bij de koopovereenkomst tussen de assurantiepersoon en het assurantiebemiddelingsbedrijf, hun medewerking aan de door de assurantiepersoon gestelde voorwaardelijke contractsoverneming op andere wijze dient te zijn verkregen. In dat verband oordeelt de rechtbank dat gesteld noch gebleken is dat tussen de assurantiepersoon, het assurantiebemiddelingsbedrijf en de betreffende verzekeraars op andere wijze is bepaald dat een eigendomsvoorbehoud, een opschortende of een ontbindende voorwaarde geldt. Met een en ander was, afgezien van de hierna te bespreken verpanding, ongeclausuleerde contractsoverneming ten aanzien van alle verzekeraars een feit. Over de stelling van de assurantiepersoon dat hij een pandrecht heeft op (de provisieaanspraken met betrekking tot de verzekeringen deel uitmakende van) de assurantieportefeuille, overweegt en oordeelt de rechtbank dat het hier gaat om provisieaanspraken van een bemiddelaar in verzekeringen tegen de verzekeraars betrokken op de betreffende verzekeringen, dus om vorderingen op naam. Waar die verzekeringen kennelijk voor of op 12/14 oktober 2010 tot stand waren gekomen en de betreffende provisievoororderingen opeisbaar waren geworden, gaat het om bestaande vorderingen tot betaling van provisie. Ingevolge artikel 3:239 BW kan op zodanige vorderingen een stil pandrecht worden gevestigd door middel van een geregistreerde onderhandse akte. Ingevolge artikel 3:239 BW is op dezelfde wijze met het geregistreerde verpandingsborderel ook een pandrecht gevestigd op de toekomstige provisieaanspraken met betrekking tot de in het verpandingsborderel met bijlagen genoemde verzekeringen die zijn doorgelopen (doorloopprovisie), mits deze provisieaanspraken rechtstreeks voortvloeien uit de daarin beschreven verzekeringen en ontstaan zijn voor de datum van het faillissement van het assurantiebemiddelingsbedrijf (relatief toekomstige vorderingen).

B. Hoyng, mei 2016

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 04-05-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:3303

Zaaknummer: C/10/482893

Rechters: W.P. Sprenger

Advocaten: J.J.C. Delahaye en J.P.M. Borsboom

RECHTSPRAAK

Strafrechtelijke pauliana; bestuurder is schuldig aan bedrieglijke bankbreuk. Rechtbank veroordeelt de bestuurder onder andere tot 15 maanden cel, waarvan 5 maanden voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren. De rechtbank legt tevens een strafrechtelijk bestuursverbod op.

Op 27 oktober 2009 faillieerde Fulfilment XXL. Het faillissement van Fulfilment Groningen en Fulfilment Group volgde op 9 maart 2010 respectievelijk 4 mei 2010. Deze groep van vennootschappen hield zich onder andere bezig met logistieke dienstverlening.

Het OM vervolgt de (indirect) bestuurder van de Fulfilment vennootschappen wegens faillissementsfraude. Het gewraakte handelen bestaat eruit dat de bestuurder (i) zich schuldig heeft gemaakt aan faillissementsfraude door geen administratie van de besloten vennootschappen waarvan hij bestuurder was over te leggen, (ii) geweigerd heeft ten kantore van de curator te verschijnen en (iii) zich schuldig heeft gemaakt aan faillissementsfraude door goederen aan de boedel te onttrekken.

Het OM baseert zijn vervolging onder andere op artikel 194 en artikel 343 van het Wetboek van Strafrecht. Uit dit laatste artikel volgt dat de bestuurder een sanctie krijgt opgelegd wanneer sprake is van bedrieglijke – dus opzettelijke – verkorting van de rechten van de schuldeisers van de failliete rechtspersoon. Hieronder wordt mede voorwaardelijk opzet verstaan; dus voor strafbaarstelling op grond van artikel 343 Wetboek van Strafrecht is voldoende het bewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans op verkorting van de rechten van de schuldeisers (zie onder andere de uitspraak van de Hoge Raad van 9 februari 2010, *NJ* 2010/104).

De rechtbank acht bewezen dat de bestuurder geen administratie heeft overgelegd aan de curator, dat de bestuurder heeft geweigerd ten kantore van de bestuurder te verschijnen en dat de bestuurder goederen ter waarde van ongeveer € 550.000 aan de boedel heeft onttrokken. Het bewezenverklaarde is mede gegrond op het feit dat de bestuurder niet in staat was de onttrekkingen aan de boedel te verantwoorden.

De rechtbank veroordeelt de bestuurder tot een gevangenisstraf van 15 maanden, waarvan 5 maanden voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren. Daarnaast krijgt de bestuurder ook een strafrechtelijk bestuursverbod opgelegd op grond van artikel 349 Wetboek van Strafrecht om voor de duur van 2 jaren zijn beroep uit te oefenen.

Bij het bepalen van de straf heeft de rechtbank rekening gehouden met de oriëntatiepunten voor straftoemeting van het Landelijk Overleg Vakinhoud Strafrecht, dat bij een benadelingsbedrag tot € 500.000 een gevangenisstraf van twaalf tot achttien maanden onvoorwaardelijk vermeldt. De rechtbank matigt de straf enigszins omdat de bestuurder niet eerder ter zake van feiten als de onderhavige is veroordeeld. De rechtbank legt hierbij wel een straf op die strenger is dan de straf van 6 maanden voorwaardelijk die het OM onder andere heeft gevorderd.

Bas Kentie

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 26-04-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2016:1479

Zaaknummer: 05/860081-13

Wetsartikelen: 343 Sr en 349 Sr