

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 17, 2016

Nummer 17, 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 Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:6398](#) 09-08-2016

Van der Schee q.q./Gemeente Stichtse Vecht

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:6256](#) 02-08-2016

Vermijzer/borg

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:2259](#) 02-08-2016

De Zonnebloem/X

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:3063](#) 26-07-2016

curatoren Midreth/Black Box

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:3235](#) 26-07-2016

Curator/Voormalig DGA

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:5855](#) 19-07-2016

Curator/niet-failliete echtgenoot

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:3093](#) 19-07-2016

Snowbase/Hiemstra q.q.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:6033](#) 13-07-2016

Van de Rhee faillissementsfraude

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:5722](#) 12-07-2016

VOF/bestuurder

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:2735](#) 07-07-2016

Dekker q.q./Appellante

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:5665](#) 07-07-2016

Gemeente Emmen/Megahome

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:4726](#) 14-06-2016

Appellant/Y

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:1412](#) 12-04-2016

Huijzer q.q./ Osib c.s.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:5426](#) 22-12-2015

Vennoot X/Verhuurder

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:6313](#) 10-08-2016

Rabobank/Orfeo c.s.

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2016:5851](#) 03-08-2016

verhuurder/bestuurder huurder

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:3454](#) 20-07-2016

Chauffeur/HIT

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2016:3386](#) 29-06-2016

Klerks-Valks q.q./X

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2016:3490](#) 27-06-2016

X c.s./Concern Y

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2016:2369](#) 15-06-2016

X/Teunis q.q.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:4321](#) 01-06-2016

Curator Inter Confex/X

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:3164](#) 01-06-2016

Kebo Holding c.s./Stichting De Bewaarder c.s.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:2850](#) 01-06-2016

Stichting Beleggersbelangen Sinano c.s./Circle Investment Support Services B.V.

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2016:3438](#) 01-06-2016

ACM/X

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:2866](#) 01-06-2016

X/Y en Z

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2016:3724](#) 31-05-2016

Rutters Autobedrijf/De Jongh B.V.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2016:5872](#) 25-05-2016

Toko/Gedaagden c.s.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:2675](#) 25-05-2016

Velthuizen q.q./ASR c.s.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:4286](#) 22-04-2016

X/Essent

RECHTSPRAAK

De Zonnebloem/X

Bestuurdersaansprakelijkheid. In hoger beroep ontvalt de rechtsgrond aan een betaling die De Zonnebloem CV aan de bv van geïntimeerden heeft gedaan. De Zonnebloem vordert betaling op grond van onverschuldigde betaling en deze vordering wordt toegewezen. Enige tijd later gaat de bv failliet. Tussen voornoemde vonnissen vond er verrekening van een vordering van geïntimeerde 1 op de bv met een langlopende schuld van de bv aan geïntimeerde 1 plaats. De Zonnebloem kan haar vordering uit onverschuldigde betaling niet voldaan krijgen en stelt geïntimeerden aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad. Het hof overweegt (onder meer) dat de mogelijkheid dat een zaak in hoger beroep anders uitpakt, onvoldoende is voor 'weten' of 'behoren te weten'.

In 2002 wordt Perkplantenkwekerij De Zonnebloem CV veroordeeld een bedrag van € 46.647,21 te voldoen aan de bv van geïntimeerden. In hoger beroep is dit vonnis vernietigd en de reeds door De Zonnebloem verrichte betaling gold vanaf dat moment als onverschuldigd. De Zonnebloem heeft geïntimeerden vervolgens gedagvaard en betaling van het onverschuldigde bedrag gevorderd. Deze vordering is bij verstekvonnis toegewezen, na betekening van welke de bv te kennen heeft gegeven niet aan haar betalingsverplichting te kunnen voldoen. Enige tijd later is de bv failliet verklaard.

De Zonnebloem stelt geïntimeerden aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad. Het onrechtmatige handelen is, aldus De Zonnebloem, gelegen in het niet tijdig deponeren van de jaarverslagen en het volledig leeghalen van de bv. De rechtbank wijst de vordering van De Zonnebloem af. In hoger beroep overweegt het hof dat het niet tijdig deponeren van de jaarrekening een verzuim is dat kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:248 BW oplevert. Het betreft in beginsel een aansprakelijkheid jegens de curator en slechts onder bijzondere omstandigheden kan dit verzuim een aansprakelijkheid jegens individuele

crediteuren opleveren. Het bestaan van dergelijke omstandigheden is in het oordeel van het hof onvoldoende onderbouwd door De Zonnebloem.

Wat betreft het leeghalen van de bv overweegt het hof het volgende. Het ging om verrekening van een vordering van de aandeelhouder op de bv met een langlopende schuld van de bv aan diezelfde aandeelhouder. Deze verrekening vond plaats nadat in eerste aanleg van de eerste procedure de vordering aan de bv was toegewezen, en voordat (na de procedure in hoger beroep) bleek dat De Zonnebloem onverschuldigd had betaald aan de bv. Het hof oordeelt, in lijn met eerdere rechtspraak, dat een bestuurder onrechtmatig kan handelen tegenover een crediteur van de rechtspersoon wanneer hij medewerking verleent aan een doen of nalaten van de rechtspersoon waardoor wordt bewerkstelligd of toegelaten dat de rechtspersoon haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. Aansprakelijkheid jegens een crediteur van de rechtspersoon kan alleen worden aangenomen als de bestuurder een ernstig verwijt valt te maken van zijn handelen. Van een dergelijk verwijt zal in de regel eerst sprake zijn als de bestuurder zich ten tijde van zijn handelen bewust moet zijn geweest van de mogelijke benadeling van een crediteur omdat de vennootschap haar verplichtingen niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden. De Zonnebloem heeft in onderhavige zaak onvoldoende onderbouwd dat er sprake zou zijn van een dergelijk ernstig verwijt. Het hof voegt toe dat de mogelijkheid dat een zaak in hoger beroep anders uitpakt onvoldoende is voor 'weten' of 'behoren te weten'.

T. Schaap

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 02-08-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:2259

Zaaknummer: 200.121.553/01

Rechters: H.J. Vetter, M.C.M. van Dijk en W.E. Merens

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Curator/Voormalig DGA

Voormalig DGA aansprakelijk voor het boedeltekort in faillissement na het nalaten van verrichten van onderzoek naar de hoedanigheid, zakelijke achtergrond en motieven van de partij aan wie hij de vennootschap heeft overgedragen.

Een DGA draagt alle aandelen in een bv tegen betaling van € 1 over en neemt ontslag als bestuurder. De koper van de aandelen wordt als opvolgend bestuurder benoemd en onder zijn bewind neemt de bv in de periode tot aan faillissement voor grote bedragen aan goederen en diensten af, zonder deze te betalen. Zodoende verdubbelen de schulden van de vennootschap in korte tijd.

De curator stelt de oorspronkelijke DGA en de opvolgend DGA aansprakelijk voor het boedeltekort. In eerste aanleg wordt de vordering tegen de opvolgend DGA toegewezen maar de vordering tegen de voormalig DGA niet. Volgens de rechtbank was het de opvolgend bestuurder die de vennootschap heeft misbruikt, terwijl niet is gebleken dat de voormalig DGA op de hoogte was van de motieven van de opvolgend DGA of tegen dat misbruik iets had kunnen doen.

De curator voert in hoger beroep aan dat ondanks het feit dat er een andere belangrijke, externe oorzaak van het faillissement is (de onbehoorlijke taakvervulling door de opvolgend bestuurder), de voormalig DGA als bestuurder kan worden verweten dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen. Hij zou zonder enig onderzoek naar de motieven van de opvolgend DGA de vennootschap aan hem hebben overgedragen, waarbij hij heeft nagelaten de belangen van de bestaande schuldeisers veilig te stellen.

Naar het oordeel van het hof mocht van de DGA inderdaad verwacht worden dat hij ten minste enig onderzoek zou doen naar de hoedanigheden, zakelijke achtergrond, financiële gegoedheid en persoonlijke integriteit van de persoon aan wie hij het bestuur en de aandelen van de vennootschap wilde overdragen. Nu de voormalig DGA niet aannemelijk heeft gemaakt dergelijk onderzoek te hebben verricht, heeft hij zijn taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk vervuld. Het verwijt van de curator is terecht en het wettelijk vermoeden dat de

kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door de voormalig DGA een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement is niet ontzenuwd. De voormalig DGA is aansprakelijk voor het boedeltekort in faillissement; wel matigt het hof deze hoofdelijke aansprakelijkheid tot 50% van het boedeltekort.

S. van Zwam

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 26-07-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:3235

Zaaknummer: 200.145.169_01

Rechters: J.C.J. van Craaikamp, P.M. Arnoldus-Smit en M.R. van Zanten

RECHTSPRAAK

Gemeente Emmen/Megahome

Faillissement van projectontwikkelaar Megahome op verzoek van de gemeente Emmen. Voor de beoordeling van het verzoek is van belang of tussen partijen al dan niet een minnelijke regeling tot stand is gekomen. De rechtbank oordeelde in eerste aanleg dat de faillissementsprocedure zich niet leent voor het vaststellen van het bestaan van deze minnelijke regeling en wees het faillissementsverzoek van de gemeente af. Het hof gaat hier niet in mee.

De uitspraak betreft het faillissement van projectontwikkelaar Megahome. De gemeente Emmen heeft een vordering van € 1.342.727,27 op Megahome, welke bij vonnis is vastgesteld. Megahome is tegen dit vonnis in hoger beroep gegaan. Het verzoek door de gemeente om faillissement van Megahome wordt in eerste aanleg afgewezen. Voor de beoordeling van het verzoek is namelijk van belang of er tussen de gemeente en Megahome vlak voor het uitspreken van het eerder genoemde vonnis al dan niet een minnelijke regeling is getroffen. De rechtbank is van mening dat de faillissementsprocedure zich niet leent voor het vaststellen van het bestaan van de regeling.

Het hof verwierpt het oordeel van de rechtbank niet expliciet, maar stelt wel vast dat er tussen partijen geen sprake geweest is van een minnelijke regeling. Verder stelt het hof dat een vorderingsrecht summierlijk kan blijken op grond van het feit dat dit recht bij een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis is vastgesteld. Dat tegen dit vonnis hoger beroep is ingesteld doet hier niet aan af. Megahome heeft bovendien (ook niet summierlijk) aannemelijk gemaakt dat het vonnis in hoger beroep geen stand zal houden. Het hof oordeelt tot slot dat er sprake is van een pluraliteit aan schuldeisers en dat Megahome in de toestand verkeert dat zij is opgehouden te betalen, waarop het Megahome in staat van faillissement verklaart.

T. Schaap

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-07-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:5665

Zaaknummer: 200.192.167

Rechters: C.G. ter Veer, R.A. van der Pol en A.S. Gratama

RECHTSPRAAK

Rabobank/Orfeo c.s.

Aansprakelijkheid commanditair vennoot in verband met bemoeienis met het beleid van de CV en externe contacten in dat verband.

De financier heeft een lening verstrekt aan een commanditaire vennootschap (de C.V.) die zich onder meer bezighield met het lassen van ankers. Die lening wordt niet terugbetaald, waarna de financier zowel de beherend vennoot als de commanditaire vennoot aanspreekt. De financier vordert onder meer een verklaring voor recht dat (i) de beherend vennoot ex artikel 18 en 19 WvK, en (ii) de commanditaire vennoot ex artikel 20 en 21 WvK, hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schuld van de C.V.

Allereerst oordeelt de rechtbank ten aanzien van de hiervoor onder (i) gevorderde verklaring voor recht dat de beherend vennoot als beherend vennoot op grond van de artikelen 18 en 19 WvK hoofdelijk is verbonden voor de verbintenissen van de C.V. Het enkele feit dat de beherend vennoot slechts één dag beherend vennoot is geweest doet daar niet aan af. De beherend vennoot wijst er onder verwijzing naar HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1413 op dat aan degene tegen wie de sanctie van artikel 21 WvK wordt ingeroepen in elk geval steeds enig verwijt van zijn handelswijze moet kunnen worden gemaakt. Met dat verweer ziet de beherend vennoot echter over het hoofd dat zij niet als commanditair vennoot relevante beheerdaden heeft verricht, in welk verband artikel 21 WvK relevant zou kunnen zijn, maar dat zij als beherend vennoot van rechtswege aansprakelijk is op grond van eerdergenoemde artikelen 18 en 19 WvK. Die aansprakelijkheid betreft ook schulden die reeds bestonden op het moment dat de beherend vennoot beherend vennoot werd (HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588).

De aansprakelijkheid van nieuw toetredende beherend vennoten kan voor die toetreders in de praktijk onvoorziene en mogelijk ook onvoorzienbare ingrijpende negatieve financiële gevolgen hebben. In verband daarmee zou men zich kunnen afvragen of de onbeperkte hoofdelijke aansprakelijkheid van toetredende beherend vennoten voor bestaande schulden onder alle omstandigheden gerechtvaardigd is. Wat daar ook van zij, in dit geval bestaat er geen grond om een uitzondering op de regel te maken. De beherend vennoot heeft geen feiten en omstandigheden gesteld die in dit geval het maken van een uitzondering op de regel dat de

toetredend beherend vennoot (ook) hoofdelijk aansprakelijk is voor de bestaande schulden van een commanditaire vennootschap waartoe hij toetreedt, zou kunnen rechtvaardigen. De beherend vennoot kende de C.V. en haar onderneming met alle daaraan verbonden rechten en verplichtingen. Zij wenste de C.V. niet te vereffenen, maar zij wenste de onderneming van de C.V. in een andere rechtsvorm voort te zetten. Daartoe heeft zij de onderneming, nadat zij beherend vennoot was geworden, ingebracht in een besloten vennootschap.

Daarnaast oordeelt de rechtbank ten aanzien van de hiervoor onder (ii) gevorderde verklaring voor recht dat bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre plaats is voor de sanctie van artikel 21 WvK, mede van belang kan zijn of derden van de vennootschappelijke hoedanigheid van de commanditaire vennoot op de hoogte waren of behoorden te zijn, en dat steeds van belang is of de commanditaire vennoot tegen wie de sanctie van die bepaling wordt ingeroepen, ter zake van zijn handelen een verwijt valt te maken.

Uit het arrest HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1413 volgt dat – inmiddels – de strekking van artikel 21 WvK van wezenlijk belang is bij de uitleg van het artikel. Artikel 21 WvK strekt ertoe te voorkomen, enerzijds dat een commanditaire vennoot ten name van de vennootschap aan het handelsverkeer deelneemt als ware hij beherend vennoot en aldus misbruik maakt van het rechtsgevolg dat is verbonden aan de hoedanigheid van commanditaire vennoot, en anderzijds dat derden door het optreden van een commanditaire vennoot in de veronderstelling kunnen worden gebracht dat zij van doen hebben met een beherend vennoot, die ingevolge artikel 19 lid 2 in verbinding met artikel 18 WvK met zijn gehele vermogen instaat voor de nakoming van de verbintenissen van de vennootschap.

Uit de stellingen van de financier kan de rechtbank niet afleiden dat de commanditaire vennoot ten name van de C.V. aan het rechtsverkeer heeft deelgenomen als ware zij beherend vennoot. Dat de bestuurder tevens aandeelhouder van de commanditaire vennoot met derden heeft gesproken over zaken die de C.V. aangingen, is daartoe niet voldoende. Beheerhandelingen zijn steeds verricht door de beherend vennoot van de C.V., niet door de commanditaire vennoot. Uit de stellingen van de financier valt volgens de rechtbank het tegendeel in ieder geval niet af te leiden. Uit de stellingen van de financier is evenmin af te leiden dat door enig concreet handelen van de commanditaire vennoot enige derde in de veronderstelling kan zijn gebracht dat zij van doen had met een beherend vennoot van de C.V., die met haar gehele vermogen instaat voor de verbintenissen van de C.V. Evident is bovendien dat de financier zelf er altijd van op de hoogte is geweest dat de commanditaire vennoot louter commanditair vennoot van de C.V. was en dat de commanditaire vennoot niet aansprakelijk was voor de schulden van de C.V. Gesteld noch gebleken is dat de financier ooit heeft gemeend dat de commanditaire vennoot beherend vennoot van de C.V. was.

B. Hoyng, augustus 2016

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 10-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:6313

Zaaknummer: C/10/492924 / HA ZA 16-59

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: J.G.M. Roijers en S.H. Broeseliske

Wetsartikelen: 18 - 21 WvK

RECHTSPRAAK

Van der Schee q.q./Gemeente Stichtse Vecht

Geschil over de eigendom van een schoolgebouw na faillissement van de school. Valt het schoolgebouw in de boedel of komt het toe aan de gemeente? Het hof oordeelt dat artikel 20 Fw niet in de weg staat aan eigendomsverkrijging door de gemeente op grond van artikel 110 lid 4 Wet op het primair onderwijs.

De gemeente Stichtse Vecht heeft grond in eigendom gegeven aan de Stichting Jenaplan Onderwijs Maarssen en heeft de bouw van een school op die grond gefinancierd. De stichting is op 1 december 2011 failliet verklaard en later die maand zijn de activiteiten beëindigd. De curator meent dat de grond en het schoolgebouw tot de failliete boedel behoren en wijst daarbij op het fixatiebeginsel (art. 20 Fw) en de vereisten voor overdracht. De gemeente meent echter dat op basis van de Wet op het primair onderwijs (WPO) en op basis van die wet genomen bestuursrechtelijke besluiten het schoolgebouw aan de gemeente toekomt, ondanks het faillissement van de Stichting. De bestuursrechtelijke middelen die de curator tegen de bestuursrechtelijke besluiten heeft aangewend, hebben niets opgeleverd. Nu probeert de curator via de civiele rechter haar gelijk te krijgen.

Het hof overweegt dat de formele rechtskracht van de bestuursrechtelijke besluiten hier niet in de weg staat aan de vorderingen van de curator. Inhoudelijk krijgt de curator echter ongelijk. Het hof meent dat eigendomsverkrijging door de gemeente als bedoeld in artikel 110 Wpo (welk artikel kort gezegd de procedure regelt waarmee eigendom terugvalt aan de gemeente nadat de school haar activiteiten beëindigd heeft) onder de 'op de overige in de wet voor iedere soort aangegeven wijzen van rechtsverkrijging' als bedoeld in artikel 3:80 lid 3 BW valt. Daar doet niet aan af dat niet naar artikel 3:80 lid 3 BW verwezen wordt. Aldus was geen levering krachtens een geldige titel door een beschikkingsbevoegde vereist voor de overgang van de eigendom naar de gemeente. Artikel 20 Fw staat dus niet in de weg aan eigendomsverkrijging door de gemeente op grond van artikel 110 lid 4 Wpo.

A.L. Jonkers, augustus 2016

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 09-08-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:6398

Zaaknummer: 200.129.612

Rechters: C.J.H.G. Bronzwaer, H.L. Wattel en A.S. Gratama

Advocaten: M.E.G. Murris en J. Bootsma

Wetsartikelen: 20 Fw

RECHTSPRAAK

curatoren Midreth/Black Box

Boetebeding van 8% gekoppeld aan faillissement in aannemingsovereenkomst tussen het inmiddels failliete bouwbedrijf Midreth en Black Box voor de bouw van Ziggo Dome is niet in strijd met het fixatiebeginsel (art. 20 Fw en HR Megapool/Laser) en niet paulianeus.

Dit vervolg van ECLI:NL:HR:2015:1075 draait om een geschil tussen Black Box Real Estate en de curatoren van bouwbedrijf Midreth B.V. over het door het faillissement niet voltooide werk van Midreth aan de bouw van het Ziggo Dome, een evenementenlocatie in Amsterdam. Partijen strijden onder meer over een boeteclausule in de aannemingsovereenkomst, die inhoudt dat Midreth een boete van 8% dient te betalen in geval van surseance of faillissement. Voor de verplichtingen uit de overeenkomst is een bankgarantie gesteld van 8%, die Black Box ook heeft getrokken.

De curatoren vechten de boeteclausule op een aantal gronden aan, onder meer met verwijzing naar HR Megapool/Laser (HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087), waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een beding dat het recht op een prestatie enkel en alleen doet vervallen vanwege het in staat van faillissement raken van de schuldeiser of een daarop gebaseerde opzegging nietig kan zijn wegens strijd met artikel 20 Fw. Het hof overweegt echter dat het boetebeding niet een boete stelt op het in staat van faillissement geraken van Midreth, maar is te beschouwen als een gefixeerd schadebeding, waaraan de veronderstelling ten grondslag ligt dat Black Box als gevolg van het faillissement van Midreth schade lijdt. Aldus is het beding geoorloofd.

Ook oordeelt het hof dat het beding niet paulianeus (art. 42 Fw) aangegaan, nu de vereiste wetenschap van benadeling ontbreekt. Voorts is (een beroep op) het beding niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (art. 6:248 BW).

Ook de andere grieven van de curatoren tegen het vonnis van de rechtbank falen.

A.L. Jonkers, augustus 2016

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-07-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:3063

Zaaknummer: 200.134.574/01

Rechters: D.J. van der Kwaak, R.J.M. Smit en L.R. thoe van Harinxma Slooten

Advocaten: J.H.M. Spanjaard en M. Bunders

Wetsartikelen: 42 Fw en 20 Fw

RECHTSPRAAK

Dekker q.q./Appellante

Curator doet een succesvol beroep op artikel 42 Fw en vernietigt de overdracht, ter waarde van 1 euro, van een hotel. Anders dan appellante, de verkrijger in de paulianeuse handeling, stelt, is geen nadere rechterlijke toetsing vereist voor het terugkeren van de aandelen in de boedel.

Crescendo heeft in 2013 alle aandelen in een hotel voor 1 euro overgedragen aan appellante en is in 2014 failliet gegaan. De curator heeft de overdracht vernietigd op grond van de pauliana en ook het hotel is vervolgens, op eigen aangifte, in staat van faillissement verklaard. De rechtbank wijst het verzet van appellante hiertegen af.

In hoger beroep stelt appellante dat de rechtbank in eerste aanleg het beginsel van hoor en wederhoor geschonden heeft door ambtshalve kennis te nemen van het vonnis van faillietverklaring van het hotel zonder dat appellante daar, ondanks verzoeken daartoe, inzage in heeft gehad. Voorts heeft de curator volgens appellante de aandelen in het hotel niet op rechtens te respecteren wijze in bezit gekregen; in plaats van het inroepen van de pauliana had hij een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling of een vordering tot revindicatie in moeten stellen. Ten slotte is volgens appellante het faillissement ten onrechte uitgesproken, het hotel betaalde immers haar schuldeisers en was een 'going concern'. Het feit dat de schulden de baten overtroffen, resulteert volgens appellante niet in een situatie dat is opgehouden te betalen. Nadat de curator ter zitting toezegt het vonnis van de eigen aangifte van het hotel aan appellante te zullen verstrekken is het volgens het hof in het kader van hoor en wederhoor verder van belang dat de curator ook een afschrift van het vonnis in het geding zal brengen. Het hof acht het voorshands aannemelijk dat de aandelenoverdracht paulianeus was in de zin van artikel 42 Fw. De curator heeft terecht vernietiging van de overdracht ingeroepen. De aandelen keren van rechtswege en met terugwerkende kracht terug in de boedel en anders dan appellante betoogt, is hier geen nadere handeling of rechterlijke toetsing voor vereist. In tegenstelling tot de curator is het hof van oordeel dat het moment om te beoordelen of terecht eigen aangifte is gedaan, niet thans (ex nunc) is gelegen maar op het moment van de eigen aangifte (ex tunc). Het hof acht zich op dit moment nog onvoldoende

geïnformeerd omtrent de financiële stand van zaken per de betreffende datum.

S. van Zwam

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 07-07-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:2735

Zaaknummer: 200 162 139_01

Rechters: R.R.M. De Moor, A.P. Zweers-van Vollenhoven en L.Th.L.G. Pellis

Wetsartikelen: 42 Fw

RECHTSPRAAK

verhuurder/bestuurder huurder

Er zijn onvoldoende feiten en omstandigheden om aan te nemen dat er sprake was van een plicht van de bestuurder van de huurder om aan de verhuurder mede te delen dat de huurder failliet was.

De Belgische vennootschap Qimar BVBA huurt vanaf 2010 een bedrijfsruimte in Schagen. Qimar is in 2013 in België failliet verklaard. De verhuurder meent door het faillissement van Qimar zo'n € 25.000 schade te hebben geleden en probeert dat op de bestuurder van Qimar te verhalen. De grondslag daarvoor is dat de bestuurder onrechtmatig zou hebben gehandeld door de verhuurder er niet van op de hoogte te stellen dat Qimar failliet is verklaard. De rechtbank oordeelt echter dat onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld zijn om aan te nemen dat een dergelijke mededelingsplicht van de bestuurder van het failliete Qimar bestond.

A.L. Jonkers, augustus 2016

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 03-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2016:5851

Zaaknummer: 4775042

Rechters: A.E. Merkus

Advocaten: M.M. Kroone en E. Doornbos

RECHTSPRAAK

Vermijzer/borg

In het midden kan blijven of sprake is van de uitzondering uit artikel 1:88 lid 5 BW op het toestemmingsvereiste van de echtgenote, omdat de echtgenote de vernietigingsverklaring al heeft ingetrokken voordat deze de schuldeiser heeft bereikt.

Vermijzer Vast Goed B.V. verhuurde een bedrijfsruimte aan een aannemingsbedrijf. Toen het op een gegeven moment slecht ging met het aannemingsbedrijf, is er gesproken over een borgstelling (hoofdelijke aansprakelijkheidsstelling) door de indirect bestuurder en indirect enig aandeelhouder van het aannemingsbedrijf. Ook zou de borg aanspraken op een lijfrenteverzekering in onderpand geven aan Vermijzer. De echtgenote van de borg, met wie hij destijds in scheiding lag en van wie hij inmiddels is gescheiden, heeft niet ingestemd met de borgstelling.

Het aannemingsbedrijf gaat uiteindelijk failliet en Vermijzer wil dat de borg de huurachterstand betaalt. Ten eerste staat ter discussie of toestemming van de echtgenote noodzakelijk was. Vermijzer heeft in dat verband gewezen op HR Rabobank/Van Hees (HR 8 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2632, NJ 2006, 96), stellende dat de handelingen hebben plaatsgevonden in de normale uitoefening van het beroep van de borg. Het hof verwerpt dit terecht, overwegende dat dit arrest ziet op de uitleg van artikel 1:88 lid 5 BW, en niet op de vraag wat binnen de normale beroepsuitoefening van de borg zelf valt (art. 1:88 lid 1 c BW). Met verwijzing naar HR Fiets-O-Fit/Mr. Knook (31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZCo260, NJ 1991, 777) overweegt het hof vervolgens dat borgstelling niet binnen de normale bedrijfsuitoefening van het aannemingsbedrijf valt, en toestemming van de echtgenote dus noodzakelijk was. Bedoeld zal overigens zijn dat borgstelling niet binnen de normale beroepsuitoefening van de borg valt, nu hij immers degene is die zich borg stelt en dus degene op wie artikel 1:88 lid 1 c BW zich richt.

Overigens lijkt de uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW hier gezien de feiten wel van toepassing. Vermijzer heeft dat ook aangevoerd maar het hof gaat daar niet op in omdat het op andere gronden al tot de conclusie komt dat sprake is van een geldige hoofdelijke

aansprakelijkheidsstelling. De echtgenote had namelijk wel een vernietigingsverklaring uitgebracht, maar die was eerst aan de verkeerde persoon gericht en vervolgens ingetrokken, waardoor geen sprake (meer) is van een vernietiging.

A.L. Jonkers, augustus 2016

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 02-08-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:6256

Zaaknummer: 200.175.789

Rechters: A.W. Steeg, D. Stoutjesdijk en J.G.J. Rinkes

Advocaten: M.E. Broere-Blokland en R.J. Kaas

Wetsartikelen: 1:88 BW

RECHTSPRAAK

Van de Rhee faillissementsfraude

Verdachte Van de Rhee wordt veroordeeld tot vier jaar gevangenisstraf, vijf jaar bestuursverbod en openbaarmaking van de uitspraak met vermelding van personalia wegens het plegen van faillissementsfraude. Op allerlei manieren zijn gelden onttrokken aan (later) failliete vennootschappen.

De verdachte Van de Rhee wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf van vier jaar. Tevens mag hij gedurende vijf jaar geen statutair bestuurder van een rechtspersoon zijn, en wordt de uitspraak met personalia openbaar gemaakt in *De Telegraaf*, alle regionale dagbladen van de Persgroep en rechtspraak.nl. Hem wordt verweten op allerlei manieren geld te hebben onttrokken aan vennootschappen. Het bewezen verklaarde levert op: bedrieglijke bankbreuk, gepleegd door een rechtspersoon, terwijl hij feitelijke leiding heeft gegeven aan de verboden gedraging, meermalen gepleegd; verduistering gepleegd door hem die het goed uit hoofde van zijn persoonlijke dienstbetrekking onder zich heeft, meermalen gepleegd; van het plegen van witwassen een gewoonte maken.

A.L. Jonkers , augustus 2016

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 13-07-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:6033

Zaaknummer: 21-005128-15

Rechters: R. de Groot, R.F.C. Spek en P.L.M. van Gorkom

Advocaten: M.J.N. Vermeij

RECHTSPRAAK

Chauffeur/HIT

Geen sprake van overgang van onderneming nu niet gebleken is dat directe overdracht van bepaalde zaken of personeel heeft plaatsgevonden.

Eiser vordert van de rechtsopvolger van zijn werkgever achterstallig salaris en andere kosten. Eiser was als chauffeur in dienst bij HAT, dat in 2015 failliet is gegaan. Naar het oordeel van eiser, alsook de curator van HAT, is de onderneming overgegaan naar HIT. HAT en eiser hebben een minnelijke schikking getroffen, waaraan HIT volgens eiser nu uitvoering moet geven. HIT voert hiertegen verweer, zij voert aan dat er sprake is geweest van een reguliere doorstart.

De rechtbank stelt voorop dat indien een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden, de rechtsopvolger op de voet van artikel 7:663 BW in moet staan voor de nakoming van de betalingsverplichting. Ingevolge artikel 7:662 BW houdt een overgang van onderneming een fusie of splitsing van een economische eenheid in waarbij de identiteit behouden blijft. Bij de beoordeling hiervan is van belang of bedrijfsgebouwen, inventaris, bedrijfsmiddelen, klantenkring, orderportefeuille, vergunningen, kennis en goodwill, of personeel zijn overgedragen.

Volgens de rechtbank is niet gebleken dat enigerlei overdracht heeft plaatsgevonden van de genoemde zaken, rechten en/of personen. Het feit dat HIT gebruikmaakt van het oude wagenpark van HAT brengt hierin geen verandering. Het wagenpark behoorde namelijk toe aan HAT Holding en niet aan het gefailleerde HAT. Van een overdracht van het wagenpark van HAT aan HIT kan daarom geen sprake zijn. Het feit dat door HAT gebruikte kentekens nu bij HIT in gebruik zijn, rechtvaardigt volgens de rechtbank eveneens niet de gevolgtrekking dat een overdracht van HAT aan HIT, zonder tussenkomst van HAT Holding, heeft plaatsgevonden.

Ook de indiensttreding van minimaal tien (voormalige) HAT-werknemers bij HIT, leidt volgens de rechtbank niet tot een overgang van onderneming. Hun arbeidsovereenkomsten zijn per 25 maart 2015 door de curator opgezegd terwijl nieuwe arbeidsovereenkomsten met

HIT zes dagen later zijn gesloten, zo besluit de rechtbank.

S. van Zwam

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 20-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:3454

Zaaknummer: 15-14349

Rechters: A. Fokkema

Wetsartikelen: 7:662 BW en 7:663 BW

RECHTSPRAAK

Snowbase/Hiemstra q.q.

Betaling aan zustervennootschap op de dag van faillietverklaring, om 00.00 uur. Toepassing regel uit HR Vis q.q./NMB omdat betaling plaats heeft gevonden voorafgaand aan het wijzen van HR JPR/Gunning q.q. De curator dient te bewijzen dat de bank nog op de dag van faillissement handelingen heeft verricht. Daar slaagt hij niet in nu de betaling vooraf ingepland was en om 00.00 uur is uitgevoerd.

Snowbase Personeel is failliet. Op de datum van het faillissement heeft de ING Bank de rekening van Snowbase Personeel met € 28.000 gedebiteerd, en de rekening van een zustervennootschap, Snowbase Faciliteitenbeheer B.V. gecrediteerd. De opdracht daartoe was al eerder aan ING gegeven door Snowbase Personeel. Curator Hiemstra stelt dat ingevolge artikel 23 en 24 Fw de betaling in strijd is met het fixatiebeginsel en het bedrag dus aan de failliete boedel toebehoort. Het hof past niet de recente rechtsregel uit HR JPR/Gunning (ECLI:NL:HR:2015:689) toe, omdat de Hoge Raad in dat arrest oordeelde dat de daarin nieuw geformuleerde regel alleen van toepassing is op betalingen gedaan na de datum van dat arrest. Het hof past daarom de oudere regel uit HR Vis q.q./NMB (HR 31 maart 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0705) toe. Het gaat er bij de toepassing van die regel om of ING voor de aanvang van de dag van de faillietverklaring alle handelingen heeft verricht die nodig zijn ter effectuering van de betaling. De curator moet stellen en bewijzen dat er op de dag van faillissement nog handelingen zijn verricht door ING. Daar slaagt de curator hier niet in, omdat de betaling van tevoren ingepland was en om 00.00 uur is uitgevoerd, en ING op de dag van faillietverklaring zelf dus geen handelingen meer heeft verricht.

De curator heeft vrij laat in de procedure nog zijn subsidiaire beroep op paulianeus handelen (art. 47 Fw) onderbouwd. Snowbase Faciliteitenbeheer mag daar nog op reageren.

A.L. Jonkers, augustus 2016

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-07-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:3093

Zaaknummer: 200.157.359_01

Rechters: T.C.M. Hendriks-Jansen, O.G.H. Milar en J.R. Sijmonsma

Advocaten: J.M. de Jonge en J.B. de Meester

Wetsartikelen: 23 Fw

RECHTSPRAAK

VOF/bestuurder

Geen bestuurdersaansprakelijkheid want schade staat onvoldoende vast.

In 2009 zijn een vof en een bv een samenwerkingsovereenkomst aangegaan, die gericht was op het creëren van een netwerk van zelfstandig opererende assurantiepersonen om vervolgens met gebruikmaking van dit netwerk schaalvoordelen te behalen door middel van gezamenlijke inkoop, het uitwisselen van kennis en het reduceren van kosten van marketing. In de overeenkomst is opgenomen dat de bv bij beëindiging van de samenwerkingsovereenkomst haar portefeuille mee zou mogen nemen, maar wel 10% van de waarde van de portefeuille aan de vof moet betalen. In oktober 2010 is, wegens financiële problemen bij de bv, afgesproken dat de bv de overeenkomst mocht beëindigen zonder de 10% te betalen, mits de bv bij een eventuele vrijwillige of onvrijwillige beëindiging van de bedrijfsactiviteiten de portefeuille zou overdragen aan de vof.

De bv heeft echter de portefeuille vlak voor haar faillissement aan een derde verkocht. Die transactie werd door de curator van de bv overigens als paulianeus beoordeeld, waarna de koper iets meer heeft betaald aan de curator voor de portefeuille. De vof spreekt nu de bestuurder van de bv aan op grond van onrechtmatige daad wegens het niet overdragen van de portefeuille aan haar. Het hof oordeelt echter dat niet voldoende onderbouwd is dat de vof schade zou hebben geleden. Niet duidelijk is volgens het hof dat het bedrijf ook was beëindigd als de portefeuille niet aan een derde was overgedragen, zodat ook niet duidelijk is of in dat geval de portefeuille wel aan de vof zou zijn overgedragen. En als de vof, zo redeneert het hof, de portefeuille wel vlak voor faillissement zou hebben verkregen, zou dat een paulianeuze transactie opleveren die de curator had kunnen vernietigen. Als overigens geoordeeld zou worden dat de overdracht een verplichte rechtshandeling was, wat volgens het hof niet voldoende vaststaat, valt volgens het hof niet uit te sluiten dat ook die rechtshandeling met een beroep op artikel 47 Fw vernietigd had kunnen worden.

Het lijkt er daarmee vooral op dat de afspraak om de portefeuille over te dragen 'zodra de activiteiten beëindigd worden' te onduidelijk gesteld was om voor de bestuurder tot aansprakelijkheid te leiden. Het lijkt wel wat gekunsteld om, zoals het hof doet, dit af te doen

door te stellen dat onduidelijk is wat de schade van de vof is. Duidelijk is immers dat de vof graag de portefeuille had willen hebben, die zeker waarde vertegenwoordigt. Dat die overdracht sowieso paulianeus was geweest, is moeilijk vol te houden, zeker niet als het een verplichte rechtshandeling was (hier vraakt zich wel de onduidelijkheid van de afspraak), maar ook omdat het invoeren van de pauliana aan de curator is, en hij er ook voor kan kiezen dit niet te doen.

A.L. Jonkers, augustus 2016

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-07-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:5722

Zaaknummer: 200.156.372/01

Rechters: H. de Hek, O.E. Mulder en I. Tubben

Advocaten: J.C.A. Froom en J.P. van Rossum

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Klerks-Valks q.q./X

Op het prijsgeld in een loterij is artikel 61 lid 4 Fw van toepassing omdat de prijs is voortgesproten uit de belegging van gelden.

De gedaagde in deze zaak is getrouwd met de gefailleerde. Door gedaagde is een geldprijs gewonnen in de loterij. Dat prijsgeld dient volgens de curator aan de faillissementsboedel (art. 20 Fw) te worden toegevoegd. De curator heeft daartoe onder verwijzing naar artikel 61 lid 4 Fw aangevoerd dat het met de loterij gewonnen geld moet worden aangemerkt als een goed, voortgesproten uit de belegging van gelden. Daarbij heeft gedaagde naar de curator stelt niet kunnen bewijzen dat het geld is voortgesproten uit belegging van gelden die aan gedaagde toebehoorden, zodat het geld volgens de hoofdregel van artikel 61 Fw in het faillissement van gefailleerde valt.

De rechtbank overweegt als volgt. Betaling van de inleg in een loterij geeft de deelnemer recht op een lot. Indien op dat lot een prijs valt, heeft de deelnemer recht op uitbetaling van die prijs. Dat betekent dat de prijs dan is voortgesproten uit de belegging van gelden, namelijk de aankoop van een lot. Artikel 61 lid 4 Fw is derhalve op die prijs van toepassing. Nu de curator heeft betwist dat gedaagde het gewonnen geld kan terugnemen uit het faillissement, is het gelet op artikel 61 lid 4 Fw aan gedaagde te bewijzen dat zij (1) de eigendom der goederen heeft verkregen, en dat zij (2) de goederen voor meer dan de helft met eigen middelen heeft gefinancierd.

Ten aanzien van het tweede punt overweegt de rechtbank dat gedaagde er niet in is geslaagd met voldoende bescheiden te bewijzen dat het prijsgeld moet worden aangemerkt als een goed dat is voortgesproten uit de belegging van aan haar toebehorende gelden. Nu dit een dwingende voorwaarde betreft om goederen terug te kunnen nemen uit het faillissement zal worden aangenomen dat het prijsgeld in het faillissement van gefailleerde valt. Bespreking van de tweede voorwaarde, namelijk of gedaagde de eigendom van de loten en het uitgekeerde prijsgeld heeft verkregen, zal derhalve achterwege blijven.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 29-06-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:3386

Zaaknummer: C/01/297152 / HA ZA 15-559

Rechters: A.C. Palmboom

Advocaten: J.J.M. Quirijnen en J.C.G. Franken

Wetsartikelen: 61 lid 4 Fw, 1:95 BW en 20 Fw

RECHTSPRAAK

X c.s./Concern Y

Bij turboliquidatie kan de vordering van de voormalige werkneemster (tot betaling van onder meer een transitievergoeding en een billijke ontslagvergoeding) jegens de ontbonden vennootschap niet als een 'bate' in de zin van artikel 2:19 lid 4 BW worden beschouwd.

Werkneemster is op 1 december 1990 als administratief medewerker in dienst getreden bij de rechtsvoorganger van rechtspersoon 1. Rechtspersoon 1 heeft het UWV toestemming gevraagd om de arbeidsverhouding met werkneemster op te zeggen. Bij beschikking van 3 november 2014 heeft het UWV toestemming daarvoor geweigerd. Op 30 november 2015 zegt rechtspersoon 1 de arbeidsovereenkomst met werkneemster dan alsnog op en overhandigt haar daarbij een brief met dezelfde datum, waarin onder meer staat te lezen dat de activiteiten van rechtspersoon 1 per 31 december 2015 zullen worden beëindigd. Bij brief van 23 december 2015 bericht de gemachtigde van werkneemster aan rechtspersoon 1 dat werkneemster niet de intentie heeft om de opzegging van de arbeidsovereenkomst te vernietigen, maar in plaats daarvan aanspraak maakt op de toepasselijke vergoedingen. Op 28 december 2015 is besloten vennootschap 1 te ontbinden omdat er geen baten meer zijn te verwachten. Hiervan is op 5 januari 2016 in het handelsregister opgave gedaan. Rechtspersoon 4, dat tot hetzelfde concern behoort als rechtspersoon 1, heeft eveneens op 28 december 2015 in de algemene vergadering van aandeelhouders besloten de vennootschap te ontbinden, omdat er geen baten meer zijn te verwachten. Dit is eveneens op 5 januari 2016 in het handelsregister geregistreerd.

In deze procedure verzoekt de werkneemster de kantonrechter voor recht te verklaren dat rechtspersoon 1 nog bestaat en niet ophield te bestaan en haar ten laste van rechtspersoon 1 een vergoeding toe te kennen wegens het schenden van de opzegtermijn en haar zowel een transitie- als billijke vergoeding toe te kennen. Zij heeft daartoe onder meer aangevoerd dat zij een vordering op rechtspersoon 1 heeft en dat dit als bate in de zin van artikel 2:19 lid 4 BW moet worden beschouwd. De kantonrechter ziet zich daarmee gesteld voor de vraag of rechtspersoon 1 nog bestaat. Onder verwijzing naar het arrest HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636 en de daaraan voorafgaande conclusie van A-G Timmerman, oordeelt de kantonrechter dat een schuld niet als een bate in de zin van artikel 2:19 lid 4 BW moet

worden beschouwd. In het systeem van de wet is een vereffening slechts aan de orde als sprake is van een bate. Daarom kan de vordering van werkneemster niet als 'bate' worden gezien. Dat misbruik van turboliquidatie in het huidige systeem (eenvoudig) mogelijk is en dat dat ten koste gaat van de positie van schuldeisers, zoals werkneemster, maakt dit niet anders. Dit betekent dat er in deze procedure van uitgegaan moet worden dat rechtspersoon 1 is opgehouden te bestaan. Hierop gelet is werkneemster niet-ontvankelijk in haar verzoek jegens vennootschap 1.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 27-06-2016

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2016:3490

Zaaknummer: 4859723

Rechters: B.J. Engberts

Advocaten: S.B.H. Dijkstra en M. der Neve-van Leden

Wetsartikelen: 2:19 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

X/Teunis q.q.

Een eigendomsvoorbehoud kan vanzelfsprekend geen werking hebben ten aanzien van goederen die al vóór het moment dat dit eigendomsvoorbehoud werd overeengekomen in eigendom toebehoorden aan een derde partij.

Tussen Bouwgroep en C is op 16 juni 2015 een onderaannemingsovereenkomst gesloten ter zake van door C te verrichten installatiewerkzaamheden voor Bouwgroep. In de op de onderaannemingsovereenkomst van toepassing zijnde algemene voorwaarden is bepaald dat alle goederen die Bouwgroep in dat kader van C geleverd krijgt of ontvangt, direct eigendom van Bouwgroep worden.

Vervolgens heeft A B.V. op 25 november 2015, krachtens een daartoe door C gegeven ‘tussentijdse vooropdracht WP en vloerverwarming’, vloerverwarmingselementen, waterpompen met transportpompen en een buffervat op de bouwlocatie gezet. De met betrekking tot deze goederen door A B.V. verstuurde facturen zijn niet door C voldaan.

Enige tijd later, op 20 januari 2016, is tussen C en A B.V. een overeenkomst van onderaanneming voor het leveren en monteren van de totale verwarmings-/koelinstallatie op de bouwlocatie gesloten. In deze overeenkomst is door A B.V. een eigendomsvoorbehoud opgenomen ten aanzien van alle door A B.V. aan C geleverd producten.

C is uiteindelijk op 26 februari 2016 failliet verklaard. A B.V. vordert in deze kortgedingzaak jegens de curator van C en Bouwgroep afgifte van de goederen die door haar op de bouwlocatie zijn gezet. De vraag die daarmee aan de orde is, is of A op grond van het in de onderaannemingsovereenkomst met C opgenomen eigendomsvoorbehoud eigenaar is (gebleven) van de door haar op de bouwlocatie gezette waterpompen met transportpompen en het buffervat.

De voorzieningenrechter constateert dat aflevering van de goederen op de bouwlocatie heeft plaatsgevonden ter uitvoering van een eerdere door C aan A B.V. verstrekte ‘vooropdracht’ en dat de onderaannemingsovereenkomst (met daarin het eigendomsvoorbehoud) pas later is

ondertekend. Dat A B.V. en C al voorafgaand aan de ondertekening van de onderaannemingsovereenkomst een eigendomsvoorbehoud waren overeengekomen, is gesteld noch gebleken.

Dit betekent dat vooralsnog moet worden aangenomen dat de eigendom van de goederen reeds op het moment van aflevering daarvan overging op C, ook al was de factuur nog niet voldaan. Op grond van de op de overeenkomst van onderaanneming tussen Bouwgroep en C van toepassing zijnde algemene voorwaarden moet er vervolgens vooralsnog van uit worden gegaan dat de goederen op het moment van aflevering aan C op de bouwlocatie direct eigendom zijn geworden van Bouwlocatie.

Het voorgaande leidt tot het (voorlopige) oordeel dat de goederen al eigendom waren van Bouwgroep voordat A B.V. en C op 20 januari 2016 een eigendomsvoorbehoud overeenkwamen. Dit brengt met zich dat de vorderingen van A reeds hierom niet toewijsbaar zijn. Een eigendomsvoorbehoud kan immers vanzelfsprekend geen werking hebben ten aanzien van goederen die al vóór het moment dat dit eigendomsvoorbehoud werd overeengekomen in eigendom toebehoorden aan een derde partij.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 15-06-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2016:2369

Zaaknummer: C/08/187319 / KG ZA 16-197

Rechters: W.F. Boele

Advocaten: M. Goorhuis Oude Sanderink, M.F. Admiraal en L.E. Ettema

Wetsartikelen: 3:92 BW en 25 Fw

RECHTSPRAAK

X/Y en Z

Niet gezegd kan worden dat de aanvraag van het eigen faillissement (nagenoeg) uitsluitend is gedaan om de werknemers de aan hen buiten faillissement toekomende arbeidsrechtelijke bescherming te onthouden. Ook zonder dit arbeidsrechtelijke voordeel zou de vennootschap gezien haar slechte financiële situatie de faillissementsaanvraag hebben ingediend, zodat geen sprake is van misbruik van bevoegdheid.

Tussen eiser en Bedrijf B.V. is in 2007 een arbeidsovereenkomst gesloten. In 2010 heeft de B.V. haar naam gewijzigd. Tegelijkertijd zijn een groot aantal activa van Bedrijf overgedragen aan haar zustervenootschap Bedrijf Nederland B.V. Vanaf dat moment werden de groepsactiviteiten uitgeoefend door Bedrijf (de werkmaatschappij) en werd het daarvoor benodigde personeel ingehuurd van Bedrijf Nederland (de kostenvennootschap).

Op 24 april 2014 is de arbeidsovereenkomst met eiser door Bedrijf Nederland opgezegd. Als reden werd daartoe aangevoerd dat het eindigen van de overeenkomst van Bedrijf met een viertal grote SW-bedrijven een verdere voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet langer mogelijk maakte wegens te hoge financiële lasten. Enkele dagen daarna is op eigen verzoek het faillissement van Bedrijf Nederland uitgesproken.

Ten tijde van de faillietverklaring was gedaagde A enig bestuurder van Bedrijf Nederland. Na faillietverklaring heeft de curator de arbeidsovereenkomst met de overige werknemers van Bedrijf Nederland opgezegd. Bedrijf heeft na het faillissement van Bedrijf Nederland vijf (door de curator ontslagen) werknemers in dienst genomen en haar bedrijfsactiviteiten (in afgeslankte vorm) voortgezet.

Eiser vordert een verklaring voor recht dat gedaagde A als formeel bestuurder en gedaagde B, naar eiser heeft gesteld als feitelijk bestuurder/beleidsbepaler, onrechtmatig jegens hem hebben gehandeld en dat zij hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die hij daardoor heeft geleden. Volgens eiser hebben gedaagden het faillissement aangevraagd met als doel de

arbeidsrechtelijke bescherming van het personeel te omzeilen.

De rechtbank oordeelt het echter voldoende aannemelijk geworden dat de financiële positie van Bedrijf Nederland haar faillissement onafwendbaar maakte. Deze conclusie brengt reeds mee dat niet gezegd kan worden dat de aanvraag van het eigen faillissement (nagenoeg) uitsluitend is gedaan om de werknemers de aan hen buiten faillissement toekomende arbeidsrechtelijke bescherming te onthouden. Ook zonder dit arbeidsrechtelijke voordeel zou de vennootschap gezien haar slechte financiële situatie de faillissementsaanvraag hebben ingediend, zodat geen sprake is van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW).

De stelling van eiser dat de situatie dat er geen geld was voor een reorganisatie zelf door gedaagden is gecreëerd, onder meer door in Bedrijf Nederland geen actief aanwezig te laten zijn en Bedrijf Nederland uitsluitend als kostenvennootschap te laten fungeren, maakt het vorenstaande niet anders. Hiervoor is redengevend dat het een ondernemer in beginsel vrij staat om zijn bedrijf binnen de wettelijke kaders in te richten, ook als die inrichting inhoudt dat de activa bij de werkmaatschappij worden ondergebracht en het benodigde personeel binnen een kostenvennootschap wordt geplaatst. Een zodanige structuur levert in zijn algemeenheid dus geen misbruik van recht op (bij een faillissement van de kostenvennootschap).

Mocht de doorstart overigens zijn voorgekookt, zoals eiser stelt en gedaagde gemotiveerd betwist, dan maakt dat nog niet dat sprake is van oneigenlijk gebruik van het middel van de faillissementsaanvraag. De vraag of sprake is van verwijtbaar handelen van het bestuur en/of sprake is van misbruik van faillissementsrecht zijn niet zonder meer inwisselbare rechtsvragen. Deze overwegingen leiden tot afwijzing van de vordering.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 01-06-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:2866

Zaaknummer: C/16/396341 / HA ZA 15-608

Rechters: H.A. Brouwer

Advocaten: J.F.M. Verheij en M.J.M. Groen

Wetsartikelen: 3:13 BW

RECHTSPRAAK

ACM/X

De door ACM aan gedaagde verweten gedragingen, ook als deze in onderling verband en samenhang worden gezien, zijn niet zo onzorgvuldig dat gedaagde daarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.

Een aantal vorderingen van ACM jegens gedaagde, natuurlijk persoon, als bestuurder en enig aandeelhouder van een viertal concernvennootschappen, wegens een in 2012 gedane dividenduitkering aan zichzelf, struikelen in deze procedure. ACM heeft aan de vennootschappen een boete opgelegd, die onbetaald is gebleven. ACM vordert betaling van de boete van gedaagde als bestuurder op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. Het gaat hier volgens ACM om schending van de Beklamelnorm. De rechtbank overweegt echter dat ACM haar vorderingen in het licht van de betwisting daarvan door gedaagde onvoldoende (nader) heeft toegelicht. Voor bewijslevering is dan geen plaats (art. 149 Rv). Als onvoldoende weersproken moet dan ook worden aangenomen dat de gang van zaken rond de hiervoor bedoelde dividendbetalingen zo is geweest als gedaagde dat nader heeft toegelicht. Onder die omstandigheden kan niet worden gezegd dat gedaagde wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van Beheermaatschappij en tot het doen van de hiervoor bedoelde dividenduitkeringen tot gevolg zou hebben dat deze of de groepsmaatschappijen hun verplichtingen jegens ACM niet zouden kunnen nakomen en ook geen verhaal meer zouden bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Deze vordering van ACM is dan ook niet toewijsbaar. Hetzelfde lot treft de resterende vorderingen van ACM. De slotsom is dat de door ACM aan gedaagde verweten gedragingen, ook als deze in onderling verband en samenhang worden gezien, niet zo onzorgvuldig zijn dat gedaagde daarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. De vorderingen van ACM moeten daarom worden afgewezen.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 01-06-2016

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2016:3438

Zaaknummer: 274129

Rechters: M.A.M. Vaessen, D.M.I. de Waele en M.S.T. Belt

Advocaten: J.H. van der Weide en M.C. Schepel

Wetsartikelen: 6:162 BW en 149 Rv

RECHTSPRAAK

Stichting Beleggersbelangen Sinano c.s./Circle Investment Support Services B.V.

Een situatie waarin derden een belang tot inzage in de administratie overeenkomstig artikel 2:24 lid 4 BW hebben, kan ontstaan als de curator de vorderingen van verzoekers (voorlopig) betwist of zich op het standpunt stelt dat geen vordering op grond van artikel 2:138 BW en/of artikel 2:9 BW moet worden ingesteld én de curator dan weigert verzoekers inzage te verlenen in de fondsenadministratie.

Op grond van artikel 2:24 lid 1 BW is CISS de bewaarder van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de ontbonden rechtspersoon Stichting. Deze volledige administratie bestaat uit de administratie van de rechten en plichten van de door Stichting gedreven onderneming en uit de administratie van de Sinanofondsen. Verzoekers hebben de kantonrechter overeenkomstig artikel 2:24 lid 4 BW verzocht een machtiging te verstrekken tot inzage in de volledige administratie van Stichting. Dit met het oog op een mogelijk te entameren aansprakelijkheidsprocedure tegen de bestuurders van Stichting op grond van wanbeheer door Stichting en een mogelijke heropening van de vereffening op grond van artikel 2:23c BW.

Naar aanleiding daarvan oordeelt de kantonrechter dat verzoekers niet als belanghebbenden als vereist door artikel 2:24 lid 4 BW kunnen worden aangemerkt, omdat, indien ervan uit moet worden gegaan dat na heropening van de vereffening het faillissement van Stichting moet worden aangevraagd, de curator gerechtigd wordt tot inzage in de volledige administratie van Stichting. CISS zal in dat geval de fondsenadministratie dus aan de curator moeten verstrekken. Het is vervolgens aan de curator (en de rechter-commissaris) om te beoordelen of de schadevergoedingsvorderingen van de verzoekers (voorlopig) moeten worden erkend en vorderingen op grond van artikel 2:138 BW en/of artikel 2:9 BW moeten worden ingesteld.

In het scenario dat de curator de vorderingen van verzoekers (voorlopig) erkent en

vorderingen instelt op grond van artikel 2:138 BW en/of art. 2:9 BW is er geen reden voor inzage door verzoekers in de fondsenadministratie, omdat de curator dan over die administratie de beschikking heeft en met de door hem in te stellen vorderingen de financiële belangen van verzoekers worden behartigd. Pas als de curator de vorderingen van verzoekers op Stichting (voorlopig) betwist of zich op het standpunt stelt dat geen vordering op grond van artikel 2:138 BW en/of artikel 2:9 BW moet worden ingesteld én de curator dan weigert verzoekers inzage te verlenen in de fondsenadministratie, kan een situatie ontstaan dat verzoekers belang hebben bij inzage in de fondsenadministratie op de voet van artikel 2:24 lid 4 BW. In dat geval kan namelijk niet worden uitgesloten dat verzoekers aan de hand daarvan de curator zullen willen overtuigen van de onjuistheid van zijn standpunt.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 01-06-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:2850

Zaaknummer: 4467537 AE VERZ 15-139

Rechters: J.K.J. van den Boom

Advocaten: J. van Bekkum, R. Niesink en J. Tonino

Wetsartikelen: 2:24 lid 4 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Vennoot X/Verhuurder

Nu een der wederpartijen van de verhuurder bij de huurovereenkomst failliet is verklaard, is de verhuurder, gelet op de ondeelbaarheid van de huurovereenkomst, in beginsel bevoegd de huurovereenkomst op te zeggen (art. 39 Fw). De niet-gefaillieerde partij komt daarbij, op grond van de onsplitsbaarheid van het huurrecht, geen te honoreren beroep op huurbescherming toe.

Het gaat hier om de opzegging van een huurovereenkomst die ziet op de huur van een bedrijfsruimte als bedoeld in artikel 7:290 BW door de verhuurder. De huurders, een moeder en haar dochter, dreven vanuit het gehuurde een restaurant. Die onderneming is ondergebracht in een vennootschap onder firma waarvan moeder en dochter de vennoten zijn. De huurovereenkomst is voordien aangegaan door de moeder en haar toenmalige echtgenoot. Een later verzoek om de vennootschap onder firma als huurder van de bedrijfsruimte aan te merken is door de verhuurder afgewezen.

De gewezen echtgenoot is op verzoek van diens zakenpartner failliet verklaard. De verhuurder heeft de huur daarop opgezegd (art. 39 Fw). De moeder en dochter, appellanten, zijn hiertegen opgekomen met de stelling dat de v.o.f. als huurder moet worden aangemerkt. Volgens appellanten heeft de verhuurder hiermee stilzwijgend ingestemd. Die stelling is door de kantonrechter afgewezen en houdt ook in hoger beroep geen stand. Naar het oordeel van het hof is hiervoor op grond van de wet als ook krachtens de huurovereenkomst, medewerking van de verhuurder vereist (art. 6:159 BW).

Het hof laat daarop volgen dat nu een der wederpartijen van de verhuurder bij de huurovereenkomst failliet is verklaard, de verhuurder, gelet op de ondeelbaarheid van de huurovereenkomst, in beginsel bevoegd was de huurovereenkomst aan de failliet en de niet-gefaillieerde partij op te zeggen. De niet-gefaillieerde partij komt daarbij, op grond van de onsplitsbaarheid van het huurrecht, geen te honoreren beroep op huurbescherming toe. Wel dient, aldus het hof, te worden onderzocht of de opzegging door verhuurder jegens haar misbruik van bevoegdheid oplevert.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 22-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:5426

Zaaknummer: 200.159.386/01

Rechters: L.A.J. Dun, J.E. Molenaar en C. Uriot

Advocaten: H.L. Thiescheffer en R. Teitler

Wetsartikelen: 39 Fw, 7:290 BW en 6:159 BW

RECHTSPRAAK

Curator/niet-failliete echtgenoot

Echtgenoot van de failliet kan terugneemrecht niet uitoefenen. Het hof acht het niet bewezen dat de niet-failliete echtgenoot de echtelijke woning voor meer dan 50% uit eigen middelen heeft gefinancierd. Dat deze echtgenoot na de verkrijging van de woning de rentebetalingen en aflossingen grotendeels voor haar rekening heeft genomen brengt hierin geen verandering.

Het hof overweegt dat artikel 61 lid 1 Fw een echtgenoot van een failliet een terugneemrecht toekent ter zake van alle goederen die hem of haar toebehoren en niet in de huwelijksgemeenschap vallen. Een echtgenoot van een failliet kan, gelet op artikel 1:95 BW, goederen die in eigendom zijn verkregen door beleggingen (of wederbeleggingen van aan hem toebehorende gelden) slechts terugnemen voor zover deze met meer dan 50% eigen middelen zijn gefinancierd. In het geding is of de niet-failliete echtgenoot een dergelijk terugneemrecht mag uitoefenen met betrekking tot de echtelijke woning en een naast gelegen grasperceel. In dat kader is aan de orde of de niet-failliete echtgenoot bewezen heeft de betreffende goederen voor meer dan 50% met eigen middelen te hebben gefinancierd. Faalt zij hierin, dan vallen het huis en het perceel in de boedel en kan de curator deze uitwinnen.

De rechtbank achtte in eerste aanleg niet bewezen dat de woning ten tijde van verkrijging, zoals artikel 1:95 BW vereist, voor meer dan 50% uit privé-gelden is gefinancierd. Het hof gaat hierin mee. De woning is immers gezamenlijk verkregen door middel van hypothecaire financiering; van financiering met meer dan 50% eigen middelen is dus geen sprake. De omstandigheid dat na de verkrijging wellicht aflossing en rentebetalingen overwegend zijn voldaan met eigen middelen van de niet-failliete echtgenoot kan daaraan geen verandering brengen.

S. van Zwam

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-07-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:5855

Zaaknummer: 200.144.706/01

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

Wetsartikelen: 61 lid 1 Fw en 1:95 BW

RECHTSPRAAK

Appellant/Y

Beklamelaansprakelijkheid wegens niet-nakoming ontslagvergoeding door vennootschap afgewezen. Er zijn onvoldoende feiten komen vast te staan om de conclusie te rechtvaardigen dat appellant (mede) het beleid binnen de vennootschap bepaalde als ware hij bestuurder.

Centrale vraag in deze procedure is of appellant kan worden aangemerkt als feitelijk bestuurder en hij op die grond aansprakelijk kan worden gehouden voor het niet nakomen van een door de betrokken vennootschap aan geïntimeerde als ex-werknemer verschuldigde ontslagvergoeding.

Daarbij staat vast dat toen appellant via zijn holdingmaatschappij een minderheidsbelang in de schuldenaar/vennootschap verwierf hij niet – als de andere aandeelhouders – tevens bestuurder werd. Er zijn naar het oordeel van het hof onvoldoende feiten komen vast te staan om de conclusie te rechtvaardigen dat appellant (mede) het beleid binnen de vennootschap bepaalde als ware hij bestuurder.

Zo heeft geïntimeerde weliswaar verwezen naar een verklaring van een medewerker van een andere groepsmaatschappij dat appellant vanaf juli 2008 het aanspreekpunt werd voor die vennootschap, maar dat is onvoldoende om te kunnen concluderen dat appellant daarmee ook (mede) het beleid bepaalde als ware hij bestuurder.

Ook de omstandigheid dat appellant via zijn holdingmaatschappij betrokken was bij de oprichting van een opvolgende vennootschap waarin de activiteiten van de schuldenaar/vennootschap zouden zijn voortgezet, maakt nog niet dat appellant als feitelijk bestuurder van de schuldenaar/vennootschap kan worden aangemerkt.

De door geïntimeerde gestelde omstandigheid dat de gedeclareerde gelden en (hypotheek)provisies van schuldenaar/vennootschap vanaf september 2008 moesten worden overgemaakt naar een rekening die toebehoorde aan een door de formele bestuurders van de schuldenaar/vennootschap beheerste vennootschap, wijst er eerder op dat het de formele bestuurders waren die rondom het staken (of omzetten) van de activiteiten van de

schuldenaar/vennootschap het beleid bepaalden en niet ook appellant.

Ook de ondertekening van de jaarstukken is daartoe een onvoldoende aanwijzing. Appellant heeft voldoende gemotiveerd aangevoerd dat deze ondertekening op verzoek van de accountant van de schuldenaar/vennootschap is gebeurd en dat hij in de veronderstelling verkeerde dat hij dat als werknemer en/of aandeelhouder diende te doen.

Resteert de door de rechtbank aangehaalde betrokkenheid van appellant bij de ontslagprocedure van geïntimeerde. Dienaangaande staat vast dat met het vertrek van geïntimeerde appellant nog de enige resterende werknemer van de schuldenaar/vennootschap was die feitelijk op het kantoor werkzaam was. Tevens was hij medeaandeelhouder. In die zin is begrijpelijk dat hij bij het beëindigen van de samenwerking met geïntimeerde en bij de ontslagprocedure nauw betrokken was.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 14-06-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:4726

Zaaknummer: 200.175.761

Rechters: L.J. de Kerpel-van Poel, mr. drs. F.J.P. Lock en I. Brand

Advocaten: T. Hitzert

RECHTSPRAAK

Kebo Holding c.s./Stichting De Bewaarder c.s.

Bestuurdersaansprakelijkheid van stichting op grond van de Beklamelnorm afgewezen. De mogelijkheden en taken van de toezichthouder waren zeer beperkt. Dit is een beperking die inherent is aan de gekozen bedrijfsstructuur en die niet aan de toezichthouder, laat staan aan de bestuurders daarvan, kan worden tegengeworpen.

Het inmiddels gefailleerde FIP B.V. hield zich bezig met vastgoedinvesteringen in Frankrijk. Zij stelde Nederlandse investeerders in de gelegenheid in haar projecten deel te nemen via obligatieleningen in haar dochtermaatschappijen. Stichting De Bewaarder had tot doel de belangen van investeerders in de FIP-vennootschappen te behartigen door het uitoefenen van haar stemrecht op (aan haar verpande) aandelen in de FIP-vennootschappen.

Eisers hebben Stichting De Bewaarder en twee van haar (voormalige) bestuurders aangesproken op grond van artikel 6:162 BW. Volgens eisers is Stichting De Bewaarder tekortgeschoten in haar taken en heeft zij onrechtmatig gehandeld door na te laten het bestuur van de FIP-vennootschappen te vervangen, terwijl zij op de hoogte was van de administratieve en financiële problemen, wist dat jaarrekeningen niet op orde waren en dat er met geld werd geschoven. Eisers stellen dat, gelet op deze gang van zaken, gedaagden als bestuurders van Stichting De Bewaarder tevens een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van de uitoefening van hun taken.

Dat betoog faalt. De rechtbank is met gedaagden van oordeel dat de mogelijkheden (het uitoefenen van het pandrecht of het optreden als aandeelhouder) en taken als thans in geding (het houden van toezicht op de eigendommen en het bezoeken van de projecten) van de Bewaarder zeer beperkt waren. Dit is een beperking die inherent is aan de door FIP gekozen structuur – in welke structuur de participanten contractueel hebben deelgenomen – en die niet aan de Bewaarder, laat staan aan de bestuurders daarvan kan worden tegengeworpen. Het controleren van de financiële verslaggeving en de administratie van de FIP-vennootschappen behoorde niet tot de taken van de Bewaarder zodat het niet op orde zijn van jaarrekeningen en de administratie en het gestelde schuiven met gelden op zichzelf niet tot aansprakelijkheid

van de Bewaarder en/of diens bestuurders kan leiden.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 01-06-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:3164

Zaaknummer: C/13/591587 / HA ZA 15-700

Rechters: L. Biller

Advocaten: L.M. Komp, C.M.G.M. van Eindhoven en P.W. Snoeker

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Curator Inter Confex/X

Positie van gedaagde als feitelijke beleidsbepaler is niet komen vast te staan. Dat gedaagde werd beschouwd als degene die de lakens uitdeelde en het bepalende gezicht was van het bedrijf, is op zichzelf beschouwd onvoldoende om te kunnen spreken van een situatie als bedoeld in lid 7 van artikel 2:248 BW.

Gedaagde was als werknemer in dienst bij Inter Confex B.V. Op 28 april 2014 heeft gedaagde zijn arbeidsovereenkomst met Inter Confex opgezegd met ingang van 1 juni 2014. Inter Confex is op 7 juli 2015 failliet verklaard.

De curator verwijt het bestuur van Inter Confex dat het zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld terwijl dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, onder andere omdat het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichting tot het tijdig deponeren van de jaarstukken (art. 2:248 lid 2 BW). Volgens de curator moet gedaagde daarbij worden beschouwd als een feitelijke beleidsbepaler als bedoeld in artikel 2:248 lid 7 BW, zodat ook hij, naast de formele bestuurder, hoofdelijk aansprakelijk is voor het gehele boedeltekort.

Ter onderbouwing van laatstgenoemd standpunt heeft de curator gesteld dat gedaagde zich zowel intern als extern profileerde als de directeur van de vennootschap. De rechtbank overweegt daaromtrent dat moet worden aangenomen dat de positie van gedaagde vergelijkbaar was met die van een vestigingsmanager. Dat gedaagde, zoals volgt uit de door de curator overgelegde verklaringen van werknemers en klanten, werd beschouwd als degene die de lakens uitdeelde en het bepalende gezicht was van het bedrijf, is dan ook niet verwonderlijk en is op zichzelf beschouwd onvoldoende om te kunnen spreken van een situatie als bedoeld in lid 7 van artikel 2:248 BW.

Uit de door de curator overgelegde stukken blijkt dat gedaagde meer dan eens namens Inter Confex overeenkomsten is aangegaan. Naar het oordeel van de rechtbank kan echter niet worden gezegd dat deze door gedaagde verrichte rechtshandelingen noodzakelijkerwijs een aanwijzing vormen voor de conclusie dat gedaagde heeft gehandeld als feitelijk

beleidsbepaler.

Evenmin verwonderlijk acht de rechtbank dat gedaagde bij de boekhouding betrokken was, gelet op het feit dat hij leiding gaf aan de dagelijkse activiteiten van de vennootschap. Uit de in dat verband door de curator in het geding gebrachte stukken volgt dat de boekhouder afstemde met de bestuurder, namelijk als er sprake was 'van iets bijzonders'. Dit wijst erop dat het aan de bestuurder was om knopen door te hakken in situaties die niet zonder meer duidelijk waren, en dat duidt niet op een positie van gedaagde als degene met bepalende beslissingsbevoegdheid.

De slotsom is dat gedaagde naar het oordeel van de rechtbank niet kan worden beschouwd als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 01-06-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:4321

Zaaknummer: C/10/486606 / HA ZA 15-1048

Rechters: Th. Veling

Advocaten: A.W. van Meegdenburg en R.J.H. Kijne

Wetsartikelen: 2:248 lid 7 BW

RECHTSPRAAK

Rutters Autobedrijf/De Jongh B.V.

De onjuiste aanduiding van de schuldenaar in het petitum van het faillissementsverzoek berust op een kennelijke vergissing. Opposante wist dan wel hoorde te begrijpen dat aldus werd beoogd haar faillissement aan te vragen.

Namens opposante is verzocht haar faillissement op te heffen. Zij heeft daartoe twee gronden aangevoerd. Allereerst wijst zij erop dat met het rekest niet haar faillissement was beoogd omdat in het petitum daarvan het faillissement van aanvrager wordt gevraagd. Uit de tekst van het aldus ingeklede verzoek heeft opposante opgemaakt dat verzoekster haar eigen faillissement had aangevraagd en dat opposante daarvan enkel op de hoogte werd gesteld. Om die reden is zij bij de behandeling van het verzoek niet verschenen. Ten tweede is de vordering van verzoekster na faillietverklaring door een derde voldaan zodat aan de voorwaarde voor faillietverklaring niet langer is voldaan.

De rechtbank overweegt dat uit het faillissementsverzoek kan worden opgemaakt dat de in het petitum gemaakte beschrijving op een kennelijke vergissing berust. Dat volgt uit het lichaam van het verzoek en de aldaar gebruikte aanduidingen van opposante als gerekestreerde. De conclusie kan dan ook geen andere zijn dat opposante wist dan wel behoorde te begrijpen dat met meerbedoeld verzoekschrift werd beoogd haar faillissement aan te vragen en niet het eigen faillissement van geopposeerde.

De rechtbank geeft aan dat zij op grond van het arrest van de Hoge Raad van 5 juni 2015 (NJ 2015,320) is gehouden te onderzoeken of op dit moment summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van geopposeerde. Nu niet in geschil is dat die vordering door opposante is voldaan, is geopposeerde niet langer bevoegd het faillissement aan te vragen en dient het faillissement op deze grond te worden vernietigd. Aan de vraag of opposante verkeert in de toestand te hebben opgehouden te betalen, komt de rechtbank om die reden niet meer toe.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 31-05-2016

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2016:3724

Zaaknummer: C/02/315764 FT RK 16/685

Rechters: Hopmans

Advocaten: F.F.J. Froger en E.G.M. van den Heuvel

Wetsartikelen: 4 lid 1 Fw

RECHTSPRAAK

Velthuizen q.q./ASR c.s.

Beëindigingsclausule die verrekeningsbevoegdheid in faillissement zeker stelt, is niet in strijd met de wet, noch met redelijkheid en billijkheid.

In de tussen Bedrijf en ASR gesloten samenwerkingsovereenkomsten is een faillissementsclausule opgenomen op grond waarvan de samenwerking tussen ASR en Bedrijf als intermediair per direct zal eindigen in geval van formele insolventie van de laatste. In aanvulling daarop is een regeling getroffen voor de afkoop van provisierechten door ASR bij voortijdige beëindiging van de overeenkomsten.

ASR heeft, nadat Bedrijf failliet was verklaard, een beroep gedaan op de faillissementsclausule en de curator laten weten de provisierechten te willen afkopen. ASR heeft zich vervolgens jegens de boedel beroepen op verrekening van dit bedrag met hetgeen zij van Bedrijf nog te vorderen had. De curator heeft ASR laten weten met deze verrekening niet akkoord te gaan. Hierop volgend heeft ASR de verzekeringen die hebben behoord tot de portefeuille van Bedrijf verkocht aan een derde.

De curator heeft zich onder meer op het standpunt gesteld dat ASR onrechtmatig heeft gehandeld door de verzekeringen die hebben behoord tot de portefeuille van Bedrijf te verkopen. Kern van het geschil is daarmee dat ASR hier een beroep kon doen op de faillissementsclausule om zodoende de overeenkomsten te beëindigen.

Naar het oordeel van de rechtbank is de clausule niet in strijd met de wet. De in artikel 4:104 Wft gegeven bescherming van Bedrijf speelt hierbij geen rol. Andere onderdelen van het portefeuillerecht worden door de Wft niet beschermd (vgl. HR 13 november 1987, *NJ* 1988, 627). Met name de mogelijkheid van een verzekeraar om de samenwerking met een tussenpersoon te beëindigen wordt in de Wft niet beperkt. De bepaling dat een samenwerking eindigt in geval van faillissement is daarom niet in strijd met de Wft. Er is evenmin strijd met artikel 20 Fw, nu het recht van Bedrijf op betaling van de afkoopprovisie daardoor niet is komen te vervallen.

Evenmin is de faillissementsclausule in strijd met redelijkheid en billijkheid. Naar het oordeel van de rechtbank zien in de branche gebruikelijk protocolaire afspraken bij faillissement van een intermediair op samenwerking tussen verzekeraar en curator, maar laten zij rechten van een verzekeraar jegens een bemiddelaar onverlet. Het enkele feit dat ASR heeft geweigerd in te stemmen met een verkoop van de portefeuille door de curator, maakt haar beroep op de faillissementsclausule niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Daarmee verkreeg zij een verrekeningsbevoegdheid. Juist in het geval van een faillissement heeft zij er belang bij dat een bestaande mogelijkheid tot verrekening niet wordt beperkt. Er is geen sprake van een contractuele regeling waarmee ASR, ten koste van Bedrijf of haar schuldeisers, een onredelijk voordeel geniet.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 25-05-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:2675

Zaaknummer: C/16/401384 / HA ZA 15-803

Rechters: P.J. Neijt

Advocaten: K. Yigit, J.L.M. Groenewegen en K.M. van Zwieten

Wetsartikelen: 20 Fw, 53 Fw en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Toko/Gedaagden c.s.

Ten aanzien van eventuele aansprakelijkheid van leden van de raad van toezicht van een stichting geldt dat het bepaalde in artikel 2:9 BW doorwerkt in de wijze waarop artikel 6:162 BW moet worden toegepast. Ingevolge artikel 2:9 lid 2 BW kan van aansprakelijkheid alleen sprake zijn indien de bestuurder of commissaris een ernstig verwijt kan worden gemaakt van zijn onbehoorlijk handelen.

Eiseres Toko, een horecaonderneming, heeft gedaagden in deze zaak op grond van onrechtmatige daad aangesproken wegens de schade die zij leidt en die het gevolg is van het feit dat gedaagden als (feitelijk) bestuurders en de raad van toezicht hebben bewerkstelligd dan wel toegelaten dat Stichting MC haar contractuele en wettelijke verplichtingen jegens Toko niet is nagekomen.

Voor zover de vordering van Toko op gedaagden tegen hen is gericht in hun hoedanigheid van toezichthouder van Stichting MC overweegt de rechtbank het volgende. Anders dan voor bestuurders van rechtspersonen en (via schakelbepalingen) voor commissarissen van naamloze en besloten vennootschappen (zie art. 2:9 BW) is de taakvervulling en aansprakelijkheid van leden van een raad van toezicht van een stichting nog niet wettelijk geregeld. Toko baseert haar vorderingen dan ook op de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Het bepaalde in artikel 2:9 BW werkt wel door in de wijze waarop artikel 6:162 BW in dit geval moet worden toegepast. Ingevolge artikel 2:9 lid 2 BW kan van aansprakelijkheid alleen sprake zijn indien de bestuurder of commissaris een ernstig verwijt kan worden gemaakt van zijn onbehoorlijk handelen.

Bij de uitoefening van hun taak als toezichthouder geldt dat de leden van een raad van toezicht niet zelf gehouden zijn tot nakoming van de verplichtingen van de onder toezicht staande rechtspersoon, maar zij dienen zich te laten inlichten, het bestuur te adviseren en zo nodig in te grijpen (vgl. HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 58). Daarbij mag de raad van toezicht in beginsel afgaan op de door het bestuur verstrekte informatie en mag hij in beginsel uitgaan van de volledigheid en de juistheid van de door het bestuur verstrekte informatie. Indien de

raad van toezicht echter over aanwijzingen beschikt op grond waarvan aan de volledigheid of juistheid van die informatie moet worden getwijfeld, dan houdt een behoorlijke taakvervulling van de raad van toezicht in dat hij de door het bestuur verstrekte informatie toetst, bijvoorbeeld door nadere vragen te stellen. Bovendien geldt dat wanneer de raad van toezicht over aanwijzingen beschikt dat de informatie onvolledig of onjuist is, een behoorlijke taakvervulling tevens inhoudt dat de raad zelf (nadere) juiste informatie inwint.

Gegeven het oordeel dat de stichting behoorlijk is bestuurd, valt niet in te zien dat het toezicht daarop heeft gefaald.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 25-05-2016

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2016:5872

Zaaknummer: C/09/485709 / HA ZA 15-382

Rechters: H.W. Vogels

Advocaten: M. Cota, A.M. van der Vliet en B.W.G. Orth

Wetsartikelen: 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Essent

Vernietiging van het vonnis waarbij opposant failliet werd verklaard. Onvoldoende is gebleken dat sprake is van een situatie waarbij opposant is komen te verkeren in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen.

Bij vonnis van 12 april 2016 is opposant in staat van (persoonlijk) faillissement verklaard. Hij heeft hiertegen verzet ingesteld (art. 8 Fw). De vordering van Essent als aanvrager van het faillissement is door de schuldenaar niet betwist. Zij staat daarmee vast. Naar het oordeel van de rechtbank is de door Essent aangebrachte steunvordering, gelet op de betwisting door opposant, echter onvoldoende onderbouwd. Deze wordt bij de verdere beoordeling dan ook buiten beschouwing gelaten. Zodoende resteren twee vorderingen zoals die de curator zijn gebleken. Het zijn de vordering van SNS-bank, waarvoor (alsmede voor de faillissementskosten) een voorziening is getroffen in die zin dat deze direct na vernietiging van het faillissement zal worden voldaan, en een hypotheekschuld van opposant aan ING. Deze laatste schuld is door opposant niet bestreden.

De rechtbank overweegt dat hieruit volgt dat op zichzelf is voldaan aan het vereiste van pluraliteit van schuldeisers. Ten aanzien van de vordering van SNS-bank, alsmede de faillissementskosten, is de rechtbank echter voldoende gebleken dat deze door opposant kunnen en zullen worden voldaan. Van de hypothecaire schuld is onbetwist gesteld dat geen achterstand in de betaling bestaat. De rechtbank is aldus van oordeel dat het er thans voor moet worden gehouden dat opposant, behalve de schuld aan geopposeerde, aan zijn betalingsverplichtingen voldoet. Gelet hierop is naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende gebleken dat sprake is van een situatie waarbij opposant is komen te verkeren in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. De rechtbank vernietigt om die reden het vonnis waarbij opposant failliet werd verklaard.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 22-04-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:4286

Zaaknummer: C/10/16/206 F

Rechters: W.J. de Geurts - Veld

Advocaten: M.P.V. den Engelsman en J.M.A. Zandvoort

Wetsartikelen: 8 Fw

RECHTSPRAAK

Huijzer q.q./ Osib c.s.

Overeenkomst inzake bouw hotels. Bouwer failleert. Mocht opdrachtgever vordering o.g.v. verstrekte leningen verrekenen met vordering bouwer wegens oplevering hotel? Haviltex-criterium toegepast op uitleg afspraken verrekening.

Modcon heeft diverse overeenkomsten gesloten met OSIB Schiphol en OSIB Operations in verband met de ontwikkeling en realisering van diverse hotels volgens een concept waarbij kant en klare hotelkamers modulair worden gebouwd en vervolgens worden aangeleverd en verwerkt op de desbetreffende bouwlocatie. Op 31 maart 2009 is Modcon failliet verklaard.

De hoofdvraag die partijen verdeeld houdt, is of OSIB Schiphol (in juni 2008) jegens Modcon het recht had tot verrekening van een bedrag van € 1.289.209,17 (uit hoofde van een aantal financieringsovereenkomsten die onder meer deels waren gewijzigd en gelijkgeschakeld in een nadere overeenkomst van 21 september 2007) met een vordering van Modcon uit hoofde van de oplevering van een hotel nabij Schiphol zoals vervat in een factuur die Modcon in verband met die oplevering aan OSIB Schiphol had gestuurd op 10 juni 2008.

Die hoofdvraag valt, gelet op de stellingen van partijen over en weer, in drie deelvragen uiteen, te weten (i) of OSIB Schiphol op dat moment een opeisbare vordering voor dat bedrag had op Modcon, (ii) of – als dit het geval was – het recht tot verrekening op dat moment al dan niet een (slechts) voorwaardelijk karakter had, en (iii) of – als dit niet het geval was – verrekening voor het volledige bedrag mogelijk was.

He Gerechtshof Amsterdam overweegt ten aanzien van (i) dat OSIB Schiphol op het moment van (beoogde) verrekening een opeisbare vordering van € 1.289.209,17 had op Modcon en ten aanzien van (ii) dat het recht tot verrekening van OSIB Schiphol op dat moment een onvoorwaardelijk karakter had. Voor de vraag hoe de tussen partijen gemaakte verrekeningsafspraken moeten worden uitgelegd, heeft het gerechtshof aansluiting gezocht bij het Haviltex-criterium.

Uiteindelijk dient dan nog de vraag onder (iii) te worden beantwoord of verrekening voor het

volledige bedrag mogelijk was. In het kader van zijn subsidiaire vordering heeft de curator hieromtrent betoogd dat, als OSIB Schiphol wel rechthebbende was op de desbetreffende vordering (van € 1.289.209,17), verrekening van die vordering met de bedoelde vordering van Modcon op OSIB Schiphol krachtens artikel 4 sub f van de vaststellingsovereenkomst slechts tot het (in die overeenkomst in artikel 4 sub e genoemde) bedrag van € 665.627 heeft kunnen plaatsvinden, zodat voor Modcon een vordering van € 623.582,17 (bestaande uit het in artikel 1 sub c van diezelfde overeenkomst genoemde bedrag van € 393.582,17 en het in artikel 2 daarvan genoemde bedrag van € 230.000) op OSIB Schiphol resteert.

Tegen deze subsidiaire vordering heeft OSIB Schiphol een drietal verweren gevoerd. Voor de beoordeling van die verweren is van groot belang of *ten tijde van* de (beoogde) verrekening al dan niet was voldaan aan het bepaalde in artikel 4 sub f van de vaststellingsovereenkomst, te weten dat Hotel Schiphol en Hotel Beethoven waren opgeleverd en nadien was besloten de verdere uitrol van het OSIB-hotelconcept te staken. Was dit het geval, dan was ten tijde van die verrekening de lening immers voor een bedrag van € 623.582,17 vervallen, kon OSIB Schiphol voor dit bedrag derhalve niet meer verrekenen en stond de vordering van Modcon uit hoofde van de Schiphol-factuur dus nog voor dit bedrag open, zodat zij dit bedrag thans van OSIB Schiphol mag vorderen. Was dit niet het geval, dan mocht OSIB Schiphol voor het volledige bedrag verrekenen en zijn de desbetreffende vorderingen over en weer voor het volledige bedrag tenietgegaan, zodat voor Modcon op een later moment geen vordering (voor een bedrag van € 623.582,17) op OSIB Schiphol meer kon bestaan of ontstaan. Het hof is van oordeel dat in het geheel niet is komen vast te staan dat ten tijde van de (beoogde) verrekening was voldaan aan het bepaalde in artikel 4 sub f van de vaststellingsovereenkomst, te weten dat Hotel Schiphol en Hotel Beethoven waren opgeleverd en nadien was besloten de verdere uitrol van het OSIB-hotelconcept te staken. Modcon, op wie te dezer zake de stelplicht en bewijslast rustte, heeft, in het licht van de bij wege van verweer uitvoerig en concreet onderbouwde stellingen van de kant van OSIB Schiphol op dit punt, haar stellingen onvoldoende concreet onderbouwd en toegelicht.

B. Hoyng, augustus 2016

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 12-04-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:1412

Zaaknummer: 200.097.347/01

Rechters: D.J. van der Kwaak, L.A.J. Dun en M.J. Schaepman-de Bruijne

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en A. Knigge

Wetsartikelen: 6:38 BW en 6:127 BW