Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 22, 2016

Nummer 22, 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. H. Boven, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. C.M.A. Knoben, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.IJ. Overgoor, mr. M. Pinar, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2172 23-09-2016
Hage q.q./X
Een dividenduitkering in aanloop naar het faillissement staat niet alleen bloot aan terugvordering op grond van artikel 2:216 BW, maar kan ook op grond van de pauliana bestreden worden. De dividenduitkering wordt beschouwd als een onverplichte rechtshandeling om niet. Anders dan onder het relatief strenge artikel 2:216 BW (nieuw), is dan onder de pauliana een zekere wetenschap aan de zijde van de aandeelhouder niet vereist. Op grond van artikel 45 Fw wordt de wetenschap aan de zijde van de vennootschap vermoed indien de dividendbetaling verricht is binnen een jaar voor faillissement.

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:4283 27-09-2016
Staat der Nederlanden / X c.s. en mrs. Van Ewijk q.q. en Kager q.q.
Na misbruik van identiteitsverschil tussen de verschillende rechtspersonen, rust de verplichting tot schadevergoeding niet alleen op de twee personen die met gebruikmaking van hun zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen hebben gebracht, maar ook op de rechtspersonen zelf.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:2657 13-09-2016
Spectrum/X
Door het bereiken van een schikking in de onderliggende overeenkomst en de mogelijkheid dat de zustervennootschap van de gefailleerde de steunvordering voldoet, is niet langer summierlijk gebleken van het vorderingsrecht van de aanvrager

van het faillissement, noch een toestand van te hebben opgehouden te betalen.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:7338 13-09-2016
Appellante c.s./X
Met het uitspreken van het faillissement van appellante hangende hoger beroep, geldt dat de vordering in reconventie door geïntimeerde moet worden geverifieerd. Nu dit nog niet is gebeurd is de reconventionele vordering met toepassing van artikel 29 Fw van rechtswege geschorst.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:2619 13-09-2016
Bestuurder c.s./Bedrijf R
Enkele (gestelde) twijfel aan continuïteit van de vennootschap die de verplichting is aangegaan is, evenmin als tijdelijke financiële problemen bij die vennootschap, onvoldoende voor het aannemen van aansprakelijkheid op grond van de Beklamelnorm.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:2624 19-07-2016
Rechtsgeldige verpanding vordering door failliet. Pandgever oefent pandrecht uit maar schuldenaar verweert zich door de stellen dat failliet schade heeft veroorzaakt. Comparitiebepaling in hoger beroep.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:2013 24-05-2016
Appellant/Wanted c.s.
Onvoldoende feiten gesteld voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:565 15-03-2016
Bij de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van de aangifte tot faillietverklaring kunnen ontwikkelingen die zich na het faillissement hebben voorgedaan een rol spelen bij de beoordeling van de bestaande vooruitzichten van gefailleerde ten tijde van het faillissement.

Rechtbank

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2016:5618 12-10-2016
Bontrup Holding/Van Dooren q.q.
Het surplus uit executieopbrengst, het bedrag dat de eerste pandhouder heeft geïnd nadat haar met het pandrecht verzekerde vordering was voldaan, komt toe aan de tweede pandhouder en niet aan de boedel, ondanks het feit dat de tweede pandhouder op dat moment haar pandrecht nog niet had geopenbaard.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2016:5065 22-09-2016

Curator/Belastingdienst, kantoor Enschede
Curator voert uit efficiencyoverwegingen geen gronden aan in zijn bezwaarschrift tegen een belastingheffing. De rechtbank oordeelt dat dergelijke overwegingen geen grond vormen voor de verontschuldigbaarheid van het gebrek dat aan het bezwaarschrift kleeft.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2016:11453 21-09-2016

Curator/BMM c.s.
Vervanging van de curator op grond van artikel 73 Fw kan niet bij wege van voorlopige voorziening hangende de bodemprocedure worden gevorderd.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:5025 21-09-2016

Warnink q.q./FFC Vastgoed B.V.
Verrekening door de verhuurder van een bedrag met de openstaande huurschuld vanwege een door de huurder achtergelaten inventaris levert geen nietige of vernietigbare verrekening op.

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2016:4057 19-09-2016

Vennootschap probeert na turboliquidatie tevergeefs het daaraan ten grondslag liggende ontbindingsbesluit te herroepen.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2016:5790 14-09-2016

Een beroep op rechtsverwerking op grond van artikel 6:89 BW vereist een concrete prestatie die uit een verbintenis voortvloeit en gebrekkig is. Een beroep op artikel 6:89 als verweer tegen een vordering op grond van artikel 2:9 is niet mogelijk omdat 2:9 een norm inhoudt en geen concrete prestatie oplevert die voortvloeit uit een verbintenis. Een beroep op artikel 6:89 in het kader van een onrechtmatigedaadsvordering is mogelijk indien de feitelijke grondslag ziet op de schending van een concrete prestatie.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2016:5763 14-09-2016

Wagemakers q.q./S
De enkele schending van boekhoudplicht of publicatieverplichting is niet voldoende voor het oordeel dat de curator daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering op grond van artikel 2:138 lid 2 BW in te stellen. Daarvoor is tevens voldoende zekerheid over het causale verband tussen onbehoorlijk bestuur en faillissement nodig.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:7435 14-09-2016

VBI Filippo/Deense curator
Forumkeuze tussen gefailleerde en wederpartij niet toepasselijk nu de vordering ziet op een onrechtmatige daad van de Deense curator. Daarom is artikel 7 lid 2 Herschikte EEX-Vo van toepassing.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:7226 07-09-2016
Curator PWG Jobcoaching/X c.s.
Ernstig persoonlijk verwijt nu de bestuurders het intreden van de oorzaak van het faillissement, te weten oneigenlijk gebruik van een subsidieregeling en intrekking van de vergunning, niet hebben voorkomen.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:5245 07-09-2016
De verdediging meent dat het OM niet-ontvankelijk is omdat er sprake zou zijn van een bagateldelict. De rechtbank oordeelt echter dat dit niet het geval is en voegt daar nog aan toe dat zij, gezien het opportuniteitsbeginsel, überhaupt geen reden ziet om het OM wat dit betreft niet-ontvankelijk te verklaren.

Raad van State

Raad van State, ECLI:NL:GHSHE:2016:4088 12-10-2016
Metaalbedrijf/Bestuurder DAB
Persoonlijk onrechtmatig handelen op voorhand bewezen geacht, nu de bestuurder ten tijde van het (definitief) verstrekken van de aannemingsopdracht, en vóór de uitvoering van de werkzaamheden, wist van betalingsonmacht van de vennootschap die het gevolg was van structurele omzetdaling.

RECHTSPRAAK

Bontrup Holding/Van Dooren q.q.

Het surplus uit executieopbrengst, het bedrag dat de eerste pandhouder heeft geïnd nadat haar met het pandrecht verzekerde vordering was voldaan, komt toe aan de tweede pandhouder en niet aan de boedel, ondanks het feit dat de tweede pandhouder op dat moment haar pandrecht nog niet had geopenbaard.

ABN Amro Commercial Finance (hierna: ACF) executeert haar pandrecht op alle vorderingen van de failliet. Bontrop Holding is de moedermaatschappij van de failliet en heeft een pandrecht in tweede rang op deze vorderingen. Zij spreekt met ACF af dat ACF de vorderingen int en het surplus aan Bontrup Holding overdraagt. Onderhavig geschil draait om dit surplus, de curator van de failliet verzet zich tegen uitbetaling hiervan aan de moedermaatschappij.

De curator betoogt dat Bontrup Holding zich niet meer als separatist kan verhalen op het surplus dat is geïnd voordat Bontrup Holding haar pandrecht bekendmaakte. De curator beargumenteert dat op het moment waarop de met het pandrecht verzekerde vordering van ACF was voldaan het pandrecht van ACF is vervallen, terwijl op dat moment Bontrup Holding haar pandrecht nog niet geopenbaard had. In dit tijdvak is er derhalve geen enkele pandhouder die zijn pandrecht openbaar gemaakt heeft en dus is de pandgever, op basis van 3:246 BW, zelf bevoegd de verpande vorderingen te innen. Volgens de curator hebben de betalingen die door de schuldenaren van de failliet in de betreffende periode aan ACF zijn gedaan, derhalve te gelden als betalingen aan de boedel en heeft de curator een vordering op ACF tot afdracht van die betalingen verkregen. Doordat de schuldenaren van de failliet bevrijdend hebben betaald, is het pandrecht van Bontrup Holding B.V. tenietgegaan, zodat Bontrup Holding slechts een recht op voorrang heeft behouden, maar geen separatist meer is.

De rechtbank gaat hier niet in mee. Het enkele feit dat de betalingen van de schuldenaren aan ACF op enig moment de omvang van de met het pandrecht verzekerde vordering van ACF te boven gingen, zorgde er niet voor dat vanaf dat moment de inning door ACF veranderde in inning voor de failliet. De pandhouder die overgaat tot executie van het aan hem verstrekte onderpand verkrijgt namelijk de exclusieve bevoegdheid tot inning van het gehele onderpand,

ook als zijn vordering kleiner is dan de (te verwachten) opbrengst. Artikel 3:253 lid 1 derde volzin BW jo. artikel 490b Rv regelt wat er dient te gebeuren in het geval de inningsbevoegde pandhouder de aan haar verpande vorderingen int en er een overschot resteert, terwijl er tevens andere pandhouders zijn wier pandrechten door de inning teniet zijn gegaan. De inningsbevoegde pandhouder dient volgens de rechtbank het overschot aan de andere (voormalig) pandhouders uit te keren. Hierbij merkt de rechtbank op dat het hiervoor niet relevant is of de andere pandhouder haar pandrecht openbaar heeft gemaakt.

S. van Zwam

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak: 12-10-2016
ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:5618
Zaaknummer: C/01/293823 / HA ZA 15-362
Rechters: N.W.A. Stegeman-Kragting
Advocaten: I.J.A.J. Hassen en D.C.M.H. Vielvoye
Wetsartikelen: 3:253 lid 1 BW en 490b Rv

RECHTSPRAAK

Staat der Nederlanden / X c.s. en mrs. Van Ewijk q.q. en Kager q.q.

Na misbruik van identiteitsverschil tussen de verschillende rechtspersonen, rust de verplichting tot schadevergoeding niet alleen op de twee personen die met gebruikmaking van hun zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen hebben gebracht, maar ook op de rechtspersonen zelf.

Twee personen hebben een ondoorzichtige constructie van vennootschappen gecreëerd en in stand gehouden met het kennelijk oogmerk verhaal van schuldeisers te voorkomen. De groep liet haar activiteiten gedurende een beperkte periode via een bepaalde vennootschap lopen. Tijdens die periode werd de mestwetgeving niet nageleefd en legde de Staat boetes op aan de betreffende vennootschap. De opbrengst van de activiteiten kwam (direct of indirect) ten goede aan andere vennootschappen binnen de groep en mogelijk ook in buitenlandse vennootschappen. Vervolgens werden de activiteiten voortgezet door een nieuwe of herleefde vennootschap. De oude vennootschap werd dan leeg achtergelaten en bood geen verhaal voor schuldeisers zoals de Staat. Nadat de vordering van de Staat tot hoofdelijke veroordeling van de twee personen en de rechtspersonen van zijn schade (bestaande uit boetes en dwangsommen) in eerste aanleg is afgewezen, heeft de Staat hoger beroep ingesteld.

De Staat heeft zijn vordering gebaseerd op een onrechtmatige daad. Een van de stellingen waarmee de Staat deze grondslag onderbouwt, is de stelling dat de twee personen en de rechtspersonen misbruik hebben gemaakt van de identiteitsverschillen tussen de vennootschappen door (a) winsten weg te sluizen naar niet-beboete vennootschappen en (b) de activiteiten van beboete vennootschappen voort te zetten in andere vennootschappen en de beboete vennootschappen leeg achter te laten zonder verhaal voor de door de Staat opgelegde boetes en dwangsommen.

Hiertoe heeft de Staat gewezen op een aantal bijzondere omstandigheden (zie r.o. 6.7) waaronder begrepen dat (a) de financiering van de vennootschappen centraal werd verkregen bij de bank, waarna de verschillende rechtspersonen elkaar onderling financierden, (b) de

rechtspersonen ook een gezamenlijke administratie voerden en deze werden samengevoegd tot één resultaat en één cashflowoverzicht, (c) de activiteiten van de diverse rechtspersonen voor een belangrijk deel werden uitgevoerd en geregisseerd vanaf hetzelfde bedrijfsterrein, en (d) voorts was gebleken van een groot aantal andere omstandigheden waaruit de onderlinge verwevenheid bleek van de diverse groepsmaatschappijen.

Uiteindelijk oordeelt het hof dat de leiding van de groep vennootschappen misbruik heeft gemaakt van het identiteitsverschil tussen de verschillende rechtspersonen van de groep. Dit misbruik behoeft in rechte niet te worden gehonoreerd. Het maken van dit misbruik vormt naar het oordeel van het hof een onrechtmatige daad, die verplicht tot het vergoeden van de schade die door het misbruik aan de Staat is toegebracht. Deze verplichting tot schadevergoeding zal niet alleen rusten op de twee personen die met gebruikmaking van hun zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen hebben gebracht, maar ook op de rechtspersonen zelf, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degenen die hen beheersen rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk van henzelf.

Overigens was een groot aantal gedaagde rechtspersonen inmiddels – na een faillissement – in liquidatie of ontbonden. De Staat had gesteld desalniettemin belang te hebben bij een veroordeling van deze rechtspersonen teneinde – na heropening van de vereffening – alsnog zijn vorderingen voldaan te krijgen. Het hof heeft de Staat in zijn vordering jegens deze rechtspersonen ontvangen.

Bart Hoyng

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 27-09-2016
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:4283
Zaaknummer: 200.148.150_01
Rechters: T. van Rothuizen - Dijk, J. Th. Begheyn en J.M.H. Evers
Advocaten: F.L. Bolkestein en J.J.J. de Rooij
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bij de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van de aangifte tot faillietverklaring kunnen ontwikkelingen die zich na het faillissement hebben voorgedaan een rol spelen bij de beoordeling van de bestaande vooruitzichten van gefailleerde ten tijde van het faillissement.

De twee appellanten waren als timmerman en als metselaar werkzaam bij [X] B.V., geïntimeerde. Zij stellen dat geïntimeerde het faillissement heeft gebruikt om de arbeidsrechtelijke bescherming van appellanten te omzeilen. In eerste aanleg heeft de rechtbank geoordeeld dat appellanten er niet in zijn geslaagd bewijs te leveren voor hun stellingen.

De grieven – voor zover van belang – richten zich tegen het volgende. Appellanten menen dat de rechtbank een verkeerde maatstaf heeft toegepast, voor zover zij meende dat zij bij de beoordeling van het 'perspectief' dat geïntimeerde had op inkomsten ten onrechte een ontwikkeling die achteraf pas speelde heeft betrokken. Het hof is het met appellanten eens dat het bij de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van de aangifte tot de faillietverklaring gaat om de op dat moment bestaande vooruitzichten. Maar dat neemt niet weg, aldus het hof, dat ontwikkelingen die zich na het faillissement hebben voorgedaan bij de beoordeling van het perspectief ten tijde van de aanvraag, een rol kunnen spelen. Die ontwikkelingen kunnen aantonen dat sombere verwachtingen (achteraf gezien) gerechtvaardigd waren, of juist niet.

T.M.M. Schaap, oktober 2016

Instantie: Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak: 15-03-2016
ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:565
Zaaknummer: 200.156.541/01
Rechters: H.J. Vetter, A.A. Rijperman en M.C.M. van Dijk

RECHTSPRAAK

Vennootschap probeert na turboliquidatie tevergeefs het daaraan ten grondslag liggende ontbindingsbesluit te herroepen.

Een vennootschap is bij ontbindingsbesluit van 1 februari 2016 van de algemene vergadering ontbonden. De vennootschap heeft daarvoor al haar activa bij akte overgedragen aan X ingevolge een vaststellingsovereenkomst. In het besluit constateert de algemene vergadering van de vennootschap dat geen baten aanwezig zijn. Ingevolge artikel 2:19 lid 4 BW houdt de vennootschap vanwege gebrek aan baten na ontbinding direct op te bestaan. Naderhand vernietigt X de vaststellingsovereenkomst en de overdracht van de activa op grond van dwaling. X stelt dat vanwege de vernietiging de vennootschap achteraf bezien nog baten had en verzoekt herroeping van het ontbindingsbesluit.

De rechtbank stelt voorop dat herroeping van een ontbindingsbesluit mogelijk is mits daardoor in de omstandigheden van het geval geen afbreuk wordt gedaan aan de eisen van rechtszekerheid en de rechten en belangen van derden. Daarom kan een herroepingsbesluit pas rechtsgevolg hebben indien de rechter een daartoe strekkende uitspraak heeft gedaan met toepassing van artikel 2:19 lid 2 BW (HR 19 december 2014, ECLI:NL:2014:3677). Voor toewijzing van een verzoek tot herroeping is vereist dat (1) de rechtspersoon nog niet is opgehouden te bestaan, (2) het herroepingsbesluit geldig is genomen, (3) inzicht in de vermogenstoestand van de vennootschap bestaat op de datum van ontbinding, herroeping en de daartussen liggende periode en (4) derden geen nadeel mogen ondervinden van de herroeping.

De rechtbank oordeelt dat niet zonder meer van dwaling kan worden uitgegaan, omdat de dwaling zou zijn gelegen in het onjuist inschatten van een onzekere toekomstige gebeurtenis (art. 6:228 lid 2 BW), terwijl bovendien alle partijen bij de vaststellingsovereenkomst in feite één en dezelfde persoon zijn. De rechtbank oordeelt daarom dat het ontbindingsbesluit rechtsgeldig is genomen en sprake is van een turboliquidatie ingevolge artikel 2:19 lid 4 BW. Zelfs al zou de vennootschap wel over baten hebben beschikt op het moment van ontbinding, dan is volgens de rechtbank nog niet voldaan aan de vereisten voor herroeping. X heeft namelijk niet voldoende onderbouwd dat derden geen nadeel ondervinden door de herroeping, terwijl de rechtbank op basis van de gestelde feiten en omstandigheden niet

uitsluit dat derden nadeel kunnen ondervinden. De rechtbank wijst daarom het verzoek af.

M.S. Breeman, oktober 2016.

Instantie: Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak: 19-09-2016
ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2016:4057
Zaaknummer: C/08/190287 / HA RK 16-119
Rechters: G.G. Vermeulen
Advocaten: A.C. Huisman
Wetsartikelen: 2:19 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

De verdediging meent dat het OM niet-ontvankelijk is omdat er sprake zou zijn van een bagateldelict. De rechtbank oordeelt echter dat dit niet het geval is en voegt daar nog aan toe dat zij, gezien het opportuniteitsbeginsel, überhaupt geen reden ziet om het OM wat dit betreft niet-ontvankelijk te verklaren.

Verdachte wordt veroordeeld voor bedrieglijke bankbreuk, nu hij na zijn faillissement de huurpenningen voor zijn pand op zijn persoonlijke rekening heeft laten storten. Verdachte heeft tevens het bestaan van een schilderijencollectie verzwegen en heeft een van de schilderijen aan de verzameling onttrokken. Onder meer omdat de verdachte bovenstaande handelingen zelf heeft toegegeven komt de rechtbank tot een bewezenverklaring. De raadsman van de verdachte meent dat de onttrekking van het schilderij aan te merken is als een bagateldelict en dat het OM daarom niet-ontvankelijk verklaard dient te worden. De rechtbank oordeelt dat zij alle(drie) de handelingen die onder het aan verdachte ten laste gelegde feit vielen bewezen heeft verklaard. Om deze reden kan er gaan sprake zijn van een bagateldelict. De rechtbank voegt toe dat zij, gelet op het opportuniteitsbeginsel, hoe dan ook geen reden ziet om het OM wat dit betreft niet-ontvankelijk te verklaren.

T.M.M. Schaap, oktober 2016

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 07-09-2016
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:5245
Zaaknummer: 16.659632-15 (P)
Rechters: W.S. Ludwig, R.B. Eigeman en M.J.A.L. Beljaars
Advocaten: F. Schneider
Wetsartikelen: 343 Sr

RECHTSPRAAK

Metaalbedrijf/Bestuurder DAB

Persoonlijk onrechtmatig handelen op voorhand bewezen geacht, nu de bestuurder ten tijde van het (definitief) verstrekken van de aannemingsopdracht, en vóór de uitvoering van de werkzaamheden, wist van betalingsonmacht van de vennootschap die het gevolg was van structurele omzetdaling.

Tussen appellante en DAB B.V. is omstreeks september 2012 een onderaannemingsovereenkomst gesloten, op grond waarvan appellante voor DAB werkzaamheden heeft verricht. Appellante heeft hiervoor op 8 oktober 2012 een factuur bij DAB ingediend. Deze factuur is onbetaald gebleven. DAB is op 20 november 2012 op eigen aangifte failliet verklaard. Appellante heeft geïntimeerde vervolgens in rechte betrokken in diens hoedanigheid van bestuurder van DAB. Volgens appellante heeft geïntimeerde onrechtmatig gehandeld doordat hij als bestuurder van DAB de opdracht aan appellante heeft verstrekt terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat DAB aan haar verplichtingen uit de overeenkomst niet zou kunnen voldoen.

Het hof stelt voorop dat als peildatum voor geïntimeerde's wetenschap relevant is het moment dat geïntimeerde namens DAB aan appellante opdracht geeft tot en uitvoering vraagt van de geoffreerde prestatie. In dat verband heeft appellante erop gewezen dat DAB al een aantal jaren verlies leed als gevolg van haar afnemende orderportefeuille, de lagere rendementen op werk, het desondanks handhaven van het personeelsbestand en overdracht van activa aan de beheersmaatschappij van geïntimeerde. Het hof ziet dit beeld bevestigd in de gepubliceerde jaarrekeningen van DAB. Hieruit blijkt een neergaande lijn voor DAB die voor een behoorlijk handelend bestuurder kenbaar moet zijn geweest, aldus het hof. Nu de aanmerkelijke omzetdaling zich al in 2011 heeft voorgedaan, mag worden aangenomen dat geïntimeerde in 2012 de ontwikkelingen in de orderportefeuille en de resultaten van DAB te meer nauwlettend in de gaten heeft gehouden.

Naar het oordeel van het hof heeft appellante voldoende feiten en omstandigheden aangevoerd die tot de conclusie leiden dat geïntimeerde ten tijde van het (definitief)

verstrekken van de opdracht aan appellante, en vóór de uitvoering van de werkzaamheden, heeft geweten of behoren te weten dat DAB aan haar daar tegenover staande betalingsverplichting niet zou (kunnen) voldoen en daarvoor geen verhaal zou bieden. Geïntimeerde heeft die gestelde feiten en omstandigheden onvoldoende gemotiveerd betwist, zodat daarmee het gestelde persoonlijk onrechtmatig handelen van geïntimeerde voorshands bewezen moet worden geacht. Gelet op het uitdrukkelijk aanbod van geïntimeerde tot bewijs van zijn stelling dat pas in oktober en november 2012 duidelijk werd dat DAB het niet zou redden, zal het hof geïntimeerde in de gelegenheid stellen tegenbewijs te leveren.

M. Verdonk

Instantie: Raad van State
Datum uitspraak: 12-10-2016
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:4088
Zaaknummer: 200.152.315_01
Rechters: J.A.M. van Schaik-Veltman, J.J. Verhoeven en L.L. Frakes
Advocaten: G.R.A.G. Goorts en H. Nieuwenhuizen
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Warnink q.q./FFC Vastgoed B.V.

Verrekening door de verhuurder van een bedrag met de openstaande huurschuld vanwege een door de huurder achtergelaten inventaris levert geen nietige of vernietigbare verrekening op.

In deze procedure staat de vraag centraal of het verhuurder FFC vrijstond een bedrag van 3.000 euro vanwege de achtergelaten inventaris te verrekenen met de openstaande huurschuld van de huurder aan FFC. De curator van de inmiddels failliete huurder stelt dat dit niet het geval is en beroept zich er primair op dat deze verrekeningshandeling nietig is wegens strijd met de goede zeden ex artikel 3:40 BW. FFC zou hebben geweten van de slechte financiële situatie van zijn failliet en heeft door de verrekening een gedeelte van haar vordering geïnd, terwijl dit bedrag bij gebreke daarvan oninbaar zou zijn gebleven. De verrekening heeft daarom de onzedelijke strekking de schuldeisers van zijn failliet te benadelen, aldus de curator.

De rechtbank oordeelt dat een rechtshandeling die strekt tot benadeling van schuldeisers nietig kan zijn wegens strijd met de goede zeden. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft de curator niet gesteld en onderbouwd waaruit volgt dat FFC met de verrekening het oogmerk had andere schuldeisers van zijn failliet te benadelen. FFC had uit de openstaande huurschuld weliswaar kunnen opmaken dat haar huurder er financieel niet sterk voor stond, maar dit brengt nog niet mee dat FFC er ook van op de hoogte was dat er nog andere schuldeisers waren, aldus de kantonrechter.

De subsidiaire vordering van de curator dat de handelwijze van FFC onrechtmatig ex artikel 6:162 BW is geweest jegens de schuldeisers van zijn failliet wordt eveneens afgewezen vanwege het feit dat de curator onvoldoende onderbouwd heeft gesteld dat FFC van het bestaan van andere schuldeisers op de hoogte was en dat zij een bedrag in verrekening heeft gebracht met het doel andere schuldeisers te benadelen. De verrekening van verhuurder FFC kan door de curator van de huurder ook niet ex artikel 42 Fw of artikel 47 Fw worden aangetast. De vorderingen van de curator worden afgewezen.

mr. V. Terlouw, oktober 2016

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 21-09-2016
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:5025
Zaaknummer: 4508400
Rechters: F.C. Burgers
Advocaten: D. Warnink en M. Mos
Wetsartikelen: 3:40 BW, 6:162 BW, 3:45 BW, 42 Fw en 47 Fw

RECHTSPRAAK

Curator/BMM c.s.

Vervanging van de curator op grond van artikel 73 Fw kan niet bij wege van voorlopige voorziening hangende de bodemprocedure worden gevorderd.

De curator heeft gedaagde als (indirect) bestuurder persoonlijk aansprakelijk gesteld voor het tekort in faillissement. De gedaagde heeft de rechtbank daarop bij wijze van voorlopige voorziening gevraagd de curator overeenkomstig artikel 73 Fw te ontslaan en te vervangen, althans een tweede curator te benoemen, die niet de belangen heeft behartigd van gedaagde en/of bedrijven of ondernemingen waarin gedaagde een belang heeft.

De rechtbank overweegt dat toewijzing van een dergelijke vordering alleen mogelijk is wanneer zij gericht is op een voorziening die voor de duur van de bodemprocedure kan worden gegeven. De gevorderde voorziening – ontslag van de curator en vervanging door een andere curator – is naar zijn aard niet voorlopig maar definitief. Reeds hierom dient de vordering in het incident te worden afgewezen. Om te bereiken wat gedaagde wil, dient hij de verzoekschriftprocedure van artikel 73 Fw te volgen.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 21-09-2016
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2016:11453
Zaaknummer: C/09/510866 / HA ZA 16-563
Rechters: D.R. Glass
Advocaten: J.C. Dorrepaal en M.A. Hupkes
Wetsartikelen: 73 Fw en 223 Rv

RECHTSPRAAK

VBI Filippo/Deense curator

Forumkeuze tussen gefailleerde en wederpartij niet toepasselijk nu de vordering ziet op een onrechtmatige daad van de Deense curator. Daarom is artikel 7 lid 2 Herschikte EEX-Vo van toepassing.

Filippo heeft de Deense curator in het faillissement van SOGO op grond van onrechtmatige daad of wanprestatie in rechte betrokken voor de Rechtbank Rotterdam. Filippo beroept zich op een forumkeuze in haar algemene voorwaarden tussen haar en SOGO. De Deense curator vordert in dit incident dat de rechtbank zich onbevoegd verklaart. Volgens de Deense curator is de Deense rechter bevoegd op grond van artikel 7 lid 2 van de Brussel I Verordening (de Herschikte EEX-Vo).

De rechtbank oordeelt echter dat de Deense rechter niet aan het forumkeuzebeding is gebonden. Artikel 37 Fw waar Filippo in dit verband naar verwijst, is van toepassing op wederkerige overeenkomsten die tussen de schuldenaar (SOGO) en de wederpartij (Filippo) vóór de faillietverklaring zijn aangegaan én door geen van partijen geheel zijn nagekomen. De rechtsbetrekking tussen Filippo en de Deense curator is een andere. De vordering van Filippo ziet niet op nakoming van de overeenkomst tussen SOGO en Filippo, maar op een onrechtmatige daad van de Deense curator wegens het doorverkopen van de goederen, die door Filippo onder eigendomsvoorbehoud aan SOGO zijn geleverd.

Ten aanzien van de door Filippo ingestelde vordering overweegt de rechtbank dat artikel 7 lid 2 van de Herschikte EEX-Vo Filippo de keuze geeft om de Deense curator op te roepen voor het gerecht van de plaats waar het schadetoebrengende feit zich heeft voorgedaan of kan voordoen. Voor een vordering als de onderhavige die ertoe strekt de curator in het faillissement van een Deense vennootschap aansprakelijk te stellen voor schade in het kader van de afwikkeling van dat faillissement, moet als de plaats waar het schadetoebrengende feit zich heeft voorgedaan worden aangemerkt de plaats waarmee de door die curator verrichte werkzaamheden verband houden. Nu het doorverkopen van de goederen heeft plaatsgevonden in Denemarken, is de Deense rechter bevoegd. De nauwe band met de Nederlandse rechter ontbreekt.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 14-09-2016
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:7435
Zaaknummer: C/10/506643 / HA ZA 16-735
Rechters: C. Bouwman
Advocaten: J.R.L. van Gasteren en L. Heide-Jørgensen
Wetsartikelen: 7 lid 2 Herschikte EEX-Vo en 37 Fw

RECHTSPRAAK

Wagemakers q.q./S

De enkele schending van boekhoudplicht of publicatieverplichting is niet voldoende voor het oordeel dat de curator daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering op grond van artikel 2:138 lid 2 BW in te stellen. Daarvoor is tevens voldoende zekerheid over het causale verband tussen onbehoorlijk bestuur en faillissement nodig.

De curator heeft in deze zaak primair gevorderd voor recht te verklaren dat gedaagde als bestuurder van het in 2001 gefailleerde Ebcon Holding niet heeft voldaan aan zijn boekhoudplicht (art. 2:10 BW) en zijn publicatieverplichting (art. 2:294 BW), zodat vaststaat dat hij zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is (art. 2:138 (2) BW).

Door gedaagde is verjaring van de primaire vordering ingeroepen (art. 3:310 (1) BW). De termijn is volgens gedaagde gaan lopen kort na het faillissement in 2001. De curator was toen al op de hoogte van de schending van de boekhoud- en publicatieplicht, zoals blijkt uit de faillissementsverslagen en een procedure bij de Ondernemingskamer. De curator heeft gedaagde pas op 9 februari 2010 aangeschreven, dus na het verstrijken van de verjaringstermijn van vijf jaren.

De rechtbank stelt voorop dat de vordering uit hoofde van artikel 2:138 BW ziet op schadevergoeding, en dat deze vordering verjaart vijf jaar nadat de curator met de schade (in de zin van het boedeltekort) bekend is geworden. De vraag die daarmee ter beoordeling door de rechtbank voorligt, is op welk tijdstip de curator daadwerkelijk in staat was een rechtsvordering op de grondslag van artikel 2:138 BW in te stellen. Daarbij is van belang dat tussen partijen vaststaat dat niet aan de verplichting van artikel 2:394 BW is voldaan.

De curator heeft verweer gevoerd. Naar aanleiding daarvan overweegt de rechtbank dat zij de enkele schending van artikelen 2:394 en 2:10 BW niet voldoende vindt voor het oordeel dat de curator daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering in te stellen. Daarvoor is tevens voldoende zekerheid over het causale verband tussen onbehoorlijk bestuur en faillissement

nodig. De curator heeft op grond van onder meer de Insolad regels bepleit dat hij pas een procedure kan dan wel mag starten bij ernstige misstappen, dus materieel onbehoorlijk bestuur.

De rechtbank overweegt dat de curator er daarmee blijk van geeft dat hij volgens hem pas een rechtsvordering kan of mag instellen als na onderzoek vaststaat dat hij aan zijn stelplicht in het kader van artikel 2:138 lid 1 BW kan voldoen, daarbij artikel 2:138 lid 2 BW en het daarmee beoogde doel uit het oog verliezend. De vraag op welk tijdstip de curator op grond van regels voor zijn beroepsgroep een procedure mag starten dient te worden onderscheiden van de vraag op welk tijdstip de verjaringstermijn van de rechtsvordering aanvangt. Het antwoord op die laatste vraag wordt gevonden door toepassing van het recht. Daarbij behoort ook het belang van rechtszekerheid voor gedaagde te worden betrokken. De slotsom is dat het beroep op verjaring van de primaire vordering van de curator slaagt.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant
Datum uitspraak: 14-09-2016
ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2016:5763
Zaaknummer: C/02/289660 / HA ZA 14-796
Rechters: Van Geloven, Combee en Van 't Nedereind
Advocaten: E.C.M. Wagemakers en J.L. Stoevenbeld
Wetsartikelen: 2:138 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder c.s./Bedrijf R

Enkele (gestelde) twijfel aan continuïteit van de vennootschap die de verplichting is aangegaan is, evenmin als tijdelijke financiële problemen bij die vennootschap, onvoldoende voor het aannemen van aansprakelijkheid op grond van de Beklamelnorm.

Bedrijf R, geïntimeerde, heeft bij overeenkomst van 29 december 2010 een zelfstandig filiaal van Y B.V. (X) overgenomen. De heer B, appellant, is via zijn houdstermaatschappij (Bedrijf A) en de onderliggende vennootschap Z middellijk bestuurder en enig aandeelhouder van Y. In 2014 zijn Y B.V. en Z B.V. op eigen aangifte failliet verklaard.

In deze procedure vordert R onder meer schadevergoeding van de heer B in zijn hoedanigheid van (middellijk) bestuurder van Y. R stelt zich op het standpunt dat Y niet heeft geleverd wat zij uit hoofde van de koopovereenkomst aan R had moeten leveren. R verwijt B daarnaast dat hij aansprakelijk is op grond van de Beklamelnorm. Ook heeft R B c.s. persoonlijk onrechtmatig handelen verweten, omdat hij willens en wetens onjuiste informatie en mededelingen aan R heeft verstrekt waardoor R een te hoge koopprijs voor X heeft betaald.

De rechtbank heeft de vordering op grond van de Beklamelnorm afgewezen, omdat R hieraan geen feitelijke invulling heeft gegeven. R heeft hiertegen incidenteel appèl ingesteld. R heeft daarbij onder meer aangevoerd dat hij twijfelde aan de continuïteit van Y en dat Y zich ten tijde van de verkoop in een slechte financiële situatie bevond.

Het hof stelt voorop dat voor de toepassing van de Beklamelmaatstaf, en het in dat kader te maken ernstige verwijt, de enkele twijfel aan de continuïteit onvoldoende is voor het aannemen van aansprakelijkheid. Hetzelfde geldt voor de door R gestelde precaire financiële situatie van Y. Vast staat dat Y ten tijde van de verkoop tijdelijk moeite had haar verplichtingen na te komen. Nu er blijkens het bewijs geen klachten zijn over betalingen en de liquiditeit voldoende is, is daarmee niet zonder meer de wetenschap van B als bestuurder aangetoond. Alle grieven op dit punt falen dan ook.

De grieven van B c.s. in het principaal appèl slagen. Die grieven zien op het oordeel van de

rechtbank dat de verwijten van R deels persoonlijke onrechtmatige daden van B c.s. opleveren. De rechtbank heeft daarbij geoordeeld dat R door B c.s. bewust onjuist is geïnformeerd over de omzetgegevens van X. Het hof stelt voorop dat het hier gaat om een inschatting van toekomstige projecten van X. De omstandigheid dat B de kans daarop gunstiger inschat en dus een rooskleuriger beeld schetst dan de vestigingsmanager van X, is op zichzelf onvoldoende om hem een ernstig persoonlijk verwijt te maken.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak: 13-09-2016
ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:2619
Zaaknummer: 200.170509/01
Rechters: M.M. Olthof, M.C.M. van Dijk en R.F. Groos
Advocaten: W.P. Brussaard en A. Knigge
Wetsartikelen: 2:11 BW, 6:74 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Appellante c.s./X

Met het uitspreken van het faillissement van appellante hangende hoger beroep, geldt dat de vordering in reconventie door geïntimeerde moet worden geverifieerd. Nu dit nog niet is gebeurd is de reconventionele vordering met toepassing van artikel 29 Fw van rechtswege geschorst.

Appellant heeft in opdracht van geïntimeerde geïntimeerde bijgestaan in een procedure tussen geïntimeerde en zijn broer inzake een nalatenschap. Geïntimeerde heeft een rechtsbijstandsverzekering bij DAS, met een maximaal verzekerd bedrag voor rechtsbijstand van € 50.000. De door appellant aan geïntimeerde verleende rechtsbijstand heeft appellant bij DAS in rekening gebracht. Nadat aldus door appellant voor € 48.821,03 aan kosten bij DAS is gedeclareerd, heeft appellant zijn werkzaamheden voor geïntimeerde vervolgens gestaakt omdat hij van mening was dat verdere werkzaamheden zonder dat daarvoor betaald zou worden niet van hem kon worden gevergd. Nadat appellant zich definitief van de zaak heeft onttrokken is in totaal € 56.444 bij DAS gedeclareerd, waarvan door DAS € 22.482,35 is voldaan. Het resterende bedrag heeft DAS, met een beroep op het door geïntimeerde ingeroepen opschortingsrecht, onbetaald gelaten.

Appellant heeft in eerste aanleg in conventie gevorderd dat geïntimeerde wordt veroordeeld tot betaling van de kosten van de door appellant verleende rechtsbijstand voor zover die kosten niet worden gedekt door betalingen van DAS. In reconventie heeft geïntimeerde een verklaring voor recht geëist dat appellant toerekenbaar tekort is geschoten, met veroordeling tot betaling van schadevergoeding. De rechtbank heeft de vordering van appellant bij vonnis afgewezen en de vordering van geïntimeerde toegewezen. Ten tijde van het hiertegen ingestelde beroep is appellant gefailleerd.

Het hof overweegt dat voor wat betreft het geding in conventie tussen appellant en geïntimeerde, de curator in rechte dient te worden opgeroepen (art. 27 Fw). Voor wat betreft de vordering in reconventie tussen geïntimeerde en appellant, is sprake van een rechtsvordering die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel heeft (art. 26 en 29

Fw). Ten aanzien van de vraag of het geding in reconventie zonder meer kan worden voortgezet, oordeelt het hof onder verwijzing naar Gerechtshof 28 januari 2014 (ECLI:NL:GHARL:2014:517) dat die vraag ontkennend moet worden beantwoord. Ook in de onderhavige zaak geldt dat de vordering van geïntimeerde moet worden geverifieerd, terwijl gesteld noch gebleken is dat een verificatieprocedure reeds heeft plaatsgevonden. Met toepassing van artikel 29 Fw moet in dit geval dan ook worden geoordeeld dat het reconventionele geding van rechtswege is geschorst, om alleen dan te worden voortgezet indien de verificatie van de vordering wordt betwist.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 13-09-2016
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:7338
Zaaknummer: 200.186.346/01
Rechters: J.H. Kuiper, L. Groefsema en I. Tubben
Advocaten: A.K. Bolt en G.M. Tiddens
Wetsartikelen: 26 Fw, 27 Fw en 29 Fw

RECHTSPRAAK

Spectrum/X

Door het bereiken van een schikking in de onderliggende overeenkomst en de mogelijkheid dat de zustervennootschap van de gefailleerde de steunvordering voldoet, is niet langer summierlijk gebleken van het vorderingsrecht van de aanvrager van het faillissement, noch een toestand van te hebben opgehouden te betalen.

De besloten vennootschap Spectrum, verzoekster, is bij vonnis van 26 juli 2016 failliet verklaard. Spectrum is van deze beslissing in hoger beroep gekomen, met het verzoek tot vernietiging van dat vonnis.

In hoger beroep heeft Spectrum aangevoerd dat tussen haar en geïntimeerde een schikking is bereikt in het onderliggende geschil inzake de doorbetaling van loon door Spectrum, waarover in hoger beroep een procedure aanhangig is. Ook heeft Spectrum bewijzen overgelegd van de betaling van het salaris van de curator.

De curator heeft zich bij het standpunt van Spectrum aangesloten. Hij heeft er in zijn verslag op gewezen dat er naast de vordering van geïntimeerde slechts één andere concurrente vordering van beperkte omvang is ingediend. Deze vordering kan worden voldaan door de zustervennootschap van Spectrum, aldus de curator. Daarnaast is door een derde € 5.000 op de derdenrekening van de curator gestort ter dekking van lopende kosten. Gelet hierop heeft de curator het hof geadviseerd het faillissement te vernietigen.

Het hof komt dan ook tot de slotsom dat in hoger beroep niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van geïntimeerde en niet summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden die meebrengen dat Spectrum verkeert in een toestand van te hebben opgehouden te betalen. Het bestreden vonnis wordt om die reden vernietigd.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak: 13-09-2016
ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:2657
Zaaknummer: 200.196.564/01
Rechters: C.J. Verduyn, F. Damsteegt-Molier en A.J. Coster
Advocaten: J.W. Uiterlinden en A.A. Slager
Wetsartikelen: 8 lid 1 Fw

RECHTSPRAAK

Curator PWG Jobcoaching/X c.s.

Ernstig persoonlijk verwijt nu de bestuurders het intreden van de oorzaak van het faillissement, te weten oneigenlijk gebruik van een subsidieregeling en intrekking van de vergunning, niet hebben voorkomen.

PWG was een onderneming gericht op jobcoaching voor jong gehandicapten. Gedaagden waren (middellijk) bestuurders van PWG. PWG werkte op basis van de jobcoachregeling, wat inhield dat PWG als erkende jobcoach werd gesubsidieerd door het UWV. In de periode 2009 tot 2011 heeft PWG in het kader van de jobcoachregeling declaraties ingediend bij en betaling ontvangen van UWV.

UWV heeft medio 2011 een onderzoek ingesteld naar het declaratiegedrag van PWG. In de daarop gebaseerde rapportage van 16 november 2012 wordt geconcludeerd dat er sprake is geweest van oneigenlijk gebruik van de jobcoachregeling door PWG. Naar aanleiding daarvan is de vergunning van PWG ingetrokken en heeft de inspectie SZW een nader onderzoek ingesteld waarbij is vastgesteld dat een aantal jaarrekeningen niet tijdig is gedeponeerd.

Nadat PWG op 26 maart 2013 op eigen verzoek failliet is verklaard, heeft de curator gedaagden voor het tekort in de boedel van PWG aangesproken op grond van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling die in belangrijke mate heeft geleid tot het faillissement. De rechtbank overweegt dat het bestuur niet heeft voldaan aan zijn publicatieverplichting (art. 2:394 BW). Nu het hier geen gering verzuim betreft, staat vast dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld.

Ten aanzien van het bewijsvermoeden hebben gedaagden gewezen op andere externe factoren als belangrijke oorzaak van het faillissement. De rechtbank stelt vast dat partijen het erover eens zijn dat het faillissement is veroorzaakt door de intrekking van de erkenning van PWG als jobcoachorganisatie. Hierdoor vielen inkomsten weg en is een naheffing opgelegd. In dat verband heeft de curator gedaagden verweten dat zij als bestuurders hebben nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, namelijk door niet te voorkomen dat op grote schaal onjuiste declaraties bij het UWV werden ingediend.

De rechtbank overweegt dat PWG haar inkomsten uitsluitend baseerde op declaraties onder de jobcoachregeling. Van capabele bestuurders mag worden verwacht dat zij op de hoogte zijn van de daarvoor geldende regelgeving. Vast is komen te staan dat PWG oneigenlijk gebruik heeft gemaakt van de Jobcoachvoorziening en de op het UWV-onderzoek gebaseerde intrekking van de vergunning door UWV zelf heeft veroorzaakt. Door gedaagden zijn geen althans onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd die tot een andere conclusie leiden dan dat gedaagden daarvan een ernstig persoonlijk verwijt treft.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 07-09-2016
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:7226
Zaaknummer: C/10/455227 / HA ZA 14-734
Rechters: C.M.E. van der Hoeven
Advocaten: F. el Houzi en R.A. Klaassen
Wetsartikelen: 2:248 lid 2 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Appellant/Wanted c.s.

Onvoldoende feiten gesteld voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder.

De vennootschap naar Engels recht, Dutch, hield zich bezig met detachering in de olie- en gasindustrie. Dutch werd gefinancierd door haar grootaandeelhouder Wanted B.V., die een lening van ruim drie ton aan Dutch had verstrekt. Daarnaast had Dutch een banklening, waarvoor Wanted zich borg heeft gesteld. Dat krediet is in de zomer van 2013 aangevuld met een extra geldlening. Hiervoor hebben Wanted en haar bestuurder zich borg gesteld.

Tussen appellant en Dutch is op 11 september 2013 een overeenkomst gesloten op grond waarvan appellant consultancywerkzaamheden voor Dutch heeft verricht. Voor deze werkzaamheden heeft appellant facturen aan Dutch toegezonden, waarvan er enkele onvoldaan zijn gebleven. Dutch is op 4 februari 2014 in staat van faillissement verklaard.

Appellant vordert om die reden veroordeling van de bestuurder van Wanted wegens diens persoonlijke aansprakelijkheid voor de schade die appellant heeft geleden door het onbetaald blijven van haar vorderingen op Dutch. De procedure spitst zich daarmee toe op de vraag of de bestuurder van Wanted als (feitelijk) bestuurder of beleidsbepaler van Dutch, op zodanige wijze onzorgvuldig heeft gehandeld dat hem daarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Dat is naar het oordeel van het hof in de gegeven omstandigheden niet het geval, nu persoonlijke aansprakelijkheid vereist (2) dat de bestuurder bij het binden van de vennootschap wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, of (2) dat hij wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.

Noch het een noch het ander is in het onderhavige geval voldoende (feitelijk) gebleken, aldus het hof. De slotsom is dat de vordering van appellant wordt afgewezen.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 24-05-2016
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:2013
Zaaknummer: 200.177.376/01
Rechters: A.W.H. Vink, E.E. van Tuyll Serooskerken-Röell en M.P. van Achterberg
Advocaten: H.F.C. Hoogendoorn en M.C.J. de Schepper
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Hage q.q./X

Een dividenduitkering in aanloop naar het faillissement staat niet alleen bloot aan terugvordering op grond van artikel 2:216 BW, maar kan ook op grond van de pauliana bestreden worden. De dividenduitkering wordt beschouwd als een onverplichte rechtshandeling om niet. Anders dan onder het relatief strenge artikel 2:216 BW (nieuw), is dan onder de pauliana een zekere wetenschap aan de zijde van de aandeelhouder niet vereist. Op grond van artikel 45 Fw wordt de wetenschap aan de zijde van de vennootschap vermoed indien de dividendbetaling verricht is binnen een jaar voor faillissement.

Op 29 februari 2008 neemt de enige aandeelhouder tevens bestuurder van de vennootschap een dividendbesluit ten belope van € 225.735. Op diezelfde dag worden de aandelen in de vennootschap overgedragen aan een gerelateerde partij. Volgens de conceptjaarcijfers over 2007 bedroegen de vrije reserves € 231.539. Op 24 juni 2008 wordt de vennootschap failliet verklaard.

De curator heeft de bestuurder en gewezen aandeelhouder aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 BW inclusief via artikel 2:11 BW de achterliggende natuurlijke personen, subsidiair veroordeling gevorderd op grond van onrechtmatige daad, meer subsidiair vernietiging en terugbetaling van de dividenduitkering op grond van artikel 2:216 (oud) BW én artikel 42 en 47 Fw.

De rechtbank had de primaire vordering van de curator toegewezen. Het hof heeft echter de vorderingen van de curator op alle gronden afgewezen. Ten aanzien van de pauliana overwoog het hof dat de curator kan worden gevolgd in zijn standpunt dat het dividendbesluit een onverplichte rechtshandeling om niet in de zin van artikel 42 Fw is. Bij het nemen van het besluit wist verweerster volgens het hof echter nog niet dat benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn.

De Hoge Raad casseert op meerdere gronden. Ten eerste heeft het hof onvoldoende gemotiveerd waarom op basis van de tussentijdse cijfers een uitkering mogelijk was, omdat de curator duidelijk heeft aangevoerd dat de cijfers die beweerdelijk een dividend mogelijk zouden maken, ten onrechte geen voorziening kenden voor dubieuze debiteuren. Hiermee slagen reeds de klachten tegen het afwijzen van de vorderingen wegens onbehoorlijk bestuur en onrechtmatige daad.

Het belangrijkste van dit arrest is echter de overweging omtrent de toepasselijkheid van de pauliana op dividenduitkeringen. Immers, de toets van artikel 42 Fw enerzijds en de toets van artikel 2:216 BW (nieuw) anderzijds kunnen radicaal anders uitpakken. Onder het nieuwe artikel 2:216 lid 3 BW moet een aandeelhouder het dividend terugbetalen indien deze ten tijde van de betaling 'wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden'. Indien een dividenduitkering als een onverplichte rechtshandeling om niet wordt beschouwd, is het toepasselijke normenkader echter geheel anders. Op grond van artikel 42 Fw is dan wetenschap aan de zijde van de aandeelhouder in het geheel niet vereist! Slechts de schuldenaar dient dan deze wetenschap te hebben gehad. Op grond van artikel 45 Fw wordt deze wetenschap ook nog eens vermoed aanwezig te zijn.

Het is dus een botsing tussen klassiek faillissementsrecht en nieuw ondernemingsrecht. Als de pauliana inderdaad zo toegepast kan worden, blijft er weinig bestaansrecht over voor het nieuwe artikel 2:216 lid 3 BW ten aanzien van de ontvangende aandeelhouder. Tegelijkertijd is artikel 2:216 BW het kloppende hart van de nieuwe flex-BV. De gedachte was dat minder aandacht besteed zou worden aan wat er *in* de vennootschap gaat, met name geen minimumkapitaal, maar juist extra kritisch gekeken zou worden naar wat *eruit* gehaald wordt. In dat verband zou het natuurlijk niet passen als het nieuwe artikel 2:216 BW de oude pauliana zou gaan beknotten. Meerdere auteurs bepleiten reeds dat een dividend een onverplichte rechtshandeling om niet is. Zie Barneveld, *Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders*, diss. 2014, p. 444-446 met verwijzingen. De aandeelhouder is hierbij ook weer niet geheel zonder bescherming. De aandeelhouder die te goeder trouw de gelden heeft ontvangen en reeds heeft aangewend en niet langer gebaat is, geniet bescherming onder artikel 42 lid 3 Fw.

Het hof is duidelijk omtrent de discussie over de toepasselijkheid van de pauliana op dividendbetaling en overweegt dat een dividend een onverplichte rechtshandeling om niet is. Het hof verzuimt echter de onvermijdelijke vervolgstap te zetten, namelijk om dan ook het bewijsvermoeden van artikel 45 Fw toe te passen. De Hoge Raad casseert dan ook omdat het hof de bewijsvermoedens van artikel 43 Fw en –veel belangrijker – van artikel 45 Fw had moeten toepassen. Ten aanzien van de principiële discussie houdt de Hoge Raad zich echter

enigszins op de vlakte en laat de kans liggen om de onzekerheid definitief te beslechten. De Hoge Raad casseert namelijk omdat het hof heeft geoordeeld dat de dividenduitkering een onverplichte rechtshandeling om niet is, en vervolgens verzuimd heeft de bewijsvermoedens toe te passen. De Hoge Raad laat de kans liggen om definitief een eigen oordeel te geven over de toepasselijkheid van de pauliana op dividendbetalingen.

Rolef de Weijs, oktober 2016

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 23-09-2016
ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2172
Zaaknummer:
Rechters: F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, de G Groot, M.V. Polak en C.E. du Perron
Advocaten: A.E.H. van der Voort Maarschalk
Wetsartikelen: 42 Fw

RECHTSPRAAK

Een beroep op rechtsverwerking op grond van artikel 6:89 BW vereist een concrete prestatie die uit een verbintenis voortvloeit en gebrekkig is. Een beroep op artikel 6:89 als verweer tegen een vordering op grond van artikel 2:9 is niet mogelijk omdat 2:9 een norm inhoudt en geen concrete prestatie oplevert die voortvloeit uit een verbintenis. Een beroep op artikel 6:89 in het kader van een onrechtmatigedaadsvordering is mogelijk indien de feitelijke grondslag ziet op de schending van een concrete prestatie.

In deze zaak staat de vraag centraal of de curator, die voormalige bestuurders van enkele failliete Ebcon-vennootschappen aanspreekt op grond van artikel 2:9 en artikel 6:162 BW, zijn recht daartoe heeft verwerkt vanwege schending van de klachtplicht als bedoeld in artikel 6:89 BW.

De curator stelt zich op het standpunt dat de bestuurders geen beroep op artikel 6:89 BW toekomt, omdat artikel 6:89 BW slechts van toepassing is indien sprake is van een verplichting tot het leveren van een prestatie die moet leiden tot 'enige inontvangstneming' van een goed of dienst.

Bij de beantwoording van de vraag naar het toepassingsgebied van artikel 6:89 BW neemt de rechtbank tot uitgangspunt dat het artikel van toepassing is op iedere verbintenis die tot een prestatie verplicht. De bron van zo'n verbintenis kan de wet, een overeenkomst of een andere bron van verbintenissen zijn. Uit een arrest van de Hoge Raad van 11 juni 2011 volgt bijvoorbeeld dat de Hoge Raad de overeenkomst tussen klant en een professionele dienstverlener als bron ziet voor de verbintenis tot het nakomen van een concrete prestatie door de professionele dienstverlener, onder de noemer 'zorgplicht'.

6:162 BW

De rechtbank overweegt dat de toepasselijkheid van artikel 6:89 BW afhangt van de feitelijke grondslag van de onrechtmatigedaadsvordering. Indien de feitelijke grondslag erop ziet dat de

schuldenaar een prestatie op grond van een verbintenis, uit overeenkomst of uit andere bron niet deugdelijk is nagekomen, is artikel 6:89 BW van toepassing. In casu is artikel 6:89 BW niet van toepassing omdat de feitelijke grondslag ziet op de schending van een op eenieder rustende rechtsplicht zich jegens derden te onthouden van onrechtmatige gedragingen. Dit is geen concrete prestatie, waarvoor artikel 6:89 BW bedoeld is.

2:9 BW

Artikel 2:9 BW houdt een norm in voor het handelen van een bestuurder van een rechtspersoon. Wanneer de schuldeiser aan de vordering op grond van artikel 2:9 BW feitelijk ten grondslag legt dat de bestuurder de norm heeft geschonden en dat hem daarvan een ernstig verwijt is te maken, ligt aan de vordering niet feitelijk ten grondslag dat een prestatie van de bestuurder die uit een verbintenis voortvloeit gebrekkig is. Ook in dit geval is artikel 6:89 BW niet van toepassing, omdat er wederom geen sprake is van een concrete prestatie.

Bas Kentie

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant
Datum uitspraak: 14-09-2016
ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2016:5790
Zaaknummer: C/02/275437 / HA ZA 14-30
Wetsartikelen: 6:89, 6:162 en 2:9

RECHTSPRAAK

Curator/Belastingdienst, kantoor Enschede

Curator voert uit efficiencyoverwegingen geen gronden aan in zijn bezwaarschrift tegen een belastingheffing. De rechtbank oordeelt dat dergelijke overwegingen geen grond vormen voor de verontschuldigbaarheid van het gebrek dat aan het bezwaarschrift kleeft.

De failliet heeft een belastingheffing opgelegd gekregen waartegen de curator, zonder aanvoering van gronden, in beroep is gegaan. De Belastingdienst heeft de curator om deze reden niet-ontvankelijk verklaard. Bij de rechtbank is nu in geschil of deze niet-ontvankelijkheid terecht is uitgesproken.

Niet in geschil is dat de curator geen gronden voor bezwaar heeft ingediend en dat de Belastingdienst hem gelegenheid heeft geboden dat verzuim te herstellen. De vraag die speelt is of dit verzuim verontschuldigbaar is. Eiser beroept zich er in dit kader op dat hij vanuit efficiencyoverwegingen geen gronden heeft aangevoerd. Alle tijd en kosten besteed aan de bezwaarprocedure, meer specifiek het opmaken van een aangifte Vpb, zullen volgens de curator nodeloos zijn indien blijkt dat niet tot enige uitkering in het faillissement wordt gekomen.

De rechtbank acht dit geen reden die het niet indienen van gronden verontschuldigt. De curator heeft om hem moverende redenen het gebrek in zijn bezwaarschrift niet hersteld en dat dient volgens de rechtbank voor zijn eigen rekening te komen.

S. van Zwam

Instantie: Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak: 22-09-2016
ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2016:5065
Zaaknummer: AWB - 16 _ 1298
Rechters: M.J.C. Pieterse

Wetsartikelen: 6:5 lid 1 sub d Awb

RECHTSPRAAK

Rechtsgeldige verpanding vordering door failliet. Pandgever oefent pandrecht uit maar schuldenaar verweert zich door de stellen dat failliet schade heeft veroorzaakt. Comparitiebepaling in hoger beroep.

Volto heeft in 2009 een overeenkomst gesloten met een aannemer ten behoeve van het verbouwen van een gehandicapteninstelling. Volto heeft in februari 2009 bij notariële akte een stil pandrecht gevestigd ten behoeve van Prosperity op haar bestaande en toekomstige vorderingen. Volto heeft tevens bij enkele opvolgende pandakten pandrechten aan Prosperity verleend.

Volto heeft in 2010 een factuur gestuurd aan de aannemer tot betaling van een bedrag van ongeveer € 10.000. Volto failleerde op 4 september 2012, op welke datum de factuur nog niet betaald was.

Prosperity vordert, onder andere, een bedrag van € 12.488,45 van de aannemer. Prosperity baseert zijn vordering op zijn pandrecht en stelt dat dit pandrecht op grond van artikel 3:237 lid 1 BW rechtsgeldig is gevestigd op de vordering van Volto op de aannemer.

De rechtbank wijst de vordering af. Zij legt hieraan artikel 3:239 lid 1 BW ten grondslag en oordeelt dat op het moment van totstandkoming van de notariële akte Volto geen vordering op of een rechtsverhouding had met de aannemer. Bovendien heeft Prosperity geen pandakte in het geding gebracht. In hoger beroep overlegt Prosperity een pandakte gedateerd 24 mei 2012. Op basis van deze pandakte oordeelt het hof dat een rechtsgeldig pandrecht tot stand is gekomen op grond van artikel 2:239 lid 1 BW.

Partijen twisten vervolgens over de hoogte van het bedrag. Kortingen en reeds betaalde bedragen in aanmerking nemende, gaat het hof in beginsel uit van een vordering van Prosperity op de aannemer van € 9.502,95. De aannemer heeft vervolgens bij wijze van verweer gesteld dat Volto toerekenbaar tekortgeschoten is in haar verplichtingen uit hoofde van de in 2009 gesloten overeenkomst, onder andere vanwege de te late aflevering van het werk. De aannemer stelt dat zij hierdoor vervolgopdrachten heeft misgelopen van de opdrachtgever ter waarde van € 10.000. De aannemer vervolgt dat dit bedrag in mindering

gebracht moet worden op de factuur van Volto.

Prosperity verweert zich hiertegen en stelt zich op het standpunt dat de opdrachtgever geen opdrachten meer gunde slechts vanwege het feit dat de opdrachtgever de panden, ten behoeve waarvan zij de opdrachten gunde, niet meer in beheer had.

Door deze tegenstrijdige stellingen heeft het hof behoefte aan inlichtingen en gelast het een comparitie van partijen. Het hof verwacht hierbij van beide partijen dat zij degenen die zij willen laten horen als getuigen, als informanten ter comparitie meenemen.

Bas Kentie

Instantie: Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak: 19-07-2016
ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:2624
Zaaknummer: 200.116.797/01
Wetsartikelen: 3:237 BW en 3:239 BW