

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 24, 2016

Nummer 24, 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 van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2016:804](#) 26-10-2016

Senior Home/Gemeente Wedemark

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2607](#) 18-11-2016

bestuurders/curatoren Meavita

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2640](#) 18-11-2016

FGH/Fraanje

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2577](#) 11-11-2016

Doorstart B.V. Boekbinderij/Y c.s.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2285](#) 07-10-2016

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:5108](#) 15-11-2016

Zonnestudio Zuid

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:4922](#) 03-11-2016

Polydist/Agro

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:8596](#) 25-10-2016

Eurofactor/bestuurders The 5 Uitzendburo

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:7752](#) 27-09-2016

X/Diks q.q.

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:8570](#) 09-11-2016

Borsboom & Hamm/Trikan

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2016:5916](#) 05-10-2016

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2016:5523](#) 28-09-2016

Van der Meer en Hekkelman q.q./SKP Holding B.V.

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:4967](#) 20-07-2016

Ennatuurlijk B.V./Vastgoed c.s.

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2016:4372](#) 12-01-2016

RECHTSPRAAK

Ennatuurlijk B.V./Vastgoed c.s.

De rechtbank oordeelt dat er sprake is van een zelfstandig opstalrecht van Ennatuurlijk B.V. op het perceel van Vastgoed CC op grond waarvan zij eigenaresse van drie warmtekrachtkoppelingen ('WKK's') is. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat Heiploeg International gehouden is om aan Ennatuurlijk B.V. een vergoeding te betalen voor de door deze WKK's aan haar geleverde warmte en energie.

Deze zaak komt op het volgende neer. In 1997 is ten behoeve van Essent, rechtsvoorganger van Ennatuurlijk, een opstalrecht gevestigd op een perceel grond dat toen eigendom was van de Gemeente De Marne en dat nu eigendom is van Vastgoed CC. Essent heeft op dat perceel WKK's voor de leverantie van warmte en energie aan de onderneming van Heiploeg oud geïnstalleerd. In 2014 is Heiploeg oud gefailleerd en is de onderneming doorgestart in Heiploeg International. Ennatuurlijk heeft de leverantie van warmte en energie gecontinueerd. Tussen partijen is in geschil gekomen wie de eigenaar van de WKK's is. Dit is van belang voor de beantwoording van de vraag of Heiploeg International gehouden is om een vergoeding voor het gebruik van de WKK's aan Ennatuurlijk te betalen.

V. Terlouw

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 20-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:4967

Zaaknummer: C/18/54926/HA ZA 15-65

Rechters: S. mr Dijkstra

Advocaten: S.M.M. van mr Dooren en I. mr Spinath

Wetsartikelen: 5:101 BW, 5:104 lid 2 BW, 5:98 lid 1 BW, 5:87 BW en 6:217 BW

RECHTSPRAAK

Wspn-verzoek wordt afgewezen omdat verzoeker niet te goeder trouw is geweest bij het aangaan van zijn schulden. Dat verzoeker in de strafprocedure is vrijgesproken van oplichting maakt dit oordeel niet anders.

Verzoeker heeft verzocht om toegelaten te worden tot de wettelijke schuldsaneringsregeling. Zijn grootste schuld bestaat uit een vordering uit onrechtmatige daad van mevrouw X. Die is ontstaan nadat verzoeker haar had bewogen om een zeer substantieel bedrag te investeren in door verzoeker gepresenteerde – maar nooit gerealiseerde – bouwprojecten. De rechtbank oordeelt dat het verzoek moet worden afgewezen, omdat de schulden niet te goeder trouw zijn ontstaan. Dat verzoeker in de strafprocedure zowel in eerste aanleg als in hoger beroep is vrijgesproken van oplichting maakt dit oordeel niet anders. De beoordelingsmaatstaf is in de civiele procedure anders dan in de strafrechtelijke.

T. Schaap

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 12-01-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2016:4372

Zaaknummer: F/o8/12/584

Rechters: E. Venekatte

Wetsartikelen: 288 lid 1 onder b en c Fw

RECHTSPRAAK

FGH/Fraanje

Conservatoire beslaglegger kan zich ten aanzien van beslaglegging op artikel 3:36 BW beroepen, maar de reikwijdte van die bescherming is beperkt. Artikel 3:36 BW geeft slechts bescherming met betrekking tot de handeling die in redelijk vertrouwen is verricht, in dit geval de conservatoire beslaglegging. Als de beslaglegger niet meer te goeder trouw is op het moment dat het beslag executoriaal wordt, biedt artikel 3:36 BW geen bescherming.

Op 30 mei 2007 heeft Mewivast ten gunste van FGH een recht van hypotheek gevestigd op een stuk grond. Het perceel is in juni gesplitst in appartementsrechten en Mewivast is eigenaresse gebleven van een van die rechten: appartementsrecht A-13. Op 1 september 2011 is een akte inhoudende afstand van hypotheekrechten tussen onder meer Mewivast en FGH gepasseerd, waaronder ook het hypotheekrecht op A-13 viel. De akte is ingeschreven en het hypotheekrecht doorgehaald. Op 10 november 2011 heeft Fraanje conservatoir beslag doen leggen op appartementsrecht A-13. Op 8 december 2011 heeft de notaris de afstandverklaring gerectificeerd in die zin dat het hypotheekrecht op A-13 blijft rusten. De hypotheek is ook weer ingeschreven. Het conservatoire beslag van Fraanje is op 23 december 2011 executoriaal geworden.

Centraal staat de vraag of Fraanje zich, als beslaglegger te goeder trouw, mag beroepen op artikel 3:36 BW, of dat FGH het hypotheekrecht aan Fraanje kan tegenwerpen. De Hoge Raad komt, net als de A-G, tot de conclusie dat een beslaglegger zich mag beroepen op artikel 3:36 BW. In afwijking van de A-G oordeelt de Hoge Raad echter dat dit in dit geval niet maakt dat FGH haar hypotheekrecht niet aan Fraanje kan tegenwerpen. Naar het oordeel van de Hoge Raad verleent artikel 3:36 BW slechts bescherming met betrekking tot de handeling die in redelijk vertrouwen is verricht, in dit geval de conservatoire beslaglegging. Beslag is weliswaar voorwaarde om tot executoriale verkoop te kunnen overgaan, maar het schept als zodanig niet het recht om tot executie over te gaan. Nu Fraanje na 8 december niet meer te goeder trouw was, mocht ze het te goeder trouw beslagen goed dan ook niet executeren.

A.L. Jonkers, 22 november 2016

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-11-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2640

Zaaknummer: 15/02433

Rechters: E.J. Numann, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders en M.V. Polak

Advocaten: D. Rijpma en M. Littooi

Wetsartikelen: 3:36 BW

RECHTSPRAAK

bestuurders/curatoren Meavita

In deze zaak rond het Faillissement van Meavita oordeelt de Hoge Raad dat de beschikking van de Ondernemingskamer niet is uitgesproken door het in de wet bepaalde aantal rechters (art. 5 Wet RO). De zaak moet volledig opnieuw worden beoordeeld. De Hoge Raad geeft tevens richtsnoeren voor die nieuwe beoordeling, onder meer inhoudende dat voor verhaal van de kosten van het onderzoek op individuele bestuurders concreet moet blijken dat de desbetreffende functionaris individueel verantwoordelijk is voor het onjuiste beleid.

De Ondernemingskamer lijkt een knullige fout te hebben gemaakt. Onder het vonnis over wanbeleid bij Meavita staat:

'Deze beschikking is op 6 juni 2014 gegeven door mr. P. Ingelse, voorzitter, mr. A.C. Faber en mr. G.C. Makkink, raadsheren, en drs. P.G. Boumeester en prof. drs. E. Eeftink RA, raden (...), en in het openbaar uitgesproken door mr. Faber op 2 november 2015.'

De mondelinge behandelingen hebben plaatsgevonden op 4 en 5 juni, zodat het volgens de Hoge Raad erg onwaarschijnlijk is dat al op 6 juni de volledige tekst van de beschikking van 194 pagina's is vastgesteld. Voorts blijkt uit verschillende stukken, waarvan de laatste gedateerd 25 september 2015, dat de Ondernemingskamer naar partijen steeds heeft aangegeven nog geen uitspraak te kunnen doen. Hieruit moet volgens de Hoge Raad, bij afwezigheid van verdere motivering in de beschikking, worden aangenomen dat de volledige tekst pas na 24 september 2015 is vastgesteld. De voorzitter, mr. P. Ingelse is echter per 1 mei 2015 'gedefungeerd' (met pensioen gegaan). De Hoge Raad gaat er onder die omstandigheden vanuit dat de beschikking niet is gegeven door het in de wet bepaalde aantal rechters (art. 5 Wet RO). De zaak moet volledig opnieuw worden beoordeeld.

Voor de nieuwe beoordeling geeft de Hoge Raad een aantal aanwijzingen. Ten eerste brengt een redelijke uitleg van artikel 2:354 BW mee dat ook de verzoekers van de enquête, en niet alleen de rechtspersoon zelf (of de curatoren van de rechtspersoon), kunnen verzoeken de

door hen betaalde kosten van het onderzoek op de voet van deze bepaling te verhalen, ook al blijkt dat niet letterlijk uit de tekst. Voorts overweegt de Hoge Raad dat voor verhaal van de kosten van het onderzoek op individuele bestuurders concreet moet blijken dat de desbetreffende functionaris individueel verantwoordelijk is voor het onjuiste beleid. Uit de overwegingen van de Ondernemingsraad blijkt onvoldoende dat de verwijtbaarheid van individuele bestuurders is betrokken.

A.L. Jonkers 22 november 2015

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-11-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2607

Zaaknummer: 16/00545

Rechters: E.J. Numann, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, C.E. du Perron en G. de Groot

Advocaten: A.E.H. van der Voort

Wetsartikelen: 2:350 BW, 2:354 BW en 5 Wet RO

RECHTSPRAAK

Borsboom & Hamm/Trikan

De vraag ligt voor of een natuurlijk persoon naar een advocaat toe heeft aangegeven in te staan voor de betaling van de facturen van de advocaat aan een vennootschap, en zo ja, of dit instaan als borgtocht aan te merken is. De rechtbank oordeelt dat de natuurlijke persoon inderdaad instaat voor betaling, maar dit geen borgtocht betreft.

Advocatenkantoor Borsboom & Hamm N.V. (hierna: Borsboom) heeft allerhande werkzaamheden verricht voor en op verzoek van een natuurlijke persoon (gedaagde 2), waarbij adviezen zijn verstrekt aan hem zelf, aan zijn kinderen, aan Eagle corporate S.A. en aan een andere vennootschap (nu aangeduid als Trikan B.V.). De openstaande rekening is meer dan € 1,6 ton.

De facturen zijn gericht aan Trikan, maar volgens Borsboom heeft gedaagde 2 altijd aangegeven dat hij voor de betaling instaat. De rechtbank acht op grond van de correspondentie voldoende bewezen dat gedaagde 2 in ieder geval beloofd heeft dat hij zal zorgen dat hij Trikan financieel in staat zal brengen om de facturen te betalen.

Gedaagde 2 heeft zich erop beroepen dat die afspraak ongeldig is, nu het om een (particuliere) borgtocht gaat en daarvoor een door hem ondertekend geschrift vereist is (art. 7:859 BW). Dat dit geschrift ontbreekt, is niet in geschil. De rechtbank is het echter met Borsboom eens dat geen sprake is van borgtocht, nu gedaagde 2 zich niet aangediend heeft als iemand die de schuld niet aangaat (hoewel de rechtbank dat niet zo formuleert). De adviezen zijn immers mede aan hem en zijn kinderen verstrekt. Ook is strikt gezien geen sprake van een situatie als bedoeld in artikel 7:863 BW, en ziet de rechtbank geen reden om dat artikel analoog toe te passen op de hier aan de orde zijnde situatie.

Gedaagde 2 wordt er dan ook toe veroordeeld Trikan financieel in staat te stellen om de rekeningen te voldoen.

A.L. Jonkers, 22 november 2016

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 09-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:8570

Zaaknummer: C/10/486512 / HA ZA 15-1042

Rechters: P.A.M. van Schouwenburg-Laan

Advocaten: J.P.M. Borsboom en J.M.K.P. Cornegoor

Wetsartikelen: 7:850 e.v. BW

RECHTSPRAAK

Eurofactor/bestuurders The 5 Uitzendburo

Bestuurders uitzendburo aansprakelijk (6:162 BW) jegens factormaatschappij wegens verpanden valse facturen. Een van de betrokkenen kan aangemerkt worden als feitelijk leidinggevende en is in die hoedanigheid aansprakelijk, van een andere betrokkene staat echter onvoldoende vast of hij zwaarwegende invloed in het managementteam had, en hij kan dan ook niet als feitelijk leidinggevende worden aangemerkt. Verder wordt vastgesteld wat de door de factormaatschappij geleden schade is.

De bestuurders, indirect bestuurders en feitelijk bestuurder van The 5 Uitzendburo B.V. worden door Eurofactor GMBH aansprakelijk gesteld voor een bedrag van bijna vijf ton, omdat Eurofactor verliezen heeft geleden op voorschotten verleend aan het inmiddels failliete The 5, en die voorschotten door The 5 frauduleus verkregen zouden zijn. Het hof stelt vast dat inderdaad valse facturen zijn uitgeschreven door The 5. The 5 factureerde nog niet uitgevoerde werkzaamheden (en zelfs werkzaamheden die nooit uitgevoerd zouden worden) alvast aan klanten, klaarblijkelijk zodat meer krediet bij Eurofactor, aan wie de vorderingen uit die facturen werden verpand, kon worden verkregen. Dit was in strijd met de factoringsovereenkomst. Daardoor bleek op een gegeven moment dat The 5 niet € 1,3 miljoen aan vorderingen op klanten had, maar slechts zo'n € 5 ton.

Twee van de betrokkenen waarop Eurofactor zich richt, waren formeel geen bestuurder. Het hof stelt ten aanzien van de eerste, net als de rechtbank, vast dat deze bestuurder echter als feitelijk leidinggevende was aan te merken, zeker ten aanzien van het contact met Eurofactor, en dus als bestuurder aansprakelijk kan worden gehouden. Voorts wordt vastgesteld dat de feitelijk leidinggevende een ernstig verwijt kan worden gemaakt, en dat hij aansprakelijk is jegens Eurofactor voor de schade die Eurofactor geleden heeft door het vervalsen van de facturen (art. 6:162 BW).

Ten aanzien van een andere niet-formeel bestuurder stelt het hof vast Eurofactor niet

voldoende heeft aangetoond dat deze persoon een voldoende zwaarwegende invloed had binnen het managementteam, zodat deze niet als feitelijk leidinggevende kan worden aangemerkt en dan ook niet als zodanig aansprakelijk is jegens Eurofactor.

Ook een indirect bestuurder wordt aansprakelijk gehouden voor de schade veroorzaakt door het vervalsen. Zijn verweer, inhoudende dat de gang van zaken rond de facturen niet frauduleus was, en dat hij hier niet van op de hoogte was, overtuigt het hof niet.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-10-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:8596

Zaaknummer: 200.177.635

Rechters: A.W. Steeg, L.M. Croes en Ch.E. Bethlem

Advocaten: P.W. Tubbergen en F.S. Cuperus

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Zonnestudio Zuid

Curator van gefailleerde zonnestudio roept pauliana in tegen verhuurder die kort voor faillissement zonnebanken heeft gekocht en de koopprijs heeft verrekend met openstaande schuld. Verweer verhuurder ten aanzien van ontbreken benadeling wegens gesteld retentierecht wordt niet gehonoreerd.

Een natuurlijk persoon exploiteert Zonnestudio Zuid en huurt sinds 7 maart 2002 voor vijf jaren een zonnestudio en plaatst daar zonnebanken. Het gaat echter niet goed met de onderneming. In maart 2013 komt Zonnestudio Zuid met de verhuurder een tussentijdse beëindiging overeen waarbij de verhuurder de zonnebanken en overige inventaris koopt. De koopprijs is € 20.000 en wordt verrekend met de achterstallige huur van € 20.700. Op 9 april 2013 wordt de natuurlijk persoon failliet verklaard. De curator roept de pauliana in tegen de verkoop gevolgd door verrekening. De verhuurder betwist ten eerste de benadeling, omdat, zo stelt de verhuurder, hij bij gebreke van de verkoop een retentierecht zou hebben kunnen uitoefenen. Ten tweede stelt de verhuurder dat hij niet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid een faillissement van de huurder voorzag, omdat hij ervan uitging dat de huurder zou worden toegelaten tot de WSNP.

Rechtbank en hof wijzen beide de pauliana toe. Ten aanzien van het gestelde retentierecht overweegt het hof dat er geen bijzondere wetsbepaling is die aan de verhuurder een retentierecht toekent op de bij de beëindiging van de huur aanwezige inventaris van de huurder. Verder overweegt het hof dat de toepasselijke Algemene Bepalingen Huurovereenkomst Winkelruimte ook geen contractueel retentierecht geven en evenmin een toe-eigeningsrecht. Het hof, gelijk de rechtbank, neemt dan ook aan dat de schuldeisers door de verkoop gevolgd door verrekening zijn benadeeld.

Ten aanzien van het verweer dat de verhuurder geen faillissement voorzag, omdat hij meende dat de huurder zou worden toegelaten tot de WSNP, overweegt het hof dat deze omstandigheid juist bijdraagt aan de wetenschap van benadeling omdat de WSNP net als een faillissement een insolventieprocedure betreft.

Rolef de Weijs, november 2016

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 15-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5108

Zaaknummer: 200.167.141_01

Rechters: J.A.M. van Schaik-Veltman, D.A.E.M. Hulskes en J.J. Verhoeven

Advocaten: P.J.A. van de Laar en M.H.E. Brandts

RECHTSPRAAK

Senior Home/Gemeente Wedemark

HvJ EU oordeelt dat onder de werking van artikel 5 IVO ook de Duitse publiekrechtelijke regeling van grondbelasting en grondlast valt. Hiermee blijft i.c. het recht van de Duits gemeente voor belastingvorderingen ten aanzien van een Franse insolvente schuldenaar onverlet.

Senior Home is een onroerendgoedmaatschap naar Frans recht. Senior Home is eigenaar van onroerend goed in Duitsland gelegen in de gemeente Wedemark. Op 6 mei 2013 is ten aanzien van Senior Home in Frankrijk een insolventieprocedure geopend. Op 15 mei 2013 heeft gemeente Wedemark een uitvoerbare titel voor de voldoening van een belastingvordering overgelegd. Bij beslissing van 21 mei 2013 heeft een Duitse rechter de gedwongen verkoop van het onroerend goed gelast, welk vonnis kennelijk in het openbare register is ingeschreven. De Franse bewindvoerder van Senior Home vordert daarop voor de Duitse rechter nietigverklaring van het Duitse vonnis en doorhaling van de inschrijving.

De vraag die uiteindelijk door het Duitse Bundesgerichtshof (BGH) aan het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt voorgelegd ziet op de reikwijdte van artikel 5 Insolventieverordening (IVO). Artikel 5 vormt een uitzondering op artikel 4 IVO. In de systematiek van de IVO wordt de insolventieprocedure als uitgangspunt beheerst door het recht van de openende lidstaat (daarmee de *lex concursus*). Artikel 5 IVO bepaalt echter dat de opening van een insolventieprocedure onverlet laat de zakelijke rechten op goederen in een andere lidstaat dan waar de procedure is geopend. Het BGH wil dus weten, of onder de bewoordingen van zakelijk recht in artikel 5 IVO ook valt de Duitse regeling op grond waarvan grondbelastingvorderingen van rechtswege als publieke last op het onroerend goed rusten.

De grondlast zelf is opgenomen in artikel 12 Grundsteuergesetzes (GrStG), met als opschrift Dingliche Hafung: 'Die Grundsteuer ruht auf dem Steuergegenstand als öffentliche Last.' (vertaald: Artikel 12 Zakelijke zekerheid: 'De grondbelasting rust op het belastingvoorwerp als publieke last.'). Het BGH heeft in zijn prejudiciële vraag erop gewezen dat deze rechten zakelijke rechten zijn.

Volgens het Hof van Justitie moet de vraag naar de kwalificatie van het recht als al dan niet zakelijk recht geschieden naar het Duitse recht. Het Hof van Justitie oordeelt vervolgens dat het Duitse recht van grondlast kwalificeert als een zakelijk recht. Hiermee zal de Franse bewindvoerder dus de executie door de Duitse gemeente moeten dulden.

Rolef de Weijs, november 2016

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 26-10-2016

ECLI: ECLI:EU:C:2016:804

Zaaknummer: C-195/15

Wetsartikelen: 5 Insolventieverordening

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege het leeghalen van de onderneming. Aandeelhouders aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad voor schade door dividenduitkeringen.

De gefailleerde B.V. in onderhavige zaak was actief in de maakindustrie; zij produceerde aanhangwagens en opleggers en zij verkocht en verhuurde chalets, caravans en woonwagens. Men wilde de onderneming (onder andere wegens ziekte van een van de bestuurders) verkopen en in 2009 is gefailleerde door een fiscalist geadviseerd om vermogensbestanddelen uit de onderneming te halen, zodat de verkoopprijs omlaag kon. Na 2009 begon de omzet van het bedrijf terug te lopen. Desondanks zijn er in 2010 en 2011 nog dividenduitkeringen gedaan. Volgens gedaagden is dit gebeurd om de vraagprijs omlaag te krijgen. De rechtbank meent dat dit een valide grond voor dividenduitkeringen kan zijn, maar dat tegelijkertijd alleen een levensvatbare onderneming te verkopen is. Door de teruglopende omzet en de aard van de onderneming (die vanwege de hoge vaste kosten in de maakindustrie vereist dat er een buffer aanwezig is om haperingen in de inkomstenstroom te kunnen opvangen) tastten de uitkeringen het liquiditeitsratio van gefailleerde ernstig aan. Ook problematisch was het ontbreken van een concrete koper, die de B.V. (nadat zij van al haar reserves was ontdaan) financieel kon opvangen. Het verweer dat de onderneming lichter is gemaakt om haar beter te kunnen verkopen schiet dan ook tekort. De rechtbank voegt toe dat het is toegestaan om een onderneming te liquideren en acht deze wens in het licht van de economische crisis vanaf 2008 ook begrijpelijk. Maar van een behoorlijk handelend ondernemer wordt dan wel verwacht dat ernaar wordt gestreefd dat bestaande schuldeisers zo veel mogelijk worden betaald.

Op basis van het voorgaande meent de rechtbank dat de bestuurders van de B.V. aansprakelijk zijn vanwege onbehoorlijk bestuur omdat zij de B.V. hebben leeggehaald. De rechtbank acht de aandeelhouder (Beheer) aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad, vanwege het besluiten tot de eerdergenoemde dividenduitkeringen. De uitkeringen zijn namelijk gedaan zonder concrete noodzaak, en zonder dat er (zoals gezegd) een concrete koper in beeld was. Door aan deze inbreuk op de rechten van schuldeisers haar medewerking te verlenen heeft Beheer jegens deze schuldeisers niet de zorgvuldigheid in acht genomen die in het

maatschappelijk verkeer betamelijk is.

T.M.M. Schaap, november 2016

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 05-10-2016

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2016:5916

Zaaknummer: 299105

Rechters: M.A.M. Vaessen

Advocaten: A.T. de Putter en E. de Jonge

Wetsartikelen: 2:248 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Vereenzelviging wordt slechts aangenomen in zeer uitzonderlijke omstandigheden; verhaalschade niet gelijk aan fraudeschade.

Het in Sint Maarten gevestigde Resort of the World stelt dat haar Financial Controller fraude heeft gepleegd. Resort of the World stelt vervolgens dat deze controller verhaal van het resort heeft gefrustreerd door de overdracht om niet van een villa aan Maple Leaf, een door de controller opgerichte stichting. Resort of the World heeft een vordering ingesteld tot vergoeding door Maple Leaf van de schade die door de fraude veroorzaakt zou zijn. Resort of the World baseert haar vordering onder andere op de grondslagen vereenzelviging en onrechtmatig profiteren van fraude.

Ten aanzien van de vordering gebaseerd op vereenzelviging stelde het Resort of the World dat de villa zonder tegenprestatie is ondergebracht bij Maple Leaf, die een verlengstuk of dekmantel is van de controller, feitelijk door hem wordt bestuurd en slechts wordt gebruikt om de vermogensbestanddelen van de controller in onder te brengen.

Het hof overweegt dat vereenzelviging in dit geval een vorm is van redres die te ver gaat, omdat de omvang van de schade die Resort of the World lijdt doordat zij het verhaal niet kan nemen (verhaalschade) niet zonder meer gelijk is aan de omvang van de schade die zij lijdt door de gestelde schade op het werk.

De Hoge Raad buigt zich over het verweer van Resort of the World dat het hof het beroep over vereenzelviging (1) op grond van de aangevoerde feiten niet had mogen verwerpen en (2) ten onrechte heeft verworpen onder verwijzing naar het Rainbow-arrest.

Met verwijzing naar dit arrest overweegt de Hoge Raad, de onderdelen tegelijk behandelend, dat vereenzelviging van betrokken rechtspersonen in uitzonderlijke omstandigheden de meest aangewezen vorm van redres kan zijn. Indien een op benadeling van een bepaalde crediteur gerichte handelswijze onrechtmatig is jegens deze crediteur, brengt de verplichting de daardoor aangerichte schade te vergoeden niet mee dat de omvang van deze schade zonder meer gelijk is aan het bedrag van de vordering waarvan men het verhaal wilde vrijdelen. De Hoge Raad komt, evenals het hof, tot de conclusie dat vereenzelviging in een dergelijk geval

een vorm van redres is die te ver gaat. De door Resort of the World aangevoerde omstandigheden dat Maple Leaf geen activiteiten ontwikkelt en daardoor derden bij vereenzelviging van Maple Leaf met de controller niet geschaad worden, levert niet een uitzonderlijke omstandigheid op als in het Rainbow-arrest bedoeld. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat Resort of the World zich op geen enkel ander vermogensbestanddeel van de controller dan de in Maple Leaf ondergebrachte villa kan verhalen.

De Hoge Raad overweegt ten aanzien van de vordering gebaseerd op onrechtmatigheid, dat het hof ten onrechte een terughoudende maatstaf heeft aangelegd door te oordelen dat de kennis van de fraude niet kan worden toegerekend aan Maple Leaf. Het hof is er namelijk van uitgegaan dat de controller niet altijd formeel bestuurder was, maar wel altijd feitelijk beleidsbepaler. De Hoge Raad vervolgt dat voor het antwoord op de vraag onder welke omstandigheden een onrechtmatig handelen of nalaten van de personen door wie de rechtspersoon aan het rechtsverkeer deelneemt, als eigen onrechtmatig handelen aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, beslissend is of dat handelen of nalaten in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als handelen of nalaten van de rechtspersoon zelf. De Hoge Raad verwijst hierbij naar het Kleuterschool Babbel-arrest. De Hoge Raad verwijst vervolgens het geding terug naar het hof ter verdere behandeling en beslissing.

Bas Kentie

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 07-10-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2285

Zaaknummer: 15/03323

Rechters: E.J. Numann, C.A. Streefkerk, G. de Groot, M.V. Polak en C.E. du Perron

Advocaten: R.S. Meijer en M.M. Stolp

Wetsartikelen: 6:162

RECHTSPRAAK

Doorstart B.V. Boekbinderij/Y c.s.

Artikel 13 Fw bepaalt dat, indien ten gevolge van een daartegen ingesteld rechtsmiddel het vonnis van faillietverklaring wordt vernietigd, handelingen van de curator van voor de vernietiging geldig en verbindend blijven voor de schuldenaar. Nu de curator goederen van de schuldenaar heeft vervreemd na het arrest waarbij het faillissement werd vernietigd maar voor het in kracht van gewijsde gaan van dat arrest, is de schuldenaar daaraan gebonden.

X B.V. is op 20 augustus 2014 failliet verklaard. Op 9 oktober 2014 is de faillietverklaring in hoger beroep vernietigd. Het tegen die vernietiging gerichte cassatieberoep is verworpen bij arrest van de Hoge Raad van 6 maart 2015.

Op of omstreeks 22 november 2014, derhalve na vernietiging van de faillietverklaring maar vóór het in kracht van gewijsde gaan van dit arrest, heeft de curator van X B.V. zaken die in eigendom toebehoorden aan X B.V., verkocht en geleverd aan derden, zijnde Y c.s. In voornoemd verband is X B.V. een kortgedingprocedure gestart waarin zij afgifte door Y c.s. vordert van haar eigendommen. De rechtbank heeft X B.V. niet-ontvankelijk verklaard (bij vonnis van 21 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6636).

Het hof heeft de vorderingen van X B.V. afgewezen (bij arrest van 7 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5017). Het hof overweegt daartoe onder meer dat artikel 13 Fw bepaalt dat, voor zover hier van belang, indien ten gevolge van verzet, hoger beroep of cassatie de faillietverklaring wordt vernietigd, handelingen van de curator, verricht vóór de vernietiging, geldig en verbindend voor de schuldenaar blijven. Nu de curator van X B.V. de eigendommen van X B.V. heeft verkocht en geleverd ná het arrest, waarbij het vonnis van faillietverklaring is vernietigd, maar vóór het in kracht van gewijsde gaan van dit arrest, acht het hof X B.V. daaraan gebonden.

In het onderhavige cassatieberoep staat de vraag centraal wat rechtens is wanneer de faillietverklaring wordt vernietigd en vervolgens daartegen cassatieberoep wordt ingesteld. De

Hoge Raad overweegt dat het oordeel van het hof strookt met de regel van artikel 13 Fw dat handelingen van de curator die zijn verricht na vernietiging van het vonnis tot faillietverklaring, maar vóór of op de dag waarop aan het voorschrift tot aankondiging overeenkomstig artikel 15 Fw is voldaan, voor de schuldenaar geldig en verbindend blijven (vgl. HR 22 oktober 1940, NJ 1941, 431).

Opmerking verdient dat van een curator mag worden verwacht dat hij terughoudend gebruikmaakt van zijn bevoegdheden in een situatie als de onderhavige, waarin het vonnis tot faillietverklaring is vernietigd, maar deze vernietiging nog niet onherroepelijk is geworden (vgl. de parlementaire geschiedenis zoals vermeld in de conclusie van de A-G onder 4.12).

B. Hoyng

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 11-11-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2577

Zaaknummer: 15/04198

Rechters: F.B. Bakels, A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak, C.E. du Perron en M.J. Kroeze

Advocaten: H.J.W. Alt

Wetsartikelen: 4 Fw, 13 Fw en 15 Fw

RECHTSPRAAK

Polydist/Agro

Hof constateert dat de schuldenaar verkeert in een toestand te hebben opgehouden te betalen en spreekt faillissement uit. De kort hiervoor toegepaste turboliquidatie staat hieraan niet in de weg.

Polydist vraagt het faillissement van Agro aan, maar de rechtbank wijst haar verzoek af omdat niet summierlijk is gebleken van het bestaan van feiten en omstandigheden op grond waarvan kan worden aangenomen dat Agro verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen.

In hoger beroep wordt Agro wel in staat van faillissement verklaard. Het hof ziet naast Polydist nog een andere schuldeiser, de fiscus. Verder merkt het hof op dat een faillissementsaanvraagprocedure zich niet leent voor een uitgebreid onderzoek naar de feiten en voor een uitgebreide bewijslevering, maar slechts een beperkte toetsing van de situatie ex nunc betreft. Daarbij is de mate waarin de verzoeker van het faillissement zijn vordering heeft onderbouwd door overlegging van stukken van belang alsook de mate waarin de vordering van de faillissementsaanvrager wordt betwist door de schuldenaar. Ten aanzien van de turboliquidatie die door Agro kort voor het hoger beroep is ingezet om het einde van haar bestaan te realiseren, merkt het hof op dat, gelet op artikel 2:23a lid 4 BW, dit de mogelijkheid tot het uitspreken van faillissement niet in de weg staat. Er is aannemelijk gemaakt dat nog baten te verwachten zijn die toekomen aan Agro. Hierdoor is het mogelijk de vereffening te heropenen en vervolgens faillissement uit te spreken.

S. van Zwam

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 03-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:4922

Zaaknummer: 200.196.074_01

Rechters: A.P. Zweers-van Vollenhoven, R.R.M. De Moor en H.A.G. Fikkers

Advocaten: I.A. van Rooij

Wetsartikelen: 2:23a lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Van der Meer en Hekkelman q.q./SKP Holding B.V.

Geen spoedeisendheid bij kort geding ten einde onbeperkte toegang te verkrijgen tot data van de administratie van gefailleerde die in bewaring is gegeven bij een door curatoren ingeschakelde derde, in geval deze data mede omvat data waarin curatoren geen inzage zouden moeten krijgen.

Alvorens tot een inhoudelijke beoordeling te komen beoordeelt de voorzieningenrechter of hem in dezen rechtsmacht toekomt. De indirect bestuurders van de failliet zijn gedaagde samen met de holding, een besloten vennootschap naar Nederlands recht. De indirect bestuurders zijn woonachtig in een andere lidstaat in zin van de Insolventieverordening. De voorzieningenrechter oordeelt dat hem in dezen rechtsmacht toekomt omdat het faillissement is uitgesproken door een Nederlandse rechter, de rechtsvorderingen in Nederland ten uitvoer moeten worden gelegd en voorts omdat de holding in Nederland is gevestigd.

Curatoren vorderen dat de indirect bestuurders gehengen en gedogen dat de veiliggestelde en thans bij een derde in bewaring gegeven e-mailboxen van de failliete vennootschap volledig ter beschikking worden gesteld aan curatoren. De indirect bestuurders verzetten zich daartegen. Zij voeren aan dat curatoren geen spoedeisend belang hebben omdat de e-mailboxen in bewaring zijn gegeven en voorts dat de curatoren geen recht hebben op toegang tot de e-mailboxen omdat deze berichten bevatten die behoren tot de administratie van derden en anderzijds omdat de e-mailboxen van de failliet privéberichten van de indirect bestuurders bevatten. Aan de vordering van curatoren ligt het bepaalde in artikel 68 Fw en 92 Fw ten grondslag. De voorzieningenrechter wijst het verzoek van curatoren af omdat de formele spoedeisendheid ontbreekt, curatoren hebben niet betwist (1) dat de data zijn afgegeven en (2) dat zij nog niet zijn begonnen met het oorzakenonderzoek. Voorts ontbreekt de materiële spoedeisendheid omdat de data in bewaring zijn gegeven bij een derde.

J. Breeman

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 28-09-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:5523

Zaaknummer: C/01/309576

Rechters: E Loesberg

Advocaten: A.C.A. Klerks-Valks en I.C.J.C. van de Klundert

Wetsartikelen: 68 Fw en 92 Fw

RECHTSPRAAK

X/Diks q.q.

Beroep door bestuurder op disculpatie en op (collectieve) matiging wordt afgewezen. Beroep op individuele matiging wordt wel toegewezen omdat de bestuurder circa één jaar bestuurder is geweest in de relevante periode van drie jaar voorafgaand aan het faillissement. Matiging tot afgerond 35 procent van het tekort.

In eerste aanleg heeft de rechtbank de verklaring voor recht dat (thans) appellante haar taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld ex artikel 2:248 BW – vaststaat dat geen of nauwelijks administratie van de vennootschap is aangetroffen – en het gevorderde voorschot voor een bedrag van 175.000 euro toegewezen. Appellante richt haar grieven tegen dit oordeel. Zij stelt dat bij haar geen sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Zij voert daartoe de volgende feiten en omstandigheden aan: zij was (slechts) gedurende de periode 23 april 2010 – 23 mei 2011 bestuurder, zij heeft deskundige boekhoudkundige hulp ingeschakeld en zij heeft gevaren op door haar ingeschakelde deskundigen. Dit standpunt gaat niet op.

De beoordeling van artikel 2:248 lid 1 BW ziet op de taakvervulling van het bestuur van de vennootschap. Op grond van artikel 2:248 lid 2 BW is iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort. Ook gedurende de bestuursperiode van appellante is niet voldaan aan het bepaalde van artikel 2:10 BW. Het oordeel dat sprake is van het onweerlegbare vermoeden dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, raakt ook appellante. In dezen heeft appellante wel gesteld dat sprake was van een van buiten komende oorzaak, maar zij heeft deze stelling onvoldoende toegelicht en onderbouwd, zodat daaruit niet kan worden afgeleid dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Appellante kan zich niet disculperen ex artikel 2:248 lid 3 BW door te stellen dat zij zich heeft verlaten op haar (minderjarige) zoon en de ingeschakelde boekhouder. Een dergelijke gedragslijn valt niet te rijmen met het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn of haar taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Dan resteert voor appellante nog slechts het beroep op matiging ex artikel 2:248 lid 4 BW. Het hof oordeelt dat voor het algemeen (collectief werkend) matigingsrecht hetgeen appellante

heeft aangevoerd onvoldoende grond biedt.

Het hof begrijpt de door appellante aangevoerde grieven zo dat zij een beroep doet op individuele matiging op grond van de tweede volzin uit artikel 2:248 lid 4 BW. Het hof ziet ruimte voor matiging op die grond nu appellante voor de duur van circa een jaar in de relevante periode van drie jaar voorafgaand aan het faillissement bestuurder is geweest. Het hof ziet geen aanleiding van matiging af te zien omdat onvoldoende gebleken is dat de onbehoorlijke taakvervulling juist in deze periode van bijzondere betekenis is geweest. Het hof komt tot matiging naar rato van de tijd dat appellante in de relevante periode bestuurder is geweest. Afgerond komt dat neer op een matiging tot 35 procent van het tekort. Ook bij dit percentage komt het tekort waarvoor appellante aansprakelijk is aanzienlijk hoger uit dan het voorschot van 175.000 euro. De klacht gericht tegen het voorschot treft dan ook geen doel.

J. Breeman

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 27-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:7752

Zaaknummer: 200.159.988

Rechters: H.L. Wattel, mr. drs. F.J.P. Lock en B.F. Assink

Advocaten: J.J. Eizinga en C.J. Diks

Wetsartikelen: 2:248 lid 3 BW en 2:248 lid 4 BW