

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 25, 2016

Nummer 25, 2016

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. H.J. de Kloe, mr. E. Ayerdem, mr. R.J.H. Berghuis, mr. J.O. Bijloo, mr. S.J. van den Boogert, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. G.P. van Hooft, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.I.J. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2744](#) 02-12-2016

Ctac/Curatoren Free Record Shop

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2729](#) 02-12-2016

Kopers Beymoerse Hoeve/Van Logtestijn q.q.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2730](#) 02-12-2016

Kopers Nieuw Saksen/Peters q.q.

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:9118](#) 15-11-2016

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:8536](#) 24-10-2016

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:9090](#) 25-11-2016

Secundaire insolventieprocedure Hanjin Shipping Netherlands

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:6263](#) 24-11-2016

Verzoeker/Plock

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:9036](#) 23-11-2016

Boele/Mauritsweg c.s.

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2016:4205](#) 02-11-2016

Verzoekers c.s./Trap en constructie werken Twente B.V.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:5261](#) 12-10-2016

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:7436](#) 21-09-2016

Curator Wimarna/Drinkwaard Vastgoed

Raad van State

[Raad van State, ECLI:NL:GHDHA:2016:1935](#) 02-11-2016

Staffable c.s./X

Annotatie

[Rotterdam District Court, 25 November 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9090](#)
[\(Hanjin Shipping Europe\)](#)

prof. mr. B. Wessels

ANNOTATIE

**Rotterdam District Court, 25 November 2016,
ECLI:NL:RBROT:2016:9090 (Hanjin Shipping Europe)*****prof. mr. B. Wessels***

Hanjin's rehabilitation and bankruptcy is sweeping the world. Last Friday, 25 November 2016, the Rotterdam District Court (ECLI:NL:RBROT:2016:9090) had to decide on a request to open secondary insolvency proceedings regarding Hanjin Shipping Europe GmbH & Co. KG ('Hanjin Europe'). So, after Japan, the US, the UK, China and Singapore, the Netherlands has become the latest in a growing list of jurisdictions to grant recognition or assist in coordinating matters related to Korean cargo shipper Hanjin Shipping's rehabilitation proceedings.

Hanjin Europe has entered '*vorläufiges Insolvenzverfahren*' ('provisional insolvency proceedings') in Germany (a proceeding not listed in Annex A to the European Insolvency Regulation 2000), for which Dr Dietmar Penzlin has been appointed as '*vorläufiger Insolvenzverwalter*' ('provisional liquidator'). The Rotterdam District Court presents the facts: Hanjin Europe has its registered office in Hamburg, Germany, and operates an establishment in Rotterdam, employing 59 persons for activities such as loading, unloading and transfer for shipping under the name of Hanjin Shipping Netherlands. Also located in the Netherlands is an ING bank account with a balance of € 78,804.53. Insolvency proceedings were opened in Hamburg on 26 October 2016, the court appointing Penzlin as provisional liquidator, with the Court's instruction to him (amongst others) to find out where the debtor's centre of main interests (COMI) is and whether main insolvency proceedings have been opened in other Member States. By order of 21 November 2016 of the Hamburg Court, the provisional liquidator was empowered to request for the opening of secondary insolvency proceedings within the meaning of Article 29 European Insolvency Regulation 2000 (EIR 2000) in the Netherlands, Belgium, France and the Czech Republic. Moreover, an e-mail has been shown from Moo Kyoon On, statutory director of Hanjin Europe, expressing his confirmation of the request.

The Rotterdam District Court decided the following (I added the numbers and the italics):

1 Proceeding not on Annex A, liquidator listed in Annex C The liquidator may request secondary proceedings in the main insolvency proceedings. ‘*Insolvenzverfahren*’ is listed in Annex A; the ‘*vorläufiges Insolvenzverfahren*’ is not. However, applying ECJ’s 10-yearold, but nevertheless important decision in Eurofood (C-341/04, ECLI:EU:C:2006:281) (in short: a proceeding not mentioned on Annex A, ‘liquidator’ listed on Annex C) the court decided that the conditions to be recognised as main insolvency proceedings have been met.

2 Liquidator instructed by the Hamburg District Court to file for secondary proceedings The German court decided that the COMI of Hanjin Europe is in Germany, based on the presumption that can be derived from the registered office. The provisional liquidator has also been given the task of examining whether the COMI is located in Germany. The Rotterdam District Court observes that the judgment of the German court on the COMI seems ambiguous. Upon further review of this request, the District Court determined that it will have to follow this opinion, as objective factors showing that the COMI could be located elsewhere cannot be established at this time. The provisional liquidator is listed on Annex C. The Rotterdam District Court continued to state that it follows from the judgment of the Hamburg District Court that the debtor has divested its assets (at least partially). This leads to the conclusion that the proceedings opened in Germany are opened in a Member States where the debtor’s COMI is. The provisional liquidator is therefore entitled to apply for secondary proceedings, the District Court concluded.

3 Establishment The District Court said that Hanjin Europe has an establishment in Rotterdam, and that therefore the Dutch District Court can open secondary insolvency proceedings. Article 27 EIR provides that secondary proceedings may be permitted ‘... without the debtor’s insolvency being examined in that other State’, i.e. the Netherlands. The District Court determined that the wording of this provision leaves some room for scrutiny. In this case it is also relevant since the two decisions taken do not contain any definitive judgment as to the insolvency of Hanjin Europe. In the German provisional proceedings, the provisional liquidator received an instruction from the District Court to investigate the condition of the estate. In the request for opening of secondary proceedings, the provisional liquidator stated that Hanjin Europe has applied for insolvency proceedings, and that it is expected that it will be finally granted on or around 1 December 2016. The provisional liquidator estimated that there will not be sufficient assets in the estate to cover the salaries of the staff under the terms of notice. Given the above, the Rotterdam District Court at this moment is satisfied regarding the status of insolvency of Hanjin Europe.

4 Interest The District Court continued by stating that there is also an interest for the opening of secondary insolvency proceedings. The provisional liquidator stated that the salaries of the employees from November 2016 onwards cannot be paid. It is a monthly amount of about €

150,000. The German Federal Employment Agency does not compensate Dutch employees in case of insolvency due to unpaid wages. The provisional liquidator needs a secondary procedure in order to settle the lease and employment contracts in the Netherlands and to liquidate the Dutch assets, the District Court concluded. The opening of secondary proceedings then followed.

A few remarks

1 Proceeding not on Annex A, liquidator listed in Annex C In the Eurofood case, the French Government submitted that, since the definition of ‘insolvency proceedings’ in Article 2(a) and Annex A of EIR 2000 does not include the appointment of a ‘provisional liquidator’ (in this case such an official from Ireland), such an appointment cannot lead to an ‘insolvency proceeding’ within the meaning of the Regulation. Advocate General Jacobs (Opinion of 27 September 2005, case C-341/04 Eurofood IFSC Ltd) rejected both submissions: ‘84. The effect of Article 2(a) is that ‘the collective proceedings referred to in Article 1(1)’ are ‘listed in Annex A’. There is consensus among commentators on the Regulation that ‘... once the proceedings have been included in the list, the Regulation applies without any further review by the District Courts of other Member States’. In Eurofood, compulsory winding up by the District Court in Ireland is included in Annex A. Jacobs does not consider that the application of the Regulation to such proceedings may be put in doubt on the ground that certain aspects of the definition in Article 1(1) are not satisfied. Regarding the French government’s submission, the Advocate General considers: ‘87. Again however that argument seems to me to betray a misunderstanding of the scheme of the Regulation. Compulsory winding up by the District Court in Ireland is listed in Annex A. The provisional liquidator, mentioned in the list in Annex C, was appointed in the context of such a proceeding. Those factors to my mind suffice.’ The Rotterdam District Court follows the same path.

2 Liquidator instructed by the Hamburg District Court to file for secondary proceedings Prior to the Eurofood case, it was generally held that the insolvency practitioner who has been appointed according to national law as a temporary or provisional liquidator – e.g. appointed after the request for the opening of main insolvency proceedings, but before the actual opening – is not permitted to request the opening of secondary proceedings (on the basis of Article 29(a) EIR 2000, see Virgós/Schmit Report (1996), no. 212 and no. 262). With regard to EIR 2000, however, the European Court of Justice in Eurofood held : ‘In that respect, it should be noted that Article 38 of the Regulation must be read in combination with Article 29, according to which the liquidator in the main proceedings is entitled to request the opening of secondary proceedings in another Member State. That Article 38 thus concerns the situation in which the competent District Court of a Member State has had main insolvency proceedings brought before it and has appointed a person or body to watch over the debtor’s

assets on a provisional basis, but has not yet ordered that that debtor be divested or appointed a liquidator referred to in Annex C to the Regulation. In that case, the person or body in question, though not empowered to initiate secondary insolvency proceedings in another Member State, may request that preservation measures be taken over the assets of the debtor situated in that Member State. That is, however, not the case in the main proceedings here, where the High Court has appointed a provisional liquidator referred to in Annex C to the Regulation and ordered that the debtor be divested.’ As a result – although some German authors disagree – it has been concluded that a provisional liquidator is eligible to invoke Article 29(a) EIR 2000. In such a case the provisional liquidator has autonomous power and it does not need an instruction from its District Court. It seems that the Rotterdam District Court is of the same view, based on its own building up of the facts that the COMI is in Germany. The other view would be that the provisional liquidator’s acts are based on a ‘power of attorney’ of the German District Court. Such a view would have as a consequence that the Rotterdam District Court must decide whether that power of attorney (in the form of a judicial instruction to the German provisional liquidator) can be characterised as a ‘judgment deriving directly from the insolvency proceedings and is closely linked with them’ in the meaning of Article 25 EIR 2000. With its ‘autonomous’ power to file for secondary insolvency proceedings, the agreement of the GmbH’s director in the e-mail, while being a nice piece of scenery, has no legal value.

3 *Establishment* Although the result of the Rotterdam’s District Court decision is justified, it is not correct as to the question of recognition. It should have drawn the logical and necessary consequence from its view (in 1) that the German proceedings are main insolvency proceedings. I haven’t seen a case in which the element of Article 27 EIR 2000 ‘... without the debtor’s insolvency being examined in that other State’ has played a role in a case with similar circumstances. The only reason is that the District Court is inconsistent. If the foreign proceeding is (to be regarded as) a main proceeding, recognition should follow automatically (Article 16 EIR 2000). The principle of mutual trust does not allow a District Court to scrutinise the other District Court’s decision.

It is to be regretted that the District Court is so short on ‘establishment’ for two reasons. The District Court should ex officio assess whether such an establishment is indeed in present in the Netherlands. Of course, that seems rather obvious, with 59 active employees. However, the District Court missed the opportunity to give some guidance on which definition to use. Article 2(h) EIR 2000 states that an establishment is ‘any place of operations where the debtor carries out a non-transitory economic activity with human means and goods’. This vague notion solidified and promoted to a more substantial one in the Interedil case (CJEU 20 October 2011 C-396/09, ECLI:EU:C:2011:671), providing that the term ‘establishment’ within

the meaning of Article 3(2) EIR 2000 must be interpreted as requiring the presence of a structure consisting of a minimum level of organisation and a degree of stability necessary for the purpose of pursuing an economic activity. The presence alone of goods in isolation or bank accounts does not, in principle, meet that definition. And in paragraph 63: ‘... in order to ensure legal certainty and foreseeability concerning the determination of the district courts with jurisdiction, the existence of an establishment must be determined, in the same way as the location of the centre of main interests, on the basis of objective factors which are ascertainable by third parties.’ Without this explicit determination, the District Court seems to be a follower of the vague notion (which by the way is also represented in the EIR (recast) 2015, where the Interedil definition has not been included).

4 Reasons for request There is also an interest for opening insolvency proceedings, the Rotterdam District Court determined. It has been debated in the literature whether someone who files a request for opening secondary proceedings has to demonstrate such an interest. The prevailing opinion is that such a requirement does not exist. For the persons mentioned in Article 29(b) EIR 2000, with a right to request the opening of secondary proceedings, such a requirement does not exist either, e.g. the right of the creditors to bring about proceedings is not limited by the requirement of a specific interest, see Virgós/Schmit Report (1996), no. 227. There is no doubt, however, that ‘local interests’ (secondary proceedings serve to protect these, see recital 19) are indeed at stake.

Bob Wessels, Professor Emeritus International insolvency law, University of Leiden

RECHTSPRAAK

Kopers Nieuw Saksen/Peters q.q.

Het in artikel 37 Fw bedoelde verlies van het recht van de curator op nakoming heeft alleen betrekking op de door de wederpartij te verrichten prestaties waarvoor de tegenprestatie door de gefailleerde nog verricht moet worden.

A B.V., verweerster in cassatie, hield zich tot haar faillissement onder meer bezig met het bouwen van woningen. In 2006 heeft zij met kopers c.s., eisers, aannemings- en koopovereenkomsten gesloten voor de bouw en verkoop van nieuwe woningen. Deze woningen werden aan kopers verkocht met zgn. GIW-waarborgcertificaten. De daarvan deel uitmakende waarborg- en garantieregeling wordt uitgevoerd door Woningborg.

Op grond van de aannemingsovereenkomsten is de eerste termijn van 20% van de aanneemsom verschuldigd 'na het gereedkomen van de ruwe beganegrondvloer'. In juli 2007 zijn deze vloeren door A B.V. gelegd. Enkele maar niet alle kopers hebben hiervoor een factuur ontvangen.

Op 18 september 2007 is A B.V. failliet verklaard. Na het faillissement hebben de kopers Woningborg aangesproken uit hoofde van de door haar verstrekte waarborgcertificaten. Woningborg heeft namens de kopers aan de curator bij brief van 19 september 2007 een termijn gesteld als bedoeld in artikel 37 Fw om te kennen te geven of hij de aannemingsovereenkomsten gestand wilde doen. De curator heeft kenbaar gemaakt de overeenkomsten niet gestand te zullen doen.

Vervolgens heeft Woningborg bij wijze van schadeloosstelling aan de kopers de meerkosten van het afbouwen van de woningen betaald. In verband daarmee hebben Woningborg en de kopers afbouwovereenkomsten gesloten met een andere aannemer. Daarbij is overeengekomen dat de kopers ieder de eerste termijn van hun oorspronkelijk met A B.V. overeengekomen aanneemsom aan Woningborg zullen voldoen en dat Woningborg de kopers zal vrijwaren voor aanspraken van de curator. De kopers hebben die eerste termijnen daadwerkelijk aan Woningborg betaald.

De curator vordert in dit geding betaling door de kopers van de eerste termijn van de met A B.V. afgesproken aanneemsom. Hier heeft de curator primair nakoming van de aannemingsovereenkomsten en subsidiair onder meer ongerechtvaardigde verrijking ten grondslag gelegd. De rechtbank heeft de vordering toegewezen op de secundaire grondslag. Het hof heeft de vordering toegewezen op de primaire grondslag.

De Hoge Raad stelt voorop dat indien de gefailleerde ter uitvoering van een overeenkomst zoals bedoeld in artikel 37 Fw vóór de faillietverklaring een prestatie heeft verricht, maar de wederpartij nog niet de daarvoor verschuldigde tegenprestatie, artikel 37 Fw naar zijn strekking niet van toepassing is met betrekking tot deze tegenprestatie. Artikel 37 Fw ziet immers op het geval dat de wederpartij na de faillietverklaring dient te presteren terwijl de daarvoor verschuldigde tegenprestatie nog niet door de gefailleerde is voldaan.

Anders dan het onderdeel betoogt, heeft de in artikel 37 lid 1 Fw bedoelde verklaring van de curator dat hij niet zal nakomen, dan ook niet tot gevolg dat de curator ook het recht verliest om van de wederpartij de tegenprestaties te vorderen die op grond van de overeenkomst verschuldigd zijn geworden doordat de gefailleerde reeds vóór het faillissement één of meer prestaties heeft verricht. Dat zou ook niet te rechtvaardigen zijn, nu het hier gaat om een bate die, als tegenprestatie voor een reeds verrichte prestatie, de boedel zonder meer toekomt. Het in artikel 37 Fw bedoelde verlies van het recht van de curator op nakoming heeft dan ook alleen betrekking op de door de wederpartij te verrichten prestaties waarvoor de tegenprestatie door de gefailleerde nog verricht moet worden.

Eveneens terecht wordt geklaagd dat het oordeel van het hof dat de kopers hun vordering tot schadevergoeding ter verificatie hadden moeten indienen en dat hun ook daarom geen beroep op verrekening toekomt, onjuist is. Voor een beroep op verrekening krachtens artikel 53 Fw is indiening ter verificatie van de te verrekenen vordering geen vereiste.

M. Verdonk

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 02-12-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2730

Zaaknummer: 15/01672

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

Advocaten: D. Rijpma, B. Winters en R.L.M.M. Tan

Wetsartikelen: 37 Fw

RECHTSPRAAK

Ctac/Curatoren Free Record Shop

Uit het handelen van de curatoren gedurende de afkoelingsperiode, te weten het aandringen op tijdelijke voortzetting van een overeenkomst met een dwangcrediteur wegens een beoogde doorstart en het vervolgens succesvol afdwingen van tijdelijke voortzetting door middel van kort geding, kan niet worden afgeleid dat zij geacht moeten worden de overeenkomst gestand te hebben gedaan als bedoeld in artikel 37 Fw.

Eiseres Ctac leverde ICT-diensten en softwareproducten aan FRSH, verweerster. Daartoe heeft Ctac diverse overeenkomsten gesloten met FRSH. Op deze rechtsverhoudingen waren de algemene voorwaarden van Ctac van toepassing. Daarin is aan beide partijen een ontbindingsrecht bij formele insolventie van een van hen toegekend en tevens bepaald dat de rechten van FRSH tot gebruik van door Ctac geleverde producten in dat geval vervallen.

FRSH is op 28 mei 2013 failliet verklaard. De rechtbank heeft vervolgens op de voet van artikel 63a Fw een afkoelingsperiode van twee maanden afgekondigd. Ctac heeft de curatoren van FRSH laten weten dat zij niet langer gehouden was om de dienstverlening onder de overeenkomsten te blijven continueren en de overeenkomsten te zullen beëindigen.

De curatoren hebben bij Ctac aangedrongen op tijdelijke voortzetting van de dienstverlening tegen vergoeding van de daaraan verbonden kosten. Ctac was daartoe alleen bereid als de openstaande (pfaillissements)vordering van Ctac van € 419.081,68 zou worden betaald. Bij brief van 14 juni 2013 heeft Ctac laten weten dat zij van haar opschortingsrecht gebruik zou maken en de dienstverlening aan FRSH per 1 juli 2013 zou beëindigen, behoudens betaling van alle openstaande bedragen.

De curatoren hebben hierop met succes in kort geding gevorderd dat Ctac wordt verboden de leveranties en dienstverlening gedurende de afkoelingsperiode te staken, tegen betaling door de boedel van de toekomstige verplichtingen. De curatoren wilden een (tijdelijke) voortzetting van die onderneming in verband met een door hen beoogde doorstart (*going concern*) van de

onderneming. Ctac heeft de dienstverlening voortgezet. Op 17 juli 2013 is een doorstart van FRSH gerealiseerd.

In deze zaak heeft Ctac betaling gevorderd van het nog openstaande deel van de prefaillissementsvordering en schadevergoeding in verband met ontbinding van de met FRSH gesloten overeenkomsten wegens tekortkoming van de curatoren. Daartoe heeft Ctac onder meer aangevoerd dat de curatoren, door hun vordering in kort geding in te stellen, geacht moeten worden de tussen Ctac en FRSH gesloten overeenkomsten op de voet van artikel 37 Fw gestand te hebben gedaan.

De Hoge Raad stelt vast dat de curatoren niet de kosten voor volledige nakoming (ex art. 37 Fw) ten laste van de boedel wilden brengen, en niet wilden kiezen voor niet-nakoming. Zij wilden slechts de kosten betalen in verband met een tijdelijke voortzetting van de dienstverlening in het belang van de boedel. De curatoren hadden hierop geen wettelijke aanspraak, maar dat neemt niet weg dat zij zich op het standpunt kunnen stellen dat zij hierop in de omstandigheden van het geval aanspraak hebben, en dat standpunt aan de rechter voor kunnen leggen.

In het onderhavige geval heeft de voorzieningenrechter Ctac onder voorwaarden die waarborgen dat rekening wordt gehouden met de gerechtvaardigde belangen van Ctac verplicht om tijdelijk (gedurende de afkoelingsperiode) te blijven presteren. Naar het oordeel van de Hoge Raad moet worden aangenomen dat de curatoren daarmee niet geacht kunnen worden de overeenkomst gestand te hebben gedaan in de zin van artikel 37 Fw.

De Hoge Raad overweegt dat de curator door termijnstelling weliswaar gehouden was zich over gestanddoening uit te laten, maar dat bij bepaling van de lengte van de minimaal aan de curator te gunnen redelijke termijn alle omstandigheden van het geval van belang zijn. De vraag of de dwangcrediteur door hantering van een wat langere termijn nadeel ondervindt, alsmede de betrokken belangen van de boedel, zijn daarbij gezichtspunten. Naar het oordeel van de Hoge Raad was die termijn tijdens de afkoelingsperiode nog niet verstreken.

Derhalve kan niet worden aangenomen dat door de tijdelijke voortzetting van de overeenkomsten de curatoren die overeenkomsten gestand hebben gedaan in de zin van artikel 37 Fw. Nu ook daarna geen keuze voor nakoming is gemaakt, is de conclusie dat artikel 37 Fw niet van toepassing is. Ten overvloede overweegt de Hoge Raad dat de vraag hoe verklaringen en gedragingen van een curator in dit verband moeten worden uitgelegd, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval dient te worden beantwoord.

M. Verdonk

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 02-12-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2744

Zaaknummer: 15/02767

Rechters: E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak, T.H. den Tanja-van Broek en M.J. Kroeze

Advocaten: F.E. Vermeulen, B.T.M. van der Wiel en R.R. Verkerk

Wetsartikelen: 37 Fw en 63a Fw

RECHTSPRAAK

Kopers Beymoerse Hoeve/Van Logtestijn q.q.

Als de wederpartij, ondanks niet-gestanddoening door de curator, ervoor kiest om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk in stand te laten, staat artikel 37 Fw, ten aanzien van door de gefailleerde slechts gedeeltelijk verrichte prestaties van vóór de faillietverklaring, er niet aan in de weg dat door de boedel een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking wordt ingesteld.

In opdracht van een aantal particuliere kopers heeft A B.V. door haar te verkopen woningen gerealiseerd. Hiertoe zijn tussen A B.V. en de kopers overeenkomsten gesloten. A B.V. was aangesloten bij GIW, dat zich ten doel stelt consumenten bescherming te bieden in geval van faillissement van een bij GIW aangesloten onderneming. Op de overeenkomsten tussen A B.V. en de kopers zijn de GIW garantie- en waarborgregeling van toepassing verklaard.

In de overeenkomsten tussen A B.V. en de kopers is een termijnregeling voor betaling opgenomen. Met betrekking tot de betaling van meerwerk bepalen de tussen A B.V. en kopers gesloten overeenkomsten dat bij de opdracht daartoe 25% van de meerwerkopdrachtsom mag worden gedeclareerd en dat het resterende gedeelte dient te worden gedeclareerd bij het gereedkomen van het meerwerk dan wel bij de eerstkomende betalingstermijn daarna.

Op 3 november 2009 is A B.V. failliet verklaard. De curator heeft desgevraagd in een e-mail van 11 november 2009 verklaard de overeenkomsten ten aanzien van de woningen van de kopers niet gestand te doen (art. 37 Fw). De eveneens bij GIW aangesloten verzekeringsmaatschappij Woningborg heeft vervolgens ervoor zorggedragen dat de nog niet verrichte werkzaamheden aan de woningen van de kopers door een derde werden voltooid.

De curator vordert in dit geding betaling van de kopers van het resterende gedeelte van het voor het meerwerk verschuldigde bedrag, primair op grond van nakoming van de overeenkomsten, subsidiair op grond van ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW). Het hof heeft hierover geoordeeld dat de vorderingen van de curator tot nakoming alleen al niet kunnen worden toegewezen omdat deze op de faillissementsdatum nog niet waren ontstaan

en ook daarna niet meer zijn ontstaan.

Met betrekking tot de secundaire grondslag heeft het hof prejudiciële vragen gesteld (art. 392 Rv). Samengevat luidt die vraag of uit het systeem van artikel 37 Fw in zijn algemeenheid volgt dat wanneer de curator zoals hier de overeenkomst niet gestand doet terwijl de wederpartij niet opteert voor ontbinding, het verlies door de curator van het recht op nakoming ertoe leidt dat door de gefailleerde voor de faillietverklaring reeds verrichte prestaties niet langer als ongerechtvaardigde verrijking van de wederpartij kunnen worden aangemerkt.

De Hoge Raad stelt bij de beantwoording een beperkte strekking van artikel 37 Fw voorop. Die bepaling ziet op het geval dat de wederpartij na de faillietverklaring dient te presteren terwijl de daarvoor verschuldigde tegenprestatie nog niet door de gefailleerde is voldaan. Het in artikel 37 Fw bedoelde verlies van het recht van de curator op nakoming heeft alleen betrekking op de door de wederpartij te verrichten prestaties waarvoor de tegenprestatie door de gefailleerde nog verricht moet worden. Dit geval doet zich hier echter niet voor, aldus de Hoge Raad.

Het gaat hier namelijk om de situatie dat de gefailleerde een contractuele prestatie vóór de faillietverklaring slechts gedeeltelijk heeft verricht en in verband daarmee de wederpartij de tegenprestatie (voor die prestatie) contractueel nog niet verschuldigd is geworden, terwijl de curator heeft verklaard de overeenkomst niet gestand te doen, in verband waarmee de prestatie van de zijde van de boedel niet meer wordt voltooid. Het niet verschuldigd worden van de tegenprestatie van de wederpartij is dan niet het gevolg van de werking van artikel 37 Fw, maar volgt uit de inhoud van de overeenkomst.

In die situatie is sprake van tekortkoming, zodat artikel 6:265 BW van toepassing is. Als de wederpartij er echter, zoals hier, voor kiest om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk (vgl. art. 6:270 BW) in stand te laten, staat artikel 37 Fw er ten aanzien van slechts gedeeltelijk verrichte prestaties van voor de faillietverklaring niet aan in de weg dat door de boedel een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking met betrekking tot het verrichte gedeelte van de prestatie jegens de wederpartij wordt ingesteld (afd. 7.12.2 BW).

De Hoge Raad voegt hieraan toe dat de inhoud van de overeenkomst hieraan in de weg kan staan, bijvoorbeeld als het instellen van zodanige vordering is uitgesloten of wanneer de overeenkomst een rechtvaardiging bevat voor de aan de orde zijnde vermogensverschuiving. Het enkele feit dat de overeenkomst inhoudt dat de tegenprestatie voor een prestatie eerst verschuldigd wordt na voltooiing van die prestatie, sluit echter een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet uit. Dat is slechts anders als de overeenkomst niet slechts ertoe strekt het tijdstip van opeisbaarheid van de tegenprestatie te regelen, maar (ook) ertoe

strekt dat bij het niet volledig voltooid zijn van de desbetreffende prestatie geen vergoeding door de wederpartij verschuldigd is.

M. Verdonk

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 02-12-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2729

Zaaknummer: 16/00859

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

Advocaten: R.J. van Galen en M. Littooi

Wetsartikelen: 37 Fw en 6:212 BW

RECHTSPRAAK

Staffable c.s./X

Niet valt in te zien waarom sprake zou zijn van een door de bestuurder bewerkstelligde of toegelaten handelwijze die tot gevolg had dat de schuldenaren hun verplichtingen niet zouden nakomen en ook geen verhaal zouden bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.

Staffable c.s., appellanten, behoort tot het Mise-en Place-concern. Geïntimeerde en zijn zoon hielden ieder de helft van de aandelen in de houdstermaatschappij EnC. EnC is houder van 100% van de aandelen in HnM Café B.V. en van 30% van de aandelen in de Stak. De Stak houdt alle aandelen in M'n Eks B.V. EnC werd tot 2010 bestuurd door geïntimeerde, daarna door zijn zoon. EnC was op haar beurt enig bestuurder van HnM Café en de Stak. Na oprichting van de Stak in 2008 zijn een aantal werknemers van Staffable c.s. in dienst getreden dan wel ingeleend bij HnM en M'n Eks. Per november 2009 is tussen Staffable c.s. en EnC een schuldbekentenis overeengekomen. Daarbij heeft onder meer geïntimeerde zich hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor reeds bestaande schulden van EnC aan Staffable c.s., en is aan Staffable c.s. zowel een pand- als hypotheekrecht verleend. Vervolgens is HnM op 10 augustus 2010 op verzoek van Staffable c.s. failliet verklaard. Daarna is zowel M'n Eks als EnC op verzoek van Staffable c.s. op 31 mei 2011 in staat van faillissement verklaard. Binnen M'n Eks werden sinds 26 januari 2010 geen activiteiten meer uitgevoerd. Staffable c.s. vordert in dit geding veroordeling van geïntimeerde tot betaling van hetgeen zij van EnC te vorderen heeft. Hieraan heeft Staffable c.s. onder meer ten grondslag gelegd dat geïntimeerde jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld als indirect bestuurder van HnM en M'n Eks.

Deze vordering is in eerste aanleg afgewezen. In hoger beroep maakt Staffable c.s. geïntimeerde het verwijt dat hij heeft bewerkstelligd of toegelaten dat EnC verplichtingen is aangegaan terwijl hij op dat moment wist dat EnC die verplichtingen niet zou nakomen en daarvoor geen verhaal zou bieden. Dat betoog faalt. Het hof overweegt dat moet worden aangenomen dat de bedrijfsresultaten van HnM en M'n Eks vanaf 2009 verslechterden. Staffable c.s. heeft echter onvoldoende gesteld om aan te nemen dat de situatie reeds op dat moment dermate slecht was dat voorzienbaar was dat HnM en M'n Eks (toekomstige) verplichtingen niet zouden kunnen nakomen.

Daar komt bij dat het uitgangspunt bij de beoordeling is dat er na juni 2009 geen nieuwe schulden van EnC c.s. jegens Staffable c.s. zijn ontstaan, omdat alle vanaf dat moment van Staffable c.s. afgenomen diensten geheel werden vooruitbetaald. Daarvan uitgaande valt niet in te zien waarom sprake zou zijn van een door geïntimeerde bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van EnC c.s. die tot gevolg had dat dezen hun verplichtingen niet zouden nakomen en ook geen verhaal zouden bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.

M. Verdonk

Instantie: Raad van State

Datum uitspraak: 02-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:1935

Zaaknummer: 200142704

Rechters: F. Damsteegt-Molier, M.J. van der Ven en W.M. Limborgh

Advocaten: N.P.F.E. van der Peet en M. Cota

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Verzoekers c.s./Trap en constructie werken Twente B.V.

Nu het faillissement van een ontbonden vennootschap is aangevraagd, dient de rechtbank in het licht van artikel 2:19 lid 4 BW te beoordelen of summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van verzoekers en of er feiten en omstandigheden zijn, die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn zodat het faillissement kan worden uitgesproken.

Verzoekers c.s. hebben het faillissement van verweerder, Trap en Constructie Werken Twente B.V., aangevraagd. Deze vennootschap is echter op 23 juni 2016 ontbonden en op 4 juli 2016 uitgeschreven uit het handelsregister.

Ten aanzien van het verzoek tot faillietverklaring overweegt de rechtbank dat een rechtspersoon op grond van artikel 2:19 lid 4 BW ophoudt te bestaan indien er op het moment van ontbinding geen baten meer aanwezig zijn. Nu het faillissement van een ontbonden vennootschap is aangevraagd, dient de rechtbank te beoordelen of summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van verzoekers en of er feiten en omstandigheden zijn, die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn zodat het faillissement kan worden uitgesproken.

Het vorderingsrecht van verzoekers is niet weersproken. De rechtbank heeft verzoekers in de gelegenheid gesteld aannemelijk te maken dat er mogelijke baten in de ontbonden vennootschap aanwezig zijn. Zij hebben zich beroepen op een verklaring van de gemachtigde van verweerder. Bovendien hebben verzoekers aangetoond dat een half jaar voor de ontbinding van verweerder door de bestuurder van verweerder een nieuwe bv is opgericht die dezelfde activiteiten ontplooit als verweerder, terwijl voorts ook nog een eenmanszaak van de bestuurder bestaat, die zich ook bezighoudt met dezelfde activiteiten. Deze gang van zaken dient te worden onderzocht door een curator en het is naar het oordeel van de rechtbank niet onaannemelijk dat na onderzoek hieruit een vordering wegens actio pauliana of bestuurdersaansprakelijkheid ontstaat voor de boedel.

De rechtbank is daarom van oordeel dat verzoekers voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat in de ontbonden vennootschap voldoende baten aanwezig zijn en verweerder in de

toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen. De rechtbank spreekt het faillissement van verweerder uit.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 02-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2016:4205

Zaaknummer: 189978 / FT RK 16-984

Rechters: M.C. Bosch

Advocaten: H.E. ter Horst

Wetsartikelen: 2:19 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Curator Wimarna/Drinkwaard Vastgoed

Geen benadeling van de gezamenlijke schuldeisers door samenspanning in de zin van artikel 47 Fw. Daarvoor is vereist dat het voor partijen duidelijk moet zijn geweest dat door de curator voor deze goederen een hogere opbrengst zou zijn of kunnen zijn verkregen.

Wimarna is op 15 april 2014 failliet verklaard. Zij huurde een bedrijfsruimte van Drinkwater. Na beëindiging van de huurovereenkomst per 1 april 2014 zijn enkele openstaande huurtermijnen onbetaald gebleven. Het ging daarbij om een bedrag van in totaal € 49.767,30. Drinkwaard heeft van Wimarna op 17 februari 2014 Led-panelen en een aantal auto's gekocht voor een totaalbedrag van € 80.775,40. Drinkwater heeft de koopsom aan Wimarna voldaan door verrekening van haar vordering ten belope van € 49.767,30 en voor het overige door betaling van € 30.988, 10.

De curator heeft Drinkwater bij brief medegedeeld de verrekenende betaling niet rechtsgeldig te achten en verzocht om betaling van € 49.767,30. In dit geding vordert de curator veroordeling van Drinkwater tot betaling. De curator stelt dat Drinkwater door mee te werken aan een paulianeuze verrekening, een onrechtmatige daad heeft begaan. Ter onderbouwing heeft de curator aangevoerd dat de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers niet ligt in een vermindering van het vermogen, maar in doorbreking van de onderlinge rangorde omdat Drinkwater met de verkrijging van de goederen ten koste van anderen voordringt. De benadeling bedraagt volgens de curator 'evident' het verrekenende bedrag.

De rechtbank overweegt dat de omstandigheid dat de curator de koopovereenkomst niet heeft vernietigd ex artikel 42 Fw, niet in de weg staat aan toewijzing van een op onrechtmatige daad gebaseerde vordering tot vergoeding van schade (HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597, Peeters q.q./Gatzen). Naar het oordeel van de rechtbank heeft de curator voor toewijzing van de vordering echter te weinig gesteld. Het betreft hier een normale transactie in die zin dat Drinkwaard een reële koopprijs heeft betaald. Voor zover de curator zich op het standpunt stelt dat schuldeisers van Wimarna louter door deze koop en verkoop zijn benadeeld, is dit dan ook ten onrechte.

Ten aanzien van het paulianeuze karakter oordeelt de rechtbank dat het hier ging om betaling door verrekening van een opeisbare vordering van Drinkwater, een verplichte rechtshandeling die moet worden getoetst aan artikel 47 Fw. De rechtbank overweegt dat daarvoor is vereist dat het, ter zake van samenspanning, tevoren voor Drinkwaard en Wimarna duidelijk moet zijn geweest dat door de curator voor deze goederen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement een hogere opbrengst zou zijn of kunnen worden verkregen. De curator heeft echter aangegeven de koopovereenkomst niet te willen vernietigen, omdat hij dat niet in het belang van de boedel achtte. Hij stelt evenmin prijs op teruggave van de activa. De curator kon onder deze omstandigheden niet volstaan met de stelling dat 'evident' is dat de schuldeisers vanwege de koop en verkooptransactie zijn benadeeld en wel tot het verrekende bedrag.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 21-09-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:7436

Zaaknummer: C/10/497892 / HA ZA 16-295

Rechters: C.M.E. van der Hoeven

Advocaten: J.P.M. Borsboom en G.P. Jongeneel

Wetsartikelen: 47 Fw

RECHTSPRAAK

Summierlijk gebleken van het vorderingsrecht van de aanvrager. Geen misbruik van bevoegdheid aanvragen faillissement omdat faillissement niet slechts is aangevraagd om lijfswang te voorkomen.

Een eigenaar van vijf restaurants heeft navorderingsaanslagen inkomstenbelasting ontvangen met een totaalbedrag van ongeveer € 1,2 miljoen euro over de periode van 1997 tot en met 2004. Uit een eerder faillissement heeft de belastingdienst een bedrag van ongeveer € 20.000 ontvangen. Volgens de belastingdienst is het zeer aannemelijk dat de eigenaar meer vermogen heeft waarmee hij de belastingschulden kan voldoen. De eigenaar weigert informatie over zijn daadwerkelijke vermogenspositie te verstrekken. In kort geding is de eigenaar daarop bevolen de dwangbevelen te voldoen. Dit kort geding is vervolgens uitvoerbaar verklaard met lijfswang. Het is de belastingdienst echter nog niet gelukt om de eigenaar door middel van lijfswang aan het vonnis te laten voldoen.

Bij verstekvonnis van 26 juli 2016 is de eigenaar op verzoek van zijn ex-echtgenote in staat van faillissement verklaard. Bij vonnis van 30 augustus 2016 is het verzet van de belastingdienst tegen het vonnis tot faillietverklaring afgewezen.

Bij het hof voert de belastingdienst aan dat de ex-echtgenote misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid als bedoeld in artikel 3:13 BW door het faillissement uit te lokken met geen ander doel dan het voorkomen van lijfswang. De belastingdienst stelt eveneens dat de ex-echtgenote geen redelijk belang heeft bij een faillissement, omdat zij ten tijde van het faillissementsverzoek geen opeisbare vordering had op de eigenaar.

Het hof stelt voorop dat een faillietverklaring kan worden uitgesproken indien summierlijk is gebleken van een ten tijde van de aanvraag daarvan bestaand vorderingsrecht van de aanvrager en van één of meer andere schuldeisers. Ook dient summierlijk te blijken van het bestaan van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de schuldenaar verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen.

Hoewel enkele gebeurtenissen, zoals fiscale fraude en het voortdurend weigeren van informatie over de vermogenspositie, passen in een groter plan tot voorkoming van de

lijfsdwang, zijn deze gebeurtenissen naar het oordeel van het hof niet zodanig dat uitgegaan moet worden van misbruik van bevoegdheid op grond van artikel 3:13 BW.

De eigenaar heeft de vordering van de ex-echtgenote uitdrukkelijk erkend, zodat naar het oordeel van het hof summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de ex-echtgenote. Volgens het hof kan niet geoordeeld worden dat de ex-echtgenote haar bevoegdheid tot faillissementsaanvraag heeft uitgeoefend met geen ander doel dan de belastingdienst te schaden. De ex-echtgenote heeft namelijk aangevoerd dat zij vanwege het gezamenlijke ouderschap over de kinderen heeft gewacht met een faillissementsaanvraag, maar dit pas heeft doorgezet toen zij vernam dat de vader van de eigenaar op sterven lag. Deze vader beschikte over een aanzienlijk vermogen en dit vermogen had verhaal kunnen bieden voor de vordering van de ex-echtgenote. Hierdoor beschikt de eigenaar over vermogen en heeft de ex-echtgenote wel degelijk belang bij de faillissementsaanvraag.

Het hof voegt eraan toe dat de faillissementscurator aan de Faillissementswet ingrijpende bevoegdheden ontleent om voor verhaal vatbare activa op te sporen. De curator kan zich daarbij laten leiden door actieve hulp van de belastingdienst als een van de schuldeisers.

Bas Kentie

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-10-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:8536

Zaaknummer: 200.198.575

Rechters: A.W. Steeg, C.J.H.G. Bronzwaer en D. Stoutjesdijk

Advocaten: M.R. van der Zee

Wetsartikelen: 3:13

RECHTSPRAAK

Secundaire insolventieprocedure Hanjin Shipping Netherlands

Opening van een secundaire insolventieprocedure in Nederland nadat in Duitsland een vorläufiges Insolvenzverfahren is uitgesproken welke kwalificeert als een hoofd-insolventieprocedure.

Hanjin Europe is statutair gevestigd in Hamburg (Duitsland) en heeft een vestiging in Rotterdam. Uit het Handelsregister blijkt dat op die vestiging 59 personen werkzaam zijn en dat laad-, los- en overslagactiviteiten voor zeevaart plaatsvinden onder de naam Hanjin Shipping Netherlands. Tevens bevindt zich in Nederland een bankrekening met een saldo van € 78.804,53.

Hanjin Europe heeft de Duitse rechter verzocht om een Insolvenzverfahren te openen op de grondslag dat zij insolvent is. Het Amtsgericht in Hamburg heeft naar aanleiding van dit verzoek een 'Beschluss' gegeven waarin een voorlopige Insolvenzverwalter van Hanjin Europe is benoemd. De voorlopige Insolvenzverwalter is nadien bij Beschluss van hetzelfde Amtsgericht gemachtigd om in Nederland, België, Frankrijk en Tsjechië een 'Sekundärinsolvenzverfahrens' zoals bedoeld in artikel 29 van de Insolventieverordening aan te vragen.

In de onderhavige uitspraak schetst de Rechtbank Rotterdam eerst het juridisch kader. Op grond van artikel 29 Insolventieverordening kan een secundaire procedure worden aangevraagd door een curator van een hoofdprocedure, zijnde een insolventieprocedure die is geopend door de rechter van de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar gelegen zijn (art. 3 lid 1 Insolventieverordening). Een insolventieprocedure is in artikel 2 aanhef en onder a) gedefinieerd als de collectieve procedures als bedoeld in artikel 1 lid 1 Insolventieverordening. Artikel 2 verwijst naar bijlage A, waarin de procedures worden opgesomd. De Insolvenzverfahren staat op lijst A, maar de vorläufiges Insolvenzverfahren staat daar niet op. In het Eurofood-arrest (HvJ EG 2 mei 2006, zaaknr. C-341/04) heeft het Hof van Justitie bepaald dat artikel 16 lid 1 eerste alinea Insolventieverordening aldus moet worden uitgelegd dat de beslissing van een rechter van een lidstaat bij wie een verzoek tot

opening van een insolventieprocedure is ingediend dat is gesteund op de insolventie van de schuldenaar en strekt tot opening van een procedure van bijlage A Insolventieverordening, een beslissing tot opening van de insolventieprocedure in de zin van deze bepaling vormt, wanneer de beslissing ertoe leidt dat de schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest en een in bijlage C Insolventieverordening bedoelde curator wordt aangewezen. Dit verlies van het beheer en de beschikking houdt in dat de schuldenaar de bevoegdheden voor het beheer van zijn vermogen verliest. Deze overweging brengt mee dat ook een insolventieprocedure die niet op lijst A staat, maar wel aan de voorwaarden voldoet, erkend kan worden als een hoofd-insolventieprocedure.

Bij de beoordeling van het verzoek heeft de rechtbank het oordeel van de Duitse rechter over het centrum van de voornaamste belangen gevolgd (hoewel dat oordeel niet definitief lijkt), aangezien op dat moment geen objectieve factoren vastgesteld konden worden waaruit bleek dat het centrum van de voornaamste belangen elders zou zijn gelegen. De voorlopige Insolvenzverwalter staat vermeld op lijst C bij de Insolventieverordening. Uit het eerste Beschluss blijkt dat Hanjin Europe het beheer en de beschikking over haar vermogen (in ieder geval gedeeltelijk) is verloren. Dit leidt tot het oordeel dat de procedure die in Duitsland is geopend, een insolventieprocedure is als bedoeld in artikel 3 lid 1 van de Insolventieverordening, geopend in het land waar het centrum van de voornaamste belangen is gelegen. De voorlopige Insolvenzverwalter is derhalve bevoegd om een secundaire procedure aan te vragen.

Aangezien Hanjin Europe een vestiging in Rotterdam heeft, kan de Nederlandse rechter een secundaire insolventieprocedure openen. Artikel 27 Insolventieverordening bepaalt dat de insolventie van de Nederlandse vestiging van Hanjin Europe daarvoor niet behandeld hoeft te worden. De bewoordingen van deze bepaling laten enige ruimte voor toetsing. In dit geval is dat ook op zijn plaats, aangezien de twee beslissingen die zijn overgelegd geen definitief oordeel bevatten omtrent de insolventie van Hanjin Europe. De voorlopige Insolvenzverwalter heeft in de Duitse voorlopige procedure de opdracht gekregen om onderzoek te doen naar de staat van de boedel. In het verzoek heeft de voorlopige Insolvenzverwalter uiteengezet dat Hanjin Europe vanwege insolventie heeft gevraagd om toepassing van de Insolvenzverfahren, en dat de verwachting is dat deze definitief zal worden toegekend. De voorlopige Insolvenzverwalter schat in dat er onvoldoende boedelactief zal zijn om het salaris van het personeel over de opzegtermijn te voldoen. Gezien het voorgaande acht de rechtbank de insolventie op dit moment voldoende gebleken.

B. Hoyng, december 2016

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 25-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:9090

Zaaknummer: C/10/16/610 F

Rechters: A. Lablans

Advocaten: G.C. Verburg en mr. M.S. Breeman

Wetsartikelen: 2 Insolventieverordening, 3 Insolventieverordening, 27 Insolventieverordening en 29 Insolventieverordening

RECHTSPRAAK

Verzoeker/Plock

Duitse rechtspersoon weigert akkoord te gaan met buitengerechtelijke schuldregeling. Verzoeker vraagt om dwangakkoord (art. 287a Fw). Nederlands recht van toepassing op grond van de hoofdregel van Rome II-Vo.

Verzoeker heeft een schuldregeling aangeboden aan al zijn schuldeisers. Iedereen is met de regeling akkoord gegaan behalve Plock GmbH. Verzoeker heeft een verzoek op grond van artikel 287a Fw gedaan ter vaststelling van een dwangakkoord. Nu Plock een rechtspersoon naar buitenlands recht is moet de rechtbank vaststellen welk recht van toepassing is.

De Insolventieverordening is niet van toepassing omdat deze ziet op de procedures die ertoe leiden dat een schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen geheel of ten dele verliest. De gedwongen schuldsanering heeft juist als bedoeling voornoemde situatie te voorkomen. Op de beslissing waar op grond van artikel 287a Fw om wordt gevraagd is artikel 3:300 lid 3 BW van toepassing, waarin is geregeld dat deze beslissing in plaats van vrijwillige instemming komt. Om deze reden is het onderhavige geval aan te merken als een burgerlijke of handelszaak en is EEX-Vo (herschikking) van toepassing. Als uitgangspunt wordt de gedaagde opgeroepen voor de rechter van zijn woonplaats (art. 4 EEX-Vo). Artikel 8 EEX-Vo bepaalt echter dat indien er sprake is van meerdere schuldeisers, gedaagde ook voor het gerecht van een van deze schuldeisers opgeroepen kan worden, op voorwaarde dat er tussen de vorderingen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven. Volgens de rechtbank is dat nu het geval.

De onderhavige vordering is niet-contractueel van aard. Niet de vordering van Plock op verzoeker is immers aan de orde, maar de vraag of Plock gehouden is een nieuwe overeenkomst te sluiten met verzoeker. De rechtbank meent hierom dat Rome II-Vo van toepassing is. Op grond van de hoofdregel van deze verordening is het recht van toepassing van het land waar de schade zich voordoet. Nu het uitgangspunt van het verzoek de schade is

die zou ontstaan wanneer Plock weigert om in te stemmen met het verzoek, is Nederlands recht van toepassing.

T.M.M. Schaap, november 2016

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 24-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:6263

Zaaknummer: C/16/421264 / FT RK 16/1489

Rechters: P.J. Neijt

Wetsartikelen: 287a Fw, 4 EEX-Vo, 8 EEX-Vo en hoofdregel Rome II-Vo

RECHTSPRAAK

Een bestuurder die niet direct betrokken was bij het aangaan van een overeenkomst kan wel een ernstig verwijt worden gemaakt als hij onvoldoende onderzoek verricht naar de achtergrond en voorwaarden van die overeenkomst.

Een klant van een assurantiebedrijf dat handelt als intermediair van SNS regiobank heeft met dit bedrijf enkele deposito-overeenkomsten gesloten. De deposito's zouden op afgesproken data worden overgemaakt naar een tegenrekening van de klant, inclusief opgebouwde rente.

Het assurantiebedrijf is op 19 augustus 2014 failliet verklaard. De klant betreft één bestuurder in rechte. De klant vordert vergoeding van de schade die hij heeft opgelopen door het (gedeeltelijk) niet terugbetalen van de deposito's inclusief opgebouwde rente. De klant voert hiervoor op onrechtmatige daad gebaseerde bestuurdersaansprakelijkheid als grondslag aan.

De klant verwijt de bestuurder dat hij hem geadviseerd heeft overeenkomsten met het assurantiebedrijf te sluiten, terwijl (1) hij wist dat het assurantiebedrijf deze overeenkomsten niet na zou kunnen komen en (2) hij de indruk wekte dat gelden ondergebracht zouden worden bij de SNS regiobank terwijl dit niet het geval was. Tevens zou de bestuurder zijn zorgplicht hebben geschonden door niet te voldoen aan informatieverplichtingen.

De rechtbank overweegt dat voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid vereist is dat de bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De rechtbank verwijst naar het Beklamel-arrest en overweegt dat een voldoende ernstig verwijt de bestuurder in het algemeen zal treffen wanneer een bestuurder een verplichting aangaat namens de vennootschap terwijl hij weet of redelijkerwijs behoort te begrijpen dat de vennootschap deze verplichting niet zal kunnen nakomen en geen verhaal zal bieden voor te lijden schade.

De rechtbank overweegt dat de deposito-overeenkomsten lijken op leningovereenkomsten en dat het assurantiebedrijf de overeenkomst ook als zodanig heeft opgevat. Dit betekent dat de klant bij het aangaan van de overeenkomsten onvoldoende of onjuist is geïnformeerd door het assurantiebedrijf. De rechtbank vervolgt dat financieel advies onderdeel uitmaakte van de

activiteiten van het assurantiebedrijf en dat derhalve een extra verantwoordelijkheid bij de bestuurders lag om na te gaan of de klant de lening en de voorwaarden begreep. Er is echter niet gesteld en gebleken dat de bestuurders aan deze informatieverplichtingen hebben voldaan.

Het is vervolgens de vraag of de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Uit de stellingen van partijen volgt dat de gedaagde de klant niet persoonlijk heeft geadviseerd. De rechtbank stelt voorop dat de gedaagde als bestuurder een zekere verantwoordelijkheid heeft richting de klant. De rechtbank overweegt dat de bestuurder niets heeft gedaan om duidelijk te maken dat (1) het assurantiebedrijf in financiële moeilijkheden verkeerde en (2) de overeenkomsten feitelijk betrekking hadden op leningen in plaats van deposito's. De rechtbank is van oordeel dat gedaagde zijn zorgplicht heeft geschonden en hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt van de schade die de klant heeft geleden. De bestuurder is derhalve aansprakelijk voor deze schade.

Bas Kentie

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 12-10-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:5261

Zaaknummer: C/16/405851 / HA ZA 15-1000

Rechters: V.E.J.A. Heijckmann

Advocaten: A.W. Stork

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Lammers q.q., Rangregeling crediteuren

Conflicterende rangordebepalingen met gevolg dat X voor Y gaat, Z voor X en Y voor Z. Alle drie de typen schuldeisers dienen zowel voor als na een andere type in de rangorde te komen. Hierdoor ontstaat geen rij van crediteuren maar een cirkel. De Ontvanger krijgt uiteindelijk voorrang boven de hypotheekhouders en beslagleggers.

In de onderhavige zaak gaat het om de verdeling van de executieopbrengst na veiling van een woning. Er zijn een drietal hypotheekhouders, meerdere partijen die conservatoir beslag hebben gelegd op de woning en de Ontvanger die een vordering toekomt waaraan, op basis van artikel 21 Invorderingswet, voorrecht is verbonden.

De rechtbank constateert dat de rangorde met betrekking tot de restantopbrengst na voldoening van de eerste hypotheekhouder in beginsel als volgt is:

1. de tweede hypotheekhouder;
2. de derde hypotheekhouder ;
3. de Ontvanger;
4. de gezamenlijke beslagleggers naar ratio.

Een van deze beslagleggers heeft beslag gelegd voordat zowel het hypotheekrecht van de tweede hypotheekhouder als het hypotheekrecht van de derde hypotheekhouder was ingeschreven. In dat geval geldt artikel 505 lid 2 Rv en kan de latere verhypothekering niet aan de betreffende beslaglegger worden tegengeworpen. De beslaglegger in kwestie zou daarom voor de hypotheekhouders moeten gaan.

Dit staat echter op gespannen voet met het voorrecht van de Ontvanger die op basis van artikel 21 Invorderingswet voor de beslaglegger gaat. Aangezien de hypotheekhouders op hun beurt weer voor de Ontvanger gaan, ontstaat een conflict in de rangorde regels. Partijen staan aldus niet in een rij maar in een cirkel.

De rechtbank ‘ontwart de kluwen’ door meerdere ‘potjes’ te creëren, hetgeen m.i. niet veel verandert aan het feitelijke probleem. De rechtbank besluit vervolgens de beslagleggers en hypotheekhouders gelijk te behandelen als waren zij in feite allen beslaglegger. De Ontvanger komt hierdoor als winnaar uit de strijd.

S. van Zwam

Instantie: Pres. Rechtbank Oost-Brabant zittingsplaats 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 26-10-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:6566

Zaaknummer: C/01/300881 BP PK 15-1016

Rechters: E. Loesberg

Wetsartikelen: 21 Invorderingswet, 505 lid 2 Rv. en 3:278 BW

RECHTSPRAAK

Boele/Mauritsweg c.s.

Vermogensinstandhoudingsverklaring niet aangegaan ten behoeve van normale bedrijfsuitoefening (art. 1:88 lid 5 BW), nu er sprake was van acuut dreigende discontinuïteit bij de schuldenaar. Echtgenoot kan de vermogensinstandhoudingsverklaring dan ook vernietigen (art. 1:89 BW) wegens ontbreken van zijn/haar toestemming.

In deze zaak heeft de bestuurder/aandeelhouder van Mauritsweg B.V. een vermogensinstandhoudingsverklaring afgegeven aan Boele. De centrale vraag is of deze vermogensinstandhoudingsverklaring is afgegeven ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van Mauritsweg. Als dat zo is, was toestemming van de echtgenoot van de bestuurder/aandeelhouder, die hier ontbreekt, niet noodzakelijk (art. 1:88 lid 5 BW). De rechtspraak laat een nogal wisselend beeld zien in de uitleg van het begrip 'normale bedrijfsuitoefening', maar er is in die zin wel een lijn te herkennen dat de financiering van zeer risicovolle aangelegenheden, op een moment dat het niet goed gaat met de schuldenaar, niet snel als normale bedrijfsuitoefening zal worden bestempeld. Deze uitspraak past in die lijn.

De rechtbank gaat uitgebreid in op de complexe transactie. Hoewel de financiering en vermogensinstandhoudingsverklaring in verband daarmee duidelijk ten behoeve kwam van de kernactiviteit van Mauritsweg, oordeelt de rechtbank dat hier niet gesproken kan worden van normale bedrijfsuitoefening, omdat bij Mauritsweg sprake was van een acuut dreigende discontinuïteit op het moment dat de vermogensinstandhoudingsverklaring werd afgegeven. Ook zijn niet eerder vergelijkbare verklaringen afgegeven. De conclusie is daarom dat de afgegeven vermogensinstandhoudingsverklaring een rechtshandeling betreft met een uitzonderlijk karakter die niet ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van Mauritsweg pleegt te worden verricht. De echtgenote moest daarom toestemming geven, welke ontbreekt. Zij kon de verklaring dan ook vernietigen (art. 1:89 BW).

A.L. Jonkers, november 2016

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 23-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:9036

Zaaknummer: C/10/411651 / HA ZA 12-948

Rechters: C. Bouwman, Th. Veling en A.A. van Mulwijk-Schaaïj

Advocaten: E. Poelenije en W.M. van Agt

Wetsartikelen: 1:88 lid 5 BW

RECHTSPRAAK

Krediet is niet aangegaan ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening, en de borgtocht voor dat krediet dus ook niet (art. 1:88 lid 5 BW). De echtgenote van de borg kon daarom de borgtocht vernietigen (art. 1:89 BW). Bijzonder in deze zaak is dat het krediet wel duidelijk paste bij het bedrijf, maar het hof hier een onderscheid maakt tussen krediet ten behoeve van een (eenmalige) investering, wat niet bij de normale bedrijfsuitoefening zou passen, en een alledaags bankkrediet voor de lopende bedrijfsuitoefening, wat daar wél bij zou passen.

De bv in deze casus heeft in april 2010 een huurovereenkomst gesloten met een verhuurder, voor de huur van een bedrijfspand per 1 december 2010 voor meer dan € 15.000 per maand. De bv is daar een 'kinderspeelparadijs' gaan exploiteren. In september 2012 is tussen de verhuurder en de bv een leningsovereenkomst gesloten van meer dan € 160.000 per maand ter financiering van de door de verhuurder in de bedrijfsruimte geplaatste installaties. Blijkbaar heeft de verhuurder voor de plaatsing betaald en is de bv haar daarvoor een bedrag schuldig gebleven, wat bij deze overeenkomst is omgezet in een geldlening tegen 6,5% rente per jaar, maar geheel duidelijk wordt de gang van zaken niet uit het arrest. De aandeelhouder en bestuurder van de bv heeft zich persoonlijk borg gesteld voor de verplichtingen van de bv uit deze geldleningsovereenkomst. Zomer 2013 is de bv tekortgeschoten en heeft de verhuurder de bestuurder als borg aangesproken, waarop de echtgenote van de borg zich op vernietiging van de borgtocht wegens ontbreken van haar toestemming heeft beroepen (art. 1:88 lid 5 en 1:89 BW).

De zaak gaat in de kern over de vraag of de leningsovereenkomst, en daarmee borgstelling voor die lening, is geschied ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de bv. Als dat zo is, was toestemming van de echtgenote voor de borgtocht niet nodig (art. 1:88 lid 5 BW). De rechtspraak laat over de uitleg van de term 'normale bedrijfsuitoefening' een zeer wisselend en casuïstisch beeld zien. Bijzonder in deze zaak is dat het hof een onderscheid maakt tussen krediet ten behoeve van een (eenmalige) investering, wat niet bij de normale

bedrijfsuitoefening zou passen, en een alledaags bankkrediet voor de lopende bedrijfsuitoefening, wat daar wel bij zou passen. In de literatuur is juist wel betoogd dat een dergelijk investeringskrediet typisch bij de normale bedrijfsuitoefening zou passen. Zie bijvoorbeeld Bertrams in zijn noot bij JOR 2016/106: *'Een krediet aan een visserijbedrijf voor de huur of koop van een (nieuwe) vissersboot, voor de vervanging van de scheepsmotor of de aanschaf van nieuwe netten, of voor de uitbouw van de opslagloods zou, naar mijn gevoelen, steeds en daarom reeds voldoen aan het tweede vereiste van lid 5. Daargelaten werkelijk hoogst uitzonderlijke omstandigheden, zou dit dan alleen anders zijn indien er op dat moment geen enkel reëel zicht op continuïteit bestaat en de financiering in feite alleen is gebaseerd op de financiële kracht van de borg. Anderzijds zou een krediet voor de aanschaf van een plezierjacht nimmer behoren tot de normale bedrijfsuitoefening van dit visserijbedrijf, ook indien deze er zeer florissant voor zou staan.'*

Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft duidelijk andere ideeën dan Bertrams over wat normale bedrijfsuitoefening inhoudt. Zo komt het hof in deze zaak dan ook tot de conclusie dat hier geen sprake was van financiering ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening, terwijl de financiering hier ten goede kwam aan installaties voor de inrichting van een speelparadijs. Zoals het hof overweegt: *'Het gaat er in deze kwestie om dat de financiering is verstrekt met het oog op de inrichting van een bedrijf en niet op de exploitatie van dat bedrijf.'* Het hof legt daarbij niet de nadruk op de verhoogde risico's die verbonden zijn aan de financiering, zoals in eerdere rechtspraak vaak werd gedaan, maar op het feit dat een dergelijk investeringskrediet niet alledaags is. Daarbij speelt voor het hof overigens nog wel een inderdaad wat ongewone omstandigheid mee, namelijk het feit dat hier de verhuurder de kosten voor de installaties heeft voorgefinancierd, en de daardoor onstane schuld is omgezet in een geldlening nadat bleek dat de bv die schuld niet kon voldoen.

Gezegd kan worden dat het onderscheid zoals het hof dat maakt tussen een 'investeringskrediet' en een gewoon bankkrediet voor alledaagse bedrijfsuitoefening wel verdedigbaar is (zie duidelijk anders Bertrams in zijn noot bij JOR 2016/106). Voor alledaagse handelingen, zoals een verruiming van de kredietruimte van een rekening-courantkrediet, zou het vervelend kunnen zijn steeds toestemming van de echtgenoot van de borg te moeten eisen. De grote investeringen die gedaan worden bij het opzetten van een project worden echter maar eenmalig gedaan. Het is dan ook niet bezwaarlijk te eisen dat een borgstelling voor een krediet voor dergelijke investeringen goed doorsproken wordt met de echtgenoot. Daarmee wordt het risico van de echtgenoot niet alleen beperkt en gerechtvaardigd, maar kan de kwaliteit van kredietverlening ook worden verbeterd. Ondernemers geloven zelf vaak blind in hun eigen project. Zij denken niet altijd lang genoeg na over een borgstelling voor zakelijke schulden die desastreuze gevolgen voor hun privévermogen (en dat van hun echtgenoten) kan

hebben. Het toestemming moeten vragen aan de echtgenoot kan een ontzuenderende werking hebben die positief effect op alle betrokken kan hebben.

A.L. Jonkers, november 2016

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 15-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:9118

Zaaknummer: 200.165.350

Rechters: C.G. ter Veer, I. Brand en J.G.J. Rinkes

Advocaten: S. Hartog en F.T. Hiemstra

Wetsartikelen: 1:88 lid 5 BW