

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 05, 2016

Nummer 5, 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:2016:286](#) 19-02-2016

X/Boers q.q.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:297](#) 19-02-2016

Crescendo

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:481](#) 16-02-2016

Fortis/van Dooren q.q.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:467](#) 16-02-2016

Special Investments

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:424](#) 09-02-2016

MHM/X

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:980](#) 09-02-2016

Gebruiksgerechtigde woonstudio/X

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:282](#) 02-02-2016

Kézér q.q./OAS

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:593](#) 01-02-2016

ABM

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:5251](#) 15-12-2015

ABN Amro/X

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:4510](#) 03-11-2015

Faillissement Cycletours Plus

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:1146](#) 09-04-2013

Jedi Lease B.V./X

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:954](#) 24-02-2016

FNV/Smallsteps

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2016:1397](#) 12-02-2016

Mosterd q.q. / Buren N.V.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:469](#) 10-02-2016

Rabobank / X

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2016:441](#) 10-02-2016

Hoeksema q.q./R.M. Trade B.V. II

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2015:8302](#) 22-10-2015

Raad van State

[Raad van State, ECLI:NL:RVS:2016:411](#) 17-02-2016

NL Octrooicentrum

Uitspraken zonder ECLI

- onbekend -

Rondcartonnagefabriek / Rabobank

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Hoeksema q.q./R.M. Trade B.V. II

Vernietiging faillissement na verzet door de curator. Is de bestuurder gehouden de kosten van de verzetsprocedure en de faillissementskosten te voldoen?

R.M. Trade B.V. is op 14 april 2015 op eigen aangifte failliet verklaard. De in het faillissement benoemde curator komt van deze faillietverklaring in verzet op grond van artikel 10 lid 1 Fw. De rechtbank heeft in een tussenbeschikking van 11 mei 2015 de volgende prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad: (1) is de curator belanghebbende in de zin van artikel 10 lid 1 Fw en (2) kan de curator in verzet komen tegen een faillissementsvonnis indien hij binnen de verzetperiode constateert dat sprake is van een lege boedel? De Hoge Raad heeft bij arrest van 18 december 2015 beide vragen bevestigend beantwoord. De onderhavige beschikking is het vervolg van deze verzetprocedure na de beantwoording van de prejudiciële vragen door de Hoge Raad.

De rechtbank oordeelt in deze beschikking dat gelet op het arrest van de Hoge Raad de curator ontvankelijk is in zijn verzet. De rechtbank oordeelt vervolgens dat voldoende vast is komen te staan dat de boedel geen baten bevat en dat ook geen baten te verwachten zijn. Het heeft dan voor de schuldeisers geen zin om het faillissement voort te laten duren. In lijn met het arrest van de Hoge Raad had R.M. Trade B.V. de weg van artikel 2:19 BW moeten bewandelen. De rechtbank vernietigt derhalve het vonnis tot faillietverklaring.

De (gewezen) curator vordert ook dat de bestuurder van R.M. Trade B.V. als aanvrager wordt veroordeeld in de kosten van de verzetprocedure en de faillissementskosten. De rechtbank wijst deze vordering af. Volgens de rechtbank zou de verzochte kostenveroordeling kunnen worden toegewezen indien het bestuur van R.M. Trade B.V. een verwijt kan worden gemaakt. De (gewezen) curator heeft echter geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit blijkt dat de bestuurder een verwijt kan worden gemaakt.

M.S. Breeman, maart 2016

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 10-02-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2016:441

Zaaknummer: 170394 FT RK 15.688

Rechters: Verhoeven, Van der Veer en Zweers

Advocaten: E.H. Hoeksma

Wetsartikelen: 10 Fw

RECHTSPRAAK

Kézér q.q./OAS

P&L Uitzendorganisatie faillieert. Kort voor faillissement voldoet OAS als schuldenaar van P&L Uitzendorganisatie een van diens schuldeisers, waarna OAS gecrediteerd wordt. Het hof toetst het samenstel van rechtshandelingen aan artikel 42 Fw en komt tot de conclusie dat er geen sprake is van benadeling omdat OAS zou hebben kunnen verrekenen. Het tweede verwijt, dat OAS als onderdeel van hetzelfde concern op onrechtmatige wijze geprofiteerd zou hebben van een inherent verlieslatende structuur van P&L Uitzendorganisatie, wijst het hof af. Het hof overweegt kort: ‘De wederpartij uit overeenkomst kan daarvoor niet verantwoordelijk worden gehouden’.

De casus vormt ten eerste een variant op de problematiek waar artikel 54 Fw tegen waakt; het in één hand brengen van vordering en schuld. Deze casus wordt afgedaan op grond van artikel 42 Fw. De vordering van de curator wordt uiteindelijk afgewezen omdat niet voldaan zou zijn aan de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers.

De failliete schuldenaar is hier P&L Uitzendorganisatie. Een van de crediteuren van P&L Uitzendorganisatie is Detachering. Een van de debiteuren van P&L Uitzendorganisatie is Onderneming Agrarische Sector (OAS). Artikel 54 Fw waakt ertegen dat debiteuren en crediteuren van de schuldenaar vordering en schuld in één hand brengen en dan verrekenen. Hier zou bijvoorbeeld Detachering haar vordering op P&L Uitzendorganisatie kunnen overdragen aan OAS, waarna OAS zou kunnen verrekenen. Het actief van P&L Uitzendorganisatie, dat besloten ligt in de vordering die P&L Uitzendorganisatie heeft op OAS, is dan niet meer beschikbaar voor de schuldeisers van P&L Uitzendorganisatie. Voor een cessie (art. 3:94 BW) van de vordering door Detachering op P&L Uitzendorganisatie aan OAS zou geen instemming van de schuldenaar P&L Uitzendorganisatie nodig zijn. OAS zou met de vordering als het ware het recht kopen om te verrekenen. Dit zal zij in de regel tegen een

discount doen, zodat zowel OAS als Detachering baat zou hebben bij de constructie. Een dergelijke constructie kan ook de andere kant op ingestoken worden. Hierbij zou Detachering tegen betaling aan OAS de schuld van OAS aan P&L Uitzendorganisatie overnemen (art. 6:155 BW). Ook dan kan verrekend worden en gaat andermaal de waarde besloten in de vordering op OAS aan de neus van schuldeisers van P&L Uitzendorganisatie voorbij. Voor deze constructie is op grond van artikel 6:155 BW wel medewerking van P&L Uitzendorganisatie nodig. In dat geval kan de constructie bestreden worden zowel op grond van artikel 42 Fw als op grond van artikel 54 Fw, omdat er nu ook een rechtshandeling van de latere failliet P&L Uitzendorganisatie zou zijn.

In de werkelijke casus van het faillissement van P&L Uitzendorganisatie deed zich een ietwat brutalere variant op bovenstaande mogelijkheden voor. OAS betaalde namelijk gewoon de schuld van P&L Uitzendorganisatie aan Detachering. Vervolgens crediteerde P&L Uitzendorganisatie haar debiteur OAS voor het bedrag van de openstaande schuld, welk bedrag lager was dan het bedrag dat OAS had voldaan; dus geen discount maar een opslag.

De rechtbank wees de vordering van de curator af. De rechtbank had daarbij moeite met de zaak. De rechtbank oordeelde ten eerste dat de creditering door P&L Uitzendorganisatie geen rechtshandeling van de gefailleerde P&L Uitzendorganisatie was en reeds daarom niet bloot stond aan de pauliana. Het enkel betalen van andermans schuld leidt echter nog niet tot een regresvordering. Als OAS zich borg had gesteld en dan betaald zou hebben, zou zij een regresvordering hebben gekregen, die zij in beginsel zonder rechtshandeling van P&L Uitzendorganisatie op grond van artikel 6:127 BW zou kunnen verrekenen. Zonder een dergelijke borgstelling vormt creditering wel degelijk een rechtshandeling van P&L Uitzendorganisatie die nodig is om de schuld van OAS aan P&L Uitzendorganisatie te doen verdwijnen. Verder oordeelde de rechtbank dat de handelingen niet benadelend waren omdat de schuld van OAS aan P&L Uitzendorganisatie groter was dan de vordering van Detachering op P&L Uitzendorganisatie. De rechtbank concludeerde terecht dat P&L Uitzendorganisatie door het geheel niet benadeeld was, maar dat het vermogen van P&L Uitzendorganisatie zelfs is toegenomen. De vraag voor de pauliana is echter niet of de *failliet* zelf benadeeld is, maar of diens *schuldeisers* benadeeld zijn. Het is zelfs mogelijk dat een handeling positief is voor het vermogen van een latere failliet, maar benadelend voor diens schuldeisers; bijvoorbeeld een agressieve schuldeiser die genoeg neemt met betaling van 65% van diens vordering omdat hij voorziet dat hij in faillissement slechts 2% zal ontvangen. Dit is goed voor het vermogen van de schuldenaar, maar in de regel benadelend voor zijn schuldeisers in een opvolgend faillissement.

Het hof komt ook tot een afwijzing van de vordering, maar op geheel andere gronden dan de rechtbank.

Het hof oordeelt dat in het geheel van rechtshandelingen wel degelijk een rechtshandeling van P&L Uitzendorganisatie besloten ligt. Deze vindt het hof in een overeengekomen schuldovername en daaraan verbonden creditering door P&L Uitzendorganisatie. Wat er ook van deze duiding moge zijn, geheel terecht wordt hier in het totaal een rechtshandeling van P&L Uitzendorganisatie geconstrueerd, mede rond de creditering.

Het hof komt echter tot het oordeel dat er toch geen sprake is van benadeling. Dit berust op twee overwegingen. Ten eerste dat indien OAS niet de schulden van P&L Uitzendorganisatie voldaan zou hebben, P&L Uitzendorganisatie haar verplichtingen tot het leveren van voldoende uitzendkrachten niet had kunnen voldoen, en dat OAS dan een vordering tot schadevergoeding had kunnen verrekenen met haar openstaande schulden. Verder is OAS uiteindelijk aangesproken door de Belastingdienst tot het afdragen van premies, waarmee OAS een tweede verrekenbare vordering heeft verkregen. Het hof oordeelt dus kort samengevat, dat de curator niets van de vordering van P&L Uitzendorganisatie op OAS zou hebben kunnen incasseren, omdat deze door verrekening geheel teniet zou zijn gegaan. Daarom is er volgens het hof ook geen sprake van benadeling.

De curator procedeerde ook nog op grond van de onrechtmatige daad omdat OAS ermee bekend moest zijn geweest dat P&L Uitzendorganisatie een lagere prijs in rekening bracht aan OAS voor het uit te zenden personeel, dan zij zelf daarvoor betaalde. Het hof wil van een aansprakelijkheid van een contractuele wederpartij, ook al zit deze in dezelfde groep als OAS en P&L Uitzendorganisatie, niet weten. Het hof overweegt dat, ook indien ervan wordt uitgegaan dat OAS ermee bekend is geweest dat P&L Uitzendorganisatie voor de uitzendkrachten aan OAS een lagere prijs in rekening bracht dan zij daarvoor zelf betaalde en dat OAS ermee bekend was dat P&L Uitzendorganisatie 'een speelbal van het concern' was, dit nog niet met zich meebrengt dat OAS onrechtmatig handelen jegens de crediteuren van P&L Uitzendorganisatie moet worden verweten. Het hof oordeelt dat indien P&L Uitzendorganisatie de speelbal is geweest van onbehoorlijk bestuur en daardoor voor haar nadelige overeenkomsten is aangegaan, de curator daarvoor de (feitelijke) bestuurders dient aan te spreken en dat de wederpartij uit een overeenkomst (hier OAS) daarvoor niet verantwoordelijk kan worden gehouden. Het onderhavige hof-arrest ligt daarmee in het verlengde van het HR *Comsys*-arrest (ECLI:NL:HR:2009:BH4033). In het *Comsys*-arrest was uiteindelijk wel de aandeelhouder/bestuurder aansprakelijk bij een inherent verlieslatende structuur, maar niet de direct profiterende zustervennootschap. In HR *Comsys* verkreeg de curator echter nog een vordering op degene die uiteindelijk van de verlieslatende structuur had geprofiteerd en zou hij zich zelfs kunnen verhalen op de aandelen van de profiterende zuster. Hier wordt de curator met lege handen naar huis gestuurd door het hof. In het licht van de verwijten van de curator dat een vennootschap in hetzelfde concern willens en wetens de

vruchten plukt van een inherent verlieslatende structuur, is de overweging ‘dat een wederpartij uit een overeenkomst niet verantwoordelijk kan worden gehouden’, wel erg absoluut.

Rolef de Weijs

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 02-02-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:282

Zaaknummer: 200.131.743_01

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

Advocaten: A.Th.L. van Zandvoort en R.J.C. Geelen

Wetsartikelen: 42 Fw en 54 Fw

RECHTSPRAAK

Faillissement Cycletours Plus

Nieuwe lening tegen nieuwe zekerheid in casu niet benadelend. Uitzondering op HR Van Dooren q.q./ABN Amro II-regel. Zekerheid i.c. gevestigd op batig saldo op een geblokkeerde rekening ten behoeve van SGR (Stichting Garantiefonds Reisgelden). Zonder lening zouden reizen niet kunnen doorgaan en zouden reizigers SGR hebben aangesproken, die zich weer verhaald zou hebben op saldo. 'Vrijspelen' van batig saldo niet benadelend omdat het anders ook niet voor schuldeisers beschikbaar was geweest.

Cycletours Plus is op 2 januari 2013 failliet verklaard. Op 23 oktober 2012 heeft Cycletours Holland nog een geldlening verschaft ten belope van € 75.000, waarvoor Cycletours Holland een pandrecht heeft gekregen op een batig saldo aangehouden bij de ING Bank. Dit batig saldo was geblokkeerd ten behoeve van een aan de SGR (Stichting Garantiefonds Reisgelden) verschaft bankgarantie.

De curator stelt dat het aangaan van de geldlening en de latere zekerheidsverschaffing onverplicht en benadelend zijn geweest. Overeenkomstig HR Van Dooren q.q./ABN Amro II is er in beginsel sprake van benadeling, zelfs als nieuw verschaft krediet wordt aangewend om oude schuldeisers te voldoen. In een dergelijk geval zijn immers bestaande concurrente schuldeisers vervangen door een bevoorrechte schuldeiser, zodat er voor de achterblijvende schuldeisers minder overblijft.

Rechtbank en hof komen echter tot de conclusie dat er in het voorliggende geval onvoldoende van benadeling is gebleken. Volgens rechtbank en hof zou het spaarsaldo zonder de verschaft lening tegen zekerheid evenmin beschikbaar zijn geweest voor de gezamenlijke schuldeisers. Met de lening van Cycletours Holland is namelijk mogelijk gemaakt dat reeds geboekte reizen alsnog zouden worden uitgevoerd. Zonder die lening, zouden de geboekte reizen niet uitgevoerd kunnen worden en zou de SGR aangesproken zijn, die zich op haar beurt weer verhaald zou hebben op het geld.

Mogelijk is dit toch niet het hele verhaal. In hoger beroep bij pleidooi heeft de curator nog aangevoerd dat de gewraakte gesecureerde lening strekte ter vervanging van oude vorderingen die in dezelfde periode zijn afgelost. Het hof gaat echter aan deze nieuwe stelling bij pleidooi voorbij op grond van artikel 347 Rv.

R.J. de Weijs

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-11-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:4510

Zaaknummer: 200.155.269/01

Rechters: M.P. van Achterberg, A.M.P. Geelhoed en E.J.H. Schrage

Advocaten: L.A. van Kooten-Hendriks en J. Stickelbroeck

Wetsartikelen: 42 Fw

RECHTSPRAAK

Rondcartonnagefabriek / Rabobank

Bank is niet aansprakelijk voor verkoop van goederen van een derde. Ten tijde van het in vuistpand nemen van de goederen was de bank namelijk te goeder trouw, zodat rechtsgeldig een pandrecht tot stand is gekomen op de goederen.

Dit arrest volgt op het tussenarrest van 11 augustus 2015 in dezelfde zaak. De bank meent rechtsgeldig een vuistpandrecht te hebben verkregen op een aantal onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken van een derde. De bank stelt te goeder trouw te zijn geweest ten tijde van het in vuistpand nemen van deze zaken, zodat op grond van artikel 3:238 lid 1 BW ondanks het eigendomsvoorbehoud een pandrecht is gevestigd.

Op 6 en 7 maart 2012 heeft Rondcartonnagefabriek B.V. een partij kartonnen kokers geleverd aan Just Labels B.V. Rondcartonnagefabriek leverde op grond van de toepasselijke algemene voorwaarden onder eigendomsvoorbehoud. Op 19 maart 2012 heeft Just Labels haar bedrijfspand (waar zich onder andere de nog niet betaalde partij kokers bevond) aan de bank verhuurd. Op grond van het eerder (bij voorbaat) gevestigde stil pandrecht verkreeg de bank daarmee een vuistpandrecht op de in het bedrijfspand aanwezige zaken. Op 11 april 2012 is Just Labels failliet verklaard. Rond die datum heeft de bank een aantal in vuistpand genomen zaken verkocht, waaronder (een gedeelte van) de partij kokers die door Rondcartonnagefabriek was geleverd. Rondcartonnagefabriek vordert schadevergoeding van de bank op grond van onrechtmatige daad. Volgens Rondcartonnagefabriek zijn deze kokers immers op grond van het eigendomsvoorbehoud haar eigendom gebleven zodat geen pandrecht tot stand is gekomen en de bank derhalve niet bevoegd was deze te verkopen. De bank meent echter dat zij, ondanks de onbevoegdheid van Just Labels, toch een rechtsgeldig vuistpandrecht heeft verkregen op deze kokers op grond van het bepaalde in artikel 3:238 lid 1 BW.

Het hof oordeelde aanvankelijk in het tussenarrest dat de bank onvoldoende feiten en omstandigheden had aangevoerd waaruit volgde dat zij te goeder trouw was ten tijde van het in vuistpand nemen van de zaken. De bank weet echter na het tussenvonnis aan de hand van

een inventarisatielijst aan te tonen dat de kokers van Rondcartonnagefabriek niet geïndividualiseerd waren en niet duidelijk afgescheiden waren van de overige kokers in het pand. Het hof oordeelt dat ten aanzien van dergelijke niet zichtbaar afgescheiden zaken niet van de bank kan worden geleverd dat zij bij de vuistpandneming onderzocht van welke leveranciers de diverse zaken afkomstig zijn en of zich daaronder zaken bevonden met een eigendomsvoorbehoud die onbetaald zijn gebleven. De bank heeft deze zaken daarom te goeder trouw mogen rekenen tot zaken die vallen onder haar pandrecht. Het feit dat voor Rondcartonnagefabriek de kokers wel herkenbaar waren op grond van een op de kokers aanwezige ISO-code, maakt het voorgaande volgens het hof niet anders. Een dergelijke code maakt de kokers namelijk voor de bank nog niet duidelijk individualiseerbaar.

M.S. Breeman, maart 2016

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

FNV/Smallsteps

In de rechtszaak tussen de FNV en Smallsteps inzake de Estro-pre-pack heeft de Rechtbank Midden-Nederland besloten prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen. De prejudiciële vragen betreffen in het bijzonder de vraag of de Richtlijn overgang van ondernemingen van toepassing is in het geval van een pre-pack. De uitkomst van deze procedure kan daarmee ingrijpende gevolgen hebben voor de praktijk van de pre-pack. Verder is mogelijkserwijs – als de wetgever besluit het oordeel van het Hof van Justitie af te wachten – aanzienlijke vertraging te verwachten ten aanzien van de implementatie van het wetsvoorstel WCO I.

De rechter heeft de volgende vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie voorgelegd:

1. Verdraagt de Nederlandse faillissementsprocedure, in geval van overdracht van de gefailleerde onderneming waar het faillissement is voorafgegaan door een door de rechter gecontroleerde pre-pack, die expliciet gericht is op het voortbestaan van (delen van) de onderneming, zich met doel en strekking van Richtlijn 2001/23/EG en is artikel 7:666 lid 1 aanhef en onder a BW in dat licht (nog) wel richtlijnconform?
2. Is richtlijn 2001/23/EG van toepassing in het geval een door de rechtbank aangestelde zogeheten 'beoogd curator' zich al voor aanvang van het faillissement op de hoogte stelt van de situatie van de schuldenaar en de mogelijkheden onderzoekt van een mogelijke doorstart van de activiteiten van de onderneming door een derde partij en zich tevens voorbereidt op handelingen die kort na het faillissement moeten geschieden teneinde die doorstart te realiseren door middel van een activatransactie waarbij de onderneming van de schuldenaar of een gedeelte daarvan per datum faillissement of kort daarna wordt overgedragen en die activiteiten geheel of gedeeltelijk (vrijwel) ononderbroken worden voortgezet?

3. Maakt het daarbij nog verschil of voortzetting van de onderneming het primaire doel is van de pre-pack, dan wel of de (beoogd) curator met de pre-pack en de verkoop van de activa in de vorm van een 'going concern' direct na het faillissement, primair beoogt te komen tot een maximalisatie van de opbrengst voor de gezamenlijk schuldeisers dan wel dat in het kader van pre-pack vóór het faillissement wilsovereenstemming voor de activaoverdracht (voorzetting van de onderneming) is bereikt en de uitvoering daarvan ná het faillissement wordt geformaliseerd en/of geëffectueerd? En hoe moet dit worden gezien indien zowel voortzetting van de onderneming, als opbrengstmaximalisatie wordt beoogd?

4. Wordt het tijdstip van overgang van onderneming voor de toepasselijkheid van Richtlijn 2001/23/EG en het daaruit voortvloeiende artikel 7:662 e.v. BW in het kader van een pre-pack voorafgaand aan het faillissement van de onderneming bepaald door de feitelijke wilsovereenstemming tot overdracht van de onderneming van vóór het faillissement of wordt dat tijdstip bepaald door het moment waarop de hoedanigheid van de ondernemer die de betrokken entiteit exploiteert van de vervreemder daadwerkelijk overgaat op de verkrijger?

J.M. Hummelen

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 24-02-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:954

Zaaknummer: 3821875 / MC EXPL 15-951

Rechters: R.M. Berendsen

Advocaten: A. Simsek en mr. B.F.H. Rumora-Scheltema

Wetsartikelen: 7:666 BW en 5 Richtlijn 2001/23/EG

RECHTSPRAAK

Crescendo

Rechter-commissaris schendt beginsel van hoor en wederhoor door afwijzend te beslissen op een verzoek van een pandhouder om de door de curator aan hem gestelde termijn als bedoel in artikel 58 Fw te verlengen, terwijl die beslissing mede was gebaseerd op gegevens uit een verweerschrift van de curatoren van een dag eerder, over welk verweerschrift de pandhouder zich niet heeft kunnen uitlaten.

Cerentino B.V. is failliet verklaard met aanstelling van mr. Ph.W. Schreurs en mr. J.W. Stadig als curatoren.

Crescendo stelt dat zij vorderingen heeft op Cerentino en dat tot zekerheid van die vorderingen pandrechten zijn gevestigd op vorderingen van Cerentino op derden. Curatoren hebben die pandrechten bij brief van 1 juli 2015 betwist. In dezelfde brief stellen curatoren Crescendo een termijn van 14 dagen om over te gaan tot uitoefening van hun rechten overeenkomstig artikel 57 Fw. Bij brief van 13 juli heeft Crescendo de rechter-commissaris (R-C) verzocht de termijn te verlengen met zes maanden. De curatoren hebben twee dagen later verweer gevoerd per brief met negen bijlagen. Op 16 juli heeft de R-C het verzoek van Crescendo afgewezen.

Crescendo klaagt dat de R-C het recht van hoor en wederhoor heeft geschonden doordat hij direct na ontvangst van het verweerschrift beslist heeft zonder Crescendo gelegenheid te geven te reageren, althans doordat de R-C zijn oordeel ten onrechte mede heeft gebaseerd op het verweerschrift met bijlagen. De Hoge Raad geeft Crescendo gelijk. De bevoegdheid van de curator van termijnstelling zoals bedoeld in artikel 58 lid 1 Fw, strekt tot een voortvarende afwikkeling van de boedel (vgl. HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2051, NJ 2014/151). De R-C dient met voortvarendheid te beslissen, maar is ook gehouden aan het beginsel van hoor en wederhoor van artikel 19 Rv. De R-C heeft zijn beslissing mede gebaseerd op hetgeen de curatoren in het verweerschrift en de bijlagen hebben aangevoerd, zonder dat Crescendo zich daarover heeft kunnen uitlaten. Daarmee is het beginsel van hoor en wederhoor door de R-C geschonden.

A.L. Jonkers, februari 2016

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 19-02-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:297

Zaaknummer: 15/04798

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

Advocaten: J. van Weerden

Wetsartikelen: 58 Fw

RECHTSPRAAK

Special Investments

Bestuurders handelen onrechtmatig door de enige bezittingen van een vennootschap over te dragen aan de aandeelhouder, terwijl een werknemer van de vennootschap met een onverhaalbare loonvordering achterbleef.

Special Investments had als directe bestuurder van Dakbedekkingen, en DRM, STAK en erflater X als haar indirecte bestuurders, ten tijde van de overdracht van de voorraden begin 2007 aan Special Investments, rekening moeten houden met de loonvordering van appellant op Dakbedekkingen. Desondanks hebben zij bewerkstelligd dan wel toegelaten dat begin 2007 bij wege van inbetalinggeving alle voorraden van Dakbedekkingen aan haar directe bestuurder (en enig aandeelhouder) Special Investments werden overgedragen, zonder daarbij een voorziening op de balans te treffen of anderszins geld te reserveren voor de voldoening van de loonvordering van appellant. Vast staat dat door de overdracht van de voorraden de enige 'harde' bezittingen aan Dakbedekkingen werden onttrokken. Het hof neemt hierbij nog in ogenschouw dat Special Investments c.s. niet hebben aangevoerd dat de vordering van appellant al voor de overdracht van de voorraden onverhaalbaar was. Onder die omstandigheden treft de bestuurders een ernstig verwijt ter zake van de door hen bewerkstelligde dan wel toegelaten handelwijze inzake de overdracht van de voorraden. De bestuurders zijn aansprakelijk jegens de appellant wegens onrechtmatig handelen, voor de schade van appellant die daaruit is voortgevloeid.

A.L. Jonkers, februari 2016

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 16-02-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:467

Zaaknummer: 200.141.712_01

Rechters: P.M. Arnoldus-Smit, D.A.E.M. Hulskes en J. van der Steenhoven

Advocaten: A.J. ter Wee en J.F.E. Kikken

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Mosterd q.q. / Buren N.V.

De eerste hypotheekhouder gaat over tot parate executie, via onderhandse verkoop, die afgewikkeld wordt. Na levering en betaling legt de koper van het vastgoed direct conservatoir derdenbeslag onder de notaris en de stichting derdengelden ten laste van de eerste hypotheekhouder, kort gezegd omdat het geleverde niet conform zou zijn. De tweede en derde hypotheekhouder wensen ondertussen uitbetaling van hun deel. De notaris weigert, en ook de eerste hypotheekhouder probeert die uitbetaling aan hen te dwarsbomen. De rechtbank gebiedt de notaris over te gaan tot opmaken van de akte als bedoeld in artikel 3:271 lid 2 BW en tot uitbetaling.

Partijen twisten over de verdeling tussen hypotheekhouders van de verkoopopbrengst van een pand. Brinkstaete, de failliete BV₁, de failliete BV₂ en de heer X hebben een hypotheekrecht op een pand van de inmiddels failliete BV₃. Brinkstaete gaat als eerste hypotheekhouder op een gegeven moment over tot parate executie. Verlof voor onderhandse verkoop aan BVF B.V. wordt verkregen. Tevens keurt de voorzieningenrechter de vorderingsopgave van Brinkstaete (als bedoeld in art. 3:270 lid 3 BW) goed. In juli 2015 wordt het pand door Brinkstaete aan BVF geleverd en heeft BVF de koopsom betaald. Nog diezelfde dag legt BVF ten laste van Brinkstaete derdenbeslag onder Buren (de handelend notaris) en de Stichting Derdengelden Buren, omdat ze niet voldoende geïnformeerd zou zijn over het pand en in verband daarmee een vordering op Brinkstaete pretendeert.

De curatoren van BV₁ en 2 (en de heer X en zijn curator) hebben daarop aangegeven dat zij alsnog instemmen met een eerder in juli door de notaris voorgestelde wijze van verdeling, en verzoeken uitbetaling van de meeropbrengst (boven de vordering van Brinkstaete) van de executieopbrengst. De notaris weigert, en ook Brinkstaete (die tussengekomen is) tracht betaling aan de failliete bv's te voorkomen.

De rechtbank overweegt dat, nu de notaris dit bedrag in ontvangst heeft genomen als

lasthebber van de executant en de andere eventuele rechthebbenden – waarvan niet in geschil is dat dit in elk geval de vier hypotheekhouders en de geëxecuteerde zijn – vast staat dat de verkoopopbrengst toebehoort aan Brinkstaete, de curator van BV1, de curator van BV2, en de heer X en zijn curator. Tussen hen als gezamenlijke rechthebbenden bestaat een gemeenschap als bedoeld in artikel 3:166 lid 1 BW. Hoewel de omvang van ieders aandeel nog niet vaststaat, geldt dan ook dat de verkoopopbrengst zich al in de vermogens van de rechthebbenden bevindt, zij het in de vorm van een vordering op de behandelend notaris. Niet in te zien valt dat de door BVF tegen Brinkstaete c.s. ingestelde vordering de verkoopopbrengst en voormelde vermogensrechtelijke verhoudingen rechtstreeks zou kunnen aantasten. Brinkstaete zal de nadelige gevolgen van een eventuele toewijzing van de vorderingen van BVF evenmin rechtstreeks op de gemeenschap kunnen afwentelen. Zij zal in dat geval zijn aangewezen op een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking jegens de overige rechthebbenden.

Ook hoeft Brinkstaete niet bij de verdeling van de verkoopopbrengst te worden betrokken. Weliswaar zijn de belanghebbenden hierbij alle belanghebbenden die in artikel 3:270 lid 5 BW genoemd worden (zie art. 3:271 lid 1 BW), maar Brinkstaete heeft al een goedgekeurde verklaring overgelegd die niet betwist wordt en waartegen geen voorziening openstaat, waardoor Brinkstaete recht op onmiddellijke uitkering heeft. Niet in te zien is waarom Brinkstaete nog bij de verdere verdeling betrokken zou moeten worden.

De rechtbank gebiedt de notaris over te gaan tot opmaken van de akte als bedoeld in artikel 3:271 lid 2 BW en om vervolgens uit te betalen aan de curatoren van BV1 en BV2.

A.L. Jonkers, februari 2016

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 12-02-2016

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2016:1397

Zaaknummer: C/09/500976 / KG ZA 15/1841

Rechters: G.P. van Ham

Advocaten: O. Heuverling, J.R. Gal en J.J. Linker

Wetsartikelen: 3:270 BW en 3:271 BW

RECHTSPRAAK

Rabobank / X

Groep van vennootschappen heeft facturen die op pandlijsten geplaatst zijn vervalst om kredietverhoging van Rabobank te krijgen. De DGA treft daarvan een ernstig verwijt en hij is aansprakelijk voor de door Rabobank geleden schade als gevolg van deze vervalsing. (Nog) niet voldoende bewezen is dat het betrokken administratiekantoor ook onrechtmatig heeft gehandeld jegens Rabobank.

Rabobank heeft krediet verleend aan een groep van bedrijven, waarvan de eerste gedaagde indirect directeur-groootaandeelhouder (DGA) is. Op een gegeven moment is het kredietplafond verhoogd. De groep is failliet verklaard. De rechtbank stelt vast dat drie vorderingen op de pandlijsten van de groep, van in totaal € 420.000, op grond van valse facturen zijn geplaatst, die geen ander doel dienden dan het flatteren van de situatie van de groep ten tijde van de aanvraag van het verhoogde krediet.

De DGA was van de hiervoor vermelde handelwijze op de hoogte. Hem treft daarvan een ernstig persoonlijk verwijt. Teneinde de schade te kunnen vaststellen, zal Rabobank zich bij akte uit dienen te laten over de hoogte van het krediet indien Rabobank over de juiste informatie zou hebben beschikt.

Rabobank heeft ook een administratiekantoor dat werkzaamheden voor de groep verricht, onrechtmatig handelen jegens haar verweten. De rechtbank draagt Rabobank op te bewijzen dat het administratiekantoor wist, althans redelijkerwijs behoorde te begrijpen, dat de facturen vals waren. Ook dient Rabobank zich uit te laten over de schade die in dat verband, en in verhouding tot de DGA, aan het administratiekantoor kan worden toegerekend.

De DGA stond ook borg jegens Rabobank, tot € 350.000. Hij probeert op een aantal manieren onder die borgtocht uit te komen. Zijn meeste pogingen daartoe lijken weinig kans van slagen te hebben. Wel zal Rabobank zich moeten uitlaten over de opbrengst van de uitwinning van de zekerheden, die volgens de DGA veel te laag zijn, waardoor zijn belangen als borg geschaad

zouden zijn.

A.L. Jonkers, februari 2016

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 10-02-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:469

Zaaknummer: C/16/370122 / HA ZA 14-432

Rechters: J.K.J. van den Boom, R.A. Steenbergen en A.S. Penders

Advocaten: S.A. van der Velden en N.E.N. Louwere

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

ABM

Een ontbonden rechtspersoon kan ook herleven in een procedure van faillietverklaring als summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn en als ook aan de overige vereisten voor faillietverklaring is voldaan. Het standpunt van de schuldenaar dat alleen heropening van de vereffening als bedoeld in artikel 2:23c BW open staat, gaat volgens het hof niet op. Het hof stelt vast dat voldoende aannemelijk geworden is dat mogelijk sprake is van paulianeuze rechtshandelingen.

ABM is failliet verklaard op verzoek van een schuldeiser en komt daartegen in hoger beroep. Het verweer van ABM dat de schuldeiser heropening van de vereffening als bedoeld in artikel 2:23c BW in plaats van de faillietverklaring van ABM had moeten verzoeken, gaat volgens het hof niet op. Volgens vaste jurisprudentie (zie onder meer HR 27 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1631 en HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7477 en de conclusie van A-G Timmerman bij laatstgenoemd arrest) kan een ontbonden rechtspersoon ook herleven in een procedure tot faillietverklaring als summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn en als ook aan de overige vereisten voor faillietverklaring is voldaan.

In hoger beroep is summierlijk gebleken van feiten en omstandigheden die het voldoende aannemelijk maken dat er mogelijke baten zijn, waarbij het begrip 'bate' ruim dient te worden uitgelegd (vergelijk onder andere HR 31 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2480 en Hof Den Haag 2 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1846). De schuldeiser heeft gemotiveerd gesteld dat alle aandelen die ABM hield in haar werkmaatschappij Super Nova Sportsmarketing B.V. zijn overgedragen aan Manhattan, zonder dat duidelijk is geworden tegen welke prijs en onder welke voorwaarden dit is geschied. Ook is gemotiveerd gesteld dat de overdracht van IE-rechten aan Manhattan, tegen overname door Manhattan voor een bedrag van 2,4 miljoen euro aan schulden van ABM, geen recht doet aan de werkelijke waarde van deze IE-rechten. Aldus is voldoende aannemelijk geworden dat mogelijk sprake is van paulianeuze

rechtshandelingen. Ook aan de overige vereisten voor faillietverklaring is voldaan. Het vonnis waarbij faillietverklaring werd uitgesproken, wordt bekrachtigd.

A.L. Jonkers, februari 2016

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 01-02-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:593

Zaaknummer: 200.182.431

Rechters: mr. drs. F.J.P. Lock, H.L. Wattel en A.S. Gratama

Advocaten: F.A.M. Knuppe en M.B. Bollen

RECHTSPRAAK

ABN Amro/X

Het Hof Amsterdam hanteert in deze zaak, anders dan de rechtbank, een ruime uitleg van het begrip 'toestemming van de echtgenoot', als vereist op grond van artikel 1:88 lid 1 sub c voor overeenkomsten waarbij een echtgenoot zich (kort gezegd) voor de schuld van een ander verbindt. De benadering van het hof overtuigt niet.

De casus

De man was bestuurder en (indirect) enig aandeelhouder van Energy Research, dat energiebesparende verlichting importeerde. Damco was leverancier van Energy Research. De FIOD heeft een inval gedaan wegens een verdenking van het omzeilen van anti-dumpheffingen. Damco is door de douane verzocht anti-dumpheffingen af te dragen. Damco heeft in verband daarmee conservatoir beslag op de woning van de man en zijn echtgenote gelegd en een procedure aangespannen tegen zowel Energy Research als tegen de man. Damco pretendeerde zowel vorderingen op Energy Research als op de man in privé. Vervolgens is in een vaststellingsovereenkomst afgesproken dat Damco het beslag zal opheffen, dat Damco afstand doet van iedere vordering op de man in privé en dat Energy Research een bankgarantie zal doen stellen ten gunste van Damco voor een bedrag van € 150.000, welke bankgarantie door Damco getrokken kan worden indien (kort gezegd) in de bodemprocedure onherroepelijk is beslist dat Energy Research inderdaad aansprakelijk is jegens Damco.

Vervolgens geeft niet Energy Research, maar de man de opdracht aan ABN Amro om de bankgarantie te stellen. De constructie wordt als volgt opgezet. Op 9 juni 2005 gaat de man een kredietovereenkomst voor zogenoemd obligokrediet met ABN Amro aan. In de overeenkomst is vermeld: 'Het obligokrediet dient ter garantiestelling ten goede van Damco.' ABN Amro verkrijgt ter zekerheid een recht van tweede hypotheek op het woonhuis van de echtgenoten. Op 14 juni 2005 heeft ABN Amro zich ten behoeve van Damco borg gesteld tot meerdere zekerheid van de nakoming door Energy Research van – kort gezegd – de vaststellingsovereenkomst tot een bedrag van maximaal € 150.000 (hierna: de bankgarantie).

Probleem voor ABN Amro is uiteraard dat, indien ze onder de borgtocht aan Damco zou betalen, ze slechts regres heeft op Energy Research, niet op de man. Daarom wordt op 17 juni 2005 door de man een zogenoemde akte van vrijwaring ten gunste van ABN Amro getekend. In deze vrijwaring is bepaald dat de man de bank vrijwaart (en jegens de bank aansprakelijk is) voor al hetgeen de bank uit hoofde van of vanwege het doen stellen van de bankgarantie zal moeten betalen aan Damco.

Kortom, de man verbindt zich in de 'vrijwaringsakte' voor de schuld van een ander, namelijk Energy Research. Die 'vrijwaringsakte' lijkt mij, op basis van de beschikbare feiten, te kwalificeren als een borgtocht. De man heeft zich immers bij de bank aangediend als iemand die de betreffende schuld niet aangaat. Uit het vonnis van de rechtbank blijkt dat partijen het er inderdaad over eens zijn dat sprake is van borgtocht. Dit is geen achterborgtocht, maar een gewone, onvoorwaardelijke overeenkomst van borgtocht voor een *toekomstige* (zie HR ASR/Achmea, RvdW 2012/534) *verbintenis*: de eventuele regresvordering van ABN Amro op Energy Research (zie ook Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/67).

Energy Research is in 2006 failliet verklaard, in 2009 veroordeeld tot betaling aan Damco. Damco heeft de bank aangesproken onder de borgtocht. De bank heeft op haar beurt de rekening van de man gedebiteerd. De echtgenote van de man heeft de 'vrijwaringsakte', die zoals gezegd een borgtocht inhoudt *niet* mede ondertekend, terwijl artikel 1:88 lid 1 sub c dat wel eist. Wel heeft de vrouw de kredietovereenkomst van 9 juni ondertekend. De vrouw heeft de vrijwaringsakte met een beroep op artikel 1:89 BW vernietigd. ABN Amro meent echter dat toestemming van de echtgenote niet nodig was, en subsidiair dat ondertekening van de kredietovereenkomst gelezen moet worden als toestemming met de vrijwaringsakte.

De rechtsvragen

De belangrijkste vragen zijn (1) of toestemming van de echtgenote inderdaad vereist was voor de vrijwaringsakte en (2) of haar toestemming gelezen kan worden in de ondertekening van de kredietovereenkomst van 9 juni. De rechtbank had geoordeeld dat toestemming inderdaad vereist was, en niet gelezen kan worden in de ondertekening van de kredietovereenkomst. Het hof gaat veronderstellenderwijs van het eerste uit, en oordeelt dat toestemming wel gelezen kan worden in ondertekening van de kredietovereenkomst.

De overwegingen van het hof overtuigen niet. Het hof stelt ten eerste dat de vrouw ' (...) gelet op de in de kredietovereenkomst opgenomen omschrijving van het doel van het krediet – [...] in redelijkheid moet hebben begrepen dat het krediet werd verleend opdat dit zou kunnen worden benut ter voldoening van een betalingsverplichting die op de man zou komen te rusten indien ABN Amro een bankgarantie ten gunste van Damco zou verstrekken en Damco

tot het trekken onder die bankgarantie zou overgaan.' Die vaststelling, die de rechtbank niet heeft willen doen, is op zijn minst twijfelachtig. De vrouw had zelf verklaard dat zij begrepen had dat haar man 'een extra doorlopend krediet [wilde] afsluiten om (als dat nodig zou zijn) de proceskosten van de zaak tegen de FIOD en de zaak tegen Damco te betalen en zo het beslag opgeheven te krijgen'. Uit het feit dat in de kredietovereenkomst vermeld stond dat het krediet dient voor een garantstelling richting Damco, had de vrouw voor zover uit de feiten blijkt, en gezien de nogal onduidelijke gang van zaken, niet veel op kunnen maken. Wie begrijpt er immers, zonder bijzondere juridische kennis en zonder uitleg van de bank (die volgens de vaststelling van de rechtbank niet gegeven was), de functie van een 'obligokrediet' dat onder de bank zelf blijft, ter afdekking van een eventuele toekomstige vordering van de bank op de man?

In ieder geval had de vrouw hieruit niet op kunnen maken dat het krediet zou dienen ter verzekering van een garantstelling van de man voor schulden *van een ander* (Energy Research). Zover wil ook het hof niet gaan, het hof stelt immers slechts vast dat de vrouw begrepen had moeten hebben dat het krediet diende voor de borgtocht van de bank richting Damco. Het hof overweegt zelfs dat het niet ter zake doet of uit de kredietovereenkomst valt op te maken dat de bankgarantie diende voor de schulden van de man zelf, of voor de schulden van een ander (Energy Research). Volgens het hof is slechts van belang dat haar duidelijk was dat de garantie van de bank richting Damco tot een betalingsverplichting van haar man in privé zou kunnen leiden. Dat lijkt mij veel te kort door de bocht. De wetgever heeft immers de echtgenoot specifiek willen beschermen tegen de, door de wetgever categorisch als gevaarlijk aangemerkte, rechtshandelingen van zich sterk maken voor de schuld *van een ander* (HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 152 (*Zijlstra/Rabobank*); Asser/De Boer 1* 2010/238). Weliswaar heeft de bank volgens de rechtspraak van de Hoge Raad geen plicht om de echtgenote te informeren over de risico's die aan de borgtocht verbonden kunnen zijn (HR 12 april 2013, *NJ* 2013, 390 (*Pessers/Rabobank*)), op zijn minst moet de echtgenote wel begrijpen dat ze toestemming geeft voor het feit dat haar man zich garant stelt voor de schuld van een ander. Als ze dacht dat hij slechts krediet voor zichzelf aanging, al dan niet via het doen stellen van een bankgarantie voor zijn eigen verplichtingen, kan die toestemming niet uit de kredietovereenkomst afgelezen worden.

Zeker gezien het feit dat Damco beslag had gelegd op het privéwoonhuis en Damco ook vorderingen op de man in privé pretendeerde, kan de vrouw, zelfs als ze begrepen moet hebben dat het krediet diende ter afdekking van de bankgarantie, heel wel gedacht hebben dat de bankgarantie diende ter zekerheid voor Damco voor de vorderingen van Damco op de man in privé. Het is immers alleszins gebruikelijk om een dergelijke bankgarantie te doen stellen voor privéschulden indien een schuldeiser beslag legt, zoals hier het woonhuis. Overigens

pleit ook tegen het al te ruim opvatten van de toestemming die de vrouw voor de kredietovereenkomst heeft gegeven, dat zij die overeenkomst mede heeft ondertekend op verzoek van de man, niet op verzoek van de bank, althans zo had de rechtbank vastgesteld.

Kortom: niet alleen is de vaststelling van het hof dat de vrouw begrepen had dat het obligokrediet diende voor de garantstelling van de bank jegens Damco nogal welwillend, ook is het niet voldoende om toestemming van de vrouw met de vrijwaringsakte aan te nemen. Nergens blijkt immers uit dat ze wist dat de man zich via de bankgarantie en de vrijwaringsakte in privé aansprakelijk stelde voor de schulden *van een ander* (Energy Research). De vaststelling van het hof dat voor de echtgenote voldoende duidelijk moet zijn geweest dat er als gevolg van een garantstelling ten behoeve van Damco (mogelijk) een privéaansprakelijkheid van de man jegens ABN Amro zou ontstaan, is dus simpelweg onvoldoende, omdat daarmee niet gezegd is dat zij wist dat de man zich (ruim een week later) sterk ging maken voor de schuld van een ander, terwijl de wetgever haar juist daartegen heeft willen beschermen.

Dan rest de vraag of toestemming wel vereist was. Het hof gaat niet op die vraag in, gezien de vaststelling dat sprake was van toestemming. Zoals reeds bij de bespreking van de casus vermeld, was sprake van een borgtocht van de man. De vraag die dan rest, is of de uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW op het toestemmingsvereiste hier van toepassing is. Is de borgtocht aangegaan ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van Energy Research? De rechtbank had, naar mijn idee overtuigend, beargumenteerd dat hier niet gesproken kan worden van een normale bedrijfsuitoefening, met name omdat een vaststellingsovereenkomst en bankgarantie ter opheffing van een beslag in verband met mogelijk te betalen anti-dumpheffingen bezwaarlijk tot de 'normale bedrijfsuitoefening' kunnen worden gerekend.

A.L. Jonkers, februari 2016

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:5251

Zaaknummer: 200.161.241/01

Rechters: E.E. van Tuyll Serooskerken-Roëll, J.W. Hoekzema en J.W.A. Biemans

Advocaten: A.J. Haasjes en M. Uijen

Wetsartikelen: 1:88 lid 1 sub c BW

RECHTSPRAAK

Jedi Lease B.V./X

Bestuurdersaansprakelijkheid. De bestuurder wist, althans hij behoorde redelijkerwijze te begrijpen, dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen onder de leaseovereenkomst en geen verhaal zou bieden. Hieraan doet niet af dat de leasetermijnen feitelijk zijn voldaan gedurende een periode van 34 maanden.

Een autoleasebedrijf heeft op 10 oktober 2005 met een vastgoedonderneming een leaseovereenkomst gesloten ter zake van de lease van een auto voor een periode van 60 maanden. De bedrijfsactiviteiten van de vastgoedonderneming zijn per 1 december 2008 beëindigd. De auto is vervolgens op 29 januari 2009 bij het autoleasebedrijf ingeleverd. De leasetermijnen over de maanden december 2008 en januari 2009 zijn niet voldaan. Nadat het autoleasebedrijf de kosten van de voortijdige beëindiging heeft opgesteld en doorberekend aan de vastgoedonderneming, blijft die factuur onvoldaan. De (indirect) bestuurder (die tevens de feitelijk gebruiker was van de auto) van de vastgoedonderneming heeft de advocaat van het autoleasebedrijf vervolgens per e-mail bericht dat – zakelijk weergegeven – de vastgoedonderneming al jaren geen activiteiten of inkomsten meer had, en dat overleg was gevoerd met het autoleasebedrijf over het treffen van een regeling ter beëindiging van het leasecontract omdat de vastgoedonderneming onvermogen was en in feite failliet. Het autoleasebedrijf heeft vervolgens de (indirect) bestuurder van de vastgoedonderneming aangesproken.

De rechtbank heeft de vorderingen van het autoleasebedrijf afgewezen en het veroordeeld in de proceskosten. De rechtbank overwoog dat er bij benadeling van een schuldeiser van een vennootschap grond kan zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (1) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (2) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen is in het algemeen vereist dat de bestuurder een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Als maatstaf geldt in de onder (1) bedoelde gevallen of de bestuurder bij het namens de vennootschap aangaan van de verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou

bieden, en in de onder (2) bedoelde gevallen of het handelen of nalaten als bestuurder van de betrokken vennootschap ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

De rechtbank oordeelt dat het autoleasebedrijf niet heeft gesteld dat de (indirect) bestuurder bij het sluiten van de overeenkomst op 10 oktober 2005 wist of behoorde te weten dat de vastgoedonderneming niet zou kunnen voldoen aan haar verplichtingen uit de leaseovereenkomst. De rechtbank begrijpt de stellingen van de vastgoedonderneming aldus dat zij enkel een beroep doet op het tweede criterium. De rechtbank oordeelt dat niet is voldaan aan dat (strengere) criterium.

In zijn eerste grief heeft het autoleasebedrijf zich gericht tegen de overweging van de rechtbank dat het met zijn stellingen enkel een beroep zou doen op het onder (12) genoemde criterium. Zakelijk weergegeven betoogt het autoleasebedrijf dat het zowel heeft bedoeld zich te baseren op het onder (1) als onder (2) genoemde criterium.

Het hof oordeelt hierover dat niet in geschil is dat de (indirect) bestuurder bij het aangaan van de leaseovereenkomst op 10 oktober 2005 feitelijk bestuurder was van de vastgoedonderneming. Daarnaast heeft de (indirect) bestuurder de stellingen van het autoleasebedrijf ten aanzien van de jaarrekeningen 2004 tot en met 2006 van de vastgoedonderneming, waaruit volgt dat het bedrijf er ten tijde van het sluiten van de leaseovereenkomst financieel slecht voorstond, niet bestreden, zodat het hof deze als vaststaand heeft aanvaard. Dat de financiële positie van de vastgoedonderneming in de periode nadien is verbeterd, is door de (indirect) bestuurder niet betoogd. Hij heeft zich op dit punt beperkt tot het noemen van de mogelijkheid dat de financiële positie van de vastgoedonderneming na 10 oktober 2005 zou verbeteren, zonder hierbij de stelling in te nemen dat een dergelijke verbetering daadwerkelijk is ingetreden of zelfs maar dat er concreet zicht op zo'n verbetering bestond.

Het hof is met het autoleasebedrijf van oordeel dat onder die omstandigheden zich een situatie voordoet als bedoeld in het onder (1) genoemde criterium. Hieraan doet niet af dat de leasetermijnen feitelijk zijn voldaan gedurende een periode van 34 maanden. Het feit dat de andere vennootschappen gedurende enige tijd de leasetermijnen hebben voldaan zou alleen dan in de weg kunnen staan aan de aansprakelijkheid van de (indirect) bestuurder, indien toen een voldoende waarborg bestond dat die andere vennootschappen dat gedurende de geplande looptijd van de overeenkomst ook zouden (kunnen) blijven doen. Dat die waarborg bestond is echter niet gesteld en ook niet gebleken. Uiteindelijk verwijst het hof de zaak naar de rol voor het nemen van een akte door het autoleasebedrijf waarin het zich kan uitlaten over de omvang van de schade (zie tevens het nadien op 19 februari 2016 gewezen arrest:

ECLI:NL:GHAMS:2015:4629).

B. Hoyng, februari 2016

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 09-04-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:1146

Zaaknummer: 200.080.965-01

Rechters: J.C.W. Rang, D.J. Oranje en H.O. Kerkmeester

Advocaten: J.C. Meijroos en R.A. Feitsma

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Boers q.q.

De Hoge Raad oordeelt dat er geen grond is het door artikel 5 lid 1 EVRM gewaarborgde verdedigingsbelang niet ook te betrekken in de afweging die moet worden gemaakt bij de beoordeling van het verzoek tot afschrift van, of inzage in het proces-verbaal van een getuigenverhoor (art. 66 Fw).

Verzoeker is op 11 juli 2013 failliet verklaard. De rechtbank heeft sindsdien enkele malen het bevel gegeven tot verlening van inbewaringstelling van gefailleerde. De rechter-commissaris in het faillissement heeft op de voet van artikel 66 Fw een getuige gehoord. Gefailleerde heeft de rechter-commissaris verzocht om toezending van het proces-verbaal van het verhoor in verband met zijn verdediging tegen verlenging. Dit verzoek is afgewezen. De rechter-commissaris heeft daartoe overwogen dat het hier gaat om een vertrouwelijk stuk en dat er geen recht op inzage voor verzoeker bestaat.

Bij gezamenlijke behandeling in hoger beroep heeft de rechtbank de inbewaringstelling van verzoeker opnieuw verlengd en de beslissing van de rechter-commissaris met betrekking tot het proces-verbaal van het getuigenverhoor bekrachtigd. Ten aanzien van de voortzetting van bewaring heeft de rechtbank onder meer overwogen dat de verklaring van getuige bevestigt dat er nog informatie is waarover de curator niet kan beschikken. Voorts heeft zij het processuele belang van verzoeker bij inzage onvoldoende zwaarwegend geoordeeld.

De hiertegen opgeworpen klacht slaagt. Nu het verzoek tot voortzetting van de bewaring mede op de verklaring van de getuige is gebaseerd en verzoeker afschrift daarvan heeft verzocht met het oog op zijn verweer tegen dat verzoek, komt bij de afweging van belangen een groot gewicht toe aan het belang van verzoeker bij afgifte van het proces-verbaal. De Hoge Raad oordeelt dat er geen grond is het door artikel 5 lid 1 EVRM gewaarborgde verdedigingsbelang niet ook te betrekken in de afweging die moet worden gemaakt bij de beoordeling van het verzoek tot afschrift van of inzage in het proces-verbaal.

Inzage kan uitzondering lijden. Ten eerste kan inzage worden geweigerd voor zover de

gefaillieerde zich ook zonder kennisneming van het proces-verbaal van het getuigenverhoor naar behoren heeft kunnen verweren. Ten tweede kan de rechter oordelen dat de bewaring voorlopig zal voortduren zonder dat aan de gefaillieerde afschrift van, of inzage in het proces-verbaal van het verhoor wordt verschaft. Ten slotte kan de rechter gelasten dat hem een afschrift wordt overhandigd en oordelen dat dit afschrift ook aan de failliet moet worden verschaft, zo nodig onder het stellen van voorwaarden aan, of het weigeren van een gevraagde voorziening.

Marco Verdonk

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 19-02-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:286

Zaaknummer: 15/04029

Rechters: F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, G. Snijders, G. de Groot en T.H. den Tanja-van Broek

Advocaten: F.I. van Dorsser

Wetsartikelen: 66 Fw, 87 lid 3 Fw en 5 lid 1 EVRM

RECHTSPRAAK

NL Octrooicentrum

Een Duitse curator meent naar Duits recht bevoegd te zijn de niet-betaling van jaartaks voor een octrooi aan te kunnen tasten en zo het octrooi te kunnen laten herleven. De Raad van State oordeelt dat, daargelaten of de Duitse curator dat naar Duits recht inderdaad kan, een Duitse curator zich aan Nederlands recht heeft te houden bij het herstel van een octrooi dat ingeschreven is bij het NL Octrooicentrum. De werking van de Insolventieverordening brengt niet mee dat de Duitse curator Nederlands recht op dit punt kan negeren. Naar Nederlands recht kan de curator het octrooi niet laten herleven.

Een door PAZ gehouden octrooi is op 1 augustus 2011 van rechtswege vervallen wegens het niet vóór de vervaldatum op 17 januari 2011 van de twaalfde jaartaks, noch binnen de zogeheten boetetermijn, die eindigde op 31 juli 2011, betalen van die jaartaks voor de instandhouding van het octrooi. De curator die in het Duitse faillissement van PAZ benoemd is, tracht de niet-betaling van de jaartaks aan te tasten op grond van zijn bevoegdheden onder de Insolvenzordnung, en hoopt, gecombineerd met gelijktijdige betaling van de taks, het octrooi weer te laten herleven. Het NL Octrooicentrum meent echter dat de Duitse curator de niet-betaling niet ongedaan kan maken.

Bij de Raad van State twisten partijen over de betekenis van de Insolventieverordening (nr. 1346/2000) in dit verband. Volgens de Duitse curator wordt het nuttig effect aan de Verordening ontnomen als hij niet de bevoegdheden die hij naar Duits recht heeft, tevens in Nederland kan uitoefenen.

De Raad van State overweegt ten aanzien hiervan als volgt. Uit de artikelen 3 lid 1, 4 lid 1, en 18 lid 1 van de Verordening volgt dat de Duitse curator in Nederland alle bevoegdheden kan uitoefenen die hem door het Duitse recht zijn verleend. Uit artikel 18 lid 3 van de Verordening volgt echter dat de uitoefening van die bevoegdheden wordt begrensd door het Nederlandse recht. Artikel 18 lid 1 en 3 van de Verordening, die op bevoegdheden van de curator ten aanzien

van de boedel van een insolvente onderneming zien, zijn een uitwerking van de bedoeling van de Verordening, zoals deze mede uit de preambule blijkt, om gecoördineerde afwikkeling van de insolventie van grensoverschrijdend opererende ondernemingen met eerbiediging van het nationale recht van de lidstaten mogelijk te maken. Daarin leest de Raad van State dat het Nederlandse recht moet worden geëerbiedigd. Omdat de bevoegdheid tot herstel van een octrooi in de Nederlandse wet uitputtend is geregeld, en die bevoegdheid alleen aan het NL Octrooiencentrum is toegekend, faalt het betoog van de curator dan ook.

A.L. Jonkers, februari 2016

Instantie: Raad van State

Datum uitspraak: 17-02-2016

ECLI: ECLI:NL:RVS:2016:411

Zaaknummer: 201503073/1/A3

Rechters: J.J. van Eck, M. Vlasblom en E. Steendijk

RECHTSPRAAK

Fortis/van Dooren q.q.

Peeters-Gatzenvordering van curator jegens Fortis Bank wegens het verlenen van medewerking aan de opname van grote bedragen in contanten, die door de failliet weggesluisd waren van de derdengeldenrekening van zijn deurwaarderskantoor. Het hof oordeelt dat de curator hier namens de gezamenlijke schuldeisers optreedt. Voorts had het hof in incident geoordeeld bevoegd te zijn over deze vraag te oordelen, maar het hof overweegt nu dat de zaak Nickel & Goeldner Spedition (C-157/13) van het HvJ EU wel eens het tegendeel mee zou kunnen brengen en staat daarom cassatieberoep toe. Met betrekking tot de vraag of, naar Belgisch recht, ook daadwerkelijk onrechtmatig is gehandeld door Fortis, wordt een deskundige aangesteld.

Een natuurlijke persoon werkte vanaf 2002 als gerechtsdeurwaarder. In 2006 heeft hij zijn onderneming in een bv ondergebracht. Ook zijn zogenoemde zichtrekening bij Fortis in België heeft hij in de bv ingebracht. Die rekening werd gebruikt voor incasso's op Belgische debiteuren. Tevens heeft hij een nieuwe derdengeldenrekening bij Rabobank in Nederland geopend. In 2008 is de bv veroordeeld in kort geding om Essent, waarvoor incassowerkzaamheden werden verricht, inzage in de derdenrekeningen te geven en om bij gebreke daaraan zo'n € 1,4 miljoen te betalen. Aan dat vonnis is niet voldaan. Kort daarna doet de deurwaarder een opname in contanten van € 150.000 bij Rabobank. Tevens maakt hij € 550.000 van de Rabobank over naar de Fortisrekening en neemt hij dit bedrag in een paar keer geheel in contanten op via vestigingen van Fortis. In juni 2009 en maart 2010 wordt respectievelijk de bv en de natuurlijke persoon failliet verklaard in Nederland. De faillissementen worden geconsolideerd afgewikkeld.

De curator vordert € 550.000 van Fortis, wegens benadeling van de gezamenlijke crediteuren door aan de contante opnames mee te werken (art. 6:162 BW). De rechtbank heeft Fortis tot

betaling aan de curator veroordeeld. Fortis heeft appèl aangetekend. Ten eerste heeft Fortis aangevoerd dat de Nederlandse rechter niet bevoegd is te oordelen over de vordering. Volgens Fortis volgt uit HvJ EU *Nickel & Goeldner Spedition/Kintra* (C-157/13) dat de onderhavige vordering niet nauw met de insolventieprocedure samenhangt, en bevoegdheid van de Nederlandse rechter daarom niet op de Insolventieverordening kan worden gebaseerd, terwijl het hof dat wel heeft gedaan in beslissing op een incidentele vordering van Fortis. Het hof ziet in dat Fortis wel eens gelijk zou kunnen hebben, maar geeft aan dat, nu al een beslissing is genomen in het incident, dit niet opnieuw kan gebeuren. Het hof stelt daarom cassatie open.

Fortis heeft ook aangevoerd dat, al heeft zij onrechtmatig gehandeld, de curator geen vordering tegen haar mag instellen. Het hof overweegt, evenals de rechtbank, dat sprake is van een zogenoemde *Peeters-Gatzenvordering*. Het hof stelt voorop dat de vraag of deze vordering door de curator kan worden ingesteld, moet worden beantwoord naar Nederlands recht, als het recht dat toepasselijk is op de insolventieprocedure. De curator mag, op grond van de rechtspraak van de vaste rechtspraak van de Hoge Raad (HR *Peeters-Gatzen*), de vordering uit onrechtmatige daad van Fortis tegenover de crediteuren van de deurwaarder alleen instellen als sprake is van benadeling van de gezamenlijke crediteuren. De curator mag niet opkomen voor een deel van de crediteuren. Of hier sprake is van benadeling van de gezamenlijke crediteuren, is een lastige vraag. De deurwaarder heeft gelden van een derdengeldenrekening overgemaakt naar een andere rekening, en vervolgens opgenomen. Het hof is, met Fortis, van mening dat de eerste overboeking alleen onrechtmatig was jegens de rechthebbenden op de bedragen op de derdengeldenrekening. Ten aanzien van dit handelen kan dan ook geen *Peeters-Gatzenvordering* door de curator worden ingesteld. Dat heeft de curator ook niet gedaan. Vervolgens is het bedrag opgenomen van de Belgische rekening. Op dat moment was geen sprake meer van derdengelden, maar van een bedrag dat aan de bv toekwam, ook al was de oorsprong een onrechtmatige onttrekking van een derdengeldenrekening. Het contant opnemen van dit bedrag (en de medewerking daaraan door Fortis), was wel onrechtmatig jegens de gezamenlijke crediteuren, die immers allen benadeeld zijn door het ontnemen van dit actief aan de bv. Dat de bv vlak daarvoor met hetzelfde bedrag verrijkt was, maakt volgens het hof niet dat de gezamenlijke crediteuren niet benadeeld zijn. Zij vinden nu immers de schuldeisers die rechthebbend waren op bedragen op de derdengeldenrekening naast zich, terwijl er actief onttrokken is.

De benadering van het hof is begrijpelijk, maar wellicht wat te formalistisch. Inderdaad is er vlak voor faillissement een bedrag aan de boedel van de bv onttrokken en zijn alle schuldeisers daardoor benadeeld. De bijschrijving van dit bedrag op de rekening van de bv was echter slechts een tussenstap in een samenstel van handelingen waarin een natuurlijke persoon onrechtmatig een bedrag aan de rechthebbenden van gelden op een

derdengeldenrekening onttrok. Dat samenstel van rechtshandelingen was in de eerste plaats benadelend voor die rechthebbenden, niet voor andere schuldeisers van de bv. Dat andere schuldeisers nu die rechthebbenden naast zich vinden in het faillissement, maakt wellicht wel dat zij benadeeld zijn, maar die benadeling is slechts een afgeleide benadeling van de benadeling van de rechthebbenden op de derdengelden. Er bestaat in de literatuur geen eenstemmingheid over de vraag of de curator in zo'n geval een *Peeters-Gatzenvordering* in kan stellen (zie bijvoorbeeld Van Eeghen, *TvI* 2012, 1, p. 10 e.v.)

Fortis heeft ook grieven gericht tegen het inhoudelijke oordeel dat zij, naar Belgisch recht, onrechtmatig heeft gehandeld. Het hof acht het van belang over het Belgische recht op dit punt te worden voorgelicht door een onafhankelijke persoon (een Belgische deskundige die niet eerder bij de zaak betrokken is geweest) of een onafhankelijke instantie (zoals bijvoorbeeld het Internationaal Juridisch Instituut). Partijen mogen zich bij memorie uitlaten over de gewenste deskundige.

A.L. Jonkers, februari 2016

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 16-02-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:481

Zaaknummer: 200.157.894_01

Rechters: J.Th. Begheyn, H.A.G. Fikkers en M.W.M. Souren

Advocaten: mr. B.F.H. Rumora-Scheltema en Y.H.M. Einig

RECHTSPRAAK

Gebruiksgerechtigde woonstudio/X

Onvoldoende gesteld om aan te kunnen nemen dat sprake is geweest van feitelijk bestuur van een vennootschap onder firma door de bestuurder van rechtspersoon die als vennoot staat ingeschreven. Maatstaf aansprakelijkheid indirect bestuurder. Daarvan kan slechts sprake zijn als die persoon bij het laten aangaan van de verbintenis door de v.o.f., dan wel bij het bewerkstelligen of toelaten van de niet-nakoming daarvan, weet of behoort te weten dat niet alleen de v.o.f. maar ook haar vennoten de verplichtingen niet kunnen nakomen en geen verhaal zullen bieden.

Appellant heeft tegen betaling van € 134.500 van de v.o.f. KNN een lidmaatschap van Woonvereniging verworven. Het verkregen lidmaatschap gaf appellant een persoonlijk en exclusief gebruiksrecht op een bij Woonvereniging in eigendom zijnde woonstudio. Onderdeel van de overeenkomst met KNN was dat appellant een maandelijkse tegemoetkoming in de woonlasten van € 339 van KNN zou ontvangen. Het ging hier om een combinatie van een voorwaardelijke lening en een fiscale constructie. Ook is er een zgn. 'Garantplan' afgesproken. Dat kwam erop neer dat KNN een zekere verkoopprijs voor de studio garandeerde bij een verkoop na drie jaar met verval van de lening. Voor het afsluiten van het Garantplan is een bedrag van € 1.495 betaald.

Van meet af aan zijn er problemen geweest met de betaling van de tegemoetkoming. Ook heeft appellant zich tevergeefs beroepen op het Garantplan. Hij heeft om die reden geïntimeerde gedagvaard en op grond van bestuurdersaansprakelijkheid vergoeding van schade gevorderd. Ten aanzien van geïntimeerde heeft appellant gesteld dat hij via de als vennoten ingeschreven rechtspersonen Meervliet B.V. en Hi B.V., (indirect) juridisch bestuurder van KNN is geweest. Volgens appellant is de feitelijke kant van het bestuurderschap erin gelegen dat geïntimeerde uithangbord en aanspreekpunt van KNN was en degene was die informatie verstrekke over het verhaal van KNN. Appellant heeft zich erop beroepen dat geïntimeerde met de opgetuigde constructie wist of redelijkerwijs behoorde te

begrijpen dat KNN niet aan haar verplichtingen kon voldoen en daarvoor geen verhaal zou bieden.

Het hof volgt appellant evenwel niet in zijn stelling dat geïntimeerde juridisch bestuurder van KNN is geweest. Een v.o.f. is geen rechtspersoon en heeft geen bestuurder. Een vennoot is als zodanig reeds hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de v.o.f. De stelling van appellant dat geïntimeerde bestuurder was van een van de vennoten van KNN, heeft hij, daargelaten de vraag welke betekenis daaraan kan toekomen in de context van de grondslag van de vordering, niet onderbouwd. Gesteld noch gebleken is dat geïntimeerde de bestuurder is van laatstgenoemde vennootschappen, zodat het hof daar niet van uit kan gaan.

Over het feitelijk bestuur door geïntimeerde overweegt het hof dat van aansprakelijkheid via deze constructie hooguit dan sprake zou kunnen zijn indien de bewuste persoon bij het laten aangaan van de verbintenis door de v.o.f. dan wel bij het bewerkstelligen of toelaten van de niet-nakoming daarvan weet of behoort te weten dat niet alleen de v.o.f. *maar ook haar vennoten*, die immers hoofdelijk verbonden zijn voor de schulden van de v.o.f., de contractuele verplichtingen niet kunnen nakomen en geen verhaal zullen bieden voor de daaruit voortvloeiende schade. Dat zulks hier het geval is, is door appellant niet gesteld, noch gebleken.

Marco Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 09-02-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:980

Zaaknummer: 200.154.120/01

Rechters: L. Janse, O.E. Mulder en van G Rijnssen

Advocaten: E.T. van Dalen

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

MHM/X

Nu de bestuurder ten tijde van de bekrachtiging wist, dan wel redelijkerwijs kon weten, dat de vennootschap haar verplichtingen jegens een derde niet zou kunnen nakomen, heeft hij door desalniettemin te bekrachtigen, en aldus te bewerkstelligen dat zijn persoonlijke aansprakelijkheid jegens MHM op de bv werd afgewenteld, als bestuurder onrechtmatig gehandeld.

Appellante MHM is eigenaresse van een monumentaal pand op de Herengracht in Amsterdam. In 2012 is tussen MHM en geïntimeerde 1 namens Getonomi B.V. i.o. een huurovereenkomst gesloten ter zake van twee bedrijfsruimtes op deze locatie. Op grond van de huurovereenkomst was Getonomi gehouden om een bankgarantie te doen stellen voor haar verplichtingen als huurder.

Getonomi B.V. is uiteindelijk op 25 maart 2013 opgericht. Oprichters en bestuurders zijn een tweetal holdings, waarvan BeMiShe Holding B.V. een persoonlijke houdstermaatschappij van geïntimeerde 1 is. In dezelfde periode is met betrekking tot de betaling van de huur een geschil ontstaan tussen MHM en Getonomi B.V. Partijen hebben hierover correspondentie gevoerd, namens Getonomi door zowel geïntimeerde 1 als 2.

Uiteindelijk heeft Getonomi B.V. het gehuurde in april 2013 ontruimd. Op grond van deze gang van zaken heeft MHM gevorderd dat geïntimeerden hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van haar schade. Volgens MHM is de huurprijs niet voldaan en is ook geen bankgarantie gesteld. Aan haar vordering heeft MHM ten grondslag gelegd dat geïntimeerden onrechtmatig hebben gehandeld.

Naar het oordeel van het hof moet de vraag of geïntimeerde 1 als indirect bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld door de huurovereenkomst te bekrachtigen (art. 2:203 lid 3 BW), bevestigend worden beantwoord. Geïntimeerden hebben ten tijde van bekrachtiging in hun mededelingen aan MHM de schijn van kredietwaardigheid gewekt terwijl sprake was van betalingsonmacht.

Het betoog dat geïntimeerden ten tijde van de bekrachtiging, ondanks de mededelingen, niet wisten of redelijkerwijze konden weten dat Getomi B.V. haar verplichtingen jegens MHM niet zou nakomen, wordt niet gevolgd. Weliswaar is het niet ongebruikelijk dat de jaarcijfers van een startende onderneming slecht zijn, maar feiten en omstandigheden zijn daartoe niet aangevoerd, aldus het hof.

Het hof komt tot de slotsom dat geïntimeerde 1 ten tijde van de bekrachtiging wist, dan wel redelijkerwijs kon weten, dat Getonomi haar verplichtingen jegens MHM niet zou kunnen nakomen. Door desalniettemin te bekrachtigen, en aldus te bewerkstelligen dat zijn persoonlijke aansprakelijkheid jegens MHM op de bv werd afgewenteld, heeft hij als bestuurder onrechtmatig jegens MHM gehandeld.

Moet geïntimeerde 2 als feitelijk medebestuurder of medebeleidsbepaler van Getonomi BV worden gekwalificeerd, zodat hij in die hoedanigheid persoonlijk aansprakelijk is voor de niet-nakoming van de verplichtingen van Getonomi B.V.? Ook als daarvan veronderstellenderwijs wordt uitgegaan, leidt dat niet (zonder meer) tot bestuurdersaansprakelijkheid, omdat daarvoor nodig is dat aan alle vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid is voldaan.

Marco Verdonk

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 09-02-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:424

Zaaknummer: 200160012/01

Rechters: C.C. Meijer, J.C. Toorman en M.J. Schaepman-de Bruijne

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en L.M. Ravestijn

Wetsartikelen: 2:11 BW, 2:203 lid 3 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Strafrecht: bedrieglijke bankbreuk (art. 343 Sr). Verdachte heeft door het zonder rechtsgrond onttrekken van vermogen aan de gefailleerde, bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de gefailleerde failliet zou gaan en dat schuldeisers bij gebrek aan inkomsten en liquide middelen nooit zouden worden betaald en daardoor dus zouden worden benadeeld.

Aan verdachte is als voormalig bestuurder van de inmiddels gefailleerde vennootschap X B.V. primair ten laste gelegd bedrieglijke bankbreuk te hebben gepleegd door in de periode van 20 juni 2013 tot en met 28 juni 2013 als bestuurder ter bedrieglijke verkorting van de schuldeisers van X B.V. in totaal een bedrag van € 25.400 te onttrekken aan het vermogen van de vennootschap (art. 343 Sr).

Verdachte heeft hiertegen aangevoerd dat de geldopnames, die plaats hadden daags na een inval door de FIOD, zijn geschied onder bedreiging van oud-medewerkers van gefailleerde die persoonlijke betaling van achterstallig loon van verdachte hebben geëist, en dat om die reden geen benadeling van schuldeisers heeft plaatsgehad.

De politierechter overweegt dat vaststaat dat verdachte geld aan de vennootschap heeft onttrokken en dat vervolgens, in geval van een later volgend faillissement, ingevolge artikel 343 Sr de vraag centraal komt te staan of verdachte hierdoor opzet had op de benadeling van schuldeisers. Daarvoor is voldoende dat hij met zijn handelen bewust de aanmerkelijke kans op een faillissement en daarmee de benadeling van schuldeisers heeft aanvaard.

De politierechter stelt met betrekking tot het verweer van verdachte vast dat er geen objectieve bron is waarin de verklaring van verdachte kan worden verankerd, zodat deze door niets wordt ondersteund of bevestigd en dus niet controleerbaar is. Zij is bovendien ongeloofwaardig door tegenstrijdige uitspraken. Daarmee staat vast dat de onttrekkingen zonder rechtsgrond zijn geschied.

Verder stelt de politierechter vast dat verdachte op het moment van opname niet meer de bedoeling had om met gefailleerde nog te ondernemen. Verdachte heeft immers slechts enkele

weken na de inval de FIOD verzocht om teruggave van de inbeslaggenomen administratie zodat hij het faillissement kon aanvragen. Op dat moment waren er geen inkomsten meer te verwachten, maar resteerden enkel de schulden.

Hierop gelet is de politierechter van oordeel dat verdachte door het zonder rechtsgrond c.q. onverplicht opnemen van het geldbedrag van € 26.000, waardoor er in feite géén liquide middelen meer in de onderneming zaten, bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat gefailleerde failliet zou gaan en dat schuldeisers bij gebrek aan inkomsten en liquide middelen nooit zouden worden betaald en daardoor dus zouden worden benadeeld. Aldus had verdachte het opzet op die benadeling van schuldeisers en heeft hij zich schuldig gemaakt aan bedrieglijke bankbreuk.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 22-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2015:8302

Zaaknummer: 03/118578-14; (TUL) 21/004185-08

Rechters: D.R. Sonneveldt

Advocaten: E.J.M.J. Damen

Wetsartikelen: 343 Sr