

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 08, 2016

Nummer 8, 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:2016:612](#) 08-04-2016

Schmitz q.q./X

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:543](#) 01-04-2016

X/Aruba Bank

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:540](#) 01-04-2016

Bestuurder/ATAL-MEDIAL

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:1179](#) 29-03-2016

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:1189](#) 29-03-2016

Liftonderhoud/Vastgoed

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:2475](#) 29-03-2016

SNCU/World@Work

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:1177](#) 29-03-2016

Appellant/Curator Makelaar

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:1181](#) 29-03-2016

Schambergen q.q./Thema Immo

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:2301](#) 22-03-2016

Justus Magnus vs. Aannemingsbedrijf

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:1811](#) 08-03-2016

Werknemer/Bestuurders

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:1819](#) 08-03-2016

Astrimex/Nijhuis

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:296](#) 02-02-2016

Holding/Dekker q.q.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:3685](#) 29-12-2015

Appellant/Stichting Vestia

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2014:4702](#) 01-07-2014

Velenturf q.q./Bestuurder

Rechtbank

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2016:1431](#) 30-03-2016

Curator Aino N.V./X

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2016:3200](#) 24-03-2016

Eiser/Verzoeker

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:2401](#) 23-03-2016

Curator Themo Elektrotechniek B.V./X

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2016:2106](#) 16-03-2016

Barkel Holding c.s./C.M. Holding c.s.

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2016:914](#) 14-03-2016

Eiser/International Card Services

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2016:1936](#) 09-03-2016

X/Schreurs q.q.

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2016:716](#) 09-03-2016

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:823](#) 02-03-2016

Pandelitschka q.q./X.

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2016:885](#) 02-03-2016

Aarnink q.q./X

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2016:1114](#) 02-03-2016

Daniels q.q./Gemeente Apeldoorn

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:1334](#) 19-02-2016

Geffroy/X

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:2468](#) 04-02-2016

Stonebox

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:1459](#) 01-02-2016

Curator/WRM

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2016:657](#) 27-01-2016

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2016:276](#) 14-01-2016

Klaver q.q./Forhold B.V.

RECHTSPRAAK

Misbruik van faillissementsrecht; bestuurder van vennootschap heeft faillissement aangevraagd binnen de grenzen van zijn bevoegdheid daartoe

De vraag die centraal staat in deze procedure heeft betrekking op misbruik van faillissementsrecht. De eiser in deze procedure is een voormalig werknemer van de inmiddels failliete Vereniging Monumentenwacht Nederland ('VMN'). De eiser stelt dat de bestuurder misbruik van faillissementsrecht heeft gemaakt, door het faillissement van VMN slechts aan te vragen om de werknemersbescherming bij ontslag te omzeilen. Volgens eiser was het van aanvang af de bedoeling om de bedrijfsactiviteiten voort te zetten in een andere vereniging, met dien verstande dat de VMN zich door de eigen faillissementsaanvraag van haar werknemers en een duur huurcontract heeft weten te ontdoen. De eiser voert hiertoe aan dat VMN zich niet in een nijpende financiële situatie bevond, die een faillissementsaanvraag zou rechtvaardigen.

De rechtbank stelt voorop dat sprake is van misbruik van faillissementsrecht, wanneer de bevoegdheid tot het aanvragen van het eigen faillissement is uitgeoefend voor een ander doel dan waarvoor deze is verleend. De bevoegdheid tot het aanvragen van het eigen faillissement dient in elk geval níet het doel de activiteiten zonder werknemers voort te zetten, zonder hun de arbeidsrechtelijke bescherming te bieden.

In dit geval oordeelt de rechtbank dat VMN géén misbruik heeft gemaakt van de bevoegdheid het eigen faillissement aan te vragen, omdat VMN heeft aangetoond dat de financiële situatie zodanig nijpend was, dat een faillissement onvermijdelijk was.

VMN heeft hiertoe het volgende aangevoerd. Ten eerste viel vanaf 2014 wegens bezuinigingen een substantiële vergoeding door het Rijk weg. Ten tweede was de verhuurder van het kantoorpand niet bereid de huur te verlagen, ondanks het wegvallen van een groot gedeelte van de inkomsten. Ten derde zegde een onderhuurder van het pand dat VMN huurde de huurovereenkomst op, met als gevolg dat een andere belangrijke inkomstenbron wegviel.

Op grond van het bovenstaande is de rechtbank van oordeel dat het faillissement van VMN

onafwendbaar was en dat de bestuurder VMN het eigen faillissement heeft aangevraagd binnen de grenzen van zijn bevoegdheid daartoe.

Bas Kentie

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 09-03-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2016:716

Zaaknummer: C/o8/167464 / HA ZA 15-76

Rechters: M.H.S. Lebens-De Mug, J. van der Hulst en T.R. Hidma

Advocaten: B. Cornelissen en mr. W.T.N. Vlasveld

RECHTSPRAAK

Bestuurder aansprakelijk op grond van artikel 36 Invorderingswet voor niet-betaalde belastingschulden. Vanaf het moment dat bestuurder had moeten begrijpen dat het faillissement onafwendbaar was, heeft de bestuurder de concurrente schulden met voorrang op de preferente schuld van de belastingdienst voldaan.

In juli 2013 faillieerde de vennootschap die zich bezighield met het verzorgen van opleidingen op de gebieden van management en logistiek. De activiteiten vormden een doorstart van eerder gefailleerde dochtervennootschappen.

Per datum faillissement bedroeg de vordering van de belastingdienst € 194.918,37, inzake verschuldigde omzet- en vennootschapsbelasting vanaf mei 2012. De handelscrediteuren hadden per datum faillissement gezamenlijk een vordering op de vennootschap ten bedrage van € 68.821,55.

De belastingdienst spreekt de bestuurder aan op grond van bestuursaansprakelijkheid ingevolge artikel 36 lid 3 van de Invorderingswet. Uit dit artikel volgt dat wanneer een vennootschap tijdig de betalingsonmacht meldt aan de belastingdienst, de bestuurder alsnog aansprakelijk is ten aanzien van de in artikel 36 Iw genoemde belastingen indien het aannemelijk is dat het niet betalen van deze belastingen het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur.

De belastingdienst legt onder andere aan haar stelling dat het kennelijk onbehoorlijke bestuur aannemelijk is ten grondslag, dat (1) de fiscale schuld na de doorstart snel is gegroeid, (2) onvoldoende financiering aanwezig was en (3) de bestuurder ervoor heeft gekozen eerst de schulden van de concurrente schuldeisers te voldoen in plaats van die van de belastingdienst.

De rechtbank oordeelt dat het enkele feit dat de bestuurder ervoor heeft gekozen de concurrente schulden eerder te voldoen dan de schulden van de belastingdienst, op zichzelf onvoldoende reden is om te spreken van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Ingevolge artikel 36 lid 3 Iw dient dit kennelijk onbehoorlijke bestuur tevens te wijten zijn aan de bestuurder. Derhalve dient te worden onderzocht of de bestuurder wist of redelijkerwijze had moeten

begrijpen dat zijn handelswijze de belastingdienst zou benadelen.

De rechtbank legt hieraan ten grondslag dat de bestuurder nog tot en met oktober 2012 kon verwachten dat verschuldigde belastingen betaald zouden worden, wegens behaalde positieve resultaten en de toenemende vraag naar opleidingen. Gelet op de lage omzet vanaf november 2012 had de bestuurder vanaf dat moment moeten begrijpen dat het bij voorrang betalen van de concurrente schulden zou leiden tot het onbetaald blijven van de belastingschulden. De rechtbank is van oordeel dat de bestuurder terecht aansprakelijk is gesteld voor de belastingschulden vanaf november 2012. Dit leidt tot een aansprakelijkstelling van € 171.330.

Bas Kentie

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 27-01-2016

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2016:657

Zaaknummer: AWB - 14_6572

Rechters: A.F.M.Q. Beukers-van Dooren, M.R.T. Pauwels en M. Harthoorn

Wetsartikelen: 36 Invorderingswet

RECHTSPRAAK

Velenturf q.q./Bestuurder

De curator stelt bestuurder aansprakelijk voor het boedeltekort op grond van onbehoorlijke taakvervulling. Deze onbehoorlijke taakvervulling is tot stand gekomen door het te laat deponeren van een jaarrekening.

De jaarrekening van The Law B.V. over het boekjaar 2008 is pas in juni 2010 gedeponeed en dus niet binnen de termijn van artikel 2:394 BW. De bestuurder verweert zich met de stelling dat het niet aan hem te wijten is dat deze jaarrekening te laat is gedeponeed. De vaste accountant van The Law ging weg bij het accountantskantoor waarbij hij in dienst was. Dit zorgde volgens de bestuurder voor oponthoud aangezien het accountantskantoor niet voor een opvolger zorgde met dezelfde benodigde specialiteit. Pas in 2010 kwam er een oplossing toen de betreffende accountant van zijn voormalig werkgever toestemming kreeg zijn werkzaamheden voor The Law voort te zetten.

Dit verweer gaat volgens het hof niet op. De bestuurder heeft voldoende tijd gehad een ander accountantskantoor in de arm te nemen waar de benodigde expertise wel voor handen was. In ieder geval had de bestuurder niet mogen afwachten totdat zijn vaste accountant van diens voormalig werkgever toestemming had gekregen zijn werkzaamheden voor The Law voort te zetten.

Het hof stelt dat de te late publicatie van de jaarrekening 2008 geen onbelangrijk verzuim is en concludeert dat er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling. De bestuurder is alleen dan niet aansprakelijk op grond van artikel 2:248 lid 2 indien hij het vermoeden dat zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement weerlegt. De bestuurder faalt hierin naar het oordeel van het hof.

S. van Zwam

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 01-07-2014

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2014:4702

Zaaknummer: 200.127.230/01

Rechters: E.J. van Sandick, D. den Hertog en R.F. Groos

Advocaten: J.A. Velenturf en J.P.M. Borsboom

Wetsartikelen: 2:248

RECHTSPRAAK

Bestuurder/ATAL-MEDIAL

Causaliteit tussen schade en aan stichtingsbestuurder gemaakt ernstig verwijt ex artikel 2:9 BW.

De stichting ATAL ('ATAL') stelt de voormalig bestuurder aansprakelijk ex artikel 2:9 BW (zie voor een samenvatting van het arrest van het hof OR-Updates.nl 2014-0381). In cassatie draait het om de vragen of (1) de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt en of (2) ATAL ten gevolge hiervan schade heeft geleden en wat de omvang hiervan is (zie tevens de conclusie A-G nr. 3.1).

Ad (1) persoonlijk ernstig verwijt?

Het hof is tot het oordeel gekomen dat de bestuurder ten aanzien van twee handelingen een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Zo had de bestuurder ten eerste met de stichting STAT ('STAT') de afspraak gemaakt dat ATAL de van de verzekeraars voor door ATAL én STAT verrichte werkzaamheden te ontvangen vergoedingen integraal zou doorbetalen aan STAT (zonder het aan ATAL toekomende gedeelte hiervan in te houden). Ten tweede had de bestuurder, zonder de raad van toezicht van ATAL hiervan op de hoogte te stellen, namens ATAL een lening aan STAT verstrekt. De in verband met de eerste handeling door ATAL geleden schade heeft het hof toewijsbaar geacht.

De Hoge Raad overweegt dat de klachten die zien op de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder niet tot cassatie kunnen leiden. Het cassatiemiddel betoogde blijkens de conclusie van de A-G (vgl. nr. 4.2.1 e.v.) dat de maatstaf van artikel 2:9 BW gelijk is aan die van artikel 7:661 BW (opzet of bewuste roekeloosheid). De A-G schrijft dat het betoog op grond van (inmiddels) vaste jurisprudentie dient te falen. De A-G wijdt nog enkele woorden (zie nrs. 4.12-4.18) aan zijn zorgen over de koers dat handelen van onverantwoordelijke figuren binnen een onderneming leidt tot astronomische boetes en ver gaande aansprakelijkheden van de ondernemingen. In het licht hiervan acht hij het wenselijk eerder aansprakelijkheid van de betrokken bestuurders aan te nemen. Hij lijkt met name het mededingingsrecht in gedachten te hebben. De vergelijking met werknemers (nr. 4.17), die spoedig aansprakelijk zijn jegens derden, lijkt mij niet op te gaan voor bestuurders van een stichting of vennootschap. De

laatstgenoemden bekleden een wezenlijk andere positie. Bovendien regelt artikel 6:170 BW de aansprakelijkheid van de werkgever in dergelijke gevallen.

Ad (2) causaliteit en omvang schade?

Wat de door ATAL geleden schade betreft is er meer succes in cassatie. Het gaat om vergoeding van de kosten van een kort geding waarin STAT nakoming vorderde van een door de bestuurder namens ATAL onder (1) genoemde (mondeling) gesloten overeenkomst tot integrale doorbetaling van de vergoedingen aan STAT. Ten aanzien van het sluiten van de betreffende overeenkomst had ATAL de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt, hetgeen is gehonoreerd door het hof. Over de causaliteit tussen dit verwijt en de door ATAL gestelde hierdoor geleden schade (kosten van het kort geding) had het hof overwogen dat een nadere toelichting nodig was. Dit oordeel acht de Hoge Raad onbegrijpelijk. De bestuurder had in hoger beroep niets aangevoerd tegen het standpunt van ATAL dat het aangaan van de overeenkomst wanbeleid (lees: persoonlijk ernstig verwijt) van de bestuurder opleverde en dat de kosten die zij heeft moeten maken in het kort geding dat STAT ter verkrijging van nakoming van die overeenkomst tegen haar had aangespannen, daarom schade vormt die zij als gevolg van dat wanbeleid heeft geleden.

A.P. Koburg, april 2016

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 01-04-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:540

Zaaknummer: 15/00530

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

Advocaten: H.J.W. Alt en J.P. Heering

Wetsartikelen: 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Schambergen q.q./Thema Immo

De curator vordert vernietiging van de koopovereenkomst van een in België gelegen woning op grond van artikel 42 lid 1 Fw. In een tussenvonnis bepaalt de rechtbank dat er op grond van artikel 8 van de Insolventieverordening Belgisch recht toegepast moet worden. De curator gaat hiertegen in beroep. Het hof wijst het beroep toe: de vordering tot vernietiging is een vordering in de zin van artikel 4 lid 2 sub m van de Verordening. Artikel 8 vormt slechts een uitzondering op artikel 4 lid 2 sub e van de Verordening.

Voor het faillissement van X v.o.f. heeft Thema Immo BvBA een huis gekocht van X. De curator in het faillissement van X meent dat er een veel te lage koopprijs is betaald en heeft in een brief aan Thema Immo de nietigheid van de overeenkomst ingeroepen. Thema Immo heeft betwist dat de koopprijs aanmerkelijk lager was dan de waarde van de woning. In het hoofdgeding vordert de curator (onder meer) een verklaring voor recht dat de nietigheid van de koopovereenkomst terecht is ingeroepen.

In een tussenvonnis heeft de rechtbank bepaald dat niet artikel 4 lid 1 van de Insolventieverordening van toepassing is, maar artikel 8. Dit betekent dat de vraag of de curator de koopovereenkomst terecht buitengerechtelijk heeft kunnen vernietigen volgens de rechtbank onderworpen is aan Belgisch recht. De curator meent dat er Nederlands recht toegepast moet worden en gaat tegen het tussenvonnis in beroep. Artikel 8 van de Verordening vormt een uitzondering op de algemene regel van artikel 4 lid 2 sub e van de Verordening. De algemene regel bepaalt dat wat betreft de gevolgen van de insolventieprocedure voor lopende overeenkomsten het recht van de lidstaat waar deze procedure is geopend van toepassing is. Volgens artikel 8 van de Verordening is in het geval van een lopende overeenkomst inzake de verkrijging of het gebruik van een onroerende zaak het recht van de lidstaat waar dit onroerend goed gelegen is van toepassing. Het gaat i.c. echter niet om een lopende overeenkomst, maar om vernietiging van een overeenkomst op grond van artikel 42 lid 1 Fw. Dat betekent dat het gaat om een vordering als omschreven in artikel 4

lid 2 sub m van de Verordening, waar artikel 8 van de Verordening geen uitzondering op vormt. Het hof beslist dat de paulianavordering van de curator inderdaad op grond van Nederlands recht beoordeeld moet worden.

T.M.M. Schaap, april 2016

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-03-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:1181

Zaaknummer: 200.152.314_01

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

Advocaten: R.J.M.G. Rulkens

Wetsartikelen: 8 Insolventieverordening, 4 Insolventieverordening en 42 lid 1 Fw

RECHTSPRAAK

Geffroy/X

De curator tekent verzet aan tegen twee faillietverklaringen op grond van artikel 10 lid 1 Fw. De rechtbank oordeelt (naar aanleiding van HR Hoeksma q.q./R.M. Trade) dat de curator als belanghebbende kan worden aangemerkt. Zij verklaart het verzet gegrond omdat de boedels (nagenoeg) leeg zijn en er ook geen andere baten zijn te verwachten. De rechtbank wijst de vordering om de faillissementskosten op de bestuurders van de schuldenaren te verhalen af.

Deze zaak was voor beslissing aangehouden in afwachting van de uitspraak van de Hoge Raad in HR *Hoeksma q.q./R.M. Trade* (ECLI:NL:HR:2015:3636). In dat arrest beantwoordde de Hoge Raad de (prejudiciële) vraag of de curator uit eigen hoofde ('pro se') als belanghebbende in de zin van artikel 10 lid 1 Fw kan worden aangemerkt. De Hoge Raad oordeelde dat een curator die wordt aangewezen als curator in een faillissement met een lege boedel in zijn eigen belang wordt getroffen. Indien het faillissement op eigen aangifte is uitgesproken kan de curator dan ook 'pro se' verzet aantekenen tegen de faillietverklaring wanneer de boedel (nagenoeg) geen baten bevat en baten ook niet te verwachten zijn. Hij heeft in een dergelijk geval geen toestemming van de R-C nodig.

In de onderhavige uitspraak gaat het om twee faillissementen op eigen aangifte waartegen de curator verzet heeft aangetekend. De boedels in kwestie bleken na de faillietverklaring (nagenoeg) leeg en niet is te verwachten dat er in de faillissementen nog activa gegenereerd zullen worden. De rechtbank verklaart het verzet gegrond en vernietigt de vonnissen waarbij de schuldenaren in staat van faillissement zijn verklaard.

De curator heeft in deze zaak de rechtbank eveneens om een oordeel gevraagd wat betreft de toewijsbaarheid van de faillissementskosten, de proceskosten en het salaris van de curator ten laste van de bestuurders van schuldenaren. In HR *Hoeksma q.q./R.M. Trade* oordeelde de Hoge Raad echter dat het belang van de curator bij het doen van verzet 'niet is gelegen in de mogelijkheid dat de faillissementskosten en zijn salaris door de rechter ten laste worden gebracht van de bestuurder van de rechtspersoon' (r.o. 4.3.2). Het is immers niet de

bestuurder, maar de rechtspersoon zelf die de faillietverklaring heeft aangevraagd. De rechtbank volgt het oordeel van de Hoge Raad en verklaart de curator niet-ontvankelijk in zijn vordering omdat de bestuurders geen partij zijn bij deze procedure. Aangezien het faillissement op instigatie en onder druk van de Rabobank is aangevraagd meent de rechtbank dat er geen sprake is van misbruik van recht en zij ziet dan ook geen mogelijkheid om de schuldenaren op grond van artikel 15 lid 3 Fw in bovengenoemde kosten te veroordelen.

T.M.M. Schaap, april 2016

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 19-02-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:1334

Zaaknummer: 142995 RK 15/647 en 143010 RK 15/648, C/17/15/121 en C/17/15/122

Rechters: R. Giltay

Advocaten: Y.H. Talstra

Wetsartikelen: 10 lid 1 Fw

RECHTSPRAAK

Klaver q.q./Forhold B.V.

Een bv heeft met betrekking tot gehuurde bedrijfsruimte jarenlang facturen betaald voor service- en beheerkosten. Voor deze kosten was er geen bepaling opgenomen in het huurcontract. Na het faillissement van de bv probeert de curator het gehele bedrag terug te vorderen van de verhuurder.

Het bedrijf De Graaf en De Boer B.V. (hierna: De Graaf) huurt van Forhold B.V. (hierna: Forhold) al geruime tijd een kantoorruimte. In de huurovereenkomst wordt er achter de post 'het voorschot op de vergoeding voor door of vanwege verhuurder verzorgde bijkomende leveringen en diensten' geen bedrag vermeld. Sinds het sluiten van de overeenkomst stuurt Forhold elke maand voor een vast bedrag een factuur aan De Graaf in verband met 'service- en beheerkosten'. De Graaf heeft deze factuur steeds voldaan. Op de huurovereenkomst zijn algemene voorwaarden van toepassing. Hierin is een regeling opgenomen ten aanzien van de verrekening van betaalde voorschotbedragen onder de huurovereenkomst. Na het faillissement van De Graaf vordert de curator het gehele bedrag van de facturen voor service- en beheerkosten terug op grond van de regeling in de algemene voorwaarden. Subsidiair beroept hij zich op onverschuldigde betaling en meer subsidiair op ongerechtvaardigde verrijking.

De kantonrechter oordeelt dat de enkele omschrijving op de factuur onvoldoende is om aan te nemen dat de bedragen als voorschot op service- en beheerkosten zouden kunnen worden aangemerkt. Ook meent de kantonrechter dat er geen sprake is geweest van onverschuldigde betaling. Hoewel door Forhold niet heel sterk is onderbouwd dat er wel degelijk een tegenprestatie is geleverd, was er kennelijk een afspraak op grond waarvan Forhold de facturen maandelijks verstuurde en heeft De Graaf zichzelf gedurende de gehele periode (2006-2013) als verplicht beschouwd om deze facturen te betalen. De kantonrechter acht ongerechtvaardigde verrijking evenmin aanwezig. De afspraak tussen Forhold en De Graaf rechtvaardigt de verrijking van Forhold en er is geen sprake van een van de uitzonderingen uit artikel 47 Fw. Bovendien volgt uit HR *Van Hees q.q./Y* (ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, NJ 2012/495) dat een schuldeiser erop mag vertrouwen dat een verschuldigde betaling

onaantastbaar blijft.

T.M.M. Schaap, april 2016

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 14-01-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2016:276

Zaaknummer: 4202459 / CV EXPL 15-3688

Rechters: A.K. Korteweg

Advocaten: K.M. Janssen en L.I. Koenderman

RECHTSPRAAK

Schmitz q.q./X

Het belang van een schuldeiser om de boeken van de failliet in te zien om aldus informatie te verkrijgen over de eventuele mogelijkheid tot aansprakelijkstelling van derden zoals bestuurders, is geen rechtstreeks en voldoende belang als bedoeld in artikel 3:15j aanhef en onder d BW.

Op grond van artikel 3:15j aanhef en onder d BW kunnen schuldeisers in het geval van faillissement openlegging vorderen van de tot de boekhouding van de failliet behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, voor zover zij daarbij een rechtstreeks en voldoende belang hebben. In de hier voorliggende zaak wil een schuldeiser van de failliete bv via een kort geding inzage krijgen in de boekhouding van de failliete bv met het oog op een aansprakelijkstelling van de (indirecte) bestuurder en van een feitelijke bestuurder.

De Hoge Raad geeft aan dat uit *Jomed I* en *Jomed II* niet volgt wanneer schuldeisers een rechtstreeks en voldoende belang hebben omdat het daar gaat om de vraag of schuldeisers via artikel 3:15j onder d BW aanspraak kunnen maken op gegevens over de wijze waarop de curator zijn taak heeft uitgevoerd. Hier wil de schuldeiser openlegging van de boeken van de failliet zelf, zodat de zaak wel binnen het toepassingsgebied van artikel 3:15j aanhef en onder d valt.

Volgens de Hoge Raad heeft de schuldeiser echter geen rechtstreeks en voldoende belang. Van een dergelijk belang is naar het oordeel van de Hoge Raad sprake indien de schuldeiser inzage in de boekhouding van de failliet verlangt teneinde zijn rechtsbetrekking met de failliet – en daarmee met de boedel – nader vast te (doen) stellen, bijvoorbeeld met betrekking tot de hoogte, aard of inhoud van zijn vordering. Indien echter inzage wordt verlangd met het oog op een mogelijk door hem in te stellen vordering tegen een derde, is geen sprake van een rechtstreeks en voldoende belang als bedoeld in artikel 3:15j aanhef en onder d BW.

De Hoge Raad vernietigt het andersluidende oordeel van het hof en doet de zaak zelf af.

A.L. Jonkers, april 2016

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 08-04-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:612

Zaaknummer: 15/02417

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

Advocaten: E.H. van Staden Ten Brink

Wetsartikelen: 3:15j BW

RECHTSPRAAK

Curator Aino N.V./X

De enkele moeder-dochterverhouding brengt nog niet mee dat de administratie van de moedermaatschappij op enig moment snel een voldoende betrouwbaar inzicht moest geven in ook het vermogen en resultaat van haar dochtermaatschappijen.

De rechtbank wijst vonnis na terugverwijzing door het hof in appèl op een eerder gewezen tussenvonnis van dezelfde rechtbank. De rechtsvraag die ter beantwoording voorligt, is of al dan niet sprake is van schending van de administratieplicht (art. 2:10 BW) door gedaagde in zijn hoedanigheid van bestuurder van gefailleerde, Aino N.V. Die vraag is opgekomen in het kader van het dubbele bewijsvermoeden van artikel 2:138 lid 2 BW. In het bijzonder gaat het hierbij om de vraag naar de reikwijdte van administratieplicht in groepsverband, nu Aino N.V. als moedermaatschappij een 403-verklaring heeft afgegeven.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft als uitgangspunt te gelden dat de enkele moeder-dochterverhouding nog niet meebracht dat de administratie van Aino N.V. op enig moment snel een voldoende betrouwbaar inzicht moest geven in ook het vermogen en resultaat van haar dochtermaatschappijen. Dat neemt op zichzelf niet weg dat de administratie van Aino N.V. voldoende inzicht moest geven in haar eigen verplichtingen en dat daaronder ook de verplichtingen vallen die voortvloeien uit de 403-verklaring.

De verwijten van de curator concentreren zich op de volgens hem gebrekkige administratie van de dochtervennootschappen van Aino N.V. ten aanzien van de urenadministratie van gedetacheerde werknemers, de debiteurenadministratie en de administratie van de zogenoemde 'bankzitters' en onvolkomenheden in de zogenoemde managementinformatiesystemen, en aldus voornamelijk op kwesties die betrekking hebben op de dochtervennootschappen zelf en in ieder geval niet direct de verplichtingen die volgen uit de 403-verklaring. Dat een gebrekkige administratie van de dochters uiteindelijk alleszins ook de financiële positie van de moeder kan raken brengt nog niet mee dat Aino N.V. haar verplichting uit artikel 2:10 BW niet is nagekomen.

Daarbij komt mede betekenis toe aan het feit dat voor Aino N.V. jaarrekeningen over 2000 en

2001 zijn vastgesteld die van een goedkeurende verklaring zijn voorzien, terwijl volgens de curator zeker ook met betrekking tot die jaren sprake was van een gebrekkige administratie bij de dochters in de hiervoor aangegeven zin. Gesteld noch gebleken is dat zich nadien ten opzichte van 2000 en 2001 wezenlijke negatieve veranderingen hebben voorgedaan met betrekking tot de administratie van Aino N.V. die alsnog zouden moeten leiden tot het oordeel dat sprake is van schending van de administratieplicht ten aanzien van Aino N.V.

De rechtbank komt dan ook tot de conclusie dat de gestelde schending van de administratieplicht niet is komen vast te staan.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 30-03-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:1431

Zaaknummer: C/01/156660 / HA ZA 07-609

Rechters: J.A. Bik, O.R.M. van Dam en G.J.H. van der Sangen

Advocaten: V.H.B. Kruit en M.H.J. van Maanen

Wetsartikelen: 2:10 BW, 2:248 lid 2 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Appellant/Curator Makelaar

Niet kan tot het oordeel worden gekomen dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld omdat niet is voldaan aan de publicatieplicht. Het hof ziet niet hoe een schending van de verplichting van artikel 2:394 BW die eerst na de datum van het faillissement heeft plaatsgevonden als een belangrijke oorzaak van het faillissement kan worden aangemerkt.

Appellant c.s. zijn bij eindvonnis in eerste aanleg, op vordering van de curator in het faillissement van Makelaar, aansprakelijk geoordeeld en veroordeeld tot betaling van het faillissementsstekort op de grond dat het door appellant c.s. gevoerde bestuur in de periode van drie jaar voorafgaand aan het faillissement, kennelijk onbehoorlijk was en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is (art. 2:248 lid 2 BW). De rechtbank had reeds daarvoor bij tussenvonnis geoordeeld dat appellant dient te worden beschouwd als degene die het beleid van Makelaar heeft (mee)bepaald als ware hij bestuurder, zodat hij ingevolge artikel 2:248 lid 7 BW gelijk wordt gesteld met een bestuurder. Tevens heeft de rechtbank vastgesteld dat appellant c.s. in strijd met hun publicatieplicht van artikel 2:394 BW en hun boekhoudplicht van artikel 2:10 BW hebben gehandeld. In hetzelfde tussenvonnis heeft de rechtbank een bewijsopdracht aan appellant c.s. verstrekt en hun daarbij toegelaten aannemelijk te maken dat een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest het teruglopen van de onroerendgoedmarkt vanaf 2008 tot aan het faillissement in 2010. Bij eindvonnis heeft de rechtbank geoordeeld dat zij niet in dat bewijs waren geslaagd.

De eerste grief bestrijdt het oordeel van de rechtbank dat is gehandeld in strijd met de publicatieplicht van artikel 2:394 BW. De termijn waarbinnen de jaarrekening 2008 gepubliceerd moest worden was, aldus appellant c.s., nog niet verstreken op de dag dat Makelaar in staat van faillissement is verklaard, zodat niet kan worden vastgesteld dat appellant c.s. wat dat betreft voorafgaand aan het faillissement hun taak onbehoorlijk hebben vervuld. Deze grief slaagt. De termijn waarbinnen aan die verplichting moest worden voldaan, was immers nog niet geëindigd en het hof ziet niet hoe een schending van de verplichting van

artikel 2:394 BW die eerst na de datum van het faillissement heeft plaatsgevonden als een belangrijke oorzaak van het faillissement kan worden aangemerkt. Weliswaar kwam door de faillietverklaring de publicatieverplichting van het bestuur van Makelaar niet te vervallen, maar het feit dat die verplichting ook op 31 januari 2010 niet door appellant c.s. is nagekomen, kan een op artikel 2:248 BW gebaseerde vordering niet dragen. Artikel 2:248 lid 6 BW bepaalt immers dat een dergelijke vordering slechts kan worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaar voorafgaand aan het faillissement. Dit betekent dat de eerste grief slaagt en niet tot het oordeel kan worden gekomen dat appellant c.s. hun taak onbehoorlijk hebben vervuld omdat zij niet hebben voldaan aan de verplichting uit artikel 2:394 BW.

Marco Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-03-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:1177

Zaaknummer: 200.139.711_01

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, J.R. Sijmonsma en D.A.E.M. Hulskes

Advocaten: S.C. Blommendaal en E. Frins

Wetsartikelen: 2:10 BW, 2:248 lid 2 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

SNCU/World@Work

Bestuurdersaansprakelijkheid. Gelijk de bestuurder van een Nederlandse vennootschap is de bestuurder van een buitenlandse vennootschap in de Nederlandse rechtsorde aansprakelijk op grond van de in het arrest Ontvanger/Roelofsen gegeven norm.

In deze zaak heeft SNCU geïntimeerde als bestuurder van World@Work, een rechtspersoon naar Engels recht (Ltd), aangesproken uit hoofde van onrechtmatige daad, wegens het in strijd met de wet onbetaald laten van loon aan haar werknemers. Bij tussenarrest (zie INS-Updates.nl 2015-0260) heeft het hof beslist dat geïntimeerde de door haar gestelde betalingsonmacht aan de zijde van World@Work wat betreft de periode medio 2008 tot en met 2012 nader dient toe te lichten aan de hand van de door haar over te leggen administratie van de onderneming over die periode. Dit ter afwering van de stelling van SNCU dat sprake is van frustratie van verhaal en betaling.

Thans concludeert het hof dat geïntimeerde niet de gegevens heeft verstrekt waarom bij tussenarrest was gevraagd, zonder dat daarvoor een (afdoende) verklaring is gegeven. Daarbij stelt het hof mede vast dat de overgelegde jaarrekeningen zeer summier en deels onvolledig zijn, onregelmatigheden bevatten en vraagpunten oproepen. Gelet daarop kan (ook) hetgeen geïntimeerde in het geding heeft gebracht en heeft toegelicht niet worden aangemerkt als de vereiste nadere onderbouwing van haar verweer dat de vordering van SNCU (ten behoeve van haarzelf en de werknemers van World@Work) onbetaald is gebleven vanwege (niet uit betalingsonwil voortvloeiende) betalingsonmacht van World@Work. Daarmee staat als niet afdoende weersproken (vgl. art. 149 Rv) vast dat geïntimeerde als de (enige) bestuurder van World@Work in de relevante periode wist, of redelijkerwijze had behoren te begrijpen, dat de door haar bewerkstelligde althans toegelaten handelwijze van World@Work tot gevolg zou hebben dat World@Work haar onderhavige verplichtingen jegens SNCU en de betrokken voormalige werknemers van World@Work niet zou nakomen en World@Work ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade van SNCU en die werknemers. Deze gedragingen zijn ten opzichte van SNCU en de bedoelde werknemers als zodanig onzorgvuldig aan te merken dat geïntimeerde daarvan als bestuurder een ernstig

verwijt kan worden gemaakt. Dit brengt aansprakelijkheid mee op grond van artikel 6:162 BW. Ten overvloede wijst het hof erop dat hieraan niet afdoet dat de verwijzing naar artikel 2:9 BW hier niet opgaat, nu World@Work geen Nederlandse vennootschap is. Gelijk de bestuurder van een Nederlandse vennootschap is de bestuurder van een buitenlandse vennootschap in de Nederlandse rechtsorde aansprakelijk op grond van de, samengevat, in het arrest *Ontvanger/Roelofsen* ontwikkelde norm (zie HR 8 december 2006, *JOR* 2007/38).

Marco Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 29-03-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:2475

Zaaknummer: 200.157.034/01

Rechters: L. Janse, D.H. de Witte en B.F. Assink

Advocaten: M.H.D. Vergouwen en A. Wiersma

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Liftonderhoud/Vastgoed

Dat een vordering wegens faillissement van de wederpartij niet kan worden verhaald komt voor rekening en risico van de solvete partij. Dat risico kan niet worden verlegd met een beroep op ongerechtvaardigde verrijking.

Vastgoed B.V., geïntimeerde, verhuurde van 1 december 1993 tot 31 augustus 2009 een aan haar in eigendom toebehorend pand aan Beautyline B.V. Appellant, Liftonderhoud B.V., heeft in 2005 in opdracht van Beautyline diverse ingrijpende (herstel)werkzaamheden verricht aan de daar aanwezige lift. Nadien heeft Liftonderhoud aan de lift onderhoudswerkzaamheden verricht. Beautyline heeft een deel van deze werkzaamheden onbetaald gelaten. Zij is in november 2010 failliet verklaard.

Liftonderhoud heeft in eerste aanleg gevorderd te verklaren voor recht dat op grond van de door haar verrichte werkzaamheden voor Beautyline, sprake is geweest van ongerechtvaardigde verrijking van Vastgoed ten koste van haar (art. 6:212 BW). De vordering is door de kantonrechter afgewezen. Tegen dit oordeel keert zich, tevergeefs, het hoger beroep van Liftonderhoud.

Onder verwijzing naar het hier toe te passen wettelijk kader en de relevante jurisprudentie, waarbij de vordering van Liftonderhoud in zoverre bijzonder is dat zij haar onbetaald blijven in haar verhouding met de gefailleerde huurder kwalificeert als verrijking van de verhuurder op haar kosten, overweegt het hof dat toekenning van de vordering tot toekenning van schadevergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking van Liftonderhoud alleen in bijzondere omstandigheden kan worden gehonoreerd, dat die vordering geen ruimere strekking kan hebben dan wanneer die vordering was ingesteld door de huurder en dat als de contractuele bepalingen tussen Beautyline en Vastgoed aan toewijzing van een vordering van Beautyline in de weg staan, dit ook geldt voor liftonderhoud.

Naar het oordeel van het hof volgt uit de contractuele huurbedingen – die de betreffende kosten ten laste van de huurder (Beautyline) brengen – dat Vastgoed, hoewel wellicht verrijkt, niet ongerechtvaardigd is verrijkt, want die verrijking volgt uit de onderlinge verdeling van de

lasten van reparatie, onderhoud e.d. tussen huurder en verhuurder. Hieraan voegt het hof toe dat niet aannemelijk is dat Vastgoed profijt heeft van vervangingen aan de lift, zoals een nieuwe aandrijfmotor, omdat die niet zullen leiden tot een hogere huurwaarde of meerwaarde van het pand. Evenmin heeft Vastgoed kosten uitgespaard (ECLI:NL:HR:2008:BD4745) waardoor zij mogelijk verrijkt zou kunnen zijn. Dat Liftonderhoud haar vordering vanwege het faillissement niet op Beautyline kan verhalen komt voor haar rekening en risico, immers overeenkomsten scheppen in beginsel slechts verplichtingen tussen de partijen die de overeenkomst zijn aangegaan. Dat risico valt niet te verleggen met een beroep op ongerechtvaardigde verrijking.

Marco Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-03-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:1189

Zaaknummer: 200.160.007_01

Rechters: W.H.B. den Hartog Jager, O.G.H. Milar en J.W. van Rijkom

Advocaten: G.S. de Haas en M.J. Schapendonk

Wetsartikelen: 6:212 BW

RECHTSPRAAK

Eiser/Verzoeker

Voor een vordering tot het verbieden van een faillissementsaanvraag is in kort geding geen plaats.

In deze kortgedingprocedure vordert eiser dat het gedaagde – op straffe van verbeurte van een dwangsom – wordt verboden zijn faillissement aan te vragen, dan wel eiser te gebieden het reeds ingediende verzoek tot faillietverklaring in te trekken. De voorzieningenrechter overweegt dat daarmee de toegang tot de faillissementsrechter in het geding is, zodat een terughoudende toets geboden is (art. 6 lid 1 EVRM). Met het oog op faillissementsaanvragen bestaat naar de voorzieningenrechter overweegt evenwel een speciale – met voldoende waarborgen omklede – rechtsgang, namelijk de procedure zoals geregeld in de Faillissementswet. In die procedure kan eiser alle stellingen die hij in dit kort geding heeft geponeerd als verweer naar voren brengen tegen een eventueel door gedaagde ingediend verzoek tot faillietverklaring. Honorering van (een van) die verweren, kan ertoe leiden dat het verzoek wordt afgewezen. Onder die omstandigheden is geen plaats voor behandeling van de onderhavige vordering van eiser in kort geding. Zijn vordering wordt dan ook afgewezen.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 24-03-2016

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2016:3200

Zaaknummer: C/09/506264 / KG ZA 16-256

Rechters: G.H.I.J. Hage

Advocaten: M. de Boorder

Wetsartikelen: 1 Fw en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Curator Themo Elektrotechniek B.V./X

De vordering van de curator op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur is onvoldoende onderbouwd. Daarmee heeft gedaagde aannemelijk gemaakt dat voor zover er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur door hem, dit geen belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Op 15 juni 2010 is TES Elektrotechniek B.V. in staat van faillissement verklaard, met benoeming van eiser tot curator. Op 30 juni 2010 heeft de curator, ter realisering van een doorstart, een koopovereenkomst gesloten met gedaagde, die daarbij volgens de tekst van de overeenkomst handelde 'als de bevoegde bestuurder en enig aandeelhouder van' Themo Elektrotechniek B.V.

Ter uitvoering heeft de curator de activa, waaronder de handelsvorderingen van TES, aan Themo geleverd. Met de opbrengst van geïncasseerde handelsvorderingen van TES heeft Themo vervolgens in de periode van juli tot en met oktober 2010 betalingen gedaan aan derden, waaronder Themo Holding. Nadien is Themo op 2 april 2014 in staat van faillissement verklaard, eveneens met benoeming van eiser tot curator.

De curator vordert onder meer een verklaring voor recht dat sprake is van onbehoorlijk bestuur, doordat gedaagde zich zonder rechtsgrond heeft gedragen als eigenaar van de eigendommen van Themo, waardoor zij schade heeft geleden. Ook hebben er volgens de curator betalingen van Themo aan gedaagde plaatsgevonden, waardoor de activa van Themo ernstig zijn verminderd. Daarmee heeft gedaagde zijn taak als bestuurder onbehoorlijk vervuld, hetgeen als een belangrijke oorzaak van het faillissement is aan te merken (art. 2:248 lid 1 BW), aldus de curator. Nadien heeft de curator zijn vordering ter comparitie tevens gebaseerd op artikel 2:248 lid 2 BW jo. artikel 2:10 BW.

De vordering op grond van artikel 2:248 BW faalt echter. Zij is onvoldoende onderbouwd. Hoewel de boekhoudkundige verwerking van de transactie tussen de curator van TES en Themo de toets der kritiek niet kan doorstaan, is voor de verdere beoordeling van de

vorderingen van de curator tevens van belang welke de praktische gevolgen zijn geweest van die handelswijze van gedaagde. Daarbij stelt de rechtbank vast dat het niet zo is dat gedaagde de ten gunste van zichzelf in rekening-courant geboekte bedragen heeft kunnen opnemen en op die wijze de liquiditeiten aan Themo B.V. heeft kunnen onttrekken.

Daarnaast is de rechtbank van oordeel dat de curator de stellingen van gedaagde met betrekking tot de oorzaak van het faillissement niet voldoende heeft weersproken. Minder gelukkige keuzes van de bestuurder met betrekking tot personeelsbeleid rechtvaardigen echter niet de conclusie dat er ten aanzien van die aspecten van de bedrijfsvoering sprake was van (kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling. De door gedaagde gemaakte inschattingfouten over de malaise in de bouw, leveren geen kennelijk onbehoorlijke taakvervulling op. Daarmee heeft gedaagde aannemelijk gemaakt dat voor zover er sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door hem, dit geen belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 23-03-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:2401

Zaaknummer: C/10/476874 / HA ZA 15-598

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: J. van der A- Duijn Schouten en D.H.P.M. Müskens

Wetsartikelen: 2:248 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Barkel Holding c.s./C.M. Holding c.s.

Afpersing bij wijze van verweer faalt. Handelwijze bestuurder objectief gezien niet in het belang van de vennootschap. Talloze onttrekkingen aan het vermogen, zodat bestuurder telkens weer tot bezinning had kunnen komen en de afweging had kunnen maken om te stoppen met het doen van betalingen.

Barkel Holding c.s. vordert in deze zaak, samengevat, een verklaring voor recht dat C.M. Holding hoofdelijk aansprakelijk is voor schade die het gevolg is van onrechtmatig handelen. Barkel Holding heeft daartoe aangevoerd dat C.M. Holding als financieel bestuurder van de werkmaatschappij, een familiebedrijf dat zich kort gezegd bezig houdt met grondwerkzaamheden en waarvan onder meer Barkel Holding en C.M. Holding bestuurder en aandeelhouder zijn, onrechtmatig heeft gehandeld jegens werkmaatschappij, omdat zij zonder daartoe gerechtigd te zijn financiële onttrekkingen heeft gedaan ten laste van het vermogen van werkmaatschappij. Dit heeft geleid tot afgeleide schade voor Barkel Holding als (indirect) aandeelhouder.

Door C.M. Holding c.s. is hiertegen aangevoerd dat zij de ontdekkingen deed omdat zij werd afgeperst. Dat verweer faalt. Naar de rechtbank overweegt staat vast dat C.M. Holding als financieel directeur van de werkmaatschappij bij uitsluiting het dagelijkse beleid bepaalde, zodat zij op de hoogte was, althans diende te zijn, van het feit dat het onttrokken bedrag bijna de jaaromzet van de werkmaatschappij bedroeg. Daarnaast wist zij, althans behoorde zij te weten, dat onvoldoende middelen overbleven om crediteuren van de vennootschap te voldoen. C.M. Holding had dan ook moeten weten dat onttrekking van dat bedrag het voortbestaan van de werkmaatschappij ernstig zou bedreigen. Objectief gezien was de handelwijze van C.M. Holding derhalve niet in het belang van de vennootschap. Bovendien had C.M. Holding moeten begrijpen dat haar bevoegdheid om als bestuurder zelfstandig en zonder overleg met haar medebestuurders betalingen te verrichten niet zover strekte. Daarnaast geldt dat sprake is geweest van talloze transacties, zodat C.M. Holding telkens weer tot bezinning had kunnen komen en de afweging had kunnen maken om te stoppen met het doen van betalingen en de situatie aan de medebestuurders/aandeelhouders en/of de politie

te melden. Dat heeft C.M. Holding echter niet gedaan. Zij heeft eerst na circa vijftien maanden de situatie aan haar medebestuurders medegedeeld, nadat de onttrekkingen inmiddels tot een exorbitant hoog bedrag waren opgelopen. Ter zake kan C.M. Holding dan ook een ernstig persoonlijk verwijt worden gemaakt en is dus sprake van onrechtmatig handelen van C.M. Holding jegens de werkmaatschappij.

Naar het oordeel van de rechtbank kan dit onrechtmatig handelen aan C.M. Holding worden toegerekend, nu van een noodtoestand niet is gebleken.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 16-03-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2016:2106

Zaaknummer: C/15/226672 / HA ZA 15-342

Rechters: J.I. de Vreese-Rood, E. Jochem en M.M. Kruithof

Advocaten: W.F. Roelink en D. Winters

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Daniels q.q./Gemeente Apeldoorn

De rechtbank oordeelt dat de bewijslast voor de stelling van de curator dat een contractuele wederpartij van de failliete aannemer onterecht onder de bankgarantie heeft getrokken, bij de curator ligt. Aldus keert de bankgarantie de bewijslast om. De curator heeft voorshands voldoende aannemelijk gemaakt dat het werk deugdelijk is uitgevoerd en dus onterecht onder de garantie is getrokken. De wederpartij wordt toegelaten tot tegenbewijs.

De curator van een failliete aannemer is van mening dat de Gemeente Apeldoorn ten onrechte een bankgarantie die door de aannemer ten gunste van de gemeente gesteld was, heeft getrokken. De Gemeente Apeldoorn is van mening dat de aannemer tekort is geschoten in de uitvoering van haar werkzaamheden voor de gemeente, en dat ze daarom de bankgarantie wel mocht trekken.

De rechtbank gaat in op de stelplicht en bewijslastverdeling bij het beweerdelijk onterecht trekken onder een bankgarantie. De rechtbank overweegt dat de curator een beroep doet op een vordering tot terugbetaling van het getrokken bedrag. In overeenstemming met het bepaalde in artikel 150 Rv heeft de curator dan de ondeugdelijkheid van de door de Gemeente Apeldoorn ingeroepen grond aan te tonen. Concreet houdt dit in dat de curator in deze procedure zal moeten stellen en, indien nodig, bewijzen dat de aannemer niet tekort is geschoten in haar verplichtingen uit de overeenkomst. Aan deze toedeling van stelplicht en bewijslast doet volgens de rechtbank niet af het gegeven dat de Gemeente stelt dat de aannemer tekort is geschoten. Deze overweging van de rechtbank laat zien dat de bankgarantie niet alleen zekerheid voor betaling kan bieden, maar tevens de bewijslast om kan draaien.

De rechtbank komt tot het oordeel dat de curator voorshands voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het werk deugdelijk is uitgevoerd en dat er dus onterecht onder de garantie is getrokken. De Gemeente Apeldoorn wordt toegelaten tot tegenbewijs.

A.L. Jonkers, april 2016

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 02-03-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2016:1114

Zaaknummer: C/o8/171637 / HA ZA 15-275

Rechters: W.F. Boele

Advocaten: G. Beekman en W.J. Liebrand

RECHTSPRAAK

Stonebox

Pas twee jaar na faillietverklaring beroept de enig aandeelhouder/bestuurder die tevens schuldenaar is van de failliete bv zich op verrekening met vorderingen uit een huurovereenkomst. De rechtbank is niet overtuigd van het bestaan van die vordering.

De enig aandeelhouder/bestuurder van een failliete bv heeft nog een rekening-courantschuld aan de failliete bv van zo'n € 18.000. Over de terugbetaling van die schuld wordt al ongeveer twee jaar gecorrespondeerd tussen de aandeelhouder en de curator. De aandeelhouder heeft steeds aangegeven geen financiële middelen te hebben en dus niet te kunnen betalen. Pas bij conclusie van antwoord in deze procedure, in december 2015, is de aandeelhouder met een verrekeningsverweer gekomen. Hij zou nog vorderingen uit een huurovereenkomst op de vennootschap en haar dochtervennootschap hebben. De aandeelhouder weet een huurovereenkomst te produceren. De rechtbank is echter, na betwisting van de authenticiteit door de curator, niet overtuigd van het bestaan van de vordering, met name wegens het late beroep op de vordering en het feit dat de vordering niet voorkomt in de boekhouding van de vennootschappen. De aandeelhouder kan zich dan ook niet op verrekening beroepen.

A.L. Jonkers, april 2016

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 04-02-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:2468

Zaaknummer: 448554

Rechters: A.J.M. van Breevoort

Wetsartikelen: 53 Fw

RECHTSPRAAK

Holding/Dekker q.q.

Het gebruik van een zgn. nabetalingsclausule die bewust aanstuurt op nabetaling bij een eventuele door de schuldeisers of curator in te stellen pauliana-actie, benadeelt de overige schuldeisers door het bemoeilijken van verhaal en vormt een sterke indicatie voor het bestaan van wetenschap van benadeling aan beide zijden.

In aanloop naar haar faillissement op 26 augustus 2014 heeft Crescendo B.V., dat behoorde tot het inmiddels gefailleerde LHO concern, haar belang in Hotel B.V. op 22 februari 2013 verkocht en geleverd aan appellant Holding. Hiervoor betaalde Holding € 1. In de koopovereenkomst is om die reden een zogenoemde 'nabetalingsclausule' of 'glijclausule' opgenomen.

De curator in het faillissement van onder meer Crescendo heeft bij brief van 4 september 2014, gericht aan onder meer Holding, de aandelenoverdracht en alle daarmee samenhangende rechtshandelingen als zijnde paulianeus vernietigd (art. 42 Fw). Bij deze brief is aanspraak op terugbetaling van € 130.596: de waarde van de aandelen ten tijde van de vernietigde overdracht.

Holding heeft het paulianeuze karakter van de overdracht betwist. Bij de beoordeling van de vraag naar een eventuele wetenschap van schuldeisersbenadeling betreft het hof de nabetalingsclausule. Naar het voorlopige oordeel van het hof kan een dergelijke bepaling in voorkomende gevallen worden gehanteerd bij een verkoop aan een niet gelieerde partij, met name in gevallen waarin een verkoper wil verkopen om een faillissement van de onderneming te voorkomen en de koper een zo laag mogelijke, maar wel reële, koopprijs wil betalen.

In het onderhavige geval is echter een koopovereenkomst gesloten tussen partijen die juist zeer nauw aan elkaar gelieerd zijn en waarbij de koopprijs op voorhand in wezen nog in het geheel niet was vastgesteld. Niet blijkt dat een reële koopprijs voor de aandelen is nagestreefd. Gesteld noch gebleken is waarop de koopprijs van € 1 was gebaseerd, nu zij voorshands van realiteitszin lijkt ontbloomt. De nabetalingsclausule stuurt, ook al door de gehanteerde formulering, bewust aan op nabetaling, in plaats van dat de mogelijkheid van nabetaling als

correctiemethode wordt gehanteerd.

Voor schuldeisers van Crescendo wordt het hiermee aanzienlijk veel moeilijker gemaakt om zich te verhalen op het vermogen van hun debiteur. De benadeling is hier naar het voorlopige oordeel van het hof dan ook reeds gelegen in het aanzienlijk bemoeilijken van het verhaal ten detrimente van de (gezamenlijke) schuldeisers van de verkoper: als direct een reële koopprijs was bepaald en betaald, was de opbrengst daarvan beschikbaar geweest voor de gezamenlijke schuldeisers van Crescendo.

Met de opname van een nabetalingsclausule als de onderhavige wordt reeds op voorhand ernstig rekening gehouden met een mogelijke pauliana-actie van schuldeisers of van de curator in een toekomstig faillissement van Crescendo. Hierin is naar het voorlopig oordeel van het hof reeds een sterke aanwijzing gelegen voor het bestaan van de wetenschap van benadeling aan beide zijden.

Marco Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 02-02-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:296

Zaaknummer: 200.161.272_01

Rechters: H.A.G. Fikkers, D.A.E.M. Hulskes en H.R. Quint

Advocaten: J.H.B. Crucq en A.C. van Schaick

Wetsartikelen: 27 Fw en 42 Fw

RECHTSPRAAK

Appellant/Stichting Vestia

Na afwijzing van het verzoek tot indeplaatsstelling is tussen appellant en Vestia geen (stilzwijgende) huurovereenkomst tot stand gekomen.

De rechtsvoorgangster van Vestia heeft met de broer van appellant in 1997 een huurovereenkomst gesloten met betrekking tot een bedrijfsruimte. Aanvankelijk exploiteerde de broer in de bedrijfsruimte een snackbar, welke activiteit vanaf 1 maart 2013 is overgenomen door appellant. Door de broer zijn ten behoeve van appellant aan Vestia een tweetal verzoeken tot indeplaatsstelling (art. 7:307 BW) gedaan. Die verzoeken heeft Vestia afgewezen.

De huurovereenkomst met de broer van appellant is daarna op 1 maart 2015 geëindigd. Bij brief van 8 juni 2015 heeft Vestia laten weten ermee bekend te zijn dat appellant sinds 1 maart 2013 feitelijk gebruiker is van het gehuurde en dat indeplaatsstelling uitdrukkelijk niet was toegestaan. Zij heeft appellant gesommeerd het gehuurde per uiterlijk 30 juni 2015 te ontruimen. Hieraan heeft appellant geen gehoor gegeven.

Daarop heeft Vestia in kort geding ontruiming van de bedrijfsruimte gevorderd. Naar Vestia heeft aangevoerd heeft appellant recht noch titel voor verblijf in het gehuurde. Deze vordering is door de voorzieningenrechter in eerste aanleg toegewezen. Daarbij is onder meer overwogen dat het eigendomsrecht van Vestia in het geding is, dat Vestia zich niet heeft verbonden de bedrijfsruimte in gebruik te verstrekken, ook niet voor een proefperiode, en dat dit ook niet kan worden afgeleid uit het enkele feit dat appellant de bedrijfsruimte in gebruik heeft.

De hiertegen door appellant ingebrachte grieven falen. Het hof stelt voorop dat er geen enkele aanwijzing is dat Vestia ter zake van de bedrijfsruimte ooit uitdrukkelijk een huurovereenkomst met appellant is aangegaan. Er is geen schriftelijke noch een mondelinge huurovereenkomst met appellant gesloten, terwijl Vestia de verzoeken van de broer om appellant als huurder in zijn plaats te stellen nota bene uitdrukkelijk heeft geweigerd.

Vestia heeft zich evenmin stilzwijgend tot een huurovereenkomst met appellant verbonden. Het feit dat appellant persoonlijk huurbetalingen deed, maakt niet dat hij zich jegens Vestia

heeft verbonden om huurpenningen te betalen, noch dat Vestia zich verbonden heeft om de bedrijfsruimte niet meer aan diens broer maar aan appellant zelf in gebruik te verstrekken. Kortom, appellant mocht er niet redelijkerwijs op vertrouwen dat Vestia hem als huurder had geaccepteerd. De situatie van artikel 6:35 BW doet zich niet voor.

Marco Verdonk

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 29-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:3685

Zaaknummer: 200.175.231-01

Rechters: M.A.F. Tan-de Sonnaville, J.E.H.M. Pinckaers en G. Dulek-Schermers

Advocaten: R.A.U. van Juchter Bergen Quast en M.A. van Kleef

Wetsartikelen: 7:307 BW

RECHTSPRAAK

X/Aruba Bank

De Hoge Raad verankert de bijzondere zorgplicht jegens de particuliere borg (HR Van Lanschot/Bink) nog steviger door te oordelen dat een dergelijke bijzondere zorgplicht tevens geldt voor een ervaren zakenman die als borg voor een vriend optreedt.

Een zelfverklaard ervaren zakenman heeft zich in april 2010 borg gesteld voor de schulden van een reeds in november 2009 failliet verklaarde betrokkene (een vriend van de zakenman), jegens Aruba Bank en Island Finance Aruba (hierna: Aruba Bank c.s.). De borg ging er daarbij van uit dat door zijn borgstelling het faillissement, dat destijds door Aruba Bank was aangevraagd en waartegen door betrokkene reeds hoger beroep was aangetekend, vernietigd zou kunnen worden. Die vernietiging gaat niet door. Niet geheel duidelijk is waarom niet, maar er lijkt sprake te zijn geweest van een misverstand. Bank en betrokkene hebben de rechtbank niet verzocht het faillissement in te trekken, maar hebben in plaats daarvan (vermoedelijk per abuis) verzocht het hoger beroep in te trekken.

Aruba Bank c.s. eist betaling van de borg. De borg stelt gedwaald te hebben bij het aangaan van de overeenkomst van borgtocht. Ook meent hij dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de bank hem onder deze omstandigheden aanspreekt. Het GEA (de rechtbank in eerste aanleg) geeft hem gelijk, het Gemeenschappelijk Hof van Justitie niet. De Hoge Raad vernietigt en verwijst terug.

Interessant is met name de overweging van de Hoge Raad omtrent de bijzondere zorgplicht die op de bank rust. De Hoge Raad herhaalt het uitgangspunt dat een professionele kredietverstrekker een bijzondere zorgplicht heeft jegens een particuliere borg, die ertoe strekt te verzekeren dat laatstgenoemde zich bewust is van de risico's die hij aangaat door zich borg te stellen voor de schuld van een derde. De invulling van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. Daartoe behoort de aard van de relatie tussen de beoogde borg en de schuldenaar. (HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7632, NJ 1991/759 (*Van Lanschot/Bink*)). In dat licht getuigt het oordeel van het hof dat Aruba Bank c.s. hier geen bijzondere zorgplicht hadden, van een onjuiste rechtsopvatting. De omstandigheid dat de

borgtocht is aangegaan door een particulier die een ervaren zakenman is, maakt dit niet anders.

Voor zover het hof wel van deze bijzondere zorgplicht uit is gegaan, is het oordeel dat de dwaling van de borg voor zijn eigen rekening moet blijven, onvoldoende gemotiveerd in het licht van zijn stellingen. Die stellingen komen er kort gezegd op neer dat Aruba Bank c.s. niet zelf in contact met de borg zijn getreden, maar dit contact via de failliet hebben laten lopen; dat Aruba Bank c.s. wisten dat de borg bevriend was met de failliet; dat de failliet thuis bij de borg is gekomen en heeft aangegeven dat het faillissement nog de volgende dag opgeheven kon worden indien hij zich borg zou stellen en ook die avond nog een borgtocht is opgemaakt; dat de borg een 'self made man' zonder juridische kennis is.

Met dit oordeel verankert de Hoge Raad de bijzondere zorgplicht jegens de particuliere borg (zie met name *HR Van Lanschot/Bink*, ECLI:NL:HR:1990:AB7632) nog steviger, vooral door erop te wijzen dat een dergelijke bijzondere zorgplicht tevens geldt voor een ervaren zakenman die als borg voor een vriend optreedt.

A.L. Jonkers, april 2016

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 01-04-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:543

Zaaknummer: 15/02337

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

Advocaten: J. den Hoed

Wetsartikelen: 6:228 BW

RECHTSPRAAK

Het hof gaat in op een botsing tussen een retentierecht en een hypotheekrecht. Rechtbank en hof komen tot een gelijke uitkomst – voorrang voor het retentierecht – maar via een verschillende weg.

In februari/maart 2011 heeft Heja Projectontwikkeling B.V. met een aannemer een overeenkomst gesloten voor de nieuwbouw van acht woningen. De aannemer heeft een hekwerk, voorzien van een bord met de tekst 'verboden voor onbevoegden', rond het bouwterrein geplaatst dat afgesloten kon worden met een slot. Heja was eigenaresse van (in ieder geval) een van de woningen, waarop op 13 mei 2011 een hypotheekrecht is gevestigd ten behoeve van X. Op 29 november 2011 heeft de aannemer een extra hekwerk geplaatst rond deze woning, en een bord met de tekst dat zij haar retentierecht uitoefent. Op 13 april 2012 is Heja failliet verklaard. De rechtbank had geoordeeld dat het retentierecht pas vanaf 29 november 2011 werd uitgeoefend. Daartoe overwoog de rechtbank onder meer dat voor het bestaan van een retentierecht sprake moet zijn van een opeisbare vordering. Het hof oordeelt daarentegen dat de vordering van de retentor niet opeisbaar hoeft te zijn. Omdat de aannemer vanaf 11 april 2011 feitelijke macht had over de onroerende zaak, moet deze datum volgens het hof gelden als de dag waarop het retentierecht is ontstaan. Anders dan de rechtbank oordeelde, is het retentierecht dan ook eerder ontstaan dan het hypotheekrecht. De rechtbank had geoordeeld dat het retentierecht, ook al was het volgens de rechtbank na het hypotheekrecht ontstaan, voorgaat op het hypotheekrecht omdat is voldaan aan de in artikel 3:291 lid 2 BW gestelde voorwaarden. Het hof oordeelt tevens dat het retentierecht, dat volgens het hof eerder ontstond dan het hypotheekrecht, voorgaat. Er is niet gegriefd tegen het oordeel van de rechtbank dat Heja (in de zin van art. 3:291 lid 2 BW) bevoegd was de overeenkomst van aanneming te sluiten met de aannemer. De hypotheekhouder heeft wel gewezen op vaste jurisprudentie van de Hoge Raad inhoudende dat het retentierecht alleen tegen derden kan worden ingeroepen als de feitelijke macht over de desbetreffende (onroerende) zaak op een voor derden voldoende duidelijke wijze wordt uitgeoefend (HR 15 februari 1991, *NJ* 1991/628 HR 23 juni 1995, *NJ* 1996/216). Volgens de hypotheekhouder was dat hier niet het geval, althans niet tot 29 november 2011. Volgens het hof gaat die rechtsregel echter niet op, omdat in het onderhavige geval het retentierecht wel kenbaar gemaakt is aan derden (en op voldoende duidelijke manier), hoewel pas na verloop van tijd omdat er eerder geen aanleiding was dit

kenbaar te maken. Volgens het hof zou, nu het retentierecht zou zijn voorgegaan zelfs als het jonger was geweest dan het hypotheekrecht, moeten gelden dat het ook voorgaat nu vastgesteld is dat het een ouder recht is dan het hypotheekrecht. *A.L. Jonkers, 3 april 2016*

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-03-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:1179

Zaaknummer: 200.144.378_01

Rechters: S.M.A.M. Venhuizen, J.Th. Begheyn en H.A.G. Fikkers

Advocaten: M. van Sintmaartensdijk en E.D. van der Minne

Wetsartikelen: 3:291 BW

RECHTSPRAAK

Justus Magnus vs. Aannemingsbedrijf

Aannemingsbedrijf beroept zich terecht op retentierecht nadat wederpartij niet voldoet aan haar verplichting tot vestigen van hypotheek.

Tussen Justus Magnus en het Aannemingsbedrijf ligt een overeenkomst voor de bouw van appartementen. In deze overeenkomst is een zekerheidsclausule opgenomen die bepaalt dat indien Justus Magnus niet meer aan zijn verplichtingen kan voldoen, het aannemingsbedrijf een aantal appartementen in 'onderpand' krijgt.

Ter beoordeling staat de stelling van Justus Magnus dat het aannemingsbedrijf jegens haar toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van zijn verbintenissen uit de aannemingsovereenkomst. Die tekortkoming bestaat er volgens Justus Magnus onder meer uit dat het bedrijf ten onrechte een retentierecht heeft uitgeoefend op de bouwlocatie en de bouw heeft stilgelegd en niet heeft hervat.

Het hof stelt vast dat tussen partijen niet wordt betwist dat de zekerheidsclausule Justus Magnus verplichtte tot het vestigen van een recht van hypotheek op een aantal appartementen. Het hof concludeert dat Justus Magnus niet aan deze verplichting heeft voldaan en dat, op grond van artikel 3:290 BW, de bevoegdheid aan het aannemingsbedrijf toekwam de nakoming van zijn verplichting tot afgifte van een zaak aan Justus Magnus op te schorten, totdat zijn vordering inzake de vestiging van een recht van hypotheek zou zijn voldaan. Het aannemingsbedrijf was bevoegd op te schorten en was niet gehouden zijn werkzaamheden te hervatten. Dat tussen partijen een geschil was ontstaan over wat de stand van het werk was, doet niet af aan de verplichting van Justus Magnus hypotheek te vestigen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 22-03-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:2301

Zaaknummer: 200.142.241

Rechters: J.H. Lieber, C.J.H.G. Bronzwaer en J. Ekelmans

Advocaten: F.A.M. Knuppe en T. van der Meeren

Wetsartikelen: 3:290 BW

RECHTSPRAAK

Astrimex/Nijhuis

Astrimex heeft bouwmaterialen onder eigendomsvoorbehoud geleverd aan een onderaannemer, die ze vervolgens direct heeft doorgeleverd aan hoofdaannemer Nijhuis. De onderaannemer is failliet verklaard. Het komt aan op de vraag of de verkoop en levering van de materialen aan Nijhuis plaatsvond in de normale bedrijfsuitoefening van de onderaannemer. Het hof oordeelt van wel, zodat Nijhuis eigendom heeft verkregen.

Astrimex heeft bouwmaterialen met een waarde van ruim € 20.000 geleverd aan een onderaannemer van Nijhuis. Astrimex heeft een eigendomsvoorbehoud bedongen op de bouwmaterialen. Opgenomen is dat: 'koper bevoegd [is] de goederen waarop een eigendomsvoorbehoud rust, binnen het kader van zijn normale bedrijfsuitoefening te gebruiken. Hieronder is in dit verband echter niet begrepen het bezwaren van goederen met (zekerheids)rechten.'

Tussen Nijhuis en de onderaannemer is afgesproken dat de bouwmaterialen die de onderaannemer koopt direct worden doorverkocht en geleverd aan Nijhuis. Nijhuis stelt de koopprijs tevens al voldaan te hebben, deels door verrekening. De onderaannemer is failliet. Astrimex maakt aanspraak op de bouwmaterialen, terwijl Nijhuis meent de materialen gekocht te hebben en geleverd te hebben gekregen.

De vraag die voorligt, is of de onderaannemer beschikkingsbevoegd was en Nijhuis dus van een beschikkingsbevoegde heeft verkregen. Het komt in dat verband aan op de vraag of de verkoop en levering van de materialen aan Nijhuis plaatsvond in de normale bedrijfsuitoefening van de onderaannemer en daarmee op hetgeen de onderaannemer en Astrimex dienaangaande over en weer redelijkerwijs hebben mogen begrijpen en verwachten.

Nijhuis heeft naar het oordeel van het hof voldoende aangetoond dat een beding zoals hier gehanteerd, inhoudende dat de onderaannemer direct doorverkoopt en levert aan de hoofdaannemer, gebruikelijk is in de branche, mits ook direct betaald wordt voor de

materialen. Het hof komt tot de conclusie dat verkoop en levering door de onderaannemer aan Nijhuis hier dan ook viel onder de normale bedrijfsuitoefening van de onderaannemer, zodat geldig geleverd is aan Nijhuis.

A.L. Jonkers, april 2016

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 08-03-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:1819

Zaaknummer: 200.167.148

Rechters: W.L. Valk, A.A. van Rossum en Th.C.M. Willemse

Advocaten: J.W. Hilhorst en M.S. Sprik

RECHTSPRAAK

Eiser/International Card Services

Weigering schuldeiser om in te stemmen met buitengerechtelijk saneringsvoorstel. Eiser heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zijn schuldeiser naar redelijkheid aanvaarding van het aanbod niet had kunnen weigeren en dat hij daarmee misbruik van bevoegdheid maakt.

Eiser, een inmiddels gepensioneerd beleggingsadviseur, heeft zijn crediteuren een buitengerechtelijk saneringsvoorstel gedaan, hetgeen heeft geresulteerd in een, met uitzondering van gedaagde ICS, door alle crediteuren getekende vaststellingsovereenkomst. Het voorstel houdt in dat de schuldeisers ermee instemmen 37 procent op hun vordering te ontvangen. Volgens eiser heeft ICS ten onrechte niet met het voorstel ingestemd omdat ICS bij faillissement of toepassing van de schuldsaneringsregeling minder ontvangt dan zij in een minnelijke regeling zou ontvangen. Met haar weigerachtige houding handelt ICS onrechtmatig (art. 3:13 BW), aldus eiser.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter legt ICS met haar weigering om in te stemmen met het voorstel gegeven de omstandigheden echter geen onredelijke houding aan de dag. Onvoldoende aannemelijk is geworden dat het saneringsvoorstel (jegens ICS) door eiser voldoende deugdelijk onderbouwd is en evenmin dat het kwijtingsvoorstel is opgesteld door een onafhankelijke professional. Eiser heeft het saneringsvoorstel immers zelf, al dan niet tezamen met zijn advocaat, opgesteld. Bovendien heeft ICS, aldus de voorzieningenrechter, in tegenstelling tot het gros van de overige crediteuren, geen onzekere 'beleggingsvordering' (waarvan niet vast staat of (moeilijk) kan worden vastgesteld wat exact de hoogte is van de vordering), maar een concreet opeisbare vordering uit hoofde van een door haar aan eiser verstrekt consumptief krediet ter hoogte van ongeveer € 26.000. De voorzieningenrechter acht voldoende aannemelijk geworden dat die vordering in de bodemprocedure zal worden toegewezen.

Hier komt volgens de voorzieningenrechter bij dat het saneringsvoorstel de waarborgen ontbeert die de Faillissementswet biedt bij de totstandkoming en de gevolgen van een

buitengerechtelijk schuldeisersakkoord met betrekking tot de vaststelling van en het toezicht op de vermogenspositie van de schuldenaar door de curator, de bewindvoerder en de rechter-commissaris. De ten behoeve van de uitvoering van het saneringsvoorstel door de beleggers opgerichte vereniging volstaat in dat opzicht niet. De voorzieningenrechter oordeelt dat de vordering tot medewerking aan het saneringsplan reeds daarom – nog daargelaten het antwoord op de vraag of een dergelijke vordering zich, gelet op het karakter van de vordering tot medewerking, leent voor toewijzing in kort geding en of er een voldoende spoedeisend belang is bij toewijzing van de vordering – wordt afgewezen. Eiser heeft met zijn stellingen onvoldoende aannemelijk gemaakt dat ICS naar redelijkheid aanvaarding van het aanbod niet had kunnen weigeren en dat hij aldus misbruik van bevoegdheid maakt.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 14-03-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2016:914

Zaaknummer: C/o8/183398 / KG ZA 16-77

Rechters: J.H. van der Veer

Advocaten: G.W. Weenink en E.H.J. Slager

Wetsartikelen: 3:13 BW en 7:900 BW

RECHTSPRAAK

X/Schreurs q.q.

Geschil over uitwinning van pandrechten en termijnstelling door curatoren (art. 58 Fw). De ex artikel 58 Fw gestelde termijn ziet alleen op reeds openbaar gemaakte pandrechten. Een onredelijke termijn is geen termijn ex artikel 58 FW, zodat verlenging van deze termijn door de rechter-commissaris geen rechtsgevolg heeft.

Tussen curatoren Stadig en Schreurs enerzijds en de echtgenote van de failliet en de familiestichting anderzijds is een conflict ontstaan rond de uitwinning van pandrechten door de echtgenote en de Stichting lopende het faillissement

De rechtbank herhaalt uitgebreid de rechtsregels vervat in HR *ING/Verdonk q.q.* en HR *Mulder/CLBN*. Het faillissement is op 16 april 2013 uitgesproken. Op 19 april heeft de echtgenote mededeling gedaan van haar pandrechten aan een zevental debiteuren. Op 1 mei is naar het oordeel van de rechtbank de termijn verlopen waarbinnen de curatoren niet tot actief innen van stil verpande vorderingen mogen overgaan. Op 7 mei hebben curatoren aan de echtgenote en de Stichting een termijn als bedoeld in artikel 58 Fw gesteld, van zeven dagen. Die termijn kan volgens de rechtbank alleen zien op de toen al openbaar gemaakte pandrechten. De Stichting heeft pas op 28 juni mededeling aan de debiteuren gedaan. Daarna is aan de Stichting geen termijn als bedoeld in artikel 58 Fw gesteld door de curatoren, zodat curatoren na 28 juni niet meer inningsbevoegd waren ten aanzien van die vorderingen. Ook ten aanzien van een stil pandrecht op een aandeel in een winkelcentrum in Berlicum geldt volgens de rechtbank dat dit pandrecht nog niet openbaar gemaakt is (tot op heden) zodat de termijnstelling van artikel 58 Fw van 15 oktober 2013 door curatoren geen effect heeft kunnen sorteren. Volgens de rechtbank kan een dergelijke termijnstelling kort gezegd niet zien op stille verpanding. Door de Stichting en de echtgenote is overigens nog gesteld dat artikel 58 Fw in het algemeen niet van toepassing zou zijn op pandrechten op vorderingen. De rechtbank gaat daar echter niet in mee.

De rechtbank beoordeelt de lengte van zeven dagen van de door de curatoren gestelde termijn ex artikel 58 Fw onredelijk. In het algemeen wordt in de jurisprudentie een termijn van

veertien dagen als redelijk aangenomen. De rechtbank ziet niet in waarom hier de zekerheidsgerechtigden maar de helft van die normaal redelijke termijn gegund is. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat het feit dat de termijn niet redelijk is, moet leiden tot het oordeel dat de termijn niet aangemerkt kan worden als een termijn als bedoeld in artikel 58 Fw, en er dus geen termijn gesteld is. Het feit dat de rechter-commissaris de termijn verlengd heeft (met zes weken), doet daar niet aan af, omdat een niet bestaande termijn niet verlengd kan worden. De rechtbank geeft toe dat uit een conclusie van A-G Wuisman (bij HR 1 maart 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ2776)) anders lijkt te volgen, maar dit is (nog) geen vaste rechtspraak.

Dit leidt ertoe dat de rechtbank voor recht verklaart dat de curatoren geen beroep toekomt op het verstrijken van de door hen op 7 mei en 14 oktober 2013 gestelde termijnen. Ook moeten de curatoren aan de pandhouders een overzicht verschaffen van de door curatoren geïnde vorderingen waarop de pandhouders een pandrecht hebben, en dienen ze zicht te onthouden van verdere uitwinning van de met openbare pandrechten belaste goederen, op straffe van verbeurte van een dwangsom.

A.L. Jonkers, april 2016

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 09-03-2016

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2016:1936

Zaaknummer: C/03/189187 / HA ZA 14-146

Rechters: K.A.J.C.M. van den Bergh Jeths-van Meerwijk

Advocaten: M.W. Steenpoorte en Q.L.C.M. Bongaerts

Wetsartikelen: 58 Fw

RECHTSPRAAK

Werknemer/Bestuurders

Bestuurdersaansprakelijkheid: Beklamelnorm. Het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in de omstandigheden dat deugdelijke financiering van de vennootschap ontbreekt, vormt zodanig onverantwoord opereren dat de bestuurder daarvan een verwijt kan worden gemaakt.

Geïntimeerden 1 en 2 zijn sinds haar oprichting in oktober 2012 statutair bestuurders van A B.V. Appellant is per 1 april 2013 in dienst getreden van A B.V. De arbeidsovereenkomst, die namens A B.V. is aangegaan door geïntimeerde 1, gold voor onbepaalde tijd. In de loonbetaling is vanaf 22 april 2013 een achterstand ontstaan. Om die reden heeft appellant zijn werkzaamheden per 17 juni gestaakt.

Appellant heeft A B.V. in kort geding gedagvaard ter zake van betaling van loon en emolumenten. Die vordering is toegewezen voor de periode 22 april tot 17 juni. De vordering is afgewezen voor zover het de periode na 17 juni 2013 betreft met als motivering dat daarvoor nader feitenonderzoek nodig is, dat het kader van het kort geding te buiten gaat.

A B.V. heeft aan het vonnis niet voldaan en is op 5 november 2013 failliet verklaard. De curator heeft de arbeidsovereenkomst met appellant op 7 november 2013 opgezegd. In deze procedure draait het om de vraag of geïntimeerden primair als bestuurders van A B.V. en subsidiair persoonlijk aansprakelijk zijn voor de door hem gevorderde schade.

Ter onderbouwing heeft appellant aangevoerd dat geïntimeerde 1 met hem namens A B.V. een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan, dat geïntimeerde 2 dit heeft bewerkstelligd, terwijl geïntimeerden op dat moment wisten of behoorden te weten dat de vennootschap volstrekt ontoereikende financiële middelen had om die overeenkomst na te komen en geen verhaal zou bieden.

De vordering van appellant is in eerste instantie afgewezen. Naar het oordeel van de rechtbank heeft appellant niet voldoende geconcretiseerd in welke zin geïntimeerden een ernstig en persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Tegen dit oordeel komt appellant in hoger

beroep succesvol op.

Het hof is van oordeel dat geïntimeerde 1 op het moment dat hij de arbeidsovereenkomst met appellant aanging, wist of behoorde te weten dat A B.V. die overeenkomst niet na kon komen. Het hof acht daarbij van belang dat op dat moment duidelijk was dat gelden die beschikbaar zouden moeten komen uit een eerste geldlening niet waren verstrekt, dat de bestuurders zich daarover blijkens de notulen van de aandeelhoudersvergadering zorgen maakten, en naar alternatieve financiering zochten. Niet is aangetoond dat over deze alternatieve financiering op dat moment zekerheid bestond. Van belang is verder dat ook de curator heeft geconstateerd dat de onderneming is gestart zonder deugdelijke financiering. Het onder deze omstandigheden aangaan van verplichtingen namens de vennootschap vormt een zodanig onverantwoord opereren, dat geïntimeerde 1 daarvan persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken.

De vorderingen tegen geïntimeerde 2 worden afgewezen.

Marco Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 08-03-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:1811

Zaaknummer: 200.158.819

Rechters: C.G. ter Veer, H.C. Frankena en R.A. van der Pol

Advocaten: C.J.A.M. Bots en F.A. Geevers

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Pandelitschka q.q./X.

Ingevolge het arrest Mr. Tiethof q.q./NMB kan de huurder tegenover de boedel van de gefailleerde verhuurder geen beroep doen op de ruimere verrekeningsmogelijkheid van artikel 53 Fw, nu de door haar ingeroepen loonvordering geen verband houdt met haar huurschuld.

Tussen gedaagde en de gefailleerde vennootschap bestond een arbeidsovereenkomst, die door de curator is opgezegd. Tussen gedaagde en de gefailleerde was tevens sprake van een huurovereenkomst, op grond waarvan gedaagde een woning van de gefailleerde huurde. De huurprijs van de woning werd maandelijks verrekend met het salaris dat de gefailleerde aan gedaagde uitbetaalde. De gefailleerde had op haar beurt eveneens een huurovereenkomst met de eigenaar van de woning. Deze huurovereenkomst is door de curator opgezegd.

De curator vordert in dit geding betaling van achterstallige huur. Deze vordering wordt door gedaagde niet betwist. Door gedaagde is hiertegen aangevoerd dat de curator haar op grond van de arbeidsovereenkomst nog loon verschuldigd is. Zij houdt het ervoor dat zij bevoegd is om deze vordering te verrekenen met de vordering van de curator.

Naar het oordeel van de rechtbank moet op de ruimere verrekeningsmogelijkheid van artikel 53 Fw echter een uitzondering worden gemaakt als de huurder een na faillietverklaring van de verhuurder ontstane huurschuld, die voortvloeit uit een reeds daarvoor gesloten huurovereenkomst, wil verrekenen met een vordering die met de huurovereenkomst geen verband houdt (HR 22 december 1989, NJ 1990, 661 (*Mr. Tiethof q.q./NMB*)). Dat geval doet zich hier voor.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 02-03-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:823

Zaaknummer: 4392882

Rechters: K. de Meulder

Advocaten: P.C.M. Dessing en K. Spee

Wetsartikelen: 53 Fw, 39 lid 1 Fw en 40 Fw

RECHTSPRAAK

Aarnink q.q./X

De bestuurder heeft niet aan zijn administratieplicht voldaan, zodat onbehoorlijk bestuur vaststaat, en vermoed wordt dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (art. 2:248 lid 2 BW). De bestuurder slaagt niet in het ontzenuwen van dit vermoeden.

De curator in het faillissement van Powertech Projects & Contracts B.V. stelt primair de bestuurder aansprakelijk voor het faillissementstekort wegens onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 BW). De curator heeft aangevoerd dat de administratie niet op orde is, wat niet is betwist door de bestuurder. Daarmee staat onbehoorlijk bestuur vast, en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

De bestuurder heeft een poging gedaan dat vermoeden te ontzenuwen, maar naar het oordeel van de rechtbank is hij daar niet in geslaagd. Ten eerste is aangevoerd dat de vliegcrash in Oekraïne oorzaak van het faillissement zou zijn geweest. Omdat de activiteiten van Powertech al lang voor die vliegcrash gestaakt waren, overtuigt dat niet. Hetzelfde geldt voor de opzegging van het krediet door de Rabobank als eventuele oorzaak van het faillissement. Toen Rabobank opzegde, kwam Powertech al geruime tijd haar verplichtingen niet na. Ook heeft de bestuurder nagelaten een plan van aanpak op te stellen ten behoeve van de Rabobank. Ook is niet voldoende aannemelijk gemaakt dat het niet doorgaan van een aantal potentiële projecten belangrijke oorzaak van faillissement is geweest.

De rechtbank verklaart voor recht dat de bestuurder van Powertech zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, als bedoeld in artikel 2:248 BW. Het voorlopige tekort van € 332.000 is niet betwist, zodat het door de curator gevorderde voorschot van € 200.000 voor toewijzing in aanmerking komt. De bestuurder mag niet verrekenen met een vordering die hij nog op Powertech meent te hebben, omdat zijn aansprakelijkheid onder artikel 2:248 BW een aansprakelijkheid jegens de boedel is en niet jegens Powertech.

A.L. Jonkers, april 2016

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 02-03-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2016:885

Zaaknummer: C/08/164814 / HA ZA 14-582

Rechters: A.H. Margadant

Advocaten: I. de Boer en J.M. Wagenaar

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Curator/WRM

De curator kan niet worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 10 Fw, nu zij haar verzoek niet indient ter voorkoming van ‘vergeefse kosten’.

De curator heeft op grond van artikel 10 lid 1 Fw verzet aangetekend tegen de faillietverklaring van WRM B.V., bij welk vonnis zij in hoedanigheid is benoemd. Volgens de curator was de rechtbank relatief onbevoegd het faillissement uit te spreken (art. 2 lid 1 Fw). Dit maakt het faillissement naar de curator aanvoert vernietigbaar. De curator stelt zich op het standpunt dat zij bij die vordering (pro se) belanghebbende is, omdat zij, bij een voortdurend van het faillissement, mogelijk de door haar gemaakte kosten niet vergoed krijgt uit de boedel (vgl. ECLI:NL:HR:2015:3636).

Naar de rechtbank overweegt is daarmee de vraag aan de orde of de curator haar verzet heeft ingesteld ter voorkoming van zgn. ‘vergeefse kosten’, nu uit de lagere rechtspraak volgt dat de curator in dat geval kan worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 10 Fw. Met vergeefse kosten zijn bedoeld kosten die worden gemaakt in een faillissement als blijkt dat er (na eerdere faillietverklaring) onvoldoende baten zijn om de kosten van het faillissement te dekken, aldus de rechtbank.

De rechtbank is van oordeel dat de kosten die de curator in dit faillissement heeft gemaakt geen vergeefse kosten zijn. Het gaat hier om kosten die hoe dan ook gemaakt zouden zijn. De kosten zullen bij het voortduren van het faillissement bij voorrang uit de boedel moeten worden betaald. Opposant zal aldus in gelijke rang meedelen met een eventueel nieuw te benoemen curator, die het werk dat opposant al heeft verricht niet opnieuw hoeft te doen.

Naar het oordeel van de rechtbank zal een vernietiging van het faillissement, dat ongetwijfeld zal leiden tot een nieuw faillissementsverzoek en daaropvolgend faillissement, enkel leiden tot meer kosten, die uiteindelijk ten nadele van de gezamenlijke crediteuren komen. Derhalve is de rechtbank van oordeel dat de curator in deze situatie niet kan worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 10 lid 1 Fw, nu zij haar verzoek niet indient ter voorkoming van vergeefse kosten.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 01-02-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:1459

Zaaknummer: C/16/15/920 F

Rechters: D.M. Staal

Advocaten: M. Koscielniak

Wetsartikelen: 10 lid 1 Fw