

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 09, 2016

Nummer 9, 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:2016:665](#) 15-04-2016

curator Lithium Entertainment/Heineken

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:1519](#) 14-04-2016

Timmerwerken/Glas B.V.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:708](#) 29-03-2016

Rabobank/X

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:1354](#) 15-03-2016

Patelot

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:5735](#) 07-04-2015

Van der Schee q.q./ING Bank N.V.

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:1891](#) 07-04-2016

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:2588](#) 06-04-2016

Boele/Mauritsweg

Antillen

[Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba, ECLI:NL:OGEEA:2016:239](#) 16-03-2016

Rep q.q./X

RECHTSPRAAK

curator Lithium Entertainment/Heineken

Heineken mag haar boedelvordering ex artikel 39 Fw verhalen onder haar pandrecht op de bedrijfsinventaris van Lithium Entertainment B.V. Artikel 21 lid 2 IW staat hier niet aan in de weg, omdat de boedelvordering van Heineken niet concurreert met de preferente faillissementsvordering van de Ontvanger. Belangenbehartiging ex artikel 57 lid 3 Fw door de curator is hier dan ook niet aan de orde. Dat de curator zelf een hoger gerangschikte boedelvordering dan Heineken heeft, maakt dat niet anders.

Lithium Entertainment B.V., handelend onder de naam Megacub L.E.F., (hierna: LEF) huurde een horecabedrijfspan van Heineken voor € 250.000 per jaar. LEF heeft in 2008 aan Heineken een (bezitloos) pandrecht verstrekt op onder andere de inventaris. Het pandrecht was verstrekt voor vorderingen uit verhuur en andere vorderingen uit welken hoofde dan ook. Op 13 april 2011 heeft de Belastingdienst executoriaal beslag op de bedrijfsinventaris gelegd. Op 31 mei 2011 is LEF failliet verklaard. Op 7 september 2011 heeft de curator de huur opgezegd. De verschuldigde huur over de boedelperiode bedroeg ruim € 80.000. Heineken heeft haar pandrecht op de inventaris geëxecuteerd door verkoop en levering aan haarzelf voor een prijs van € 50.000. De curator heeft op grond van artikel 57 lid 3 FW jo. artikel 21 lid 2 IW afdracht van de executieopbrengst geëist. Er is slechts zo'n € 14.000 aan baten in de boedel, en alleen de salarismvordering van de curator bedraagt al bijna € 70.000. Verder heeft de fiscus een preferente faillissementsvordering van ruim een ton, en staan er vorderingen van concurrente crediteuren (m.n. Heineken) open van bijna een miljoen.

De vragen die voorliggen bij de Hoge Raad zijn (1) of het pandrecht van Heineken tevens voor de boedelvordering geldt, en zo ja, (2) of er ruimte is voor behartiging door de curator ex artikel 57 lid 3 FW van de belangen van de fiscus, die hier slechts een preferente faillissementsvordering heeft.

Bij de beantwoording van de eerste vraag stelt de Hoge Raad voorop dat faillissement op

zichzelf geen wijziging brengt in de verbintenissen uit een overeenkomst en ook na faillissement de gefailleerde, en niet de boedel, aldus de huurder blijft. Voorts had de Hoge Raad in *DLL/Van Logtesteyn* (HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, *NJ* 2016/48) de vraag of pandhouder staande het faillissement van zijn pandgever verhaal kan nemen op de opbrengst van de uitwinning van voorafgaand aan het faillissement gevestigde pandrechten, voor een vordering die is ontstaan op of na de dag van de faillietverklaring van de pandgever, reeds bevestigend beantwoord, mits die vordering voortvloeit uit een op de dag van faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde. De Hoge Raad bevestigt nu dat dit ook geldt indien een verhuurder een pandrecht van zijn huurder heeft bedongen tot zekerheid van betaling van toekomstige huurpenningen.

Dat artikel 39 Fw de huurprijs vanaf de dag van faillietverklaring boedelschuld maakt, doet hier volgens de Hoge Raad niet aan af. De redenering van de Hoge Raad komt erop neer dat met dit onderdeel van artikel 39 Fw bedoeld is de positie van de verhuurder te versterken. Daarmee zou zich niet goed verhouden dat de kwalificatie tot boedelschuld maakt dat Heineken haar vordering niet onder haar pandrecht mag verhalen.

In antwoord op de tweede vraag oordeelt de Hoge Raad dat de boedelvordering van Heineken niet concurreert met de faillissementsvordering van de Ontvanger. De voorrang die de Ontvanger op basis van artikel 21 IW heeft ten opzichte van de stil pandhouder ten aanzien van bodemzaken van de belastingschuldige, gaat dan ook niet op. Voor belangenbehartiging door de curator als bedoeld in artikel 57 lid 3 Fw is dan ook geen ruimte. Ook de klacht van de curator dat de executieopbrengst van bodemzaken mede dient te worden aangewend voor hoger gerangschikte boedelvorderingen, zoals het salaris van de curator, kan de curator niet baten. Heineken heeft de executieopbrengst verkregen door gebruikmaking van haar recht van parate executie. Zij kon dat recht uitoefenen alsof er geen faillissement was (art. 57 lid 1 Fw), en in zodanig geval wordt de pandhouder niet betrokken in de omslag van de algemene faillissementskosten (art. 182 lid 1 Fw).

A.L. Jonkers, april 2016

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 15-04-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:665

Zaaknummer: 15/00529

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

Advocaten: A.E.H. van der Voort Maarschalk, R.R. Verkerk en R.M. Hermans

Wetsartikelen: 39 Fw en 21 IW

RECHTSPRAAK

Na afwikkeling faillissement resteert nog € 1,3 miljoen. R-C, curator en bestuur verzoeken curator als vereffenaar aan te stellen. Curator wil niet-verifieerbare rente gaan uitbetalen.

Hier doet het uitzonderlijke geval zich voor dat na (geconsolideerde) afwikkeling van het faillissement van twee vennootschappen een bedrag resteert van circa € 1,3 miljoen.

In de statuten van de vennootschappen is bepaald dat bij ontbinding van de betrokken vennootschap de vereffening geschiedt door het bestuur, tenzij anders door de algemene vergadering van aandeelhouders is bepaald. Na overleg tussen de (indirect) bestuurder, de R-C en de curator is echter een verzoek gedaan de curator als vereffenaar aan te stellen. Die voormalig curator is van plan in elk geval de niet verifieerbare rente aan de schuldeisers te betalen.

Omdat de (indirect) bestuurder zijn instemming heeft gegeven voor het verzoek de curator aan te stellen als vereffenaar, benoemt de rechtbank de curator als vereffenaar op de voet van artikel 23 lid 5 BW.

A.L. Jonkers, april 2016

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 07-04-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:1891

Zaaknummer: C/13/602547 / HA RK 16-58

Rechters: K.M. van Hassel

Advocaten: A.L. op 't Hoog

Wetsartikelen: 2:23 BW

RECHTSPRAAK

Boele/Mauritsweg

De rechtbank ziet de vermogensinstandhoudingsverklaring in deze zaak als garantstelling als bedoeld in artikel 1:88 lid 1 onder c BW, en laat partijen toe in te gaan op de relevantie van een recent arrest van de Hoge Raad over de vraag wat binnen de normale uitoefening van het bedrijf valt.

De gedaagde heeft jegens Boele een zogenoemde vermogensinstandhoudingsverklaring afgegeven, gericht op de verplichtingen van Mauritsweg jegens Boele. Gedaagde stelt dat deze vermogensinstandhoudingsverklaring door zijn echtgenote buitengerechtelijk vernietigd is op grond van artikel 1:89 BW. Boele stelt dat deze vernietigingsgrond niet van toepassing is, onder meer omdat het niet om een garantie als bedoeld in artikel 1:88 lid 1 onder c BW zou gaan. De rechtbank stelt echter vast dat gedaagde aan Boele gegarandeerd heeft dat de door Mauritsweg ontvangen gelden op een bepaalde wijze zouden worden besteed. Een redelijke uitleg van deze verklaring van gedaagde brengt mee dat hij bij niet-nakoming op grond van wanprestatie aansprakelijk is voor de als gevolg daarvan door Boele geleden schade. Dit is aan te merken als een zich sterk maken voor een derde als bedoeld in artikel 1:88 lid 1 onder c BW.

Vervolgens merkt de rechtbank op dat het erop lijkt dat de voorwaarden als bedoeld in artikel 1:88 lid 5 BW waaronder toestemming van de andere echtgenoot achterwege kan blijven zijn aangescherpt door de Hoge Raad in zijn recente arrest van 18 december 2015 (ECLI:NL:HR:2015:3606) en dit van invloed zou kunnen zijn op de beslissing van de rechtbank in deze zaak. De rechtbank laat partijen daarom toe in te gaan op de vraag of sprake is van garantstelling ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap (als bedoeld in art. 1:88 lid 5 BW).

A.L. Jonkers, april 2016

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 06-04-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:2588

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

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

Advocaten: E. Poelenije en R.W. van Harmelen

Wetsartikelen: 1:88 BW

RECHTSPRAAK

Rabobank/X

Borgstelling is ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening aangegaan nu bankfinanciering in het algemeen ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening zal zijn, er een duidelijk winstperspectief was en niet voldoende van bijzondere omstandigheden is gebleken.

De echtgenote van de borg heeft zich op buitengerechtelijke vernietiging beroepen (art. 1:89 BW). De vraag die centraal staat is of een borgtocht van € 100.000 is aangegaan ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf waarin de borg de aandelen hield (art. 1:88 lid 5 BW). De financiering bestond uit een component rekening-courantkrediet € 300.000 en een component financiering voor het aankopen van de goodwill van een oud-zakenpartner. Die goodwill was, zo stellen rechtbank en hof vast, echter al gekocht en betaald op het moment van het aangaan van deze financiering, en deze financiering is volgens de vaststelling van het hof dan ook niet voor het financieren van de aankoop van goodwill gebruikt. Verder staat vast dat er op het moment van het aangaan van de financiering een goede prognose voor omzetstijging was.

Onder die omstandigheden oordeelt het hof, dat voorop stelt dat het verkrijgen van een financiering van een bank in het algemeen genomen zal behoren tot de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap, dat de borgstelling is aangegaan ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf, en toestemming van de echtgenote van de borg dus niet noodzakelijk was.

A.L. Jonkers, april 2016

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 29-03-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:708

Zaaknummer: 200.136.461/01

Rechters: R.F. Groos, A.J.M.E. Arpeau en A.A. Rijperman

Advocaten: L.J. van LPhJ Utenhove en W.S.T. Joha

Wetsartikelen: 1:88 BW

RECHTSPRAAK

Rep q.q./X

Maclou-norm wordt niet van toepassing geacht op 'interne' pro se aansprakelijkheid van ex-curator jegens de boedel. In plaats daarvan geldt een lichtere norm, toepassing waarvan in dit geval volgens het Gerecht in Eerste Aanleg tot aansprakelijkheid van de reeds ontslagen curator leidt.

De gedaagde ex-curator is tien jaar curator in het faillissement van een natuurlijke persoon geweest. Hij is door de rechter ontslagen, met aanstelling van curatoren Rep en De Cuba, die hem in deze procedure pro se aansprakelijk stellen voor de schade van de boedel. Die schade bestaat uit twee componenten: schade doordat hij als ex-curator niet voldoende inlichtingen gaf aan de nieuwe curatoren en zo voor extra kosten zorgde, en schade door mismanagement in de tijd dat hij nog curator was.

Het Gerecht in Eerste Aanleg onderscheidt de hier aan de orde zijnde aansprakelijkheid van de ex-curator jegens de boedel, die het gerecht als 'interne aansprakelijkheid' bestempelt, van de externe aansprakelijkheid van de (ex-)curator jegens schuldeisers van de failliete vennootschap. Volgens het GEA geldt de zogenoemde Maclou-norm van de Hoge Raad voor externe aansprakelijkheid, maar is de norm voor interne aansprakelijkheid lichter. Volgens het GEA heeft als maatstaf te gelden dat de al dan niet ontslagen curator in het belang van de boedel dient te handelen zoals van een redelijk handelend al dan niet ontslagen curator in gelijke omstandigheden mag worden verwacht, bij de beoordeling of vaststelling waarvan de rechter minder terughoudendheid hoeft te betrachten dan bij de Maclou-norm.

Het GEA komt vervolgens tot de conclusie dat die norm geschonden is. De ex-curator heeft daarmee onrechtmatig gehandeld jegens de boedel. De boedel heeft extra kosten gemaakt doordat hij als ex-curator niet voldoende inlichtingen aan de nieuwe curatoren gaf, en de boedel is inkomsten misgelopen door mismanagement, waarvoor de ex-curator pro se aansprakelijk is.

A.L. Jonkers, april 2016

Instantie: Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba

Datum uitspraak: 16-03-2016

ECLI: ECLI:NL:OGEAA:2016:239

Zaaknummer: A.R. no. 461 van 2014

Rechters: A.H.M. van de Leur

Advocaten: G.W. Rep, D. Holwerda-Munk en J.P. Sjiem Fat

RECHTSPRAAK

Patelot

Hof wijst verzoek tot faillietverklaring op eigen aangifte af wegens gebrek aan baten.

De rechtbank heeft het verzoek van Patelot B.V. om op eigen aangifte failliet verklaard te worden, afgewezen. Ook het hof wijst, in lijn met HR *Hoeksma q.q./R.M. Trade* (hoewel daar niet naar verwezen wordt) het verzoek af, op de grond dat er geen te executeren vermogen te verwachten valt terwijl een aan te stellen curator er belang bij heeft om verschoond te blijven van een faillissement waarin op voorhand vaststaat dat alle kosten voor zijn rekening zullen komen. Patelot had wel aangegeven dat de inventaris zo'n € 15.000 waard zou zijn, maar het hof raakt daar niet van overtuigd.

A.L. Jonkers, april 2016

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-03-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:1354

Zaaknummer: 200.185.392/01

Rechters: M.A. Goslings, G.H. Lankhorst en M.L.D. Akkaya

Advocaten: G.J. Boven

Wetsartikelen: 3:13 BW en 1 Fw

RECHTSPRAAK

Timmerwerken/Glas B.V.

Vernietiging van faillissement, appellant verkeert niet in de toestand te hebben opgehouden te betalen.

Glas B.V. heeft het faillissement van Timmerwerken aangevraagd. Tegen dit vonnis komt Timmerwerken in beroep.

Timmerwerken erkent in het beroepsschrift de vordering van Glas B.V. alsook de vorderingen van andere schuldeisers. Zij stelt echter een goed lopend timmerbedrijf te hebben met een positieve exploitatie. Zo verwacht Timmerwerken op korte termijn een substantieel bedrag (€ 100.000) binnen te krijgen waarmee de openstaande rekeningen betaald kunnen worden. Timmerwerken stelt zich slechts vergist te hebben in de termijn die zij in eerste aanleg heeft gekregen om de schuld aan Glas B.V. te voldoen.

Het hof concludeert dat door de erkenning van de schuldeisers door Timmerwerken de pluraliteit van schuldeisers is vast komen te staan. Het hof acht het aan de andere kant aannemelijk gemaakt door Timmerwerken dat zij inderdaad op korte termijn over een substantieel bedrag kan beschikken. Daarbij hebben nagenoeg alle schuldeisers schriftelijk verklaard in te stemmen met een vernietiging van het faillissement. Het hof komt tot de conclusie dat Timmermans niet (langer) verkeert in de toestand waarin is opgehouden te betalen.

S. van Zwam, april 2016

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 14-04-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:1519

Zaaknummer: 200 186 122_01

Rechters: A.P. Zweers-van Vollenhoven, R.R.M. De Moor en J.J. Minnaar

Advocaten: P.E.A.M. Gerritse en J.H.P.M. Verhagen

RECHTSPRAAK

Van der Schee q.q./ING Bank N.V.

Uitgangspunt dat niet-overdraagbaarheidsbedingen slechts verbintenisrechtelijke werking hebben. Beding laat zich echter bij objectieve uitleg niet begrijpen als slechts verbintenisrechtelijke instructie aan partijen.

Tussen de curator van twee detacheringsondernemingen en de bank bestaat een geschil over de geldigheid van de verpanding van vorderingen voortvloeiend uit overeenkomsten die de twee detacheringsondernemingen met hun opdrachtgevers hadden gesloten, nu deze zogenoemde 'niet-overdraagbaarheidsbedingen' bevatten (die op verschillende wijzen zijn geformuleerd). De curator stelt zich op het standpunt dat deze vorderingen niet zijn verpand aan de bank.

In het vonnis waarvan beroep heeft de rechtbank geoordeeld dat de niet-overdraagbaarheidsbedingen in de overeenkomsten – met uitzondering van één overeenkomst met een specifiek niet-overdraagbaarheidsbeding – verbintenisrechtelijke werking hebben en niets afdoen aan de geldigheid van de verpanding van de vorderingen aan de bank.

Bij de beoordeling van de grieven stelt het hof voorop dat de verschillende niet-overdraagbaarheidsbedingen in kwestie naar hun aard mede zijn bestemd om de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de bedoeling van de contracterende partijen niet kennen, en ertoe strekken hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen. Zij moeten daarom worden uitgelegd naar objectieve maatstaven, met inachtneming van de Haviltexmaatstaf, waarbij uitgangspunt is dat de niet-overdraagbaarheidsbedingen uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering van het beding blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in artikel 3:83 lid 2 BW is beoogd (zie HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682 inz. *Coface/Intergamma*). Bij een uitleg naar objectieve maatstaven, met inachtneming van de Haviltexmaatstaf, wordt niet uitsluitend acht geslagen op de bewoordingen van de niet-overdraagbaarheidsbedingen maar onder meer ook op de elders in de overeenkomsten gebruikte formuleringen, op de aannemelijkheid van

de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden, en op eventueel bij de overeenkomsten behorende schriftelijke toelichtingen die voor een buitenstaander, zoals in casu de bank, kenbaar zijn.

Omdat partijen in deze zaak over de partijbedoelingen niets hebben gesteld, gaat het hof aan hun beroep daarop voorbij. Op elders in de overeenkomsten gebruikte formuleringen, voor derden kenbare schriftelijke toelichtingen op die overeenkomsten of andere feiten en omstandigheden die bij een objectieve uitleg als hiervoor bedoeld een rol kunnen spelen, hebben partijen wél een beroep gedaan, zodat het hof bij zijn uitleg van de niet-overdraagbaarheidsbedingen is aangewezen op de formulering daarvan en de consequenties van de interpretatie van die formuleringen, waarbij het hof, tot uitgangspunt dient te nemen dat niet-overdraagbaarheidsbedingen slechts verbintenisrechtelijke werking hebben.

In r.o. 3.4 van het arrest somt het hof vervolgens de niet-overdraagbaarheidsbedingen op die – met toepassing van de hiervoor genoemde uitlegregel – slechts verbintenisrechtelijke werking toekomen omdat die bedingen zijn te begrijpen als een instructie aan – en daarmee een uit een verbintenis voortvloeiende verplichting of een uit een verbintenis voortvloeiend verbod ten laste van – de twee detacheringsondernemingen om (onder meer) de vorderingen op hun opdrachtgevers niet of niet dan met of na toestemming van die opdrachtgevers aan derden over te dragen.

Daarnaast volgt het hof in r.o. 3.5 het oordeel van de rechtbank dat het niet-overdraagbaarheidsbeding in één specifieke overeenkomst wél goederenrechtelijke werking heeft als bedoeld in artikel 3:83 lid 2 BW. Dit niet-overdraagbaarheidsbeding is als volgt geformuleerd: 'Rechten en verplichtingen uit deze Algemene Inkoop Voorwaarden zijn niet overdraagbaar.' Bij toepassing van de objectieve uitlegmaatstaf laat dit beding zich niet begrijpen als slechts een verbintenisrechtelijke instructie aan de partijen bij de overeenkomst om hun vorderingen of rechtspositie niet aan een derde over te dragen. Het desbetreffende beding bepaalt de eigenschappen van (onder meer) de vorderingen die uit de verbintenissen uit de overeenkomst voortvloeien; het ontnemt daaraan de overdraagbaarheid en bewerkstelligt aldus dat een overdracht of verpanding van die vorderingen ongeldig is (zie HR 17 januari 2003, *NJ* 2004/281). Volgens het hof doet daaraan niet af dat het beding niet uitdrukkelijk bepaalt dat aan de niet-overdraagbaarheid goederenrechtelijke werking wordt toegekend.

B. Hoyng, april 2016

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 07-04-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:5735

Zaaknummer: 200.152.363/01

Rechters: A.S. Arnold, P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten en A.C. van Schaick

Advocaten: M.E.G. Murris en E.C. Netten

Wetsartikelen: 3:83 lid 2 BW