

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 10, 2017

Nummer 10, 2017

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:1048](#) 02-05-2017

aandeelhouder SIO/curator

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2017:3042](#) 19-04-2017

WFC/ Bestuurder Mixi Modes

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:2356](#) 19-04-2017

Participaties B.V./Bestuurder Rivo Sports

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:2773](#) 07-03-2017

RECHTSPRAAK

aandeelhouder SIO/curator

Toepassing Maclou-norm. Geen persoonlijke aansprakelijkheid van de curator voor het overdragen van het klantenbestand van failliet en het verlenen van toegang tot een digitaal systeem van failliet met daarin de klantgegevens, aangezien de curator niet wist of had moeten weten dat het digitale systeem behalve door failliet ook door een andere vennootschap werd gebruikt.

Deze uitspraak heeft betrekking op de vraag of de curator persoonlijk aansprakelijk (pro se) is voor het overdragen van het klantenbestand van failliet en het verlenen van toegang tot een digitaal systeem van failliet. Na een korte voorlopige surseance van betaling is op 25 augustus 2011 het faillissement van de Schiedamse Incasso Organisatie B.V. (SIO) uitgesproken. SIO hield zich bezig met het incasseren van vorderingen van derden. Voor de uitvoering van haar werkzaamheden maakte SIO gebruik van een online incassobeheersysteem. In dit systeem bevonden zich de gegevens van alle opdrachtgevers, evenals de lopende dossiers van SIO. De curator heeft het klantenbestand van SIO verkocht aan DAS Incasso Rotterdam B.V. (DAS). DAS heeft vervolgens de klanten van SIO op de hoogte gebracht van het faillissement en aangeboden om de incasso voort te zetten. Bij het bericht van DAS zat eveneens een brief van de curator. Daarin is door de curator toegelicht dat hij heeft geconstateerd dat SIO haar verplichtingen ten opzichte van haar opdrachtgevers in zeer beperkte mate is nagekomen. Daarnaast heeft DAS toegang gekregen tot het digitale systeem met de database met dossiers van SIO.

De middellijk aandeelhouder van SIO (appellant) heeft de curator hierna aangesproken op het feit dat het digitale systeem niet alleen door SIO, maar ook door Invoice Tracker BVBA en het kort voor faillissement opgerichte Invoice Tracker B.V. werd gebruikt. Het verstrekken van de inloggegevens van het digitale systeem, samen met de inhoud van de brief van de curator, is volgens appellant onrechtmatig jegens Invoice Tracker.

De rechtbank heeft de vorderingen in eerste aanleg afgewezen. Het feit dat de curator bedacht had moeten zijn op de mogelijkheid dat niet alleen SIO gebruikmaakte van het digitale

systeem, betekent niet dat hij verantwoordelijkheid draagt voor de eventuele nadelige gevolgen voor Invoice Tracker. Het gefailleerde SIO en Invoice Tracker hebben eerder geen duidelijkheid verschaft over de wijze waarop het systeem door hen beide werd gebruikt. Daarnaast is niet komen vast te staan dat DAS de brief met als bijlage de brief van de curator ook verstuurd heeft aan klanten van Invoice Tracker. De middellijk aandeelhouder gaat in hoger beroep.

De curator verweert zich door te stellen dat op geen enkele wijze door appellant is aangetoond dat in het systeem klanten waren opgenomen van Invoice Tracker. Dit verweer slaagt. Ook oordeelt het hof dat wanneer het er veronderstellende wijze van uit zou gaan dat in het systeem klanten van Invoice Tracker waren opgenomen, de vorderingen van appellant eveneens zouden stranden. Van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator kan pas sprake zijn, indien een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht in de gegeven omstandigheden in redelijkheid niet tot de rechtsbetreffende gedragslijn had kunnen komen; voor persoonlijke aansprakelijkheid is voorts vereist dat de curator het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien (de zogenoemde Maclou-norm). Het gaat er dus om of de curator wist of had moeten weten dat het digitale systeem behalve door SIO ook door Invoice Tracker werd gebruikt. Het hof overweegt dat van de bestuurder van SIO en/of haar middellijk aandeelhouder had mogen worden verwacht dat zij tijdens de surseance, dan wel uiterlijk bij aanvang van het faillissement op niet mis te verstane wijze aan de curator hadden medegedeeld dat SIO bij de uitvoering van de incasso-opdrachten, samen met Invoice Tracker, gebruikmaakte van één en hetzelfde online incassobeheersysteem. Het is niet gebleken dat dit is gebeurd en er zijn ook geen andere feiten gesteld of gebleken waaruit het hof kan afleiden dat de curator hier bekend mee kon of had moeten zijn.

F.A. van Tilburg, mei 2017

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 02-05-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:1048

Zaaknummer: 200.178.614

Rechters: M.J. van der Ven, D.A. Schreuder en P.W. van Baal

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Participaties B.V./Bestuurder Rivo Sports

Bestuurdersaansprakelijkheid. Gedaagde heeft, onweersproken, toegelicht waarom zijn onderneming niet in staat was de door eiser verstrekte lening terug te betalen. Van een persoonlijk ernstig verwijt is daarom geen sprake.

Eiser verwijt gedaagde dat hij in zijn hoedanigheid van bestuurder van Rivo Sports onrechtmatig jegens eiser heeft gehandeld door te bewerkstelligen dat een aan Rivo Sports verstrekte geldlening niet werd terugbetaald. Eiser beroept zich hierbij op het 'Ontvanger/Roelofsen criterium' (punt ii). De bestuurder zou, ondanks het feit dat middelen hiertoe op een gegeven ogenblik aanwezig waren, hebben nagelaten tot terugbetaling over te gaan. Bovendien is nagelaten een tweede pandrecht ten behoeve van eiser te vestigen. Eiser is hierdoor concurrent schuldeiser, terwijl hij met een tweede pandrecht terugbetaald had kunnen worden (zo blijkt uit het faillissementsverslag).

Eiser stelt dat de geldlening bedoeld was om een container met producten te kunnen kopen. Met de wederverkoop van die producten zou Rivo Sports een omzet van ruim 120 duizend euro genereren, waarmee de lening direct, en zeker vóór 31 december 2014, kon worden terugbetaald. Rivo Sports heeft een groot deel van de goederen ook verkocht, maar nagelaten de opbrengsten te gebruiken om eiser te betalen.

Gedaagde brengt hier tegenin dat de opbrengsten van de verkopen, door een beperking van de kredietfaciliteit bij de Rabobank, door de Rabobank direct zijn verrekend in rekening-courant. Vervolgens mislukten verwoede pogingen een investeerder te vinden. Gelet op de al bestaande, en bij eiser bekende, liquiditeitsproblemen betekende dit dat Rivo Sports niet in staat was de lening terug te betalen. Van onwil of verwijtbaar handelen was volgens de bestuurder geen sprake.

De rechtbank gaat mee in dit verweer. De enkele omstandigheid dat de lening niet is terugbetaald is onvoldoende is om tot een persoonlijk ernstig verwijt te leiden. Door eiser is niet weersproken dat sprake was van liquiditeitsproblemen bij Rivo Sports, van een beperking van de kredietfaciliteit door de Rabobank en van het mislukken van pogingen om een

investeerder te vinden. Onder deze omstandigheden heeft eiser met de enkele stelling dat het geld beschikbaar en geoormerkt was, onvoldoende onderbouwd dat gedaagde met betrekking tot het niet terugbetalen van de lening door Rivo Sports een persoonlijk ernstig verwijt te maken valt. Daarnaast blijkt eiser slechts na datum faillissement om de vestiging van een tweede pandrecht te hebben verzocht. Gedaagde kon toen, op basis van artikel 23 Fw, niet meer voldoen aan dit verzoek.

S. van Zwam

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 19-04-2017

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2017:2356

Zaaknummer: C/05/308364/HA ZA 16-464

Rechters: D.M.I. de Waele

Advocaten: L.F. Nijenhuis en W.J.B. Berendsen

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Vordering tot faillietverklaring. Vordering opeisbaar indien nakoming wordt gevorderd zonder afgesproken betalingstermijn. Geen ne bis in idem-beginsel in het civiele recht.

Scaudit Project Expertise heeft een leningovereenkomst gesloten met Carpe, een financieledienstverlener. Scaudit verzuimt de lening terug te betalen. Carpe vraagt derhalve het faillissement aan van Scaudit.

Carpe stelt dat Scaudit in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. Carpe voert aan dat de vordering opeisbaar is aangezien zij nakoming heeft gevorderd. Carpe voert voorts aan dat Scaudit andere vorderingen eveneens onbetaald laat.

Scaudit erkent de vordering van Carpe, maar betwist dat de vordering opeisbaar is. Zij onderbouwt dit met de stelling dat geen betalingstermijn is overeengekomen. Scaudit voert daarnaast aan dat Carpe misbruik maakt van de bevoegdheid tot het aanvragen van het faillissement, aangezien Carpe in een eerdere procedure het faillissement heeft aangevraagd met dezelfde vordering uit lening als grondslag.

Uit artikel 6:38 BW blijkt dat indien geen betalingstermijn is overeengekomen, terstond nakoming gevorderd kan worden. Scaudit heeft ter zitting bovendien het bestaan van overige vorderingen erkend. Volgens de rechtbank is daarom vast komen te staan dat Scaudit meerdere schulden onbetaald laat en dat ten minste een van die schulden opeisbaar is, nu Carpe heeft aangetoond dat zij nakoming heeft gevorderd.

De rechtbank vervolgt dat in het civiele recht het 'ne bis in idem'-beginsel niet geldt. Ook al betreft het dezelfde procespartijen en ook al worden dezelfde vorderingen ingediend op dezelfde grondslag, de civiele rechter zal alsnog de vordering dienen te beoordelen. De rechtbank ziet derhalve geen reden aan te nemen dat Carpe misbruik van haar bevoegdheid heeft gemaakt door het faillissement aan te vragen op grond van artikel 3:13 BW. De rechtbank benadrukt dat sprake kan zijn van misbruik van bevoegdheid indien de aanvrager van het faillissement naar redelijkheid niet tot uitoefening van zijn bevoegdheid om het faillissement aan te vragen had kunnen komen, vanwege de onevenredigheid tussen het belang van de

uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad. Die situatie kan zich voordoen, indien er geen te executeren vermogen van de schuldenaar is, of binnen afzienbare tijd te verwachten is. Een onderzoek hiernaar zal door de curator verricht worden. Een afwijzing van de faillietverklaring zal daarom in beginsel alleen in een hogerberoepsprocedure tegen de faillietverklaring mogelijk zijn. De rechtbank spreekt vervolgens de faillietverklaring van Scaudit uit.

Bas Kentie

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 07-03-2017

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2017:2773

Zaaknummer: C/09/52698 FT RJK 17/223 Co9/17/77 F

Wetsartikelen: 6:38 BW en 3:13 BW

RECHTSPRAAK

WFC/ Bestuurder Mixi Modes

Geen sprake van bestuurdersaansprakelijkheid nu het perspectief dat de bestuurder in zijn onderneming zag niet van elke realiteit was gespeend. Hoewel misleidende financiële cijfers zijn gepubliceerd ontbreekt het aan causaal verband tussen deze cijfers en de schade bij de crediteur. Een algemene plicht voor een bestuurder om crediteuren te waarschuwen als het niet goed gaat met de onderneming vindt geen steun in het recht.

Mixi Modes B.V. (hierna: Mixi) huurt bedrijfsruimte in het World Fashion Centre te Amsterdam (hierna: WFC). Mixi gaat in 2014 failliet en heeft dan een huurachterstand van ruim zestigduizend euro bij het WFC. Het WFC stelt de bestuurder van Mixi, in diens hoedanigheid als bestuurder, in deze procedure aansprakelijk.

Het WFC verwijt de bestuurder onder meer dat hij de huurovereenkomst niet heeft opgezegd waardoor de huurovereenkomst twee keer stilzwijgend is verlengd, terwijl hij wist dat Mixi niet zou kunnen nakomen. Naar het oordeel van de rechtbank snijdt dit verwijt geen hout. Het WFC heeft onvoldoende onderbouwd dat er een moment was waarop de bestuurder er in redelijkheid niet meer op mocht vertrouwen dat de reële kans bestond dat de onderneming weer uit het slop zou geraken, zodanig dat de huurverplichtingen konden worden nagekomen. De bestuurder heeft bovendien onweersproken aangevoerd dat er plannen bestonden om met een andere collectie te gaan werken en heeft privégeden van in totaal € 114.800 in Mixi geïnvesteerd.

Het enkele feit dat de onderneming een negatief eigen vermogen had en over meerdere jaren verlies heeft geleden, maakt niet dat in dit verband kan worden gesproken van onrechtmatig handelen dat leidt tot bestuurdersaansprakelijkheid. Hierbij speelt mede een rol dat er uitvoerige onderhandelingen zijn gevoerd, onder andere over het betrekken van een goedkopere winkelruimte, die zouden moeten leiden tot een aanzienlijke kostenreductie.

De rechtbank concludeert vervolgens dat Mixi wel misleidende jaarcijfers heeft gepubliceerd.

Het ontbreekt echter aan causaal verband tussen de door WFC gestelde schade enerzijds en de verschillen tussen de gedeponeerde cijfers en de jaarrekeningen anderzijds.

WFC voert ten slotte aan dat, mede in het licht van de gepubliceerde misleidende cijfers, op de bestuurder een verzwaarde actieve informatieplicht rustte om WFC bij de diverse besprekingen tussen partijen over de werkelijke positie van Mixi te informeren. Ook dit betoog faalt. Een algemene plicht voor een bestuurder om crediteuren te waarschuwen als het niet goed gaat met de onderneming vindt volgens de rechtbank geen steun in het recht. Alleen in uitzonderlijke omstandigheden, waarin sprake is van een uitzichtloze situatie, kan hiervan sprake zijn.

S. van Zwam

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 19-04-2017

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2017:3042

Zaaknummer: C/15/242725 / HA ZA 16-278

Rechters: W.S.J. Thijs

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en J. Koekkoek

Wetsartikelen: 6:162 BW