

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 11, 2017

Nummer 11, 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

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:2445](#) 26-04-2017

Héman Verhuurservice/X

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2017:1824](#) 05-04-2017

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2015:6554](#) 30-09-2015

Uitspraken zonder ECLI

[- onbekend -](#)

Ter Horst q.q./voormalig DGA

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Héman Verhuurservice/X

Bestuurdersaansprakelijkheid nu bestuurder zich niet aan gemaakte afspraken hield en essentiële informatie heeft achtergehouden voor schuldeiser.

Gedaagde is bestuurder van het failliete restaurant L'Invité. Hem treft een ernstig persoonlijk verwijt nu hij Héman Verhuurservice in de waan heeft gelaten dat hij zich aan de gemaakte afspraken met betrekking tot het stellen van zekerheid had gehouden. Hij heeft vervolgens een e-mail, waaruit aan Héman had kunnen blijken dat dit niet het geval was, achtergehouden.

T.M.M. Schaap, mei 2017

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 26-04-2017

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:2445

Zaaknummer: C/13/613591 / HA ZA 16-819

Rechters: B.M. Visser

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Rb. Overijssel stelt prejudiciële vragen over verrekeningsbevoegdheid fiscus ex artikel 24 IW jo. 53 FW.

Op 5 april 2017 heeft de Rechtbank Overijssel prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad over de reikwijdte van artikel 24 Invorderingswet 1990 (Iw) bij faillissement.

In het bekende faillissement van Eurocommerce hebben de curatoren van verschillende concernvennootschappen een verklaring voor recht gevraagd jegens de Ontvanger inzake de verrekening van verschillende belastingvorderingen.

De curatoren hebben in de faillissementen recht op teruggaven inzake (1) omzetbelasting over door de boedel betaalde facturen ter zake van aan de boedel door derden geleverde goederen en diensten en (2) een vordering wegens na faillissementsdatum oninbaar gebleken facturen op grond van het bepaalde in artikel 29 lid 1 Wet OB.

De Ontvanger heeft aangegeven de teruggaven niet uit te betalen en tot verrekening over te gaan met belastingschulden die dateren van voor datum faillissement. De curatoren vorderen voor recht te verklaren dat de Ontvanger hiertoe niet bevoegd is. De curatoren voeren aan:

De Ontvanger is in het verleden nimmer tot een dergelijke verrekening overgegaan en is hiertoe ex artikel 24 Iw niet gerechtigd. Er is sprake van een beleidswijziging bij de Ontvanger.

De curatoren voeren tot slot aan dat het hen niet te doen is om een principiële uitspraak.

De curatoren voeren verder aan dat acceptatie van de door de Ontvanger bepleite ruime verrekeningsbevoegdheid verregaande onwenselijke maatschappelijke gevolgen heeft. Een faillissement zal sneller worden voorgedragen voor opheffing, het zal nog moeilijker worden om bekwame curatoren te vinden en de verhaalschade van het UWV blijft gelijk. Er is volgens de curatoren alle reden om over het onderwerp prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad; de Ontvanger deelt deze mening.

Voor het geval het antwoord op de prejudiciële vragen ertoe leidt dat verrekening ex artikel 24 lid 1 IW is toegestaan, voeren de curatoren subsidiair aan dat in deze zaak verrekening naar de

maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

De Ontvanger stelt hier tegenover dat met de wijziging van artikel 24 Iw per 1 januari 2003 de werking is ontnomen van de rechtsregel uit het arrest Wilderink q.q./Ontvanger (NJ 2000/49). Tevens volgt uit de wetsgeschiedenis dat het belang van de Ontvanger om tot verrekening te kunnen overgaan prevaleert boven andere belangen.

De Ontvanger voert subsidiair aan dat hij bevoegd is om de verleende teruggaaf ex artikel 29 lid 1 OB op grond van artikel 24 lid 1 Iw jo. artikel 53 lid 1 Fw te verrekenen. Verrekening ex artikel 53 lid 1 Fw is mogelijk omdat deze te verrekenen belastingschuld materieel is ontstaan voor datum faillissement en wat betreft de teruggaaf omzetbelasting het criterium 'voortvloeien uit handelingen voor de faillietverklaring met de gefailleerde verricht' van toepassing is.

De rechtbank overweegt dat zij het gemeenschappelijk standpunt onderschrijft dat de correcte beoordeling van de geschillen noopt tot het stellen van prejudiciële vragen. Partijen verschillen in detail over de reikwijdte van de vragen, waarbij de rechtbank kiest voor de ruimere vragen zoals door de Ontvanger geformuleerd.

De volgende vragen worden gesteld:

'Kan een aan de belastingschuldige als bedoeld in artikel 24, lid 1, vierde volzin Iw uit te betalen bedrag ter zake van omzetbelasting dat materieel verschuldigd is geworden nadat deze belastingschuldige in staat van faillissement is verklaard, door de Ontvanger worden verrekend met een van deze belastingschuldige of van een andere maatschappij als bedoeld in artikel 24 lid 1, vierde volzin Iw, te innen bedrag ter zake van rijksbelastingen dat materieel voor faillissement verschuldigd is geworden?'

Kan een aan een belastingschuldige verleende teruggaaf omzetbelasting ex artikel 29, lid 1, Wet OB die materieel is ontstaan nadat deze belastingschuldige in staat van faillissement is verklaard, door de Ontvanger op grond van artikel 53, lid 1, Faillissementswet worden verrekend met belastingschuld van deze belastingschuldige die materieel is ontstaan voor faillissement?'

M.A.J. Hartman

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 05-04-2017

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2017:1824

Zaaknummer: C/08/183667 / HA ZA 16-107

Rechters: G.G. Vermeulen, M.M. Verhoeven en M.L.J. Koopmans

Advocaten: D.M. de Knijff en E.E. Schipper

Wetsartikelen: 24 IW, 53 FW en 29 lid 1 Wet OB

RECHTSPRAAK

Rechtbank oordeelt verkoop aan aandeelhouder gevolgd door verrekening met aandeelhouderslening paulianeus. De daarenboven gevorderde aansprakelijkheid voor faillissementstekort wegens inherente risico's overeenkomstig het Comsys-arrest wordt afgewezen.

Na aanhoudende verliezen en ruzie met de verhuurder die de huurovereenkomst beëindigde, zegt ING per april 2009 het krediet op. Daarop zijn verpande bedrijfsmiddelen geveild en is ten aanzien van de restantvordering een schikking met ING getroffen. In juni 2009 wordt vervolgens de winkelruimte ontruimd. Daarbij is nog een deel van de voorraad verkocht aan de aandeelhouder tevens bestuurder voor ruim € 10.000, waarbij de koopprijs is verrekend met een deel van de openstaande aandeelhouderslening. Vervolgens wordt door de vennootschap nog geprocedeerd tegen de gewezen verhuurder hetgeen aanvankelijk leidt tot een veroordeling van deze verhuurder wegens onrechtmatige opzegging van de huurovereenkomst. In februari 2012 wordt een schikking getroffen met de gewezen verhuurder, waarbij partijen over en weer hun vorderingen tegen finale kwijting 'geheel verrekenen'. Pas op 17 september 2013 wordt de vennootschap failliet verklaard.

De curator roept niet alleen de pauliana in tegen de overdracht aan de aandeelhouder gevolgd door de verrekening, maar stelt tevens deze aandeelhouder en diens bestuurder aansprakelijk voor het faillissementstekort.

Ten aanzien van de pauliana betreft het dus een handeling van meer dan vier jaren voorafgaand aan het faillissement, maar wel ten tijde van de staking van de bedrijfsvoering. De curator stelt de pauliana in tegen de onverplichte overdracht op grond van artikel 42 Fw. De rechtbank oordeelt dat de overdracht paulianeus is en overweegt ten aanzien van de wetenschap van benadeling dat onbetwist is dat de financiële situatie van de vennootschap in 2009 zeer slecht was en dat de vennootschap sinds de oprichting zwaar verlieslijdend was. Zij was afhankelijk van financiering door haar aandeelhouder om de exploitatie van de onderneming voort te kunnen zetten. Door de gedwongen staking van de onderneming als gevolg van de ontruiming ontstond een situatie dat er geen inkomsten en dus ook geen liquiditeiten meer gegenereerd werden waardoor een faillissement feitelijk onafwendbaar

werd. Door de koopsom van de voorraad niet aan te wenden voor (gedeeltelijke) voldoening van de crediteuren zijn die crediteuren benadeeld. De rechtbank concludeert dat de gedaagde had behoren te weten dat deze benadeling het gevolg zou zijn van het verrekenen van de koopsom.

Interessant is nog hoe de rechtbank omgaat met het verweer dat ook deze voorraad onder het pandrecht van de ING viel, zodat er van benadeling geen sprake zou zijn geweest. De rechtbank overweegt te dien aanzien op zeer praktische wijze dat ING niet is overgegaan tot uitwinning van haar pandrecht op dit deel van de voorraad, zodat wel degelijk sprake is van benadeling. Bij betaling van de koopsom aan de vennootschap in plaats van deze te verrekenen, zou het bedrag immers zijn aangewend voor betaling van de crediteuren.

De curator vordert echter niet alleen op grond van de pauliana, maar vordert ook het gehele faillissementstekort. Interessant is te zien hoe de curator deze vordering insteekt, ook om aan een mogelijk verweer te ontkomen dat de curator niet-ontvankelijk zou zijn omdat hij slechts ten behoeve van een groep schuldeisers opkomt en niet ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Dit is immers een bekende valkuil voor curatoren. De curator sluit aan bij het Comsys-arrest (ECLI:NL:HR:2009:BH4033). In dit arrest waren er twee Comsys dochtervennootschappen, waarbij Comsys Services de vennootschap was met alle kosten en de andere zustervenootschap alle inkomsten genereerde. Daarenboven werden de kosten van Comsys Services niet geheel doorbelast. Comsys Services was als het ware een ballon die zich steeds verder vulde met schulden en die wel moest knappen. Onder deze omstandigheden kwam zowel hof als Hoge Raad via een zorgplicht tot aansprakelijkheid van de aandeelhouder. De Hoge Raad overwoog als volgt: 'Volgens het hof had Holding onder die omstandigheden een bijzondere zorgplicht jegens de crediteuren van Services, welke zorgplicht berustte op de door Holding opgezette structuur met inherente risico's voor crediteuren van Services, in samenhang met haar keuze ultimo 2001 om de activiteiten van Services 'going concern' voort te zetten hoewel zij wist dat door de gevolgde wijze van handelen binnen de Comsys Groep de crediteuren van Services zouden worden benadeeld zodra de financiering in rekening-courant door Holding en Comsys zou worden beëindigd.' Volgens de Hoge Raad geeft dit oordeel niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

De curator zocht hierbij aansluiting en formuleerde het volgende verwijt. De exploitatie van de biologische supermarkt was vanaf het begin verliesgevend. Het voortduren van de exploitatie is enkel mogelijk geweest doordat de aandeelhouder de verliezen heeft bijgefinancierd, waarbij de vordering van de aandeelhouder ultimo 2009 reeds ruim € 1.3 miljoen bedroeg. Aan het einde van elk boekjaar werd de ter beschikking gestelde financiering omgezet in een langlopende lening. Ten tijde van het aangaan van de verplichtingen jegens de crediteuren wist de aandeelhouder dat nakoming alleen mogelijk zou zijn indien op de hiervoor

omschreven wijze het tekort aan liquide middelen door de aandeelhouder zou worden bijgefinancierd. De curator voert vervolgens aan dat de aandeelhouder, door te handelen zoals zij heeft gedaan, een op haar rustende zorgplicht jegens de crediteuren van de vennootschap heeft geschonden en daarmee onrechtmatig heeft gehandeld. De aandeelhouder was enig beleidsbepaler en heeft bovendien niet slechts de schijn van kredietwaardigheid gewekt, maar de kredietwaardigheid gedurende langere tijd verschaft. Om die redenen is sprake van een zorgplicht die zij heeft geschonden door te stoppen met het verschaffen van de kredietwaardigheid.

De rechtbank wees de vordering voor het faillissementstekort echter af onder uiteenzetting van hoe deze casus te onderscheiden is van de Comsys-casus. De rechtbank acht het niet onrechtmatig dat de aandeelhouder, geconfronteerd met de ontruiming, verdere financiering van haar dochter heeft gestaakt. Immers, pas op dat moment verdween het perspectief op een onderneming die zwarte cijfers zou schrijven. Door de gedwongen staking van de bedrijfsactiviteiten stakte immers de inkomensstroom. De situatie wijkt volgens de rechtbank in zoverre af van de situatie in het Comsys-arrest dat bij de biologische supermarkt geen sprake was van een structuur met inherente risico's voor crediteuren, maar van een startende onderneming waarvan de op ervaring gebaseerde verwachting was dat deze binnen enkele jaren winstgevend zou worden. Dit perspectief is vervolgens doorkruist door de ontruiming. Er is dus volgens de rechtbank geen sprake van een met het Comsys-arrest vergelijkbare situatie en daarom kan niet worden aangenomen dat er op de aandeelhouder een verplichting rustte uit hoofde van een zorgplicht jegens de crediteuren om hun vorderingen te voldoen door de vennootschap te blijven financieren. De afwijzing van de rechtbank is ook in lijn met de conclusie van A-G Timmerman in de Coutts-casus (zie *JOR* 2008/297).

R.J. de Weijs, mei 2017

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 30-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2015:6554

Zaaknummer:

Rechters: G.J. Meijer

Advocaten: I.J.G.H. Hage en M. Blok

RECHTSPRAAK

Ter Horst q.q./voormalig DGA

***Paulianeuze overdracht vrachtwagencombinatie aan voormalig DGA.
Verweer van DGA dat het bij aandelenoverdracht niet de bedoeling
was vrachtwagencombinatie mee over te laten gaan en dat deze
daarmee buiten de boedel zou zijn gebleven, wordt niet gehonoreerd.***

Op 13 mei 2014 wordt vennootschap failliet verklaard. Op 16 september 2013 is een vrachtwagencombinatie op naam overgezet van de vennootschap naar de voormalig DGA. De DGA had zijn aandelen op 6 juli 2012 overgedragen. De curator roept de pauliana in. In hoger beroep voert de gewezen DGA aan dat het bij de aandelenoverdracht niet de bedoeling was geweest ook de vrachtwagencombinatie mee over te laten gaan. Dit heeft de DGA volgens het hof onvoldoende gemotiveerd.

R.J. de Weijs, mei 2017

Datum uitspraak:

Zaaknummer: