Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 14, 2017

Nummer 14, 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. H. Boven, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. C.M.A. Knoben, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.IJ. Overgoor, mr. M. Pinar, 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:2017:1105 16-06-2017

Molenparc/Savelkoul q.q.
Geen duidelijkheid over reikwijdte verplichting tot zekerheidsstelling bij gestanddoening.

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:982 02-06-2017

DA-groep
Adviesrecht OR geldt in beginsel in faillissement.

Hof

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:4654 30-05-2017

A/B
Externe factoren hebben geleid tot de wanprestatie van de gefailleerde, zodat de bestuurder geen onrechtmatig handelen wegens die wanprestatie kan worden verweten.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:2101 09-05-2017

Appellant/X
De rechtsvordering uit hoofde van een aansprakelijkheidsstelling op grond van de Beklamel-norm is niet verjaard nu de wederpartij (naar subjectieve maatstaven beoordeeld) vóór het uitbrengen van de dagvaarding niet bekend was met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon en dientengevolge niet daadwerkelijk in staat was een rechtsvordering in te stellen.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:1576 25-04-2017

Ex-vennoot v.o.f./Aanvrager faillissement
Appellante is als uitgetreden vennoot aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap onder firma. Dat het contract reeds voor haar toetreding tot de v.o.f. is aangegaan en de daaruit voortvloeiende verplichtingen eveneens voor haar toetreding zijn ontstaan, doet daar niet aan af.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:2989 06-04-2017
X/Ontvanger
Vaststelling van het centrum van de voornaamste belangen van een natuurlijk persoon op grond van de Insolventieverordening.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:4279 25-10-2016
Bencis Buyout Fund/UK Ltd.
Geen rechtens te respecteren belang van medegarantsteller bij een te bevelen voorlopig getuigenverhoor teneinde een o-d actie voor te bereiden. Er is bij het rechtsgeldig trekken onder de garantie geen sprake geweest van een normschending door de inroeper jegens de medegarant.

Rechtbank

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:3055 07-06-2017
Curator SBA/Gemeente Arnhem
De Gemeente is niet aansprakelijk voor schade die de gefailleerde Stichting Binnenstadmanagement Arnhem lijdt door het dichtdraaien van de geldkraan. De Gemeente kan zich voor alle schade beroepen op exoneratie. Daarnaast is opschorting van betaling niet onrechtmatig omdat de Gemeente zich niet bij wijze van garantstelling gebonden had.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:2512 31-05-2017
Reerink q.q./Y
Ambtshalve aanvulling van de rechtsgrond (art. 25 Rv) voor de door de curator ingeroepen vordering tot restitutie van gelden die door de later persoonlijk gefailleerde moeder aan haar dochter zijn overgemaakt. Slechts wanprestatie voor zover de gelden die de dochter onder zich heeft om deze ten gunste van haar moeder aan te wenden, daarvoor niet zijn aangewend.

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2017:2310 24-05-2017
Schol q.q./A c.s.
Betaling van een hoofdelijke belastingschuld binnen een fiscale eenheid met daarop

volgende verrekening in rekening-courant met de nadien gefailleerde schuldenaar valt niet onder het toepassingsbereik van artikel 54 Fw.

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2017:1977 10-05-2017
Ex-gefailleerde c.s./Van Wijk pro se
In de diffuse periode waarin de vernietiging van de uitspraak tot faillietverklaring nog niet in kracht van gewijsde is gegaan, dient de curator terughoudendheid te betrachten ten aanzien van rechtshandelingen met onomkeerbare rechtsgevolgen. Waar de curator beleidsvrijheid heeft, hoeft hij in redelijkheid echter niet lijdzaam toe te zien hoe de onderneming wordt uitgehold en de boedel dus schade lijdt.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2017:2490 19-04-2017
Butterman q.q./Belfius Bank
De gefailleerde heeft na datum faillissement een betalingsopdracht verstrekt aan de Belgische Bank waar hij een rekening aanhoudt. Deze opdracht is door de bank ten laste van de boedel te goeder trouw uitgevoerd. De bank kan zich niet beroepen op artikel 24 IVO (oud), noch – wegens toepasselijkheid van Nederlands recht – op artikel 52 Fw.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:2552 06-04-2017
Strafrecht. Verdachte heeft tijdens zijn persoonlijke faillissement niet voldaan aan zijn faillissementsrechtelijke inlichtingenplicht en daarmee de rechten van schuldeiser bedrieglijk verkort, te weten door inkomsten uit werkzaamheden, onder andere in de eenmanszaak van zijn echtgenote, niet te openbaren aan de curator.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:2413 05-04-2017
Delice c.s./CvV
De strekking van artikel 18 WvK brengt mee dat een vennoot van een vennootschap onder firma aansprakelijk is voor reeds bestaande schulden van de vennootschap ten tijde van zijn toetreden, alsmede de schulden die nadien ontstaan. Ook na het uittreden blijft een voormalige vennoot hiervoor aansprakelijk, ondanks het faillissement van de vennootschap.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:2418 29-03-2017
Eiseres c.s./Curator Terra Villa
Geen persoonlijke aansprakelijkheid curator wegens het namens de boedel herhaaldelijk en in rechte opeisen van een bij de bestuurder van de gefailleerde in gebruik zijnde auto. Bezien vanuit het perspectief van de curator diende hij te streven

naar vergoeding van de werkelijke waarde van de auto aan de boedel. Ter zake van de opeising van de auto valt hem op grond van de Maclou-norm dan ook geen verwijt te maken.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:2417 15-03-2017

GMS GmbH/X, Y en Z

Er kan wegens enkele doorlevering bij eigendomsvoorhoud geen sprake zijn van onrechtmatig handelen nu doorlevering bij de verkoper onder eigendomsvoorbehoud bekend was of had moeten zijn en hij doorlevering kennelijk heeft toegestaan. Hetzelfde geldt voor doorverkoop aan particulieren, nu niet wordt onderbouwd welke specifieke schoenen het betreft. Geen sprake van ongerechtvaardigde verrijking.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2017:862 07-02-2017

Curator C.V./Ontvanger

Door de relatieve werking van vernietiging van de rechtshandeling door de curator wegens paulianeus handelen ontstaat voor de boedel geen recht op teruggave van omzetbelasting.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:10334 18-11-2016

Vereniging/Ontbonden stichting

Faillietverklaring van een ontbonden stichting. Het is bij de huidige stand van zaken niet uit te sluiten dat mogelijk sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur en dat dit wegens de bestuurdersaansprakelijkheid zal leiden tot baten voor de boedel. Het is aan een curator om dit nader te onderzoeken. Verzoekster heeft daarom belang bij een faillissement en van misbruik van recht harerzijds is geen sprake.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2016:17056 29-09-2016

Curator/Staat

De vordering van de curator, inhoudende dat het gehele notariële protocol en overige notariële bescheiden door de Staat in bewaring en opslag wordt genomen, wordt toegewezen. Er is sprake van een uitzonderlijke situatie nu het notariaat niet gecontinueerd kan worden en de Staat stelt dat hij weliswaar bereid is het protocol en de overige notariële bescheiden op te slaan, maar niet dat hij dit doet in de hoedanigheid van eigenaar en/of waarnemend notaris.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:3094 29-06-2016

Verdonk q.q./Nesia Holding

De curator sluit een activaovereenkomst met de moedervennootschap van een nog op te richten doorstartende vennootschap. Wie is contractspartij en kan door de curator

worden aangesproken voor betaling? Uitleg van de activaovereenkomst die erop wijst dat de doorstartende vennootschap slechts in het contract werd opgenomen omdat de moedervennootschap nog niet zeker wist wie de betalingsverplichtingen zou gaan voldoen.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2015:8357 11-02-2015
TNO/X en Y
Externe bestuurdersaansprakelijkheid wegens bewerkstelligde betalingsonwil van de vennootschap bij nakoming van verbintenis tot doorbetaling in het kader van een subsidieregeling. Tussenvonnis met bewijsopdracht naar aanleiding van het verweer dat een andersluidende afspraak is overeengekomen.

Antillen

Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, ECLI:NL:OGEAC:2017:51 05-05-2017
Curatoren Casper/RSA c.s.
Uitbreiding van de territoriale werking van Zuid-Afrikaans faillissement. De vordering van de Zuid-Afrikaanse curatoren tot oplegging van een vervreemdingsverbod en openlegging van boeken te Curaçao wordt voorlopig toegewezen wegens vrees voor verduistering.

RECHTSPRAAK

Curator SBA/Gemeente Arnhem

De Gemeente is niet aansprakelijk voor schade die de gefailleerde Stichting Binnenstadmanagement Arnhem lijdt door het dichtdraaien van de geldkraan. De Gemeente kan zich voor alle schade beroepen op exoneratie. Daarnaast is opschorting van betaling niet onrechtmatig omdat de Gemeente zich niet bij wijze van garantstelling gebonden had.

De Gemeente Arnhem heeft in 2011 besloten tot oprichting van Stichting Ondernemersfonds Arnhem (SOFA). Krachtens convenant beheert SOFA het gemeentelijke budget voor het ondernemersfonds. Uit dat budget werden de kosten en uitgaven voor onder andere Stichting Binnenstadsmanagement Arnhem (SBA) betaald.

Op 14 december 2011 hebben de Gemeente en SBA een overeenkomst gesloten. In de considerans bij die overeenkomst is opgenomen dat de Gemeente de financiering van de door SBA te verrichten diensten rechtstreeks aan SBA zal vergoeden. In deze overeenkomst is de aldus beoogde structurering van het ondernemersfonds nader uitgewerkt, waarbij SOFA een toezichthoudende rol is toebedeeld.

De overeenkomst tussen de Gemeente en SBA eindigde van rechtswege, maar is na haar beëindiging in 2014 door de Gemeente met een jaar verlengd tot eind 2015.

Bij besluit van 27 januari 2015 is vervolgens door de Gemeente op advies van SOFA de betaling aan SBA van het budget voor 2015 opgeschort wegens een negatief eigen vermogen van SBA. Nadien is op 3 februari 2015 op eigen aangifte het faillissement van SBA uitgesproken.

De curator, eiser, heeft de Gemeente, gedaagde, aansprakelijk gesteld wegens wanprestatie uit de verlengde overeenkomst van 14 december 2011, dan wel wegens onrechtmatig handelen door in januari 2015 niet over te gaan tot uitbetaling van het SBA-budget als gevolg waarvan zij jegens de boedel van SBA schadeplichtig is.

Ter afwering beroept de Gemeente zich op een in de overeenkomst opgenomen

exoneratiebeding. Is dat beroep rechtsgeldig? De rechtbank overweegt dat contractsvrijheid bij exoneratie voorop staat en dat de Gemeente de betaling aan SBA heeft opgeschort na negatieve berichtgeving van SOFA, waarna SBA het eigen faillissement heeft aangevraagd. De curator vordert vervolgens als gevolg daarvan geleden schade. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien waarom die gevorderde schade niet onder bedoelde exoneratie zou vallen noch dat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het enkele feit dat de opschorting van de betaling heeft geleid tot de eigen aangifte is daarvoor onvoldoende. Dit betekent dat de Gemeente een beroep op die exoneratieclausule toekomt, zodat de vordering tot vergoeding van schade niet kan worden toegewezen. Aldus de rechtbank.

De rechtbank gaat ervan uit dat SOFA als beheerder van het budget de Gemeente beslissend kon adviseren om uitbetaling uit het ondernemersfond op te schorten. Maar was die opschorting door de Gemeente rechtmatig? De rechtbank stelt dat niet kan worden geoordeeld dat de Gemeente een garantie had afgegeven en dat zij in ieder voorkomend geval, ongeacht de omstandigheden, gehouden was het bedrag uit het ondernemersfonds over te maken. Zelfs als de curator zou worden gevolgd in zijn betoog dat de Gemeente een rechtstreekse en zelfstandige betalingsverplichting had, is dan ook voorstelbaar en te billijken dat zij op basis van deze berichtgeving de betaling (tijdelijk) zou opschorten. De vorderingen van de curator zijn, ook niet langs andere wegen, niet toewijsbaar.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak: 07-06-2017
ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2017:3055
Zaaknummer: 305865 HA ZA 16-365
Rechters: D.M.I. de Waele
Advocaten: H.J. Ligtenbarg en T.E.P.A. Lam
Wetsartikelen: 25 Fw, 20 Fw, 6:74 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Reerink q.q./Y

Ambtshalve aanvulling van de rechtsgrond (art. 25 Rv) voor de door de curator ingeroepen vordering tot restitutie van gelden die door de later persoonlijk gefailleerde moeder aan haar dochter zijn overgemaakt. Slechts wanprestatie voor zover de gelden die de dochter onder zich heeft om deze ten gunste van haar moeder aan te wenden, daarvoor niet zijn aangewend.

Gedaagde is de dochter van A die op 19 mei 2015 in staat van persoonlijk faillissement is verklaard. Voorafgaand aan haar faillissement heeft A diverse bedragen uit haar vermogen overgeboekt aan derden uit haar directe omgeving, waaronder gedaagde. Dit had tot doel dat die derden met die gelden schulden van A zouden voldoen of daarmee anderszins haar uitgaven zouden betalen. A wenste die bedragen op die wijze te onttrekken aan de verhaalsmogelijkheden van bepaalde schuldeisers, van wie zij beslaglegging vreesde. Op de bankrekening van gedaagde is aldus een bedrag van € 323.865 overgeboekt.

De curator vordert van gedaagde betaling van € 90.012,17 aan de boedel. De curator legt primair aan zijn vordering ten grondslag dat A de hoofdsom onverschuldigd aan gedaagde heeft betaald, subsidiair dat gedaagde door de ontvangst van die hoofdsom ongerechtvaardigd is verrijkt ten laste van A en meer subsidiair dat gedaagde die hoofdsom onder zich heeft ten titel van bewaarneming, welke overeenkomst door de curator is opgezegd, zodat zij tot teruggave gehouden is.

Die vordering slaagt ten dele. De rechtbank oordeelt dat de curator onvoldoende heeft gesteld om de slotsom te rechtvaardigen dat gedaagde enig bedrag van A onverschuldigd betaald heeft gekregen of dat zij door die betalingen ongerechtvaardigd is verrijkt. Ook kan niet worden geoordeeld dat tussen gefailleerde en gedaagde een overeenkomst van bewaarneming bestaat. Indien echter komt vast te staan dat gedaagde de gelden van gefailleerde die zij heeft ontvangen om deze ten gunste van de failliet aan te wenden, daarvoor niet heeft aangewend, geldt dat zij die gelden aan A (thans: de curator in haar faillissement) dient te restitueren, uit hoofde van de in zoverre door haar gepleegde wanprestatie bij de uitvoering van die

overeenkomst. Voor zover gedaagde de bedoelde (niet juist aangewende) gelden niet meer onder zich heeft, betreft de te vergoeden som schadevergoeding. Voor zover zij die gelden nog wel onder zich heeft, vloeit uit dat wanpresteren en de op grond daarvan door de curator (onweersproken) ingeroepen beëindiging van de overeenkomst voort dat die gelden aan de curator dienen te worden gerestitueerd. Dat gedaagde ter zake van die eventuele terugbetalingsplicht in verzuim verkeert, is niet tussen partijen in geschil. De bedoelde rechtsgrond omtrent het wanpresteren van gedaagde vult de rechtbank ambtshalve aan. Nu de curator niet heeft gesteld sedert wanneer gedaagde in verzuim is, moet worden geoordeeld dat daarvan (in elk geval) sprake is sedert de dag waarop gedaagde voor antwoord concludeerde. Uit dat antwoord volgt immers dat zij de in geding zijnde vordering niet zal nakomen, waardoor het verzuim toen is ingetreden, zonder dat nog een daartoe strekkende ingebrekestelling nodig was.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 31-05-2017
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2017:2512
Zaaknummer: C/415473/HA ZA 16-368
Rechters: R.A. Steenbergen
Advocaten: N.S. Reerink en J. de Haan
Wetsartikelen: 25 Fw, 20 Fw, 6:74 BW, 6:203 BW, 6:212 BW, 7:600 BW en 25 Rv

RECHTSPRAAK

A/B

Externe factoren hebben geleid tot de wanprestatie van de gefailleerde, zodat de bestuurder geen onrechtmatig handelen wegens die wanprestatie kan worden verweten.

Op 25 juli 2011 hebben geïntimeerde als opdrachtgever en het bedrijf van appellant, natuurlijk persoon, als opdrachtnemer een overeenkomst gesloten voor de uitbreiding van een aan geïntimeerde in eigendom toebehorend bedrijfspand. Appellant trad daarbij op als bestuurder van zijn bedrijfsvennootschap. In de overeenkomst is een oplevering vijftig dagen na aanvang van de werkzaamheden per eerste week van november afgesproken.

Na aanvang van de werkzaamheden door het bedrijf van appellant hebben de werkzaamheden ernstige vertraging opgelopen. Dit had te maken met het niet betalen van facturen door een Duitse klant (Lifegreen) van het bedrijf van appellant en een daarop tevergeefs gestarte incassoprocedure in Duitsland. De werknemers van het bedrijf van appellant hebben de bouwplaats waar de werkzaamheden voor geïntimeerde werden verricht op 6 juli 2012 verlaten en zijn nadien niet meer teruggekeerd. Geïntimeerde had op dat moment € 100.149 van de aanneemsom voldaan.

Als gevolg van vertraging heeft geïntimeerde op 18 juli 2012 appellant schriftelijk gesommeerd de werkzaamheden binnen tien dagen af te ronden en hem zijn verzuim aangezegd. Omdat appellant aan deze sommatie niet heeft voldaan heeft geïntimeerde de werkzaamheden met betrekking tot de uitbouw van het bedrijfspand vervolgens zelf doen uitvoeren.

Het bedrijf van appellant is op 11 december 2012 failliet verklaard. De curator heeft in zijn verslag als oorzaak van het faillissement de in Duitsland gevoerde procedure met betrekking tot het niet betalen van facturen en door de wederpartij gestelde gebreken genoemd. Geïntimeerde heeft een door de curator erkende schadevordering ingediend. Daarnaast heeft geïntimeerde appellant persoonlijk aansprakelijk gesteld voor zijn schade wegens wanprestatie door de gefailleerde onder meer op grond van de Beklamel-norm.

Die grondslag wordt door appellant in dit hoger beroep succesvol aangevochten. Het hof

overweegt dat appellant de verplichtingen uit de aannemingsovereenkomst aanging voordat met zijn Duitse opdrachtgever betalingsproblemen waren ontstaan. Gesteld noch gebleken is dat hij toen al kon voorzien dat hij de overeenkomst met geïntimeerde niet zou kunnen nakomen.

Wat dan resteert van de vordering van geïntimeerde is, aldus het hof, of appellant kan worden verweten dat hij niet zelf op het werk is teruggekeerd. Dat is niet het geval. Onder de gegeven omstandigheden is bepalend geweest dat de wanprestatie en later het faillissement van het bedrijf van appellant zijn oorzaak vindt in het feit dat het Duitse Lifegreen facturen onbetaald liet en dat (mede daardoor) de werknemers van het bedrijf van appellant na 6 juli 2012 het werk niet hebben kunnen voortzetten. Van het eerste (althans van de liquiditeitsproblemen) was geïntimeerde door appellant op de hoogte gesteld. Geïntimeerde kende dus de risico's en heeft het zelfs op zich genomen om in verband daarmee de noodzakelijke materialen voor te financieren. Van het laatste kan appellant geen verwijt worden gemaakt. Daar komt bij dat appellant zelf heeft aangeboden de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen na te komen.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 30-05-2017
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:4654
Zaaknummer: 200.178.155/01
Rechters: M.W. Zandbergen, M.M.A. Wind en I.F. Clement
Advocaten: D.J. Kap en P.J. Fousert
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Ontvanger

Vaststelling van het centrum van de voornaamste belangen van een natuurlijk persoon op grond van de Insolventieverordening.

In dit hoger beroep is enkel de preliminaire vraag aan de orde of de Nederlandse rechter internationaal bevoegd is te beslissen op het verzoek van de Ontvanger tot persoonlijke faillietverklaring van appellant. Ingevolge artikel 3 lid 1 InsVo is daarvoor ten aanzien van de hoofdprocedure beslissend het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar voor zover zich dat op het grondgebied van een lidstaat bevindt.

Voor de uitleg van het COMI-begrip en het tijdstip voor toepassing daarvan verwijst het hof naar overweging 13 van de considerans van de InsVo, de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het rapport Virgos/Smit. Daaruit komt naar voren dat het centrum van de voornaamste belangen moet worden vastgesteld aan de hand van feiten en omstandigheden die openbaar zijn gemaakt of minstens zo transparant zijn dat derden, met name de schuldeisers, daarvan op de hoogte konden zijn. De term 'belangen' in artikel 3 lid 1 InsVo ziet daarbij op commerciële en professionele activiteiten alsook economische activiteiten in algemene zin, aldus het hof.

Hieraan voegt het hof toe dat uit de tekst van artikel 3 lid 1 InsVo noch uit de considerans van de verordening volgt dat voor natuurlijke personen de gewone verblijfplaats als centrum van de voornaamste belangen heeft te gelden (zie HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN7896). In beginsel is het centrum van de voornaamste belangen in geval van een natuurlijk persoon die een beroepsactiviteit uitoefent de plaats waar hij het beroep uitoefent.

Naar het hof vaststelt, dient aldus in de onderhavige zaak beoordeeld te worden waar het centrum van de voornaamste belangen van appellant op de datum van indiening van het verzoekschrift tot faillietverklaring was gelegen en wel aan de hand van feiten en omstandigheden die openbaar zijn gemaakt of minstens zo transparant zijn dat schuldeisers daarvan op de hoogte konden zijn. Hierbij betrekt het hof mede de door de curator in diens verslag opgenomen correspondentie met appellant.

Ten aanzien van appellant geldt dat hij in Nederland (mede-)eigenaar is van onroerende goed, medevennoot was van een in Nederland gevestigde v.o.f., enig aandeelhouder en bestuurder was van drie Nederlandse besloten vennootschappen als ook van een in Nederland gevestigde limited company naar buitenlands recht, een Nederlands mobieletelefoonnummer heeft en diverse bankrekeningen aanhoudt bij Nederlandse bankinstellingen.

Het hof komt op basis van deze cumulatieve aanknopingspunten dan ook tot de slotsom dat deze feiten en omstandigheden meebrengen dat het centrum van appellant's voornaamste belangen ten tijde van het faillissementsverzoek in Nederland was gelegen. Daaraan doet niet af dat appellant zich een maand voordien heeft ingeschreven in het Luxemburgse bevolkingsregister.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 06-04-2017
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:2989
Zaaknummer: 200.209.651
Rechters: B.J. Engberts, A.S. Gratama en H.L. Wattel
Advocaten: R.B.H. Beune en E.E. Schipper
Wetsartikelen: 3 IVO

RECHTSPRAAK

Schol q.q./A c.s.

Betaling van een hoofdelijke belastingschuld binnen een fiscale eenheid met daarop volgende verrekening in rekening-courant met de nadien gefailleerde schuldenaar valt niet onder het toepassingsbereik van artikel 54 Fw.

In dit geding is na tussenvonnis enkel nog aan de orde het standpunt van de curator, eiser, dat tussen 12 juli 2011 en 15 juli 2011 geen verrekening meer mocht plaatsvinden. Het betoog van de curator komt erop neer dat medegedaagde B B.V., door na 12 juli 2011 belastingschulden van gefailleerde X te betalen en aldus het betaalde bedrag te verrekenen met een schuld in rekening-courant aan X, dit allesin de wetenschap dat het faillissement van X was aangevraagd, een verrekeningsbevoegdheid heeft trachten te creëren wat in strijd is met het bepaalde in artikel 54 Fw, op grond waarvan verrekening niet is toegestaan. De curator spreekt van een regresvordering van B B.V., die pas is ontstaan na 12 juli 2011. Aldus vindt naar zijn standpunt schending van de paritas creditorum plaats.

Het hiertegen gevoerde verweer is dat er tussen X, C B.V. (medegedaagde) en B B.V. een (vaststaande) fiscale eenheid voor de omzetbelasting bestond, waarbinnen ieder van betrokkenen hoofdelijk aansprakelijk was voor het geheel aan belastingschuld. De betaling aan de belastingdienst is dan ook geen overneming door B B.V. van een schuld van X aan de Ontvanger, maar een betaling van een eigen schuld uit hoofde van de fiscale eenheid. Aldus valt die betaling niet onder de uitzondering van artikel 54 Fw en kan zij verrekend worden conform het bepaalde in artikel 53 Fw.

Uit HR Wemaro SA/De Bok q.q. (ECLI:NL:HR:2015:1825) leidt de rechtbank voor de toepassing van artikel 54 Fw in het onderhavige geval af dat vereist is dat de vordering van de Ontvanger op X daadwerkelijk dient te zijn overgenomen door B B.V. (vgl. art. 6:155 BW) met het doel zichzelf een mogelijkheid tot verrekening te verschaffen. De rechtbank oordeelt dat daarvan in dit geval geen sprake is. Op juiste gronden is door B B.V. benadrukt dat er sprake was van een fiscale eenheid, zodat de betaling door B B.V. aan de Ontvanger als betaling door B B.V. van een eigen (hoofdelijke) schuld moet worden aangemerkt, die vervolgens uit hoofde van het

bepaalde in artikel 53 Fw voor verrekening in aanmerking komt.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak: 24-05-2017
ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2017:2310
Zaaknummer: C/08/168510 / HA ZA 15-135
Rechters: G.G. Vermeulen, M.L.J. Koopmans en G. van Eerden
Advocaten: P.E.M. Schol en A.C. Huisman
Wetsartikelen: 53 Fw en 54 Fw

RECHTSPRAAK

Curatoren Casper/RSA c.s.

Uitbreiding van de territoriale werking van Zuid-Afrikaans faillissement. De vordering van de Zuid-Afrikaanse curatoren tot oplegging van een vervreemdingsverbod en openlegging van boeken te Curaçao wordt voorlopig toegewezen wegens vrees voor verduistering.

Dit is een kortgedingzaak. Op 5 juli 2011 is op verzoek van het bedrijf Megacube door de Zuid-Afrikaanse rechter het bedrijf Casper failliet verklaard, met aanstelling van eisers als de curatoren. Megacube heeft een vordering van circa 18 miljoen USD ter zake van (mede) door de failliet verduisterde gelden. Deze verduistering werd in 2008 vastgesteld.

Het inmiddels gefailleerde Casper heeft in 2009 een internationaal netwerk van rechtspersonen doen opzetten. RSA is een Stichting Particulier Fonds dat is gevestigd op Curacao en deel uitmaakt van die structuur. Het bestuur van RSA wordt gevormd door het op Curacao gevestigde trustkantoor Corporate Agents. Covenant Managers, dat is gelieerd aan Corporate Agents, vormt het bestuur van RSA. Het statutaire doel van RSA is het doen van uitkeringen aan Casper als 'ultimate beneficial owner' van RSA.

De failliet heeft geen medewerking verleend aan de curatoren. De curatoren vorderen daarom in dit kort geding een verbod tot vermogensonttrekking ten laste van de activa van RSA, openlegging van de boeken en de benoeming van curatoren tot bestuurders van RSA. De curatoren leggen aan hun vorderingen onder meer ten grondslag dat RSA door Casper is opgericht en gebruikt om zijn door verduistering verkregen vermogen aan het verhaal en zicht van eerst Megacube en nu de curatoren te onttrekken. Daarnaast stellen de curatoren dat RSA en haar bestuurder actief betrokken zijn bij het opzettelijk frustreren van verhaal door de curatoren zodat zij daarmee onrechtmatig handelen, dat sprake is van misbruik van identiteitsverschil tussen RSA en de failliet zodat RSA en de failliet vereenzelvigd moeten worden, en dat RSA ongerechtvaardigd is verrijkt.

Naar het oordeel van de rechtbank zijn de curatoren in deze vordering ontvankelijk. De curatoren zijn in beginsel bevoegd ook met betrekking tot in Curaçao aanwezig vermogen (zie HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5668, *Yukos II*), terwijl het Zuid-Afrikaanse

faillissement i.c. wordt erkend.

Bij gebrek aan deugdelijke betwisting daarvan door RSA c.s. gaat de voorzieningenrechter uit van de juistheid van de stellingen van de curatoren dat RSA door de failliet is opgericht met het enkele doel om zijn door verduistering verkregen vermogen aan verhaal te onttrekken, mede gelet op de in Zuid-Afrika en de Britse Maagdeneilanden gegeven rechterlijke beslissingen en afgelegde beëdigde verklaringen, en gelet op de relatie van RSA, Corporate Agents en Covenant Managers met de failliet als hun opdrachtgever en begunstigde. Deze stellingen rechtvaardigen de conclusie dat sprake is van misbruik van het identiteitsverschil tussen RSA en de failliet en dat RSA daarmee onrechtmatig jegens de curatoren handelt. Op deze grond kunnen de curatoren aanspraak maken op inzage en op het behoud van het in RSA ondergebracht, door verduistering verkregen vermogen. Voor toewijzing van de vordering tot vervanging van het bestuur van RSA ontbreekt het vereiste spoedeisend belang.

M. Verdonk

Instantie: Gerecht in eerste aanleg van Curaçao
Datum uitspraak: 05-05-2017
ECLI: ECLI:NL:OGEAC:2017:51
Zaaknummer: AR KG 82461 / 2017
Rechters: P.E. de Kort
Advocaten: Th. Aardenburg en R.B. van Hees
Wetsartikelen: 6:162 BW en 3:13 BW

RECHTSPRAAK

Ex-vennoot v.o.f./Aanvrager faillissement

Appellante is als uitgetreden vennoot aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap onder firma. Dat het contract reeds voor haar toetreding tot de v.o.f. is aangegaan en de daaruit voortvloeiende verplichtingen eveneens voor haar toetreding zijn ontstaan, doet daar niet aan af.

Bij vonnis van 21 februari 2017 zijn de v.o.f. Grieks Restaurant en haar vennoten, Olympia Katwijk B.V. en appellante als particuliere vennoot, failliet verklaard.

Appellante verzoekt het hof het faillissementsvonnis te vernietigen. Zij betwist de vordering die geïntimeerde als aanvrager van het faillissement op haar heeft. Die vordering vloeit voort uit een veroordelend vonnis uit 2015 en betreft een schuld van de v.o.f. uit de tijd dat zij nog niet bij de v.o.f. betrokken was. Verder heeft zij betoogd dat zij niet in de staat verkeert dat zij is opgehouden met betalen.

Deze grieven falen. Naar het hof is gebleken uit een overgelegd historisch overzicht van de v.o.f. uit het handelsregister, was appellante vennoot van de v.o.f. van 1 januari 2013 tot 1 september 2016. Dat is ook de bevinding van de curator, die daaraan heeft toegevoegd dat een medevennoot heeft verklaard dat hij de inschrijving van appellante heeft verzorgd. Die mededeling is onweersproken gelaten. In hoger beroep is overigens ook onweersproken gelaten dat, zoals geïntimeerde heeft aangevoerd, appellante op zondag als bedrijfsleider in het restaurant in Delft werkt.

Daarnaast heeft appellante zich feitelijk gedragen als vennoot van de v.o.f. door uitdrukkelijk in die hoedanigheid een omstreeks eind april 2016 tussen de v.o.f. en KT Foodservices B.V. gesloten pachtovereenkomst met betrekking tot het door de v.o.f. geëxploiteerde restaurant te ondertekenen.

Tevens is de vordering van geïntimeerde op appellante gebaseerd op een vonnis van de kantonrechter. Dat vonnis is gewezen tussen geïntimeerde enerzijds en anderzijds onder meer de v.o.f. Appellante, die op dat moment vennoot van die v.o.f. was, is aansprakelijk voor die

schuld. Dat, zoals door appellante is gesteld, het contract met geïntimeerde reeds voor haar toetreding tot de v.o.f. is aangegaan en de daaruit voortvloeiende verplichtingen eveneens voor haar toetreding zijn ontstaan, doet daar niet aan af (vgl. ECLI:NL:HR:2015:588). Het vorderingsrecht van geïntimeerde op appellante als voormalig vennoot is daarmee summierlijk aangetoond.

Daarnaast is, zoals ook blijkt uit opgave van de curator, summierlijk gebleken dat appellante verkeert in een toestand van te hebben opgehouden te betalen. Behalve ten aanzien van de v.o.f. waarvan zij vennoot was, is dan ook wat haar persoonlijk betreft aan de voorwaarden voor faillietverklaring voldaan. Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak: 25-04-2017
ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:1576
Zaaknummer: 200.213.250/01
Rechters: J.M. van der Klooster, H.M. Wattendorff en E. Bauw
Advocaten: M. de Boorder en M.M.E. van Veen-Oudenaarden
Wetsartikelen: 8 lid 1 Fw en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Curator C.V./Ontvanger

Door de relatieve werking van vernietiging van de rechtshandeling door de curator wegens paulianeus handelen ontstaat voor de boedel geen recht op teruggave van omzetbelasting.

Belanghebbende in deze belastingzaak is een inmiddels gefailleerde commanditaire vennootschap. Zij heeft voor haar faillissement aan wederpartij Parade percelen grond geleverd.

Over de gehele verkoopprijs van de percelen werd 19% omzetbelasting ofwel € 430.160 berekend. De volgens de akte verschuldigde omzetbelasting is via toestemming van de belastingontvanger op aangifte voldaan door verrekening met de door Parade op aangifte terug te ontvangen voorbelasting.

In het faillissement van belanghebbende heeft de curator op 8 juli 2011 de overdracht van de percelen vernietigd op grond van de faillissementspauliana (art. 42 Fw). Parade is met de vernietiging akkoord gegaan, welke verklaring notarieel is vastgelegd.

Naar aanleiding van de vernietiging heeft de curator op 14 september 2011 verzocht de over de koopsom betaalde omzetbelasting te restitueren. De belastinginspecteur heeft dit geweigerd op de grond dat de latere vernietiging niet maakt dat over de transactie geen omzetbelasting verschuldigd zou zijn.

Bij brief van 3 oktober 2013 is deze beslissing geformaliseerd. Hierbij is de grondslag voor heffing van omzetbelasting wegens de vernietiging en daarop volgende instemming van de Parade gewijzigd naar artikel 37 Wet OB. Dit besluit is in het daaropvolgende door de curator ingestelde beroep door de rechtbank vernietigd.

Het hiertegen ingestelde verzet is ongegrond verklaard. Namens belanghebbende heeft de curator vervolgens op 9 januari 2015 opnieuw omzetbelasting teruggevraagd. Dat verzoek is wederom door de inspecteur afgewezen.

In geschil is het recht op teruggaaf onder de Wet OB na vernietiging. Dat recht komt de

gefailleerde naar het oordeel van de belastingrechter niet toe. De relatieve werking van de vernietiging ex artikel 42 Fw brengt mee dat de vernietiging alleen werkt ten opzichte van de boedel en dan slechts voor zover de boedel door de rechtsgevolgen van de vernietigde rechtshandeling wordt benadeeld (vgl. MvT, Van der Feltz I, p. 439 en HR 24 april 2009, ECLI:HR:2009:BF3917). Er is derhalve geen sprake van een vernietiging van de rechtshandeling ten aanzien van alle anderen, waaronder de partijen bij de overeenkomst zelf. Parade heeft de eigendom bij de levering in 2010 rechtsgeldig verkregen en dit wordt niet anders door het inroepen van de actio pauliana door de curator. Nu de levering door belanghebbende in stand blijft en de daarvoor door Parade betaalde vergoeding ook, is artikel 29 Wet OB naar het oordeel van de rechtbank niet van toepassing.

Gelet op de relatieve werking kan ook niet worden gezegd dat de buitengerechtelijke verklaring van de curator, al dan niet in samenhang bezien met de notariële verklaring, als een levering voor de omzetbelasting moet worden aangemerkt. Gelet op het vorenstaande heeft belanghebbende geen recht op de door haar gevraagde teruggaaf van omzetbelasting als gevolg van de actio pauliana.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant
Datum uitspraak: 07-02-2017
ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2017:862
Zaaknummer: AWB - 15 _ 5678
Rechters: M.W.C. Soltysik, M.H. van Schaik en J.M.W. van de Sande
Wetsartikelen: 29 Wet OB

RECHTSPRAAK

Bencis Buyout Fund/UK Ltd.

Geen rechtens te respecteren belang van medegarantsteller bij een te bevelen voorlopig getuigenverhoor teneinde een o-d actie voor te bereiden. Er is bij het rechtsgeldig trekken onder de garantie geen sprake geweest van een normschending door de inroeper jegens de medegarant.

Appellante, het equity fonds Bencis, verwierf in 2010 een meerderheid van de aandelen in de Y groep. De Y groep werd gefinancierd door een syndicaat van banken, waaronder de ING Bank.

Geïntimeerde UK Ltd. is op 28 september 2011 in het kader van het Teesside-project een onderaannemingsovereenkomst aangegaan met Foundations, een dochter van de Y groep.

Als Y groep in de loop van 2011 in de problemen raakt, wordt door het bankensyndicaat een garantiefaciliteit voor de Y groep ter beschikking gesteld. In de bijbehorende overeenkomst van 26 oktober 2011 staat dat trekking onder de garantie voor de helft door Bencis (appellante) en voor de andere helft door ING zal worden gedragen.

ING heeft in oktober en december 2011 vanwege het Teesside-contract bankgaranties verstrekt aan UK Ltd. Achtereenvolgens zijn in april 2012 de Y groep en Foundations failliet verklaard. UK Ltd. heeft op 20 april 2012 de door ING afgegeven garanties ingeroepen.

Het Teesside-project is uiteindelijk afgerond. Bencis heeft op 24 april 2015 de rechtbank verzocht een voorlopig getuigenverhoor te bevelen (art. 186 Rv). Aan haar verzoek legt Bencis ten grondslag dat zij concrete aanwijzingen heeft dat UK Ltd. de bankgaranties niet rechtsgeldig heeft getrokken. Volgens Bencis was op het moment van het inroepen van de garanties al duidelijk dat UK Ltd. geen 'actual loss', voorwaarde voor het trekken van garantie, zou lijden, omdat het Teesside-project zou worden voortgezet. Bencis heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat er tussen UK Ltd., de banken en de curatoren sprake was van onderlinge afstemming met als doel partijen onrechtmatig te bevoordelen ten koste van Bencis.

De afwijzing van Bencis' verzoek door de rechtbank houdt in hoger beroep stand. Tegen de

achtergrond van het hier (art. 186 jo. 166 lid 1 Rv) toepasselijke wetskader stelt het hof vast dat Bencis door middel van een voorlopig getuigenverhoor bewijs wenst te vergaren voor de onderbouwing van een eventuele o.d.-vordering jegens UK Ltd. Naar het oordeel van het hof heeft Bencis echter onvoldoende gemotiveerd aangegeven waaruit de normschending van UK Ltd. jegens haar zou bestaan. UK Ltd. mocht immers onweersproken de bankgaranties bij faillissement van Y groep inroepen. Daar komt bij dat de curatoren van Y groep hebben aangegeven het Teesside-contract niet na te komen. UK Ltd. mocht onder die omstandigheden dus een beroep doen op de garantie en ING Bank heeft dat beroep rechtsgeldig gehonoreerd. Niet valt in te zien op welke wijze UK Ltd. onrechtmatig jegens Bencis heeft gehandeld. De voortzetting van het Teesside-project is onvoldoende om schending van enige norm aan te nemen. UK Ltd. hoefde bij het inroepen van de bankgarantie redelijkerwijs geen rekening te houden met de belangen van Bencis onder de garantie en is niet onzorgvuldig geweest. Bovendien miskent Bencis met haar stelling dat de enkele omstandigheid, voor zover daar sprake van zou zijn, dat UK Ltd. kon voorzien dat zij met het trekken van de bankgaranties Bencis zou benadelen, niet meebrengt dat UK Ltd. jegens Bencis een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden. In dit licht bezien is het hof van oordeel dat Bencis niet een rechtens te respecteren belang heeft bij een voorlopig getuigenverhoor.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 25-10-2016
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:4279
Zaaknummer: 200.187.614/01
Rechters: D. Kingma, W.H.F.M. Cortenraad en C.G. Kleene-Eijk
Advocaten: I. Wassenaar en J. van den Brande
Wetsartikelen: 166 Rv, 186 Rv en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Verdonk q.q./Nesia Holding

De curator sluit een activaovereenkomst met de moedervennootschap van een nog op te richten doorstartende vennootschap. Wie is contractspartij en kan door de curator worden aangesproken voor betaling? Uitleg van de activaovereenkomst die erop wijst dat de doorstartende vennootschap slechts in het contract werd opgenomen omdat de moedervennootschap nog niet zeker wist wie de betalingsverplichtingen zou gaan voldoen.

Op 15 augustus 2013 is in het faillissement van Scooter Jeans & Fashion B.V. een activaovereenkomst gesloten tussen de curator en (het bestuur van) Nesia Holding. Daarin is onder meer bepaald dat Nesia de doorstartende vennootschap HSK op zal richten, dat deze vennootschap de winkelpanden van Scooter zal (blijven) gebruiken en dat HSK bij blijvende huur van de winkelpanden de werknemers van Scooter zal overnemen. Dit alles tegen vergoeding aan de boedel door Nesia dan wel HSK.

Na het sluiten van de activaovereenkomst is HSK B.V. opgericht. Zij is begonnen met de exploitatie van de winkels van Scooter.

Tussen oktober 2013 en 14 maart 2014 heeft de curator diverse facturen verzonden die verband houden met de doorstart van Scooter en de in dat kader gesloten activaovereenkomst. Die facturen werden eerst naar HSK verstuurd en hadden betrekking op de overname van de IE-rechten en het wagenpark van Scooter. Vanaf november 2013 heeft de curator alle facturen die betrekking hadden op het gebruik van diverse winkelpanden door HSK naar Nesia gestuurd.

Na enkele deelbetalingen zijn op verzoek van Nesia over de verdere gebruiksvergoeding voor de winkelpanden betaalafspraken gemaakt. Vervolgens heeft de curator op 14 maart 2014 een factuur aan Nesia verzonden die betrekking had op de vergoeding voor de loonkosten van de werknemers die na ontslagdatum nog in loondienst waren. Daarover zijn opnieuw betaalafspraken gemaakt. Op 2 september 2014 is HSK failliet verklaard, maar dit vonnis is

uiteindelijk vernietigd.

De curator vordert in dit geding nakoming door Nesia van de betalingsverplichtingen zoals die volgen uit de activaovereenkomst. Nesia brengt hiertegen in dat niet zij maar HSK dient te worden aangesproken. De tekst van de activaovereenkomst doet weliswaar vermoeden dat HSK en Nesia beide voor betaling kunnen worden aangesproken, maar mondeling is afgesproken dat HSK de eerst aangewezene was om de factuur betreffende de loonkosten aan de curator te betalen. Aldus Nesia.

De rechtbank is van oordeel dat Nesia die nadere mondelinge afspraak onvoldoende heeft aangetoond. Van een verhouding tussen HSK en Nesia van gewaarborgde en waarborg is niet gebleken. Evenmin kan uit haar verweer volgen dat zij uit haar betalingsverplichtingen zou zijn ontslagen. Uit de activaovereenkomst blijkt immers dat Nesia en niet HSK contractspartij is. De rechtbank volgt de uitleg van de overeenkomst door de curator, die erop heeft gewezen dat HSK op verzoek van Nesia in het contract is opgenomen omdat Nesia nog niet wist of zij dan wel HSK de loonkosten zou gaan betalen, nu die uitleg door Nesia niet gemotiveerd is weersproken. Ook is niet gebleken dat Nesia tegen toezending van de factuur voor de loonkosten heeft geprotesteerd of de curator heeft gewezen op de beweerdelijk gemaakte mondelinge afspraak dat HSK de factuur zou voldoen. De rechtbank is dan ook van oordeel dat Nesia gehouden is tot volledige betaling.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak: 29-06-2016
ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:3094
Zaaknummer: C/17/140139 / HA ZA 15-54
Rechters: M.C. van Woudenberg
Advocaten: B.J. van Popta en H. Loonstein
Wetsartikelen: 25 Fw en 20 Fw

RECHTSPRAAK

Molenparc/Savelkoul q.q.

Geen duidelijkheid over reikwijdte verplichting tot zekerheidsstelling bij gestanddoening.

Als basisbeginsel heeft het faillissement geen effect op lopende overeenkomsten. Bij wederkerige overeenkomsten die door de failliet en diens wederpartij niet of slechts gedeeltelijk zijn nagekomen dreigt onduidelijkheid. De curator kan op basis van de overeenkomst nakoming vorderen, maar de wederpartij heeft omgekeerd slechts een concurrente vordering in het faillissement en zal dus geneigd zijn om een beroep te doen op een opschortingsrecht. Om uit deze impasse te geraken voorziet artikel 37 Fw in een regeling: de wederpartij kan de curator verzoeken om de overeenkomst gestand te doen. Doet de curator dit niet, dan verliest hij het recht om zijnerzijds nakoming te vorderen. Indien de curator wel bereid is om de overeenkomst gestand te doen, dan is hij op grond van lid 2 verplicht zekerheid te stellen voor de nakoming.

In deze zaak is getracht om de reikwijdte van de verplichting tot zekerheidsstelling uit artikel 37 lid 2 Fw aan de orde te stellen. Om casssatietechnische redenen is dit punt helaas niet goed uit de verf gekomen. Versimpeld weergegeven komen de feiten in deze zaak op het volgende neer. Molenparc heeft een overeenkomst gesloten met NPO voor bouwgrond en de omliggende grond (voor parkeerplaatsen). De bouwgrond is overgedragen en staat buiten iedere discussie. Ten aanzien van de omliggende grond waren Molenparc en NPO overeengekomen dat NPO die mocht gebruiken. Vervolgens zou Molenparc die grond voorzien van de benodigde infrastructuur en aldus ‘woonrijp’ aan NPO opleveren. In de leveringsakte was bepaald dat de koper, NPO, aansprakelijk was voor de schade die voortvloeit en/of samenhangt met het gebruik van de omliggende grond. Daarnaast was de koper op grond van de leveringsakte gehouden om ten gunste van de verkoper een bankgarantie te stellen indien zij niet in staat was om de schade binnen een redelijke termijn te herstellen. NPO verkoopt de grond door aan een derde partij, die de koopprijs voldoet. Later wordt NPO failliet verklaard. Geleverd is er dan nog niet.

Na het faillissement van NPO verzocht Molenparc de curator of hij bereid was tot gestanddoening van de overeenkomst tot levering van de omliggende grond. De curator

verklaarde zich daartoe bereid waarbij hij – als zekerheid voor de gestanddoening – een aantal garantstellingen bijvoegde die tezamen de volledige koopsom dekten. Die garantstellingen werden later vervangen door een bankgarantie van de ING. Niettemin achtte Molenparc deze zekerheden niet afdoende en verzocht om meer. Zolang aanvullende zekerheden uitbleven, zou Molenparc de levering van de omliggende gronden opschorten uit hoofde van een retentierecht dat zij stelde te hebben. De curator vorderde in kort geding vervolgens medewerking aan de leveringsovereenkomst.

In hoger beroep besliste het hof dat Molenparc alleen een beroep kan doen op artikel 37 lid 2 Fw voor de nakoming van het nog niet uitgevoerde deel van de koopovereenkomst. Voor de vorderingen die voortvloeien uit het vóór faillissement uitgevoerde gedeelte van de overeenkomst kan daarentegen geen zekerheid worden verlangd. Dat is een belangwekkende vraag en in cassatie werd dan ook geklaagd dat het hof daarmee een te beperkte reikwijdte had toegekend aan artikel 37 lid 2 Fw.

De Hoge Raad verwerpt echter de klacht wegens het ontbreken van belang. De Hoge Raad buigt het hofoordeel bij de afdoening enigszins bij door het hofoordeel zo te begrijpen dat het Molenparc een beroep kon doen op een rentierecht voor de vorderingen die beweerdelijk niet onder artikel 37 lid 2 Fw zouden vallen. Welke vorderingen wel of niet door de verplichting van artikel 37 lid 2 Fw waren gedekt, werd daarmee zinledig. Nu het hof had beslist dat er voldoende zekerheden waren gesteld voor het nakomingsgedeelte en het schadegedeelte, waarvoor het retentierecht eveneens kon worden ingeroepen, was er geen reden meer om de strekking van artikel 37 lid 2 Fw te beoordelen. Ook het beroep op de verplichting tot het stellen van een bankgarantie faalt om die reden. Dat het hof zich had beperkt tot een onderzoek naar de vraag of de curator voldoende zekerheden had gesteld berust volgens de Hoge Raad op een niet onbegrijpelijke uitleg van de gedingstukken. Vanwege de interferentie met het retentierecht van Molenparc blijft de interessante vraag dus onbeantwoord of zekerheidsstelling uit hoofde van artikel 37 lid 2 Fw alleen ziet op de nakoming sec en niet ook op de schade die het gevolg is van de niet tijdige nakoming of gebrekkige nakoming van die overeenkomst.

C. Warren

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 16-06-2017
ECLI: ECLI:NL:HR:2017:1105
Zaaknummer: 16/01720
Rechters: E.J. Numann, G. Snijders, M.V. Polak, C.E. du Perron en M.J. Kroeze

Wetsartikelen: 37 lid 2 Fw

RECHTSPRAAK

DA-groep

Adviesrecht OR geldt in beginsel in faillissement.

In deze beschikking heeft de Hoge Raad beslist dat het adviesrecht van de ondernemingsraad ex artikel 25 Wet op de ondernemingsraden (WOR) in beginsel ook geldt in faillissement.

Aanleiding voor deze beschikking was het faillissement van de drogisterijketen DA. Kort na het faillissement heeft de curator met machtiging van de R-C de arbeidsovereenkomsten van de medewerkers van DA opgezegd. In het kader van een mogelijke doorstart had de vennootschap NDS een bod uitgebracht op de activa van de DA-Groep. De curator gaf de voorkeur aan het bod van NDS boven het hogere bod van een concurrent omwille van de werkgelegenheid. Na daartoe te zijn verzocht heeft de curator de ondernemingsraad (OR) op hoofdlijnen geïnformeerd over het besluit om de bedrijfsactiviteiten van DA aan NDS over te dragen. De OR ging vervolgens tegen dit besluit in beroep bij de Ondernemingskamer (OK) omdat de curator ten onrechte de OR niet om advies had gevraagd. De OK besliste echter dat het adviesrecht zich niet liet verenigen met het faillissementsrecht. Het adviesrecht veronderstelt dat de onderneming zich in solvente toestand bevindt terwijl het faillissement erop is gericht om de onderneming te liquideren teneinde een zo hoog mogelijke opbrengst voor de schuldeisers te genereren.

In cassatie stelt de Hoge Raad voorop dat het faillissement van een onderneming in de zin van de WOR er niet toe leidt dat die onderneming ophoudt te bestaan. Het faillissement brengt wel mee dat een curator wordt aangesteld die tijdens het faillissement de bevoegdheden van de ondernemer uitoefent. Om die reden kan de curator worden gelijkgesteld met een ondernemer in de zin van de WOR en kan hij tevens worden aangemerkt als bestuurder indien hij alleen of samen met anderen de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid.

Deze hoedanigheden brengen volgens de Hoge Raad mee dat de curator in beginsel ervoor moet zorgen dat de WOR tijdens het faillissement wordt nageleefd. In beginsel, want de Hoge Raad overweegt ook dat het adviesrecht van artikel 25 WOR zich niet uitstrekt tot de verkoop van goederen op de voet van artikel 176 Fw en het ontslag van werknemers op de voet van

artikel 40 Fw, ook niet als hierdoor de onderneming wordt beëindigd. Deze handelingen zijn immers gericht op de liquidatie van het ondernemingsvermogen waartoe de curator uit hoofde van de Faillissementswet uitdrukkelijk bevoegd is. Ten aanzien van die handelingen wegen de belangen van de schuldeisers zwaarder dan de belangen die worden gediend met het adviesrecht. Het besluit om activa te verkopen is echter wel adviesplichtig indien de verkoop plaatsvindt in het kader van een voortzetting of doorstart van de onderneming door dezelfde of een andere entiteit, waarbij het vooruitzicht bestaat dat er arbeidsplaatsen worden behouden. Liquidatie staat in dat geval niet langer voorop.

De Hoge Raad overweegt verder dat de curator mag afwijken van de formele vereisten in artikel 25 lid 2-6 WOR indien de omstandigheden van het geval dit vergen. Wel dienen de OR en de curator bij hun gedragingen jegens elkaar acht te slaan op hetgeen de redelijkheid en billijkheid vordert.

De Hoge Raad beslist tot slot dat het mogelijke bestaan van het adviesrecht in de overname van de DA-keten kan meebrengen dat er een proceskostenveroordeling wordt uitgesproken ten laste van de boedel van DA. Op grond van artikel 22 lid 2 WOR kan de OK na verwijzing afwijken van het liquidatietarief.

Welke gevolgen het negeren van een eventueel adviesrecht meebrengt voor de koper van de DA-Groep werd in deze procedure niet aan de orde gesteld. In dit verband is het nuttig om te wijzen op de laatste volzin van artikel 26 lid 6 WOR waarin expliciet wordt bepaald dat door de OK getroffen voorzieningen niet de rechten van derden kunnen aantasten. De OR kan dus niet de overname via de WOR terugdraaien, ook niet als de OK na verwijzing oordeelt dat de OR van DA-Groep een adviesrecht toekwam.

C. Warren

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 02-06-2017
ECLI: ECLI:NL:HR:2017:982
Zaaknummer: 16/04301
Rechters: C.A. Streefkerk, G. de Groot, M.V. Polak, C.E. du Perron en M.J. Kroeze
Wetsartikelen: 25 WOR

RECHTSPRAAK

Ex-gefailleerde c.s./Van Wijk pro se

In de diffuse periode waarin de vernietiging van de uitspraak tot faillietverklaring nog niet in kracht van gewijsde is gegaan, dient de curator terughoudendheid te betrachten ten aanzien van rechtshandelingen met onomkeerbare rechtsgevolgen. Waar de curator beleidsvrijheid heeft, hoeft hij in redelijkheid echter niet lijdzaam toe te zien hoe de onderneming wordt uitgehold en de boedel dus schade lijdt.

Op 20 augustus 2014 is eiseres in staat van faillissement verklaard met benoeming van gedaagde als curator. Dit faillissement is vervolgens op 9 oktober 2014 in hoger beroep vernietigd. Bij arrest van 6 maart 2015 heeft de Hoge Raad het daartegen gerichte cassatieberoep verworpen, waarna definitief kwam vast te staan dat de binderij niet in staat van faillissement verkeerde.

De curator heeft in de periode tussen vernietiging van het faillissementsvonnis in hoger beroep en het in kracht van gewijsde gaan van die beslissing in cassatie, nog op actieve wijze invulling aan zijn curatorschap gegeven door activa van eiseres te verkopen, debiteurenvorderingen te incasseren en de (middellijk) bestuurder van eiseres (eiser in deze procedure) voor faillissementsverhoor op te roepen (art. 105 Fw).

Het is dit actieve handelen van de curator dat eiseres c.s. beoordeeld wenst te zien. Eiseres c.s. stelt dat de curator zich na vernietiging van het faillissementsvonnis in hoger beroep onvoldoende terughoudend heeft opgesteld. Daarmee heeft de curator persoonlijk onrechtmatig gehandeld en is hij naar eiseres stelt aansprakelijk voor de schade die eiseres dientengevolge heeft geleden.

De rechtbank stelt voorop dat de curator in beginsel bevoegd was om in de periode tussen het arrest van het hof van 9 oktober 2014 en het arrest van de Hoge Raad van 6 maart 2015 met betrekking tot boedelbestanddelen te handelen zoals hij in casu heeft gedaan (art. 23 Fw en HR 22 oktober 1940, NJ 1941/431).

Daarnaast oordeelt de rechtbank dat de curator in de diffuse periode waarin een uitspraak tot vernietiging van het faillissement nog niet in kracht van gewijsde is gegaan weliswaar terughoudendheid dient te betrachten ten aanzien van rechtshandelingen met onomkeerbare gevolgen, maar dat hij in casu een grote mate van beleidsvrijheid had zoals dat kan worden opgemaakt uit de arresten Maclou en Gips (HR 19 april 1996, JOR 1996/48 en HR 16 december 2011, NJ 2012/515).

De vraag die daarmee overblijft, is of de curator in redelijkheid tot zijn handelen in het belang van de schuldeisers kon komen, waarbij van belang is of het belang van de boedel zijn concrete handelen verlangde en uitstel niet geduld kon worden.

In dat kader heeft de curator kort gezegd aangevoerd dat eiseres zelf tot bedrijfsliquidatie was overgegaan waarbij de bedrijfsactiva aan derden werden overgedragen, er geen bedrijfsruimte meer beschikbaar was en arbeidsovereenkomsten waren opgezegd.

Dit betoog is naar het oordeel van de rechtbank niet voldoende overtuigend door eiseres betwist. Evenmin is gebleken dat eiseres c.s. de curator bij hun door de curator gestelde handelen heeft betrokken. Bezien in dat licht acht de rechtbank de wijze waarop de curator is tussengekomen niet onredelijk of onverklaarbaar. Zou de curator niet hebben ingegrepen, dan zou hem later het verwijt hebben kunnen treffen dat hij lijdzaam het uithollen van de onderneming had toegestaan.

Zo wijst de rechtbank erop dat de curator activa ter voorkoming van verdere schade heeft kunnen verkopen, waarbij aan de rechtbank niet is gebleken dat daarbij een te lage of onzorgvuldig tot stand gekomen verkoopprijs is gehanteerd. Dat geldt ook voor de poging om ten behoeve van de boedel debiteuren te incasseren. Van belang daarbij is dat de curator vanzelfsprekend slechts in het belang van de boedel heeft gehandeld en uiteindelijk door hem ten gelde gemaakte of geïncasseerde sommen dan ook na beëindiging van de faillissementssituatie aan (de eigenaren van) eiseres heeft overhandigd. De vordering van eiseres wordt derhalve afgewezen.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak: 10-05-2017
ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2017:1977
Zaaknummer: C/08/187018 / HA ZA 16-229
Rechters: G.G. Vermeulen
Advocaten: J.P.M. Borsboom en E.A.L. van Emden

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Appellant/X

De rechtsvordering uit hoofde van een aansprakelijkheidsstelling op grond van de Beklamel-norm is niet verjaard nu de wederpartij (naar subjectieve maatstaven beoordeeld) vóór het uitbrengen van de dagvaarding niet bekend was met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon en dientengevolge niet daadwerkelijk in staat was een rechtsvordering in te stellen.

Deze zaak is het vervolg op HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:663, waarin de voorgaande beslissing in hoger beroep in zoverre is vernietigd dat is komen vast te staan dat (thans) appellant in 1999 aansprakelijk is geworden op grond van de Beklamel-norm, maar dat het hof ten aanzien van het door appellant gedane beroep op verjaring buiten de rechtsstrijd is getreden. Het hof had geoordeeld dat de verjaring van de vordering was gestuit omdat appellant in 2005 enige aflossingen had gedaan op de hier centraal staande en door geïntimeerde verstrekte geldlening, waarmee de vordering voor erkend werd gehouden, zodat de inleidende dagvaarding nog net binnen de verjaringstermijn van vijf jaar was uitgebracht (art. 3:310 lid 1 BW).

In de onderhavige zaak neemt het hof eerst in overweging dat de inleidende dagvaarding is uitgebracht op 9 maart 2010, zodat het erop aankomt vast te stellen of de verjaring al dan niet vóór of op 9 maart 2005 is gaan lopen. Ten tweede stelt het hof voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van appellant voorop hetgeen omtrent de verjaring van de vordering tot schadevergoeding werd overwogen in HR 14 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3240 (Allianz). Het hof neemt daarbij in acht dat het bijzondere in deze zaak is dat sprake is van een afgeleide aansprakelijkheid, namelijk de persoonlijke aansprakelijkheid van appellant als bestuurder op grond van de Beklamel-norm.

Samengenomen komt het, aldus het hof, voor de beantwoording van de vraag of de verjaring is gaan lopen dus aan op de beoordeling van de vraag of geïntimeerde al vóór 10 maart 2005 (naar subjectieve maatstaven beoordeeld) bekend was met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon en dientengevolge daadwerkelijk in staat was een rechtsvordering in

te stellen.

Het hof overweegt daarover ten eerste dat niet is komen vast te staan dat geïntimeerde met een – voor hem krachtens de Beklamel-norm persoonlijk aansprakelijkheidscheppende – fout van appellant in de periode van eind 1999 tot eind 2002/begin 2003 bekend was. Dat sprake was van zo'n fout hoefde geïntimeerde ook niet op te maken uit gedragingen van appellant. Noch is het aannemelijk geworden dat geïntimeerde anderszins bekend is geworden met de (verkeerde) intenties van appellant of zijn handelwijze heeft aangemerkt als een onrechtmatig handelen bij het aangaan van de overeenkomst van geldlening. Aannemelijk is dat geïntimeerde – die toen een affectieve relatie had met appellant – er volkomen te goeder trouw van uitging dat appellant het geleende geld behoorlijk zou gebruiken. Appellant heeft indertijd (1999-2002) evenmin aan geïntimeerde gegevens verschaft waaruit zij zou hebben kunnen – en wellicht zelf moeten – afleiden dat van deze foute handelwijze sprake is geweest. Eerst na een daartoe strekkend incident in eerste aanleg heeft appellant haar (summiere) informatie verschaft. De slotsom is dan ook dat de rechtsvordering niet is verjaard.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 09-05-2017
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:2101
Zaaknummer: 200.198.864_01
Rechters: W.H.B. den Hartog Jager, M.G.W.M. Stienissen en J.M.H. Schoenmakers
Advocaten: R. Gerretsen en M.A.C. Geurts
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Butterman q.q./Belfius Bank

De gefailleerde heeft na datum faillissement een betalingsopdracht verstrekt aan de Belgische Bank waar hij een rekening aanhoudt. Deze opdracht is door de bank ten laste van de boedel te goeder trouw uitgevoerd. De bank kan zich niet beroepen op artikel 24 IVO (oud), noch – wegens toepasselijkheid van Nederlands recht – op artikel 52 Fw.

Eiser is op 15 februari 2011 persoonlijk failliet verklaard. Eiser hield bij de Belfius Bank (België) een bankrekening aan. Op 9 augustus 2013 heeft de curator Belfius Bank verzocht inzicht te geven in alle transacties vanaf de faillissementsdatum. Daaruit blijkt dat eiser in de periode na datum faillissement tot aan 28 augustus 2012 gebruik heeft gemaakt van zijn betaalrekening alsof er geen sprake was van een faillissement. Uit de transactieoverzichten is gebleken dat er gedurende de periode van faillissement voor een bedrag van € 78.535,57 aan betalingen is bijgeschreven op de bankrekening. Deze rekening is op of omstreeks 28 augustus 2012 opgeheven. Op 28 augustus 2012 had de rekening een nul-saldo.

De curator heeft Belfius Bank gesommeerd een bedrag van € 78.535,57 aan de boedel te betalen op grond van de artikelen 20, 23 en 54 Fw. Belfius Bank doet een beroep op artikel 52 Fw en 21 en 24 IVO. In de kern komt het standpunt van Belfius Bank erop neer dat zij als van het faillissement onwetende derde te goeder trouw bescherming verdient, zodanig dat de curator zijn restitutievordering niet jegens haar geldend kan maken. De rechtbank stelt vast dat haar aldus door Belfius wordt gevraagd een van de jurisprudentie van de Hoge Raad en het Hof van Justitie van de EU afwijkend standpunt in te nemen.

Die vlieger gaat evenwel niet op. De rechtbank stelt allereerst vast dat het Europees Hof van Justitie heeft geoordeeld dat situaties waarbij de gefailleerde een betalingsopdracht geeft die door de bank ten laste van de boedel wordt uitgevoerd of een kasopname doet, terwijl de bank niet van het faillissement op de hoogte was, buiten het bereik van artikel 24 IVO (Verordening (EG) nr. 1346/2000) vallen (HvJ EU 19 september 2013, C-251/12). In dezelfde zaak kwam vast te staan dat eventuele aansprakelijkheid van de bank buiten artikel 24 IVO door het

toepasselijke nationale recht worden beheerst.

Dat recht is Nederlands recht (art. 4 en 17 IVO). Op grond van de arresten HR Huijzer q.q./Rabo en HR ING/Manning q.q. kan de curator van Belfius Bank betaling vorderen van die bedragen die niet onder het bereik van artikel 24 IVO vallen. De Hoge Raad heeft daarbij geoordeeld dat niet van belang is of de bank met het faillissement bekend was of bekend kon zijn. Op grond van het IVO is ook Belfius Bank aan deze jurisprudentie van de Hoge Raad gebonden op grond van artikel 4 lid 1 IVO, dat het Nederlandse recht als het op het faillissement van eiser toepasselijke recht aanwijst. De curator heeft dus een restitutievordering op de Belgische Bank.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant
Datum uitspraak: 19-04-2017
ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2017:2490
Zaaknummer: C/02/314577 / HA ZA 16-294
Rechters: P.W.A. van Geloven
Advocaten: N.P.T. van Rijen en E.J.L. Mulderink
Wetsartikelen: 23 Fw

RECHTSPRAAK

Strafrecht. Verdachte heeft tijdens zijn persoonlijke faillissement niet voldaan aan zijn faillissementsrechtelijke inlichtingenplicht en daarmee de rechten van schuldeiser bedrieglijk verkort, te weten door inkomsten uit werkzaamheden, onder andere in de eenmanszaak van zijn echtgenote, niet te openbaren aan de curator.

Het gaat hier om een strafzaak waarin aan verdachte ten laste is gelegd dat hij, terwijl hij in staat van faillissement verkeerde, niet heeft voldaan aan zijn inlichtingenplicht (art. 105 lid 1 Fw jo. 194 Sr) en zich aldus heeft schuldig gemaakt aan bedrieglijke bankbreuk (art. 341 Sr). Hij heeft inkomsten uit werkzaamheden voor andere rechtspersonen bewust tegenover de curator verzwegen. Daarmee staat vast dat verdachte geldbedragen aan de boedel heeft onttrokken. Hij heeft namelijk met medeweten van zijn echtgenote zijn werkzaamheden verricht namens haar eenmanszaak en zijn inkomsten laten storten op haar bankrekening. Op deze manier werd een bedrieglijk voorkomen gecreëerd, waarbij het voor de curator leek alsof verdachte niet over geld beschikte om de schuldeisers in het faillissement af te betalen. Daardoor zijn deze schuldeisers benadeeld. De echtgenote heeft haar eenmanszaak en bankrekening hiervoor ter beschikking gesteld. Zij heeft gezien dat er bedragen op de rekening werden gestort. Zij wist dus dat haar man inkomsten had uit werkzaamheden en dat die inkomsten niet bij de curator bekend waren. Zodoende is zij medeplichtig aan de door verdachte begane strafbare gedragingen.

Dit alles leidt er naar het oordeel van de rechtbank toe dat verdachte zich heeft schuldig gemaakt aan het niet geven van inlichtingen bij faillissement en bedrieglijke bankbreuk. Hij heeft tijdens zijn faillissement inkomsten gegenereerd, die hij had moeten verantwoorden aan de curator, zodat de schuldeisers in het faillissement daarvan konden worden betaald. Verdachte heeft dit opzettelijk nagelaten. De echtgenote is verdachte bij die bedrieglijke bankbreuk behulpzaam geweest. Zij heeft haar eenmanszaak en bankrekening ter beschikking gesteld om de inkomsten van verdachte buiten het zicht van de curator te houden zodat beiden zelf van het verdiende geld gebruik konden maken. Door aldus te handelen heeft verdachte de op hem rustende verplichtingen in het faillissement niet serieus genomen. Met hun handelwijze hebben beiden verder bewust de schuldeisers in het faillissement van

verdachte benadeeld. Er is geen omstandigheid aannemelijk geworden die de strafbaarheid van verdachte uitsluit. Verdachte is dan ook strafbaar.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 06-04-2017
ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:2552
Zaaknummer: 13/731056-15
Rechters: G.M. van Dijk, B. Vogel en T.T. Hylkema
Advocaten: J.F. van Haldere
Wetsartikelen: 341 Sr

RECHTSPRAAK

Delice c.s./CvV

De strekking van artikel 18 WvK brengt mee dat een vennoot van een vennootschap onder firma aansprakelijk is voor reeds bestaande schulden van de vennootschap ten tijde van zijn toetreden, alsmede de schulden die nadien ontstaan. Ook na het uittreden blijft een voormalige vennoot hiervoor aansprakelijk, ondanks het faillissement van de vennootschap.

Delice c.s., eiser, is een investeerder. Zij heeft in 2014 en 2015 onder meer geld geïnvesteerd in de v.o.f. Poolse Winkel. Tot deze vennootschap is per 2 maart 2016 toegetreden gedaagde CvV B.V. Reeds op 4 april 2016 is CvV uitgetreden als vennoot.

De investeringen van Delice liepen via een geldlening aan een voormalige vennoot van de v.o.f. Bij overeenkomst van 30 december 2015 is die vennoot een lening met eiser voor een bedrag van € 435.465 aangegaan. De v.o.f. was daarbij geen partij. Op een later moment is daar een tweede lening bij gekomen.

De v.o.f. is wel betrokken geweest bij het verstrekken van een zekerheid aan eiser c.s. in de vorm van een pandrecht op onder andere activa van de v.o.f. Dat pandrecht diende tot meerdere zekerheid voor al hetgeen eiser c.s. te vorderen heeft en zou krijgen.

Eiser c.s. heeft op 8 maart 2016 ter zake van zijn pandrecht verlof gekregen voor het leggen van een afgiftebeslag (art. 492 Rv). Bij die gelegenheid is echter tussen eiser c.s. en alle betrokken partijen een vaststellingsovereenkomst voor een afbetalingsregeling gesloten. Die regeling is door de gezamenlijke pandhouders, waaronder de v.o.f., ondanks sommatie, niet volledig nagekomen.

Op 27 mei 2016 is de v.o.f. failliet verklaard. In deze zaak maakt eiser c.s. aanspraak op betaling van een bedrag van € 735.738,25 waarover eiser c.s. als pandhouder en (onder meer) de v.o.f. als pandgever een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten.

CvV heeft zich op een aantal gronden tegen zowel ontvankelijkheid als de vordering van eiser

c.s. verweerd. De vraag die met dat laatste verweer voorligt is, naar de rechtbank vaststelt, of een nieuwe vennoot in een vennootschap onder firma is aan te spreken voor de schulden die de vennootschap reeds had op het moment van aantreden.

Die vraag wordt onder verwijzing naar het Hoekzema-arrest (ECLI:NL:HR:2015:588) door de rechtbank bevestigend beantwoord. Uit de uitleg van het hier toepasselijke artikel 18 WvK door de Hoge Raad volgt dat de strekking van die bepaling is dat de hoofdelijke verbondenheid van de vennoten alle schulden betreft die ten tijde van hun toetreding tot de vennootschap bestaan, of nadien ontstaan. Ook na haar uittreden blijft CvV hiervoor aansprakelijk, ondanks het faillissement van de v.o.f., aldus de rechtbank.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak: 05-04-2017
ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2017:2413
Zaaknummer: C/05/307574 HA ZA 16-433
Rechters: D.M.I. de Waele
Advocaten: F.J. Hordijk en A.J.A.M. Veen-Brom
Wetsartikelen: 18 WvK

RECHTSPRAAK

Eiseres c.s./Curator Terra Villa

Geen persoonlijke aansprakelijkheid curator wegens het namens de boedel herhaaldelijk en in rechte opeisen van een bij de bestuurder van de gefailleerde in gebruik zijnde auto. Bezien vanuit het perspectief van de curator diende hij te streven naar vergoeding van de werkelijke waarde van de auto aan de boedel. Ter zake van de opeising van de auto valt hem op grond van de Maclou-norm dan ook geen verwijt te maken.

Eiseres in deze zaak is onder meer de (particuliere) bestuurder en enig aandeelhouder van Holding B.V. Die vennootschap was op haar beurt bestuurder en enig aandeelhouder van het op 28 december 2010 failliet verklaarde Terra Villa B.V.

Terra Villa heeft in 2007 een nieuwe BMW gekocht. De auto werd feitelijk gebruikt door eiseres. De aankoop was eerst gefinancierd door BMW Financial Services. Nadat de financieringsovereenkomst afliep, diende Terra Villa nog € 10.000 te betalen. Dat bedrag heeft zij van ABN Amro geleend.

Door afbetaling aan BMW Financial Services is Terra Villa eigenaar geworden van de auto. In het kader van de financiering door ABN heeft ABN een pandrecht op de auto en hoofdelijkheid van eiseres bedongen. Op de datum van faillissement had de Bank nog een vordering van € 9.100 op Terra Vila.

Tussen de curator van Terra Villa en eiseres is vervolgens na mondelinge afspraken verschil van inzicht ontstaan over de vraag of eiseres de auto heeft overgenomen uit de boedel. Dit heeft geleid tot een door de curator gestarte procedure. Die is er in hoger beroep mee geëindigd dat eiseres naar het oordeel van het hof de afspraken met de curator zo heeft mogen begrijpen dat zij de eigendom van de auto zou verkrijgen indien zij de verdere afwikkeling met ABN Amro ter hand zou nemen en zij zou zorgdragen voor de betaling van de restantvordering aan de Bank. Daarna viel de auto niet langer in de boedel, aldus het hof.

Na dit arrest bleef eiseres met lege handen staan waar het de executie van het vonnis in eerste aanleg betrof: de faillissementsboedel bood geen verhaal voor de proceskostenveroordeling in hoger beroep en de inmiddels op haar uitkering via beslaglegging geïnde gelden kon zij daarop ook niet verhalen, evenmin als het verlies dat zij leed doordat de auto in februari 2011 door de curator was verkocht.

De vraag die eiseres in dit geding opwerpt, is of op basis van deze gang van zaken geoordeeld moet worden dat de curator in persoon onrechtmatig jegens eiseres heeft gehandeld. Ter beantwoording bewandelt de rechtbank een ander spoor dan het hof. Wat haar betreft staat in deze zaak niet zonder meer vast dat de auto aan eiseres is verkocht. Vanuit het perspectief van de curator diende hij ernaar te streven dat de werkelijke waarde van de auto, zo die hoger was dan de restantschuld aan de Bank, aan de boedel zou worden vergoed. Ter zake van het opeisen van de auto voor de boedel valt hem in het kader van de Maclounorm dan ook geen verwijt te maken. Ten aanzien van de executie van het vonnis van de rechtbank en de opvolgende verkoop van de auto geldt hetzelfde.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak: 29-03-2017
ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2017:2418
Zaaknummer: C/05/305864 / HA ZA 16-364
Rechters: M.A.M. Vaessen, D.M.I. de Waele en J.H.J. Evers
Advocaten: A. Robustella en F.B.A.M. van Oss
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

GMS GmbH/X, Y en Z

Er kan wegens enkele doorlevering bij eigendomsvoorhoud geen sprake zijn van onrechtmatig handelen nu doorlevering bij de verkoper onder eigendomsvoorbehoud bekend was of had moeten zijn en hij doorlevering kennelijk heeft toegestaan. Hetzelfde geldt voor doorverkoop aan particulieren, nu niet wordt onderbouwd welke specifieke schoenen het betreft. Geen sprake van ongerechtvaardigde verrijking.

De Duitse vennootschap GMS GmbH, eiseres, is een inkoop- en marketingorganisatie die onder andere schoenwinkels adviseert en ondersteunt. Zij sluit daartoe partnercontracten met de schoenwinkels. Zo heeft GMS een partnercontract gesloten met de Nederlandse onderneming gedaagde sub 1, waarvan gedaagden sub 2 en gedaagde sub 3 de particuliere bestuurders zijn. Gedaagde sub 1 is in 2014 opgericht met het doel om de eenmanszaak van de moeder van gedaagden sub 2 en 3 over te kunnen nemen.

GMS heeft op 13 april 2015 een partnercontract met gedaagde sub 1 gesloten. Hierin is onder meer een geclausuleerd eigendomsvoorbehoud van GMS opgenomen. Op grond daarvan is gedaagde sub 1 bevoegd de onder het eigendomsvoorbehoud vallende schoenen in de normale uitoefening van haar bedrijf over te dragen.

GMS heeft gedaagden in rechte voor een bedrag van € 40.000 aangesproken nu door GMS onder eigendomsvoorbehoud geleverde schoenen aan gedaagde sub 1 zijn doorgeleverd door de inmiddels gefailleerde eenmanszaak van de moeder van gedaagden sub 2 en 3. Dit is in strijd met de door GMS met de eenmanszaak gesloten partnerovereenkomst. Nu gedaagde sub 1 wist dat gefailleerde de schoenen niet aan haar mocht (door)verkopen en zij de schoenen vervolgens aan particulieren heeft verkocht zodat revindicatie voor GMS niet langer mogelijk is, is gedaagde sub 1 gehouden voor de (door)geleverde goederen te betalen. Aldus GMS.

Ter schraging voert GMS een aantal gronden aan. De rechtbank overweegt daarover als volgt. Het door GMS gestelde eigendomsvoorbehoud kan in het midden blijven nu zij zich niet op

revindicatie beroept. De door GMS gevorderde betaling is niet gebaseerd op (rechtstreekse) leveringen van GMS aan gedaagde sub 1 uit hoofde van het partnercontract of een andere overeenkomst tussen GMS en gedaagde sub 1. De vordering op de primaire grond van wanprestatie kan daarom niet slagen.

Hetzelfde geldt voor de door GMS subsidiair ingeroepen onrechtmatige daad. Enkele doorlevering is daartoe onvoldoende. GMS was er immers van op de hoogte of had ervan op de hoogte moeten zijn dat binnen het 'familieconcern' vanuit de eenmanszaak doorlevering plaatsvond in het kader van een centrale inkoop tegen gereduceerd tarief. Het ging hier om een kennelijk bestendige praktijk waartegen GMS na kennelijke goedkeuring te laat bezwaar heeft gemaakt.

Voor zover GMS heeft willen stellen dat gedaagde sub 1 onrechtmatig heeft gehandeld door niet betaalde schoenen van GMS in haar bedrijf te verkopen, overweegt de rechtbank dat onvoldoende blijkt dat dit is geschied. GMS heeft op geen enkele wijze nader onderbouwd wélke door haar aan de eenmanszaak geleverde, niet betaalde schoenen uiteindelijk door gedaagde sub 1 zouden zijn verkocht.

Ook ten aanzien van de beweerdelijke ongerechtvaardigde verrijking heeft GMS naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende gesteld. De slotsom is dat de vorderingen worden afgewezen.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak: 15-03-2017
ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2017:2417
Zaaknummer: C/05/304948/HA ZA 16-339
Rechters: D.M.I. de Waele
Advocaten: R.M.E. Geraats en E.H. Steentjes
Wetsartikelen: 3:92 BW, 6:162 BW en 3:74 BW

RECHTSPRAAK

Vereniging/Ontbonden stichting

Faillietverklaring van een ontbonden stichting. Het is bij de huidige stand van zaken niet uit te sluiten dat mogelijk sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur en dat dit wegens de bestuurdersaansprakelijkheid zal leiden tot baten voor de boedel. Het is aan een curator om dit nader te onderzoeken. Verzoekster heeft daarom belang bij een faillissement en van misbruik van recht harerzijds is geen sprake.

Verzoekster stelt zich op het standpunt dat zij een opeisbare vordering heeft op verweerster van € 13.272,90. Het bestuur van verweerster, een stichting, heeft een ontbindingsbesluit genomen en zichzelf opgeheven per 17 september 2015 omdat er geen bekende baten meer aanwezig zijn. Verzoekster heeft echter (uiteindelijk) inzage gekregen in de administratie van verweerster en heeft daarin gezien dat er nog zo'n € 28.000 aan debiteuren is opgenomen. Voorts lijkt de administratie van verweerster niet, althans onvoldoende, op orde en is er dus mogelijk sprake geweest van onbehoorlijk bestuur en is daarom niet uit te sluiten dat de bestuursleden persoonlijk aansprakelijk zijn voor het faillissementstekort. Volgens verzoekster zijn er daarom wel degelijk baten te verwachten. Ook is uit de administratie gebleken van een crediteurenlijst, hetgeen er op duidt dat verweerster meer schuldeisers onbetaald heeft gelaten. Aldus is sprake van een faillissementssituatie.

Verweerster bepleit tevergeefs afwijzing van het verzoek. Uit de administratie van verweerster blijkt van een post 'debiteuren'. Dat die vorderingen grotendeels oninbaar zijn, is volgens de rechtbank onvoldoende onderbouwd. Dat de vorderingen deels ten onrechte zijn geboekt en daarom niet bestaan, is onvoldoende concreet gemaakt door verweerster. Het is daarom zeker niet onaannemelijk dat er toch baten zijn te verwachten in een faillissement. Voorts volgt uit het verweer zelf dat de administratie van verweerster kennelijk niet strookt met de werkelijkheid. Dat roept de vraag op of het bestuur van verweerster haar taak wel op juiste wijze heeft vervuld. Ook het verweer dat alle andere schulden behalve die van verzoekster zijn voldaan, roept de vraag op of sprake is geweest van selectieve (wan)betaling door het bestuur.

Kortom, het is bij de huidige stand van zaken niet uit te sluiten dat mogelijk sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur en dat dit wegens de bestuurdersaansprakelijkheid zal leiden tot baten voor de boedel. Het is aan een curator om dit nader te onderzoeken. Verzoekster heeft daarom belang bij een faillissement en van misbruik van recht harerzijds is geen sprake. Het verzoek wordt daarom toegewezen.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 18-11-2016
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:10334
Zaaknummer: 16.601
Rechters: V.M. de Winkel
Advocaten: J.H. van Seters en J. Kloots
Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 2:23c lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Curator/Staat

De vordering van de curator, inhoudende dat het gehele notariële protocol en overige notariële bescheiden door de Staat in bewaring en opslag wordt genomen, wordt toegewezen. Er is sprake van een uitzonderlijke situatie nu het notariaat niet gecontinueerd kan worden en de Staat stelt dat hij weliswaar bereid is het protocol en de overige notariële bescheiden op te slaan, maar niet dat hij dit doet in de hoedanigheid van eigenaar en/of waarnemend notaris.

De curator in dit kort geding treedt op in het faillissement van B.V. Deze vennootschap huurde een bedrijfspand en vormde de ondernemingsvorm van kandidaat-notaris mr. A, die eigenaar is van de B.V. Mr. A was sinds 1 januari 2011 werkzaam als waarnemer van het notarisambt mr. B, maar is wegens malversaties op 19 juni 2016 geschorst.

In het door de gefailleerde gehuurde bedrijfspand bevindt zich (in kluizen, archief- en brandkasten) het protocol (de minuten, notariële verklaringen, registers, afschriften, repertoria en kaartsystemen die onder de notaris rusten, vlg. art. 1 lid 1 sub a Wet op het notarisambt (Wna)) en de overige notariële bescheiden van mr. B.

De B.V. van mr. A is op 5 juli 2016 failliet verklaard. Nadien is het notarisambt van mr. B telkens waargenomen door verschillende notarissen, waarbij bij de laatste benoeming de waarnemend notaris is ontheven van de verplichtingen zoals vermeld in de artikelen 2 tot en met 4 van de Verordening overdracht protocol. Voor de periode vanaf 1 oktober 2016 is geen opvolgend waarnemer benoemd.

De curator heeft de Staat en de waarnemend notaris gedaagd teneinde de Staat te veroordelen het protocol en de overige notariële bescheiden van mr. B op grond van de Wna onder zich te nemen en het gehuurde, waar zich bevinden de kluizen, archiefkasten, brandkasten en kamers, waarin het protocol en de overige notariële bescheiden zich bevinden, te ontruimen en leeg ter beschikking te stellen aan de curator. Van de waarnemend notaris wordt gevorderd dat hij aan die gang van zaken zijn medewerking zal verlenen nu het protocol en de overige

notariële bescheiden buiten het faillissement vallen en in de weg staan aan de afwikkeling van het faillissement. Bovendien zal de curator zich met ingang van 1 oktober 2016 in moeten laten met de behartiging van de belangen van de Staat als eigenaar van het protocol, terwijl een grondslag voor die bevoegdheid ontbreekt.

De voorzieningenrechter wijst de vordering jegens de Staat toe. De waarnemend notaris, medegedaagde, heeft evenwel aangevoerd dat hij zich – mede gezien de bepalingen in de Verordening – niet vrij voelt de Staat in de gelegenheid te stellen het protocol en de overige notariële bescheiden mee te nemen en op te slaan. De voorzieningenrechter overweegt dat er thans sprake is van een uitzonderlijke situatie, met name het feit dat er geen sprake is van een waarnemend notaris vanaf 1 oktober 2016 en de Staat stelt dat hij weliswaar bereid is het protocol en de overige notariële bescheiden op te slaan, maar niet dat hij dit doet in de hoedanigheid van eigenaar en/of waarnemend notaris, zodat ook de vordering gericht tegen de notaris dient te worden toegewezen.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 29-09-2016
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2016:17056
Zaaknummer: C/09/518653 / KG ZA 16/1127
Rechters: G.H.I.J. Hage
Advocaten: G.J. Boeve en J. Bootsma
Wetsartikelen: 25 Fw

RECHTSPRAAK

TNO/X en Y

Externe bestuurdersaansprakelijkheid wegens bewerkstelligde betalingsonwil van de vennootschap bij nakoming van verbintenis tot doorbetaling in het kader van een subsidieregeling. Tussenvonnis met bewijsopdracht naar aanleiding van het verweer dat een andersluidende afspraak is overeengekomen.

Ingrepro Renewables B.V. houdt zich bezig met handel in gas en is op 19 februari 2013 failliet verklaard. Enig bestuurder van Ingrepro Renewables is Ingrepro B.V. dat 70% van de aandelen houdt. Ook Ingrepro B.V. is op 5 februari 2013 failliet verklaard. Gedaagden sub 1 en 2 waren de particuliere bestuurders van Ingrepro.

In 2010 heeft het Agentschap NL van het ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit aan Inrepro Renewables en TNO als mede-aanvrager een subsidie van maximaal € 927.449 toegekend. Uit het bij het Agentschap NL ingediende kostenoverzicht blijkt dat Ingrepro Renewables een subsidie van € 728.680 heeft aangevraagd en TNO een subsidie van € 364.770.

Tussen Ingrepro Renewables en TNO bestond een samenwerkingsovereenkomst. Uit dien hoofde heeft TNO op 27 november 2012 aan Ingrepro Renewables een factuur gestuurd teneinde aan Ingrepro Renewables als penvoerder uitgekeerde voorschotten in het kader van de subsidieregeling doorbetaald te krijgen. Ook na latere sommatie heeft Ingrepro Renewables hier echter niet aan voldaan.

TNO vordert veroordeling van gedaagden. Naar TNO stelt, kan gedaagden er als middellijk bestuurders van Ingrepro Renewables een ernstig persoonlijk verwijt van worden gemaakt dat Ingrepro Renwables er ten onrechte geen zorg voor heeft gedragen dat een gedeelte van de subsidie op grond van de overeenkomst aan TNO werd doorbetaald. Ingrepro als onmiddellijk en daarmee gedaagden als middellijk bestuurder van Ingrepro Renewables kan aldus tevens betalingsonwil of frustratie verweten worden.

Naar het oordeel van de rechtbank staat vast dat Ingrepro Renewables uitvoering heeft

gegeven aan het subsidiebesluit door de overeenkomst met TNO te sluiten. In die overeenkomst is vastgelegd dat Ingrepro Renewables als penvoerder verantwoordelijk is voor '*de prompte doorbetaling van de gelden*' en dat de subsidie door de penvoerder zal worden verdeeld zoals overeengekomen in een ingediend kostenoverzicht.

Gedaagden hebben evenwel het verweer gevoerd dat een afwijkende afspraak is gemaakt over deze subsidiegelden. Kern van deze afspraken was dat door Ingrepro ontvangen subsidiegelden zouden worden verdisconteerd in andere c.q. volgende projecten die zouden plaatsvinden in de samenwerking tussen Ingrepro Renewables en TNO. In dat kader werd uitdrukkelijk overeengekomen dat doorbetaling van door Ingrepro Renewables ontvangen subsidiegelden op dat moment niet aan de orde was en zou komen, hangende deze andere/nieuwe afspraken, aldus gedaagden.

TNO heeft dit verweer naar de rechtbank overweegt voldoende betwist. Er is daarom aanleiding gedaagden te belasten met het bewijs van gestelde afspraak. De rechtbank houdt iedere verdere beslissing aan.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak: 11-02-2015
ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2015:8357
Zaaknummer: C/05/251143 / HZ ZA 13-206
Rechters: M.J. van Lee
Advocaten: L.F. Kloppenburg en J.H. van den Sigtenhorst
Wetsartikelen: 6:162 BW