

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 16, 2017

Nummer 16, 2017

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:6465](#) 25-07-2017

curator Road Flyer B.V./Y

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:2883](#) 27-06-2017

borg/Rabobank

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:5168](#) 20-06-2017

borg/Rabobank

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:2338](#) 20-06-2017

ex-bestuurder/Vestia

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:2717](#) 13-06-2017

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:2695](#) 13-06-2017

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:2695](#) 13-06-2017

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:5539](#) 24-05-2017

X / De Achterhoek

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:3929](#) 26-07-2017

Kemp q.q./Lundiform

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2017:2788](#) 19-07-2017

Poiesz q.q./HHI

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:4726](#) 05-07-2017

Roeffen q.q./Ontvanger

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:3506](#) 05-07-2017

Houtman q.q./bestuurder

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:7140](#) 27-06-2017

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:7211](#) 21-06-2017

Moulin International Property

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:5305](#) 06-06-2017

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:3308](#) 08-02-2017

verhuurder/Maxeda

RECHTSPRAAK

ex-bestuurder/Vestia

Vestia verzoekt faillissement ex-bestuurder die jegens Vestia veroordeeld is ruim 30 miljoen euro te betalen. Beroep van ex-bestuurder op misbruik van recht omdat er niets te halen zou zijn, faalt.

Een ex-bestuurder van de rechtsvoorganger van Vestia, de Stichting Gereformeerde Bouwcorporatie voor Bejaarden, is bij vonnis van 2011 (bekrachtigd in 2013) veroordeeld tot vergoeding van de schade (ruim € 30 miljoen) die Vestia heeft geleden door onbehoorlijke taakvervulling van de ex-bestuurder. Op 14 maart 2017 is de ex-bestuurder op aanvraag van Vestia failliet verklaard. In dit hoger beroep tegen de faillietverklaring stelt de bestuurder dat Vestia misbruik van recht (art. 3:13 BW) maakt, nu Vestia geen belang bij zijn faillissement zou hebben omdat er niets te halen zou zijn bij hem. Het hof gaat niet mee in dit niet erg kansrijke betoog. Het overweegt daartoe zeer uitgebreid dat, kort gezegd, een beroep op artikel 3:13 BW tegen een aanvraag tot faillietverklaring niet snel zal slagen en dat in de onderhavige zaak een onderzoek door de curator nog van nut kan zijn.

A.L. Jonkers, augustus 2017

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-06-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:2338

Zaaknummer: 200.214.754/01

Rechters: M.L.D. Akkaya, D.J. Oranje en D.L.M.T. Dankers-Hagenaars

Advocaten: J. Veninga en M.A.E.C. van Haren

Wetsartikelen: 1 Fw

RECHTSPRAAK

Kemp q.q./Lundiform

Bedrijfsmeubelbouwer Lundiform wenst een door Mexx voor faillissement afgegeven bankgarantie in te roepen. Curator Kemp tracht een verbod op het inroepen van de bankgarantie uit te lokken. De rechtbank oordeelt, deels op dubieuze gronden, dat de bankgarantie ingeroepen mag worden.

Lundiform vervaardigt bedrijfsmeubels en heeft in 2007 en 2008 meubels voor de inrichting van de winkels van Mexx vervaardigd. Mexx Europe B.V. is in 2014 failliet verklaard. Op dat moment liep er een procedure (de Hoge Raad had zich er reeds over gebogen en de zaak terugverwezen naar het hof) tussen Mexx en Lundiform over de interpretatie van de overeenkomst. Lundiform meent een paar miljoen te vorderen te hebben van Mexx, terwijl Mexx dat ontkent. Lundiform heeft in dat verband beslag gelegd, welk beslag is opgeheven na het stellen van een bankgarantie via ABN Amro door Mexx tot € 950.000. Met de onderhavige procedure tracht de curator van Mexx een verbod op het inroepen van de bankgarantie uit te lokken. De uitspraak is op meerdere punten opmerkelijk.

Ten eerste oordeelt de rechtbank, aan de hand van de voorwaarden van de bankgarantie, dat de curator Lundiform niet tijdig heeft gedagvaard in de hoofdzaak en dat de curator, op basis van de tekst van de bankgarantie, nu dan ook geen verbod op het inroepen van de bankgarantie in kan roepen. De rechtbank oordeelt dat aldus de bank in beginsel gehouden is aan Lundiform uit te keren. Daarvoor is een afschrift van de rechter gezien de tekst van de bankgarantie niet nodig. Vervolgens maakt de rechtbank echter een merkwaardige tournure door te stellen: *'Het vorenstaande laat echter onverlet dat voor toewijzing van de vorderingen in reconventie, strekkende tot uitbetaling van het bedrag van de bankgarantie, de vordering van Lundiform op Mexx voldoende vast moet staan.'* Gezien het in de praktijk gebruikelijke onafhankelijke karakter van een bankgarantie, is dat niet juist. Voor toewijzing van de vordering tot uitbetaling onder de bankgarantie is juist niet vereist dat de vordering voldoende vast moet staan, tenzij de voorwaarden van de garantie dat eisen. Het zou zo kunnen zijn dat de bankgarantie zelf deze eis stelt, maar dat valt niet duidelijk uit de feiten, noch uit het oordeel van de rechtbank op te maken, en zou tevens ongebruikelijk zijn. Dit oordeel van de

rechtbank komt mij dan ook onjuist of onvoldoende toegelicht voor.

Vervolgens overweegt de rechtbank dat de vraag of Luniform een vordering op Mexx heeft onderwerp van de procedure is die reeds bij de Hoge Raad heeft gediend en ten tijde van faillietverklaring na verwijzing voorlag aan het hof. Die procedure is op grond van artikel 29 Fw geschorst, terwijl een renvooiprocedure niet gestart kan worden omdat geen verificatievergadering zal plaatsvinden. Om deze impasse te doorbreken gaat de rechtbank, met goedvinden van partijen, in op de vraag of Lundiform een vordering heeft. De rechtbank oordeelt na getuigenverhoor dat dit inderdaad het geval is.

Daarna volgt nog een opmerkelijk oordeel van de rechtbank. De curator heeft betoogd dat uitbetaling van de bankgarantie zonder dat de weg van artikel 26 Fw is gevolgd in strijd komt met het systeem van die wet en tot benadeling van de gezamenlijke schuldeisers zal leiden, nu tegenover de bankgarantie een positief saldo staat waarop de bank zich zal verhalen voor het bedrag dat zij onder de bankgarantie uitkeert. Volgens de rechtbank slaagt dit beroep op artikel 26 Fw niet, 'omdat de eventueel uit de nakoming van de garantie voor de bank voortvloeiende regresvordering op Mexx niet kan worden uitgeoefend jegens de failliete boedel en de bank het door haar betaalde bedrag niet op een door Mexx gestelde zekerheid kan verhalen. (ECLI:NL:HR:2017:278)'. Het arrest waar de rechtbank naar verwijst, Hansteen/Verwiel q.q., handelt over een bankgarantie voor leegstandschade van meer dan drie maanden die de gedachte achter artikel 39 Fw doorkruist. Daar ziet de onderhavige zaak niet op. De algemene regel is dat de bank haar 'regresvordering' (meestal een contractuele onder de contragarantie) gewoon op de boedel kan verhalen (vergelijk ook art. 136 Fw), ook door verrekening (art. 53 Fw) of onder bestaande zekerheden (HR DLL/Van Logetesteijn). Uiteraard zou onder omstandigheden het verstrekken van de contragarantie aan de bank paulianeus kunnen zijn, maar dat stelt de curator niet en daar zegt de rechtbank niets over. Kortom: de stelling van de curator is niet juist en het oordeel van de rechtbank daarover ook niet.

A.L. Jonkers, augustus 2017

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 26-07-2017

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2017:3929

Zaaknummer: C/05/285560 / HZ ZA 15-263

Rechters: S.A.M. Vrendenburg-Elsbeek

Advocaten: D.M. van Geel, M. van Delft en D.J.A. van den Berg

RECHTSPRAAK

curator Road Flyer B.V./Y

Bewijslastverdeling bij bestuurdersaansprakelijkheid. Curator dient schending boekhoudplicht voldoende te onderbouwen. Bij weerlegging van het vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, dient curator vervolgens te onderbouwen dat kennelijke onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

De curator spreekt de bestuurder van failliet aan vanwege kennelijk onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:248 BW). Volgens de curator zou niet zijn voldaan aan de in artikel 2:10 BW geregelde boekhoudplicht. Het is aan de curator om voldoende te stellen en te bewijzen dat de boekhouding geen inzicht gaf in de vermogenspositie van de failliete vennootschap. Naar het oordeel van het hof kan de curator niet volstaan met verwijzing naar enigszins speculatieve bevindingen. Een onderbouwing die is beperkt tot incidentele verschillen die zijn gebaseerd op boekhoudkundige stukken van verschillende aard, die sowieso per definitie niet op elkaar aan hoeven te sluiten, is geen voldoende onderbouwing. De verschillen in de boekhoudkundige stukken zijn niet zonder meer onverklaarbaar en duiden om die reden op zichzelf niet op een ondeugdelijke boekhouding. Volgens het hof zijn de stellingen van de curator bovendien afdoende weersproken door de bestuurder.

Het hof overweegt dat als er veronderstellenderwijs zou worden aangenomen dat niet aan de boekhoudplicht werd voldaan, dat (onweerlegbaar) sprake is van onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur. In dat geval wordt (weerlegbaar) vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Voor het ontzenuwen van dit weerlegbare vermoeden volstaat dat de bestuurder aannemelijk maakt dat de andere door hem gestelde feiten en omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Het ligt dan op de weg van de curator om vervolgens te onderbouwen dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. In de betreffende casus heeft de curator dat niet, althans niet in voldoende mate gedaan.

F. van Tilburg

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-07-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:6465

Zaaknummer: 200.176.428/01

Rechters: M.W. Zandebergen, L. Jansen en G. van Rijssen

Advocaten: J.M.G. den Kuin-van Akker en R.G. Holtz

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Poiesz q.q./HHI

De bestuurder, feitelijk bestuurder en commissaris van Welsec zijn aansprakelijk voor het faillissementstekort wegens onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 BW jo. 2:259 BW). Hun wordt verweten geen reserve op te hebben genomen voor een aansprakelijkstelling door de Staat wegens vervuiling, zelfs niet na een veroordelend vonnis in eerste aanleg. Tevens wordt hun verweten meegewerkt te hebben aan grote dividenduitkeringen tot aan het statutaire minimum. Ook moedervennootschap Harlingen Holding Industries is aansprakelijk voor het hele faillissementstekort, op grond van artikel 6:162 BW. Haar wordt verweten ieder jaar tot substantiële dividenduitkering te hebben besloten terwijl dat gezien de aansprakelijkstelling door de Staat wegens milieuschade evident onverantwoord was. Accountant Deloitte heeft ook onrechtmatig gehandeld, maar is niet aansprakelijk nu causaal verband met de schade ontbreekt.

Reeds in 1992 heeft de Staat der Nederlanden Welsec Schilders- en Classificeerbedrijf aansprakelijk gesteld voor de kosten van de sanering van de industriehaven van Harlingen, waar het bodemslib ernstig vervuild bleek. Bij brieven van 1996 en 2001 is die aansprakelijkstelling herhaald. In 2002 werden de saneringskosten op zo'n € 3 miljoen geschat, waarvan de gemeente Harlingen de helft zou dragen. In 2002 en 2003 is de sanering uitgevoerd en is (onder meer) Welsec aansprakelijk gesteld voor ruim € 1.500.000. In datzelfde jaar zijn de gehele reserves, toevallig ook ruim € 1.500.000 bedragend, uitgekeerd als dividend aan moedervennootschap Harlingen Holding Industries. Ook in de navolgende jaren is steeds maximaal dividend uitgekeerd. In de jaarrekeningen 2002-2004 is slechts kort opgenomen dat er een niet erkende claim van een derde partij ligt. In 2005 is Welsec veroordeeld tot betaling van bijna € 1.300.000 aan de Staat. In de jaarrekeningen 2005-2009 is opgeschreven dat dit vonnis er ligt, maar is tevens aangegeven dat de claim niet erkend wordt en is nog altijd geen reservering opgenomen. In mei 2011 heeft het hof Welsec in het hoger

beroep uiteindelijk veroordeeld tot betaling van € 1.200.000. In januari 2012 is Welsec gefailleerd. De curator spreekt de bestuurders, commissaris, feitelijk bestuurders, moedervennootschap en accountant aan voor het faillissementstekort.

De bestuurder, feitelijk bestuurder en commissaris van Welsec zijn aansprakelijk voor het faillissementstekort wegens onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 BW jo 2:259 BW). Hun wordt verweten geen reserve op te hebben genomen voor een aansprakelijkstelling door de Staat wegens vervuiling, zelfs niet na een veroordelend vonnis in eerste aanleg. Tevens wordt hun verweten meegewerkt te hebben aan grote dividenduitkeringen tot aan het statutaire minimum.

Ook moedervennootschap Harlingen Holding Industries (HHI) is aansprakelijk voor het hele faillissementstekort, op grond van artikel 6:162 BW. Haar wordt verweten ieder jaar tot substantiële dividenduitkering te hebben besloten terwijl dat gezien de aansprakelijkstelling door de Staat wegens milieuschade evident onverantwoord was. De wetenschap van de gang van zaken was aanwezig bij de moedervennootschap nu de commissaris en feitelijk bestuurder van Welsec tevens bestuurder van HHI was. Ze heeft daarmee onrechtmatig gehandeld richting de schuldeisers van Welsec en is aansprakelijk voor het hele faillissementstekort omdat zonder de dividenduitkeringen faillissement niet had hoeven volgen.

Accountant Deloitte heeft ook onrechtmatig gehandeld richting de schuldeisers van Welsec. Ze had de jaarrekeningen niet goed mogen keuren zonder een voorziening voor de aansprakelijkstelling door de Staat. Deloitte is echter niet aansprakelijk nu causaal verband met de schade volgens de rechtbank ontbreekt. De rechtbank redeneert hiertoe dat, indien Deloitte haar werk goed had gedaan en erop had gewezen dat een voorziening moest worden opgenomen, het bestuur dit oordeel ook naast zich neer zou kunnen leggen en desnoods een andere accountant had kunnen zoeken.

A.L. Jonkers, augustus 2017

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 19-07-2017

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2017:2788

Zaaknummer: C/17/132632 / HA ZA 14-59

Rechters: J.E. Biesma, M. Sanna en E.Th.M. Zwart-Sneek

Advocaten: H. Poiesz-de Vries, W.M. Sturms en M.H.S. Verhoeven

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:259 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Roeffen q.q./Ontvanger

De rechtbank stelt prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: is de omzetbelastingsschuld die ontstaat doordat de pandhouder op de voet van artikel 3:251 BW na faillissement van de pandgever overgaat tot onderhandse verkoop en levering aan particulieren en doordat de pandhouder zich (ingevolge het arrest HR 6 mei 1983, NJ 1984/228 (Rentekas)) mede verhaalt op de in de opbrengst begrepen omzetbelasting een boedelschuld?

Rabobank had een pandrecht op de kledingvoorraden van Geddes & Gilmore Retail (G&G). Op 9 april 2015 is tussen Rabobank en G&G een overeenkomst tot afwijkende wijze van verkoop (art. 3:251 lid 2 BW) gesloten. Op 14 april is G&G failliet verklaard met aanstelling van Roeffen tot curator. Roeffen heeft met Rabobank afgesproken dat Rabobank op afwijkende wijze de kledingvoorraad mocht verkopen (art. 3:251 lid 2 BW). De verkoop liep via een faillissementsuitverkoop in de winkels aan consumenten. De curator ontving een bedrag van € 125.000 voor de inzet van winkelpersoneel en dergelijke. Op 25 april heeft de voorzieningenrechter Rabobank toestemming gegeven voor onderhandse verkoop. Bij verkoop werden bonnen uitgereikt op naam van G&G en met vermelding van 21% omzetbelasting. Dit heeft € 930.866,24 inclusief € 157.836 omzetbelasting opgeleverd.

Volgens de fiscus betreft de omzetbelasting een boedelschuld, zowel ingevolge de wet als ingevolge HR Koot/Tideman, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 (categorie 2, boedelschulden door de curator in zijn hoedanigheid aangegaan). De curator meent daarentegen dat de verkoop primair door de pandhouder heeft plaatsgevonden en hij de omzetbelastingsschuld dan ook niet in zijn hoedanigheid is aangegaan. De door de particuliere kopers betaalde btw is voorts ook niet door de boedel ontvangen.

De rechtbank stelt prejudiciële vragen aan de Hoge Raad.

A.L. Jonkers, augustus 2017

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 05-07-2017

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:4726

Zaaknummer: C/13/608425 / HA ZA 16-512

Rechters: N.C.H. Blankevoort

Advocaten: A.J. Tekstra en J.C.G. Vestjens

Wetsartikelen: 3:251 BW

RECHTSPRAAK

Houtman q.q./bestuurder

Tussen een in 2014 ontslagen bestuurder van de in 2016 failliet verklaarde zorginstelling Stichting Diafaan liep ten tijde van de faillietverklaring nog een procedure over de invulling van de afvloeiingsregeling. Ter opheffing van door de ex-bestuurder gelegd conservatoir beslag heeft Diafaan voor faillissement een bankgarantie ter hoogte van € 369.000 verstrekt aan de ex-bestuurder. Curator Houtman van Diafaan vraagt de rechtbank de ex-bestuurder te verbieden de bankgarantie in te roepen zolang nog niet in de renvooi-procedure is beslist over de vordering. Die renvooi-procedure is echter nog niet gestart, nu de verificatievergadering nog niet heeft plaatsgevonden. De rechtbank wijst dat verzoek, dat overigens deels overeenkomt met de voorwaarden van de bankgarantie, toe. Dat het in het persoonlijke belang van de ex-bestuurder is om snel geld te zien, doet daar niet aan af. Dit is een groot faillissement waarin veel partijen zullen moeten wachten.

A.L. Jonkers, augustus 2017

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 05-07-2017

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2017:3506

Zaaknummer: C/05/311421 / HA ZA 16-584

Rechters: D.M.I. Waele

Advocaten: C.W. Houtman en J.S. Wurfbain

RECHTSPRAAK

borg/Rabobank

De borgtocht is volgens het hof gesloten ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf en niet in het zicht van faillissement. Toestemming van de echtgenoot van de DGA was dan ook niet noodzakelijk (art. 1:88 lid 5 BW).

De borg in deze zaak is enig aandeelhouder van een holding, die enig aandeelhouder van een installatiebedrijf is. De borg is enig bestuurder van beide bv's. De bv's worden al enige tijd door Rabobank gefinancierd. In 2010 is er nieuw hypothecair krediet van € 550.000 verstrekt en is een oude borgtocht verhoogd van € 100.000 naar 125.000. In 2011 wordt er 100.000 werkkapitaalfinanciering verstrekt en wordt een additionele borgtocht van € 50.000 overeengekomen. Geen van deze borgtochten zijn door de echtgenote van de borg ondertekend. Na het faillissement van de bv's in 2013 heeft de echtgenote de borgtochten vernietigd wegens het ontbreken van haar toestemming (art. 1:88 jo. 1:89 BW). Rabobank stelt daarentegen dat haar toestemming niet noodzakelijk was.

Het hof oordeelt, evenals de rechtbank deed, dat Rabobank het gelijk aan haar zijde heeft. De borgtochten zijn gesloten ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf, nu het krediet voor normale bedrijfsactiviteiten was bestemd en daar ook voor lijkt te zijn gebruikt. Tevens zijn de borgtochten op een moment gesloten waarop de vennootschap normaal financierbaar was. Het faillissement was toen nog niet in zicht en er was geen abnormaal hoog risico aan de financiering verbonden. Op grond van artikel 1:88 lid 5 BW is toestemming van de echtgenote dan ook niet noodzakelijk.

A.L. Jonkers, augustus 2017

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 27-06-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:2883

Zaaknummer: 200.177.447_01

Rechters: O.G.H. Milar, E.A.M. van Oorschot en J.M.W. Werker

Advocaten: J. de Roo en O.J.W. Reijnders

Wetsartikelen: 1:88 lid 5 BW

RECHTSPRAAK

Moulin International Property

Borgtocht is niet aangegaan ten behoeve van normale bedrijfsuitoefening, nu de vennootschap bancaire niet financierbaar was, er een hoge rente (20% over 18 maanden) werd gerekend en een aandelenpakket in het verschiet werd gesteld in ruil voor de lening. De rechtbank merkt het krediet daarom aan als 'overbruggingskrediet' (zie ook HR Nooij/ING, NJ 2016/29). Toestemming van de echtgenote van de borg was daarom vereist (art. 1:88 lid 5 BW).

De enig aandeelhouder en bestuurder (DGA) van het inmiddels failliete Moulin International Property Investment heeft zich persoonlijk borg gesteld voor een lening van € 90.000 aan Moulin. De lening werd verstrekt door twee zussen, van wie er één een oude schoolvriendin van de borg was. Er werd een hoge rente overeengekomen (20% over 18 maanden) en een aandelenpakket van 15% in Moulin in het verschiet gesteld aan de zussen. Het krediet is voor een belangrijk deel gebruikt om oude schulden af te lossen. De rechtbank merkt het krediet daarom aan als 'overbruggingskrediet' (zie ook HR Nooij/ING, NJ 2016/29). Toestemming van de echtgenote van de DGA was daarom vereist (art. 1:88 lid 5 BW). De echtgenote van de DGA heeft echter niet ingestemd en heeft de borgtocht vernietigd (art. 1:89 BW). De DGA kan dan ook niet aangesproken worden door de zussen.

De rechtbank beoordeelt de financiële situatie van Moulin op het moment van het aangaan van de leningen echter ook weer niet zo penibel dat de DGA wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden (Beklamel-aansprakelijkheid). Ook is niet gebleken dat de DGA de zaken te rooskleurig heeft voorgesteld. Daarmee strandt ook de OD-vordering van de zussen jegens de DGA van Moulin.

A.L. Jonkers, augustus 2017

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 21-06-2017

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2017:7211

Zaaknummer: C/09/514927 / HA ZA 16-843

Rechters: A.C. Bordes

Advocaten: M.M. Breugem en G.C.G. Metz

Wetsartikelen: 1:88 lid 5 BW

RECHTSPRAAK

borg/Rabobank

De borg stelt dat hij niet begrepen heeft dat hij persoonlijk aansprakelijk zou zijn. Hij stelt de bv-constructie juist opgetuigd te hebben om persoonlijke aansprakelijkheid te voorkomen. Het hof oordeelt dat hij onvoldoende duidelijk gesteld heeft waarom hij niet begrepen zou hebben dat hij privé aansprakelijk zou zijn. Ook is onvoldoende duidelijk geworden waarom Rabobank moest begrijpen dat de borg het niet begreep. Voorts faalt het beroep van de borg op vernietiging door zijn echtgenote, nu het een zakelijke borgtocht betreft (art. 1:88 lid 5 BW).

De borg in deze zaak handelde via een bv, waarvan hij enig aandeelhouders en bestuurder was, in onroerend goed en ontplooiende verwante activiteiten. In 2004 heeft de bv € 25.000 van Rabobank geleend, met persoonlijke borgstelling door de DGA van € 25.000. In 2006 doet Rabobank een voorstel voor een hypothecair krediet aan de BV van € 500.000, met volledige persoonlijke borgstelling door de DGA. Dat voorstel wordt verworpen. Later wordt wel een voorstel voor een krediet van € 880.000 aanvaard, met borgstelling van € 150.000. In 2011 is de bv failliet verklaard. De borg stelt dan dat hij niet begreep zich persoonlijk borg te hebben gesteld. Het hof oordeelt dat hij onvoldoende duidelijk gesteld heeft waarom hij niet begrepen zou hebben dat hij privé aansprakelijk zou zijn. Ook is onvoldoende duidelijk geworden waarom Rabobank moest begrijpen dat de borg het niet begreep. Voorts faalt het beroep van de borg op vernietiging door zijn echtgenote, nu het een zakelijke borgtocht betreft (art. 1:88 lid 5 BW). Ook waren er geen relevante onregelmatigheden rondom de opzegging van de kredieten.

A.L. Jonkers, augustus 2017

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 20-06-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:5168

Zaaknummer: 200.173.781

Rechters: A.W. Steeg, L.M. Croes en H. van Chr Dijk

Advocaten: R. Pril en C.A.M. Luttikhuis

Wetsartikelen: 1:88 BW en 6:228 BW

RECHTSPRAAK

X / De Achterhoek

De Achterhoek BV heeft om faillietverklaring van een natuurlijke persoon verzocht, terwijl ze ook hypotheekrechten heeft die ze nog niet uitgewonnen heeft. De enkele omstandigheid dat De Achterhoek als schuldeiser een recht van hypotheek heeft op een aan de schuldenaar toebehorend goed, neemt haar bevoegdheid niet weg om, indien de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, diens faillietverklaring te verzoeken. Dat sprake zou zijn van misbruik van recht (art. 3:13 lid 2 BW) is onvoldoende gemotiveerd.

A.L. Jonkers, augustus 2017

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-05-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:5539

Zaaknummer: 200.212.997

Rechters: mr. drs. F.J.P. Lock, H.L. Wattel en H.M.L. Dings

Advocaten: R.J. Hoogeveen en P.F. Schepel

Wetsartikelen: 1 Fw en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

verhuurder/Maxeda

Concerngarantie voor huur VenD-winkelpand bleef niet doorlopen nadat huurovereenkomst was opgezegd ex artikel 39 Fw per 1 mei 2016. Maxeda kan dan ook niet worden aangesproken voor de huurtermijnen die zouden vervallen na 1 mei 2016. Overigens is geen contractuele verplichting tot het vergoeden van leegstandschade overeengekomen (en ook geen garantie daarvoor).

In de huurovereenkomst tussen V&D en de verhuurder was opgenomen: 'Door mede-ondertekening van deze huurovereenkomst verklaart Vendex International N.V. zich naast huurder tot hoofdelijk medeschuldenaar voor alle verplichtingen voor de huurder voortvloeiende uit de onderhavige huurovereenkomst, zelfs nadat huurder na surséance van betaling of faillissement ophoudt partij bij deze huurovereenkomst te zijn.' De huurovereenkomst is ex artikel 39 Fw per 1 mei 2016 beëindigd. In geschil is of Maxeda, de rechtopvolger van Vendex, gehouden kan worden de huurtermijnen na 1 mei 2016 aan de verhuurder te vergoeden. Volgens de verhuurder is Maxeda een volledige contractspartij en niet slechts borg, en heeft beëindiging van de huurovereenkomst tussen verhuurder en V&D dan ook geen invloed op de verplichting van Maxeda om de huur te blijven betalen. Overigens is, anders dan gebruikelijk, geen contractuele verplichting tot het vergoeden van leegstandschade overeengekomen (en ook geen garantie daarvoor), zodat Maxeda niet op die grond kan worden aangesproken.

De rechtbank beoordeelt de garantstelling door (de rechtsvoorganger van) Maxeda als een gewone vorm van hoofdelijke medeaansprakelijkheid en niet als borgtocht. Dat doet de rechtbank m.i. iets te makkelijk. De overige conclusies van de rechtbank rechtvaardigen naar mijn idee het oordeel dat Maxeda zich heeft gepresenteerd als partij die de schuld niet aangaat, dus als borg. Het doet er voor de uitkomst niet veel toe, aangezien de rechtbank vervolgens concludeert dat de verhouding tussen partijen zo uitgelegd moet worden dat Maxeda zich niet ook hoofdelijk medeverbonden heeft voor verplichtingen uit de huurovereenkomst na het eindigen van de huurovereenkomst.

A.L. Jonkers, augustus 2017

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 08-02-2017

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2017:3308

Zaaknummer: 5010730 / MC EXPL 16-4697

Rechters: J.M. van Wegen

Advocaten: W. Raas en J.F. Ouwehand

RECHTSPRAAK

Faillissement geïntimeerde nadat om vonnis is gevraagd, artikel 30 lid 1 Fw van toepassing. Rechtsmiddelen kunnen geldig tegen de curator worden ingesteld.

Het betreft dezelfde zaak als ECLI:NL:GHSHE:2017:2717, alleen nu is de vordering wel correct ingesteld, namelijk tegen de curator in plaats van tegen de gefailleerde. De curator is niet verschenen in het geding.

Artikel 25 Fw bepaalt dat de daarin vermelde niet-verifieerbare vorderingen ingesteld worden (door of) tegen de curator. Bij lopende procedures met betrekking tot vorderingen als bedoeld in artikel 25 Fw zijn de artikelen 27 Fw (niet-verifieerbare vorderingen door de inmiddels gefailleerde ingesteld) en artikel 28 Fw (tegen de inmiddels gefailleerde ingesteld) van toepassing. In de situatie van artikel 28 Fw kan de eisende wederpartij van de gefailleerde schorsing verzoeken om de curator op te roepen. Door zijn verschijning neemt deze het geding over; bij niet verschijning geldt het bepaalde in artikel 28 Fw lid 4. Ten aanzien van vervolgens ingestelde rechtsmiddelen brengt de systematiek van de wet mee, beschouwd in het licht van het bepaalde in HR 16 januari 2009, dat rechtsmiddelen in ieder geval rechtsgeldig tegen de curator kunnen worden ingesteld, dat niet wordt geschorst op de voet van artikel 29 Fw en dat de curator en de boedel aan een uitspraak zijn gebonden, ook als de curator niet is verschenen.

Vanwege het voorgaande is de zaak niet geschorst en heeft het hof verder inhoudelijk geoordeeld.

T.M.M. Schaap, juli 2017

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 13-06-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:2695

Zaaknummer: 200.215.328_01

Rechters: H.A.G. Fikkers, O.G.H. Milar en J.R. Sijmonsma

Advocaten: F.C.M. Maat-Oldenhof

Wetsartikelen: 30 lid 1 Fw, 25 Fw, 27 Fw en 28 lid 4 Fw

RECHTSPRAAK

Faillissement na het vragen van het vonnis in eerste aanleg, artikel 30 lid 1 Fw van toepassing. Rechtsmiddelen kunnen geldig tegen de curator worden ingesteld en de zaak hoeft niet geschorst te worden.

Dezelfde zaak als ECLI:NL:GHSHE:2017:2717, alleen nu is het rechtsmiddel wel correct ingesteld, namelijk tegen de curator in plaats van tegen de gefailleerde.

Artikel 25 Fw bepaalt dat de daarin vermelde niet-verifieerbare vorderingen ingesteld worden (door of) tegen de curator. Bij lopende procedures met betrekking tot vorderingen als bedoeld in artikel 25 Fw zijn de artikelen 27 Fw (niet-verifieerbare vorderingen door de inmiddels gefailleerde ingesteld) en artikel 28 Fw (tegen de inmiddels gefailleerde ingesteld) van toepassing. In de situatie van artikel 28 Fw kan de eisende wederpartij van de gefailleerde schorsing verzoeken om de curator op te roepen. Door zijn verschijning neemt deze het geding over; bij niet-verschijning geldt het bepaalde in artikel 28 Fw lid 4. Ten aanzien van vervolgens ingestelde rechtsmiddelen brengt de systematiek van de wet mee, beschouwd in het licht van het bepaalde in HR 16 januari 2009, NJ 2009, 55 dat rechtsmiddelen in ieder geval rechtsgeldig tegen de curator kunnen worden ingesteld, dat niet wordt geschorst op de voet van artikel 29 Fw en dat de curator en de boedel aan een uitspraak zijn gebonden, ook als de curator niet is verschenen.

Op basis van het voorgaande oordeelt het hof dat de zaak niet geschorst hoeft te worden; het hof gaat over tot de inhoudelijke behandeling.

T.M.M. Schaap, juli 2017

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 13-06-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:2695

Zaaknummer: 200.215.328_01

Rechters: H.A.G. Fikkers, O.G.H. Milar en J.R. Sijmonsma

Advocaten: F.C.M. Maat-Oldenhof

Wetsartikelen: 30 lid 1 Fw, 25 Fw, 27 Fw en 28 lid 4 Fw

RECHTSPRAAK

Nu de Staat en de Belastingdienst geen te onderscheiden rechtspersonen zijn, is er geen sprake van een pluraliteit van schuldeisers.

De Staat vraagt om het faillissement van verweerster. Als steunvordering draagt de Staat een schuld bij de Belastingdienst aan. De rechtbank oordeelt echter dat de Belastingdienst en de Staat geen onderling te onderscheiden rechtspersonen zijn, en dat er derhalve geen sprake is van een pluraliteit van schuldeisers. Het verzoek wordt afgewezen.

T.M.M. Schaap, juli 2017

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 27-06-2017

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2017:7140

Zaaknummer: C/09/531730 / FT RK 17/850

Rechters: G.H.M. Smelt, M.M.F. Holtrop en R. Cats

Advocaten: W.J. Vroegindeweyj

RECHTSPRAAK

Vordering tot verkrijging van een voorschot op de schadevergoeding had tegen de curator moeten worden ingesteld nu op datum van faillissement al om vonnis was gevraagd.

De vordering tot verkrijging van een voorschot op de schadevergoeding had tegen de curator moeten worden ingesteld. Nu op datum van faillissement al om vonnis was gevraagd (een situatie zoals bedoeld in art. 30 lid 1 Fw) kan tegen de beslissing over een verifieerbare vordering slechts door of tegen de curator een rechtsmiddel worden ingesteld. Voor schorsing als bedoeld in artikel 29 Fw bestaat in een dergelijk geval geen grond. Artikel 29 Fw ziet namelijk uitsluitend op de instantie waar het geding aanhangig was op het moment van faillietverklaring (uitgezonderd de situatie van art. 30 lid 1 Fw) en daarna moet het geding tegen de curator worden voortgezet. De vordering wordt dan ook afgewezen.

T.M.M. Schaap, juli 2017

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 13-06-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:2717

Zaaknummer:

Rechters: H.A.G. Fikkers, O.G.H. Milar en J.R. Sijmonsma

Wetsartikelen: 30 lid 1 Fw

RECHTSPRAAK

Verzet tegen de uitdelingslijst. De rechtbank oordeelt dat zij slechts dient te beoordelen of de uitdelingslijst onjuistheden bevat, terwijl het beroepschrift in feite klaagt over het handelen van de curator.

Een aantal partijen komt in verzet tegen de uitkeringslijst. In het bezwaarschrift wordt gesteld dat geen helderheid bestaat over de opbrengsten en kosten van het faillissement en evenmin over het salaris van de curator. Bovendien zou de curator hebben nagelaten enkele vorderingen te innen. De rechtbank stelt vast dat zij thans slechts moet beoordelen of de uitdelingslijst onjuistheden bevat. Deze procedure is niet bedoeld om bezwaar te maken tegen het beheer van de boedel door de curator en/of het toezicht door de rechter-commissaris.

In dat kader staan tijdens het faillissement de mogelijkheden van de artikelen 69 en 67 Fw open. Over de handelwijze van de curator kan slechts beklag worden gedaan voor zover deze bij het opstellen en indelen van de uitdelingslijst in strijd met wettelijke voorschriften heeft gehandeld.

De rechtbank moet concluderen dat in feite wordt geklaagd over het beheer van de boedel door de curator, hetgeen in deze procedure niet aan de orde kan worden gesteld.

Ook de stelling dat het faillissement ten onrechte zou zijn uitgesproken moet worden gepasseerd. De beslissing om het faillissement uit te spreken is destijds door de rechtbank genomen en door het gerechtshof te 's-Gravenhage bekrachtigd, zodat daarover in deze procedure niet meer kan worden geklaagd.

S. van Zwam

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 06-06-2017

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2017:5305

Zaaknummer: C/10/13/1114 F

Rechters: W.J. Geurts-de Veld