Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 18, 2017

Nummer 18, 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:2017:2269 08-09-2017
Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis
Naar aanleiding van een door de curator ingestelde Peeters/Gatzen-vordering jegens een buitenlandse bank stelt de Hoge Raad prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU over de bevoegdheid van de rechter en het toepasselijke materiële recht op grond waarvan over de vordering moet worden geoordeeld.

Hof

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:7700 05-09-2017
Salland Olie/bestuurder Huisman Transport
Geen Beklamel-aansprakelijkheid bestuurder jegens dienstverlener die tankpassen voor tanken op krediet heeft uitgegeven aan vennootschap. Niet lang voor het faillissement waren er nog goede vooruitzichten en de bestuurder heeft tot op het laatste moment nog vergeefs geprobeerd een faillissement af te wenden, welke pogingen niet zinloos waren.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:7276 22-08-2017
Steller Holding/Curator Simij BV
Enige objectivering is geboden bij de eis van wetenschap van aanhangige faillissementsaanvraag in artikel 47 Fw. In deze zaak had de bestuurder wel bericht ontvangen van een faillissementsaanvraag door werknemers, maar hij beweert dat hij dit bericht nog niet gelezen had op het moment dat hij, enkele dagen na ontvangst van het bericht, een managementvergoeding ontving.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:2283 15-08-2017
ex-aandeelhouder Flexgroup / NIBC
NIBC financeerde Olympia Flexgroup, een uitzendconcern. Na faillietverklaring (in Duitsland) verkreeg NIBC via een (grotendeels) creditbid de aandelen in dochter Olympia Nederland, waarmee het sindsdien goed gaat. De aandeelhouder en indirect aandeelhouder van Flexgroup klagen in dit geding dat NIBC de financiering destijds niet stop had mogen zetten. Het hof oordeelt het niet verder financieren van Flexgroup door NIBC echter niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:3281 15-08-2017
Amstelpark/ABN AMRO
Vervolg op HR Amstelpark. Het hof oordeelt, zoals in lijn der verwachtingen lag na het oordeel van de Hoge Raad, dat Rabobank uitkering onder de bankgarantie niet had mogen weigeren.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:3507 08-08-2017
Appellant heeft al zijn huidige en toekomstige vorderingen op X ter voldoening van een geldschuld gecedeerd aan Y. Nu hij volgens artikel 7A:1800 BW (oud) gehouden was om zijn geldschuld in geld te voldoen, betreft de cessie volgens het hof een onverplichte rechtshandeling.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:5422 27-06-2017
Het hof acht bestuurdersaansprakelijkheid op voorhand bewezen nu de vennootschap geen reëel zicht had om voldoende funding te realiseren om aan haar verplichtingen uit de geldlening met geïntimeerde te voldoen.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:4453 30-05-2017
Woonidee/A, B en C
Appellant is failliet verklaard, terwijl die procedure niet door de curator is overgenomen. Het verzoek tot ontslag van instantie (art. 27 Fw) wordt daarom toegewezen. Ten aanzien van een andere geïntimeerde, die eveneens is gefailleerd, is de procedure geschorst op grond van artikel 29 Fw. De procedure tussen appellant en de niet verschenen geïntimeerde loopt door.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:5510 18-05-2017
Ontvanger/Schoonmaakbedrijf
Niet gebleken is van een toestand van te hebben opgehouden met betalen ten aanzien

van door de Ontvanger gepretendeerde vorderingen. De omvang van die vorderingen staat nog niet vast nu er daaromtrent nog diverse administratieve procedures lopen of de Ontvanger uitstel van betaling heeft verleend. De Ontvanger creëert zelf de situatie waarin de schuldenaar niet aan haar verplichtingen voldoet.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:822 14-03-2017
M. jr./Lonis q.q.
Volgens het hof is de vordering van de curator anders dan de eerste rechter heeft geoordeeld slechts gedeeltelijk toewijsbaar, nu in de rechtsverhouding tussen de zoon en de gefailleerde vader sprake is van deels lening en deels schenking.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:734 07-03-2017
Wind q.q./Verzekeraars
De curator heeft nagelaten zijn stelling dat de staking van het bedrijf van de gefailleerde is te wijten aan de weigering van de verzekeraars tot dekking over te gaan voldoende concreet te onderbouwen.

Rechtbank

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2017:4709 08-09-2017
Verzoeker/R-C
De postmaatregel van de rechter-commissaris ten aanzien van een zonder toestemming in het buitenland verblijvende gefailleerde, is een beschikking als bedoeld in artikel 67 Fw omdat zij is genomen in hoedanigheid en gericht op rechtsgevolgen. Zij kan wegens haar bestraffende karakter niet in stand blijven.

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2017:3364 22-08-2017
Pavast/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).

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2017:6991 16-08-2017
Rabobank/bestuurders Polux
Borgstelling valt niet te kwalificeren als ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening gezien de grote omvang van het krediet en gezien het feit dat het krediet voornamelijk voor aankoop van vastgoed in plaats van voor de normale gang

van zaken binnen het bedrijf is aangewend. Tevens was het krediet bijzonder risicovol.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2017:7078 09-08-2017

ING/Cerutti q.q.
De opdrachtenportefeuille van een makelaarskantoor kan niet worden aangemerkt als vermogensrecht – er kan derhalve geen pandrecht op gevestigd worden.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2017:3048 09-08-2017

Rabobank/vof
Opzegging kredietrelatie door Rabobank met vof wegens overstand en vermeende beëindiging van onderneming niet onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:3953 09-08-2017

Hendriks q.q./X
Curator slaagt niet in opdracht te bewijzen dat schuldenaar de verpanding onverplicht (art. 42 Fw) heeft verricht.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:7228 28-06-2017

Rijken q.q./X
Bestuurdersaansprakelijkheid wegens onbehoorlijk bestuur. Onzakelijk handelen door de DGA van een stamrechtvennootschap door deze rechtspersoon op een moment dat sprake was van betalingsproblemen grote financiële risico's aan te laten gaan en een groot deel van het stamrechtkapitaal naar zichzelf te laten vloeien, zonder dat daarover de verschuldigde belasting is afgedragen.

RECHTSPRAAK

Verzoeker/R-C

De postmaatregel van de rechter-commissaris ten aanzien van een zonder toestemming in het buitenland verblijvende gefailleerde, is een beschikking als bedoeld in artikel 67 Fw omdat zij is genomen in hoedanigheid en gericht op rechtsgevolgen. Zij kan wegens haar bestraffende karakter niet in stand blijven.

Het gaat in deze hogerberoepzaak om de vraag of sprake is van een brief van de R-C aan verzoeker in deze procedure, of van een ten aanzien van hem gegeven beschikking in de zin van artikel 67 Fw, en zo ja, of deze beschikking in stand kan blijven.

In de brief heeft de rechter-commissaris verzoeker erop gewezen dat hij door zijn vertrek naar het buitenland zonder toestemming, handelt in strijd met artikel 91 Fw, zijn inlichtingenplicht en het bevel hem in bewaring te stellen (art. 87 Fw). In het schrijven is aangegeven dat verdere correspondentie naar het buitenland is stopgezet en verzoeker te kennen gegeven berichten van de rechter-commissaris voortaan op te halen bij de rechtbank.

Verzoeker is hiertegen ex artikel 67 Fw in hoger beroep gekomen op de grond dat de brief van de R-C als een beschikking dient te worden aangemerkt en heeft verzocht deze te vernietigen. Volgens verzoeker handelt de rechter-commissaris onrechtmatig. Als gevolg van de getroffen maatregel wordt het recht van verzoeker om op de hoogte te worden gesteld van informatie omtrent (het beheer en de vereffening) van de failliete boedel en het recht op hoor en wederhoor geschonden. Eveneens blijft hij als gevolg van de maatregel effectief verstoken van de mogelijkheid om, daar waar nodig, rechtsmiddelen aan te wenden tegen beslissingen en handelingen van de curatoren en de rechter-commissaris. De beslissing van de rechter-commissaris is volgens verzoeker daarnaast disproportioneel.

De rechter-commissaris stelt dat zijn brief enkel een mededeling van informatieve aard bevat en een door hem getroffen ordemaatregel is.

De rechtbank stelt voorop dat het begrip beschikking niet in de Faillissementswet is gedefinieerd. Naar het oordeel van de rechtbank is de postmaatregel door de rechter-

commissaris genomen in het kader van zijn taakuitoefening en specifiek gericht op verzoeker met het oog om hem in het belang van een goed verloop van de faillissementen te bewegen inlichtingen te geven en/of te bewerkstelligen dat het bevel inbewaringstelling ten uitvoer kan worden gelegd. Aldus is de genomen maatregel op rechtsgevolgen gericht. Bovendien is een consequentie van de postmaatregel dat verzoeker verstoken blijft van informatie, hetgeen wringt met de wettelijke termijn om binnen vijf dagen in beroep te gaan tegen beschikkingen. De rechtbank merkt de maatregel dan ook aan als een beschikking in de zin van artikel 67 Fw. De beschikking kan daarnaast niet in stand blijven wegens haar bestraffende karakter buiten het systeem van de Faillissementswet om, terwijl bovendien het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden. Ten slotte dienen beschikkingen onverkort aan de gefailleerde te worden toegezonden opdat desgewenst gebruik kan worden gemaakt om binnen de korte wettelijke beroepstermijn daartegen op te komen.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak: 08-09-2017
ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2017:4709
Zaaknummer: C/01/13/374 F
Rechters: J. Bik
Advocaten: E.H. Hoeksma
Wetsartikelen: 67 Fw en 105 Fw

RECHTSPRAAK

Salland Olie/bestuurder Huisman Transport

Geen Beklamel-aansprakelijkheid bestuurder jegens dienstverlener die tankpassen voor tanken op krediet heeft uitgegeven aan vennootschap. Niet lang voor het faillissement waren er nog goede vooruitzichten en de bestuurder heeft tot op het laatste moment nog vergeefs geprobeerd een faillissement af te wenden, welke pogingen niet zinloos waren.

Salland Olie heeft aan transportonderneming Huisman Transport BV tankpassen afgegeven voor tanken op krediet, met een betalingstermijn van 30 dagen. Tot 13 februari 2014 zijn de leveranties van diesel grotendeels betaald. Tussen 13 en 19 februari is voor € 238.641 getankt met de passen. Hier is niet voor betaald. Op 19 februari heeft Huisman Transport besloten het eigen faillissement aan te vragen, welk faillissement op 24 februari is uitgesproken. Salland stelt in deze procedure de bestuurder aansprakelijk voor de onbetaalde rekening, zowel op grond van onrechtmatige daad als op grond van een vermeende borgstelling door de bestuurder.

Het beroep op bestuurdersaansprakelijkheid (de zogenoemde Beklamel-aansprakelijkheid) faalt. In de rechtspraak van de Hoge Raad is aanvaard dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Kort gezegd is het hof van oordeel dat, ook in de laatste weken voor faillissement, de bestuurder juist nog vergeefs geprobeerd heeft door middel van een overeenkomst met transportonderneming Versteijnen BV een faillissement af te wenden. Uiteindelijk is dat niet gelukt en heeft Versteijnen de door Husiman gedreven onderneming uit faillissement gekocht. Het faillissement was, ook in de laatste weken, nog niet evident onafwendbaar. Een ernstig verwijt valt de bestuurder hier dan ook niet te maken.

Voorts oordeelt het hof dat niet voldoende bewezen is dat de bestuurder mondeling een borgtocht voor de dieselleveranties zou hebben afgegeven. De vraag of het hier om een

particuliere of zakelijke borgtocht zou zijn gegaan, behoeft dan ook geen beantwoording.

A.L. Jonkers, september 2017

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 05-09-2017
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:7700
Zaaknummer: 200.180.621/01
Rechters: J. Smit, D.J. Keur en I. Tubben
Advocaten: A.B. Lever en J.V. van Ophem
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Rabobank/bestuurders Polux

Borgstelling valt niet te kwalificeren als ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening gezien de grote omvang van het krediet en gezien het feit dat het krediet voornamelijk voor aankoop van vastgoed in plaats van voor de normale gang van zaken binnen het bedrijf is aangewend. Tevens was het krediet bijzonder risicovol.

Drie (indirect) bestuurders van vennootschappen in de Poluxgroep, welke groep zich bezighield met de productie en levering van kunststofproducten, hebben zich in 2011 richting Rabobank ieder borg gesteld tot € 275.000 voor een krediet van in totaal ruim € 4 miljoen. Het krediet is deels aangewend om een bedrijfspand van ruim € 2 miljoen aan te kopen, deels om een eerdere lening af te lossen en deels voor diverse doeleinden. De Poluxgroep is in 2014 failliet verklaard. Rabobank heeft de borgen aangesproken. Met een van de drie borgen is geschikt, met de andere twee heeft Rabobank niet willen schikken. Die andere twee beroepen zich in deze procedure op vernietiging van de borgtochtovereenkomsten door hun echtgenoot (art. 1:89 BW) wegens het ontbreken van toestemming voor de borgstelling. Volgens hen is de uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW hier niet van toepassing, nu de borgtochten niet aangegaan zijn ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van Polux.

De rechtbank gaat, met verwijzing naar HR Soetelieve/Stienstra (ECLI:NL:HR:2000:AA5526) mee in dat betoog van de borgen (de rechtbank had voor de volledigheid ook nog HR Rabobank/Van Hees (ECLI:NL:HR:2005:AT2632) en HR Nooij/ING (ECLI:NL:HR:2015:3606) aan kunnen halen, welke arresten voortbouwen op Soetelieve/Stienstra). Daarbij overweegt de rechtbank (1) dat het een krediet van grote omvang betrof, zeker in verhouding tot het op dat moment uitstaande krediet van minder dan € 700.000; (2) dat het krediet voornamelijk voor aankoop van vastgoed is aangewend in plaats van voor de normale gang van zaken binnen het bedrijf (productie en verkoop kunststofproducten) en (3) dat het krediet bijzonder risicovol was gezien het feit dat geïnvesteerd werd in innovatieve en risicovolle activiteiten.

In de literatuur is nog wel eens betoogd dat de uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW niet al te restrictief opgevat zou moeten worden. Zie bijvoorbeeld Bertrams in zijn noot bij HR

Nooij/ING: '*Een krediet aan een visserijbedrijf voor de huur of koop van een (nieuwe) vissersboot, voor de vervanging van de scheepsmotor of de aanschaf van nieuwe netten, of voor de uitbouw van de opslagloods zou, naar mijn gevoelen, steeds en daarom reeds voldoen aan het tweede vereiste van lid 5. Daargelaten werkelijk hoogst uitzonderlijke omstandigheden, zou dit dan alleen anders zijn indien er op dat moment geen enkel reëel zicht op continuïteit bestaat en de financiering in feite alleen is gebaseerd op de financiële kracht van de borg. Anderzijds zou een krediet voor de aanschaf van een plezierjacht nimmer behoren tot de normale bedrijfsuitoefening van dit visserijbedrijf, ook indien deze er zeer florissant voor zou staan.*' Binnen de rechtspraak van de Hoge Raad is echter geen reden te vinden voor een dergelijk ruime opvatting van wat geldt als ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening. De Hoge Raad heeft juist keer op keer benadrukt dat met de woorden 'ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening' in artikel 1:88 lid 5 BW een wezenlijke beperking is beoogd. Dit vonnis van de rechtbank, waarin de rechtbank bescherming biedt aan de echtgenoten van bestuurders die zich borg stellen voor een heel grote som, voor een nog veel hoger krediet, terwijl een dergelijk groot krediet niet normaal is voor de vennootschap en ook niet geheel wordt gebruikt voor de dagelijks bedrijfsuitoefening, valt dan ook zeer toe te juichen. De sanctie voor de bank (vernietiging borgtocht) lijkt zwaar, maar is dat vanuit ex ante perspectief helemaal niet. Want wat had de bank gewoon moeten en kunnen doen? Een handtekening vragen aan de echtgenoten, die dan zelf kunnen beslissen of ze het risico willen lopen dat hun echtgenoot voor een dergelijk groot bedrag wordt aangesproken.

A.L. Jonkers, september 2017

Instantie: Rechtbank Noord-Holland
Datum uitspraak: 16-08-2017
ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2017:6991
Zaaknummer: C/15/248678/HA ZA 16-608
Rechters: A.C. Haverkate
Advocaten: C.J. Jager en E. Hoekstra
Wetsartikelen: 1:88 lid 5 BW

RECHTSPRAAK

Rijken q.q./X

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens onbehoorlijk bestuur. Onzakelijk handelen door de DGA van een stamrechtvennootschap door deze rechtspersoon op een moment dat sprake was van betalingsproblemen grote financiële risico's aan te laten gaan en een groot deel van het stamrechtkapitaal naar zichzelf te laten vloeien, zonder dat daarover de verschuldigde belasting is afgedragen.

Gedaagde is in een directeursfunctie werkzaam geweest bij Pink Rocade. Na beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft gedaagde zijn ontslagvergoeding van € 983.845 in de stamrecht B.V. Gouden Tromp ondergebracht. Sinds de oprichting van Gouden Tromp is gedaagde enig bestuurder en enig aandeelhouder van Gouden Tromp. Op 1 februari 2011 is Gouden Tromp failliet verklaard.

De curator heeft gedaagde aansprakelijk gesteld op grond van onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 lid 1 BW) dan wel onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:9 BW). De curator voert ter onderbouwing samengevat aan dat gedaagde Gouden Tromp heeft opgericht als stamrechtvennootschap, maar het stamrechtkapitaal vervolgens oneigenlijk en in strijd met de wet (art. 19b lid 1 aanhef en onder b jo. lid 6 Wet LB 1994) en de statuten heeft aangewend.

De door de curator aan gedaagde verweten handelingen betreffen het door Gouden Tromp als holding verstrekken van een borgstelling jegens ABN AMRO voor schulden van haar dochtermaatschappijen, het verlenen van een pandrecht aan ABN AMRO op de rekening van Gouden Tromp, en het laten ontstaan van eigen rekening-courantschulden aan Gouden Tromp en het vervolgens vlak voor faillissement verrekenen van die rekening-courantschulden met de (voorwaardelijke) stamrechtverplichting van Gouden Tromp jegens gedaagde.

De rechtbank oordeelt dat sprake is van onzakelijk handelen door gedaagde. Vast staat dat gedaagde een lening had van enkele tonnen bij Gouden Tromp die niet is terugbetaald. Daarnaast is hij overgegaan tot verpanding en borgstelling op een moment dat sprake was van

betalingsproblemen, terwijl bovendien ongeveer de helft van het stamrechtkapitaal ofwel was uitgeleend aan gedaagde, ofwel was opgenomen via zijn rekening-courantverhouding. Hierdoor heeft gedaagde gehandeld in strijd met een bepaling in de stamrechtovereenkomst die beoogt de rechtspersoon te beschermen. Ook heeft hij grote risico's genomen met het stamrechtkapitaal, temeer daar de verpanding en borgstelling tezamen met de verrekening hebben geleid tot afkoop en dus tot belastingheffing over het gehele kapitaal en tot verschuldigdheid van revisierente aan de fiscus. Nu vaststaat dat Gouden Tromp geen loonbelasting heeft ingehouden, heeft gedaagde als bestuurder van Gouden Tromp toegelaten dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakwam.

Naar het oordeel van de rechtbank zou geen redelijk denkend bestuurder aldus hebben gehandeld en kan hem hiervan een ernstig verwijt worden gemaakt. Door zijn handelen heeft gedaagde als bestuurder van een stamrechtvennootschap ervoor gezorgd dat een groot deel van het stamrechtkapitaal naar gedaagde in persoon is gevloeid, zonder dat daarover de verschuldigde belasting is ingehouden. Het betoog dat de Belastingdienst van deze handelwijze op de hoogte was en ermee instemde gaat niet op. Het argument dat hij zich heeft laten adviseren kan gedaagde niet baten. De rechtbank is ten aanzien van gedaagde dan ook van oordeel dat sprake is van onbehoorlijk bestuur. Dit onbehoorlijk bestuur is naar het oordeel van de rechtbank aan te merken als een belangrijke oorzaak van het faillissement van Gouden Tromp, zeker nu onweersproken is dat de uitoefening van pandrecht door Deutsche Bank (als rechtsopvolger van ABN AMRO) het faillissement onvermijdelijk maakte.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 28-06-2017
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2017:7228
Zaaknummer: C/09/500252 / HA ZA 15-1298
Rechters: A.M. Voorwinden
Advocaten: R.W.A. Brunninkhuis en R.R.F. van der Mark
Wetsartikelen: 2:248 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

M. jr./Lonis q.q.

Volgens het hof is de vordering van de curator anders dan de eerste rechter heeft geoordeeld slechts gedeeltelijk toewijsbaar, nu in de rechtsverhouding tussen de zoon en de gefailleerde vader sprake is van deels lening en deels schenking.

Appellant heeft eind 2005 een appartement gekocht en op of omstreeks 20 december 2006 geleverd gekregen. Zijn vader heeft de aankoopsom van de woning en de inbouw van een nieuwe keuken voor appellant voldaan. In de periode februari 2007 tot april 2009 is appellant daarnaast kentekenhouder geweest van een Porsche. Ook deze aankoop is betaald door senior. Daarnaast is sprake geweest van maandelijkse betalingen aan appellant door senior.

De vader van appellant is op 24 januari 2012 persoonlijk failliet verklaard. Door de curator zijn alle voornoemde financieringen door senior aangemerkt als geldleningen aan zijn zoon. Appellant heeft hierop echter nog geen afbetalingen gedaan. De curator vordert dan ook terugbetaling. Daarnaast heeft de curator voorwaardelijk, voor het geval geoordeeld moet worden dat sprake is geweest van schenking, een beroep op faillissementspauliana gedaan.

In eerste aanleg heeft de rechter bij eindvonnis de curator geacht te zijn geslaagd in het bewijs van diens stelling dat sprake is geweest van een geldlening aan appellant. De rechtbank heeft daarom voor recht verklaard dat alle financiering kwalificeert als geldlening van in totaal € 445.494,87 zodat appellant toerekenbaar is tekortgeschoten in zijn verplichting tot terugbetaling.

De daartegen door appellant gerichte grieven slagen gedeeltelijk. Naar het hof concludeert moeten de betalingen van de aankoopprijs voor de Porsche, voor het appartement en voor de nieuwe keuken als een lening van de gefailleerde aan appellant worden aangemerkt. Het hof leidt dit af uit correspondentie van appellant met de Belastingdienst waarin dit met zoveel woorden wordt verklaard en het feit dat appellant geen aangifte schenkingsbelasting heeft gedaan.

Ten aanzien van de maandelijkse betalingen aan appellant ten bedrage van in totaal € 30.405

heeft appellant gesteld dat deze bedoeld zijn als maandelijks geschonken toelagen. Deze stelling komt het hof in een verhouding tussen vader en zoon niet onaannemelijk voor en geldt aldus als een voldoende gemotiveerde betwisting van de door de curator gestelde lening. De hiertegen gerichte grief slaagt dan ook.

De vordering van de curator wordt door het hof daarom deels afgewezen. De door de curator in eerste aanleg alternatief aangevoerde gronden voor toewijzing van zijn vordering, te weten, kort gezegd, een beroep op faillissementspauliana (art. 45 Fw) en ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW), worden door het hof afgewezen.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 14-03-2017
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:822
Zaaknummer: 200.168.464/01
Rechters: M.P. van Achterberg, W.A.H. Melissen en D.J. Oranje
Advocaten: J.W. Verhoef en L.T. Lonis
Wetsartikelen: 25 Fw, 45 Fw en 6:212 BW

RECHTSPRAAK

Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis

Naar aanleiding van een door de curator ingestelde Peeters/Gatzen-vordering jegens een buitenlandse bank stelt de Hoge Raad prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU over de bevoegdheid van de rechter en het toepasselijke materiële recht op grond waarvan over de vordering moet worden geoordeeld.

In juni 2009 is de besloten vennootschap van een voormalig gerechtsdeurwaarder failliet verklaard. In maart 2010 werd de voormalig gerechtsdeurwaarder persoonlijk failliet verklaard. De faillissementen worden geconsolideerd afgewikkeld. Failliet had een kwaliteitsrekening bij de Rabobank in Nederland en een betaalrekening bij BNP Parisbas Fortis in België (Fortis). Voorafgaand aan de faillietverklaring heeft de voormalig gerechtsdeurwaarder in totaal € 550.000 van de kwaliteitsrekening bij Rabobank overgeboekt naar de betaalrekening bij Fortis. Vervolgens heeft hij in contanten in totaal € 550.000 opgenomen van de betaalrekening bij Fortis. In de onderhavige procedure vordert de curator veroordeling van Fortis tot betaling van dit bedrag (€ 550.000) aan de boedel. Aan deze vordering legt de curator ten grondslag dat Fortis onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers in beide faillissementen, door zonder slag of stoot, en zonder te voldoen aan haar wettelijke verplichtingen, mee te werken aan de opnames in contanten door de voormalig gerechtsdeurwaarder, waardoor de schuldeisers in beide faillissementen schade hebben geleden. De curator stelt daarmee een Peeters/Gatzen-vordering in (HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521, *NJ* 1983/597).

Tussen partijen is in geschil of de Nederlandse rechter bevoegd is om van de vordering kennis te nemen en welk materieel recht op de ingestelde vordering van toepassing is. In eerste aanleg verklaart de rechtbank zich bij tussenvonnis bevoegd om van de vordering van de curator kennis te nemen. Het hof heeft dat vonnis bij tussenarrest bekrachtigd en overwogen dat de door de curator ingestelde vordering haar grondslag uitsluitend vindt in de faillissementen en daarom onder het toepassingsgebied van de Insolventieverordening valt (Verordening (EG) nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures). Bij eindvonnis heeft de rechtbank Fortis veroordeeld om € 550.000 aan de curator te betalen.

In het hoger beroep tegen het eindvonnis is overwogen dat aangezien er in het eerdere tussenarrest in 2013 al was beslist over de rechtsmacht, dit (in beginsel) niet opnieuw kan gebeuren. De arresten van het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU) van 4 september 2014 (C-157/13, ECLI:EU:C:2014:2145, *NJ* 2015/89 (*Nickel & Goeldner Spedition/Kintra UAB*)) en van 11 juni 2015 (C-649/13, ECLI:EU:C:2015:384 (*Comité d'enterprise de Nortel Networks SA/Rogeau*)) bieden zodanige steun voor het standpunt van Fortis dat die beslissing onjuist is, dat het hof tussentijds cassatieberoep openstelt. Het hof gaat ook in op het toepasselijk recht. Zowel de curator als Fortis is tegen het tussenarrest van het hof in cassatie gegaan.

De Hoge Raad overweegt dat voor wat betreft de bevoegdheid van de rechter zowel de werkingssfeer van de EEX-Verordering ((EG) nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken) als de Insolventieverordening van belang is. De vraag is of de Peeters/Gatzen-vordering onder de uitzondering van artikel 1 lid 2, aanhef en onder b, EEX-Verordening valt.

Op grond van vaste rechtspraak van het HvJ EU moeten de EEX-Verordening en de Insolventieverordening zo worden uitgelegd dat overlappingen daartussen worden vermeden. Een vordering die niet onder de EEX-Verordening valt, omdat zij het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures betreft, valt binnen de werkingssfeer van de Insolventieverordening. Omgekeerd vallen vorderingen die buiten de werkingssfeer van de Insolventieverordening vallen binnen de werkingssfeer van de EEX-Verordening (HvJ EU *Nickel & Goeldner Spedition/Kintra UAB*). Volgens de Hoge Raad heeft de Uniewetgever gekozen voor een ruime opvatting van het begrip 'burgerlijke en handelszaken' en dient daarom de werkingssfeer van de EEX-Verordening ruim te worden uitgelegd. De werkingssfeer van de Insolventieverordening mag juist niet ruim worden uitgelegd. Ook dit volgt uit HvJ EU *Nickel & Goeldner Spedition/Kintra UAB*. Het doorslaggevende criterium om vast te stellen onder welk gebied een vordering valt, is niet de procedurele context van die vordering, maar de rechtsgrondslag van die vordering. Nagegaan moet worden of het recht of de verbintenis waarop die vordering is gebaseerd, voortvloeit uit de gemeenschappelijke regels van het burgerlijk recht en het handelsrecht, dan wel uit specifiek afwijkende regels voor insolventieprocedures.

De Hoge Raad oordeelt dat de Peeters/Gatzen-vordering en deze aansprakelijkheid hun oorsprong vinden in de gemeenschappelijke regels van het burgerlijk recht, namelijk de regels omtrent onrechtmatige daad. De (exclusieve) bevoegdheid van de curator om deze vordering in te stellen vloeit echter rechtstreeks voort uit de specifieke regels voor een insolventieprocedure. De vordering die de curator kan instellen namens de gezamenlijke schuldeisers is ook niet gelijk aan de som van de aan individuele schuldeisers toekomende vordering uit onrechtmatige daad. De aangesproken derde kan zich jegens de curator niet

verweren met verweren die hem tegenover individuele schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan (HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, *NJ* 1996/628). Ook is van belang dat de opbrengst van de Peeters/Gatzen-vordering in de boedel valt. De Hoge Raad overweegt dat hierdoor redelijke twijfel bestaat of de Peeters/Gatzen-vordering een vordering is die wordt beheerst door de EEX-Verordening of de Insolventieverordening. De Hoge Raad legt daarom een prejudiciële vraag hierover voor aan het HvJ EU.

Niet alleen m.b.t. de rechtsmacht, maar ook m.b.t. het toepasselijke materiële recht gaat de Hoge Raad over tot het formuleren van prejudiciële vragen aan het HvJ EU. In zijn arrest van 10 december 2015 (C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806 (*Kornhaas/Dithmar*)) heeft het HvJ EU overwogen dat uit de omstandigheid dat een vordering op grond van een nationale bepaling is aangemerkt als een vordering die rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeit en daarmee nauw samenhangt, volgt dat die bepaling moet worden geacht te vallen onder het recht dat de insolventieprocedure en de gevolgen ervan beheerst in de zin van artikel 4 lid 1 Insolventieverordening. De vraag is of het recht dat van toepassing is op de bevoegdheid van de curator om de Peeters/Gatzen-vordering in te stellen ook het op die vordering toepasselijke materiële recht is. De kwalificatie van de vordering in het kader van het oordeel over de rechtsmacht, zou dan ook bepalend zijn voor het oordeel over het op de vordering toepasselijke recht.

In dat kader is niet alleen artikel 4 lid 1 en lid 2 Insolventieverordening van belang, maar ook artikel 13 Insolventieverordening. Daarin is bepaald dat artikel 4 lid 2 aanhef en onder m Insolventieverordening niet van toepassing is, indien degene die voordeel heeft gehad bij een voor het geheel van schuldeisers nadelige handeling bewijst: (a) dat deze handeling is onderworpen aan het recht van een andere lidstaat dan de lidstaat waar de procedure is geopend, en (b) dat dat recht in het gegeven geval niet voorziet in de mogelijkheid om die handeling te bestrijden. In dat geval zou Fortis in deze concrete casus zich op artikel 13 kunnen beroepen en kunnen bewijzen dat haar handelwijze niet tot haar aansprakelijkheid leidt, indien deze zou worden beoordeeld naar het recht dat op de vordering van toepassing zou zijn geweest als zij niet door de curator, maar door een individuele schuldeiser uit onrechtmatige daad zou zijn aangesproken.

De Hoge Raad oordeelt dat indien het toepasselijke materiële recht op de Peeters/Gatzen-vordering het Nederlandse recht is, toch de vraag rijst bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van die handeling of naar analogie van artikel 17 van Rome II en mede gezien artikel 13 Insolventieverordening, rekening moet worden gehouden met de ter plaatse van de beweerde onrechtmatige daad geldende veiligheidsvoorschriften en gedragsregels, zoals financiële gedragsregels voor banken.

De Hoge Raad komt dan ook tot drie prejudiciële vragen die worden geformuleerd en worden gesteld aan het HvJ EU:

1. Valt een vordering tot schadevergoeding die de curator uit hoofde van de hem in art. 68 lid 1 Faillissementswet gegeven opdracht tot beheer en vereffening van de failliete boedel namens de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde instelt tegen een derde, op de grond dat deze derde jegens de schuldeisers onrechtmatig heeft gehandeld en waarvan, bij het slagen van die vordering, de opbrengst ten goede komt aan de boedel, onder de uitzondering van art. 1 lid 2, aanhef en onder b, van Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken?

2. Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord en de desbetreffende vordering derhalve wordt bestreken door Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, wordt deze vordering dan beheerst door het recht van de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend krachtens art. 4 lid 1 van die verordening zowel wat betreft de bevoegdheid van de curator tot het instellen van deze vordering als wat betreft het op deze vordering toepasselijke materiële recht?

3. Indien vraag 2 bevestigend wordt beantwoord, dient de rechter van de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend dan rekening te houden, al dan niet naar analogie, met:

a. het bepaalde in artikel 13 van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, in die zin dat de aangesproken partij zich tegen een vordering van de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers kan verweren door te bewijzen dat haar handelwijze niet tot haar aansprakelijkheid leidt, indien beoordeeld naar het recht dat op de vordering van toepassing zou zijn geweest als zij niet door de curator, maar door een individuele schuldeiser uit onrechtmatige daad zou zijn aangesproken;

b. het bepaalde in artikel 17 van Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ('Rome II'), mede in verbinding met artikel 13 van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, dat wil zeggen met de ter plaatse van de beweerde onrechtmatige daad geldende veiligheidsvoorschriften en gedragsregels, zoals financiële gedragsregels voor banken?

F. van Tilburg

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 08-09-2017
ECLI: ECLI:NL:HR:2017:2269
Zaaknummer: 16/02741
Rechters: A.H.T. Heisterkamp, T.H. den Tanja-van Broek, C.E. du Perron, M.J. Kroeze en G. de Groot
Advocaten: B.I. Kraaipoel, F.E. Vermeulen en R.J. van Galen
Wetsartikelen: 68 Fw en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Pavast/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).

Deze zaak vertoont deels gelijkenis met Rb. Midden-Nederland 8 februari 2017 (verhuurder/Maxeda), INS 2017-0236. 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 oordeelt (onder meer), net als de Rechtbank Midden-Nederland in de vergelijkbare zaak deed, dat de garantie niet zag op (verplichtingen van) een periode na het eindigen van de huurovereenkomst.

A.L. Jonkers, september 2017

Instantie: Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak: 22-08-2017
ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2017:3364
Zaaknummer: 5175983 \ CV EXPL 16-4726
Rechters: W.F. Boele
Advocaten: T.H.G. Steenmetser, J.F. Ouwehand en G.J.L. Bergervoet

RECHTSPRAAK

Steller Holding/Curator Simij BV

Enige objectivering is geboden bij de eis van wetenschap van aanhangige faillissementsaanvraag in artikel 47 Fw. In deze zaak had de bestuurder wel bericht ontvangen van een faillissementsaanvraag door werknemers, maar hij beweert dat hij dit bericht nog niet gelezen had op het moment dat hij, enkele dagen na ontvangst van het bericht, een managementvergoeding ontving.

Het verzoek tot faillietverklaring is op 29 maart 2012 ingediend door werknemers Simij B.V. Bij brieven van 5 april 2012 is Simij per post opgeroepen om op de zitting van 24 april 2012 te verschijnen. Steller Holding was enig aandeelhouder en bestuurder van Simij B.V.; X is enig aandeelhouder en enig bestuurder van Steller Holding. X heeft het poststuk inhoudende de oproeping zelf in ontvangst genomen op 6 april 2012.

Op 19 april 2012 heeft Simij B.V. een managementvergoeding van € 7.728,07 betaald aan Steller Holding. De curator heeft deze betaling vernietigd met een beroep op artikel 47 Fw. Steller Holding betoogt, onder verwijzing naar HR 16 juni 2000 (Van Dooren q.q./ABN AMRO) dat de curator dient te bewijzen dat Steller daadwerkelijk wist dat het faillissement van Simij B.V. op dat moment al was aangevraagd. Steller beweert dat zij dit op die datum nog niet daadwerkelijk wist omdat X het poststuk nog niet had geopend. Het hof gaat niet mee in dat verweer. Volgens het hof is enige objectivering van de wetenschap van een aanhangige faillissementsaanvraag op zijn plaats. Juist de eisen van zekerheid in het rechtsverkeer en het betalingsverkeer, welke eisen de Hoge Raad ook benadrukt in Van Dooren q.q./ABN AMRO, vragen om die objectivering.

A.L. Jonkers, september 2017

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 22-08-2017
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:7276
Zaaknummer: 200.160.760/01
Rechters: J.H. Kuiper, I. Tubben en I.F. Clement
Advocaten: W. Vahl en W. van der Kolk
Wetsartikelen: 47 Fw

RECHTSPRAAK

Amstelpark/ABN AMRO

Vervolg op HR Amstelpark. Het hof oordeelt, zoals in lijn der verwachtingen lag na het oordeel van de Hoge Raad, dat Rabobank uitkering onder de bankgarantie niet had mogen weigeren.

Dit is het vervolg op HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:600, INS 2015-0016 (Amstelpark). De casus is als volgt. Giebros diende op grond van een overeenkomst technische installaties te leveren en te plaatsen in opdracht van Amstelpark Tennis Promotions B.V. (hierna: Amstelpark) tegen een aanneemsom van ruim € 1,2 miljoen. ABN AMRO heeft aan Giebros voorfinanciering verstrekt. Amstelpark diende 90% van de aanneemsom bij oplevering van het werk aan Giebros te betalen. Als zekerheid voor de nakoming van die verplichting heeft Amstelpark door Rabobank een abstracte bankgarantie doen stellen, waarbij ABN AMRO als begunstigde is aangewezen. Het verzoek tot betaling diende blijkens de voorwaarden te zijn voorzien van een door Giebros of ABN ondertekende verklaring, inhoudende dat Amstelpark haar bovengenoemde betalingsverplichtingen niet is nagekomen en het bedrag dat Amstelpark schuldig is. ABN heeft Rabobank om betaling onder de bankgarantie verzocht, onder overlegging van een factuur van Giebros en de bedoelde verklaring. Rabobank heeft die geweigerd met als grondslag dat Amstelpark aan haar heeft aangegeven dat het gestelde bedrag apert onjuist zou zijn. Giebros is enkele maanden daarna failliet gegaan.

De Hoge Raad oordeelde, anders dan het hof, dat de bankgarantie een zelfstandig karakter heeft en dat de weigering van de bank te betalen onder de garantie onvoldoende gespecificeerd was. Rabobank heeft in het geding na verwijzing aangevoerd dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de opgegeven reden zelf niet onvoldoende is, maar slechts dat de specificatie daarvan onvoldoende is. Volgens Rabobank kan ABN AMRO geen beroep doen op een onvoldoende gespecificeerde opgave van de redenen voor weigering, gezien ABN AMRO's wetenschap van de onjuistheid van de verklaring van Giebros als gevolg van een brief van zomer 2009 van de advocaat van Amstelpark. Naar het oordeel van het hof miskent dit verweer dat die brief alleen beweringen bevat die nader onderzoek vergen. De aard van de bankgarantie brengt juist met zich mee dat ABN AMRO als begunstigde dit nadere onderzoek niet hoefde te verrichten.

A.L. Jonkers, september 2017

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 15-08-2017
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:3281
Zaaknummer: 200.189.085/01
Rechters: J.W.M. Tromp, M.P. van Achterberg en D.J. Oranje
Advocaten: A. van Hees, B.W. Brouwer en J.A. Stal

RECHTSPRAAK

Hendriks q.q./X

Curator slaagt niet in opdracht te bewijzen dat schuldenaar de verpanding onverplicht (art. 42 Fw) heeft verricht.

Dit vervolg op een tussenvonnis van 27 juli 2016 (ECLI:NL:RBMNE:2016:4066) handelt voornamelijk over de vraag of de curator geslaagd is in zijn bewijsopdracht ten aanzien van de door hem gestelde onverplichtheid van verpanding. Volgens de wederpartij heeft de verpanding plaatsgevonden op basis van een mondelinge afspraak tijdens een bespreking, uit welke afspraak de verplichting tot verpanding voort zou vloeien. De uitspraak is een goede illustratie van het lastige parket waarin de curator zich bevindt: hij dient te bewijzen dat er geen verplichting tot verpanding was. Bewijzen dat er geen mondelinge overeenkomst was, is een moeilijke opgave. De curator slaagt daar dan ook niet in.

A.L. Jonkers, september 2017

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 09-08-2017
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2017:3953
Zaaknummer: C/16/378808 / HA ZA 14-802
Rechters: N.V.M. Gehlen, R.A. Steenbergen en M.C.J. Lommen
Advocaten: A.N.L. de Hoogh en A.L.T. van Vught
Wetsartikelen: 42 Fw

RECHTSPRAAK

Ontvanger/Schoonmaakbedrijf

Niet gebleken is van een toestand van te hebben opgehouden met betalen ten aanzien van door de Ontvanger gepretendeerde vorderingen. De omvang van die vorderingen staat nog niet vast nu er daaromtrent nog diverse administratieve procedures lopen of de Ontvanger uitstel van betaling heeft verleend. De Ontvanger creëert zelf de situatie waarin de schuldenaar niet aan haar verplichtingen voldoet.

De Ontvanger, appellant, heeft het faillissement van Schoonmaakbedrijf B.V., geïntimeerde, verzocht, welke aanvraag in eerste aanleg is afgewezen.

In hoger beroep staat vast dat de Ontvanger diverse vorderingen heeft uit hoofde van aan geïntimeerde opgelegde naheffingsaanslagen. Volgens de Ontvanger bestaat er geen reëel en concreet perspectief op betaling van haar lopende en opkomende verplichtingen doordat geïntimeerde de aangegeven bedragen aan loonheffing en omzetbelasting niet tijdig en volledig afdraagt.

Voorts is sprake van pluraliteit van schuldeisers, aldus de Ontvanger, nu geïntimeerde leasetermijnen onbetaald laat, een pensioenschuld aan het Bedrijfspensioenfonds heeft en over 2017 nog vakantiegeld aan haar werknemers verschuldigd is. Tot slot heeft de Ontvanger betoogd, en is door geïntimeerde betwist, dat geïntimeerde in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen.

Ten aanzien van de door de Ontvanger aangevoerde steunvorderingen oordeelt het hof dat niet alle gestelde vorderingen summierlijk zijn aangetoond, maar dat periodieke vorderingen voortspruitend uit een lease- dus duurovereenkomst als steunvordering kunnen dienen, en dat dat ook geldt voor de door de Ontvanger gestelde verschuldigdheid van het vakantiegeld 2017 door geïntimeerde aan haar werknemers.

Daarmee is aan het pluraliteitsvereiste voldaan. Rest nog de beoordeling of geïntimeerde in de

toestand verkeert dat zij heeft opgehouden met betalen (art. 6 lid 3 Fw). Het hof stelt vast dat dat niet het geval is voor wat betreft de beide door de Ontvanger aangedragen steunvorderingen met betrekking tot de leasetermijnen en de vakantiegelden.

Dat oordeel treft ook de vorderingen van de Ontvanger, nu naar 's hofs oordeel genoegzaam is gebleken dat er voor wat betreft de door de Ontvanger aan geïntimeerde opgelegde (naheffings)aanslagen diverse administratieve procedures lopen, dan wel dat door de Ontvanger uitstel van betaling is verleend of dat daarom door geïntimeerde is verzocht terwijl daarop kennelijk nog niet is beslist. Dit betekent naar het oordeel van het hof dat de omvang van de vordering van de Ontvanger nog niet vast staat.

Daar komt bij dat is gebleken dat geïntimeerde uit eigen beweging nabetalingen heeft gedaan. Ook heeft geïntimeerde gesteld dat de Ontvanger het haar onmogelijk maakt haar belastingverplichtingen na te komen doordat beslag is gelegd op haar activa en G-rekening. Voorts is onbestreden dat geïntimeerde sinds februari 2017 haar betalingsverplichtingen heeft hervat maar dat de Ontvanger deze betalingen (volgens geïntimeerde ten onrechte) toerekent aan de oudere vorderingen en aldus zelf de situatie creëert waarin geïntimeerde niet aan haar lopende verplichtingen voldoet.

Concluderend oordeelt het hof dat thans nog niet zeker is dat geïntimeerde in een situatie verkeert van opgehouden te zijn met betalen van haar schulden.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 18-05-2017
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:5510
Zaaknummer: 200.213.036
Rechters: L.M. Croes, A.R. Dozy en S.M. Evers
Advocaten: C. Rijckenberg en F.A. Piek
Wetsartikelen: 1 Fw, 6 lid 3 Fw en 9 Fw

RECHTSPRAAK

Woonidee/A, B en C

Appellant is failliet verklaard, terwijl die procedure niet door de curator is overgenomen. Het verzoek tot ontslag van instantie (art. 27 Fw) wordt daarom toegewezen. Ten aanzien van een andere geïntimeerde, die eveneens is gefailleerd, is de procedure geschorst op grond van artikel 29 Fw. De procedure tussen appellant en de niet verschenen geïntimeerde loopt door.

Bij dagvaarding heeft Woonidee B.V. geïntimeerden in hoger beroep betrokken tegen de rolzitting van 5 januari 2016. Op die rolzitting zijn geïntimeerde 1 en geïntimeerde 3 in het geding verschenen. Tegen geïntimeerde 2 is verstek verleend. De zaak is vervolgens verwezen naar de roldatum 22 maart 2016 voor memorie van grieven.

Bij die gelegenheid heeft Woonidee niet van grieven gediend. Geïntimeerde 1 en geïntimeerde 3 hebben op die roldatum een 'mededeling schorsing wegens insolventie procespartij' gedaan wegens het faillissement van appellant Woonidee per 5 januari 2016. Geïntimeerden zijn vervolgens in de gelegenheid gesteld om de curator in het faillissement van Woonidee tegen de roldatum van 19 april 2016 op te roepen (art. 27 lid 1 Fw).

Dat is gebeurd. De curator heeft daarop laten weten de procedure niet over te nemen. Vervolgens hebben geïntimeerden 1 en 3 jegens Woonidee ontslag van instantie verzocht. Op 3 mei 2016 heeft Woonidee om uitstel verzocht, onder de mededeling dat geïntimeerde 1 inmiddels ook in staat van faillissement is verklaard. Uiteindelijk heeft Woonidee op de rolzitting van 28 juni 2016 meegedeeld het verzoek tot ontslag van instantie niet te bestrijden.

Het hof stelt vast dat, voor zover het geïntimeerde 1 aangaat, de door Woonidee ingestelde procedure is gestoeld op een vordering die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel heeft als bedoeld in artikel 29 Fw, zodat de procedure jegens haar van rechtswege is geschorst. Op haar verzoek tot ontslag van instantie kan thans dus niet worden beslist.

Het door geïntimeerde 3 verzochte ontslag van instantie wordt door het hof toegewezen. In eerste aanleg zijn immers de vorderingen van Woonidee jegens hem afgewezen en hij zal, nu

de curator het geding niet overneemt, de proceskosten in hoger beroep niet op Woonidee kunnen verhalen. Naar het oordeel van het hof is het verzoek om ontslag van instantie niet in strijd met de eisen van een goede procesorde.

Voor zover het geïntimeerde 2 aangaat, geldt dat geen ontslag van instantie is verzocht. De procedure tussen Woonidee en geïntimeerde 2 is ook niet geschorst. In de procedure tussen Woonidee en geïntimeerde 2 zal de zaak daarom naar de rol worden verwezen om Woonidee alsnog in de gelegenheid te stellen om de memorie van grieven te nemen (ambtshalve peremptoir).

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 30-05-2017
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:4453
Zaaknummer: 200.183.079
Rechters: mr. drs. F.J.P. Lock, P.L.R. Wefers Bettink en A.E.B. ter Heide
Advocaten: M.T.C. Bikker, M. van Hunnik en J. de Koning Gans
Wetsartikelen: 27 lid 1 Fw en 29 Fw

RECHTSPRAAK

Wind q.q./Verzekeraars

De curator heeft nagelaten zijn stelling dat de staking van het bedrijf van de gefailleerde is te wijten aan de weigering van de verzekeraars tot dekking over te gaan voldoende concreet te onderbouwen.

Geïntimeerden hebben als verzekeraars brandschade aan de gebouwen, machines en inventaris, alsmede bedrijfsschade van verzekeringnemer Esti B.V. verzekerd. De omvang van de bedrijfsschade is krachtens de verzerkeringsvoorwaarden verzekerd tot een maximumuitkeringstermijn van 78 achtereenvolgende weken, tenzij de bedrijfsactiviteiten na een schadegebeurtenis voorgoed worden gestaakt. In dat geval is de termijn van schadevergoeding beperkt tot 13 weken.

Die kwestie is het springende punt in deze procedure, want op 27 april 1995 is brandschade ontstaan aan de bij Esti in gebruik zijnde gebouwen, de zich daarin bevindende inventaris en de voorraden. Vervolgens is Esti op 27 september 1995 failliet verklaard. Tussen de curator van Esti en geïntimeerden is een geschil ontstaan over de bedrijfsschade. Niet geheel duidelijk is op welke grondslag de curator de verzekeraars in deze procedure heeft betrokken.

In eerste aanleg is de curator bij tussenvonnis opgedragen te bewijzen dat de staking van het bedrijf van Esti enkel en alleen het gevolg was van de weigering van verzekeraars tot dekking over te gaan. Bij eindvonnis heeft de rechtbank overwogen dat de bewijsopdracht in de kern ertoe strekt dat de curator dient te bewijzen dat Esti het gered zou hebben – in de zin dat zij niet failliet zou zijn gegaan – als de verzekeraars op tijd, dat wil zeggen binnen redelijke termijn na de brand, tot uitkering waren overgegaan. Zij overweegt verder dat het er met name om gaat of op basis van het door de curator aangedragen bewijs kan worden geoordeeld dat er kort voor de brand geen (andere) faillissementsindicatoren aanwezig waren. Bij vonnis heeft de rechtbank ten slotte geoordeeld dat de curator niet is geslaagd in het hem opgedragen bewijs.

Het hof is met de curator, appellant, van oordeel dat de uitleg van de bewijsopdracht in het eindvonnis strenger is dan de bewijsopdracht zoals deze bij tussenvonnis is gegeven. Het hof stelt: 'De omstandigheid dat het bedrijf is gestaakt enkel en alleen het gevolg was van de

weigering van de verzekeraars tot dekking over te gaan sluit immers niet uit dat er andere faillissementsindicatoren waren."'

Het eindvonnis kan om deze reden in zoverre niet in stand blijven, aldus het hof. Het hof beoordeelt vervolgens opnieuw de (omvang van de) verschuldigde uitkering voor bedrijfsschade door geïntimeerden aan de hand van de eigen stelling van de curator dat de staking van het bedrijf van Esti enkel en alleen het gevolg was van de weigering van de verzekeraars tot dekking over te gaan. Dienaangaande oordeelt het hof dat de curator heeft nagelaten die stelling voldoende concreet te onderbouwen. Voorts heeft de curator geen (gespecificeerd) bewijsaanbod gedaan. Ook hier slaagt de curator niet in het hem opgedragen bewijs. Het hoger beroep faalt.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 07-03-2017
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:734
Zaaknummer: 200.175.388/01
Rechters: J.W.M. Tromp, J.W. Hoekzema en J.M. de Jongh
Advocaten: J. Wind en A. Knigge
Wetsartikelen: 25 Fw en 149 lid 1 Rv

RECHTSPRAAK

ex-aandeelhouder Flexgroup / NIBC

NIBC financeerde Olympia Flexgroup, een uitzendconcern. Na faillietverklaring (in Duitsland) verkreeg NIBC via een (grotendeels) creditbid de aandelen in dochter Olympia Nederland, waarmee het sindsdien goed gaat. De aandeelhouder en indirect aandeelhouder van Flexgroup klagen in dit geding dat NIBC de financiering destijds niet stop had mogen zetten. Het hof oordeelt het niet verder financieren van Flexgroup door NIBC echter niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

Olympia Flexgroup A.G. (Flexgroup) en haar dochters werden gefinancierd door ING via een factoringfaciliteit van € 40 miljoen en door NIBC via een kredietfaciliteit van € 25 miljoen. De aandeelhouder en indirect aandeelhouder van Flexgroup hebben de schuld aan NIBC gegarandeerd en NIBSC had pandrechten op (onder andere) de aandelen in Olympia Nederland B.V, een (indirecte) dochter van Flexgroup. In 2009 kwam Flexgroup in de problemen en heeft NIBC de financiering onder voorwaarden uitgebreid naar, uiteindelijk, zo'n € 38 miljoen, waarvan uiteindelijk een laatste tranche niet ter beschikking is gesteld omdat Flexgroup herhaaldelijk niet aan de voorwaarden voldeed. Begin 2010 is Flexgroup in Duitsland failliet verklaard en heeft NIBC via een (grotendeels) creditbid de aandelen in Olympia Nederland van de curator gekocht. Het schijnt Olympia Nederland sindsdien voor de wind te gaan.

De ex-aandeelhouder en indirect ex-aandeelhouder betogen kort gezegd dat NIBC de financiering destijds (eind 2009) niet stop had mogen zetten. Contractueel had NIBC die bevoegdheid wel, maar volgens appelanten was niet voortzetten van de financiering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Daarbij ziet de ex-aandeelhoduer ook een motief voor NIBC om de financiering vroegtijdig stop te hebben gezet, namelijk het goedkoop in handen krijgen van de aandelen in Olympia Nederland via een creditbid, terwijl betaling van de restschuld voldoende verzekerd was door de garanties van aandeelhouders.

De combinatie van een aandeelhoudersgarantie en pandrechten die een creditbid mogelijk maken, lijken inderdaad een toxische combinatie op te kunnen leveren die NIBC reden zou hebben kunnen geven de financiering voorbarig af te breken om zo op een faillissement aan te sturen. Het hof ziet echter geen enkel bewijs dat dit daadwerkelijk het vooropgezette plan van NIBC is geweest, en oordeelt dat stopzetting van de financiering niet voorbarig was gezien de problematische situatie waarin Flexgroup zich op dat moment bevond.

A.L. Jonkers, september 2017

Instantie: Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak: 15-08-2017
ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:2283
Zaaknummer: 200.191.508/01
Rechters: R.F. Groos, F. Damsteegt-Molier en H.J. Vetter
Advocaten: S.R. Damminga en J.B.R. Regouw
Wetsartikelen: 3:235 BW

RECHTSPRAAK

Rabobank/vof

Opzegging kredietrelatie door Rabobank met vof wegens overstand en vermeende beëindiging van onderneming niet onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

Rabobank heeft in 2014 een kredietrelatie met een vof opgezegd omdat er een overstand van zo'n € 40.000 bestond op een faciliteit van zo'n € 400.000 en Rabobank had begrepen dat de onderneming beëindigd werd. De Rabobank past de maatstaf uit ING Bank/De Keijzer (HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929, JOR 2015/8) toe. Deze maatstaf komt erop neer dat slechts in het geval waarin de overeengekomen opzeggingsbevoegdheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, de beëindiging van de financieringsovereenkomst niet rechtsgeldig is. Rabobank is volgens de rechtbank in goed overleg getreden en heeft de haalbaarheid van nieuwe plannen onderzocht, maar niet goed genoeg bevonden. Rabobank heeft bij de executie van haar zekerheidsrechten ook niet onzorgvuldig gehandeld. De vorderingen van Rabobank worden grotendeels toegewezen.

A.L. Jonkers, september 2017

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak: 09-08-2017
ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2017:3048
Zaaknummer: C/17/144074 / HA ZA 15-284
Rechters: M. Sanna
Advocaten: O.J.W. Reijnders en D. Maat

RECHTSPRAAK

ING/Cerutti q.q.

De opdrachtenportefeuille van een makelaarskantoor kan niet worden aangemerkt als vermogensrecht – er kan derhalve geen pandrecht op gevestigd worden.

ING heeft met een makelaarskantoor een kredietovereenkomst, die er onder meer toe strekt dat ING een pandrecht op de bedrijfsactiva heeft. Na faillissement beroept de curator zich op artikel 37 Fw voor wat betreft de nakoming van deze overeenkomst. Hij verkoopt vervolgens aan een andere schuldeiser de opdrachtenportefeuille.

ING stelt zich op het punt dat de curator onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld, nu de bank een pandrecht op de opdrachtenportefeuille had gevestigd. De curator is van mening dat de opdrachtenportefeuille niet vatbaar was voor het vestigen van een pandrecht. De bank is het met de curator eens, en stelt dat door het enkele verstrekken van een opdracht aan een makelaar nog geen concrete aanspraken jegens de opdrachtgever ontstaan die als (toekomstig) vermogensrecht kunnen worden beschouwd. Het verweer van de bank, dat een opdrachtenportefeuille vergelijkbaar is met een assurantieportefeuille en derhalve wel degelijk te beschouwen is als een vermogensrecht, wordt door de rechtbank verworpen. Over de juridische status van een assurantieportefeuille is immers geen overeenstemming binnen de rechtspraak. Daarnaast verschillen beide portefeuilles wezenlijk van elkaar in de zin dat er een wettelijke regeling bestaat voor assurantieportefeuilles, en voor een opdrachtenportefeuille als in onderhavige zaak niet.

T.M.M. Schaap, september 2017

Instantie: Rechtbank Noord-Holland
Datum uitspraak: 09-08-2017
ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2017:7078
Zaaknummer: C/15/248404/HA ZA 16-590
Rechters: A.C. Haverkate, J.H. Gisolf en E. Kanninga-Jonker
Advocaten: mr. C.M. Harmsen en K.A. Cerutti

Wetsartikelen: 37 Fw, 3:81 lid 1 BW, 3:228 BW en 6:159 BW

RECHTSPRAAK

Het hof acht bestuurdersaansprakelijkheid op voorhand bewezen nu de vennootschap geen reëel zicht had om voldoende funding te realiseren om aan haar verplichtingen uit de geldlening met geïntimeerde te voldoen.

Geïntimeerde stelt de bestuurder van een investeringsvennootschap aansprakelijk voor de schade die zij heeft geleden doordat de vennootschap schulden voorvloeiende uit een geldlening van geïntimeerde niet heeft kunnen voldoen. Het hof acht op voorhand bewezen dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Reden hiervoor is dat de vennootschap geen reëel zicht had om voldoende funding te realiseren om aan haar verplichtingen uit de geldlening met geïntimeerde te voldoen. Appellant wordt in de gelegenheid gesteld om tegenbewijs te leveren.

T.M.M. Schaap, september 2017

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 27-06-2017
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:5422
Zaaknummer: 200.181.402/01
Rechters: I. Tubben, I.F. Clement en J.N. Bartels
Advocaten: G.J. de Bock en J.V. van Ophem
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Appellant heeft al zijn huidige en toekomstige vorderingen op X ter voldoening van een geldschuld gecedeerd aan Y. Nu hij volgens artikel 7A:1800 BW (oud) gehouden was om zijn geldschuld in geld te voldoen, betreft de cessie volgens het hof een onverplichte rechtshandeling.

Appellant heeft ter voldoening van een schuld zijn huidige en toekomstige vorderingen op X gecedeerd aan Y. Appellant is van mening dat de cessie een verplichte rechtshandeling betrof. Ten tijde van de overeenkomst van 31 augustus 2009 gold artikel 7A:1800 BW: 'Die iets ter leen ontvangt is verpligt hetzelve, in gelijke hoeveelheid en hoedanigheid, en op den bepaalden tijd, terug te geven.' Het hof oordeelt dat er geen sprake is geweest van een verplichte rechtshandeling, aangezien appellant op grond van voornoemd artikel verplicht was om zijn geldschuld in geld terug te betalen.

T.M.M. Schaap, augustus 2017

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 08-08-2017
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:3507
Zaaknummer: 200.171.436_01
Rechters: D.E.A.M. Hulskes, O.G.H. Milar en L.S. Frakes
Advocaten: R.S. Schouten, M.W. Steenpoorte en J.C.G. Vestjens
Wetsartikelen: 3:45 BW