Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 02, 2017

Nummer 2, 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

Hof

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:10513 27-12-2016
Ex-failliet/Voormalig curator
Ex-failliet is gebonden aan een vaststellingsovereenkomst, met daarin een finale kwijtingsclausule, gesloten tussen een opvolgend curator en diens voorganger. De ex-failliet kan de eerst aangestelde curator daarom niet meer aanspreken tot verhaal van schade.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:3475 29-11-2016
Spaa q.q./PARO Transport
Verkoop van vrachtwagens aan externe schuldeiser gevolgd door verrekening en wetenschap van benadeling. Aan de vereiste wetenschap van benadeling was volgens de rechtbank niet voldaan, maar volgens het hof wel. Het hof overweegt daarbij dat voor deze wetenschap niet 'nodig was dat wederpartij inzicht had in de financiële positie van de schuldenaar'. Het hof wijst hiermee een principieel arrest inzake de vereiste kennis om wetenschap van benadeling aan te nemen.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:5169 21-11-2016
Feitelijk leidinggeven door nalaten. Eenvoudige bankbreuk begaan door de rechtspersoon als bestuurder terwijl verdachte aan deze verboden gedraging feitelijk leiding heeft gegeven, nu verdachte zich gaandeweg heeft onttrokken aan zijn verplichtingen tot het voeren van een deugdelijke administratie van de vennootschap.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:5155 21-11-2016
Verdachte maakte er een gewoonte van om bijna failliete vennootschappen te laten doorstarten in nieuw opgerichte vennootschappen met geld dat hij had onttrokken

aan de oude vennootschappen. Dit ging ten koste van schuldeisers in die oude vennootschappen. Hiermee heeft verdachte zich schuldig gemaakt aan faillissementsfraude.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:4921 03-11-2016

Curator/DR Systemen

Voor wat betreft de mogelijkheid van verzet is het uitgangspunt dat de curator slechts de vernietiging van het faillissement kan vragen wegens (evident) misbruik van bevoegdheid tot het doen van eigen aangifte.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:4413 04-10-2016

Marenq/X

Bestuurdersaansprakelijkheid jegens schuldeiser groepsmaatschappij wegens verstrekte concerngarantie met daarin opgenomen waarschuwingsverplichting bij betalingsonmacht. Toepassing maatstaf HR Ontvanger/Roelofsen nu bestuurder in de hem bekende precaire financiële situatie van de garant, de wederpartij niet heeft gewaarschuwd voor het niet meer kunnen garanderen van de betaling van verdere leveranties.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:3570 30-08-2016

Evereg c.s./V.o.f. X. c.s.

Het enkele feit dat niet (alle) schuldeisers door de curator zijn opgeroepen leidt er niet toe dat er sprake is van een ongeldig proces-verbaal van de verificatievergadering, laat staan dat dit een feit of omstandigheid betreft dat, in samenhang met de eveneens verworpen stelling dat er sprake was procesmanipulatie, verdenking van bedrog zou rechtvaardigen. De vordering tot herroeping wordt afgewezen.

Rechtbank

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2016:7243 28-12-2016

Bestuurdersaansprakelijkheid van ontucht plegende schooldirecteur

Schooldirecteur als bestuurder aansprakelijk voor het boedeltekort in faillissement van de door hem opgerichte school. Het plegen van ontucht met een van de leerlingen van de school wordt aangemerkt als onbehoorlijk bestuur.

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2016:7242 23-12-2016

Arnoldus q.q. / X

In de bodemprocedure heeft de rechtbank op grond van artikel 22a Fw geoordeeld dat de curator ten onrechte de waarde van de levensverzekering van gedaagde aan de

boedel heeft toegevoegd. De voorzieningenrechter oordeelt dat deze beslissing niet berust op een evidente vergissing.

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2016:10100 23-11-2016

Schambergen q.q. / Thema Immo
Na terugverwijzing door het hof moet de rechtbank nu beslissen of de curator de koopovereenkomst van een woning terecht heeft vernietigd op grond van artikel 42 Fw.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:8662 09-11-2016

Nauta q.q./Gedaagde c.s.
Door geen onderzoek te doen naar de achtergrond en gegoedheid van degene(n) aan wie hij de vennootschap en het bestuur wilde overdragen, heeft de voormalig bestuurder een onverantwoord risico genomen dat na de overdracht de activa uit de vennootschap zouden verdwijnen en dat de schulden daarin zouden achterblijven. Hij heeft dus zijn taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk vervuld (art. 2:248 lid 1 BW).

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:5984 02-11-2016

B.V. Y./Maatschap X c.s.
De door gedaagde aangeleverde cijfers op grond waarvan het besluit tot aanvraag van het eigen faillissement is genomen, leveren geen misbruik van recht of groepsaansprakelijkheid op nu de financiële situatie dusdanig was dat een faillissementsaanvraag gerechtvaardigd was.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2016:6276 02-11-2016

Snel-Ned/Selling Partners c.s.
Eiseres is geslaagd in het bewijs dat de bestuurders de mogelijkheid van verhaal hebben gefrustreerd door ten koste van de verdiencapaciteit activa van de vennootschap over te hevelen naar een gelieerde partij.

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2016:4295 31-10-2016

De Bok q.q./Divine Dubai
Beweerde cessie van gesecureerde vordering is vooralsnog jegens de curator onvoldoende aannemelijk gemaakt. De hierover tussen partijen bestaande geschilpunten lenen zich niet voor opheldering in kort geding. Het standpunt van de curator dat een bodemprocedure hiertoe noodzakelijk is, acht de voorzieningenrechter alleszins juist. Schorsing van executie in afwachting van een door de curator te entameren bodemprocedure.

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2016:5916 25-10-2016

X/Van der Meer q.q.
Oorzakenrapport van de curator is volgens de voorzieningenrechter 'niet helder' en mag dus niet gepubliceerd worden.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2016:12965 11-10-2016

De Jong Beheer/Lodder & Co
Er kan niet om het faillissementsrecht heen gecontracteerd worden. De omstandigheid dat de schuldenaar en de Belastingdienst in de door hen gesloten vaststellingsovereenkomst hebben opgenomen dat de vordering van de Belastingdienst op de schuldenaar niet kan dienen als steunvordering, maakt niet dat de aanvrager van het faillissement zich niet op deze schuld kan beroepen ter invulling van het pluraliteitsvereiste.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2016:9356 02-08-2016

Verzoekers/Verweerster
Ten onrechte hebben verzoekers aangevoerd dat voor de pluraliteit van schuldeisers niet van belang is of een vordering opeisbaar is. Dat geldt slechts voor de steunvordering. Uit het bestaan van een steunvordering vloeit naar vaste jurisprudentie echter niet automatisch voort dat er ook sprake is van een toestand van hebben opgehouden te betalen.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:2549 31-05-2016

Veluwe Investments/Herstel q.q.
Nu het gehuurde voor de einddatum van de opgezegde huurovereenkomst (art. 39 Fw) niet was ontruimd, heeft de curator onrechtmatig gebruikgemaakt van het pand. De curator is ingevolge het arrest Koot Beheer/Tideman (HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108) dan ook gedurende het voortgezette gebruik in zijn hoedanigheid een gebruiksvergoeding aan de verhuurder verschuldigd. Die vergoeding is gelijk aan de voordien geldende huurprijs (art. 7:225 BW).

RECHTSPRAAK

Schambergen q.q. / Thema Immo

Na terugverwijzing door het hof moet de rechtbank nu beslissen of de curator de koopovereenkomst van een woning terecht heeft vernietigd op grond van artikel 42 Fw.

Na terugverwijzing door het hof (ECLI:NL:GHSHE:2016:1181) moet de rechtbank nu beslissen of de curator de koopovereenkomst van een huis terecht heeft vernietigd op grond van artikel 42 Fw. De curator stelt dat er sprake is van vermoeden van wetenschap als bedoeld in artikel 43 lid 1 sub 1. De curator stelt – kort gezegd – dat gedaagden de bedoelde woning binnen één jaar voor faillietverklaring tegen een veel te lage koopprijs hebben verkocht aan koper TI en dat de schuldeisers van de boedel hierdoor zijn benadeeld. De rechtbank oordeelt dat de curator niet heeft kunnen onderbouwen dat er sprake is geweest van wetenschap, onder meer omdat TI heeft kunnen aantonen dat er na de koop door middel van verbouwingen meerwaarde is gegenereerd. Hier is ten onrechte geen rekening mee gehouden door de curator.

T.M.M. Schaap, januari 2017

Instantie: Rechtbank Limburg
Datum uitspraak: 23-11-2016
ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2016:10100
Zaaknummer: C/03/178200 / HA ZA 13-52
Rechters: W.E. Elzinga
Advocaten: R.J.M.G. Rulkens
Wetsartikelen: 42 Fw en 43 lid 1 sub 1 Fw

RECHTSPRAAK

Arnoldus q.q. / X

In de bodemprocedure heeft de rechtbank op grond van artikel 22a Fw geoordeeld dat de curator ten onrechte de waarde van de levensverzekering van gedaagde aan de boedel heeft toegevoegd. De voorzieningenrechter oordeelt dat deze beslissing niet berust op een evidente vergissing.

De rechtbank heeft in de bodemprocedure op grond van artikel 22a Fw geoordeeld dat de curator ten onrechte de waarde van de levensverzekering van gedaagde aan de boedel heeft toegevoegd. De curator vordert (onder andere) dat de executie van het vonnis geschorst wordt. De voorzieningenrechter oordeelt dat er, anders dan de curator stelt, geen sprake is van een kennelijke misslag. Er is namelijk geen sprake van een evidente vergissing. De rechtbank heeft in haar vonnis gemotiveerd waarom zij artikel 22a Fw heeft toegepast. Dat de curator een andere rechtsopvatting is toegedaan levert nog geen kennelijke misslag op. Zelfs indien zou moeten worden aangenomen dat de rechtsopvatting van de curator de juiste is, dan is nog steeds geen sprake van een evidente vergissing.

T.M.M. Schaap, januari 2017

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak: 23-12-2016
ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:7242
Zaaknummer: C/01/314601 / KG ZA 16-664
Rechters: E. Loesberg
Advocaten: W. Hekkelman en G. te Biesebeek
Wetsartikelen: 22a Fw

RECHTSPRAAK

Evereg c.s./V.o.f. X. c.s.

Het enkele feit dat niet (alle) schuldeisers door de curator zijn opgeroepen leidt er niet toe dat er sprake is van een ongeldig proces-verbaal van de verificatievergadering, laat staan dat dit een feit of omstandigheid betreft dat, in samenhang met de eveneens verworpen stelling dat er sprake was procesmanipulatie, verdenking van bedrog zou rechtvaardigen. De vordering tot herroeping wordt afgewezen.

Appellant was enig bestuurder en aandeelhouder van Evereg, dat op haar beurt enig bestuurder en aandeelhouder was van Lico Teelt B.V. Tussen Lico Teelt en (geïntimeerden) v.o.f. X c.s. is in 1999 een teeltcontract overeengekomen. Hierover is tussen X en Lico Teelt een betalingsgeschil ontstaan.

Op 27 maart 2003 is Lico Teelt in staat van faillissement verklaard. Bij brief heeft appellant aan de curator laten weten de vordering van X niet te accepteren. Vervolgens heeft op 14 mei 2004 de verificatievergadering van Lico Teelt plaatsgevonden. Appellant is op deze vergadering aanwezig geweest.

Volgens het van de vergadering opgemaakt proces-verbaal heeft de curator tijdens deze vergadering te kennen gegeven de vordering van X ten bedrage van € 63.430, 53 niet langer te betwisten en uiteindelijk overgebracht naar de lijst van erkende schuldeisers.

In het geschil tussen X en Lico Teelt heeft de rechter op 27 augustus 2008 voor recht verklaard dat appellant uit hoofde van onrechtmatige daad naast Evereg hoofdelijk aansprakelijk is voor de schade die X heeft geleden als gevolg van het onbetaald blijven van haar vordering op Lico Teelt. De rechtbank heeft onder meer overwogen dat de curator de vordering van X heeft erkend en dat zich in het onderhavige geval de situatie voordoet dat appellant in zijn hoedanigheid van (indirect) bestuurder van Lico Teelt aanwezig was tijdens de verificatievergadering. Bij gebrek aan betwisting door appellant is de vordering van X komen vast te staan tegenover Evereg en appellant zelf.

Appellant heeft dit vonnis tot in hoogste instantie tevergeefs aangevochten met als argument

dat zij de vordering wel degelijk heeft betwist. Ook heeft appellant tevergeefs getracht het proces-verbaal toe doen verbeteren. Het hof heeft daarbij kort gezegd overwogen dat het proces-verbaal een gezaghebbende bron is, zeker nu appellant heeft nagelaten verbetering daarvan te verzoeken (art. 137 lid 2 Fw).

In deze zaak beroept appellant zich erop dat voormeld arrest berust op bedrog nu dat is gebaseerd op het (ongeldige) proces-verbaal van de (ongeldige) verificatievergadering waarvoor niet alle schuldeisers waren opgeroepen. Ook is volgens appellant in die procedure sprake geweest van manipulatie in samenwerking met de curator. Appellant vordert om die reden herroeping van het gegeven arrest (art. 382 sub a Rv).

Het hof gaat voorbij aan de stelling dat er sprake is van bedrog. Het enkele feit dat niet (alle) schuldeisers door de curator zijn opgeroepen leidt er niet toe dat er sprake is van een ongeldig proces-verbaal van de verificatievergadering, laat staan dat dit een feit of omstandigheid betreft dat, in samenhang met de eveneens verworpen stelling dat er sprake was procesmanipulatie, verdenking van bedrog zou rechtvaardigen. De vordering tot herroeping van het vonnis wordt afgewezen.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 30-08-2016
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:3570
Zaaknummer: 200.157.997/01
Rechters: W.A.H. Melissen, M. Jurgens en M.B. Werkhoven
Advocaten: J.M.R. Vlaar en P.J.L.J. Duijsens
Wetsartikelen: 121 Fw en 382 sub a Rv

RECHTSPRAAK

Feitelijk leidinggeven door nalaten. Eenvoudige bankbreuk begaan door de rechtspersoon als bestuurder terwijl verdachte aan deze verboden gedraging feitelijk leiding heeft gegeven, nu verdachte zich gaandeweg heeft onttrokken aan zijn verplichtingen tot het voeren van een deugdelijke administratie van de vennootschap.

Het hof overweegt dat een bestuurder van een besloten vennootschap krachtens artikel 2:10 BW verplicht is van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheid van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te (laten) voeren (en de gevoerde administratie inclusief bewijsstukken op zodanige wijze te bewaren) dat daaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. Op deze wijze kan intern de vinger aan de pols gehouden worden en is de curator in geval van een faillissement in staat dit naar behoren af te wikkelen.

De verantwoordelijkheid voor de naleving van deze verplichtingen rustte op de Stichting (verdachte) als bestuurder van de (inmiddels gefailleerde) X B.V. en deze verplichtingen dienden derhalve te worden nageleefd door verdachte als bestuurder van de Stichting. Verdachte heeft echter, nadat hij voorheen maandelijks de boekhouding van de B.V. controleerde, dit vanaf medio 2008 nagelaten. Ondanks het feit dat de onderneming slecht liep en een aldaar werkzame persoon, die de feitelijke leiding had binnen het bedrijf, alle controle door verdachte afhield, heeft verdachte zich desondanks teruggetrokken en geen toezicht meer gehouden op de naleving van de administratieve verplichtingen. Vanuit zijn toezichthoudende taak had verdachte niet mogen toestaan dat verdachte zich niet liet controleren. Hij had zelf het bedrijf dienen te bezoeken en verdachte hierop persoonlijk dienen aan te spreken en aan deze houding eventueel consequenties dienen te verbinden. Daarnaast had verdachte contact kunnen en moeten opnemen met boekhouder. Door dat niet te doen was de aldaar werkzame persoon in de gelegenheid omzet van de B.V. ten goede te laten komen aan een andere vennootschap. Het schuldig nalaten van verdachte als bestuurder van de Stichting, kan aan de Stichting worden toegerekend. Dat maakt dat deze laatste als dader van het ten laste gelegde kan worden aangemerkt en verdachte als feitelijk leidinggever

van deze verboden gedraging (art. 51 Sr). Het hof acht aldus wettig en overtuigend bewezen dat sprake is van eenvoudige bankbreuk gepleegd (art. 342 Sr) door een rechtspersoon door het niet voldoen aan de verplichtingen gesteld in de artikelen 2:10 en 3:15i BW, aan welke gedraging de verdachte als bestuurder van deze rechtspersoon feitelijk leiding heeft gegeven.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 21-11-2016
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5169
Zaaknummer: 20-002216-12
Rechters: J.C.A.M. Claassens, C.M. Hilverda en R.D. van Heffen
Wetsartikelen: 51 Sr en 342 Sr

RECHTSPRAAK

Verdachte maakte er een gewoonte van om bijna failliete vennootschappen te laten doorstarten in nieuw opgerichte vennootschappen met geld dat hij had onttrokken aan de oude vennootschappen. Dit ging ten koste van schuldeisers in die oude vennootschappen. Hiermee heeft verdachte zich schuldig gemaakt aan faillissementsfraude.

Het hof acht bewezen dat verdachte zich in de periode 2006-2010 als bestuurder herhaaldelijk heeft schuldig gemaakt aan faillissementsfraude (art. 341 Sr), met een totale schade voor de schuldeisers in het faillissement van de door hem bestuurde vennootschappen tussen € 900.000 en € 1 miljoen. In die periode verrichtte verdachte verschillende activiteiten onder de vlag van een aantal besloten vennootschappen die voortdurend liquiditeitsproblemen hadden. Verdachte wilde vasthouden aan wat hij had ('ondernemen, overleven en continuïteit'). Daarom maakte verdachte er een gewoonte van om bijna failliete besloten vennootschappen te laten doorstarten in nieuw opgerichte vennootschappen met geld dat hij had onttrokken aan de oude vennootschappen. Dit ging ten koste van de schuldeisers in die oude vennootschappen, waaronder de Belastingdienst. Ook parkeerde verdachte geld uit bijna failliete vennootschappen op een privérekening van zijn familielid om deze gelden 'buiten de grijpgrage handen van beslagleggers te houden'. Met name de Belastingdienst had daarop het nakijken. Om deze faillissementsfraude te verbloemen heeft verdachte zich bovendien schuldig gemaakt aan valsheid in geschrifte (art. 225 Sr) en het voeren van een ondeugdelijke boekhouding (art. 2:10 BW en 3:15i BW). Dit heeft de werkzaamheden voor de curatoren in de diverse faillissementen ernstig bemoeilijkt. Verdachte heeft ter zitting geen enkele blijk gegeven de verwijtbaarheid van zijn handelen in te zien. Het hof acht een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van twee jaar geboden om verdachte de onjuistheid van de bewezen verklaarde handelwijze te doen inzien.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 21-11-2016
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5155
Zaaknummer: 20-004731-10
Rechters: C.M. Hilverda, J.C.A.M. Claassens en R.D. van Heffen
Wetsartikelen: 225 Sr, 341 Sr, 2:10 BW en 3:15i BW

RECHTSPRAAK

Nauta q.q./Gedaagde c.s.

Door geen onderzoek te doen naar de achtergrond en gegoedheid van degene(n) aan wie hij de vennootschap en het bestuur wilde overdragen, heeft de voormalig bestuurder een onverantwoord risico genomen dat na de overdracht de activa uit de vennootschap zouden verdwijnen en dat de schulden daarin zouden achterblijven. Hij heeft dus zijn taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk vervuld (art. 2:248 lid 1 BW).

De particulier gedaagde 1 is van 1999 tot 20 februari 2015 DGA geweest van een vennootschap die een groothandel dreef in voedingsmiddelen. Gedaagde 1 heeft op 20 januari 2015 een STAK opgericht waarvan hij tot 26 januari 2015 de bestuurder is geweest.

Op 26 januari 2015 heeft gedaagde 1 zowel de vennootschap als de STAK overgedragen aan de particulier gedaagde 2 voor € 50.000. De STAK vormde vanaf die dag (mede) het bestuur van de vennootschap. Gedaagde 2 was tussen 26 januari 2015 en 21 mei 2015 bestuurder van de STAK.

In 2007 is voor de vennootschap een belastingschuld van € 768.710,04 ontstaan. Het hiertegen gerichte beroep is in drie instanties ongegrond verklaard, laatstelijk bij arrest van de Hoge Raad van 24 oktober 2014.

De vennootschap is op 2 juni 2015 failliet verklaard. De curator heeft gedaagde 1 aangesproken op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Hij heeft daartoe onder meer aangevoerd dat gedaagde 1 kort voor de overdracht de vennootschap heeft leeggehaald, waardoor deze geen kans op voortbestaan had, ofwel in het kader van die overdracht zodanig onzorgvuldig heeft gehandeld dat hij het mogelijk heeft gemaakt dat de vennootschap door de opvolgend bestuurders is leeggehaald.

De rechtbank wijst deze vordering toe. Uit het betoog van gedaagde 1 leidt de rechtbank af dat zijn belangrijkste drijfveer voor de overdracht van de vennootschap werd gevormd door zijn

wens te ontkomen aan de verschuldigdheid van de belastingclaim. Gegeven die wens mocht van gedaagde 1 als bestuurder worden verwacht dat hij zich in zijn zoektocht naar een opvolgend bestuurder mede zou laten leiden door het belang van de vennootschap en haar crediteuren. Dat geldt in dit geval temeer nu de vennootschap ten tijde van de overdracht niet alleen schuldeisers had met forse vorderingen, maar ook beschikte over activa met een aanzienlijke financiële waarde.

Door geen onderzoek te doen naar de achtergrond en gegoedheid van degene(n) aan wie hij de vennootschap en het bestuur wilde overdragen, terwijl dat in de omstandigheden juist verwacht mocht worden, heeft gedaagde 1 als bestuurder een onverantwoord risico genomen dat na de overdracht de activa uit de vennootschap zouden verdwijnen en dat de schulden daarin zouden achterblijven. Geen redelijk handelend bestuurder zou in dezelfde omstandigheden hetzelfde hebben gehandeld. Hij heeft dus zijn taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk vervuld (art. 2:248 lid 1 BW). Aan dit oordeel draagt bij dat gedaagde 1 onvoldoende concreet heeft gereageerd op het verwijt dat gedaagde 2 is gebruikt als katvanger.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 09-11-2016
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:8662
Zaaknummer: C/10/494722 / HA ZA 16-136
Rechters: Th. Veling, C. Bouwman en J. Roest
Advocaten: B.C. Doolaard, F.A. Piek en R.M. Prins
Wetsartikelen: 2:248 lid 1 BW en 2:248 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Curator/DR Systemen

Voor wat betreft de mogelijkheid van verzet is het uitgangspunt dat de curator slechts de vernietiging van het faillissement kan vragen wegens (evident) misbruik van bevoegdheid tot het doen van eigen aangifte.

DR Systemen is op eigen verzoek bij vonnis van de rechtbank op 5 juli 2016 in staat van faillissement verklaard. Tegen dit vonnis is de curator in verzet gekomen (art. 10 lid 1 Fw). Het verzoek van de curator komt erop neer dat in het licht van de uiterst korte verzettermijn slecht summier onderzoek kan plaatsvinden en dat daaruit naar voren is gekomen dat er in het faillissement van DR geen baten zijn te verwachten terwijl er evenmin aanwijzingen zijn voor bestuurdersaansprakelijkheid of paulianeus handelen. De curator vermoedt daarnaast misbruik van bevoegdheid bij het doen van de eigen aangifte van het faillissement. Volgens de curator had het bestuur ingevolge het arrest HR Hoekstra q.q./R.M. Trade de weg van ontbinding (art. 2:19 BW) moeten kiezen. DR heeft hiertegen ingebracht dat het onduidelijk was of er baten te verwachten waren, dat de curator onvoldoende onderzoek heeft verricht en dat het eigen faillissement is aangevraagd omdat er geen andere oplossing was.

Het hof bespreekt het arrest Hoeksma q.q./R.M. Trade (HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636) waarop de curator zich beroept. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad (r.o. 4.7.1.) dat verzet door de curator slechts mogelijk is indien er sprake is van een boedel die (nagenoeg) geen activa bevat en er geen enkele aanleiding bestaat voor de verwachting dat in het faillissement, bijvoorbeeld op grond van artikel 42 Fw of artikel 2:9 BW, activa zullen worden gegenereerd. In dat geval zal kunnen worden aangenomen dat een eigen aangifte door (het bestuur van) de vennootschap misbruik van recht oplevert en dient de rechtspersoon overeenkomstig artikel 2:19 BW te worden ontbonden, aldus de Hoge Raad.

Het hof roept in herinnering dat in het arrest Hoeksma q.q./R.M. Trade (r.o. 4.7.2.) in algemene zin is overwogen dat de Faillissementswet ervan uitgaat dat de curator met de nodige grondigheid een onderzoek instelt naar de aanwezigheid van een vermogen van de schuldenaar. Ten tijde van de behandeling van het verzet dient de uitkomst van dat onderzoek

derhalve beschikbaar te zijn (vgl. HR 10 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8256, NJ 2001/249). Anders dan de rechtbank overweegt is derhalve niet zozeer van belang op welk moment de curator (althans haar waarnemers) heeft (hebben) besloten tot het indienen van een verzet, maar veeleer van belang hetgeen tijdens de behandeling van het verzet aan resultaten van enig onderzoek beschikbaar is. Het hof is van oordeel dat in geval van hoger beroep tegen een afgewezen verzet tegen een eigen aangifte (anders dan bijvoorbeeld bij verzet als bedoeld in art. 8 lid 2 Fw, zie HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1473) de situatie ten tijde van de behandeling in hoger beroep bepalend is.

Bepalend bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een voldoende grondig onderzoek, is wat is komen vast te staan en niet wat in de tijdspanne van de verzettermijn kan worden onderzocht of vastgesteld. Voor wat betreft de mogelijkheid van verzet is het uitgangspunt dat de curator slechts de vernietiging van het faillissement kan vragen wegens (evident) misbruik van bevoegdheid tot het doen van eigen aangifte. Indien het derhalve niet mogelijk is om zich als curator een oordeel te vormen omtrent de staat van de boedel binnen 8 dagen na benoeming, dan is dat (alle) reden geen verzet aan te tekenen.

Het hof leidt uit het arrest Hoeksma q.q./R.M. Trade af dat de Hoge Raad geen afbreuk heeft willen doen aan artikel 2:23a lid 4 BW als alternatieve wijze van vereffening. In het geval een vereffenaar van een ontbonden rechtspersoon immers vaststelt dat de schulden de baten vermoedelijk zullen overtreffen, is hij ingevolge artikel 2:23a lid 4 BW in beginsel verplicht faillissement aan te vragen. Dit is slechts anders indien alle bekende schuldeisers desgevraagd instemmen met voortzetting van de vereffening buiten faillissement. De vereffenaar (vaak de bestuurder) moet heel zeker weten dat er geen andere crediteuren zijn dan degene(n) die hij benadert in het kader van een eventuele instemming. Laat een vereffenaar na faillissement aan te vragen terwijl de uitzondering zich niet voordoet – hetgeen ook achteraf kan blijken – dan kan dit hem schadeplichtig maken ten opzichte van schuldeisers.

Het hof begrijpt de uitspraak van de Hoge Raad aldus dat ook deze aspecten in voorkomend geval mee kunnen wegen, nu de Hoge Raad rept van 'zal kunnen worden aangenomen' (zie de hierboven aangestreepte passages) en niet van 'moet worden aangenomen'. Tevens is het hof van oordeel dat ook een in redelijkheid te verwachten opstelling van een specifieke crediteur door de vereffenaar/bestuurder mag worden betrokken bij zijn of haar afweging voor welke route zal worden gekozen (eigen aangifte dan wel ontbinding en vereffening buiten faillissement).

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 03-11-2016
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:4921
Zaaknummer: 200.196.834_01
Rechters: R.R.M. De Moor, A.P. Zweers-van Vollenhoven en H.A.G. Fikkers
Advocaten: J.T.J. Gorissen en M. Strijks
Wetsartikelen: 10 Fw en 3:13 BW

RECHTSPRAAK

Snel-Ned/Selling Partners c.s.

Eiseres is geslaagd in het bewijs dat de bestuurders de mogelijkheid van verhaal hebben gefrustreerd door ten koste van de verdiencapaciteit activa van de vennootschap over te hevelen naar een gelieerde partij.

Deze zaak is het vervolg op ECLI:NL:RBGEL:2015:5260. Bij dat tussenvonnis is aan Snel-Ned opgedragen om aanvullend bewijs te leveren voor haar stelling dat gedaagde sub 2 en gedaagde sub 3, als bestuurders van Selling Partners B.V., de mogelijkheden van verhaal voor de openstaande facturen van Snel-Ned hebben gefrustreerd en aldus onrechtmatig jegens Snel-Ned hebben gehandeld. Ter voldoening aan deze bewijsopdracht heeft Snel-Ned zes getuigen doen horen.

Uit de getuigenverklaringen komt naar het oordeel van de rechtbank naar voren dat als bewezen verklaard kan worden aangemerkt dat Selling Partners een belangrijk deel van haar klantenbestand en het grootste en best renderende deel van haar onderneming onverplicht en om niet heeft overgedragen aan een nieuw opgerichte besloten vennootschap waarvan gedaagde sub 2 DGA is. Ook zijn onder de marktwaarde andere activa aan deze vennootschap overgedragen. Daarmee zijn de verdiencapaciteit en die materiële activa onttrokken aan verhaal door crediteuren van Selling Partners, in het bijzonder Snel-Ned. Voorts acht de rechtbank met de getuigenverklaringen bewezen dat Selling Partners die activa heeft overgeheveld naar de nieuw opgerichte vennootschap teneinde ze aan beslaglegging en verhaal door Snel-Ned te onttrekken en dat gedaagde sub 2 in de tussentijd Snel-Ned, die aandrong op betaling, aan het lijntje heeft gehouden en heeft gedaan alsof Selling Partners een betalingsregeling wilde treffen.

Het een en ander, in samenhang met wat reeds in het tussenvonnis is vastgesteld, leidt tot de slotsom dat Snel-Ned is geslaagd in de van haar verlangde bewijslevering en dat zich hier voordoet een geval, als door de Hoge Raad beoordeeld en onrechtmatig bevonden in onder meer het arrest van 8 december 2006, NJ 2006, 659 (Ontvanger/Roelofsen), terwijl overigens ook sprake was van een paulianeuze rechtshandeling als bedoeld in artikel 3:45 e.v. BW. Het

bestuur van Selling Partners heeft onrechtmatig gehandeld jegens Snel-Ned en is, naast Selling Partners, aansprakelijk voor de schade van Snel-Ned. Dit geldt echter alleen voor gedaagde sub 2, omdat onvoldoende is gesteld en bij de getuigenverhoren ook helemaal niet uit de verf is gekomen, dat gedaagde sub 3 ter zake evenzeer persoonlijk een ernstig verwijt treft.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak: 02-11-2016
ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2016:6276
Zaaknummer: 270911
Rechters: N.W. Huijgen
Advocaten: W.A. Entzinger en M.H. ten Have
Wetsartikelen: 6:162 BW en 3:45 BW

RECHTSPRAAK

B.V. Y./Maatschap X c.s.

De door gedaagde aangeleverde cijfers op grond waarvan het besluit tot aanvraag van het eigen faillissement is genomen, leveren geen misbruik van recht of groepsaansprakelijkheid op nu de financiële situatie dusdanig was dat een faillissementsaanvraag gerechtvaardigd was.

De particulieren A, B en C zijn via hun persoonlijke holdingmaatschappijen, medegedaagden, maten in (de maatschap) gedaagde sub 1. A, B en C hebben via hun holdings ruim twintig jaar samengewerkt als (indirect) aandeelhouders en bestuurders van Bedrijf 1. Eiseres is tot aan haar faillissement medebestuurder geweest van Bedrijf 1.

In 2012 is tussen A, B en C een schikking getroffen met betrekking tot een geschil over de management fee waarop hun vennootschappen recht hadden. Een en ander is voor B aanleiding geweest om een schaderapport op te stellen. In dat rapport is de schade begaan door A en C, voor Bedrijf 1 begroot op ruim een miljoen euro.

Op 22 november 2012 heeft een AVA plaatsgevonden van Bedrijf 1. Daar is besloten tot de aanvraag van het eigen faillissement, ondanks bezwaren van eiseres. Ook is besloten tot het onmiddellijke ontslag van eiseres als bestuurder van de vennootschap. Het faillissement van Bedrijf 1 is vervolgens op 3 december 2012 aangevraagd.

Eiseres betwist de juistheid van de cijfers die aan het faillissementsverzoek ten grondslag zijn gelegd. Het faillissement is daarmee op onjuiste gronden aangevraagd. Volgens eiseres heeft gedaagde sub 1 jegens haar in groepsverband (art. 6:166 BW) onrechtmatig gehandeld omdat zij de cijfers heeft aangeleverd op grond waarvan het besluit tot faillissementsaanvraag is genomen.

De vraag die daarmee naar het oordeel van de rechtbank voorligt, is of de financiële situatie van Bedrijf 1 zodanig was dat het aanvragen van het eigen faillissement niet gerechtvaardigd was. De rechtbank stelt voorop dat bij beantwoording van die vraag niet doorslaggevend is of het denkbaar was geweest dat Bedrijf 1 op enige wijze kon worden gered. Het gaat om de vraag

of de cijfers op dat moment een faillissementsaanvraag konden billijken.

De vordering van eiseres stuit deels af op de klachttermijn van artikel 6:89 BW. Voor het overige neemt de rechtbank slechts een beperkte correctie op de cijfers aan, hetgeen meebrengt dat de liquiditeitspositie van Bedrijf 1 sterk negatief was, zij het dan wat minder negatief dan uit de gepresenteerde cijfers bleek. Dit gegeven, in combinatie met het feit dat de orderportefeuille (nagenoeg) leeg was, maakt dat niet is komen vast te staan dat de financiële situatie van Bedrijf 1 dusdanig was dat een faillissementsaanvraag niet te billijken was. Er is dan ook geen sprake van misbruik van recht of groepsaansprakelijkheid van gedaagde sub 1.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 02-11-2016
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:5984
Zaaknummer: C/16/401922 / HA ZA 15-827
Rechters: F.C. Burgers, J.K.J. van den Boom en K. de Meulder
Advocaten: P.W.M. Huisman en N.E.N. de Louwere
Wetsartikelen: 1 Fw, 4 lid 3 Fw, 6:166 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

De Bok q.q./Divine Dubai

Beweerde cessie van gesecureerde vordering is vooralsnog jegens de curator onvoldoende aannemelijk gemaakt. De hierover tussen partijen bestaande geschilpunten lenen zich niet voor opheldering in kort geding. Het standpunt van de curator dat een bodemprocedure hiertoe noodzakelijk is, acht de voorzieningenrechter alleszins juist. Schorsing van executie in afwachting van een door de curator te entameren bodemprocedure.

In deze kortgedingzaak gaat het om het volgende. X B.V. is op 16 augustus 2013 failliet verklaard met benoeming van eiser tot curator. X is eigenaar van een boerderij. Die boerderij is in opdracht van de curator in het faillissement van X getaxeerd. Op de boerderij en inventaris liggen hypotheek- en pandrechten ten gunste van de buitenlandse vennootschap Divine Isle of Man. Deze zekerheidsrechten zijn gevestigd in verband met een geldleningsovereenkomst die X in 1993 met Isle of Man is aangegaan. Divine Isle of Man is per 1 april 2012 ontbonden met benoeming van Divine Dubai tot vereffenaar. Divine Dubai heeft de curator van X als beweerdelijk hypotheekhouder de verkoop bij executie van de boerderij aangezegd.

De curator vordert van de voorzieningenrechter om Divine Dubai te verbieden het hypotheekrecht te executeren of Divine Dubai te gelasten de executie te (doen) schorsen in afwachting van een door de curator te entameren bodemprocedure waarin de laatstgenoemde onder meer een verklaring voor recht zal vorderen dat Divine Dubai noch een vordering heeft op X, noch een recht van hypotheek heeft op de boerderij.

De voorzieningenrechter stelt vast dat Divine Dubai naar voorlopig oordeel onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat haar het recht van parate executie toekomt. Zij acht met name door Divine Dubai geen stukken overgelegd, die een aanknopingspunt bieden voor de door Divine Dubai gestelde en door de curator betwiste cessie van de vordering op X door Divine Isle of Man aan Divine Dubai. De hierover tussen partijen bestaande geschilpunten lenen zich niet voor opheldering in kort geding. Het standpunt van de curator dat een bodemprocedure

hiertoe noodzakelijk is, acht de voorzieningenrechter alleszins juist.

Onder deze omstandigheden moet aan het belang van de curator bij het niet doorgaan van de aangezegde executie een groter gewicht worden toegekend dan aan dat van Divine Dubai, mede in aanmerking genomen dat Divine Dubai geen spoedeisende noodzaak van deze executie heeft onderbouwd, tenzij die zou moeten worden gezien in haar standpunt dat zij niet zit te wachten totdat zich een koper meldt die mogelijk bereid is méér dan de executiewaarde van de boerderij te betalen.

De voorzieningenrechter acht met het oog op het vorenstaande onvoldoende reden aanwezig om Divine Dubai de executie te verbieden, zoals de curator als meest verstrekkende (primaire) vordering heeft gesteld. Niet uit te sluiten is immers dat het door Divine Dubai gestelde recht tot executie in een bodemprocedure of anderszins alsnog vast komt te staan. Derhalve zal Divine Dubai worden veroordeeld om de executie te (doen) schorsen.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak: 31-10-2016
ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2016:4295
Zaaknummer: C/08/192793 / KG ZA 16-349
Rechters: A.A.A.M. Schreuder
Advocaten: J. Kloots en A. Ramsoedh
Wetsartikelen: 3:268 BW en 238 Rv

RECHTSPRAAK

X/Van der Meer q.q.

Oorzakenrapport van de curator is volgens de voorzieningenrechter 'niet helder' en mag dus niet gepubliceerd worden.

Bij arrest van het Hof Den Bosch van 22 augustus 2013 zijn Floreijn Capital Group B.V. (FCG), First Free Bird B.V. (FFB) en VDAG B.V. (VDAG) in staat van faillissement verklaard. Op 17 september 2013 volgde het faillissement van Floreijn Invest (FI). Deze vennootschappen maakten alle onderdeel uit van het FCG-concern. Eiser was ten tijde van de faillissementen een van de (indirect) bestuurders van FCG, VDAG en FI.

De curator heeft eiser meegedeeld dat hij in verband met mogelijke bestuurdersaansprakelijkheid een onderzoek zal verrichten naar de oorzaken van het faillissement van de ondernemingen van het FCG-concern. In dat kader heeft de curator aan de hand van de schriftelijke reacties van betrokkenen, de formele gesprekken en aanvullende documentatie uit het FCG-concern-verleden, allereerst een conceptfeitenrapport opgemaakt. Eiser heeft hierop schriftelijk gereageerd, welk commentaar de curator nadien heeft verwerkt in zijn definitief feitenrapport.

Op 15 april 2016 heeft de curator een conceptoorzakenonderzoek naar eiser gestuurd. Op 16 juli 2016 heeft eiser hierop schriftelijk gereageerd. Eiser heeft daarbij te kennen gegeven niet te kunnen instemmen met publicatie van het rapport omdat in het oorzakenrapport ernstige (bestuurders)verwijten worden gemaakt aan het adres van eiser, terwijl volgens eiser die verwijten onterecht zijn, althans de zaken veel genuanceerder liggen zoals opgesomd in zijn reactie op het conceptfeitenrapport van 16 juli 2015.

De curator heeft eiser evenwel meegedeeld over te zullen gaan tot publicatie van het integrale rapport in het faillissementsverslag, waarbij de reacties van eiser op de door de curator genomen conclusies als bijlagen aan het rapport zouden worden gehecht. Om die reden vordert eiser de curator te verbieden het oorzakenonderzoek en de daarbij door curatoren getrokken conclusies te publiceren en hem te verbieden mededelingen te doen over de (vermeende) aansprakelijkheid, totdat in rechte onherroepelijk aansprakelijkheid van eiser wordt vastgesteld.

Die vordering wordt toegewezen. De voorzieningenrechter merkt op dat het oorzakenrapport niet goed leesbaar is door het ontbreken van een chronologische presentatie van de feiten, dat het rapport niet helder is, dat het niet volledig is doordat administraties van buitenlandse concernvennootschappen niet zijn geraadpleegd, en dat de curator zijn conclusies (soms) apodictisch trekt. De voorzieningenrechter is daarom voorshands van mening dat de curator onzorgvuldig en dus onrechtmatig jegens eiser handelt door de wijze waarop hij de feiten presenteert en sommige conclusies heeft getrokken, althans dat hij onrechtmatig dreigt te handelen door publicatie van het rapport. In dat licht weegt het belang van eiser, die vreest dat hij zijn huidige positie als werknemer zal verliezen in het geval het rapport zou worden gepubliceerd, zwaarder.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak: 25-10-2016
ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:5916
Zaaknummer: C/01/312513 / KG ZA 16-537
Rechters: E. Loesberg
Advocaten: D.P. Schalken en J.J.M. Quirijnen
Wetsartikelen: 6:162 BW en 73a Fw

RECHTSPRAAK

De Jong Beheer/Lodder & Co

Er kan niet om het faillissementsrecht heen gecontracteerd worden. De omstandigheid dat de schuldenaar en de Belastingdienst in de door hen gesloten vaststellingsovereenkomst hebben opgenomen dat de vordering van de Belastingdienst op de schuldenaar niet kan dienen als steunvordering, maakt niet dat de aanvrager van het faillissement zich niet op deze schuld kan beroepen ter invulling van het pluraliteitsvereiste.

Lodder & Co heeft het faillissement van De Jong Beheer aangevraagd, stellende dat De Jong verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen nu zij zowel de vordering van Lodder & Co als andere vorderingen onbetaald laat. Zij stelt dat De Jong daarnaast nog andere schuldeisers onbetaald laat, zodat De Jong in een toestand verkeert van hebben opgehouden te betalen.

De Jong betwist dat zij heeft opgehouden te betalen. De Belastingdienst heeft weliswaar een vordering op De Jong, maar met de Belastingdienst is een vaststellingsovereenkomst gesloten waaruit kan worden afgeleid dat zij niet is opgehouden deze schuld te betalen. De vordering van de Belastingdienst is om die reden niet opeisbaar. In deze vaststellingsovereenkomst zou bovendien zijn opgenomen dat de vordering van de Belastingdienst op De Jong niet kan dienen als steunvordering voor een faillissementsaanvraag, zodat niet is voldaan aan het pluraliteitsvereiste.

De rechtbank stelt voorop dat voor faillietverklaring onder meer vereist is dat een schuldenaar meer dan één schuldeiser heeft. Onweersproken is de (opeisbare) vordering van Lodder & Co. Daarnaast staat tussen partijen vast dat de Belastingdienst een vordering heeft op De Jong. De opeisbaarheid daarvan kan in het midden gelaten worden. De omstandigheid dat De Jong en de Belastingdienst in de door hen gesloten vaststellingsovereenkomst hebben opgenomen dat de vordering van de Belastingdienst op De Jong niet kan dienen als steunvordering, maakt niet dat Lodder & Co zich niet op deze schuld aan de Belastingdienst kan beroepen ter invulling van het pluraliteitsvereiste, aldus de rechtbank.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 11-10-2016
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2016:12965
Zaaknummer: C/09/518276 / FT RK 16/1996 en C/09/460 F
Rechters: R. Cats
Advocaten: R. van Biezen en J.A.A. van der Weijst
Wetsartikelen: 1 Fw, 4 lid 3 Fw en 3:13 BW

RECHTSPRAAK

Marenq/X

Bestuurdersaansprakelijkheid jegens schuldeiser groepsmaatschappij wegens verstrekte concerngarantie met daarin opgenomen waarschuwingsverplichting bij betalingsonmacht. Toepassing maatstaf HR Ontvanger/Roelofsen nu bestuurder in de hem bekende precaire financiële situatie van de garant, de wederpartij niet heeft gewaarschuwd voor het niet meer kunnen garanderen van de betaling van verdere leveranties.

DEH is in 2006 opgericht in het kader van een management buy out. Van DEH was vanaf dat moment onder meer BBI voor 45% aandeelhouder. De aandelen van BBI worden gehouden door Beheer B.V., waarvan geïntimeerde enig aandeelhouder en bestuurder is.

Op 6 mei 2011 is namens DEH een concerngarantie verstrekt ten bedrage van maximaal € 150.000 voor bedragen die groepsmaatschappij BTI verschuldigd was en zou worden aan haar leverancier Marenq. Op 10 januari 2012 is door geïntimeerde namens DEH opnieuw een soortgelijke garantstelling verstrekt, ditmaal voor een maximum van € 200.000. In de garantstelling heeft DEH zich ertoe verbonden om bij onmacht Marenq vooraf te informeren en gezamenlijk een oplossing uit te werken.

BTI is op 11 april 2012 failliet verklaard, DEH op 24 april 2012. Ten tijde van de faillietverklaring van DEH bedroeg de schuld van BTI aan Marenq € 133.389,59. Marenq heeft geïntimeerde persoonlijk aansprakelijk gesteld voor de schade als gevolg van het onbetaald blijven van haar vordering op BTI en die zij heeft geleden doordat DEH niet aan haar garantieverplichting kan voldoen.

De grieven van Marenq stellen aan de orde of geïntimeerde als bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar contractuele verplichtingen niet nakomt en hem daar persoonlijk een ernstig verwijt van kan worden gemaakt (HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0759, NJ 2006/659 en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627).

Door Marenq is aangevoerd dat geïntimeerde bewust heeft nagelaten haar tijdig en correct over de betalingsonmacht van DEH te informeren. Hierdoor is Marenq langer voortgegaan met leveranties aan BTI en heeft zij geen maatregelen ter voorkoming van schade kunnen nemen.

Het hof is het met Marenq eens. De door geïntimeerde namens DEH in de garantstelling gedane toezegging bracht mee dat geïntimeerde, op het moment dat niet zonder meer van continuering van het bankkrediet voor DEH mocht worden uitgegaan, Marenq daarvan in kennis had behoren te stellen. Door dat niet te doen en door vervolgens, zonder enige waarschuwing aan Marenq voor de onmacht die er voor DEH dreigde, toe te laten dat BTI goederen zonder directe betaling van Marenq bleef afnemen, heeft geïntimeerde toegelaten dat DEH in strijd met de garantstellingsverplichting van DEH jegens Marenq heeft gehandeld. Het hof is met Marenq van oordeel dat geïntimeerde hiervan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Weliswaar stond het geïntimeerde vrij iedere zijden draad voor het behoud van het concern aan te grijpen, maar gelet op de garantstelling handelde hij onrechtmatig door Marenq, in de hem bekende precaire situatie van DEH, niet van die situatie in kennis te stellen en haar niet te waarschuwen voor het niet meer kunnen garanderen van de betaling voor verdere leveranties. Dit zou anders kunnen zijn indien geïntimeerde op die peildatum een concreet uitzicht zou hebben gehad op herfinanciering.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 04-10-2016
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:4413
Zaaknummer: 200.158.314_01
Rechters: J.A.M. van Schaik-Veltman, D.A.E.M. Hulskes en W.J.J. Beurskens
Advocaten: N. Chr Ellens en G. Hagens
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Verzoekers/Verweerster

Ten onrechte hebben verzoekers aangevoerd dat voor de pluraliteit van schuldeisers niet van belang is of een vordering opeisbaar is. Dat geldt slechts voor de steunvordering. Uit het bestaan van een steunvordering vloeit naar vaste jurisprudentie echter niet automatisch voort dat er ook sprake is van een toestand van hebben opgehouden te betalen.

Verzoeksters hebben het faillissement van verweerster aangevraagd stellende dat verweerster verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen nu zij zowel de vordering van verzoekster als andere vorderingen onbetaald laat.

Verweerster heeft op 25 juni 2015 van verzoekster sub 1 aandelen in het aandelenkapitaal van verzoekster sub 2 gekocht. De aandelenoverdracht is geschied bij notariële akte van 25 juni 2015. Uit dien hoofde stelt verzoekster sub 1 een vordering te hebben op verweerster voor het restant van de koopsom. Verweerster heeft deze vordering betwist, stellende dat de uit de aandelenoverdracht voortvloeiende vordering tot betaling van de koopsom niet opeisbaar is omdat in de notariële leveringsakte geen betalingstermijn is opgenomen. Verzoekster sub 1 heeft hier tegenover gesteld dat voor de pluraliteit van schuldeisers niet van belang is of een vordering opeisbaar is. Zij verwijst daarbij naar het arrest *Berzona* van de Hoge Raad uit 2014.

Verzoekster sub 2 stelt zich op het standpunt een vordering op verweerster te hebben op grond van een eerder gegeven onherroepelijke rechterlijke beschikking. Hiertegen heeft verweerster aangevoerd deze vordering aantoonbaar te hebben betaald, zodat nog slechts een wettelijke handelsrente van om en nabij vijf euro resteert. Verweerster voert aan dat een dermate geringe vordering niet kan dienen als steunvordering, waardoor geen sprake is van pluraliteit. Bovendien is verweerster in staat deze openstaande post direct te voldoen dus is geen sprake van een situatie waarin verweerster is opgehouden te betalen. Subsidiair voert zij nog aan dat zij een verrekenbare tegenvordering zou hebben op verzoekers uit hoofde van een inhoudelijk geschil tussen partijen aangaande de eerder genoemde aandelentransactie.

De rechtbank overweegt dat het volgens vaste jurisprudentie is vereist dat ten minste één

vordering opeisbaar is. In het door verzoekster sub 1 aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 11 juli 2014 (ECLI:NL:HR:2014:1681) is bepaald dat uitgangspunt is dat *een steunvordering niet opeisbaar behoeft te zijn* (r.o. 3.4.2). Daaruit volgt dus, anders dan betoogd door verzoeksters, niet dat voor pluraliteit van schuldeisers niet van belang zou zijn of een vordering opeisbaar is. Verweerster heeft terecht aangevoerd dat in de notariële akte geen betalingstermijn is opgenomen. Ook anderszins blijkt niet van opeisbaarheid.

Voor faillietverklaring is daarnaast vereist dat de schuldenaar meer dan één schuldeiser heeft. Uit het bestaan van een steunvordering vloeit naar vaste jurisprudentie echter niet automatisch voort dat er ook sprake is van een toestand van hebben opgehouden te betalen. Naast de omstandigheid dat verweerster ter zitting aanbood het bedrag gelijk contant af te rekenen, waardoor de steunvordering niet meer zou bestaan, hebben verzoekers ook voorts onvoldoende aangevoerd dat er sprake zou zijn van een toestand als bedoeld in artikel 1 lid 1 Fw.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 02-08-2016
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2016:9356
Zaaknummer: C/09/512853 / FT RK 16/1293
Rechters: C.M. Derijks
Advocaten: E. de Feijter en M. Meinhardt
Wetsartikelen: 1 lid 1 Fw

RECHTSPRAAK

Veluwe Investments/Herstel q.q.

Nu het gehuurde voor de einddatum van de opgezegde huurovereenkomst (art. 39 Fw) niet was ontruimd, heeft de curator onrechtmatig gebruikgemaakt van het pand. De curator is ingevolge het arrest Koot Beheer/Tideman (HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108) dan ook gedurende het voortgezette gebruik in zijn hoedanigheid een gebruiksvergoeding aan de verhuurder verschuldigd. Die vergoeding is gelijk aan de voordien geldende huurprijs (art. 7:225 BW).

Eiseres De Veluwe was eigenaar van een bedrijfsruimte die werd gehuurd door drukkerij Rotatiedruk B.V. Deze vennootschap is op 11 april 2014 failliet verklaard. De curator heeft de huur opgezegd (art. 39 Fw). Door praktische problemen bij het verkopen en weghalen van twee drukpersen is de ontruiming van het pand vertraagd tot na de opzegtermijn van drie maanden.

Tussen De Veluwe en de curator zijn twee geschilpunten ontstaan. Ten eerste is volgens De Veluwe de huur door de boedel stilzwijgend voortgezet na de opzegtermijn zodat er huurpenningen verschuldigd zijn. Ten tweede stelt De Veluwe dat de door haar opgevoerde schadekosten, die zijn ontstaan ten gevolge van het weghalen van de drukpersen, als boedelvordering moeten worden aangemerkt.

De kantonrechter stelt vast dat het pand na het verlopen van de opzegtermijn nog in gebruik was bij de curator. Nu het gehuurde voor de einddatum van de opgezegde huurovereenkomst niet was ontruimd, heeft de curator onrechtmatig gebruikgemaakt van het pand. De curator is ingevolge het arrest Koot Beheer/Tideman (HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108) dan ook gedurende het voortgezette gebruik in zijn hoedanigheid een gebruiksvergoeding aan de verhuurder verschuldigd.

De kantonrechter is verder van oordeel dat de curator het pand gedurende dat voortgezette gebruik onder zich houdt in de zin van artikel 7:225 BW, zodat aan De Veluwe een vergoeding

toekomt die gelijk is aan de voordien geldende huurprijs.

Met het verwijderen van de drukpersen heeft de curator aan zijn ontruimingsverplichting voldaan en heeft hij het (onrechtmatig) gebruik van het pand beëindigd, aldus de kantonrechter. Het pand diende daarna ook niet langer het belang van de boedel, zodat van ongerechtvaardigde verrijking vanaf dat moment geen sprake meer is. Dat betekent dat De Veluwe vanaf dat moment geen aanspraak meer kan maken op een gebruiksvergoeding die als boedelvordering kwalificeert.

Ten aanzien van de door De Veluwe opgevoerde schadeposten overweegt de kantonrechter dat daarvan kan worden gezegd dat ze zijn ontstaan doordat de curator, althans de koper die hij daarmee had belast, bij de ontruiming onvoldoende zorgvuldig heeft gehandeld. Zij kunnen daarom, als de curator niet overgaat tot herstel, een boedelvordering opleveren, ofwel omdat de verhuurder daarvoor zelf extra kosten moet maken ofwel omdat een koper minder voor het pand wil betalen dan zonder die gebreken het geval zou zijn geweest. De kantonrechter schat dit bedrag op de waardevermindering van het pand.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak: 31-05-2016
ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:2549
Zaaknummer: 4159733
Rechters: M.E. van Rossum
Advocaten: J.M. Heikens en L.T.G. Battiato-Derksen
Wetsartikelen: 7:225 BW, 39 Fw en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Spaa q.q./PARO Transport

Verkoop van vrachtwagens aan externe schuldeiser gevolgd door verrekening en wetenschap van benadeling. Aan de vereiste wetenschap van benadeling was volgens de rechtbank niet voldaan, maar volgens het hof wel. Het hof overweegt daarbij dat voor deze wetenschap niet 'nodig was dat wederpartij inzicht had in de financiële positie van de schuldenaar'. Het hof wijst hiermee een principieel arrest inzake de vereiste kennis om wetenschap van benadeling aan te nemen.

De schuldenaar VLVDL, werkzaam op het gebied van inzameling van afval, is op 9 april 2013 failliet verklaard. Op 22 november 2012 had de Ondernemingskamer een onderzoek bevolen naar de gang van zaken, met benoeming van twee nieuwe bestuurders.

Een van de schuldeisers van VLVDL was Paro, die per december 2012 een vordering van € 212.026 had. In januari 2013 verkocht VLVDL twee vrachtwagens en zes containers aan Paro. De koopprijs van de vrachtwagens van € 174.540 werd verrekend met de openstaande facturen. De koopprijs van de containers van € 20.000 werd voor de helft verrekend en voor de helft betaald, welke liquide middelen aangewend werden door VLVDL om een andere schuldeiser te voldoen.

Bijna drie maanden later werd VLVDL failliet verklaard. De curator roept de pauliana in tegen de verkoop gevolgd door verrekening. De rechtbank wijst de vordering af. De rechtbank overweegt dat tussen partijen niet in geschil is dat de verkoop gevolgd door verrekening een onverplichte rechtshandeling anders dan om niet betreft die heeft geleid tot benadeling van de andere schuldeisers van VLVDL. De rechtbank had de vordering afgewezen omdat de vereiste wetenschap van benadeling niet was komen vast te staan. Volgens de rechtbank wist Paro, mede gezien eerder gelegde conservatoire beslagen, weliswaar van de financiële moeilijkheden van VLVDL, maar kon niet gezegd worden dat Paro reeds wist 'dat het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien

waren geweest'. Zie voor deze maatstaf HR 22 december 2009, *NJ* 2010/273 (ABN Amro/Van Dooren q.q. III). Onder meer had Paro in januari 2012 nog niet kunnen voorzien dat de ingezette reddingsoperatie niet meer zou slagen en dat een van de middellijke aandeelhouders van VLVDL eind februari 2012 de onderhandelingen zou afbreken, aldus de rechtbank.

Het hof komt echter tot een andere waardering van de feiten. Daarbij overweegt het hof dat voor wetenschap van benadeling in de zin van artikel 42 Fw niet bepalend is of het faillissement van de schuldenaar onafwendbaar of zeker was ten tijde van de handeling, of dat Paro wist dat VLVDL niet meer te redden was. Evenmin is volgens het hof nodig 'dat degene met wie de schuldenaar de handeling verrichtte inzicht had in de financiële positie van de schuldenaar'. Waar het om gaat, aldus het hof, is of gelet op alle omstandigheden van het geval moet worden aangenomen dat ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie hij de rechtshandeling verrichtte.

Het arrest van het hof is van groot belang omdat het nadere inzichten biedt omtrent de eisen die aan de pauliana gesteld worden als de wederpartij wel weet dat de wederpartij er slecht voor staat, maar niet precies inzicht heeft in de financiële positie van de wederpartij. Banken zullen in de regel in de aanloop naar het faillissement een gedetailleerd inzicht hebben via hun afdeling bijzonder beheer, maar andere niet gerelateerde schuldeisers aanzienlijk minder.

De opmerking van het hof dat niet nodig is dat degene met wie de schuldenaar de handeling verrichtte inzicht had in de financiële positie van de schuldenaar, is mogelijk op het eerste gezicht opmerkelijk. Voor het aannemen van de wetenschap van benadeling is namelijk vereist dat 'het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien waren geweest'. Nu is moeilijk voor te stellen hoe een schuldeiser het faillissement van zijn schuldenaar kan voorzien, zonder enige kennis van diens financiële positie, zij het direct of indirect.

In de onderbouwing van de wetenschap van benadeling komt het hof echter tot het oordeel dat er sprake was van deze wetenschap doordat (1) VLVDL reeds materieel insolvent was, en (2) Paro ook wist of behoorde te weten van de ernstige financiële problemen van VLVDL. De materiële insolventie van VLVDL ten tijde van de gewraakte handeling volgt onder meer uit de beschikking van de Ondernemingskamer waaruit blijkt dat het eigen vermogen reeds negatief was en er verlies werd gemaakt en dat er betalingsachterstanden bestonden, onder meer jegens Paro. De wetenschap van ernstige financiële problemen aan de zijde van Paro vindt het hof vervolgens in de omstandigheid dat Paro diverse pogingen in en buiten rechte had ondernomen om betaling af te dwingen en dat Paro op de hoogte was dat ook andere schuldeisers van VLVDL onbetaald bleven.

Het hof hecht slechts beperkt waarde aan de omstandigheid dat het ten tijde van de gewraakte handeling nog niet zeker was dat het faillissement van VLVDL zou volgen en dat er nog een vooruitzicht was dat de bestuurders mogelijk tot een oplossing zouden komen. Het hof betrekt bij de waardering van de wetenschap van benadeling terecht ook nog de aard van de handeling. De verkoop van de vrachtwagens vond plaats buiten de gebruikelijke bedrijfsvoering van VLVDL. Het ging partijen niet om de verkoop van de vrachtwagens, maar om te zorgen dat Paro voldaan zou worden. Dat op de achtergrond nog gewerkt werd aan een mogelijke oplossing, maakt dit alles niet anders. Waar het volgens het hof om gaat, is dat VLVDL met de verkoop gevolgd door verrekening juist niet heeft willen afwachten of VLVDL er weer 'bovenop zou komen'.

In het licht van het bovenstaande dient de opmerking van het hof dat het niet nodig is dat degene met wie de schuldenaar de handeling verrichtte inzicht had in de financiële positie van de schuldenaar, ook niet begrepen te worden in de zin dat de wederpartij geen enkel besef of inzicht hoeft te hebben hoe zijn wederpartij ervoor staat. De overweging dient slechts zo begrepen te worden dat er ook sprake kan zijn van wetenschap van benadeling zonder specifieke en gedetailleerde kennis van de solvabiliteits- en liquiditeitspositie van de wederpartij. Ook uit andere omstandigheden kan wetenschap van ernstige financiële problemen aan de zijde van de schuldenaar worden afgeleid en kan vervolgens gecombineerd met de aard van de gewraakte handeling, dan wetenschap van benadeling worden aangenomen. Het hof komt hiertoe op grond van de bestaande insolventie van VLVDL, gecombineerd met opgelopen betalingsachterstanden, problematische verhaalsuitoefening en de aard van de transactie waarbij buiten de gebruikelijke bedrijfsuitoefening de activa met hoogste waarde ten goede komen aan een enkele schuldeiser. Deze omstandigheden zijn inderdaad voldoende om wetenschap van benadeling aan te nemen. Een bijkomstigheid daarbij blijkt nog te zijn dat door het samenstel van handelingen de persoonlijke holdingmaatschappij van een bestuurder van VLVDL bevrijd werd uit een hoofdelijke verbondenheid. Een dergelijk eigen belang van de (middellijk) bestuurder of aandeelhouder bij schuldeisersbenadelende rechtshandelingen, fungeert natuurlijk ook als een *red flag* en rechtvaardigt een ruimere interpretatie van het weten en behoren te weten.

De curator had in eerste aanleg primair gevorderd dat Paro veroordeeld zou worden tot betaling van de overeengekomen koopprijs en slechts subsidiair vernietiging van de koopovereenkomst en veroordeling tot betaling aan de curator van de waarde van de overgedragen goederen. De rechtbank had te dien aanzien overwogen dat de primaire vordering sowieso niet voor toewijzing in aanmerking komt. De rechtbank overwoog terecht: 'Met de buitengerechtelijke vernietiging van de koopovereenkomst is, voor zover deze effect sorteert, de grondslag aan het beroep op verrekening van PARO komen te ontvallen. Het

rechtsgevolg van die vernietiging is alsdan evenwel niet, anders dan de curator blijkens zijn brief van 13 mei 2014 meent, dat PARO verplicht is om alsnog de koopprijs te voldoen. Voor zover de actio pauliana van de curator slaagt, zou dat ertoe leiden dat PARO verplicht is tot schadevergoeding, ervan uitgaande dat het, gezien de verkoop aan een derde, niet mogelijk is dat de activa teruggaan naar de boedel (artikel 51 Fw).' Het hof komt uiteindelijk, op basis van een gewijzigde vordering, toch tot het zelfde resultaat als veroordeling tot betaling van de koopprijs. Het hof overweegt namelijk dat nu de vrachtwagens door Paro reeds zijn doorgeleverd, teruggave van de paulianeus overgedragen goederen niet meer mogelijk is en dat Paro daarom gehouden is tot schadevergoeding. Het hof neemt het onweersproken standpunt van de curator dat nu toch weer aangesloten moet worden bij de overeengekomen koopprijs over. Indien de werkelijke waarde van de vrachtwagens aantoonbaar lager was geweest, dan zou echter bij die lagere waarde aansluiting gezocht moeten worden.

R.J. de Weijs, januari 2017

Instantie: Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak: 29-11-2016
ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:3475
Zaaknummer: 200.183.959/01
Rechters: M.C.M. van Dijk, F. Damsteegt-Molier en L. Reurich
Advocaten: W.B. van Rookhuijzen en P.J. Winkel
Wetsartikelen: 42 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid van ontucht plegende schooldirecteur

Schooldirecteur als bestuurder aansprakelijk voor het boedeltekort in faillissement van de door hem opgerichte school. Het plegen van ontucht met een van de leerlingen van de school wordt aangemerkt als onbehoorlijk bestuur.

Een particuliere school voor kinderen die extra zorg nodig hebben, wordt failliet verklaard nadat een van haar bestuurders strafrechtelijk is veroordeeld tot een vrijheidsstraf na het plegen van ontucht met een van de leerlingen. De curator stelt deze bestuurder, wegens kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, aansprakelijkheid voor boedeltekort.

De rechtbank wijst de vordering toe op basis van artikel 2:9 BW. Het plegen van ontucht moet, nu dit handelen niet los kan worden gezien van de functie van de bestuurder, worden aangemerkt als onbehoorlijk bestuur en niet, zoals de bestuurder aanvoert, als louter privéhandelen. De bestuurder was immers schooldirecteur en de centrale leidinggevende binnen de school en is in die hoedanigheid met de minderjarige leerling in contact gekomen. De in de strafzaak aangenomen verminderde toerekeningsvatbaarheid dient in deze civiele procedure zonder gevolg te blijven. De bestuurder is aansprakelijk voor het gehele boedeltekort.

S. van Zwam

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak: 28-12-2016
ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:7243
Zaaknummer: C/01/306703 / HA ZA 16-259
Rechters: R. Kluin
Wetsartikelen: 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Ex-failliet/Voormalig curator

Ex-failliet is gebonden aan een vaststellingsovereenkomst, met daarin een finale kwijtingsclausule, gesloten tussen een opvolgend curator en diens voorganger. De ex-failliet kan de eerst aangestelde curator daarom niet meer aanspreken tot verhaal van schade.

Een opvolgend curator stelt zijn voorganger in privé aansprakelijk voor de schade die hij heeft toegebracht aan de boedel. De opvolgend curator en zijn voorganger sluiten hierop een vaststellingsovereenkomst waarin een kwijtingsclausule is opgenomen. Na beëindiging van het faillissement, door een akkoord, spreekt de ex-failliet de voormalig curator aan ter verhaal van de schade.

De ex-failliet is volgens het hof aan deze vaststellingsovereenkomst gebonden. Het hof stelt voorop dat de curator tijdens het faillissement belast is met het beheer en de vereffening van de failliete boedel en dat hij, als zodanig, bevoegd is vermogensrechten van de gefailleerde uit te oefenen. Hieronder valt het sluiten van een vaststellingsovereenkomst waarin, zo heeft de rechtbank onbestreden geoordeeld, aan de voormalig curator zowel in zijn hoedanigheid van curator als ook in privé finale kwijting is verleend.

De op de schade betrekking hebbende in de vaststellingsovereenkomst vastgelegde rechten en verplichtingen zijn tot het gefailleerde vermogen gaan behoren en zijn in de plaats getreden van de (schade)vorderingen die hun grondslag vinden in het verwijt dat de voormalig curator gemaakt wordt.

S. van Zwam

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 27-12-2016
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:10513
Zaaknummer: 200.149.516/01
Rechters: O.E. Mulder, M.W. Zandbergen en H.E. de Boer

Wetsartikelen: 6:162 BW