

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 21, 2017

Nummer 21, 2017

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:2627](#) 13-10-2017

Curatoren Eurocommerce/Ontvanger

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:2491](#) 26-09-2017

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:4528](#) 17-10-2017

Alimentatie BV

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:8604](#) 03-10-2017

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:4111](#) 26-09-2017

SVGK/X

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:8389](#) 26-09-2017

Kampri Support/Curator R.J.M. Holding B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:8386](#) 26-09-2017

borg/Rabobank

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:3800](#) 19-09-2017

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:8436](#) 19-09-2017

Macos

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:4028](#) 19-09-2017

Borg / bank

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:7537](#) 29-08-2017

Hanos/borg

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:7532](#) 29-08-2017

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:2120](#) 06-06-2017

VHB/Joystar c.s.

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:11701](#) 10-10-2017

Ocean/X

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:7069](#) 27-09-2017

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:7290](#) 20-09-2017

Eiseres B.V./Medewerker advocatenpraktijk

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:10569](#) 07-09-2017

Slagerij/Dutch Meat

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:10785](#) 05-09-2017

Verzoekster/Prestige Zorg B.V.

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:4770](#) 16-08-2017

Ten Have B.V./Huurder

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:7033](#) 04-07-2017

Verzoekers/Mr. De Winkel q.q.

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2017:2489](#) 29-03-2017

Tegelzetbedrijven/Tegelwerken J.J. Lagerweij c.s.

RECHTSPRAAK

Kredietopzegging is niet onrechtmatig. Een daarbij verbeurde boeterente wel, i.v.m gewekte verwachting door financier.

In deze zaak vordert een (voormalig) kredietnemer van Rabobank schadevergoeding omdat kredietnemer stelt dat Rabobank toerekenbaar tekort is geschoten door de kredietrelatie te beëindigen en hierbij een boeterente in rekening te brengen. De vorderingen zijn door de rechtbank in eerste aanleg afgewezen.

Feiten

Kredietnemer stelt dat Rabobank vanaf 2010 tot de opzegging van de kredietrelatie op 1 april 2013 is tekortgeschoten dan wel onrechtmatig heeft gehandeld en dat hierdoor Rabobank haar zorgplicht jegens kredietnemer heeft geschonden. Kredietnemer stelt dat:

Rabobank het krediet niet had mogen opzeggen en geen strengere voorwaarden had mogen stellen aan aanvullend krediet; Rabobank aan kredietnemer had moeten meedelen dat niet aan de verstrekingsvoorwaarden van het krediet was voldaan; Rabobank, door jegens kredietnemer te stellen dat er geen zorgwekkende situatie is ontstaan, vertrouwen heeft gewekt dat de financiering niet zou worden opgezegd; aanvullende financiering van Rabobank alleen mogelijk bleek tegen strengere voorwaarden, terwijl kredietnemer stelt wel te hebben voldaan aan haar verplichtingen aan de kredietovereenkomst; onduidelijkheid is ontstaan over de voorwaarde van een tijdelijke verruiming van een rekening-courantkrediet; zij door het gedrag van Rabobank niet hoefde te twijfelen aan de uitkering van eerder verstrekte kredieten.

Nu Rabobank zich niet aan uitkering van één van de door haar verstrekte kredieten heeft gehouden, is door een domino-effect de financiële situatie van kredietnemer sterk verslechterd. Door dit alles zou kredietnemer schade hebben geleden. De financiering is uiteindelijk overgenomen door herfinanciering; hierbij is een boeterente in rekening gebracht.

Rabobank stelt daartegen dat aan verschillende financieringsvoorwaarden niet is voldaan door

kredietnemer en dat een aantal voorwaarden actief is geschonden, dat kredietnemer verliesgevend bleef en de zekerhedenpositie van Rabobank beperkt was. Om die redenen mocht Rabobank opzeggen. Daarnaast stelt Rabobank dat er een ruime opzegtermijn van 15 maanden is gehanteerd. Rabobank betwist dat zij haar zorgplicht heeft geschonden.

Oordeel

Het hof oordeelt dat van een bijzondere zorgplicht geen sprake is omdat het geen niet-professionele cliënt betreft. Er is wel een algemene zorgplicht in het licht van de maatschappelijke positie van een bank, uitgewerkt in artikel 2 ABV. Uit jurisprudentie volgt dat er niet rechtsgeldig wordt opgezegd indien opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929).

De eerste grief slaagt omdat de opzegging door de rechtbank volledig had moeten worden getoetst en niet terughoudend. Het hof toetst daarom zelf volledig en stelt vast dat aan de overeengekomen verstrekkingsvoorwaarden door de kredietnemer niet volledig is voldaan. Dat deze mogelijk streng waren doet hier niet aan af. Uit de feiten blijkt het hof dat de kredietnemer wist dat zij niet aan de voorwaarden voldeed. Het hof oordeelt daarom dat Rabobank niet in strijd met haar zorgplicht heeft gehandeld. Dat kredietnemer uiteindelijk, zij het te laat, voldeed aan de informatievoorziening maakt dit niet anders.

Het hof is wel van oordeel dat het Rabobank niet past bij de finale afwikkeling van de financiering een boeterente in rekening te brengen, mede gelet op door Rabobank opgestelde financiële overzichten waarbij deze rente niet vermeld wordt.

Het hof doet de zaak zelf af en veroordeelt Rabobank de boeterente terug te betalen. De overige vorderingen van kredietnemer worden afgewezen.

M.A.J. Hartman

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 29-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:7532

Zaaknummer: 200.152.459/01

Rechters: Ch. E. Bethlem, B.J. Engberts en J.G.J. Rinkes

Advocaten: J.A.A. Diederens en K.M. Kole

Wetsartikelen: 6:74 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Curatoren Eurocommerce/Ontvanger

De HR beantwoordt prejudiciële vragen. De fiscus mag een schuld aan de boedel uit teruggave omzetbelasting die verband houdt met door de curatoren verstuurde facturen niet verrekenen tegen prefaillissementsbelastingsschulden van Eurocommerce, nu daarmee niet aan artikel 53 Fw is voldaan en artikel 24 Iw 1990 de verrekeningsbevoegdheid van de fiscus op dit punt niet uitbreidt. Wel mag de fiscus verrekenen tegen schulden aan de boedel wegens teruggave van omzetbelasting voor facturen die reeds voor faillissement verstuurd waren maar pas na faillissement oninbaar bleken. In dat geval is de schuld van de Ontvanger immers wel voortgevloeid uit een reeds voor faillissement bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar (art. 53 Fw).

Eurocommerce Holding B.V., Eurocommerce Recreatie B.V. en Eurocommerce Projectontwikkeling B.V. zijn in 2012 failliet verklaard. Deze vennootschappen maakten deel uit van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting en hebben elk recht op teruggave van omzetbelasting over tijdvakken na de faillissementsdatum ter zake van door de curatoren betaalde rekeningen. De curatoren hebben daarnaast op grond van artikel 29 lid 1 Wet OB teruggaaf verzocht van omzetbelasting wegens de na faillissement gebleken oninbaarheid van reeds voor faillissement verstuurde facturen. De Ontvanger heeft teruggave in beide categoriën geweigerd met een beroep op artikel 24 Iw 1990. Volgens de Ontvanger geeft dat artikel haar het recht te verrekenen tegen de hier openstaande belastingsschulden van voor faillissementsdatum. De rechtbank heeft prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld over de mogelijkheid tot verrekening.

De Hoge Raad antwoordt dat in het eerste geval geen verrekeningsbevoegdheid bestaat voor de Ontvanger. Artikel 53 Fw bepaalt dat schuld en vordering dienen te zijn ontstaan voor faillietverklaring of dienen voort te vloeien uit voor faillietverklaring bestaande

rechtsverhouding met de latere failliet. Nu de schuld van de Ontvanger aan de boedel dateert van na faillietverklaring en ook niet voort is gevloeid uit een reeds voor faillissement bestaande rechtsverhouding tussen Ontvanger en Eurocommerce, is niet aan het vereiste van artikel 53 Fw voldaan. Art. 24 Iw 1990 breidt artikel 53 Fw op dit punt niet uit, nu de daarin opgenomen uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid slechts ziet op de eis van wederkerigheid van schuld en vordering.

In het tweede geval (voor faillissement verstuurd factuur blijkt na faillissement oninbaar), is de schuld van de Ontvanger aan de boedel wel voortgevloeid uit een reeds voor faillissement bestaande rechtsverhouding, de facturen waren immers voor faillissement verstuurd. Aan de vereisten voor verrekening van artikel 53 Fw is dus voldaan. Ingevolge artikel 24 lid 1 Iw 1990 kan daarom ook verrekend worden tegen een vóór de faillietverklaring ontstane vordering op een maatschappij die een fiscale eenheid met de gefailleerde vormde.

A.L. Jonkers, oktober 2017

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 13-10-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:2627

Zaaknummer: 17/01773

Rechters: G. Snijders, T.H. den Tanja-van Broek, E.J. Numann, M.V. Polak en G. de Groot

Advocaten: D.M. de Knijff en J.W.H. van Wijk

Wetsartikelen: 53 Fw en 24 Iw 1990

RECHTSPRAAK

Ocean/X

Verzoek faillietverklaring afgewezen. Vorderingsrecht aanvrager is niet summierlijk gebleken.

Ocean stelt dat X tekort is geschoten in de nakoming van de aannemingsovereenkomst. X heeft deze vordering betwist. Ocean heeft aangegeven dat zij beschikt over meerdere steunvorderingen en vraagt het faillissement van X aan. Op grond van artikel 6 lid 3 Fw dient voor faillietverklaring het vorderingsrecht van de aanvrager summierlijk te blijken. Volgens vaste jurisprudentie geldt dit ook indien er meerdere steunvorderingen zijn. Naar het oordeel van de rechtbank is hier geen sprake van omdat tussen partijen nog in geschil is of sprake is van een tekortkoming in de nakoming van de aannemingsovereenkomst en of Ocean uit dien hoofde een vordering heeft op X.

F. van der Voort

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 10-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2017:11701

Zaaknummer: C/09/539345 / FT RK 17/C1602

Rechters: M.M.F. Holtrop

Advocaten: S.A. Lang

Wetsartikelen: 1 Fw

RECHTSPRAAK

borg/Rabobank

Geen dwaling bij borgstelling, zelfs niet indien de stelling van borg dat Rabobank beloofd had na de borgstelling voor zakelijke schuld ook de privéschulden van de borg te herfinancieren juist zou zijn.

De appellant in deze zaak heeft zich eind 2010 tot 120.000 euro borg gesteld voor een door Rabobank in het kader van een herfinanciering aan Pors Bedrijfsadviseurs BV verleend krediet. De bv is begin 2013 failliet verklaard en Rabobank heeft de borg aangesproken. De borg meent gedwaald te hebben. De onderbouwing van die stelling komt er kort gezegd op neer dat een medewerker van Rabobank hem mondeling beloofd zou hebben dat na ondertekening van het zakelijke krediet met borgtocht Rabobank ook de privéschulden van de borg zou herfinancieren. Dit is echter nooit gebeurd.

De rechtbank heeft het verweer van de borg verworpen en ook het hof doet dat. Het hof overweegt dat, zelfs indien Rabobank beloofd zou hebben de privéschulden te herfinancieren, nog geen sprake kan zijn van dwaling, nu Rabobank onweersproken heeft gesteld dat Rabobank pas begin 2011 besloten heeft geen privéfinanciering te verstrekken omdat de borg de afspraken van het zakelijke krediet niet nakwam. Indien een toezegging zou zijn gedaan en daar later op terug is gekomen door Rabobank, kan slechts sprake zijn van wanprestatie door Rabobank, niet van dwaling bij de borg bij het sluiten van de overeenkomst. Overigens heeft Rabobank ook betwist dat een mondelinge toezegging tot privéfinanciering zou zijn gedaan.

A.L. Jonkers, oktober 2017

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-09-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:8386

Zaaknummer: 200.173.574/01

Rechters: L. Janse, B.J.H. Hofstee en J. Smit

Advocaten: E. Heuzeveldt en M.J.J.M. van Roosmalen

RECHTSPRAAK

Borg / bank

De borg in deze zaak heeft zich tot € 150.000 borg gesteld voor een financiering van meer dan € 10 miljoen aan een internationale groep van vennootschappen die zich bezighield met de fabricage van auto-onderdelen, van welke groep hij samen met een derde indirect bestuurder en aandeelhouder was. De borg komt met het moedige en vindingrijke betoog dat de bank hem niet aan kan spreken omdat de borgtocht slechts diende zodat hij voldoende commitment zou tonen naar de bank toe en dat heeft hij ook gedaan (ook in de ogen van de bank).

De appellant in deze zaak heeft zich tot € 150.000 borg gesteld voor een financiering van meer dan € 10 miljoen aan een internationale groep van vennootschappen die zich bezighield met de fabricage van auto-onderdelen, van welke groep hij samen met een derde indirect bestuurder en aandeelhouder was. De groep is failliet gegaan en de bank heeft de borg aangesproken.

Het enige verweer dat enig doel lijkt te treffen is creatief gevonden van de borg. Volgens de borg heeft de bank bij kredietverstrekking aan de groep gesteld dat de borgstelling enkel bedoel was zodat hij als bestuurder voldoende commitment zou tonen naar de bank, kennelijk vooral met het oog op afwikkeling van de zekerheden richting de bank. Volgens hem heeft de bank daarbij aangegeven de borgtocht niet uit te winnen indien inderdaad voldoende commitment zou zijn getoond. Hij stelt die commitment getoond te hebben en meent dat de bank de borgtocht dan ook niet in mag roepen. De bank heeft gemotiveerd betwist deze toezegging te hebben gedaan. Wel geeft de bank ruiterlijk toe dat in de aanloop naar faillissement inderdaad voldoende commitment is getoond door de borg. Overigens is door de borg ook betoogd dat in een later stadium nog een overeenkomst tussen hem en de bank zou zijn gesloten waaruit tevens blijkt dat de bank niet zou uitwinnen indien hij voldoende commitment zou tonen. De borg krijgt op beide punten een bewijsopdracht.

Het betoog van de borg legt fraai de doelstelling die veelal aan dit soort borgtochten ten grondslag ligt – en de dynamiek die daaruit voortvloeit – bloot. Borgstelling richting de bank door de aandeelhouder/bestuurder van een schuldenaar dient meestal niet zozeer tot verhaal mocht het inderdaad misgaan, maar vooral om te zorgen dat de borg de belangen van de bank hoog op de agenda houdt bij de schuldenaar. Zo kan ook verklaard worden dat voor een krediet van vele miljoenen, zoals in deze zaak, een borgstelling van slechts 150.000 wordt overeengekomen. Aangezien de borg vermoedelijk veel op het spel zal zetten om zijn eigen vermogenspositie veilig te stellen, zal hij, ook bij een brogtocht voor een relatief klein bedrag, zorgen dat de schuldenaar de belangen van de bank dient. Als de bank belt aan de vooravond van faillissement, zal de borg eerder geneigd zijn op te nemen dan wanneer een willekeurige andere schuldeiser belt. Het gedrag van de schuldenaar richting de bank aan de vooravond van faillissement wordt daarmee wel enigszins verdacht, wat onvoldoende erkend wordt naar Nederlands recht, maar dat terzijde. Hier gaat het slechts over de vraag of een dergelijke borgstelling, die evident voornamelijk dient om de bank controle te verschaffen over het beleid bij de schuldenaar, wel uitgewonnen kan worden indien de borg alles gedaan heeft wat de bank van hem vroeg. Een interessante vraag in het kader van het te leveren bewijs in deze zaak wordt dan of de borg dit voldoende aan kan tonen door te wijzen op omstandigheid dat dit soort borgtochten in de regel voornamelijk een dergelijk controlerend doel dient.

A.L. Jonkers, oktober 2017

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-09-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:4028

Zaaknummer: 200.177.799_01

Rechters: J.M. Brandenburg, W.J.J. Beurskens en J. Hallebeek

Advocaten: A.P.C. Houben en B.W.J.M. van de Roy Zuidewijn

RECHTSPRAAK

Hanos/borg

Borgstelling voor verplichtingen uit exclusieve afnameovereenkomst en kredietovereenkomst met Hanos door indirect bestuurder en aandeelhouder is een borgstelling ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening.

Hanos heeft € 15.000 krediet verstrekt aan de inmiddels failliet verklaarde horecaonderneming Vicali B.V., waarvoor de indirecte aandeelhouder en bestuurder persoonlijk borg staat. Tegelijkertijd hebben Vicali en twee andere vennootschappen van de borg een exclusiviteitsovereenkomst met Hanos gesloten, waarin ze zich verbinden zich slechts door Hanos te laten bevoorraden. Tevens is bepaald dat Vicali minimaal € 50.000 per jaar afneemt en de twee andere vennootschappen gezamenlijk minimaal € 75.000 per jaar. Ook voor de verplichtingen uit deze overeenkomsten staat de indirect aandeelhouder en bestuurder borg. Vicali is failliet verklaard en de borg is aangesproken.

In deze samenvattingen wordt slechts op de kwalificatie van de borgtocht ingegaan. Niet op de andere spelende vragen, waaronder de vraag met betrekking tot mededingingsrecht en de vraag hoe groot de schade is door tekortschieten in de afnameverplichtingen.

De belangrijkste vraag ten aanzien van de borgtocht is of de borgtocht is aangegaan ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschappen, in welk geval de borgtocht een zakelijke en geen particuliere borgtocht in de zin van artikel 7:857 BW zou betreffen. De rechtbank oordeelde dat sprake is van particuliere borgtocht. Het hof oordeelt van niet. Het hof overweegt daartoe onder andere dat er goede vooruitzichten waren, dat de borg al in 2005 ook op deze wijze zaken met Hanos had gedaan welke overeenkomst destijds zonder problemen is afgewikkeld, dat de afnameovereenkomst zeer gebruikelijk is in de branche, en dat de overeenkomsten binnen de bedrijfsuitoefening van de vennootschappen pasten.

Daarmee komt het hof wat makkelijk tot de conclusie dat hier geen sprake is van particuliere borgtocht, hoewel uiteraard niet goed te achterhalen is of de borg wel voldoende heeft gesteld (of kon stellen). Zo kan het aangaan van een financieringsovereenkomst met een leverancier

in plaats van met een bank wellicht aanwijzing zijn dat de financiering zeer riskant was. Ook zijn stevige afnameverplichtingen aangegaan en is niet geheel duidelijk of dat wel verantwoord was. Als de financiering een riskant karakter draagt, dient in het licht van de rechtspraak van de Hoge Raad al snel geoordeeld te worden dat geen sprake is van financiering ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening. Voorts dient, hoewel daar nog geen duidelijke uitspraak van de Hoge Raad over is, mijns inziens nagegaan te worden hoe gebruikelijk het is dit soort overeenkomsten dag in dag uit aan te gaan. Bij eenmalige overeenkomsten waarbij grote of ongewone verplichtingen worden aangegaan, dient naar mijn oordeel eerder sprake te zijn van bescherming van de borg (en zijn/haar echtgenoot). Alleen bij die overeenkomsten waarbij het bezwaarlijk is steeds tegen de formaliteiten en beperkingen van particuliere borgtocht aan te lopen, zoals overeenkomsten betreffende kleine schulden die vaak worden aangegaan, kan daadwerkelijk van borgtocht ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening worden gesproken. En hoe gebruikelijk is het om borg te staan voor afnameverplichtingen? Niet duidelijk is dat Hanos iets tegenover het borgstaan voor de afnameverplichting heeft gesteld, behalve wellicht de (in een andere overeenkomst opgenomen) financiering voor een veel lager bedrag. Als een persoon zich borgstelt voor een verplichting terwijl de wederpartij niet daadwerkelijk krediet verschaft, kan in het licht van de rechtspraak van de Hoge Raad eerder gesproken worden van een borgstelling die niet ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening is aangegaan. Het hof lijkt zich daar geen rekenschap van te geven, maar wellicht is ook te weinig gesteld.

A.L. Jonkers, oktober 2017

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 29-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:7537

Zaaknummer: 200.170.153

Rechters: H.L. Wattel, L.F. Wiggers-Rust en D. Stoutjesdijk

Advocaten: M.A.F. Evers en B.P.J.M.L. Vliexs

RECHTSPRAAK

Alimentatie BV

Betaling van alimentatie door BV van bestuurder aan gewezen echtgenote. Betaling door BV vormt geen doeloverschrijding. Betaling door BV is wel onverplichte rechtshandeling om niet. Vrouw is echter te goeder trouw en niet gebaat in de zin van artikel 42 lid 3 Fw. Vordering afgewezen.

Man en vrouw zijn op 8 september 2010 gescheiden. De man heeft zowel in aanloop naar als na de echtscheiding betalingen aan de vrouw verricht vanuit de vennootschap i.o. en later de BV waar hij DGA van was. De vennootschap is op 10 november 2010 opgericht en op 15 februari 2011 al weer failliet verklaard. De vraag komt op welke rechtsfiguren hier ingezet kunnen worden in het faillissement van de BV.

In eerste aanleg had de curator de betalingen vanuit zowel de BV i.o. als de BV bestreden op grond van onverschuldigde betaling en onrechtmatige daad. De rechtbank had deze vorderingen afgewezen. In hoger beroep voert de curator nog additionele gronden aan, zodat de betalingen bestreden worden op grond van onverschuldigde betaling, doeloverschrijding, onrechtmatige daad, ongerechtvaardigde verrijking en de pauliana.

Ten aanzien van de betalingen verricht vanaf de rekening ten name van de BV i.o. overweegt het hof dat dit betalingen zijn geweest door de man zelf en niet door de BV, ook reeds omdat de betalingen nooit zijn bekrachtigd. De volgende gronden zien enkel op de betalingen verricht door de BV na te zijn opgericht.

Ten aanzien van de onverschuldigde betaling oordeelt het hof dat de betaling niet onverschuldigd is verricht omdat hier de BV als derde in de zin van artikel 6:30 BW heeft betaald. Ten aanzien van de doeloverschrijding overweegt het hof zeer ruimhartig het volgende: *“De rechtspersoon kan, in het algemeen gesproken, ten behoeve van de bestuurder privébetalingen doen, op voorwaarde dat die betalingen als zodanig worden verantwoord in de boeken van de rechtspersoon en, in voorkomend geval, worden verwerkt in de rekening courant-verhouding tussen de rechtspersoon en de bestuurder. Zodanige betalingen houden verband met de*

financiële relatie tussen de bestuurder en de rechtspersoon en staan los van het doel van de vennootschap.” Hiermee staat het hof toe dat DGA's hun BV als een soort van pin-BV gebruiken, mits de bedragen maar verantwoord worden. Omdat de vrouw de betalingen door de BV als het nakomen van een verbintenis van haar ex-man mocht opvatten, is er volgens het hof ook geen sprake van onrechtmatig handelen. Ook de vordering wegens ongerechtvaardigde verrijking wordt afgewezen, reeds omdat de verrijking haar grondslag vindt in een rechtshandeling tussen de man en de vrouw, aldus het hof.

De curator lijkt even meer succes te hebben met haar beroep op de pauliana. De betalingen vormen volgens het hof een onverplichte rechtshandeling om niet en zijn verricht binnen een jaar voor het faillissement. De pauliana bij rechtshandelingen om niet vergt slechts wetenschap aan de zijde van de schuldenaar (hier de BV), welke wetenschap ex artikel 45 Fw ook nog eens vermoed wordt. Het hof komt tot de conclusie dat de curator in beginsel terecht een beroep op de pauliana heeft gedaan.

De vrouw verweert zich echter met succes met een beroep op artikel 42 lid 3 Fw. Dit artikel biedt bescherming aan verkrijgers te goeder trouw bij rechtshandelingen om niet, voor zover zij ten tijde van de faillietverklaring niet gebaat zijn. Het hof oordeelt dat aannemelijk is dat de vrouw de bedragen reeds verteerd had. Onder (uitvoerige) aanvulling van gronden bekrachtigt het hof het eerder reeds afwijzende vonnis van de rechtbank.

Rolef de Weijs, oktober 2017

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 17-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:4528

Zaaknummer: 200.176.251_01

Rechters: H.A.G. Fikkers, O.G.H. Milar en W.J.J. Beurskens

Advocaten: T.H. Haster en G.A.P. Avontuur

Wetsartikelen: 2:7 BW en 42 Fw

RECHTSPRAAK

Strafrecht. Het op krediet bestellen van elektronica in aanloop naar het faillissement van de rechtspersoon, terwijl niet bekend is wat er met die goederen is gebeurd en geen voorraadbeheer in de administratie is opgenomen, betekent dat verdachte als bestuurder willens en wetens op de koop toe heeft genomen dat de schuldeisers zouden worden benadeeld. Daaraan doet niet af dat verdachte slechts twee maanden bestuurder was.

Het gaat in deze strafrechtzaak om de volgende vaststaande feiten. Verdachte is van 2 mei 2012 tot en met 10 juli 2012 bestuurder en enig aandeelhouder geweest van Bedrijf, welke rechtspersoon op 20 november 2012 failliet is verklaard. In die tijd is voor meer dan 70.000 euro aan telefoons en andere elektronica door Bedrijf op krediet besteld. Na het faillissement bleken de bestelde goederen niet meer bij Bedrijf aanwezig. Wat er met de goederen is gebeurd, is onbekend. Verdachte zegt dat hij ze heeft afgegeven aan een onbekende. Daarnaast staat vast dat er geen mogelijkheid was om de openstaande rekeningen te betalen, noch door verdachte zelf noch door de vennootschap.

Aldus heeft verdachte zich naar het oordeel van de rechtbank schuldig gemaakt aan faillissementsfraude (art. 343 (oud) Sr). Door in deze situatie voor meer dan 70.000 euro aan goederen op krediet te bestellen en geleverd te krijgen, had verdachte zonder meer moeten weten dat er een vrijwel niet af te wenden risico bestond dat de goederen nooit betaald konden worden en daarom het faillissement van Bedrijf onafwendbaar zou zijn. Het lag op de weg van verdachte als bestuurder om in elk geval ervoor te zorgen dat duidelijk was waar de vermogensbestanddelen van Bedrijf zich bevonden. In plaats daarvan heeft verdachte de goederen uit het zicht van de vennootschap gebracht door deze mee te geven aan iemand wiens adres hij niet kende. Daarmee heeft verdachte willens en wetens op de koop toe genomen dat de schuldeisers zouden worden benadeeld.

Naar de rechtbank oordeelt heeft verdachte daarnaast onvoldoende een administratie gevoerd waaruit de rechten en plichten van de vennootschap gekend kunnen worden (art. 2:10 lid 1 BW en 3:15j lid 1 BW) en de administratie mitsdien niet te voorschijn kunnen brengen (art. 105

Fw), met als belangrijkste gevolg dat niet meer te achterhalen is waar de bestelde goederen zijn gebleven. Het belangrijkste gedeelte van de administratie dat ontbreekt, heeft betrekking op voorraadbeheer. Uit de gevoerde administratie blijkt niet hoeveel voorraad is geleverd, waar en door wie die werd beheerd en hoeveel van de voorraad is uitgeleverd en hoeveel nog beschikbaar is. Daardoor is het voor de schuldeisers onmogelijk om de openstaande rekeningen voldaan te krijgen, bijvoorbeeld door beslaglegging. Dat betekent dat verdachte met zijn handelen de schuldeisers van Bedrijf dan ook ernstig heeft benadeeld, aldus de rechtbank. Ook dit feit levert faillissementsfraude op.

De rechtbank acht een voorwaardelijke gevangenisstraf van twee maanden en een onvoorwaardelijke taakstraf van 180 uren passend en geboden. Dit gezien het grote tijdsverloop.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 27-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:7069

Zaaknummer: 13/845056-13

Rechters: D.J. Cohen Tervaert, A. Eichperger en M.M. Helmers

Advocaten: R.F. Ronday

Wetsartikelen: 343 (oud) Sr, 2:10 BW, 3:15i BW en 105 Fw

RECHTSPRAAK

Kampri Support/Curator R.J.M. Holding B.V.

Het trachten te creëren van een verrekeningsmogelijkheid door de huurder van een bedrijfspand jegens de curator als verhuurder, faalt in twee instanties wegens onvoldoende onderbouwing van de beweerdelijke stormschade. Evenmin is de gepretendeerde vordering op eenvoudige wijze, zoals bedoeld in artikel 6:136 BW, vast te stellen.

In 2011 zijn onderdelen van de Kampri groep, als ook RJM Holding B.V., failliet verklaard met aanstelling van geïntimeerde als curator. RJM Holding was eigenaresse van een bedrijfspand, dat door de curator bij overeenkomst van 10 maart 2011 in gebruik is gegeven aan appellante Kampri Support B.V. Enige tijd later is de curator met appellante ten aanzien van het bedrijfspand een gebruiksvergoeding van € 8.369 per maand overeengekomen. Appellante heeft nadien een gedeelte van het bedrijfspand in ondergebruik gegeven, maar betaalde elke maand de gebruiksvergoeding aan de curator.

De kantonrechter heeft in eerste aanleg, op vordering van de curator, appellante Kampri Support in conventie veroordeeld tot nabetaling van een achterstand in de gebruiksvergoeding voor het bedrijfspand van RJM. De voorwaardelijke vorderingen van Kampri Support in reconventie zijn daarbij afgewezen. Die waren erop gericht jegens de curator een verrekeningsmogelijkheid te creëren ten opzichte van haar veroordeling in conventie. In dit hoger beroep is de vraag aan de orde of die vordering kan slagen. Ter onderbouwing heeft Kampri Support aangevoerd dat zij als gebruiker van het bedrijfspand stormschade heeft geleden.

Het hof stelt echter met de curator vast dat Kampri Support op geen enkele wijze heeft onderbouwd dat er stormschade is ontstaan aan het pand. Zij heeft bijvoorbeeld niet aangegeven wanneer die schade is ontstaan, zij heeft geen foto's van de schade overgelegd, en zij heeft geen melding gemaakt van de schade bij de curator. Niet alleen heeft zij aldus niet haar stelling onderbouwd dat er sprake was van stormschade, zij heeft in het geheel niet onderbouwd dat er sprake was van concrete schade aan dak, voordeur en ketel.

Verder heeft appellante, zo er al stormschade zou zijn geweest, niet voldoende onderbouwd dat zij de kosten van herstel van het dak, de voordeur en de verwarmingsketel direct of indirect heeft betaald. Daar komt bij dat de in het geding gebrachte facturen niet aan appellante zijn gericht. Derhalve staat naar 's hofs oordeel geenszins vast dat Kampri Support een vordering heeft op de curator en is deze vordering ook niet op eenvoudige wijze, zoals bedoeld in artikel 6:136 BW, vast te stellen. Voor verrekening van de vordering van Kampri Support met de vordering van de curator is dan ook geen plaats.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-09-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:8389

Zaaknummer: 200.183.333/01

Rechters: B.J.H. Hofstee, J. Smit en I. Tubben

Advocaten: M.A. Vles en T.H.I.M. Pierik

Wetsartikelen: 25 Fw en 6:136 BW

RECHTSPRAAK

SVGK/X

Interne noch externe bestuurdersaansprakelijkheid. Voormalige bestuurders van een ontbonden stichting hebben in privé vorderingen ingesteld tegen een medebestuurder in verband met de terugvordering van in het verleden verstrekte subsidies door het ministerie van OCW. Appellanten zijn in deze zaak de verkeerde procespartij nu hun vordering mede steunt op artikel 2:9 BW. De stelling van appellanten dat de terugvordering van de subsidie leidt tot hun persoonlijke aansprakelijkheid jegens OCW is te speculatief om die vordering te dragen.

Geïntimeerde was van 1980 tot 2012 hoofdredacteur van de Gay Krant, dat werd uitgegeven door BPG, waarvan geïntimeerde directeur en enig aandeelhouder was. In 1983 heeft geïntimeerde de Stichting Vrienden van de Gay Krant (SVGK) opgericht waarvan hij lange tijd voorzitter was.

In juli 2008 heeft het ministerie van OCW op aanvraag van geïntimeerde subsidie toegekend aan SVGK voor een door SVGK te ontwikkelen digitale ontmoetingsplaats voor jongeren. Ter uitvoering van dit project is een website opgezet.

Per 1 januari 2011 zijn appellant 2 en 3 tot het bestuur van SVGK toegetreden. Tezelfdertijd heeft SVGK voornoemd project uitgebreid. Geïntimeerde heeft hiervoor aanvullende subsidie aangevraagd en verkregen. Vervolgens is op 5 december 2012 het subsidiebedrag op aanvraag en vergezeld van een accountantsverklaring definitief vastgesteld op € 206.833 voor de periode 2008-2012.

Het ontvangen subsidiegeld heeft SVGK doorbetaald aan BPG, die de verschillende projectonderdelen feitelijk uitvoerde. In aanloop naar 2013 zijn echter financiële problemen bij BPG ontstaan, die geïntimeerde heeft gemeld en die zijn besproken in een bestuursvergadering van SVGK. Daags hierna is geïntimeerde afgetreden als voorzitter van SVGK. BPG is op 12 maart 2013 failliet verklaard.

Dit alles heeft ertoe geleid dat namens SGVK een subsidiestop is verzocht vanwege het voornemen om SVGK op te heffen. Nadat in augustus 2013 appellant 1 als nieuwe voorzitter is aangetreden is op 3 februari 2014 besloten over te gaan tot liquidatie van SVGK.

In mei 2014 heeft 's Rijks Auditdienst een review uitgevoerd bij de accountant van SVGK. Die heeft zijn verklaring van 5 december 2012 naar aanleiding daarvan ingetrokken. Op 18 juli 2014 is de subsidie door de Minister herzien. Het reeds betaalde subsidiebedrag van in totaal € 206.833 is naar aanleiding daarvan van SVGK teruggevorderd.

Appellanten hebben gevorderd geïntimeerde te veroordelen tot vergoeding van de schade die zij wegens het handelen van geïntimeerde als voorzitter van SVGK lijden. Aan hun vordering hebben appellanten ten grondslag gelegd dat geïntimeerde zijn bestuurstaak niet behoorlijk heeft vervuld (art. 2:9 BW) en dat hij tevens onrechtmatig heeft gehandeld jegens SVGK en jegens hen. Zij hebben aangevoerd dat aan geïntimeerde een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt omdat hij statutaire bepalingen niet heeft nageleefd, geen deugdelijke administratie voor SVGK heeft gevoerd waaruit zou kunnen blijken dat de subsidiegelden juist zijn besteed, aan SVGK toegekende subsidiegelden heeft aangewend voor privédoeleinden en voor andere rechtspersonen waarin hij belangen had, zoals BPG en de politieke partij 50PLUS.

Het hof wijst de primaire vordering af nu artikel 2:9 BW ziet op een interne aansprakelijkheid en appellanten in deze zaak als procespartij gelden en niet SVGK. Dat SVGK is ontbonden, maakt dit niet anders. Voor SVGK geldt hier artikel 2:19 lid 5 BW.

De vordering uit onrechtmatige daad wegens een ernstig persoonlijk verwijt slaagt evenmin. Deze is door appellanten gebaseerd op de niet aannemelijk geachte stelling dat de terugvordering van de subsidie ertoe zou kunnen leiden dat appellanten in privé door OCW aansprakelijk worden gesteld.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 26-09-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:4111

Zaaknummer: 200.177.934_01

Rechters: P.M. Arnoldus-Smit, J.I.M.W. Bartelds en G.A.J. Boekraad

Advocaten: O. Hammerstein en P.C. Schouten

Wetsartikelen: 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Eiseres B.V./Medewerker advocatenpraktijk

De tegen de veroordeling tot betaling gerichte verweren van de gefailleerde falen. Met name was het zijn verantwoordelijkheid als pandhouder om verjaring van een stil verpande vordering te stuiten, welke verantwoordelijkheid bij faillissement overging op de curator.

De besloten vennootschap Eiseres drijft een advocatenkantoor. Een van haar medewerkers heeft als advocaat gedurende de periode van 7 augustus 2006 tot en met 10 januari 2013 in opdracht en voor rekening van gedaagde, natuurlijk persoon, juridische werkzaamheden verricht. Eiseres heeft hiervoor aan gedaagde facturen verstuurd voor een totaalbedrag van € 24.592,41.

Tot meerdere zekerheid voor de nakoming van zijn verplichtingen uit de overeenkomst tot opdracht heeft gedaagde op 12 oktober 2005 vijf vorderingen aan Eiseres in pand gegeven. Daarop volgend heeft gedaagde op 3 maart 2008 een pandrecht op al zijn bestaande en toekomstige vorderingen op een vaste klant verleend.

Over de beweerdelijke verpanding van de vordering van gedaagde op een van diens vaste klant hebben Eiseres en die partij in het voorjaar van 2008 gecorrespondeerd. Enige tijd later is gedaagde op 17 september 2008 persoonlijk failliet verklaard. Eiseres heeft haar vorderingen daarop in het faillissement van gedaagde ingediend. Het faillissement is op 12 november 2013 opgeheven wegens gebrek aan baten (art. 16 Fw).

Aan de orde is aldus de vraag of gedaagde in privé gehouden is de door Eiseres ingediende declaraties te voldoen. De eerste kwestie die daarbij aan de orde komt is het verjaringsberoep van gedaagde (art. 3:307 BW). Dat beroep strand naar het oordeel van de rechtbank op grond van art. 36 Fw en succesvolle stuiting door indiening van de vordering van Eiseres in het faillissement (art. 3:317 lid 1 en 3:318 BW).

Het beroep van gedaagde dat hij heeft aangegeven ontevreden te zijn over de werkzaamheden van Eiseres levert naar de rechtbank vaststelt weliswaar een tijdige klacht (art. 6:89 BW) op, maar dat enkele feit leidt er naar het oordeel van de rechtbank nog niet toe dat Eiseres haar

declaratie diende aan te passen.

Evenmin succesvol is de stelling van gedaagde dat Eiseres heeft nagelaten te voorkomen dat de vordering van gedaagde die hij aan Eiseres heeft verpand, is verjaard. De rechtbank oordeelt dat, nu het hier ging om een stil pandrecht, het aan gedaagde als pandgever was om de verjaring te stuiten (art. 3:246 lid 3 BW). Deze verantwoordelijkheid ging na faillissement over op de curator.

Wel wordt door de rechtbank afgewezen dat deel van de vordering van Eiseres dat na het faillissement van gedaagde had kunnen worden voldaan op toevoeging door Eiseres. Eiseres heeft gedaagde over deze mogelijkheid niet geïnformeerd, zodat dit deel van de vordering moet worden afgewezen.

Met de klacht dat een vordering die gedaagde in pand heeft gegeven weinig kansrijk is, zodat de daarvoor door Eiseres verrichte werkzaamheden niet gedeclareerd kunnen worden, is gedaagde naar het oordeel van de rechtbank tardief (art. 6:89 BW).

Dit een en ander leidt ertoe dat gedaagde wordt veroordeeld tot betaling.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 20-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2017:7290

Zaaknummer: Zaaknummer

Rechters: P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten

Advocaten: C.L. Berkel

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Macos

De curator stelt bestuurder aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW. De bestuurder wil op grond van artikel 21 en 22 Rv, artikel 843a Rv en de Faillissementswet inzage in brieven van de curator aan de R-C. Rechtbank en hof wijzen het verzoek af.

De curator van vier vennootschappen heeft de bestuurder aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 BW. In de procedure stelt de bestuurder een incidentele vordering in tegen de curator tot het verlenen van inzage en afgifte van bescheiden. De bestuurder wil inzage in alle bescheiden met betrekking tot de door de curator ingediende aanvraag garantstellingsregeling curatoren en met name de brieven waarin de curator toestemming aan de R-C vraagt evenals alle correspondentie tussen de curator en de Belastingdienst die ziet op het handelen van de bestuurder.

De bestuurder baseert zijn vordering op artikel 21 en 22 Rv, op artikel 843a Rv en de Faillissementswet. Ten aanzien van drie gronden overweegt het hof dat het doel is de rechter in staat te stellen op basis van alle feiten te oordelen. De eigen sterkte-zwakteanalyses van de curator en strategische afwegingen vormen echter geen feiten op basis waarvan beslist dient te worden. De curator heeft er voorts belang bij dat hij zich in vrijheid tot de R-C kan wenden.

Rolef de Weijs, oktober 2017

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-09-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:8436

Zaaknummer: 200.197.585/01

Rechters: M.M.A. Wind, F.M.J. Verstijlen en W.P.M. ter Berg

Advocaten: J.A. Zee en M. Davelaar

Wetsartikelen: 21 Rv en 843a Rv

RECHTSPRAAK

Tegelzetbedrijven/Tegelwerken J.J. Lagerweij c.s.

Geen bestuurdersaansprakelijkheid. Uit de eigen faillissementsaanvraag blijkt weliswaar dat het de bestuurder in elk geval kort voor de aanvraag duidelijk was (en moest zijn) dat de gefailleerde niet meer aan haar verplichtingen zou voldoen. Dat hij vanaf dat moment nog heeft bewerkstelligd of toegestaan dat er nieuwe opdrachten werden verstrekt blijkt echter niet uit de overgelegde stukken.

Eisers, beiden natuurlijk persoon, hebben als zelfstandige tegelzetters tussen eind 2010 en medio 2011 werkzaamheden verricht in opdracht van medegedaagde Tegelwerken HG Lagerweij B.V. HG Lagerweij is op 26 juli 2011 gefailleerd.

Bestuurder van HG Lagerweij was tot aan haar faillissement J.J. Lagerweij Holding B.V. Gedaagde, natuurlijk persoon, is sinds de oprichting in 2007 enig aandeelhouder en bestuurder van deze holding. De vader van gedaagde heeft enige tijd voor HG Lagerweij gewerkt.

HG Lagerweij is op eigen aanvraag van gedaagde failliet verklaard. Blijkens de faillissementsverslagen heeft gedaagde conjuncturele omstandigheden aangevoerd als belangrijkste oorzaken van het faillissement. Nader onderzoek van de curator heeft geen andere oorzaak van het faillissement aan het licht gebracht.

Eisers hebben gedaagde aangesproken als (indirect) bestuurder op grond van artikel 6:162 BW. Naar eisers stellen is gedaagde persoonlijk aansprakelijk voor de schade die zij hebben geleden als gevolg van het onbetaald laten door HG Lagerweij van hun facturen met een totaalbedrag van € 52.632,48. Naar eisers stellen valt gedaagde er een ernstig verwijt van te maken dat hij, in strijd met de zorgvuldigheid die hij conform maatschappelijke verkeersnormen jegens eisers in acht had moeten nemen, zijn vader namens gefailleerde opdrachten heeft laten verstrekken en aan eisers heeft laten zeggen dat er betaald zou gaan worden, terwijl hij wist dan wel redelijkerwijs moest weten dat gefailleerde de daaruit

voortvloeiende verplichtingen niet zou kunnen nakomen gelet op de slechte financiële situatie waarin zij verkeerde. Ook hebben zij betoogd dat sprake is van vereenzelviging, doordat de holding een voortzetting is van de failliet.

Primair heeft gedaagde zich verweerd met het betoog dat de enkele door eisers gestelde feiten, te weten dat HG Lagerweij financieel in zwaar weer verkeerde, het haar aan een bepaalde liquiditeitspositie ontbrak, er sprake was van een klein eigen vermogen of een groot aantal crediteuren, op zichzelf niet tot bestuurdersaansprakelijkheid kunnen leiden. Daarnaast heeft gedaagde, zodra duidelijk werd dat de financiële positie van gefailleerde niet zou verbeteren, het faillissement van HG Lagerweij aangevraagd.

De rechtbank overweegt hieromtrent dat vaststaat dat het met gefailleerde financieel steeds slechter ging en dat uit de faillissementsaanvraag volgt dat het gedaagde in elk geval kort voor de aanvraag duidelijk was (en moest zijn) dat gefailleerde niet meer aan haar verplichtingen zou voldoen. Dat hij vanaf dat moment nog heeft bewerkstelligd of toegestaan dat er nieuwe opdrachten werden verstrekt, blijkt echter niet uit de overgelegde stukken. Evenmin blijkt daaruit van vereenzelviging, zodat de vorderingen van eisers falen.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 29-03-2017

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2017:2489

Zaaknummer: C/15/243294 / HA ZA 16-312

Rechters: R.P. Boon

Advocaten: H.E.M. Molenaar en R.H.W. van Ewijk

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Geen bestuurdersaansprakelijkheid; onvoldoende ernstig persoonlijk verwijt nu niet is gebleken van concrete feiten of omstandigheden waaruit dit zou kunnen voortvloeien.

Appellant is vermogensbeheerder en was bestuurder van Mondiaen N.V. Geïntimeerde heeft in 2002 het ten behoeve van zijn pensioen opgebouwde vermogen aan Mondiaen N.V. overgedragen. Na het faillissement van Mondiaen N.V. heeft geïntimeerde appellant persoonlijk aansprakelijk gesteld voor de door hem geleden schade.

De rechtbank heeft de vorderingen van geïntimeerde toegewezen. Zij deed dit op grond van het feit dat appellant redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de door Mondiaen N.V. aan derden verstrekte geldleningen niet zouden worden terugbetaald en dat Mondiaen N.V. daarvoor ook geen verhaal zou kunnen bieden. Het hof is het hier echter niet mee eens. De jaarcijfers van Mondiaen N.V. waren immers positief op het moment dat de geldleningen werden aangegaan en geïntimeerde heeft geen concrete feiten of omstandigheden aangevoerd waaruit kan volgen dat appellant ter zake van zijn handelen als bestuurder persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. De stelling dat appellant ten onrechte geen voorzieningen heeft getroffen ten aanzien van de aan geïntimeerde verschuldigde bedragen wordt door het hof niet in behandeling genomen, nu dit pas voor het eerst bij pleidooi is aangevoerd.

T.M.M. Schaap, oktober 2017

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-09-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:3800

Zaaknummer: 200.194.127/01

Rechters: A.W.H. Vink, M.P. van Achterberg en S.B. van Baalen

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en P.W.M. Huisman

Wetsartikelen: 6:162 BW en 36 InvW

RECHTSPRAAK

Koopsom motorjacht wordt door onderneming die heeft bemiddeld niet doorbetaald aan verkoper. Betalingsverplichting jegens verkoper ontstond pas bij levering aan koper. Onderneming gaan failliet. Financiële onmacht was niet te voorzien en bestuurder is niet aansprakelijk voor schade verkoper.

Pedro Boat Occasions B.V. heeft bemiddeld bij de verkoop van een motorjacht. Pedro Boat en verkoper (appellant) komen overeen dat zodra het jacht is geleverd aan de koper, verkoper van Pedro Boat de koopsom zal ontvangen. De koper gaat over tot betaling van de koopsom aan Pedro Boat. Voordat de koopsom aan de verkoper wordt betaald, gaat Pedro Boat failliet. Verkoper stelt de (indirect) bestuurder van Pedro Boat (geïntimeerde) persoonlijk aansprakelijk omdat deze onrechtmatig zou hebben gehandeld nu de koopsom niet aan verkoper is (door)betaald. De rechtbank wijst de vordering af: volgens haar oordeel was er op het moment dat de betalingsverplichting aan verkoper ontstond, aan de zijde van Pedro Boat geen financiële ruimte om die betaling te verrichten.

Het hof neemt de geldende rechtspraak voor een persoonlijk ernstig verwijt aan een bestuurder als uitgangspunt (waaronder HR Ontvanger/Roelofsen en HR Beklamel). De bestuurder moet ofwel namens de vennootschap hebben gehandeld, ofwel hebben bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. Als de bestuurder namens Pedro Boat heeft gehandeld, gaat het om de vraag of de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat Pedro Boat niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen of geen verhaal zou bieden jegens de verkoper.

Om vast te stellen wanneer de betalingsverplichting is ontstaan, kijkt het hof naar de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (de Haviltextnorm). Het hof bepaalt dat de overeenkomst zo mag worden opgevat dat betaling van de koopsom aan verkoper eerst diende plaats te vinden bij levering van het jacht. Zolang levering van het jacht niet had plaatsgevonden, diende nog niet tot (door)betaling van de

koopsom te worden overgegaan. De bestuurder heeft vervolgens onderbouwd dat hoewel de bank geen lening meer aan Pedro Boat wilde verstrekken nadat de koopsom opeisbaar was geworden, er nog wel een private investeerder werd gevonden. Nadat de investeerder zich terugtrok, zag Pedro Boat zich genoodzaakt haar faillissement aan te vragen. Van betalingsonwil is volgens het hof dan ook niet gebleken: Pedro Boat was niet in staat om aan haar verplichtingen jegens verkoper te voldoen. Dat de koopsom niet direct is doorbetaald, maar is aangewend voor de bedrijfsvoering van Pedro Boat is ook niet onrechtmatig, omdat er in eerste instantie nog geen betalingsverplichting bestond. Ook was er geen wetenschap aanwezig dat er ten tijde van de betalingsverplichting onvoldoende middelen zouden zijn om deze verplichting aan de verkoper te voldoen.

F. van Tilburg

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 03-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:8604

Zaaknummer: 200.181.796/01

Rechters: I. Tubben, J. Smit en M. Wolters

Advocaten: J.H. Mastenbroek en J.J. Reiziger

Wetsartikelen: 6:162 BW, 2:9 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Verzoekster/Prestige Zorg B.V.

Toegewezen verzoek tot faillietverklaring. Aannemelijk is gemaakt dat een potentiële bate aanwezig is in de vorm van een vordering op grond van onbehoorlijk bestuur.

Toegewezen faillissementsaanvraag. Verzoeker van de aanvraag heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat er potentiële bate aanwezig is in de vorm van een vordering op grond van onbehoorlijk bestuur. Rechtspersoon blijft op grond van artikel 2:19 lid 4 BW ter afwikkeling van faillissement bestaan.

F. van der Voort

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 05-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2017:10785

Zaaknummer: C/09/537714 / FT RK 17/1451 en C/09/17/311 F

Rechters: R. Cats

Wetsartikelen: 1 Fw en 2:19 BW

RECHTSPRAAK

Strafrecht. Vaststaat dat de bestuurder van de gefailleerde vennootschap zich heeft schuldig gemaakt aan de hem ten laste gelegde oplichting en eenvoudige bankbreuk. De daarvoor opgelegde celstraf is echter nietig nu de rechtbank, in strijd met artikel 359 lid 6 Sv, in de daartoe aanleiding gevende overwegingen geen opgave van de redenen heeft gegeven die hebben geleid tot de keuze voor een vrijheidsbenemende straf.

Naar de rechtbank heeft overwogen is verdachte bewezen verklaard betrokken geweest bij oplichting (art. 326 Sr). Verdachte heeft zich laten inschrijven als bestuurder van een onderneming, terwijl anderen op naam van die onderneming op grote schaal goederen hebben besteld bij bedrijven zonder deze te betalen, terwijl de goederen ondertussen werden doorverkocht. Verdachte was hiervan op de hoogte. Het handelsverkeer, waarin bedrijven in vertrouwen met elkaar zaken dienen te kunnen doen, is mede door verdachte geschaad.

Tevens is, naar de rechtbank heeft overwogen, verdachte betrokken geweest bij een eenvoudige bankbreuk (art. 342 (oud) Sr). De rechtbank rekent het verdachte aan dat hij als (indirect) bestuurder van een onderneming heeft nagelaten erop toe te zien dat na het faillissement van deze onderneming de volledige administratie aan de curator ter beschikking werd gesteld (art. 105 Fw), waardoor de schuldeisers van deze onderneming ernstig zijn benadeeld. Verdachte heeft immers op deze wijze het de curator onmogelijk gemaakt om het faillissement op juiste wijze af te wikkelen en zijn schuldeisers (voor zover mogelijk) schadeloos te stellen.

Op grond van deze feiten heeft de rechtbank aan verdachte een vrijheidsbenemende straf opgelegd. Naar het oordeel van de Hoge Raad bevatten de daartoe aanleiding gevende overwegingen van de rechtbank in haar vonnis, in strijd met het zesde lid van artikel 359 Sv, geen opgave van de redenen die in het bijzonder hebben geleid tot de keuze van het opleggen van een vrijheidsbenemende straf. Dat verzuim leidt krachtens artikel 359, achtste lid, Sv tot nietigheid. De Hoge Raad vernietigt om die reden het bestreden vonnis, maar alleen wat betreft de strafoplegging.

M. Verdonk

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 26-09-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:2491

Zaaknummer: 16/03598

Rechters: W.A.M. van Schendel, Y. Buruma en V. van den Brink

Advocaten: S.V. Hendriksen

Wetsartikelen: 359 Sv

RECHTSPRAAK

Slagerij/Dutch Meat

Doordat onduidelijk is aan wie is gefactureerd en geleverd valt niet uit te sluiten dat de facturen niet voor de gefailleerde waren bestemd. Zodoende kan niet worden uitgegaan van een (onbetaald) gebleven vordering van de aanvrager van het faillissement. Het faillissement wordt vernietigd met veroordeling van de voormalig gefailleerde in de proceskosten, nu zij door niet te verschijnen en verweer te voeren bij de faillissementsaanvraag het risico voor de faillietverklaring draagt.

Verweerster in deze procedure, Dutch Meat Company B.V., heeft het faillissement van verzoekster slagerij B.V. aangevraagd stellende dat Slagerij in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen, nu zij de vordering van Dutch Meat van € 16.984,92 uit hoofde van verkocht en geleverd vlees onbetaald laat. Daarnaast laat Slagerij een vordering van de Belastingdienst onbetaald, aldus Dutch Meat. Slagerij is vervolgens op 15 augustus 2017 failliet verklaard.

Slagerij is van haar faillietverklaring in verzet gekomen (art. 8 lid 2 Fw). Zij heeft het vorderingsrecht van Dutch Meat in deze procedure weersproken door te verklaren dat Dutch Meat de verkeerde partij in rechte heeft betrokken. Daartoe voert zij aan dat Slagerij al een paar jaar niet meer actief is. Daarbij zijn de facturen niet gestuurd naar het adres van de de door Slagerij gedreven onderneming, maar naar het persoonlijke adres van een broer van de middellijk bestuurder van Slagerij, die ook een slagerij exploiteert. Dit staat ook op de desbetreffende facturen vermeld. Dutch Meat is hiervan op de hoogte gebracht, aldus Slagerij. Deze lezing wordt ondersteund door de verklaring van de curator in deze zaak. Zijns inziens valt door de onduidelijkheid inzake de facturering en levering niet uit te sluiten dat de facturen inderdaad voor de broer en dus niet voor verzoeker waren bestemd.

De rechtbank oordeelt daarover dat namens Slagerij het vorderingsrecht van Dutch Meat gemotiveerd is bestreden. Daarbij staat vast dat de naam en het adres op de facturen niet overeenstemmen met die van verzoekster. Daar staat tegenover dat Dutch Meat niet aannemelijk heeft gemaakt dat de verklaringen van Slagerij aanstonds moeten worden

verworpen. De rechtbank kan daarom in het kader van het faillissementsverzoek niet daaraan voorbijgaan. Op basis van summier onderzoek kan niet worden geconcludeerd dat het standpunt van Dutch Meat in een bodemprocedure zonder redelijke kans van slagen is. Dit maakt dat de rechtbank nu niet kan uitgaan van een vorderingsrecht van verweerster jegens verzoekster. Het verzoek tot vernietiging van het faillissement moet dus gegrond worden geacht en het faillissement van 15 augustus 2017 moet worden vernietigd.

De rechtbank veroordeelt Slagerij bijkomend in de kosten van het faillissement nu zij heeft nagelaten om bij de faillissementsaanvraag te verschijnen en verweer te voeren. Aldus had zij mogelijk kunnen voorkomen dat het faillissement werd uitgesproken. Dat namens Slagerij is nagelaten steekhoudend verweer te voeren, maakt dat het feit dat het faillissement is uitgesproken voor haar rekening en risico komt.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 07-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2017:10569

Zaaknummer: C/09/17/287 F

Rechters: M.M.F. Holtrop

Advocaten: R.S.J. Hoogstraaten en I.A. van Rooij

Wetsartikelen: 6 lid 2 Fw en 8 lid 2 Fw

RECHTSPRAAK

Ten Have B.V./Huurder

Niet te rijmen met de vaststaande feiten is de op verrekening gerichte stelling van de zittende huurder dat met terugwerkende kracht een huurovereenkomst tot stand is gekomen op het moment van verkrijging van het bedrijfspand door eigenaresse.

Tussen de bodemprocedure tussen gedaagde (particulier) als (thans) eiseres in reconventie en eiseres Ten Have B.V. als verweerster in conventie, is de vraag aan de orde of Ten Have vanaf 2002 (het jaar waarin zij eigenares is geworden van de bedrijfsruimte in kwestie) in de rechtsverhouding met gedaagde verhuurder is geweest, dan wel dat Ten Have pas na het faillissement van haar beheerder op 31 maart 2015 de huur aan gedaagde heeft overgenomen.

Naar het oordeel van de kantonrechter mist de stelling van gedaagde dat Ten Have vanaf het moment dat zij eigenaresse is geworden van het bedrijfspand in kwestie, ook verhuurster is geworden en gebleven in de relatie met gedaagde feitelijke grondslag en is deze ook niet te rijmen met de vaststaande feiten dat gedaagde gedurende 13 jaren aan de beheerder van de bedrijfsruimte heeft betaald, zich ook in een eerdere procedure op het standpunt heeft gesteld dat die partij verhuurster was, en haar gepretendeerde vordering (in reconventie) heeft ingediend bij de curator in het faillissement van de beheerder.

Van contractsovername is geen sprake geweest, aldus de kantonrechter. Sinds het eindigen van de huurovereenkomst tussen gedaagde en de gefailleerde beheerder van Ten Have is er tussen Ten Have en gedaagde een nieuwe huurovereenkomst gesloten met betrekking tot de bedrijfsruimte in kwestie. Ditmaal huurt gedaagde dus rechtstreeks van Ten Have.

De vorderingen van gedaagde in reconventie, die waren gericht op verrekening met de in conventie toegewezen vorderingen van Ten Have, worden om die reden door de kantonrechter afgewezen.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 16-08-2017

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2017:4770

Zaaknummer: 5530691/cv expl 16-18325

Rechters: W.H. van Empel

Advocaten: A. Hadzic

Wetsartikelen: 6:159 BW

RECHTSPRAAK

Verzoekers/Mr. De Winkel q.q.

Geen grond voor wraking rechter-commissaris. Noch van diens partijdigheid noch van vooringenomenheid bij de behandeling van klachten over het functioneren van de curator is gebleken. Tussen curator en rechter-commissaris bestaat ingevolge de wet een nauwe samenwerking. In dat kader worden (voor verzoekers) vertrouwelijke gesprekken gevoerd. Nadat de klachten van verzoekers correct zijn doorgeleid (art. 73 Fw) hoefde de rechter-commissaris niet langer in te gaan op nieuwe klachten van verzoekers over het handelen van de curator.

Verzoekers zijn op 12 juni 2016 persoonlijk failliet verklaard. In deze procedure hebben zij de rechtbank verzocht de daarbij aangestelde rechter-commissaris te wraken. Naar verzoekers stellen handelt hij niet langer onpartijdig (art. 36 Rv) zodat de eerlijkheid van het proces in het gedrang is geraakt (art. 6 EVRM). Het gaat daarbij naar verzoekers stellen om het niet behandelen, het negeren en het bagatelliseren van legitieme verzoeken van verzoekers, met name waar die klachten zien op het handelen van de curator.

Zo hebben verzoekers grote moeite met het feit dat de rechter-commissaris niets heeft gedaan met hun verzoek de curator te ontslaan (art. 69 Fw), dat de curator de huur van hun woonruimte zonder overleg heeft opgezegd (art. 39 Fw) en het instellen van een postblokkade door de curator (art. 14 en 99 Fw). Daarnaast is volgens verzoekers een grond voor wraking gelegen in het feit dat de rechter-commissaris zich niet heeft verontschuldigd voor het geven van een verkeerde voorstelling van zaken in de pers, de rechter-commissaris en de curator 'onder een hoedje' spelen, en het feit dat de rechter-commissaris voornemens was te gaan pleiten tegen het door verzoekers gevraagde ontslag van de curator op grond van artikel 73 Fw, waarmee de rechter-commissaris openlijk partij kiest voor de curator en tegen verzoekers.

De rechter-commissaris heeft in de wraking niet berust. Hij beroept zich er met name op dat een deel van de communicatie tussen hemzelf en de curator een vertrouwelijk karakter heeft,

dat hijzelf noch de curator verantwoordelijk is voor het werk van journalisten op basis van de faillissementsverslagen, en dat verzoekers een geheel eigen invulling geven aan hun informatieplicht (art. 105 Fw). Door dat laatste hebben zij lange tijd verzuimd de curator of rechter-commissaris te informeren over hun huursituatie en is hun uiteindelijk meegedeeld dat de opzegging van de huur zou gaan plaatsvinden.

De wrakingskamer stelt bij haar beoordeling de uitzonderlijkheid van de toewijzing van een verzoek tot wraking voorop. Onpartijdigheid van de rechter wordt vermoed aanwezig te zijn, tenzij zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen die zwaarwegende aanwijzingen opleveren voor het oordeel dat een rechter jegens verzoekers een vooringenomenheid koestert, althans dat de door verzoekers geuite vrees voor vooringenomenheid van de rechter door objectieve factoren gerechtvaardigd is (art. 36 Rv).

Naar het oordeel van de wrakingskamer is noch van partijdigheid noch van vooringenomenheid gebleken. Tussen curator en rechter-commissaris bestaat ingevolge de wet een nauwe samenwerking. In dat kader worden (voor verzoekers) vertrouwelijke gesprekken gevoerd. Ook de doorgeleiding ex artikel 73 Fw door de rechter-commissaris van de klachten van verzoekers over het handelen van de curator is correct. Vanaf dat moment hoefde de rechter-commissaris niet langer in te gaan op klachten van verzoekers over het handelen van de curator.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 04-07-2017

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2017:7033

Zaaknummer: 527798 / HA RK 17-459

Rechters: O.E.M. Leinarts, I.K. Rapmund en L.E.M. Wilbers-Taselaar

Advocaten: S.G. Blasweiler

Wetsartikelen: 36 Rv, 73 Fw en 6 EVRM

RECHTSPRAAK

VHB/Joystar c.s.

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens voorzienbare betalingsonmacht. Uit het faillissementsverslag blijkt dat de opdrachten van de inmiddels gefailleerde vennootschap werden gegeven op een moment dat er al enige tijd ernstige verliezen werden geleden, het balanstotaal negatief was en de omzet dramatisch afnam. Door de bedrijfsactiviteiten rond dezelfde tijd over te hevelen hebben de bestuurders bijgedragen aan het onbetaald blijven van de vorderingen van de wederpartij.

Appellant VHB is een advocatenmaatschap die sinds 2009 werkzaamheden heeft verricht voor het op 16 juni 2015 gefailleerde Stella Gioia B.V. en (medegeïntimeerde) Joystar B.V. Joystar is enig aandeelhouder en enig bestuurder van Stella Gioia. Geïntimeerde, natuurlijk persoon, is bestuurder van Joystar en daarmee middellijk bestuurder van Stella Gioia.

Geïntimeerde heeft na bericht van VHB, inhoudende dat VHB niet langer werkzaamheden zou verrichten die niet door een reeds betaald voorschot werden gedekt, aangeboden ten behoeve van VHB een bankgarantie te doen stellen in verband met de betaling van declaraties in de eerste twee weken van januari 2015. VHB heeft hiermee ingestemd.

Geïntimeerde heeft de toezegde bankgarantie op 1 december 2014 namens Stella Gioia door ABN jegens VHB doen afgeven tot een maximumbedrag van € 6.838,98. De definitieve bankgarantie heeft VHB echter nooit bereikt.

VHB vordert in dit geding betaling van € 7.281,03, zijnde het beloop van de door Stella Gioia onbetaald gelaten declaraties. Zij voert daartoe aan dat Joystar c.s. als (indirect) bestuurder van Stella Gioia aansprakelijk zijn voor de schade die zij leidt als gevolg van de betalingsonmacht van Stella Gioia. Naar VHB stelt, kan geïntimeerden persoonlijk een ernstig verwijt van hun handelen worden gemaakt, omdat zij bij het verstrekken van opdrachten wisten of redelijkerwijze behoorden te begrijpen dat de daaruit voortvloeiende betalingsverplichtingen niet door Stella Gioia zouden kunnen worden nagekomen en Stella

Gioia daarvoor geen verhaal zou bieden (Beklamelnorm).

Het hof stelt vast dat zich ten tijde van het geven van de relevante opdrachten een zodanige situatie voordeed, nu uit het faillissementsverslag van Stella Gioia blijkt dat zij al sinds 2012 (ernstige) verliezen leed, dat het balanstotaal in 2014 negatief was en reeds in 2014 de omzet significant afnam om begin 2015 tot nihil te dalen. Ook blijkt uit de verslaglegging dat de activiteiten van Stella Gioia in de loop van 2014 zijn gestaakt en daarna in een zustervennootschap zijn voortgezet.

Reeds in deze omstandigheden is naar het hof oordeelt voldoende grond gelegen voor de gevolgtrekking dat Joystar c.s. van het onvoldaan blijven van de rekeningen van VHB persoonlijk een ernstig verwijt treft. Zoals uit het faillissementsverslag blijkt moet immers worden geconcludeerd dat in de periode dat tot het verrichten van de desbetreffende werkzaamheden opdracht is gegeven Joystar c.s. moeten hebben geweten althans in ieder geval redelijkerwijze moeten hebben begrepen dat Stella Gioia in een zodanige positie verkeerde dat zij (zelf) niet in staat zou zijn om aan haar daaruit resulterende betalingsverplichtingen te voldoen en daarvoor ook geen verhaal zou bieden. Daar komt bij dat geïntimeerden aan de betalingsonmacht van Stella Gioia hebben bijgedragen door haar activiteiten naar een andere vennootschap over te hevelen.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 06-06-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:2120

Zaaknummer: 200.184.990/01

Rechters: A.W.H. Vink, E.E. van Tuyll Serooskerken-Röell en J.G. Sijmons

Advocaten: W.M. van Agt en H.F.C. Hoogendoorn

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:10 BW