

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 22, 2017

Nummer 22, 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:2017:2808](#) 03-11-2017

verzoeksters/Krol q.q.

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:4428](#) 10-10-2017

Ingenieursburo/Bank

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:2725](#) 26-09-2017

X/De Staat der Nederlanden

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:8240](#) 19-09-2017

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2017:4031](#) 30-10-2017

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423](#) 12-10-2017

werknemers/Bogra Uitvaartkisten

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2017:3929](#) 11-10-2017

Joustra q.q./Infra Totaal BV

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2017:4102](#) 05-07-2017

Platteeuw q.q./Rabobank

RECHTSPRAAK

verzoeksters/Krol q.q.

Verzet tegen slotuitdelingslijst ex artikel 184 Fw. De Hoge Raad oordeelt dat tegen een beschikking van de R-C om een vordering op de lijst van erkende schuldeisers te plaatsen opgekomen dient te worden door middel van artikel 67 Fw. In de verzetprocedure van artikel 184 Fw kan niet op een dergelijke beslissing van de R-C worden teruggekomen. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep, maar verwijst wel terug naar de rechtbank omdat het cassatieberoep vermoedelijk de algemene faillissementskosten heeft doen toenemen en het onbillijk zou zijn als dit niet in de slotuitdelingslijst tot uitdrukking zou komen.

Op de verificatievergadering op 4 september 2015 heeft de verzoekster in de verzetprocedure *als middellijk betuurder van gefailleerde* een vordering van een schuldeiser gedeeltelijk betwist. Bij de voortgezette verificatievergadering van 17 september heeft de curator de door de bestuurder betwiste vordering overgebracht op de lijst met erkende schuldeisers. Daarna heeft de bestuurder bij de R-C geklaagd dat ze bedoeld had de vordering *als schuldeiser* te betwisten en verzocht alsnog naar de renvooiprocedure te verwijzen. De R-C heeft daar geen aanleiding toe gezien.

Verzoeksters hebben nu verzet aangetekend ex artikel 184 Fw tegen de slotuitdelingslijst. De rechtbank heeft het verzet ongegrond verklaard omdat er volgens de rechtbank buiten de verificatievergadering en renvooiprocedure geen mogelijkheid bestaat vorderingen te betwisten.

De Hoge Raad oordeelt dat de stelling van verzoekster dat ze wel *als schuldeiser* de vordering betwist heeft een stelling van feitelijke aard is die niet in cassatie aan bod kan komen. Voorts dient tegen een beschikking van de R-C om een vordering op de lijst van erkende schuldeisers te plaatsen opgekomen te worden doormiddel van artikel 67 Fw. In de verzetprocedure van artikel 184 Fw kan niet op een dergelijke beslissing van de R-C worden teruggekomen.

Hoewel het cassatieberoep wordt verworpen, wordt wel terugverwezen naar de rechtbank omdat het cassatieberoep vermoedelijk de algemene faillissementskosten heeft doen toenemen en het onbillijk zou zijn als dit niet in de slotuitdelingslijst tot uitdrukking zou komen.

A.L. Jonkers, november 2017

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 03-11-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:2808

Zaaknummer: 17/02858

Rechters: E.J. Numann, G. Snijders, C.E. du Perron, M.J. Kroeze en M.V. Polak

Advocaten: F.M. Dekker en S.M. Kingma

Wetsartikelen: 184 Fw en 67 Fw

RECHTSPRAAK

werknemers/Bogra Uitvaartkisten

De Rechtbank Noord-Holland komt in deze zaak, die betrekking heeft op uitvaartkistenmaker Bogra, tot een beperkte uitleg van het HvJ EU-arrest inzake de ‘pre-pack’ (een voor faillissement voorbereide doorstart) in Smallsteps. Op de dag dat het HvJ EU de Smallsteps-zaak wees, werd een pre-pack van het dan nog niet failliete Bogra voorbereid. Mogelijk mede vanwege de Smallsteps-uitspraak, die kort gezegd inhoudt dat in geval van pre-pack werknemers hun banen dienen te behouden, wordt de pre-pack niet doorgezet maar het faillissement spoedig aangevraagd. Drie weken na faillissement wordt alsnog verkocht aan de partij (Funico) waarmee in de pre-packfase gesproken werd. De rechtbank oordeelt echter dat geen sprake is van een Smallsteps-achtige doorstart en oordeelt daarom dat de werknemers terecht zijn ontslagen met een beroep op artikel 40 Fw.

Opmerkelijk in deze zaak is ten eerste dat de latere curator van Bogra exact op de dag van de Smallsteps-uitspraak van het HvJ EU, 22 juni 2017, aan de slag gaat als stille bewindvoerder. Kort daarna wordt met Funico, dat later Bogra zal overnemen, gesproken. Blijkens de correspondentie wordt mede niet voor pre-pack gekozen omdat het HvJ EU blijkens de Smallsteps-uitspraak ontslag van werknemers met een beroep op artikel 40 Fw in geval van pre-pack niet toestaat.

Er melden zich na faillietverklaring op 30 juni 2017 wel andere kandidaten, maar de curator gaat uiteindelijk in zee met de partij waarmee hij voor faillissement al in gesprek was, Funico. Opmerkelijk daarbij is nog dat de (indirect) aandeelhouders van het oude Bogra aanblijven als managers. Het faillissementsverslag vermeldt ook expliciet dat betrokkenheid van de oude aandeelhouder, Rouwservice Nederland, daarbij gewenst is: “Voor het zo succesvol mogelijk slagen van de doorstart van de bedrijfsactiviteiten van zowel Bogra B.V. als Rouwservice Nederland B.V. bleek een voortzetting van de samenwerking tussen Bogra B.V. enerzijds en Rouwservice

Nederland B.V. anderszijds na faillissement noodzakelijk.” Des te meer opmerkelijk daarbij is dat Funico lang niet de hoogste bidder lijkt te zijn geweest, maar mogelijk wel de enige partij die met de oude aandeelhouders en managers in zee wilde.

Al met al ziet de rechtbank al deze opmerkelijke feiten ook wel en geeft zich daar ook rekenschap van, maar zij oordeelt dat toch geen sprake is van een voor faillissement reeds tot in de details uitgewerkte doorstart zoals in *Smallsteps*. Die zaak draaide, net als deze zaak, om de vraag of de uitzondering in faillissement (art. 7:666 BW) op de regels voor overgang van werknemers bij overgang van onderneming ook van toepassing is indien het faillissement vooraf tot in de puntjes is voorbereid door middel van een pre-packprocedure. De regels voor overgang van werknemers bij overgang van onderneming komen voort uit een Europese Richtlijn. Het HvJ EU interpreteerde in *Smallsteps* die richtlijn zo dat indien de procedure niet op liquidatie maar op doorstart van de onderneming is gericht, geen uitzondering gemaakt mag worden op de regels van overgang van onderneming.

De rechtbank oordeelt dat in de onderhavige zaak geen sprake is van een reeds voor faillissement en grotendeels buiten toezicht van de rechter voorbereide doorstart die vlak na faillissement formeel is uitgevoerd. Kennelijk is na faillissement nog met verschillende partijen gesproken en is pas drie weken na faillissement de knoop doorgehakt in zee te gaan met de partij die al dan niet toevallig ook voor faillissement al in beeld was. Hoewel de zaak er alle schijn van heeft een verkapte pre-pack te zijn, is dat natuurlijk niet goed te bewijzen. Toch zijn er wel veel aanwijzingen dat een doorstart, hoewel nog niet rond, al wel voor faillissement werd voorbereid en continuïteit van de onderneming dan ook steeds beoogd werd door de betrokkenen. Het is de vraag of het HvJ EU onder die omstandigheden wel een uitzondering op de regels van overgang van onderneming zou toestaan. De rechtbank doet dat in ieder geval wel, met uitgebreide motivering.

A.L. Jonkers, november 2017

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 12-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2017:8423

Zaaknummer: 6230455 AO VERZ 17-100

Rechters: P.J. Jansen

Advocaten: N.C. Six-Scheffer, S. van Ketel, E. Jansberg en F. Boel

Wetsartikelen: 7:666 BW

RECHTSPRAAK

Borgtocht en verjaring. In de overeenkomst van geldlening is opgenomen dat terstond het hele bedrag opeisbaar wordt wanneer de debiteur tekortschiet. Al kort na het sluiten van de geldlening in 2005 schiet de debiteur tekort (en blijft dat doen, hoewel af en toe wat betaald wordt). De door een kennis afgegeven borgtocht wordt op dat moment dan ook opeisbaar, waardoor de verjaring al in 2005 is gaan lopen. Eind 2013 wordt de debiteur failliet verklaard en begin 2014 spreekt de crediteur de borg pas aan. Het hof oordeelt dat de vordering op de borg dan reeds is verjaard. Stuiting van de vordering in verhouding tot de debiteur stuit de vordering op de borg niet.

Zie boven.

A.L. Jonkers, november 2017

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-09-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:8240

Zaaknummer: 200.184.626

Rechters: H.L. Wattel, J.A.M. van den Berk en C.J.M. Klaassen

Advocaten: L. Kruiswijk en Ph.A.J. Raaijmakers

RECHTSPRAAK

Platteeuw q.q./Rabobank

De vordering van de bank onder een contragarantie die samenhangt met een bankgarantie wordt door de rechtbank als een tot het moment van betaling door de bank toekomstige vordering gekwalificeerd. De curator handelt daarom niet onrechtmatig jegens de bank door het saldo van de bankrekening van de failliet naar de faillissementsrekening over te laten maken en daardoor de op dat moment nog toekomstige verrekeningsbevoegdheid van de bank tegen een vordering onder de contragarantie te frustreren. Uit HR DLL/Van Logtestijn en Bannenbergh/NMB volgt niet anders, nu daar een andere situatie voorlag.

MBCPZ B.V., MBCPB B.V. en MBCPH B.V. exploiteerden modewinkels in Goes, Bergen op Zoom en Roosendaal. In mei 2016 zijn de bv's failliet verklaard. Ze hielden bankrekeningen bij Rabobank aan en Rabobank heeft op verzoek van MBCPB B.V. een bankgarantie afgegeven ten behoeve van Altera Vastgoed B.V. tot zekerheid van de nakoming van de huurovereenkomst met MBCPB B.V. De drie bv's hebben een contragarantie aan Rabobank afgegeven. De contragarantie vermeldt dat de verplichting van de drie bv's tot betaling aan Rabobank onder die contragarantie "ontstaat door het enkele feit van betaling door de bank (...) aan de (...) crediteur(en)."

Op faillissementsdatum van de drie bv's stond er een positief saldo op de rekeningen bij Rabobank, welk saldo de curator over heeft laten maken naar de faillissementsrekening. Rabobank meent nu, in het kader van een door de curator jegens Rabobank ingestelde vordering, dat dit onrechtmatig was van de curator, omdat Rabobank zo de mogelijkheid tot verrekening van dit positieve saldo tegen de verplichting onder de contragarantie is ontnomen. De bankgarantie is echter pas ingeroepen door Altera nadat de curator het saldo over had gemaakt naar de faillissementsrekening.

De rechtbank behandelt eerst de vraag of Rabobank de mogelijkheid van verrekening had op

het moment dat de curator het positieve saldo van de rekening bij Rabobank haalde. De rechtbank oordeelt van niet, omdat blijkens de contragarantie de vordering van Rabobank onder die garantie pas ontstaat op het moment dat de bank betaalt aan de begunstigde. Dat was nog niet gebeurd toen de curator het saldo over liet maken. Rabobank heeft kennelijk nog gewezen op twee arresten van de Hoge Raad inzake het overwaardearrangement, *Bannenberg/NMB* en *DLL/Van Logtestijn*. De rechtbank overweegt terecht dat het daar overwogene niet ter zake doet, omdat het daar gaat om een andere situatie, namelijk het verhaal van na faillissement ontstane regresvorderingen onder reeds voor faillissement gevestigde pandrechten. In de onderhavige zaak is daarentegen slechts de vraag of ten tijde van het overmaken van het saldo reeds de mogelijkheid van verrekening bestond.

Een interessante vraag die hiermee samenhangt, maar die in deze zaak niet direct aan de orde is, is of de tekst van de bankgarantie wellicht anders geformuleerd zou kunnen worden om een geval als dit te ondervangen. De tekst zou duidelijk kunnen maken dat de vordering van de bank onder de contragarantie reeds bestaat, onder opschortende voorwaarde. De Hoge Raad leek (opmerkelijk genoeg) in *DLL/Van Logtestijn* het contractueel bepalen van het ontstaansmoment van een (contractuele) regresvordering toe te staan, maar de grenzen hieraan zijn niet geheel duidelijk.

A.L. Jonkers, november 2017

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 05-07-2017

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2017:4102

Zaaknummer: 5612038

Rechters: J.A. van Voorthuizen

Advocaten: J.A. Platteeuw en P.W. van Kooij

RECHTSPRAAK

Strafrecht. Verdachte wordt ervan verdacht dat hij als bestuurder van een failliete zorgorganisatie 170.000 euro aan de boedel heeft onttrokken en zichzelf als schuldeiser heeft bevoordeeld ten koste van de rechten van andere schuldeisers.

Toen faillissement in zicht kwam, heeft verdachte een melding van betalingsonmacht aan de Belastingdienst gedaan. Met het kapitaal dat hierdoor beschikbaar werd, heeft de verdachte betalingen aan zichzelf in privé en een ander bedrijf gedaan, terwijl hijzelf en het bedrijf niet vermeld waren op de crediteurenlijst.

De rechtbank acht het bewezen dat verdachte gelden aan de boedel heeft onttrokken, een van de schuldeisers heeft bevoordeeld en niet heeft voldaan aan de verplichting tot het voeren van een deugdelijke administratie in de zin van artikel 2:10 BW.

F. van der Voort

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 30-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2017:4031

Zaaknummer: 08/997506-16 (P)

Rechters: H. Stam, S.K. Huisman en A. Skerka

Wetsartikelen: 343 Sr

RECHTSPRAAK

Joustra q.q./Infra Totaal BV

Dichte en feitelijke verwevenheid van vennootschappen. Schijn van bevoegdheid ex artikel 3:62 lid 2 BW. Vordering curator afgewezen, aangezien deze door verrekening is voldaan.

De vraag is of er een overeenkomst tot verrekening is gesloten door Keytech en ITP en ITA. Niet duidelijk is hoe de onderlinge verhouding tussen Infra Totaal, ITP en ITA moet worden geduid, welke onduidelijkheid niet in de laatste plaats blijkt uit het feit dat de curator optreedt namens Infra Totaal en de overeenkomst de andere vennootschappen betreft.

Vennootschappen zijn op hetzelfde adres ingeschreven zonder voor derden kenbare onderscheidingen. Uit getuigenverklaringen valt af te leiden dat onderling wel eens wat werd verrekend en weggestreept. De feitelijke zeggenschap over de vennootschappen lag bij een ander dan de formeel bestuurder, die bij de onderhavige verrekening geen akkoord had gegeven. De schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid moet worden toegerekend aan ITP en ITA, waardoor Keytech er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat degene die de feitelijke zeggenschap had, bevoegd was namens ITA en ITP met hen een overeenkomst tot verrekening aan te gaan. De dichte en feitelijke verwevenheid heeft hieraan bijgedragen.

F. van der Voort

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 11-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2017:3929

Zaaknummer: C/o8/19o894 / HA ZA 16-385

Rechters: M. Aksu

Advocaten: R.J. Joustra en R. Kroon

Wetsartikelen: 3:62 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

X/De Staat der Nederlanden

Samenloop faillissementsgijzeling, voorlopige hechtenis en strafexecutie. Voor verdachte is voldoende duidelijk geweest of hij zich in faillissementsgijzeling bevond of een gevangenisstraf uitzat.

Appellant is veroordeeld tot een gevangenisstraf van 14 maanden, waarvan 5 maanden voorwaardelijk. Ook is appellant persoonlijk failliet verklaard, waarbij op grond van artikel 87 Fw faillissementsgijzeling is bevolen. De executie van de gevangenisstraf en de faillissementsgijzeling lopen door elkaar heen en de appellant voert aan dat voorlopige hechtenis en faillissementsgijzeling beide dwangmiddelen zijn, zodat de faillissementsgijzeling in het kader van artikel 68 lid 1 Sv op dezelfde wijze moet worden behandeld als de voorlopige hechtenis. Het hof oordeelt dat de rechterlijke bevelen voldoende duidelijk waren voor appellant om te weten of hij zich in faillissementsgijzeling bevond of een gevangenisstraf uitzat. Hij kan geen gerechtvaardigd vertrouwen aan detentiekaarten of e-mails ontleen.

F. van der Voort

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 26-09-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:2725

Zaaknummer: 200.211.301/01

Rechters: A. Dupain, G. Dulek-Schermers en E.M. Dousma-Valk

Advocaten: M.J.N. Vermeij en A. Th.M. ten Broeke

Wetsartikelen: 68 Sv en 87 Fw

RECHTSPRAAK

Ingenieursburo/Bank

Bevestiging Coface/Intergamma. Een verpandingsverbod leidt niet tot beschikkingsonbevoegdheid van de rechtigde tot de vordering, maar tot niet-overdraagbaarheid van de vordering. In onderhavige zaak hebben de gefailleerde en zijn debiteur niet beoogd goederenrechtelijke werking aan het beding toe te kennen, waardoor de bank een geldig pandrecht heeft kunnen vestigen. Er zijn geen bijkomende omstandigheden om aan te nemen dat de bank op onrechtmatige wijze heeft geprofiteerd van de wanprestatie van de gefailleerde partij. Ook staat het beding in de G-rekening-overeenkomst niet in de weg aan de door de bank toegepaste verrekening. Vordering curator wordt afgewezen.

In 2010 heeft de bank een krediet verstrekt in rekening-courant aan een groep van vennootschappen, waarvan Ingenieursburo deel uitmaakt. Destijds zijn pandrechten bedongen op de huidige en toekomstige vordering van de vennootschappen op derden. Later is dit krediet verhoogd. De hoogte van dit krediet was mede afhankelijk van de omvang van de debiteurenportefeuille van de vennootschappen.

Voorafgaand aan de verhoging heeft de bank als voorwaarde gesteld dat bestaande pandverboden van de debiteuren van de vennootschappen opgeheven dienden te worden door middel van schriftelijke bevestiging van de debiteuren.

In september 2013 heeft de bank de kredietovereenkomst met de vennootschappen per direct en definitief opgezegd, onder andere omdat het de vennootschappen niet gelukt de pandverboden op te heffen.

In oktober 2013 is het overgrote deel van de door de vennootschappen gedreven ondernemingen door middel van een activa-passiva transactie verkocht, waarna Ingenieursbureau op eigen verzoek failliet is verklaard.

Het geschil tussen de bank en de curator in hoger beroep heeft betrekking op drie verschillende punten.

Ten eerste de werking van bedingen inzake de niet-overdraagbaarheid in de overeenkomsten tussen Ingenieursburo en debiteuren. Het hof oordeelt dat de vraag of het beding goederenrechtelijke of verbintenisrechtelijke werking heeft, moet worden beantwoord aan de hand van de criteria in Coface/Intergamma. Hoewel wordt gesproken van een 'niet kunnen' in plaats van een 'niet mogen', valt uit het beding af te leiden dat partijen geen goederenrechtelijke werking hebben beoogd. Dit brengt mee dat de bank geldige pandrechten heeft kunnen vestigen op de relevante vorderingen.

Ten tweede het vermeende onrechtmatige profiteren van de wanprestatie van Ingenieursburo door de bank. De curator stelt dat de vestiging van pandrechten door de bank in strijd was met de overeenkomsten zoals gesloten tussen Ingenieursburo en haar debiteuren. Uit jurisprudentie blijkt dat het handelen met iemand terwijl men weet dat deze door dat handelen een door hem met een derde gesloten overeenkomst schendt, op zichzelf niet onrechtmatig is. Van onrechtmatigheid is pas sprake als de partij weet of behoort te weten dat zijn wederpartij hierdoor wanprestatie pleegt jegens de derde en sprake is van bijkomende omstandigheden. De curator slaagt er niet in om de bijkomende omstandigheden te bewijzen. Het feit dat de schuldeisers van Ingenieursburo financieel nadeel ondervinden door de pandrechten is aannemelijk, maar niet zodanig buitensporig dat de bank hiervan af had moeten zien.

Ten derde stelt de curator dat de bank in de G-rekening-overeenkomst die de bank met Ingenieursburo had gesloten, onvoorwaardelijk afstand heeft gedaan van haar bevoegdheid tot verrekening van pand of enig ander recht 'dat afbreuk zou kunnen doen aan het ten behoeve van de ontvanger gevestigde pandrecht'. Vast staat echter dat de Ontvanger geen pandrecht heeft verkregen op betalingen die na faillissement zijn gedaan op de G-rekening, waardoor de bank door de verrekening geen afbreuk heeft gedaan aan een ten behoeve van de Ontvanger gevestigd pandrecht.

F. van der Voort

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 10-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:4428

Zaaknummer: 200.176.279_01

Rechters: C.W.T. Vriezen, W.J.J. Beurskens en B.E.L.J. C. Verbunt

Advocaten: W.J.G. Smits en S. Winkels-Koerselman

Wetsartikelen: 3:83 lid 2 BW