

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 23, 2017

Nummer 23, 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:2017:2907](#) 17-11-2017

UWV/Aukema q.q.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:2901](#) 17-11-2017

Famed/Kreikamp q.q.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:2791](#) 27-10-2017

Gefailleerde/Lückers q.q.

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:9976](#) 14-11-2017

Menzis/UWV

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:9973](#) 14-11-2017

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:9669](#) 07-11-2017

Rabobank/X

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:4627](#) 24-10-2017

Deve Pluimveebedrijf c.s./TRT S.A.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:9209](#) 24-10-2017

Curator WEA Beheer/X

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHPHA:2017:2857](#) 17-10-2017

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:4570](#) 17-10-2017

Holding B.V./Beheer B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:8801](#) 10-10-2017

Curator Bouwbedrijf Th. De Vries/X

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:8735](#) 09-10-2017

Kolkman q.q/X

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:7673](#) 04-09-2017

X B.V./Y B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:8185](#) 08-11-2017

leverancier/Curatoren V&D

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2017:9268](#) 06-11-2017

Rosinaad c.s./AquaServa

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2017:4145](#) 01-11-2017

Grondsma q.q./ABN AMRO Bank

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2017:10162](#) 18-10-2017

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:5452](#) 11-10-2017

H5 c.s./BoFinn c.s.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:5550](#) 09-08-2017

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:7622](#) 25-07-2017

Eiser c.s./The Perfect Match

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2017:4029](#) 17-05-2017

Best Investment B.V./X

Centrale Raad van Beroep

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2017:3428](#) 04-10-2017

Appellante/UWV

Antillen

[Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba, ECLI:NL:OGEEA:2017:838](#) 25-10-2017

Juskens/borg

Uitspraken zonder ECLI

- onbekend -

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Benadeling bij verkoop voor faillissement niet aangetoond.

In het faillissement van een tuincentrum vordert de curator betaling van gelden en teruggave van zaken op grond van de faillissementspauliana (art. 42 Fw).

Enkele maanden voor faillissement ontstaat een huurachterstand van het tuincentrum. De door Rabobank, als financier, aangestelde externe bedrijfsadviseur/manager voert gesprekken met een aan de verhuurder gelieerde partij (Bloemenshow) omtrent overname van de onderneming en de verkoop van de inventaris. Hiertoe wordt een waardering door een externe partij uitgevoerd.

Dit overleg leidt tot een aantal overeenkomsten tussen partijen waarna de volledige winkelvoorraad wordt overgedragen aan Bloemenshow. De huurovereenkomst wordt als onderdeel van deze overeenkomst beëindigd. De totale koopsom wordt op één moment voldaan op een rekening bij Rabobank.

Na sommaties van Rabobank tot volledige aflossing van het krediet wordt twee maanden na voornoemde transacties het tuincentrum failliet verklaard. Rabobank heeft pandrechten op alle roerende zaken van het tuincentrum.

De fiscus maakt de curator kenbaar een vordering te hebben op grond van de omzetbelasting. De curator schrijft aan Bloemenshow dat er naar zijn mening sprake is van een faillissementspauliana ex artikel 42 Fw. Kort gezegd is er volgens hem sprake van een overname “going concern” terwijl er afgerekend is voor een prijs in liquidatie.

De rechtbank heeft in conventie geoordeeld dat de curator onvoldoende heeft onderbouwd dat benadeling van de schuldeisers heeft plaatsgevonden en dat er van wetenschap van benadeling bij de koper geen sprake was.

In hoger beroep voert de curator aan dat er sprake is van faillissementspauliana ex artikel 42 Fw dan wel sprake is van onrechtmatig handelen van Bloemenshow. Het hof oordeelt kort gezegd dat voor toewijzing van deze vordering onder meer van (wetenschap van) benadeling sprake moet zijn.

De curator stelt dat, indien de aan Rabobank verpande inventaris niet in het zicht van het faillissement zou zijn verkocht maar in het faillissement van het tuincentrum door Rabobank zou zijn opgeëist, de curator, gelet op artikel 57 lid 3 Fw, de belangen van o.a. de Belastingdienst had kunnen behartigen. De curator voert ook aan dat er geen vergoeding voor immateriële activa heeft plaatsgevonden en dat daarom sprake is van benadeling alsmede dat er zaken zijn geleverd waarop eigendomsvoorbehoud rustte en dat de partijen die het eigendom op deze zaken hadden benadeeld zouden zijn.

Het Hof oordeelt als volgt. De curator stelt zich terecht op het standpunt dat hij in de hypothetische situatie waarin de bodemzaken niet waren verkocht de belangen van de Belastingdienst had kunnen behartigen. De curator gaat er bij deze stelling kennelijk van uit dat indien Rabobank niet betaald zou worden na sommatie zij zou hebben afgewacht totdat het tuincentrum failliet zou zijn gegaan om de zekerheden uit te winnen. Het hof volgt de curator daarin niet. Feitelijk was tussen het tuincentrum en Bloemenshow sprake van uitwinning. Het hof stelt dat de curator in hoger beroep zijn stelling van benadeling niet voldoende heeft onderbouwd.

Wat betreft de immateriële activa is volgens het hof de stelling van de curator louter speculatief.

Bloemenshow behoefde daarnaast geen rekening te houden met eigendomsvoorbehouden nu het tuincentrum had verklaard dat alle verkochte zaken haar eigendom zijn. Het hof wijst alle grieven af en bekrachtigt het bestreden vonnis.

M.A.J. Hartman

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 14-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:9973

Zaaknummer: 200.169.287/01

Rechters: J. Smit, L. Janse en I. Tubben

Advocaten: E.A.M. Claassen en M.H. Boersen

Wetsartikelen: 42 FW

RECHTSPRAAK

Menzis/UWV

Het UWV slaagt erin bewijs te leveren voor de door hem vastgestelde loonovernameperiode.

Het UWV slaagt erin bewijs te leveren voor de door hem vastgestelde loonovernameperiode.

T.M.M. Schaap, november 2017

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 14-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:9976

Zaaknummer: 200.179.148/01

Rechters: G. van Rijssen, I Tubben en L. Janse

Advocaten: E.S. Ebels en B.A. de Ruijter

Wetsartikelen: 122 Fw

RECHTSPRAAK

Rosinaad c.s./AquaServa

Verzoek op grond van artikel 69 Fw wordt afgewezen wegens gebrek aan belang. Het is namelijk niet te verwachten dat aan concurrente schuldeisers – zoals verzoeker – uitkering plaats zal vinden, noch dat bestuurder verhaal zal kunnen bieden in geval van bestuurdersaansprakelijkheid.

Verzoek op grond van artikel 69 Fw wordt afgewezen wegens gebrek aan belang. Het is namelijk niet te verwachten dat aan concurrente schuldeisers – zoals verzoeker – uitkering plaats zal vinden, noch dat bestuurder verhaal zal kunnen bieden in geval van bestuurdersaansprakelijkheid. Daarnaast is het onderzoek van curatoren naar eventuele bestuurdersaansprakelijkheid nog gaande. Voor zover verzoeker heeft willen betogen dat curatoren strafrechtelijke aangifte moeten doen oordeelt de rechtbank dat artikel 69 Fw daar niet voor bedoeld is. En daarnaast is, zoals gezegd, het onderzoek nog gaande.

T.M.M. Schaap, november 2017

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 06-11-2017

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2017:9268

Zaaknummer: C/15/263997 / FT RK 17-1403

Rechters: M.J. Smit, W.S.J. Thijs en M. Wouters

Advocaten: M. Hoogenboom

Wetsartikelen: 69 Fw

RECHTSPRAAK

Gefailleerde/Lückers q.q.

Artikel 81 lid 1 Wet RO. De vaststellingsovereenkomst tussen de gefailleerde en de curator is uiteindelijk zo uitgelegd dat fiscaal compensabele verliezen niet vallen onder de in artikel 21 Fw genoemde uitzonderingscategorieën. Daarnaast heeft verzoeker geen belang bij een proceskostenveroordeling ten laste van de curator, omdat dit zou neerkomen op een betaling van de boedel (door de curator in zijn hoedanigheid) aan de boedel.

Verzoeker is op 21 juni 2006 persoonlijk failliet verklaard. In 2012 is tussen verzoeker en de curator als verweerder in cassatie, daartoe gemachtigd door de R-C bij beschikking van 7 mei 2012, in een vaststellingsovereenkomst neergelegd dat alle inkomsten van verzoeker van na 1 mei 2012 buiten de boedel zullen vallen.

Op 24 maart 2015 heeft de rechter-commissaris een verzoek van verzoeker (ex art. 69 Fw) dat betrekking had op de vaststellingsovereenkomst afgewezen. In het daarop volgende hoger beroep (art. 67 Fw) is tussen verzoeker en de curator op 2 juni 2015 een aanvullende overeenkomst tot stand gekomen. Hierna heeft de rechtbank bij beschikking van 9 juni 2015 de beschikking van de R-C van 24 maart 2015 vernietigd en de curator veroordeeld in de proceskosten van verzoeker, begroot op € 1.189.

In deze procedure resteert dan, overigens na verwijzing in cassatie, de uitleg van die aanvullende overeenkomst, voor zover daarin is bepaald dat '*de curator alle gelden die hij in dit kader heeft en nog zal ontvangen van de belastingdienst, zal terugstorten naar de belastingdienst*'.

Partijen zijn te dien aanzien verdeeld over de vraag of belastingteruggaven voortvloeiend uit fiscaal compensabele verliezen van vóór 1 mei 2012 onder deze afspraken zijn begrepen, nu de aanvullende overeenkomst slechts spreekt over inkomsten.

In dat verband stelt verzoeker dat de onderhavige belastingteruggaven (niettemin) onder de werking van de aanvullende overeenkomst vallen, omdat de curator de belastingteruggaven

met betrekking tot de jaren 2013 en 2014 wel aan hem heeft doorbetaald. De curator stelt daartegenover dat de overeenkomst van partijen (uitsluitend) betrekking heeft op inkomsten uit arbeid en dat daaronder niet valt een teruggave van de belastingdienst.

Het hof heeft onder toepassing van de *Haviltex*-maatstaf geoordeeld dat fiscaal compensabele verliezen niet kunnen worden beschouwd als '*hetgeen de gefailleerde door persoonlijke werkzaamheid (...) gedurende het faillissement verkrijgt (...)*', noch kunnen deze verliezen naar het oordeel van het hof worden gebracht onder een van de overige in artikel 21 Fw genoemde categorieën van goederen die buiten het faillissement blijven. Daarmee vallen compensabele verliezen in de boedel, dat wil zeggen staan deze niet ter beschikking van verzoeker.

Daarnaast heeft het hof geoordeeld dat verzoeker geen belang heeft bij een proceskostenveroordeling ten laste van de curator, omdat dit zou neerkomen op een betaling van de boedel (door de curator in zijn hoedanigheid) aan de boedel.

Het daartegen gerichte beroep in cassatie wordt door de Hoge Raad verworpen (art. 81 lid 1 Wet RO).

M. Verdonk

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 27-10-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:2791

Zaaknummer: 17/00018

Rechters: C.A. Streefkerk, G. Snijders, M.V. Polak, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh en T.H. den Tanja-van Broek

Advocaten: J. van Weerden en J.P. Heering

Wetsartikelen: 21 Fw, 69 Fw, 3:303 BW en 81 Wet RO

RECHTSPRAAK

Deve Pluimveebedrijf c.s./TRT S.A.

Partijen hebben een vaststellingsovereenkomst gesloten ter beëindiging of voorkoming van geschil of onzekerheid. De daaruit voortvloeiende vordering van de wederpartij noch haar inningsbevoegdheid kan worden aangevochten met een beroep op een wilsgebrek.

Tussen partijen is samengevat in geschil of geïntimeerde (TRT) krachtens cessie een (reeds verpande) vordering van een miljoen euro op appellante c.s. (Deve Pluimveebedrijf) heeft verkregen, dan wel dat zij door toestemming van de pandhouder (art. 3:236 lid 4 BW) ten aanzien van die vordering inningsbevoegd is gemaakt. De vordering waar het om gaat, vloeit voort uit een tussen Deve en TRT op 7 augustus 2011 gesloten vaststellingsovereenkomst.

In dit hoger beroep wordt de vordering respectievelijk de inningsbevoegdheid van TRT door appellante c.s. bestreden op grond van haar primaire standpunt dat de vaststellingsovereenkomst vernietigbaar is wegens bedreiging respectievelijk misbruik van omstandigheden (art. 3:44 leden 2 en 4 BW).

Het hof stelt bij zijn beoordeling voorop dat ter bepaling van de rechtsposities van partijen uit moet worden gegaan van de verbindende kracht van de vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 lid 1 BW). Deze is blijkens haar considerans gesloten ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of een geschil. Gesteld noch gebleken is dat partijen hierbij geen belang hadden.

Ten aanzien van het beroep op een eventueel wilsgebrek dienen alle omstandigheden van het geval in ogenschouw te worden genomen. Daarbij is van belang dat het in dit geval gaat om professionele partijen die zelf ervaring hebben opgedaan met het sluiten van zakelijke overeenkomsten en die de mogelijkheid hebben om deskundig advies in te winnen. Van die mogelijkheid hebben appellante c.s. ook gebruikgemaakt.

De enkele stelling van appellante c.s. dat zij vreesde dat vorderingen van geïntimeerde op haar door een derde partij zouden worden overgenomen, waardoor zij zich ook wegens financiële problemen gedwongen voelde met de vaststellingsovereenkomst akkoord te gaan, is naar het

hof oordeelt onvoldoende om te beantwoorden aan de vereisten van artikel 3:44 lid 2 BW.

Bij toepassing van artikel 3:44 lid 4 BW geldt dat sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden van een aard als in die bepaling opgesomd. Het standpunt van appellante c.s. komt erop neer dat zij zich zozeer klemgezet voelde door of namens geïntimeerde vanwege het risico van voor haar nadelig optreden voor haar onderneming in de Verenigde Staten dat zij tegen het advies van adviseurs in akkoord is gegaan met de vaststellingsovereenkomst. Naar het oordeel van het hof heeft appellante c.s. hiermee onvoldoende onderbouwd dat sprake is geweest van zodanig bijzondere omstandigheden dat haar een beroep op artikel 3:44 lid 4 BW toekomt.

Uitgaande van de rechtsgeldigheid van de vaststellingsovereenkomst is er een vordering op Deve Pluimveebedrijf ontstaan, die op grond van cessie dan wel toestemming van de pandhouder door geïntimeerde TRT kan worden geïnd.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 24-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:4627

Zaaknummer: 200.188.698_01

Rechters: B.A. Meulenbroek, M.G.W.M. Stienissen en J.R. Sijmonsma

Advocaten: H.T. Verhaar en P.M. Scholtes

Wetsartikelen: 3:246 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Curator WEA Beheer/X

De feiten en omstandigheden die de bestuurder heeft aangevoerd duiden niet op een andere (van buiten komende) oorzaak van het faillissement. Zij wijzen er integendeel juist op dat de bestuurder er niets aan heeft gedaan om verandering in de materiële insolventie van de vennootschap te brengen onder meer doordat een activiteit buiten de statutaire doelomschrijving van de vennootschap werd ontplooid op een moment dat omzet ontbrak.

WEA Beheer B.V. is opgericht op 27 mei 2003. Geïntimeerde is enig aandeelhouder en bestuurder van deze vennootschap. Tussen geïntimeerde en WEA Beheer bestond een rekening-courantverhouding. Geïntimeerde dreef daarnaast nog een eenmanszaak. Op 23 april 2013 is WEA Beheer op eigen aangifte failliet verklaard met aanstelling van appellant tot curator.

In 2009 heeft TéDé Holding B.V., de rechtsvoorgangster van WEA Beheer, een motorschip gekocht en geleverd gekregen voor een bedrag van € 60.000. In verband met de aankoop en de restauratiekosten heeft WEA Beheer op 21 april 2009 een geldleningsovereenkomst bij ING Bank afgesloten van € 130.000.

Op de datum van haar faillissement waren de jaarrekeningen van WEA Beheer over 2009, 2010 en 2011 nog niet gedeponereerd. Dit is alsnog gebeurd op 25 november 2013. Uit de jaarrekening 2008 volgt dat WEA Beheer een vordering in rekening-courant op geïntimeerde heeft ter hoogte van € 53.700. In de daarop volgende jaren is deze schuld opgelopen tot € 85.618 in 2011.

Het hof stelt vast dat hier sprake is van een forse overschrijding van de openbaarmakingstermijn. Aldus heeft geïntimeerde in de periode van drie jaar voorafgaand aan het faillissement niet voldaan aan de op hem als bestuurder rustende verplichting ingevolge artikel 2:394 BW. Hiervoor is evenmin een deugdelijke verklaring gegeven zodat geen sprake is van een onbelangrijk verzuim.

Daarnaast is het hof gebleken dat geïntimeerde in de drie jaren voor het faillissement van WEA Beheer evenmin heeft voldaan aan de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW, zodat uit de administratie niet de verplichtingen van die vennootschap konden worden gekend. Aldus heeft geïntimeerde niet voldaan aan zijn door artikel 2:248 lid 2 opgelegde verplichtingen, zodat vast staat dat hij zijn taak over de gehele linie onbehoorlijk heeft vervuld terwijl wordt vermoed dat dat een belangrijke oorzaak is voor het faillissement.

Ter ontzenuwing van dat vermoeden heeft geïntimeerde er kort gezegd op gewezen dat in gunstig economisch tij is besloten tot aankoop van het schip waarvoor WEA Beheer een ondernemingsplan aan ING Bank heeft overgelegd en krediet heeft verkregen. Na renovatie zou met de exploitatie van het schip omzet kunnen worden behaald, maar dat is doorkruist door de economische crisis.

Het hof doet dit verweer als volgt af. Het exploiteren van een schip was een activiteit die niet past binnen de statutaire doelomschrijving van WEA Beheer. Het beweerdelijke ondernemingsplan is niet aannemelijk gemaakt. Evenmin is op andere wijze inzichtelijk gemaakt hoe de vennootschap na de aankoop van het schip aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen, terwijl voorzienbaar was dat de eerstvolgende jaren geen omzet met het schip zou kunnen worden gerealiseerd terwijl er evenmin sprake was van een bestaande omzet. Daarbij komt dat de ING-lening al was verbruikt en dat geïntimeerde geld opnam uit de vennootschap terwijl deze sinds 2009 verliesgevend was. Geïntimeerde heeft er als bestuurder niets aan gedaan om hier verandering in te brengen. De feiten en omstandigheden die geïntimeerde heeft aangevoerd duiden niet op een andere (van buiten komende) oorzaak van het faillissement. Zij illustreren juist dat de oorzaak van het faillissement is gelegen in de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, zodat geïntimeerde deswege aansprakelijk kan worden gehouden.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:9209

Zaaknummer: 200.171.506/01

Rechters: I. Tubben, M.M.A. Wind en W.A. Zondag

Advocaten: T.H.I.M. Pierik en M.C.J. Freijters

Wetsartikelen: 2:248 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Holding B.V./Beheer B.V.

Bij stille verpanding van vorderingen op naam waarbij de te verpanden vorderingen expliciet worden vermeld op een bij de pandakte behorende pandlijst, is die lijst leidend.

Recycling B.V. heeft in opdracht van geïntimeerde Beheer B.V. in 2013 en 2014 werkzaamheden verricht. Recycling heeft hiervoor via zeven facturen een bedrag van ruim tienduizend euro in rekening gebracht.

Blijkens geregistreerde akte van 27 januari 2014 heeft Recycling haar 'uitstaande' vorderingen op 20 januari 2014 stil verpand aan appellante Holding B.V. Bij de pandakte is een bijbehorende computerlijst van te verpanden vorderingen vermeld. Daarop zijn niet alle zeven nog openstaande vorderingen van Recycling op geïntimeerde vermeld, maar slechts vier daarvan.

Een tweede pandakte is vervolgens geregistreerd op 30 januari 2014. Dat was evenwel nadat Recycling bij vonnis van 28 januari 2014 failliet is verklaard. Bij deze vestigingsakte is wederom een computerlijst vermeld. Hierop staan wél alle zeven nog openstaande vorderingen van Recycling op geïntimeerde vermeld.

Bij brief van 10 juli 2014 heeft appellante echter aan geïntimeerde laten weten dat zij pandhouder is van zeven op geïntimeerde nog openstaande vorderingen en geïntimeerde gesommeerd die aan haar te betalen (art. 3:239 lid 3 jo. 3:246 lid 1 BW).

Nadien is door appellante een bodemprocedure ter incasso van de zeven vorderingen gestart. In dit hoger beroep betwist geïntimeerde het pandrecht van appellante. De eerste kwestie die daartoe door haar wordt opgeworpen is dat de akte van 27 januari 2014 geen betrekking heeft op alle vorderingen van Recycling op geïntimeerde.

Dat verweer slaagt. Het hof stelt bij zijn beoordeling voorop dat bij vestiging van een stil pandrecht op vorderingen op naam waarbij de te verpanden vorderingen expliciet worden vermeld op een lijst zoals in dit geval, die lijst leidend is. Nu niet alle vorderingen van

Recycling op geïntimeerde voorkomen op de lijst die is gevoegd bij de akte van 20 januari 2014, zijn de daarop niet genoemde vorderingen niet verpand bij die akte. Niet relevant is wat hier de bedoeling van partijen was. Het hof herinnert er fijntjes aan dat partijen hier ook hadden kunnen kiezen voor een generieke omschrijving, hetgeen zij hebben nagelaten.

De tweede kwestie is het tijdstip van registratie van de tweede pandakte met de daarbij behorende pandlijst die wél alle vorderingen van Recycling op geïntimeerde vermeldt. Nu de tweede pandakte op 27 januari 2014 per post verzonden werd, moet het er volgens het hof voor worden gehouden dat zij niet eerder bij de Belastingdienst kan zijn aangekomen dan 28 januari 2014. Dat is de dag van faillietverklaring, zodat het pandrecht op de resterende vorderingen vanaf die dag niet meer rechtsgeldig kon worden gevestigd (art. 23 Fw).

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 17-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:4570

Zaaknummer: 200.180.468_01

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, R.R.M. De Moor en J.R. Sijmonsma

Advocaten: I.J.A.J. Hanssen en M.P.G.M. Gorgels

Wetsartikelen: 3:239 lid 1 BW en 6:130 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

H5 c.s./BoFinn c.s.

Onbehoorlijke taakvervulling nu gedaagde, in strijd met de statuten en zijn informatieplicht, namens de vennootschap onzakelijke leningen heeft verstrekt en kosten heeft gemaakt die vallen buiten de normale bedrijfsvoering. Hierover had gedaagde met zijn medeaandeelhouders moeten overleggen. Het ging hier immers om geld dat aan de aandeelhouders gezamenlijk toekomt.

Eiseres H5 is enig aandeelhouder en bestuurder van HiLux B.V. (mede-eiseres). H5 werd tussen september 2005 en maart 2016 bestuurd door BoFinn, de personal holding van gedaagde, natuurlijk persoon. Tussen gedaagde en H5 bestond sinds 1 september 2005 tevens een managementovereenkomst.

In 2007 richt H5 HiLux op. Begin 2010 raakt HiLux via gedaagde betrokken in een nieuw project, genaamd "Project Plofpijp", dat een idee is van de particulier bestuurder van EAH B.V. Die laatste vindt ook een investeerder voor het project in X B.V.

X B.V. is bereid te investeren op voorwaarde dat het octrooi voor de plofpijp wordt ondergebracht in een aparte entiteit. In dat kader wordt in maart 2012 Synex B.V. opgericht. H5 houdt 10% van de aandelen, VoSN B.V. en EAH B.V. houden de overige aandelen.

Niet lang na oprichting van Synex ontstaat een geschil tussen VoSN en de bestuurder van EAH. Dit heeft geleid tot een arbitrale procedure, waarbij alle gerechtelijke kosten van de bestuurder van EAH door gedaagde namens H5 zijn betaald.

Synex is op 30 april 2015 failliet verklaard. Rond die tijd heeft gedaagde aan de aandeelhouders van H5 een reddingsplan voor het plofpijpproject gepresenteerd. Dat plan behelsde de oprichting van een Amerikaanse vennootschap waarin een nieuw octrooi voor de plofpijp zou worden ingebracht.

Ondanks de Amerikaanse oprichtingshandeling is het nieuwe octrooi ingebracht in het Nederlandse EMC B.V., waarvan onder meer gedaagde en diens zoon middellijk bestuurder

zijn. Vervolgens stelt gedaagde alles in het werk om het plofpijpproject te redden door H5 te laten blijven investeren.

Zo blijkt tijdens een AVA van H5 in 2016 dat namens H5 en HiLux door gedaagde forse ongedekte geldleningen zijn verstrekt aan zowel de bestuurder van EAH als aan aan gedaagde gelieerde partijen, onder verlening van uitstel voor onbepaalde tijd voor aflossingsverplichtingen.

Op dezelfde AVA is gedaagde ontslagen, waarna op 24 augustus 2016 de managementovereenkomst met gedaagde is opgezegd. Nadien hebben H5 c.s. gedaagde aangesproken op grond van (interne) bestuurdersaansprakelijkheid (art. 6:162 BW en art. 2:9 BW).

Met inachtneming van artikel 2:9 BW oordeelt de rechtbank dat gedaagde, met zijn beslissing om namens H5 over te gaan tot betaling van de gerechtelijke kosten van de bestuurder van EAH, zonder hierover te overleggen met de overige aandeelhouders, zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. De statuten boden hem hiervoor geen ruimte en dergelijke kosten vallen buiten de normale bedrijfsvoering. Hierover had hij met zijn medeaandeelhouders moeten overleggen, temeer daar het aan hen gezamenlijk toekomende gelden betrof.

Hetzelfde oordeel treft het buiten de aandeelhouders om verstrekken van leningen tegen ongunstige en dus onzakelijk voorwaarden. Ten slotte is ook het buiten de aandeelhouders om opzetten van een constructie voor het factureren van advieswerkzaamheden door een gelieerde vennootschap aan HiLux, naar het oordeel van de rechtbank een overschrijding van de grenzen van een behoorlijke taakvervulling. Ook hierbij ging het om geld van alle aandeelhouders en heeft gedaagde niet voldaan aan zijn informatieverplichtingen jegens de aandeelhouders.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft gedaagde aldus gehandeld in strijd met de statuten en kan hem om die reden van dat handelen een ernstig verwijt worden gemaakt. De rechtbank acht het daarnaast aannemelijk dat H5 c.s. hierdoor schade heeft geleden.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 11-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2017:5452

Zaaknummer: C/05/312512 / HA ZA 16-627 en C/05/315655 / HA ZA 17-59

Rechters: M.A.M. Vaessen, T.P.E.E. van Groeningen en G.A. van der Straaten

Advocaten: E. Abramse en W.A.J. Hagen

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Curator Bouwbedrijf Th. De Vries/X

Dat de titel voor vestiging van het hypotheekrecht haar grondslag vond in een daartoe opgestelde aanvullende overeenkomst, maakt niet dat haar vestiging en inschrijving als onverplichte rechtshandeling in de zin van artikel 42 Fw kunnen worden aangemerkt.

Geïntimeerde is een particulier die medio 2010 een woning met bedrijfsruimte heeft gekocht. Voordat overdracht kon plaatsvinden is de woning met bedrijfsruimte op 20 augustus 2010 echter afgebrand. Deswege heeft geïntimeerde met appellant, Bouwbedrijf Th. de Vries en Zonen B.V., op 10 maart 2011 voor een kwart miljoen euro een aannemingsovereenkomst gesloten voor herbouw van de woning met loods.

Ter uitvoering van de aannemingsopdracht en tot zekerheid voor de herbouw is door Bouwbedrijf De Vries een hypotheekrecht aan geïntimeerde bij aanvullende overeenkomst van 11 maart 2011 toegezegd omdat de verzekeraar van geïntimeerde bereid was vooraf een groot bedrag over te maken voor de herbouw.

Bouwbedrijf De Vries heeft geïntimeerde conform de aannemingsovereenkomst een aantal facturen gezonden, in totaal voor een bedrag van € 238.600,01. Geïntimeerde heeft alle facturen in 2011 voldaan. Een deel van de betalingen van geïntimeerde zijn door Bouwbedrijf De Vries in 2011 naar geïntimeerde teruggestort.

Nadat de bouwvergunning is verleend zijn de bouwwerkzaamheden aan de woning per juni 2013 begonnen. Bij brief van 4 september 2013 heeft geïntimeerde echter de aannemingsovereenkomst voor wat betreft de woning opgezegd. Geïntimeerde heeft aangegeven geen vertrouwen meer te hebben in de goede afloop. Een dag later is het hypotheekrecht ten gunste van geïntimeerde gevestigd.

Op 17 september 2013 is Bouwbedrijf De Vries in staat van faillissement verklaard. De curator heeft de vestiging van het recht van hypotheek vernietigd op grond van artikel 42 Fw. In dit hoger beroep is daarom allereerst aan de orde of de vestiging en inschrijving van de hypotheek in dat verband als een onverplichte rechtshandeling moet worden aangemerkt. Het hof stelt

voorop dat de bewijslast daarvoor ligt bij de curator.

Het hof acht de curator vervolgens niet geslaagd in dat bewijs nu voldoende overtuigend is komen vast te staan dat de vestigingshandeling haar grondslag vindt in de aanvullende overeenkomst van 11 maart 2011. Daarnaast oordeelt het hof dat geïntimeerde een vordering uit niet-nakoming op Bouwbedrijf De Vries heeft en dat het hypotheekrecht was bedoeld tot zekerheid daarvan te dienen. Vast staat immers dat van de door Bouwbedrijf De Vries te bouwen woning slechts het houten skelet tot eerste verdiepingshoogte is geplaatst en dat de woning niet zal worden afgebouwd, omdat het de curator daartoe aan de middelen ontbreekt. Daar staat tegenover dat geïntimeerde een bedrag van € 146.880 aan Bouwbedrijf De Vries heeft betaald. Dat is aanzienlijk meer dan de waarde van het uitgevoerde werk, hetgeen niet voldoende door de curator is betwist. Daarmee strandt naar het oordeel van het hof het beroep op artikel 42 Fw. Dat lot treft ook het subsidiaire beroep op artikel 47 Fw.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 10-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:8801

Zaaknummer: 200.187.690/01

Rechters: L. Janse, D.J. Keur en O.E. Mulder

Advocaten: J. Pieters en T.J.J. Bodewes

Wetsartikelen: 42 Fw en 47 Fw

RECHTSPRAAK

Appellante/UWV

De regeling voor de aanvraag van een WW-uitkering na ontslag door de curator in het faillissement van de werkgever, moet strikt worden onderscheiden van de regeling voor de aanvraag van een faillissementsuitkering. Een dientengevolge apart door de werknemer aan te vragen faillissementsuitkering kent een zelfstandige en in beginsel fatale termijn van 26 weken na het faillissement van de werkgever.

De werkgeefster van appellante is op 5 juli 2014 door de Rechtbank Amsterdam in staat van faillissement verklaard. Bij brief van 7 juli 2014 heeft de curator de arbeidsovereenkomst van appellante opgezegd (art. 40 Fw).

Op 29 september 2014 heeft appellante een aanvraag om een werkloosheidsuitkering ingevolge de Werkloosheidswet (WW) ingediend bij het UWV. Bij besluit van 22 oktober 2014 heeft het UWV bepaald dat de aanvraag niet in behandeling wordt genomen omdat niet kan worden vastgesteld of appellante in aanmerking komt voor een WW-uitkering. Appellante heeft hiertegen bezwaar gemaakt.

Het UWV heeft appellante vervolgens bij brief van 22 april 2015 meegedeeld dat het voornemens is het besluit van 22 oktober 2014 te herzien, in die zin dat de aanvraag wel in behandeling wordt genomen en aan appellante met ingang van 18 augustus 2014 een WW-uitkering wordt toegekend. Appellante heeft hiertegen opnieuw schriftelijk bezwaar gemaakt. Ditmaal omdat zij meent in aanmerking te komen voor een uitkering wegens betalingsonmacht op grond van hoofdstuk IV van de WW.

Om dit laatste gaat het in deze zaak. Want bij besluit van 4 november 2015 heeft het UWV die aanvraag niet in behandeling genomen omdat deze niet binnen 26 weken nadat de werkgeefster failliet is verklaard is ingediend. Het UWV overwoog daartoe kort gezegd dat een scherp wettelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen een uitkering wegens betalingsonmacht en een uitkering wegens ontslagwerkloosheid.

Het hiertegen gemaakte bezwaar is ook in beroep afgewezen. Naar de rechtbank vaststelde, is op 30 april 2015 door appellante verzocht om een faillissementsuitkering. Het faillissement van de werkgeefster van appellante was op 5 juli 2014. Daarmee is die aanvraag later dan 26 weken na het faillissement ingediend. Op grond van de dwingendrechtelijke bepaling van artikel 62, derde lid, eerste volzin, van de WW was het UWV dus niet bevoegd om appellante een uitkering op grond van hoofdstuk IV van de WW toe te kennen, aldus de rechtbank.

Dat oordeel blijft in dit hoger beroep overeind. Er is geen sprake van een bijzonder geval. Appellante was van het faillissement van haar werkgeefster op de hoogte en het stond haar vrij tijdig een juiste aanvraag in te dienen. Ook werd zij bijgestaan door een professioneel gemachtigde. Niet juist is de opvatting dat op grond van artikel 61 van de WW een nieuwe aanvraag voor een faillissementsuitkering niet nodig is omdat die aanvraag in de aanvraag voor een WW-uitkering ligt inbegrepen. Dit ingevolge het bepaalde in artikel 22 lid 1 WW en het feit dat er sprake is van aparte regelingen binnen de WW.

M. Verdonk

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 04-10-2017

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2017:3428

Zaaknummer: 17/140 WW

Rechters: H.G. Rottier

Advocaten: J.R. Seedorf en W.H.M. Visser

Wetsartikelen: 40 Fw, 61 WW, 62 lid 3 WW en 22 lid 1 WW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid van foodhallexploitant nu vast is komen te staan dat bij het aangaan van de betalingsverplichtingen er sprake was van een financieringstekort.

De exploitant van een foodhall (gedaagde) is met een aannemer (eiseres) een aanneemovereenkomst aangegaan. Toen bleek dat gedaagde niet aan haar betalingsverplichtingen zou kunnen voldoen heeft eiseres ten laste van gedaagde beslag gelegd. Enige tijd later is gedaagde failliet gegaan. Gedaagde voert aan dat het feit dat eiseres beslag heeft gelegd en hij failliet is gegaan aan schadevergoeding in de weg staat. De rechtbank verwerpt dit argument met het feit dat het eiseres vrij stond om beslag te leggen ter verzekering van haar vordering en dat gedaagde meer van de schuld had kunnen voldoen zónder het beslag; het faillissement kan om deze reden niet aan eiseres worden tegengeworpen. Nu vast is komen te staan dat bij het aangaan van de aanneemovereenkomst sprake was van een financieringstekort en dat gedaagde wist of redelijkerwijs had horen te begrijpen dat zijn bedrijf niet aan zijn betalingsverplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal bood, is er sprake van bestuurdersaansprakelijkheid.

T.M.M. Schaap, november 2017

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 09-08-2017

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2017:5550

Zaaknummer: C/16/422695 / HA ZA 16-665

Rechters: A. Blanke

Advocaten: P.V. Kleijn en W.J.M. Sprangers

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

UWV/Aukema q.q.

Prejudiciële procedure. De Hoge Raad komt niet terug van LISV/Wilderkink q.q.: vergoeding in verband met niet-genoten vakantiedagen is boedelvordering, ook voor zover aanspraak op vakantiedagen voor faillissement is opgebouwd. Uit HR Koot/Tideman volgt geen ander oordeel.

X B.V. is in 2014 failliet verklaard. Het UWV vordert een verklaring voor recht dat de door UWV in het faillissement ingediende vordering in verband met vergoeding in geld van niet-genoten vakantiedagen, ook voor zover betrekking hebbend op de periode vóór de faillietverklaring, dient te worden aangemerkt als boedelvordering. Het UWV is in deze vorderingen van de werknemers gesubrogeerd op grond van de loongarantieregeling (art. 61 e.v. Ww). De curator betwist dat sprake is van een boedelvordering voor zover de vergoeding voor niet-genoten vakantiedagen betrekking heeft op verlof dat is opgebouwd vóór de datum van faillietverklaring. De rechtbank heeft prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld.

De eerste twee prejudiciële vragen stellen aan de orde of HR LISV/Wilderkink q.q. (NJ 2000/53), waarin geoordeeld werd dat de betreffende vordering een boedelvordering betreft, nog wel geldend recht is na HR Koot/Tideman (NJ 2013/291), waarin de Hoge Raad van het zogenoemde 'toedoen criterium' voor het ontstaan van boedelschulden is afgestapt. De Hoge Raad overweegt dat LISV/Wilderkink q.q. nog geldend recht is. Het in HR Koot/Tideman overwogene maakt dit in de lezing van de Hoge Raad niet anders, nu het hier een boedelschuld op grond van de wet (art. 40 Fw) betreft.

De Hoge Raad gaat, hoewel niet meer nodig voor toewijzing van de vordering van UWV, ook nog in op een derde prejudiciële vraag, die kort gezegd aan de orde stelt of werknemers verplicht kunnen worden hun vakantiedagen na faillissement op te nemen om zo de boedelschuld te beperken. Een dergelijke verplichting kan volgens de Hoge Raad niet aangenomen worden. De werknemer kan er bij het einde van de arbeidsovereenkomst dus voor kiezen jegens de boedel zijn recht op uitbetaling van niet-genoten vakantie in geld uit te oefenen (art. 7:641 BW jo. art. 7:645 BW).

A.L. Jonkers, november 2017

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 17-11-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:2907

Zaaknummer: 17/01157

Rechters: T.H. den Tanja-van Broek, A.H.T. Heisterkamp, G. de Groot, M.V. Polak en C.A. Streefkerk

Advocaten: B.I. Kraaijpoel en M.E. Bruning

Wetsartikelen: 40 Fw

RECHTSPRAAK

Famed/Kreikamp q.q.

Famed meent een pandrecht op vorderingen voor ten tijde van faillietverklaring nog onderhanden werk te hebben, terwijl dit volgens de curator niet mogelijk is omdat de vorderingen in de lezing van de curator ten tijde van faillietverklaring nog niet waren ontstaan. De Hoge Raad oordeelt, anders dan het hof deed, grotendeels ten gunste van Famed, overwegende dat de aard van de geneeskundige behandelingsovereenkomst meebrengt dat ingeval in het kader van die overeenkomst meerdere, als zodanig identificeerbare en op geld waardeerbare deelprestaties kunnen worden aangewezen, na verrichting van elk van die deelprestaties een daarmee corresponderende vordering tot betaling van loon ontstaat, tenzij partijen anders zijn overeengekomen.

Better Life B.V. was een zorgaanbieder, gericht op het behandelen van (jong) volwassenen en kinderen met ADHD, ADD, het syndroom van Asperger, of PDD-NOS. Famed factureerde en incasseerde declaraties voor het in 2013 failliet verklaarde Better Life B.V. en deed voorfinanciering voor de declaraties. Ten tijde van de faillietverklaring had Famed een vordering op Better Life van meer dan € 2,4 miljoen. Het wel verrichte, maar nog niet bij zorgverzekeraars en klanten in rekening gebrachte werk bedroeg ten tijde van faillietverklaring ruim € 1,2 miljoen. Famed meent een pandrecht op de vorderingen uit onderhanden werk te hebben. De curator betwist dit. Voornaamste geschilpunt is of de vorderingen uit onderhanden werk voor faillissement reeds waren ontstaan, in welk geval er een geldig pandrecht gevestigd zou kunnen zijn. Indien anderzijds geoordeeld moet worden dat die vorderingen nog niet ontstaan waren ten tijde van faillissement, kan er ook geen pandrecht op zijn gevestigd.

Famed kreeg van de rechtbank gelijk. Het Hof Amsterdam vernietigde dat vonnis, overwegende dat de vorderingen nog niet waren ontstaan. De Hoge Raad vernietigt het arrest

van het hof, kort gezegd overwegende dat de vorderingen mogelijk deels wel reeds waren ontstaan voor zover er sprake is van voltooide deelprestaties.

Het hof liet zich in zijn overwegingen sterk leiden door het publiekrechtelijke kader. De door Better Life verleende zorg gold in de relevante periode een DBC (Diagnose Behandeling Combinatie)-regeling, te weten de Regeling Declaratiebepalingen DBC's in de curatieve GGZ nr. NR/CU-524 (*Stcrt.* 19 september 2012, nr. 18805). Artikel 4 van deze regeling bepaalt onder 4: "4. Voor het leveren van zorg aan een cliënt kan de zorgaanbieder een bij deze zorg behorend DBC-tarief declareren indien voldaan is aan de volgende voorwaarden: a. het gehele DBC-traject is afgesloten overeenkomstig het document 'Spelregels DBC-registratie GGZ 2013'; b. de stappen die het DBC-traject omvatten, te weten: openen, typeren, registreren, sluiten en valideren, zijn volledig doorlopen;(…)." Mede op basis van deze DBC-regeling, waar niet van mag worden afgeweken, oordeelde het hof dat de vorderingen voor het onderhanden werk nog niet konden zijn ontstaan.

De Hoge Raad kiest een geheel andere invalshoek. Met verwijzing naar de MvT bij de Wet aanvulling instrumenten bekostiging WMG overweegt de Hoge Raad dat de regulering krachtens de WMG naar de bedoeling van de wetgever geen invloed heeft op het ontstaan van de vordering van een zorgaanbieder tot vergoeding van de kosten van door hem verleende zorg, maar met name de hoogte en declaratiewijze van het daarvoor geldende tarief bepaalt. De Hoge Raad overweegt voorts dat zorgverlening in de regel plaatsvindt op grond van een geneeskundige behandelingsovereenkomst (art. 7:446 BW), wat een bijzondere vorm van de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW) is. Uit de aard van de overeenkomst van opdracht vloeit naar het oordeel van de Hoge Raad, met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, voort dat de vordering tot betaling van loon (behoudens andersluidende partijafsprake) ontstaat nadat de overeengekomen werkzaamheden zijn verricht. Indien de opdracht behelst dat gedurende langere tijd werkzaamheden worden verricht, of betrekking heeft op werkzaamheden die uit meerdere onderdelen bestaan, kan dat meebrengen dat tussentijds, dat wil zeggen voordat de opdracht geheel is uitgevoerd, loonaanspraken ontstaan. Een redelijke toepassing van artikel 7:461 BW brengt daarom mee dat ingeval in het kader van een geneeskundige behandelingsovereenkomst meerdere, als zodanig identificeerbare en op geld waardeerbare deelprestaties kunnen worden aangewezen, na verrichting van elk van die deelprestaties een daarmee corresponderende vordering tot betaling van loon ontstaat, tenzij partijen anders zijn overeengekomen.

De DBC-regeling staat zoals gezegd in de lezing van de Hoge Raad niet in de weg aan het tussentijds ontstaan van loonvorderingen voor onderhanden werk. De DBC-regeling komt volgens de Hoge Raad echter wel betekenis toe in dit kader. In de DBC-regeling worden tarieven voor diverse deelprestaties onderscheiden. Die deelprestaties met bijbehorende

tarieven zijn binnen een geneeskundige behandelingsovereenkomst aan te merken als identificeerbare en op geld waardeerbare deelprestaties. Ter beantwoording van de vraag of en op welk moment gedurende een DBC-traject loon verschuldigd wordt, moet dus worden aangesloten bij de binnen dat systeem aangewezen deelprestaties voor zover deze zijn voltooid.

A.L. Jonkers, november 2017

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 17-11-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:2901

Zaaknummer: 16/03561

Rechters: T.H. den Tanja-van Broek, C.E. du Perron, E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp en M.V. Polak

Advocaten: K. Teuben

Wetsartikelen: 7:461 BW

RECHTSPRAAK

leverancier/Curatoren V&D

Tussen V&D en de leverancier is geen geldig eigendomsvoorbehoud overeengekomen. De leverancier kan zich ten aanzien van een deel van de producten wel op het recht van reclame (art. 7:39 BW) beroepen. De dubbele termijn van artikel 7:44 BW is pas gaan lopen nadat de door V&D bedongen betalingstermijn van 'ten minste 90 dagen' reeds is verlopen. Oneigenlijke vermenging van producten levert wel problemen op. De leverancier dient te bewijzen welke producten onder het recht van reclame vallen. Voor zover ze kan bewijzen dat een X aantal producten van de voorraad ten tijde van het faillissement onder haar recht van reclame valt, acht de rechtbank dat voldoende om het recht van reclame in te roepen. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid brengt met zich mee dat de curatoren zich dan niet op oneigenlijke vermenging kunnen beroepen.

In dit geschil tussen de curatoren van V&D en een vaste leverancier van bad- en beddengoed draait het om eigendomsvoorbehoud en recht van reclame. De leverancier heeft een vordering op V&D van ruim € 370.000 aan openstaande facturen ingediend in het faillissement van V&D. De leverancier maakt daarbij aanspraak op eigendomsvoorbehouden ten aanzien van de door haar geleverde maar niet betaalde goederen. V&D wijst echter op een *Supplier Declaration* die door de leverancier is ondertekend, waarin opgenomen is dat niet onder eigendomsvoorbehoud wordt geleverd. De argumenten van de leverancier, inhoudende dat ze desondanks een eigendomsvoorbehoud zou hebben bedongen door bij facturen op haar eigen voorwaarden te wijzen, althans dat de *Supplier Declaration* niet geldig zou zijn omdat die door de verkeerde persoon binnen haar organisatie zou zijn getekend en tevens onder valse voorwendselen, wijst de rechtbank van de hand. Er is daarmee naar het oordeel van de rechtbank geen geldig eigendomsvoorbehoud overeengekomen.

Wel kan de leverancier ten aanzien van een deel van de geleverde goederen het recht van reclame inroepen (art. 7:39 BW). De curatoren menen dat de dubbele termijn van artikel 7:44 BW reeds bij levering van de goederen is gaan lopen, omdat de vordering van de leverancier toen volgens curatoren reeds opeisbaar was. De leverancier wijst echter op de betalingstermijn van 'ten minste 90 dagen', en meent dat haar vordering tijdens die termijn dus nog niet opeisbaar was. De rechtbank legt de afspraken tussen partijen uit in het voordeel van de leverancier, waarmee de termijn van artikel 7:44 dus pas is gaan lopen na verloop van de betalingstermijn van artikel 7:44 BW.

Problematisch bij het inroepen van het recht van reclame is nog wel dat er sprake is van oneigenlijke vermenging. Hoewel er geen twijfel over bestaat welke producten van deze leverancier komen en ook vast te stellen is ten aanzien van welke aantallen producten het recht van reclame geldig ingeroepen kan worden, is moeilijk vast te stellen welke individuele producten onder het recht van reclame vallen en welke (identieke) producten er niet onder vallen. Anders gezegd is moeilijk vast te stellen of klanten producten gekocht hebben die onder het recht van reclame vallen, of producten gekocht hebben die niet onder het recht van reclame vallen (en dus eerder aan V&D geleverd waren). De leverancier betoogt daarbij dat V&D de *first in first out* (FIFO)-methode van voorraadbeheer gebruikt en dus eerst de oudere producten verkocht zijn. Ten aanzien van de winkels acht de rechtbank dit nog niet bewezen, maar wordt de leverancier toegelaten tot bewijs en dienen de curatoren de voorraadadministratie open te leggen (art. 22 Rv; art. 3:15j sub d BW). Ten aanzien van de webshop en het distributiecentrum is wel bewezen dat de FIFO-methode werd toegepast.

Opvallend is daarbij overigens nog dat de rechtbank tot uitgangspunt neemt dat, voor zover de leverancier kan bewijzen dat een X aantal van de V&D-voorraad ten tijde van het faillissement onder haar recht van reclame viel, zij dat X aantal mag reclameren zonder deze te hoeven individualiseren. Het door de leverancier gedane beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt in zoverre gehonoreerd.

A.L. Jonkers, november 2017

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 08-11-2017

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:8185

Zaaknummer: C/13/608997 / HA ZA 16-538

Rechters: N.C.H. Blankenvoort

Advocaten: S.D.W. Gratama en C.J. Jager

Wetsartikelen: 7:39 BW, 7:44 BW en 3:84 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Eiser c.s./The Perfect Match

Gedeeltelijke opheffing van conservatoir beslag gerechtvaardigd gelet op het feit dat de in de bodemprocedure ingestelde vordering wegens bestuurdersaansprakelijkheid niet evident toewijsbaar is en de omstandigheid dat eiser thans niet kan voorzien in zijn levensonderhoud.

Opheffingskortgeding. Eiser c.s. is sinds 1 juli 2015, al dan niet via een holding, middellijk bestuurder van de op 21 februari 2017 failliet verklaarde vennootschap B&P Groep N.V. Die vennootschap staat aan het hoofd van diverse werkmaatschappijen, waaronder B&P Ede B.V.

B&P Ede exploiteerde tot haar faillissement in 2017 een accountantskantoor. In 2013 heeft gedaagde TPM succesvol bemiddeld bij een fusie tussen B&P Ede en een derde partij. Voor die werkzaamheden diende B&P Ede een *succesfee* van € 30.250 aan TPM te betalen. Dit bedrag is echter grotendeels onvoldaan gebleven.

In 2015 heeft B&P Groep gedaagde TPM opnieuw gevraagd te bemiddelen bij het zoeken naar een koper of fusiekandidaat. De door TPM aangedragen kandidaat DRV Accountants & Adviseurs heeft de activa van twee vennootschappen van B&P Groep overgenomen. De totale *succesfee* hiervoor bedraagt € 28.184,52. Ook dit bedrag is niet aan TPM voldaan.

TPM is op 8 juni 2017 een procedure gestart wegens vermeende bestuurdersaansprakelijkheid van eiser c.s. (art. 6:162 BW) rond de fusie van B&P Ede in 2013. In dat verband heeft TPM conservatoir verhaalsbeslag gelegd. Het onderhavige kort geding draait om de opheffing van de gelegde beslagen. Eiser c.s. hebben daartoe aangevoerd dat de tweevoudige op onrechtmatig handelen gebaseerde vordering van TPM ondeugdelijk is (art. 705 lid 2 Rv).

Ten aanzien van de aansprakelijkheid van eiser c.s. op grond van de Beklamel-norm bij het aangaan van de bemiddelingsovereenkomst met TPM in 2013 overweegt de voorzieningenrechter dat op dit moment, gelet op hetgeen partijen over en weer naar voren hebben gebracht, niet kan worden vastgesteld dat sprake is van een summierlijk ondeugdelijke vordering. Ten aanzien van het tweede vermeende onrechtmatige handelen, te

weten het door eiser c.s. bewerkstelligen van kort gezegd betalingsonwil van B&P Ede, overweegt de voorzieningenrechter dat het aannemelijk is dat die vordering ondeugdelijk is. Vaststaat dat eiser c.s. ten tijde van de overdracht van de activa van B&P Ede geen bestuurder was van B&P Groep, zodat niet waarschijnlijk is dat de op bestuurdersaansprakelijkheid gebaseerde vordering in de bodemprocedure jegens eiser c.s. zal worden toegewezen.

Een belangenafweging rechtvaardigt naar het oordeel van de voorzieningenrechter daarom dat het beslag gedeeltelijk wordt opgegeven gelet op het feit dat de in de bodemprocedure door TPM ingestelde tweede vordering niet evident toewijsbaar is en de omstandigheid dat eiser thans niet kan voorzien in zijn levensonderhoud. De beslagen, waar eiser c.s. relatief weinig hinder van ondervindt, blijven gehandhaafd.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 25-07-2017

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2017:7622

Zaaknummer: C/10/529037 / KG ZA 17-647

Rechters: A.F.L. Geerdes

Advocaten: P.C.M. Ouwens en C.A.M.H. Vink

Wetsartikelen: 705 Rv en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Rabobank/X

Executoriale verkoop van onroerend goed uit hoofde van borgtocht en ontstane restschuld is toegestaan vanwege het recht van parate executie. Bank heeft zorgplicht niet geschonden.

Geïntimeerde is samen met haar voormalig echtgenoot in het verleden werkzaam geweest als notaris. Beiden waren aandeelhouder en bestuurder van B.V. 1. B.V. 1 is 100% aandeelhouder van B.V. X. In 1997 heeft geïntimeerde in privé een kantoorpand gekocht. Tot 1 oktober 2014 is het kantoorpand verhuurd aan B.V. X. Vanaf die datum is het kantoorpand verhuurd aan B.V. 2. Dit is de onderneming van de huidige partner van geïntimeerde.

Bovendien hebben geïntimeerde en haar voormalig echtgenoot in 1999 een villa gekocht. Toen zij in 2005 uit elkaar gingen, hebben zij gezamenlijk een appartement gekocht. Rabobank heeft een recht van hypotheek gevestigd op zowel het appartement als de villa. Voor de verstrekte financieringen staan geïntimeerde en haar voormalig echtgenoot beiden borg.

In 2009 is het huwelijk ontbonden. Rabobank heeft met zowel geïntimeerde als B.V. 1 en B.V. X in 2009 een nieuwe financiering afgesloten. Voor deze financiering is onder meer een hypotheekrecht op het kantoorpand gevestigd.

In december 2014 gaat B.V. X failliet en wordt de villa verkocht. In maart 2016 blijkt dat Rabobank van geïntimeerde nog een totaalbedrag van ca. € 1.5 miljoen te vorderen heeft. Rabobank heeft geïntimeerde gesommeerd tot betaling. In juni 2016 heeft Rabobank vervolgens aan geïntimeerde medegedeeld dat zij gerechtigd is de hypotheekrechten ten aanzien van het kantoorpand en het appartement uit te winnen. Ook zegt Rabobank de financieringsovereenkomsten op.

In kort geding heeft geïntimeerde gevorderd Rabobank te verbieden over te gaan tot de executoriale verkoop van het appartement en het kantoorpand. Geïntimeerde heeft daartoe aangevoerd dat uit de hypotheekakten geen bevoegdheid ontleend kan worden om tot uitwinning over te gaan dan wel dat Rabobank handelt in strijd met haar zorgplicht, dan wel misbruik maakt van haar bevoegdheid door geen rekening te houden met de belangen van

geïntimeerde. De voorzieningenrechter heeft geïntimeerde in het gelijk gesteld.

Rabobank gaat hiertegen in hoger beroep. Anders dan de voorzieningenrechter overweegt het hof dat het uitsluitend gaat over de vraag of Rabobank als hypotheekhouder bevoegd is de met het hypotheekrecht bezwaarde panden uit te winnen voor de vorderingen uit hoofde van de borgtocht en de restschuld na de verkoop van de villa. Met andere woorden: of deze vorderingen gesecureerd zijn door de hypotheekakten. Volgens het hof voldoen de gesecureerde vorderingen aan het bepaalbaarheidsvereiste van artikel 3:231 lid 2 BW nu de betreffende hypotheeken strekken tot zekerheid van de betaling van al hetgeen Rabobank blijkens haar administratie nu of in de toekomst uit welke hoofde dan ook te vorderen heeft van zowel geïntimeerde als haar voormalig echtgenoot samen als van ieder van hen afzonderlijk. Conform het bepaalbaarheidsvereiste moet voldoende kunnen worden vastgesteld om welke vorderingen het gaat. Volgens het hof kan Rabobank als hypotheekhouder uit hoofde van artikel 3:268 BW het recht van parate executie uitoefenen. Daarvoor heeft Rabobank géén executoriale titel nodig.

Ten aanzien van de vermeende geschonden zorgplicht van Rabobank oordeelt het hof dat Rabobank als hypotheekhouder het recht van parate executie heeft, nu geïntimeerde in verzuim is (artikel 3:268 BW). De bevoegdheid van parate executie wordt begrensd door het leerstuk van misbruik van recht (artikel 3:13 BW). Aangenomen moet worden dat slechts onder bijzondere omstandigheden sprake kan zijn van misbruik van deze bevoegdheid. Dit kan onder meer worden aangenomen indien de hypotheekhouder geen redelijk te respecteren belang heeft, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor is geschaad, en naar redelijkheid niet tot die uitoefening kan komen, bijvoorbeeld als daardoor geïntimeerde in een noodsituatie zal komen.

Volgens het hof heeft Rabobank haar zorgplicht niet geschonden. De omstandigheden dat geïntimeerde door de scheiding en het beëindigen van haar bestuurderschap bij B.V. X minder invloed heeft gehad op B.V. X zijn omstandigheden aan de zijde van geïntimeerde en deze raken Rabobank in beginsel niet. Geïntimeerde is nog enige tijd bestuurder geweest en ook aandeelhouder, zodat zij zelf maatregelen had kunnen nemen. Geïntimeerde heeft onvoldoende aangetoond dat, indien Rabobank anders had gehandeld of wel had ingegrepen, geïntimeerde dan uiteindelijk niet zou zijn aangesproken voor de schulden dan wel dat deze schulden lager zouden zijn. Ondanks dat Rabobank geïntimeerde heeft geïnformeerd over de opzegging van de financiering, heeft geïntimeerde geen moeite gedaan om de achterstallige betalingen te verrichten. Uit het dossier blijkt dat geïntimeerde niet bereid is het kantoorpand te verkopen. Rabobank is daarentegen niet bereid de noodzakelijke herfinanciering die dit met zich mee brengt te laten plaatsvinden. Volgens het hof is deze overweging van Rabobank niet onredelijk. Gezien het voorgaande en gezien de uitgebreide onderhandelingen over de

gedwongen verkoop van het onroerend goed kan niet worden gezegd dat Rabobank in strijd heeft gehandeld met haar zorgplicht of misbruik zou hebben gemaakt van haar bevoegdheid tot executoriale verkoop. Rabobank heeft een te respecteren belang om de verstrekte gelden zo veel mogelijk terug te krijgen door middel van de verkoop van de panden.

Het hof vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter en beslist dat Rabobank mag overgaan tot executie.

F. van Tilburg

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:9669

Zaaknummer: 200.199.423

Rechters: C.G. ter Veer, I. Brand en M.G. van 't Westeinde

Advocaten: M.M.S. ter Beek-Ehren en I.M.C.A. Reinders-Folmer

Wetsartikelen: 3:231 BW, 3:268 BW en 3:13 BW

RECHTSPRAAK

Op bestuurder rust geen verplichting om onderzoek naar koper van aandelen in vennootschap te plegen.

In dit arrest verwerpt het Hof Den Haag alle grieven van een curator nadat de rechtbank reeds de vorderingen van de curator ex artikelen 2:248 en 2:162 BW had afgewezen jegens de directeur-groootaandeelhouder (dga).

In Foodmix B.V. vinden sinds 2001 geen activiteiten meer plaats. De dga van Foodmix B.V. verkoopt deze onderneming in 2012 en treedt gelijktijdig af als bestuurder. De koper blijkt een katvanger te zijn en na overdracht en na misbruik van de vennootschap failleert de overgedragen vennootschap. De curator is van mening dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur op grond van de artikelen 2:248, 2:9, 6:162 BW. Hiertoe maakt de curator drie verwijten: (1) Er is een grote rekening-courantvordering ontstaan tussen Foodmix B.V. en vennootschappen van de echtgenoot van de dga; (2) De wijze waarop Foodmix B.V. van de hand is gedaan aan een katvanger is onrechtmatig omdat de dga beter onderzoek zou hebben moeten doen naar de koper; (3) De publicatieplicht is geschonden over de jaarrekening van 2010 en er is geen administratie beschikbaar.

De dga heeft hierop verweer gevoerd dat de bedrijfsactiviteiten reeds elf jaar gestaakt waren en dat er jaarlijks ongeveer € 7.000 aan kosten waren zonder dat er inkomsten tegenover stonden. De in Foodmix B.V. zittende belastingschuld kon niet worden voldaan, omdat er geen ondernemingsactiviteiten meer werden verricht. De dga heeft via een bedrijfsmakelaar gezocht naar een koper. Dat de vennootschappen na verkoop zijn misbruikt voor oplichting kon de dga naar zijn mening vooraf niet weten.

De rechtbank heeft in eerste aanleg alle verwijten ongegrond geacht.

In hoger beroep loopt het hof de voornoemde verwijten één voor één af. Wat betreft het oplopen van de rekening-courantverhoudingen op “gelieerde” partijen oordeelt het hof dat de stellingen van de curator onvoldoende onderbouwd zijn om aan te nemen dat er sprake is van onredelijke vorderingen. Dat de curator niet weet welke zakelijke afwegingen destijds zijn gemaakt en dat de curator geen administratie heeft waardoor zij het gestelde onbehoorlijk

bestuur nader kan onderzoeken, maakt dit niet anders. De dga heeft haar bij de verkoop zoals gebruikelijk de administratie overgedragen. Het hof acht het daarbij ook van belang dat het gaat om vorderingen die geruime tijd voor faillissement zijn ontstaan. Van kennelijk onbehoorlijk bestuur is geen sprake.

De stelling van de curator dat met kort onderzoek snel duidelijk zou zijn geworden dat de verkoop plaatsvond aan een katvanger wordt door het hof niet gevolgd. Het hof stelt voorop dat de dga in beginsel vrijheid had haar aandelen te verkopen aan een willekeurige koper zonder dat daarop de verplichting rustte om nader inlichtingen in te winnen over de persoon van de koper en diens motief voor de koop. Volgens het hof heeft de curator geen feiten of omstandigheden gesteld waarop kan worden aangenomen dat de dga ten tijde van de verkoop op de hoogte was dat zij had te maken met een katvanger. Dat de verkoop slechts voor € 1 heeft plaatsgevonden, maakt dit niet anders. Daarbij betreft het hof dat het in de praktijk niet ongebruikelijk is dat vennootschappen met schulden worden opgekocht vanwege de compensabele verliezen. Wat betreft de schending van de administratie- en publicatieplicht oordeelt het hof dat de termijnoverschrijding van deponeren van de jaarrekening van 2010 wel plaats heeft gevonden, maar dat het hierbij gaat om een overschrijding van slechts 16 dagen. De curator heeft de stelling van de dga dat de overschrijding in de risicosfeer van de boekhouder lag niet weersproken. Het hof neemt de overschrijding niet in aanmerking. Voor de jaarrekening 2012 geldt dat deze hadden moeten worden gepubliceerd voor 2013 toen de dga al geen bestuurder meer was.

Alle grieven falen en het hof bekrachtigt het oordeel van de rechtbank.

Aan deze uitspraak is opmerkelijk dat het hof de dga geen enkele onderzoeks- of informatieverplichting oplegt bij het verkopen van zijn aandelen. Daarbij merk ik op dat de vorderingen ex artikelen 2:248 en 2:9 BW zich richten jegens de gedragingen als bestuurder, niet als aandeelhouder. Zie voor deze gang van zaken en aandachtspunten bij dergelijke faillissementsfraude *Hilverda* (Tvl 2016/5).

Michiel Hartman

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 17-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHPHA:2017:2857

Zaaknummer: 200.201.971-02

Rechters: C.A. Joustra, M.C.M. van Dijk en L. Reurich

Advocaten: K.C. Mensink

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:248 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Geen aansprakelijkheid bestuurder jegens vennootschap voor aangaan garantie.

X is enig aandeelhouder en gezamenlijk met zijn vrouw bestuurder van Beheersmaatschappij X B.V. (Beheersmij). Tot 3 juli 2013 was Beheersmij de moedervernootschap van vier werkmaatschappijen. In oktober 2012 is Grinta Management B.V. (Grinta) door Beheersmij als manager aangetrokken. Grinta is van 22 januari 2013 tot 3 juli 2013 enig bestuurder van Beheersmij geweest.

Uit de statuten van Beheersmij volgt dat de directie goedkeuring nodig heeft van de AVA voor het aangaan van verbintenissen die Beheersmij langer dan een jaar binden en voor het stellen van persoonlijke of zakelijke zekerheid.

Een aantal leveranciers van de werkmaatschappijen heeft het kredietrisico bij Atradius verzekerd. In 1988 heeft X namens Beheersmij en twee van de werkmaatschappijen een onderlinge solidariteitsovereenkomst voor onbepaalde tijd gesloten met de rechtsvoorganger van Atradius waaruit volgt dat zij hoofdelijk voor de schade van Atradius aansprakelijk zijn, ook na beëindiging van de overeenkomst voor verplichtingen.

Op 11 maart 2013 heeft de bestuurder van Grinta als bestuurder van Beheersmij en de werkmaatschappijen een (nieuwe) solidariteitsovereenkomst met Atradius getekend (SOV) voor alle werkmaatschappijen.

Beheersmij heeft de aandelen in de werkmaatschappijen op 16 april 2013 verkocht aan Y en op 3 juli 2013 geleverd. Grinta treedt af als bestuurder en wordt een jaar later ontbonden. De werkmaatschappijen zijn op 25 maart 2014 failliet verklaard. Atradius heeft onder de kredietverzekeringen uitgekeerd en vordert van Beheersmij een bedrag van € 182.555,69. De Rechtbank Rotterdam heeft de vordering van Atradius en Beheersmij op 6 april 2016 toegewezen.

Beheersmij betwist dat zonder de nieuwe SOV Atradius een vorderingsrecht op haar zou hebben op grond van een solidariteitsovereenkomst uit 1988 omdat Atradius geen beroep heeft gedaan op de overeenkomst uit 1988. Y is opgeroepen in vrijwaring door Beheersmij

omdat Beheersmij stelt dat het afsluiten van de nieuwe SOV bestuurdersaansprakelijkheid oplevert. De vordering van Beheersmij is in eerste aanleg afgewezen.

Beoordeling

Het hof stelt voorop dat er sprake moet zijn van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling waarvan gedaagden een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt en dat causaal verband moet bestaan tussen dit verwijt en de gevorderde schade. Het hof oordeelt dat de vordering van Beheersmij strandt omdat zij verzuimt concreet te onderbouwen wat het causaal verband tussen de verweten gedragingen en de schade is.

Door Beheersmij is onvoldoende weersproken dat het aangaan van de SOV in het belang van Beheersmij was en evenmin heeft Beheersmij inzichtelijk gemaakt wat de situatie zou zijn geweest als de SOV niet zou zijn afgesloten.

Beheersmij verwijt Y verder dat zij verzuimd heeft bij de verkoop van de werkmaatschappijen een vrijwaring op te nemen voor Beheersmij aangaande de verplichtingen onder de SOV. Het hof oordeelt dat Beheersmij hier onvoldoende voor heeft gesteld.

Michiel Hartman

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

Kolkman q.q/X

Niet voldaan aan de vereiste pluraliteit van schuldeisers, verzoek tot faillietverklaring afgewezen.

De vereiste pluraliteit van schuldeisers is niet komen vast te staan, aangezien het bestaan van steunvorderingen niet summierlijk is gebleken. Het feit dat over een bepaald bedrag mogelijk inkomstenbelasting verschuldigd is, creëert geen bestaande en onbetaald gelaten vordering.

F. van der Voort

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 09-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:8735

Zaaknummer: 200.221.364

Rechters: mr. drs. F.J.P. Lock, Z.J. Oosting en B.J. Engberts

Advocaten: R.A. Shenouda en M. Wevers

Wetsartikelen: 1 Fw

RECHTSPRAAK

X B.V./Y B.V.

Afwijzing van het verzoek tot faillietverklaring omdat ook in hoger beroep niet summierlijk is gebleken van de daarvoor vereiste pluraliteit van schuldeisers en er geen sprake is van een faillissementstoestand.

Appellante heeft aan haar verzoek tot faillietverklaring van geïntimeerde ten grondslag gelegd dat zij een opeisbare vordering op geïntimeerde heeft uit hoofde van onbetaald gelaten facturen voor verrichte werkzaamheden voor in totaal € 38.055,60 en dat is gebleken dat geïntimeerde in een toestand verkeert van te zijn opgehouden te betalen (art. 6 lid 3 Fw).

De rechtbank heeft het verzoek van appellante tot faillietverklaring van geïntimeerde afgewezen, omdat tussen appellante en geïntimeerde sprake is van een inhoudelijk geschil, waarbij het vorderingsrecht van appellante niet op eenvoudige wijze kan worden vastgesteld, zoals in een faillissementsprocedure vereist is. Evenmin is de rechtbank summierlijk gebleken van een steunvordering.

Het hof stelt voorop dat een faillietverklaring kan worden uitgesproken indien summierlijk is gebleken van een ten tijde van de faillietverklaring bestaand vorderingsrecht van de aanvrager alsmede van het (thans) bestaan van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de schuldenaar verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen. Het bestaan van meerdere schulden is een noodzakelijke, maar niet een voldoende, voorwaarde voor het aannemen van de hiervoor bedoelde toestand. Ook als aan het pluraliteitsvereiste is voldaan, dient te worden onderzocht of de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen.

Ten aanzien van het pluraliteitsvereiste heeft geïntimeerde de door appellante opgevoerde steunvordering betwist met de stelling dat een ander dan zichzelf de schuldenaar daarvan is en dat de vordering jegens haar dus niet als steunvordering kan worden aangemerkt. Naar zij stelt gaat het om consultancywerkzaamheden die weliswaar voor haar hebben plaatsgevonden, maar waartoe een derde opdracht heeft gegeven.

Het hof oordeelt dat appellante hiertegenover onvoldoende heeft aangevoerd zodat niet kan worden vastgesteld dat de consultant en geïntimeerde contractspartijen van elkaar zijn geworden. Bij gebreke van andere steunvorderingen is daarmee de vereiste pluraliteit van schuldeisers in hoger beroep niet komen vast te staan. Bovendien is geen sprake van een faillissementstoestand. De slotsom is dat niet summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden die aantonen dat geïntimeerde verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 04-09-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:7673

Zaaknummer: 200.219.555

Rechters: mr. drs. F.J.P. Lock, L.J. de Kerpel-van Poel en I. Brand

Advocaten: H.F.C. Hoogendoorn en A. Kouwenaar-de Coninck

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 9 lid 1 Fw

RECHTSPRAAK

Best Investment B.V./X

Interne aansprakelijkheid van de bestuurder wegens onbehoorlijke taakvervulling, nu hij wel zeer evident in strijd met het belang van de vennootschap heeft gehandeld door aan haar vermogen te onttrekken.

Gedaagde was bestuurder van het inmiddels gefailleerde Kimnet B.V. Kimnet heeft gedaagde echter sinds 22 mei 2013 geschorst wegens het vermoeden van onbehoorlijk bestuur. In opdracht van Kimnet heeft daaromtrent een extern onderzoek plaatsgevonden. Daaruit is bij eindrapport van 7 juli 2014 naar voren gekomen dat gedaagde geen gevolg heeft gegeven aan een aantal in de statuten van Kimnet opgenomen voorschriften. Andere conclusies zijn dat Kimnet op gezag van gedaagde veel van haar in- en verkopen heeft doen lopen via de aan gedaagde gelieerde vennootschap O.S. Distribution te Dubai, zonder hierover een administratie bij te houden. Ook zijn er op verzoek van gedaagde bedragen die door derden aan Kimnet hadden moeten worden betaald, voldaan aan O.S. Distribution. Voorts blijkt van een onttrekking van de bankrekening van Kimnet door gedaagde van een bedrag van € 130.806 en van een verdwenen voorraad ter waarde van € 317.455. Gedaagde heeft ook de huur van het bedrijfspand opgezegd en die laten overnemen door Cashmere World B.V., eigendom van gedaagde's echtgenote. Gedaagde heeft de bedrijfsvoering van Kimnet daarna feitelijk gestaakt. Tot slot blijkt dat gedaagde het merendeel van de administratie van Kimnet heeft weggehaald.

Op basis van deze bevindingen is een externe schadebegroting gemaakt waarin de door Kimnet geleden schade primair is begroot op zo'n acht ton euro. Na het faillissement van Kimnet heeft eiseres Best Investments B.V. de vordering van Kimnet op gedaagde van de curator overgedragen gekregen. Best Investments heeft gedaagde op grond daarvan in deze zaak aangesproken uit hoofde van primair interne aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling en subsidiair op grond van onrechtmatige daad. Het betreft hier een internationale zaak die naar het ambtshalve oordeel van de rechtbank wordt beheerst door Nederlands recht.

Ten aanzien van de vraag naar onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:9 BW) oordeelt de

rechtbank dat de handelingen van gedaagde, zoals omschreven in het onderzoeksrapport, zodanig in strijd met het belang van Kimnet zijn, dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zo gehandeld zou hebben. De conclusie van de rechtbank luidt dat gedaagde een ernstig verwijt gemaakt kan worden. De rechtbank is daarom van oordeel dat gedaagde aansprakelijk is voor de schade die Kimnet ten gevolge van dat handelen heeft geleden. Aldus is hij in elk geval verplicht tot geldelijke vergoeding van de verdwenen voorraad en voor de omvang van de onttrekking aan de bankrekening van Kimnet. Het overige schadebedrag begroot de de rechtbank aan de hand van een eigen schatting, nu zij het schaderapport door de daarin gehanteerde extreme extrapolaties ongeloofwaardig acht.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 17-05-2017

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2017:4029

Zaaknummer: C/15/215475 / HA ZA 14-330

Rechters: Th.S. Röell, J.I. de Vreese-Rood en M.M. Kruithof

Advocaten: A.T. Eisenmann en B.A. Boer

Wetsartikelen: 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Juskens/borg

Borgen niet aansprakelijk voor contractuele boete die failliete huurder jegens verhuurder verschuldigd zou zijn wegens niet ontruimen na einde huurovereenkomst, nu de verhuurder de failliete huurder geen ontruimingstermijn heeft gegund en vorderen van de boete dus in strijd met de redelijkheid en billijkheid is.

Arubaanse zaak. Amazonia huurde een bedrijfspand van Juskens. De twee bestuurders en aandeelhouders van Amazonia staan blijkens de tekst van de huurovereenkomst borg voor de verplichtingen uit de huurovereenkomst. In de huurovereenkomst is een contractuele boete opgenomen voor de verhuurder van US \$ 2.000 per dag indien Amazonia niet ontruimt na het einde van de huurovereenkomst. Op 30 september 2014 is Amazonia failliet verklaard. Op 3 oktober 2014 heeft de curator de huurovereenkomst opgezegd tegen 31 oktober 2014. Op 13 oktober 2014 ontbindt Juskens vervolgens per direct de huurovereenkomst, kennelijk vooral om de contractuele boete te kunnen vorderen. Pas op 31 oktober is door Amazonia ontruimd.

Juskens vordert van de borgen de contractuele boete van US \$ 2.000 per dag, de huurachterstand en de gedeelde huurinkomsten na faillissement. Het gerecht overweegt dat, zelfs als de borgstelling geldig zou zijn en Juskens inderdaad mocht ontbinden op 13 oktober, de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat Juskens in ieder geval een ontruimingstermijn van een paar weken aan Amazonia had moeten gunnen alvorens de boete te verbeuren. Ten aanzien van de huurachterstand en gedeelde huur overweegt de rechtbank dat Juskens de stellingen hieromtrent, na gemotiveerde betwisting, niet bewezen heeft.

A.L. Jonkers, november 2017

Instantie: Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba

Datum uitspraak: 25-10-2017

ECLI: ECLI:NL:OGEAA:2017:838

Zaaknummer: A.R. nr. 1350 van 2015 / AUA201500294

Rechters: A.H.M. van de Leur

Advocaten: Z.T.M. Arendsz-Marchena en R.C. Samuels

RECHTSPRAAK

Grondsma q.q./ABN AMRO Bank

Tegood op bankrekening ontbonden bv hoort tot vermogen eenmanszaak en valt vanaf faillietverklaring eenmanszaak onder dat faillissement.

Z exploiteert een watersportwinkel. Dat doet Z eerst met een besloten vennootschap, maar na twee maanden zet zij de activiteiten voort met haar eenmanszaak. Bij oprichting van de bv is een bankrekening bij ABN AMRO Bank N.V. (ABN AMRO) geopend, waarbij ook de beschikking is gegeven over een pinautomaat, die aan de genoemde bankrekening was gekoppeld.

Kort na oprichting van debv wordt deze ontbonden, omdat er geen bekende baten meer aanwezig zijn. De ontbinding wordt ingeschreven in het handelsregister. Na ontbinding van de bv heeft Z de bankrekening gebruikt voor haar eenmanszaak. De eenmanszaak wordt twee jaar later failliet verklaard en de curator constateert dat de eenmanszaak een bankrekening heeft bij ING Bank. Kort na het faillissement ontdekt de curator dat er ook sprake is van een bankrekening bij ABN AMRO. De curator verzoekt om de bankrekening met onmiddellijke ingang te blokkeren en de curator te informeren over de transacties en de communicatie met Z. ABN AMRO geeft als reactie dat Z geen rekeningen aanhoudt bij de bank en reageert niet meer op een nader verzoek van de curator.

De curator gaat over tot een faillissementsverkoop waarbij ook pinbetalingen worden gedaan. In tegenstelling tot de verwachting van de curator dat de pinbetalingen zouden binnenkomen op de rekening bij ING, blijkt dat de betalingen bij ABN AMRO zijn binnengekomen. ABN AMRO weigert de opbrengst van de faillissementsverkoop te betalen aan de boedel. Z heeft dat bedrag inmiddels laten overmaken naar een andere rekening. De curator stelt de bank aansprakelijk voor de door de boedel geleden schade als gevolg van het niet blokkeren van de bankrekening, de weigering van de bank om informatie te verschaffen aan de curator en het nadeel dat de boedel lijdt als gevolg van de vele uren die de curator heeft moeten maken ten gevolge van het handelen van de bank.

In kort geding oordeelt de voorzieningenrechter dat de vorderingen van de curator toewijsbaar

zijn. De curator heeft een spoedeisend belang vanwege het voortvarend willen afwikkelen van het faillissement en het feit dat de curator afspraken moet nakomen over de verdeling van de opbrengst van de faillissementsverkoop. De voorzieningenrechter stelt vast dat de bv door middel van een turboliquidatie is ontbonden en dat het tegoed op de bankrekening vanaf die datum is aan te merken als vermogen van Z. De omstandigheid dat de bankrekening nog stond geregistreerd op de naam van de bv maakt dat niet anders. Het gevolg is dat het tegoed op de bankrekening vanaf de faillietverklaring van Z van rechtswege onder het faillissement valt. De na faillietverklaring gedane betalingen kan de curator van de bank terugvorderen, ongeacht de eventuele onbekendheid van de bank met het faillissement (HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AVO653, NJ 2006, 503 (Huijzer q.q./Rabo West-Kennemerland)). Ten tijde van de faillissementsverkoop beschikte de bank over voldoende informatie om aan te nemen dat het tegoed op de bankrekening tot het vermogen van Z behoorde, althans had de bank in elk geval op dat moment alle reden om de bankrekening te blokkeren.

In kort geding wordt het door de bank te betalen bedrag beperkt tot de opbrengst van de faillissementsverkoop. Het restitutierisico staat niet aan toewijzing in de weg, omdat volgens de voorzieningenrechter niet goed denkbaar is op grond van welke argumenten in een bodemprocedure tot een andere conclusie kan worden gekomen dan dat de opbrengst van de faillissementsverkoop aan de boedel toebehoort. De bank wordt daarnaast veroordeeld tot het verstrekken van de bankafschriften en de relevante correspondentie over de bankrekening aan de curator. Ook kent de rechtbank de vordering toe van de vergoeding van de buitengerechtelijke kosten buiten de reguliere staffel. Voldoende aannemelijk is geworden dat de curator de gevoerde buitenrechtelijke kosten in redelijkheid heeft gemaakt. De toewijzing dient mede ter opheffing van het nadeel dat de boedel door de gang van zaken heeft geleden.

F. van Tilburg

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 01-11-2017

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2017:4145

Zaaknummer: C17-157227 KG/ZA 17-244

Rechters: W.J.J. Los

Advocaten: R.W. Kuper, C. van Orsouw en H.S. Mensonides

Wetsartikelen: 23 Fw

RECHTSPRAAK

Omslag over medeborg die voor veel groter bedrag borg staat ex artikel 7:869 BW jo. 6:152 BW is naar het oordeel van de rechtbank niet onredelijk.

Twee natuurlijke personen hebben zich jegens Rabobank verbonden voor de schulden van twee bv's, de één voor € 30.000, de ander voor € 200.000. De borg voor het hogere bedrag is tevens bestuurder en aandeelhouder. De bv's zijn failliet verklaard en na uitwinning van de zakelijke zekerheden heeft Rabobank haar restvordering van € 30.000 verhaald op de borg voor het lagere bedrag. In de onderhavige procedure probeert de aangesprokene verhaal te nemen op de niet door Rabobank aangesproken borg, voor ruim € 24.000. De rechtbank overweegt dat ingevolge artikel 7:869 BW jo. 6:152 BW inderdaad mag worden omgeslagen naar evenredigheid van de bedragen waarvoor iedere medeborg op het tijdstip van de voldoening tegenover de schuldeiser aansprakelijk was. Dit komt inderdaad op een bedrag van omstreeks € 24.000 neer. De aangesproken medeborg heeft naar voren gebracht dat omslag om verschillende redenen niet redelijk zou zijn. Zo zou de andere borg bij overname van de bv's geweten hebben dat het daarmee slecht ging. Deze verweren zijn naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende onderbouwd.

A.L. Jonkers, november 2017

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 18-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2017:10162

Zaaknummer: 04 5884092 CV EXPL 17-3294

Rechters: J.W. Rijksen

Advocaten: C.W.M. Slegers en M.M. van den Boomen

Wetsartikelen: 7:869 BW en 6:152 BW