

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 08, 2017

Nummer 8, 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:2017:563](#) 31-03-2017

Eiseres/Curatoren Aldel

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:572](#) 31-03-2017

Verzoek WSNP

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:530](#) 31-03-2017

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:3471](#) 22-03-2016

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:4005](#) 13-10-2015

Van Leeuwen Groep c.s./Berntsen q.q.

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:1102](#) 15-03-2017

Intermediair/X.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:1277](#) 15-03-2017

X. / Lonis q.q.

Uitspraken zonder ECLI

[- onbekend -](#)

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Verzoek WSNP

De Hoge Raad oordeelt dat voor het verstrijken van de tienjaarstermijn van artikel 288 lid 2 onder d Fw, in geval van een beëindiging van een eerdere toepassing van de WSNP op de voet van artikel 354 Fw, moet worden aangeknoopt bij de afloop van de materiële termijn van artikel 349a Fw.

Verzoekster tot hernieuwde toepassing van de WSNP doet dit verzoek nadat in 2006 een eerdere toepassing van de schuldsaneringsregeling op grond van artikel 354 jo. 350 Fw voortijdig is beëindigd zonder toekenning van de schone lei, terwijl in 2007 de slotuitdelingslijst verbindend is geworden.

De in deze zaak gestelde prejudiciële vraag (art. 392 Rv) van de Rechtbank Rotterdam aan de Hoge Raad betreft de imperatieve afwijzingsgrond voor toepassing van de WSNP zoals genoemd in artikel 288 lid 2 onder d Fw. De rechtbank vraagt zich in dat verband af of onder de woorden 'van toepassing is geweest' als bedoeld in artikel 288 lid 2 aanhef en onder d Fw de materiële termijn als bedoeld in artikel 349a Fw dan wel de formele termijn als bedoeld in artikel 356 Fw dient te worden verstaan.

Ter beantwoording van die vraag stelt de Hoge Raad voorop dat er in de praktijk geruime tijd kan verstrijken tussen het materiële en het formele einde van de schuldsaneringsregeling.

Vervolgens verwijst de Hoge Raad naar zijn arrest van 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BVo890, waarin hij oordeelde dat (voor de toepassing van art. 295-313 Fw) de schuldsanering eindigt door het aflopen van de termijn die ingevolge artikel 349a Fw voor de betrokken schuldsanering geldt. Aan die beslissing is, samengevat weergegeven, ten grondslag gelegd (1) het grote belang dat de wetgever blijkens de wetsgeschiedenis eraan heeft gehecht dat de schuldsanering niet langer duurt dan drie (of, als de rechter een langere termijn heeft bepaald, ten hoogste vijf) jaar en dat daaraan wezenlijk afbreuk zou worden gedaan indien toepassing van het wettelijk stelsel met betrekking tot het formele einde van de schuldsaneringsregeling feitelijk een verlenging van die termijn zou kunnen bewerkstelligen

en (2) de centrale rol die de in artikel 349a Fw bedoelde termijn speelt bij de beoordeling van de vraag of aan de schuldenaar een schone lei kan worden verleend.

Voor de beantwoording van de vraag zoekt de Hoge Raad aansluiting bij deze ratio. Hiermee strookt om, in geval van een beëindiging op de voet van artikel 354 Fw, ook voor het antwoord op de vraag wat in artikel 288 lid 2, aanhef en onder d, Fw onder 'de toepassing van de schuldsaneringsregeling' moet worden verstaan aan te sluiten bij het materiële einde van de schuldsaneringsregeling. Dat moment markeert immers het einde van de periode ten aanzien waarvan wordt beoordeeld of de schuldenaar in aanmerking komt voor de schone lei.

De Hoge Raad beantwoordt de prejudiciële vraag dan ook aldus dat onder 'van toepassing is geweest' als bedoeld in artikel 288 lid 2, aanhef en onder d, Fw in geval van beëindiging op de voet van artikel 354 Fw moet worden verstaan de afloop van de termijn als bedoeld in artikel 349a Fw.

M. Verdonk

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 31-03-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:572

Zaaknummer: 16/05969

Rechters: E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, G. de Groot en T.H. den Tanja-van Broek

Wetsartikelen: 288 lid 2 onder d Fw en 392 Rv

RECHTSPRAAK

Eiseres/Curatoren Aldel

Indien de wederpartij van de failliet geen eigenaar is van het gebouw waarin of van het terrein waarop zich na ontbinding van de overeenkomst nog tot de boedel behorende zaken bevinden, maar zij daarvan wel een exclusief gebruiksrecht heeft, ontleent zij aan dat gebruiksrecht in beginsel evenzeer het recht om van de curator, bij wijze van boedelschuld, verwijdering van die zaken te verlangen. De curator is dan ook gehouden de desbetreffende zaken te verwijderen, tenzij hij stelt en bij tegenspraak bewijst dat de wederpartij daarop uit hoofde van haar rechtsverhouding met de eigenaar van het gebouw of terrein geen aanspraak kan maken.

In deze kort gedingzaak gaat het om het volgende. Eiseres is contractueel gebruiker van een terrein dat dienst doet als locatie voor de opslag van afvalstoffen. Het terrein is eigendom van de provincie Limburg. Op het terrein lag ongeveer 4,5 ton reststoffen afkomstig van Aldel B.V.

Over opslag van deze reststoffen hebben eiseres en Aldel verschillende overeenkomsten gesloten. In deze overeenkomsten is telkens bepaald dat Aldel ter zake van die opslag vergoedingen verschuldigd was aan eiseres en dat Aldel eigenares bleef van de reststoffen.

Op 30 december 2013 is Aldel failliet verklaard. De curatoren hebben eiseres kenbaar gemaakt dat zij de overeenkomsten op grond waarvan de reststoffen zijn opgeslagen, niet langer gestand doen (art. 37 lid 1 Fw). Eiseres heeft de overeenkomsten vervolgens gedeeltelijk ontbonden.

Eiseres vordert in dit kort geding de curatoren te veroordelen de reststoffen van het terrein van eiseres te (doen) verwijderen. Zij stelt dat Aldel inbreuk maakt op het eigendomsrecht van eiseres op het terrein, althans dat de curatoren in hun hoedanigheid onrechtmatig handelen door de reststoffen niet van het terrein te verwijderen.

De curatoren hebben zich hiertegen verweerd met de stelling dat het hier een concurrente

vordering betreft en zeker geen boedelvordering. Het hof heeft de curatoren in dit betoog gevolgd door te oordelen dat de aan de verwijdering verbonden kosten niet als boedelschuld kwalificeren.

Onder verwijzing naar zijn arrest inzake Koot Beheer/Tideman q.q. (ECLI:NL:HR:2013:BY6108) oordeelt de Hoge Raad dat, indien de wederpartij van de failliet, zoals in het onderhavige geval, geen eigenaar is van het gebouw waarin of van het terrein waarop zich na ontbinding van de overeenkomst nog tot de boedel behorende zaken bevinden, maar zij daarvan wel een exclusief gebruiksrecht heeft, zij aan dat gebruiksrecht in beginsel evenzeer het recht ontleent om van de curator verwijdering van die zaken te verlangen. Een exclusief gebruiksrecht omvat immers doorgaans mede de bevoegdheid zich te verzetten tegen een storing in het genot van de zaak waarop het gebruiksrecht betrekking heeft (zie Parl. Gesch. Boek 5, p. 65; vgl. HR 24 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZCo480, *NJ* 1992/280). De curator is dan ook gehouden de desbetreffende zaken te verwijderen, tenzij hij stelt en bij tegenspraak bewijst dat de wederpartij daarop uit hoofde van haar rechtsverhouding met de eigenaar van het gebouw of terrein geen aanspraak kan maken.

M. Verdonk

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 31-03-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:563

Zaaknummer: 15/04247

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

Advocaten: T.T. van Zanten en W.H. van Hemel

Wetsartikelen: 26 Fw

RECHTSPRAAK

Na constatering dat BV 'einde verhaal' is, maar voor melding betalingsonmacht vestigt vennootschap nog nadere zekerheden aan bank. Anders dan het hof heeft overwogen, was bestuurder nadat de betalingsonmacht was gemeld, niet gehouden op eigen initiatief de Ontvanger te informeren over de handelswijze van de bank.

De Ontvanger heeft de bestuurder aansprakelijk gesteld op grond van artikel 36 InvW. Het artikel bepaalt onder meer dat een bestuurder aansprakelijk is indien aannemelijk is dat het niet betalen van de belastingschuld het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaren, voorafgaande aan het tijdstip van de melding betalingsonmacht.

Bestuurder was middellijk bestuurder van de vennootschap. Over 2007 had de vennootschap aanzienlijke verliezen gemaakt van € 663.329 over een omzet van € 8.014.031. Op 30 juni 2008 zegt een grote klant de relatie met de vennootschap op, waarna in de ava wordt geconcludeerd: '[De vennootschap] is einde verhaal en wordt met de hoogste spoed gesaneerd. Uiterlijk op 1 oktober 2008.'

Nadat half juli 2008 bij de Rabobank bekend werd dat een grote klant het contract had opgezegd, is de bank een strikter beheer gaan voeren. In september 2008 heeft de vennootschap haar vorderingen aan de bank verpand. De vordering van de bank is uiteindelijk geheel voldaan. Op 31 oktober 2008 heeft de vennootschap melding betalingsonmacht als bedoeld in artikel 36 lid 2 InvW gedaan. Op 9 december 2008 is de vennootschap op eigen aangifte failliet verklaard.

Het hof oordeelt dat de bestuurder aansprakelijk is. In het oordeel brengt het hof, volgens de Hoge Raad, tot uitdrukking dat sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur, omdat de bestuurder zonder overleg te plegen met de Ontvanger beschikbare gelden uitsluitend en met voorrang heeft aangewend voor de aflossing van de schuld aan de bank. Het cassatiemiddel voert aan dat de bank zelf voor de inning van haar vorderingen heeft zorg gedragen door het uitoefenen van haar toekomstige pandrechten en de binnenkomende

betalingen te verrekenen. Het cassatiemiddel aangevoerd door de bestuurder slaagt. De Hoge Raad overweegt dat 'een bestuurder slechts kennelijk onbehoorlijk bestuur verweten kan worden, indien deze bij machte is om gewraakte handelingen niet te verrichten'. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat de belanghebbende nadat betalingsonmacht was gemeld, niet gehouden was op eigen initiatief de Ontvanger te berichten over de handelswijze van de bank.

Verder had het hof nog geoordeeld dat ten aanzien van over november 2008 onbetaald gebleven belastingen geen aansprakelijkheid van de bestuurder bestond, omdat de verplichting tot betaling door het faillissement op de curator was komen te rusten. De Ontvanger heeft op zijn beurt tegen dit oordeel cassatie ingesteld. De Hoge Raad oordeelt ook dit middel gegrond. De Hoge Raad overweegt dat de omstandigheid dat na de faillietverklaring de curator bevoegd is tot voldoening, niet uitsluit dat het aan kennelijk onbehoorlijk bestuur te wijten is dat de curator bepaalde belastingen niet betaalt.

De Hoge Raad casseert en verwijst het geding. Twee kanttekeningen dienen bij dit arrest geplaatst te worden.

Na verwijzing zal mede opnieuw geoordeeld moeten worden over het handelen van de bestuurder. De Ontvanger had de bestuurder niet enkel verweten toe te staan dat de bank zich zou verhalen op de binnenkomende betalingen, maar ook dat de bestuurder in september 2008 nog pandrechten heeft gevestigd ten gunste van de bank. In de conclusie (onder nr. 5.18-5.20) overweegt de A-G reeds dat nog onderzocht moet worden of de bestuurder onverplicht en lichtvaardig een pandrecht aan de bank heeft verstrekt. De vraag komt bovenal op, waarom het zo vaak voorkomt dat bestuurders op de valreep van het faillissement nog zekerheidsrechten vestigen ten gunste van de bank. Het *onjuiste* antwoord is dat bestuurders dit in de regel doen omdat daartoe een verplichting is opgenomen in artikel 26 Algemene Bankvoorwaarden. Artikel 26 Algemene Bankvoorwaarden bevat slechts een verplichting tot het vestigen van zekerheden op verzoek van de bank en heeft als effect dat de vestiging daarmee niet onverplicht is in de zin van artikel 42 Fw/3:45 BW, maar aan het aanzienlijk zwaardere criterium van artikel 47 Fw getoetst dient te worden. Artikel 26 Algemene Bankvoorwaarden bevat dan ook slechts een verplichting, maar verklaart nog niet *waarom* bestuurders veelal van alle verplichtingen van de vennootschap juist die richting de bank wel voldoen en andere niet. De verklaring is in het gros van de gevallen gelegen in het eigen belang van de bestuurder (vaak DGA). In het MKB is een persoonlijke borgstelling door de DGA eerder regel dan uitzondering. Een dergelijk eigen belang verklaart ten eerste waarom een bestuurder uit de veelheid van verplichtingen, juist die van de bank kiest om gehoor aan te geven. Een dergelijk weloverwogen eigen belang bij handelingen die de achterblijvende schuldeisers schaden, verklaart niet enkel het handelen maar kleurt uiteraard ook de invulling

van zowel de normen van de pauliana (zie Rb. Utrecht 6 juni 2007, *JOR* 2008/19, Aerts q.q./Rabobank) als die van bestuurdersaansprakelijkheid (zie Hof Den Bosch 19 januari 2010, *JOR* 2010/113, Stoets/Bohncke). In het onderhavige geval blijkt uit het arrest niet of in casu ook linksom of rechtsom een dergelijk eigen belang van de bestuurder bij de voldoening van de bank boven de Ontvanger heeft gespeeld. De vraag naar persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder dient in casu na verwijzing opnieuw beoordeeld te worden. De vraag of een rechtshandeling verplicht of onverplicht is, is daarbij voor de bestuurdersaansprakelijkheid niet doorslaggevend.

Een tweede kanttekening ziet op de meer principiële overweging van de Hoge Raad. De Hoge Raad overweegt dat een bestuurder slechts kennelijk onbehoorlijk bestuur verweten kan worden, indien deze bij machte is om gewraakte handelingen niet te verrichten. Zekerheden worden namelijk steeds meer gevestigd zonder dat de vennootschap c.q. bestuurder hier nog aan te pas komt. Onder de verzamelpandconstructie heeft de vennootschap reeds een volmacht verschaft en vestigt de bank een pandrecht aan zichzelf als vertegenwoordiger van de vennootschap. Zie HR 3 februari 2012, *NJ* 2012, 261 (ING/Dix q.q.) waarin de verzamelpandconstructie gesanctioneerd is. Het voordeel voor de bank is niet alleen dat op deze wijze met een enkele pandakte alle nieuw ontstane vorderingen ook bezwaard zijn, die anders door de werking van artikel 3:239 BW onbezwaard zouden zijn. Een even belangrijk voordeel is dat de bestuurder nu niet meer hoeft te handelen en daarmee in mindere mate zijn vingers aan een late verpanding op de valreep kan branden. Om daaraan echter de conclusie te verbinden, zoals de Hoge Raad doet, dat de bestuurder niet bij machte is een handeling niet te verrichten, miskent zowel het krachtenspel als de verantwoordelijkheid van de bestuurder. Waar de bestuurder mogelijk het stuur in vergaande mate uit handen heeft gegeven aan de bank, heeft de bestuurder toch altijd nog zijn voeten op de pedalen. Hij kan immer op de rem trappen en het faillissement aanvragen. Vooral gezien het eigen belang dat een bestuurder/aandeelhouder veelal heeft bij zo veel mogelijk en zo lang mogelijk verpanden aan de bank, past het niet de verantwoordelijkheid van de bestuurder geheel te verwijderen.

April 2017, Rolef de Weijs

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 31-03-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:530

Zaaknummer: 15/02939

Rechters: J.A.C.A. Overgaauw, E.N. Punt, P.M.F. van Loon, L.F. van Kalmthout en M.E. van Hilten

Advocaten: Y.E.J. Geradts

Wetsartikelen: 36 InvW

RECHTSPRAAK

X. / Lonis q.q.

Curator wordt bevolen tot afgifte van mallen die gebruikt worden bij de fabricage van windmolenwieken. Eiseres heeft eigendom voldoende aannemelijk gemaakt.

Onderneming X produceert windmolens. Zij laat de windmolenbladen (de wieken) van haar windmolens fabriceren door Y. Hiervoor worden mallen gebruikt. Deze mallen vormen de aanleiding voor de onderhavige zaak.

Op enig moment gaat Y failliet. Onderneming X wil vervolgens de mallen terugkrijgen, maar de curator weigert teruggave. De curator stelt dat eiseres haar eigendomsclaim niet afdoende met stukken heeft onderbouwd. Nu de mallen op het bedrijfsterrein van Y stonden, wordt de boedel, aldus de curator, vermoed rechthebbende te zijn. Een verzoek ex artikel 69 Faillissementswet om de curator te bevelen de mallen af te geven wordt door de R-C vervolgens afgewezen.

X legt bij de rechtbank ten aanzien van de drie verschillende soorten mallen bewijs over dat zij rechtmatig eigenaar is. Een invoicebericht dat ziet op de fabricage van type 1, een factuur in verband met een huursom voor de opslag van type 2 en een factuur in verband met de vervanging van een onderdeel van type 3 worden overgelegd. Dit biedt voor de rechtbank aanleiding te constateren dat het aannemelijk is dat X eigenaar is van de verschillende mallen is.

Bovendien valt de belangenafweging in het voordeel van X uit. De bedrijfsvoering van X komt in het geding wanneer afgifte van de mallen uitblijft. Daarnaast kunnen de onderhavige mallen alleen gebruikt worden voor het maken van wieken voor de windmolens van X en niet voor de windmolens van derden. Het belang van de boedel, een zo hoog mogelijke opbrengst, legt het daarom af tegen dat van X.

De voorzieningenrechter beveelt de curator tot afgifte van de mallen.

S. van Zwam

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 15-03-2017

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2017:1277

Zaaknummer: C/16/433318 / KL ZA 17-69

Rechters: F.H. Schormans

Advocaten: M.M. Kroone

Wetsartikelen: 5:2 BW

RECHTSPRAAK

Strafrecht. Feitelijk leiding geven aan eenvoudige bankbreuk, nu verdachte als indirect bestuurder gehouden was de administratie van de door hem (indirect) bestuurde rechtspersonen tevoorschijn te brengen opdat de curator deze op de voet van artikel 92 Fw onder zich kon nemen.

In deze strafzaak is namens de verdachte een herzieningsverzoek ingediend bij de Hoge Raad (art. 457 lid 1 onder c Sv). Dit verzoek heeft betrekking op de veroordeling van verdachte in hoger beroep wegens het feitelijk leiding geven (art. 51 lid 2 onder 2° Sr) aan eenvoudige bankbreuk (art. 343 aanhef en onder 3° Sr) als indirect bestuurder van een gefailleerde rechtspersoon wegens het niet voldoen bij die gefailleerde rechtspersoon aan de administratieplicht van artikel 2:10 BW en de verplichting tot afgifte van die administratie aan de curator (art. 92 Fw).

Het hof heeft omtrent het bewijs kort gezegd overwogen dat de verdachte (natuurlijk persoon) in de tenlastegelegde periode enig bestuurder was van stichting A, terwijl stichting A bestuurder was van B B.V. en C B.V. Deze vennootschappen zijn in 2002 gefailleerd. In deze faillissementen heeft de curator aangifte gedaan van het feit dat verdachte van zowel B B.V. als C B.V. nimmer de volledige administratie heeft verstrekt (art. 92 Fw).

De Hoge Raad overweegt dat in een geval als het onderhavige waarin de bestuurder van twee in staat van faillissement verklaarde rechtspersonen – zoals artikel 343 aanhef en onder 3° Sr inscherpt – gehouden was de administratie van die rechtspersonen tevoorschijn te brengen opdat de curator deze op de voet van artikel 92 Faillissementswet onder zich zou kunnen nemen, de aanvrager er niet mee kon volstaan de curator met betrekking tot de administratie van de beide failliet verklaarde vennootschappen zonder verdere uitleg te verwijzen naar 'het bedrijfsgebouw van C BV', terwijl hij zich evenmin bij wege van verontschuldiging kan (blijven) verschuilen achter de wijze waarop de Belastingdienst/FIOD de in dat bedrijfsgebouw inbeslaggenomen computers heeft onderzocht en van dat onderzoek verslag heeft gedaan. Het herzieningsverzoek faalt dan ook.

M. Verdonk

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 22-03-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:3471

Zaaknummer: 16/00167

Rechters: A.J.A. van Dorst, J.P. Balkema en J.W. IJssink

Advocaten: W.R. Jonk

Wetsartikelen: 343 aanhef en onder 3° Sr, 51 lid 2 Sr, 2:10 BW en 92 Fw

RECHTSPRAAK

Van Leeuwen Groep c.s./Berntsen q.q.

Bestuurder en indirect bestuurders zijn aansprakelijk op grond van artikel 6:162 BW wegens benadeling van de gezamenlijke schuldeisers. De vordering is ingesteld door de curator (Peeters/Gatzenvordering). De bestuurders wordt verweten de vennootschap vertegenwoordigd te hebben bij het selectief betalen van schuldeisers terwijl al besloten was faillissement aan te zullen gaan vragen. Dat deze schuldeisers geen gerelateerde partijen waren, doet aan de ernstige verwijtbaarheid niet af.

Opmerking: deze uitspraak van oktober 2015 is pas afgelopen maand op rechtspraak.nl gepubliceerd. De uitspraak is reeds in 2016 in de JOR opgenomen (JOR 2016/280). Omdat hij nu officieel gepubliceerd is, wordt hij alsnog in deze database opgenomen.

Valk voor het faillissement van Houtskeletbouw Alphen B.V. (HSB) heeft X via de Van Leeuwen Groep (bestuurder en enig aandeelhouder van HSB) en Y Holding de vennootschap vertegenwoordigd bij het doen van betalingen aan schuldeisers terwijl al besloten was op een faillissement aan te zullen sturen. In een vergadering enkele weken voor faillissement is besproken door X en haar advocaten: '*vermeden moet worden dat het saldo van de bankrekening van HSB ten tijde van het indienen van het faillissementsrekest positief zal zijn. (...)*'. De curator heeft een Peeters/Gatzenvordering tegen de bestuurders ingesteld wegens benadeling van de gezamenlijke schuldeisers door selectieve betaling. De rechtbank heeft de vordering toegewezen.

De bestuurder en indirect bestuurders grieven onder meer dat, anders dan in HR Coral/Stalt, hier geen groepsvennootschappen selectief betaald zijn, waardoor het gedrag hier minder verwijtbaar zou zijn. Ook menen zij op advies van hun advocaten te hebben gehandeld, wat hun gedrag volgens hen minder verwijtbaar maakt.

Volgens het hof kan in het midden blijven of het iets uitmaakt dat op advies van advocaten is gehandeld, omdat niet voldoende is bewezen dat inderdaad op advies van de advocaten is

gehandeld. De adviezen zijn niet overgelegd en de advocaten beroepen zich op hun verschoningsrecht.

Voorts overweegt het hof terecht dat niet alleen selectieve betaling aan gerelateerde partijen tot aansprakelijkheid van bestuurders op grond van onrechtmatige daad kan leiden. Indien de bestuurder weet of redelijkerwijze moet begrijpen dat door de betaling van bepaalde crediteuren, andere crediteuren onbetaald zullen blijven, dan wel niet conform de wettelijke rangorde kunnen worden voldaan, impliceert dit in beginsel dat hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dat is hier het geval.

A.L. Jonkers, april 2017

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 13-10-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:4005

Zaaknummer: 200.145.165/01

Rechters: C.J. Verduyn, A.J.M.E. Arpeau en M.J.W. Schollen

Advocaten: J.G. Princen en J. Thiele

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Gedaagde is geen feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 2 BW. De rechtbank is van oordeel dat het artikel niet te ruim geïnterpreteerd moet worden.

Nu de activiteiten van gedaagde pasten in zijn functie van planner binnen het gefailleerde bedrijf is hij volgens de rechtbank niet aan te merken als feitelijk beleidsbepaler. Zij legt hier de volgende overweging aan ten grondslag: 'Bij de feitelijk beleidsbepaler als bedoeld in artikel 2:248 lid 7 BW gaat het om een niet-bestuurder die zich een zodanige mate van onafhankelijkheid en beslissingsvrijheid heeft toebedeeld of deze toebedeeld heeft gekregen dat deze persoon feitelijk het beleid bepaalt van de vennootschap. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat, wil er sprake zijn van een beleidsbepaler "als ware hij bestuurder", enerzijds sprake moet zijn van een directe bemoeienis met het bestuur en anderzijds van een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur, zonder dat dit laatste betekent dat het formele bestuur in wezen volledig buitenspel is komen te staan. Of sprake is van een feitelijk beleidsbepaler is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waarbij van belang is dat een situatie als bedoeld in lid 7 niet al te spoedig moet worden aangenomen omdat in dat geval de reikwijdte van deze uitzonderingsbepaling te ruim wordt. Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat dit niet de bedoeling van de wetgever is geweest.'

T.M.M. Schaap, april 2017

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

Intermediair/X.

Bestuurdersaansprakelijkheid (art. 6:162 BW) na contractsovername. Hoewel de vennootschap ten tijde van de contractsovername al twee jaar op rij verlies maakte en zij omvangrijke schulden had bij de fiscus, is niet voldaan aan de Beklamel-norm.

Een intermediair in het verhuren van printers, copiers en aanverwante machines sluit een overeenkomst met Y BV. Op enig moment vindt contractsovername plaats: X BV treedt in de plaats van Y BV.

X BV faillieert vervolgens en de intermediair stelt de bestuurder van X BV aansprakelijk. Bij de contractsovername zou deze bestuurder hebben geweten, althans moeten hebben geweten, dat X BV de verplichtingen uit deze overeenkomst niet kon nakomen noch dat X BV verhaal zou bieden, aldus de intermediair.

De intermediair legt hieraan ten grondslag dat de activiteiten van X BV immers binnen zes maanden na de contractsovername zijn gestaakt, er al twee jaar verlies werd geleden en er grote problemen waren met de fiscus.

De rechtbank refereert voor het theoretische kader aan de Beklamel-norm. De door de intermediair gestelde omstandigheden zijn onvoldoende om aan deze criteria te voldoen. De enkele omstandigheid dat er twee jaar op rij verlies is geleden door X BV legt onvoldoende gewicht in de schaal. Bovendien heeft de bestuurder van X BV aangetoond dat een investeerder samen met de bank bereid was X BV te helpen met het oplossen van de schuld aan de fiscus.

S. van Zwam

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 15-03-2017

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2017:1102

Zaaknummer: C/16/415291 / HA ZA 16-357

Rechters: H.A. Brouwer

Advocaten: D.L.A. van Voskuilen en J.G.D. Fleers

Wetsartikelen: 6:162 BW