

## Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 01, 2018

Nummer 1, 2018

*Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. H.J. de Kloe, mr. E. Ayerdem, mr. R.J.H. Berghuis, mr. J.O. Bijloo, mr. S.J. van den Boogert, mr. H. Boven, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. C.M.A. Knoben, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.IJ. Overgoor, mr. 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:2018:15](#) 05-01-2018

X/Dekker q.q.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:3253](#) 22-12-2017

Verzoekers/Herstel q.q. c.s.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:3269](#) 22-12-2017

Boersen q.q./Bedrijfstakpensioenfondsen

#### Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:3731](#) 19-12-2017

Staat/X

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:5507](#) 12-12-2017

Schuldeisers/Financiers

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:5383](#) 05-12-2017

Oonk-Pallandt q.q. en Hermsen q.q./Loodgieters

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:5065](#) 05-12-2017

Oi Brasil/Berkenbosch q.q.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:3384](#) 28-11-2017

SMC c.s./Voormalig radiologen Ruwaard van Putten Ziekenhuis

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:4802](#) 07-11-2017

Selectieve betaling onder aandeelhoudersgarantie

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:3712](#) 28-09-2017

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:8021](#) 12-09-2017

Poelmann van den Broek/Eschauzier q.q.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:4760](#) 10-08-2017

X/Ontvanger

**Rechtbank**

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:14585](#) 13-12-2017

curator/Rabobank

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2017:5067](#) 13-12-2017

Holtz q.q./Multifin

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:14510](#) 09-11-2017

X/Van Essen B.V.

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2017:6892](#) 06-10-2017

Verschuldigdheid BTW over paulianeuze transactie

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:8649](#) 13-09-2017

X c.s./Groenewegen q.q.

RECHTSPRAAK

**Holtz q.q./Multifin**

***Vordering curator op aandeelhouder van failliete vennootschappen wegens het niet nakomen van toezeggingen afgewezen.***

In het najaar van 2009 zijn De Vries Transport Group B.V. in Veendam en diverse dochtervennootschappen (tezamen 'DVTG') in staat van faillissement verklaard. De grootaandeelhouder van DVTG is Multifin B.V., voorheen CTP Products B.V. ('CTP'). De curator heeft CTP aansprakelijk gesteld voor het volledige faillissementstekort van DVTG omdat CTP onder meer financiële toezeggingen niet zou zijn nagekomen. De daardoor ontstane liquiditeitstekorten bij DVTG hebben, aldus de curator, geleid tot de kredietopzegging door de bank en daarmee tot de faillissementen.

De curator stelt dat CTP de norm van artikel 6:162 BW heeft geschonden, nu zij als aandeelhouder jegens haar dochters niet de zorg in acht heeft genomen die een aandeelhouder betaamt. Tevens stelt hij dat de in artikel 2:8 lid 1 BW neergelegde norm (die inhoudt dat verbonden vennootschappen zich jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd) is geschonden. De drempel om op basis van die normstelling tot onrechtmatigheid te kunnen concluderen is volgens de curator lager dan wanneer de aansprakelijkstelling alleen op artikel 6:162 BW is gebaseerd.

De rechtbank oordeelt dat de vraag dient te worden beantwoord of de door de curator gestelde toezeggingen rechtens afdwingbaar waren. Pas dan kan CTP ten aanzien van die toezeggingen in verzuim verkeren. Daarnaast overweegt de rechtbank dat de norm die uit artikel 2:8 BW volgt, niet leidt tot een lagere drempel om tot aansprakelijkheid te komen. Bij de toepassing van dit kader op de feitelijke feiten en omstandigheden oordeelt de rechtbank dat de curator onvoldoende heeft onderbouwd dat er onvoorwaardelijke toezeggingen aan DVTG zijn gedaan. Hierbij is van belang dat DVTG DTP nooit (formeel) heeft aangemaand ten aanzien van de gestelde vorderingen.

Tot slot gaat de rechtbank in op de stelling van de curator dat CTP jegens crediteuren de schijn heeft gewekt dat bepaalde kapitaalinjecties waren verricht. Zonder toelichting, die ontbreekt, ziet de rechtbank niet in dat bepaalde toezeggingen jegens derden onrechtmatig

zouden zijn tegenover DVTG. Voorts volgt uit het enkele feit dat CTP aan derden toezeggingen zou hebben gedaan niet dat die toezeggingen ook aan DVTG zijn gedaan.

*M.M. Eveleens-van der Zwaag, december 2017*

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Nederland

**Datum uitspraak:** 13-12-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBNNE:2017:5067

**Zaaknummer:** C/18/168758/HA ZA 16-154

**Rechters:** P.J. Duinkerken, P. Molema en J. Wichers

**Advocaten:** J.H. Mastenbroek, M.J. Ubbens en Z. Jurdik-Kliment

**Wetsartikelen:** 6:162 BW en 2:8 BW

## RECHTSPRAAK

### **curator/Rabobank**

***Toepassing Coface/Intergamma: de rechtbank interpreteert een onoverdraagbaarheidsbeding (ten aanzien van vordering) dat opgenomen is in de statuten van FloraHolland met toepassing van objectieve uitleg als een beding met goederenrechtelijke werking dat ook aan verpanding van de vordering aan Rabobank in de weg stond.***

Een failliet verklaarde Vof was lid van de coöperatie Coöperatieve Bloemenveiling FloraHolland U.A. De Vof had ten tijde van het faillissement vorderingen op FloraHolland uit hoofde van een 'ledenlening' (ruim 90.000 euro) en een 'participatiereserve' (ruim 12.000 euro). Omtrent beide categorieën vorderingen bevatten de statuten van FloraHolland enkele bepalingen. Ten aanzien van de participatiereserve is bepaald: "Een participatierekening is niet vatbaar voor overdracht of overgang, verminderd de toepassing van artikel 6 lid 7." Rabobank financierde de Vof en pretendeert een pandrecht te hebben op de vorderingen van de Vof op FloraHolland. De curator van de Vof betwist de geldigheid van die pandrechten, ten eerste door te stellen dat de vorderingen ten tijde van faillissement nog toekomstig waren, ten tweede door te stellen dat de vorderingen onoverdraagbaar en dus niet verpandbaar waren.

De rechtbank volgt de curator niet in het betoog dat de vorderingen ten tijde van faillissement nog toekomstig waren. De statuten bevatten wel enkele bepalingen over de vorderingen, maar deze zien in de ogen van de rechtbank slechts op de opeisbaarheid, niet op het bestaan van de vordering.

Ten aanzien van de participatiereserve interpreteert de rechtbank het onoverdraagbaarheidsbeding als beding met goederenrechtelijke werking. De rechtbank past daarbij een objectieve uitleg van de tekst van het beding toe, nu het beding is opgenomen in de statuten van FloraHolland. Het onoverdraagbaarheidsbeding staat naar oordeel van de rechtbank ook aan verpanding in de weg. De rechtbank ziet weinig in het betoog van de curator dat ook de vordering uit hoofde van de ledenlening onoverdraagbaar zou zijn, hoewel hier geen onoverdraagbaarheidsbeding voor is bedongen.

*A.L. Jonkers, januari 2018*

---

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 13-12-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBDHA:2017:14585

**Zaaknummer:** C/09/510604 / HA ZA 16-551

**Rechters:** H.W. Vogels

**Advocaten:** F.J. Hordijk en J.A. Dullaart

**Wetsartikelen:** 3:83 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

**X/Ontvanger**

***Belanghebbende is als (middellijk) bestuurder aansprakelijk voor de onbetaald gebleven belastingschulden van de vennootschap. Gelet op de (wetenschap van) de kwetsbare financiële situatie van de vennootschap zou een redelijk denkend bestuurder geen managementvergoeding van 45.000 euro per maand in rekening brengen of voor een bedrag van (minimaal) 850.000 euro privéopnamen en privé-uitgaven doen ten laste van de liquiditeit van de vennootschap.***

De ontvanger heeft belanghebbende als (middellijk) bestuurder ex artikel 36 Invorderingswet 1990 aansprakelijk gesteld voor onbetaald gebleven naheffingsaanslagen loonheffingen. In eerste instantie ligt de vraag voor of er tijdig en rechtsgeldig mededeling is gedaan van betalingsonmacht. Het hof oordeelt van wel onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 28 februari 2014 (ECLI:NL:HR:2014:419, BNB 2014/100, r.o. 3.3.1). De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat voor een belasting waarvoor een tijdige en correcte melding van betalingsonmacht is gedaan niet opnieuw een melding hoeft te worden gedaan zolang nog sprake is van een betalingsachterstand, tenzij de ontvanger de belastingschuldige na ontvangst van een betaling schriftelijk laat weten de betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten. Deze regel geldt niet alleen voor de belasting waarvoor de melding is gedaan, maar tevens voor andere onder dezelfde of latere tijdvakken verschuldigde belasting(en).

Nu het hof concludeert dat er een tijdige en rechtsgeldige melding betalingsonmacht is gedaan, kan belanghebbende enkel aansprakelijk zijn indien het niet-betalen van de belastingschulden het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur.

Ter beoordeling van deze vraag neemt het hof tot uitgangspunt dat van kennelijk onbehoorlijk bestuur slechts sprake is als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben (HR 8 juni 2001, NJ 2001/454). Dit is onder andere het geval indien de aansprakelijk gestelde bestuurder heeft bewerkstelligd dat

belastingenschulden onbetaald zijn gebleven terwijl hij wist of redelijkerwijs had moeten begrijpen dat zijn handelwijze (of nalaten) tot gevolg zou hebben dat die belastingenschulden onbetaald zouden blijven en hem met betrekking tot die zaak persoonlijk een ernstig verwijt treft (HR 4 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:530). De relevante handelingen moeten worden beoordeeld aan de hand van hetgeen destijds voorzienbaar was.

Nu belanghebbende zich bij aanvang van zijn werkzaamheden als bestuurder bewust was van de kwetsbare financiële positie waarin de vennootschap verkeerde, is het hof van oordeel dat geen redelijk denkend bestuurder onder deze omstandigheden een managementvergoeding van 45.000 euro per maand in rekening zou brengen, nog daargelaten de vraag of deze vergoeding in overeenstemming is te brengen met de zwaarte van zijn functie en de aard van de daaraan verbonden werkzaamheden.

Geen redelijk denkend bestuurder zou in een situatie van voortdurende betalingsachterstanden van maand tot maand uitsluitend de oudste openstaande belastingenschulden betalen en de openstaande belastingenschuld voor het overige onbetaald laten, terwijl er voor een bedrag van minimaal 850.000 euro aan privéopnamen en privé-uitgaven zijn gedaan ten laste van de liquiditeiten van de vennootschap. Dit heeft tot uitholling van de betalingscapaciteit van de vennootschap geleid waardoor de liquide middelen van de vennootschap niet konden worden aangewend om de belastingenschulden te voldoen. Belanghebbende heeft voorrang gegeven aan uitgaven die voor hemzelf van belang waren en die hem hebben verrijkt, terwijl hij de belangen van de Belastingdienst (en andere crediteuren) heeft verwaarloosd. Hiervan dient hem als bestuurder een ernstig verwijt te worden gemaakt.

*J.C.L. Verheijden, januari 2018*

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 10-08-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2017:4760

**Zaaknummer:** 15/00857

**Rechters:** H.E. Kostense, E.A.G. van der Ouderaa en J. den Boer

**Advocaten:** T. mr Vink

**Wetsartikelen:** 36 Invorderingswet 1990

RECHTSPRAAK

## **Boersen q.q./Bedrijfstakpensioenfondsen**

***De grondslag voor het verzet tegen faillietverklaring door de curator (art. 10 lid 1 Fw) is dat de faillissementsaanvraag, ongeacht of deze door een schuldeiser dan wel de schuldenaar zelf is ingediend, is aan te merken als misbruik van bevoegdheid. Daarvan kan sprake zijn indien degene die het faillissement aanvraagt, op het moment van aanvraag weet dan wel behoort te weten dat de boedel leeg is en geen voldoende gerechtvaardigd belang bij de aanvraag heeft, eventueel mede in verband met voor hem beschikbare alternatieven.***

Op verzoek van het Pensioenfonds is Polski Sklep Hogestraat Tiel B.V. in staat van faillissement verklaard, met aanstelling van opposant als curator. De curator komt in deze procedure tegen dit vonnis in verzet, zowel in haar hoedanigheid van curator, als voor zichzelf (pro se). Aan het verzet heeft zij ten grondslag gelegd dat het inmiddels door haar verrichte onderzoek heeft uitgewezen dat bij de gefailleerde sprake is van een 'lege boedel' en dat er geen verhaalsmogelijkheden zijn. Volgens de curator levert de aanvraag van het faillissement daarom misbruik van bevoegdheid op, althans dient het faillissement vernietigd te worden.

Door rechtbank en hof is het verzet afgewezen, telkens met veroordeling van de curator pro se in de proceskosten. Daartoe heeft het hof overwogen dat uit HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636, NJ 2016/172 volgt dat de curator alleen pro se belanghebbende is in de zin van artikel 10 lid 1 Fw en dus alleen in die hoedanigheid verzet op de voet van die bepaling kan instellen. Een eventuele proceskostenveroordeling dient dan ook te worden uitgesproken ten laste van de curator pro se. Daarnaast heeft het hof geoordeeld dat de faillissementsaanvraag geen misbruik van bevoegdheid oplevert.

Het eerste cassatieonderdeel stelt de vraag aan de orde in welke hoedanigheid de curator verzet dient in te stellen. De Hoge Raad bevestigt dat de curator uitsluitend persoonlijk belanghebbende is bij een verzet als bedoeld in artikel 10 lid 1 Fw. Dat geldt ongeacht door wie het faillissement is aangevraagd. Stelt de curator voor zichzelf verzet in – zoals in dit geval

mede is gebeurd – dan kan hij dus persoonlijk in de kosten worden veroordeeld indien daarvoor volgens de rechter grond bestaat (zie onder meer HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3143, r.o. 3.4.1, en HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4339, NJ 2011/156, r.o. 3.5).

Het tweede onderdeel stelt de vraag aan de orde op welke grond de curator verzet kan aantekenen tegen de faillissementsaanvraag. Ter beantwoording overweegt de Hoge Raad dat het enkele feit dat de boedel leeg is, geen grond oplevert voor verzet door de curator, maar dat dan het faillissement kan worden opgeheven (art. 16 Fw). Voor het slagen van dat verzet is vereist dat de faillissementsaanvraag – ongeacht of deze door een schuldeiser dan wel de schuldenaar zelf is ingediend – is aan te merken als misbruik van bevoegdheid. Daarvan kan sprake zijn indien degene die het faillissement aanvraagt, op het moment van de aanvraag weet dan wel behoort te weten dat de boedel leeg is en geen voldoende gerechtvaardigd belang bij de aanvraag heeft, eventueel mede in verband met voor hem beschikbare alternatieven (vgl. de beslissing van 18 december 2015, r.o. 4.7.1). Een voldoende gerechtvaardigd belang kan zijn om de ontbinding van de rechtspersoon te bewerkstelligen. Een andere beslissing ter voorkoming dat de curator zonder vergoeding werkzaamheden dient te verrichten gaat de rechtsvormende taak van de rechter te buiten, aldus de Hoge Raad.

*M. Verdonk*

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 22-12-2017

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2017:3269

**Zaaknummer:** 17/03760

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

**Advocaten:** T.T. van Zanten en R.M. Hermans

**Wetsartikelen:** 10 lid 1 Fw

## RECHTSPRAAK

### **Verzoekers/Herstel q.q. c.s.**

***De wederpartij van de curator bij een vaststellingsovereenkomst kan niet aangemerkt worden als degene tot wie de beschikking van de rechter-commissaris ex artikel 104 Fw is gericht, zodat hem niet de bevoegdheid toekomt om op de voet van artikel 67 Fw als ‘partij’ hoger beroep tegen de beschikking van de rechter-commissaris in te stellen.***

De curator in de faillissementen van PZH B.V. en IZH B.V. heeft tegen verweerder in beide faillissementen een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:248 BW) ingesteld, alsmede vorderingen ingesteld op grond van paulianeus handelen en/of een betaling door een ingevolge artikel 54 Fw niet toelaatbare verrekening. Tijdens de daaropvolgende procedure heeft verweerder de curator een voorstel gedaan voor een minnelijke regeling.

Om die reden heeft de curator de rechter-commissaris ex artikel 104 Fw verzocht toestemming te verlenen voor het aangaan van een vaststellingsovereenkomst met verweerder ter beëindiging van de gerechtelijke procedure. De rechter-commissaris heeft het verzoek afgewezen. Verweerder is van die beschikking in hoger beroep gegaan. De rechtbank heeft de beschikking van de rechter-commissaris vervolgens vernietigd en alsnog aan de curator de vereiste goedkeuring verleend.

In cassatie klaagt verzoeker tot cassatie dat de rechtbank ten onrechte heeft nagelaten verweerder ambtshalve niet-ontvankelijk te verklaren in zijn hoger beroep, op de grond dat artikel 67 Fw hem geen mogelijkheid bood hoger beroep in te stellen tegen de beschikking van de rechter-commissaris.

De Hoge Raad stelt voorop dat het recht om tegen beschikkingen van de rechter-commissaris in hoger beroep ex artikel 67 en 104 Fw op te komen is voorbehouden aan twee categorieën belanghebbenden die dienen te worden aangemerkt als ‘partij’ bij de beschikking, te weten degene die het tot de beschikking leidende verzoek aan de rechter-commissaris heeft gedaan, en degene tot wie de beschikking is gericht (vgl. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4558,

NJ 2013/173).

De te beantwoorden vraag is dan ook of verweerder kan worden aangemerkt als degene tot wie de beschikking is gericht. Daarentoent wordt door de Hoge Raad overwogen dat verweerder als belanghebbende in de zin van artikel 67 lid 1 Fw het recht heeft om te worden gehoord in een door een ander geëntameerde beroepsprocedure (vgl. HR 6 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2764, NJ 1999/117).

De weigering van de rechter-commissaris de door de curator verzochte toestemming te verlenen, brengt echter op zichzelf geen aantasting van de rechtspositie van verweerder mee. Dat geldt zowel met betrekking tot zijn belang om verschoond te blijven van een procedure van de curator tegen hem (vgl. HR 18 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5694, NJ 2008/244), als in het verlengde daarvan met betrekking tot zijn belang om een eenmaal aangespannen procedure te kunnen beëindigen door middel van een vaststellingsovereenkomst met de curator.

De rechter-commissaris dient zich, gelet op zijn taak toezicht te houden op het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 64 Fw), zowel bij het al dan niet verlenen van machtiging aan de curator om in rechte tegen verweerder op te treden (art. 68 lid 3 Fw), als bij het al dan niet verlenen van goedkeuring aan de curator om met verweerder een vaststellingsovereenkomst of schikking aan te gaan (art. 104 Fw), in de eerste plaats te laten leiden door het belang van de boedel. Ook de in artikel 67 Fw voorziene mogelijkheid van hoger beroep is gegeven om de bij het beheer van de boedel betrokken belangen te behartigen.

Gelet op het voorgaande kan verweerder naar het oordeel van de Hoge Raad niet aangemerkt worden als degene tot wie de beschikking is gericht, en komt hem niet de bevoegdheid toe om op de voet van artikel 67 Fw als 'partij' hoger beroep tegen de beschikking van de rechter-commissaris in te stellen.

*M. Verdonk*

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 22-12-2017

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2017:3253

**Zaaknummer:** 17/01410

**Rechters:** C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak, C.E. du Perron en C.H. Sieburgh

**Advocaten:** A.E.H. van der Voort Maarschalk, R.R. Verkerk en P.S. Kamminga

**Wetsartikelen:** 67 Fw en 104 Fw

RECHTSPRAAK

**Staat/X**

***Voor de toepassing van het pluraliteitsvereiste kan de Ontvanger niet worden beschouwd als een van de Staat te onderscheiden crediteur.***

De Staat heeft verzocht geïntimeerde failliet te verklaren, waarbij hij stelt dat hij over een steunvordering beschikt in de vorm van een schuld van geïntimeerde aan de Belastingdienst. Hoewel artikel 3 lid 2 Invorderingswet 1990 de Ontvanger de bevoegdheid verleent zelfstandig in rechte op te treden bij de inning van rijksbelastingen, betekent dit niet dat de Ontvanger voor de toepassing van het pluraliteitsvereiste dient te worden beschouwd als een van de Staat te onderscheiden crediteur.

*F. van der Voort*

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 19-12-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2017:3731

**Zaaknummer:** 200.218.684/o1

**Rechters:** H.M. Wattendorff, D. Aarts en W.M.G. Visser

**Advocaten:** H.J.S.M. Langbroek

**Wetsartikelen:** 1 Fw

RECHTSPRAAK

## **Schuldeisers/Financiers**

***Het is naar het oordeel van het hof zeer ongelukkig dat ten aanzien van een betwisting tot verificatie van een vordering, ondanks een verzoek tot voeging, twee verschillende renvooiprocedures zijn gevoerd. Dat kan echter niet leiden tot een andere uitkomst in de onderhavige zaak. De rechtbank mocht haar beslissing mede baseren op het verstekvonnis en de daaraan toekomende kracht van gewijsde in de andere renvooiprocedure.***

Appellanten in deze zaak zijn een personenvennootschap en haar vennoten. De vennootschap heeft, evenals geïntimeerden, als schuldeiser een vordering ingediend in het persoonlijke faillissement van de heer A.

Ter verificatievergadering heeft de vennootschap de vorderingen van geïntimeerden betwist en die betwisting gehandhaafd, waarna de rechter-commissaris partijen heeft verwezen naar de rolzitting van 19 maart 2014.

Naar aanleiding van die verwijzing zijn er vervolgens twee separate renvooiprocedures gevoerd als gevolg van het feit dat door de vennootschap de curator, en door medegeïntimeerde Bank 2 de vennootschap als verweerder tot verificatie is aangemerkt.

In de onderhavige zaak staat de betwisting van de vordering van Bank 2 door de vennootschap centraal. Daarmee overlapt de onderhavige zaak met de andere renvooiprocedure, omdat het in beide procedures gaat om de erkenning van de vordering van Bank 2. Opmerkelijk is dat beide zaken, ondanks een verzoek daartoe van Bank 2, niet gevoegd zijn behandeld.

Daarbij komt dat de vennootschap slechts in de onderhavige zaak is verschenen. In de andere renvooiprocedure is om die reden een inmiddels onherroepelijk verstekvonnis gewezen waarbij de vordering tot verificatie van Bank 2 is erkend. Een verdere complicatie is dat in de onderhavige zaak de vennootschap in eerste aanleg in haar betwisting niet-ontvankelijk is verklaard.

De vraag is dan ook of de betwisting van de vordering van Bank 2 alsnog aan de orde kan komen. Ter verwezenlijking wordt in dit hoger beroep door appellanten betoogd dat een nieuwe renvooiprocedure dient te volgen. Tevens voeren appellanten aan dat de rechtbank de verstekregeling onjuist, want slechts gedeeltelijk, heeft toegepast.

De daartoe aangevoerde grieven falen op beide punten. Met betrekking tot de gevorderde hernieuwde renvooiprocedure oordeelt het hof dat de vordering van Bank 2 door de vennootschap in eerste aanleg noch in hoger beroep voldoende is weersproken. Bij behandeling van de op dit punt aangevoerde grieven heeft de vennootschap mitsdien geen belang, omdat de vordering van Bank 2 ook in dit hoger beroep erkend zou worden.

Naar het hof oordeelt komt ook in deze procedure gewicht toe aan de uitkomst in de verstekzaak waarbij de vordering van Bank 2 is erkend. Dat vonnis is door stilzitten van de vennootschap onherroepelijk geworden. De rechtbank mocht in deze procedure dan ook de niet-ontvankelijkverklaring van de vennootschap (mede) op die uitkomst baseren. Dat de rechtbank zeer ongelukkig heeft gehandeld doet daar niet aan af. Uit het eigen standpunt van de vennootschap volgt dat zij niets heeft ondernomen om te voorkomen dat een in haar ogen onjuist vonnis werd uitgesproken en (vervolgens) kracht van gewijsde kreeg.

*M. Verdonk*

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 12-12-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2017:5507

**Zaaknummer:** 200.188.950\_01

**Rechters:** C.W.T. Vriezen, W.J.J. Beurskens en M.W.M. Souren

**Advocaten:** T.B.M. Kersten en K. Heemrood-van Dijk

**Wetsartikelen:** 122 Fw

RECHTSPRAAK

## **SMC c.s./Voormalig radiologen Ruwaard van Putten Ziekenhuis**

***Het door de doorstarter kosteloos overnemen van patiënten doordat de samenwerking met de voormalige cardiologenmaatschap zonder vergoeding in het faillissement van het Ruwaard van Putten ziekenhuis is beëindigd, levert geen ongerechtvaardigde verrijking van de doorstarter op nu die verrijking haar maatschappelijke rechtvaardiging vindt in de handhaving van medisch specialistische zorg in de regio.***

Geïntimeerden zijn vrijgevestigd specialisten voor radiologie. Zij oefenden hun praktijk uit in het Ruwaard van Putten ziekenhuis. Dat deden zij krachtens een toelatingsovereenkomst tussen hun maatschap en het ziekenhuis. In die overeenkomst is onder meer bepaald dat de door geïntimeerden opgebouwde goodwill bij praktijkoverdracht kan worden verzilverd.

Het Ruwaard van Putten is op 24 juni 2013 gefailleerd. Voorafgaand aan dit faillissement is gebruikgemaakt van een pre pack procedure. In dat verband is op 24 juni 2013 een doorstart van het ziekenhuis gemaakt door appellante SMC, dat destijds voor dat doel is opgericht door een samenwerkingsverband van drie regionale ziekenhuizen (mede-appellanten).

SMC heeft de activa van het Ruwaard van Putten overgenomen. Zij is daarbij tevens in de contractuele rechten en verplichtingen van het Ruwaard van Putten getreden. Tezelfdertijd is in overleg met de Inspectie besloten de afdeling cardiologie bij het SMC te laten verdwijnen en te verhuizen naar een van de ziekenhuizen uit het samenwerkingsverband.

In juni 2013 zijn geïntimeerden ervan op de hoogte gesteld dat van hun diensten geen gebruik meer zou worden gemaakt. Enige vergoeding is daarbij uitgebleven. Dit is voor geïntimeerden aanleiding geweest SMC c.s. in rechte aan te spreken op grond van onrechtmatige daad respectievelijk ongerechtvaardigde verrijking. Dit alles wegens schade die het gevolg is van derving van inkomsten en goodwill.

In eerste aanleg is slechts de vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking toegewezen. Het door SMC c.s. ingestelde hoger beroep is tegen die beslissing gericht, in het bijzonder het oordeel van de rechtbank dat 'er geen redelijke oorzaak' is 'voor de verrijking van SMC c.s., in die zin dat zij een specifiek aan geïntimeerden gelieerde patiëntenstroom kosteloos van geïntimeerden zouden kunnen overnemen'.

Dienaangaande stelt het hof vast dat in dit geval geen direct (causaal) verband bestaat tussen de door geïntimeerden gestelde verrijking en verarming, nu deze zich heeft voltrokken via het faillissement van het Ruwaard van Putten ziekenhuis en het vermogen van de doorstarter. Dat gegeven staat naar het hof overweegt op zichzelf niet in de weg aan toewijzing van de vordering uit hoofde van artikel 6:212 BW wegens indirecte verrijking, zij het dat een rechtsverhouding tussen de verrijkte en een derde dit anders kan maken.

Die uitzondering doet zich hier naar het oordeel van het hof (in het maatschappelijke veld) voor, nu de gestelde verrijking van SMC haar rechtvaardiging vindt in de enerzijds tussen de curatoren en SMC c.s. gesloten activaovereenkomst, en anderzijds de medische behandelingsovereenkomsten die SMC c.s. met haar patiënten is aangegaan en de overeenkomst die SMC c.s. met zorgverzekeraars kon sluiten om medisch specialistische zorg te leveren in het verzorgingsgebied Voorne Putten. Van een (onrechtmatige) toe-eigening van patiënten als gevolg van de doorstart door SMC is geen sprake, terwijl het faillissement van het Ruwaard van Putten in beginsel voor risico van geïntimeerden als vrijgevestigd medisch specialisten komt.

*M. Verdonk*

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 28-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2017:3384

**Zaaknummer:** 200.189.977/01

**Rechters:** H.J. van Kooten, A.J.M.E. Arpeau en M.H. van der Woude

**Advocaten:** T. van der Valk en K.J. de Rooij

**Wetsartikelen:** 6:162 BW en 6:212 BW

RECHTSPRAAK

**X/Dekker q.q.**

***Wanneer de (indirect) bestuurder van een failliete bv op grond van artikel 73 Fw het ontslag van de curator verzoekt, dient ook het belang van de bv zelf daarbij aangetoond te worden. Het is niet de bedoeling dat het ontslagverzoek slechts de belangen van de indirect bestuurder dient. De rechtbank kan volstaan met een sobere motivering wanneer zij een verzoek ex artikel 73 Fw afwijst.***

In 2014 is Beheer BV failliet verklaard, waarbij twee curatoren zijn benoemd. Bij verzoekschrift van 23 september 2016 heeft indirect bestuurder van Beheer BV alsook vermeend schuldeiser van Beheer BV (hierna: verzoeker) de rechtbank verzocht om een van de curatoren, mr. Dekker, op grond van artikel 73 Fw te ontslaan. Aan het verzoek is ten grondslag gelegd dat de curator zich op een normoverschrijdende wijze zou hebben gedragen. Na een eerdere verplaatsing van de zitting op verzoek van de advocaat van de verzoeker, heeft de rechtbank partijen opgeroepen voor de zitting op 20 december 2016. De advocaat van de verzoeker heeft bij de rechtbank nog vóór de zitting zijn beklag gedaan over het niet doorzenden door de rechtbank van de reactie van de curator in de schriftelijke ronde en heeft verzocht de behandeling van het ontslagverzoek over te dragen aan een andere rechtbank. Daags vóór de zitting heeft de advocaat van de verzoeker zich nogmaals bij de rechtbank beklagd, nu over het uitblijven van een reactie van de rechtbank op zijn vorige verzoek en heeft hij nogmaals verzocht de behandeling van de zaak over te dragen aan een andere rechtbank. Bovendien heeft hij gemeld dat hij zonder nader tegenbericht ervan uitgaat dat de zitting de dag erna geen doorgang zou vinden.

Ter zitting van 20 december 2016 verschenen de verzoeker en zijn advocaat niet. De rechtbank heeft de verzoeker niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek. Voor het verzoek tot overdracht van de behandeling aan een andere rechtbank bestaat geen aanleiding en een wettelijke grondslag ontbreekt. Ook is er volgens de rechtbank geen aanleiding de behandeling van het verzoek opnieuw aan te houden, nu de eenzijdige aanname van de advocaat van de verzoeker dat zonder nadere berichtgeving van de rechtbank de zitting niet zou doorgaan, voor zijn

rekening en risico komt. Inhoudelijk overweegt de rechtbank dat de verzoeker niet is aan te merken als schuldeiser van A in de zin van artikel 73 Fw. De verzoeker zou in beginsel ontvankelijk kunnen zijn in zijn verzoek in zijn hoedanigheid van indirect bestuurder van Beheer BV, maar hij is dit niettemin niet, nu niet is aangetoond dat Beheer BV zelf een eigen belang heeft bij het verzoek. Met het verzoek lijken uitsluitend de belangen van de verzoeker gediend te worden.

Wat betreft deze inhoudelijke klacht overweegt de Hoge Raad in navolging van de conclusie van A-G Van Peursem dat het oordeel van de rechtbank geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en evenmin onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is. Volgens artikel 73 lid 1 Fw zijn bevoegd om een verzoek tot ontslag van de curator in te dienen: de rechter-commissaris, één of meer schuldeisers, de commissie uit de schuldeisers en de gefailleerde. Voor wat betreft een verzoek tot ontslag door één of meer schuldeisers wordt in de rechtspraak onder omstandigheden de eis gesteld dat een schuldeiser aantoont of aannemelijk maakt dat hij een eigen, zelfstandig belang heeft bij het verzoek, om te voorkomen dat bijvoorbeeld door middel van lastgeving ten behoeve van een derde een rechtsingang wordt gecreëerd, die deze derde volgens de wet niet toekomt. Het ligt in de rede dat deze zelfde eis onder omstandigheden ook kan worden gesteld aan de gefailleerde, zoals de rechtbank heeft gedaan. Bovendien kan bij een afwijzende beslissing op een ontslagverzoek op grond van artikel 73 Fw met een in beginsel sobere motivering worden volstaan, omdat gebruik wordt gemaakt van een discretionaire rechterlijke bevoegdheid. Wat de rechtbank daarover heeft overwogen, voldoet daar ruimschoots aan, aldus de A-G en de Hoge Raad.

*S. Renssen*

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 05-01-2018

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2018:15

**Zaaknummer:** 17/01835

**Rechters:** E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, C.H. Sieburgh, T.H. den Tanja-van Broek en M.J. Kroeze

**Advocaten:** Y.E.J. Geradts en B.I. Kraaiipoel

**Wetsartikelen:** 73 Fw

## RECHTSPRAAK

### **Oi Brasil/Berkenbosch q.q.**

***Vordering van rechtspersoon om zelf in de hoofdzaak op te komen wordt afgewezen, nu het rechtssysteem buiten artikel 69 Fw geen ruimte biedt om verzet te plegen tegen handelingen van de curator.***

Oi Coop maakt deel uit van een groep Braziliaanse vennootschappen, waaronder Oi S.A. en Oi Móvel. Na faillissement van Oi Coop vordert de curator onder andere verklaring voor recht dat bepaalde leningovereenkomsten en betalingen onder die leningen tussen enerzijds Oi Coop en anderzijds Oi S.A. en Oi Móvel door de curator rechtsgeldig zijn vernietigd op grond van de actio Pauliana, althans dat de rechtbank deze rechtshandelingen nietig zal verklaren. De curator vordert in het incident voorlopige voorziening een voorschot van bijna € 1,7 miljard op de door Oi S.A. en Oi Móvel te betalen schadevergoeding. Oi Coop vordert in het incident tot tussenkomst/voeging dat haar in de hoofdzaak wordt toegestaan om tussen te komen, althans zich te voegen aan de zijde van Oi S.A. en Oi Móvel teneinde te concluderen tot onder meer afwijzing van de vorderingen van de curator in de hoofdzaak en in het incident voorlopige voorziening. De rechtbank heeft de incidentele vordering van Oi Coop afgewezen omdat daar, kort gezegd, geen ruimte voor is in het systeem van de wet. Oi Coop gaat tegen deze beslissing in hoger beroep. Oi Coop stelt, kort gezegd, niet voor het boedelbelang op te komen, maar voor haar eigen belang. Zij wil de onderneming herstructureren om liquidatie te voorkomen. Wanneer de vordering van de curator (het voorschot van € 1,7 miljard) wordt toegewezen kan Oi Coop geen akkoord aanbieden. Maar het hof is het hier, net als de rechtbank, niet mee eens en oordeelt dat in faillissement het persoonlijke belang van een rechtspersoon onderschikt kan zijn aan het vermogensrechtelijke belang van diens boedel. Het hof ziet in het systeem van de wet geen opties voor Oi Coop buiten artikel 69 Fw. Het vonnis van de rechtbank wordt dan ook bekrachtigd.

*T.M.M. Schaap, januari 2018*

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 05-12-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2017:5065

**Zaaknummer:** 200.221.350/01

**Rechters:** J.W.M. Tromp, M. Jurgens en J.M. de Jongh

**Advocaten:** L.P. Kortmann, C.E. Drion, S.J.H.M. Berendsen en A. van Hees

**Wetsartikelen:** 217 Rv en 69 Fw

RECHTSPRAAK

***Ontnemingsvordering kan, ook al is de beslissing op deze vordering nog niet onherroepelijk geworden, als steunvordering gelden. Het betreft immers een vordering die ter verificatie in het faillissement kan worden ingediend nu de officier van justitie op grond van artikel 94d lid 3 Sv namens de Staat als schuldeiser in het faillissement van de veroordeelde kan opkomen.***

Appellant is in staat van faillissement verklaard en gaat tegen deze beslissing in hoger beroep. De Rabobank heeft destijds het faillissementsverzoek ingediend en heeft als steunvordering een ontnemingsvordering van de Staat aangevoerd. Zowel de vordering van de Rabobank als de ontnemingsvordering is erkend door de rechtbank.

Een van de grieven is erop gericht dat de ontnemingsvordering niet als steunvordering heeft te gelden, nu de beslissing op deze vordering nog niet onherroepelijk is geworden. Het hof is het daar niet mee eens en oordeelt dat het, om als steunvordering te kunnen worden aangemerkt, voldoende is dat het gaat om een vordering die ter verificatie in het faillissement kan worden ingediend. Dat is in onderhavige zaak het geval nu ingevolge artikel 94d lid 3 Sv de officier van justitie namens de Staat als schuldeiser in het faillissement van de veroordeelde kan opkomen, zij het dat hij geacht wordt voor een voorwaardelijke vordering op te komen zolang het bedrag van het te ontnemen wederrechtelijk verkregen voordeel nog niet vaststaat.

*T.M.M. Schaap, januari 2018*

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 28-09-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2017:3712

**Zaaknummer:** 200.211.634/01

**Rechters:** J.M. van der Klooster, H.M. Wattendorff en F. Damsteegt-Molier

**Advocaten:** J.A. Meijer, O. Huisman, S.J.H.M. Berendsen en B.C. Elion

**Wetsartikelen:** 94d lid 3 Sv

RECHTSPRAAK

**X/Van Essen B.V.**

***Geen pauliana nu de toepassing van artikel 6:45 BW niet als rechtshandeling aan te merken valt, en artikel 42 Fw hierdoor niet van toepassing kan zijn.***

Veka Installatietechniek B.V. (hierna: Veka) huurde een bedrijfsruimte bij Van Essen B.V. (hierna: Van Essen). Toen Veka in financieel zwaar weer kwam, heeft zij haar bedrijfsauto's aan Van Essen overgedragen. Dat bedrag is vervolgens verrekend met de openstaande huurtermijnen van Veka. De overdracht van de auto's vond een maand voor het faillissement van Veka plaats. De curator heeft de overdracht vernietigd op grond van artikel 42 Fw, omdat het een onverplichte rechtshandeling geweest zou zijn die nadelig was voor de andere schuldeisers.

De kantonrechter ziet dit echter anders. Indien Veka de huur tot en met mei 2013 gewoon betaald had, oordeelt hij, zou dat geenszins paulianeus genoemd kunnen worden, omdat zij nu eenmaal krachtens de huurovereenkomst tot betaling van huur verplicht was. Betaling van huur is een verbintenis waarvoor ingevolge het bepaalde in artikel 6:45 BW geldt dat met instemming van de crediteur een vervangende prestatie óók tot kwijting kan leiden. Nu dit gebruik van artikel 6:45 BW volgens de kantonrechter niet valt aan te merken als een rechtshandeling, maar als een feitelijke handeling, kan artikel 42 Fw geen toepassing vinden.

*T.M.M. Schaap, december 2017*

---

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 09-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBDHA:2017:14510

**Zaaknummer:** 6188036/17-18539

**Rechters:** W. ten Cate

**Advocaten:** O. Heuverling en E.W.F.M. Hoogma

**Wetsartikelen:** 6:45 BW en 42 Fw

RECHTSPRAAK

## **Oonk-Pallandt q.q. en Hermsen q.q./Loodgieters**

***Aannemer koopt onroerend goed van projectontwikkelaar en verrekent daarbij deel van koopprijs met openstaande facturen. Hof oordeelt bewijsvermoeden artikel 43 lid 1 sub 2 Fw niet van toepassing en oordeelt dat curatoren verder niet in bewijs van wetenschap van benadeling zijn geslaagd.***

Onder de pauliana zijn vrij standaard gevallen waarbij een schuldeiser niet voldaan kan worden, genoeg neemt met de overdracht van een goed gevolgd door verrekening met de koopprijs. Een dergelijk geval deed zich hier ook voor, met dien verstande dat de koopprijs aanzienlijk groter was dan de openstaande vordering en het surplus (bedrag koopprijs na aftrek openstaande schuld) ook werkelijk aan de schuldenaar werd betaald .

De projectontwikkelaar is op 7 oktober 2011 surseance verleend, op 14 oktober omgezet in faillissement. De aannemer had nog bedragen te vorderen en heeft daarop op 22 september 2011 twee percelen gekocht en de dag daarop geleverd gekregen. De curatoren roepen de pauliana in tegen de overdracht en erkennen daarbij dat de discussie zich beperkt tot het verrekenende bedrag van € 110.000. Een dergelijke beperking van het geschil van tevoren is niet vanzelfsprekend, omdat artikel 51 lid 3 Fw een regeling biedt voor wat dient te gebeuren met de koopprijs voor zover deze wel betaald is; voor zover de boedel is gebaat, heeft de verkrijger een boedelvordering en voor het overige een faillissementsvordering. Mogelijk gold i.c. dat het betaalde bedrag de boedel geheel gebaat had.

De rechtbank wijst de vordering van curatoren af omdat de stelling dat er sprake is geweest van wetenschap van benadeling onvoldoende onderbouwd was. In appel voeren curatoren aan dat de rechtbank ten onrechte aan het bewijsvermoeden van artikel 43 lid 1 sub 2 Fw voorbijgegaan is en meer algemeen dat partijen wel degelijk gehandeld hebben met de vereiste wetenschap van benadeling.

Ten aanzien van het beroep op artikel 43 lid 1 sub 2 Fw stellen curatoren bovenal dat de facturen nog niet opeisbaar waren omdat er normaliter een betaaltermijn van 40-45 dagen

gold. Volgens het hof volgt uit de verklaringen over het betalingsgedrag niet dat daarmee de facturen niet opeisbaar waren. Zie nader over de problematiek ten aanzien van opeisbaarheid en termijnen op de factuur ('gelieve betaling binnen 14 dagen') de noot van Faber bij JOR 2007/74. Betaling binnen een dergelijke termijn maakt de betaling nog niet onverplicht.

Nu het bewijsvermoeden niet van toepassing is, komt de bewijslast geheel bij curatoren te liggen. Op grond van tal van feitelijke omstandigheden komt het hof, net als de rechtbank, tot het oordeel dat de verkrijger deze wetenschap niet had. Meest interessant is de discussie omtrent de achtergrond van de transactie. Volgens curatoren had de overdracht met daarbij een gedeeltelijke verrekening van de koopprijs uitsluitend het doel de openstaande vorderingen voldaan te krijgen. Gedaagde voert daartegen aan dat de partner van de DGA van het aannemingsbedrijf een schenking had gekregen en dit wilde beleggen en zij dit wilde doen in het nieuwbouwproject. Deze aankoop zou niet mogelijk zijn geweest zonder de verrekening. Gedaagden dachten met deze transactie bovendien de projectontwikkelaar te helpen doordat er een crediteur uit de boeken verdween en er weer kavels verkocht waren. Hoewel verkopen gevolgd door verrekening in de aanloop naar faillissement veelal verdacht zijn en zelfs een belangrijke indicatie vormen van wetenschap dat een faillissement met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te verwachten is, lijkt hier inderdaad een ander type casus voor te liggen.

*R.J. de Weijs, december 2017*

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 05-12-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2017:5383

**Zaaknummer:**

**Rechters:** J.C.J. van Craaikamp, C.W.T. Vriezen en M.W.M. Souren

**Advocaten:** J. Zinnicq Bergmann en J.A. Velenturf

**Wetsartikelen:** 42 Fw

RECHTSPRAAK

## Selectieve betaling onder aandeelhoudersgarantie

***DGA heeft zekerheden op activa voor aandeelhouderslening. In plaats van de zekerheidsrechten in aanloop naar het faillissement te executeren, verkoopt de vennootschap de activa aan een derde. DGA ontvangt opbrengst en wendt deze aan om bank te voldoen jegens wie DGA borg stond. Het hof beoordeelt dit ten onrechte als niet benadelend.***

De vennootschap is op 13 november 2012 failliet verklaard. In de periode maart tot en met oktober 2012 heeft de vennootschap haar belangrijkste activa, te weten machines, graafwerktuigen, inventaris, transportmiddelen en debiteuren verpand aan haar aandeelhouder tevens bestuurder (DGA). De opbrengst wordt in overwegende mate bijgeschreven op de privérekening van de DGA. Ten belope van een bedrag van € 48.000 doet de DGA daaruit een betaling aan ABN Amro ter aflossing van een schuld van de vennootschap, voor welke schuld de DGA zich hoofdelijk had verbonden.

De curator roept begrijpelijkerwijze primair de pauliana in tegen de zekerheidsverschaffing aan de aandeelhouder in het jaar voor faillissement. Geholpen door de bewijsvermoedens zou de curator daar prima vista een goede startpositie hebben. In de procedure komt echter naar voren dat de DGA niet de goederen zou hebben verkocht als executerend pandhouder, maar dat de verkoop van de goederen geschied zou zijn door de vennootschap zelf. Nu de DGA geen pandrechten heeft uitgewonnen, zou de curator volgens het hof geen belang meer hebben bij de beantwoording van de vraag of de vestiging van de zekerheidsrechten paulianeus is geweest.

De curator stelt echter ook nog dat de DGA als bestuurder selectieve betalingen heeft bewerkstelligd en dat hij daar een eigen belang bij had door zijn borgstelling jegens de ABN Amro. In de analyse van de vraag of er gronden zijn voor aansprakelijkheid op grond van selectieve betaling, raakt het hof echter de weg kwijt. De oorzaak hiervan is gelegen in de omstandigheid dat het hof geen onderscheid maakt tussen benadeling van de *gezamenlijke schuldeisers* enerzijds en benadeling van de *vennootschap* anderzijds. Bij selectieve betaling

lopen deze namelijk uit elkaar. Als een vennootschap € 10.000 aan actief heeft en vijf schuldeisers die ieder € 10.000 te vorderen hebben, is de vennootschap niet benadeeld als de vennootschap een van deze schuldeisers voldoet. De vennootschap had een negatief eigen vermogen van € 40.000 en heeft dit ook na de voldoening. Echter, de achterblijvende schuldeisers zijn wel degelijk benadeeld. Zonder de handeling zouden allen 20% krijgen, en na de selectieve betaling krijgen de achterblijvende schuldeisers 0%. De selectieve betaling door de DGA is in casu ingegeven door de borgstelling. Een dergelijk eigen belang zal sneller met zich brengen dat er sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt. Zie voor een uitsplitsing van selectieve betalingen mede aan de hand van de vraag of er een eigen belang speelt, daarnaargelang de vraag of de ontvanger wel of geen gerelateerde partij is, Hof Den Bosch 19 januari 2010, JOR 2010/113 (Stoets/Bohncke).

Het hof overweegt dat, veronderstellenderwijze ervan uitgaande dat de DGA verwijtbaar heeft gehandeld, moet worden vastgesteld of hierdoor schade is geleden. Het hof komt op basis van de volgende, onjuiste redenering, tot het oordeel dat er geen benadeling is. *“Uit hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd, valt echter niet af te leiden dat als DGA meteen op de factuur van de trekker het betreffende rekeningnummer van de vennootschap bij de ABN-Amro had vermeld en de koopsom daarop was gestort, de betreffende storting van de koopsom door de koper van de Iveco trekker op dat rekeningnummer van vennootschap door de curator had kunnen worden aangetast. Aldus is door de onderhavige gang van zaken per saldo het vermogen van vennootschap niet verslechterd, zodat het veronderstellenderwijs aangenomen ernstig verwijtbaar handelen van DGA geen schade heeft veroorzaakt.”*

Niet duidelijk is waarom de voldoening aan de bank niet aangetast zou kunnen worden. Wat daar ook van moge zijn, de omstandigheid dat mogelijk niet aan *alle* vereisten van artikel 42/47 Fw of 54 Fw is voldaan, betekent nog niet dat er geen *benadeling* van de schuldeisers heeft plaatsgevonden. Ervan uitgaande dat het actief niet bezwaard was (het hof had namelijk geoordeeld dat de curator geen belang had bij de vraag of de zaken paulianeus verpand waren), heeft te gelden dat de opbrengst van een enkel vrij actief is aangewend om één enkele schuldeiser te voldoen. Dat er hier sprake is van benadeling van de gezamenlijke schuldeisers, is evident. Het hof heeft helaas miskend dat de pauliana jegens de ontvangende partij en de onrechtmatige daad wegens selectieve betalingen gericht tegen de uitvoerende bestuurder elkaar weliswaar beïnvloeden, maar zeker niet samenvallen. Het is goed mogelijk dat een handeling weliswaar niet op grond van de pauliana van een bevoordeelde schuldeiser kan worden teruggevorderd vanwege de strenge eisen van artikel 47 Fw. Dit betekent echter nog niet dat er geen sprake kan zijn van aansprakelijkheid van de uitvoerende bestuurder ten aanzien van die zelfde betaling. Dit ligt zelfs voor de hand als er sprake is van een weloverwogen eigenbelang, zoals hier het geval is. Opvallend is dat hetzelfde Hof Den Bosch

eerder nog een verhelderend en zelfs enigszins belerend arrest wees over de verhouding tussen de onrechtmatige daad en de pauliana. In dit arrest overwoog het hof dat de vordering van de curator op grond van de pauliana diende te worden afgewezen en suggereert in een obiter dat de curator beter zijn vordering had kunnen instellen op grond van de onrechtmatige daad. Zie Hof Den Bosch 7 juli 2015, Updates INS 2015-0198, met commentaar De Weijs.

Kort gezegd, of er i.c. wel of niet sprake is van paulianeus handelen in relatie tot de ontvanger (hier ABN Amro), vormt geen beantwoording van de vraag of door selectieve betalingen schuldeisers benadeeld zijn.

De curator wordt nog wel in het gelijk gesteld ten aanzien van een bedrag van € 18.000, de opbrengst van de verkoop van een mobiele kraan door de vennootschap. Ook dit bedrag was aan de DGA betaald.

*R.J. de Weijs, december 2017*

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 07-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2017:4802

**Zaaknummer:**

**Rechters:** M.G.W.M. Stienissen, J.R. Sijmonsma en L.S. Frakes

**Advocaten:** M.J.G.A. Filemon

**Wetsartikelen:** 42 Fw

RECHTSPRAAK

## **Verschuldigheid BTW over paulianeuze transactie**

***Curator vernietigt transactie en vordert vervolgens omzetbelasting verschuldigd en voldaan over de transactie terug. Rechtbank oordeelt dat door relatieve werking van vernietiging in verhouding tot de Belastingdienst de transactie in stand blijft.***

De eigenaar van een pand verhuurt dit aan een kennelijk gerelateerde partij (maar niet binnen een fiscale eenheid), de huurder. Nadat de huurschuld is opgelopen sluiten verhuurder en huurder op 26 april 2012 een vaststellingsovereenkomst, waarbij de ontstane huurvordering als verschuldigd wordt erkend en wordt omgezet in een rekening-courant. Over de verschuldigde huur is ook omzetbelasting verschuldigd die ook voldaan wordt. De verhuurder wordt vervolgens op 24 april 2014 failliet verklaard en de huurder op 3 november 2014. In beide faillissementen wordt dezelfde curator benoemd.

De curator roept daarop namens de verhurende vennootschap de pauliana in tegen de vaststellingsovereenkomst d.d. 26 april 2012, waarbij dezelfde curator namens de hurende vennootschap in de vernietiging berust. Vervolgens verzoekt de curator om teruggaaf van de omzetbelasting van in totaal ruim € 200.000. De inspecteur wijst het verzoek af.

De rechtbank concludeert dat het verzoek tot teruggaaf terecht is afgewezen. De rechtbank overweegt daartoe dat vernietiging op grond van paulianeus handelen slechts relatief effect heeft. De rechtsgevolgen van de vernietigde rechtshandeling werken alleen ten opzichte van de boedel en dan slechts voor zover de boedel door de rechtsgevolgen van de vernietigde rechtshandeling wordt benadeeld.

*R.J. de Weijs, december 2017*

---

**Instantie:** Rechtbank Zeeland-West-Brabant

**Datum uitspraak:** 06-10-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBZWB:2017:6892

**Zaaknummer:**

**Rechters:** W.A.P. van Roij, M.H. van Schaik en M.W.C. Soltysik

**Wetsartikelen:** 42 Fw en 29 Wet OB

RECHTSPRAAK

**Poelmann van den Broek/Eschauzier q.q.**

***Betaling door dochtervennootschap van advocatenrekening moeder gevolgd door faillissement dochter. Volgens hof vormt deze concrete betaling rechtshandeling om niet.***

Advocatenkantoor Poelmann van den Broek heeft met Stereko Holding B.V. ("Holding") een overeenkomst van opdracht gesloten en ontvangt daarvoor een factuur. De dochtervennootschap van de Holding, te weten Stereko B.V. voldoet daarop door middel van twee betalingen op 7 en 16 mei 2012 de factuur. Op 29 mei 2012 wordt Stereko B.V. in staat van faillissement verklaard. De curator van Stereko vernietigt daarop de betalingen als een onverplichte rechtshandeling om niet.

In eerste aanleg wijst de kantonrechter de vordering van de curator toe. In hoger beroep bestrijdt Poelmann van den Broek het om niet-karakter van de betaling. Het hof overweegt dat in casu sprake is van een betaling door een derde in de zin van artikel 6:30 BW. Onder verwijzing naar de conclusie van de A-G bij HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1088 (afgedaan op grond van art. 81 Wet RO), overweegt het hof genuanceerd als volgt. Betalingen als deze kwalificeren niet per definitie als rechtshandelingen om niet in de zin van artikel 42 lid 3 Fw. Het hangt af van de omstandigheden van het geval of daar sprake van is. Bezien moet worden of degene die de betaling verrichtte, Stereko B.V., op enigerlei wijze een daarmee verband houdende (reële) tegenprestatie ontving. Poelmann van den Broek heeft daarover niets gesteld en daarvan is ook niet gebleken. Tot zover het hof. Uit het arrest blijkt met name niet voor welke diensten Poelmann van den Broek is ingeschakeld en of deze diensten ook voor Stereko B.V. van belang waren. Uit het arrest blijkt dat voor de vraag of een betaling voor een derde om baat of om niet is, waarschijnlijk onderscheid moet worden gemaakt tussen het voldoen van een factuur voor verweer tegen een faillissementsaanvraag die bij succes de gehele groep meesleurt enerzijds en het op de valreep door een dochter laten betalen van (advocaten)facturen van een sowieso overlevende moeder.

*R.J. de Weijts, december 2017*

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 12-09-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2017:8021

**Zaaknummer:**

**Rechters:** C.J.H.G. Bronzwaer, B.J. Engberts en H. van Chr Dijk

**Advocaten:** C.W. Houtman en V.C.A. Eschauzier-Van Wijk

**Wetsartikelen:** 42 Fw

RECHTSPRAAK

**X c.s./Groenewegen q.q.**

***Geen arbeidsverhouding met failliet en daarom geen aanspraak op loon- of premieschulden op grond van artikel 40 Fw. Ook overigens is er geen grondslag om van boedelschulden te spreken. Nederlands recht is van toepassing als recht van de lidstaat waar de faillissementsprocedure is geopend (art. 4 IVO).***

Swets Information Services B.V. (SIS) is op 23 september 2014 failliet verklaard. SIS is enig aandeelhouder van Swets en Zeitlinger International Holding B.V., die op haar beurt enig aandeelhouder is van de vennootschap naar Spaans recht Swets Information Services S.L. (Swets Spanje). Swets Spanje wordt op 19 november 2014 eveneens failliet verklaard. Eisers waren in dienst van Swets Spanje. Eisers zijn in Spanje een procedure gestart tegen Swets Spanje, SIS en hun curatoren. De Spaanse rechtbank heeft Swets Spanje en SIS hoofdelijk veroordeeld tot betaling van achterstallig loon en schadevergoedingen.

In Nederland wordt een verklaring voor recht gevorderd eisers aan te merken als (gewezen) werknemers van SIS. Daarnaast wordt een verklaring voor recht gevorderd dat de loonvorderingen van na datum faillissement als boedelschuld moeten worden aangemerkt, evenals de vordering tot schadevergoeding. Achterstallig loon van vóór datum faillissement zou als preferente vordering moeten worden gekwalificeerd.

De Nederlandse rechter oordeelt in de eerste plaats dat hij bevoegd is kennis te nemen van de vordering omdat deze mede is gegrond op artikel 40 Fw en daarmee rechtstreeks voortvloeit uit een in Nederland geopende faillissementsprocedure en daarmee nauw samenhangt. Artikel 4 lid 1 IVO (2000) en mede in aanmerking genomen overweging 23 van de preambule van de IVO brengt mee dat de lex concursus ook bepalend is voor alle rechtsgevolgen van de insolventieprocedure. Hoewel op grond van het Spaanse vonnis vaststaat dat eisers geldvorderingen hebben op SIS, is het Nederlandse insolventierecht bepalend voor de faillissementsrechtelijke kwalificatie daarvan als concurrente, preferente of boedelvordering.

Uit het Spaanse vonnis blijkt dat is uitgegaan van de Spaanse juridische fictie van een

pathologische groep/eenheid. Volgens de Nederlandse rechter volgt uit het Spaanse vonnis niet dat eisers moeten worden aangemerkt als werknemers van SIS, noch bevat de uitspraak een verklaring voor recht dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Er is alleen sprake van een hoofdelijke veroordeling van Swets Spanje en SIS tot betaling van geldbedragen.

Aangezien uit de stellingen van partijen niet kan worden afgeleid dat tussen partijen een arbeidsverhouding bestond op grond waarvan SIS aan eisers loon verschuldigd was, biedt artikel 40 Fw geen grondslag voor een aanspraak op loon- of premieschulden en evenmin op enige ontbindingsvergoeding. Er is dan ook geen sprake van een boedelschuld op grond van de wet, zoals bedoeld in het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. (ECLI:NL:HR:2013:BY6108). De vorderingen vallen ook niet in een andere categorie als opgenomen in dit arrest (schulden ingevolge het feit dat ze door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, of omdat zij het gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting). De geldvorderingen kunnen dan ook niet worden aangemerkt als boedelschulden in het faillissement van SIS, maar hoogstens als concurrente vorderingen. Vanwege het ontbreken van een arbeidsverhouding kan ook geen sprake zijn van achterstallig loon vóór datum faillissement en is ook een preferentie daarom niet aan de orde. De vorderingen van esers worden afgewezen.

*F. van Tilburg*

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 13-09-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2017:8649

**Zaaknummer:** C/13/615998 / HA ZA 16-994

**Rechters:** N.C.H. Blankevoort

**Advocaten:** I.M.C.A. Reinders Folmer en K.M. van Zwieten

**Wetsartikelen:** 40 Fw en 4 IVO (1346/2000)