Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 16, 2018

Nummer 16, 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. M. Pinar, 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

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:3363 07-08-2018
tandarts/curator q.q. en pro se
Curator heeft overeenkomst met tandarts gestand gedaan. Schulden van voor en na faillissement zijn concurrente boedelschulden. Een in een tandeelkundig centrum werkzame tandarts stelt de curator in zijn hoedanigheid en persoonlijk aansprakelijk. Degene die het tandheelkundig centrum exploiteerde, waar deze tandarts werkzaam was, is failliet verklaard. De curator heeft geprobeerd met de tandarts een regeling overeen te komen ter zake van de werkzaamheden en de verdeling van de opbrengsten. Op grond van artikelen 3:33 en 3:35 BW en de Haviltex-maatstaf oordeelt het hof dat er geen overeenkomst tot stand is gekomen en dat de tandarts op de oude voet is door blijven werken na het faillissement.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:2268 03-07-2018
Kim Heng Marine/Geïntimeerde
Er is geen grondslag voor aansprakelijkheid van de bestuurder ex artikel 6:162 BW wegens het niet nakomen van contractuele verplichtingen door de vennootschap en de daarvoor afgegeven garantie.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:5721 20-06-2018
Gefailleerde/W.A. Entzinger q.q. en P.J. Fousert q.q.
Het hof bekrachtigt de persoonlijke faillietverklaring in hoger beroep. Niet summierlijk is gebleken dat de gefailleerde een tegenvordering tegen haar onherroepelijke veroordeling wegens bestuurdersaansprakelijkheid in stelling kan brengen.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:1938 12-06-2018
Curatoren/Banning c.s.
Cliënten hebben bij een verkooptransactie de koper geïnstrueerd te betalen aan KIC, een partij die gelieerd is aan Dijk Bvba en Renting Bvba en dezelfde bestuurder heeft als Dijk Bvba en Renting Bvba. Banning c.s. hebben cliënten hierbij voorzien van juridisch advies. Banning c.s. hebben daarbij niet onrechtmatig gehandeld tegenover hun cliënten Dijk Bvba en Renting Bvba, en evenmin tegenover de gezamenlijke schuldeisers van Dijk Bvba en Renting Bvba.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:5125 05-06-2018
X/Y c.s.
De feitelijke grondslag voor externe bestuurdersaansprakelijkheid (art. 6:162 BW) is na bewijsopdracht niet geleverd.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2018:1250 05-06-2018
GVO c.s./Geïntimeerde
Geen causaal verband tussen handelen bestuurder en het onbetaald blijven van een vordering. Er is onvoldoende gesteld voor het verwijt dat van een situatie sprake was die een persoonlijk ernstig verwijt van geïntimeerde rechtvaardigt.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:1832 29-05-2018
Pandelitschka q.q./Van Lanschot Bankiers
De curator kan zich er niet op beroepen dat de bank onrechtmatig heeft gehandeld of tekort is geschoten door verdere betalingen op te schorten wegens overschrijding van de maximale debetstand.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:2106 15-05-2018
Savelkoul q.q./Management B.V.
Er kan uit hoofde van concernverband jegens de curator geen beroep gedaan worden op kwijtschelding of verrekening, en de stelling dat sprake is van een geconsolideerde afwikkeling van het faillissement doet daaraan niet af. Nu de figuur van de geconsolideerde afwikkeling niet wettelijk is geregeld, moeten per geval de vragen beoordeeld worden die in verband met een dergelijke afwikkeling rijzen.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:4166 03-05-2018
Appellant/De weigerachtige schuldeisers
Bevel aan schuldeisers om in te stemmen met minnelijke schuldregeling. De weigerende schuldeisers hebben een relatief klein aandeel in de totale schuldenlast. Daarnaast is het aanbod van de schuldenaar het uiterste waartoe hij financieel in staat

is. Voorts hebben de overige schuldeisers belang bij de effectuering van de regeling, omdat vaststaat dat zij dan op korte termijn een deel van hun vordering betaald krijgen.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:566 20-02-2018
Wemaro/De Bok q.q.
Vervolg op HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1825 (Wemaro/De Bok q.q.). De betwisting door de curator van het beroep op verrekening faalt. Door de wederpartij is genoegzaam bewezen dat zij een tegenvordering op de schuldenaar had.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:556 08-02-2018
Lessee/Zuidlease
Het hof ziet geen aanleiding om ter beoordeling van de faillissementsaanvraag de uitkomst in de tussen de aanvrager en schuldenaar lopende bodemprocedure af te wachten. Dat argument kan slechts worden aanvaard in complexe zaken.

Rechtbank

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:6254 01-08-2018
Transcor/OWB NL e.a.
Faillissement OWB NL na levering van olie aan zeeschip door Transcor. Transcor spreekt het niet verschenen OWB NL en de kapitein van het zeeschip (Barker Hill) aan tot betaling van de vordering en legt beslag op het schip. UK Club garandeert nakoming door OWB NL en Barker Hill. Barker Hill verstrekt de UK Club een vrijwaring. OWB NL faillieert en Barker Hill betaalt de openstaande vordering voor de olie aan de pandhouder. Rechtbank wijst vordering van Transcor tot nakoming t.a.v. OWB NL toe, met een titel die slechts ten uitvoer kan worden gelegd op vermogensbestanddelen die niet tot de boedel van OWB NL behoren. Rechtbank oordeelt tevens dat Transcor onrechtmatig zou handelen indien het deze vordering zou verhalen op de UK Club, waardoor Barker Hill als gevolg van de vrijwaring dubbel voor de olie zou betalen.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:3580 26-07-2018
Verzoek tot faillietverklaring (art. 1 Fw) afgewezen. Niet summierlijk gebleken van een toestand van te hebben opgehouden met betalen van verweerster.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:3506 25-07-2018
Buddingh q.q./Ontvanger
Executoriaal beslag op leaseauto door Ontvanger ten laste van Luc BV voor

openstaande belastingschuld. Juridisch eigendom van de auto ligt bij de leasemaatschappij. Luc BV failleert. De Ontvanger bericht de curator dat hij zijn beroep op zijn verhaalsrecht in artikel 22a Iw handhaaft, tenzij de belastingschuld wordt voldaan. Auto uiteindelijk executoriaal verkocht met instemming van de leasemaatschappij; executieopbrengst deels verrekend met belastingschuld, deels uitgekeerd aan leasemaatschappij en het overige is voldaan aan de boedel. Curator spreekt Ontvanger aan tot betaling van een bedrag ter hoogte van de belastingschuld wegens onrechtmatig handelen van de Ontvanger, dan wel ongerechtvaardigde verrijking. Rechtbank wijst de vordering af en veroordeelt de curator in de proceskosten.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:6432 04-07-2018

TPM/Bestuurders B&P Ede en B&P Groep
Beklamelvordering jegens (middelijk) bestuurder van de B&P Groep afgewezen. Niet kan worden aangenomen dat de middelijke bestuurder van B&P Groep wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat B&P Groep niet aan haar verplichtingen uit hoofde van de bemiddelingsovereenkomst zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:6205 27-06-2018

Pensioenfonds Zorg en Welzijn/Curadomi c.s.
Pensioenfonds vordert achterstallige pensioenpremie van gefuseerde lichamen en bestuurders. Bestuurder niet aansprakelijk voor betalingsonmacht, ondanks aanwezigheid van een wettelijk vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur in artikel 23 lid 2 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000. Rechtbank ziet geen onrechtmatig handelen door bestuurder wegens verkoop van onderneming door activatransactie. Nieuwe debiteur had toekomstperspectief en de ontvangen koopprijs is reëel; Beklamel-aansprakelijkheid afgewezen. De rechtbank wijst ook de vordering op de gefuseerde lichamen af. Een overgang van onderneming en juridische fusie stuiten verjaring niet; beroep op verjaring ex artikel 3:308 BW door gefuseerde rechtspersoon slaagt. Zaak aangehouden.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2018:7639 26-06-2018

X B.V.
De bestuurder van de gefailleerde is ambtshalve ontbonden. In die situatie is de indirect bestuurder als vereffenaar in beginsel bevoegd verzet tegen de faillietverklaring in te stellen (art. 2:23 lid 1 BW).

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:5000 22-05-2018

Benta c.s./X B.V.
Het verzoek tot faillietverklaring van de ontbonden rechtspersoon wordt afgewezen. Niet is summierlijk gebleken van feiten en omstandigheden die de aanwezigheid van één of meer baten voldoende aannemelijk maken, zoals een vordering wegens onbehoorlijk (indirect) bestuur (art. 2:248 BW).

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:5001 17-05-2018

Sushi Specialist
Het uitspreken van de faillietverklaring, nadat hierom ten tweede male op eigen aangifte is verzocht, is ditmaal wel gerechtvaardigd, omdat er naar verwachting enig te executeren vermogen is.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:3747 09-05-2018

Curator CSH Uitzendbureau/X
In het kader van het door de curator gevorderde civielrechtelijke bestuursverbod dienen ook de overige vennootschappen waarvan gedaagde bestuurder is hun zienswijze als bedoeld in artikel 106c Fw te geven. Nu deze vennootschappen failliet zijn, zal aan de betrokken curator om een zienswijze worden gevraagd, omdat de mogelijkheid van een doorstart van de vennootschap, bijvoorbeeld door het aanbieden van een akkoord, nog bestaat.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:3387 21-02-2018

Bontrup Holding/Bag
Ook al is de omvang van zijn tegenvordering op de pandgever nog niet bekend, de schuldenaar van een verpande vordering kan zich ook jegens de pandhouder op verrekening beroepen, indien vast komt te staan dat zijn vordering de vordering in conventie overtreft.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:888 07-02-2018

Curator Celebration Benelux/TW Steel
De curator komt geen beroep toe op artikel 42 en 47 Fw ten aanzien van een distributieovereenkomst en een daarin opgenomen verplichting tot verpanding die in aanloop naar het faillissement wordt geëffectueerd.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:1207 17-01-2018

Rabobank Utrecht/LCS SAS
Derdenwerking van forumkeuze. Na mededeling van het pandrecht valt onder de inningsbevoegdheid van de pandhouder ook het aanhangig maken van een procedure

bij het door de pandgever en de debitor cessus als bevoegd aangewezen gerecht ter verkrijging van een titel met betrekking tot de verpande vordering.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:2544 18-05-2016
ABN AMRO Leasing/Verdonk q.q.
De schuldeiser van de lessee, en thans de curator, kon zich ook jegens de lessor rechtsgeldig op zijn retentierecht beroepen (art. 3:291 lid 2 BW) nu er voldoende verband tussen het houderschap en de vordering bestond.

College van Beroep voor het bedrijfsleven

College van Beroep voor het bedrijfsleven, ECLI:NL:CBB:2018:405 07-08-2018
Curator/Ministerie LNV
Curator heeft zijn administratieve verplichting om gegevens te verstrekken uit hoofde van de Uitvoeringsregeling Meststoffenwet niet nageleefd. Het ministerie van LNV heeft curator daarvoor terecht een dwangsom opgelegd.

Antillen

Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, ECLI:NL:OGEAC:2018:111 21-05-2018
Wilcamar c.s. en de curator/CDM
Caribische zaak. Het toelaten van een eisvermeerdering in renvooi teneinde voor een hoger bedrag geverifieerd te worden en zonder dat de medeschuldeisers in de gelegenheid zijn hiertegen hun eventuele bezwaren kenbaar te maken, druist in tegen het systeem van de Faillissementswet.

Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, ECLI:NL:OGEAC:2018:109 21-05-2018
Curator PODC c.s./FQFS
Caribische zaak. Ten aanzien van het onder haar gestorte geld kan de escrow agent zich er niet op beroepen dat aan de voorwaarden voor uitbetaling niet is voldaan. Zij heeft naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen rechtens te respecteren belang bij een beroep op een betaalschema tussen de rechthebbenden.

RECHTSPRAAK

X B.V.

De bestuurder van de gefailleerde is ambtshalve ontbonden. In die situatie is de indirect bestuurder als vereffenaar in beginsel bevoegd verzet tegen de faillietverklaring in te stellen (art. 2:23 lid 1 BW).

De gefailleerde X B.V. heeft tijdig verzet ingesteld tegen haar faillietverklaring (art. 8 lid 1 Fw). Het is de rechtbank echter gebleken dat de besturende vennootschap van de gefailleerde op 23 februari 2016 ambtshalve door de Kamer van Koophandel is ontbonden en dat op het uittreksel van de Kamer van Koophandel van gefailleerde van 15 mei 2018 geen bestuurder staat vermeld. De vraag is dan ook of het verzet is ingediend door een rechtsgeldige vertegenwoordiger van gefailleerde.

Daarover overweegt de rechtbank dat artikel 2:19 lid 5 BW bepaalt dat een rechtspersoon na ontbinding blijft voortbestaan voor zover dit tot vereffening van zijn vermogen nodig is. Artikel 2:23 lid 1 BW bepaalt vervolgens dat de bestuurders de vereffenaars van het vermogen van een ontbonden rechtspersoon worden, voor zover de rechtbank geen vereffenaars heeft benoemd of de statuten geen andere vereffenaars aanwijzen.

Het is de rechtbank uit de in het geding gebrachte stukken gebleken dat de besturende vennootschap nog baten heeft, te weten de aandelen in de gefailleerde, zodat zij ook na haar ontbinding is blijven voorbestaan voor de vereffening van haar vermogen. Nu niet is gebleken dat de rechtbank andere vereffenaars heeft benoemd en de statuten van de besturende vennootschap bepalen dat na ontbinden de vereffening geschiedt door de bestuurders, is de particuliere bestuurder van deze vennootschap bevoegd de gefailleerde rechtsgeldig te vertegenwoordigen en heeft hij bevoegd verzet in kunnen stellen.

Ten aanzien van de inhoud van dat verzet dient de rechtbank naar zij overweegt ex nunc te beoordelen of summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de aanvraagster en of gefailleerde verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen (HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1473).

Het is de rechtbank uit de in het geding gebrachte stukken gebleken dat gefailleerde de

vordering van de aanvraagster heeft voldaan en dat voldoende gelden ter beschikking zijn op de boedelrekening om de faillissementskosten en het salaris van de curator te voldoen. Overigens heeft zowel de aanvraagster als de curator verklaard in te stemmen met een vernietiging van het faillissement. Nu de vordering van de (enige) aanvraagster door voldoening teniet is gegaan, dient het verzet gegrond te worden verklaard en het faillissement te worden vernietigd. De daarmee gemoeide kosten komen ten laste van gefailleerde.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 26-06-2018
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2018:7639
Zaaknummer: C/09/18/205
Rechters: H.W. Vogels
Advocaten: P.S.M. van der Enden
Wetsartikelen: 8 lid 1 Fw

RECHTSPRAAK

Kim Heng Marine/Geïntimeerde

Er is geen grondslag voor aansprakelijkheid van de bestuurder ex artikel 6:162 BW wegens het niet nakomen van contractuele verplichtingen door de vennootschap en de daarvoor afgegeven garantie.

Eiseres, de Singaporese vennootschap Kim Heng Marine & Oilfield PTE Ltd., maakt haar bedrijf van het verlenen van sleepdiensten in de offshore-industrie. Geïntimeerde (n.p.) was in 2014 bestuurder van de Nederlandse vennootschap AMS B.V. AMS hield alle aandelen in het kapitaal van de Singaporese vennootschap AMS Singapore Ltd. Tot 4 juli 2014 was geïntimeerde tevens statutair bestuurder van AMS Singapore.

AMS Singapore is op 16 september 2014 een schriftelijke sleepovereenkomst aangegaan met Kim Heng, op basis waarvan AMS een door geïntimeerde ondertekende garantie aan Kim Heng heeft afgegeven voor de contratuele verplichtingen van AMS Singapore.

Kim Heng heeft voor haar werkzaamheden uit hoofde van de sleepovereenkomst in totaal USD 2.475.072 aan AMS Singapore in rekening gebracht. AMS Singapore heeft dat bedrag niet betaald.

Geïntimeerde is in juni 2015 ontslagen als statutair bestuurder van AMS. Tevens is AMS bij Nederlands vonnis van 28 oktober 2015 veroordeeld om aan Kim Heng (onder meer) het bedrag van USD 2.475.072 te voldoen. AMS heeft dit bedrag niet betaald en is op 16 september 2016 gefailleerd.

In dit geding vordert Kim Heng veroordeling van geïntimeerde tot betaling van hetgeen zij van AMS dan wel AMS Singapore te vorderen had. Zij legt aan deze vordering ten grondslag dat AMS Singapore en AMS hun verplichtingen tegenover haar uit hoofde van de sleepovereenkomst respectievelijk de garantiebrief niet zijn nagekomen en dat geïntimeerde ter zake aansprakelijk is uit hoofde van, kort gezegd, bestuurdersaansprakelijkheid.

Die vordering is in eerste aanleg gestruikeld en het daartegen aangevoerde appèl kan Kim

Heng niet baten. Het hof overweegt dat de stelling van Kim Heng bij pleidooi in hoger beroep, te weten dat alle vorderingen van Kim Heng voortvloeien uit de tekortkoming in de nakoming van de sleepovereenkomst 'zodat deze alle vallen onder de garantieverplichting', onvoldoende is tegenover juist de betwisting daarvan door geïntimeerde, nu Kim Heng niet heeft toegelicht hoe en waarom AMS (en a fortiori geïntimeerde) onder de garantie aangesproken kan worden voor de niet-betaling van een andere verplichting dan in de sleepovereenkomst is overeengekomen. De conclusie is dan ook dat het in dit geding ervoor gehouden moet worden dat AMS niet aansprakelijk is tegenover Kim Heng uit hoofde van de gegeven garantie, en dat geïntimeerde dientengevolge evenmin aansprakelijk is.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 03-07-2018
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:2268
Zaaknummer: 200.205.710/01
Rechters: D.J. Oranje, R.J.F. Thiessen en J.W.M. Tromp
Advocaten: R.P. van Campen en R. de Bree
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Gefailleerde/W.A. Entzinger q.q. en P.J. Fousert q.q.

Het hof bekrachtigt de persoonlijke faillietverklaring in hoger beroep. Niet summierlijk is gebleken dat de gefailleerde een tegenvordering tegen haar onherroepelijke veroordeling wegens bestuurdersaansprakelijkheid in stelling kan brengen.

Appellante is op 22 mei 2018 op aanvraag van verweerders, de curatoren van Maas Shipyards Waterhuizen, persoonlijk failliet verklaard. De rechtbank heeft geoordeeld dat zij in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. De rechtbank heeft aan dit oordeel ten grondslag gelegd dat van de zijde van appellante niet is weersproken dat de boedel in het faillissement van Maas Shipyards op dit moment een tekort van enkele miljoenen kent waarvoor appellante in rechte onherroepelijk aansprakelijk is gesteld. Dat dit tekort, zoals appellante stelt, kleiner of zelfs nihil had moeten zijn, is niet summierlijk gebleken. Daarnaast heeft appellante een hypotheekschuld. De opeisbare schuld is in dit geval zo groot, aldus de rechtbank, dat die schuld alleen al het oordeel rechtvaardigt dat appellante in voornoemde toestand verkeert.

Appellante verweert zich hiertegen door de aanvragers te verwijten dat als zij zich goed van hun taak hadden gekweten, het boedeltekort en daarmee de vordering van aanvragers nihil was geweest. Daaromtrent constateert het hof dat appellante deze verwijten in de bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure aan de orde had kunnen stellen. Ook heeft zij de stelling van aanvragers in hoger beroep, te weten dat die verwijten een gepasseerd station zijn en niet hebben geleid tot matiging van het tekort, niet weersproken. Verder is het hof niet gebleken dat de klachten van appellante tegen aanvragers (verzoeken op basis van art. 69 Fw) erin hebben geresulteerd dat het boedeltekort naar beneden bijgesteld diende te worden. Zodoende rest de gestelde vordering van appellante op de curatoren, maar de gegrondheid van deze vordering is naar het oordeel van het hof, gelet ook op de gevoerde aansprakelijkheidsprocedure en de afgewezen verzoeken ex artikel 69 Fw, niet summierlijk komen vast te staan. Het verweer tegen de vordering van de curatoren wordt dan ook verworpen.

Ten aanzien van het pluraliteitsvereiste stelt het hof vast dat er in ieder geval van één andere schuld is gebleken. Het hiertegen door appellante gevoerde verrekeningsverweer faalt (art. 313 jo art. 54 lid 2 Fw), zodat summierlijk is gebleken van een steunvordering. Dat appellante geen invorderingsmaatregelen heeft genomen doet hieraan niet af. Het feit dat de omvang van de vordering niet duidelijk is evenmin.

Ten slotte verkeert appellante ook in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. Het hof acht bij dat oordeel na summierlijke toetsing van belang dat appellante van een AOW-uitkering leeft en dat niet is gebleken dat daarin binnen afzienbare tijd verandering komt. Nu de curatoren er tevens belang bij hebben de vermogenspositie van appellante in kaart te brengen, leidt dit alles tot de conclusie dat het vonnis van de rechtbank dient te worden bekrachtigd.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 20-06-2018
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:5721
Zaaknummer: 200.239.931/01
Rechters: I.F. Clement, H. de Hek en M. van den Steenhoven
Advocaten: C.E. van der Wijk en L.E. Ettema
Wetsartikelen: 1 Fw en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Benta c.s./X B.V.

Het verzoek tot faillietverklaring van de ontbonden rechtspersoon wordt afgewezen. Niet is summierlijk gebleken van feiten en omstandigheden die de aanwezigheid van één of meer baten voldoende aannemelijk maken, zoals een vordering wegens onbehoorlijk (indirect) bestuur (art. 2:248 BW).

Verzoeksters Benta c.s. hebben het faillissement van verweerster, de inmiddels ontbonden vennootschap X B.V., aangevraagd. Zij beroepen zich erop recht te hebben op schadevergoeding wegens niet-nakoming van een met verweerster gesloten overeenkomst. Ter onderbouwing hebben zij aangevoerd dat zij in de zomer van 2015 met Y B.V., als gezamenlijke aandeelhouders van Z B.V., aan Z B.V. een lening hebben verstrekt op basis van een door verweerster opgestelde kredietovereenkomst. Tot zekerheid heeft Z een pandrecht op haar vorderingen gevestigd.

Ten aanzien van dat pandrecht zijn verzoeksters en Y vervolgens op 27 november 2015 met verweerster overeengekomen dat verweerster de inning van de verpande vorderingen namens de gezamenlijke pandhouders op zich neemt op basis van een daartoe door verweerster opgestelde overeenkomst van opdracht. Op 12 mei 2016 heeft verweerster echter laten weten dat de uitvoering van die opdracht niet langer mogelijk was wegens juridische onenigheid tussen verzoeksters en Y.

Verzoeksters stellen dat zij door de handelwijze van verweerster aanzienlijke schade hebben geleden aangezien de inning enige tijd heeft stilgelegen. Ten aanzien van de te verwachten potentiële baten stellen verzoeksters zich op het standpunt dat de (indirect) bestuurder van verweerster het voortbestaan van verweerster doelbewust op het spel heeft gezet en op de klippen heeft laten lopen, door zich om onbegrijpelijke redenen aan haar opdracht te onttrekken. Daarvan kan haar een ernstig en persoonlijk verwijt gemaakt worden, zodat zij jegens verweerster aansprakelijk is. Daarbij is nog aangevoerd dat geen deugdelijke administratie overeenkomstig artikel 2:10 BW is gevoerd, zodat de aansprakelijkheid ex artikel 2:248 BV automatisch intreedt.

De rechtbank stelt voorop dat het verzoek tot faillietverklaring van een ontbonden rechtspersoon alleen kan worden toegewezen als summierlijk blijkt van feiten en omstandigheden die de aanwezigheid van één of meer baten voldoende aannemelijk maken (HR 27 januari 1995, NJ 1995, 579). Een dergelijke bate is ook een vordering op de (indirect) bestuurder van verweerster op de voet van artikel 2:248 BW. De rechtbank is evenwel van oordeel dat het bestaan van deze vordering niet summierlijk is gebleken.

Daarbij wordt vooropgesteld dat niet summierlijk is gebleken dat verweerster niet aan haar boekhoudplicht heeft voldaan. Evenmin kan verweerster worden verweten dat zij haar taak onbehoorlijk heeft vervuld, nu zij zich op grond van de haar verstrekte opdracht tot inning niet ongerechtvaardigd op het standpunt heeft gesteld dat zij slechts namens de pandhouders gezamenlijk op kon treden. Het verzoek tot faillietverklaring wordt daarom afgewezen.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 22-05-2018
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:5000
Zaaknummer: C/10/548571 / FT RK 18/168
Rechters: F. Damsteegt-Molier
Advocaten: J.A. Vos en D.L.A. van Voskuilen
Wetsartikelen: 1 Fw en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Bontrup Holding/Bag

Ook al is de omvang van zijn tegenvordering op de pandgever nog niet bekend, de schuldenaar van een verpande vordering kan zich ook jegens de pandhouder op verrekening beroepen, indien vast komt te staan dat zijn vordering de vordering in conventie overtreft.

Eiseres Bontrup Holding en Bowie Recycling behoorden tot een groep van ondernemingen. Op 28 januari 2011 heeft Bowie haar vorderingen op derden door middel van een verzamelpandakte verpand aan eiseres Bontrup Holding. Bij vervolgpandakte, geregistreerd op 27 januari 2014, heeft Bowie opnieuw een pandrecht op haar vorderingen op derden aan Bontrup Holding verschaft.

Bowie is op 28 januari 2014 in staat van faillissement verklaard. Bowie had tot de datum van haar faillietverklaring diverse samenwerkingen op verschillende locaties met verweerster BAG, waaronder de inrichting en het gebruik van een bedrijfslocatie voor reststoffen door BAG in Venlo. Na afronding van de eerste fase van dat project hebben Bowie en BAG geen kosten en/of opbrengsten meer verrekend.

Eiseres Bontrup Holding heeft op 25 maart 2014 mededeling van haar pandrecht gedaan aan BAG. Zij stelt zich in deze zaak op het standpunt dat zij uit hoofde van haar pandrecht bevoegd is betaling te vorderen van de facturen die BAG onbetaald heeft gelaten (art. 3:246 lid 1 BW).

Ter afwering beroept BAG zich onder meer op verrekening met door haar geleden schade als gevolg van de beëindiging van het project te Venlo. De rechtbank zet bij haar beoordeling van die stelling voorop dat Bontrup betaling kan vorderen van BAG van de door BAG aan Bowie verschuldigde facturen. Vervolgens is aan de orde de vraag of BAG na de afrekening voor fase 1 nog een vordering jegens Bowie geldend kan maken.

De rechtbank neemt bij haar beantwoording van die vraag tot uitgangspunt dat Bowie en BAG de tussen hen bestaande overeenkomst ter zake van het project te Venlo hebben voortgezet na fase 1. Naar het oordeel van de rechtbank is Bowie daarbij tekortgeschoten in de nakoming

van haar daaruit voortvloeiende verplichtingen. Reeds daarmee staat vast dat BAG schade heeft geleden.

Dan resteert de vraag of de door BAG geleden schade de vordering van Bontrup in conventie overstijgt. Voor een geslaagd beroep op verrekening behoeft de omvang van de tegenvordering echter niet vast te staan; voldoende is dat zeker is dat deze vordering de vordering in conventie overtreft (HR 12 juni 1931, NJ 1931, 1345). BAG zal daarom in de gelegenheid worden gesteld om te bewijzen dat de door haar geleden schade de vordering van Bontrup in conventie overstijgt. Artikel 53 Fw jis artikel 6:130 lid 1 en 2 BW vinden hier toepassing.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 21-02-2018
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:3387
Zaaknummer: C/10/524861 / HA ZA 17-364
Rechters: F. van Buchem
Advocaten: I.J.A.J. Hanssen en A. Kara
Wetsartikelen: 3:246 lid 1 BW, 6:127 BW, 6:130 lid 1 BW en 53 Fw

RECHTSPRAAK

ABN AMRO Leasing/Verdonk q.q.

De schuldeiser van de lessee, en thans de curator, kon zich ook jegens de lessor rechtsgeldig op zijn retentierecht beroepen (art. 3:291 lid 2 BW) nu er voldoende verband tussen het houderschap en de vordering bestond.

Eiseres ABN AMRO Leasing is eigenaar geweest van een trekker en een oplegger. AAL heeft deze objecten in 2008 in operational lease gegeven aan het transportbedrijf Duotrans v.o.f.

Duotrans en Truckservice Jager hebben op 18 juni 2009 een onderhoudscontract gesloten ter zake van een bedrijfswagen van Duotrans. Op respectievelijk 1 april 2009 en 24 januari 2011 zijn ook de oplegger en de trekker onder die overeenkomst komen te vallen.

Duotrans was uit hoofde van de onderhoudsovereenkomst een vaste maandelijkse vergoeding aan Jager verschuldigd. Jager heeft Duotrans tussen 2011 en 2012 diverse facturen gestuurd met een totaalbedrag van € 29.986,09. Duotrans heeft deze facturen onbetaald gelaten.

In 2012 zijn de bedrijfswagen, de trekker en de oplegger in de macht van Jager gekomen. Op 23 januari 2013 zijn de leaseovereenkomsten met betrekking tot de trekker en de oplegger tussen AAL en Duotrans beëindigd. Duotrans is op 6 februari 2013 failliet verklaard.

AAL heeft Jager vervolgens verzocht om de objecten aan haar af te geven. Jager heeft dit geweigerd, stellende een recht van retentie uit te oefenen op de objecten ter zake van haar vordering ad € 29.986,09 op Duotrans.

Nadat op 18 december 2014 Jager failliet is verklaard, heeft de curator de onderhavige procedure van Jager overgenomen (art. 28 Fw). Ter discussie staat of Jager ter zake van haar vordering op Duotrans rechtsgeldig een retentierecht op de objecten heeft ingeroepen tegen Duotrans en AAL.

Daarover oordeelt de rechtbank dat Jager voor wat betreft haar volledige vordering op Duotrans een retentierecht ten aanzien van de objecten heeft kunnen inroepen. De bevoegdheid hiertoe bestond op grond van artikel 6:52 BW jo art. 3:290 BW, nu er een

vordering was en Jager de objecten feitelijk in zijn macht kreeg.

Dat retentierecht kwam Jager ook toe jegens AAL, die een ouder eigendomsrecht op de objecten had, en wel op grond van artikel 3:291 lid 2 BW, nu er voldoende verband tussen de objecten en de vordering van Jager bestaat (zie HR 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1213). De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat AAL weliswaar benadeeld is door het inroepen van het retentierecht door Jager, maar dat deze haar rechtvaardiging vindt in de wet. Hieraan doet niet af het belang van AAL, noch is er reden tot matiging van de vordering waarvoor Jager zich op het retentierecht heeft beroepen.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak: 18-05-2016
ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:2544
Zaaknummer: C/18/152071 / HA ZA 14-312
Rechters: S.B. van Baalen
Advocaten: J.C.A. Herstel en R.M. Goudberg
Wetsartikelen: 3:290 BW en 3:291 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Pandelitschka q.q./Van Lanschot Bankiers

De curator kan zich er niet op beroepen dat de bank onrechtmatig heeft gehandeld of tekort is geschoten door verdere betalingen op te schorten wegens overschrijding van de maximale debetstand.

De Netlijn-groep hield sinds 2007 een krediet in rekening-courant aan bij verweerster Van Lanschot. In het daaraan ten grondslag liggende contract is onder meer bepaald dat het debetsaldo niet meer mag bedragen dan 70% van de waarde van de op enig moment uitstaande en aan Van Lanschot verpande vorderingen.

Deze overeenkomst is in 2008 vervangen door een nieuwe kredietovereenkomst, waarbij het krediet is verhoogd. Die overeenkomst is in 2011 verlengd. Daarbij is opnieuw bepaald dat het debetsaldo niet meer mocht bedragen dan 70% van de verpande vorderingen niet ouder dan drie maanden. In 2012 is aan een groepsmaatschappij voorlopige surseance van betaling verleend, waarna Van Lanschot de kredietovereenkomst heeft opgezegd.

Nadat de bewindvoerder van Netlijn betalingsafspraken met Van Lanschot heeft gemaakt, is op 15 juni 2012 tussen Van Lanschot, Netlijn en ABN Amro in het kader van een gecontinueerde bedrijfsvoering een driepartijenovereenkomst gesloten. Daarin is onder meer bepaald dat Van Lanschot in beginsel bereid is om, nadat de schulden zijn gesaneerd, de intercompany betalingen te blijven uitvoeren teneinde overname van de financiering van de Netlijn-groep door ABN Amro op een redelijke en verantwoorde wijze mogelijk te maken.

Deze driepartijenovereenkomst is tweemaal verlengd, laatstelijk op 6 november 2012 tot 31 december 2012. Van Lanschot is de betalingen van Netlijn blijven uitvoeren, ondanks het feit dat zij ervan op de hoogte was dat herfinanciering van Netlijn (nog) niet rond was. Dit heeft ertoe geleid dat begin april 2013 de debetstand op de door Netlijn bij Van Lanschot aangehouden rekening meer dan 70% van de verpande uitstaande vorderingen bedroeg. Van Lanschot heeft om die reden na 4 april 2013 (nagenoeg) geen betalingen meer uitgevoerd.

Op 14 mei 2013 is de gehele Netlijn-groep failliet verklaard. De curator heeft Van Lanschot aansprakelijk gesteld voor het tekort in het faillissement. Hij stelt dat Van Lanschot

onrechtmatig heeft gehandeld of toerekenbaar tekort is geschoten door te weigeren nog verdere betalingen te verrichten. Dat betoog is in eerste instantie verworpen. De door de curator hiertegen gerichte grieven falen.

Naar het oordeel van het hof valt aan de (naar de Haviltexnorm uit te leggen) driepartijenovereenkomst, ook al is in haar laatste tekst niet de koppeling tussen een percentage van de openstaande, verpande debiteuren en een maximumdebetstand opgenomen, niet de gevolgtrekking te ontlenen dat Van Lanschot van de met de koppeling aan de financiering gestelde voorwaarde afstand heeft willen doen. Het ligt evenmin in de rede aan te nemen dat Van Lanschot in het kader van een herstructurering aan haar financiering risicoverhogende soepelere voorwaarden heeft willen verbinden. Dat volgt ook niet uit andere feiten of omstandigheden, zodat Netlijn niet heeft mogen begrijpen dat Van Lanschot na het sluiten van de driepartijenovereenkomst een nieuw krediet onder geheel nieuwe voorwaarden voorwaarden heeft verstrekt. Zodoende kan niet worden gezegd dat Van Lanschot toerekenbaar tekort is geschoten of onrechtmatig heeft gehandeld.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 29-05-2018
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1832
Zaaknummer: 200.195.686/01
Rechters: D.J. Oranje, W.A.H. Melissen en E.E. van Tuyll Serooskerken - Röell
Advocaten: C.M. de Breet en T.H.D. Struycken
Wetsartikelen: 6:162 BW en 25 Fw

RECHTSPRAAK

Sushi Specialist

Het uitspreken van de faillietverklaring, nadat hierom ten tweede male op eigen aangifte is verzocht, is ditmaal wel gerechtvaardigd, omdat er naar verwachting enig te executeren vermogen is.

De rechtbank stelt vast dat aangeefster Sushi Specialist verkeert in een toestand van te hebben opgehouden te betalen (art. 1 Fw). In zoverre is dan ook voldaan aan de voorwaarde om op eigen aangifte failliet te worden verklaard. Wel dient volgens de rechtbank in het belang van de schuldeisers te worden nagegaan of sprake is van enig vermogen, of van andere omstandigheden die het uitspreken van het faillissement rechtvaardigen.

Daartoe overweegt de rechtbank dat Sushi Specialist al een eerder verzoek tot (op eigen aangifte) faillietverklaring heeft ingediend. Dat was op 21 november 2017. Dat verzoek is destijds door de rechtbank afgewezen omdat er naar verwachting geen te executeren vermogen was. Hiertegen is geen appèl ingesteld.

In de onderhavige verzoekprocedure heeft de bestuurder van aangeefster verklaard dat hij contact heeft opgenomen met de crediteuren van Sushi Specialist om tot een regeling te komen. Daaronder ook de verhuurder van het bedrijfspand. Met de verhuurder is geen regeling tot stand gekomen, waardoor de huurovereenkomst niet is geëindigd en nog ongeveer 26 maanden doorloopt. Verder is ook de borg van € 10.000 niet terugontvangen.

Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat het uitspreken van het faillissement van aangeefster wordt gerechtvaardigd omdat er naar verwachting enig te executeren vermogen is, dan wel omdat in een faillissement in ieder geval een einde kan worden gemaakt aan de lopende huurovereenkomst.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 17-05-2018
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:5001
Zaaknummer: C/10/550287 / FT EA 18/769
Rechters: A.J. van Spengen
Wetsartikelen: 1 Fw en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Lessee/Zuidlease

Het hof ziet geen aanleiding om ter beoordeling van de faillissementsaanvraag de uitkomst in de tussen de aanvrager en schuldenaar lopende bodemprocedure af te wachten. Dat argument kan slechts worden aanvaard in complexe zaken.

Verweerster Zuidlease heeft het persoonlijke faillissement van appellante aangevraagd. Dat faillissement is op 12 december 2017 uitgesproken. Ter onderbouwing voert Zuidlease ook in hoger beroep aan dat zij een opeisbare vordering heeft op appellante uit hoofde van een gewijzigde leaseovereenkomst ter zake van een Ferrari. Zuidlease heeft deze leaseovereenkomst aanvankelijk gesloten met JVI B.V., waarvan appellante DGA is. Appellante staat echter als lessee vermeld in de door haar ondertekende omgezette leaseovereenkomst, hetgeen inhoudt dat appellante als borg en hoofdelijke medeschuldenaar verbonden was voor de nakoming van de verplichtingen van JVI.

Zuidlease heeft appellante om die reden aangesproken voor de schade ten aanzien van de Ferrari, primair als borg en subsidiair als hoofdelijk verbonden en meer subsidiair als medeschuldenaar. Naast deze vordering laat appellante vaststaand ook andere schulden onbetaald, aldus Zuidlease.

In dit hoger beroep grieft appellante onder meer over het feit dat de rechtbank zich bij de faillissementsaanvraag inhoudelijk over het door Zuidland gevorderde heeft uitgelaten. Ten onrechte, aldus appellante. Zij had de uitkomst van de daarover tussen partijen lopende bodemprocedure af moeten wachten. Appellante wil in die procedure verweer voeren. In plaats daarvan is Zuidlease overgegaan tot het aanvragen van het faillissement. Met deze handelwijze maakt Zuidlease misbruik van procesrecht c.q. bevoegdheid, waardoor appellante schade lijdt.

Het hof stelt voorop dat er sprake is van openstaande leasetermijnen en dat appellante hiervoor mede aansprakelijk is uit hoofde van de gewijzigde leaseovereenkomst. Daarmee is de vordering van Zuidlease ten aanzien van deze twee leasetermijnen (summierlijk) aannemelijk te achten, aldus het hof.

Ten aanzien van het verwijt dat Zuidlease eerst de uitkomst in de bodemprocedure had moeten afwachten alvorens faillissement aan te vragen, oordeelt het hof dat dat argument slechts aanvaard kan worden in complexe zaken. Het hof acht de onderhavige kwestie niet dusdanig ingewikkeld dat dit niet kan worden beoordeeld in een faillissementsprocedure, ook al is in de faillissementsprocedure sprake van een summiere toetsing en geen onderzoek ten gronde.

Hierbij komt nog dat appellante niet helder stelt noch onderbouwt waarom zij niet aansprakelijk zou zijn voor de betaling van genoemde leasetermijnen. De enkele stelling dat Zuidlease ook derden had kunnen aanspreken is weliswaar op zich juist, maar kan gegeven de hoofdelijke aansprakelijkheid van appellante niet tot een ander oordeel leiden. Het is aan Zuidlease om te bepalen hoe en op wie zij haar vordering incasseert.

Ook de stelling dat Zuidlease geen belang heeft bij een faillietverklaring wordt door het hof verworpen. Zuidlease heeft er belang bij dat in faillissment onderzoek wordt gedaan naar de verschillende geldstromen en dat bezien wordt of haar vordering alsnog kan worden voldaan.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 08-02-2018
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:556
Zaaknummer: 200.229.713_01
Rechters: S.M.A.M. Venhuizen, R.R.M. De Moor en M.W.M. Souren
Advocaten: A.J.J. Kreutzkamp, Ph.A.A. Nijbakker en B.L.J. Lenferink
Wetsartikelen: 1 Fw en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

tandarts/curator q.q. en pro se

Curator heeft overeenkomst met tandarts gestand gedaan. Schulden van voor en na faillissement zijn concurrente boedelschulden. Een in een tandeelkundig centrum werkzame tandarts stelt de curator in zijn hoedanigheid en persoonlijk aansprakelijk. Degene die het tandheelkundig centrum exploiteerde, waar deze tandarts werkzaam was, is failliet verklaard. De curator heeft geprobeerd met de tandarts een regeling overeen te komen ter zake van de werkzaamheden en de verdeling van de opbrengsten. Op grond van artikelen 3:33 en 3:35 BW en de Haviltex-maatstaf oordeelt het hof dat er geen overeenkomst tot stand is gekomen en dat de tandarts op de oude voet is door blijven werken na het faillissement.

De tandarts is een crediteur die nodig is om de onderneming going concern te verkopen. Artikel 37 lid 2 Fw geeft een dergelijke crediteur de mogelijkheid zekerheidsstelling te vragen en de mogelijkheid de werkzaamheden op te schorten. In onderhavige zaak heeft de curator de overeenkomst (impliciet) gestand gedaan. De gestanddoening heeft tot gevolg dat alle schulden uit de overeenkomst concurrente boedelschulden worden, zowel de schulden van voor als die van na faillissement. Dit wordt in de literatuur algemeen aangenomen (*GS Faillissementswet*, art. 37 Fw, aant. 4.1). Schuldeisers, met uitzondering van nutsbedrijven, mogen feitelijk voorrang bedingen door zich slechts bereid te verklaren hun prestaties voort te zetten als zij ook de oude vorderingen betaald krijgen (dwangcrediteuren). Ten aanzien van de specifieke uitvoering van de overeenkomst wordt de zaak aangehouden. Het hof is voorshands van oordeel dat geen sprake is van enige aansprakelijkheid van de curator pro se. Vooralsnog gaat het hof ervan uit dat de boedel over voldoende middelen zou beschikken om de volledige vordering van de tandarts alsnog te voldoen. Dit geschilpunt wordt aangehouden.

H. Beni Driss, augustus 2018

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 07-08-2018
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:3363
Zaaknummer: 200.203.700_01
Rechters: H.A.G. Fikkers, W.J.J. Beurskens en J.M.W. Werker
Advocaten: J.J.M.C. Huppertz en A.L. Stegeman
Wetsartikelen: 37 Fw

RECHTSPRAAK

GVO c.s./Geïntimeerde

Geen causaal verband tussen handelen bestuurder en het onbetaald blijven van een vordering. Er is onvoldoende gesteld voor het verwijt dat van een situatie sprake was die een persoonlijk ernstig verwijt van geïntimeerde rechtvaardigt.

In 2002 hebben geïntimeerde (n.p.) en de heer X (medeappellant) Kompar B.V. opgericht. Kompar hield zich bezig met uitzendwerk. Bestuurders van Kompar waren vanaf haar oprichting geïntimeerde en mevrouw X (medeappellante). Kompar werd gefinancierd door appellante GVO B.V. Bestuurder van GVO was de heer X. Binnen Kompar was de heer X belast met de debiteurenbewaking.

Op enig moment zijn interne problemen bij Kompar ontstaan. Om die reden heeft geïntimeerde op 15 juli 2005 opdrachtgevers van Kompar aangeschreven met de mededeling dat de heer X niet langer is belast met het behartigen van de financiële belangen van Kompar. In verband hiermee heeft geïntimeerde het verzoek gedaan om niet langer in te gaan op verzoeken van de heer X tot betaling op de gebruikelijke rekening van Kompar, omdat die gelden dan zullen worden doorgeboekt naar zijn privérekening. Verzocht is dan ook om betalingen aan Kompar tijdelijk naar de rekening van geïntimeerde te doen, omdat anders medewerkers van Kompar niet betaald kunnen worden.

Tezelfdertijd heeft appellante eveneens de opdrachtgevers van Kompar aangeschreven, zijnderzijds met het verzoek openstaande betalingen aan Kompar op te schorten of anders op het gebruikelijke betaaladres van Kompar te betalen.

Het gevolg van dit alles was dat de cash-flow van Kompar geheel is stilgevallen. Kort hierop hebben de heer en mevrouw X hun bestuursfuncties bij Kompar neergelegd. Nadat ook in 2006 met GVO een geschil is ontstaan over de financiering, is uiteindelijk op 28 juni 2006 het faillissement van Kompar uitgesproken. Rond die tijd heeft geïntimeerde Flex Crew B.V. opgericht.

In deze zaak stellen GVO c.s. zich op het standpunt dat geïntimeerde aansprakelijk is voor de

schade die GVO c.s. heeft geleden als gevolg van het onrechtmatig handelen door geïntimeerde, welk handelen bestond uit (1) het persoonlijk innen van geld dat Kompar toekwam, (2) het vanuit Flexcrew factureren van in naam van Kompar verrichte werkzaamheden en (3) het zonder vergoeding inbrengen van enkele activa van Kompar in Flexcrew.

Het hof overweegt dienaangaande echter dat voor het verwijt dat van een situatie sprake was die een persoonlijk ernstig verwijt van geïntimeerde rechtvaardigt, te weinig is gesteld.

Ten aanzien van de brief die geïntimeerde op 15 juli 2005 verstuurde, wordt voorop gesteld dat dit gebeurde wegens de financiële problemen en het stilvallen van de bedrijfsvoering van Kompar. Het voldoen van een vordering (van GVO) gaat in die situatie (automatisch) ten koste van de overige schuldeisers. Onder deze omstandigheden levert het verzenden van die brief geen persoonlijk ernstig verwijt op in die zin dat daarmee is toegelaten/bewerkstelligd dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakomt en voor de daaruit ontstane schade geen verhaal wordt geboden.

Ten aanzien van het innen van aan Kompar toekomende gelden kan geïntimeerde alleen een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt, indien deze betalingen niet aan Kompar ten goede zijn gekomen. Dit is echter onvoldoende aannemelijk gemaakt.

Ten aanzien van de verwijten rond Flexcrew merkt het hof op dat causaal verband tussen het onbetaald blijven van de vorderingen van GVO c.s. reeds onaannemelijk is, omdat Flexcrew pas is opgericht toen het faillissement van Kompar onafwendbaar leek. Voor zover de stelling dat Flexcrew de werkzaamheden van Kompar heeft overgenomen juist is, geldt dat daarmee het vereiste causaal verband nog niet is gegeven. Geïntimeerde heeft immers betwist dat derden nog bereid waren opdrachten aan Kompar te verstrekken, en bovendien is een belangrijke opdrachtgever korte tijd nadien ook zelf failliet verklaard.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak: 05-06-2018
ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2018:1250
Zaaknummer: 200.141.360
Rechters: M.J. van der Ven, F.R. Salomons en J.A. van Dorp
Advocaten: E.V. Brunings en R. van Biezen
Wetsartikelen: 6:162 BW en 6:98 BW

RECHTSPRAAK

X/Y c.s.

De feitelijke grondslag voor externe bestuurdersaansprakelijkheid (art. 6:162 BW) is na bewijsopdracht niet geleverd.

Na bewijsopdracht resteert de vraag of in het kader van de particuliere bestuurdersaanspakelijkheid van appellant (art. 6:162 BW) door geïntimeerden, de heer en mevrouw X, is bewezen dat geïntimeerden door appellant onjuist zijn geïnformeerd.

In dat verband is door appellant tot zijn verweer aangevoerd dat ZKA c.s. al langer moeite hadden met betaling van de huurtermijnen en dat appellant in het gesprek op 29 november 2010 met de heer X heeft gezegd dat ZKA c.s. niet langer konden betalen, dat bij gebreke van een regeling het faillissement van ZKA c.s. aanstaande was, maar dat een doorstart via ACK c.s. werd onderzocht en als dat zou lukken, ACK c.s. de huur zo lang mogelijk zouden doorbetalen en dat geïntimeerde 1 daar impliciet mee instemde.

Door geïntimeerden is een getuigenverklaring afgelegd. Daaruit volgt samengevat dat volgens de heer X is gesproken over beleggingen en het niet tijdig betalen van de huur waarbij door appellant werd beloofd dat de huurtermijnen voortaan automatisch zouden worden betaald. Verder heeft appellant volgens de heer X verklaard dat het nu weer goed ging met de onderneming. Deze indruk wordt onderschreven door mevrouw X. Zij was niet bij het bewuste gesprek tussen haar man en appellant aanwezig, maar heeft er het een en ander van haar man over vernomen.

Deze verklaringen sluiten naar het hof oordeelt aan bij de bewijsopdracht nu volgens deze verklaringen niets door appellant is gezegd waaruit geïntimeerden hadden kunnen afleiden dat hun huurder niet solvabel was. De verklaring van partijen die als getuigen zijn gehoord hebben echter een beperkte bewijskracht voor de feiten waarvan die partij de bewijslast draagt (art. 164 lid 2 Rv). Dat houdt in dat de verklaring van de partijgetuige(n) geen bewijs in zijn/hun voordeel kan opleveren, tenzij er aanvullende bewijzen zijn. Die aanvullende bewijzen moeten dan wel zodanig sterk zijn en zodanig essentiële punten betreffen, dat zij de verklaring van de partijgetuige(n) voldoende geloofwaardig maken (HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688).

Naar het oordeel van het hof zijn zulke aanvullende feiten niet aangetroffen. Dit brengt het hof tot het eindoordeel dat de feitelijke grondslag voor de door geïntimeerden ingenomen centrale stelling niet is komen vast te staan. Daarmee slagen de grieven, zodat het vonnis waarvan appèl dient te worden vernietigd en de vorderingen van geïntimeerden alsnog dienen te worden afgewezen.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 05-06-2018
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:5125
Zaaknummer: 200.171.480/01
Rechters: L. Janse, I. Tubben en J. Smit
Advocaten: A.M. den Hollander en T.H. Geukes Foppen
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Wemaro/De Bok q.q.

Vervolg op HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1825 (Wemaro/De Bok q.q.). De betwisting door de curator van het beroep op verrekening faalt. Door de wederpartij is genoegzaam bewezen dat zij een tegenvordering op de schuldenaar had.

In dit vervolg op HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1825 gaat het om het volgende. De curator van DHN B.V. vordert van de Luxemburgse vennootschap Wemaro S.A. betaling van de koopprijs voor de door DHN aan Wemaro overgedragen vorderingen. Wemaro betwist die kooprijs nog verschuldigd te zijn, zich erop beroepend dat deze vordering teniet is gegaan door verrekening met de schuld van DHN aan Wemaro uit hoofde van een door Wemaro aan DHN verstrekte lening van één miljoen euro.

De curator betwist op zijn beurt die verrekening met twee argumenten. Allereerst stelt de curator dat de lening niet aan DHN is verstrekt, maar aan DHI, de bestuurder en indirect aandeelhouder van DHN, zodat de vordering tot terugbetaling van die lening niet in verrekening kan worden gebracht met de schuld van Wemaro aan DHN. Daarnaast stelt de curator dat de verrekening (zo die op zichzelf wel toelaatbaar zou zijn) nietig is op grond van artikel 54 lid 1 Fw. De rechtbank heeft dat laatste argument gevolgd en de curator in het gelijk gesteld.

Uit het tussentijds cassatieberoep volgt echter dat artikel 54 Fw voor het onderhavige geval geen betekenis heeft. Dat brengt mee dat alsnog aan de orde komt het eerste argument van de curator gericht tegen de door Wemaro gestelde verrekening, te weten dat de lening verstrekt was aan DHI, waarbij het hof tot uitgangspunt neemt dat de (althans eertijds) verschuldigdheid van de koopprijs, in omvang zoals door de curator gesteld, door Wemaro niet is betwist.

Het hof is van oordeel dat genoegzaam blijkt dat de lening is verstrekt aan DHN. Reden daarvoor is ten eerste de door de huisbank van DHN uit hoofde van kredietverstrekking gewenste achterstelling van de vordering van Wemaro groot één miljoen euro. Ten tweede het gevolg dat DHN, DHI en Wemaro hebben gegeven aan het verzoek van Fortis, door bij akte op

te nemen dat de lening alsnog werd verstrekt aan DHN. Ten slotte wordt de lening aan DHN ook geschraagd door het feit dat DHN vorderingen aan Wemaro heeft overgedragen in het kader van de lening van Wemaro. De curator heeft tegen dit alles onvoldoende ingebracht, zodat zijn vordering alsnog sneuvelt.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 20-02-2018
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:566
Zaaknummer: 200.176.735/01
Rechters: W.A.H. Melissen, A.S. Arnold en D.J. Oranje
Advocaten: J.M.K.P. Cornegoor en J.G.M. Roijers
Wetsartikelen: 54 Fw en 6:127 BW

RECHTSPRAAK

Curator/Ministerie LNV

Curator heeft zijn administratieve verplichting om gegevens te verstrekken uit hoofde van de Uitvoeringsregeling Meststoffenwet niet nageleefd. Het ministerie van LNV heeft curator daarvoor terecht een dwangsom opgelegd.

Het ministerie van landbouw, natuur en voedselkwaliteit heeft de curator van een gefailleerde bv een last onder dwangsom opgelegd voor het niet voldoen aan de administratieve verplichting om gegevens uit de 'mestboekhouding' te verstrekken (ex art. 35 lid 2 en 45 lid 1 Uitvoeringsregeling Mestoffenwet). De curator betoogt dat hij niet als overtreder kan worden aangemerkt nu hij pas na het begaan van de overtreding als curator is benoemd. Ook voert hij aan dat de verantwoordelijkheid van de curator is beperkt tot de naleving van milieuwetgeving en zich niet uitstrekt tot de naleving van administratieve verplichtingen. Het ministerie heeft het door de curator aangetekende bezwaar ongegrond verklaard. De curator is hiertegen in hoger beroep gegaan bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven.

Het College benadrukt dat de curator vanaf het moment van faillietverklaring onder dwangsom kan worden gelast om in ieder geval de op dat moment bestaande overtredingen van de milieuwetgeving te beëindigen of herhaling ervan te voorkomen. Het maakt daarvoor niet uit of de overtreding vóór het moment van faillietverklaring en benoeming als curator of tijdens het faillissement is ontstaan. Het College overweegt voorts dat de curator niet aannemelijk heeft gemaakt dat de opgevraagde gegevens zich niet meer in de boekhouding van de gefailleerde bv bevinden en dat niet is gebleken dat de curator heeft geprobeerd om op andere manieren aan de opgevraagde gegevens te komen. Het had op de weg van de curator gelegen om de opgevraagde gegevens bij de voormalig bestuurders van de gefailleerde bv op te vragen. Het College verklaart het door de curator ingestelde beroep ongegrond.

G. Bongers

Instantie: College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak: 07-08-2018
ECLI: ECLI:NL:CBB:2018:405
Zaaknummer: 17/12
Rechters: R.R. Winter, H.O. Heemskerk en T.P.J.N. van Rijn
Advocaten: B.J.F. Bollen en A.H. Spriensma
Wetsartikelen: 35 Uitvoeringsregeling Meststoffenwet en 45 Uitvoeringsregeling Meststoffenwet

RECHTSPRAAK

TPM/Bestuurders B&P Ede en B&P Groep

Beklamelvordering jegens (middelijk) bestuurder van de B&P Groep afgewezen. Niet kan worden aangenomen dat de middelijke bestuurder van B&P Groep wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat B&P Groep niet aan haar verplichtingen uit hoofde van de bemiddelingsovereenkomst zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden.

TPM heeft schade geleden omdat haar facturen ter zake van de bemiddelingswerkzaamheden die zij heeft verricht voor B&P Ede en voor B&P Groep niet volledig zijn betaald door B&P Ede respectievelijk B&P Groep. Op aanvraag van TPM zijn B&P Ede en B&P Groep failliet verklaard. BPH Ede is bestuurder van B&P Ede. Gedaagde 2 is bestuurder van de B&P Groep. Gedaagde 1 vormt tezamen met zijn echtgenote het bestuur van gedaagde 2.

TPM stelt BPH Ede, gedaagde 2 en gedaagde 1 aansprakelijk voor de door TPM geleden schade. Gedaagde 1 en gedaagde 2 voeren verweer. BPH Ede laat verstek gaan.De rechtbank wijst de vordering van TPM jegens BPH Ede toe. De rechtbank benadrukt dat aan BPH verstek is verleend en dat de vordering niet ongegrond of onrechtmatig voorkomt. De rechtbank overweegt verder dat TPM heeft nagelaten nader te stellen en te onderbouwen dat gedaagde 2 en gedaagde 1, ten tijde van de aansprakelijkheid van BPH Ede, bestuurder waren van BPH Ede en wijst daarom aansprakelijkheid van gedaagde 2 en gedaagde 1 op grond van artikel 2:11 BW af. De rechtbank oordeelt voorts dat gedaagde 2 en gedaagde 1 niet onrechtmatig hebben gehandeld jegens TMP door namens B&P Groep de bemiddelingsovereenkomst aan te gaan met TPM. Op het moment van het aangaan van de overeenkomst had de bank namelijk vertrouwen uitgesproken en moest het herstelplan nog worden uitgevoerd. Bovendien is, wegens het door de belangrijkste stakeholders gestelde vertrouwen, in de jaarrekening uiteindelijk uitgegaan van de veronderstelling van continuïteit van B&P Groep. Voorts staat vast dat partijen bij het aangaan van de overeenkomst ervan uitgingen dat een aanzienlijke verkoopopbrengst zou worden gerealiseerd die voldoende zou zijn om alle vorderingen van B&P Groep te voldoen. Dat de Rabobank zekerheden had gevestigd op de (toekomstige)

vorderingen van B&P Groep en daarmee op de verkoopopbrengst, hoefde in de gegeven omstandigheden volgens de rechtbank geen beletsel te vormen voor het aangaan van de overeenkomst met TPM. Gedaagde 2 en gedaagde 1 hebben toegelicht dat later bleek dat, mede vanwege een sterk achterblijvende omzet, het herstelplan toch onvoldoende resultaat opleverde, dat het traject tot verkoop van het B&P-concern minder vlot liep dan verwacht, dat het steeds meer afkalfde en dat het uiteindelijk is gekomen tot een beperkte verkoop van de nog overgebleven activa, waaraan de Rabobank slechts wilde meewerken onder de voorwaarde dat zij de volledige verkoopopbrengst zou ontvangen. De rechtbank meent dat TPM een en ander niet (voldoende gemotiveerd) weersproken heeft. De rechtbank concludeert dat niet kan worden aangenomen dat gedaagde 1 wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat B&P Groep niet aan haar verplichtingen kon voldoen en geen verhaal zou bieden.

G. Bongers

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 04-07-2018
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:6432
Zaaknummer: C/10/529579 / HA ZA 17-614
Rechters: P. Volker
Advocaten: C.A.M.H. Vink en P.C.M. Ouwens
Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Curatoren/Banning c.s.

Cliënten hebben bij een verkooptransactie de koper geïnstrueerd te betalen aan KIC, een partij die gelieerd is aan Dijk Bvba en Renting Bvba en dezelfde bestuurder heeft als Dijk Bvba en Renting Bvba. Banning c.s. hebben cliënten hierbij voorzien van juridisch advies. Banning c.s. hebben daarbij niet onrechtmatig gehandeld tegenover hun cliënten Dijk Bvba en Renting Bvba, en evenmin tegenover de gezamenlijke schuldeisers van Dijk Bvba en Renting Bvba.

Belgium Real Estate Dijk Bvba (Dijk) en PFF Renting Bvba (Renting) hebben circa twee jaar voordat zij failliet zijn verklaard een vliegtuig verkocht. De koopprijs van dit vliegtuig is door koper conform betalingsinstructies van Dijk en Renting overgemaakt aan Kooilust Inflation Consultants Gmbh (KIC). KIC is een gelieerde partij die net als Dijk en Renting onderdeel uitmaakte van de Kooilust-groep en net als Dijk en Renting werd bestuurd door X. Banning c.s. hebben Dijk en Renting bij deze transactie voorzien van juridisch advies. Banning c.s. hadden destijds vorderingen wegens onbetaalde declaraties op de Kooilust-groep.

De curatoren van Dijk en Renting betogen dat Banning c.s. onrechtmatig hebben gehandeld jegens Dijk en Renting als cliënten, alsmede jegens de gezamenlijke schuldeiser van deze vennootschappen, door medewerking te verlenen aan de betaling aan KIC – zonder te wijzen op de daaraan verbonden risico's en zonder verder te onderzoeken wat de grondslag was voor de betaling aan KIC. De curatoren menen dat Banning c.s. medewerking hebben verleend aan de betaling aan KIC om zo hun openstaande declaraties bij de Kooilust-groep betaald te krijgen, hetgeen Banning c.s. betwisten. De curatoren stellen dat Banning c.s. aansprakelijk zijn voor de schade die de boedels van Dijk en Renting hierdoor hebben geleden. Zonder nader in te gaan op de discussie omtrent de beweerde beweegredenen van Banning c.s., wijst de rechtbank in een tussenvonnis de vorderingen van de curatoren toe. Banning c.s. hebben hoger beroep ingesteld.

Het hof oordeelt dat niet kan worden aangenomen dat Banning c.s. hun cliënten Dijk en Renting hadden moeten waarschuwen voor de risico's verbonden aan de betreffende betaling

aan KIC. Dijk en Renting moeten immers worden geacht zelf te hebben geweten dat zij door de overboeking naar KIC niet meer direct over dat deel van de verkoopopbrengst zouden kunnen beschikken, maar dat zij hoogstens een vordering op KIC zouden verkrijgen. Verder oordeelt het hof dat Banning c.s. niet onzorgvuldig hebben gehandeld jegens cliënten door niet te onderzoeken wat de grondslag was voor de overboeking aan KIC. Het hof benadrukt in dit verband dat KIC een aan de cliënten gelieerde vennootschap was en KIC dezelfde bestuurder had als cliënten. Dat de openstaande declaraties van Banning c.s. zouden worden voldaan uit de verkoopopbrengsten brengt nog niet met zich dat Banning c.s. hun cliënten onrechtmatig hebben geadviseerd of in die advisering toerekenbaar tekort zijn geschoten.

Voorts oordeelt het hof dat Banning c.s. niet onrechtmatig hebben gehandeld jegens de schuldeisers van Dijk en Renting. Het hof overweegt nogmaals dat KIC gelieerd was aan de cliënten Dijk en Renting en dezelfde bestuurder had als Dijk en Renting. Verder benadrukt het hof dat Dijk en Renting pas circa twee jaar later zijn gefailleerd. Het hof stelt dat ook indien het betaald krijgen van de openstaande declaraties de belangrijkste drijfveer van Banning c.s. vormde om mee te werken aan de betaling aan KIC, daarmee nog niet vaststaat dat Banning c.s. de vereiste wetenschap hadden van de benadeling van de crediteuren van Dijk en Renting door de betaling aan KIC.

Het hof vernietigt het bestreden vonnis van de rechtbank.

G. Bongers

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 12-06-2018
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1938
Zaaknummer: 200.195.468/01
Rechters: W.A.H. Melissen, M. Jurgens en R.M. de Winter
Advocaten: A. van Hees, J.J. Dingemans, R. van Gompel, J. van Cauwenberg en S.M.M. van Dooren
Wetsartikelen: 6:162

RECHTSPRAAK

Wilcamar c.s. en de curator/CDM

Caribische zaak. Het toelaten van een eisvermeerdering in renvooi teneinde voor een hoger bedrag geverifieerd te worden en zonder dat de medeschuldeisers in de gelegenheid zijn hiertegen hun eventuele bezwaren kenbaar te maken, druist in tegen het systeem van de Faillissementswet.

Het gaat in deze gevoegde renvooiprocedure naar Caribisch faillissementsrecht om de vraag of vorderingen buiten de verificatievergadering om kunnen worden erkend. Dit op grond van het volgende feitencomplex.

Verzoeksters Wilcamar B.V. c.s. zijn actief als scheepsagenten (art. 7:428 e.v. BW). Zij hebben in het verleden werkzaamheden als scheepsagent uitgevoerd ten behoeve van CDM.

Op 2 februari 2017 is CDM failliet verklaard met benoeming van verweerder tot curator. Aan dit faillissement is een 'pre-pack' voorafgegaan. Op 22 augustus 2017 is de verificatievergadering in het faillissement van CDM gehouden. Wilcamar heeft aldaar tijdig haar vorderingen ingediend.

Bij akte heeft Wilcamar na verwijzing haar eis vermeerderd. De curator heeft hiertegen bezwaar gemaakt stellende dat een eisvermeerdering in geval van een renvooiprocedure niet mogelijk is, omdat daarmee de door het Faillissementsbesluit geregelde gang van zaken, waaronder de bespreking van de vordering in de verificatievergadering, wordt doorkruist.

Dit verweer slaagt. Het gerecht overweegt dat het toelaten van een eisvermeerdering in renvooi ertoe zou kunnen leiden dat een schuldeiser, buiten medeweten van medeschuldeisers, voor een hoger bedrag zou worden geverifieerd zonder dat zijn medeschuldeisers in de gelegenheid zijn hiertegen hun eventuele bezwaren kenbaar te maken. De bijzondere omstandigheden van het faillissement van CDM, met een langdurige pre-packperiode en een garantstelling van de holdingmaatschappij voor vorderingen van de schuldeisers, vormen geen reden om het systeem van het Faillissementsbesluit te omzeilen. In dat verband speelt een rol dat Wilcamar er blijkens haar verklaring ter zitting bewust voor

heeft gekozen om geen gebruik te maken van de mogelijkheden die het Faillissementsbesluit biedt tegen de uitdelingslijst in verzet te komen (artikel 178 Fb). De eisvermeerdering blijft dus buiten beschouwing.

De vorderingen waarop Wilcamar haar eisvermeerdering heeft gegrond zijn allereerst een 'bonus' waarop Wilcamar meent recht te hebben. Deze aanspraak is door de curator gedeeltelijk erkend en ook Wilcamar heeft zich daarbij neergelegd. De vordering zal daarom tot dit bedrag worden erkend. Daarnaast heeft Wilcamar een vordering uit hoofde van artikel 7:442 BW ingediend, dat de handelsagent bij het einde van de overeenkomst onder bepaalde voorwaarden aanspraak geeft op een klantenvergoeding. Een van die voorwaarden is dat de principaal nog aanzienlijke voordelen zal hebben van de uitbreiding van het klantenbestand die de agent voor de principaal heeft gerealiseerd. Nu aan die voorwaarde niet is voldaan, de bedrijfsvoering van CDM is immers tot een einde gekomen, komt deze vordering niet voor erkenning in aanmerking.

M. Verdonk

Instantie: Gerecht in eerste aanleg van Curaçao
Datum uitspraak: 21-05-2018
ECLI: ECLI:NL:OGEAC:2018:111
Zaaknummer: CUR201703591, CUR201703596 en CUR02296
Rechters: Th. Veling
Advocaten: A.C. Small
Wetsartikelen: 122 Fw

RECHTSPRAAK

Curator PODC c.s./FQFS

Caribische zaak. Ten aanzien van het onder haar gestorte geld kan de escrow agent zich er niet op beroepen dat aan de voorwaarden voor uitbetaling niet is voldaan. Zij heeft naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen rechtens te respecteren belang bij een beroep op een betaalschema tussen de rechthebbenden.

Tussen PODC als verkoper en Nouvelle als koper zijn in 2009 twee koopovereenkomsten gesloten ter zake van twee te ontwikkelen percelen. Hierin is onder meer bepaald dat betaling door Nouvelle plaatsvindt in termijnen bij oplevering en dat die gelden worden gestort onder een escrow agent. Hiervoor is gedaagde FQFS bij escrow overeenkomst aangewezen. In die overeenkomst is bepaald dat de uitbetaling door FQFS plaatsvindt in overeenstemming met de tussen PODC en Nouvelle gesloten koopovereenkomsten (en dus het daarin opgenomen betaalschema).

Nouvelle heeft USD 154.789,42 op de rekening van FQFS overgemaakt. Daarvan is een deel aan PODC uitbetaald voordat de bouwwerkzaamheden in 2011 zijn gestaakt. Uiteindelijk is PODC op 16 oktober 2015 failliet verklaard met benoeming van eiser tot curator. Die heeft vervolgens in 2017 met Nouvelle afgesproken dat van het door Nouvelle betaalde en door FQFS gehouden bedrag de helft aan de boedel van PODC wordt uitgekeerd en de helft aan Nouvelle wordt terugbetaald.

FQFS heeft aan het verzoek tot uitbetaling geen gehoor gegeven. In deze procedure vordert de curator om die reden dat FQFS wordt veroordeeld tot betaling. Hieraan legt de curator c.s. primair ten grondslag dat FQFS de door Nouvelle gestorte fondsen ten behoeve van PODC houdt in afwachting van het verloop van het bouwproces. Volgens FQFS is het bouwproject echter niet voltooid zodat niet is voldaan aan de voorwaarden voor uitbetaling aan PODC.

Dat betoog faalt. Naar het gerecht oordeelt, moet worden vooropgesteld dat FQFS geen rechthebbende is ten aanzien van de bedragen die Nouvelle op haar rekening heeft gestort. Zij houdt die fondsen slechts ten behoeve van PODC en Nouvelle, zoals de escrow overeenkomst

uitdrukkelijk vermeldt, bij wijze van zekerheid voor voor zowel PODC als Nouvelle, zoals uit de rechtsverhouding tussen PODC en Nouvelle volgt. Beide partijen zijn dan ook (in hun onderlinge rechtsverhouding) rechthebbenden op het geld dat door Nouvelle onder FQFS is gestort. In het licht van deze uitgangspunten valt in redelijkheid niet in te zien welk in rechte te respecteren belang FQFS heeft bij de weigering om gehoor te geven aan het gezamenlijke betalingsverzoek van de beide rechthebbenden op het saldo. Weliswaar is niet voldaan aan de betalingsvoorwaarden, maar het betoog van de curator c.s. moet echter zo worden begrepen dat een beroep van FQFS op dat betaalschema naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, en dit betoog slaagt. In de eerste plaats omdat vanwege het faillissement van PODC vast staat dat aan de voorwaarden voor uitbetaling niet meer voldaan kán worden en in de tweede plaats omdat de beide rechthebbenden op het geld in escrow uitdrukkelijk zijn overeengekomen dat PODC op een deel van dat saldo (toch) aanspraak heeft.

M. Verdonk

Instantie: Gerecht in eerste aanleg van Curaçao
Datum uitspraak: 21-05-2018
ECLI: ECLI:NL:OGEAC:2018:109
Zaaknummer: CUR201701470
Rechters: Th. Veling
Advocaten: E.E. Palm-Meyer
Wetsartikelen: 3:276 BW

RECHTSPRAAK

Curator Celebration Benelux/TW Steel

De curator komt geen beroep toe op artikel 42 en 47 Fw ten aanzien van een distributieovereenkomst en een daarin opgenomen verplichting tot verpanding die in aanloop naar het faillissement wordt geëffectueerd.

Vanaf 2005 was (de rechtsvoorganger van) Celebration B.V. de exclusieve distributeur in de Benelux van de door gedaagde TW Steel B.V. geproduceerde horloges. Vanaf 2013 is tussen Celebration en TW Steel een distributieovereenkomst van toepassing. Hierin is onder meer bepaald dat partijen bevoegd zijn de overeenkomst onmiddellijk op te zeggen bij wanprestatie, dat alle door TW Steel geleverde zaken vallen onder haar eigendomsvoorbehoud, en dat in geval van haar wanprestatie Celebration gehouden is ten gunste van TW Steel een pandrecht te vestigen op haar debiteurenportefeuille.

Over 2010 zijn betalingsachterstanden ontstaan. Om die reden heeft TW Steel de samenwerking met Celebration op 29 april 2016 beëindigd. Vervolgens heeft Celebration op 24 mei 2016 een pandrecht op al haar vorderingen aan TW Steel verstrekt. Voorts heeft TW Steel zich op haar voorbehouden eigendomsrechten beroepen. Ten slotte is op 15 juni 2016 het faillissement van Celebration uitgesproken, met benoeming van eiser tot curator.

De curator bestrijdt de gang van zaken door zich primair op het standpunt te stellen dat de tussen TW Steel en Celebration gesloten distributieovereenkomst en pandakte onverplicht zijn aangegaan en dat beide partijen wisten of behoorden te weten dat daarvan benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn. Hij heeft om die reden zowel de distributieovereenkomst als de pandakte buitengerechtelijk vernietigd op grond van artikel 42 dan wel 47 Fw. Ook betwist hij de rechtsgeldigheid van de opzegging van de distributieovereenkomst.

Ten aanzien van de vernietiging van de distributieovereenkomst oordeelt de rechtbank dat weliswaar sprake is van een onverplichte rechtshandeling (art. 42 Fw), maar dat wetenschap van benadeling, in die zin dat ten tijde van de rechtshandeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien (HR 22 december 2009, NJ 2010/273), onvoldoende is aangetoond. In 2013 was immers niet te voorzien dat

Celebration failliet zou gaan, en evenmin dat haar schuldeisers niet volledig voldaan zouden kunnen worden. Daarnaast dient het subsidiaire beroep van de curator op artikel 47 Fw te falen, omdat het sluiten van de distributieovereenkomst niet kan worden gekwalificeerd als voldoening aan een opeisbare schuld.

Ten aanzien van de vernietiging van de pandakte mist artikel 42 Fw naar het oordeel van de rechtbank toepassing. De verpanding was immers een verplichte rechtshandeling nu zij haar grondslag had in de distributieovereenkomst. Het beroep op artikel 47 Fw slaagt evenmin. Niet kan worden gezegd dat er ten tijde van het opmaken van de pandakte sprake was van faillissement of van samenspanning met het doel TW Steel boven de andere schuldeisers te begunstigen.

Ten aanzien van de opzegging stelt de rechtbank vast dat Celebration heeft ingestemd met de opzegging van de distributieovereenkomst. Daarmee is de opzegging in beginsel definitief en kan achteraf niet meer worden aangevoerd dat sprake is van wanprestatie aan de zijde van TW Steel, omdat de opzegging wegens het niet in acht nemen van een redelijke opzeggingstermijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn. Er zijn geen gronden die dat anders maken aangevoerd, terwijl de gronden die TW Steel voor de opzegging heeft aangevoerd voldoende zijn om een onmiddellijke opzegging te rechtvaardigen.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Noord-Holland
Datum uitspraak: 07-02-2018
ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:888
Zaaknummer: C/15/249760 / HA ZA 16-661
Rechters: J.I. de Vreese-Rood, K. van Dijk en M.M. Kruithof
Advocaten: S. Hossaini en S.I.P. Schouten
Wetsartikelen: 42 Fw en 47 Fw

RECHTSPRAAK

Verzoek tot faillietverklaring (art. 1 Fw) afgewezen. Niet summierlijk gebleken van een toestand van te hebben opgehouden met betalen van verweerster.

Verzoekster stelt dat zij een vordering heeft uit hoofde van een gewezen vonnis. Verweerster heeft echter hoger beroep aangetekend tegen dit vonnis.

De rechtbank oordeelt dat verweerster niet verkeert in een toestand van te hebben opgehouden met betalen. Verweerster heeft deze toestand immers summierlijk betwist. Anders dan verzoekster stelt, heeft Atradius geen vordering op verweerster, maar op een andere vennootschap die op hetzelfde adres staat ingeschreven. Een werkneemster die volgens verzoekster wacht op haar salaris, heeft ook geen vordering op verweerster. Zij heeft geen salaris gehad omdat er beslag is gelegd op haar salaris. De accountant van verweerster heeft nog gewaarschuwd voor het beslag.

H. Beni Driss

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 26-07-2018
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:3580
Zaaknummer: C/16/463470 / FT RK 18/978
Rechters: C.P. Lunter
Advocaten: J.M.J. van der Grinten en D. Talsma
Wetsartikelen: 1 Fw en 6 Fw

RECHTSPRAAK

Savelkoul q.q./Management B.V.

Er kan uit hoofde van concernverband jegens de curator geen beroep gedaan worden op kwijtschelding of verrekening, en de stelling dat sprake is van een geconsolideerde afwikkeling van het faillissement doet daaraan niet af. Nu de figuur van de geconsolideerde afwikkeling niet wettelijk is geregeld, moeten per geval de vragen beoordeeld worden die in verband met een dergelijke afwikkeling rijzen.

In 1996 is in het kader van een management buy-out Groep B.V. opgericht. Deze vennootschap hield een belang in onder meer Werk B.V. Na de oprichting van Groep hield (gedaagde) Management 2 B.V. 44% van de aandelen in Groep en (gedaagde) Management 1 B.V. 36%. Op 2 januari 2003 is WZ B.V. als dochtermaatschappij van Werk opgericht.

In 2004 heeft WZ leningen verschaft aan gedaagden. De aflossing daarvan – per 1 november 2007 stond nog een bedrag van € 40.000 van Management 1 jegens WZ open, ten aanzien van Management 2 gaat het om € 150.000 – staat in deze zaak centraal. Dat heeft ermee te maken dat op 25 juni 2010 tussen Groep en TEN B.V. een participatieovereenkomst is gesloten, op grond waarvan gedaagden respectievelijk 38,5 en 31,5 % van de aandelen in Groep aan TEN hebben overgedragen. De verschuldigdheid van de totale koopsom van € 350.000 is daarbij omgezet in geldleningen van gedaagden aan TEN.

Uit hoofde van de participatieovereenkomst zijn vervolgens twee aanvullende overeenkomsten tot stand gekomen. Ten eerste heeft TEN een lening van een miljoen euro verstrekt aan Groep. Bij de daaraan ten grondslag liggende overeenkomst is door TEN een hoofdelijke medeaansprakelijkheid van de dochters van Groep bedongen. Eveneens is tussen Groep, TEN en gedaagden een managementovereenkomst ondertekend, die onder meer inhield dat gedaagden over 2011 recht hebben op een bonus wanneer zij werkzaamheden voor Groep zouden verrichten.

Op enig moment heeft TEN zich op het standpunt gesteld dat gedaagden door afgegeven garanties niet zijn nagekomen. Dit heeft geleid tot een minnelijke regeling en wel in die zin

dat partijen in de daartoe ondertekende vaststellingsovereenkomst van 30 november 2011 afstand doen van hun aanspraken.

In 2012 is zowel Groep als WZ failliet verklaard, met aanstelling van eiser als curator. De curator stelt zich in deze procedure ten aanzien van gedaagden op het standpunt dat WZ geen partij is geweest bij de schikkingsovereenkomst, zodat WZ jegens gedaagden nog altijd aanspraak kan maken op haar vordering uit hoofde van geldlening.

Dat betoog slaagt in dit hoger beroep. Naar het oordeel van het hof was WZ ten eerste geen partij bij die participatieovereenkomst. Groep heeft zich bij die overeenkomst weliswaar verplicht toe te zien op naleving van haar verplichtingen door haar dochtervennootschappen (waaronder WZ), maar dit feit op zich rechtvaardigt niet de conclusie dat WZ als dochtervennootschap van Groep daarmee ook partij bij die overeenkomst was. Het geschil dat vervolgens door de schikkingsovereenkomst beslecht werd, was dus een geschil tussen TEN enerzijds en gedaagden anderzijds, aldus het hof. Bij de ondertekening daarvan is niet namens WZ opgetreden. WZ werd immers niet als partij bij de overeenkomst in de aanhef daarvan genoemd, noch bij de ondertekening. Mitsdien kan niet uit de stellingen van gedaagden worden afgeleid dat de vorderingen die WZ op hen had zijn kwijtgescholden. Evenmin komt gedaagden een beroep toe op vertegenwoordiging van WZ in de concernverhoudingen, zodat voor wat betreft het verrekeningsverweer niet is voldaan aan de eis van artikel 6:127 lid 2 BW. De vordering van de curator is daarmee toewijsbaar. Hieraan doet niet af dat sprake is van een geconsolideerde afwikkeling van het faillissement. Nu de figuur van de geconsolideerde afwikkeling niet wettelijk is geregeld, moeten per geval de vragen beoordeeld worden die in verband met een dergelijke afwikkeling rijzen.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 15-05-2018
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:2106
Zaaknummer: 200.201.198_01 en 200.201.285_01
Rechters: J.C.J. van Craaikamp, C.W.T. Vriezen en M. Pannevis
Advocaten: L.L.A.M. Thissen en D.E.A.F. Aertssen
Wetsartikelen: 6:127 BW

RECHTSPRAAK

Curator CSH Uitzendbureau/X

In het kader van het door de curator gevorderde civielrechtelijke bestuursverbod dienen ook de overige vennootschappen waarvan gedaagde bestuurder is hun zienswijze als bedoeld in artikel 106c Fw te geven. Nu deze vennootschappen failliet zijn, zal aan de betrokken curator om een zienswijze worden gevraagd, omdat de mogelijkheid van een doorstart van de vennootschap, bijvoorbeeld door het aanbieden van een akkoord, nog bestaat.

De curator van CSH Uitzendbureau B.V. vordert naast de veroordeling op grond van onbehoorlijk bestuur ten aanzien van gedaagde ook een civielrechtelijk bestuursverbod (art. 106a Fw). De rechtbank stelt vast dat zij op grond van artikel 106c lid 2 Fw gehouden is de rechtspersonen waarvan gedaagde bestuurder of commissaris is, in de gelegenheid stellen hun zienswijze te geven over het gevraagde bestuursverbod en de mogelijke gevolgen daarvan.

De curator heeft een overzicht met rechtspersonen waarvan gedaagde bestuurder of commissaris is in het geding gebracht (art. 106c lid 1 Fw). Hieruit blijkt, aldus de rechtbank, dat gedaagde ook bestuurder is bij C.S.H. Detachering B.V. en Cleaning Service Rijnmond B.V. Deze vennootschappen zullen derhalve door de rechtbank om een zienswijze als bedoeld in artikel 106c Fw worden gevraagd.

De rechtbank vervolgt dat nu C.S.H. Detachering en Cleaning Service Rijnmond in staat van faillissement zijn verklaard, aan de betrokken curator om een zienswijze zal worden gevraagd omdat de mogelijkheid van een doorstart van de vennootschap, bijvoorbeeld door het aanbieden van een akkoord, nog bestaat. Partijen zullen vervolgens in de gelegenheid worden gesteld om op de ontvangen zienswijzen te reageren. Elke verdere beslissing zal worden aangehouden.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 09-05-2018
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:3747
Zaaknummer: C/10/536806 / HA ZA 17-967
Rechters: A. Eerdhuijzen
Advocaten: J.J. Linker en J. Sinke
Wetsartikelen: 106a Fw en 106c lid 2 Fw

RECHTSPRAAK

Appellant/De weigerachtige schuldeisers

Bevel aan schuldeisers om in te stemmen met minnelijke schuldregeling. De weigerende schuldeisers hebben een relatief klein aandeel in de totale schuldenlast. Daarnaast is het aanbod van de schuldenaar het uiterste waartoe hij financieel in staat is. Voorts hebben de overige schuldeisers belang bij de effectuering van de regeling, omdat vaststaat dat zij dan op korte termijn een deel van hun vordering betaald krijgen.

Appellant heeft voorafgaand aan zijn verzoek tot toepassing van de WSNP aan zijn crediteuren een akkoord aangeboden. Op basis van dit aanbod zou iedere schuldeiser een betaling van 7,58% van zijn vordering ontvangen, tegen finale kwijting.

De rechtbank heeft het verzoek van appellant afgewezen omdat hij een beleggingsverzekering ter waarde van € 15.391,03 had dienen af te kopen en mee te nemen in de aangeboden schuldregeling. Nu dat niet is gebeurd is zijn aanbod niet goed gedocumenteerd. Bovendien is daardoor het aanbod niet het uiterste waartoe appellant financieel in staat is, aldus de rechtbank.

In aanloop naar dit hoger beroep heeft appellant een nieuw minnelijk voorstel gedaan en, naar het hof vaststelt, tevens zijn beleggingsverzekering afgekocht. Daardoor kan iedere schuldeiser nu een betaling van 9,73% van zijn vordering ontvangen.

Met dit voorstel hebben 28 van de 38 schuldeisers ingestemd (vertegenwoordigend 85,94% van de totale schuldenlast). De overige schuldeisers hebben echter hun instemming geweigerd. Zij hebben daartoe kort gezegd aangevoerd dat appellant jegens hen in strijd met de Beklamelnorm heeft gehandeld. Daarnaast stellen zij dat een duidelijke en verifieerbare opgave van baten en schulden ontbreekt, alsmede een opgave van inkomsten en een richting voor wat betreft toekomstperspectief, terwijl voorts niet zeker is of de thans aangeboden regeling het maximaal haalbare is.

Het hof oordeelt evenwel dat de schuldeisers in redelijkheid niet tot weigering van instemming met het (nieuwe) aanbod van appellant hebben kunnen komen (art. 287a lid 5 Fw). Hiertoe wordt ten eerste in aanmerking genomen dat de weigerende schuldeisers een relatief beperkt aandeel hebben in de totale schuldenlast. Ook heeft appellant voldoende aannemelijk gemaakt dat zijn aanbod het uiterste is waartoe hij financieel in staat moet worden geacht. Daarnaast is niet aannemelijk dat schuldeisers een hogere uitkering kunnen verwachten bij formele insolventie, omdat niet waarschijnlijk is dat appellant een gift van € 50.000 die bij een dwangakkoord beschikbaar komt op eigen kracht bij elkaar krijgt.

Verder neemt het hof in aanmerking dat de voorstemmende schuldeisers een groot belang hebben bij de effectuering van de regeling. Vaststaat dat zij in dat geval op korte termijn een deel van hun vordering betaald krijgen. Ook bevindt het nu beschikbare bedrag zich onder de advocaat van appellant.

Voor wat betreft een eventuele btw-restitutie oordeelt het hof dat het aan de schuldeisers is om te zijner tijd de Belastingdienst op basis van artikel 29 lid 1 Wet OB te verzoeken om teruggave van btw, hetgeen in principe ook mogelijk is bij kwijtschelding of indien het factuurbedrag wordt verminderd. Ten slotte acht het hof van belang dat appellant heeft toegelicht dat zijn betalingsproblemen vrij abrupt zijn ontstaan.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 03-05-2018
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:4166
Zaaknummer: 200.235.390
Rechters: Ch.E. Bethlem, R.A. Boon en A.S. Gratama
Advocaten: S. Booij en S.A.M. de Beer
Wetsartikelen: 287a lid 5 Fw

RECHTSPRAAK

Rabobank Utrecht/LCS SAS

Derdenwerking van forumkeuze. Na mededeling van het pandrecht valt onder de inningsbevoegdheid van de pandhouder ook het aanhangig maken van een procedure bij het door de pandgever en de debitor cessus als bevoegd aangewezen gerecht ter verkrijging van een titel met betrekking tot de verpande vordering.

Verweerster LCS is een Franse vennootschap. LCS heeft in 2010 met FL Sport een licentieovereenkomst gesloten. Die overeenkomst houdt in dat LCS een jaarlijkse royaltyvergoeding aan FL Sport dient te betalen. Op de overeenkomst is Nederlands recht van toepassing verklaard, met een forumkeuze voor de Rechtbank Amsterdam.

Nadat FL Sport op 26 februari 2016 in staat van faillissement werd verklaard, heeft eiseres Rabobank aan LCS mededeling gedaan van haar pandrecht op alle vorderingen van FL Sport en LCS verzocht de onder de licentieovereenkomst verschuldigde royaltyvergoedingen aan haar te betalen. Betaling is evenwel uitgebleven.

Daartoe in rechte aangesproken, vordert LCS in dit incident dat de rechtbank zich onbevoegd verklaart om van de vordering in de hoofdzaak kennis te nemen. Volgens LCS dient zij door Rabobank voor de Franse rechter opgeroepen te worden (art. 4 lid 1 van de herschikte EEX-verordening (EU 1215/2012). Zij stelt dat Rabobank als pandhouder geen beroep toekomt op de tussen LCS en FL Sport overeengekomen forumkeuze vanwege het feit dat Rabobank geen partij is bij de overeenkomst waarvan de forumkeuze onderdeel uitmaakt.

Dat betoog faalt. De rechtbank stelt voorop dat volgens het HvJ EU aan een forumkeuze in beginsel geen derdenwerking toekomt. Naar de rechtbank overweegt, heeft het Hof hierop een uitzondering aanvaard in gevallen waarin de forumkeuze krachtens het toepasselijke nationale recht overgaat op derden door een overgang van rechten en verplichtingen (zie ECLI:EU:C:1984:217).

Dat geval doet zich hier naar het oordeel van de rechtbank voor. Het pandrecht van de Rabobank is door mededeling openbaar geworden, zodat de bevoegdheid tot inning van de

verpande vordering op haar is overgegaan. Die inningsbevoegdheid (zie art. 3:246 lid 1 BW) omvat de bevoegdheid tot verhaal van de vordering op het vermogen van de schuldenaar. Daartoe staan de pandhouder de middelen ten dienste die vóór de mededeling van het pandrecht aan de pandgever als schuldeiser toekwamen (ECLI:NL:HR:2016:2833). Hieronder valt dus ook het aanhangig maken van een procedure bij het door de pandgever en de schuldenaar als bevoegd aangewezen gerecht ter verkrijging van een titel met betrekking tot de verpande vordering. De rechten die de pandhouder jegens de debiteur kan uitoefenen in het kader van deze inningsbevoegdheid komen derhalve overeen met de rechten die de pandgever jegens de debiteur heeft en worden bepaald door de oorspronkelijke rechtsverhouding tussen de pandgever en de debiteur. Dat is hier de licentieovereenkomst uit 2010. Rabobank kan mitsdien een beroep doen op de forumkeuze in de licentieovereenkomst. Daaraan doet niet af dat Rabobank door mededeling niet in alle rechten en verplichtingen van FL Sport is getreden.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 17-01-2018
ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2018:1207
Zaaknummer: C/13/627296 / HA ZA 17-389
Rechters: A.E. de Vos
Advocaten: J.A. Dullaart en I.J.A. Tax
Wetsartikelen: 3:246 lid 1 BW, 3:239 lid 1 BW, 110 lid 1 Rv en 25 EEX Vo (her)

RECHTSPRAAK

Transcor/OWB NL e.a.

Faillissement OWB NL na levering van olie aan zeeschip door Transcor. Transcor spreekt het niet verschenen OWB NL en de kapitein van het zeeschip (Barker Hill) aan tot betaling van de vordering en legt beslag op het schip. UK Club garandeert nakoming door OWB NL en Barker Hill. Barker Hill verstrekt de UK Club een vrijwaring. OWB NL faillieert en Barker Hill betaalt de openstaande vordering voor de olie aan de pandhouder. Rechtbank wijst vordering van Transcor tot nakoming t.a.v. OWB NL toe, met een titel die slechts ten uitvoer kan worden gelegd op vermogensbestanddelen die niet tot de boedel van OWB NL behoren. Rechtbank oordeelt tevens dat Transcor onrechtmatig zou handelen indien het deze vordering zou verhalen op de UK Club, waardoor Barker Hill als gevolg van de vrijwaring dubbel voor de olie zou betalen.

OWB Malta geeft opdracht aan het verbonden lichaam OWB NL om bunkerolie in te kopen ter uitoefening van een koopovereenkomt met Barker Hill, eigenaar van het zeeschip 'Tequila'. OWB NL koopt deze olie in bij Transcor. Eind oktober 2014 levert Transcor de bunkerolie aan boord van de Tequila. De factuur wordt 30 dagen na levering opeisbaar. Begin november 2014 raakt OWB NL in staat van faillissement. In verband met dit faillissement is de vordering van Transcor op OWB NL onbetaald gebleven. Transcor heeft de factuur bij de curator ingediend ter verificatie. In december 2014 doet Transcor voor de rechtbank Antwerpen een verzoekschrift tot het leggen van conservatoir beslag op de Tequila, die zich destijds in de haven van Antwerpen bevond, ten laste van OWB NL en de scheepskapitein van de Tequila (Barker Hill) in zijn hoedanigheid als wettelijke vertegenwoordiger van het zeeschip. Dit verzoek wordt toegewezen. Barker Hill heeft toen UK Club een garantie laten stellen ter opheffing van het beslag op de Tequila voor een bedrag ter hoogte van de openstaande vordering van Transcor op OWB NL. Het beslag is een paar dagen later door Transcor opgeheven tegen afgifte van de garantie van de UK Club. De UK Club is gevrijwaard door

Barker Hill: Barker Hill dient al hetgeen te betalen dat UK Club onder de garantie dient te betalen. Transcor dagvaardt vervolgens de scheepskapitein, zijnde Barker Hill, en OWB NL om de openstaande vordering met nevenvorderingen te betalen. De Belgische rechter houdt deze procedures aan in afwachting van het oordeel in de Nederlandse procedure.

Transcor vordert primair van OWB NL betaling van de hoofdsom, een vertragingsboete, contractuele vertragingsrente over de hoofdsom, beslagkosten, vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten en de proceskosten. Subsidiair vordert Transcor om OWB NL te veroordelen tot het primair gevorderde, met dien verstande dat de titel niet ten laste van de boedel van OWB NL ten uitvoering kan worden gelegd maar slechts op vermogensbestanddelen welke niet tot de boedel behoren. Daarnaast vordert Transcor Barker Hill te veroordelen om te gehengen en gedogen dat de primaire althans subsidiaire vordering van Transcor tegen OWB NL wordt toegewezen. OWB NL is niet in het geding verschenen. Barker Hill vordert dat indien Transcor ontvankelijk is in haar vorderingen tegen OWB NL en die vorderingen niet worden afgewezen, dat de vorderingen van Transcor alleen worden toegewezen onder voorwaarde dat Transcor de titel niet ten uitvoer mag leggen onder de garantiestelling door de UK Club.

De rechtbank overweegt dat OWB NL door de faillietverklaring beheer en beschikking over haar vermogen is verloren en dat zij door haar handelingen de boedel niet meer kan binden. Het is daarbij van belang om vast te stellen of de procedure de boedel raakt. Er moet onderscheid worden gemaakt tussen vorderingen die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben en andere vorderingen. Voor zover de boedel niet rechtstreeks bij de vordering betrokken is, is de procesbevoegdheid van de gefailleerde niet aangetast. De curator kan zich echter voegen op grond van artikel 217 Rv, indien de boedel belang heeft bij de uitkomst van de procedure. Vorderingen die voldoening uit de boedel ten doel hebben, kunnen slechts ter verificatie bij de curator worden ingediend. De primaire vordering van Transcor tegen OWB NL strekt tot voldoening uit de boedel. Deze vordering kan alleen ter verificatie worden ingediend. Transcor is niet-ontvankelijk t.a.v. haar primaire vordering. Dit is anders wat betreft de subidiaire vordering, het verschil zijnde dat Transcor zich hierbij uitsluitend richt op vermogensbestanddelen welke niet tot de boedel behoren. In casu vallen de subsidiaire vorderingen van Transcor binnen het kader van artikel 25 Fw, aangezien het uitdrukkelijk niet gaat om een vordering die strekt tot het verkrijgen van voldoening uit de boedel. Het door Transcor voorziene verhaal onder een garantie indien sprake is van een toewijzing van de subsidiaire vorderingen leidt niet tot enige belasting van de boedel, omdat de garantie door UK Club en uiteindelijk ten laste van Barker Hill is gesteld. Transcor is ontvankelijk t.a.v. haar subsidiaire vorderingen tegen OWB NL.Wat betreft het verweer van Barker Hill, inhoudende dat de verhaalsanctie van Transcor in feite ten laste komt van Barker

Hill en dat Transcor daarmee onrechtmatig handelt, overweegt de rechtbank dat Barker Hill geen wederpartij is van Transcor. Geen regel van het toepasselijk recht op de rechtsverhouding tussen Transcor en OWB NL bepaalt dat, naast de koper, tevens de eigenaar van het zeeschip aan boord waarvan de bunkerolie werd afgeleverd verplicht is om de koopprijs te betalen. Slechts OWB NL is gehouden om de koopprijs te betalen, niet Barker Hill. Van ongerechtvaardigde verrijking aan de zijde van Barker Hill door het ontvangen van de bunkerolie is geen sprake, omdat Barker Hill die olie ontving op grond van een koopovereenkomst met OWB Malta, onder welke Barker Hill de koopprijs heeft betaald. In de wetenschap dat onder de vrijwaring Barker Hill aan UK Club zou moeten vergoeden al hetgeen UK Club aan Transcor zou moeten betalen naar aanleiding van deze procedure, zou het overgaan tot uitwinning door Transcor jegens Barker Hill onrechtmatig zijn. Barker Hill zou dan immers dubbel betalen, aangezien Barker Hill al een betaling aan OWB NL had verricht ter zake van de olie (namelijk aan de pandhouder). De subsidiaire vordering van Barker Hill dient te worden toegewezen. De titel inhoudende de vaststelling dat OWB NL aan Transcor het bedrag onder de koopovereenkomst verschuldigd is, mag niet ten uitvoer worden gelegd onder de garantie.Transcor wordt, als de meest in het ongelijk gestelde partij, in de vergoeding van de proceskosten veroordeeld.

S.R. Verhoeven

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 01-08-2018
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:6254
Zaaknummer: C/10/500561 / HA ZA 16-426
Rechters: W.P. Sprenger en C. Sikkel
Advocaten: K.H.L. Waasbergen en R.W.J.M. te Pas
Wetsartikelen: 23 Fw, 24 Fw, 25 Fw, 26 Fw en 217 Rv

RECHTSPRAAK

Buddingh q.q./Ontvanger

Executoriaal beslag op leaseauto door Ontvanger ten laste van Luc BV voor openstaande belastingschuld. Juridisch eigendom van de auto ligt bij de leasemaatschappij. Luc BV failleert. De Ontvanger bericht de curator dat hij zijn beroep op zijn verhaalsrecht in artikel 22a Iw handhaaft, tenzij de belastingschuld wordt voldaan. Auto uiteindelijk executoriaal verkocht met instemming van de leasemaatschappij; executieopbrengst deels verrekend met belastingschuld, deels uitgekeerd aan leasemaatschappij en het overige is voldaan aan de boedel. Curator spreekt Ontvanger aan tot betaling van een bedrag ter hoogte van de belastingschuld wegens onrechtmatig handelen van de Ontvanger, dan wel ongerechtvaardigde verrijking. Rechtbank wijst de vordering af en veroordeelt de curator in de proceskosten.

Luc BV heeft een financial leasecontract gesloten met een leasemaatschappij voor een auto. Luc had een aanzienlijke belastingschuld. De Ontvanger heeft in juni 2017 met toepassing van artikel 22a Iw executoriaal beslag gelegd op de auto ten laste van Luc. Na deze beslaglegging werd duidelijk dat de auto juridisch eigendom was van de leasemaatschappij. De belastingdeurwaarder heeft naar aanleiding daarvan het beslag aan de leasemaatschappij overbetekend. In juli 2017 is de auto door de belastingdeurwaarder afgevoerd en in bewaring gegeven. Daags hierna gaat Luc failliet. De curator bericht de Ontvanger dat het beslag op de auto ex artikel 33 Fw komt te vervallen en dat hij tot verkoop van de auto wil overgaan. De Ontvanger geeft de curator te kennen slechts bereid te zijn de auto vrij te geven na betaling van de aanslag motorrijtuigenbelasting, een klein deel van de totale belastingschuld van Luc aan Ontvanger. De leasemaatschappij gaat akkoord met verkoop van de auto door Ontvanger. De auto wordt executoriaal verkocht; de opbrengst wordt voor een deel verrekend met de openstaande motorrijtuigenbelasting en een tweede deel gaat naar de leasemaatschappij voor achterstallige betalingen op grond van de leaseovereenkomst. Het restant van de opbrengst wordt voldaan aan de boedel. De curator vordert het ingehouden bedrag, ter hoogte van de

tijdens faillietverklaring openstaande belastingschuld, alsnog van de Ontvanger, maar deze betaalt niet.

De curator vordert veroordeling van de ontvanger tot betaling van een bedrag ter hoogte van de motorrijtuigenbelasting (het deel van de schuld dat met de executieopbrengst werd verrekend), vermeerder met rente, buitengerechtelijke kosten en proceskosten. Volgens de curator heeft de Ontvanger onrechtmatig gehandeld, dan wel is de Ontvanger ongerechtvaardigd verrijkt door de executoriale vekroop.

De kantonrechter overweegt dat de curator zijn standpunt onvoldoende heeft onderbouwd. Indien de auto niet door de Ontvanger was verkocht, was de overwaarde van de auto door de leasemaatschappij aan de boedel betaald. Die overwaarde komt nu toe aan Ontvanger en diens belastingvordering. De Ontvanger heeft echter niet onrechtmatig gehandeld, omdat artikel 22a Iw zich leent voor gevallen als deze. Daarnaast is niet duidelijk geworden hoe de boedel benadeeld zou kunnen zijn. De auto was immers geen eigendom van Luc. Het beroep op ongerechtvaardigde verrijking is niet uitgelegd door de curator.

De kantonrechter wijst de vordering af en veroordeelt de curator tot betaling van de proceskosten aan de zijde van de Ontvanger.

S.R. Verhoeven

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 25-07-2018
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:3506
Zaaknummer: 6659731 UC EXPL 18-1658
Rechters: R.J. Verschoof
Advocaten: M.J.E. Stuurop
Wetsartikelen: 33 Fw en 22a Iw

RECHTSPRAAK

Pensioenfonds Zorg en Welzijn/Curadomi c.s.

Pensioenfonds vordert achterstallige pensioenpremie van gefuseerde lichamen en bestuurders. Bestuurder niet aansprakelijk voor betalingsonmacht, ondanks aanwezigheid van een wettelijk vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur in artikel 23 lid 2 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000. Rechtbank ziet geen onrechtmatig handelen door bestuurder wegens verkoop van onderneming door activatransactie. Nieuwe debiteur had toekomstperspectief en de ontvangen koopprijs is reëel; Beklamel-aansprakelijkheid afgewezen. De rechtbank wijst ook de vordering op de gefuseerde lichamen af. Een overgang van onderneming en juridische fusie stuiten verjaring niet; beroep op verjaring ex artikel 3:308 BW door gefuseerde rechtspersoon slaagt. Zaak aangehouden.

Het Pensioenfonds Zorg en Welzijn (hierna: Pensioenfonds) is een bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: Wet Bpf). Curadomi BV was een verplicht bij het Pensioenfonds aangesloten organisatie. Curadomi was verplicht bij haar werknemers ingehouden pensioenpremie af te dragen aan het Pensioenfonds. De bestuurder van Curadomi (hierna: Gedaagde 4) heeft in een brief van half september 2008 aan het Pensioenfonds te kennen gegeven dat Curadomi niet aan zijn betalingsverplichtinge wat betreft pensioenpremies kon voldoen. In januari is een activaovereenkomst gesloten tussen Curadomi BV en Stichting Curadomi. Stichting Leliezorg heeft medegetekend, alsmede Gedaagde 4 in de hoedanigheid als vertegenwoordiger van zowel Curadomi BV als Stichting Curadomi. De activa van de BV bij de uitvoering van deze overeenkomst zijn overgedragen aan Stichting Curadomi. Stichting Leliezorg voert vanaf nu de activiteiten van Curadomi BV uit en vormt tevens het bestuur van Stichting Curadomi. In de overeenkomst wordt mede bepaald dat ongeveer 80% van de werknemers van Curadomi BV overgaan in de nieuwe onderneming van Stichting Curadomi ex artikel 7:662 BW. Eind januari 2009, na afloop van de reorganisatie van Curadomi BV en Stichting Curadomi, heeft Gedaagde

4 het Pensioenfonds gemeld dat loonheffingen over december 2008 niet betaald konden worden. Gedaagde 4 meldt tevens dat getracht wordt een crediteurenakkoord te sluiten om een faillissement te voorkomen. Dit blijkt niet gelukt te zijn en de vennootschap wordt eind december 2010 onder een andere naam ontbonden. E is nog wel een aanzienlijke premie verschuldigd aan het Pensioenfonds. In een getuigenverhoor verklaart Gedaagde 4 dat de vrijwaring in de activaovereenkomst, waarin Curadomi BV Stichting Curadomi vrijwaart voor aanspraken van het Pensioenfonds, per abuis toch in de overeenkomst is opgenomen. Naast Gedaagde 4 is ook een andere bestuurder, Gedaagde 5, verhoord. Gedaagde 5 is bestuurder van de Lelie Zorggroep, bestuurder van zowel Stichting Curadomi als Stichting Leliezorg. Gedaagde 5 verklaart dat hij bekend is met de inhoud van de vrijwaring, maar dat Stichting Lelie Zorggroep alleen interesse had in de zorgmedewerkers van Curadomi BV. Gedaagde 5 meent zich te herinneren dat beoogd werd met het Pensioenfonds te schikken t.a.v. de aanzienlijke premieschuld.Stichting Lelie Zorggroep, Stichting Curadomi en Stichting Leliezorg zijn in december 2016 gefuseerd, met Stichting Lelie Zorggroep als verkrijgende rechtspersoon.

Het Pensioenfonds vordert primair een veroordeling van alle gedaagden tot betaling van de openstaande premieschuld, vermeerderd met de wettelijke handelsrente althans de wettelijke rente over de premieschuld. Subsidiair vordert het Pensioenfonds betaling van de totale premieachterstand door Gedaagde 4, vermeerderd met de wettelijke handelsrente althans de wettelijke rente.

De rechtbank overweegt t.a.v. de vordering tegen Gedaagde 4 dat niet kan worden vermoed dat het niet betalen van de pensioenpremies vanaf maart 2008 het gevolg is van aan Gedaagde 4 te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de drie jaar voorafgaande aan het tijdstip waarop Curadomi BV in gebreke is. Gedaagde 4 werd immers pas in juli 2008 statutair bestuurder van Curadomi BV. Gedaagde 4 kan op die voet niet hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de achterstallige pensioenbijdragen.Gedaagde 4 heeft echter verzuimd een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht aan het Pensioenfonds te maken. De gedane melding voldoet niet aan de eisen die artikel 23 lid 2 Wet Bpf daaraan stelt. Gedaagde 4 heeft slechts medegedeeld dat de premies niet tijdig konden worden betaald en gevraagd om overleg om een betalingsregeling tot stand te brengen. Er was echter geen vermelding van de omstandigheden die tot de betalingsonmacht hebben geleid. Deze eis is belangrijk, omdat de urgentie van het probleem voor het Pensioenfonds duidelijk wordt en het actie kan ondernemen ter uitoefening van zijn verantwoordelijkheden. In casu is de melding dubbelzinnig, omdat de melding ook kan duiden op een kortstondig liquiditeitstekort.

Met betrekking tot de eerstvolgende factuur (die van december 2008) is ook geen rechtsgeldige melding van betalingsonmacht gedaan. Dit brengt mee dat de hoofdelijke

aansprakelijkheid van Gedaagde 4 in beginsel is gegeven. Er is namelijk krachtens artikel 23 lid 2 Wet Bpf een wettelijk vermoeden dat de betalingsonmacht een gevolg is van aan de bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaande aan het tijdstip waarop Curadomi BV in gebreke raakt. Gedaagde 4 kan niet aannemlijk maken dat het niet aan hem te wijten is dat Curadomi BV niet aan de meldingsverplichting voldoet, waardoor Gedaagde 4 niet tot weerlegging van het vermoeden wordt toegelaten. De conclusie dat Curadomi BV in de periode na aanstelling van Gedaagde 4 als bestuurder in gebreke is geraakt, kan echter niet zonder meer worden getrokken. De onderneming van Curadomi BV is immers overgegaan in Stichting Curadomi. De verplichtingen voor de werkgever gaan krachtens artikel 7:663 BW in dat geval over op de verkrijger. De premies die behoren tot de factuur van december 2008 behoren dan ook te worden voldaan door Stichting Curadomi. Gedaagde 4 zou hoofdelijk aansprakelijk kunnen zijn voor de pensioenbijdragen die verschuldigd waren vanaf zijn aanstelling in juli 2008, mits Curadomi BV in gebreke was in die periode. Het is echter niet gerechtvaardigd om die bestuurder tevens een verwijt te maken van kennelijk onbehoorlijk bestuur ter zake van betalingsonmacht in de periode waarin hij nog geen bestuurder was. De rechtbank zal partijen in de gelegenheid stellen zich verder uit te laten over de vraag of onder deze omstandigheden sprake moet zijn van een wettelijk vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur aangaande Gedaagde 4.

Het Pensioenfonds onderbouwt de vordering jegens Gedaagde 4 tevens met het argument dat Gedaagde 4 van juli 2008 tot februari 2009 tevens indirect statutair bestuurder van Stichting Curadomi was. Niet gesteld of gebleken is echter dat Gedaagde 4 wist dat Stichting Curadomi significante bijdragen verschuldigd was, tot betaling waarvan de Stichting niet in staat was. Tevens wist het Pensioenfonds zelf ook pas ten tijde van het nemen van zijn conclusie in repliek dat als gevolg van de overgang van onderneming niet Curadomi BV, maar Stichting Curadomi de premies diende af te dragen. Op basis hiervan kan de vordering van het Pensioenfonds niet worden toegewezen. Wat betreft de vordering uit onrechtmatige daad kan niet worden aangenomen dat Gedaagde 4 onrechtmatig heeft gehandeld jegens het Pensioenfonds. Het uitblijven van een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht leidt niet zonder meer tot een onrechtmatige daad van een bestuurder. Daarnaast is niet gebleken dat voor de activatransactie, in gang gezet door Gedaagde 4, een lagere dan reële koopprijs aan Curadomi BV is betaald. Uit de stellingen van het Pensioenfonds blijkt niet dat Gedaagde 4 een voor het Pensioenfonds gunstigere overeenkomst had kunnen sluiten, dan wel jegens het Pensioenfonds was gehouden om voor een andere, voor het Pensioensfonds gunstigere handelswijze te kiezen. De verrekening van de koopprijs na de activatransactie met de vakantietoeslagen en niet genoten vakantiedagen, waarna slechts een klein deel van de koopprijs vrij beschikbaar was voor Curadomi BV, brengt ook geen onrechtmatig handelen met zich mee. Het Pensioenfonds was zelfs gebaat bij de activatransactie, doordat de

verplichting tot betaling van achterstallige premies overgaat op verkrijger Stichting Curadomi, een rechtspersoon met meer toekomstperspectief. Na liquidatie van Curadomi BV heeft het Pensioenfonds 25% van zijn vordering uitgekeerd gekregen, evenals de andere schuldeisers. Het is niet aannemelijk dat na voldoening van faillissementskosten, boedelvorderingen en preferente vorderingen in een faillissementssituatie per saldo een hoger bedrag dan de uitkering ter waarde van 25% van de vordering beschikbaar zou zijn geweest. Een mogelijk belang bij een eerder faillissement is niet van belang voor de beoordeling van het handelen van Gedaagde 4. Uit het voorgaande volgt dat niet gebleken is van benadeling van het Pensioenfonds door het handelen van Gedaagde 4. Hierdoor is geen sprake van onrechtmatig handelen, daar benadeling een vereiste is. Het Pensioenfonds beroept zich tevens op grond van artikel 7:663 BW op hoofdelijke aansprakelijkheid van Stichting Curadomi voor voldoening van de premieschulden van Curadomi BV. Het Pensioenfonds betoogt dat de verplichtingen van Curadomi BV volgens dat artikel overgaan op Stichting Curadomi, waardoor het Pensioenfonds een zelfstandig vorderingsrecht op Stichting Curadomi verkrijgt. Dit vorderingsrecht is volgens het Pensioenfonds na de juridische fusie in 2016 onder algemene titel overgegaan op Stichting Lelie Zorggroep. Stichting Curadomi c.s. beroepen zich ter zake van deze vordering op verjaring ex artikel 3:308 BW. Wat betreft dit beroep is de rechtbank van oordeel dat de overgang van onderneming ex artikel 7:663 BW tot gevolg heeft gehad dat de verplichtingen van Curadomi BV t.a.v. de relevante arbeidsovereenkomsten van rechtswege overgingen op Stichting Curadomi. Het was daarvoor niet noodzakelijk dat het Pensioenfonds ook premienota's zou verzenden naar Stichting Curadomi of anderszins jegens Stichting Curadomi eerst aanspraak zou maken op de betaling van de pensioenpremies. Het standpunt van het Pensioenfonds, dat zij door het verzenden van de premienota kan bepalen wanneer de jaringstermijn aanvangt, is daarom onjuist. Een vordering op basis van artikel 7:663 BW wordt tevens niet gestuit door dagvaarding. Het beroep op verjaring ex artikel 3:308 BW slaagt, omdat er vijf jaren zijn verstreken na de aanvang van de dag volgende op die waarop de vorderingen opeisbaar zijn geworden. Er heeft geen stuiting plaatsgevonden. Wel merkt de rechtbank op dat is komen vast te staan dat Stichting Curadomi in betalingsonmacht heeft verkeerd doordat zij zich niet bewust is geweest van de gevolgen van de overgang van onderneming, daarin besloten dat er hierdoor een betaling van pensioenbijdragen ontstond. De zaak wordt naar de rol verwezen en iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

S.R. Verhoeven

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 27-06-2018
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:6205

Zaaknummer: C/10/530430 / HA ZA 17-657
Rechters: C. Bouwman
Advocaten: R.J.G. van Brakel, J.P.M. Borsboom en J. Verhoeven
Wetsartikelen: 23 Wet Bpf, 6:162 BW, 3:308 BW en 7:663 BW