

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 21, 2018

Nummer 21, 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. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. G.P. van Hooft, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.I.J. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2018:2004](#) 30-10-2018

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2018:2003](#) 30-10-2018

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2018:774](#) 25-05-2018

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:9075](#) 16-10-2018

Appellant/Rabobank

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:3640](#) 10-10-2018

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:8838](#) 09-10-2018

appellanten c.s./QMatters B.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:4184](#) 02-10-2018

bank/advocaat pro se

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2018:2375](#) 18-09-2018

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2018:2166](#) 04-09-2018

Appellanten c.s./Advocatenkantoor

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:3587](#) 21-08-2018

Appellant/Curator

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2018:1683](#) 17-07-2018

TSH/Heijmeriks q.q.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:2893](#) 10-07-2018

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:6118](#) 03-07-2018

Shamrock Vastgoed c.s./Limberger q.q.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:4225](#) 31-05-2016

A en B/Rabobank

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2018:3728](#) 30-08-2018

Gemeente Tiel c.s./Stichting Job Lanceer c.s.

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2018:7061](#) 25-07-2018

Curator/Gedaagde

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2018:3556](#) 24-07-2018

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2018:2571](#) 23-07-2018

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2018:2569](#) 23-07-2018

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2018:2570](#) 23-07-2018

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:3112](#) 11-07-2018

Vriezen q.q./Gedaagden c.s.

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2018:3299](#) 20-06-2018

Bakker q.q./Noweka

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2018:8801](#) 13-06-2018

Van Apeldoorn q.q./Bestuurders Prestige Zorg

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2018:1599](#) 02-05-2018

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:6899](#) 03-05-2017

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:10601](#) 22-03-2017

Stichting Fairfield Compensation Foundation/Citco c.s.

RECHTSPRAAK

Appellanten c.s./Advocatenkantoor

Geen rechtsmacht nu de vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid is gebaseerd op het ernstige persoonlijke verwijt dat de aangesprokene heeft nagelaten er zorg voor te dragen dat de vennootschap haar financiële verplichtingen kon nakomen. Daarvan uitgaande heeft het schadetoebrengende feit zich voorgedaan in Monaco, waar hij woonachtig is.

Geïntimeerde is een advocatenkantoor dat in het verleden werkzaamheden verrichtte voor appellanten c.s., een besloten vennootschap (appellant 1) en haar feitelijk beleidsbepaler (de particulier appellant 2). Dat deed geïntimeerde op verzoek van appellant 2 door appellant 1 in een viertal juridische procedures bij te staan die Y B.V. tegen appellant 1 als bestuurder van X B.V. heeft gevoerd. Inzet van die procedures is een door Y B.V. gevorderde schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad.

Geïntimeerde heeft naar aanleiding van die werkzaamheden € 313.638,48 aan appellant 1 in rekening gebracht. Dit bedrag is door appellant 1 tot € 166.942,44 onbetaald gelaten. Hierop heeft geïntimeerde een procedure tegen appellanten c.s. gestart. Dat heeft erin geresulteerd dat appellant 2 in eerste aanleg als feitelijk beleidsbepaler van appellant 1 is veroordeeld tot betaling van dat bedrag, terwijl appellant 2 is veroordeeld om appellant 1 financieel in staat te stellen om deze veroordeling na te leven.

In dit hoger beroep is in het kader van de bestuurdersaansprakelijkheid van appellant 2 allereerst aan de orde of het hof rechtsmacht heeft nu appellant 2 in Monaco woont. Naar het hof vaststelt, dient die beoordeling plaats te vinden op grond van artikel 6 aanhef en sub e Rv omdat de vordering van geïntimeerde naar het hof begrijpt is gebaseerd op het verwijt dat appellant 2 in zijn hoedanigheid van feitelijk beleidsbepaler een ernstig persoonlijk verwijt valt te maken door na te laten zorg te dragen voor de financiering voor en betaling van de facturen van geïntimeerde door appellant 1 (art. 6:162 BW).

Uitgaande van dat verwijt is het schadetoebrengende feit volgens het hof gelegen in het

nalaten van appellant 2 om te handelen op de door geïntimeerde bedoelde wijze. Bij gebreke van nadere aanknopingspunten is het hof van oordeel dat moet worden geconcludeerd dat dit nalaten heeft plaatsgevonden in Monaco, waar appellant 2 woonachtig is. Nu het schadetoebrengende feit niet in Nederland heeft plaatsgevonden, is de Nederlandse rechter niet op grond van artikel 6 aanhef en sub e Rv bevoegd om van deze vordering kennis te nemen.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 04-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2018:2166

Zaaknummer: 200.209.193

Rechters: M.J. van der Ven, C.A. Joustra en F.R. Salomons

Advocaten: J.M.K.P. Cornegoor

Wetsartikelen: 6:162 BW en 6 aanhef en sub e Rv

RECHTSPRAAK

Gemeente Tiel c.s./Stichting Job Lanceer c.s.

De gemeenten hebben niet voldaan aan hun verplichting om aan te geven waaruit de wanprestatie van de zorgaanbieder bestaat, zodat niet aan aansprakelijkheid van haar bestuurder wegens een persoonlijk ernstig verwijt wordt toegekomen.

De stichting Job Lanceer (medegedaagde) was tot aan haar faillissement op 5 december 2017 een zorgaanbieder. Tot 1 oktober 2015 was gedaagde haar particuliere bestuurder.

Vanaf de invoering van de Wmo 2015 op 1 januari 2015 heeft Job Lanceer zorg verleend aan cliënten met een pgb. Met ingang van 1 januari 2016 is Job Lanceer ook zorg aan cliënten gaan verlenen op basis van zorg in natura. Ten behoeve van die zorgverlening in natura hebben de gemeente Tiel c.s. (eiseressen) ieder afzonderlijk eenzelfde raamovereenkomst met Job Lanceer gesloten. Op basis daarvan werd door Job Lanceer aan de gemeentes gedeclareerd voor door haar geleverde zorg.

In 2016 heeft de WMO-toezichthouder van de gemeente Tiel, de GGD Gelderland-Zuid, een onderzoek ingesteld naar Job Lanceer. Dit heeft geresulteerd in een rapport met een aantal verbeteringspunten in het zorgaanbod van Job Lanceer.

Eiseressen hebben in het rapport reden gezien Job Lanceer in gebreke te stellen wegens het niet voldoen aan (eisen uit) de raamovereenkomst ondanks het feit dat Job Lanceer ter verbetering een plan van aanpak heeft opgesteld. Tezelfdertijd heeft de Sociale Recherche echter ook onderzoek gedaan naar financiële malversaties bij Job Lanceer. Ook daarvan is een rapport opgemaakt.

In deze procedure stellen de gemeente Tiel c.s. gedaagde als bestuurder van Job Lanceer aansprakelijk voor de schade die zij lijden wegens de wanprestatie van Job Lanceer. Zij hebben daartoe aangevoerd dat het door gedaagde willens en wetens opmaken en gebruiken van onjuiste declaraties onrechtmatig is, net als het profiteren van de wanprestatie van Job Lanceer door ten onrechte bedragen die aan Job Lanceer zijn uitbetaald aan te wenden voor privé-uitgaven. Ter onderbouwing baseren de gemeenten zich op het rapport van de GGD en

de Sociale Recherche.

Dat betoog faalt. De rechtbank stelt voorop dat de gemeenten in dit geding alle bedragen die zij over de looptijd van de raamovereenkomst aan Job Lanceer hebben betaald, terugvorderen. Hierin ligt naar het oordeel van de rechtbank besloten dat de gemeenten zich op het standpunt stellen dat Job Lanceer in die periode in het geheel geen declarabele zorg heeft geleverd. Die stelling acht de rechtbank met de enkele verwijzing naar de externe rapportages onvoldoende onderbouwd, nu daarin slechts zeer algemeen geformuleerde bevindingen zijn beschreven, terwijl uit niets kan worden opgemaakt wat de partijen van tevoren specifiek hebben afgesproken over de te leveren zorg. De gemeenten hebben dus niet voldaan aan hun verplichting om aan te geven waaruit de wanprestatie van Job Lanceer bestaat, zodat niet aan aansprakelijkheid van gedaagde wegens een persoonlijk ernstig verwijt wordt toegekomen.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 30-08-2018

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2018:3728

Zaaknummer: NL17.12155

Rechters: D.M.I. de Waele, M.A.M. Vaessen en T. Bertens

Advocaten: R.A.M. Saedt en T.H.G. Robbe

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Appellant/Curator

Met appellant is het hof van oordeel dat de curator zijn vordering wegens beweerdelijke benadeling van de vennootschap niet met een deugdelijke feitelijke grondslag heeft onderbouwd.

Ongeveer een jaar vóór het faillissement van vennootschap 2 in 2014, zijn haar activiteiten voortgezet in de daartoe opgerichte vennootschap 1, waarvan appellant (n.p.) medebestuurder is. Deze vennootschap is op 15 juli 2014 failliet verklaard met aanstelling van geïntimeerde tot curator. Die heeft appellant in rechte aangesproken op grond van haar hoedanigheid. Dat heeft geresulteerd in de veroordeling van appellant op grond van artikel 6:162 BW wegens het niet verhinderen van een betalingsopdracht namens en ten laste van de gefailleerde aan een derde.

Die beslissing kan naar het hof oordeelt geen stand houden. Met appellant is het hof van oordeel dat de curator zijn vordering niet met een deugdelijke feitelijke grondslag heeft onderbouwd, nu de curator in de inleidende dagvaarding niets heeft gesteld over de grondslag van een vordering tegen appellant en dat ook niet in de aanvulling van zijn eis in hoger beroep is gebeurd. Daarmee ontbrak het de vordering in eerste aanleg aan een deugdelijke (feitelijke) grondslag. Zijn verklaring ter comparitie kan daaraan niet afdoen.

Evenmin heeft de rechtbank bij de toewijzing van de vordering tegen appellant in haar hoedanigheid iets vastgesteld over de vraag of haar als bestuurder van de vennootschap een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt (HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZo758 en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627 en 2628). Daar komt bij dat de curator over de toerekening van dit handelen (HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470) evenmin iets heeft gesteld.

Wel heeft de curator in hoger beroep alsnog enkele feitelijke stellingen aangevoerd ter ondersteuning van zijn vordering, maar dat kan hem niet baten. Het hof overweegt dat het onvoldoende toezicht houden op de uitoefening van een taak door een (in dit geval indirecte) medebestuurder weliswaar *onder omstandigheden* persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder kan meebrengen, maar dat de curator daartoe onvoldoende redengevende omstandigheden heeft aangevoerd. Zo is gesteld noch gebleken dat appellant op de hoogte

was van de gewraakte betaling. Voorts staat tussen partijen vast dat degene die de betaling deed (indirect) bevoegd was de betaling uit te voeren en de curator heeft geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit kan volgen dat appellant deze bevoegdheid ongedaan kon maken. Ten slotte heeft de curator weliswaar de verdeling van bestuurstaken betwist, maar deze betwisting is onvoldoende gemotiveerd.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 21-08-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:3587

Zaaknummer: 200.209.304_01

Rechters: O.G.H. Milar, R.A. van der Pol en E.J. van Sandick

Advocaten: A.J.G. Bisscheroux en G.E.E.M. van der Heijden

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Strafrecht. Ontneming na vrijspraak? Uit het wettelijk systeem moet worden afgeleid dat het ontbreken van een veroordeling wegens een strafbaar feit aan de ontvankelijkheid van een ontnemingsvordering (art. 36e lid 1 Sr) in de weg staat.

Het gaat in deze strafrechtzaak om het volgende. Betrokkene is in 2016 geheel vrijgesproken van de haar tenlastegelegde bedrieglijke bankbreuk (art. 343 (oud) Sr) in aanloop naar het faillissement van Eurocommerce Holding B.V., respectievelijk het feitelijk leiding geven aan of opdracht geven tot genoemde bedrieglijke bankbreuk (o.m. art. 51 lid 2 aanhef en sub 2° Sr), en het (opdracht geven tot) witwassen van geldbedragen (art. 420bis e.v. Sr).

In deze procedure heeft het OM gevorderd om betrokkene desondanks een bedrag van primair € 2.740.000, subsidiair € 740.000, te ontnemen op grond van artikel 36e lid 1 Sr, nu betrokkene volgens het OM vermogensbestanddelen in haar bezit heeft die uit – door een ander gepleegd – misdrijf zijn verkregen. Het OM stelt dat in een dergelijk geval met inachtneming van het Geerings-arrest van het EHRM ontneming van die vermogensbestanddelen mogelijk is, ook al is betrokkene in de hoofdzaak integraal vrijgesproken.

Dat betoog faalt. De rechtbank overweegt dat artikel 36e lid 1 Sr inhoudt dat op vordering van het OM bij een afzonderlijke rechterlijke beslissing aan degene die is veroordeeld wegens een strafbaar feit, de verplichting kan worden opgelegd tot betaling van een geldbedrag aan de Staat ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Uit het wettelijk systeem, meer in het bijzonder uit artikel 511e lid 1 jo. 348 Sv, moet worden afgeleid dat het ontbreken van een veroordeling wegens een strafbaar feit aan de ontvankelijkheid van een ontnemingsvordering in de weg staat. Het OM is gelet op de vrijspraak van betrokkene in 2016 daarom niet-ontvankelijk in zijn ontnemingsvordering.

De rechtbank voegt hier nog aan toe dat verhaal op vermogensbestanddelen van betrokkene alleen mogelijk is in de executiefase van een ten laste van een ander toegewezen ontnemingsvordering, indien en voor zover op die vermogensbestanddelen derdenbeslag ex artikel 94a lid 4 en/of lid 5 Sv is gelegd en voldaan is aan de in artikel 94a lid 4 Sv genoemde

voorwaarden.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 23-07-2018

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2018:2571

Zaaknummer: 08/996131-13

Rechters: H. Stam, E. Venekatte en M.A.H. Heijink

Advocaten: F.H.H. Sijbers en F. Ahlers

Wetsartikelen: 36e lid 1 Sr

RECHTSPRAAK

Strafrecht. Toekenning van ontnemingsvordering nu sprake is van veroordeling wegens het ter bedrieglijke verkorting van de rechten van schuldeisers onttrekken van vermogen aan de gefailleerde. Het begunstigen van de vennootschap waarvan veroordeelde DGA was, kan als wederrechtelijk verkregen voordeel in privé worden toegerekend.

Het gaat in deze strafrechtzaak om het volgende. Betrokkene is op 16 december 2016 veroordeeld voor het samen met Gevi Gorssel B.V. en Gevi International B.V. ter bedrieglijke verkorting van de rechten van de schuldeisers onttrekken van € 5.250.000 aan de boedel van Gevi Gorssel B.V. ten gunste van Gevi International.

De officier van justitie heeft op 25 september 2015 een ontnemingsvordering ingediend waarbij hij vordert dat de rechtbank het bedrag vaststelt waarop het wederrechtelijk verkregen voordeel als bedoeld in artikel 36e Sr wordt geschat en de veroordeelde de verplichting oplegt tot betaling aan de Staat van het geschatte voordeel tot een bedrag van € 22.906.412.

De rechtbank acht het op basis van de aanwezige bewijsmiddelen aannemelijk dat de veroordeelde voordeel heeft genoten uit het bewezen verklaarde feit. Dit voordeel betreft een agiostorting van Gevi Gorssel B.V. in Gevi International B.V. van € 5.250.000 en verrekening van dit bedrag. Het verweer dat de veroordeelde daarmee in privé geen voordeel heeft genoten wordt door de rechtbank verworpen. Veroordeelde heeft de beslissing genomen die tot deze waardevermeerdering heeft geleid en hij heeft als directeur en enig aandeelhouder van Gevi International B.V. over deze waardevermeerdering beschikt. Onder deze omstandigheden dient de waardevermeerdering naar het oordeel van de rechtbank aan veroordeelde te worden toegerekend.

De rechtbank overweegt dat gesteld noch gebleken is dat veroordeelde nu en in de toekomst niet in staat is om het bedrag aan wederrechtelijk verkregen voordeel te voldoen. De rechtbank legt dan ook aan veroordeelde een betalingsverplichting op voor het vastgestelde bedrag aan wederrechtelijk verkregen voordeel ad € 5.250.000.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 23-07-2018

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2018:2570

Zaaknummer: 08/996130-13

Rechters: H. Stam, E. Venekatte en M.A.H. Heijink

Advocaten: F.H.H. Sijbers en F. Ahlers

Wetsartikelen: 36e lid 1 Sr

RECHTSPRAAK

Strafrecht. Ontnemingsvordering in faillissement veroordeelde toewijsbaar? Het OM is in die vordering ontvankelijk hoewel een tijdens faillissement onherroepelijk geworden ontnemingsvordering niet-verifieerbaar is. Dat neemt immers niet weg dat de vordering mogelijk ten laste van de gefailleerde persoonlijk geïnd kan worden op het verschil tussen het door de rechter-commissaris in het faillissement vast te stellen ‘vrij te laten bedrag’ en de beslagvrije voet.

Dit is het derde strafrechtelijke vonnis met betrekking tot het faillissement van Eurocommerce B.V. Daarbij is al eerder de bestuurder veroordeeld wegens faillissementsfraude en is aan hem om die reden een ontnemingssanctie opgelegd.

In de onderhavige strafzaak heeft het OM gevorderd om ook aan zijn zoon een ontnemingssanctie op te leggen, nu de zoon bij vonnis van 16 december 2016 is veroordeeld wegens valsheid in geschrift en het feitelijk leiding respectievelijk opdracht geven aan een tweetal rechtspersonen ter zake van het op verschillende wijzen plegen van bedrieglijke bankbreuk door die bv's.

In het kader van de ontnemingsvordering heeft de verdediging van veroordeelde aangevoerd dat het OM geen belang heeft bij ontneming omdat de veroordeelde inmiddels persoonlijk failliet is verklaard. Dat argument faalt. Naar de rechtbank overweegt, geldt een tijdens faillissement onherroepelijk geworden ontnemingsvordering als niet-verifieerbaar, maar dat neemt niet weg dat deze tijdens het faillissement mogelijk geïnd kan worden op het verschil tussen het door de rechter-commissaris in het faillissement vast te stellen ‘vrij te laten bedrag’ en de beslagvrije voet. Daarmee staat vast dat het OM ontvankelijk is in zijn vordering tot ontneming van wederrechtelijk genoten voordeel.

De grondslag voor toewijzing van die vordering ligt in het voorgaande strafrechtelijke vonnis uit 2016 en de daarin bewezen geachte feiten. De schatting van de omvang van het hieruit wederrechtelijk genoten voordeel door de strafrechter kan op grond van artikel 36e lid 8 Sr worden verminderd met het bedrag van in rechte onherroepelijk aan derden toegekende

civielrechtelijke schadevergoedingen. Daarvan is niet gebleken. Evenmin gesteld noch gebleken is dat veroordeelde in de toekomst niet in staat is om het bedrag aan wederrechtelijk verkregen voordeel te voldoen. De rechtbank legt dan ook aan veroordeelde een betalingsverplichting op voor het vastgestelde bedrag aan wederrechtelijk verkregen voordeel ad € 6.480.000.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 23-07-2018

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2018:2569

Zaaknummer: 08/996128-13

Rechters: H. Stam, E. Venekatte en M.A.H. Heijink

Advocaten: F.H.H. Sijbers en F. Ahlers

Wetsartikelen: 36e lid 1 Sr

RECHTSPRAAK

Shamrock Vastgoed c.s./Limberger q.q.

Naar het oordeel van het hof heeft de rechtbank terecht overwogen dat de beslissing om de complete marge naar een andere vennootschap te laten wegvloeien op zichzelf kan worden aangemerkt als onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 lid 1 BW).

Op 12 juni 2012 is Handen in de Bouw B.V. op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard, met aanstelling van geïntimeerde als curator. De gefailleerde hield zich bezig met aannemerswerkzaamheden waarvoor zij Poolse vaklieden inhuurde.

Tot 9 juni 2011 was appellant Shamrock Vastgoed B.V. bestuurder van de gefailleerde. Shamrock Vastgoed werd op haar beurt bestuurd door de particulier appellant 3. Hij is ook bestuurder van medeappellant Shamrock KVQ B.V. Appellant 3 en Shamrock KVQ kunnen worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepalers (art. 2:248 lid 7 BW).

In eerste aanleg zijn appellanten c.s. aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 lid 2 BW. Daartoe heeft de rechtbank naar het hof memoreert vaststaand overwogen dat er ten aanzien van de gefailleerde sprake is van een gebrekkige administratie die een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur oplevert en die vermoed wordt een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn (art. 2:10 BW).

Daarnaast heeft de rechtbank naar het oordeel van het hof terecht overwogen dat de beslissing om de complete marge naar een andere vennootschap te laten wegvloeien ook op zichzelf kan worden aangemerkt als onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 lid 1 BW). Dit gebeurde doordat het verschil tussen de inhuurprijs voor de vaklieden (€ 12 of € 13) en de gefactureerde prijs voor de inzet van de vaklieden (€ 18 of € 19) vanaf 2011 door Shamrock KVQ werd gefactureerd aan de gefailleerde. Het oordeel van de rechtbank dat hierdoor het faillissement is veroorzaakt en niet door een andere (externe) oorzaak, blijft in hoger beroep overeind. Een uiteenzetting aan de hand van feiten en omstandigheden en een cijfermatige onderbouwing waarom geen sprake is van het afkomen van de marge en die inzicht kan verschaffen in de door Shamrock KVQ in rekening gebrachte en ontvangen bedragen en waarom die wel in een redelijke verhouding staan tot de inhoud, aard en omvang van de verrichte werkzaamheden ontbreekt.

Aldus is naar het hof overweegt sprake van onbehoorlijk bestuur van appellanten c.s. als bestuurders en feitelijk beleidsbepalers van Handen in de Bouw op grond van artikel 2:248 lid 1 BW. Nu de grieven ten aanzien van de vraag of daardoor het faillissement is veroorzaakt volgens het hof geen ander licht werpen op het door de curator gestelde afkomen van de marge, is de slotsom dat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 03-07-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:6118

Zaaknummer: 200.198.383/01

Rechters: J. Smit, L. Janse en A.G.J. Van Wassenae Catwijck

Advocaten: J. Mouthaan en M.A. Kerkdijk

Wetsartikelen: 2:248 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Bakker q.q./Noweka

De grondslag waarop door de gefailleerde voor het faillissement geld beschikbaar is gesteld aan de wederpartij vormt een civielrechtelijke rechtsverhouding. Voor de beoordeling van die rechtsverhouding is het fiscaalrechtelijke begrip 'informele kapitaalstorting' niet relevant, maar moet primair worden uitgegaan van de boeken en administratie van de desbetreffende rechtspersoon.

Op 20 december 2013 is de curator (eiser) aangesteld in het faillissement van Norder Beheer. De gefailleerde participeert net als Kamphuis Beheer B.V. en Bouwbeheer Oldambt B.V. in de vastgoedonderneming Noweka (gedaagde). De bestuurder van Oldambt is tevens bestuurder van Noweka.

De drie participanten houden elk een gelijk belang in certificaten van aandelen van Noweka zoals die door de StAK Noweka2 B.V. zijn uitgegeven. Bij aanvang van de onderneming hebben de drie participanten bedragen aan Noweka ter beschikking gesteld zodat Noweka overeenkomstig haar doelstelling vastgoed kon verkrijgen.

De gefailleerde heeft daarbij een bedrag van ongeveer € 360.000 aan Noweka ter beschikking gesteld. Dat bedrag is destijds geadministreerd als een kortlopende schuld in rekening-courant. Van het gefourneerde bedrag resteerde op de balans van Noweka van 2014 een bedrag van € 306.513 in rekening-courant.

De curator heeft bij brief van 13 april 2017 het rekeningsaldo opgeëist. Noweka is echter niet tot betaling overgegaan. Daarop is de curator tegen Noweka deze procedure gestart. De rechtbank constateert dat tussen partijen aldus in geschil is of het door de gefailleerde verstrekte geld moet worden aangemerkt als een lening of als een niet opeisbare kapitaalverstrekking (zoals Noweka betoogt).

De rechtbank stelt voorop dat het aandelenkapitaal van Noweka van € 18.000 is volgestort. Dit betreft een kapitaalstorting in civielrechtelijke zin die is aan te merken als een formele storting, zodat dat bedrag behoort tot het eigen vermogen van Noweka. Tegenover de

kapitaalinjecties van haar participanten is niet gebleken dat Noweka (extra) aandelen of certificaten heeft uitgegeven, zodat vast staat dat de gefailleerde, overigens net als de twee andere participanten, bij het opstarten van de onderneming daarnaast extra kapitaal in rekening-courant beschikking heeft gesteld zodat Noweka haar doel, beleggen in vastgoed, kon gaan uitoefenen.

Het fiscaalrechtelijke begrip informele kapitaalstorting is voor de hier toe te passen civielrechtelijke beoordeling niet relevant, aldus de rechtbank. Voor het vaststellen van de civielrechtelijk verhoudingen zijn primair de boeken en administratie van de desbetreffende rechtspersoon van belang. Vast staat dat het hier gaat om vreemd vermogen dat staat geboekt als 'kortlopende schulden' in de administratie van de gefailleerde, zodat niet aan de curator kan worden tegengeworpen dat anders was bedoeld. Zeker nu de lening, zoals hier, onder gelijke aanduiding ook terugkomt in de boeken van de wederpartij. De curator kan deze lening dan ook terugvorderen.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 20-06-2018

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2018:3299

Zaaknummer: C/05/319906 / HA ZA 17-237 / 357/871

Rechters: M.A.M. Vaessen

Advocaten: A. Gras en J.T. Schlepers

Wetsartikelen: 6:140 BW en 2:191 BW

RECHTSPRAAK

Onvoldoende gesteld voor aansprakelijkheid wegens misbruik identiteitsverschil of bestuurdersaansprakelijkheid van bestuurders exploitant Fresh FM.

BNT heeft zendapparatuur, opstelruimtes en energie ter beschikking gesteld aan X ten behoeve van exploitatie van radiozender Fresh FM. Tussen BNT en X is een geschil ontstaan over betaling van facturen voor deze door BNT geleverde diensten. Bij vonnissen van 2012 en 2013 is X veroordeeld tot betaling van € 119.000 aan BNT. Op 6 april 2011 heeft X haar bedrijfsinventaris en vorderingen op derden verpand aan haar (indirect) bestuurders. X voldoet niet aan de veroordelende vonnis. Op 7 november 2014 is X via een turboliquidatie ontbonden. BNT vordert in deze procedure van de (indirect) bestuurders schadevergoeding vanwege het onbetaald blijven van haar vordering op X. BNT beroept zich primair op misbruik van identiteitsverschil en subsidiair op bestuurdersaansprakelijkheid en onrechtmatige daad.

Het gerechtshof overweegt dat degene die volledige of overheersende zeggenschap heeft over twee rechtspersonen misbruik kan maken van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen. Het maken van misbruik zal in de regel worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, die verplicht tot het vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht. Deze verplichting rust zowel op degene die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot het onrechtmatig handelen heeft gebracht, als de betrokken rechtspersonen zelf. In uitzonderlijke omstandigheden kan de meest aangewezen wijze van goedmaking van het onrechtmatig handelen vereenzelviging zijn (HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480 en HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285).

Ten aanzien van bestuurdersaansprakelijkheid overweegt het gerechtshof dat als uitgangspunt enkel de vennootschap aansprakelijk is voor schade als zij tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt. Slechts onder bijzondere omstandigheden is naast aansprakelijkheid van de vennootschap ook ruimte voor aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap. Vereist is dat die bestuurder van de benadeling een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of een dergelijk verwijt kan worden gemaakt is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval

(ECLI:NL:HR:2014:2627).

Het gerechtshof oordeelt dat de vereiste grondslagen voor aansprakelijkheid en de voor vereenzelviging vereiste uitzonderlijke omstandigheden niet met de vereiste precisie en nauwkeurigheid door BNT zijn gesteld. Het betoog van BNT is volgens het gerechtshof grotendeels een opsomming van aannames, verwijten en suggesties, waarvan de relevantie zonder gestructureerde redeneertrant niet of moeilijk is te volgen. Stellingen van BNT zijn bovendien tegenstrijdig en onduidelijk, terwijl BNT verschillende stellingen van de (indirect) bestuurders onvoldoende gemotiveerd heeft weersproken. Het gerechtshof wijst de vorderingen van BNT af.

M.S. Breeman

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 18-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2018:2375

Zaaknummer: 200.199.351/01

Rechters: R.S. van Coevorden, M.C.M. van Dijk en R.F. Groos

Advocaten: P.J. Winkel en E.S. Ebels

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Curator/Gedaagde

Aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 lid 2 BW wegens schending van de administratieplicht kan niet worden ontgaan door die verplichting af te schuiven op een door de bestuurder vertrouwde derde. Blind vertrouwen, waar hier sprake van lijkt te zijn, doet niet disculperen, aldus de rechtbank.

Bedrijf is op 28 december 2010 failliet verklaard met aanstelling van eiser als curator. Gedaagde (n.p.) was enig bestuurder van de vennootschap. Vast staat dat de vennootschap ten tijde van faillietverklaring geen personeel in dienst had op basis van een arbeidsovereenkomst.

Tevens staat vast dat vanaf 2009 de financiële administratie van de vennootschap is vervalst, waardoor het leek dat crediteuren van de vennootschap zijn betaald, terwijl feitelijk geld werd overgemaakt naar familie van gedaagde, terwijl deze familieleden noch de ondernemingen waarbij zij zijn betrokken enige prestatie hebben geleverd voor de aan hen overgemaakte vele tienduizenden euro's.

De curator stelt om die reden dat het handelen van gedaagde als kennelijk onbehoorlijk bestuur moet worden aangemerkt (art. 2:248 lid 2 BW). De curator legt hieraan ten grondslag dat gedaagde niet heeft voldaan aan zijn wettelijke administratieverplichting als bedoeld in artikel 2:10 lid 1 BW.

Ten aanzien van dat verwijt stelt de rechtbank voorop dat deze verplichting ertoe strekt dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de vennootschap kunnen worden gekend. Dat houdt in dat de administratie een redelijk inzicht moet geven in de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten (vgl. HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2932).

Nu het onderzoek van de curator aan het licht heeft gebracht dat er grootschalig is gefraudeerd, staat vast dat de rechten en plichten van de vennootschap niet te allen tijde waren gekend. Zo al juist is, zoals gedaagde stelt, dat artikel 2:10 lid 1 BW slechts een

inspanningsverplichting oplegt, heeft gedaagde zich onvoldoende ingespannen om de administratie conform artikel 2:10 lid 1 BW op orde te hebben, terwijl in de relatief simpele constellatie van gedaagde's bedrijfsvoering van een redelijk bekwaam bestuurder een zodanige controle van de administratie kan worden verwacht dat hij de onderhavige valsheden voor het faillissement zou hebben ontdekt.

Daarmee is op grond van artikel 2:248 lid 2 BW gedaagde's onbehoorlijke taakvervulling gegeven, terwijl dit wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Het daartegen ter ontzenuwing (art. 2:248 lid 3 BW) aangevoerde verweer, te weten dat hij meende te kunnen vertrouwen op de integriteit van zijn schoonzoon die de administratie deed, kan hem niet baten. Blind vertrouwen, waar hier sprake van lijkt te zijn, doet niet disculperen, aldus de rechtbank. Nu geen andere feiten of omstandigheden zijn aangevoerd om de gevolgtrekking te rechtvaardigen dat gedaagde niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van zijn onbehoorlijke taakvervulling af te wenden, is gedaagde er niet in geslaagd het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW te ontzenuwen.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 25-07-2018

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2018:7061

Zaaknummer: C/03/242660 / HA ZA 17-605

Rechters: J.R. Sijmonsma

Advocaten: J.F.E. Kikken en A.L. Stegeman

Wetsartikelen: 2:248 lid 2 BW en 2:10 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Strafrecht. Vast staat dat verdachte zich als bestuurder van twee bedrijven schuldig heeft gemaakt aan het onttrekken van gelden en goederen uit de boedel van die bedrijven kort voordat die bedrijven failliet zijn verklaard. Verdachte zag het faillissement aankomen. Aldus heeft verdachte op bedrieglijke wijze de rechten van de schuldeisers van die bedrijven verkort.

In deze strafzaak wordt verdachte verweten dat hij, wetende dat de faillissementen van de door hem bestuurd bedrijven (op 16 augustus 2013 en 17 januari 2014) onafwendbaar waren, geldbedragen en goederen aan de boedels van die bedrijven heeft onttrokken en dat verdachte, nadat de faillissementen van die bedrijven waren uitgesproken, aan de curatoren en rechters-commissarissen in die faillissementen geen of onjuiste informatie heeft verstrekt over de locatie en/of de eigendom van een aantal goederen die tot de boedels van die bedrijven behoorden.

Ten aanzien van de vraag of verdachte het faillissement in 2013 heeft zien aankomen stelt de rechtbank onder meer vast dat er reeds lange tijd liquiditeitsproblemen bestonden, dat de schulden opliepen, dat de onderneming in zwaar weer verkeerde en dat de bank bij afwezigheid van vertrouwen in het toekomstperspectief het krediet heeft opgezegd. Tevens is gebleken dat er zakelijke geschillen bestonden. De rechtbank is van oordeel dat onder de gegeven omstandigheden de verdachte het faillissement heeft moeten zien aankomen. Dat geldt, blijkens zijn persoonlijke correspondentie, ook voor het faillissement in 2014.

Ten aanzien van de tenlastegelegde onttrekkingen in 2013 en 2014 stelt de rechtbank vast dat verdachte ten laste van het vermogen van zijn bedrijven betalingen aan zichzelf heeft gedaan terwijl hij, in tegenstelling tot andere schuldeisers, geen opeisbare vorderingen had. Dit heeft voor de gedebiteerde vennootschap geleid tot een intercompany schuld in rekening-courant, terwijl door deze handelwijze geld aan de boedel en de schuldeisers is onttrokken. Aldus heeft verdachte bewust het gevolg aanvaard dat andere schulden zouden oplopen. Ook heeft verdachte vermogensbestanddelen uit het zicht van de curator gehouden.

Hiermee komt vast te staan dat verdachte telkens ter bedrieglijke verkorting van de rechten van één of meer van zijn schuldeisers enig goed aan de boedel heeft onttrokken (art. 343 (oud) Sr) door geldbedragen en andere vermogensbestanddelen aan de boedel te onttrekken. Tevens heeft hij in het faillissement geweigerd, terwijl hij daartoe was opgeroepen, de vereiste inlichtingen te geven en opzettelijk verkeerde inlichtingen gegeven. De rechtbank veroordeelt de verdachte om die reden tot een gevangenisstraf van vijftien maanden waarvan vijf maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 24-07-2018

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2018:3556

Zaaknummer: 01/997546-15

Rechters: J.G. Vos, M.E.L. Hendriks en W.A.P. van Roij

Wetsartikelen: 343 (oud) Sr en 105 Fw

RECHTSPRAAK

TSH/Heijmeriks q.q.

Het bewijs is geleverd dat jegens de gefailleerde een beroep kan worden gedaan op verrekening.

Het gaat in deze zaak om de vraag of appellante TSH B.V. de vorderingen van het gefailleerde RT B.V. van in totaal € 29.620,80 moet betalen. Het hof heeft TSH toegelaten tot het bewijs van haar stelling dat die vorderingen ingevolge de door TSH gestelde afspraak met RT zijn verrekend met de huurtermijnen die RT aan VBB B.V. (als moedermaatschappij van TSH) was verschuldigd.

In dat kader hebben partijen getuigen doen horen, waaronder, in enquête, de bestuurder van VBB en de voormalige bestuurder van de gefailleerde (RT). Het hof constateert daarover dat beide getuigen hebben verklaard dat enerzijds de bestuurder van VBB (namens VBB en TSH) en anderzijds de bestuurder van RT mondeling hebben afgesproken dat het door TSH aan RT verschuldigde zou worden verrekend met de door RT aan VBB verschuldigde huur.

Ten aanzien van de vraag wanneer deze verrekenafpraak is gemaakt – volgens de curator was dat na de faillietverklaring en is hij daaraan dus niet gebonden – is voor het hof van belang dat zowel de bestuurder van RT als de accountant van VBB en TSH heeft verklaard dat er verrekeningen hebben plaatsgehad ter verevening van door RT opgelopen huurachterstand.

Het hof neemt daarbij in aanmerking dat RT nimmer contant of per bank huurbetalingen aan VBB/TSH heeft verricht, terwijl TSH desondanks onder verrekening van haar eigen schulden aan RT betalingen aan RT heeft gedaan. Hierop gelet acht het hof niet alleen bewezen dat VBB, TSH en RT hebben afgesproken om op deze wijze te verrekenen, maar ook dat die afspraak vóór het faillissement van RT is gemaakt.

De conclusie is dan ook dat de vorderingen van RT op TSH vóór de datum van het faillissement door verrekening teniet zijn gegaan, behoudens een bedrag van € 266,17. Nu de curator niet (voldoende gemotiveerd) heeft bestreden dat, gelet op de datum van de opzegging van de huur, TSH het bedrag van € 266,17 kan verrekenen met de boedelvordering op RT ten bedrage van drie maanden huur, komt ook dit bedrag niet voor toewijzing in aanmerking.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 17-07-2018

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2018:1683

Zaaknummer: 200.203.989/01

Rechters: M.E. Honée, M.Y. Bonneur en J.E.H.M. Pinckaers

Advocaten: M.W. Huijzer en R.W.F. Heijmeriks

Wetsartikelen: 6:127 BW en 53 Fw

RECHTSPRAAK

Vriezen q.q./Gedaagden c.s.

Voor goede trouw van artikel 54 Fw kan een beroep gedaan worden op het vooruitzicht dat de wederpartij in afgeslankte vorm blijft voortbestaan. Die goede trouw komt te vervallen op het moment dat er ernstige financiële problemen zijn waardoor een gehuurd bedrijfspand moet worden verlaten en de bedrijfsactiviteiten op het moment van (het beroep) op verrekening wegvallen.

Bedrijf is op 11 maart 2014 failliet verklaard. De curator verzet zich in deze procedure tegen een aantal verrekeningen in rekening-courant tussen de gefailleerde (r.p.) en gedaagde sub 1 (r.p.). Volgens de curator wist gedaagde sub 1 op 30 juni 2012 dat Bedrijf in een zodanige toestand verkeerde dat haar insolventie viel te verwachten en was zij daarom, gelet op artikel 54 Fw, niet meer bevoegd tot verrekening van de op die datum (aan haar) gecedeerde en verrekende bedragen.

Gedaagde sub 1 betwist dat zij op 30 juni 2012 niet te goeder trouw was. Weliswaar was er op die dag geen werk meer voor werknemers van Bedrijf en waren er daarom toen (bijna) geen werknemers meer in dienst, maar het plan was om met Bedrijf door te gaan in afgeslankte vorm. Dat was op grond van de twee op 30 juni 2012 nog lopende projecten van Bedrijf ook aannemelijk te achten. Ook kon Bedrijf op dat moment nog aan haar financiële verplichtingen voldoen.

Voor wat betreft het peilmoment is de rechtbank van oordeel dat gedaagde sub 1 uiterlijk eind augustus 2012 moet hebben geweten dat Bedrijf in een zodanige toestand verkeerde dat haar insolventie viel te verwachten. De toestand van Bedrijf was weliswaar vanaf ongeveer 30 juni 2012 al buitengewoon ernstig, maar gedaagde sub 1 c.s. heeft gemotiveerd gesteld waarom Bedrijf in afgeslankte vorm zou kunnen voortbestaan. De curator heeft daar tegenover onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit kan volgen dat desalniettemin op 30 juni 2012 het faillissement al te verwachten viel.

Dat de financiële situatie van Bedrijf op 30 juni 2012 buitengewoon ernstig was moet gedaagde

sub 1, naar het oordeel van de rechtbank, mede gezien haar handelwijze, hebben geweten. Dit niet alleen omdat Bedrijf het door haar gehuurde bedrijfspand rond die tijd moest verlaten wegens huurachterstand, maar ook omdat gedaagde sub 1 rond die tijd vorderingen op Bedrijf van derden heeft overgenomen en in verrekening heeft gebracht, en ten slotte het wegvallen van de bedrijfsactiviteit rond dat tijdstip.

Nu de rechtbank als peilmoment, het moment vanaf wanneer gedaagde sub 1 wist dat insolventie van Bedrijf viel te verwachten, 30 augustus 2012 aanhoudt, kunnen slechts de voor die tijd op Bedrijf overgenomen vorderingen in verrekening worden gebracht. Artikel 54 Fw stond hieraan niet in de weg.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-07-2018

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:3112

Zaaknummer: C/16/445348 / HA ZA 17-703

Rechters: H.A. Brouwer

Advocaten: F.F. Knaapen en A.J.P. Ariëns

Wetsartikelen: 6:127 BW en 54 Fw

RECHTSPRAAK

Van Apeldoorn q.q./Bestuurders Prestige Zorg

Oplegging civiel bestuursverbod bij verstek. Verklaring voor recht dat de bestuurders het bepaalde in artikel 106a Fw geheel of gedeeltelijk hebben overtreden en aansprakelijk zijn voor het faillissementstekort uit hoofde van onbehoorlijk bestuur.

In deze verstekprocedure legt de rechtbank gedaagden op vordering van de curator een bestuursverbod op (art. 106a lid 1 Fw), onder veroordeling van gedaagden in de proceskosten. Daartoe overweegt de rechtbank dat het door de curator gevorderde de rechtbank niet ongegrond of onrechtmatig voorkomt (art. 139 Rv).

De rechtbank verklaart vervolgens voor recht dat gedaagden als de (middellijk) bestuurders van Prestige Zorg B.V. het bepaalde in artikel 106a Fw geheel of ten dele hebben overtreden, en legt gedaagden, nadat haar vonnis in kracht van gewijsde is gegaan, voor de duur van vijf jaren een bestuursverbod op (art. 106 b lid 1 Fw), onder inschrijving bij de KvK (art. 106b lid 3 Fw).

Tevens verklaart de rechtbank voor recht dat gedaagden hun bestuurstaak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en dat dit handelen een belangrijke oorzaak van het faillissement is, waardoor de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het faillissementstekort van de boedel van gefailleerde (art. 2:248 BW).

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 13-06-2018

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2018:8801

Zaaknummer: C/09/551476 / HA ZA 18-419

Rechters: M.J. Alt-van Endt

Advocaten: S.P.B. van Leeuwen

Wetsartikelen: 106a lid 1 Fw, 106b lid 1 Fw, 139 Rv en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Aan het pluraliteitsvereiste is voldaan ondanks een regeling met alle schuldeisers op één na, omdat de schuldeisers nog niet waren voldaan ten tijde van de beslissing op de faillissementsaanvraag.

X is op aanvraag van Rabobank failliet verklaard. In hoger beroep heeft X aangevoerd dat hij met een groot aantal schuldeisers een regeling tegen finale kwijting heeft getroffen onder de voorwaarde dat het hof het faillissement vernietigt. De vorderingen van de schuldeisers met wie geen regeling is getroffen, zullen volledig worden voldaan, eveneens onder het voorbehoud dat het hof het faillissement vernietigt. Alleen Rabobank zal niet worden voldaan. De zus van X zal X het voor de regeling benodigde bedrag schenken. Het hof oordeelt dat niet aan het pluraliteitsvereiste is voldaan als Rabobank als enige schuldeiser overblijft. Aan de vereisten voor faillietverklaring is daarom niet voldaan. Het hof vernietigt derhalve de faillietverklaring.

In cassatie stelt de Hoge Raad vast dat de steunvorderingen pas worden voldaan nadat het faillissement is vernietigd. De steunvorderingen bestaan derhalve nog ten tijde van de beslissing op de faillissementsaanvraag. Aan het pluraliteitsvereiste is dus wel degelijk voldaan. De Hoge Raad vernietigt daarom het arrest van het hof en verwijst de zaak terug voor definitieve afdoening. Het hof dient namelijk nog te beoordelen of X verkeert in de toestand dat hij is opgehouden te betalen.

M.S. Breeman

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 25-05-2018

ECLI: ECLI:NL:HR:2018:774

Zaaknummer: 17/05130

Advocaten: S. Kousedghi en B. Winters

Wetsartikelen: 1 Fw

RECHTSPRAAK

Curator is niet gehouden stallingskosten te betalen voorafgaand aan de gedwongen afgifte van een goed door een retentor.

X heeft voor BSB Staalbouw B.V. diverse (transport)werkzaamheden uitgevoerd. X heeft onder meer containers van Rijkswaterstaat naar het bedrijfsterrein van BSB vervoerd. Nadat X op de hoogte raakte van betalingsproblemen van BSB en hem de toegang tot het bedrijfsterrein van BSB werd ontzegd, heeft hij op 17 oktober 2017 nog een container van BSB van het terrein van Rijkswaterstaat opgehaald en opgeslagen op zijn eigen bedrijfsterrein. BSB heeft op diezelfde dag aangifte van diefstal/verduistering van de container gedaan. X heeft zich op 19 oktober 2018 jegens BSB beroepen op een retentierecht. Op 23 oktober 2017 is BSB failliet verklaard. De curator heeft de container op 31 oktober 2017 van X opgeëist op grond van artikel 6o Fw en X verzocht de container naar het terrein van BSB te brengen. X stelt dat de container pas kan worden afgehaald na betaling van stallingskosten.

In kort geding vordert de curator X te bevelen de container binnen 24 uur na betekening van het te wijzen vonnis af te geven op straffe van een dwangsom. De voorzieningenrechter oordeelt dat het spoedeisend belang is gegeven, omdat de curator de container wil verkopen en de koper de inhoud van de container nodig heeft voor het afronden van een project waarbij BSB was betrokken. X betwist niet dat hij de container moet afgeven. In geschil is slechts of X aanspraak kan maken op voorafgaande betaling van de stallingskosten.

De voorzieningenrechter oordeelt dat onvoldoende aannemelijk is dat een bodemrechter zal oordelen dat X aanspraak kan maken op stallingskosten. Ingevolge artikel 6o Fw is een retentor gehouden het goed af te geven aan de curator. Die afgifte kan de retentor niet beletten door voorafgaande betaling te eisen van in artikel 3:293 BW bedoelde kosten die na faillietverklaring zijn ontstaan. Die kosten behoren op de gebruikelijke wijze als boedelschulden in aanmerking te worden genomen en te worden afgewikkeld.

De voorzieningenrechter betwijfelt bovendien of X daadwerkelijk een retentierecht heeft. X heeft de container opgehaald in de wetenschap dat het faillissement van BSB te verwachten was en nadat hem de toegang tot het bedrijfsterrein van BSB was ontzegd. Het ophalen van deze specifieke container viel derhalve niet onder de (algemene) opdracht van BSB om

containers bij Rijkswaterstaat op te halen. De voorzieningenrechter wijst het gevorderde bevel toe.

M.S. Breeman

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 02-05-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2018:1599

Zaaknummer: C17/160610/KGZA 18-76

Rechters: W.J.J. Los

Advocaten: W. Schoo en A.J. Elema

Wetsartikelen: 60 Fw en 3:293 BW

RECHTSPRAAK

Natuurlijk persoon is ontvankelijk in artikel 69 Fw-procedure vanwege het EVRM-recht op respect voor iemands woning.

In het faillissement van een natuurlijk persoon wendt de gefailleerde zich tot de rechter-commissaris met een beroep op artikel 69 Fw. De gefailleerde is veroordeeld tot terugbetaling van gelden die hij en zijn bv's hebben onttrokken aan de gemeente Rotterdam en vereniging Divosa. Deze veroordeling is mede gebaseerd op een rapport dat KPMG heeft opgesteld. Gefailleerde heeft een tuchtprocedure aanhangig gemaakt bij de Accountskamer tegen de accountants van KPMG die het rapport hebben opgesteld.

Gefailleerde verzoekt de rechter-commissaris (1) ontbinding van een van zijn vennootschappen uit te stellen totdat beslist is in de tuchtprocedure, (2) de voorgenomen verkoop van zijn woning uit te stellen totdat beslist is in de tuchtprocedure, (3) verkoop van de inboedel in zijn woning uit te stellen totdat beslist is in de tuchtprocedure en (4) het maken door de gefailleerde van beeld- en geluidsopnames niet aan te merken als het verhinderen van een taxatie.

De rechter-commissaris heeft gefailleerde ontvankelijk verklaard in zijn verzoeken, maar deze verzoeken op inhoudelijke gronden afgewezen. In beginsel is artikel 69 Fw niet bedoeld om de in dit artikel genoemde belanghebbenden de mogelijkheid te geven om op eenvoudige wijze een aan hen toekomend persoonlijk recht tegenover de boedel te gelde te maken. De Hoge Raad heeft echter een uitzondering op dit beginsel aanvaard voor zover de schuldenaar zich beroept op artikel 21 onder 3 Fw of een daaraan gelijk te stellen wettelijke bepaling. De rechter-commissaris oordeelt dat de gefailleerde ontvankelijk is, omdat zijn verzoeken betrekking hebben op de vereffening van zijn vermogen. Dat is een recht dat mede gelet op het Eerste Protocol bij het EVRM voor de toepassing van artikel 69 Fw gelijk moet worden gesteld met een aan de schuldenaar persoonlijk toekomend recht.

De gefailleerde stelt beroep in tegen de beschikking van de rechter-commissaris. De rechtbank oordeelt dat enkel de verzoeken die betrekking hebben op de inboedel en woning van de gefailleerde ontvankelijk zijn. Een faillissement omvat nagenoeg het gehele vermogen van een gefailleerde. Verzoeken van de gefailleerde zullen vrijwel zonder uitzondering betrekking

hebben op zijn vermogen. Artikel 1 van het Eerste Protocol EVRM is te ruim om met artikel 21 onder 3 Fw gelijk te worden gesteld. Daarmee zou een efficiënt beheer en efficiënte afwikkeling van de boedel te zeer onder druk komen te staan. In artikel 8 EVRM is het recht op respect voor iemands woning opgenomen. Deze bepaling is voor de toepassing van artikel 69 Fw wel gelijk te stellen met artikel 21 onder 3 Fw, nu het net als artikel 21 onder 3 Fw betrekking heeft op de primaire levensvoorwaarde die bescherming verdient in het kader van artikel 69 Fw. Dat geldt evenzeer voor de inboedel voor zover noodzakelijk om de woning ook daadwerkelijk te bewonen.

M.S. Breeman

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 03-05-2017

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2017:6899

Zaaknummer: 17/346F

Rechters: A.A.T. Rens

Advocaten: X.H.C. Woodhouse

Wetsartikelen: 69 Fw

RECHTSPRAAK

Auto's van failliete handelsonderneming zijn in het kader van strafrechtelijk onderzoek in beslag genomen door OM. Rechtbank oordeelt in een beschikking dat een auto van de failliet door het OM aan de pandhouder dient te worden teruggegeven. Curator is niet-ontvankelijk als klager ex artikel 552d Sv volgens de Hoge Raad. De Hoge Raad verwerpt het beroep.

De curator van een failliete handelsonderneming gaat in cassatie tegen een beschikking strekkende tot teruggave van auto's die onder een handelsonderneming in beslag waren genomen. Deze handelsonderneming werd verdacht van hennepteelt en witwassen van de daarmee gemaakte opbrengsten (zie Conclusie A-G, ECLI:NL:PHR:2018:935). De rechtbank oordeelde in een beschikking op het klaagschrift van de curator ten aanzien van het beslag op de autovoorraad dat het niet hoogst onwaarschijnlijk is dat de strafrechter een verbeurdverklaring van de auto's zal bevelen, omdat deze auto's tot de handelsvoorraad van de handelsonderneming behoren. Daarmee is het klaagschrift van de curator ongegrond verklaard. Een ander klaagschrift, van een betrokkene die meent een pandrecht op een inbeslaggenomen Maserati te hebben, is in een andere beschikking deels gegrond verklaard. De Maserati diende te worden teruggegeven aan deze pandhouder. De curator stapt hierop naar de Hoge Raad. De Hoge Raad overweegt dat tegen de beschikking op het klaagschrift van de betrokken pandhouder geen cassatieberoep voor de curator openstaat op grond van artikel 552d lid 2 Sv. De Hoge Raad verwerpt het beroep.

S.R. Verhoeven

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 30-10-2018

ECLI: ECLI:NL:HR:2018:2004

Zaaknummer: 16/05626

Rechters: W.A.M. van Schendel, V. van den Brink en J.C.A.M. Claassens

Advocaten: C.P. Wesselink-van Dijk

Wetsartikelen: 552d Sv

RECHTSPRAAK

Curator van een failliete handelsonderneming komt op tegen ongegrondverklaring van zijn klaagschrift door de rechtbank, welke strekte tot het aanvechten van de teruggave van door het OM inbeslaggenomen auto's aan de onderneming. De Hoge Raad oordeelt dat de curator weliswaar ontvankelijk is in zijn klaagschrift, maar dat het beslag van het OM door faillissement van de handelsonderneming niet is vervallen. De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Een handelsonderneming werd verdacht van hennepsteelt en witwassen van de daarmee gemaakte opbrengsten. In het kader van het strafrechtelijk onderzoek naar deze onderneming zijn verschillende auto's in beslag genomen door het Openbaar Ministerie. De handelsonderneming faillieerde, en de klager in dit cassatieberoep werd aangesteld als curator. In de procedure voor de rechtbank, waarin verzoeken tot teruggave door de curator en een pandhouder werden behandeld, is het klaagschrift van de curator door de rechtbank met inachtneming van artikel 552a Sv ontvankelijk verklaard. De curator voerde aan dat op grond van het klaagschrift van de pandhouder al een teruggave aan de curator kon worden gelast, maar dat indien dat niet zou kunnen, hij 'bij deze' een dergelijk zelfstandig verzoek doet. De ontvankelijkheidsverklaring door de rechtbank is onjuist, omdat de wet niet de mogelijkheid kent dat een verzoek om teruggave mondeling wordt gedaan. Dit leidt wegens het bepaalde in artikel 552a lid 5 Sv echter niet tot niet-ontvankelijkheid in het klaagschrift van de curator. De klaagschriften van de pandhouder en de curator hebben betrekking op dezelfde onderwerpen en beiden zijn in de gelegenheid gesteld te worden gehoord bij de behandeling van de zaak.

De rechtbank heeft het klaagschrift van de curator, strekkende tot teruggave van de inbeslaggenomen auto's, ongegrond verklaard. De Hoge Raad overweegt wat betreft het cassatieberoep van de curator dat in geval van faillissement van de beslagene, zoals in een eerder arrest (HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4095) is overwogen, wel een op de voet van artikel 94a Sv gelegd beslag voor verhaal van een geldboete vervalt, maar niet een beslag in de zin van artikel 94 Sv, dat strekt tot waarheidsvinding. Dit geldt volgens de Hoge Raad ook na inwerkingtreding van de Wet verruiming mogelijkheden voordeelsontneming. Dat op

grond van artikel 33a Sr ook de voorwerpen verkregen uit de baten van het strafbare feit voor verbeurdverklaring vatbaar zijn, brengt niet mee dat een beslag op een dergelijk voorwerp, zoals in dit geval een Maserati, uitsluitend strekt tot behoud van de verhaalspositie van de overheid als schuldeiser. Dit is anders bij een beslag in de zin van artikel 94a Sv, omdat daarbij geen enkel verband is vereist tussen het strafbare feit en het inbeslaggenomen voorwerp.

De Hoge Raad verwerpt het beroep van de curator.

S.R. Verhoeven

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 30-10-2018

ECLI: ECLI:NL:HR:2018:2003

Zaaknummer: 16/05542

Rechters: W.A.M. van Schendel, V. van den Brink en J.C.A.M. Claassens

Advocaten: C.P. Wesselink-van Dijk

Wetsartikelen: 94 Sv, 552a Sv en 33a Sr

RECHTSPRAAK

Bestuurder niet aansprakelijk jegens aandeelhouder voor vestigen derde hypotheekrecht i.p.v. tweede hypotheekrecht.

Een groep vennootschappen met activiteiten op het gebied van aanneming en realisatie van projecten in de infra-, bouw- en milieusector en procesindustrie verkeert in financiële problemen. De bank is slechts bereid onder bepaalde voorwaarden aanvullend krediet te verstrekken. In verband met de acute liquiditeitsproblemen bij het aannemingsbedrijf verstrekt de aandeelhouder op 28 maart 2012 een lening van € 2,185 miljoen aan de holding van de groep. De bank bericht op 25 april 2012 dat zij aanvullende financiering van € 2,2 miljoen wil verstrekken op voorwaarde dat de vastgoedvennootschap van de groep een tweede hypotheekrecht zal vestigen op een deel van haar onroerend goed. De aandeelhouder en de holding komen op 24 mei 2012 echter overeen dat de vastgoedvennootschap, waarvan de holding bestuurder is, ook een tweede hypotheekrecht zal vestigen op datzelfde onroerend goed.

Op 13 juni 2012 vestigt de vastgoedvennootschap een tweede hypotheekrecht op het onroerend goed ten gunste van de bank. Op 22 april 2013 vestigt de vastgoedvennootschap een derde hypotheekrecht op het onroerend goed ten gunste van de aandeelhouder. Op 28 januari 2014 gaat de holding failliet. De curator van de holding bericht de aandeelhouder dat het derde hypotheekrecht waarschijnlijk niet tot enige opbrengst zal leiden.

In deze procedure spreekt de aandeelhouder de bestuurder van de holding, die tevens bestuurder van de vastgoedvennootschap is, aan voor de schade die de aandeelhouder lijdt, omdat de vastgoedvennootschap een derde in plaats van tweede hypotheekrecht heeft gevestigd op het onroerend goed. In eerste aanleg is de vordering van de aandeelhouder afgewezen. De aandeelhouder heeft hoger beroep ingesteld.

De bestuurder van de holding verweert zich in hoger beroep primair met de stelling dat geen sprake is van een toerekenbare tekortkoming van de holding in nakoming van de geldleningsovereenkomst. Het hof oordeelt dat de aandeelhouder de lening niet heeft verstrekt onder de voorwaarde dat zij een tweede hypotheekrecht zou krijgen. Dit is ook niet af te leiden uit de correspondentie die partijen hebben gevoerd over het type zekerheid dat de

holding zou verstrekken. Uit die correspondentie volgt slechts dat de aandeelhouder een hypotheekrecht wenste op het onroerend goed en geen andere vorm van zekerheid, maar niet dat zij onverkort vasthield aan een tweede hypotheekrecht. Weliswaar staat in de geldleningsovereenkomst opgenomen dat de holding een tweede hypotheekrecht zou verlenen, maar het hof volgt de lezing van de bestuurder dat dit per abuis is opgenomen. Het hof wijst daarbij op het feit dat de aandeelhouder wist dat de bank een tweede hypotheekrecht op het onroerend goed verlangde als voorwaarde voor verdere kredietverlening en dat het bancaire krediet noodzakelijk was voor het voortbestaan van de holding. Aangezien de holding geen gewanprestatie heeft geleverd, kan geen sprake zijn van persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder.

Ten overvloede merkt het hof op dat aan de bestuurder ook geen persoonlijk verwijt kan worden gemaakt, omdat op het moment van sluiten van de lening de schade zoals appellante die heeft geleden niet voorzienbaar was. De verwachting bestond op dat moment namelijk dat door verkoop van een onderdeel van de groep de holding zowel de bank als de aandeelhouder zou kunnen aflossen.

M.S. Breeman

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 10-07-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:2893

Zaaknummer: 200.183.077_01

Rechters: E.H. Schultzen, C.W.T. Vriezen en M.R. van Zanten

Advocaten: P.J.M. Boomaars en V. Terlouw

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

bank/advocaat pro se

De advocaat van de inmiddels failliete vennootschap is aansprakelijk jegens de bank wegens onrechtmatige daad, omdat hij de schuldenaar van de vennootschap heeft geadviseerd te betalen op de derdengeldenrekening in plaats van op de rekening die de vennootschap bij de bank hield. Hierdoor is een verrekeningsmogelijkheid aan de bank ontnomen.

Advocaat treedt op als stille bewindvoerder/beoogd curator van de moedervennootschap (Dept) in het kader van een pre-pack. Op advies van de advocaat gebruikt de bestuurder de derdengeldenrekening van de advocaat voor een binnenkomende betaling voor de dochtervennootschap (Store) van de huurder (Only). De advocaat is tot curator benoemd in de faillissementen van de moedervennootschap en de dochtervennootschap. Het bedrag op de derdengeldenrekening wordt overgemaakt naar de boedel van de dochtervennootschap.

De bank (schuldeiser van Store) is hierdoor benadeeld, omdat zij een betaling op de rekening van Store is misgelopen. Store was gehouden de betaling te laten plaatsvinden op de rekening bij de bank. De bank had een pandrecht op de vordering. Only heeft bevrijdend betaald door het bedrag op advies van de advocaat op de derdengeldenrekening over te maken. Door het tenietgaan van deze vordering is ook het stille pandrecht van de bank tenietgegaan. Store verkreeg een vordering op de stichting, die het bedrag op de derdenrekening hield. Deze vordering is stil verpand aan de bank (door middel van de verzamelpandakte). Op grond van artikel 3:246 BW kon de curator van Store als enige de betaling in ontvangst nemen, nu de bank geen mededeling aan de stichting heeft gedaan van het pandrecht.

In eerste aanleg oordeelde de rechtbank dat de advocaat niet aansprakelijk is, omdat zijn handelen te rechtvaardigen was in afwachting van een onderzoek naar de financiële situatie en met de focus op (de haalbaarheid van) een doorstart, terwijl de angst voor verduistering bestond als het bedrag op de rekening van Store zou worden gestort. Het hof vernietigt het vonnis en oordeelt dat de advocaat wel degelijk onrechtmatig jegens de bank heeft gehandeld. De advocaat en de stichting derdengelden zijn hoofdelijk aansprakelijk.

De advocaat had er rekening mee moeten houden dat het bedrag voor de bank zou zijn, omdat de bank kort gezegd had kunnen verrekenen. De vrees voor verduistering door het bestuur was onterecht, omdat het bestuur niet zonder meer over het bedrag zou hebben kunnen beschikken. Bovendien hield het advies in wezen in wanprestatie te plegen jegens de bank. De advocaat had nadat Store failliet was verklaard voldoende inzicht in de totale omvang van de bankschuld. Hij had kunnen weten dat de schuld van de bank niet lager was dan de vordering van de vennootschap op Store. Hij had het bedrag vanuit de derdengeldenrekening over moeten maken naar de rekening van Store, zodat de bank het bedrag had kunnen verrekenen met haar vorderingen in rekening-courant op Store. De advocaat heeft de positie van de bank gefrustreerd en daarmee onrechtmatig gehandeld (pro se).

Terzijde zij vermeld dat uit Hamm/ABN volgt dat de curator een stil verpande vordering niet actief mag innen na de faillietverklaring; hij moet de pandhouder veertien dagen de tijd geven om over te gaan tot mededeling en inning. Anders verkrijgt de bank een pandboedelvordering, oftewel een preferente boedelvordering (zie ook Rabo/Verdonk). Het hof gaat hier niet op in.

H. Beni Driss, november 2018

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 02-10-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:4184

Zaaknummer: 200.205.211_01

Rechters: R.A. van der Pol, M.A.M. Vaessen en O.G.H. Milar

Advocaten: Y.H.M. Einig en S.M.M. van Dooren

Wetsartikelen: 6:162 BW en 3:246 BW

RECHTSPRAAK

appellanten c.s./QMatters B.V.

Vordering van QMatters BV gebaseerd op bestuurdersaansprakelijkheid en op misbruik van omstandigheden (art. 6:162 BW) slaagt niet.

QMatters BV verrichtte werkzaamheden voor de website Congreswereld.nl die werd geëxploiteerd door appellante (besloten vennootschap). Deze zijn beëindigd en partijen zijn een eindvergoeding overeengekomen. QMatters stelt dat de (indirect) bestuurder aansprakelijk is op grond van bestuurdersaansprakelijkheid en misbruik van identiteitsverschil, omdat onduidelijk is met welke vennootschap werd gehandeld. De activa en de activiteiten zijn overgeheveld naar andere vennootschappen, waardoor Qmatters haar vordering niet meer voldaan zag.

De schade dient te worden vastgesteld door een vergelijking te maken tussen de werkelijke situatie ten gevolge van de overheveling van de activiteiten en de hypothetische situatie waarin dit niet zou zijn gebeurd. QMatters dient aan te tonen dat zij haar vordering had kunnen verhalen als overheveling van de activiteiten niet had plaatsgevonden.

Het hof oordeelt dat QMatters onvoldoende heeft gesteld dat zij daadwerkelijk in haar verhaalsmogelijkheden is geschaad door de verweten gedragingen. De vorderingen gebaseerd op externe bestuurdersaansprakelijkheid en op misbruik van identiteitsverschil stranden wegens het ontbreken van causaal verband tussen de verweten gedragingen en de gestelde schade.

Ten aanzien van het aangaan van de beëindigingsovereenkomst oordeelt het hof dat appellant niet wist of kon weten dat de vennootschap deze niet kon nakomen en dat de vennootschap daarvoor geen verhaal zou bieden (beklamel).

H. Beni Driss, oktober 2018

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 09-10-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:8838

Zaaknummer: 200.195.398/01

Rechters: I.F. Clement, I. Tubben en M. Wolters

Advocaten: A.W. Kouwets en R.J.M. Lenstra

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

A en B/Rabobank

Bank schendt zorgplicht niet door af te zien van medewerking aan doorstart.

Appellant 1 (natuurlijk persoon) is via appellant 2 (bv) enig aandeelhouder en bestuurder van een tegelhandel. De tegelhandel is op 13 februari 2013 failliet verklaard. Rabobank was sinds 1993 de 'huisbankier' van zowel de tegelhandel als appellante. Voor de diverse door Rabobank verstrekte geldleningen was ten behoeve van Rabobank zekerheid verstrekt door zowel de tegelhandel als appellanten. In 2012 heeft de bank ingestemd met het verzoek van appellanten en de tegelhandel om de aflossingsverplichtingen uit hoofde van de financieringen met een jaar uit te stellen. Eind 2012 is aan Rabobank verzocht medewerking te verlenen aan een doorstart van de tegelhandel in afgeslankte vorm. Daar is Rabobank niet toe bereid geweest en ook na datum faillissement heeft Rabobank een doorstart niet willen financieren. Rabobank heeft haar vordering van bijna € 600.000 bij de curator ingediend. Uiteindelijk is een bedrijfspand dat in handen was van een van de appellanten verkocht en met de opbrengst daarvan is de openstaande vordering van Rabobank op de tegelhandel geheel voldaan.

In de procedure vorderen appellanten een betaling van Rabobank van ruim € 200.000 vanwege het tekortschieten in haar zorgplicht jegens appellanten. In hoger beroep baseren appellanten zich in de eerste plaats op de omstandigheid dat de bank de kredietrelatie met appellant 2 ten onrechte heeft beëindigd, en in de tweede plaats op het feit dat de bank heeft geweigerd haar medewerking te verlenen aan een doorstart van de tegelhandel.

Rabobank heeft zich verweerd met een beroep op haar algemene voorwaarden waaruit blijkt dat als gevolg van het faillissement van de tegelhandel de vordering uit hoofde van de geldleningen onmiddellijk, zonder opzegging, ingebrekestelling of andere formaliteit, ook jegens appellant 2 als hoofdelijk medeschuldenaar opeisbaar is geworden. Het hof stelt vast dat de algemene voorwaarden van de bank van toepassing zijn aangezien dit uitdrukkelijk is omschreven in de geldleningsovereenkomsten. Ook wanneer de algemene voorwaarden vernietigbaar zouden zijn, is het oordeel van het hof dat Rabobank tot opeising van de uitstaande kredieten kon overgaan. De grondslag daarvoor is te vinden in artikel 6:40 BW en artikel 131 Fw voor wat betreft de tegelhandel. Ten aanzien van appellant 2 is de grondslag

artikel 6:80 BW. Tussen partijen staat immers als onweersproken vast dat appellant 2 niet zelfstandig aan de betalingsverplichtingen uit hoofde van de geldleningsovereenkomsten kon voldoen.

Ongeacht de vraag of de algemene voorwaarden van toepassing zijn of niet, was de bank bevoegd om de geldleningsovereenkomsten en de op basis daarvan uitstaande kredieten ook jegens de hoofdelijk medeschuldenaar vervroegd op te eisen. Dat neemt niet weg dat appellanten een beroep op een schending van een zorgplicht van de bank jegens appellant 2 kunnen doen, indien de vervroegde opeising naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als onaanvaardbaar moeten worden beschouwd (art. 6:248 BW).

Volgens het hof is de opeising en uitwinning door de bank van de kredieten en zekerheden ter voldoening van de uitstaande vorderingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet als onaanvaardbaar jegens appellant 2 te beschouwen. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat appellant 2 niet zelfstandig aan de betalingsverplichtingen jegens de bank kon voldoen, maar volledig afhankelijk was van de tegelhandel. Daarnaast was al twee jaar voorafgaand aan het faillissement sprake van financiële problemen. Ten slotte had het uitstel van betaling dat de bank in 2012 had verleend geen soelaas geboden. Uit het oordeel van het hof blijkt dat behoudens bijzondere omstandigheden een bank niet verplicht is om een financiering aan te gaan met een nieuw te starten onderneming. In casu hoefde de bank dan ook niet mee te werken aan een doorstart, ook omdat was nagelaten concreet te onderbouwen dat er na een doorstart direct aan de betalingsverplichtingen kon worden voldaan.

Ook ten aanzien van appellant 1 heeft de bank niet gehandeld in strijd met de op haar rustende zorgplicht, omdat appellant 1 geen partij was bij de overeenkomsten, en uiteindelijk ook niet is geraakt door de opeising en uitwinning van de bank, omdat de bank reeds volledig door appellant 2 is voldaan.

Tot slot betoogden appellanten dat het enkele feit dat de bank geen medewerking wilde verlenen aan een doorstart ook een schending van de op de bank rustende zorgplicht inhoudt. Het hof verwerpt dit betoog eveneens. Opnieuw oordeelt het hof dat op de bank in beginsel geen verplichting rust om een geldleningsovereenkomst met een nieuwe kredietrelatie aan te gaan. De aanwezigheid van een langdurige kredietrelatie met een gelieerde vennootschap is in elk geval onvoldoende om een verplichting tot het sluiten van een overeenkomst met een opvolgende c.q. nieuw op te richten vennootschap aan te nemen. Alle vorderingen van appellanten worden dan ook afgewezen.

F. van Tilburg

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 31-05-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:4225

Zaaknummer: 200.163.633

Rechters: I. Brand, L.M. Croes en M.G. van 't Westeinde

Advocaten: H.G.M. van Zutphen en D.J. Kramer

Wetsartikelen: 6:248 BW

RECHTSPRAAK

De bestuurder van de failliete bv heeft faillissementsfraude gepleegd en wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf van eenentwintig maanden. De faillissementsfraude bestaat uit het bedrieglijk verkorten van de rechten van schuldeisers van de bv (art. 343 Sr).

Vooropgesteld wordt dat de strafbepalingen inzake de benadeling van schuldeisers of rechthebbenden dienen ter handhaving van de normen uit het faillissementsrecht. Van 'wetenschap van benadeling' is sprake indien ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien. Deze maatstaf geldt ook indien die rechtshandeling wordt verricht in het kader van een poging om door een reorganisatie het faillissement af te wenden.

Het feit dat een faillissement is aangevraagd is een zeer ernstig te nemen signaal maar betekent op zichzelf genomen niet dat op dat moment het faillissement en het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien. Dat is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Een toegekend uitstel is op zichzelf genomen geen reden om te concluderen dat het faillissement nog niet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien was.

Vanaf 7 april 2009 waren het faillissement van de bv en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien. De bank wilde niet meer tot kredietuitbreiding overgaan. Bovendien liep de uitzichtloze belastingschuld verder op. Na deze datum zijn de kantoorinventaris en de inrichting van de garage overgedragen tegen boekwaarden aan concernvennootschap 5. De koopprijs is niet voldaan maar verrekend met een schuld van concernvennootschap 4, die geen partij was bij de koop terwijl de schuld van concernvennootschap 4 kort hiervoor is ontstaan. Daarnaast heeft de bestuurder de vordering die de failliet had op concernvennootschap 4 omgezet in een schuld aan concernvennootschap 4.

De bestuurder wist dat het faillissement niet kon worden voorkomen en heeft toch concernvennootschap 4 bevoordeeld. De benadeling bestaat uit 1,2 miljoen euro.

H. Beni Driss, oktober 2018

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-10-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:3640

Zaaknummer: 23-001187-15

Rechters: A.M. van Amsterdam, P. Greve en J. Piena

Wetsartikelen: 343 Sr

RECHTSPRAAK

Stichting Fairfield Compensation Foundation/Citco c.s.

Madoff-schandaal. Stichting Fairfield Compensation Foundation vordert schadevergoeding van Citco c.s. als bewaarder, bewaarbedrijf en administrateur voor het in strijd handelen met de zorgplicht en contractuele verplichtingen jegens de Stichting. Volgens de rechtbank behoorden Citco c.s. niet achterdochtig te zijn wat betreft de aangeleverde boeken door [naam 1], wegens een betrouwbare reputatie en voldoende lokale mogelijkheden tot vergoeding van schade in geval van insolventie. Het enkele feit dat de fraude heeft kunnen plaatsvinden is onvoldoende voor het aannemen van een tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen door Citco c.s. De tussen partijen gesloten overeenkomst concretiseert tevens niet de verplichtingen die Citco c.s. jegens de Stichting zou hebben als bewaarder, waardoor moet worden aangesloten bij de destijds in de markt gebruikelijke standaarden. Citco c.s. hebben hun taak uitgeoefend volgens die standaarden. De rechtbank wijst de vorderingen van de Stichting af en veroordeelt de Stichting in de proceskosten.

Eind 2008 kwam het Madoff-schandaal aan het licht, een grootschalig piramidespel in de financiële wereld. Madoff trok rechtstreeks geld aan van cliënten en via beleggingsfondsen. Deze fondsen trokken geld aan van derden en lieten dat volledig beheren door [naam 1]'s effectenhuis. De miljarden die hierdoor werden aangetrokken werden niet belegd, maar gebruikt om aan uittredende beleggers een *redemption* uit te keren, ter hoogte van hun inleg en de tot dan toe fictief verkregen opbrengsten. Fairfield fondsen Lambda, Sigma en Sentry waren hierbij betrokken. Citco c.s. verleenden diensten aan deze Fairfield fondsen, welke inmiddels in staat van faillissement zijn verklaard.

Stichting Fairfield Compensation Foundation (kortweg: de Stichting) vordert in dit geding een verklaring voor recht dat Citco c.s. onrechtmatig hebben gehandeld jegens de Stichting door hun taken als bewaarder, bewaarbedrijf en administrateur onzorgvuldig uit te voeren. Daarnaast vordert de Stichting een schadevergoeding ter hoogte van het bedrag van de door de investeerders geleden schade.

Volgens de rechtbank kan handelen in strijd met de Wft en daarop gebaseerde lagere regelgeving onder omstandigheden een onrechtmatige daad opleveren, mede omdat de Wft (onder andere) beleggers beoogt te beschermen.

Op grond van artikel 4:87 jo. 4:16 Wft moet CBN ervoor zorgen dat de vermogensbestanddelen van de Fairfield fondsen kunnen worden onderscheiden van vermogensbestanddelen die aan CBN zelf toebehoren en die aan [naam 1] toebehoren. Zo kunnen de rechten van de Fairfield fondsen op hun vermogensbestanddelen voldoende worden gewaarborgd. In dit geschil gaat het om de vraag of CBN aan die verplichting heeft voldaan ten aanzien van de vermogensbestanddelen van [naam 1]. Ook indien CBN gehouden was tot vermogensscheiding of een waarborging van aanspraken van de Fairfield fondsen anderszins, heeft het schenden van die verplichting niet tot enige schade aan de zijde van de Fairfield fondsen geleid. De effecten zijn binnen het piramidespel nooit aangekocht, waardoor er geen vermogensrechtelijke aanspraak was. De vraag is of Citco c.s. dit piramidespel had moeten vermoeden en daarom niet met [naam 1] als subcustodian in zee had mogen gaan, dan wel die relatie eerder had moeten beëindigen. Dat is niet het geval, noch op basis van twee artikelen van gespecialiseerde nieuwsmedia over de strategie en opvallend stabiele opbrengsten van de beleggingen van [naam 1], noch op basis van aanwijzingen in het rapport van de SEC (daterend na ontdekking van de fraude). Deze aanwijzingen hebben de SEC er bovendien destijds nooit toe aangezet om nader onderzoek te doen naar [naam 1]. Daaruit kan worden geoordeeld dat CBN achterdochtig had moeten zijn ten aanzien van [naam 1]. Daarnaast voldeed [naam 1] aan de selectiecriteria van de AFM. Dit gaf aan dat [naam 1] een betrouwbare reputatie had en er voldoende lokale mogelijkheden waren tot compensatie van mogelijke financiële schade bij insolventie. CBN heeft dit tevens gecontroleerd, en heeft de gebruikelijke monitoringsmechanismen toegepast bij de periodieke beoordeling van de werkzaamheden van [naam 1]. CBN heeft daarom niet in strijd gehandeld met de wettelijke verplichtingen in het kader van het selecteren en monitoren van de *subcustodian*.

Wat betreft de zorgplicht van Citco c.s. jegens de Stichting overweegt de rechtbank het volgende. De zorgplicht ten opzichte van investeerders als derden wordt ingevuld door de tussen partijen overeengekomen te verlenen diensten. In die overeenkomsten staat – kort gezegd – dat CBN respectievelijk CGC verplicht is tot het zorgvuldig bewaren, veiligstellen en administreren van de activa van de Fairfield fondsen en dat de selectie en monitoring van

(onder meer) *subcustodians* zorgvuldig zou geschieden. Voorwaarde voor aansprakelijkheid voor schending van deze zorgplicht is volgens de jurisprudentie dat ten minste nodig is dat bij Citco c.s. op basis van de destijds bestaande en redelijkerwijs kenbare feiten een vermoeden had moeten ontstaan dat er iets niet in de haak was bij [naam 1] en dat zij daar vervolgens geen actie op heeft ondernomen. De stelling dat Citco c.s. beter onderzoek had moeten doen, waardoor zij de fraude op het spoor zouden zijn gekomen is onvoldoende om te kunnen concluderen tot een schending van de zorgplicht.

Voorts beroept de Stichting zich op tekortkoming in de nakoming door Citco c.s., van de verplichtingen uit de overeenkomsten, en dat Citco c.s. gelet op de samenhang tussen de onderscheidenlijke rechtsverhoudingen onrechtmatig hebben gehandeld jegens de Stichting. Het enkele feit dat de fraude heeft kunnen plaatsvinden is niet voldoende om te concluderen tot een tekortkoming van Citco c.s. Hiervoor is nodig dat vast komt te staan dat Citco c.s. niet hebben gedaan wat van hen in de uitvoering van de overeengekomen taken redelijkerwijs mocht worden verwacht. Citco c.s. hebben niet weersproken dat CBN en CGC op basis van de verschillende overeenkomsten verplicht waren tot zorgvuldige administratie, selectie in monitoring van respectievelijk de activa van de Fairfield fondsen en de *subcustodians*. De overeenkomsten geven echter geen concrete invulling aan de genoemde taken van Citco c.s. Oftewel, er is geen standaard waarbij aan deze verplichtingen zou zijn voldaan. Daarover zijn ook geen verdere afspraken gemaakt tussen partijen. Bij gebreke hiervan moet worden aangesloten bij wat destijds in de markt gebruikelijk was. Waarom CBN en CGC gehouden waren tot verdergaand onderzoek dan de selectie en monitoring die is gedaan is niet gemotiveerd, anders dan de niet voldoende bevonden redenen voor achterdocht jegens [naam 1]. Een gebrek aan schriftelijke afspraken kan onder omstandigheden niet overeenstemmen met de redelijke vervulling van de op de *custodian* rustende taken. De Stichting heeft echter niet aannemelijk gemaakt dat zij hierdoor schade heeft ondervonden.

Betreffende CFS als administrateur is tevens vast komen te staan dat de uitvoering door CFS in overeenstemming was met hetgeen destijds in de markt gebruikelijk was. Tot een meer verplichte omvattende controle wegens het wantrouwen dat CFS ten opzichte van [naam 1] had moeten hebben, door de Stichting gesteld, was CFS niet gehouden. Daarbij komt nog het oordeel van de Accountantskamer inzake de Fairfield fondsen, waarin is geoordeeld dat de betrokken accountant op de door [naam 1] aangeleverde gegevens mocht vertrouwen. De Stichting heeft onvoldoende gesteld dat de administrateur op basis van dezelfde boekhoudkundige regels niet op deze gegevens had mogen vertrouwen. Daarbij speelt nog mee dat de administrateur in beginsel geen bevoegdheid heeft om deze gegevens bij partijen op te vragen, anders dan de accountant. Dat achteraf kan worden geconcludeerd dat op basis van de gegevens de fraude had kunnen worden ontdekt is tevens onvoldoende, zoals eerder

vermeld.

De rechtbank wijst de vorderingen van de Stichting af en veroordeelt de Stichting in de proceskosten.

S.R. Verhoeven

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 22-03-2017

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:10601

Zaaknummer: C/13/476532 / HA ZA 10-3800

Rechters: M.E.M. James-Pater, B.M. Visser en N.C.H. Blankevoort

Advocaten: K. Rutten en M. Deckers

Wetsartikelen: 4:87 Wft en 4:16 Wft

RECHTSPRAAK

Appellant/Rabobank

Niet is komen vast te staan dat appellant ten tijde van de vestiging van zijn hypotheekrecht op de hoogte was van de bestaande maar niet ingeschreven hypotheekrechten van Rabobank, zodat hij op grond van artikel 3:24 BW wordt beschermd. Als gevolg daarvan komt het depot niet in zijn geheel toe aan Rabobank, doch eerst aan appellant.

Bij arrest van 14 november 2017 is Rabobank toegelaten aanvullend getuigenbewijs bij te brengen van haar stelling dat appellant ten tijde van de inschrijving van zijn hypotheekrecht in de openbare registers op 29 juli 2011 bekend was met de hypotheekrechten van Rabobank.

Het hof is van oordeel dat Rabobank ook na aanvullende bewijslevering niet is geslaagd in deze bewijsopdracht. Nu niet is komen vast te staan dat appellant ten tijde van de vestiging van zijn hypotheekrecht op de hoogte was van de bestaande maar niet ingeschreven hypotheekrechten van Rabobank, wordt appellant op grond van artikel 3:24 BW beschermd. Dit betekent dat appellant in rangorde voorgaat boven Rabobank bij de verdeling van de opbrengst van de onroerende zaak zoals die in overleg tussen partijen is gestort op de depotrekening bij de notaris. Als gevolg daarvan komt het depot niet in zijn geheel toe aan Rabobank, doch eerst aan appellant.

Aangezien het depot eerst aan appellant toekomt, is de weigering van appellant het volledige depot vrij te geven aan Rabobank terecht geweest en heeft hij niet onrechtmatig jegens Rabobank gehandeld. Daarmee ontvalt de grondslag aan de door Rabobank gevorderde wettelijke rente en faalt de daarop gestoelde vordering in het incidenteel appèl.

G. Bongers

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 16-10-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:9075

Zaaknummer: 200.160.360/01

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

Advocaten: F.R. Otma en W. Wollema

Wetsartikelen: 3:24 BW