

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 23, 2018

Nummer 23, 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:PHR:2018:1138](#) 05-10-2018

Curatoren Eurocommerce/Rabobank

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:9844](#) 13-11-2018

X/Bergh Stoop & Sanders N.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:4602](#) 06-11-2018

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2018:2547](#) 26-09-2018

X/Ontvanger

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:3501](#) 25-09-2018

X/Van Veen-Oudenaarden q.q.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:3746](#) 11-09-2018

X c.s. en Y c.s./Saes q.q.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2018:2054](#) 28-08-2018

Instracon Finance Centre/Geïntimeerde

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:3586](#) 21-08-2018

X, Y en Z/geïntimeerde c.s.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:7183](#) 09-08-2018

Failliet/SITA

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:6549](#) 17-07-2018

Appellant/Bedrijf c.s.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:1021](#) 27-03-2018

X/Pandelitschka q.q. II

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:1020](#) 27-03-2018

X/Pandelitschka q.q.

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2018:11735](#) 02-10-2018

Verzoeker/Kwekerij

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:7829](#) 26-09-2018

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2018:9137](#) 26-09-2018

FNV c.s./X B.V.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:8103](#) 20-09-2018

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:7540](#) 06-09-2018

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:7326](#) 21-08-2018

X/Ontvanger

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:5047](#) 11-06-2018

Investeringsmaatschappij Oi-Groep/Schuldeisers

RECHTSPRAAK

X/Bergh Stoop & Sanders N.V.

Middellijk bestuurder wordt ex artikel 6:162 BW aangesproken voor onbetaald gebleven facturen advocatenkantoor.

Een advocatenkantoor spreekt een (middellijk) bestuurder aan van twee voormalige cliënten (een stichting en een bv) die vorderingen van het kantoor grotendeels onbetaald hebben gelaten en beide vervolgens (op eigen aangifte) zijn gefailleerd. Het kantoor stelt dat de bestuurder door het tussentijds doen van betalingstoezeggingen en het treffen van betalingsregelingen, hem op het verkeerde been heeft gezet en (steeds) het vertrouwen wekte dat er zou worden betaald. De bestuurder zou tevens zonder noodzaak daartoe de eigen aangiftes tot faillietverklaring voor de vennootschappen hebben verricht.

De rechtbank oordeelt in eerste aanleg dat de bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld in een specifieke periode door vanaf een bepaald moment verplichtingen aan te gaan namens de twee rechtspersonen terwijl hij wist of redelijkerwijs kon weten dat die verplichtingen door beide niet konden worden nagekomen en er geen verhaal mogelijk zou zijn. De rechtbank wijst een deel van de gevorderde schade toe.

In het hoger beroep overweegt het hof, onder verwijzing naar het arrest HR RCI Financial Services/K, dat het uitgangspunt bij de beoordeling is dat in beginsel alleen een vennootschap zelf aansprakelijk is voor (de gevolgen van) niet-nakoming van haar verbintenissen. Alsook dat voor de aansprakelijkheid van bestuurders een hoge drempel geldt, in die zin dat zij slechts dan aansprakelijk zijn wanneer hun ter zake van het niet nakomen van de verbintenis en het onverhaalbaar zijn van de daaruit voortvloeiende schade persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Onder verwijzing naar het arrest HR Ontvanger/Roelofsen overweegt het hof dat in geval van benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering naast de aansprakelijkheid van de vennootschap ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond kan zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (1) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (2) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt.

In tegenstelling tot de rechtbank volgt het hof het advocatenkantoor niet in zijn standpunt dat de bestuurder het kantoor op het verkeerde been heeft gezet. Het kantoor bleef, aldus het hof, doorwerken terwijl er al geruime tijd behoorlijke bedragen openstonden. Daarnaast blijken uit de correspondentie tussen partijen geen harde betalingstoezeggingen, maar wel de voortdurende moeite die de rechtspersonen hadden om aan hun verplichtingen te voldoen. Het hof oordeelt dat het bestuur niet (ten onrechte) het vertrouwen heeft gewekt dat er zou worden betaald. Het advocatenkantoor heeft zelf het risico genomen dat zijn werkzaamheden onbetaald zouden blijven. Tevens kan niet worden gesteld dat de faillissementen onnodig zijn aangevraagd. Aan de voorwaarden voor het uitspreken van het faillissement is voldaan, er is geen verzet ingesteld tegen de faillietverklaring en het bestaan van een debiteurenportefeuille betekent niet dat die bedragen ook daadwerkelijk geïnd konden worden en beschikbaar waren. Misbruik van faillissementsrecht is tot slot onvoldoende onderbouwd. Het hof komt dan ook tot de conclusie dat de bestuurder zich niet zodanig onzorgvuldig heeft gedragen dat er een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

H. Ceelen

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 13-11-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:9844

Zaaknummer: 200.195.040/01

Rechters: I. Tubben, M. Willemse en J. Smit

Advocaten: A.G.P. van der Baan en A. van Hees

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Een stichting huurt een gebouw van vennootschap 1. De verweerder, een vereniging en tevens eigenaar van de grond, neemt de huurovereenkomsten over; kort daarop faillieert vennootschap 1. De Stichting betaalt latere huurpenningen aan de verweerder. De curator deelt later mede dat noch de eigendom van het gehuurde, noch de huurovereenkomst is overgegaan op de verweerder en vordert betaling van de huurpenningen. De verweerder pretendeert eigenaar van het gehuurde te zijn door natrekking via de grond en maakt uit hoofde daarvan, aldus de verweerder, aanspraak op de betalingen door de Stichting. Toepassing norm in HR 23 februari 2018 (ECLI:NL:HR:2018:284). Het hof overweegt dat uit de eventuele natrekking niet automatisch volgt dat de verweerder verhuurder is, bij gebreke van overlevering van de koopovereenkomst van het gebouw door verweerder. Daarnaast is er geen sprake van een dreigende feitelijke stoornis van het gebruik door de Stichting, aangezien de verweerder vanaf de bouw van het gebouw betrokken was bij de opdracht tot bouw en de verhuur. Het hof gebiedt de verweerder de koopovereenkomst in het geding te brengen en houdt iedere verdere beslissing aan.

Appellante (hierna: de Stichting) heeft als huurster een huurovereenkomst gesloten met vennootschap 1 als verhuurder. Verweerder, een vereniging die tevens eigenaar is van de grond onder het gehuurde, heeft deze huurovereenkomst per 1 januari 2013 overgenomen. Vennootschap 1 is in november 2014 failliet verklaard. Na deze faillietverklaring heeft verweerder aan de Stichting medegedeeld dat toekomstige betalingen enkel bevrijdend kunnen worden betaald aan verweerder. De curator van vennootschap 1 heeft in 2017 echter aan de Stichting medegedeeld dat noch de eigendom van het gehuurde, noch de huurovereenkomsten zijn overgegaan op de verweerder; dat betekent dat de Stichting niet

bevrijdend kon betalen aan de verweerder. De kantonrechter heeft de vorderingen van de verweerder in eerste aanleg, inhoudende de betaling van de huurpenningen door de Stichting, toegewezen. De kantonrechter heeft vorderingen uit onverschuldigde betaling in reconventie van de Stichting afgewezen. Er is een separate procedure aanhangig over de vraag of het gehuurde door natrekking eigendom is van de vereniging.

Het hof overweegt als volgt wat betreft de opschorting van de betalingsverplichting ex artikel 6:37 BW door de Stichting, wegens onduidelijkheid over de natrekking van het gehuurde. Dat de natrekking onduidelijk is, leidt niet automatisch tot het gevolg dat de Stichting tot opschorting van de huurbetaling gerechtigd is. In HR 23 februari 2018 (ECLI:NL:HR:2018:284) heeft de Hoge Raad herhaald dat voor de geldigheid van de huurovereenkomst niet vereist is dat de verhuurder de eigenaar van het gehuurde is of uit anderen hoofde in staat is aan de huurster het gebruik van het gehuurde te doen hebben. Van belang hierbij is dat het gehuurde blijkbaar in dit geval door vennootschap 1 aan de Stichting is opgeleverd en aan de Stichting in gebruik is gegeven door overhandiging van de sleutels. Van een tekortkoming in de nakoming van de huurovereenkomst is volgens de Hoge Raad sprake indien een derde tegenover de huurster een beter recht pretendeert te hebben en het bovendien als gevolg daarvan tot een feitelijke stoornis van het gebruik komt. Het hof begrijpt hieruit dat de huurster betalingsverplichtingen kan opschorten met het oog op een dreigende tekortkoming, dus wanneer de situatie dreigt te ontstaan dat de feitelijke stoornis van het gebruik zich zal gaan voordoen. In dit verband ziet het hof niet hoe natrekking van het gehuurde, waardoor de verweerder de eigendom verkrijgt, de verweerder tot verhuurder maakt. Dit is een onjuiste gevolgtrekking, waarbij in dit geval van belang is dat de verweerder vanaf de bouw van het gehuurde betrokken was bij zowel de opdracht tot bouw als de huurovereenkomst. Wanneer uitgegaan moet worden van natrekking, zou de verweerder feitelijk een kostbaar gebouw hebben gekregen zonder dat zij daar zelf enige investering in heeft moeten doen. Waarom verweerder dan ook nog de huuropbrengst zou mogen ontvangen is het hof niet duidelijk, eens te meer omdat verweerder actief betrokken was bij de inbreuk op het door hem gepretendeerde eigendomsrecht. Dat er dan sprake zou zijn van een dreigende feitelijke stoornis van het gebruik door de huurster is daarom niet goed in te zien.

Het hof stelt partijen in de gelegenheid zich over het voorgaande uit te laten en gebiedt de verweerder de koopovereenkomst in het geding te brengen. Het hof houdt iedere verdere beslissing aan.

S.R. Verhoeven

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-11-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:4602

Zaaknummer: 200.198.926_01

Rechters: J.P. de Haan, P.S. Kamminga en M. van Ham

Advocaten: L.H.A.M. Andriessen en C.M.G.M. van Eijndhoven

Wetsartikelen: 6:37 BW en 7:226 BW

RECHTSPRAAK

X/Pandelitschka q.q. II

Appellant is als bestuurder aansprakelijk voor het boedeltekort wegens schending van de boekhoudplicht. De curator heeft zijn recht op het vorderen van aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW niet verwerkt door mee te werken aan een verkoop van de onderneming aan de appellant. Appellant kan zich niet disculperen door te wijzen op de onderkapitalisatie van de failliete vennootschap door zijn medebestuurder. Het door appellant gevoerde financieel beleid heeft immers in niet onbelangrijke mate bijgedragen aan het faillissement, waaronder ook valt het omleiden van gelden via een andere vennootschap zonder medeweten van zijn medebestuurder. Het hof ziet geen grond voor matiging, bekrachtigt het bestreden vonnis en veroordeelt appellant in de kosten van het beroep.

Persoon 1 dreef een schoonmaakbedrijf in een eenmanszaak, die eind 2009 is ingebracht in X holding BV en werkmaatschappij X BV. Appellant, een voormalig werknemer van persoon 1, brengt ook zijn schoonmaakbedrijf in bij X BV via X beheer BV. Appellant en persoon 1 zijn beiden statutair bestuurder van X holding BV respectievelijk X beheer BV, en daarmee indirect bestuurder van X BV. X BV is medio 2011 failliet verklaard. De curator vordert van persoon 1 en appellant betaling van het boedeltekort, alsmede een voorschot van € 1 miljoen op het bedrag waarvoor persoon 1 en appellant als indirect bestuurder van X BV hoofdelijk aansprakelijk zullen zijn wegens schending van de boekhoudplicht.

Appellant meent dat hij van meet af aan volledige medewerking verleende aan de bewindvoerder/curator en dat hij inzage heeft verstrekt in alle onderdelen van de administratie. Dit heeft de curator er niet van weerhouden met appellant in overleg te treden over verkoop van de onderneming van X BV. De onderneming is eind 2012 ook verkocht aan appellant vanuit een faillissement. Er was volgens appellant een gerechtvaardigd vertrouwen dat de curator hem niet zou aanspreken op schending van de boekhoudplicht.

Het hof overweegt dat dit onvoldoende is om het recht van de curator als verwerkt te zien. Het moet appellant immers duidelijk zijn geweest dat de administratie van X BV mede als gevolg van zijn rol en betrokkenheid bij X BV en de omleiding van gelden via zijn eigen BV voor de curator moeilijk te doorgronden was. Daarnaast zou nog het nodige onderzoek moeten worden gedaan naar de mogelijk onbehoorlijke taakvervulling door de bestuurders van X BV. Verder was de overdracht van de onderneming noodzakelijk spoedig bewerkstelligd in verband met onder andere het behoud van werkgelegenheid. De grief van appellant faalt.

Appellant voert daarnaast aan dat het faillissement is veroorzaakt wegens onderkapitalisatie van X BV door toedoen van persoon 1, en daarvoor geen oplossing kon worden gerealiseerd. Daarbij ziet appellant echter over het hoofd dat de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 lid 1 BW een collectieve aansprakelijkheid voor het bestuur is.

Appellant komt ook geen beroep op de in artikel 2:248 lid 3 BW opgenomen disculpatiegrond toe. Appellant stelt dat het faillissement is veroorzaakt door zijn medebestuurder, persoon 1, en dat hijzelf al het redelijkerwijs mogelijke heeft gedaan om die uitkomst te voorkomen. Het hof overweegt dat de curator terecht wijst op het feit dat appellant meer betrokken is geweest bij X BV dan persoon 1, en dat persoon 1 gaandeweg buitenspel is gezet en niet meer werd geïnformeerd. Daarbij komt dat het mede door appellant gevoerde financieel beleid van de onderneming niet in onbelangrijke mate aan het faillissement van X BV heeft bijgedragen. Dit komt door de onderkapitalisatie van X BV die reeds bij aanvang van de onderneming aanwezig was, maar ook door de op de hand van de appellant bewerkstelligde omleiding van gelden via een andere vennootschap.

Het hof ziet geen reden voor matiging op de voet van artikel 2:248 lid 4 BW. Het bekrachtigt het bestreden vonnis en veroordeelt appellant in de kosten van het hoger beroep, uitvoerbaar bij voorraad.

S.R. Verhoeven

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-03-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1021

Zaaknummer: 200.201.871/01

Rechters: E.E. van Tuyll Serooskerken-Roëll, A.S. Arnold en D. Knottenbelt

Advocaten: M.R.P. Hoppenbrouwers en C.M. de Breet

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

X/Pandelitschka q.q.

Appellant is als bestuurder aansprakelijk voor het boedeltekort wegens schending van de boekhoudplicht. Appellant kan zich niet disculperen doordat hij ten tijde van ongeoorloofde onttrekkingen van de omzet door zijn medebestuurder een ander persoon gemachtigd had als bestuurder op te treden wegens zijn eigen gebrekkige gezondheidstoestand. Appellant had eerder onderzoek en maatregelen ondernomen om niet alleen zijn medebestuurder te controleren, maar ook de gemachtigde persoon die actief aan de onttrekkingen meewerkte. Het hof wijst de vordering van appellant af en veroordeelt appellant in de proceskosten.

Appellant dreef een schoonmaakbedrijf in een eenmanszaak, die eind 2009 is ingebracht in X holding BV en werkmaatschappij X BV. Persoon 1, een voormalig werknemer van appellant, brengt ook zijn schoonmaakbedrijf in bij X BV via X beheer BV. Appellant en persoon 1 zijn beiden statutair bestuurder van X holding BV respectievelijk X beheer BV. Bij afwezigheid van appellant wegens een gebrekkige gezondheidstoestand, waarop appellant persoon 2 gemachtigd heeft om namens hem op te treden als bestuurder, onttrekken persoon 1 en 2 omzet van X BV, waarna X BV faillieert. De curator vordert betaling van het boedeltekort, alsmede een voorschot van € 1 miljoen op het bedrag waarvoor persoon 1 en appellant als indirect bestuurder van X BV hoofdelijk aansprakelijk zullen zijn.

Het hof overweegt dat appellant geen grief heeft gericht tegen de overweging van de rechtbank dat het omleiden van gelden van X BV via een andere vennootschap een schending van de boekhoudplicht oplevert, nu deze omzetincassering eraan heeft bijgedragen dat de vermogenspositie van X BV niet uit de gevoerde administratie kon worden opgemaakt. Ook los hiervan kan de onttrekking van de omzet door toedoen van persoon 1 niet dienen tot weerlegging van het bewijsvermoeden in artikel 2:248 lid 2 BW. Ook dan is immers sprake van onbehoorlijk bestuur waarvoor collectieve aansprakelijkheid geldt. Dit vermoeden kan worden ontzenuwd door aanwijzing van een andere belangrijke oorzaak van het faillissement.

Dit is echter onvoldoende gesteld. Uit het vonnis van de rechtbank blijkt niet dat appellant als medebestuurder effectief toezicht heeft gehouden op het handelen van persoon 1 en tijdig maatregelen heeft getroffen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Van de bestuurder wordt een actieve rol verwacht; daar is in dit geval niet van gebleken, terwijl de financiën van de vennootschap wel tot appellants takenpakket behoorden.

Appellant voert tevens aan dat hij zich in verband met zijn gezondheidstoestand niet met het besturen van X BV bezighield. Daarvoor had hij naar eigen zeggen persoon 2 tot bestuur van X BV gemachtigd. Na deze machtiging begon het omleiden van gelden. Dat appellant door persoon 1 en 2 niet of nauwelijks geïnformeerd werd over de financiën had voor hem op zijn minst aanleiding moeten zijn om deze personen ter verantwoording te roepen en de volmacht van persoon 2 in te trekken. Daar komt nog bij dat appellant een half jaar na verlening van de volmacht niet meer werd gevraagd medewerking te verlenen aan betalingsopdrachten bij de bank. Als verantwoordelijke voor de financiële gang van zaken mocht van hem worden verwacht dat hij de reden hiervan onderzocht en maatregelen nam om te achterhalen hoe de vennootschap dan aan haar betalingsverplichtingen voldeed. Dat appellant, ruim twee maanden na het op de hoogte geraken van de mogelijk alternatieve geldstromen, via zijn vrouw een poging heeft gedaan om door het binnendringen van het bedrijfspand inzage te verkrijgen in de administratie, en toen pas de volmacht met onmiddellijke ingang heeft ingetrokken, is onvoldoende voor disculpatie op grond van artikel 2:248 lid 3 BW. Dat persoon 1 en 2 hem tegenwerkten is wellicht grond voor een schadevergoeding van appellant op deze personen, maar kan aan de bestuurdersaansprakelijkheid niet afdoen.

Er is volgens het hof geen aanleiding voor een matiging ex artikel 2:248 lid 4 BW. Het hof gaat voorbij aan het beroep van appellant op zijn gebrekkige gezondheidssituatie tijdens zijn functioneren als bestuurder. Tijdens deze slechte gezondheidstoestand heeft appellant namelijk ervoor gekozen indirect bestuurder te worden en na het faillissement van X BV was hij tevens gegadigde om een doorstart met activa van de failliete vennootschap te realiseren.

Het hof wijst de vordering van appellant af en veroordeelt appellant in de kosten van het geding.

S.R. Verhoeven

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-03-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1020

Zaaknummer: 200.201.469/01

Rechters: E.E. van Tuyll Serooskerken-Roëll, A.S. Arnold en D. Knottenbelt

Advocaten: G.T.J. Hoff en C.M. de Breet

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Curatoren Eurocommerce/Rabobank

De bank heeft een openbaar pandrecht op de banksaldi van alle Eurocommerce entiteiten. De A-G concludeert naar aanleiding van de in deze zaak gestelde prejudiciële vraag dat dat pandrecht, nu zich niet de uitzondering van HR CLBN/Mulder q.q. voordoet, de bank niet helpt om buiten het bereik van artikel 54 Fw te blijven. De Hoge Raad heeft dit oordeel gevolgd (ECLI:NL:HR:2018:2189).

De aan deze zaak voorafgaande feiten komen er (zeer) kort gezegd op neer dat de tot de Eurocommerce groep behorende vennootschappen op 29 september 2011 aan Rabobank, bij wijzigingsovereenkomst, tot meerdere zekerheid een openbaar pandrecht hebben verschaft op de (positieve saldi op) bankrekeningen die die vennootschappen bij Rabobank aanhielden. Dit voor al hetgeen Rabobank te vorderen heeft van de Eurocommerce groep. Aanleiding was het niet langer voldoen van de Holding aan de door Rabobank gestelde solvabiliteitseisen. Bij dezelfde gelegenheid heeft Rabobank een hoofdelijkheid van alle Eurocommerce vennootschappen bedongen voor de resterende groepsschuld.

Na voorafgaande surseanceverlening op 21 mei 2012 is de Eurocommerce groep op 12 juli 2012 failliet verklaard met benoeming van eisers tot curatoren. Zij beroepen zich op de onbevoegdheid van Rabobank om zich wegens het ontbreken van goede trouw vanaf 5 maart 2012 nog langer op verrekening van de bij haar aangehouden en aan haar openbaar verpande banksaldi te beroepen (art. 54 Fw).

Dat standpunt is in de onderhavige procedure aanleiding geweest voor de prejudiciële vraag: 'Is een bank gerechtigd zich krachtens een rechtsgeldig gevestigd en onaantastbaar openbaar pandrecht te verhalen op vorderingen van een klant op de bank die het gevolg zijn van betalingen door derden van niet aan de bank verpande vorderingen die door de bank ten gunste van die klant in ontvangst zijn genomen en vervolgens in de rekening-courant met deze klant (de bankrekening) worden geboekt, indien de betaalde bedragen na het peilmoment in de zin van art. 54 Fw door de bank zijn ontvangen?'

Advocaat-generaal Vlas stelt in deze conclusie voorop dat de strekking van artikel 54 Fw is misbruik van de verruimde verrekeningsbevoegdheid van artikel 53 Fw uit te sluiten in de context van het girale betalingsverkeer. Het is daarbij zijns inziens van belang dat de daarop gebaseerde rechtspraak telkens principieel door de Hoge Raad wordt gemotiveerd door te overwegen dat het met de Faillissementswet niet valt te verenigen dat die context aan banken een uitzonderingspositie verschaft in die voege dat zij zich door middel van verrekening afzonderlijk zouden kunnen verhalen op hetgeen zij aan de schuldenaar schuldig zijn geworden in het zicht van diens faillissement of surseance van betaling.

Het is daarbij volgens de A-G evenzeer van belang dat uit die rechtspraak volgt dat een zekerheidsrecht de schuldeiser niet helpt om buiten het bereik van artikel 54 lid 1 Fw te blijven. Daarbij is wel denkbaar dat de bank zich in het zicht van faillissement toch op verrekening, en dus op een extensieve uitleg van artikel 54 Fw kan beroepen, te weten in het geval dat het gaat om betalingen in rekening-courant op door de rekeninghouder stil aan de bank verpande vorderingen. Zie HR Mulder/CLBN. Die situatie doet zich hier echter niet voor.

Een verdere rondgang langs rechtspraak en literatuur brengt de A-G tot de vaststelling dat een eenduidig antwoord op de gestelde prejudiciële vraag niet aan de huidige stand van het recht kan worden ontleend. Die beantwoording moet dus worden gegrond op rechtspolitieke overwegingen, aldus de A-G. En hoewel het iedere schuldeiser vrij staat het onderhavige openbaar pandrecht te doen vestigen, moet zijns inziens worden voorkomen dat die mogelijkheid, gelet op de bijzondere positie van banken in het girale betalingsverkeer, er andermaal toe leidt dat zij zich op die enkele grond een niet te rechtvaardigen uitzonderingspositie verschaffen.

De A-G- komt in dat licht dan ook tot een ontkennende beantwoording van de prejudiciële vraag. Hij acht de extensieve uitleg van artikel 54 Fw voor banken in het betalingsverkeer ook aangewezen in verband met de eisen van redelijkheid en billijkheid die de verhouding tussen de medeschuldeisers in geval van een dreigende insolventie mede beheerst. Dit staat dan in de weg aan het laten gelden van voorrang door verrekening op basis van vorderingen van de schuldenaar op haar die zijn ontstaan door betalingen door derden daterend van ná het peilmoment. De Hoge Raad heeft dit oordeel gevolgd (ECLI:NL:HR:2018:2189).

M. Verdonk

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 05-10-2018

ECLI: ECLI:NL:PHR:2018:1138

Zaaknummer: 18/01846

Rechters: W.L. Valk

Wetsartikelen: 54 Fw en 3:236 lid 2 jo. 3:94 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Verzoeker/Kwekerij

Afwijzing van de aanvraag tot faillietverklaring. Gelet op het inhoudelijke verweer van de verweerder kan niet uit een kort en eenvoudig onderzoek volgen dat de aanvrager een opeisbare vordering op verweerder heeft. Die vraag dient in een bodemprocedure te worden beantwoord.

Verzoeker tot het faillissement van Kwekerij heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat tussen partijen een bepaalde verdeelsleutel bestaat ten aanzien van de nettoverkoopopbrengst die Kwekerij zal realiseren uit hoofde van de tussen hen bestaande pachtovereenkomst. Verzoeker stelt dat Kwekerij zowel deze vordering als ook andere vorderingen onbetaald laat. De door Verzoeker ingeroepen afspraak is naar hij stelt mondeling gemaakt, welke overeenstemming blijkt uit e-mailcorrespondentie die namens Verzoeker met de middelijk bestuurder van Kwekerij is gevoerd.

Die stelling wordt door Kwekerij betwist. Volgens haar is geen sprake van overeenstemming over een verdeelsleutel. Daarnaast voert Kwekerij aan dat voor zover die afspraak toch bindend is, deze is behept met een wilsgebrek. Beoordeling van deze kwestie behoort daarmee thuis in een bodemzaak.

De rechtbank stelt voorop dat bij een verzoek tot faillietverklaring van een schuldeiser, onder meer summierlijk van diens vorderingsrecht moet blijken (art. 6 lid 3, slotzin Fw). ‘Summierlijk blijken’ betekent dat de vordering na een kort en eenvoudig onderzoek moet blijken. Voor een uitgebreid onderzoek is in een faillissementsprocedure geen plaats.

Naar het oordeel van de rechtbank is aan de eis van summierlijk blijken niet voldaan, omdat partijen van mening verschillen over de interpretatie van gevoerde e-mailcorrespondentie. Nog daargelaten de omstandigheid dat deze correspondentie niet is gevoerd tussen partijen zelf maar tussen de middelijk bestuurder van Kwekerij enerzijds en de financieel adviseur van Verzoeker en de echtgenote van Verzoeker anderzijds, volgt uit een eenvoudig en oppervlakkig onderzoek geenszins dat verzoeker een opeisbare vordering heeft. De teksten

zijn zeer kort en onduidelijk en niet is uit te sluiten dat deze voor meerdere interpretaties vatbaar zijn. De vraag of sprake is van een opeisbare vordering van Verzoeker dient dan ook te worden beantwoord in een bodemprocedure. Het verzoek wordt daarom afgewezen.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 02-10-2018

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2018:11735

Zaaknummer: C/09/559304 / FT RK 18/1515

Rechters: W.J. Don *****

Advocaten: R.R.M. van den Heuvel en M.W. Renzen

Wetsartikelen: 1 lid 1 Fw en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

X/Ontvanger

Een verlies uit een aansprakelijkstelling wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur kan niet bij wijze van schuld tot het vermogen uit een werkzaamheid (art. 3:92 Wet IB 2001) van de aanmerkelijkbelanghouder worden gerekend. Een dergelijke aansprakelijkstelling ligt buiten het rechtskader dat van toepassing is op een aanmerkelijkbelanghouder die zich borg of hoofdelijk aansprakelijk stelt voor een lening van de vennootschap waarin hij dat aanmerkelijke belang heeft.

Belanghebbende (appellant) heeft (indirecte) belangen in meerdere vennootschappen. In dat verband heeft hij zich voor de financiering van enkele van deze vennootschappen als DGA borg gesteld, waaronder vennootschap D. Uit dien hoofde is hij door diverse partijen (in rechte) aansprakelijk gesteld.

Tevens is appellant door de curator in het faillissement van de vennootschap A, waarvan belanghebbende vanaf 2009 de bestuurder was, persoonlijk aansprakelijk gesteld voor het tekort. De aansprakelijkstelling door de curator is erop gebaseerd dat appellant heeft meegewerkt aan een paulianeuze rechtshandeling waarbij activa uit het vermogen van A zijn geraakt (art. 2:248 lid 1 BW).

Appellant heeft in de aangifte IB/PVV 2011 verzocht om een bedrag van € 1.814.209,48 als negatief resultaat uit overige werkzaamheden in aanmerking te nemen. Dat verlies heeft hij gespecificeerd als verlies wegens aansprakelijkheid uit hoofde van borgstelling voor D en aansprakelijkstelling voor het boedeltekort in A.

De rechtbank heeft samengevat geoordeeld dat de ontvanger (geïntimeerde) aannemelijk heeft gemaakt dat appellant zich heeft borg gesteld in hoedanigheid van aandeelhouder, zodat het uit die borgstelling voortvloeiende verlies niet (wegens aanmerkelijk belang) ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden voor de inkomstenbelasting kan worden gebracht. Dat kan evenmin voor zover appellant zich als aandeelhouder en niet als bestuurder

hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor een geldverstrekking aan een vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang heeft.

Ook heeft de rechtbank geoordeeld dat appellant de aansprakelijkstelling door de curator van A niet als een negatief resultaat uit overige werkzaamheden in de aangifte IB/PVV in aanmerking kan nemen.

Die beslissingen worden door het hof gesanctioneerd. Naar het hof oordeelt, heeft de rechtbank terecht overwogen dat voor de beantwoording van de vraag of de borgstelling moet worden aangemerkt als een handelen van een aandeelhouder als zodanig, beslissend is of een (niet van de winst van de vennootschap afhankelijke) vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde borgstelling te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden (vgl. HR 17 oktober 2014, nr. 14/00955, ECLI:NL:HR:2014:2984, BNB 2015/13). Nu de rechtbank die niet van de winst afhankelijke vergoeding niet heeft kunnen vaststellen kan het verlies uit hoofde van de borgstelling dus niet ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden worden gebracht. Het betreft vaste rechtspraak. Daarbij speelt mee dat er sprake was van een negatief eigen vermogen ten tijde van de borgstelling. Een onafhankelijke derde had zich over de resultaatontwikkeling laten informeren. Ook weegt mee dat er geen reële zekerheidstelling was.

Het hier toegepaste rechtskader geldt ook wanneer een belanghebbende zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor een geldverstrekking aan de vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang heeft (zie HR 17 oktober 2014, nr. 14/00955, ECLI:NL:HR:2014:2984, BNB 2015/13). Naar het hof oordeelt heeft appellant als aandeelhouder zijn hoofdelijke aansprakelijk aanvaard voor een geldlening van D, zodat hieraan de consequentie moet worden verbonden dat een uit deze aansprakelijkstelling voortvloeiend verlies niet ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden kan worden gebracht. Hierbij is van belang dat belanghebbende er als aandeelhouder geen belang bij had en heeft dat D een geldlening aanging.

De aansprakelijkstelling van appellant in het faillissement van A ligt buiten het in de jurisprudentie ontwikkelde rechtskader dat van toepassing is op een aanmerkelijkbelanghouder die zich borg of hoofdelijk aansprakelijk stelt voor een lening van de vennootschap waarin hij dat aanmerkelijke belang heeft. Naar het oordeel van het hof is de aansprakelijkstelling door de curator een schuld die niet tot het vermogen uit een werkzaamheid kan worden gerekend. In artikel 3.92, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 is bepaald dat alleen schulden die rechtstreeks samenhangen met aan het vermogen van de werkzaamheid toegerekende bestanddelen van het vermogen van belanghebbende tot het

vermogen van de werkzaamheid mogen worden gerekend. Daarvan is hier geen sprake.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 26-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2018:2547

Zaaknummer: BK-18/00360

Rechters: G.J. van Leijenhorst, Th.P.M. Chr Zandhuis en W.M.G. Visser

Advocaten: T.J.M. Triepels en F.W.M. Meex

Wetsartikelen: 3:92 Wet IB 2001

RECHTSPRAAK

Vordering uit hoofde van artikel 2:248 jo. 2:10 BW toegewezen. Beroep op disculpatie en matiging slaagt niet. Vordering uit hoofde van de pauliana c.q. onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking afgewezen. De rechtbank oordeelt dat geen sprake is van een doorstart vóór datum faillissement. Er is geen sprake geweest van rechtshandelingen strekkende tot overdracht van (enig goed dat behoort tot) de onderneming. Beoordeling rechtsmacht en toepasselijk recht.

De curator vordert een veroordeling op basis van artikel 2:248 lid 1 BW. De curator stelt dat de administratieverplichting van artikel 2:10 BW is geschonden. Door de jaren heen zijn volgens de curator in de boekhouding voorraden vermeld die er in werkelijkheid niet zijn althans die te hoog zijn gewaardeerd. Ook is ten tijde van het faillissement geen actuele vermogensstand aangetroffen, maar een stand van ruim een half jaar voorafgaand aan het faillissement, aldus de curator. Het bestuur heeft niet betwist dat niet is voldaan aan de verplichtingen van artikel 2:10 BW. Het bestuur voert aan dat andere omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest en doet een beroep op disculpatie ex artikel 2:248 lid 3 BW en matiging ex artikel 2:248 lid 4 BW. De rechtbank oordeelt dat een andere oorzaak van het faillissement onvoldoende aannemelijk is gemaakt. Ten aanzien van het beroep op disculpatie overweegt de rechtbank dat in het geval van onbehoorlijk bestuur wegens schending van de administratieplicht het in beginsel mogelijk is dat een individuele bestuurder zich disculpeert op grond van artikel 2:248 lid 3 BW. Al zal niet gemakkelijk mogen worden aangenomen dat een bestuurder geen verwijt treft ten aanzien van de verwaarlozing van een zo fundamentele bestuursplicht, aldus de rechtbank. Het beroep op disculpatie faalt echter, evenals het beroep op matiging. De (indirect) bestuurders worden veroordeeld tot betaling van het volledige boedeltekort.

De curator stelt tevens dat er vóór datum faillissement een doorstart is gemaakt, althans activa zijn overgenomen zonder hier een marktconforme prijs voor te betalen. De vordering is primair gebaseerd op de pauliana c.q. onrechtmatige daad en subsidiair op

ongerechtvaardigde verrijking. De rechtbank oordeelt dat deze vorderingen niet kunnen slagen, omdat geen sprake is geweest van rechtshandelingen strekkende tot overdracht van (enig goed dat behoort tot) de onderneming. De nieuwe onderneming is zelf opgetuigd door overeenkomsten te sluiten met derden; er is geen sprake van het 'stelen' van omzet of productiemiddelen.

In het kader van laatstgenoemde vordering overweegt de rechtbank in de zaak tegen een van de gedaagden eerst over de rechtsmacht en het toepasselijk recht gezien de buitenlandse woonplaats van gedaagde en handelingen met in het buitenland gevestigde partijen waaraan de curator consequenties verbindt. De rechtbank oordeelt dat zij rechtsmacht heeft op grond van de bijzondere regel van artikel 26 lid 1 EEX-Vo omdat de bevoegdheid van de Nederlandse rechter niet ondubbelzinnig is betwist in het eerste verweerschrift. De rechtbank overweegt dat de vraag of de internationale bevoegdheid om kennis te nemen van de Peeters/Gatzen-vordering wordt beheerst door EEX-Vo of Ivo daarom in het midden kan blijven. De rechtbank oordeelt voorts dat Nederlands recht van toepassing is op alle ingestelde vorderingen.

J.C.L. Verheijden, november 2018

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 26-09-2018

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2018:7829

Zaaknummer: C/13/633078 / HA ZA 17-754

Rechters: B.M. Visser

Advocaten: J.W. Boddaert, F.A. van de Wakker en J.A.Th. van den Berg

RECHTSPRAAK

FNV c.s./X B.V.

Er is sprake van overgang van de onderneming na de gevolgde pre-packprocedure. De faillissementsprocedure was ingeleid met het oog op doorstart van de failliet en was niet (louter) gericht op liquidatie van het vermogen. De beschermingsregels van Richtlijn 2001/23/EG (art. 7:662 e.v. BW) behouden aldus voor de voormalige werknemers van de gefailleerde hun werking. Dat betekent dat zij van rechtswege bij de overnemer in dienst zijn gekomen, en wel over het tijdvak dat de onderneming is overgegaan en de opzegtermijn van artikel 40 Fw nog liep.

Eiseressen FNV c.s. vorderen in deze procedure voor recht te verklaren dat met gebruikmaking van een pre-pack (ondanks het faillissement) sprake is van overgang van onderneming, zodat de voormalige werknemers van PGV op basis van een richtlijnconforme interpretatie van artikel 7:662 e.v. BW van rechtswege een arbeidsovereenkomst met gedaagde hebben verkregen.

De kantonrechter stelt voorop dat zij gehouden is in het onderhavige geval te toetsen aan artikel 7:666, aanhef en onder a, BW en daarbij rekening dient te houden met Richtlijn 2001/23/EG, mede zoals door het Hof van Justitie in *Small Steps* (ECLI:EU:C:2017:489) is bepaald. Daaruit volgt kort gezegd dat op basis van de in artikel 5 lid 1 van de richtlijn gestelde voorwaarden moet worden gekeken naar het in de uitzonderingsratio van artikel 7:666 lid 1 onder a BW besloten liggende doel van het faillissement (in een pre-pack).

Ten aanzien van de vraag of de procedure was ingezet met het oog op liquidatie van het vermogen, dient als uitgangspunt dat PGV was opgehouden te betalen. Dat enkele feit maakt naar de kantonrechter overweegt nog niet dat het faillissement tot doel had het vermogen te liquideren. Integendeel, het faillissementsverslag wijst erop dat vanaf het moment van stille bewindvoering door diverse partijen is getracht tot een doorstart te komen, en dat in dat verband onder toezicht van de beoogd curator gesprekken hebben plaatsgevonden met

potentiële overnamekandidaten. Conclusie is dan ook dat de faillissementsprocedure is ingeleid met het oog op doorstart van PGV en niet (louter) gericht was op de liquidatie van het vermogen van PGV.

Dat betekent dat de beschermingsregels van artikel 3 en 4 Richtlijn 2001/23/EG (verankerd in art. 7:662 e.v. BW) voor werknemers in geval van een overgang van onderneming hun werking behouden. De vraag is dan of er sprake is van overgang van onderneming, waarbij moet worden getoetst of de identiteit van de betrokken eenheid bewaard blijft. Dat blijkt met name uit het feit dat de exploitatie ervan in feite wordt voortgezet of hervat. Dat is naar het oordeel van de kantonrechter het geval, nu door gedaagde feitelijk dezelfde werkzaamheden worden verricht en hij zowel de handelsnaam als het klantenbestand van PGV heeft overgenomen. Met deze kenmerkende wijze waarop gedaagde zich naar buiten toe presenteert, blijft de identiteit van PGV naar het oordeel van de kantonrechter behouden. De slotsom is dan ook dat er sprake is van een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW.

Nu de curator de arbeidsovereenkomsten heeft opgezegd (art. 40 Fw), maar de arbeidsovereenkomsten voor de overgang nog niet waren geëindigd, is de conclusie dat de werknemers voor de duur van de opzegtermijn mee over zijn gegaan op de nieuwe onderneming en over die periode een loonaanspraak hebben.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 26-09-2018

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2018:9137

Zaaknummer: 04 5031106 CV 16-4624

Rechters: A.H.M.J.F. Piëtte

Advocaten: J.P. Boot, S.H.O. Aben en B.T.G.M. Lamers

Wetsartikelen: 3:305a BW, 7:662 BW, 7:670 BW, 7:666 BW en 40 Fw

RECHTSPRAAK

X/Van Veen-Oudenaarden q.q.

De echtgenote van de gefailleerde moet de door haar gehuurde en verhypothekeerde woning waarop vóór het faillissement beslag is gelegd ontruimen. De curator heeft er recht en belang bij om bij de verdeling van de opbrengst ten behoeve van de boedel een beroep op artikel 505 lid 2 Rv te doen, terwijl die bepaling slechts bescherming beoogt te bieden aan de huurder die in het gehuurde zijn hoofdverblijf heeft.

Het gaat in deze kortgedingzaak om het volgende. Appellante is de echtgenote van de gefailleerde. Zij verblijft in een in de faillissementsboedel vallende recreatiewoning, waarop een anterieur hypotheekrecht van ING rust. Nadien heeft SNS in 2013 executoriaal rechtsgeldig beslag gelegd op de woning.

Nadat appellante en haar echtgenoot uit elkaar zijn gegaan, zijn zij overeengekomen dat appellante per 1 augustus 2015, dus na inschrijving van het beslag van SNS, het recht heeft om de recreatiewoning te gebruiken en te bewonen tegen een vergoeding van € 250 per maand.

Op 15 juni 2017 is de echtgenoot failliet verklaard. De curator vordert in deze zaak ontruiming door appellante van de verhypothekeerde recreatiewoning waarop vóór het faillissement door SNS beslag is gelegd teneinde het aan ING toekomende recht van parate executie uit te oefenen, waarover ING met de curator overeen is gekomen dat de verkoop onderhands geschiedt.

De vordering van de curator wordt (ook) in dit kort geding hoger beroep toegewezen. Het hof overweegt daartoe ten eerste dat de curator die zoals hier de recreatiewoning verkoopt voor de hypotheekhouder er op grond van artikel 57 lid 3 Fw recht en belang bij heeft om bij de verdeling van de opbrengst ten behoeve van de boedel een beroep te doen op artikel 505 lid 2 Rv.

Ten tweede oordeelt het hof dat een redelijke wetsuitleg inhoudt dat de in artikel 505 lid 2 Rv

vervatte uitzondering voor de verhuur van woonruimte slechts bescherming beoogt te bieden aan de huurder die – naar de bedoeling van de partijen ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst – in het gehuurde zijn hoofdverblijf heeft en wiens woonrecht derhalve met de overeenkomst (en het kunnen invoeren daarvan tegen een beslaglegger resp. beperkt gerechtigde) is gemoeid.

Die uitzondering doet zich hier niet voor omdat partijen niet hebben beoogd appellante in de woning haar hoofdverblijf te verschaffen. Zo heeft zij de woning regelmatig onderverhuurd en mocht zij ook op grond van het bestemmingsplan niet permanent in de woning verblijven. Slotsom is dat de met appellante gesloten huurovereenkomst, die dateert van na inschrijving van het beslag, niet tegen de curator kan worden invoeren.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 25-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:3501

Zaaknummer: 200.240.219/01

Rechters: J.C.W. Rang, R.J.M. Smit en C.A.H.M. ten Dam

Advocaten: J.W. Boddaert en K.C. Mensink

Wetsartikelen: 57 Fw, 58 Fw en 505 lid 2 Rv

RECHTSPRAAK

Verzoek tot faillietverklaring op eigen aangifte ondanks stoppen met betalen afgewezen wegens onvoldoende belang. Er is naar verwachting geen te executeren vermogen zodat te verwachten valt dat een faillissement wegens gebrek aan baten zal worden opgeheven. Hier dient dan ook de weg van de ontbinding te worden bewandeld.

Aangeefster verkeert naar de rechtbank constateert in de toestand dat zij is opgehouden te betalen (art. 1 lid 1 Fw). Hoewel daarmee is voldaan aan de in de Faillissementswet gestelde eisen om op eigen aangifte in staat van faillissement te worden verklaard, is de rechtbank van oordeel dat aangeefster onvoldoende belang heeft bij het verzochte faillissement.

Reden daarvoor is dat namens aangeefster is verklaard dat de onderneming niet over enige bate beschikt en dat de bedrijfsactiviteiten inmiddels geruime tijd zijn gestaakt, terwijl de rechtbank evenmin is gebleken dat er op dit moment andere baten te verwachten zijn (bijvoorbeeld door aansprakelijkheid van de bestuurder).

Er is naar verwachting dus geen te executeren vermogen. Dat, gevoegd bij het feit dat gesteld noch gebleken is dat belangen van derden (zoals werknemers) betrokken zijn, betekent dat te verwachten is dat een curator vanwege een gebrek aan baten en de oplopende faillissementskosten het faillissement ex artikel 16 Fw zo snel mogelijk zal voordragen voor opheffing. Aangeefster zal dan door die opheffing worden ontbonden (art. 2:19, eerste lid sub c BW). In dat geval zal de schuldenlast van aangeefster alleen maar zijn toegenomen als gevolg van de werkzaamheden van de curator.

Daar staat tegenover dat aangeefster mogelijk op grond van artikel 2:19 lid 1 BW kan worden ontbonden. Ingevolge artikel 2:19 lid 4 BW houdt de rechtspersoon die op het tijdstip van zijn ontbinding geen baten meer heeft, alsdan op te bestaan. Het is vervolgens aan (een van) de crediteuren om – in het kader van een eventueel verzoek tot faillietverklaring – aannemelijk te maken dat er toch baten zijn en dat hij/zij bij vereffening (enige) betaling zou(den) hebben ontvangen.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 20-09-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:8103

Zaaknummer: C/10/558282 / FT EA 18/1481

Rechters: F. Damsteegt-Molier

Wetsartikelen: 1 lid 1 Fw en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Appellant/Bedrijf c.s.

Persoonlijke aansprakelijkheid van de indirect bestuurders wegens misbruik van faillissementsrecht. Het is aannemelijk dat hun handelen de jaarrekening negatief heeft beïnvloed en dat dit mede heeft geleid tot betalingsonmacht. Het resulterende faillissement is vervolgens op eigen aangifte aangevraagd met het uitsluitende doel om normale arbeidsrechtelijke bescherming van appellant als (zieke) werknemer te omzeilen.

Appellant was vanaf 1988 in loondienst bij Bedrijf, dat via X B.V. indirect werd bestuurd door geïntimeerden (n.p.) en deel uitmaakte van een groep. Ten aanzien van appellant is op 5 februari 2014 door Bedrijf bij het UWV een ontslagvergunning aangevraagd. Die vergunning is echter geweigerd wegens het ontbreken van een bedrijfseconomische noodzaak.

Vanaf 24 juni 2014 heeft appellant zich ziek gemeld. Aansluitend is op 7 oktober 2014 in kort geding geoordeeld dat Bedrijf gehouden is salaris na te betalen. Nog diezelfde dag is Bedrijf op eigen aanvraag failliet verklaard, maar het faillissement is op 29 september 2015 opgeheven bij gebrek aan baten.

Appellant stelt zich op het standpunt dat X B.V. aldus misbruik heeft gemaakt van het faillissementsrecht, namelijk door het faillissement van Bedrijf aan te vragen met het enkele doel om appellant te lozen en de regels van het ontslagrecht te omzeilen (art. 7:666, aanhef en onder a jo. 7:670 lid 8 BW).

Daarmee is in dit hoger beroep aan de orde of Bedrijf een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt en of geïntimeerden als zijn indirect bestuurders op grond van artikel 2:11 BW jegens appellant hoofdelijk aansprakelijk zijn wegens onrechtmatig handelen (art. 3:13 jo. 6:162 BW).

Na een uiteenzetting van het hier toe te passen rechtskader, (te) kort gezegd de vaststelling of (er indicaties zijn dat) de failliet de betalingsonmacht heeft gearrangeerd dan wel

georkestreerd en wel met toepassing van de zgn. ruime leer, oordeelt het hof dat het aannemelijk is dat de handelwijze van geïntimeerden de jaarrekening negatief heeft beïnvloed en dat dit mede heeft geleid tot betalingsonmacht en het faillissement.

Dat oordeel wordt er door het hof op gebaseerd dat onduidelijk is waarom de financiële situatie bij Bedrijf tussen 2010 en 2013 opeens en zonder reden verslechterde bij een gelijkblijvende omzet. Temeer nu het hof gebleken is dat er in die jaren voldoende werk voorhanden was. In dat verband is evenmin duidelijk geworden waarom de kosten in die periode plotseling dienden toe te nemen, bijvoorbeeld als gevolg van een niet nader toegelichte forse stijging van de managementfee voor geïntimeerden.

Ten slotte blijkt uit het faillissementsverslag dat voorafgaand aan het faillissement de twee belangrijkste klanten en de bedrijfsinventaris van Bedrijf zijn overgeheveld naar een groepsvennootschap, waarna deze entiteit rechtstreeks (en ten nadele van Bedrijf) aan klanten van Bedrijf is gaan factureren. Hieruit volgt dat zich de indicatoren voordoen (1) dat Bedrijf de facto al was doorgestart, (2) dat de bedrijfsactiviteiten worden voortgezet in een aan de bestuurders gelieerde entiteit en (3) dat Bedrijf daarbij in afgeslankte vorm is overgenomen.

Het is volgens het hof dan ook gerechtvaardigd om aan te nemen dat Bedrijf met het uitsluitende doel om de normale arbeidsrechtelijke bescherming van appellant te omzeilen op de oude voet is voortgezet. Hiervan kan Bedrijf een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt, welk verwijt leidt tot aansprakelijkheid van geïntimeerden.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 17-07-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:6549

Zaaknummer: 200.197.450

Rechters: H.C. Frankena, M.H.F. van Vugt en A.L.H. Ernes

Advocaten: R.T. Profijt en D.P. Kant

Wetsartikelen: 1 lid 1 Fw, 6 lid 3 Fw, 3:13 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X c.s. en Y c.s./Saes q.q.

Tussenarrest. Er is geen sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur wegens het niet voldoen aan de administratieplicht (art. 2:248 lid 2 jo. 2:10 lid 1 BW). Zelfs als zou vaststaan dat de door de curator opgevoerde debetpost niet in de administratie was opgenomen, dan brengt de geringe grootte van die post afgezet tegen het balanstotaal mee dat die ommissie wordt aangemerkt als een onbelangrijk verzuim.

In dit tussenarrest in deze gevoegde zaak gaat het om het volgende. Appellanten c.s. zijn getrouwd. Zij waren tot 13 mei 2008 aandeelhouders van Tegelzettersbedrijf, een door appellante tussen 2006 en 2008 bestuurde vennootschap. In dienst van Tegelzettersbedrijf waren de broer en schoonzus van appellante.

Bij notariële akte tot vestiging van hypothecaire en pandzekerheid hebben de broer en schoonzus van appellante zich op 2 november 2007 hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor een door appellanten verstrekte lening van € 121.500.

Op 13 mei 2008 zijn de aandelen Tegelzettersbedrijf overgedragen aan de broer van appellante en een STAK. Het bestuur van Tegelzettersbedrijf berustte vanaf dat moment bij het STAK, waarvan de broer van appellante de enige bestuurder was.

Bij overeenkomst van 20 mei 2008 heeft appellant zich jegens de broer van appellante, de STAK en Tegelzettersbedrijf bereid verklaard Tegelzettersbedrijf te financieren tegen verstrekking van zekerheid aan appellanten. Die zekerheid is bij notariële pandakte van 15 juni 2009 ten laste van Tegelbedrijf verleend.

Het aldus gevestigde pandrecht is door Tegelzettersbedrijf op 13 januari 2010 door middel van een bodemverhuurconstructie omgezet in een vuistpandrecht van appellanten dat rust op de bedrijfsvoorraad en inventaris. Tegelzettersbedrijf had haar activiteiten op dat moment al gestaakt, waarna op 26 januari 2010 op eigen aanvraag het faillissement van Tegelzettersbedrijf is uitgesproken.

De curator van Tegelzettersbedrijf heeft zich jegens de broer van appellante naar het hof oordeelt onterecht op het dubbele vermoeden van artikel 2:248 lid 2 jo 2:10 lid 1 BW beroepen nu de door de curator opgevoerde onverwerkte debetpost gewoon in de interne administratie die meerder jaren beslaat is terug te vinden, terwijl de grootte van die post (€ 3.835) afgezet tegen een balanstotaal van een miljoen euro, zo zij niet in de administratie zou zijn verwerkt, een onbelangrijk verzuim oplevert in het licht van de eis van een deugdelijke administratie. De slotsom is dat er geen sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur als bedoeld in artikel 2:248 lid 2 BW.

De overige beslissingen worden door het hof aangehouden.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 11-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:3746

Zaaknummer: 200.203.677_01 en 200.204.211_01

Rechters: H.A.G. Fikkers, P.M. Arnoldus-Smit en M. Pannevis

Advocaten: W.B.M. Vondenhoff en E.P.B. Moors

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

RECHTSPRAAK

Strafrecht. Een spoor van faillissementen achterlatend is verdachte zonder vergunningen en financiële reserves een kansloze onderneming gestart en heeft zich vervolgens ten koste van schuldeisers schaamteloos verrijkt. Door evenmin een deugdelijke administratie te voeren en zich bovendien te onttrekken aan zijn informatieplicht jegens de curatoren, staat het voorwaardelijk opzet op de benadeling van schuldeisers in het faillissement vast.

De rechtbank acht bewezen dat verdachte als bestuurder van twee inmiddels failliete vennootschappen heeft nagelaten om een volledige en juiste administratie te voeren (art. 2:10 lid 1 en 3:15i lid 1 BW). Daarnaast heeft hij moedwillig en welbewust nagelaten de volledige beschikbare administratie aan de curatoren te overhandigen en is hij zijn wettelijke verplichting om de curator van inlichtingen te voorzien niet nagekomen (art. 106 jo. 105 lid 1 en 105b Fw) terwijl hij wist dat het faillissement aanstaande was en ook is ingetreden, onder meer door het ontbreken van benodigde vergunningen en financiële armslag.

Met deze nalatigheid heeft verdachte naar het oordeel van de rechtbank het vertrouwen geschonden dat nodig is voor een goed functionerend handelsverkeer, heeft hij blijk gegeven van een lictzinnige houding ten opzichte van de financiële belangen van de schuldeisers van de vennootschappen en heeft hij het de curatoren onmogelijk gemaakt om de beide faillissementen op juiste wijze af te wikkelen. De rechtbank weegt daarbij mee dat verdachte bij eerdere faillissementen betrokken is geweest.

Daarnaast heeft verdachte tijdens het korte bestaan van de vennootschappen ruim € 300.000 aan de boedel onttrokken terwijl het passief in het faillissement ruim € 700.000 bedraagt. Duidelijk is dat het verdachte erom te doen was zo veel mogelijk geld aan deze ondernemingen te onttrekken, namelijk door wekelijks het contante geld uit de kassalade mee te nemen zonder dit bedrag af te storten en door vrijwel dagelijks maximale geldopnames van de zakelijke rekening te doen.

De rechtbank acht het hoogst kwalijk dat verdachte als bestuurder tegelijkertijd personeel

onbetaald liet en zelf met zijn partner dure vakanties genoot. Bovendien lieten verdachte en zijn partner de leveranciers van de ondernemingen onbetaald. Zo wisselden zij regelmatig van leverancier, opdat zij steeds weer van leveringen op krediet gebruik konden maken. Voor zover de leveranciers de hun toekomende betalingen incasseerden, storneerden verdachte en zijn partner deze bedragen simpelweg en creëerden op die manier voor zichzelf extra ruimte voor hun persoonlijke bestedingen.

Daarbij heeft te gelden dat verdachte zonder vergunningen welbewust een onderneming is gestart terwijl hij wist dat dat enkel tot een fiasco zou leiden, de schuldeisers en het personeel onbetaald achterlatend. De verdachte heeft laten zien dat hij enkel zijn eigen financiële belangen voor ogen heeft gehouden. De verdachte heeft daarbij een spoor van faillissementen nagelaten. Gelet op het feit dat de onderneming al bij de opening op een faillissement afstevende en de verdachte hier rekening mee hield, althans had moeten houden, bestond vanaf dat moment (ten minste) de aanmerkelijke kans dat de rechten van de schuldeisers in het faillissement zouden worden verkort (art. 343 (oud) Sr).

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 06-09-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:7540

Zaaknummer: 83/029838-18

Rechters: E. Rabbie, L. Daum en T.M. Riemens

Wetsartikelen: 343 (oud) Sr

RECHTSPRAAK

Instracon Finance Centre/Geïntimeerde

Externe bestuurdersaansprakelijkheid wegens onrechtmatige turboliquidatie. Vast staat dat ten tijde van de ontbinding baten in de boedel aanwezig waren in de vorm van vorderingen op de bestuurder. Door in die situatie de vennootschap te ontbinden zonder tot vereffening over te gaan (art. 2:19 lid 4 BW), met als gevolg dat er geen uitkering aan de schuldeisers is gedaan, heeft de bestuurder onrechtmatig gehandeld.

Appellante Instracon verleent financiële diensten. Geïntimeerde (n.p.) was DGA van Bedrijf 1 B.V., welke vennootschap op haar beurt DGA was van Bedrijf 2, dat op 19 november 2010 failliet is verklaard.

Instracon heeft bij factuur van 13 mei 2013 een bedrag van € 15.714,87 in rekening gebracht bij Bedrijf 2 voor een aangifte Inkomstenbelasting. Hiervan heeft Bedrijf 1 een bedrag van € 7.862,44 aan Instracon betaald. Betaling van het restbedrag is uitgebleven. Bedrijf 1 is daarna op 23 december 2015 ontbonden wegens gebrek aan baten (art. 2:19 lid 4 BW).

Instracom stelt in deze (verstek)zaak dat geïntimeerde onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door Bedrijf 1 te ontbinden, zonder de baten en schulden daarvan te vereffenen, op welke grond geïntimeerde gehouden is de schade die Instracon hierdoor lijdt en geleden heeft te vergoeden.

De rechtbank heeft de vordering van Instracon afgewezen, overwegende dat de door Instracon gestelde overeenkomst door geïntimeerde is betwist met de stelling dat die is gesloten met Bedrijf 2 zodat de grondslag voor de vordering van Instracon niet is komen vast te staan. Ook zou Instracon haar werkzaamheden niet goed hebben uitgevoerd.

De tegen dit afwijzende oordeel door Instracon aangevoerde grief slaagt. Gelet op het feit dat Bedrijf 2 ten tijde van de gestelde werkzaamheden reeds failliet was, Bedrijf 1 gevestigd was op het factuuradres en ook een deelbetaling heeft gedaan, staat naar het oordeel van het hof met

voldoende zekerheid vast dat Bedrijf 1 de wederpartij was van Instracon.

Eveneens staat vast dat Instracon de gefactureerde werkzaamheden in opdracht van geïntimeerde (als bestuurder van Bedrijf 1) heeft verricht. Met Instracon is het hof van oordeel dat niet van belang is of Instracon op enigerlei wijze tekort is geschoten bij de uitvoering van de werkzaamheden, aangezien geïntimeerde aan zijn stelling dat dit het geval is (destijds) geen gevolgen heeft verbonden.

Nu Instracon verder onbestreden heeft gesteld dat geïntimeerde als (indirect) bestuurder aansprakelijk is voor het feit dat geen vereffening heeft plaatsgevonden alvorens tot ontbinding van Bedrijf 1 is overgegaan, met als gevolg dat er geen uitkering geweest is aan de schuldeisers, is de vordering van Instracon toewijsbaar. Daarbij komt dat onvoldoende weersproken vast staat dat in de boedel van Bedrijf 1 ten tijde van de turboliquidatie een bate zat van ruim € 400.000, te weten een vordering op geïntimeerde privé en dat – als op correcte wijze vereffening zou hebben plaatsgevonden – de vordering van Instracon zou zijn voldaan (vgl. art. 2:19 lid 5 BW). Dit betekent dat het hof van de door Instracon gestelde schade uit zal gaan, zodat de hoofdsom toewijsbaar is.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 28-08-2018

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2018:2054

Zaaknummer: 200.217.374

Rechters: M.J. van der Ven, M. Flipse en S.R. Mellema

Advocaten: J. van der Wende

Wetsartikelen: 6:162 BW, 2:19 lid 1 BW, 2:19 lid 4 BW en 2:19 lid 5 BW

RECHTSPRAAK

X, Y en Z/geïntimeerde c.s.

De indirect bestuurders kan een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt, nu zij onnodig en in strijd met de statuten het faillissement hebben bewerkstelligd en daarmee op de koop toe hebben genomen dat de gefailleerde haar verplichtingen onder de leningsovereenkomsten met appellanten niet zou kunnen nakomen en ook geen (volledig) verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.

Appellanten hebben geïnvesteerd in de inmiddels gefailleerde vennootschap 9 (VSP9). Die vennootschap is opgericht door geïntimeerde 6 (n.p.) teneinde zijn onderneming te kunnen drijven. De aandelen in VSP9 werden gehouden door de persoonlijke holding van geïntimeerde 6 (VSP1).

Appellante 1 c.s. heeft een aantal financieringen voor VSP9 tot stand gebracht. Dat was voorafgaand aan een herstructurering van VSP9 in oktober 2014. Hierbij is 95 procent van de aandelen in handen gekomen van de daarvoor speciaal opgerichte vennootschap 10 (VSP10), waarvan (onder meer) geïntimeerde 6 via zijn holding (middellijk) bestuurder is. Appellante 1 heeft de overige 5 procent van de aandelen verworven. Op haar beurt was VSP10 vanaf dat moment de directe bestuurder van VSP9.

Aan VSP9 is enige tijd later op eigen aanvraag voorlopige surseance van betaling verleend, waarna op 8 juni 2015 de vennootschap failliet is verklaard. Appellanten verwijten geïntimeerden dat zij op grond van deze gang van zaken aansprakelijk zijn uit hoofde van onrechtmatige daad. Dat verwijt spitst zich in dit hoger beroep toe op het handelen van geïntimeerde 6 en zijn holding VSP1 als (indirect) bestuurders van de gefailleerde. Volgens appellanten kan hen een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt van het niet of niet volledig terugbetalen door VSP9 van de door appellante 1 c.s. verstrekte geldleningen en het niet kunnen omzetten van deze leningen in aandelen als gevolg van het onnodig veroorzaken van en het diensgevolg misbruiken van het faillissement van VSP9.

Daartoe hebben appellanten ten eerste aangevoerd dat geïntimeerden er ten tijde van het aanvragen van de surseance mee bekend waren dat appellante 1 bereid was om nader te investeren in de gefailleerde, maar dat zij desondanks onvoldoende hebben gedaan om die nadere investering te realiseren. Dat verwijt slaagt. Het hof is van oordeel dat geïntimeerden c.s. onzorgvuldig hebben gehandeld door in strijd met de statuten van de gefailleerde surseance van betaling aan te vragen zonder appellante 1 c.s. eerst een reële mogelijkheid te geven om hun afdoende getoonde investeringsbereidheid te concretiseren. Het betoog dat het water de vennootschap dusdanig aan de lippen stond dat er geen tijd was om het voorstel in de AVA voor te leggen, is onvoldoende onderbouwd.

Hierop gelet is het hof van oordeel dat geïntimeerden onnodig het faillissement hebben bewerkstelligd en daarmee op de koop toe hebben genomen dat dit tot gevolg zou hebben dat VSPg haar verplichtingen onder de leningsovereenkomsten met appellante 1 c.s. niet zou kunnen nakomen en ook geen (volledig) verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Van een dergelijke handelwijze kan de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt. Geïntimeerden zijn daarom op grond van artikel 2:11 BW en bij gebrek aan disculperende feiten en omstandigheden hoofdelijk aansprakelijk. Die aansprakelijkheid betreft niet de de door appellante 1 c.s. gestelde afgeleide schade, nu appellante c.s. niet heeft gesteld, althans onvoldoende onderbouwd, dat jegens haar als aandeelhouder een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden (vgl. HR 16 februari 2007, (Tuin Beheer/X) ECLI:NL:HR:2007:AZO419 en HR 15 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2443, NJ 2001/573 (Chipshol)).

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 21-08-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:3586

Zaaknummer: 200.208.343_01

Rechters: O.G.H. Milar, W.J.J. Beurskens en S.C.H. Molin

Advocaten: G.M.P. Roos en W.M. Welage

Wetsartikelen: 6:162 BW, 3:13 BW, 2:11 BW en 1 lid 1 Fw

RECHTSPRAAK

X/Ontvanger

Ten aanzien van het verwijt dat de bestuurder persoonlijk aansprakelijk is wegens het niet melden van betalingsonmacht van de belastingplichtige, heeft te gelden dat de de Ontvanger, op wie ingevolge artikel 36 Iw 1990 stelplicht en bewijslast rust, in beginsel mag uitgaan van de gegevens die in het Handelsregister zijn opgenomen, met dien verstande dat het enkele feit dat een persoon in het Handelsregister staat ingeschreven als bestuurder van de desbetreffende vennootschap niet beslissend is voor dat bewijs (vgl. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:248).

In deze fiscale zaak komt eiser in beroep tegen de volgende gang van zaken. Eiser (n.p.) is op 18 september 2013 op de voet van artikel 36 lid 1 Iw 1990 ten eerste male als (middellijk) bestuurder van Bedrijf B.V. wegens het niet melden van betalingsonmacht (art. 36 lid 4 jo. 2 Iw 1990) van Bedrijf persoonlijk aansprakelijk gesteld door verweerder wegens onbehoorlijk bestuur vanwege het niet betalen van belastingschuld als bedoeld in artikel 36 lid 3 jo. 1 Iw 1990. Het gaat hierbij om nageheven omzetbelasting ten laste van (het in 2014 gefailleerde) Bedrijf ad € 111.722,05. Eiser heeft dit besluit in zoverre succesvol aangevochten dat in hoger beroep dit bedrag bij uitspraak van 7 maart 2017 is verminderd tot € 58.869,05.

Hangende dit hoger beroep heeft verweerder, nu Bedrijf over de tijdvakken eerste en tweede kwartaal 2013 de hem opgelegde belastingschulden niet heeft betaald, op 20 juli 2016 eiser bij nieuw besluit ten tweede male aansprakelijk gesteld voor € 40.871. Vervolgens heeft verweerder de eerdere beschikking aansprakelijkstelling van 18 september 2013 voor wat betreft de aanslagen omzetbelasting eerste en tweede kwartaal 2013 ingetrokken.

Ter ontkoming aan zijn aansprakelijkheid beroept eiser zich er in deze procedure tevergeefs op dat te zijnen aanzien het verdedigingsbeginsel is geschonden, als ook dat hij ten tijde van de belastingaanslag gedefungeerd was. Naar het oordeel van de rechtbank mag de Ontvanger, op wie ingevolge artikel 36 Iw 1990 stelplicht en bewijslast rust, in beginsel uitgaan van de

gegevens die in het Handelsregister zijn opgenomen, met dien verstande dat het enkele feit dat een persoon in het Handelsregister staat ingeschreven als bestuurder van de desbetreffende vennootschap niet beslissend is voor dat bewijs (vgl. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:248).

Ook tevergeefs aangevoerd is het meer subsidiaire standpunt van eiser dat er bij Bedrijf begin 2013 geen sprake was van betalingsonmacht in het tijdvak dat de belastingschulden van Bedrijf ontstonden. Dat ziet de rechtbank met verweerder anders nu Bedrijf destijds meer belastingschuld dan omzet had. Dat staat nog los van de overige zakelijke betalingen die Bedrijf moest doen. Ook kan naar de rechtbank oordeelt in dit verband niet onvermeld blijven dat jegens eiser aangifte is gedaan van faillissementsfraude.

Hetgeen eiser heeft aangevoerd ter disculpering van het niet melden van betalingsonmacht kan hem niet baten, zodat er geen aanleiding is eiser toe te laten tot het weerleggen van het wettelijk vermoeden dat het niet betalen van de verschuldigde omzetbelasting aan hem is te wijten. Dat vermoeden sluit in dat eiser kennelijk onbehoorlijk bestuur kan worden verweten en dat hij terecht aansprakelijk is gesteld voor voormelde omzetbelasting.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 21-08-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:7326

Zaaknummer: HAA 16/5744

Rechters: D.J. Jansen, M.W. Koenis en B. van Walderveen

Advocaten: R.T. van Lambalgen en E.J.C. van der Tholen-Mulder

Wetsartikelen: 36 lid 1 lw 1990 en 36 lid 4 lw 1990

RECHTSPRAAK

Failliet/SITA

Aanvraagster van het faillissement hanteert standaard een cessieclausule in de kleine lettertjes van haar facturen. Dat staat bij afwezigheid van een nadere onderbouwing van het tegendeel in de weg aan het summierlijk doen blijken van haar vorderingsrecht.

Bij vonnis van 3 juli 2018 is appellant op verzoek van geïntimeerde SITA failliet verklaard. In dit door appellant met succes tegen die beslissing ingestelde hoger beroep, oordeelt het hof over de gestelde vordering van SITA als volgt.

Het moge zo zijn dat appellant, een eenmanszaak, de facturen die SITA in het kader van door SITA voor appellant verrichte werkzaamheden, en die SITA aan haar verzoek tot faillietverklaring ten grondslag heeft gelegd, erkent, dat neemt evenwel niet weg dat op alle door SITA overgelegde facturen onderaan in kleine letters staat vermeld dat vorderingen van SITA zijn overgedragen aan SUEZ Nederland Holding B.V., de moederverenootschap van SITA.

SUEZ heeft desgevraagd aangegeven geen bezwaar te hebben tegen de faillissementsaanvraag, maar dat is niet voldoende om summierlijk van het vorderingsrecht van SITA te doen blijken (vgl. art. 6 lid 3, laatste zin, Fw). De omstandigheid dat SITA kennelijk met toestemming van de schuldeiser de vordering op eigen naam int en dat appellant betalingen heeft verricht aan SITA doet daaraan niet af. SITA heeft niet gesteld dat de op de facturen vermelde overdracht van de vorderingen aan SUEZ niet heeft plaatsgevonden, en krijgt daartoe evenmin de gelegenheid van het hof. Een aanhouding van de zaak om die reden verdraagt zich niet met het systeem van de Faillissementswet, dat erin voorziet dat de schuldeisers op de kortst mogelijke termijn duidelijkheid behoren te krijgen over de rechtspositie van de schuldenaar. Het faillissement wordt dan ook vernietigd.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 09-08-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:7183

Zaaknummer: 200.242.413

Rechters: H. Wammes, C.G. ter Veer en Z.J. Oosting

Advocaten: W. Vahl en J.A. Trimbach

Wetsartikelen: 1 lid 1 Fw en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Investeringsmaatschappij Oi-Groep/Schuldeisers

Homologatie in het faillissement van (een deel van) de Nederlandse tak van de Oi-Groep op grond van de strekking van artikel 153 lid 2 Fw, nu het akkoord in essentie neerkomt op uitgestelde betaling, een gedeeltelijke debt for equity swap en herstructurering van leningen.

Namens de op 19 april 2017 gefailleerde Nederlandse Investeringsmaatschappij, een dochter van de in financiële moeilijkheden verkerende Braziliaanse telecomgigant Oi Brasil, is verzocht het aangenomen akkoord te homologeren, nu geen gronden voor weigering aanwezig zijn. Het akkoord voorziet in de situatie dat het RJ-akkoord in Brazilië geen doorgang vindt en komt in essentie neer op uitgestelde betaling van de vorderingen, dan wel gedeeltelijke omzetting van de vorderingen in risicodragend kapitaal en gedeeltelijk in nieuwe leningen.

Bij afwezigheid van schuldeisers die de wenselijkheid van de homologatie bestrijden, stelt de rechtbank vast dat zich de in artikel 153 lid 2 Fw genoemde weigeringsgronden, te weten (1) dat de baten des boedels de som bij het akkoord bedongen aanmerkelijk te boven gaan en (2) dat de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd, niet voordoen.

Daartoe overweegt de rechtbank allereerst dat de in artikel 153 lid 2 Fw genoemde weigeringsgronden zien op het geval dat een som ineens beschikbaar is voor directe gedeeltelijke betaling van de schuldeisers en dat het, nu het akkoord een andere strekking heeft, bij de beoordeling van de homologatie in dit geval gaat om de strekking van deze bepaling.

De strekking van artikel 153 lid 2 onder 1 Fw is dat moet worden beoordeeld of het aangeboden akkoord een reëel aanbod is gezien de toestand van de groep van ondernemingen waar de gefailleerde toe behoort. Nu alles van waarde in Brazilië zit, ontbreekt de informatie om dat ten volle te beoordelen, maar de rechtbank ziet wel aanwijzingen dat het hier om een reëel aanbod gaat. In de eerste plaats vloeit dit voort uit het rapport van Ernst & Young van 23 maart 2018, waaruit blijkt dat volgens Ernst & Young de herstructurering op basis van het akkoord voor schuldeisers voordeliger is dan een liquidatie.

Een tweede aanwijzing is dat een zeer grote meerderheid van de schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd. Gezien de grote financiële belangen in deze zaak mag worden verondersteld dat zij dat zullen hebben gedaan na gedegen onderzoek. In ieder geval kan niet worden gezegd dat is gebleken dat de baten des boedels dat wat bij het akkoord is bedongen aanmerkelijk te boven gaan.

Wat betreft de vraag of de nakoming van het akkoord voldoende is gewaarborgd (art. 153 lid 2 onder 2 Fw), geldt dat ook deze eis is geschreven uitgaande van de situatie dat een, gedeeltelijke, betaling ineens plaatsvindt. Nu het in dit geval voor een groot deel van de schuldeisers gaat om instemming met uitgestelde betaling en/of omzetting in risicodragend kapitaal en/of nieuwe leningen, behoeft de rechtbank niet te onderzoeken of de nakoming gewaarborgd is. In de in het akkoord gemaakte afspraken ligt immers al besloten dat de nakoming onzeker is en de uiteindelijke opbrengst van wat zal worden ontvangen niet bij voorbaat vaststaat, maar mede afhangt van de toekomstige winstgevendheid van het conglomeraat van ondernemingen waartoe gefailleerde behoort. Voor zover het akkoord voorziet in directe betaling is niet gebleken dat de daarvoor benodigde gelden niet aanwezig zouden zijn. Voor zover het akkoord voorziet in omzetting van leningen in risicodragend kapitaal en/of nieuwe leningen, is er geen aanwijzing dat de overeengekomen omzettingen niet zullen plaatsvinden.

Het akkoord wordt dan ook gehomologeerd.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 11-06-2018

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2018:5047

Zaaknummer: C/13/17/164-F

Rechters: R.H.C. Jongeneel, W.M. de Vries en P. Vrugt

Advocaten: R.D. Vriesendorp, O. Salah en V.R. Vroom

Wetsartikelen: 153 lid 1 Fw en 153 lid 2 Fw