

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 04, 2018

Nummer 4, 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. C.M.A. Knoben, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.IJ. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2018:107](#) 26-01-2018

X/Libosan q.q.

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:580](#) 13-02-2018

Bank/curator

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:472](#) 06-02-2018

X/Accountant

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:473](#) 06-02-2018

pandeigenaar/bestuurder

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:125](#) 17-01-2018

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:11214](#) 19-12-2017

De Kock B.V. c.s./Jansen q.q.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:5649](#) 14-12-2017

Gefailleerde/Aanvragers

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:5650](#) 14-12-2017

Ex vennoot/Horeca vof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:3386](#) 28-11-2017

Radiologen/Curatoren Ruwaard van Putten

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:10039](#) 16-11-2017

CJIB/Gefailleerde

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:9974](#) 14-11-2017

curator/Frésena-Salland B.V.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:3795](#) 19-09-2017

A/ING

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:3385](#) 27-07-2017

Medisch specialisten/Curatoren

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2018:447](#) 01-02-2018

Werknemers/Roose B.V. c.s.

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:247](#) 10-01-2018

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:784](#) 09-01-2018

Afwijzing verzoek eigen aangifte

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:10169](#) 20-12-2017

Curator/TAVO c.s.

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:6905](#) 13-12-2017

accountant/curator

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:6849](#) 13-12-2017

Drijber q.q./X

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:10390](#) 14-09-2017

Mikomax BV/Bestuurders

RECHTSPRAAK

X/Libosan q.q.

De wettelijke rente kan niet verschuldigd zijn vóór de datum waarop de vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad opeisbaar is geworden, omdat er voor die tijd geen verzuim mogelijk is (art. 6:83 aanhef en onder b BW).

Het gaat in deze zaak om een geschil tussen een curator (verweerder in cassatie) en een insolventieadviseur (eiser in cassatie). In 2006 zijn zeven vennootschappen failliet verklaard met benoeming van verweerder in cassatie tot curator. In aanloop naar die faillissementen heeft eiser als insolventieadviseur een saneringstraject begeleid van januari tot maart 2006. In die periode zijn de activa van drie vennootschappen verkocht. Uit de opbrengst is een aantal van de grotere schuldeisers van een van gefailleerde vennootschappen geheel of gedeeltelijk voldaan.

De curator heeft een Peeters q.q./Gatzen-vordering wegens aansprakelijkheid jegens de gezamenlijke schuldeisers ingesteld tegen de insolventieadviseur, omdat hij bij de vereffening onrechtmatig zou hebben gehandeld jegens de vijf gefailleerde vennootschappen.

Een van de vorderingen van de curator ziet blijkens de gedingstukken op betaling van wettelijke rente over het schadebedrag vanaf '30 maart 2005'. Dat was naar diezelfde gedingstukken vermelden het moment waarop de onrechtmatige wijze van vereffening was afgewikkeld. Het hof heeft die datum in zijn beslissing overgenomen en deze vordering toegewezen.

De opeisbaarheid van de vordering bij een schadevergoedingsverbintenis uit onrechtmatige daad ontstaat op het moment waarop de schade geacht wordt te zijn geleden. De insolventieadviseur klaagt in cassatie dan ook terecht over de toepassing van 30 maart 2005 voor de verschuldigdheid van wettelijke rente. De Hoge Raad oordeelt dat, nu aan de vordering van de curator, en aan de veroordeling door het hof, ten grondslag ligt dat eiser onrechtmatig heeft gehandeld in de periode van januari tot maart 2006, de vordering tot vergoeding van de daarvoor geleden schade niet reeds voordien opeisbaar kan zijn geworden. Eiser was daarom niet (ingevolge art. 6:83 aanhef en onder b BW) vanaf 30 maart 2005 in

verzuim met de betaling van schadevergoeding, zodat de wettelijke rente niet met ingang van die datum verschuldigd is.

M. Verdonk

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 26-01-2018

ECLI: ECLI:NL:HR:2018:107

Zaaknummer: 16/04111

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

Advocaten: J. den Hoed en J.P. van den Berg

Wetsartikelen: 81 Wet RO

RECHTSPRAAK

Strafrecht. Verdachte heeft zich als bestuurder van een inmiddels gefailleerde vennootschap schuldig gemaakt aan valsheid in geschrifte door een valselijk opgemaakt stuk aan de curator over te leggen teneinde aan te tonen dat de administratie van zijn failliet verklaarde bedrijf zou zijn weggegooid. Hierdoor heeft hij (1) de curator misleid en diens werk ernstig bemoeilijkt, (2) hem daardoor (bij een lege boedel) op onnodige kosten gejaagd en (3) geen recht gedaan aan de belangen van de schuldeisers of degene die valselijk in het geschrift zijn vermeld.

Aan verdachte is tenlastegelegd dat hij als bestuurder van een inmiddels gefailleerde rechtspersoon faillissementsfraude heeft gepleegd door niet te voldoen aan de op hem als zodanig rustende plicht een adequate boekhouding te voeren (art. 2:10 lid 1 en 3:15i BW), respectievelijk valsheid in geschrifte heeft gepleegd (art. 225 lid 1 Sr).

Ten aanzien van de tenlastegelegde faillissementsfraude volgt vrijspraak, nu de tenlastelegging, zowel in haar primaire als subsidiaire vorm, is beperkt tot de periode *vanaf* het faillissement van de bv en niet kan worden vastgesteld of verdachte vanaf de datum van het faillissement de op hem rustende bewaar- en/of afgifteverplichting heeft geschonden. De verplichting tot het fatsoenlijk voeren van een administratie betreft immers enkel de periode tot faillissement.

De verdachte wordt wel schuldig bevonden aan valsheid in geschrifte door een valselijk opgemaakt stuk aan de curator over te leggen teneinde aan te tonen dat de administratie van zijn failliet verklaarde bedrijf zou zijn weggegooid. Hij heeft hiermee (1) de curator misleid en het werk van de curator ernstig bemoeilijkt c.q. gefrustreerd, (2) hem daardoor (bij een lege boedel) nodeloos op kosten gejaagd en (3) geen recht gedaan aan de belangen van de schuldeisers in het faillissement. Verdachte heeft zich bij het plegen van de feiten evenmin iets aangetrokken van de belangen van de persoon wiens naam valselijk in de brief was vermeld.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 17-01-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:125

Zaaknummer: 20-001546-14

Rechters: C.M. Hilverda, A.M.G. Smit en T.A. de Roos

Wetsartikelen: 2:10 lid 1 Bw, 3:15i BW en 225 lid 1 Sr

RECHTSPRAAK

De Kock B.V. c.s./Jansen q.q.

De curator beroept zich er met recht op dat hij ingevolge artikel 57 lid 3 Fw gehouden was de executieopbrengst op stil verpande bodemzaken op te eisen (art. 21 lid 2 IW 1990), met als gevolg dat over die opbrengst vervolgens op grond van artikel 182 Fw een omslag plaatsvindt van de algemene faillissementskosten.

De Kock Kozijntentechniek B.V. en Nola B.V., appellanten, worden bestuurd door De Kock Beheer B.V., die eveneens bestuurder was van het inmiddels gefailleerde Timmerfabriek W. de Kock B.V. In dat faillissement is geïntimeerde aangesteld als curator.

De failliet maakte deel uit van een fiscale eenheid. Voorafgaand aan het faillissement had de failliet een schuld aan de Rabobank. De Rabobank beschikte over verschillende zekerheden, onder andere bestaande uit (bezitloze/stille) verpanding van voorraden, inventaris en debiteuren.

Na datum faillissement zijn procespartijen in overleg getreden teneinde de mogelijkheid van een doorstart te bespreken. Rabobank was bereid die te financieren. Op 8 juli 2013 is tussen partijen een overeenkomst inzake overdracht van activa van de gefailleerde aan appellanten gesloten.

Na die transactie is tussen procespartijen ten aanzien van de verkoopopbrengst een geschil gerezen over een daaruit door de curator afgesplitst depot voor fiscale verplichtingen uit hoofde van artikel 21 IW 1990 en op grond van zijn daartoe bestaande verplichting ex artikel 57 lid 3 BW.

De curator beroept zich erop dat hij ingevolge die laatste bepaling gehouden was de executieopbrengst op de stil verpande bodemzaken op te eisen (art. 21 lid 2 IW 1990), met als gevolg dat over die (specifieke) opbrengst op grond van artikel 182 Fw een omslag plaatsvindt van de algemene faillissementskosten.

De stelling van appellanten is dat partijen zijn overeengekomen dat de curator de belangen

van de fiscus niet in de afwikkeling van het faillissement behoefde te betrekken, omdat tussen de curator en appellanten was afgesproken dat appellanten belastingschulden na verkoop op zich zouden nemen. Dit was ook een uitgangspunt voor de financiering door Rabobank als pandhouder.

Naar het oordeel van het hof hebben appellanten evenwel geen feiten en omstandigheden aangevoerd waaruit kan worden afgeleid dat de curator in dit geval niet gehouden was deze op het systeem van de Faillissementswet gebaseerde en in vaste rechtspraak bevestigde handelwijze te volgen. Evenmin is gesteld nog gebleken dat de fiscus erin heeft toegestemd dat diens vorderingen buiten faillissement om voldaan zouden worden.

Voor zover appellanten op grond van de gemaakte afspraken in de onjuiste veronderstelling zijn komen te verkeren dat de vooraf bedachte (en overigens met de wet strijdige) constructie uitgevoerd zou kunnen worden, behoort, gelet op de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van dit geval (met name de bijstand door professionele adviseurs), deze dwaling voor rekening van appellanten te blijven in de zin van artikel 6:228 lid 2 BW.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-12-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:11214

Zaaknummer: 200.178.995

Rechters: C.G. ter Veer, D. Stoutjesdijk en M.G. van 't Westeinde

Advocaten: H.C.J. Oomen en C.R.G. Gäbler

Wetsartikelen: 57 lid 3 Fw en 182 Fw

RECHTSPRAAK

Drijber q.q./X

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 lid 2 jo. 2:10 BW) afgewezen. Het gaat te ver om onder de wettelijke boekhoudplicht van artikel 2:10 BW te scharen de eis dat op de werkvloer steeds een goed functionerend, al dan niet geautomatiseerd, informatiesysteem beschikbaar moet zijn waarmee accountmanagers per rit of klant een zowel kostendekkende als concurrerende prijs kunnen berekenen.

Holding was enig bestuurder en aandeelhouder van een vijftal transportondernemingen. Gedaagde was enig (particulier) bestuurder van Holding. Zowel de transportondernemingen als Holding zijn na voorlopige surseance op 23 oktober 2013 failliet verklaard met aanstelling van eiser als curator. Alle faillissementen vertonen aanzienlijke tekorten. Die zijn het gevolg van het dramatisch instorten van de bedrijfsresultaten vanaf het boekjaar 2009.

De vordering van de curator in deze procedure is gebaseerd op de stelling dat gedaagde zijn taak als (indirect) bestuurder van de failliet verklaarde vennootschappen kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld nu hij niet heeft voldaan aan zijn boekhoudverplichting en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (art. 2:248 lid 2 jo. 2:10 BW).

In navolging van gedaagdes verweer slaagt die vordering niet. De rechtbank stelt vast dat de curator ter onderbouwing van zijn stelling heeft verwezen naar passages uit een ter zake relevant rapport van een adviesbureau. Die rapportage vermeldt dat de beschikbare informatie voor geautomatiseerde prijsberekening door de planners kort gezegd van ‘matige kwaliteit’ was.

Naar het oordeel van de rechtbank duidt die rapportage weliswaar op een weinig solide bedrijfsvoering, maar kwalificeert dat enkele gegeven niet als een schending van de op gedaagde rustende boekhoudplicht. Ingevolge artikel 2:10 lid 1 BW is het bestuur verplicht een zodanige administratie te voeren dat daaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen van de

rechtspersoon kunnen worden gekend. Daarbij kunnen ook andere elementen dan de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten van belang zijn. Het gaat echter te ver om onder de wettelijke boekhoudplicht van artikel 2:10 BW te scharen de eis dat op de werkvloer steeds een goed functionerend, al dan niet geautomatiseerd, informatiesysteem beschikbaar moet zijn waarmee (in dit geval) accountmanagers per rit of klant een zowel kostendekkende als concurrerende prijs kunnen berekenen.

De curator kan zich mitsdien niet op het tweede lid van artikel 2:248 BW beroepen. Hetgeen de curator heeft gesteld biedt evenmin voldoende grondslag voor de toewijzing van de vordering tot aanzuivering van het tekort in de faillissementen op grond van artikel 2:248 lid 1 BW. Ten aanzien van de subsidiaire vordering van de curator uit hoofde van artikel 2:9 BW wordt de zaak aangehouden.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 13-12-2017

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2017:6849

Zaaknummer: C/05/315025 / HA ZA 17-42

Rechters: N.W. Huijgen

Advocaten: S. Parijs en A. Hendrikse

Wetsartikelen: 2:248 lid 2 BW, 2:9 BW, 2:10 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bank/curator

Bank reageert niet op termijnstelling ex artikel 58 lid 1 Fw. Twee maanden geldt als een redelijke termijn, geen misbruik van bevoegdheid.

De bank heeft een financieringsrelatie met de heer X, eigenaar van een restaurantpand, een woonhuis en een appartementsrecht. X had aan de bank een recht van hypotheek verschaft op het restaurantpand en het woonhuis. Nadat X in financiële problemen raakt, legt de Belastingdienst executoriaal beslag op de onroerende zaken en de bank neemt in overleg met de Belastingdienst het beslag over. In overleg verkoopt X de onroerende zaken voor € 340.000. X verpand de vordering tot betaling van de koopsom aan de bank. Kort daarop gaat X failliet, terwijl de onroerende zaken op dat moment nog niet geleverd waren aan de koper. De vordering van de bank op X bedraagt circa € 350.000 en de bank wenst dat de curator de koopovereenkomst gestand doet. De curator geeft aan de verlangde medewerking te verlenen op voorwaarde van een passende boedelbijdrage.

De aspirant-koper ontbindt echter de koopovereenkomst. De curator stelt de bank een termijn van twee maanden om tot uitoefening van het hypotheekrecht over te gaan, een termijn die de bank met enkele dagen overschrijdt. De curator geeft na een herinnering aan dat de termijn is verstreken, maar de bank laat het hier niet bij zitten en stelt de termijnstelling ex artikel 58 Fw niet redelijk te achten.

De bank start een artikel 69 Fw-procedure waarin zij de R-C verzoekt de curator te bevelen een redelijke termijn te verlenen aan de bank. Dit verzoek wordt afgewezen en ook het ingestelde hoger beroep en cassatieberoep bieden geen uitkomst. Uiteindelijk heeft de curator de onroerende zaak voor € 220.000 verkocht. De bank vordert het aan de bank toekomende deel van de verkoopopbrengst, de curator weigert betaling. De rechtbank heeft in eerste aanleg de vorderingen van de bank afgewezen en de bank vordert vernietiging van het vonnis.

Wat betreft de redelijke termijn ex artikel 58 lid 1 Fw had de bank, gelet op het geheel aan mededelingen – als ervaren hypotheekbank – moeten begrijpen dat de termijn was gaan lopen na de eerste brief van de curator. De bank heeft nog gesteld dat het uitblijven van een tijdige

reactie de curator en de boedel geen nadeel heeft toegebracht. Het hof verwerpt dit standpunt, aangezien de curator in de brieven voorwaarden heeft gesteld waarbij van belang was dat snel duidelijkheid zou ontstaan, gelet op de verslechterende conditie van de onroerende zaken. Wat betreft de opvatting van de bank dat de opeising door de curator misbruik van bevoegdheid heeft opgeleverd, ofwel onrechtmatig is geweest t.o.v. de bank, volgt het hof de bank niet. Geen van de door de bank aangevoerde gronden kan leiden tot toewijzing van haar vordering en de bank wordt in de proceskosten veroordeeld.

F. van der Voort, februari 2018

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 13-02-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:580

Zaaknummer: 200.180.188_01

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

Advocaten: P.M. Scholtes en F.H.C. Aarts

Wetsartikelen: 58 lid 1 Fw en 69 Fw

RECHTSPRAAK

pandeigenaar/bestuurder

Beroep op bestuurdersaansprakelijkheid op grond van de Beklamel-norm faalt wegens het ontbreken van voorzienbaarheid en omdat er geen omstandigheden aanwezig zijn die een selectieve betaling niet rechtvaardigen. Het te laat deponeren van de jaarcijfers levert ook geen grond voor aansprakelijkheid op, omdat dit een onbelangrijk verzuim is.

Een pandeigenaar verhuurde twee verdiepingen aan Kantoren BV. Zij beoogden ook een samenwerking in de horeca en evenementen. Nadat zij het niet eens werden over de vormgeving van de samenwerking, hebben zij de samenwerking beëindigd en zich beperkt tot de huurrelatie. Een en ander is vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Kantoren is vervolgens failliet gegaan. De pandeigenaar vordert schadevergoeding van de achterliggende DGA (bestuurder van de Holding die Kantoren bestuurdde), op grond van bestuurdersaansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad. De vordering bestaat uit contractuele boetes wegens het te laat betalen van de huur en de achterstallige huur. De pandeigenaar beroept zich zonder succes op ongeoorloofde voortzetting, verhaalsfrustratie, onrechtmatig handelen terzake van de faillissementsaanvraag en een verzuim met betrekking tot de jaarcijfers.

De pandeigenaar stelt dat de DGA namens Kantoren een overeenkomst is aangegaan waarvan hij wist of behoorde te weten dat de vennootschap deze niet zou kunnen nakomen en tevens geen verhaal zou bieden voor de schade (de Beklamel-norm). Tevens stelt de pandeigenaar dat sprake is van selectieve betaling en verhaalsfrustratie omdat de DGA wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde handelwijze tot gevolg zou hebben dat zij haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de schade.

Ten aanzien van het aangaan van de huurovereenkomst oordeelt het hof dat de DGA geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, omdat ten tijde hiervan nog niet voorzienbaar was dat Kantoren niet zou kunnen betalen. Hieraan doet niet af dat de huurprijs te hoog was, de beoogde samenwerking zou immers haar vruchten af gaan werpen. Wat betreft de

vaststellingsovereenkomst valt de DGA ook geen ernstig verwijt te maken. Hij ging deze aan omdat de pandeigenaar financiële problemen had. De DGA heeft juist goed bestuurd door te voorkomen dat Kantoren hierin zou worden meegezogen. Bovendien staan in deze overeenkomst geen nieuwe of aanvullende verplichtingen. Bij de totstandkoming kon de pandeigenaar overigens weten dat Kantoren liquiditeitsproblemen had, gelet op de huurachterstand en de betalingsregeling die werd getroffen. Het hof oordeelt met betrekking tot de verhaalsfrustratie dat hier onvoldoende aanknopingspunten voor zijn. De DGA heeft weliswaar selectief betaald, maar niet is gebleken dat hij dit niet mocht doen.

Het beroep dat de jaarcijfers te laat zijn gedeponeerd doet het hof af met het oordeel dat dit een onbelangrijk verzuim is.

H. Beni Driss, februari 2018

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-02-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:473

Zaaknummer: 200.189.795_01

Rechters: J.P. de Haan, J.M.H. Schoenmakers en J.K. Six-Hummel

Advocaten: T. Delmée en H.J.M. Goossens

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

A/ING

Het frauduleus onttrekken van gelden aan het faillissement van Sufi Life kwalificeert als onrechtmatige daad jegens ING.

De besloten vennootschap Sufi Life houdt sinds april 2012 bij ING een zakelijke betaalrekening aan. Op 14 mei 2013 heeft bij de Rechtbank Rotterdam een faillissementszitting plaatsgevonden waarbij het verzoek tot faillietverklaring van Sufi Life is behandeld, waarbij appellant A en bestuurder B aanwezig waren. Tijdens de zitting is medegedeeld dat op 30 mei 2013 uitspraak zou worden gedaan. Op 30 mei is in de middag door B een kasopname gedaan van € 99.999. Hiervan is op dezelfde dag € 20.000 overgemaakt naar de privérekening van A. Een dag later heeft A € 1.000 opgenomen bij een betaalautomaat. In april 2015 heeft de rechtbank ING op vordering van de curator veroordeeld tot betaling van € 120.999 op de grond dat ingevolge artikel 23 Fw het faillissement terugwerkt tot het tijdstip van 00.00 uur van de dag waarop het is uitgesproken, zodat de uitvoering van de betaalopdrachten van de bestuurder en appellant door ING tot haar aansprakelijkheid jegens de boedel heeft geleid.

ING vordert in deze zaak dat A en B hoofdelijk worden veroordeeld om al datgene te betalen waartoe ING in de hoofdzaak wordt veroordeeld. ING stelt dat de betalingen na 30 mei 00:00 zonder rechtsgrond zijn gedaan, omdat A en B niet bevoegd waren betaalopdrachten te verstrekken. De rechtbank heeft de vorderingen jegens A en B afzonderlijk toewijsbaar geoordeeld op grond van onverschuldigde betaling en onrechtmatige daad. A komt op tegen laatstgenoemde veroordeling.

De vraag in dit hoger beroep is of de rol van A in het samenstel van handelingen die ertoe hebben geleid dat ING is bewogen om € 120.999 van de bankrekening van Sufi Life aan A en B te betalen een onrechtmatige daad oplevert jegens ING. Het hof concludeert dat ervan kan worden uitgegaan dat A en B in samenspraak hebben gehandeld om te gelden te onttrekken aan het faillissement van Sufi Life. De hierdoor ontstane aansprakelijkheid van ING had hen daarvan behoren te weerhouden. Het handelen kwalificeert aldus als onrechtmatig jegens ING.

F. van der Voort, februari 2018

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-09-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:3795

Zaaknummer: 200.179.508/01

Rechters: M.J.J. de Bontridder, A.S. Arnold en M. Jurgens

Advocaten: M. Raaijmakers en I.M.C.A. Reinders Folmer

Wetsartikelen: 23 Fw en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Afwijzing verzoek eigen aangifte

De rechtbank wijst verzoek van bv tot faillietverklaring af wegens ontbreken van vermogen. In lijn met het arrest Hoeksma/R.M. Trade oordeelt de rechtbank dat niet het faillissement moet worden aangevraagd, maar de bv moet worden geturboliquideerd.

De bv is materieel insolvent, nu de schuldeisers niet meer kunnen worden voldaan. Er dient echter vermogen aanwezig te zijn voor het faillissement, omdat dit anders nutteloos is. De bestuurder heeft verklaard dat er geen noemenswaardige bate aanwezig is. Er zijn geen goederen aanwezig, er is geen personeel en de bedrijfsactiviteiten zijn ondertussen gestaakt. Bovendien zijn er geen belangen van bijvoorbeeld werknemers die een faillissement rechtvaardigen.

De bestuurder maakt misbruik van recht door een aangifte tot faillietverklaring te doen in deze situatie, aldus de rechtbank. Deze uitspraak is in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad (Hoeksma/R.M. Trade) aangaande het aanvragen van faillissement terwijl er geen activa aanwezig zijn. De bestuurder moet in deze situatie de weg van de turboliquidatie bewandelen wegens het ontbreken van baten. Dit betekent dat hij voorafgaand aan de melding hiervan aan de KvK onder andere zichzelf moet afvragen of hij als bestuurder wellicht onbehoorlijk heeft bestuurd (in de zin van art. 2:9 en 2:248 BW) en of er geen paulianeuze handelingen zijn verricht.

De rechtbank oordeelt tot slot dat schuldeisers de heropening van de vereffening kunnen verzoeken indien zij aannemelijk maken dat er toch baten zijn en dat zij bij vereffening (gedeeltelijk) zouden worden voldaan. Hiermee wordt naar mijn mening de verantwoordelijkheid voor het onderzoek dat de curator behoort te doen in faillissement neergelegd bij de crediteuren, die over minder informatie beschikken dan een curator zou hebben gedaan.

H. Beni Driss, februari 2018

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 09-01-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:784

Zaaknummer: C/10/541747 / FT EA 17/2561

Rechters: J.C.A.T. Frima

Wetsartikelen: 2:19 BW

RECHTSPRAAK

Curator/TAVO c.s.

Paulianeus handelen tevens als onzakelijk handelen van indirect bestuurders aangemerkt, zodat daarmee vaststaat dat zij hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Eiser in deze procedure is de curator in het faillissement van een vennootschap waarvan gedaagde TAVO, een financiële holding, de enig aandeelhouder en bestuurder was. Op haar beurt werd TAVO bestuurd door de besloten vennootschap gedaagde 2. Bestuurder van gedaagde 2 is de particulier gedaagde 3, die tevens indirect bestuurder was van de inmiddels gefailleerde zustermaatschappijen Bedrijf B (via Bedrijf A) en Bedrijf C (via TAVO).

Na het faillissement van Bedrijf C op 5 maart 2013 heeft de gefailleerde op een openbare veiling materialen van Bedrijf C gekocht. Deze materialen zijn daarna doorverkocht aan gedaagde 4. Het door gedaagde 4 verschuldigde aankoopbedrag is kort voor faillissement verrekend met de rekening-courantschuld van gefailleerde aan gedaagde 4. Ook heeft de gefailleerde in 2013 nog personeel van gefailleerde zustermaatschappijen in dienst genomen.

De curator stelt zich op grond van die gang van zaken op het standpunt dat TAVO c.s. hun taak als (indirect) bestuurder kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:248 lid 1 jo. 2:11 BW). Volgens de curator is daarvan onder meer sprake omdat zij paulianeuze rechtshandelingen hebben verricht en op onzakelijke gronden personeel in dienst hebben genomen en gehouden.

De rechtbank volgt de curator in diens verwijt dat geen redelijk denkend bestuurder ertoe zou besluiten om anderhalf jaar voor het faillissement vijf werknemers in voltijd dienst te nemen en te houden. Zonder nadere toelichting valt niet in te zien waarom een succesvolle (door)start van concernmaatschappijen in gefailleerde niet mogelijk zou zijn geweest als er (in de opstartfase) uitsluitend personeelsleden op oproepbasis waren aangenomen, of als er uitsluitend arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met een beperkte arbeidsduur waren aangegaan.

Ook het paulianaverwilt slaagt. Door de verrekeningen in de verhouding tussen gefailleerde en gedaagde 4, heeft de laatste naar de rechtbank oordeelt voorrang gekregen, waardoor de bestaande crediteuren zijn benadeeld (art. 42 Fw jo. 43 lid 1 sub 5 onder b, en sub 6 Fw). In zoverre is eveneens gehandeld zoals geen ander redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gedaan. Met inachtneming van deze verwijten over het onzakelijk handelen van gedaagden komt de rechtbank tot de conclusie dat zij hun taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 20-12-2017

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2017:10169

Zaaknummer: C/10/512892 / HA ZA 16-1038

Rechters: A.A. Muilwijk-Schaaïj

Advocaten: J.W. E- Griffioen en W.Th. van Dijk

Wetsartikelen: 2:11 BW, 2:248 lid 1 BW, 42 Fw en 43 Fw

RECHTSPRAAK

Gefailleerde/Aanvragers

***Het uitgesproken faillissement wordt in hoger beroep bekrachtigd.
Aan de faillissementstoestand doet niet af dat de gefailleerde
voldoende geld op een derdenrekening heeft staan om alle schuldeisers
op één na te kunnen voldoen.***

Het faillissement van verzoekster A B.V. is in eerste aanleg uitgesproken op aanvraag van gerekwestreedenden. Daartoe hebben gerekwestreedenden aangevoerd ieder een vordering op verzoekster te hebben uit hoofde van een eerdere veroordeling in een andere procedure. Een door verzoekster ter afwering gestelde tegenvordering (wegens een kennelijke fout in het tussen partijen gewezen vonnis die zich leent voor herstel ex art. 31 Rv) is door de rechtbank niet aannemelijk geacht.

Verzoekster heeft in dit hoger beroep aangevoerd dat zij niet verkeert in de toestand te hebben opgehouden met betalen van haar schulden. Door verzoekster is in dat kader aangevoerd dat er voldoende geld op de derdengeldenrekening van haar advocaat staat. Hiermee kan zij naar zij stelt al haar schuldeisers op één na voldoen, terwijl de resterende schuldeiser zich in dat geval voor zijn vordering ook kan verhalen op een met verzoekster voor de schuld hoofdelijk verbonden medeschuldenaar.

Het hof stelt voorop dat de vordering van een van de gerekwestreedenden ondanks de reservering op de derdenrekening nog niet is betaald, zodat daarmee de vordering van deze aanvrager summierlijk aannemelijk is geworden. Hetgeen verzoekster voor haar verweer heeft aangevoerd over evidente fouten in een eerder gewezen vonnis in een andere procedure, wordt door het hof op grond van kracht van gewijsde (art. 236 Rv) verworpen. Het hof acht bijkomend ook de door gerekwestreedenden opgevoerde steunvorderingen voldoende aannemelijk. Er is dus pluraliteit van schuldeisers.

Ten aanzien van het verweer van verzoekster dat er de facto slechts één schuldeiser resteert, overweegt het hof dat de faillissementstoestand ex nunc moet worden getoetst. Bij die toetsing blijkt dat niet alle schulden zijn betaald. Derhalve bestaan nog de door de aanvrager gestelde vordering en de reeds summierlijk aannemelijk geoordeelde steunvorderingen.

Bij zijn beoordeling van de faillissementsstoestand overweegt het hof dat er binnen verzoekster geen activiteiten meer worden ontplooid. Niet weersproken is de door de curator gestelde afwezigheid van activa. Er zijn inmiddels wel gelden om eventueel de (resterende) aanvrager en overige schuldeisers, waaronder de Belastingdienst en de Rabobank, te betalen, alsmede de faillissementskosten. Er is echter geen geld gereserveerd om alle vorderingen te betalen en namens verzoekster is aangegeven dat volledige betaling ook niet binnen redelijke termijn kan plaatsvinden. Het hof is gegeven de gebleken feiten en omstandigheden dan ook van oordeel dat verzoekster thans in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen, zodat het faillissement gehandhaafd dient te blijven.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 14-12-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:5649

Zaaknummer: 200.227.004_01

Rechters: R.R.M. De Moor, S.M.A.M. Venhuizen en M.W.M. Souren

Advocaten: M.F.J. Martens en J. van Oijen

Wetsartikelen: 1 Fw, 6 lid 3 Fw en 8 lid 1 Fw

RECHTSPRAAK

Ex vennoot/Horeca vof

Het faillissement van de v.o.f. wordt in hoger beroep alsnog uitgesproken op aanvraag van een van haar vennoten.

Appellante X B.V. is een voormalig vennoot van geïntimeerde, een v.o.f. die een restaurant exploiteerde. X B.V. heeft het faillissement van de v.o.f. aangevraagd. Naar X B.V. stelt heeft zij vorderingen uit hoofde van geldlening en verhuur van inventaris op de v.o.f. van in totaal € 182.734. De v.o.f. zou daarnaast ook andere schuldeisers, waaronder de fiscus, onbetaald laten.

De rechtbank heeft het verzoek tot faillietverklaring afgewezen op de grond dat haar summierlijk is gebleken dat de v.o.f. een grotere tegenvordering heeft op appellante uit hoofde van omzetverlies van de v.o.f., welk omzetverlies is veroorzaakt door onrechtmatig handelen van appellant.

Procesrechtelijke bijzonderheid in dit hoger beroep is dat de overige vennoten niet zijn verschenen. Zij hebben echter wel in eerste aanleg verweer gevoerd, maar dat kennelijk niet gedaan namens de v.o.f., aldus het hof. Nu evenwel sprake is van een ondeelbare rechtsverhouding waarbij twee vennoten zich hebben verweerd aangaande de door appellant als derde vennoot gestelde gebondenheid van de v.o.f. aan de huurovereenkomstinventaris en de geldleningsovereenkomst, heeft de rechtbank de verweren terecht bij de beoordeling betrokken in het kader van het onderhavige verzoek. In het kader van de devolutieve werking van het hoger beroep zullen deze verweren als in eerste aanleg 'gevoerd' thans in hoger beroep opnieuw dienen te worden beoordeeld.

Naar het hof oordeelt, is de vordering van appellante op de v.o.f. uit hoofde van de door appellante gestelde geldlening summierlijk aannemelijk. Dat geldt niet voor de vordering wegens gestelde achterstallige huur, nu de exacte verplichtingen die uit de overeenkomst voortvloeien, niet summierlijk duidelijk zijn geworden.

De beweerdelijke tegenvordering van de v.o.f. op appellante is gebaseerd op de stelling dat de bestuurder van X B.V., medeappellant, het restaurant van de v.o.f. heeft verkocht en omzetverlies en dus schade heeft veroorzaakt. Die schade acht het hof echter onvoldoende

onderbouwd, zodat de daarop gebaseerde tegenvordering niet summierlijk aannemelijk is.

De door appellante aangevoerde steunvordering wordt door het hof summierlijk aannemelijk geoordeeld, zodat het pluraliteitsvereiste is vervuld. Tot slot oordeelt het hof dat de v.o.f. zich bevindt in de toestand te hebben opgehouden met betalen, nu de schulden zich onvoldoende weersproken opstapelen en er onvoldoende liquide middelen of activa aanwezig lijken te zijn om de schulden binnen korte termijn te voldoen. Het faillissement van de v.o.f. wordt daarom alsnog op aanvraag van appellant uitgesproken.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 14-12-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:5650

Zaaknummer: 200.227.057_01

Rechters: S.M.A.M. Venhuizen, R.R.M. De Moor en M.W.M. Souren

Advocaten: B.M. König

Wetsartikelen: 1 Fw, 6 lid 3 Fw en 9 lid 1 Fw

RECHTSPRAAK

Radiologen/Curatoren Ruwaard van Putten

Ook gedurende een pre pack geldt de Maclou-norm. Er is echter geen grond voor persoonlijke aansprakelijkheid van de curatoren tegenover de voormalige radiologen bij de pre packed doorstart van het Ruwaard van Putten ziekenhuis. Er was geen sprake van enigerlei verplichting tot het betrekken van de radiologen bij de (doorstart)onderhandelingen. Evenmin bestond voor curatoren een verplichting ervoor zorg te dragen of erop toe te zien dat zij een arbeids- of toelatingsovereenkomst of een (goodwill)vergoeding aangeboden zouden krijgen.

Appellanten zijn vrijgevestigd specialisten voor radiologie. Zij oefenden hun praktijk, bij maatschap, tot 2013 uit in het Ruwaard van Putten ziekenhuis. Dat deden zij krachtens een toelatingsovereenkomst met het ziekenhuis. In die overeenkomst is onder meer bepaald dat de door appellanten opgebouwde goodwill bij praktijkoverdracht kan worden verzilverd.

Het Ruwaard van Putten is op 24 juni 2013 gefailleerd met aanstelling van geïntimeerden als curatoren. Voorafgaand aan dit faillissement is gebruikgemaakt van een pre pack procedure. In dat verband is op 24 juni 2013 een doorstart van het ziekenhuis gemaakt door het SMC, een vennootschap die destijds voor dat doel is opgericht door drie regionale ziekenhuizen.

SMC heeft de activa van het Ruwaard van Putten overgenomen. Op 2 juli 2013 hebben de curatoren appellanten (en alle andere medisch specialisten van het voormalig Ruwaard van Putten) bericht dat zij de lopende overeenkomsten tussen hen en het Ruwaard van Putten geen gestand wensen te doen. Enige vergoeding is daarbij uitgebleven.

Het standpunt van appellanten in dit tussentijdse hoger beroep komt erop neer dat de curatoren hen stelselmatig buiten het pre pack proces hebben gehouden en dat zij in de periode na de doorstart onjuiste informatie hebben verschaft teneinde te bereiken dat de medisch specialisten de zorgverlening zouden continueren. Aldus hebben de curatoren volgens appellanten onrechtmatig gehandeld.

Het hof volgt partijen in hun stelling dat de hier aan te leggen maatstaf voor de beoordeling van de eigen taakuitoefening door de curatoren, ook gedurende de pre pack procedure, de zogeheten Maclou-norm is. Door de rechtbank is overwogen dat die norm ziet op persoonlijke aansprakelijkheid van de curator wegens een onjuiste taakuitoefening in een geval dat, in afwezigheid van regels die op het tegendeel wijzen, vrijheid van handelen voor hem bestond.

Het hof verenigt zich met het oordeel van de rechtbank dat ten tijde van de pre pack sprake was van een reële faillissementssituatie. Zodoende bestond voor de curatoren een ruime mate van handelingsvrijheid. Anderzijds is het uitgangspunt dat het een partij die na faillissement een doorstart wil realiseren, vrij staat de doorstart vorm te geven op een wijze die haar goeddunkt.

In dat licht kan de vordering van appellanten niet slagen. Er was geen sprake van enigerlei verplichting tot het betrekken van appellanten bij de (doorstart)onderhandelingen of tot het verschaffen van informatie daarover. Evenmin bestond voor curatoren een verplichting ervoor zorg te dragen of erop toe te zien dat appellanten een arbeids- of toelatingsovereenkomst of een (goodwill)vergoeding aangeboden zouden krijgen.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 28-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:3386

Zaaknummer: 200.190.323/01

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

Advocaten: K.J. de Rooij en W.A.M. Rupert

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

CJIB/Gefailleerde

Dat stukken beweerdelijk niet zijn doorgezonden ten tijde van de postblokkade is kennelijk het gevolg van het ontbreken (van de naleving) van afspraken hierover tussen de gefailleerde en de curator en is een omstandigheid die in deze procedure voor rekening van de gefailleerde behoort te komen.

Het gaat in deze administratieve procedure om een beslissing die de officier van justitie ten aanzien van betrokkene in het kader van de WAHV heeft genomen, welke beslissing aan betrokkene in diens persoonlijke faillissement is toegestuurd per post. Dat is gebeurd op 30 april 2012. Ingevolge de Awb had betrokkene vervolgens tot 11 juni 2012 de tijd om tegen de beslissing in beroep gedaan.

Dat is evenwel niet gebeurd. Het beroepschrift van betrokkene is gedateerd 3 december 2014 en het is op 5 december 2014 bij het CJIB ontvangen. De hier te beantwoorden vraag is dan ook of niet-ontvankelijkverklaring van het beroepschrift achterwege kan blijven omdat redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat de indiener in verzuim is geweest (art. 6:11 Awb).

In dat verband is door betrokkene aangevoerd dat hij de beslissing van de officier van justitie niet heeft ontvangen in verband met de postblokkade (art. 14 lid 1 en 2 jo. 99 Fw). De destijds aan de curator toegezonden stukken zijn niet in diens administratie te vinden, terwijl de in eerste instantie aangestelde curator wegens onbehoorlijk bestuur op 27 februari 2012 is vervangen door een andere curator.

Naar het hof overweegt, kan dat laatste betrokkene niet baten omdat de beslissing van de officier van justitie in deze zaak is verzonden nadat de als eerste aangestelde curator was vervangen. Ten aanzien van de overige stellingen van betrokkene stelt het hof voorop dat er sprake was van een postblokkade, zodat er mitsdien van uit kan worden gegaan dat de beslissing van de officier van justitie door de (nieuwe) curator is ontvangen.

De enkele, niet nader onderbouwde, stelling van betrokkene dat de curator heeft verklaard dat

hij geen stukken van deze zaak in zijn administratie heeft teruggevonden, is naar het oordeel van het hof op zichzelf onvoldoende om tot de conclusie te komen dat de beslissing van de officier van justitie destijds niet door de curator is ontvangen en aldus niet zou zijn verzonden.

Dat stukken beweerdelijk niet zijn doorgezonden, is kennelijk het gevolg van het ontbreken (van de naleving) van afspraken hierover tussen de betrokkene en de curator en is een omstandigheid die in deze procedure voor rekening van de betrokkene behoort te komen. Daarbij komt dat betrokkene kennelijk op de hoogte was van deze zaak, zodat het op zijn weg had gelegen om – ten minste – bij de curator naar eventuele correspondentie te informeren.

De conclusie van het hof is dan ook dat de termijnoverschrijding door betrokkene niet verschoonbaar is geweest.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 16-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:10039

Zaaknummer: WAHV 200.183.036

Rechters: Sekeris

Wetsartikelen: 14 lid 2 Fw en 99 Fw

RECHTSPRAAK

Medisch specialisten/Curatoren

Toepasselijkheid Maclou-norm tijdens pre pack. Ten tijde van de pre pack procedure was sprake van een reële faillissementssituatie, zodat aan de curatoren een grote mate van handelingsvrijheid toekwam. In dat licht zijn de enkele stellingen van de voormalig specialist van het Ruwaard van Putten ziekenhuis, die erop neerkomen dat zijn praktijk kosteloos is overgenomen door de doorstarter, onvoldoende voor persoonlijke aansprakelijkheid van de curatoren.

Appellant is vrijgevestigd specialist urologie. Hij oefende zijn praktijk, bij maatschap, tot 2013 uit in het Ruwaard van Putten ziekenhuis. Dat gebeurde krachtens een toelatingsovereenkomst met het ziekenhuis. In die overeenkomst is onder meer bepaald dat de door de maatschap opgebouwde goodwill bij praktijkoverdracht kan worden verzilverd.

Het Ruwaard van Putten is op 24 juni 2013 gefailleerd met aanstelling van geïntimeerden als curatoren. Voorafgaand aan dit faillissement is gebruikgemaakt van een pre pack procedure. In dat verband is op 24 juni 2013 een doorstart van het ziekenhuis gemaakt door het SMC, een vennootschap die destijds voor dat doel is opgericht door drie regionale ziekenhuizen.

SMC heeft de activa van het Ruwaard van Putten overgenomen. Op 2 juli 2013 hebben de curatoren appellant (en alle andere medisch specialisten van het voormalig Ruwaard van Putten) bericht dat zij de lopende overeenkomsten tussen hem en het Ruwaard van Putten geen gestand wensen te doen. Enige vergoeding is daarbij uitgebleven.

In eerste instantie is appellant vervolgens een tijdelijk arbeidscontract aangeboden door SMC. Tezelfdertijd heeft appellant vanwege het faillissement van het Ruwaard van Putten de maatschap verlaten. Aan appellant is uiteindelijk op 28 oktober 2013 meegedeeld dat de verdere samenwerking met het SMC zou worden beëindigd.

Het standpunt van appellant in dit tussentijds hoger beroep komt erop neer dat de curatoren de praktijk van appellant onrechtmatig, want door middel van het om niet toe-eigenen ervan,

hebben overgedragen aan SMC, waardoor appellant schade lijdt. Ook verwijt hij de curatoren dat zij hem buiten het pre pack proces hebben gehouden en is het aan hen te wijten dat hem voor de praktijkovername geen vergoeding door SMC is toegekend.

Onder toepassing van de Maclou-norm stelt het hof voorop dat ten tijde van het aanvragen van de pre pack procedure sprake was van een reële faillissementssituatie. Hieruit volgt dat voor curatoren een ruime mate van vrijheid van handelen bestond. Het stond hen dus in zoverre vrij een zo hoog mogelijke opbrengst te genereren ten behoeve van de schuldeisers en het beperken van maatschappelijke schade. Daarnaast staat het een partij die na faillissement een doorstart wil realiseren vrij de doorstart vorm te geven op een wijze die haar goeddunkt. In dat licht kunnen naar het hof oordeelt de enkele stellingen van appellant, inhoudende dat de curatoren zijn positie en zijn belangen (bewust en/of stelselmatig) hebben genegeerd en veronachtzaamd, niet leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van de curatoren.

Evenmin bestond voor de curatoren een verplichting ervoor zorg te dragen of erop toe te zien dat appellant een arbeids- of toelatingsovereenkomst met het SMC of een (goodwill)vergoeding aangeboden zou krijgen. Niet is aangetoond dat de curatoren (door de wijze waarop zij de doorstart hebben vorm gegeven) eraan hebben meegewerkt dat aan appellant zijn praktijk werd ontnomen en dat deze kosteloos werd voortgezet door SMC c.s. Uit niets is gebleken dat de curatoren met dat vooropgezette doel hebben gehandeld.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 27-07-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:3385

Zaaknummer: 200.190.063/01

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

Advocaten: K.J. de Rooij en W.A.M. Rupert

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

In deze procedure van een natuurlijk persoon ('Eiser') tegen de curatoren ('Curatoren') van DSB Bank ('DSB') gaat het om een vordering om de executie van de hypotheekakte van de hypotheek te staken en een vordering tot verklaring van recht dat DSB haar informatie-, mededeling-, waarschuwings- en spreekplicht heeft geschonden en onrechtmatig heeft gehandeld.

Feiten

Eiser heeft een lening afgesloten bij DSB voor de aankoop van een huis en hiertoe een hypotheekrecht verstrekt. Eiser is in 2012 failliet verklaard. Op 30 januari is het appartement ver onder de hoogte van de lening verkocht. Hierdoor resteert een zeer forse restschuld. Voor de restschuld is een restschuldregeling aangegaan. Deze regeling is door Eiser niet nagekomen. Om die reden hebben Curatoren executoriaal beslag gelegd onder de werkgever van Eiser.

Executoriale titel

Eiser stelt dat de hypotheekakte voor inning van de restschuld niet als executoriale titel kan worden aangewend. Curatoren betwisten dat. De rechtbank overweegt dat de grosse van een notariële akte executoriale kracht heeft ex artikel 430 Rv. Uit het arrest Rabobank/Visser (NJ 1993/449) volgt de eis dat de notariële akte alleen een executoriale titel in de zin van artikel 430 Rv oplevert indien de akte betrekking heeft op vorderingen die op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaan en in de akte zijn omschreven, of op toekomstige vorderingen die een onmiddellijke grondslag vinden in een op het tijdstip van het verlijden van de akte bestaande en in de akte omschreven rechtsverhouding.

Volgens de rechtbank ziet de hypotheekakte op de geldlening waar nog een restschuld van openstaat en is er dus een executoriale titel voor Curatoren.

Compensatieregeling

Eiser stelt verder dat verschillende zorgplichten door DSB en Curatoren zijn geschonden.

Als meest verstrekkende verweer voeren de curatoren aan dat Eiser zich niet tijdig aangemeld heeft voor de zogenoemde DSB-compensatieregeling zodat geen aanspraak gemaakt kan worden op de vergoeding voor de mogelijke schending van de zorgplicht. Dat verweer slaagt omdat Eiser niet op tijd een beroep op de regeling heeft gedaan. De rechtbank komt tot de conclusie dat de vordering voor zover de schade is gebaseerd op de zorgplicht moet worden afgewezen.

Voor overige vorderingen wordt niet voldaan aan de stelplicht. Het door Eiser aangevoerde schuldeisersverzuim wordt door de rechtbank afgewezen omdat de executoriale verkoop verband hield met een echtscheiding, arbeidsongeschiktheid van eiser, het staken van zijn bedrijf, en de waardedaling van zijn woning, waardoor de ontstane restschuld is ontstaan. Het beroep op schuldeisersverzuim stuit reeds hierop af. Het beroep op onvoorziene omstandigheden ex artikel 6:258 BW wordt afgewezen omdat de rechtbank oordeelt dat het niet zo is dat DSB reeds in oktober 2007 had moeten voorzien wat er enkele binnen enkele jaren met de woningmarkt zou gaan gebeuren. De kredietcrisis is niet de enige oorzaak is van de restschuld.

De rechtbank wijst alle vorderingen af.

M. Hartman, februari 2018

Instantie: Rechtbank Noord-Holland
Datum uitspraak: 10-01-2018
ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:247
Zaaknummer: C/15/255027 / HA ZA 17-123
Rechters: E. Kanninga-Jonker
Advocaten: F.E. Boonstra en T.P. Hoekstra
Wetsartikelen: 430 Rv

RECHTSPRAAK

X/Accountant

Accountant en maatschap worden aansprakelijk gehouden voor de schade die voortvloeit uit het afgeven van een onjuiste inbrengverklaring, in verband met de fusie tussen een financiële holding en een assurantiekantoor.

In mei 2008 worden door A en B afspraken gemaakt over een fusie van een financiële holding en een assurantiekantoor. De bedoeling is dat er een nieuwe houderstermaatschappij (Holding) wordt opgericht, waarin de aandelen van verschillende vennootschappen worden ingebracht. In opdracht van de oprichters van Holding heeft de accountant van B een inbrengverklaring afgegeven, die zowel de balans per 1 oktober 2008 van Holding i.o. bevat, als de waarderingsgrondslagen en de accountantsverklaring zoals bedoeld in artikel 2:204a lid 2 BW (oud). De accountant is ten tijde van het afgeven van de verklaring maat van een maatschap. In de accountantsverklaring is onder meer opgenomen dat de waarde van de voorgenomen inbreng ten minste gelijk is aan het bedrag van de stortingsplicht, waaraan met de voorgenomen inbreng moet worden voldaan.

Eind 2009 ontstaan er bij de Holding liquiditeitsproblemen vanwege de aanhoudende verliezen van het assurantiekantoor, waarna een onderzoek naar de boeken volgt. Na controle blijkt dat als de administratie goed was gevoerd, de waarde van de aandelen in het aandelenkapitaal van het assurantiekantoor per 30 september 2008 € 158.114 lager had gelegen dan destijds door de accountant op de balans is opgenomen. A stelt dat zij, indien zij hiervan op de hoogte was geweest, de fusie niet had doorgezet.

In april 2010 stelt A de maatschap en de accountant aansprakelijk voor de schade ten gevolge van de onjuiste accountantsverklaring. In juli 2010 wordt het assurantiekantoor in staat van faillissement verklaard. A dient tevens een klacht in bij de Accountantskamer, die deels gegrond wordt verklaard. De rechtbank wijst de vorderingen van A tegen de maatschap en de accountant af, waarna A in hoger beroep gaat.

De vordering is primair gebaseerd op toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst van opdracht en subsidiair op onrechtmatige daad. Wat betreft de tekortkoming

in de nakoming neemt het hof het oordeel van de Accountantskamer over, dat niet voldoende is betwist door de maatschap. Het hof stelt dat de maatschap het belang van een juiste aandelenverhouding voor de oprichters van de Holding kende en dat de aandelenverhouding was gebaseerd op de waarde van de aandelen van de andere vennootschappen. Ook uit een brief van de accountant blijkt dat de maatschap wist dat op basis van haar verklaring 'groen licht zou worden gegeven' voor de inbreng. Hierdoor had A redelijkerwijs van de maatschap als redelijk handelend en bekwaam accountant mogen verwachten dat de maatschap over het gebruik van de kolommenbalans na correctie als grondslag van de op te maken inbrengverklaring overleg zou voeren met haar opdrachtgevers, waaronder A en dat de maatschap onderzoek zou verrichten naar die aangeleverde gegevens van het assurantiekantoor. Nu de maatschap dit niet heeft gedaan, is zij tekortgeschoten in de nakoming van haar overeenkomst met X. Aangezien de maatschap geen rechtspersoonlijkheid heeft en iedere maat (ook na uittreding, zie HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840) persoonlijk aansprakelijk is jegens de opdrachtgever voor het geheel (art. 7:407 lid 2 BW), is de accountant als voormalig maat ook persoonlijk aansprakelijk voor de tekortkoming. Het beroep van de maatschap en de accountant op artikelen 6:89 BW en 3:310 BW slaagt niet, omdat er respectievelijk tijdig is geklaagd en de vordering tot schadevergoeding binnen de voorgeschreven termijn is ingesteld. Wat betreft de schade zal een vergelijking gemaakt moeten worden tussen de hypothetische situatie dat de Holding niet zou zijn opgericht en de huidige situatie.

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank voor zover daarbij de vorderingen van A jegens de maatschap en de accountant zijn afgewezen en verklaart dat laatstgenoemden toerekenbaar tekort zijn geschoten. De maatschap en de accountant worden veroordeeld tot vergoeding van de door de tekortkoming geleden schade en het hof verwijst de zaak naar de schadestaatprocedure.

F. van der Voort, februari 2018

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-02-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:472

Zaaknummer: 200.188.991_01

Rechters: O.G.H. Milar, J.I.M.W. Bartelds en A.R. Autar

Advocaten: E. Beele en N.E.N. te de Louwere Waalre

Wetsartikelen: 7:407 lid 2 BW, 2:204a lid 2 BW, 6:162 BW, 6:74 VW en 7:400 BW

RECHTSPRAAK

Mikomax BV/Bestuurders

Bestuurdersaansprakelijkheid. Het actief aansporen van een vennootschap om opnieuw te leveren, terwijl zij goederen expres onder zich houdt ter zekerheidsstelling voor betaling, levert een persoonlijk ernstig verwijt op nu de bestuurder had moeten beseffen dat niet aan de betalingsverplichting kon worden voldaan.

De besloten vennootschap Mikomax stelt de bestuurder en indirect bestuurder van Total Office, de gefailleerde vennootschap, aansprakelijk voor de door haar geleden schade. Mikomax stelt dat de gedaagden hadden behoren te begrijpen dat Total Office de met haar gesloten overeenkomsten niet zou kunnen nakomen en dat zij geen verhaal zouden kunnen bieden voor de door haar geleden schade. Het gaat met name om een e-mailbericht van Mikomax aan Total Office waarin Mikomax schrijft dat zij geen goederen zal leveren zolang een op dat moment nog openstaand bedrag niet is betaald. De indirect bestuurder heeft hierop persoonlijk gereageerd met de mededeling dat de openstaande facturen zijn voldaan, terwijl hij aandrang op de levering van de goederen. In een tussenvonnis is opdracht gegeven om aan Mikomax bewijs te leveren van feiten of omstandigheden waaruit volgt dat gedaagden ten tijde van de e-mail reeds wisten of behoorden te begrijpen dat Total Office de betalingsverplichting ten aanzien van de destijds nog niet geleverde goederen niet zou kunnen nakomen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Op basis van de getuigenverklaringen kan niet als bewezen worden beschouwd dat de gedaagde begin augustus 2014 reeds had besloten faillissement aan te vragen dan wel dat hij reeds had besloten geen geld meer in de failliet te investeren. Aangenomen dient te worden dat gedaagde te goeder trouw kapitaal is blijven verstrekken aan de failliet en dat geen sprake was van enige intentie of vooropgezet plan om de goederen van Mikomax geleverd te krijgen en vervolgens een faillissement aan te vragen.

Toch kan volgens de kantonrechter gedaagde een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt. De gedaagde had moeten beseffen dat hij de tegenprestatie voor de te leveren goederen – zonder nieuwe kapitaalinjectie – niet zou kunnen voldoen. Mikomax hield de goederen

expres onder zich ter zekerheidsstelling voor betaling. Het actief aansporen van Mikomax om toch opnieuw te leveren levert een persoonlijk ernstig verwijt op. De bestuurder en indirect bestuurder zijn daarom aansprakelijk voor de door Mikomax geleden schade.

F. van der Voort, februari 2018

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 14-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2017:10390

Zaaknummer: 4794050 CV EXPL 16-1018

Rechters: P. Joele

Advocaten: N.J.P. Vanaken en E. Hoogendam

Wetsartikelen: 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Werknemers/Roose B.V. c.s.

De omstandigheid dat bestuurders van een gefailleerde vennootschap voor faillissement de mogelijkheid hebben onderzocht om eventueel delen van de onderneming over te dragen, leidt niet tot de conclusie dat sprake is van een pre-pack in de zin van het Smallsteps-arrest.

Tuunte Holding B.V. heeft vijf dochtervennootschappen, waaronder Tuunte Fashion B.V. De werknemers hadden een arbeidsovereenkomst met Tuunte Fashion. Nadat Tuunte Fashion in staat van faillissement is verklaard, heeft de curator op grond van artikel 40 Fw de arbeidsovereenkomst van alle werknemers opgezegd. Niet lang daarna werd met toestemming van de R-C overeenstemming bereikt over de verkoop van activa (doorstart) met Roose B.V. en Zoef Investments B.V. Roose neemt tevens de handelsnaam Tuunte over.

De werknemers vorderen vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens strijd met het opzegverbod, zoals bedoeld in artikel 7:670 lid 8 BW. Zij betogen dat sprake is van overgang van onderneming, waarbij het plan voor een doorstart al klaar lag voordat het faillissement van Tuunte Fashion werd uitgesproken. Artikel 7:666 BW is daarom niet van toepassing, met als gevolg dat werknemers in dienst zijn gekomen van Roose/Zoef. Mocht de opzegging niet worden vernietigd, dan moeten de gevraagde vergoedingen (billijke vergoeding ex art. 7:681 BW, transitievergoeding en vergoeding wegens onrechtmatige opzegging) worden betaald.

Vooropgesteld wordt dat van een 'pre-pack' situatie zoals bedoeld in het arrest FNV/Smallsteps (HvJ 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489) in ieder geval geen sprake is. De betrokken bestuurders van Tuunte Fashion waren ervan op de hoogte dat (na o.a. de aan haar verstrekte financiering was opgezegd) een faillissement kon volgen, waarbij ook vaststaat dat deze bestuurders voor het faillissement nagingen of het zakelijk gezien interessant was delen van de overneming over te dragen aan derden of deze zelf via nieuw op te richten vennootschappen te verkrijgen. De omstandigheid dat werd onderzocht welke delen van de onderneming uit de boedel zouden kunnen worden overgenomen en welke prijs hiervoor mogelijk zou worden geboden, dwingt niet tot de conclusie dat artikel 7:666 BW niet

van toepassing is. Zelfs als er al sprake zou zijn van overgang van onderneming, dan zijn de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomsten niet op Roose/Zoef overgegaan, omdat artikel 7:663 BW volgens artikel 7:666 BW niet van toepassing is. Tevens is het opzegverbod van artikel 7:670 lid 8 BW niet van toepassing, waardoor het verzoek om de opzegging op deze grond te vernietigen wordt afgewezen. Wat betreft de gevraagde transitievergoeding geldt dat de curator deze niet hoeft te voldoen, omdat Tuunte Fashion in staat van faillissement is verklaard. Omdat er geen sprake is van strijd met het opzegverbod, wordt ook geen billijke vergoeding toegekend. Een vergoeding wegens onregelmatige opzegging is in deze zaak ook niet op zijn plaats, aangezien de curator de arbeidsovereenkomsten met inachtneming van de opzegtermijn van artikel 40 Fw heeft opgezegd.

F. van der Voort, februari 2018

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 01-02-2018

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2018:447

Zaaknummer: 6477430

Rechters: I.C.J.I.M. van Dorp

Advocaten: H. Aydemir, A. Lettenga, C.W. Houtman, H.G. Pomper, S.J.B. Drijber en H.M. Korthuis

Wetsartikelen: 40 Fw, 7:662 BW, 7:663 BW, 7:666 BW en 7:670 lid 8 BW

RECHTSPRAAK

accountant/curator

Rechtbank gaat niet over tot oproeping van de curator in vrijwaring omdat er geen geding is tussen de curator en een derde die een vordering op de failliet stelt te hebben. De accountant moet zijn vordering ter verificatie indienen.

Het geschil in de hoofdzaak betreft een schadevergoedingsvordering op grond van onrechtmatige daad dan wel wanprestatie. De investeerder heeft geïnvesteerd in het bedrijf vertrouwend op de jaarrekeningen. Het bedrijf is echter failliet gegaan, met schade voor de investeerder tot gevolg.

De accountant heeft onterecht goedkeuring verleend aan de jaarrekeningen, aangezien deze niet voldeden aan de vereisten. De accountant voert echter aan dat de bestuurder van het bedrijf in eerste instantie verantwoordelijk is voor de jaarrekening en hij (gedeeltelijk) voor de schade moet opdraaien. De vordering tot oproeping in vrijwaring van de bestuurder wordt toegewezen.

De vordering tot oproeping in vrijwaring van de curator wordt afgewezen omdat er in casu geen geschil is tussen de curator en een derde die een vordering op de failliet stelt te hebben. De accountant moet zijn vordering ter verificatie indienen.

H. Beni Driss, februari 2018

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 13-12-2017

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2017:6905

Zaaknummer: C/05/325850 / HA ZA 17-467

Rechters: K. Mans

Advocaten: F.J. Schoute en G. Kattenberg

Wetsartikelen: 210 Rv, 843a Rv en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

curator/Frésena-Salland B.V.

Verkoop activa door de curator. Nadien gebleken vordering wegens verrekeningsverbod ex artikel 54 Fw is ook overgedragen. Curator is niet bevoegd deze vordering te innen.

Frésena-Salland BV had een schuld aan de inmiddels failliete Lyempf BV van € 208.250. Frésena heeft een vordering van haar zustervennootschap op Lyempf gekocht. Vervolgens heeft zij de schuld met de vordering verrekend. In het faillissement van Lyempf heeft de curator de activa verkocht aan Hyproca Dairy Investments BV. De curator stelt zich op het standpunt dat Frésena niet bevoegd was te verrekenen en vordert betaling van de schuld van Frésena. Het hof oordeelt dat de curator echter niet bevoegd is tot inning, nu de vordering op Frésena is overgedragen aan Hyproca.

Het hof overweegt dat artikel 54 Fw bepaalt dat degene die niet te goeder trouw is, niet bevoegd is tot verrekening over te gaan. Een verrekeningsverklaring heeft geen effect en verrekening vindt niet plaats. Voor zover de verrekening door Frésena niet plaats heeft gevonden, kan de vordering op Frésena niet worden geïnd door de curator, nu deze is verkocht. Een curator behoort bij de verkoop van de activa rekening te houden met mogelijk onbevoegde verrekeningen.

Of de vordering op Frésena, die gelet op artikel 54 Fw niet is verrekend, onder de verkoop aan Hyproca viel, was in deze zaak punt van discussie omdat de vordering niet met zoveel woorden werd genoemd in de bijlage van de overeenkomst. Gelet op de tekst van de overeenkomst tussen de curator en Hyproca, de Haviltex-maatstaf en het feit dat deze zeer snel is gesloten terwijl weinig onderzoek is gedaan door de curator, oordeelt het hof dat deze vordering is verkocht aan Hyproca (het hof verwijst hierbij ook naar het arrest DSM/Fox). Hyproca heeft namelijk geëist alle vorderingen te verkrijgen en de curator heeft dit aanvaard door overeen te komen dat de genoemde vorderingen in de bijlage en 'een enkele' vergeten vordering werden verkocht aan Hyproca. Dit laatste is niet beperkt tot bepaalde situaties waartoe het onderhavige geval niet zou behoren.

H. Beni Driss, februari 2018

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 14-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:9974

Zaaknummer: 200.169.608/01

Rechters: H.L. Wattel, B.J. Engberts en H.M.L. Dings

Advocaten: M.A. Kerkdijk en J.V. van Ophem

Wetsartikelen: 54 Fw en 6:162 BW