

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 05, 2018

Nummer 5, 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

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:384](#) 30-01-2018

De coöperatie/De vennootschap

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:1008](#) 30-01-2018

Van der Maas q.q. / X

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:961](#) 30-01-2018

Van der Hel q.q./Gemeente Ede

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:54](#) 09-01-2018

Curatoren Imtech/KPMG

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:23](#) 02-01-2018

Beheer c.s./De maatschap c.s.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:57](#) 02-01-2018

Opposant/Steenbergen q.q.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:11292](#) 21-12-2017

WSNP verzoeker

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

Meulenberg q.q./Frésena-Salland

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:3127](#) 01-08-2017

KVB/ING COMMERCIAL FINANCE BV

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:1405](#) 21-02-2018

X/Rutges B.V.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:611](#) 07-02-2018

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2018:739](#) 07-02-2018

ING Lease Vastgoed B.V./Verwiel q.q. en Hermesen q.q.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:1150](#) 31-01-2018

X/Curator

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2018:245](#) 24-01-2018

Van der Kolk q.q./X c.s.

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2018:245](#) 24-01-2018

Van der Kolk q.q. / X

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2018:335](#) 17-01-2018

Eneco/X Company

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

De lege B.V.

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

Cijmo Beheer c.s./Lodders Accountants c.s.

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:6920](#) 13-09-2017

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:2006](#) 22-03-2017

curator/Credit Suisse Brazil

Antillen

[Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba, ECLI:NL:OGHACMB:2017:157](#) 17-10-2017

curator/werknemers

RECHTSPRAAK

ING Lease Vastgoed B.V./Verwiel q.q. en Hermsen q.q.

In een renvooiprocedure als bedoeld in artikel 486 Rv geldt, net als bij artikel 122 Fw, dat de vorderingen niet verder mogen strekken dan hetgeen aan de rechter-commissaris ter beslissing voorlag. Op het meer gevorderde gaat de rechtbank dan ook niet in, maar wel op het vaststellen van de rangregeling na executieopbrengst.

In een renvooiprocedure als bedoeld in artikel 486 Rv geldt, net als bij artikel 122 Fw, dat de vorderingen niet verder mogen strekken dan hetgeen aan de rechter-commissaris ter beslissing voorlag. Op het meer gevorderde gaat de rechtbank dan ook niet in, maar wel op het vaststellen van de rangregeling na executieopbrengst. Kort gezegd komen geen van de door ING ingediende vorderingen voor erkenning in aanmerking.

T.M.M. Schaap, maart 2018

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 07-02-2018

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2018:739

Zaaknummer: C/02/315105 / HA ZA 16-311

Rechters: Van Geloven

Advocaten: A. Scholten en B. Vermue

Wetsartikelen: 122 Fw en 486 Rv

RECHTSPRAAK

Verdachte wordt veroordeeld voor bedrieglijke bankbreuk. Hij had geen administratie bijgehouden, ook niet toen het faillissement in zicht kwam.

Verdachte wordt vervolgd voor bedrieglijke bankbreuk. Zijn raadsman voert aan dat er geen sprake is geweest van opzet voor wat betreft het verkorten van de rechten van de schuldeisers van verdachte; verdachte had namelijk geen rekening gehouden met een faillissement. De rechtbank gaat hier niet in mee, aangezien er voor de holding waar deze zaak over gaat al eerder faillissement was aangevraagd, en daarnaast was verdachte voor faillissement van deze holding zelf ook failliet gegaan. Omdat verdachte voor voornoemde feiten maar ook erna geen administratie heeft bijgehouden en ook geen poging heeft gedaan om de administratie van de voorgaande jaren bij te werken, oordeelt de rechtbank dat er sprake is van voorwaardelijk opzet.

T.M.M. Schaap, maart 2018

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 07-02-2018

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2018:611

Zaaknummer: 13/993056-16

Rechters: B. Vogel, D.J. Cohen Tervaert en T.T. Hylkema

Advocaten: D.V.A. Brouwer

Wetsartikelen: 343 Sr

RECHTSPRAAK

X/Curator

Curator werpt een incident op tot niet-ontvankelijkheid van X, aangezien X door een ongelukkige fout niet binnen de overeengekomen vervalt termijn de dagvaarding bij de rechtbank heeft aangebracht.

X heeft met de vennootschap A een akte ondertekend waarin staat vermeld dat de vennootschap alle vorderingen die zij heeft of zal verkrijgen in eerste pand geeft aan X tot zekerheid van hetgeen zij aan X verschuldigd is of mocht zijn. Era Contour BV en Dura Vermeer Groep NV, twee debiteuren van de vennootschap, hebben in hun algemene voorwaarden een verpandingsverbod met goederenrechtelijk effect opgenomen. Nadat de vennootschap in staat van faillissement is verklaard, bericht de curator aan de advocaat van X dat er zal worden overgegaan tot incasso van de debiteurenvorderingen op Era en Dura Vermeer. De opbrengst hiervan zal op de boedelrekening worden gestort in afwachting van een minnelijke regeling of rechterlijke uitspraak waaruit de verdeling van de opbrengst blijkt. De curator stelt X een termijn van zes maanden om een procedure over het verpandingsverbod te starten ('d.w.z. een dagvaarding te hebben uitgebracht') dan wel een minnelijke regeling met de curator te hebben bereikt.

Vervolgens krijgt de curator bericht dat er een ongelukkige fout is gemaakt door het kantoor van de advocaat van X; de dagvaarding is een dag voor het verstrijken van de vervalt termijn aan de curator betekend, maar niet aangebracht bij de rechtbank. De curator stelt dat hij genooddaakt is de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te dienen en houdt vast aan de overeengekomen regeling. X vordert onder meer een verklaring voor recht dat het niet aanbrengen van de betekende dagvaarding niet het gevolg heeft dat zij de vorderingen niet opnieuw kan indienen en mocht dat wel het geval zijn, zij op grond van haar pandrecht voorrang heeft op de opbrengst van de vorderingen op Era en Dura Vermeer. De curator werpt een incident op tot niet-ontvankelijkheid wegens een tussen partijen overeengekomen vervalbeding.

De vraag is hoe de overeenkomst tussen de curator en X dient te worden uitgelegd. Beslissend

blijft de zin die partijen in de gegeven omstandigheden aan deze bepalingen mochten toekennen en wat zij van elkaar mochten verwachten (HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101). Dit is niet anders in het geval dat een beding verstrekkende gevolgen heeft, zoals met dit vervalbeding, of waar het twee professionele partijen betreft die zich hebben laten bijstaan door kundige juridische adviseurs (HR 20 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0727). Naar het oordeel van de rechtbank blijkt dat partijen een vervalltermijn zijn overeengekomen en dat X niet tijdig een procedure heeft gestart, zodat de vervalltermijn ongebruikt is verstreken. Er is geen sprake van bijzondere omstandigheden waardoor het vervalbeding in strijd zou zijn met de redelijkheid en billijkheid. X wordt niet-ontvankelijk verklaard.

F. van der Voort

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 31-01-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:1150

Zaaknummer: C/10/524207 / HA ZA 17-332

Rechters: A.A. Muilwijk-Schaaïj

Advocaten: M. Mos en S.A. van Aalst

Wetsartikelen: 209 Rv

RECHTSPRAAK

curator/Credit Suisse Brazil

Prejudiciële vraag aan de Hoge Raad aangaande de rente vervallen tussen surseance van betaling en opvolgend faillissement. Fixatiebeginsel.

Credit Suisse Brazil Ltd heeft kredieten verstrekt aan OSX Leasing Group B.V. De overeenkomsten bepalen dat bij niet tijdige betaling door OSX een rente openvalt van 11,5% per jaar over de hoofdsom die aan CSB verschuldigd is. Nadat de hoofdsom opeisbaar is geworden, heeft OSX nagelaten te betalen. Eerst is aan OSX voorlopige surseance van betaling verleend. Bij de beschikking waarbij deze is ingetrokken is OSX failliet verklaard. CSB heeft ter verificatie een vordering ingediend welke mede de rente omvat over de periode waarin aan OSX surseance was verleend tot aan faillissement.

De curator stelt dat artikel 260 Fw met zich meebrengt dat rentevorderingen worden gefixeerd op de datum waarop (voorlopige) surseance van betaling wordt verleend. Surseance en faillissement dienen als één geheel te worden behandeld ingevolge artikel 249 Fw en de rechtspraak van de Hoge Raad. CSB stelt dat artikel 260 Fw, anders dan artikel 128 Fw, geen fixatie van vorderingen meebrengt. Tevens wordt niet verwezen naar artikel 128 Fw. Rentevorderingen worden pas gefixeerd op de dag van de faillietverklaring.

De rechtbank legt de vraag of deze vordering moet worden erkend voor aan de Hoge Raad. Deze vraag wordt in de lagere rechtspraak tot op heden niet eenduidig beantwoord.

De Hoge Raad heeft ondertussen deze vraag bevestigend beantwoord (ECLI:NL:HR:2017:2991). Indien faillissement volgt na surseance komt de rente die tussen de datum van surseance en de datum van faillissement is vervallen voor verificatie in aanmerking, mits de rente betrekking heeft op een vordering waarvoor de surseance werkt.

H.Beni Driss, maart 2018

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 22-03-2017

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:2006

Zaaknummer: C/13/600538 / HA ZA 16-38

Rechters: G.H. Marcus, B. Brokkaar en B.M. Visser

Advocaten: K.M. Sixma en A.C.A.D. Bakker

Wetsartikelen: 260 lid 1 Fw en 128 Fw

RECHTSPRAAK

X/Rutges B.V.

Gefailleerde en gedaagde hebben een overeenkomst gesloten die, gelet op de algemene voorwaarden, ontbonden mocht worden in geval van faillissement van een van beide partijen. De curator voert tevergeefs aan dat gedaagde de overeenkomst niet had mogen ontbinden wegens schuldeisersverzuim.

Gefailleerde en gedaagde hebben een overeenkomst gesloten die, gelet op de algemene voorwaarden, ontbonden mocht worden in geval van faillissement van een van beide partijen. De curator voert tevergeefs aan dat gedaagde de overeenkomst niet had mogen ontbinden wegens schuldeisersverzuim.

T.M.M. Schaap, maart 2018

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 21-02-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:1405

Zaaknummer: C/10/530597 / HA ZA 17-664

Rechters: D. van Dooren

Advocaten: G.A. Krol en R. Mons

RECHTSPRAAK

De coöperatie/De vennootschap

Het door de aannemer bedongen eigendomsvoorbehoud ten aanzien van betonwapening is vervallen omdat die wapening als onmiskenbaar onderdeel van de vloer bestanddeel is geworden van het in aanbouw zijnde bedrijfsgebouw.

Appellante, de Coöperatie, heeft met Staalbouw een aannemingsovereenkomst gesloten met betrekking tot de bouw van een bedrijfsgebouw. Ten behoeve van de vervaardiging van de betonbewapening van de vloer van het bedrijfsgebouw heeft Staalbouw met geïntimeerde een aannemingsovereenkomst gesloten. Op basis daarvan heeft geïntimeerde in maart 2014 de overeengekomen betonwapening geplaatst. Daar was zij op 24 maart 2014 mee klaar. De kosten voor deze werkzaamheden zijn door Staalbouw onbetaald gelaten. Staalbouw is op 25 maart 2014 failliet verklaard. Dat had tot gevolg dat de vloer niet op 25 maart 2014 is gestort, maar pas op 31 maart 2014 door een derde die daartoe opdracht had gekregen van de Coöperatie.

In de onderhavige procedure vordert geïntimeerde veroordeling van de Coöperatie tot betaling van de door haar geleden schade. Aan haar vordering heeft geïntimeerde ten grondslag gelegd dat zij tot 31 maart 2014 een eigendomsvoorbehoud had ten aanzien van de wapening en dat zij de Coöperatie hiervan al snel na het faillissement van Staalbouw op de hoogte heeft gesteld. Door op 31 maart 2014 niettemin het beton voor de vloer te laten storten, heeft de Coöperatie geïntimeerde de kans ontnomen om zich jegens de curator in het faillissement van Staalbouw op het eigendomsvoorbehoud te beroepen, heeft zij beschikt over eigendommen van geïntimeerde en heeft zij zich deze toegeëigend. Aldus heeft de Coöperatie, gelet op haar wetenschap van het eigendomsvoorbehoud, onrechtmatig gehandeld, danwel is zij ongerechtvaardigd verrijkt.

De kantonrechter heeft de vordering van geïntimeerde toegewezen en daartoe onder meer geoordeeld dat de Coöperatie de eigendom van de wapening niet vóór 31 maart 2014 heeft verkregen op grond van natrekking, omdat de wapening pas op het moment van het storten van het beton voor de vloer bestanddeel is geworden van die vloer en daarmee van het

bedrijfsgebouw.

Dat oordeel gaat in hoger beroep onderuit. Naar het hof overweegt staat vast dat de door geïntimeerde vervaardigde wapening is voltooid op 24 maart 2014 en wel in die zin dat zij was aangebracht op de daartoe bestemde plaats in de vloer van het bedrijfsgebouw en dat zij was bestemd om op het terrein te blijven, als onmisbaar onderdeel van die vloer. De wapening was daarmee – naar verkeersopvatting – bestanddeel van het bedrijfsgebouw in aanbouw op grond van artikel 3:4 lid 1 BW, zodat de Coöperatie daarvan door verticale natrekking op grond van artikel 5:3 jo. 5:20 lid 1 onder e BW de eigendom verkreeg. Hierdoor verviel het eigendomsvoorbehoud. De vordering uit onrechtmatige daad kan daarom niet slagen. Er is evenmin sprake van ongerechtvaardigde verrijking.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 30-01-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:384

Zaaknummer: 200.187.234_01

Rechters: W.J.J. Beurskens, J.J. Verhoeven en H.R. Quint

Advocaten: J.M. de Jonge en J.A.M. de Kerf

Wetsartikelen: 3:4 BW, 3:92 BW, 5:3 BW en 5:20 lid 1 onder e BW

RECHTSPRAAK

Van der Hel q.q./Gemeente Ede

Het beroep op de insolventieclausules is geoorloofd. Het stond de gemeente Ede vrij om gebruik te maken van haar contractuele bevoegdheid om de overeenkomst met bouwbedrijf Megahome te ontbinden wegens het faillissement van Megahome. Er is geen strijd met artikel 20 Fw, nu er een balans is tussen de over en weer staande verbintenissen en de uitvoering daarvan. Evenmin strijd met redelijkheid en billijkheid of misbruik van recht. De gemeente mag er als de ontbindende partij de voorkeur aan geven de handen vrij te hebben bij het vinden van een nieuwe wederpartij.

De gemeente Ede, geïntimeerde, heeft in 2008 met Megahome en andere bouwers een overeenkomst gesloten voor de ontwikkeling van een deel van de nieuw te bouwen woonwijk Kernhem. In dat kader heeft Megahome niet bouwrijpe grond verkocht aan de gemeente in ruil voor een bouwclaim, wat inhield dat Megahome bouwrijpe gronden terug kon kopen van de gemeente om deze te bebouwen. Daarnaast was in de overeenkomst bepaald dat de gemeente gerechtigd is de overeenkomst bij (onder meer) faillissement van Megahome met onmiddellijke ingang buitengerechtelijk te ontbinden.

Om dit beëindigingsbeding draait deze kortgedingzaak. Megahome is op 20 juli 2016 failliet verklaard met uiteindelijke aanstelling van appellant als curator. De gemeente heeft op 6 oktober 2016 de overeenkomst met Megahome op grond van haar contractuele bevoegdheid ontbonden. De curator verzet zich echter tegen deze beëindiging. Hij stelt dat het beding nietig is (art. 3:40 lid 1 BW) wegens strijd met artikel 20 Fw, althans dat een beroep erop in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW) of misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) oplevert.

De stelling van de curator dat de gemeente door ontbinding ten koste van Megahome is bevoordeeld door het wegvallen van de bouwclaim is naar het hof oordeelt onvoldoende uitgewerkt. Hierdoor is niet komen vast te staan dat zich de nietigheidsgrond uit het arrest HR

Megapool voordoet, kort gezegd het geval dat de failliet als gevolg van ontbinding zijn prestatie geheel heeft verricht en de wederpartij niet. In het hier te beoordelen geval hebben partijen immers in de eerste fase (levering van de grond aan de gemeente) hun tegenover elkaar staande verbintenissen geheel uitgevoerd op marktconforme condities en hebben zij hun verbintenissen uit de tweede fase (levering van de grond aan de ontwikkelaar) geen van beide uitgevoerd. Het enkele feit dat de ontbonden overeenkomst voor de curator een te verzilveren waarde (in de vorm van de bouwclaim) herbergt, is onvoldoende voor een beroep op artikel 20 Fw.

Er is evenmin strijd met de terughoudend toe te passen redelijkheid en billijkheid of misbruik van recht. De gemeente zou alleen dan geen gebruik mogen maken van haar ontbindingsbevoegdheid als dat in het licht van de relevante omstandigheden van het geval en gezien de over en weer bestaande belangen onaanvaardbaar is. Die situatie doet zich naar het oordeel van het hof niet voor. De gemeente mag er de voorkeur aan geven de overeenkomst te ontbinden om de handen vrij te hebben om met andere partijen op aan de actuele situatie aangepaste voorwaarden te onderhandelen over ontwikkeling van de aldus vrij gekomen grond. Zeker nu Megahome zich in het verleden niet als een onberispelijke contractspartij heeft gedragen.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 30-01-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:961

Zaaknummer: 200.206.717

Rechters: F.J. de Vries, S.C.P. Giesen en J.L. Smeehuijzen

Advocaten: H. Versluis en M.R.J. Baneke

Wetsartikelen: 37 Fw, 3:13 BW, 3:40 lid 1 BW en 6:248 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Van der Maas q.q. / X

Geen sprake van artikel 2:248 BW nu de curator niet aannemelijk heeft kunnen maken dat als er al sprake zou zijn geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur, dit ook een belangrijke oorzaak van het faillissement was.

In eerste aanleg heeft de rechtbank geoordeeld dat de bestuurder niet aansprakelijk kan worden gesteld op grond van artikel 2:248 BW, omdat de curator niet heeft kunnen aantonen dat er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het hof meent echter niet dat de curator geen kennelijk onbehoorlijk bestuur heeft kunnen aantonen, maar is van mening dat als daar sprake van was geweest, de curator niet heeft kunnen hardmaken dat dit ook een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Geïntimeerde heeft daarentegen heel plausibele redenen voor het faillissement kunnen geven; er was immers ten tijde van het faillissement een economische recessie en er waren negatieve voorraadverschillen die pas na aankoop bleken.

T.M.M. Schaap, maart 2018

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 30-01-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:1008

Zaaknummer: 200.194.009/01

Rechters: L. Janse, G. van Rijssen en M. Wolters

Advocaten: O.M.M. Philips en J. Faas

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Van der Kolk q.q. / X

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW; de bestuurder heeft namelijk geen volledige boekhouding overgelegd. Nu er voor faillissement sprake is geweest van dividenduitkeringen zonder dat daar een dividendbesluit aan ten grondslag lag, wordt de onbehoorlijke taakvervulling vermoed een belangrijke oorzaak te zijn geweest van het faillissement.

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW; de bestuurder heeft namelijk geen volledige boekhouding heeft overgelegd. Nu er voor faillissement sprake is geweest van dividenduitkeringen zonder dat daar een dividendbesluit aan ten grondslag lag, wordt de onbehoorlijke taakvervulling vermoed een belangrijke oorzaak te zijn geweest van het faillissement.

T.M.M. Schaap, maart 2018

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 24-01-2018

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2018:245

Zaaknummer: C/08/192127 / HA ZA 16-441

Rechters: S.J.S. Groeneveld - Koekkoek

Advocaten: W. van der Kolk en J. de Ruiter

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:10 BW, 2:11 BW en 2:248 lid 2 lid

RECHTSPRAAK

Curatoren Imtech/KPMG

Immunititeit voor vertrouwelijke gegevens die door de AFM in het kader van haar toezicht op de accountantsorganisaties ingevolge de Wta zijn vergaard. Deze gegevens kunnen dan ook niet in het kader van een oorzakenonderzoek door de curatoren met een beroep op artikel 843a Rv van KPMG worden gevorderd, dat hier een afgeleid verschoningsrecht toekomt.

Het Imtech concern is bij vonnis van 13 augustus 2015 failliet verklaard met aanstelling van appellanten als curator. Vanaf haar oprichting in 1997 tot aan het faillissement is KPMG de controlerend accountant van Imtech geweest.

De AFM is in 2013 een onderzoek gestart bij KPMG in het kader van haar doorlopend toezicht. Naar aanleiding van die controles heeft AFM aan KPMG ter zake van haar Imtech audit een boete opgelegd in het kader van de Wta. De AFM heeft het boetebesluit, geschoond van vertrouwelijke informatie, op 24 maart 2016 gepubliceerd.

In deze kortgedingprocedure vorderen de curatoren van KPMG inzage in de bij het boetebesluit horende bescheiden van KPMG, alsmede de schone versie van dat boetebesluit, dit alles over de jaren 2011 tot 2014, op grond van artikel 843a Rv. Dit in het kader van hun oorzakenonderzoek.

Met betrekking tot het geschoonde boetebesluit en de daarbij behorende incidenten ex artikel 33 Wta schetst het hof het hierbij toepasselijke wettelijke kader dat van Europese oorsprong is (art. 63a Wt). Het hof stelt voorop dat de AFM ingevolge de Wta is belast met het toezicht op accountantsorganisaties.

Artikel 63a Wta legt aan de AFM een geheimhoudingsplicht op met betrekking tot vertrouwelijke gegevens die in het kader van het toezicht krachtens de Wta door de AFM zijn vergaard. In de wetsgeschiedenis is uitgebreid aandacht besteed aan die geheimhoudingsplicht en de daarop bestaande wettelijke uitzonderingen.

Met artikel 63a is beoogd te waarborgen dat vertrouwelijke gegevens in de zin van de Wta binnen de muren van de AFM blijven, behoudens de gevallen waarin verstrekking is toegestaan op grond van de Wta. De geheimhoudingsplicht heeft als doel dat de onder toezicht staande accountantsorganisaties in vertrouwen en zonder terughoudendheid inlichtingen en stukken aan de AFM kunnen verstrekken.

Dit vertrouwen is van essentieel belang voor een effectief toezicht door de AFM, zodat voor alle door KPMG verstrekte vertrouwelijke Wta-gegevens, ten aanzien waarvan de geheimhoudingsplicht van de AFM geldt, een uitbreiding van de geheimhoudingsplicht naar KPMG en daarmee een verschoningsrecht van KPMG in procedurele zin is geboden.

Hierop gelet valt informatie vergaard krachtens artikel 33 Bta onder een afgeleid verschoningsrecht. Hierin ligt besloten dat deze vertrouwelijke informatie niet alsnog via de weg van artikel 843a Rv kan worden verkregen door van KPMG overlegging van de incidentmeldingen te vorderen. Hetzelfde geldt voor de vertrouwelijke informatie die AFM aan de openbaarheid heeft willen onthouden.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 09-01-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:54

Zaaknummer: 200.222.057/01

Rechters: M. Jurgens, J.W.M. Tromp en M.J.J. de Bontridder

Advocaten: J.P.D. van de Klift en S.A.G. Hoogeveen

Wetsartikelen: 843a Rv

RECHTSPRAAK

De lege B.V.

De namens de vennootschap verzochte eigen faillietverklaring levert misbruik van faillissementsrecht op. Aangeefster weet dat op het moment van aanvraag geen actief beschikbaar is, noch zijn er belangen van derden die een faillissement rechtvaardigen. Gelet op het beschikbare alternatief van ontbinding van de vennootschap (art. 2:9 BW) heeft aangeefster geen redelijk belang bij haar eigen faillietverklaring.

Een besloten vennootschap heeft haar eigen faillissement aangevraagd. De rechtbank overweegt dat uit de overgelegde stukken blijkt dat aangeefster verkeert in een toestand van te hebben opgehouden te betalen. In zoverre is voldaan aan de in de Faillissementswet gestelde eisen om op eigen aangifte in staat van faillissement te worden verklaard. Dat neemt evenwel niet weg dat het faillissement strekt tot vereffening van het vermogen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en dat daarom tevens van belang is of sprake is van vermogen.

In dat verband is namens aangeefster verklaard dat de onderneming niet over enige noemenswaardige bate beschikt. Daarnaast blijkt uit de 'eigen aangifte verklaring' dat geen sprake is van debiteuren, er geen (on)roerende zaken zijn, er geen sprake is van een bedrijfspand of personeel, en dat de bedrijfsactiviteiten inmiddels zijn gestaakt. Er is derhalve naar verwachting geen te executeren vermogen.

Naar het oordeel van de rechtbank levert het doen van een eigen aangifte tot faillietverklaring in dit geval misbruik van recht op (art. 3:13 jo. 3:15 BW). Aangeefster weet, op het moment van de aanvraag, immers dat de boedel (nagenoeg) leeg is. Niet gesteld of gebleken is dat sprake is van belangen van derden, zoals werknemers, die het uitspreken van een faillissement rechtvaardigen. Gelet op een en ander is de rechtbank van oordeel dat aangeefster onvoldoende gerechtvaardigd belang heeft bij de aanvraag mede in verband met het voor haar beschikbare alternatief; aangeefster heeft immers de mogelijkheid om op grond van artikel 2:19 lid 1 BW – in de regel door een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders – de vennootschap te ontbinden. 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. In dat geval doet het bestuur daarvan opgaaf aan de registers waar de rechtspersoon is ingeschreven. 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. Het verzoek wordt daarom afgewezen.

M. Verdonk

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

Opposant/Steenbergen q.q.

Onbehoorlijk bestuur wegens het niet voldoen aan de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW. Hetgeen ter ontzenuwing van het vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW is aangevoerd gaat niet op, nu dat betoog zich ten onrechte heeft beperkt tot het in zijn algemeenheid schetsen van algemene marktomstandigheden. Het gaat om de vraag wat de specifieke marktomstandigheden voor de vennootschap waren.

Opposant is bij verstek wegens onbehoorlijke taakvervulling aansprakelijk geoordeeld voor het tekort in het faillissement van een begrafenisonderneming waarvan hij particulier bestuurder was wegens het niet voldoen aan de op hem rustende boekhoudplicht (art. 2:248 lid 2 jo. lid 1 jo. art. 2:10 BW). De curator heeft ter onderbouwing van het door gemaakte verwijt aangevoerd dat de inmiddels tot zijn beschikking staande administratie zodanige gebreken vertoont dat sprake is van een schending van artikel 2:10 BW.

De stelling van de curator valt uiteen in meerdere verwijten, ten aanzien waarvan het hof tot de conclusie komt dat die door opposant onvoldoende gemotiveerd zijn betwist zodat daarmee vast komt te staan dat sprake is van schending van de boekhoudplicht door opposant. Het hof constateert in dat verband dat in de administratie van de vennootschap niet zichtbaar is dat zij in opdracht van een zusteronderneming werkzaamheden heeft verricht, dat de administratie in 2013 (kolommenbalansen) niet aansluit op de jaarrekening over 2012, dat een historische inventarislijst ontbreekt zodat niet inzichtelijk is welke zaken de vennootschap heeft aangeschaft, dat in de administratie van de vennootschap memoriaalboekingen ontbreken terwijl deze wel zijn gemaakt dan wel hadden moeten zijn gedaan, dat de verstrekte debiteurenlijst niet juist is en er eenmaal een onjuiste factuur is verzonden met daarop gegevens van een zusteronderneming.

Gezien de aard en ernst van de genoemde tekortkomingen in de administratie van de vennootschap stelt het hof vast dat daaruit niet te allen tijde de rechten en verplichtingen van de vennootschap konden worden gekend. Daarom is niet voldaan aan de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW. Dit betekent dat op grond van artikel 2:248 lid 2 BW opposant zijn taak als

bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld en dat wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het door opposant ter ontzenuwing van dat vermoeden aangevoerde argument gaat naar het oordeel van het hof niet op. In het bijzonder geldt dat opposant zich ten onrechte heeft beperkt tot het schetsen van een algemene daling van het aantal begrafenissen in Nederland. Het gaat om de vraag wat de marktomstandigheden voor de vennootschap waren. Evenmin heeft opposant voldoende onderbouwde feiten en omstandigheden aangedragen die aanleiding zijn om de vordering van de curator te matigen (art. 2:248 lid 4 BW).

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 02-01-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:57

Zaaknummer: 200.193.718

Rechters: B.J. Engberts, mr. drs. F.J.P. Lock en C.J.H.G. Bronzwaer

Advocaten: B.J.H.L. Brouwer en J.L. Souman

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

RECHTSPRAAK

KVB/ING COMMERCIAL FINANCE BV

De openbaarmaking van het pandrecht ex artikel 3:246 BW brengt niet mee dat de meldingsbevoegdheid onder de kredietverzekering op de pandhouder overgaat. Deze (schuldeisers)bevoegdheid blijft op de pandgever rusten.

Op 11 april 2003 hebben Continental Paper BV ('Copa') en de rechtsvoorgangster van ING (NMB Heller NV) een bevoorschottings- en dienstverleningsovereenkomst (BDO) gesloten. Ter zekerheid van de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van deze overeenkomst heeft Copa op 11 april 2003 ten behoeve van ING een stil pandrecht, eerste in rang, gevestigd op haar huidige en toekomstige vorderingen uit bestaande rechtsverhoudingen.

Copa heeft op 14 december 2005 ten behoeve van (haar enig aandeelhoudster) KVB een pandrecht, tweede in rang, gevestigd op al haar huidige en toekomstige vorderingen uit bestaande rechtsverhoudingen.

Voorts heeft Copa bij Atradius Credit Insurance NV ('Atradius') een kredietverzekering afgesloten op grond waarvan Copa – kort gezegd – aanspraak kan maken op een uitkering indien haar verzekerde debiteuren niet betalen. De vorderingen die Copa uit hoofde van deze overeenkomst heeft of zal verkrijgen zijn tevens (openbaar) verpand aan ING.

Nadat Copa medio 2006 in een financieel nijpende situatie verkeerde en rekeningen onbetaald liet, heeft ING op 25 oktober 2006 het krediet opgezegd en Copa verzocht tot betaling van het openstaande saldo over te gaan. ING heeft vervolgens mededeling gedaan van haar pandrecht aan de debiteuren van Copa, de debiteurenincasso op zich genomen en zich op de daarmee gerealiseerde opbrengst verhaald. Copa is daarna, op 9 november 2016, in staat van faillissement verklaard.

De curator van Copa heeft ING kort na de faillietverklaring aangeschreven en ING gewezen op het bestaan van een meldingsplicht jegens Atradius ten aanzien van vorderingen die onbetaald blijven. ING heeft in haar reactie aan de curator onder andere aangegeven dat zij contact heeft opgenomen met Atradius over de wijze waarop zij meldingen van ING als

pandhouder zouden kunnen ontvangen, maar dat zij hier nog geen reactie op heeft ontvangen. Voorts heeft ING de curator verzocht erop toe te zien dat de voorwaarden van de polis van Atradius worden nageleefd en aangegeven dat ING geen enkele aansprakelijkheid accepteert voor het al dan niet door Atradius gedekt blijven van vorderingen. Circa één jaar later zijn verschillende debiteuren van Copa, zijnde de belangrijkste afnemers van Copa, gefailleerd.

KVB verwijt ING in deze procedure (onder andere) dat ING heeft verzuimd om onder de kredietverzekering gedekte vorderingen tijdig bij Atradius aan te melden. KVB gaat er in dat kader van uit dat na mededeling van het pandrecht door ING de verplichting tot melding bij Atradius bij ING is komen te liggen. Het hof stelt echter vast dat hierover niets is bepaald in de BDO tussen Copa en ING. Vóór de openbaarmaking van het pandrecht werden de meldingen bij Atradius door Copa gedaan, hetgeen ook voor de hand ligt nu Copa als verzekeringnemer de contractuele wederpartij van Atradius is en de uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeiende verbintenissen dus in de eerste plaats op haar rusten. Door de openbaarmaking van het pandrecht door ING (ex art. 3:246 BW) is de meldingsbevoegdheid onder de kredietverzekering echter niet op ING overgegaan. Het hof overweegt dat door de openbaarmaking van het pandrecht de bevoegdheid tot inning van de verpande vordering weliswaar overgaat van de pandgever op de pandhouder, maar dat andere schuldeisersbevoegdheden met betrekking tot de vorderingen ingevolge de wet op de pandgever blijven rusten (Vgl. HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833). Daarbij merkt het hof ook nog op dat gelet op de inhoud van de briefwisseling tussen de curator en ING niet de indruk kan zijn ontstaan dat ING die taak voortaan op zich zou nemen. ING was derhalve niet gehouden eventuele gedekte vorderingen tijdig bij Atradius te melden. Deze bevoegdheid bleef op Copa als pandgever rusten.

J.C.L. Verheijden, maart 2018

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 01-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:3127

Zaaknummer: 200.183.274/01

Rechters: A.W.H. Vink, A.S. Arnold en H. Koster

Advocaten: T. de Waard en M.J. Drop

Wetsartikelen: 3:246 BW

RECHTSPRAAK

Van der Kolk q.q./X c.s.

Onbehoorlijk bestuur wegens het niet voldoen aan de administratieve bewaarplicht van artikel 2:10 BW in faillissement. Niet is aangetoond dat de curator en de bestuurder van de gefailleerde een concrete afspraak hebben gemaakt waarbij de curator de complete administratie tot zich zou nemen en de bestuurder van haar verplichtingen om de administratie te bewaren zou zijn ontheven.

Simij B.V. hield zich tot aan haar faillissement in 2012 bezig met uitzendactiviteiten. Simij werd bestuurd door een rechtspersoon (medegedaagde) waarvan gedaagde (natuurlijk persoon) bestuurder en enig aandeelhouder was. De curator in het faillissement van Simij, eiser, heeft gedaagde c.s. in 2012 verzocht de administratie van Simij te bewaren op grond van haar bewaarplicht als (indirect) bestuurder (art. 2:10 BW).

Eind 2015 heeft de curator vragen aan gedaagde gesteld over administratieve kwesties met betrekking tot Simij. Die vragen gingen onder meer over dividenduitkeringen in 2011 en 2013 aan gedaagde. In reactie hierop heeft gedaagde laten weten dat de administratie is zoekgeraakt als gevolg van een verhuizing c.q. verbouwing, en aangegeven niet over de gevraagde gegevens te beschikken.

Naar aanleiding hiervan heeft de curator gedaagde c.s. (art. 2:11 BW) aansprakelijk gesteld voor het tekort in het faillissement van Simij wegens kennelijk onbehoorlijke taakvervulling terwijl dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement (art. 248 lid 2 jo. 2:10 BW).

Gedaagde c.s. heeft verweerd met de stellingen dat de administratie voorhanden was en klaar stond om door de curator te worden opgehaald, dat de administratie door de curator (deels) is onderzocht, en dat gedaagde in de veronderstelling verkeerde dat de curator de administratie had meegenomen, omdat zij hem meerdere malen had verzocht de administratie op te halen in verband met een verbouwing van het pand.

Het verweer dat een deel van de administratie buiten de schuld van gedaagde c.s. verloren zou zijn gegaan gaat naar het oordeel van de rechtbank niet op. Vast staat dat partijen hebben

afgesproken dat gedaagde c.s. haar administratie van Simij zou bewaren en dat de curator op verzoek daarover zou kunnen beschikken. Dat partijen een concrete afspraak hebben gemaakt, waarbij de curator de complete administratie tot zich zou nemen en gedaagde c.s. van haar verplichtingen als bestuurder om de administratie te bewaren zou zijn ontheven, is onvoldoende gesteld en gebleken. Het ontbreken van de administratie komt voor rekening en risico van gedaagde c.s. als bestuurder, zodat vast staat dat gedaagde c.s. haar taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

Ter ontzenuwing van dat vermoeden heeft gedaagde c.s. slechts gewezen op de verslechterde markt, terwijl de dividenduitkeringen onweersproken zijn gebleven. Daarmee zijn geen andere feiten of omstandigheden voor het faillissement aangevoerd, en is de hoofdelijke aansprakelijkheid van gedaagde c.s. onontkoombaar. Het beroep op rechtsverwerking zijdens de curator wordt afgewezen. Enkel tijdsverloop levert geen toereikende grond op voor het aannemen van rechtsverwerking, aldus het hof.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 24-01-2018

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2018:245

Zaaknummer: C/08/192127 / HA ZA 16-441

Rechters: S.J.S. Groeneveld - Koekkoek

Advocaten: W. van der Kolk en J. de Ruiter

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:10 BW, 2:11 BW en 2:248 lid 2 lid

RECHTSPRAAK

Eneco/X Company

De door de moeder afgegeven onvoorwaardelijke en onherroepelijke garantie betrof ook toekomstige vorderingen van de inroeper, waaronder haar vordering ter zake van de schade die zij lijdt doordat de curator de overeenkomst eenzijdig voortijdig heeft beëindigd en dus geen nakoming meer plaatsvindt.

Eiseres Eneco heeft diverse overeenkomsten inzake de levering van energie gesloten met een dochtermaatschappij van gedaagde X Company. In aanvulling hierop heeft gedaagde bij overeenkomst van 22 oktober 2009 tussen haarzelf en Eneco een garantie afgegeven voor alle toekomstige verplichtingen van haar dochter uit de leveringsovereenkomsten. Die garantie hield in dat gedaagde naast de dochter onvoorwaardelijk en onherroepelijk hoofdelijk aansprakelijk is voor al hetgeen Eneco uit hoofde van de levering van energie danwel tekortkomingen van de dochter te vorderen heeft en zal krijgen (art. 6:6 lid 2 BW).

Bij vonnis van 23 augustus 2016 is de dochter vervolgens failliet verklaard. De curator in dat faillissement heeft de leveringsovereenkomst met Eneco beëindigd. Omdat Eneco in het faillissement van de dochter is blijven zitten met zowel onbetaalde facturen alsmede de schade die zij naar zij stelt lijdt wegens het niet langer afnemen van energie, spreekt zij in deze procedure gedaagde aan op grond van haar garantstelling.

Gedaagde X Company verweert zich primair met de stelling dat zij erop mocht vertrouwen dat de (eenmalige) garantstelling was beëindigd omdat die in 2009 werd afgegeven en er nadien nieuwe overeenkomsten tussen Eneco en haar dochter werden gesloten waarin niet (langer) naar de garantie werd verwezen. Het subsidiaire argument is dat voor zover de garantie nog werking heeft, deze geen betrekking heeft op de na faillissement te lijden dervingsschade van Eneco, omdat die schade door toedoen van de curator is ontstaan.

Het eerste betoog treft geen doel. Naar het oordeel van de kantonrechter werkt de garantstelling door na 2009 omdat gedaagde zich destijds uitdrukkelijk voor de toekomst garant heeft gesteld. In de daarna gesloten overeenkomsten hoefde dan ook niet expliciet

verwezen te worden naar de eerdere garantstellingsovereenkomst. Had gedaagde dit anders gewild dan had het op haar weg gelegen hierover zelf actief te onderhandelen/een en ander zeker te stellen bij het aangaan van de nieuwe overeenkomst(en).

Ten aanzien van de omvang van de garantie oordeelt de kantonrechter dat de curator de afname van energie door en na het faillissement eenzijdig heeft gestaakt, zodat sprake is van een tekortkoming van de dochter. Op de vergoeding van die schade is de garantstelling van gedaagde eveneens van toepassing, omdat de door haar afgegeven garantie ook betrekking had op toekomstige vorderingen van Eneco op de dochter uit hoofde van de leveringsovereenkomsten. De vordering van Eneco ten laste van gedaagde wordt om die reden toegewezen.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 17-01-2018

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2018:335

Zaaknummer: 6075329 cv expl 17-5377

Rechters: G.M.P. Brouns

Advocaten: J.J. Wittekamp en A.F.Th.M. Heutink

Wetsartikelen: 2:403 BW

RECHTSPRAAK

Beheer c.s./De maatschap c.s.

Een beroepsfout van de accountant in de aangifte omzetbelasting leidt tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de belastingplichtige voor de naheffingsaanslag wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 36 lid 4 Iw 1990). Nu niet is gebleken dat de betalingsonmacht van de belastingplichtige en de daaropvolgende naheffing door de beroepsfout is veroorzaakt, maar juist aan het onbehoorlijk bestuur is te wijten zoals blijkt uit de daarover gevoerde fiscale procedure, kan aan die fout slechts worden toegerekend dat geen rechtsgeldige melding van betalingsonmacht meer kon worden gedaan.

Beheer, medeappellant, was een projectontwikkelaar. Beheer werd bestuurd door appellant (natuurlijk persoon). De door Beheer ontwikkelde woon- en winkelruimten werden via een makelaar verkocht aan derden. Voor die transacties was Beheer omzetbelasting verschuldigd.

Geïntimeerde is een accountantskantoor. De kwartaalaangiften omzetbelasting werden voor Beheer verzorgd door geïntimeerde. In deze procedure staat vast dat door een beroepsfout van geïntimeerde niet tijdig omzetbelasting is aangegeven en afgedragen over de jaren 2006 en 2007. Om die reden heeft geïntimeerde op 6 februari 2009 suppletieaangiften gedaan. Daarbij is namens Beheer aan de Belastingdienst gemeld dat Beheer niet in staat was om de naheffingsaanslag (geheel) te voldoen wegens betalingsonmacht.

De Belastingdienst heeft evenwel geoordeeld dat de betalingsonmacht van Beheer niet op de juiste wijze is gemeld (zie art. 36 lid 1 Iw 1990) en heeft appellant op grond van artikel 36 lid 4 Iw 1990 als bestuurder hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor het door Beheer als belastingplichtige onbetaald laten van verschuldigde omzetbelasting uit 2006 en 2007. Naar het hof in dit geding vaststelt, is dat besluit, met matiging van de naheffing tot een bedrag van € 42.626, in daarop volgende bestuursrechtelijke procedures onherroepelijk geworden.

Met opvoering van alle naheffingskosten als schade heeft appellant in dit geding geïntimeerde in rechte aangesproken op grond van onrechtmatige daad. Het hoger beroep nu gaat om de vraag of de betalingsonmacht van Beheer al dan niet te wijten is aan de beroepsfout van geïntimeerde, of aan het kennelijk onbehoorlijk bestuur van appellant (als bedoeld in art. 36 lid 4 Iw 1990). In het laatste geval immers is hoofdelijke aansprakelijkheid van appellant voor de naheffing gegeven en kan de door hem ter zake geleden schade niet aan de beroepsfout van geïntimeerde worden toegerekend.

Appellanten hebben ter onderbouwing een beroep gedaan op de uitkomst in de fiscale procedure. Het hof stelt in de onderhavige procedure vast dat in die fiscale procedure in hoger beroep is beslist dat appellant over geheel 2007 niet aannemelijk heeft weten te maken dat de betalingsonmacht van Beheer niet te wijten is geweest aan zijn kennelijk onbehoorlijk bestuur. Bij die beslissing betrof het hof destijds dat appellant in elk geval had moeten beseffen dat nog omzetbelasting op aangifte moest worden voldaan en dat hij, zonder rekening te houden met enig bedrag aan per saldo nog te betalen belastingschuld en terwijl hij nog geen inzicht had in de financiële gegevens over 2007, is overgegaan tot aanwending van de volledige koopsom van de appartementen voor het aflossen van een schuld van Beheer aan hem in privé.

Dat oordeel werpt zijn schaduw over de onderhavige procedure nu appellant naar het oordeel van het hof tegenover de uitvoerige motivering van de bestuursrechter onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld voor een andersluidende conclusie. Het hof komt op grond van de uitkomst van de fiscale procedure in deze zaak tot de slotsom dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van appellant op de voet van artikel 36 lid 4 Iw 1990 door het eigen handelen (kennelijk onbehoorlijk bestuur waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt) van appellant is veroorzaakt (art. 6:101 BW). Naar het oordeel van het hof moet de door appellant gestelde schade wegens naheffing dan ook geheel als een gevolg van het eigen handelen aan appellant worden toegerekend. Met name heeft appellant geen inzicht verstrekt in de financiële middelen van Beheer in de te beoordelen periode, terwijl Beheer, als de betaling aan appellant voor de privélening wordt weggedacht, destijds de omzetbelasting had kunnen voldoen (CSQN).

Uitkomst voor de onderhavige procedure is dan ook dat, nu naar het oordeel van het hof niet is gebleken dat de betalingsonmacht van Beheer als zodanig is veroorzaakt door de beroepsfout van geïntimeerde, aan die fout alleen kan worden toegerekend dat geen rechtsgeldige melding van betalingsonmacht meer kon worden gedaan.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 02-01-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:23

Zaaknummer: 200.106.167_02

Rechters: J.A.M. van Schaik-Veltman, E.A.M. van Oorschot en P.V. Eijsvoogel

Advocaten: H.L.J.M. van Grinsven en N.E.N. de Louwere

Wetsartikelen: 36 lid 4 lw 1990

RECHTSPRAAK

WSNP verzoeker

Misbruik van recht bij herhaalde WSNP-verzoeken ter afwering van aanvraag persoonlijk faillissement, doordat geen nieuwe feiten en omstandigheden zijn aangevoerd die eerdere afwijzingen in ander daglicht stellen. Zonder nieuwe feiten aan te voeren heeft het herhaalde WSNP-verzoek kennelijk geen ander doel dan het vertragen van het effectueren van het recht van de faillissementsaanvrager om een beslissing te krijgen op zijn verzoek.

Appellant heeft reeds tweemaal een WSNP-verzoek ingediend ter afwering van een verzoek tot persoonlijke faillietverklaring door de curator in het faillissement van een aantal bedrijven waarvan appellant bestuurder was (zie art. 3 en 3a Fw). Bij vonnis van 25 april 2017 en 29 augustus 2017 zijn de door appellant gedane WSNP-verzoeken door de rechtbank afgewezen. Beide afwijzingen zijn in hoger beroep bekrachtigd (zie over de mogelijkheid van hoger beroep art. 292 lid 3 Fw). Op 21 november 2017 heeft appellant een derde WSNP-verzoek gedaan. Dat verzoek is door de rechtbank afgewezen wegens misbruik van recht. In deze zaak ligt die afwijzing ter beoordeling voor aan het hof.

Onder verwijzing naar HR 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1064, overweegt het hof dat de afwijzing van de eerste twee verzoeken tot toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling door het hof zijn bekrachtigd op de grondslag dat appellant onvoldoende informatie heeft verstrekt om zijn goede trouw ten aanzien van de omvang van zijn schuldenlast en de achtergronden waartegen die schulden zijn ontstaan te toetsen (zie art. 288 lid 1 onder b Fw). Daarbij ontbrak het met name aan toereikende informatie op basis waarvan de gang van zaken rond zijn ondernemingen en het ontstaan van zijn persoonlijke schulden in verband daarmee beoordeeld kan worden. Ook heeft appellant onvoldoende aannemelijk gemaakt dat hij te goeder trouw is ten aanzien van het ontstaan en onbetaald laten van zijn schulden aan het CJIB, van de schuld aan de curator en van de overige schulden.

Ten aanzien van het laatste en huidige WSNP-verzoek heeft appellant naar het hof oordeelt geen relevante nieuwe feiten en omstandigheden aangevoerd die hij niet eerder had kunnen

aanvoeren of die tot een ander inzicht ten aanzien van de aan de eerdere afwijzingen ten grondslag liggende dragende overwegingen kunnen leiden. Dat hierdoor (zie art. 3a lid 2 Fw) de faillissementsaanvraag bij voortduring is geschorst, verdraagt zich bezwaarlijk met de geboden spoed en duidelijkheid in faillissementsprocedures. Zonder nieuwe feiten en omstandigheden aan te voeren heeft het herhaalde WSNP-verzoek kennelijk geen ander doel dan het vertragen van het effectueren van het recht van de faillissementsaanvrager om een beslissing te krijgen op zijn verzoek. Het WSNP-verzoek doorkruist daarmee het rechtmatig belang van de faillissementsaanvrager tot het (zo veel als mogelijk) zekerstellen van de voldoening van zijn vordering. In aanmerking genomen de onevenredigheid tussen het belang van appellant bij een hernieuwde beoordeling van zijn WSNP-verzoek en dat van de indiener van het faillissementsverzoek bij een voortvarende behandeling, had appellant in redelijkheid niet tot de indiening van het onderhavige WSNP-verzoek kunnen komen en heeft hij zijn bevoegdheid misbruikt (art. 3:13 lid 2 BW).

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-12-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:11292

Zaaknummer: 200.228.044

Rechters: mr. drs. F.J.P. Lock, M.B. van den Beekhoven Boezem en I. Brand

Advocaten: T. Demirdag

Wetsartikelen: 3 Fw, 3a Fw en 3:13 BW

RECHTSPRAAK

Cijmo Beheer c.s./Lodders Accountants c.s.

Vordering tot oproeping van de curator in vrijwaring afgewezen. De onderhavige procedure is geen buiten de faillissementswet gevoerd geding tussen de curator en een derde die ook een vordering op de gefailleerde pretendeert.

Eisers, Cimijo Beheer B.V. c.s., vorderen in deze procedure van alle gedaagden schadevergoeding op grond van onrechtmatig handelen respectievelijk wanprestatie jegens de inmiddels gefailleerde ondernemingen Bedrijf 1 en Bedrijf 2. Die vorderingen hebben zij krachtens cessie overgenomen van de curator in het faillissement van Bedrijf 1 en Bedrijf 2.

Aan hun vorderingen leggen eisers ten grondslag dat gedaagden ten onrechte goedkeuring hebben verleend op de (geconsolideerde) jaarrekeningen van Bedrijf 1. Op basis van deze jaarrekeningen is door eisers een investeringsbeslissing in Bedrijf 1 genomen. Omdat hierna liquiditeitsproblemen zijn ontstaan bij Bedrijf 1 is Bedrijf 1 in 2010 failliet gegaan met als gevolg dat eisers schade hebben geleden.

Een van de gedaagden is Lodders Accountants. Zij heeft de jaarrekeningen van Bedrijf 1 goedgekeurd. In een door gedaagden opgeworpen incident (art. 210 lid 1 Rv) hebben gedaagden, voor zover het de door eisers krachtens cessie van de curator verkregen vorderingen betreft, onder meer de curator in het faillissement van Bedrijf 1 en Bedrijf 2 in vrijwaring opgeroepen.

Aan hun vordering hebben gedaagden ten grondslag gelegd dat wanneer wordt geoordeeld dat Lodders wegens de goedkeuring van de jaarrekeningen schadeplichtig is, dat dan Bedrijf 1 en Bedrijf 2 (en dus nu de curator) gehouden zijn om gedaagden voor deze schuld te vrijwaren, althans daarin bij te dragen. Lodders c.s. voert in dat kader aan dat Bedrijf 1 en Bedrijf 2 primair verantwoordelijk zijn voor het voldoen van de jaarrekeningen aan de gestelde eisen. Lodders c.s. stelt met een beroep op het Nimox-arrest (HR 8 november 1991, NJ 1992, 174) dat zij de curator van beide vennootschappen in vrijwaring kan oproepen. Zij stelt namelijk dat sprake is van een buiten de faillissementswet gevoerd geding tussen de curator en een derde die ook een vordering op de gefailleerde pretendeert, op grond waarvan een oproeping in

vrijwaring van de curator van de vennootschappen mogelijk is.

De rechtbank is met eisers van oordeel dat de onderhavige procedure geen geding is tussen de curator en een derde die ook een vordering op de gefailleerde pretendeert. De curator is (ingevolge de cessie) namelijk geen (niet langer) partij bij onderhavige hoofdzaak tussen eisers en gedaagden. Een situatie als in het Nimox-arrest van de Hoge Raad doet zich hier niet voor. Gedaagden zullen hun (regres)vordering op Bedrijf 1 en Bedrijf 2 moeten indienen ter verificatie. De vordering tot oproeping in vrijwaring wordt daarom afgewezen.

M. Verdonk

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

Meulenberg q.q./Frésena-Salland

De curator grijpt mis met zijn vordering tot betaling uit hoofde van een geslaagd beroep op artikel 54 Fw jegens de schuldenaar, omdat de vordering van de gefailleerde op deze schuldenaar volgens het hof wegens het (achteraf bezien) onbevoegde verrekeningsberoep als bestaande vordering op een eerder moment door de curator kon worden overgedragen aan een derde.

Lyempf is op 7 april 2011 failliet verklaard met aanstelling van appellant als curator. Geïntimeerde Frésena had enige tijd voor dat faillissement een schuld van € 208.250 aan Lyempf. Frésena heeft op 8 februari 2011 van Romeva B.V. een vordering van € 208.250 van Romeva op Lyempf gekocht en vervolgens haar eigen schuld aan Lyempf met deze overgenomen vordering verrekend. De curator stelt in deze zaak dat Frésena niet tot deze verrekening bevoegd was omdat zij niet te goeder trouw in de zin van artikel 54 Fw heeft gehandeld. Hij spreekt om die reden Frésena aan tot betaling van haar schuld aan Lyempf.

Frésena heeft zich verweerd met de stelling dat, ongeacht het beroep van de curator op artikel 54 Fw, de vordering van Lyempf op haarzelf in het kader van een activatransactie op 19 april 2011 door de curator is verkocht aan Hyproca B.V. Dit volgt volgens Frésena uit een bijlage bij de koopovereenkomst tussen de curator en Hyproca waarin de over te dragen vorderingen van Lyempf op haar handelsdebiteuren generiek zijn omschreven.

De rechtbank heeft geoordeeld dat het verweer van Frésena opgaat en daarom is de vordering van de curator afgewezen. Daarbij heeft de rechtbank het standpunt van de curator verworpen dat de vordering van Lyempf op Frésena pas herleefde toen de curator na het faillissement stelde (de verklaring overeenkomstig art. 54 Fw uitbracht) dat Frésena niet tot verrekening bevoegd was en de vordering dus (als niet bestaande vordering) niet kon worden overgedragen op 19 april 2011.

De door de curator tegen dat laatste oordeel gerichtte grief faalt. Het hof overweegt dat degene die een schuld aan of een vordering op de later gefailleerde heeft overgenomen (slechts) 'niet

bevoegd' is tot verrekening indien hij bij die overneming niet te goeder trouw heeft gehandeld. Dit impliceert dat de uitgebrachte verrekeningsverklaring onbevoegd is gedaan en dat die verklaring geen effect heeft in die zin dat de verrekening niet heeft plaatsgevonden (en de vordering dus gewoon is blijven bestaan).

Ten aanzien van de vraag welke vorderingen door de curator zijn overgedragen aan Hyproca, oordeelt het hof onder toepassing van de Haviltex-maatstaf dat daaronder ook de onderhavige vordering op geïntimeerde viel, voor zover deze ten tijde van de activatransactie nog bestond – wat het geval is indien wordt aangenomen dat Frésena bij de overneming van de vordering van Romeva op Lyempf niet te goeder trouw was in de zin van artikel 54 Fw en de verrekening dus geen effect heeft gehad. De vordering komt daarom niet langer aan de boedel toe. Evenmin komt de boedel een vordering uit hoofde van een geslaagde Peeters q.q./Gatzen-vordering toe, nu de curator daartoe onvoldoende heeft gesteld.

M. Verdonk

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

RECHTSPRAAK

curator/werknemers

De curator verzet zich met succes tegen de faillietverklaring van Tiara Air NV. Het hof concludeert dat de werknemers geen belang hebben bij het verzet tegen de vernietiging van de faillietverklaring en dat het faillissement niet in het belang van de boedel zou zijn.

De werknemers van Tiara Air NV eisen faillissement. Hiertegen verzet de curator zich. Onder verwijzing naar het arrest Hoeksma/R.M. Trade oordeelt het hof dat de curator een belanghebbende is ex artikel 8 lid 1 Fv. Het faillissement zou de kans op een aanmerkelijke bate verkleinen en de curator mag hiertegen opkomen. Tiara Air verkeert in moeilijkheden, maar heeft nog een aanspraak van twintig miljoen dollar uit Venezuela in verband met verkochte vliegtickets. Weliswaar is de kans klein dat deze aanspraak zal worden gerealiseerd vanwege de politieke en financiële ontwikkelingen in Venezuela, maar deze kans is niet zo minimaal dat een faillissement op zijn plaats is. Tiara Air heeft een vergunning nodig om Bolivares in te wisselen voor dollars en de gelden op te halen in Venezuela. De curator is momenteel bezig met het bewerkstelligen hiervan. Het faillissement heeft een negatieve invloed op het te gelde maken van deze aanspraak aangezien de hulp van derden en van de autoriteiten in Venezuela hierbij nodig is.

Indien het werk van de curator succes heeft, kunnen alle schulden worden voldaan en dus ook die van de werknemers. Indien faillissement volgt, zullen de werknemers geen uitkering ontvangen. De werknemers stellen onterecht dat er sprake is van een gebrek aan openheid, aangezien zij de openbare verslagen niet hebben gelezen. Daarnaast stellen zij dat de bestuurder activa heeft onttrokken aan Tiara Air; dit wordt weersproken door de curator. De werknemers hebben derhalve geen in rechte te respecteren belang bij het faillissement van Tiara Air.

H.Beni Driss, februari 2018

Instantie: Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba

Datum uitspraak: 17-10-2017

ECLI: ECLI:NL:OGHACMB:2017:157

Zaaknummer: Ghis 82013/17 – EJ 2572 en 2780/16 – H 163/17

Rechters: E.H.J. Martis, J. de Boer, E.A. ***** en C.W.M. Giesen

Wetsartikelen: 8 lid 1 Fv

RECHTSPRAAK

Geen persoonlijke aansprakelijkheid bestuurder failliete rechtspersoon jegens verhuurder vanwege de onmogelijkheid om de borg aan te spreken voor huur.

Eisers A, B en C hebben een pand verhuurd als winkelruimte aan Y B.V. Gedaagde X was bestuurder van Y B.V. Bij de totstandkoming van de huurovereenkomst is afgesproken dat een derde zich garant zou stellen voor de volledige betaling van de huur gedurende de overeengekomen contractperiode. Er is echter komen vast te staan dat deze derde zich nooit garant heeft gesteld tegenover eisers. Toch is Y B.V. gaan huren van eisers. Gedurende het eerste jaar van de huur is Y B.V. gefailleerd. De curator heeft de huur opgezegd met inachtneming van een opzeggingstermijn van drie maanden. De boedel bevatte onvoldoende middelen om de huur over de opzegtermijn te betalen. Het faillissement is bij gebrek aan baten opgeheven.

Eisers spreken gedaagde als bestuurder van Y B.V. aan en vorderen een verklaring voor recht dat gedaagde als bestuurder en/of persoonlijk onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld, en vorderen een bedrag ter hoogte van de onbetaalde huur en de leegstandschade.

Gedaagde als bestuurder kan slechts naast Y B.V. aansprakelijk zijn indien aan gedaagde een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. In casu is geen sprake van een schending van de Beklamel-norm. Als bestuurder heeft gedaagde bij het aangaan van de huurovereenkomst niet ernstig verwijtbaar jegens eisers gehandeld. Er kan volgens de rechtbank niet zonder meer worden geconcludeerd dat het voor gedaagde al bij het sluiten van de huurovereenkomst duidelijk moet zijn geweest dat Y B.V. een financiële verplichting aanging die zij nooit zou kunnen voldoen. Er is ook enige tijd huur betaald.

Ten aanzien van de garantie van de derde die zou zijn toegezegd, maar die uiteindelijk niet is afgegeven, concludeert de rechtbank dat het uitgangspunt van partijen was dat bij de totstandkoming de derde zich garant zou stellen voor de volledige betaling van de huur gedurende de overeengekomen contractperiode. Dat in tegenstelling tot wat in de huurovereenkomst is vastgelegd ten aanzien van de garant er geen garantstelling door de derde is verstrekt, is een toerekenbare tekortkoming van Y B.V. waar eisers als verhuurder

actie op hadden kunnen ondernemen. Dat eisers dit niet hebben gedaan is voor hun eigen risico. Het mislopen van de garantstelling is volgens de rechtbank dan ook voor een belangrijk deel aan eisers zelf te wijten. Dit laat onverlet dat kan worden aangenomen dat gedaagde bij het aangaan van de huurovereenkomst aan eisers zal hebben voorgehouden dat de garantstelling zou worden afgegeven en dat hij eisers in die veronderstelling heeft gelaten. De rechtbank oordeelt dat gedaagde daarmee echter niet een zodanig ernstig verwijt treft dat hij ook persoonlijk aansprakelijk moet zijn voor de door Y B.V. aangegane financiële verplichtingen, met name nu onvoldoende is gebleken dat gedaagde de afgifte van die garantie zelf in de hand had. Dat er tussen gedaagde en de derde banden hebben bestaan, maakt dit niet anders. Daarmee is nog niet gegeven dat er door gedaagde bewust op is aangestuurd dat de garantstelling nooit hoefde te worden afgegeven.

F. van Tilburg

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 13-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2017:6920

Zaaknummer: C/05/314026/HA ZA 17-10

Rechters: M.A.M. Vaessen

Advocaten: D.J. Kap en D.J. Pijl

Wetsartikelen: 6:162 BW