Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 07, 2018

Nummer 7, 2018

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. H.J. de Kloe, mr. E. Ayerdem, mr. R.J.H. Berghuis, mr. J.O. Bijloo, mr. S.J. van den Boogert, mr. H. Boven, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. C.M.A. Knoben, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.IJ. Overgoor, mr. M. Pinar, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2018:424 23-03-2018
Credit Suisse/Jongepier q.q.
De Hoge Raad verlegt prejudicieel het fixatiemoment uit HR Koot Beheer/Tideman q.q. Vorderingen die zijn ontstaan tijdens een faillissement of een daaraan voorafgaande surseance, komen in beginsel niet voor erkenning in aanmerking, omdat die erkenning in strijd zou zijn met het fixatiebeginsel. Zij moeten echter wel worden erkend indien en voor zover zij besloten lagen in een ten tijde van het ingaan van dat faillissement of die surseance reeds bestaande rechtspositie van de schuldeiser. In dat geval maakt niet uit of het ontstaan of de omvang van de vordering op het moment van het ingaan van de surseance nog niet zeker was. Als een vordering ontstaat of in omvang toeneemt als gevolg van handelingen (aan de zijde) van de schuldeiser, staat dit in de weg aan verificatie van de vordering (in deze omvang) indien dit ontstaan of deze toename van de omvang moet worden aangemerkt als een uitbreiding van de aanspraken zoals die ten tijde van het ingaan van de surseance (of van een niet op surseance aansluitend faillissement) al bestonden of in de rechtspositie van deze schuldeiser besloten lagen.

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2018:428 23-03-2018
AA Accountants/X
Geen nietigheid verkrijging vordering door middel van stille cessie door advocaat van vordering waarover procedure later aanhangig is gemaakt bij rechtbank. Uitleg verkrijging in geval van stille cessie. Mogelijkheid tot contractuele afwijking wederkerig schuldenaarschap voor verrekening. Gezag van gewijsde arbitraal vonnis.

Hof

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:2893 27-03-2018
Leliveld/Rabobank
Rabobank heeft als huisbankier van de Midreth Groep in strijd gehandeld met haar bancaire zorgplicht (art. 2 lid 1 ABV) en onrechtmatig gehandeld jegens de aandeelhouders van de Midreth Groep door bij noodfinanciering zeer nadelige voorwaarden op te leggen aan de aandeelhouders. Rabobank heeft daarmee misbruik gemaakt van de noodsituatie waarin de Midreth Groep en de aandeelhouders zich bevonden.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:1129 15-03-2018
OvJ/verdachte
Hoger beroep in zaak faillissementsfraude, verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan bedriegelijke bankbreuk en heeft als feitelijke leidinggever opzettelijk zonder vergunning beleggingsobjecten aangeboden.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:2440 13-03-2018
Versendaal q.q./Lindorff BV
Na verkoop van roerende zaken behoudt de pandhouder zijn voorrecht, ook als deze per abuis eerder aan de curator heeft medegedeeld geen pandrecht te hebben.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:1911 27-02-2018
Bewindvoerder/Markthal Hollum
Geen aansprakelijkheid WSNP-bewindvoerder jegens gegadigde wegens het afbreken van een openbare biedingsprocedure ten aanzien van de onderneming van de schuldenaar. Toepasselijkheid Maclou-norm. Het volgt uit zowel het daartoe uitgebrachte verkoopprospectus als ook uit de afwezigheid van andere bindende regels, dat de bewindvoerder ter zake een grote mate van handelingsvrijheid toekwam.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:925 27-02-2018
Strafrecht. Verdachte is veroordeeld voor bedrieglijke bankbreuk. Hij had geld overgemaakt naar privérekeningen. In hoger beroep houdt dit oordeel van de rechtbank stand.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:1922 30-01-2018
Curator q.q. en pro se/Atropa
Het in weerwil van artikel 3:277 BW onbetaald laten van één enkele geverifieerde schuldeiser omdat de curator zich erop beroept dat betaling van deze schuldeiser

krachtens de gekozen doorstartconstructie buiten de boedel om dient plaats te vinden, is zowel q.q. als pro se onrechtmatig.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:5460 05-12-2017
Bezitloos pandhouder betwist bodemvoorrecht, omdat dit niet leidt tot uitdeling aan de fiscus maar enkel tot voldoening van faillissementkosten.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:3383 28-11-2017
SMC c.s./Vrijgevestigd uroloog
Het niet overnemen van een bestaande specialistische praktijk uit het faillissement van het Ruwaard van Putten ziekenhuis, terwijl deze praktijk vervolgens zonder vergoeding is doorgezet door de doorstartende partij, levert geen ongerechtvaardigde verrijking op nu deze verrijking wordt gerechtvaardigd door het belang van patiënten bij regionale medisch-specialistische zorg.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:2558 27-06-2017
Appellant/ING
Beroep op onder meer dwaling wordt in hoger beroep afgewezen. ING is niet toerekenbaar tekortgeschoten, heeft niet haar zorgplicht geschonden en heeft niet onrechtmatig gehandeld jegens appellant.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:655 28-02-2017
Belangenafweging failliete werknemer en werkgever in niet door curator overgenomen geschil om hoogte loon.

Rechtbank

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:2124 15-03-2018
stichting en BV/CV
Het verzet tegen de faillietverklaring van de cv wordt ongegrond verklaard nu voldoende is gebleken van een opeisbare vordering en steunvorderingen en de schuldenaar zijn schulden niet meer betaalt.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:2127 15-03-2018
Stichting, CV en BV/BV
Het verzet tegen de faillietverklaring van de bv wordt ongegrond verklaard nu voldoende is gebleken van een opeisbare vordering en steunvorderingen en de schuldenaar zijn schulden niet meer betaalt.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2018:1006 07-03-2018

Bestuurder/Ontvanger
De aansprakelijkstelling na de melding betalingsonmacht door de Belastingdienst is ongegrond. Het gestelde onbehoorlijk bestuur als oorzaak van de betalingsonmacht van de vennootschap is niet aannemelijk gemaakt.

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2018:2075 07-03-2018

Bestuurder/Wagenaar q.q.
Een pensioenuitkering valt niet onder het loonbegrip van artikel 40 lid 2 Fw.

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2018:2076 07-03-2018

X/Notariskantoor
Niet kan worden aanvaard dat de notaris was gehouden een projectontwikkelaar te waarschuwen voor risico's verbonden aan de door hem gekozen financieringsvorm van zijn nieuwbouwprojecten. In zijn algemeenheid geldt dat een notaris, die per definitie werkzaam is in de juridische en niet in de economische/financiële sfeer, ervan mag uitgaan dat een projectontwikkelaar weet en begrijpt wat in voorkomend geval de inherente risico's zijn van de gekozen financieringsstructuur.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2018:817 07-03-2018

Toewijzing verzoek tot herroeping van verleende surseance van betaling op grond van bedrog als bedoeld in artikel 390 jo. 382 sub a Rv.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:723 28-02-2018

ROC Leiden c.s./College van bestuur
De bestuurders van ROC Leiden kan geen ernstig verwijt worden gemaakt van het realiseren van deels commerciële nieuwbouw. Deze nieuwbouw was in het statutaire belang van ROC Leiden. De destijds door het bestuur gekozen opstelling als gedeeltelijke projectontwikkelaar kan worden begrepen vanuit de toenmalige context waarin deze plannen werden ontwikkeld, in het bijzonder de daarbij door de overheid opgelegde marktwerking in het hoger onderwijs.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:2344 28-02-2018

Achmea/bestuurder X
Achmea stelt bestuurder aansprakelijk die niet aan Achmea heeft gemeld dat de bankrekening op naam van zijn vennootschap was gesteld, in plaats van de partij voor wie de betalingen bedoeld waren. Bestuurder heeft geprofiteerd van onrechtmatig handelen en geen toezicht gehouden op bankrekening.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2018:1153 21-02-2018
Bestuurdersaansprakelijkheid voor het sluiten van overeenkomsten zonder financieringsvoorbehoud terwijl dit voorbehoud eerder wel werd gemaakt. Hierdoor heeft de bestuurder de indruk gewekt dat de financiering rond was en heeft de bestuurder zijn contractspartij bewogen voor zijn project verplichtingen aan te gaan die zijn ondernemingen niet konden betalen.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2018:865 21-02-2018
Eiser/Vereffenaar Mijn Servicepunt
Bestuurdersaansprakelijkheid wegens het niet voldoen aan de kerntaak van het voeren van een deugdelijke administratie. Hierdoor, en ook omdat de bestuurder heeft nagelaten inzicht te geven in de vermogenspositie van de vennootschap op dat moment, ontbreekt een ijkpunt voor het ontzenuwen van het verwijt dat de bestuurder kenbaar wist dat de vennootschap de door haar aangegane verbintenissen niet kon nakomen. Voorts is hij tekortgeschoten in zijn taken van vereffenaar en heeft hij de schulden te lang op hun beloop gelaten.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2018:1885 19-02-2018
Wittekamp q.q./Cooperatie Royal FloraHolland U.A.
Betaling na datum faillissement van bankrekening gefailleerde met negatief saldo omvat geen handeling die het onder het faillissement vallend vermogen raakt. Geen strijd met artikel 23 Fw; afwijzing vordering curator tot terugbetaling.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2018:1221 14-02-2018
Smink q.q./Kosmonaut BV
Faillissementspauliana bij de verkoop van een bedrijfspand: het bewijzen van benadeling en wetenschap door de curator.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:869 14-02-2018
Trader/Koinz Trading
Naar het oordeel van de rechtbank kwalificeert een bitcoin gezien haar overdraagbaarheid en waarde als een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW, zodat een vordering tot betaling in bitcoin dus valt te beschouwen als een vordering die voor verificatie in aanmerking komt.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2018:1561 13-02-2018
Verzoeker/Kooi Katwijk
Zo de reisafstand van de feitelijke vestigingsplaats naar de statutaire vestigingsplaats van de vennootschap een bezwaar is, komen de gevolgen daarvan voor rekening en

risico van de vennootschap. Het is immers de keuze van verweerster geweest haar statutaire zetel te vestigen en te houden in een arrondissement op aanzienlijke afstand van haar feitelijke vestigingsplaats. Een eventueel daarop gegrond aanhoudingsverzoek ter zake van de aanvraag van het faillissement kan daarom niet worden toegewezen.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:10144 22-12-2017
Bestuurdersaansprakelijkheid wegens niet terugbetalen onverschuldigd betaalde dubbele bemiddelingsvergoeding.

College van Beroep voor het bedrijfsleven

College van Beroep voor het bedrijfsleven, ECLI:NL:CBB:2017:361 22-11-2017
Tuchtklacht bij accountantskamer tegen accountant die als curator optrad verworpen.

Uitspraken zonder ECLI

- onbekend -
X / Curator Axis
Bestuurdersaansprakelijheid ex-DGA na overdracht uitzendbureau aan een katvanger

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Credit Suisse/Jongepier q.q.

De Hoge Raad verlegt prejudicieel het fixatiemoment uit HR Koot Beheer/Tideman q.q. Vorderingen die zijn ontstaan tijdens een faillissement of een daaraan voorafgaande surseance, komen in beginsel niet voor erkenning in aanmerking, omdat die erkenning in strijd zou zijn met het fixatiebeginsel. Zij moeten echter wel worden erkend indien en voor zover zij besloten lagen in een ten tijde van het ingaan van dat faillissement of die surseance reeds bestaande rechtspositie van de schuldeiser. In dat geval maakt niet uit of het ontstaan of de omvang van de vordering op het moment van het ingaan van de surseance nog niet zeker was. Als een vordering ontstaat of in omvang toeneemt als gevolg van handelingen (aan de zijde) van de schuldeiser, staat dit in de weg aan verificatie van de vordering (in deze omvang) indien dit ontstaan of deze toename van de omvang moet worden aangemerkt als een uitbreiding van de aanspraken zoals die ten tijde van het ingaan van de surseance (of van een niet op surseance aansluitend faillissement) al bestonden of in de rechtspositie van deze schuldeiser besloten lagen.

Credit Suisse heeft twee kredieten verstrekt aan het inmiddels gefailleerde OSX. In de daaraan ten grondslag liggende kredietovereenkomsten heeft Credit Suisse een recht op vergoeding van haar advocaatkosten bedongen in geval van een Event of Default. 28 april 2015 is aan OSX voorlopig surseance verleend. Voor deze datum was al sprake van default aan de zijde van OSX. Bij beschikking van 15 juli 2015 is de voorlopige surseance van betaling ingetrokken en is OSX in staat van faillissement verklaard, met benoeming van appellant als curator.

Na verwijzing is in deze renvooiprocedure aan de orde de vraag of de vorderingen van Credit Suisse ter zake van nog te maken advocaatkosten op grond van het bepaalde in de

kredietovereenkomsten voor verificatie in aanmerking komen. Volgens Credit Suisse heeft zij hier recht op, ongeacht of de kosten tijdens de surseance of het faillissement zijn of zullen worden gemaakt. De curator betwist, onder verwijzing naar het fixatiebeginsel, de door Credit Suisse ter verificatie ingediende vordering ter zake van de advocaatkosten voor zover deze betrekking heeft op kosten die na het intreden van de surseance zijn gemaakt.

De rechtbank heeft vijf prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld. Bij zijn beantwoording geeft de Hoge Raad een uitvoerige uiteenzetting ten aanzien van de vragen die zijn arresten *Nebula, Berzona* en *Koot Beheer/Tideman q.q.* ten aanzien van het systeem van artikel 37 en 37a Fw hebben opgeroepen. Sterk samengevat komt dat op het volgende neer.

De Hoge Raad geeft eerst een korte uiteenzetting (in r.o. 3.5.1-3.5.3) over de afwikkeling van lopende overeenkomsten van de schuldenaar op grond van artikel 37 Fw. Die afwikkeling moet mede worden bezien in het licht van het fixatiebeginsel. Met betrekking tot *bestaande verbintenissen* overweegt de Hoge Raad dat de curator ex artikel 37 lid 1 Fw de keuze heeft of actieve verplichtingen van de boedel al dan niet worden nagekomen. De faillissementstoestand geeft de curator echter niet de bevoegdheid om een door de schuldenaar voor het faillissement verrichte prestatie ('actief') ongedaan te maken of een voortdurende prestatie voor zover deze bestaat uit een dulden of nalaten, te beëindigen, zoals door intrekking van een verleende licentie of opeising van een verhuurde zaak. (vgl. HR Berzona). Het gaat in die gevallen om een passieve duurverplichting van de licentiegever (als bedoeld in r.o. 3.7.1, onder a) die ten tijde van het faillissement reeds bestaat en vanaf dat moment wordt gecontinueerd (behoudens het geval dat de curator krachtens de overeenkomst of de wet bevoegd is de overeenkomst te beëindigen). Een daaruit voortvloeiende vordering (tot nakoming) van de wederpartij kan worden geverifieerd (zie r.o. 3.7.2). In het omgekeerde geval (dus bij faillissement van de huurder of licentienemer) geldt hetzelfde. Indien de wederpartij een duurverplichting blijft nakomen kan de daaruit voortvloeiende vordering tot het door de schuldenaar verrichten van een periodieke tegenprestatie (als bedoeld in r.o. 3.7.1, onder c) in het faillissement worden geverifieerd (aldus r.o. 3.7.4). Ook als deze vorderingen op de datum van het faillissement nog toekomstig zijn (r.o. 3.7.4, slot). Indien voortzetting van de overeenkomst niet in het belang is van de boedel, dient de curator zo spoedig als volgens de betrokken overeenkomst of de wet (waaronder ook de art. 38a-40 Fw) mogelijk is te beëindigen, teneinde de vordering van de wederpartij niet te doen oplopen (r.o. 3.7.4).

Ten aanzien van *verbintenissen die tijdens faillissement ontstaan*, overweegt de Hoge Raad (r.o. 3.5.4) dat verificatie van nieuwe vorderingen uit bestaande overeenkomsten uitsluitend mogelijk is indien en voor zover zij reeds besloten lagen in de rechtspositie van de schuldeiser zoals die bij het intreden van het faillissement bestond. Dat laatste is het geval indien de

nieuwe vorderingen geen uitbreiding opleveren van de aanspraken die deze schuldeiser op grond van die rechtspositie op dat tijdstip al had. Dit is de nieuwe hoofdregel. Het fixatiebeginsel houdt immers in dat de rechtspositie van een schuldeiser na het intreden van het faillissement niet te zijnen gunste mag worden gewijzigd. Voor zover wel sprake is van een dergelijke uitbreiding, komen de desbetreffende vorderingen niet voor verificatie in aanmerking, behoudens voor zover de boedel ten gevolge van het ontstaan ervan is gebaat. Deze regel geldt nu voor alle vorderingen, dus ook voor zover zij voortvloeien uit andere ten tijde van het intreden van het faillissement bestaande rechtsverhoudingen (zoals rechtsverhoudingen die zijn ontstaan uit een vóór het faillissement gepleegde onrechtmatige daad van de schuldenaar), zie r.o. 3.5.5. De Hoge Raad preciseert hiermee de regel uit HR Koot Beheer/Tideman q.q. (r.o. 3.5.6).

De Hoge Raad geeft vervolgens (r.o. 3.6) een aantal voorbeelden van soorten van verbintenissen die bij duurovereenkomsten kunnen worden onderscheiden en beantwoordt de vraag of daaruit voortvloeiende vorderingen overeenkomstig de hoofdregel van r.o. 3.5.4 voor verificatie in aanmerking komen (in r.o. 3.7.2-3.7.5). Een bijzondere categorie wordt daarbij gevormd door wederzijdse periodieke verplichtingen uit raamovereenkomsten van de schuldenaar (als bedoeld in r.o. 3.7.2, onder d). Bij deze verplichtingen moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de in r.o. 3.7.4 bedoelde gevallen waarin de vordering tot het verrichten van de tegenprestatie door de wederpartij wél kan worden geverifieerd, omdat de wederpartij gehouden is een duurverplichting te blijven verrichten, en gevallen waarin dat niet zo is (zie r.o. 3.7.5). De Hoge Raad overweegt (r.o. 3.7.5) dat voor zover de wederpartij een periodieke verplichting jegens de boedel blijft nakomen, terwijl in de overeenkomst ten tijde van het intreden van het faillissement voor de wederpartij wel de mogelijkheid, maar niet de verplichting tot het verrichten van die prestatie besloten lag, de vordering van de wederpartij tot voldoening van de tegenprestatie niet voor verificatie in aanmerking komt.

Ten aanzien van *vorderingen tot schadevergoeding* overweegt de Hoge Raad (r.o. 3.8.1) dat deze voor verificatie in aanmerking komen indien deze voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding en verificatie niet in strijd komt met de in r.o. 3.5.4 gegeven hoofdregel. In een dergelijk geval is niet van belang of de schade pas ontstaat, of de omvang daarvan pas duidelijk wordt, tijdens het faillissement. Dit strookt met artikel 37a Fw, waaruit volgt dat indien tijdens het faillissement grond bestaat voor vernietiging of ontbinding van de overeenkomst, de daaruit voortvloeiende vorderingen ter verificatie kunnen worden ingediend, ook voor zover deze betrekking hebben op de nakoming van de overeenkomst na het intreden van het faillissement (r.o. 3.8.2). Een zodanige vordering tot schadevergoeding kan zijn neergelegd in een bij het ingaan van het faillissement bestaande overeenkomst tussen partijen (zie HR BabyXL). Een dergelijke vordering kan ook direct uit de wet voortvloeien

zoals dat aan de orde was in HR Koot Beheer/Tideman q.q. (r.o. 3.8.3). De rechtspraak met betrekking tot het doorkruisen van een contractueel beding dat een partij (in geval van faillissement van haar wederpartij) aanspraak geeft op schadevergoeding of boete blijft in deze gevallen van toepassing (r.o. 3.8.4).

Vervolgens gaat de Hoge Raad (r.o. 3.11) in op de vraag of de vordering tot schadevergoeding van Credit Suisse, voor zover tijdens de voorafgaande surseance ontstaan, voor verificatie in aanmerking komt. De Hoge Raad stelt daarbij voorop dat voor vorderingen ten aanzien waarvan de surseance werking heeft, in de gevallen als bedoeld in artikel 249 Fw (dat de strekking heeft dat de surseance en het daarop volgende faillissement zo veel mogelijk als één geheel worden behandeld), de regel van r.o. 3.5.4 vanaf het moment van het ingaan van de surseance geldt (r.o. 3.9). Voor zover de waarde onzeker is zijn de uit artikelen 131 en 133 Fw voortvloeiende waarderingsregels daarbij van overeenkomstige toepassing (r.o. 3.10). De Hoge Raad vervolgt (r.o. 3.11.2) dat een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie die voortvloeit uit een overeenkomst die al bestaat ten tijde van het ingaan van het faillissement of van een daaraan voorafgaande surseance, in beginsel voor verificatie in aanmerking komt. Daarbij is niet van belang of de schade pas ontstaat, of de omvang daarvan pas duidelijk wordt, tijdens die surseance of het faillissement.

Ten slotte beantwoordt de Hoge Raad de prejudiciële vragen (r.o. 3.12). Vorderingen die zijn ontstaan tijdens een faillissement of een daaraan voorafgaande surseance, komen in beginsel niet voor erkenning in aanmerking, omdat die erkenning in strijd zou zijn met het fixatiebeginsel. Zij moeten echter wel worden erkend indien en voor zover zij besloten lagen in een ten tijde van het ingaan van dat faillissement of die surseance reeds bestaande rechtspositie van de schuldeiser, zodat geen sprake is van een uitbreiding van aanspraken die in strijd komt met het fixatiebeginsel (vgl. r.o. 3.5.4). In dat geval maakt niet uit of het ontstaan of de omvang van de vordering op het moment van het ingaan van de surseance nog niet zeker was. Als een vordering ontstaat of in omvang toeneemt als gevolg van handelingen (aan de zijde) van de schuldeiser, staat dit in de weg aan verificatie van de vordering (in deze omvang) indien dit ontstaan of deze toename van de omvang moet worden aangemerkt als een uitbreiding van de aanspraken zoals die ten tijde van het ingaan van de surseance (of van een niet op surseance aansluitend faillissement) al bestonden of in de rechtspositie van deze schuldeiser besloten lagen (vgl. r.o. 3.5.4).

M. Verdonk

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 23-03-2018
ECLI: ECLI:NL:HR:2018:424
Zaaknummer: 17/01478
Rechters: C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, T.H. den Tanja-van Broek, C.E. du Perron en M.J. Kroeze
Advocaten: B.I. Kraaipoel en R.M. Hermans
Wetsartikelen: 37 Fw en 24 Fw

RECHTSPRAAK

AA Accountants/X

Geen nietigheid verkrijging vordering door middel van stille cessie door advocaat van vordering waarover procedure later aanhangig is gemaakt bij rechtbank. Uitleg verkrijging in geval van stille cessie. Mogelijkheid tot contractuele afwijking wederkerig schuldenaarschap voor verrekening. Gezag van gewijsde arbitraal vonnis.

Aan de Amstel Accountants (AA accountants) had diverse werkzaamheden verricht voor P&H Holding B.V. (P&H) en Previa Onderhoud B.V. (Previa). P&H en Previa hadden moeite om de facturen voor de accountantswerkzaamheden te betalen en partijen hebben de afspraak gemaakt dat Previa onderhoudswerkzaamheden zou verrichten aan het pand van AA Accountants. De kosten daarvan zouden dan (deels) door verrekening kunnen worden voldaan. Over de werkzaamheden en de verschuldigdheid van facturen ontstaat een geschil tussen AA Accountants en Previa. Een advocaat, met zijn vennootschap X (verweerster in cassatie), gaat in de kwestie optreden voor P&H en Previa.

De advocaat start zijn werkzaamheden, waaronder het opstellen van een dagvaarding namens Previa. Previa kan ook de declaraties van de advocaat niet voldoen. X en Previa komen daarom een stille cessie van de vordering van Previa op AA Accountants overeen. De overeenkomst tot cessie dateert van 20 januari 2012 en is op 31 januari 2012 aan de Belastingdienst ter registratie aangeboden. Vervolgens wordt op 26 maart 2012 door Previa bij de Rechtbank Amsterdam een procedure aanhangig gemaakt tegen AA Accountants ter zake van de betaling van de openstaande facturen voor de onderhoudswerkzaamheden. De rechtbank verklaart zich onbevoegd vanwege een toepasselijk arbitragebeding. De advocaat trad in de procedure op namens Previa.

In juni 2013 start Previa een arbitragezaak en bij arbitraal vonnis van 28 maart 2014 wordt de vordering van Previa toegewezen. Het beroep van AA Accountants op verrekening wordt verworpen. Op 14 mei 2014 ontvangst AA Accountants daarna mededeling van de stille cessie.

P&H is hierna op 22 mei 2014 failliet verklaard en Previa een jaar later op 22 mei 2015. Op 11

juli 2014 vindt nog een kort geding plaats tussen AA Accountants en Previa in verband met het overleggen van stukken op straffe van een dwangsom. Deze vordering van AA Accountants wordt toegewezen.

In de onderhavige procedure vordert AA Accountants een verklaring voor recht dat de cessie van de vorderingen van Previa op AA Accountants aan X nietig is op grond van artikel 3:43 BW. In cassatie is van belang dat op grond van artikel 3:43 lid 1, aanhef, onder a, en slot, BW, rechtshandelingen nietig zijn die strekken tot verkrijging door (onder meer) advocaten van goederen waarover een geding aanhangig is voor het gerecht onder welk rechtsgebied zij bediening uitoefenen. De Hoge Raad geeft aan dat uit de totstandkominggeschiedenis van deze bepaling blijkt dat de bepaling slechts van toepassing is indien over de betrokken goederen een geding aanhangig is in de zin van artikel 125 lid 1 Rv. Dat houdt in dat een geding aanhangig is vanaf de dag van de dagvaarding, of in geval van digitaal procederen, de dag waarop de procesinleiding is ingediend. In casu werd gedagvaard in maart 2012, terwijl de stille cessie reeds was afgerond eind januari 2012. Dat pas later mededeling is gedaan aan AA Accountants is niet relevant.

De Hoge Raad geeft aan dat uit artikel 3:94 lid 3 BW blijkt dat vorderingsrechten kunnen worden geleverd door een daartoe bestemde authentieke of geregistreerde onderhandse akte, zonder mededeling daarvan aan personen tegen wie die rechten moeten worden uitgeoefend. De levering van de vordering kan pas worden tegengeworpen aan de persoon tegen wie deze rechten moeten worden uitgeoefend, na mededeling daarvan. De levering zelf is echter reeds voltooid bij het verleiden van authentieke akte of het registreren van de onderhandse akte en daarmee is de overdracht van de vordering een feit. Op dat moment is ook sprake van een rechtshandeling strekkende tot verkrijging in de zin van artikel 3:43 lid 1 BW. De verkrijging van de vordering door X vond dus reeds plaats eind januari 2012. In casu doet zich niet het geval voor dat de levering wordt tegengeworpen aan AA Accountants als schuldenaar in de zin van artikel 3:94 lid 3 BW zonder dat mededeling is gedaan. De strekking van artikel 3:43 lid 1 BW is van belang en dat is het dienen van het algemeen belang gelegen in de onkreukbaarheid van het gerechtelijk apparaat in de ruime zin van het woord (waaronder ook advocaten vallen), en niet het beschermen van belangen als die van de schuldenaar. De overdracht van de vordering aan X is dan ook niet nietig.

AA Accountants wil de vordering van X dan verrekenen met haar vordering op P&H. AA Accountants geeft aan dat zij contractueel is overeengekomen dat ook met vorderingen van Previa verrekend mocht worden. Artikel 6:127 lid 2 BW bepaalt dat de bevoegdheid tot verrekening onder andere afhankelijk is van wederkerig schuldenaarschap. Deze bepaling is echter van regelend recht. Contractueel mocht hiervan dus worden afgeweken. Het hof had geoordeeld dat verrekening afstuit op het ontbreken van wederkerigheid; hiermee heeft het

hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel van een onbegrijpelijk oordeel. In zoverre slaagt dan ook de klacht van AA Accountants in cassatie. Ten aanzien van de verrekening staat wel vast dat in de arbitrale procedure tussen Previa en AA Accountants bij wijze van verweer tegen de vordering van Previa door AA Accountants onder meer een beroep is gedaan op verrekening met haar tegenvordering. Ook de beoordeling van dit verrekeningsverweer behoorde tot de bevoegdheid van de arbiter, doordat als verweer de toewijsbaarheid van de vorderingen van Previa op AA Accountants aan de orde werd gesteld. Het gezag van gewijsde van het arbitrale vonnis strekt zich op grond van artikel 1059 Rv dan ook mede uit tot verwerping van het beroep op verrekening.

Ten slotte had AA Accountants ook een beroep op verrekening gedaan ten aanzien van de door Previa verbeurde dwangsommen. Dit beroep is door het hof afgewezen, zonder motivering. Ook de klacht die hierop betrekking heeft, slaagt en de Hoge Raad vernietigd het arrest van het Hof Amsterdam en verwijst het geding naar het Hof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing.

F. van Tilburg

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 23-03-2018
ECLI: ECLI:NL:HR:2018:428
Zaaknummer: 17/01075
Rechters: C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, T.H. den Tanja-van Broek, C.E. du Perron en M.J. Kroeze
Advocaten: T.T. van Zanten
Wetsartikelen: 3:43 lid 1 onder a BW, 125 lid Rv, 3:94 BW, 6:127 lid 2 BW en 1059 Rv

RECHTSPRAAK

OvJ/verdachte

Hoger beroep in zaak faillissementsfraude, verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan bedriegelijke bankbreuk en heeft als feitelijke leidinggever opzettelijk zonder vergunning beleggingsobjecten aangeboden.

Verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan bedriegelijke bankbreuk doordat hij als bestuurder met het opzet van benadeling van schuldeisers van de later failliet verklaarde besloten vennootschappen A en B meermalen gelden aan de boedel heeft onttrokken. Daarnaast heeft de verdachte als feitelijke leidinggever opzettelijk zonder vergunning beleggingsobjecten aangeboden.

Verdachte voert verweer tegen het laatstgenoemde feit. Het verweer houdt in dat verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan, maar dat hem daarvan geen verwijt kan worden gemaakt aangezien hij redelijkerwijs geen aanvaardbare mogelijkheid had om anders te handelen en hij heeft gedaan wat van hem kon worden gevergd. Hij vond echter een onwelwillende AFM op zijn weg, die vage eisen stelde.

Het hof stelt vast dat nadat AFM de vergunningaanvraag van de rechtspersoon had afgewezen, het de rechtspersoon niet meer was toegestaan om nieuwe contracten af te sluiten en zij gehouden was de lopende contracten af te wikkelen. De AFM en de rechtspersoon konden het vervolgens niet eens worden over een afwikkelplan en uiteindelijk werd geconcludeerd dat de bestaande beleggingsobjectcontracten niet werden afgewikkeld, waardoor de rechtspersoon in overtreding heeft gehandeld met artikel 2:55 lid 1 Wft.

Aangezien de AFM onder meer herhaaldelijk en duidelijk heeft aangegeven welke bezwaren zij tegen het afwikkelplan had, heeft de rechtspersoon ondanks geboden begeleiding door de AFM en zonder de door de AFM aangeraden bijstand van een deskundige, tot aan het faillissement volhard in haar afwikkelplan. Het hof concludeert op grond van het voorgaande dat de rechtspersoon, in de persoon van de verdachte, niet alle in redelijkheid van haar te vergen zorg heeft betracht ter vermijding van het strafbaar feit. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en veroordeelt de verdachte tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van

twee jaar met een proeftijd van twee jaar.

F. van der Voort

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 15-03-2018
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:1129
Zaaknummer: 20-003925-14
Rechters: P.T. Grundemann, P.M. Frielink en R. Lonterman
Wetsartikelen: 14a Sr, 14b Sr, 14c Sr, 51 Sr, 57 Sr, 343 Sr, 2:55 Wft, 1 WED en 6 WED

RECHTSPRAAK

Versendaal q.q./Lindorff BV

Na verkoop van roerende zaken behoudt de pandhouder zijn voorrecht, ook als deze per abuis eerder aan de curator heeft medegedeeld geen pandrecht te hebben.

ABN Amro heeft krediet verstrekt aan A, die in verband daarmee haar (toekomstige) voorraden en bedrijfsinventaris aan de bank heeft verpand. A is op 5 november 2013 in staat van faillissement verklaard. De bank heeft een vordering ad € 72.730,27 ingediend in het faillissement onder vermelding van haar pandrecht, maar heeft de curator op een later moment bericht toch niet over een pandrecht te beschikken. Na verkoop van de roerende zaken maar vóór de verificatievergadering bericht de bank de curator dat zij tóch een pandrecht op de roerende zaken had. De bank heeft de curator bericht zich met voorrang op de verkoopopbrengst te willen verhalen. De curator heeft de door de bank gepretendeerde voorrang betwist. Lindorff is bevoegd de procedure namens de bank te voeren.

In eerste aanleg heeft de rechtbank de vordering van Lindorff toegewezen. Naar het oordeel van de rechtbank is het pandrecht van de bank tenietgegaan, maar heeft zij haar voorrang op de opbrengst behouden. De rechtbank heeft in haar oordeel meegenomen dat (1) ook in geval van een stil verpande vordering de pandhouder zijn voorrang op het geïnde na executie door de curator en het tenietgaan van het pandrecht behoudt (HR 17 februari 1995 (Mulder q.q./CLBN), ECLI:NL:HR:1995:ZC1641), (2) artikel 58 Fw bepaalt dat bij verkoop door de curator van een verpande zaak het pandrecht tenietgaat, terwijl de pandhouder zijn voorrang op de opbrengst behoudt en (3) in geval van executie van een stil verpande vordering door een (derde-)beslaglegger het pandrecht vervalt, maar de pandhouder zijn voorrang behoudt bij de verdeling van de executieopbrengst (HR 23 april 1999 (NBC/Sisal), ECLI:NL:HR:1999:ZC2896).

In zijn eerste grief betoogt de curator dat de bovengenoemde arresten van de Hoge Raad zodanig verschillen van de onderhavige zaak, dat de regels uit die arresten niet analoog kunnen worden toegepast.

Het hof oordeelt dat dit wel het geval is. Anders dan de curator heeft betoogd doet aan dit

oordeel niet af dat een stil pandrecht op vorderingen moet worden onderscheiden van een bezitloos pandrecht op roerende zaken en dat inning door de curator iets anders is dan executie door de curator met een verlies van een pandrecht ingevolge artikel 3:86 lid 2 BW. Het hof acht van belang dat de door de rechtbank genoemde arresten en wetsartikelen ertoe strekken de beperkt gerechtigde wiens recht door of na executie is vervallen, te beschermen.

De tweede grief faalt omdat de brief waarin per abuis aan de curator is medegedeeld dat ABN Amro niet over een pandrecht beschikte, niet kan worden beschouwd als het doen van afstand van haar pandrecht. Hieruit volgt dat de bank geen kennis had van haar pandrecht. Aangezien alle grieven falen, wordt het bestreden vonnis bekrachtigd.

F. van der Voort

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 13-03-2018
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:2440
Zaaknummer: 200.203.795
Rechters: L.J. de Kerpel-van Poel, M.B. Beekhoven en H.M.L. Dings
Advocaten: L.G. Montagne
Wetsartikelen: 58 Fw, 68 lid 1 Fw, 180 lid 2 Fw en 3:86 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Toewijzing verzoek tot herroeping van verleende surseance van betaling op grond van bedrog als bedoeld in artikel 390 jo. 382 sub a Rv.

Aan JBMG B.V. is op verzoek van haar medeaandeelhouder J.B. Holding B.V. surseance van betaling verleend. JBMG en B – medebestuurder van JBMG en tevens medeaandeelhouder – verzoeken tot herroeping van de verleende surseance van betaling. Zij stellen dat de voorlopige surseance zou zijn verleend op basis van een niet geldig bestuursbesluit en een vals overzicht van schulden van JBMG, terwijl de situatie als bedoeld in artikel 214 Fw zich op dat moment feitelijk helemaal niet voordeed. Volgens JBMG had zij geen betalingsproblemen en was het verzoek van J.B. Holding gebaseerd op valse, onjuiste en niet onderbouwde gegevens en stellingen. Er zou sprake zijn van bedrog ex artikel 382 Rv.

Volgens J.B. Holding was JBMG op moment van de aanvraag van surseance niet in staat aan haar verplichtingen te voldoen en is zij dat nog steeds niet. In de onderhavige procedure verzoekt zij tot omzetting van de surseance naar faillissement.

De bewindvoerder heeft verklaard dat de verhouding tussen de aandeelhouders en de (indirecte) bestuurders van JBMG buitengewoon slecht is. De financiële situatie van JBMG is wel overzichtelijk en de lijst met crediteuren is beperkt. Van een achterstand was en is geen sprake. De in het inleidende verzoek opgevoerde schulden staan tussen partijen ter discussie. Vanwege de surseance van betaling kan JBMG feitelijk echter niet meer voldoen aan de extra kosten die de surseance met zich meebrengt. Door de surseance is de bankschuld opeisbaar geworden en JBMG is niet in staat om die terug te betalen. De bewindvoerder verzoekt de rechtbank om rekening te houden met de door hem gemaakte kosten naar analogie met de uitspraken naar aanleiding van de vernietiging van het faillissement HSK.

De rechtbank oordeelt dat het begrip bedrog ruim moet worden uitgelegd en niet is onderworpen aan beperkingen die in het overeenkomstenrecht (art. 3:44 BW) voor de uitleg van het begrip worden gehanteerd. Onder bedrog in de zin artikel 390 jo. 382 sub a Rv valt ook het verzwijgen van feiten die tot een voor de wederpartij gunstige afloop van de procedure zouden hebben geleid (HR 4 oktober 1996, NJ 1998, 45 (Goosen/Goosen); HR 19 december

2003, NJ 2005, 181 (G/Rabobank) en de Parlementaire Geschiedenis Herziening Rechtsvordering, p. 475).

De rechtbank oordeelt dat J.B. Holding bij het verzoek tot surseance feiten heeft verzwegen die voor JBMG en B tot een gunstige afloop van de procedure hadden kunnen leiden. Als deze feiten waren opgenomen in het verzoekschrift tot surseance van betaling dan had de rechtbank kunnen constateren dat tussen de bestuurders en aandeelhouders allerminst overeenstemming bestond over de indiening en de inhoud van het verzoek. De rechtbank had in dat geval niet tot de uitspraak tot verlening van de surseance kunnen komen zonder de andere partij te horen. In dat geval zou B als medebestuurder/medeaandeelhouder van JBMG ook zijn uitgenodigd. De rechtbank oordeelt dat bij een zitting waar in dat geval alle partijen hun standpunt naar voren hadden kunnen brengen, ook was gedebatteerd over de vraag of JBMG in staat was om haar financiële verplichtingen te voldoen. Volgens de rechtbank ligt het voor de hand dat de conclusie zou zijn getrokken dat niet was komen vast te staan dat JBMG niet zou kunnen voortgaan met het betalen van opeisbare schulden. Het verzoek zou naar alle waarschijnlijkheid zijn afgewezen en zou voor B een gunstige afloop hebben gehad. Dit leidt volgens de rechtbank tot de conclusie dat sprake is van bedrog in de zin van artikel 390 jo. 382 sub a Rv. De rechtbank wijst daarom het verzoek tot herroeping van de verleende surseance van betaling toe. J.B. Holding wordt veroordeeld in de proceskosten en vanwege het gepleegde bedrog wordt J.B. Holding eveneens veroordeeld tot de kosten van de surseance van betaling.

F. van Tilburg

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak: 07-03-2018
ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2018:817
Zaaknummer: C/17/159429 / FT RK 18/64
Rechters: H.J. Idzenga
Advocaten: N.M.H. Poort en A.V. Paardekooper
Wetsartikelen: 214 Fw, 382 Rv en 390 Rv

RECHTSPRAAK

Achmea/bestuurder X

Achmea stelt bestuurder aansprakelijk die niet aan Achmea heeft gemeld dat de bankrekening op naam van zijn vennootschap was gesteld, in plaats van de partij voor wie de betalingen bedoeld waren. Bestuurder heeft geprofiteerd van onrechtmatig handelen en geen toezicht gehouden op bankrekening.

Jaccoo is een IT-dienstverlener waarmee Achmea een overeenkomst heeft gesloten, om voor het voeren van haar financiële administratie gebruik te maken van het Jaccoo Payment Platform. X is sinds half juni 2014 enig bestuurder van JCC.

Jaccoo heeft aan Achmea vier facturen gestuurd voor een totaalbedrag van € 457.380. De facturen zagen op de door Achmea veronderstelde verlening van de overeenkomst tussen Achmea en Jaccoo. Onbekend bij Achmea was dat de tenaamstelling van de bankrekening was gewijzigd van Jaccoo naar JCC. Nadat Jaccoo heeft betwist dat de overeenkomst was verlengd, heeft Achmea verzocht om terugbetaling van het bedrag. Jaccoo heeft hieraan geen gehoor gegeven, waarna Achmea tevergeefs conservatoir beslag gelegd heeft ten laste van Jaccoo. Circa één jaar later is Jaccoo failliet verklaard.

Rechtbank Midden-Nederland heeft beslist dat de betaling door Achmea onverschuldigd is gedaan en Jaccoo veroordeeld tot terugbetaling van het bedrag dat resteert na verrekening van het bedrag dat Achmea verschuldigd is aan onderhoudsvergoedingen. Achmea stelt in deze zaak dat de gedaagde op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is voor een bedrag van € 279.802,71. JCC biedt door de handelswijze van X geen verhaal.

Achmea meent dat X onzorgvuldig heeft gehandeld door onder meer niet aan Achmea te melden dat (1) de bankrekening op naam van JCC is gezet, (2) toe te staan dat A en zijn echtgenote beschikkingsbevoegd waren over het bankrekeningnummer, (3) onvoldoende toezicht te houden op de bankrekening, (4) niet te voorkomen dat het onverschuldigd betaalde bedrag werd doorgestort en (5) € 80.000 van het onverschuldigd betaalde bedrag op zijn eigen bankrekening in ontvangst te nemen.

Ad (1) Het hof oordeelt dat niet kan komen vast te staan dat Achmea wist van de wijziging in de tenaamstelling ten tijde van de onverschuldigde betaling. X is na enkele weken dat de tenaamstelling van de bankrekening is gewijzigd, bestuurder van JCC geworden en heeft vervolgens nagelaten de tenaamstelling niet opnieuw te wijzigen van JCC naar Jaccoo. Aangezien de wijziging was doorgevoerd omdat Jaccoo was ontbonden, had het op de weg van X gelegen dit ongedaan te maken aangezien de ontbinding op een gegeven moment werd herroepen. Hiermee heeft X niet gehandeld zoals een redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gedaan (HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, NJ 2001, 454 (Panmo).

Ad (2) en (3) Artikel 2:9 BW brengt met zich dat X als bestuurder van JCC de taak heeft de financiële belangen van JCC en haar crediteuren te beschermen. Tussen A en zijn echtgenote bestond geen formele rechtsverhouding meer nadat X bestuurder werd: toch bleven zij beschikkingsbevoegd en boekten zij naar eigen inzicht geld over naar hun eigen en andere bankrekeningen. Omdat X wist of redelijkerwijs had moeten begrijpen dat JCC hierdoor in de problemen zou kunnen raken en geen maatregeen heeft getroffen, wordt geconcludeerd dat hij niet zorgvuldig heeft gehandeld en niet gehandeld heeft zoals een redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gedaan.

Ad (4) en (5) Nadat JCC het bedrag van Achmea had ontvangen, is een bedrag doorgestort aan P-Identity BV, een vennootschap waarvan A aandeelhouder was. X heeft kort hierna een bedrag van € 80.000 ontvangen op zijn eigen bankrekning. Op deze manier heeft X geprofiteerd van het onrechtmatig handelen van diegenen die hij toegang heeft verleend tot de bankrekening van JCC. Hij heeft daarmee niet gehandeld zoals van een zorgvuldige bestuurder mag worden verwacht en gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer en meer in het bijzonder het handelsverkeer betaamt.

Het hof concludeert dat X een ernstig, persoonlijk verwijt treft en dat X persoonlijk aansprakelijk is voor de door zijn handelwijze geleden schade. De omvang van de schade van Achmea wordt bepaald door de financiële positie waarin Achmea door het onrechtmatig handelen van X is komen te verkeren, te vergelijken met de financiële positie waarin zij zou hebben verkeerd zonder dit onrechtmatig handelen.

F. van der Voort

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 28-02-2018
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:2344

Zaaknummer: C10/530756 / HA ZA 17-672
Rechters: A.M. van der Leeden
Advocaten: M.J.W. van Ingen en J.J. Kuipers
Wetsartikelen: 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Appellant/ING

Beroep op onder meer dwaling wordt in hoger beroep afgewezen. ING is niet toerekenbaar tekortgeschoten, heeft niet haar zorgplicht geschonden en heeft niet onrechtmatig gehandeld jegens appellant.

Het gaat in deze zaak om een gezamenlijke investering in een vastgoedproject van ING en appellant. Appellant verwijt ING dat de bank slechts haar eigen belang heeft nagestreefd met schending van de belangen van haar mede-investeerder. De rechtbank heeft in haar uitspraak de vorderingen gegrond op wanprestatie, dwaling en onrechtmatige daad afgewezen.

Appellant voert meerdere grieven aan tegen het bestreden vonnis. Ten eerste zou appellant hebben gedwaald, aangezien ING appellant niet in kennis heeft gesteld van de tijdsbepaling in de kredietfaciliteit met MHVG. Indien appellant hiervan op de hoogte zou zijn geweest, had hij nooit zijn lening aan MHVG verstrekt.

Het hof acht het verwijt van appellant omtrent de limietverlaging in de kredietfaciliteit om meerdere redenen niet terecht. Allereerst behoefde ING zich geen zorgen te maken dat de units niet zouden worden verkocht. Uit het feit dat appellant een bij ING achtergestelde lening heeft verstrekt die gedekt was door lager gerangschikte zekerheden, blijkt dat appellant er ook zo over dacht. Daarnaast had het risico dat ING de kredietfaciliet en additionele leningen zou opeisen, kenbaar moeten zijn aan appellant. Dit stond ten eerste opgenomen in de overeenkomst waarbij zowel ING als appellant partij was, waarin ten tweede tevens een artikel was opgenomen dat appellant ook zelf het project feitelijk kon beëindigen door de door hem verstrekte lening op te eisen. Als de verkoop van de units niet zou vlotten, kan niet worden verondersteld dat ING tot in lengte der dagen het krediet zou handhaven.

Uit het voorgaande volgt dat de grieven die inhouden dat ING toerekenbaar is tekortgeschoten, onrechtmatig heeft gehandeld en haar zorgplicht heeft veronachtzaamd jegens appellant, falen. De vonnissen waarvan beroep worden bekrachtigd.

F. van der Voort

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 27-06-2017
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:2558
Zaaknummer: 200.185.497/01
Rechters: D.S. Oranje, M. Jurgens en S.B. van Baalen
Advocaten: B.W. Brouwer en D.H.M. de Leeuw
Wetsartikelen: 6:228 BW

RECHTSPRAAK

Tuchtklacht bij accountantskamer tegen accountant die als curator optrad verworpen.

Een registeraccountant is benoemd tot bewindvoerder in een voorlopige surseance van betaling en later als curator in de faillissementen van een aantal groepsvennootschappen. Deze vennootschappen hielden zich bezig met het ontwikkelen en realiseren van bedrijfsruimten en kantoorpanden. Verschillende betrokkenen klagen bij de accountantskamer over het handelen van de accountant in zijn hoedanigheid van curator. De klachten zijn in eerste aanleg afgewezen.

In hoger beroep oordeelt het CBb dat de accountant ingevolge artikel 42 Wet op het accountantberoep ten aanzien van de uitoefening van zijn beroep is onderworpen aan tuchtrechtspraak op grond van de Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra). Tot 1 januari 2013 gold dit alleen voor registeraccountants bij beroepsmatig handelen ingevolge artikel 33 lid 1 Wet op de Registeraccountants (Wet RA). Het CBb oordeelt dat een accountant ook aan tuchtrecht is onderworpen als deze als bewindvoerder of curator optreedt. In tegenstelling tot wat voor advocaten geldt, is de reikwijdte van het tuchtrecht voor accountants handelend als curator niet beperkt tot gevallen waarin een accountant zich dusdanig misdraagt als curator dat hij het vertrouwen in het beroep van accountants schaadt.

De eerste klacht is dat de accountant zijn benoeming als curator heeft aanvaard, terwijl (1) hij over onvoldoende kennis en ervaring zou beschikken om een dergelijke benoeming te aanvaarden, (2) tegenstrijdige belangen bestonden tussen de failliete vennootschappen en het kantoor van de accountant, en (3) sprake was van een potentieel belangenconflict. Het CBb oordeelt dat klagers deels te laat hebben geklaagd. Ingevolge artikel 22 lid 1 Wtra hadden zij binnen drie jaar nadat zij hadden geconstateerd of rederlijkerwijs hadden kunnen constateren dat de accountant naar hun mening niet over voldoende kennis en ervaring beschikte om de benoeming te aanvaarden moeten klagen. Dat hebben ze niet gedaan ten aanzien van een deel van de door de accountant aanvaarde benoemingen. Voor zover klagers wel tijdig hebben geklaagd over een ander deel van de benoemingen geldt dat de klachten ongegrond zijn. Dat de accountant niet eerder als curator bij de afwikkeling van een faillissement van een omvangrijke onderneming is betrokken hoefde voor hem geen beletsel te zijn om de

desbetreffende benoemingen te aanvaarden. Van tegenstrijdige belangen of mogelijk belangenconflict is geen sprake.

De tweede klacht van klagers is dat de accountant zich bij aanvaarding van de benoeming alleen door eigen financiële belangen heeft laten leiden. Het CBb oordeelt dat het enkele feit dat de accountant salaris als curator ontving hem niet tuchtrechtelijk kan worden verweten. Klagers stellen dat de accountant de banken de macht heeft laten grijpen in de faillissementen en in feite enkel nog voor zijn eigen salaris is gegaan. Het CBb oordeelt dat klagers deze stellingen op geen enkele wijze hebben onderbouwd en deze derhalve ongegrond zijn.

De derde klacht is dat de accountant zich alleen door de belangen van de banken van de failliete vennootschappen heeft laten leiden. De vierde klacht is dat de accountant onwaarheden zou hebben vermeld in faillissementsverslagen en gerechtelijke procedures. Het CBb oordeelt dat klagers beide klachten niet hebben onderbouwd en daarom niet duidelijk is welk tuchtrechtelijk verwijt de accountant gemaakt zou kunnen worden. Beide klachten zijn daarmee ongegrond.

De laatste klacht is dat de accountant de jaarrekening over 2011 van de vennootschappen heeft opgemaakt en daarbij fouten heeft gemaakt en weigert een goedkeurende verklaring over de jaarrekening over 2011 af te leggen. Het CBb oordeelt dat de accountant geen jaarrekening over 2011 heeft opgesteld, maar dat een ander accountantskantoor de jaarrekening heeft opgesteld. Er kan dus geen sprake zijn van daarbij door de accountant gemaakte fouten of het ten onrechte door hem onthouden van een goedkeurende verklaring. Klagers hebben niet onderbouwd dat de accountant onjuiste input zou hebben geleverd aan dit andere accountantskantoor. De laatset klacht is derhalve eveneens ongegrond.

M.S. Breeman

Instantie: College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak: 22-11-2017
ECLI: ECLI:NL:CBB:2017:361
Zaaknummer: 16/794
Rechters: J.L.W. Aerts, W.E. Doolaard en C.M. Wolters
Advocaten: J.M. Atema

RECHTSPRAAK

Leliveld/Rabobank

Rabobank heeft als huisbankier van de Midreth Groep in strijd gehandeld met haar bancaire zorgplicht (art. 2 lid 1 ABV) en onrechtmatig gehandeld jegens de aandeelhouders van de Midreth Groep door bij noodfinanciering zeer nadelige voorwaarden op te leggen aan de aandeelhouders. Rabobank heeft daarmee misbruik gemaakt van de noodsituatie waarin de Midreth Groep en de aandeelhouders zich bevonden.

De Midreth Groep voerde een bouwonderneming en is in februari 2011 gefailleerd. Rabobank was huisbankier van de groep. Via een STAK waren Leliveld en zijn echtgenote de uiteindelijke aandeelhouders (hierna: Leliveld). In oktober 2010 heeft Rabobank, tezamen met enkele andere partijen, nog een aanvullend krediet van 20 miljoen euro verleend aan de Midreth Groep met, volgens Leliveld, zeer nadelige voorwaarden, waaronder een fee van 20 miljoen euro en een verplichting tot overdracht van 60% van de aandelen in de groep aan Rabobank et al. In deze procedure stelt Leliveld onder meer dat Rabobank misbruik van omstandigheden heeft gemaakt door deze voorwaarden op te leggen, dat dit in strijd is met de contractuele bancaire zorgplicht en dat Rabobank daarmee onrechtmatig heeft gehandeld jegens haar. De rechtbank had deze vorderingen afgewezen, het hof wijst ze daarentegen deels toe en verwijst naar de schadestaatprocedure.

Het hof overweegt daartoe dat de Midreth Groep en haar middelijke aandeelhouders in oktober 2010 in bijzondere omstandigheden verkeerden. Ze verkeerden niet alleen in noodtoestand en economische dwangpositie, maar ook in volledige afhankelijkheid van Rabobank, dat mede door een privéborgtocht van Leliveld van 5 miljoen euro en vergaande zekerheden op de activa van de Midreth Groep grote zeggenschap had. Door onder die omstandigheden hoge fees op te leggen (een oude fee van 2 miljoen euro werd gehandhaafd en een nieuwe fee van 20 miljoen euro werd opgelegd voor een krediet van 20 miljoen euro) en te verplichten tot overdracht van 60% van de aandelen voor 1 euro, heeft Rabobank haar contractuele zorgplicht (art. 2 lid 1 ABV) jegens de aandeelhouders (die partij waren bij de

noodfinanciering) geschonden en heeft Rabobank onrechtmatig gehandeld jegens hen. Evenals in HR Kip en Sloetjes/Rabobank (ECLI:NL:HR:1997:ZC2365) is de Poot/ABP-leer hier niet van toepassing. De aandeelhouders vorderen niet slechts afgeleide schade maar, mede door het moeten verkopen van hun aandelen tegen een te lage prijs en door de schade die zij als borg hebben geleden, ook schade die niet hersteld kan worden door een vordering van de vennootschap zelf.

De vraag wat de schade van de aandeelhouders is door dit onrechtmatige gedrag, beantwoordt het hof niet. Hoewel Rabobank heeft bestreden dat de aandelen in oktober 2010 waarde hadden, acht het hof het niet onaannemelijk dat de aandelen wel enige (verwachtings)waarde hadden op dat moment. Ter verdere bepaling daarvan verwijst het hof naar de schadestaatprocedure.

A.L. Jonkers, maart 2018

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 27-03-2018
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:2893
Zaaknummer: 200.140.750
Rechters: A.W. Steeg, H. Wammes en J.G.J. Rinkes
Advocaten: J.V. van Ophem, H. Pasman en R.M. Vermaire
Wetsartikelen: 6:162 BW en 2 ABV

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens niet terugbetalen onverschuldigd betaalde dubbele bemiddelingsvergoeding.

Eiser heeft een bemiddelingsvergoeding betaald aan MVM voor bemiddeling bij de huur van een woonruimte. MVM had tevens een bemiddelingsvergoeding in rekening gebracht bij de verhuurder van de woonruimte. Ingevolge artikel 7:417 lid 4 jo. artikel 7:427 BW is het niet toegestaan bemiddelingskosten in rekening te brengen bij zowel de huurder als de verhuurder. Bij vonnis van de kantonrechter Rotterdam is MVM daarom veroordeeld tot terugbetalen van de bemiddelsvergoeding, omdat deze wegens strijd met genoemde dwingendrechtelijke bepalingen onverschuldigd is betaald. Eiser heeft het onverschuldigd betaalde niet terug ontvangen van MVM.

Enkele maanden voor het vonnis van de kantonrechter is MVM ontbonden en direct opgehouden te bestaan wegens het ontbreken van baten (turboliquidatie). De activiteiten zijn voorgezet in RVM met dezelfde bestuurders. Eiser spreekt de bestuurders van MVM aan uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid tot vergoeding van de niet terugbetaalde bemiddelingsvergoeding. Eiser stelt dat de bestuurders namens MVM de bemiddelingsovereenkomst zijn aangegaan, terwijl ze wisten of redelijkerwijze behoorden te begrijpen dat MVM deze verplichting niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade (Beklamel).

De rechtbank bespreekt eerst de standaardjurisprudentie (RCI/Castrop, Beklamel en Ontvanger/Roelofsen). De rechtbank oordeelt vervolgens dat MVM door een vergoeding bij zowel eiser als de verhuurder van de woonruimte in rekening te brengen welbewust in strijd heeft gehandeld met de dwingende wetsbepaling van artikel 7:417 lid 4 jo. 7:427 BW. Daarmee is sprake van een bijzondere omstandigheid die een ernstig verwijt oplevert aan de zijde van beide bestuurders van MVM. Bij het aangaan van de bemiddelingsovereenkomst behoorden de bestuurders te weten dat zij dubbele bemiddelingskosten in rekening brachten, terwijl dat wettelijk niet was toegestaan. Zij behoorden daarom te weten dat MVM de bemiddelingskosten terug zou moeten betalen. Door daar geen rekening mee te houden hebben zij onrechtmatig gehandeld jegens eiser, aldus de rechtbank. De rechtbank veroordeelt de bestuurders van MVM hoofdelijk tot terugbetalen van de onverschuldigd betaalde

bemiddelingskosten.

De rechtbank bespreekt tevens de consequenties van het arrest van de Hoge Raad van 16 oktober 2015 (ECLI:NL:HR:2015:3099, NJ 2016, 108) voor de mogelijke persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van bemiddelingskantoren. De Hoge Raad oordeelde in dat arrest dat de praktijk onder bemiddelaars om een aspirant-huurder eerst te laten tekenen voor bemiddeling voordat een concrete woning werd aangeboden, kwalificeert als het (verboden) dienen van twee heren. MVM had zich van die praktijk bediend bij de bemiddeling van woonruimte voor eiser. De rechtbank oordeelt dat bestuurders van bemiddelingskantoren van een dergelijk handelen geen persoonlijk en ernstig verwijt kan worden gemaakt, omdat voorstelbaar is dat zij tot de uitspraak van de Hoge Raad niet konden begrijpen dat een dergelijk handelen kwalificeert als het dienen van twee heren.

M.S. Breeman

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 22-12-2017
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2017:10144
Zaaknummer: 5774745 CV EXPL 17-7886
Rechters: L.J. van Die
Advocaten: J.G. Verhaart, E. Rutjes en D.L.A. Voskuilen
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bezitloos pandhouder betwist bodemvoorrecht, omdat dit niet leidt tot uitdeling aan de fiscus maar enkel tot voldoening van faillissementkosten.

Een leasemaatschappij heeft een (bezitloos) pandrecht op onder meer het machinepark van een vennootschap die zich bezig houdt met het produceren van kunststofhalffabrikaten. De vennootschap is op eigen aangifte failliet verklaard. De benoemde curator erkent het pandrecht van de leasemaatschappij. De curator bericht de leasemaatschappij dat de verkoopopbrengst van het machinepark aan de fiscus toekomt vanwege diens bodemvoorrecht. De leasemaatschappij betwist dit.

De curator verkoopt met instemming van de leasemaatschappij het machinepark vrij van pandrecht. De curator en de leasemaatschappij komen daarbij overeen dat de verkoopopbrengst wordt gestort op de derdengeldrekening van het kantoor van de curator. Het gestorte bedrag wordt pas vrijgegeven indien een rechter onherroepelijk heeft beslist over wie aanspraak kan maken op de opbrengst of partijen daarover schriftelijk overeenstemming bereiken.

De curator komt ingevolge artikel 57 lid 3 Fw op voor de belangen van de fiscus en vordert in de procedure onder meer een verklaring voor recht dat de verkoopopbrengst aan de boedel toekomt.

De leasemaatschappij stelt dat de fiscus geen materieel belang heeft bij haar bodemvoorrecht, omdat gelet op het beperkte vrij actief (actief minus faillissementskosten) en de omvang van de boedelschulden geen uitkering op haar preferente vordering zal plaatsvinden. De curator gebruikt zijn bevoegdheid ex artikel 57 lid 3 Fw uitsluitend om de boedelschulden (deels) te kunnen betalen. Daarvoor is artikel 57 lid 3 Fw niet geschreven. De curator maakt volgens de leasemaatschappij derhalve misbruik van bevoegdheid. Het hof oordeelt dat rekening wordt gehouden met de belangen van de bezitloze pandhouder doordat de fiscus eerst zo veel mogelijk uit het vrij actief moet worden voldaan door de curator (Aerts q.q./ABN AMRO en Verdonk q.q./Ontvanger). De curator kan ingevolge artikel 57 lid 3 Fw bovendien slechts aanspraak maken op de (netto-)opbrengst van bezitloos verpande zaken tot maximaal het

bedrag van de preferente vordering van de fiscus waarvoor het bodemrecht geldt en voor zover deze preferente vordering van de fiscus niet uit het vrij actief kan worden voldaan. De curator is gehouden ingevolge artikel 57 lid 3 Fw de belangen van de fiscus te behartigen. Het is aan de fiscus om eventueel afstand te doen van haar recht op voorrang. Dat heeft de fiscus, met inachtneming van artikel 21.6 Leidraad Invordering 2006, niet gedaan. Het hof oordeelt daarom dat de curator geen misbruik van bevoegdheid maakt of onrechtmatig handelt. Het enkele feit dat de fiscus per saldo geen uitkering ontvangt, omdat zij ingevolge artikel 182 lid 1 Fw meedeelt in de faillissementskosten, betekent volgens het hof niet dat de fiscus onvoldoende belang heeft bij haar bodemvoorrecht. De fiscus heeft een algemeen belang om zo veel mogelijk te incasseren en daarbij aanspraak te maken op de haar toekomende voorrechten. In het wettelijk systeem ligt besloten dat bij de opbrengst van bodemzaken de bezitloze pandhouder pas aan de beurt komt na omslag van de algemene faillissementskosten en nadat de fiscus een uitkering heeft ontvangen. Dit wettelijk systeem is al vele malen ter discussie gesteld, maar de minister van Justitie en Veiligheid is tot nu toe nog niet overgegaan tot afschaffing.

De leasemaatschappij voert tot slot aan dat de fiscus en de curator geen beroep zouden mogen doen op het bodemvoorrecht, omdat de vennootschap een door de leasemaatschappij doorgevoerde bodemverhuurconstructie heeft gefrustreerd. Het hof oordeelt dat niet valt in te zien waarom de fiscus (c.q. de curator) op grond van enige jegens de leasemaatschappij in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm gehouden zou zijn af te zien van het bodemvoorrecht, om zo de gevolgen ongedaan te maken van het mislukken van een bodemverhuurconstructie, waar de fiscus niets mee van doen had en die juist gericht was op het ontkomen aan het bodemvoorrecht.

M.S. Breeman

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 05-12-2017
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:5460
Zaaknummer: 200.179.386_02
Rechters: J.A.M. van Schaik-Veltman, O.G.H. Milar en M.W.M. Souren
Advocaten: D.J. Bos en F.A. van Tilburg
Wetsartikelen: 21 lid 2 Invorderingswet 1990, 57 id 3 Fw en 182 Fw

RECHTSPRAAK

Belangenafweging failliete werknemer en werkgever in niet door curator overgenomen geschil om hoogte loon.

De curator van een failliete werknemer heeft de kantonrechter bericht dat hij een lopende procedure tussen de werknemer en zijn werkgever niet overneemt. In de procedure is de arbeidsovereenkomst ontbonden en een deel van de loonvordering van de werknemer toegewezen. De werknemer dient in de procedure nog te bewijzen dat hij aanspraak kan maken op een hoger loon dan al door de kantonrechter toegekend. Kennelijk hebben de curator en werknemer afgesproken dat de opbrengst van het nog niet toegekende deel van de loonvordering 50/50 wordt verdeeld tussen de boedel en de werknemer. De werkgever heeft de kantonrechter verzocht ingevolge artikel 27 lid 2 Fw ontslag van instantie te verlenen. De kantonrechter heeft het gevraagde ontslag van instantie verleend. De werknemer komt van deze beslissing in hoger beroep.

Het gerechtshof overweegt dat ingevolge artikel 27 lid 2 Fw de rechter niet gehouden is een verzoek tot verlening van ontslag van instantie steeds toe te wijzen. Toewijzing van een dergelijk verzoek hangt af van weging van het belang van de gedaagde die het verzoek heeft gedaan ten opzichte van het belang van de eiser bij voortzetting van het geding buiten bezwaar van de boedel.

Het belang van de werkgever is dat zij bij winst in een voorgezette procedure blijft zitten met een onverhaalbare proceskostenveroordeling. Het belang van de werknemer is dat hij bij winst in een voortgezette procedure (1) een hoger bedrag aan loon wordt toegekend, (2) aanspraak bij de curator kan maken op 50% van de loonvordering, (3) aanspraak kan maken op een hogere uitkering onder de Ziektewet waar de werknemer thans onder valt en (4) vergroting van de faillissementsboedel.

Het gerechtshof oordeelt dat vergroting van de faillissementsboedel bij uitstek een belang is dat door de curator wordt gediend. De overige belangen van de werknemer kunnen evenmin leiden tot afwijzing van het verzoek tot verlening van ontslag van instantie. De enkele denkbeeldige mogelijkheid van een gunstige beslissing voor de werknemer brengt niet mee dat het belang van de werknemer zwaarder weegt dan het belang van de werkgever. Uit het

niet overnemen van de procedure door de curator blijkt dat de curator de kans op afwijzing van de vordering tot een hoger loon groter acht dan de kans op toewijzing. De failliete werknemer is tegen deze beslissing van de curator niet ex artikel 69 Fw in beroep gekomen en heeft geen omstandigheden aangevoerd waaruit een gerede kans op een voor hem gunstige beslissing bij voortzetting van het geding voortvloeit. De kosten voor de werkgever bij voortzetting zijn niet verwaarloosbaar klein, ook al zijn inmiddels al wel getuigen gehoord in het geding. Partijen mogen namelijk nog een conclusie na enquête nemen en zich uitlaten over producties, terwijl een nieuwe tussenbeschikking voorstelbaar is. Gelet op het voorgaande moet het belang van de werkgever bij ontslag van instantie zwaarder wegen dan het belang van de werknemer bij voortzetting.

M.S. Breeman

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 28-02-2017
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:655
Zaaknummer: 200.193.410/01
Rechters: C.M. Aarts, W.H.F.M. Cortenraad en D. Kingma
Advocaten: J.P. Dikker en D.W. Giltay Veth
Wetsartikelen: 27 Fw

RECHTSPRAAK

Strafrecht. Verdachte is veroordeeld voor bedrieglijke bankbreuk. Hij had geld overgemaakt naar privérekeningen. In hoger beroep houdt dit oordeel van de rechtbank stand.

De DGA heeft bewust geld onttrokken aan een bedrijf ter bedrieglijke verkorting van de rechten van schuldeisers, door ruim € 200.000 van de bankrekening van het bedrijf af te boeken terwijl hij wist dat het faillissement onafwendbaar was. Hij heeft de belangen van schuldeisers gefrustreerd door hun verhaalsmogelijkheden te verkleinen.

De raadsvrouw voert aan dat er geen sprake is geweest van (voorwaardelijk) opzet. Verdachte had namelijk op advies van een koper, die nog heil zag in het bedrijf, de bankrekening geleegd om beslag op het geld te voorkomen. Het geld maakte hij over naar zijn privérekeningen en dit zou later weer worden teruggestort. Deze verdediging heeft geen succes.

Voor dit handelen heeft verdachte geen toereikende verklaring kunnen geven. Gebleken is dat hij het geld niet wilde kwijtraken. Verdachte moet zich gelet op zijn positie als bestuurder hebben gerealiseerd dat een faillissement zou volgen als hij de licentieovereenkomst zou beëindigen welke ruim 85% van de omzet behelsde. Bovendien heeft hij collectief ontslag aangevraagd voor het personeel. Voldoende gebleken is dat de onttrekkingen bedoeld waren om beslag te voorkomen.

H. Beni Driss, maart 2018

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 27-02-2018
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:925
Zaaknummer: 23-002765-15
Rechters: A.M. Amsterdam, S. Clement en M. Senden
Wetsartikelen: 343 (oud) Sr

RECHTSPRAAK

X / Curator Axis

Bestuurdersaansprakelijheid ex-DGA na overdracht uitzendbureau aan een katvanger

Een DGA verkoopt in 2012 voor EUR 12.500 alle aandelen in uitzendbureau Axis aan X voor een beperkt bedrag en treedt af als bestuurder. Het uitzendbureau verrichtte op dat moment geen activiteiten meer en had een aanzienlijke schuld. De nieuwe aandeelhouder en bestuurder X (en latere) bestuurders gebruiken de vennootschap om BTW-carouselfraude te plegen. In 2014 faillieert het uitzendbureau. De curator spreekt onder meer de ex-DGA als bestuurder aan voor het boedeltekort uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:248 BW). De curator voert daartoe onder meer aan dat de ex-DGA de administratieplicht (art. 2:10 BW) heeft geschonden door de administratie over te dragen aan de X. De ex-DGA had volgens de curator behoren te weten dat X een malafide persoon was en had daarom moeten weten dat na overdracht van de administratie aan X, de administratie niet meer deugdelijk zou worden gevoerd of bewaard. De curator voert daarnaast onder meer aan dat de ex-DGA niet aan de publicatieplicht (art. 2:39 4 BW) heeft voldaan. De jaarrekeningen over2008 en 2009 zijn namelijk niet (tijdig) gepubliceerd.

Over de administratieplicht oordeelt het gerechtshof dat de ex-DGA in de gegeven omstandigheden geen nader onderzoek naar X had behoeven te doen voordat hij de administratie aan X overhandigde. Het enkele feit dat de ex-DGA X niet kende en X zonder verder onderzoek bereid was EUR 12.500 te betalen voor uitzendbureau dat al lange tijd stil lag, terwijl de Arbeidsinspectie een nog niet onherroepelijk boetebesluit had opgelegd en kort na de aandelenoverdracht aangifte vennootschapsbelasting diende te worden gedaan, acht het hof onvoldoende grond voor nader onderzoek naar X. Het hof acht daarbij van belang dat de ex-DGA destijds zelf een bestaande vennootschap had gekocht, omdat in de uitzendbranche een oudere vennootschap meer betrouwbaarheid uitstraalt en de ex-DGA er rekening mee hield dat X de in de vennootschap aanwezig fiscaal compensabele verliezen zou willen benutten. De bereidheid van X om het uitzendbureau te kopen behoefde daarom geen argwaan te wekken bij de ex-DGA. Voor zover een prudent bestuurder al onderzoek had moeten doen naar een opvolgend bestuurder, is niet vast komen te staan dat uit een

eenvoudig internetonderzoek naar voren zou komen dat X een katvanger is. Het hof oordeelt daarom dat de ex-DGA de administratieplicht niet heeft geschonden.

Over de publicatieplicht oordeelt het gerechtshof dat de jaarrekening over 2009 anderhalve maand te laat is gedeponeerd. De ex-DGA heeft weliswaar gesteld dat sprake is van een onbelangrijk verzuim, maar heeft geen enkele verklaring gegeven waarom de jaarrekening over 2009 te laat is gepubliceerd. Daarmee heeft de ex-DGA niet aan zijn stelplicht voldaan. Ingevolge standaardjurisprudentie van de Hoge Raad is de vraag of overschrijding van de publicatietermijn een onbelangrijk verzuim is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder de redenen die tot de overschrijding hebben geleid. Daarbij worden hogere eisen gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is. De stelplicht en bewijslast rust op de aangesproken bestuurder. Het hof oordeelt daarom dat wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Het hof oordeelt dat de ex-DGA voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de BTW-carouselfraude, een andere vorm van onbehoorlijk bestuur, die door anderen is gepleegd een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het hof laat in het midden of uit art. 2:248 lid 1 en 2 BW volgt dat de bewijsvermoedens in deze artikeln kunnen worden ontzenuwd door aannemelijk te maken dat onbehoorlijk bestuur daterend van na de periode dat de ex-bestuurder in functie was een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Het hof honoreert echter het beroepen van de ex-DGA op disculpatie ex art. 2:248 lid 3 BW. Het hof wijst daarom de vordering van de curator ex art. 2:248 BW af.

M.S. Breeman

Datum uitspraak:
Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

Stichting, CV en BV/BV

Het verzet tegen de faillietverklaring van de bv wordt ongegrond verklaard nu voldoende is gebleken van een opeisbare vordering en steunvorderingen en de schuldenaar zijn schulden niet meer betaalt.

De BV verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. Uit de cijfers en de administratie is voldoende summierlijk gebleken dat de Ltd. een vordering heeft op de bv. Het feit dat de cijfers niet door een accountant zijn gecontroleerd, is onvoldoende om aan te nemen dat de Ltd. geen vordering heeft op de bv. Ook het argument dat de vordering van de Ltd. niet juist zou zijn omdat de vordering betaald kon worden uit de vrachtinkomsten is hiervoor niet voldoende.

Ook de opeisbaarheid van de vordering wordt betwist. De rechtbank oordeelt dat uit de tekst van de overeenkomst die is gesloten tussen de Ltd. en de Stichting (één van de verzoeksters), volgt dat er een bepaalde rangregeling is afgesproken voor de verdeling van de overwaarde van de schepen na voldoening van de eerste hypotheekhouder. Hieruit volgt echter niet dat door de Ltd. afstand is gedaan van haar recht op betaling van de vordering vóór verkoop van de schepen.

De bv heeft daarnaast schulden aan de bank en andere crediteuren. Ook is zij als vennoot van een cv hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van deze cv. Bijna de helft van deze vorderingen staat al langer dan één jaar onbetaald open. Hiermee staat voldoende aannemelijk vast dat de bv in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen.

H. Beni Driss, maart 2018

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 15-03-2018
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:2127
Zaaknummer: C/10/544829/ FT RK 18/61
Rechters: A.J. van Spengen, W.J. Geurts-de Veld en A.M. van Kalmthout

Advocaten: E. Eshuis
Wetsartikelen: 10 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurder/Ontvanger

De aansprakelijkstelling na de melding betalingsonmacht door de Belastingdienst is ongegrond. Het gestelde onbehoorlijk bestuur als oorzaak van de betalingsonmacht van de vennootschap is niet aannemelijk gemaakt.

Eiser houdt alle aandelen en is bestuurder van F B.V., dat bestuurder is van G B.V. Deze laatste vennootschap bezit aandelen in een drietal dochtermaatschappijen en is hiervan ook bestuurder. Op 13 juni 2014 is betalingsonmacht bij de Belastingdienst gemeld voor de dochtermaatschappijen. In hetzelfde jaar is G B.V. uiteindelijk failliet verklaard, gevolgd door de faillissementen van de dochters. Gedaagde is in 2015 persoonlijk failliet verklaard. Vast staat dat eiser een halve ton euro schuld in rekening-courant heeft aan het gefailleerde G B.V.

Op 10 juli 2015 heeft de fiscus eiser hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de loonbelastingschulden van de dochtermaatschappijen. In bezwaar is dat besluit gehandhaafd. In de onderhavige beroepsprocedure is aan de orde of eiser, nadat rechtsgeldig mededeling van betalingsonmacht is gedaan, op grond van artikel 36 lid 3 Iw 1990 aansprakelijk is omdat aannemelijk is dat het niet betalen van de belastingschuld het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaren, voorafgaande aan het tijdstip van de mededeling.

Ter onderbouwing stelt de Ontvanger zich op het standpunt dat er jaarlijks vanuit de vennootschappen aanzienlijke bedragen in rekening-courant zijn overgemaakt naar de persoonlijke bv van eiser, welke direct zijn doorgestort naar de privébankrekening van eiser. Eiser heeft zich daarbij persoonlijk bevoordeeld, aldus de Ontvanger. Er is voor de terugbetaling van de gelden geen zekerheid gesteld en er is ook geen aflossingsafspraak gemaakt. Een redelijk denkend bestuurder zou onder dezelfde omstandigheden geen gelden overmaken zonder zekerheid te stellen en/of aflossingsafspraken te maken. Hierdoor zijn de belastingschulden onbetaald gebleven.

De rechtbank stelt vast dat de Ontvanger met dat betoog de schuld van eiser aan G B.V. beschouwt als een schuld aan het hele concern. Hier is door eiser tegenin gebracht dat het

faillissement het gevolg is geweest van marktomstandigheden en de economische crisis. Er zijn naar eiser stelt ook geen bedragen in het relevante toetsingstijdvak intercompany overgeheveld. Hij heeft daarnaast juist met het oog op de slechtere financiën afgezien van een deel van zijn managementfee in de desbetreffende periode. Het oplopen van de rekening-courant betreft een andere vennootschap en bovendien ook nog een andere periode.

De rechtbank oordeelt dat de Ontvanger haar in het licht van de gemotiveerde betwisting door eiser onvoldoende bewijs heeft bijgebracht met betrekking tot de hoogte en het verloop van de rekening-courantschuld. De gestelde intercompany overboekingen voorafgaand aan de gemelde betalingsonmacht zijn door de Ontvanger niet aannemelijk gemaakt, noch dat het gaat om overboekingen waartoe geen redelijk denkend bestuurder zou hebben besloten. Ook het gestelde causaal verband met het onbetaald blijven van de onderhavige belastingschulden acht de rechtbank onvoldoende aannemelijk gemaakt. De rechtbank vernietigd daarom het gehandhaafde besluit aansprakelijkstelling.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak: 07-03-2018
ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2018:1006
Zaaknummer: AWB - 16 _ 5939, 16 _ 5940, 16 _ 5941
Rechters: A.F. Germs-de Goede, A.P. Vaatstra en J.J. Westerbaan
Wetsartikelen: 36 lid 3 Iw 1990

RECHTSPRAAK

Bestuurder/Wagenaar q.q.

Een pensioenuitkering valt niet onder het loonbegrip van artikel 40 lid 2 Fw.

Eiser was tussen 1990 en 2007 DGA van Beheer B.V., het latere Holding B.V., dat haar onderneming dreef vanuit de werkmaatschappij Meubelen B.V. In 2012 is zowel Holding als de werkmaatschappij failliet verklaard, met aanstelling van verweerder tot curator in beide faillissementen.

Eiser was voor Holding werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst. Onderdeel daarvan was sinds 1998 een pensioenregeling. Opbouw van dit pensioen vond plaats door de failliet in eigen beheer op grond van een voorziening als bedoeld in artikel 2:374 BW (welke regeling overigens per 1 juli 2017 is komen te vervallen).

Het ouderdomspensioen van eiser is ingegaan in januari 2012, dat wil zeggen enkele maanden voor het faillissement van Holding in mei 2012. Dit ouderdomspensioen vormt de inzet van dit geschil, nu eiser zich op het standpunt stelt dat de hem (als voormalige DGA) toekomende pensioenuitkering uit hoofde van het in eigen beheer opgebouwde pensioen valt onder het loonbegrip van artikel 40 lid 2 Fw en dus een boedelschuld vormt.

Voor haar beoordeling zoekt de rechtbank aansluiting bij de systematiek en terminologie van de (op de DGA overigens niet toepasselijke) Pensioenwet en het daaraan ten grondslag liggende pensioenrecht. Voorts neemt de rechtbank tot uitgangspunt dat het loonbegrip in de Faillissementswet dezelfde inhoud heeft als het loonbegrip uit het arbeidsrecht (art. 7:610 BW).

Loon vormt naar de rechtbank overweegt de tegenprestatie van de werkgever voor de door de werknemer verrichte arbeid. Het aandeel van de werkgever in de pensioenopbouw maakt hiervan geen deel uit. Na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd heeft de gepensioneerde recht op betaling van de pensioenuitkering, wat in gevallen waarin pensioen is opgebouwd door een 'gewone' werknemer, dat wil zeggen: niet zijnde een DGA met een pensioen in eigen beheer, zichtbaar is in het bestaan van de arbeidsovereenkomst met de

pensioenopbouw als voorwaarde enerzijds en de uitvoeringsovereenkomst tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder anderzijds.

Een (aanspraak op een) pensioenuitkering kan dus niet worden aangemerkt als loon omdat de daadwerkelijke pensioenuitkering geen tegenprestatie voor verrichte arbeid is maar een uitkering uit hoofde van een (reeds eerder) opgebouwd pensioen, aldus de rechtbank. Dat in het geval van eiser sprake is van een pensioenopbouw in eigen beheer doet aan deze benadering niet af. Er kunnen geen tegenargumenten worden ontleend aan andere (internationale) regelingen. De rechtbank komt dan ook tot het oordeel dat een pensioenuitkering niet kan worden gekwalificeerd als loon in de zin van artikel 40 lid 2 Fw. Van een boedelschuld is derhalve geen sprake.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Limburg
Datum uitspraak: 07-03-2018
ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2018:2075
Zaaknummer: C/03/236139 / HA ZA 17-293
Rechters: R. Kluin, A.H.M.J.F. Piëtte en K.A.J.C.M. van den Berg Jeths-van Meerwijk
Advocaten: P.J.L. Tacx en A. Schmidt
Wetsartikelen: 40 Fw

RECHTSPRAAK

X/Notariskantoor

Niet kan worden aanvaard dat de notaris was gehouden een projectontwikkelaar te waarschuwen voor risico's verbonden aan de door hem gekozen financieringsvorm van zijn nieuwbouwprojecten. In zijn algemeenheid geldt dat een notaris, die per definitie werkzaam is in de juridische en niet in de economische/financiële sfeer, ervan mag uitgaan dat een projectontwikkelaar weet en begrijpt wat in voorkomend geval de inherente risico's zijn van de gekozen financieringsstructuur.

Gedaagden vormen gezamenlijk de notaris. Eiser is bestuurder van een aantal groepsmaatschappijen die zich bezighielden met de ontwikkeling van appartementen. Het gaat in deze zaak om een project tussen 2007 en 2013, dat werd gefinancierd door Rabobank als eerste hypotheekhouder. Bij dit project had men al vrij snel last van tegenvallende verkopen en met daaruit voortvloeiende liquiditeitsproblemen. Ter bestrijding daarvan zijn op verlangen van de Rabobank externe financiers bij het project betrokken. De daaropvolgende structurering van de groepsfinanciering heeft ook geleid tot betrokkenheid van gedaagden als notaris.

De kredietvoorwaarden met de externe financiers waren erop gebaseerd dat, zij het met enige onderlinge verschillen, krediet werd verschaft aan een groepsmaatschappij en waarbij tot zekerheid voor de terugbetaling van de lening appartementsrechten werden verkochten onder de opschortende voorwaarde van het niet of niet tijdig terugbetalen van de lening. Daarnaast heeft eiser zich jegens twee van de drie financiers borg gesteld voor nakoming van de leningovereenkomst.

Nadat in 2011 een betalingsachterstand ontstond, hebben de externe financiers te kennen gegeven dat zij de overeengekomen appartementen geleverd wilden krijgen, waarna de verschuldigde koopsommen zouden worden verrekend met de openstaande vorderingen. Uitvoering is vervolgens niet mogelijk gebleken omdat de bank weigerde de

hypotheekinschrijving op de betrokken appartementen vrij te geven, waardoor levering van de appartementsrechten in onbezwaarde staat niet mogelijk was. Hierop is eiser als borg aangesproken.

Eiser stelt op grond van die gang van zaken dat de notaris tegenover hem onrechtmatig heeft gehandeld doordat hij de op hem rustende zorgplicht heeft geschonden door hem als borg bij de door de notaris opgemaakte overeenkomsten niet te informeren of te waarschuwen dat de door de gewaarborgden bij de overeenkomsten verlangde levering van onbezwaarde appartementsrechten niet konden worden verleend waardoor eiser als borg een veel groter risico aanging dan door hem was verondersteld.

Dat standpunt wordt door de rechtbank pertinent niet aanvaard. Zij overweegt dat eiser werkzaam is als projectontwikkelaar. Het organiseren van de financiering van een project behoort tot de kerntaken van een projectontwikkelaar. Het verstrekken van zekerheden behoort daartoe en daarmee ook een beoordeling van de economische c.q. financiële risico's die daaraan zijn verbonden. In zijn algemeenheid geldt dan ook dat een notaris, die per definitie werkzaam is in de juridische en niet in de economische/financiële sfeer, ervan mag uitgaan dat een projectontwikkelaar weet en begrijpt wat in het onderhavige geval de inherente risico's zijn van het in bezwaarde toestand verkopen van onroerende zaken. Het uitgangspunt dat de notaris een zeker niveau van kennis en inzicht bij de projectontwikkelaar mag veronderstellen, wordt in dit geval versterkt door de omvang van de projecten, aldus de rechtbank. Een risicobeoordeling ligt primair in de sfeer van de projectontwikkelaar, zodat er voor het aannemen van enige waarschuwingsverplichting van de notaris geen plaats is.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Limburg
Datum uitspraak: 07-03-2018
ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2018:2076
Zaaknummer: C/03/227346 / HA ZA 16-632
Rechters: R. Kluin
Advocaten: W.M.J. Weijers en F. van der Woude
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

ROC Leiden c.s./College van bestuur

De bestuurders van ROC Leiden kan geen ernstig verwijt worden gemaakt van het realiseren van deels commerciële nieuwbouw. Deze nieuwbouw was in het statutaire belang van ROC Leiden. De destijds door het bestuur gekozen opstelling als gedeeltelijke projectontwikkelaar kan worden begrepen vanuit de toenmalige context waarin deze plannen werden ontwikkeld, in het bijzonder de daarbij door de overheid opgelegde marktwerking in het hoger onderwijs.

Eiseres in deze zaak, ROC Leiden, heeft tussen 2001 en 2011 twee nieuwe panden gerealiseerd. Het was de bedoeling dat ROC Leiden een gedeelte van deze twee gebouwen zou gaan gebruiken voor haar onderwijs, een ander gedeelte wilde zij gaan verhuren. De panden zijn in 2012 in gebruik genomen, maar vanaf 2011 is ROC Leiden in financiële moeilijkheden geraakt. Dit is voor de onderwijsinspectie aanleiding geweest om ROC Leiden vanaf medio 2012 onder verscherpt financieel toezicht te stellen. ROC Leiden is momenteel weer financieel gezond dankzij een lening van het ministerie van OCW.

In opdracht van de minister heeft de commissie-Meurs in 2015 gerapporteerd over de financiële gang van zaken bij ROC Leiden. Een van de conclusies uit het rapport is dat de financiële problemen zijn veroorzaakt door het realiseren van de twee nieuwe panden en dat het college van bestuur in de periode vóór 2011 met betrekking tot het initiëren, ontwikkelen, bouwen en exploiteren van de twee panden onverantwoord en verwijtbaar heeft gehandeld. Volgens de commissie was er voor de periode tot 2011 voldoende aanleiding voor nader onderzoek naar interne aansprakelijkheid van leden van het college van bestuur wegens onbehoorlijke taakvervulling.

Op grond van deze bevindingen verwijt ROC Leiden c.s. gedaagden primair dat zij als stichtingsbestuur tot 2005 onverantwoord en in strijd met de statuten hebben gehandeld door zonder risicoanalyse in te stemmen met de bouw van de twee panden in plaats van één, en

met het doen van uitgaven tot een bedrag van 220 miljoen euro terwijl ROC Leiden c.s. niet in staat was dat bedrag te betalen. Slechts door leningen van de overheid van in totaal 40 miljoen euro is ROC Leiden gered. Gedaagden c.s. valt van deze gang van zaken een ernstig verwijt te maken.

Dat betoog faalt. Ten aanzien van de beweerdelijke statutaire doeloverschrijding stelt de rechtbank bij haar beoordeling voorop dat het onderwijsgerelateerde deel, het deel waarmee in ieder geval de belangen van ROC Leiden zijn gediend, niet kon bestaan zonder het niet-onderwijsgerelateerde deel van de nieuwbouw. De rechtbank is gelet op dit onlosmakelijke verband van oordeel dat ook met het niet-onderwijsgerelateerde deel, zij het indirect, de belangen van ROC Leiden zijn gediend. Daarbij is volgens de rechtbank van belang dat dankzij de nieuwbouw het onderwijs kon worden uitgebreid op een geschiktere locatie, er een substantiële subsidie van de gemeente tegemoet kon worden gezien, en er een mbo-opleiding van een concurrente mbo-instelling kon worden overgenomen. Hieruit volgt dat met de nieuwbouw de belangen van ROC Leiden zijn gediend. De rechtbank oordeelt dan ook dat geen sprake is van overschrijding van de statutaire doelstelling. Daaraan voegt de rechtbank toe dat, zo er al sprake van overschrijding zou zijn, gedaagden daarvan geen ernstig verwijt kan worden gemaakt in het licht van de toenmalige tijdgeest en context van de investeringen zoals die ook in het rapport zijn geschetst. Een dergelijk verwijt volgt evenmin uit de door eisers c.s. gestelde financiële risico's die met de nieuwbouw werden aangegaan. Van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:9 BW is dan ook geen sprake geweest.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 28-02-2018
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:723
Zaaknummer: C/16/429707 / HA ZA 16-963
Rechters: J.K.J. van den Boom, N.V.M. Gehlen en J.A. Schuman
Advocaten: A.E. Veerman, C.M. Reijnen, E.L. Zetteler en W.A.M. Rupert
Wetsartikelen: 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bewindvoerder/Markthal Hollum

Geen aansprakelijkheid WSNP-bewindvoerder jegens gegadigde wegens het afbreken van een openbare biedingsprocedure ten aanzien van de onderneming van de schuldenaar. Toepasselijkheid Maclou-norm. Het volgt uit zowel het daartoe uitgebrachte verkoopprospectus als ook uit de afwezigheid van andere bindende regels, dat de bewindvoerder ter zake een grote mate van handelingsvrijheid toekwam.

Appellant is op 2 december 2014 aangesteld als WSNP-bewindvoerder. In het saneringstraject is besloten de activa uit de door de schuldenaar gedreven drogisterij te verkopen. De bewindvoerder heeft daartoe een prospectus uitgebracht op basis waarvan gegadigden een bod konden uitbrengen. Het prospectus vermeldde daartoe de termijn en spelregels. Die bepaalden onder meer dat toestemming van de rechter-commissaris een voorwaarde was voor gunning en dat de bewindvoerder zich alle rechten met betrekking tot een eventuele gunning voorbehield.

Geïntimeerde heeft interesse getoond in de aangeboden goederen en een eerste bieding uitgebracht. Tezelfdertijd heeft de bewindvoerder de biedingstermijn een aantal maal aangepast. Ten slotte is de sluitingstermijn voor bieding vervroegd tot 12 februari 2015. Daarop heeft de bewindvoerder op 13 februari 2015 aan geïntimeerde laten weten de verkoop onder voorbehoud aan hem te gunnen. Ook heeft de bewindvoerder melding gemaakt van het bezwaar van een andere en hogere bieder tegen het wijzigen van de spelregels.

Dat bezwaar was afkomstig van de vader van de schuldenaar. In de op diens bezwaar gegeven beschikking heeft de rechter-commissaris op 19 februari 2015 besloten om geen toestemming te geven voor verkoop aan geïntimeerde. Hiernaast heeft de rechter-commissaris de bewindvoerder bevolen de oorspronkelijke biedingstermijn tot 1 maart 2015 te handhaven. Geïntimeerde heeft uiteindelijk op 28 februari 2015 het hoogste bod uitgebracht.

De bewindvoerder heeft echter besloten de gunningsprocedure niet langer te vervolgen.

Betrokkenen, waaronder geïntimeerde, zijn hiervan op de hoogte gesteld. Op 20 maart 2015 is de bewindvoerder alsnog met de vader tot overeenstemming gekomen over onderhandse verkoop van de activa en hebben zij een daartoe bestemde activaovereenkomst getekend. De rechter-commissaris heeft aan deze overeenkomst zijn toestemming gegeven.

Geïntimeerde heeft de bewindvoerder aangesproken op grond artikel 6:162 BW. Aan die vordering ligt ten grondslag dat de bewindvoerder zich niet heeft gedragen zoals een deugdelijk handelend bewindvoerder betaamt. Na zijn beslissing om niet te gunnen hadden de voor verkoop in aanmerking komende goederen alsnog naar geïntimeerde als de hoogste bieder moeten gaan. Nu dit niet is gebeurd, is in strijd met het belang van de gezamenlijke schuldeisers gehandeld, aldus geïntimeerde.

Dat betoog faalt. Met toepassing van de Maclou-norm stelt het hof voorop dat het de bewindvoerder vrij stond niet aan geïntimeerde te gunnen, nu de bevoegdheid tot gunning uitdrukkelijk in het prospectus was voorbehouden. Dat wordt niet anders doordat in een eerder stadium wel aan geïntimeerde was gegund. De rechter-commissaris had immers met zijn beschikking door die beslissing een streep gehaald waarna een nieuwe situatie was ingetreden. Een persoonlijk verwijt kan evenmin worden gegrond op de omstandigheid dat geïntimeerde na het afbreken van de gunningsprocedure geen schadevergoeding is aangeboden. Evenmin is gebleken dat de bewindvoerder aan regels was gebonden, zodat hem in dezen een ruime mate van handelingsvrijheid toekwam.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 27-02-2018
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:1911
Zaaknummer: 200.196.741/01
Rechters: L. Janse, M.M.A. Wind en I. Tubben
Advocaten: J.H. van der Meulen en T. Binnema
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Eiser/Vereffenaar Mijn Servicepunt

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens het niet voldoen aan de kerntaak van het voeren van een deugdelijke administratie. Hierdoor, en ook omdat de bestuurder heeft nagelaten inzicht te geven in de vermogenspositie van de vennootschap op dat moment, ontbreekt een ijkpunt voor het ontzenuwen van het verwijt dat de bestuurder kenbaar wist dat de vennootschap de door haar aangegane verbintenissen niet kon nakomen. Voorts is hij tekortgeschoten in zijn taken van vereffenaar en heeft hij de schulden te lang op hun beloop gelaten.

Eiser, natuurlijk persoon, is met Mijn Servicepunt B.V. op 4 maart 2013 een overeenkomst van opdracht aangegaan, inhoudende dat eiser voor Mijn Servicepunt ICT-werkzaamheden zou verrichten. Gedaagde was op dat moment via een bovenliggende vennootschap indirect (particulier) bestuurder van Mijn Servicepunt.

Eiser heeft naar aanleiding van zijn werkzaamheden in totaal 17 facturen aan Mijn Servicepunt gezonden ad € 119.064. Deze facturen zijn onbetaald gebleven. Dit heeft ertoe geleid dat Mijn Servicepunt op 26 oktober 2016 op initiatief van eiser bij verstek is veroordeeld om aan eiser te betalen € 140.160,39.

Eiser heeft geprobeerd dit verstekvonnis te executeren, maar stuitte daarbij op de uitschrijving uit het handelsregister van Mijn Servicepunt en de daarop volgende ontbinding van deze vennootschap door de KvK op grond van artikel 2:19a BW.

In deze zaak heeft eiser gedaagde persoonlijk in zijn hoedanigheid van bestuurder aangesproken wegens onrechtmatig handelen doordat hij als schuldeiser van Mijn Servicepunt is benadeeld door het onbetaald en onverhaalbaar laten van zijn vorderingen door de vennootschap als gevolg van de verzaking door gedaagde van zijn kerntaak van het voeren van een adequate boekhouding. Eiser heeft er in dat verband op gewezen dat jaarrekeningen van Mijn Servicepunt niet zijn gedeponeerd, zodat eiser het zicht is ontnomen op de

verhaalspositie van de vennootschap. Daarnaast heeft gedaagde het laten gebeuren dat Mijn Servicepunt op die grond werd ontbonden en uitgeschreven door de KvK. Hiervan kan gedaagde volgens eiser een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt. Dat geldt ook voor de door hem betoonde betalingsonwil en het feit dat hij als vereffenaar de schulden van Mijn Servicepunt op hun beloop heeft gelaten door niet het faillissement aan te vragen.

De rechtbank stelt bij haar beoordeling voorop dat gedaagde de op hem rustende boekhoudplicht van artikel 2:10 BW niet is nagekomen. Vast staat dat de jaarrekeningen van Mijn Servicepunt niet zijn opgemaakt en dus ook niet openbaar gemaakt op de voet van artikel 2:394 BW, en dit tot ontbinding en uitschrijving ex artikel 2:19a BW heeft geleid. De rechtbank houdt het er dan ook voor dat Mijn Servicepunt is ontbonden vanwege het in gebreke blijven met de nakoming van de verplichting tot openbaarmaking van de jaarrekening of de balans en de toelichting. Het door gedaagde in dit kader gevoerde verweer dat een deugdelijk administratief systeem ontbrak, wordt gepasseerd nu de wettelijke administratieplicht bij de vennootschap ligt en hij geen enkel inzicht heeft gegeven in haar vermogenstoestand.

Tegen die achtergrond slaagt ook het verwijt dat gedaagde wist dat de vennootschap verbintenissen is aangegaan die zij niet kon nakomen. Naar de rechtbank vaststelt, heeft gedaagde nagelaten (toetsbaar) inzicht te geven in de financiële situatie van Mijn Servicepunt. Hierdoor ontbreken ijkpunten om het handelen van een bestuurder te controleren, en die situatie heeft zich jarenlang voorgedaan bij Mijn Servicepunt. Evenmin is eiser de mogelijkheid geboden om zich een beeld te vormen van de gegoedheid van Mijn Servicepunt.

Voorts is gedaagde naar het oordeel van de rechtbank, door zo lang na de ontbinding na te laten om te vereffenen (en de vordering van eiser te betalen uit de baten) dan wel aangifte tot faillietverklaring te doen (art. 23a lid 4 BW), tekortgeschoten in zijn taken van vereffenaar en heeft hij de schulden te lang op hun beloop gelaten en daarmee eiser benadeeld. Hierop gelet heeft gedaagde dan ook onrechtmatig gehandeld jegens eiser.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak: 21-02-2018
ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2018:865
Zaaknummer: C/05/319169 / HA ZA 17-211
Rechters: K. Mans
Advocaten: A.A. Bart en H. den Besten
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Trader/Koinz Trading

Naar het oordeel van de rechtbank kwalificeert een bitcoin gezien haar overdraagbaarheid en waarde als een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW, zodat een vordering tot betaling in bitcoin dus valt te beschouwen als een vordering die voor verificatie in aanmerking komt.

Verzoeker heeft het faillissement van Koinz Trading aangevraagd. Verzoeker heeft aan dit verzoek ten grondslag gelegd dat gerekestreerde bij verstekvonnis van 17 januari 2018 onder meer is veroordeeld tot uitbetaling van miningopbrengsten, zijnde in totaal 0,591 bitcoin aan verzoeker, op straffe van een dwangsom tot een maximum van € 10.000. Tot op heden heeft gerekestreerde niet aan dit vonnis voldaan.

Bij haar beoordeling van de faillissementsaanvraag stelt de rechtbank vast dat schuldeiser in de zin van artikel 1 Fw eenieder is met een vordering op de schuldenaar, die bij niet-voldoening leidt tot verhaal op de boedel en die voortvloeit uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding (HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108). De vordering dient derhalve een verifieerbare vordering te zijn.

Hieronder valt naar de rechtbank overweegt ingevolge artikel 611 onder e Rv niet de rechtsvordering tot betaling van dwangsommen. In zoverrre kan het tussen partijen gewezen vonnis en de daarin besloten liggende vordering tot betaling van een dwangsom het verzoek niet dragen. Het verzoek zal dus slechts kunnen worden toegewezen als de vordering tot uitbetaling van bitcoin is aan te merken als een te verifiëren vordering. Die principiële vraag wordt door de rechtbank vrij makkelijk en bevestigend beantwoord.

Naar het oordeel van de rechtbank kwalificeert een bitcoin gezien haar overdraagbaarheid en waarde als een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW, zodat een vordering tot betaling in bitcoin dus valt te beschouwen als een vordering die voor verificatie in aanmerking komt.

Vervolgens stelt de rechtbank vast dat tussen verzoeker en gerekestreerde een verbintenis bestaat die strekt tot betaling van bitcoin, welke verbintenis ook in bitcoins moet worden voldaan. De rechtbank kwalificeert deze rechtsverhouding als een civielrechtelijke

verplichting tot betaling. Aan deze verplichting is tot op heden door gerekestreerde niet voldaan, zodat van het vorderingsrecht van verzoeker dus summierlijk is gebleken.

Er is eveneens voldaan aan het vereiste dat gebleken is van de toestand dat gerekestreerde is opgehouden te betalen, aldus de rechtbank. De term betalen ziet niet alleen op voldoening van een geldvordering, maar meer algemeen op voldoening aan een verbintenis (HR 3 juni 1921, *NJ* 1921, p. 968). Zowel de vordering van verzoeker als de door verzoeker aangevoerde steunvorderingen, waaruit blijkt dat meerdere personen vorderingen op gerekestreerde hebben die zien op het uitbetalen van bitcoins of op vorderingen wegens niet nakomen van verplichtingen uit een overeenkomst, met in sommige gevallen daaraan verbonden dwangsommen, zijn onbetaald gebleven. Derhalve dient het faillissement van gerekestreerde te volgen.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 14-02-2018
ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2018:869
Zaaknummer: C/13/642655 FT RK 18.196
Rechters: A.E. de Vos
Advocaten: J.W. de Vries
Wetsartikelen: 1 Fw, 6 lid 3 Fw en 26 Fw

RECHTSPRAAK

Verzoeker/Kooi Katwijk

Zo de reisafstand van de feitelijke vestigingsplaats naar de statutaire vestigingsplaats van de vennootschap een bezwaar is, komen de gevolgen daarvan voor rekening en risico van de vennootschap. Het is immers de keuze van verweerster geweest haar statutaire zetel te vestigen en te houden in een arrondissement op aanzienlijke afstand van haar feitelijke vestigingsplaats. Een eventueel daarop gegrond aanhoudingsverzoek ter zake van de aanvraag van het faillissement kan daarom niet worden toegewezen.

Verzoeker, handelend onder de naam A, heeft het faillissement van Kooi Katwijk B.V. aangevraagd stellende dat zij verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen nu zij de vordering van verzoeker en meerdere schulden onbetaald laat. Het verzoekschrift is inhoudelijk behandeld op 13 februari 2018 in afwezigheid van Kooi.

De reden voor die afwezigheid is dat de bestuurder van Kooi bij faxbericht van 12 februari 2018 heeft verklaard dat hij bezwaar (tegen het tijdstip van de procedure) aantekent vanwege het korte tijdsbestek tussen het 'in de bus gooien' op 7 februari 2018 en de zitting van 13 februari 2018. Vanwege dat tijdsbestek is hij niet in staat te verschijnen en heeft hij zich niet kunnen voorbereiden met zijn advocaat, aldus het bericht.

De rechtbank constateert dat aldus blijkt dat het exploit van 7 februari 2018 verweerster Kooi heeft bereikt en dat verweerder als haar bestuurder op de hoogte is van datum en tijdstip van de zitting. Dan is vervolgens de formele vraag aan de orde of de opmerkingen namens verweerster over het korte tijdsbestek inderdaad moeten worden geduid als een aanhoudingsverzoek.

Daarover oordeelt de rechtbank als volgt. De tijd tussen betekening van het exploit en de zitting is voldoende geweest voor voorbereiding op de zitting en vormt geen grond voor aanhouding. Zo de reisafstand van de feitelijke vestigingsplaats een bezwaar is, komen de gevolgen daarvan voor rekening en risico van verweerster. Het is immers de keuze van

verweerster geweest haar statutaire zetel te vestigen en te houden in een arrondissement op aanzienlijke afstand van haar feitelijke vestigingsplaats. Het eventuele aanhoudingsverzoek wordt dan ook afgewezen.

Ten aanzien van de vraag of verzoeker een summierlijk gebleken vordering heeft, stelt de rechtbank vast dat namens verweerster bij het faxbericht die vordering bloot is betwist. Verweerster kon hiermee volstaan omdat hiertegenover slechts staat de blote stelling van verzoeker dat hij een vordering op verweerster heeft. Daarmee is van zijn vorderingsrecht niet summierlijk gebleken en moet het verzoek tot faillietverklaring worden afgewezen, aldus de rechtbank.

M. Verdonk

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 13-02-2018
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2018:1561
Zaaknummer: C/09/546247 / FT RK 18/80
Rechters: G.H.M. Smelt
Advocaten: C.A.M.H. Vink
Wetsartikelen: 1 Fw en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Curator q.q. en pro se/Atropa

Het in weerwil van artikel 3:277 BW onbetaald laten van één enkele geverifieerde schuldeiser omdat de curator zich erop beroept dat betaling van deze schuldeiser krachtens de gekozen doorstartconstructie buiten de boedel om dient plaats te vinden, is zowel q.q. als pro se onrechtmatig.

De besloten vennootschappen PSI en PBR behoorden tot de de PBR Groep. Onder PBR hingen drie dochtervennootschappen. De aandelen in PBR werden gehouden door PBRG Holding, waarvan C op zijn beurt aandeelhouder was. C was tevens enig aandeelhouder van geïntimeerde Atropa.

Op 30 september 1998 heeft Atropa een lening van twee miljoen euro aan PSI verstrekt. Op 29 juni 1999 is aan PSI en PBR voorlopige surseance van betaling verleend met aanstelling van appellant als bewindvoerder. Tijdens de surseance is gezocht naar mogelijkheden om een doorstart te realiseren.

Op 6 juli 1999 zijn BPR en PSI failliet verklaard. Daarbij is appellant aangesteld als curator. Nog ten tijde van de surseance is in het kader van de doorstart op 5 en 6 juli 1999 een overnameovereenkomst tot stand gekomen tussen onder meer de curator, Trimoteur en PBRG op grond waarvan de activa van de failliete vennootschappen aan Trimoteur zijn verkocht.

In de overnameovereenkomst is vastgelegd dat de curator zal trachten met alle schuldeisers een akkoord te sluiten en dat concurrente schuldeisers, waaronder Atropa, 40% van hun vordering uitgekeerd krijgen. De curator en Trimoteur zijn daarbij overeengekomen dat de koopsom wordt voldaan in de vorm van een uitkering in tranches aan de schuldeisers in het faillissement door middel van rechtstreekse betalingen van 40% op de vorderingen in faillissement door Trimoteur aan die schuldeisers. Deze overeenkomst is vervolgens met goedkeuring van de rechter-commissaris door de curator neergelegd in een akte van 22 juli 1999.

In het verlengde van de overnameovereenkomst zijn op 26 juli 1999 de aandelen in de

resterende PBR Groep overgedragen aan Trimoteur als onderdeel van het reddingsplan. De vordering van Atropa is uiteindelijk na betwisting en renvooi door de curator op 9 juli 2008 voor € 949.183,89 toegelaten in het faillissement.

De curator heeft vervolgens Trimoteur tevergeefs in rechte aangesproken tot betaling van Atropa. Bij in kracht van gewijsde gegaan arrest van 23 juli 2013 heeft dit hof in die procedure geoordeeld dat Trimoteur niet gehouden is 40% van de geverifieerde vordering aan Atropa (een bedrag van € 379.673,60) te voldoen.

Atropa heeft uiteindelijk als enige schuldeiser geen betaling ontvangen op grond van de overeenkomst van 22 juli 1999, terwijl de boedel van PSI geen uitzicht biedt op een uitkering. Atropa stelt zich in deze zaak op het standpunt dat de curator om die reden in strijd met de paritas creditorum heeft gehandeld. Hiervan kan hem een persoonlijk verwijt gemaakt worden, zodat hij volgens Atropa zowel in zijn hoedanigheid van curator als persoonlijk aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad.

Die vordering slaagt. Naar het hof vooropstelt kan de curator zich er niet op beroepen dat de vordering van Atropa weliswaar in het faillissement moet worden toegelaten, maar dat zij zich niet kan beroepen op uitkering omdat zij krachtens het derdenbeding in de overeenkomst van 22 juli 1999 afstand heeft gedaan van haar vorderingsrecht. Hieraan staat naar het oordeel van het hof in de weg dat de beslissing in de renvooiprocedure, waarbij is bepaald dat de vordering van Atropa toegelaten dient te worden en over diezelfde stelling reeds is beslist, in deze procedure gezag van gewijsde heeft gekregen (art. 236 Rv).

Tevens is, aldus het hof, aan de Maclou-norm voldaan. De curator is gebonden aan het bepaalde in artikel 3:277 BW. De curator heeft niet in overeenstemming hiermee gehandeld. Hij was op de hoogte van de aanzienlijke vordering van Atropa en had er zorg voor moeten dragen dat Atropa op gelijke voet als de andere concurrente schuldeisers zou meedelen in de boedel. Indien de curator daadwerkelijk van mening was dat de vordering niet diende mee te delen, had het op zijn weg gelegen hierover met Atropa in onderhandeling te treden, hetgeen hij heeft nagelaten. Dit klemt temeer nu de curator de belangrijkste inkomstenbron in dit faillissement (de betalingen voor de activa) bewust buiten de boedel om heeft laten lopen. De curator heeft bij de verkoop van de activa voor deze constructie gekozen en het had op zijn weg gelegen om hierbij de concursus creditorum te bewaken. De curator wist of het was in ieder geval voorzienbaar dat hij door deze constructie vrijwel geen mogelijkheid had om in te grijpen en te corrigeren daar waar dit noodzakelijk mocht zijn. De curator had hiervoor waarborgen moeten inbouwen. Hetgeen de curator verder nog heeft aangevoerd kan niet rechtvaardigen dat een curator, die geacht wordt zijn werk onpartijdig te verrichten en juist boven de partijen staat, de belangen van één partij bewust heeft veronachtzaamd. Gelet op het

vorenstaande komt het hof tot het oordeel dat de curator een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt van het feit dat ten opzichte van Atropa de paritas creditorum ernstig is geschonden. Dit leidt tot het oordeel dat de curator zowel in hoedanigheid als in persoon aansprakelijk is voor de schade die Atropa als gevolg daarvan heeft geleden.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 30-01-2018
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:1922
Zaaknummer: 200.176.437/01
Rechters: I. Tubben, I.F. Clement en P. Roorda
Advocaten: R.F. Feenstra en J.M. van den Berg
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

SMC c.s./Vrijgevestigd uroloog

Het niet overnemen van een bestaande specialistische praktijk uit het faillissement van het Ruwaard van Putten ziekenhuis, terwijl deze praktijk vervolgens zonder vergoeding is doorgezet door de doorstartende partij, levert geen ongerechtvaardigde verrijking op nu deze verrijking wordt gerechtvaardigd door het belang van patiënten bij regionale medisch-specialistische zorg.

Geïntimeerde is vrijgevestigd specialist urologie. Hij oefende zijn praktijk, in maatschapsverband, sinds 1998 uit in het Ruwaard van Putten ziekenhuis. Aanvankelijk deed geïntimeerde dat met appellant 2, later is er nog een derde maat bijgekomen. De werkzaamheden van de maatschap werden verricht krachtens een (standaard)toelatingsovereenkomst met het ziekenhuis. In die overeenkomst is onder meer bepaald dat de door de maatschap opgebouwde goodwill bij praktijkoverdracht kan worden verzilverd. De maatschap had ook een toelatingsovereenkomst met het Van Weel-Bethesda Ziekenhuis.

Het Ruwaard van Putten is op 24 juni 2013 failliet verklaard. 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 appellanten SMC c.s. Die vennootschap is destijds voor dat doel opgericht door drie regionale ziekenhuizen waaronder het Van Weel-Bethesda.

SMC heeft de activa van het Ruwaard van Putten overgenomen. Aanvankelijk is geïntimeerde (net als alle andere medisch specialisten) een tijdelijke arbeidsovereenkomst aangeboden door SMC. Op 2 juli 2013 hebben de curatoren geïntimeerde (en alle andere medisch specialisten van het voormalig Ruwaard van Putten) bericht dat zij de lopende overeenkomst tussen hem en het Ruwaard van Putten geen gestand wensen te doen. Enige vergoeding is daarbij uitgebleven.

Een en ander heeft ertoe geleid dat appellant 2 de maatschap met geïntimeerde op 26 juni 2013 heeft opgezegd. Om die reden heeft het Van Weel-Bethesda geïntimeerde op 18 juli 2013 laten

weten dat ook zijn toelating tot het ziekenhuis van rechtswege was komen te vervallen. Ook het SMC heeft geïntimeerde uiteindelijk op 28 oktober 2013 laten weten dat hem (na afloop van de overeenkomst voor bepaalde tijd) geen arbeidsovereenkomst of toelatingsovereenkomst zal worden aangeboden.

In deze procedure heeft geïntimeerde SMC c.s. en de curatoren aangesproken op grond van wanprestatie respectievelijk onrechtmatige daad, die is gelegen in de handelwijze jegens geïntimeerde bij de uitvoering van de pre pack, terwijl geïntimeerde daarnaast SMC c.s. ongerechtvaardigde verrijking verwijt. Naar het hof begrijpt, is dat laatste standpunt erop gebaseerd dat SMC c.s. ten koste van hem ongerechtvaardigd zijn verrijkt doordat zij zich zijn praktijk, zonder hem daarvoor een vergoeding te betalen, hebben toegeëigend en te gelde hebben gemaakt. In eerste aanleg zijn die vorderingen behalve de ongerechtvaardigde verrijking bij deelvonnis afgewezen.

In dit tussentijdse hoger beroep wordt dat laatste oordeel vernietigd. Allereerst ontbreekt naar het oordeel van het hof een direct causaal verband tussen verrijking en verarming nu deze vermogensverschuiving zich via het faillissement heeft voltrokken. Het hof oordeelt vervolgens dat ook in het onderhavige geval moet worden aangenomen dat de door geïntimeerde gestelde (indirecte) verrijking van SMC c.s. haar rechtvaardiging vindt in de tussen curatoren en het SMC (i.o.) gesloten (koop)overeenkomst (de activa-overeenkomst), alsmede in de geneeskundige behandelingsovereenkomsten die SMC c.s. met patiënten zijn aangegaan en de overeenkomst die SMC c.s. met zorgverzekeraars konden sluiten om medisch-specialistische zorg te leveren in het verzorgingsgebied Voorne-Putten. Eigen investeringen van geïntimeerde doen daar niet aan af, terwijl het faillissement van het Ruwaard van Putten ziekenhuis voor eigen risico van geïntimeerde dient te blijven.

Naar het oordeel van het hof is evenmin sprake van onrechtmatig handelen. De omstandigheid dat (verondersteld mag worden dat) het voor SMC c.s. voorafgaand aan de doorstart voorzienbaar was dat patiënten die voorheen door specialisten van het Ruwaard van Putten werden behandeld, zich na het faillissement en de doorstart tot specialisten in het SMC zouden wenden, brengt niet mee dat SMC c.s. onrechtmatig hebben gehandeld door de specialisten van het Ruwaard van Putten geen vergoeding toe te kennen of bij het overleg te betrekken. Ook uitgaande van deze voorzienbaarheid stond het SMC c.s. – althans de bij de doorstart betrokken partijen – in beginsel vrij om de na het faillissement te realiseren doorstart vorm te geven zoals hun goeddunkte. De omstandigheid dat SMC c.s. bekend mogen worden verondersteld met het gebruik dat bij overname van een medische praktijk een goodwillvergoeding wordt betaald, maakt dit evenmin anders. Er was immers geen sprake van een (overeengekomen) overname van de praktijk van geïntimeerde en al helemaal niet van een overname (feitelijke voortzetting) waarvan kan worden gezegd dat daarbij het betalen van

de goodwillvergoeding gebruikelijk is (nog niet eerder was in Nederland een ziekenhuis gefailleerd en was daarop een doorstart gevolgd).

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak: 28-11-2017
ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:3383
Zaaknummer: 200.189.984/01
Rechters: H.J. van Kooten, A.J.M.E. Arpeau en M.H. van der Woude
Advocaten: T. van der Valk en K.J. de Rooij
Wetsartikelen: 6:212 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

stichting en BV/CV

Het verzet tegen de faillietverklaring van de cv wordt ongegrond verklaard nu voldoende is gebleken van een opeisbare vordering en steunvorderingen en de schuldenaar zijn schulden niet meer betaalt.

De cv verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. Uit de cijfers en de administratie is voldoende summierlijk gebleken dat de Ltd. een vordering heeft op de cv. Het feit dat de cijfers niet door een accountant zijn gecontroleerd, is onvoldoende om aan te nemen dat de Ltd. geen vordering heeft op de cv. Ook het argument dat de vordering van de Ltd. niet juist zou zijn omdat de vordering betaald kon worden uit de vrachtinkomsten is hiervoor niet voldoende.

Ook de opeisbaarheid van de vordering wordt betwist. De rechtbank oordeelt dat uit de tekst van de overeenkomst, die is gesloten tussen de Ltd. en de Stichting (een van de verzoeksters), volgt dat er een bepaalde rangregeling is afgesproken voor de verdeling van de overwaarde van de schepen na voldoening van de eerste hypotheekhouder. Hieruit volgt echter niet dat door de Ltd. afstand is gedaan van haar recht op betaling van de vordering vóór verkoop van de schepen.

De cv heeft daarnaast schulden aan de bank en andere crediteuren. Bijna de helft van deze vorderingen staat al langer dan één jaar onbetaald open. Hiermee staat voldoende aannemelijk vast dat de cv in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen.

H. Beni Driss, maart 2018

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 15-03-2018
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:2124
Zaaknummer: C/10/544832/FT RK 18/62
Rechters: A.J. van Spengen, W.J. Geurts-de Veld en A.M. van Kalmthout
Advocaten: E. Eshuis

Wetsartikelen: 10 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid voor het sluiten van overeenkomsten zonder financieringsvoorbehoud terwijl dit voorbehoud eerder wel werd gemaakt. Hierdoor heeft de bestuurder de indruk gewekt dat de financiering rond was en heeft de bestuurder zijn contractspartij bewogen voor zijn project verplichtingen aan te gaan die zijn ondernemingen niet konden betalen.

Gedaagde heeft twee cascoschepen gekocht met behulp van een financiering van ING. De schepen zijn ondergebracht in een bv waarvan gedaagde (indirect) bestuurder is, namelijk Rijndec Quality Control BV (hierna: RQC). Voor de exploitatie van elk schip afzonderlijk is een vennootschap opgericht waarvan hij tevens (indirect) bestuurder is, te weten Rijndec Trading Company BV (hierna: RTC) en Rijndec Tankshipping Two BV (hierna: RTT).

Gedaagde wenste beide schepen om te laten bouwen tot olietankers en had externe financiers bereid gevonden om dit te financieren door middel van krediet.

Voor het ombouwen van de schepen heeft gedaagde tevens eiseres, exploitant van een scheepswerf, benaderd. Op 20 maart 2012 is tussen eiseres en RTC een overeenkomst van aanneming tot stand gekomen waarbij gedaagde het voorbehoud heeft gemaakt dat de overeenkomst alleen doorgang zou vinden indien de financiering door de externe financiers rond zou komen (hierna: het financieringsvoorbehoud). Op 6 juli 2012 zijn vervolgens tussen eiseres, RTC en RTT twee overeenkomsten tot stand gekomen voor de afbouw van de schepen zónder het financieringsvoorbehoud. Betaling is uiteindelijk uitgebleven en bij vonnissen van de Rechtbank Gelderland van 18 december 2013 zijn RTC en RTT veroordeeld tot betaling van een geldsom wegens wanprestatie. Beide partijen zijn niet tot betaling overgegaan en RTC is uiteindelijk in staat van faillissement verklaard welk faillissement op 26 november 2015 is opgeheven wegens gebrek aan baten. Eiseres stelt gedaagde als bestuurder van RTC en RTT aansprakelijk voor de geleden schade.

De rechtbank oordeelt dat eiseres er ten tijde van het sluiten van de twee overeenkomsten zónder het financieringsvoorbehoud op mocht vertrouwen en ervan uit mocht gaan dat de

financiering rond was. De vennootschappen waar eiseres zaken mee deed, RTC en RTT, waren nieuw opgericht. Het was voor eiseres dan ook niet mogelijk om de financiële situatie van de vennootschappen bij de Kamer van Koophandel te controleren aan de hand van gepubliceerde jaarstukken. Gedaagde heeft met het sluiten van de overeenkomsten zónder het financieringsvoorbehoud een te rooskleurig beeld geschetst aan eiseres hetgeen tot gevolg heeft gehad dat eiseres kosten is gaan maken voor het afbouwen van de schepen. Hierdoor is een situatie ontstaan waarin gedaagde is gaan ondernemen voor het risico van eiseres en eiseres kosten heeft gemaakt die RTC en RTT niet (volledig) konden vergoeden. De rechtbank oordeelt dat gedaagde hiervoor een persoonlijk verwijt treft en als bestuurder aansprakelijk is voor de geleden schade. De zaak wordt verwezen naar een schadestaatprocedure.

J.C.L. Verheijden, maart 2018

Instantie: Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak: 21-02-2018
ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2018:1153
Zaaknummer: C/05/317862 / HA ZA 17-156 / 357/871
Rechters: M.A.M. Vaessen
Advocaten: M.L.W. Weerts en P.E.A.M. Gerritse
Wetsartikelen: 6:162 BW en 6:89 BW

RECHTSPRAAK

Smink q.q./Kosmonaut BV

Faillissementspauliana bij de verkoop van een bedrijfspand: het bewijzen van benadeling en wetenschap door de curator.

BV A is bij vonnis van 24 augustus 2015 op eigen aangifte failliet verklaard. Daarbij is mr. Smink tot curator benoemd. BV A was de eigenaar van het bedrijfspand waarin BV B tot de datum van haar faillissement in 2014 haar activiteiten uitoefende. Na het faillissement van BV B is de helft van het pand voor dezelfde of nagenoeg dezelfde activiteiten in gebruik genomen door een andere vennootschap, BV C. Opgemerkt dient te worden dat zowel BV A, BV B als BV C bestuurd werd door dezelfde persoon. Het desbetreffende bedrijfspand is één week voorafgaand aan het faillissement van BV A door haar bestuurder in eigendom overgedragen aan Kosmonaut BV. Daarbij werd tevens een aantal roerende zaken geleverd, behorend tot de inventaris van BV A. De koopsom voor het pand bedroeg € 312.500 en voor de inventaris € 2.500. In de akte van levering is opgenomen dat de levering niet vrij van huur en gebruik plaatsvindt en dat het de koper bekend is dat de verkoper het pand in gebruik heeft alsmede dat een deel van het bedrijfspand verhuurd is.

Mr. Smink heeft op grond van de artikelen 42 en 43 Fw de vernietiging van de verkoop en de levering van het bedrijfspand en de inventaris ingeroepen. Kosmonaut BV heeft meegewerkt aan teruglevering van de inventaris, welke door de curator via een veiling verkocht is met een netto-opbrengst van € 2.324. Kosmonaut BV weigert echter mee te werken aan de teruglevering van het bedrijfspand, als gevolg waarvan de curator primair vordert voor recht te verklaren dat de koopovereenkomst en levering van het bedrijfspand en de daarmee samenhangende rechtshandelingen nietig, althans rechtsgeldig vernietigd zijn, met veroordeling van Kosmonaut tot teruglevering van het pand. Subsidiair vordert de curator Kosmonaut te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding van € 47.500 en meer subsidiair voor recht te verklaren dat Kosmonaut door de koop en levering ongerechtvaardigd verrijkt is met veroordeling tot vergoeding van de schade van BV A tot een bedrag van € 47.500.

Ter onderbouwing van zijn vorderingen stelt mr. Smink dat hij het bedrijfspand heeft laten taxeren, waarbij is gebleken dat de marktwaarde ten tijde van de verkoop circa € 360.000 was.

Daaruit concludeert mr. Smink dat het bedrijfspand is verkocht voor een koopsom die meer dan 13% onder de marktwaarde lag en hij baseert zijn primaire actio pauliana en subsidiaire vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad op de stelling dat het een onverplichte rechtshandeling betrof, waardoor de schuldeisers van BV A zijn benadeeld, dat dit gebeurd is binnen één jaar voor het faillissement van BV A en dat de waarde van de verbintenis aan de zijde van de failliet die aan de zijde van Kosmonaut BV aanmerkelijk overtrof, op grond waarvan ingevolge artikel 43 lid 1 sub 1 Fw de wetenschap van benadeling aan beide zijden wordt vermoed.

Kosmonaut BV voert verweer en betwist met name dat sprake is van benadeling van schuldeisers. Volgens de rechtbank is deze betwisting in elk geval gegrond gebleken ten aanzien van de inventaris, die bij de verkoop door mr. Smink aan derden minder heeft opgebracht dan Kosmonaut BV ervoor had betaald. Ten aanzien van de verkoop van het bedrijfspand baseert mr. Smink de vermeende benadeling van schuldeisers en de wetenschap daarvan op een taxatie die hij heeft laten uitvoeren. Volgens de rechtbank heeft de curator met deze taxatie echter het door hem gestelde aanmerkelijke waardeverschil niet aangetoond. De taxateur heeft de waarde van het bedrijfspand vrij van huur en gebruik gesteld op € 360.000, maar het pand is niet vrij van huur en gebruik gekocht. Het pand, of althans een gedeelte daarvan, was immers verhuurd en dit betekent dat het uitgangspunt van de taxatie niet juist was.

Het komt er dus op neer dat mr. Smink zijn stellingen – dat sprake was van benadeling van schuldeisers en dat Kosmonaut hier wetenschap van had – nog onvoldoende heeft onderbouwd volgens de rechtbank. Mede omdat wel duidelijk is dat sprake is van zogenoemde *red flags* zal de rechtbank de curator tot bewijslevering toelaten. De *red flags* zijn in deze niet zozeer gelegen in de korte tijdspanne tussen de levering van het bedrijfspand en het daarop volgende faillissement van BV A, dan wel in de buitensporig lage huurprijs en de verwevenheid tussen de verkoper en de huurder, alsmede het gemak waarmee Kosmonaut BV deze toestand aanvaardde zonder nader onderzoek, en zelfs zonder naar de huurprijs te informeren, hetgeen nogal bevreemdt voor een investeerder in vastgoed.

De rechtbank draagt de curator bewijs op en houdt iedere verdere beslissing aan.

S. Renssen

Instantie: Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak: 14-02-2018
ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2018:1221

Zaaknummer: C/05/323842/ HA ZA 17-381
Rechters: N.W. Huijgen
Advocaten: R.H. Smink en P.J. den Boef
Wetsartikelen: 42 Fw en 43 Fw

RECHTSPRAAK

Wittekamp q.q./Cooperatie Royal FloraHolland U.A.

Betaling na datum faillissement van bankrekening gefailleerde met negatief saldo omvat geen handeling die het onder het faillissement vallend vermogen raakt. Geen strijd met artikel 23 Fw; afwijzing vordering curator tot terugbetaling.

Bleiswijk Boeketservice B.V. (BB) is als groothandel in boeketten en decoratiematerialen lid van Coöperatie Royal FloraHolland N.V. (RFH). Zij huurt een bedrijfsruimte van RFH en zet via RFH een deel van haar productie af. BB failleert op 3 oktober 2012. Een dag later wordt van haar bankrekening € 4.518,09 afgeschreven ten behoeve van RFH.

De curator van BB vordert in een kantonprocedure (terug)betaling door RFH van het betreffende bedrag vermeerderd met rente. De curator stelt dat BB per datum faillissement ex artikel 23 Fw niet meer bevoegd was om te beschikken over haar vermogen, geen rechtshandeling meer kon verrichten die haar vermogen ex artikel 20 Fw raakte, en de betaling onverschuldigd heeft plaatsgevonden. RFH verweert zich door (onder meer) te stellen dat het door BB aan haar betaalde bedrag geen onderdeel uitmaakte van de boedel BB nu de bankrekening van BB op het moment van betaling een debetstand vertoonde.

De kantonrechter overweegt dat het faillissement ex artikel 20 Fw het gehele vermogen van de schuldenaar omvat, alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft. De bankrekening van BB omvatte ten tijde van faillietverklaring echter een negatief saldo en bevat daarmee geen onder het faillissement vallend vermogen. De betaling heeft de boedel van BB niet gewijzigd en er is volgens de kantonrechter geen sprake van een in strijd met artikel 23 Fw verrichte beschikkingshandeling. Onderhavige situatie moet volgens de kantonrechter worden onderscheiden van de situatie in het arrest van de Hoge Raad van 20 maart 2015 (JPR/Gunning q.q.) waarin de Hoge Raad overweegt dat de curator steeds het betaalde kan terugvorderen waarmee na het intreden van de faillissementstoestand de rekening van gefailleerde is gecrediteerd. Dat arrest ziet op de situatie dat een betaling heeft plaatsgevonden ten laste van een aan de boedel van failliet toekomend creditsaldo. In onderhavige situatie is er geen sprake van een aan failliet toekomend saldo.

De kantonrechter wijst de vordering van de curator dan ook af.

H. Ceelen

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 19-02-2018
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2018:1885
Zaaknummer: 622140 RL EXPL 17-9830
Rechters: A. Emmens
Wetsartikelen: 20 Fw en 23 Fw