

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 10, 2019

Nummer 10, 2019

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:2342](#) 10-09-2019

X/Kroll q.q.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:7327](#) 10-09-2019

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:7111](#) 03-09-2019

Volkerink q.q./Rabobank

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:3268](#) 03-09-2019

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:3187](#) 27-08-2019

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:2551](#) 16-07-2019

Curator Beheer/Beheer c.s.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:2535](#) 16-07-2019

Future Life Insurance Broker

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:5627](#) 09-07-2019

Bestuurder Ceres/Geïntimeerden

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2019:7634](#) 09-09-2019

Commissarissen Imtech/CNA Insurance

RECHTSPRAAK

Curator Beheer/Beheer c.s.

Procedure na cassatie en verwijzing. Vordering van de curator wegens onrechtmatige uitkering van dividend vlak voor faillissement. Curator vordert vergoeding van boedeltekort dan wel terugbetaling van de dividenduitkering.

Het betreft een vennootschap ('Techniek') die een tussentijds dividend heeft uitgekeerd en vier maanden later failliet is gegaan. Verweerder 2 ('Kelderman') is enig aandeelhouder en bestuurder van Verweester 1 ('Beheer'). Beheer is enig aandeelhouder en bestuurder van Techniek.

De curator in het faillissement van Techniek vordert primair dat Beheer en Kelderman ('Beheer c.s.') hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van het tekort in faillissement op grond van artikel 2:248 lid 1 jo. 2:11 BW. Subsidiair vordert de curator hoofdelijke veroordeling tot vergoeding van de schade wegens onrechtmatig handelen jegens de schuldeisers in het faillissement. Meer subsidiair vordert de curator een verklaring voor recht dat het dividendbesluit en -uitkering nietig zijn, dan wel dat deze worden vernietigd en dat Beheer wordt veroordeeld tot terugbetaling van de aan haar gedane dividenduitkering ex artikel 2:216 lid 2-4 (oud) en 42 en 45 Fw. De primaire vordering van de curator wordt in eerste aanleg toegewezen, maar in tweede aanleg worden alle vorderingen afgewezen. De Hoge Raad heeft de uitspraak van het hof vernietigd en terugverwezen (zie ECLI:NL:HR:2016:2172).

De curator heeft volgens het hof uitvoerig gemotiveerd dat Techniek ten tijde van de dividenduitkering al geruime tijd op de hoogte was van het feit dat een groot deel van de post debiteuren betwiste vorderingen betrof die waarschijnlijk niet zouden kunnen worden geïnd. Daaruit volgt volgens de curator dat het besluit tot dividenduitkering onverantwoord was, en dus onbehoorlijk bestuur oplevert dan wel onrechtmatig is ten opzichte van schuldeisers en bovendien nietig op grond van artikel 2:216 lid 2 en lid 4 (oud) BW. De curator heeft zich tevens beroepen op artikel 42 Fw.

Het hof wijst de primaire vordering van de curator af. Ook als wordt aangenomen dat het door de curator gewraakte besluit tot uitkering van dividend onbehoorlijk bestuur oplevert, kan dit

niet leiden tot toewijzing van deze vordering die strekt tot vergoeding van het boedeltekort. Uit de eigen stellingen van de curator blijkt namelijk dat het dividendbesluit niet tot het (kort daarna uitgesproken) faillissement heeft geleid. Allereerst omdat er al sprake was van een aanzienlijk te kort aan financiële middelen in de vennootschap en ten tweede omdat vaststaat dat het dividend niet is uitgekeerd ten laste van de liquide middelen of andere activa van de vennootschap. De hele gang van zaken kan er wel toe leiden dat de solvabiliteit onder druk komt te staan, waardoor het aantrekken van extra financiering bemoeilijkt kan worden. Echter, niet gesteld of gebleken is dat extra financiering de vennootschap had kunnen behoeden voor faillissement, nu ook sprake is geweest van een terugval in omzet als gevolg van de economische crisis. Onder deze omstandigheden is niet aannemelijk dat het dividendbesluit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.

De subsidiaire vorderingen van de curator worden door het hof wel toegewezen. Naar het oordeel van het hof staat vast dat de dividenduitkering op grond van artikel 2:216 lid 2 (oud) BW in kwestie ongeoorloofd was, omdat er feitelijk geen sprake was van vrije reserves. Beheer c.s. hebben weliswaar betwist dat de post debiteuren ondeugdelijk was, maar zij hebben de concrete stellingen van de curator op dit punt niet gemotiveerd bestreden en slechts algemeen gesteld dat het om gebruikelijke en nog steeds inbare vorderingen ging. Vanwege nietigheid van het dividendbesluit is de uitkering van het dividend onverschuldigd gedaan en kan deze worden teruggevorderd. De vordering is daarnaast toewijsbaar op grond van artikel 42 Fw omdat het een onverplichte rechtshandeling betreft kort voor de datum van het faillissement, waarbij de wetenschap van benadeling van schuldeisers ingevolge artikel 45 Fw wordt vermoed. Iedere weerlegging van dit vermoeden ontbreekt.

Ten slotte (en ten overvloede) vermeldt het hof dat een dergelijke uitkering met de wetenschap dat het vermogen van de vennootschap deze niet toelaat ook onrechtmatig is ten opzichte van de schuldeisers. Er was alle aanleiding dat de schuldeisers als gevolg van de uitkering niet zouden kunnen worden betaald dan wel zouden worden benadeeld of in elk geval in een nadelige positie zouden worden geplaatst.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 16-07-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:2551

Zaaknummer: 200.232.160_01

Rechters: E.J. van Sandick, M.A.M. Vaessen en O.G.H. Milar

Advocaten: A. Smeekes en C.A. Hage

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:216 BW, 42 Fw en 45 Fw

RECHTSPRAAK

Future Life Insurance Broker

Vordering van geïntimeerden tegen bestuurder van failliete vennootschap tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad. Anders dan de rechtbank wijst het hof de vordering af; bestuurder treft geen persoonlijk ernstig verwijt.

De vennootschap Future Life Insurance Broker S.A. ('FLIB') is een vennootschap opgericht naar Luxemburgs recht. Een van de bestuurders van FLIB is 'appellant'. Via FLIB en een aantal aan FLIB gelieerde vennootschappen ('FLIB-Groep') investeert appellant samen met een tweede bestuurder in ondernemingen, geeft hij managementadviezen en verkoopt hij (spaar)polissen aan particulieren.

'Geïntimeerde 1' heeft in 2000 een ernstig bedrijfsongeval gehad als gevolg waarvan hij arbeidsongeschikt is geworden. De verzekeraar van zijn werkgever heeft aan geïntimeerde 1 een bedrag aan schadevergoeding en smartengeld betaald. Geïntimeerde 1 en de tweede bestuurder van FLIB voerden gesprekken over hoe voornoemde geldsom het best belegd zou kunnen worden. Als gevolg daarvan sloot geïntimeerde 1 begin 2006 meerdere polissen af bij FLIB. Tot 2010 zijn de in de polis overeengekomen rentebedragen door FLIB aan geïntimeerde 1 en zijn vrouw, geïntimeerde 2, (hierna gezamenlijk 'geïntimeerden') betaald.

In mei 2010 is FLIB in Luxemburg failliet verklaard en zijn de betalingen aan geïntimeerden gestaakt. De FIOD is een maand na de faillietverklaring een strafrechtelijk onderzoek gestart naar (o.a.) appellant naar aanleiding van een aangifte door DNB inhoudende dat FLIB in overtreding is geweest van Nederlandse financiële wetgeving, waaronder de Wft. Appellant wordt verweten te hebben bijgedragen aan een zogenoemde piramideconstructie, waarbij een inlegger wordt betaald met geld van een nieuwe inlegger. Uiteindelijk is appellant in een strafrechtelijke procedure door het hof vrijgesproken van (het feitelijk leidinggeven aan) het medeplegen van oplichting en gewoontewitwassen vanwege het feit dat – kort gezegd – niet wettig en overtuigend bewezen kon worden dat appellant zich schuldig heeft gemaakt aan deze gedragingen. Appellant is wel veroordeeld wegens valsheid in geschrifte. Hem werd verweten dat hij valselijk een werkgeversverklaring en een loonstrook heeft opgemaakt.

In de onderhavige civiele procedure hebben geïntimeerden primair gevorderd dat de rechtbank voor recht verklaart dat (o.a.) appellant onrechtmatig heeft gehandeld en aansprakelijk is voor de schade die geïntimeerden hebben geleden. Aan deze vordering leggen geïntimeerden ten grondslag dat appellant als bestuurder van FLIB en aan deze vennootschap gelieerde vennootschappen ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Appellant zou zonder toestemming van de spaarders en in strijd met de polisvoorwaarden spaarpolissen hebben aangewend, terwijl appellant zou hebben geweten dat FLIB-Groep geen verhaal zou bieden voor het nakomen van de overeenkomsten en dat daardoor een groot aantal spaarders zou worden gedupeerd. Daarnaast wordt appellant verweten niet aan de op hem rustende administratieplicht te hebben voldaan. Volgens geïntimeerden is het faillissement van FLIB-Groep in belangrijke mate veroorzaakt door het bestuurlijk onbehoorlijk handelen. In eerste aanleg wordt tegen appellant verstek verleend. De rechtbank wijst de vorderingen van geïntimeerden toe.

Appellant gaat in hoger beroep. Hij stelt zich op het standpunt dat hij wel formeel bestuurder was van FLIB, maar feitelijk niet als bestuurder fungeerde. Appellant voert aan dat hij slechts een arbeidscontract had als commercieel directeur en dat hij geen (andere) vergoeding heeft ontvangen als bestuurder.

Het hof overweegt dat deze klacht faalt, omdat appellant als bestuurder geregistreerd stond en dit ook tijdens de zitting heeft erkend. Daarmee staat volgens het hof vast dat appellant aangesproken kan worden voor onrechtmatig handelen in zijn hoedanigheid van bestuurder van FLIB. Het hof overweegt dat als uitgangspunt heeft te gelden dat – indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt – alleen de vennootschap aansprakelijk is voor de schade. Slechts onder bijzondere omstandigheden is een bestuurder, naast de vennootschap, aansprakelijk jegens een crediteur van de vennootschap. De betreffende bestuurder moet dan een persoonlijk ernstig verwijt kunnen worden gemaakt. Het hof overweegt voorts dat appellant zich in zijn handelen te naïef en goedgelovig heeft opgesteld, maar dat dit geen persoonlijk ernstig verwijt oplevert op grond waarvan hij aansprakelijk kan worden gesteld voor de geleden schade. Het hof oordeelt dat de grieven slagen en vernietigt het vonnis. De vorderingen van geïntimeerden worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 16-07-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:2535

Zaaknummer: 200.215.949_01

Rechters: H.A.G. Fikkers, E.H. Schulten en J.G.A. Struycken

Advocaten: G.J.A.F. Beulen

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder Ceres/Geïntimeerden

Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege oneerlijke en misleidende handelspraktijken bij aannemen bouwproject.

Geïntimeerden A en B ('geïntimeerden') hebben een aannemingsovereenkomst gesloten met Ceres B&O B.V. ('Ceres') voor de bouw van een woonhuis. Enig bestuurder van Ceres was destijds appellant (de 'bestuurder'). Ceres bracht verschillende betaaltermijnen in rekening, welk bedrag ongeveer 20% van de totale aanneemsom bedroeg en door geïntimeerden aan Ceres is betaald. Het graven van een bouwput en deze volstorten met zand zijn de enige bouwwerkzaamheden die in deze periode zijn verricht. De bestuurder heeft de werkzaamheden vervolgens gestaakt en na diverse correspondentie geïntimeerden aangeraden een derde partij de werkzaamheden te laten overnemen, met de toezegging de aanbeting te retourneren. Geïntimeerden hebben de bestuurder geïnformeerd geen reden te zien om de aannemingsovereenkomst te beëindigen en vorderden nakoming van de overeenkomst. Geïntimeerden hebben hierop bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw gevorderd dat de bestuurder wordt veroordeeld de bouwwerkzaamheden te hervatten. Daags nadat geïntimeerden deze eis indienden, is Ceres failliet verklaard. In het faillissementsverslag spreekt de curator van een onhoudbare situatie: Ceres is voortgesproten uit een doorstart vanuit een ander faillissement, het zou met de failliet nooit goed zijn gegaan en vanaf het begin was meer liquiditeit nodig dan gepland.

De rechtbank heeft de vordering van geïntimeerden om de bestuurder te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding toegewezen. De rechtbank is van oordeel dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Tijdens de onderhandelingsfase is sprake geweest van een oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel 6:193b en 193c aanhef en onder f BW. Ceres heeft namelijk valse informatie verstrekt aan geïntimeerden door foto's toe te sturen die niet van projecten van Ceres afkomstig waren. Daarnaast heeft de projectleider bij Ceres verklaard dat Ceres nooit eerder een woning gebouwd had. De bestuurder heeft op deze wijze gehandeld, terwijl vaststond dat voldoende ervaring op het gebied van woningbouw bij Ceres voor geïntimeerden van doorslaggevend belang was voor het aangaan van de aannemingsovereenkomst.

Voorts heeft de bestuurder volgens de rechtbank onrechtmatig gehandeld in de zin van artikel 6:193b en 193c aanhef en onder g BW. Ceres heeft in strijd met artikel 7:767 BW termijnen in rekening gebracht die niet in overeenstemming waren met de voortgang van de bouw of met de waarde van de aan geïntimeerden overgedragen goederen en geïntimeerden daarover onjuist geïnformeerd.

Als gevolg hiervan concludeert de rechtbank dat de bestuurder in zijn hoedanigheid van bestuurder van Ceres onrechtmatig heeft gehandeld jegens geïntimeerden en dat hij aansprakelijk is voor de schade die zij door zijn handelen hebben geleden. De schade begrootten geïntimeerden op de onterecht in rekening gebrachte en betaalde bouwtermijnen en rentekosten als gevolg van de vertraging in de bouwtijd.

In hoger beroep bekrachtigt het hof het vonnis van de rechtbank. Het hof oordeelt dat de door de bestuurder aangedragen summiere grieven noch een onderbouwde bestrijding van de overwegingen uit het vonnis bieden, noch een aanvulling vormen op het verweer dat de bestuurder in eerste aanleg heeft gevoerd. De bestuurder klaagt slechts dat de rechtbank voorbij is gegaan aan het bewijsaanbod van de bestuurder. Volgens het hof ziet de bestuurder echter over het hoofd dat aan bewijslevering pas wordt toegekomen indien voldoende gemotiveerde stellingen voldoende gemotiveerd zijn betwist. De bestuurder heeft hier niet aan voldaan en kan zijn grieven ook niet mondeling toelichten doordat hij zonder opgave van redenen niet ter zitting is verschenen.

O.R.J.C. Freens, september 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 09-07-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:5627

Zaaknummer: 200.216.774/01

Rechters: L. Janse, M. Willemse en W.Th. Braams

Advocaten: C. van der Ent en R.J. Leijssen

Wetsartikelen: 6:193b BW, 6:193c BW, 6:162 BW en 7:767 BW

RECHTSPRAAK

Schuld met hoofdelijke schuldenaren wordt overgenomen; schuldeiser heeft niet met overneming ingestemd. Betaling van een der (oorspronkelijke) schuldenaren doet geen regresvordering op de andere (oorspronkelijke) schuldenaar ontstaan. Artikel 6:155 BW werkt niet in de interne (regres)verhouding.

Op 24 april 2007 hebben appellant en geïntimeerde in deze zaak € 160.000 van Rabobank geleend, waarbij zij hoofdelijk verbonden werden. Tot zekerheid diende een door hen beiden aan Rabobank verleend hypotheekrecht op een tweetal bedrijfspanden.

Enige tijd later, op 29 december 2010, richtten de twee Cosatho B.V. op, waarbij in de akte van oprichting werd opgenomen dat zij hun aandelen zouden volstorten door inbreng van een van de hierbovengenoemde bedrijfspanden. In de notariële akte van inbreng werd onder meer ook geregeld dat Cosatho B.V. de hypothecaire schuld van het tweetal overneemt, onder vrijwaring van hen voor alle aanspraken hierop. Rabobank heeft niet ingestemd met deze schuldoverneming.

Op 14 februari 2012 heeft Rabobank de financiering opgezegd en vordert de bank van het tweetal betaling van de dan openstaande bedragen. Op 13 maart 2012 wordt vanaf een bankrekening op naam van appellant een bedrag van € 265.000 betaald aan Rabobank, waarna Rabobank dit bedrag afboekt op verschillende schulden, zowel van appellant alleen als van appellant en geïntimeerde gezamenlijk. Op de hierboven genoemde hypothecaire lening wordt € 70.000 afgeboekt.

In onderhavige procedure vordert appellant onder meer dat geïntimeerde wordt veroordeeld tot betaling van € 40.547,33, te vermeerderen met wettelijke rente over € 36.387,07 vanaf 1 maart 2017. Hij grondt deze vordering op de stelling dat door zijn betalingen aan de Rabobank een regresvordering op geïntimeerde is ontstaan, nu zij immers oorspronkelijk hoofdelijk waren verbonden voor de schuld.

Het hof oordeelt onder verwijzing naar HR 6 april 2012, *NJ* 2016/196 (*ASR/Achmea*), dat de wettelijke regresvordering van een hoofdelijk schuldenaar eerst ontstaat op het moment dat

deze de schuld aan de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Met verwijzing naar artikel 6:10 lid 1 BW merkt het hof op dat de verplichting van een hoofdelijke schuldenaar tot bijdragen bestaat 'voor het gedeelte van de schuld dat hen in hun onderlinge verhouding aangaat'. Door de inbreng van het bedrijfspand inclusief hypothecaire geldlening d.d. 29 december 2010 waren appellant en geïntimeerde niet langer intern draagplichtig. Zij hadden immers de bedoeling de schuld te doen overgaan op Cosatho B.V., waarmee uitsluitend Cosatho B.V. de schuld aan Rabobank zou dragen.

Dat Rabobank niet met de schuldoverneming had ingestemd, maakt dit niet anders, nu deze instemming niet ziet op de (interne) verhouding tussen appellant en geïntimeerde, maar op de (externe) verhouding tot de schuldeiser.

O. Oost, september 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 10-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:7327

Zaaknummer: 200.233.967/01

Rechters: S.E. Vlaanderen-Schuttenhelm, L. Janse en J. Smit

Advocaten: A.M.J. van de Sande en L.S. Slinkman

Wetsartikelen: 6:10 BW, 6:155 BW en 6:6 BW

RECHTSPRAAK

X/Kroll q.q.

Aansprakelijkheid voor het faillissementstekort wegens kennelijk onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:248 BW): stelplicht en bewijslast bij van buiten komende oorzaak.

Appellant was (indirect) bestuurder en enig aandeelhouder van een aantal besloten vennootschappen, waaronder BBM Glas B.V. (hierna: 'Glas'). Op enig moment heeft Glas het tot dan toe gehuurde bedrijfspand van de Wolfederatie gekocht. Omdat Glas de financiering niet rondkreeg, heeft zij het financieringsvoorbehoud ingeroepen, zij het één dag te laat. De Wolfederatie heeft Glas aan de koopovereenkomst gehouden en in rechte nakoming afgedwongen. Al vóór maar ook nog na de veroordeling tot nakoming heeft appellant – zo blijkt uit boekenonderzoek van de Belastingdienst – een serie transacties met en via zijn vennootschappen verricht die er feitelijk op neerkomen dat alle activa aan het vermogen van Glas zijn onttrokken zonder dat daar een (reële) prestatie tegenover heeft gestaan (zie r.o. 2.8 voor de opsomming). Op 17 december 2015 is Glas op verzoek van de Wolfederatie failliet verklaard.

De curator vordert veroordeling van appellant tot betaling van het boedeltekort ex artikel 2:248 BW en bedient zich daarbij van de verhaalsontrekkingen die blijken uit het boekenonderzoek van de Belastingdienst en het feit dat de jaarrekening van Glas over 2013 te laat is gedeponneerd. De rechtbank wijst de vorderingen van de curator toe op grond van schending van de publicatieplicht (art. 2:248 lid 2 BW) en laat de overige stellingen van de curator kennelijk onbehandeld.

Mede gezien de verstrekkende gevolgen van artikel 2:248 BW en de kritiek die vooral in verband met het deponeringsverzuim op de bewijsvermoedens is geuit (zie bijvoorbeeld Y. Borrius, 'Schending publicatieplicht: bewijsvermoeden te beteugelen?', INSOLAD Jaarboek 2015, p. 23-48), is de praktijk dat de rechter niet snel genegen is om een vordering ex artikel 2:248 lid 1 BW puur en alleen op basis van schending van de publicatieplicht toe te wijzen. Deze praktijk doet vermoeden dat de rechtbank het geheel aan stellingen van de curator ook buiten de schending van de publicatieplicht voldoende heeft geacht voor het oordeel dat

sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling die een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, maar zich de verhandeling van die stellingen heeft bespaard door de zaak op het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW af te doen. (De precieze overwegingen van de rechtbank laten zich slechts raden; het eindvonnis in eerste aanleg is niet gepubliceerd). De rechtbank oordeelt verder met betrekking tot de veroordeling ten gunste van de Wolfederatie, die appellant als van buiten komende oorzaak van het faillissement heeft aangevoerd, dat appellant kan worden verweten dat hij heeft nagelaten het intreden van deze oorzaak te voorkomen, hetgeen in zichzelf onbehoorlijke taakvervulling oplevert (vgl. HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, *Blue Tomato*).

In hoger beroep grieft appellant alleen tegen het oordeel van de rechtbank dat hem kan worden verweten te hebben nagelaten om de veroordeling ten gunste van de Wolfederatie te voorkomen. Bij slagen zou de curator aannemelijk moeten maken dat de onbehoorlijke taakvervulling wegens schending van de publicatieplicht desondanks mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Het hof maakt dit betoog onschadelijk door de (inhoudelijke) stellingen van de curator indachtig de devolutieve werking van het hoger beroep en om proceseconomische redenen alsnog integraal te behandelen (r.o. 2.7 en 2.10 tot en met 2.29). Het komt tot het oordeel dat de feitelijke vermogensonttrekkingen (die blijken uit het onderzoek van de Belastingdienst) kennelijk onbehoorlijke taakvervulling opleveren (r.o. 2.29) en dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is; zelfs als het niet-tijdige inroepen van de ontbinding appellant niet zou kunnen worden verweten. Die onbehoorlijke vermogensonttrekkingen – *'in de wetenschap dat de claim van de Wolfederatie mogelijk kon worden toegewezen en nadat deze is toegewezen'* (r.o. 2.32) – hebben volgens het hof aan Glas namelijk iedere mogelijkheid ontnomen om nog aan haar verplichtingen jegens haar crediteuren te voldoen. Dat uiteindelijk de Wolfederatie op basis van de veroordeling van Glas het faillissement heeft aangevraagd, is daarbij niet van doorslaggevend belang. De kennelijk onbehoorlijke taakvervulling hoeft immers niet de enige maar slechts een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn geweest.

J.O. Bijloo, september 2019

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 10-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:2342

Zaaknummer: 200.225.924/01

Rechters: M.C.M. van Dijk, R.F. Groos en B.J. Lenselink

Advocaten: M.A. Hupkes en J.C. Dorrepaal

Wetsartikelen: 2:248 BW en 150 Rv

RECHTSPRAAK

Bestuurder hevelt activiteiten van een vennootschap over naar andere (door hem beheerste) vennootschappen en verkoopt de aandelen van de lege schuldenvennootschap aan een katvanger: dit leidt tot aansprakelijkheid voor onbetaald gebleven pensioenpremies op grond van artikel 23 Wet Bpf.

De heer X (appellant) is tot 18 november 2010 bestuurder geweest van een vennootschap in de logistieke branche. Deze vennootschap viel onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds voor het beroepsvervoer over de weg. Een jaar voor zijn uittreden, eind 2009, had de bestuurder het pensioenfonds bericht dat de vennootschap niet meer in staat was de betreffende facturen te voldoen. Hij stelde bezig te zijn met kostenreducerende maatregelen, waarna de betalingen konden worden hervat. In september 2010 bleek dat de vennootschap echter nog niet in staat was om alle facturen van het pensioenfonds te voldoen. De vervoersactiviteiten zijn op dat moment overgedragen aan overige door de heer X beheerste vennootschappen. Op 18 november 2010 heeft de bestuurder vervolgens zijn aandelen in de logistieke vennootschap verkocht aan een derde (katvanger) voor een bedrag van € 400. Op 19 juli 2011 is de vennootschap failliet verklaard. Het pensioenfonds bleef achter met een openstaande vordering van ruim € 75.000 en stelde de heer X daarvoor aansprakelijk.

Op 25 september 2013 heeft de Rechtbank Gelderland de vordering van het pensioenfonds toegewezen op de grond dat de heer X als (indirect) bestuurder van de vennootschap niet had voldaan aan de meldingsplicht als bedoeld in artikel 23 lid 2 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds 2000 (Wet Bpf), zodat op grond van artikel 23 lid 4 Wet Bpf vermoed wordt dat de niet-betaling van de pensioenpremies aan hem is te wijten, terwijl hij dat vermoeden niet heeft kunnen ontzenuwen. De heer X is vervolgens in hoger beroep gegaan. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft geoordeeld dat de heer X wel aan zijn meldingsplicht had voldaan maar dat de heer X toch aansprakelijk was voor de onbetaald gebleven schulden. Hij had namelijk diverse handelingen verricht om vermogen buiten bereik van schuldeisers (waaronder het pensioenfonds) te houden. De heer X ging in cassatie waarna de Hoge Raad heeft overwogen dat de administratie van een rechtspersoon toebehoort aan die

rechtspersoon en dus niet separaat hoeft te worden overgedragen bij een aandelenoverdracht. Verder werd overwogen dat na een melding van betalingsonmacht geen nieuwe melding hoeft te worden gedaan zolang er nog steeds sprake is van een betalingsachterstand. De Hoge Raad verwees de zaak naar het Hof 's-Hertogenbosch, hetgeen heeft geresulteerd in dit arrest.

Het gaat in dit hoger beroep naar het oordeel van het hof nog om de vraag of de heer X als indirect bestuurder van de vennootschap ondanks de rechtsgeldige melding van betalingsonmacht niettemin zodanig jegens het pensioenfonds heeft gehandeld dat aannemelijk is dat het niet betalen van de pensioenpremies het gevolg is van aan de heer X te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 23 lid 3 Bpf). Hierbij geldt dat zijn gedragingen als bestuurder niet enkel worden getoetst over de periode voorafgaand aan de melding als genoemd in artikel 23 Wet Bpf 2000, maar gezien het hiervoor weergegeven oordeel van de Hoge Raad ook over de periode na de melding. Voor deze beoordeling is van belang dat de heer X aan de koper heeft verteld dat hij geen faillissement wilde aanvragen omdat dat slecht zou zijn voor zijn naam. Het leek hem daarom beter dat koper (als katvanger) de vennootschap overnam en (inclusief administratie) verplaatste naar Hongarije. Het staat vast dat de activiteiten voor de aandelenoverdracht waren overgeheveld naar overige vennootschappen, zonder dat daar een duidelijke noodzaak voor bestond. De chauffeurs die in dienst waren bij de vennootschap zijn ook overgenomen door een andere vennootschap van de heer X. De logistieke vennootschap was derhalve op het moment van verkoop van de aandelen een lege vennootschap met in ieder geval een belastingschuld en een pensioenschuld. Al deze omstandigheden maken dat voldoende aannemelijk is dat de niet-betaling van de pensioenpremies het gevolg is van aan de heer X te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het beroepen vonnis wordt bekrachtigd maar onder verbetering van gronden.

M.M. Eveleens-van der Zwaag, september 2019

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 03-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:3268

Zaaknummer: 200.231.799_01

Rechters: O.G.H. Milar, R.A. van der Pol, R.F. Groos, O.G.H. Milar, R.A. van der Pol en R.F. Groos

Advocaten: E. Luttjens, O. Surquin en E. Luttjens

Wetsartikelen: 23 Wet Bpf

RECHTSPRAAK

Commissarissen Imtech/CNA Insurance

De voorzieningenrechter oordeelt dat verzekeraar aan commissarissen Imtech up front dekking moet verlenen voor kosten van verweer tegen claims curatoren. Curator is een 'official body' in de zin van de D&O-polis. Verzekeraar is gehouden dekking te verlenen voor de up front kosten, tenzij de verzekeraar op voorhand feiten en omstandigheden stelt en, bij betwisting, aannemelijk maakt, op grond waarvan hoogstwaarschijnlijk is dat een dekkingaanspraak uiteindelijk niet zal worden aangenomen.

Imtech was polishouder van een Directors & Officers aansprakelijkheidsverzekering (hierna: 'D&O'). De commissarissen t/m 2013 ('hierna: Commissarissen') waren verzekerde personen onder deze D&O. De D&O bestond uit verschillende lagen (layers) waarop verschillende verzekeraars acteerden. Primaire verzekeraar bij deze D&O was AIG tot een bedrag van € 25 miljoen. CNA Insurance Company Limited (hierna: 'CNA') trad op als first excess insurer tot een bedrag van € 15 miljoen.

Op 4 februari 2013 heeft Imtech in een persbericht aangekondigd dat het een afschrijving in de jaarrekeningen voorzag van minimaal € 100 miljoen op een aantal investeringen in Polen. Naar aanleiding van dit persbericht is het aandeel Imtech sterk in waarde gedaald. Na dit persbericht hebben verschillende aandeelhouders de Commissarissen en Imtech aansprakelijk gesteld voor de schade die zij stelden te hebben geleden. In verband hiermee heeft Imtech de primaire verzekeraar AIG ingeschakeld en is het tot een schikking gekomen. Onderdeel van deze schikking is dat – kort gezegd – de VEB aan Imtech en de Commissarissen finale kwijting verleende.

Op 13 augustus 2015 is het faillissement van Imtech uitgesproken. In 2016 hebben de curatoren de Commissarissen medegedeeld dat zij door de gezamenlijke crediteuren van Imtech mogelijk aansprakelijk zouden worden gesteld voor (het tekort in) het faillissement. De curatoren hebben de Commissarissen in de gelegenheid gesteld te reageren op hun

bevindingen met betrekking tot de overname door Imtech in 2012 van 80% van de aandelen in Arma en de betrokkenheid van bestuurders van Imtech bij fraude en de wijze waarop daaromtrent (geen) informatie is verschaft aan het publiek en betrokken verzekeraars.

Op 13 april, 19 mei en 17 juli 2017 hebben de Commissarissen zich tot CNA gewend om dekking te krijgen voor de juridische kosten voor een reactie op het Arma rapport. CNA heeft dekking geweigerd met de argumenten dat het plafond van de dekking die AIG biedt niet was bereikt en dat de Commissarissen CNA onvoldoende op de hoogte hadden gehouden van relevante ontwikkelingen. De Commissarissen hebben de verweerkosten vervolgens uit eigen middelen betaald.

Op 30 januari 2019 hebben enkele aandeelhouders van Imtech een procedure aanhangig gemaakt waarin wordt gevorderd voor recht te verklaren dat de Commissarissen onrechtmatig hebben gehandeld tegenover de aandeelhouders doordat onder andere incorrecte en incomplete uitspraken zouden zijn gedaan over de jaarcijfers van Imtech in de periode voorafgaand aan haar faillissement. Deze procedure wordt door partijen aangeduid als de Lean Lawyers procedure. De Commissarissen hebben tot 30 oktober 2019 om verweer te voeren.

Op 28 juni 2019 respectievelijk 8 juli 2019 hebben de advocaten van de Commissarissen een aantal nieuwe rapporten ontvangen van de curatoren, waaronder een zogenoemd 'conceptfeitenrapport'. In dit laatste rapport gaan de curatoren onder meer in op de rol van de raad van commissarissen in de aanloop naar het faillissement van Imtech. De Commissarissen verwachten dat de nieuwe rapporten door de curatoren zullen worden gebruikt om hen aansprakelijk te stellen. In juli 2019 hebben zij zich wederom tot CNA gewend voor dekking van de te maken juridische kosten. CNA heeft ook ditmaal dekking geweigerd.

De Commissarissen vorderen van CNA onder de D&O-polis betaling van de verweer- en onderzoekskosten die door hen zijn voorgesloten. Ook vorderen de Commissarissen CNA te veroordelen tot vergoeding van de nog te maken kosten op straffe van een dwangsom van € 10.000 voor elke dag dat CNA zijn verplichtingen niet nakomt. De Commissarissen leggen aan de vorderingen ten grondslag dat CNA tekortschiet in de nakoming van de verplichtingen die uit hoofde van de D&O op haar rusten. Volgens de Commissarissen weigert CNA zonder goede grond dekking te verlenen voor de kosten voor het voeren van verweer en onderzoek, terwijl CNA daar op grond van de D&O en meer specifiek op grond van de first excess layer toe gehouden is.

CNA betoogt onder meer dat de Commissarissen alleen gedekt zijn voor verwijten die verband houden met het persbericht van 4 februari 2013. Voor claims die betrekking hebben op het

voeren van verweer en onderzoek in het kader van onder meer de Lean Lawyers procedure en het onderzoek van de curatoren, biedt de verzekering volgens CNA geen dekking. CNA stelt dat geen sprake is van een onderzoek in de zin van de polis, omdat de curatoren niet kwalificeren als 'official body' zoals gedefinieerd in de overeenkomst. Ook betoogt CNA dat zij het recht heeft haar verplichtingen op te schorten, aangezien de Commissarissen niet hebben voldaan aan hun informatie- en participatieverplichtingen. Ook brengt CNA als verweer naar voren dat de Commissarissen bij het aangaan van de schikking hebben nagelaten te melden dat de voormalige CEO en CFO feiten hebben gepleegd die maken dat dekking is uitgesloten. Aangezien de Commissarissen zijn meegegaan in de strategie van Imtech om deze informatie achter te houden en de verzekeraars te bewegen om te schikken, is de opzet op misleiding gegeven.

De voorzieningenrechter overweegt dat CNA gehouden is op de voet van de polis dekking te verlenen voor de up front kosten, tenzij CNA op voorhand feiten en omstandigheden stelt en, bij betwisting, aannemelijk maakt, op grond waarvan het hoogstwaarschijnlijk is dat een dekkingsaanspraak uiteindelijk niet zal worden aangenomen. De voorzieningenrechter komt tot het oordeel dat van dergelijke feiten en omstandigheden geen sprake is. De opstelling van de Commissarissen is stellig een relevant punt van nader onderzoek, maar beslist geen grond om hen op voorhand in de kou te laten staan, aldus de voorzieningenrechter. Ook kan CNA volgens de voorzieningenrechter niet volhouden dat de curatoren niet kwalificeren als 'official body' in de zin van de polis. De curator is volgens de voorzieningenrechter een door de rechtbank aangestelde functionaris. De opdracht van de curator strekt zich onder meer uit tot het onderzoek als omschreven in artikel 68 Fw en de curator verricht dit onderzoek op grond van de wet en heeft daartoe specifieke, aan de wet ontleende bevoegdheden.

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen van de Commissarissen toe en bepaalt de dwangsom op € 5.000 per dag met een maximum van € 250.000.

J. van den Dolder, september 2019

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 09-09-2019

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2019:7634

Zaaknummer: C/15/292189 / KG ZA 19-565

Rechters: H.J. Schotman

Advocaten: A.Ch.H. Franken en F. van der Woude

RECHTSPRAAK

Volkerink q.q./Rabobank

Curator roept pauliana in tegen afspraak tot versnelde aflossing van een financiering onder gelijktijdige instemming met verkoop van de verpande activa, op een moment dat pandhouder al weet dat geldnemer in financiële problemen verkeert. Het feit dat de opbrengst van de activa zonder de gemaakte afspraak óók naar de pandhouder zou zijn gegaan, is volgens de curator niet relevant blijktens het arrest ING/Gunning. Hof volgt curator niet; verschil tussen rechtskarakter artikel 42 Fw en artikel 54 Fw.

Coöperatieve Rabobank U.A. (hierna 'Rabobank' of 'de bank') heeft aan Melkwinning Steenwijk B.V. (hierna: 'MW') in of omstreeks 2009 een financiering van in totaal € 170.000 verstrekt. Een deel daarvan was krediet in rekening-courant, een deel was geldlening. Rabobank had tot zekerheid voor de financiering een pandrecht op – kort gezegd – alle activa van MW.

In de loop van 2014 is de financiële situatie van MW zorgwekkend geworden. Op 29 september 2014 wordt MW ondergebracht bij Bijzonder Beheer van Rabobank.

In de loop van 2015 bericht MW aan Rabobank dat zij haar onderneming wil gaan overdragen. Rabobank stemt daar, vanuit haar positie als pandhouder, mee in, onder voorwaarde dat de bestaande financiering geherstructureerd wordt. De herstructurering houdt in dat de financiering (van grotendeels aflossingsvrij krediet in rekening-courant) wordt omgezet naar een lineair af te lossen geldlening.

Een jaar later gaat MW failliet. De curator roept artikel 42 Fw (faillissementspauliana) in, ter vernietiging van de herstructurering van de financiering. De curator vordert de in het voorliggende jaar aan de bank betaalde aflossingen terug.

De rechtbank wijst in eerste aanleg de vordering van de curator af, op de grond dat de rechtshandeling niet benadelend was, omdat Rabobank onweersproken heeft gesteld dat zij

zonder herstructurering van de financiering niet met verkoop van de onderneming zou hebben ingestemd, dat zij alsdan ten tijde van de faillietverklaring haar pandrecht op alle activa nog zou hebben gehad en dat dus ook zónder de gewraakte herstructurering de verkoopopbrengst van de activa niet aan de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement ten goede zou zijn gekomen.

De curator beroept zich in hoger beroep op het arrest ING/Gunning (ECLI:NL:HR:2004:AR3137), stellende dat de *hypothetische* mogelijkheden die Rabobank als pandhouder zou hebben gehad volgens de rechtsregel van dat arrest niet in aanmerking moet worden genomen bij de vraag of de in werkelijkheid gevolgde handelwijze geoorloofd was.

Het hof wijst in hoger beroep dit argument van de curator af, omdat de curator zich op artikel 42 Fw beroept – in welk geval voor de toets of de gewraakte rechtshandeling benadelend was, wél de huidige situatie moet worden vergeleken met de hypothetische situatie waarin de gewraakte rechtshandeling er niet was geweest – terwijl het arrest ING/Gunning over artikel 54 Fw ging, waarbij de rechter niet aan een benadelingscriterium hoeft te toetsen.

Het hof staat (in de tweede helft van r.o. 5.9) nadrukkelijk stil bij het verschil in rechtskarakter tussen artikel 54 Fw, dat een absoluut verbod legt op verrekening in bepaalde gevallen, en artikel 42 Fw, dat beoogt om achteraf een correctie te kunnen aanbrengen op rechtshandelingen die in beginsel toegestaan zijn, maar door de context waarin ze plaatsvinden benadelend en daardoor toch ongeoorloofd kunnen zijn.

I.F.M. Lakwijk, september 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 03-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:7111

Zaaknummer: 200.239.716/01

Rechters: L. Janse, J. Smit en I. Tubben

Advocaten: G.M. Volkerink en D.J. Kramer

Wetsartikelen: 42 Fw en 54 Fw

RECHTSPRAAK

Een leenvergoeding van ongeveer 8% per maand is naar de gegeven omstandigheden niet in strijd met de openbare orde of goede zeden. Wel is een onder druk van een faillissementsaanvraag overeengekomen aanvullende leenvergoeding van bijna 6% per maand vernietigbaar wegens misbruik van omstandigheden.

Op 19 oktober 2015 heeft appellant een bedrag van € 167.000 geleend van geïntimeerde, een particuliere investeerder. Uiterlijk 31 december 2015 moest de lening worden afgelost. Partijen zijn een leenvergoeding overeengekomen van € 33.000. In de leningsovereenkomst is opgenomen dat de looptijd van de lening na een schriftelijk verzoek van appellant ('de schuldenaar') door geïntimeerde ('de schuldeiser') met maximaal 90 dagen verlengd kan worden. Bij verlenging van de looptijd is de schuldenaar per maand een extra leenvergoeding van € 10.000 verschuldigd.

Op 1 april 2016 gaf de schuldeiser aan dat de lening ondanks herhaaldelijke aanmaningen niet is terugbetaald en werd de schuldenaar gesommeerd om de lening alsnog terug te betalen. Nu betaling uitbleef, heeft de schuldeiser op 23 mei 2016 het faillissement van de schuldenaar aangevraagd. Een dag voor de faillissementszitting is een regeling tot stand gekomen. Uiterlijk 8 oktober 2016 zou de lening inclusief leenvergoeding betaald moeten worden. Daarnaast werd overeengekomen dat de schuldenaar € 7.500 incassokosten en een aanvullende leenvergoeding van € 60.000 verschuldigd is. Naar aanleiding van deze regeling is de faillissementsaanvraag aangehouden tot 26 juli 2016. Op 25 juli 2016 heeft de schuldenaar de hoofdsom, de wettelijke handelsrente, ongeveer € 2.500 incassokosten en de kosten voor de faillissementsaanvraag voldaan. Hierop is de faillissementsaanvraag ingetrokken.

De schuldeiser heeft bij de rechtbank betaling gevorderd van de (aanvullende) leenvergoeding en de resterende incassokosten. De rechtbank heeft de vordering integraal toegewezen. In hoger beroep stelt de schuldenaar zich (opnieuw) op het standpunt dat de leenvergoeding van € 33.000 op grond van artikel 3:40 BW in strijd is met de openbare orde of goede zeden, althans naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het hof verwerpt de grieven waarin deze stellingen ingenomen worden. De schuldenaar heeft er zelf voor

gekozen geen leningsovereenkomst aan te gaan met een bank, maar met een particuliere investeerder. Daarnaast heeft de schuldeiser een aanzienlijk bedrag uitgeleend en heeft de schuldenaar geen enkele zekerheid verstrekt. Gelet op het risico van de schuldeiser en het tijdelijke karakter van de lening is de overeengekomen leenvergoeding (rente) niet zo buitensporig dat deze in strijd is met de openbare orde of goede zeden. De schuldenaar heeft ook geen bijzondere omstandigheden gesteld op basis waarvan de overeengekomen vergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

De schuldenaar stelt zich daarnaast op het standpunt dat de regeling waarbij een aanvullende leenvergoeding van € 60.000 en incassokosten van € 7.500 zijn overeengekomen, tot stand is gekomen onder misbruik van omstandigheden in de zin van artikel 3:44 lid 4 BW. Het hof is van oordeel dat dit ten aanzien van de aanvullende leenvergoeding inderdaad het geval is. Op grond van de leenovereenkomst zou alleen een aanvullende vergoeding verschuldigd zijn als de looptijd van de overeenkomst verlengd zou worden op schriftelijk verzoek van de schuldenaar. Nu geen schriftelijk verzoek hiertoe is gedaan en de lening na afloop van de initiële looptijd is opgeëist, is de aanvullende vergoeding niet verschuldigd op grond van de overeenkomst. Terwijl de schuldenaar in een financiële noodtoestand verkeerde, heeft de schuldeiser voor zichzelf onder druk van een faillissementsaanvraag een onevenredig voordeel bedongen waarop hij geen recht had op grond van de overeenkomst. De schuldeiser wist of had moeten weten dat de regeling nadelig was voor de schuldenaar en dat de schuldenaar hier zonder dreiging van de faillissementsaanvraag niet mee akkoord gegaan zou zijn. Nu de aanvullende vergoeding tot stand is gekomen onder misbruik van omstandigheden, slaagt het beroep op vernietiging en wordt de vordering tot betaling van de aanvullende vergoeding afgewezen. De regeling tot betaling van € 7.500 incassokosten is naar het oordeel van het hof niet onder misbruik van omstandigheden tot stand gekomen. De werkelijk gemaakte incassokosten zijn hoger dan het overeengekomen bedrag, waarmee de schuldeiser voor zichzelf geen (onevenredig groot) voordeel heeft bedongen waarop hij in redelijkheid geen aanspraak kon maken.

De vordering van de schuldeiser wordt toegewezen, met uitzondering van de aanvullende leenvergoeding. Het hof compenseert de proceskosten.

H.J. de Kloe, september 2019

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 27-08-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:3187

Zaaknummer: 200.229.605_01

Rechters: E.A.M. van Oorschot, J.I.M.W. Bartelds en T.J. Dorhout Mees

Advocaten: H.J.M. Smelt en P. van Zwijndregt

Wetsartikelen: 6:2 BW, 3:40 BW en 3:44 BW