

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 11, 2019

Nummer 11, 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 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:3485](#) 24-09-2019

Van Oorschot q.q./Bestuurder Nethpost Consultancy

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:2424](#) 10-09-2019

CSU Personeel/X

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:1714](#) 25-06-2019

Opdrachtgevers/Bouwarch

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:502](#) 12-02-2019

Rechtbank

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2019:5447](#) 25-09-2019

Lammers q.q./Werknemer Breuklijn

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2019:9931](#) 19-09-2019

Verlenging van bewaring van een gefailleerde die een volmacht toezegde

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:4391](#) 06-09-2019

Vidrea Buying/Curatoren

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2019:7773](#) 04-09-2019

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2019:4086](#) 18-04-2019

Naviva Kraamzorg c.s./VGZ c.s.

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2017:11715](#) 04-10-2017

Euretco/Geene q.q.

RECHTSPRAAK

Vidrea Buying/Curatoren

Verzoek tot onslag curatoren ex artikel 73 Fw: behoorlijke taakvervulling en beleidsvrijheid.

In deze uitspraak oordeelt de Rechtbank Midden-Nederland over het verzoek van schuldeiser Vidrea Buying B.V. ('Buying') en schuldenaar Vidrea Retail B.V. ('Retail') ex artikel 73 Fw tot ontslag van de curatoren in het faillissement van Retail.

Financiële moeilijkheden binnen de retailgroep waarvan Retail (onder andere) als inkoper onderdeel uitmaakte, hebben begin maart 2019 tot de opening van insolventieprocedures in de Duitse tak geleid. Toentertijd heeft de (indirect) DGA van Retail Buying opgericht als nieuw inkoopvehikel om de leverantie aan afnemende groepsmaatschappijen te kunnen voortzetten. Tijdens de nadien aan Retail voorlopig verleende surseance van betaling zijn met gebruikmaking van artikel 225 lid 2 Fw tussen Buying en de bewindvoerders van Retail op 10 mei 2019 afspraken gemaakt om zonder schade voor schuldeisers verder onderzoek naar de levensvatbaarheid van (delen van) Retail mogelijk te maken. Buying stelde op consignatiebasis kleding aan Retail ter beschikking en de vorderingen die zij op het moment van verkoop van die kleding ter zake op Retail zou verkrijgen zouden zijn achtergesteld bij alle andere vorderingen in de surseance.

Eind juni is alsnog het faillissement van Retail uitgesproken en is per direct op verzoek van curatoren een afkoelingsperiode gelast. Kennelijk droeg de omzetting niet de instemming van de bestuurder, want vanaf dat moment heeft Buying curatoren een verkoopverbod aangezegd en heeft de bestuurder met zijn holding herhaaldelijk op de onderneming van Retail geboden. Curatoren hebben hierop niet anders gereageerd dan met de mededeling dat er een afkoelingsperiode was gelast en nog niet kon worden vastgesteld wie op de voorraden van Retail eigendomsrechten kon doen gelden. Dit heeft Buying ertoe gebracht op 12 en 13 juli 2019 afgiftebeslag te leggen. Onderwijl hebben curatoren de winkels met het oog op een mogelijke doorstart nog tot 1 augustus 2019 opengehouden. Buying heeft vervolgens strafrechtelijke aangiften wegens onttrekking aan beslag, verduistering en witwassen tegen curatoren gedaan en met Retail als schuldenaar hun ontslag verzocht.

De behandeling van het verzoek is tweeledig. In de eerste plaats stellen verzoekers zich op het standpunt dat de onpartijdigheid van de beoordelend rechter in het gedrang is, omdat deze ook optreedt als rechter-commissaris in andere faillissementen met dezelfde curatoren. De rechtbank verwerpt dit standpunt onder verwijzing naar de (geschiedenis van de) Faillissementswet en rechtspraak waaruit volgt dat ook een rechter die in andere zaken rechter-commissaris is, een onafhankelijke rechter is (r.o. 4.1-4.8). De beoordeling van het ontslagverzoek zelf vindt plaats door te toetsen of curatoren hun wettelijke taak ex artikel 68 Fw naar behoren verrichten; in dat toetsingskader past geen beoordeling van civielrechtelijke aanspraken of strafrechtelijke aantijgingen (r.o. 4.10). Het gaat daarbij met name om de vraag of curatoren zich houden aan de bepalingen van de Faillissementswet en handelen als over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curatoren die hun taak met nauwgezetheid en inzet verrichten (HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 (*Maclou*)). In r.o. 4.11-4.16 beoordeelt de rechtbank de belangenafwegingen die curatoren hebben gemaakt tegen de achtergrond van deze norm, met inachtneming van de beleidsvrijheid die curatoren toekomt (vgl. HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, NJ 2012/515 (*Prakke/Gips*)) en de rechtvaardiging om onder omstandigheden voorrang te geven aan zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard of van het crediteurencollectief boven de belangen van individuele schuldeisers als Buying. De rechtbank komt tot het oordeel dat curatoren ter zake van het gevoerde beheer (in wezen het doorverkopen van mogelijk door Buying ter beschikking gestelde kleding zolang nog doorstartperspectief bestond) onder de gegeven omstandigheden geen verwijt kan worden gemaakt en hecht daarbij met name waarde aan de bijzondere positie van Buying uit hoofde van de leveringsafspraken die zij op 10 mei 2019 met curatoren had gemaakt.

J.O. Bijloo, oktober 2019

Zie ook: HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, NJ 2012/515 (*Prakke/Gips*), HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 (*Maclou*)

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 06-09-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:4391

Zaaknummer: F.16/19/352

Rechters: N. Bratza en P.J. Neijt

Advocaten: R.J. van Galen, T.B. de Clerk, W.J.M. van Andel, M.E. ten Brinke en K.W.C. Geurts

Wetsartikelen: 73 Fw en 68 Fw

RECHTSPRAAK

Lammers q.q./Werknemer Breuklijn

Vordering tot afgifte van een zogenoemd SurveNir-apparaat wordt afgewezen. Ondanks het feit dat de bijbehorende licentie niet is geleverd, is het apparaat zelf voor faillissement rechtsgeldig geleverd aan een oud-werknemer van de failliete vennootschap.

Gedaagde was werknemer (hierna: 'de werknemer') van Breuklijn B.V. Op 1 september 2018 is de arbeidsovereenkomst beëindigd met wederzijds goedvinden. Omdat de werknemer een vordering van ongeveer € 180.000 had op Breuklijn en Breuklijn haar betalingsverplichtingen niet nakwam, is overleg geweest over de overdracht van een zogenoemd SurveNir-apparaat aan de werknemer ter voldoening van een deel van de vordering. Het apparaat bevond zich op dat moment al in de macht van de werknemer. Het SurveNir-apparaat is in 2010 gekocht van een buitenlandse eenmanszaak, Lichtblau e.K. voor € 100.000. Lichtblau heeft een licentie verstrekt aan Breuklijn voor commercieel gebruik van het SurveNir-apparaat. Daarnaast is in de overeenkomst een eerste recht van terugkoop voor Lichtblau opgenomen.

Begin februari 2019 is overeenstemming bereikt over de overdracht van het SurveNir-apparaat en de daarbij behorende licentie aan de werknemer 'met een tegenwaarde van € 40.000'. De overeengekomen waarde kwam in mindering op de vordering van de werknemer. Breuklijn BV is op 26 maart 2019 failliet verklaard. Tijdens faillissement heeft Lichtblau een beroep gedaan op haar recht tot terugkoop van het apparaat. Daarnaast heeft de werknemer het verzoek gedaan aan de curator om het apparaat te leveren. Tussen partijen staat vast dat de licentie niet is geleverd.

In deze kortgedingprocedure vordert de curator afgifte van het SurveNir-apparaat. De curator stelt zich op het standpunt dat geen overeenstemming is bereikt over de overdracht van het SurveNir-apparaat en de daarbij behorende licentie. Daarnaast meent de curator dat het apparaat niet is geleverd, omdat de licentie niet is geleverd en onlosmakelijk verbonden is aan het apparaat. Tot slot meent de curator dat de werknemer onrechtmatig handelt jegens de boedel door te weigeren het SurveNir-apparaat af te geven aan de curator. Zonder licentie is het apparaat immers onbruikbaar en de boedel wordt mogelijk schadeplichtig als Breuklijn de

overeenkomst met Lichtblau niet kan nakomen.

De voorzieningenrechter oordeelt dat onvoldoende grond bestaat om de werknemer te veroordelen tot afgifte van het SurveNir-apparaat. Er is een overeenkomst tot stand gekomen en het apparaat is geleverd door middel van een tweezijdige verklaring op grond van artikel 3:115 aanhef en sub b BW. Voor een rechtsgeldige levering is levering van de licentie niet vereist, ook niet als het apparaat zonder licentie onbruikbaar zou zijn. Ook doet het feit dat de werknemer de curator heeft verzocht het apparaat te leveren, niet af aan de geldigheid van de levering. Tot slot handelt de werknemer naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet onrechtmatig met het weigeren van afgifte. De werknemer heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat het SurveNir-apparaat voor hem enige waarde vertegenwoordigt, alleen al omdat hij het apparaat zelf kan gebruiken. De vorderingen van de curator worden afgewezen.

H.J. de Kloe, oktober 2019

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 25-09-2019

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2019:5447

Zaaknummer: C/01/348829 / KG ZA 19-466

Rechters: E. Loesberg

Advocaten: R.G.F. Lammers en R. Zwanenberg

Wetsartikelen: 3:115 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Van Oorschot q.q./Bestuurder Nethpost Consultancy

Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement. Curator beroept zich tevergeefs op artikel 2:248 BW; feitelijke stellingen onvoldoende gemotiveerd.

A en B zijn de bestuurders van de besloten vennootschap Nethpost Consultancy B.V. en houden ieder de helft van de aandelen. De vennootschap houdt zich bezig met 'postale dienstverlening' in met name Afrika. Medio 2010 heeft B zonder overleg met A namens Nethpost Consultancy B.V. een bedrag van € 130.900 aan zijn eigen bv overgemaakt, en een bedrag van € 59.500 aan de bv van A. B is voorts uitgetreden als bestuurder van Nethpost Consultancy B.V. In 2012 wordt Nethpost Consulting B.V. opgericht, waarvan A via een beheervenootschap bestuurder is. Deze vennootschap houdt zich blijkens het uittreksel uit het Handelsregister bezig met het verlenen van betaalverwerkingsdiensten en consultancy.

Op 1 juli 2014 gaat Nethpost Consultancy B.V. failliet. De curator stelt A aansprakelijk op de voet van artikel 2:248 BW. Hij stelt daarbij dat A kennelijk onbehoorlijk heeft bestuurd in de zin van artikel 2:248 lid 1 BW door de activiteiten van de gefailleerde vennootschap 'uit te hollen' en over te hevelen naar Nethpost Consulting B.V., zonder dat voor deze activiteiten enige vergoeding aan Nethpost Consultancy B.V. werd betaald. In eerste aanleg heeft de rechtbank de vorderingen van de curator afgewezen omdat deze onvoldoende onderbouwd waren. Ook het hof acht de vorderingen onvoldoende onderbouwd. Het hof overweegt dat de curator een groot aantal stukken en tekstpassages heeft overgelegd zonder aan te geven waarom en hoe daaruit zou kunnen blijken dat Nethpost Consultancy B.V. is benadeeld. Zie r.o. 3.6.1. Daarmee is niet vast komen te staan dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Daar komt nog bij (zie r.o. 3.6.2) dat de curator op geen enkele wijze heeft aangetoond dat de aan A verweten gedragingen een belangrijke oorzaak zijn geweest van het faillissement, hetgeen vereist wordt voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 lid 1 BW. Het hof wijst de vorderingen af. Voorts overweegt het hof dat de curator in hoger beroep 'niets wezenlijks' heeft toegevoegd aan de reeds in eerste aanleg te weinig onderbouwd bevonden stellingen, waarmee sprake was van een kansloos hoger beroep. Dit knelt des te meer, nu de boedel al niet toereikend was om de proceskosten in eerste aanleg aan A te vergoeden.

Interessant is nog het door A gevoerde verweer dat het faillissement van Nethpost Consultancy B.V. is veroorzaakt door de 'selectieve' betaling van B aan zichzelf (en ook aan A) in 2010, waardoor de bv volgens A in 2010 reeds 'technisch failliet' was, welk gemotiveerd verweer door het hof mede ten grondslag wordt gelegd aan het oordeel dat de curator zijn stellingen onvoldoende heeft onderbouwd. Niet onwaarschijnlijk is dat dit handelen als kennelijk onbehoorlijk bestuur zou kwalificeren en als belangrijke oorzaak van het faillissement moet worden beschouwd. Zou het dan in de driejaarstermijn van lid 6 vallen, hetgeen overigens niet het geval is, dan zouden de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het faillissementstekort.

O. Oost, oktober 2019

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 24-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:3485

Zaaknummer: 200.229.939_01

Rechters: H.A.G. Fikkers, J.I.M.W. Bartelds en J.G.A. Struycken

Advocaten: F.H.M. van Oorschot en J.C.M. Nuijten

Wetsartikelen: 2:248 BW, 150 Rv en 24 Rv

RECHTSPRAAK

Verlenging van bewaring van een gefailleerde die een volmacht toezegde

Verlenging van bewaring van een gefailleerde die een volmacht toezegde, maar deze toezegging na eerdere invrijheidstelling weer introk.

Gefailleerde is een natuurlijk persoon, die vroeger heeft gewoond en zakelijke activiteiten heeft ontplooid in Frankrijk. De curator heeft hem verzocht om informatie te verstrekken over vermogensbestanddelen in Frankrijk, maar gefailleerde weigert informatie te geven. Gefailleerde is daarom in 2018 al eens in bewaring gesteld.

De curator heeft geprobeerd om zelf informatie te verzamelen in Frankrijk. Het is gebleken dat zij uitsluitend met een volmacht van gefailleerde de nodige informatie zou kunnen verkrijgen. Bij een zitting omtrent de verlenging van de periode van bewaring in 2018 heeft gefailleerde toegezegd een volmacht te verstrekken, zij het een minder verstrekkende (want: herroepelijke) volmacht dan de curator wenste. Mede naar aanleiding van die toezegging is de bewaring destijds opgeheven. Na zijn vrijlating weigerde gefailleerde echter om een volmacht af te geven. De curator heeft daarom opnieuw bewaring gevorderd, waarvan zij thans de verlenging verzoekt, totdat daadwerkelijk een onherroepelijke volmacht in notariële vorm is afgegeven.

Gefailleerde ontkent dat hij in het verleden een volmacht heeft toegezegd. De advocaat van gefailleerde voert daarnaast het verweer dat de curator ook op andere wijze dan met een volmacht aan de nodige informatie kan komen, bijvoorbeeld door opening van een secundaire procedure in Frankrijk. Voorts betoogt de advocaat dat de curator dient te bewijzen dat de door haar gestelde vormvereisten voor de volmacht werkelijk noodzakelijk zijn. Tot slot betoogt gefailleerde dat hij nimmer een volmacht zal geven, zodat vrijheidsbeneming geen nut heeft. Vanwege het ontbreken van praktisch nut dient van de bewaring af te worden gezien, aldus gefailleerde.

De rechtbank besluit tot verlenging van de bewaring. Daartoe overweegt de rechtbank dat een

volmacht van gefailleerde de meest geëigende manier is om informatie over vermogensbestanddelen van gefailleerde in Frankrijk te verkrijgen. De alternatieve werkwijze die de advocaat van gefailleerde voorstaat, mag weliswaar mogelijk zijn, maar deze is veel kostbaarder en tijdrovender dan werken met een volmacht, zodat medewerking aan een volmacht van gefailleerde gevergd mag worden.

De rechtbank gaat voorbij aan het betoog dat vrijheidsbeneming nutteloos zou zijn omdat gefailleerde nimmer een volmacht zal afgeven, overwegende dat gesteld noch gebleken is dat het voor gefailleerde onmogelijk zou zijn om vanuit bewaring mee te werken aan het verstrekken van de gevraagde volmacht.

De rechtbank weegt ook mee dat de eerdere bewaring heeft geleid tot toezeggingen van gefailleerde, zij het dat hij deze weer introk zodra de bewaring feitelijk eindigde. Omdat gefailleerde eerder medewerking heeft toegezegd die hij later introk, bepaalt de rechtbank dat de af te geven volmacht onherroepelijk moet zijn. De rechtbank acht voldoende aannemelijk dat de overige door de curator gestelde vormvereisten gelden. De rechtbank bepaalt daarom dat de inbewaringstelling zal worden verlengd met dertig dagen, waarbij de rechtbank aangeeft dat om opheffing van de bewaring kan worden verzocht zodra gefailleerde een onherroepelijke volmacht in notariële vorm met goedschrift heeft afgegeven en daarvan een beëdigde vertaling is gemaakt.

I.F.M. Lakwijk, oktober 2019

Zie ook: HR 2 december 1983, NJ 1984/306

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 19-09-2019

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2019:9931

Zaaknummer: C/09/17/219 F

Rechters: A.J.F.M. Chr Hensen, E.E. Schotte en M.S. Neervoort

Advocaten: P.H.J. Körver en A. Cremer

Wetsartikelen: 105 Fw en 87 Fw

RECHTSPRAAK

Opdrachtgevers/Bouwarch

Vordering van opdrachtgevers tot woningbouw tot aansprakelijkheid van bestuurder van failliete Bouwarch B.V. voor schade vanwege het niet opleveren van de woning ondanks eerder overeengekomen minnelijke regeling. Het hof oordeelt evenals de rechtbank dat bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt treft.

Appellant 1 en Appellant 2 (tezamen ‘Opdrachtgevers’) hebben een aannemingsovereenkomst gesloten met Bouwarch B.V. (hierna ‘Bouwarch’) van wie geïntimeerde bestuurder en enig aandeelhouder was (hierna ‘Bestuurder’). Na het ontstaan van een geschil hebben Opdrachtgevers een procedure bij de Raad van Arbitrage aanhangig gemaakt, waarin zij een minnelijke regeling zijn overeengekomen met Bouwarch. Opdrachtgevers dienen een bedrag te storten op een derdengeldrekening, waarna Bouwarch ervoor zal zorgen dat de woning wordt opgeleverd. De toenmalig advocaat van Opdrachtgevers bericht te laat dat hij het bedrag heeft ontvangen, waarna Bouwarch zich op het standpunt stelt dat het de opleverdatum wenst te verplaatsen nu het afspraken met leveranciers heeft moeten verplaatsen. Hiermee gaan Opdrachtgevers niet akkoord. Zij vorderen het in de minnelijke regeling overeengekomen boetebedrag, ontbinden de overeenkomst partieel en schakelen een nieuw aanneembedrijf in. Hierna is Bouwarch failliet verklaard.

Opdrachtgevers vorderen schadevergoeding van Bestuurder. Zij stellen daartoe dat hem een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt kan worden wegens het aangaan van de minnelijke regeling. De rechtbank heeft de vordering van Opdrachtgevers afgewezen, nu niet is komen vast te staan dat Bouwarch toerekenbaar tekortgeschoten is in de nakoming van haar verplichtingen. Daarmee kan ook niet worden geoordeeld dat Bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt kan worden. Tegen dit oordeel hebben Opdrachtgevers hoger beroep ingesteld.

Het hof stelt voorop dat Bouwarch in de nakoming van verbintenissen uit de aannemingsovereenkomst en de minnelijke regeling is tekort geschoten, waardoor zij aansprakelijk is. Bij uitzondering kan ook een bestuurder worden aangesproken, namelijk

indien hij (1) namens de vennootschap gehandeld heeft, of (2) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen is een bestuurder slechts jegens de schuldeiser van de vennootschap aansprakelijk, indien hem een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (*Ontvanger/Roelofsen*). Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien een bestuurder bij het aangaan van een overeenkomst wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk ter zake van de benadeling geen ernstig verwijt kan worden gemaakt (*Beklamel*).

Het hof neemt bij zijn oordeel het moment van treffen van de minnelijke regeling als peilmoment en oordeelt dat Bestuurder op dat moment niet wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat Bouwarch niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen of geen verhaal zou bieden voor de geleden schade. Met het feit dat uit de faillissementsverslagen een beeld van financiële tegenslagen naar voren komt, is niet gegeven dat Bouwarch op het peilmoment wist dat zij niet in staat was de bouwactiviteiten te voltooien, temeer nu Bouwarch daarvoor geen liquide middelen nodig had. Verder is onvoldoende onderbouwd waarom de betrokkenheid van Bouwarch bij gerechtelijke procedures ertoe geleid heeft dat het Bouwarch aan financiële middelen ontbrak. Ook volgt het hof Opdrachtgevers niet in het standpunt dat Bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt kan worden voor de uitvoering van de regeling, nu het aan Opdrachtgevers zelf te wijten is dat de woning niet is afgebouwd.

De conclusie is dat Opdrachtgevers onvoldoende feiten en omstandigheden hebben gesteld voor het oordeel dat Bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt treft dat Bouwarch de woning niet heeft (af)gebouwd. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

T.A.A.M. van Kemenade, september 2019

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 25-06-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:1714

Zaaknummer: 200.202.202/01

Rechters: M.J. van Cleef-Metsaars, H.J. van Kooten en R.F. Groos

Advocaten: K.C. Mensink en J.K. S Verhoek

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Geïntimeerde heeft in eerste aanleg gevorderd appellant te veroordelen tot betaling van een openstaande bedrag op grond van een afgegeven borgtocht. Anders dan de rechtbank kwalificeert het hof een borgstelling van appellant als een zakelijke borgstelling, omdat appellant zo nauw verbonden is met de onderneming dat hij in de praktijk als ondernemer kan gelden, waardoor de restricties van artikel 1:88 lid 1 sub c BW en het bewijsvoorschrift van artikel 7:859 BW, die gelden voor persoonlijke borgstellingen, niet van toepassing zijn. Aangezien de rechtbank had geoordeeld dat een beroep op artikel 1:88 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, bekrachtigt het hof het bestreden vonnis.

Appellant houdt 10,1% van de aandelen in Beheer B.V. ('Beheer'), zijn vrouw houdt de overige 89,9% en is enig bestuurder van Beheer (de 'echtgenote'). Beheer is op haar beurt enig bestuurder en aandeelhouder van een vennootschap die zich bezighoudt met, onder meer, asbestsanering en het slopen van bouwwerken (de 'vennootschap'). Geïntimeerde heeft aan de vennootschap diverse werknemers ter beschikking gesteld en hiervoor is een bedrag van € 33.498,35 in rekening gebracht. Dit bedrag is, ondanks aanmaning, niet door de vennootschap betaald. Appellant heeft zich, na aandringen van geïntimeerde, per e-mail persoonlijk borg gesteld voor deze vordering. De vennootschap is enkele maanden later failliet verklaard.

In eerste aanleg heeft geïntimeerde gevorderd appellant te veroordelen tot betaling van het openstaande bedrag op grond van de afgegeven borgtocht. De rechtbank oordeelt dat het ging om een particuliere borgtocht waarvoor de echtgenote van appellant op grond van artikel 1:88 BW toestemming had moeten geven. Het beroep van de echtgenote op vernietigbaarheid is volgens de rechtbank naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid echter onaanvaardbaar, omdat het volgens de rechtbank onaannemelijk is dat de echtgenote niet van de borgstelling zou hebben geweten.

Appellant heeft tegen dit oordeel verschillende grieven ingesteld: (1) de rechtbank heeft de

feiten onjuist of onvolledig vastgesteld, (2) appellant betwist dat sprake is van een borgstelling, hoogstens van een verbintenis tot het aangaan van een borgstelling, in ieder geval ontbreekt een ondertekend geschrift, hetgeen volgens appellant op grond van artikel 7:859 BW wel vereist is, (3) er was geen sprake van een vooropgezet plan om een vernietigbare borgstelling af te geven en (4) bij het oordeel dat de vernietiging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, heeft de rechtbank een verkeerde maatstaf aangelegd. Geïntimeerde heeft incidenteel hoger beroep ingesteld tegen het oordeel van de rechtbank dat sprake is van particuliere borg en niet van zakelijke borg.

Het hof behandelt eerst het incidentele hoger beroep. Er is op grond van jurisprudentie sprake van een zakelijke borg indien de borgstelling wordt verricht door een bestuurder van een nv of een bv, die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt en mits zij geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap. Indien wordt geoordeeld dat sprake is van een zakelijke borg geldt op grond van artikel 1:88 lid 5 BW het toestemmingsvereiste van de andere echtgenoot niet. Ook het bewijsvoorschrift van artikel 7:859 BW, waar appellant zich op beroept, geldt dan niet.

Het hof overweegt dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat niet enkel van belang is of het gaat om een statutair bestuurder, maar dat moet worden beoordeeld of in dit geval appellant zo nauw verbonden is met de onderneming dat hij in de praktijk als ondernemer kan gelden, doordat hij de zeggenschap uitoefent en financieel belang heeft bij de bedrijfsresultaten van de vennootschap ten behoeve waarvan hij zich als hoofdelijk medeschuldenaar verbindt (HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN1402). Het is hierbij niet relevant of appellant rechtstreeks of via een tussengeschakelde vennootschap bestuurder is (HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7513). Het hof is van oordeel dat appellant zo nauw verbonden is met de vennootschap dat hij in de praktijk als ondernemer kan gelden. Voor dit oordeel is voor het hof onder meer van belang dat appellant zelf heeft verklaard dat hij alleen de feitelijke leiding van de onderneming voerde en dat hij volledig gevolmachtigd was om namens de vennootschap te handelen.

Het hof oordeelt vervolgens dat het inlenen van personeel en het daarvoor betalen geschiedde ten behoeve van de normale uitoefening van de vennootschap. Hierdoor is sprake van een zakelijke borgstelling, aldus het hof. Het toestemmingsvereiste van artikel 1:88 lid 1 sub c BW en het bewijsvoorschrift van artikel 7:859 BW zijn daarom niet van toepassing. De grieven van appellant kunnen niet meer slagen. Geïntimeerde wordt in het gelijk gesteld.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 12-02-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:502

Zaaknummer: 200.211.473_01

Rechters: O.G.H. Milar, E.J. van Sandick en R.F. Groos

Advocaten: A.J. Exterkate en A.A. Bos

Wetsartikelen: 1:88 BW en 7:859 BW

RECHTSPRAAK

Naviva Kraamzorg c.s./VGZ c.s.

Zorgverzekeraars zijn aansprakelijk tegenover een zorgaanbieder, omdat zij onvoldoende onderzoek hebben gedaan naar de solvabiliteit van een tussenpersoon. Hiermee hebben de zorgverzekeraars onvoldoende rekening gehouden met de belangen van de zorgaanbieder.

Naviva Kraamzorg B.V. ('Naviva') en Kraamzorg Yunio B.V. ('Yunio') waren twee vennootschappen die kraamzorg verleenden. In 2014 zijn beide vennootschappen gefuseerd in Naviva. Na een fusie van een aantal zorgverzekeraars in Coöperatie UVIT U.A. (Univé-VGZ-IZA-TRIAS, hierna: 'UVIT') is in 2009 een gezamenlijk zorginkoopbeleid vastgesteld door UVIT. Onderdeel van dit inkoopbeleid was dat UVIT rechtstreeks zou contracteren met zorgaanbieders in haar primaire werkgebied en de contractering in het secundaire werkgebied uit zou besteden aan een tussenpersoon. De tussenpersoon was ATC B.V. (De Algemene Thuiszorg Centrale, hierna: 'ATC'). Omdat het werkgebied van Naviva onderdeel uitmaakte van het secundaire werkgebied van UVIT, gaf UVIT aan Naviva door dat zij voor het sluiten van een contract moest onderhandelen met ATC. Ook werd doorgegeven dat declaraties niet rechtstreeks ingediend konden worden bij UVIT, maar via ATC zouden lopen. Naviva heeft UVIT verzocht om de voorgestelde handelwijze niet door te voeren, maar dit verzoek is afgewezen door UVIT.

In januari 2009 hebben Naviva en Yunio voor het jaar 2009 een zorgovereenkomst gesloten met ATC. In december 2009 is ATC failliet verklaard. Door het faillissement van ATC hebben Naviva en Yunio een deel van de geleverde kraamzorg niet vergoed gekregen. Naviva vordert onder meer betaling van de niet geleverde zorg van ongeveer € 1,4 miljoen van een aantal bij UVIT aangesloten zorgverzekeraars, waaronder VGZ (hierna gezamenlijke: 'VGZ c.s.'). Aan haar vordering legt Naviva onder meer ten grondslag dat VGZ c.s. een zorgplicht hadden om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van Naviva en Yunio en op basis daarvan kritischer hadden moeten kijken naar de financiële gegoedheid van ATC. Daarnaast hadden VGZ c.s. op het moment dat hen in het najaar van 2009 informatie bereikte over financiële problemen bij ATC betalingen aan ATC moeten stopzetten, opschorten of andere

maatregelen moeten treffen. Nu VGZ c.s. hun zorgplicht hebben geschonden, zijn zij naar de mening van Naviva aansprakelijk voor de door haar geleden schade.

De rechtbank is van oordeel dat de belangen van Naviva en Yunio nauw betrokken waren bij de overeenkomst die VGZ c.s. hebben gesloten met ATC. Als een zorgverzekeraar ervoor kiest om niet rechtstreeks met zorgaanbieders te contracteren maar via een tussenpersoon, zijn de belangen van de zorgaanbieder nauw betrokken bij de overeenkomst tussen de zorgverzekeraar en de tussenpersoon. Als een zorgverzekeraar geen gebruik maakt van een tussenpersoon, is het debiteurenrisico van een zorgaanbieder verwaarloosbaar klein. Een zorgverzekeraar staat namelijk onder toezicht van DNB en de AFM. Door ATC als tussenschakel te introduceren werd het debiteurenrisico van Naviva en Yunio groter. Het had daarom op de weg van VGZ c.s. gelegen om te kiezen voor minder risicovolle alternatieven. Alternatieven waren geweest om zekerheden te bedingen van ATC of declaraties rechtstreeks aan de zorgaanbieders uit te betalen.

Weliswaar hadden Naviva en Yunio ook zekerheden kunnen bedingen van ATC, maar omdat Naviva en Yunio uitsluitend via ATC konden contracteren met VGZ c.s., mochten Naviva en Yunio erop vertrouwen dat de zorgverzekeraars hadden gecontroleerd of ATC voldoende solvabel was. VGZ c.s. hebben erkend dat zij voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst geen onderzoek hebben gedaan naar de solvabiliteit van ATC. De rechtbank oordeelt dat VGZ c.s. onvoldoende rekening hebben gehouden met de belangen van Naviva en Yunio en daarmee onrechtmatig jegens hen hebben gehandeld. De rechtbank staat om redenen van proceseconomische aard tussentijds hoger beroep van het vonnis toe.

De vordering wordt (nog) niet toegewezen, omdat VGZ c.s. een tegenvordering hebben ingediend wegens dubbel gedeclareerde bedragen. Het overgelegde overzicht van de (gestelde) dubbel gedeclareerde bedragen is onvoldoende specifiek om de juistheid van de vordering te beoordelen. De rechtbank stelt partijen is staat om te reageren op de vraag of zij tussentijds hoger beroep in willen stellen en – indien zij dat niet willen – op welke wijze de dubbel gedeclareerde bedragen onderbouwd worden.

H.J. de Kloe, oktober 2019

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 18-04-2019

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2019:4086

Zaaknummer: NL18.17054

Rechters: S.J. Peerdeman, G.J. Meijer en M.J.P. Heijmans

Advocaten: B.E.J.M. Tomlow en J.H. van der Weide

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Schikkingen met alle schuldeisers van een failliet, getroffen buiten de boedel om, nemen de Peeters/Gatzen-vordering van de curator niet weg indien niet ook het salaris van de curator wordt voldaan.

Op 21 november 2012 oordeelt de Rechtbank Alkmaar dat de curator van Danzo B.V., de bestuurder en tevens enig aandeelhouder van Danzo (W&IN Noordwest Beheer B.V., hierna: W&IN) en haar middellijk bestuurder (gezamenlijk: W&IN c.s.) terecht heeft aangesproken op grond van artikel 6:162 BW. Er was sprake van een Peeters/Gatzen-vordering (HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG452) vanwege onrechtmatige selectieve betalingen. Voor de vaststelling van de hoogte van de schade van de boedel heeft de rechtbank verwezen naar een schadestaatprocedure.

Na voornoemd vonnis zijn de curator en W&IN c.s. ondanks pogingen daartoe niet tot een minnelijke regeling gekomen. W&IN c.s. heeft wél schikkingen getroffen met alle schuldeisers van Danzo. Alle schuldeisers hebben daarop hun vorderingen die zij ter verificatie indienden in het faillissement van Danzo ingetrokken. De bedoelde schikkingen zijn getroffen buiten de curator en de boedel om.

In de schadestaatprocedure die de curator vervolgens start, stelt W&IN c.s. dat de curator niet-ontvankelijk is in zijn vordering, omdat geen sprake meer is van ter verificatie ingediende vorderingen en de curator slechts nog opkomt voor zijn eigen salaris. De rechtbank verwerpt deze stelling en geeft aan dat de schadestaatprocedure rechtstreeks voortvloeit uit de bovengenoemde procedure en dat de grondslag van de vordering van de curator niet wegvalt door de door W&IN c.s. getroffen schikkingen.

Inhoudelijk komt de rechtbank tot de conclusie dat de boedel alle rechten en plichten van een failliet bevat en dat daartoe ook behoort de vordering van de curator tot voldoening van zijn salaris. Omdat het door de rechtbank vastgestelde salaris van de curator niet (volledig) kan worden betaald uit het boedelactief, is de Peeters/Gatzen-vordering dan ook niet geheel voldaan. Daarvoor is W&IN c.s. (nog steeds) aansprakelijk.

Voor wat betreft de omvang van de schade van de boedel vergelijkt de rechtbank de

vermogenspositie van de boedel op het moment van haar oordeel met die wanneer de onrechtmatige selectieve betalingen niet zouden zijn verricht. De rechtbank stelt vast dat de schade in dit bijzondere geval gelijk is aan het vastgestelde en vast te stellen salaris van de curator, verminderd met het door de curator gerealiseerde boedelactief. Uiteraard bedraagt de schade maximaal het bedrag dat onrechtmatig selectief is betaald.

Tot slot oordeelt de rechtbank nog dat de vordering van W&IN op de boedel niet verrekend kan worden met de vordering uit hoofde van de Peeters/Gatzen-vordering; artikel 6:127 lid 3 BW staat aan verrekening in de weg. De boedelvordering van W&IN valt namelijk in een ander vermogen dan de vordering van de boedel. De Peeters/Gatzen-vordering is immers geen boedelvordering, maar een vordering die de curator instelt namens de gezamenlijke schuldeisers van een failliet.

W.T.N. Vlasveld, oktober 2019

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 04-09-2019

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2019:7773

Zaaknummer: C/13/277221 / HA ZA 18-516

Rechters: J. Blokland, W.S.J. Thijs en M. Wouters

Advocaten: E.A. de Boer en M.A. Le Belle

Wetsartikelen: 6:162 BW, 68 lid 1 Fw, 182 Fw, 71 Fw, 6:109 BW, 6:127 BW en 6:127 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

Euretco/Geene q.q.

Een partij die voor een derde de koopprijs van goederen betaalt, subrogeert niet in het tot zekerheid van de koopprijs bedongen eigendomsvoorbehoud. Partijen kunnen echter anders overeenkomen. Omdat aan de vereisten voor eigendomsoverdracht (met een levering ingevolge art. 3:115 sub c BW) is voldaan, heeft de partij die in de vordering van de leverancier tot betaling van de koopprijs is gesubrogeerd een rechtsgeldig eigendomsvoorbehoud.

Eiseres, Euretco Financial Services B.V. ('Euretco'), is een inkoop- en verkooporganisatie. Zij betaalt aan bij haar aangesloten leveranciers de koopprijs van goederen die afnemers, die eveneens bij haar zijn aangesloten, bij die leveranciers bestellen. Gedaagde is curator in de faillissementen van Okay Hoogeveen B.V. ('Okay') en Pinox Beheer B.V., zowel q.q. als pro se. Euretco stelt in deze procedure dat zij een eigendomsvoorbehoud heeft op goederen die door Okay zijn besteld. De koopprijs is door Euretco betaald, maar nog niet door Okay aan Euretco vergoed. De curator heeft een deel van de goederen verkocht en het restant niet aan Euretco teruggegeven.

In een uitgebreid tussenvonnis (ECLI:NL:RBNHO:2016:11227) had de rechtbank reeds verschillende bindende eindbeslissingen gegeven. Voor een goed begrip van het eindvonnis is met name relevant dat de rechtbank heeft vastgesteld dat het eigendomsvoorbehoud ingevolge artikel 3:92 BW als een overdracht onder opschortende voorwaarde moet worden beschouwd en – onder verwijzing naar HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462 over fiduciaire eigendom onder het oude recht – dat die opschortende voorwaarde ook in vervulling gaat bij voldoening van de gesecureerde vordering door een derde (in dit geval Euretco). Kortom, het eigendomsvoorbehoud is geen accessoir recht dat bij subrogatie overgaat. Partijen kunnen evenwel anders overeenkomen.

In het tussenvonnis stelde de rechtbank verder vast dat twee van de vijf betrokken leveranciers inderdaad iets anders met Euretco waren overeengekomen. De voorwaarden van deze leveranciers bepaalden namelijk dat het eigendomsvoorbehoud ook blijft gelden zolang

de koper niet heeft betaald aan een Retail Service Organisation als Euretco. Overdracht aan Euretco van de betreffende goederen was derhalve mogelijk, maar vereist wel een rechtsgeldige eigendomsoverdracht ingevolge artikel 3:84 en 3:115 sub c BW. Laatstgenoemd artikel schrijft voor bezitsoverdracht een tweezijdige verklaring van de vervreemder en verkrijger voor. Daarnaast is vereist dat de derde die na de overdracht gaat houden voor de verkrijger – hier was dat Okay – de overdracht erkent dan wel dat deze aan haar is medegedeeld.

In dit eindvonnis oordeelt de rechtbank dat aan deze vereisten is voldaan. In de overeenkomst tussen Euretco en de leverancier is de tweezijdige verklaring met expliciete verwijzing naar artikel 3:115 sub c BW opgenomen. Verder leest de rechtbank in de overeenkomst tussen de afnemer en Euretco een erkenning bij voorbaat van dergelijke eigendomsoverdrachten. Het betoog van de curator dat een erkenning slechts geldig is indien deze ná de overdracht heeft plaatsgevonden wijst de rechtbank af, omdat die eis volgens haar uit de wet noch strekking daarvan is af te leiden.

Euretco heeft dus een rechtsgeldig eigendomsvoorbehoud en de curator heeft dat niet gerespecteerd. De rechtbank kwalificeert dit als wanprestatie. De als gevolg daarvan geleden schade moet als boedelverplichting aan Euretco worden vergoed. De omvang van die schade is echter niet gelijk aan de opbrengst die de curator met de verkoop van de goederen heeft behaald, te weten een bedrag van € 35.616 in totaal. Als de curator immers het eigendomsvoorbehoud wel had gerespecteerd, dan had Euretco haar goederen teruggekregen en een concurrente vordering gehad voor zover haar oorspronkelijke vordering na creditering voor de retourgenomen zaken nog niet zou zijn voldaan. Haar schade is dus gelijk aan de waarde van de gemiste goederen. Voor de begroting daarvan gaat de rechtbank uit van de liquidatiewaarde, omdat Euretco eerder zelf heeft aangevoerd dat zij niet over de geëigende verkoopkanalen beschikt. Euretco kan daarom slechts aanspraak maken op € 5.000, vermeerderd met enkele kleine aanvullende schadeposten en verminderd met een door de curator gestelde en niet door Euretco betwiste tegenvordering.

De vordering tegen de curator pro se wijst de rechtbank tot slot af, omdat dit ook volgens Euretco alleen aan de orde kan zijn als de boedel geen verhaal zal bieden. Omdat de curator de volledige opbrengst had gesepareerd was dat niet aan de orde.

J.M.H. van de Wiel, oktober 2019

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 04-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2017:11715

Zaaknummer: C/15/240080 / HA ZA 16-133

Rechters: J.J. Dijk

Advocaten: T.M. Schraven, B. Vermue, C. Borstlap en P.J. Antons

RECHTSPRAAK

CSU Personeel/X

Verwijzing HR (ECLI:NL:HR:2018:180). Arbeidsrecht. Uitleg CAO in het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf. Personeel dat na faillissement vorige werkgever in dienst is getreden bij CSU, heeft geen recht behouden op de toeslagpercentages ex artikel 18 CAO.

In HR 9 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:180 oordeelde de Hoge Raad over een casus waarin de vraag speelde of werknemers die door een curator worden ontslagen en vervolgens in dienst treden bij een partij die de activiteiten van de voormalig werkgever voortzet, aanspraak kunnen maken op rechten die zij verworven hadden jegens die voormalig werkgever. Meer specifiek ging het om rechten uit een toeslagregeling voor werkzaamheden tijdens avond-, nacht-, weekenddiensten en op feestdagen; deze toeslagregeling was versoberd, maar als overgangsregeling nog steeds van toepassing voor werknemers die vóór een bepaalde datum in dienst waren getreden. Bij vrijwillige uitdiensttreding kwam de overgangsregeling te vervallen. Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde in feitelijke instantie dat de werknemers hun rechten niet konden meenemen op grond van de regeling bij overgang van onderneming in de zin van artikel 7:663 BW, omdat sprake was van een faillissementssituatie (art. 7:666 BW). Anderzijds hadden de werknemers hun rechten zelf niet prijsgeven door vrijwillig uit dienst te treden, omdat zij door de curator waren ontslagen. Of zij bij hun nieuwe werkgever aanspraak konden maken op de gunstige overgangsregeling, hing er dus van af wat er over de overgang van contracten was bepaald in de cao. Het hof was van mening dat een analoge toepassing van het artikel uit de cao over contractsovername bij heraanbesteding met zich bracht dat de werknemers deze rechten inderdaad ook jegens hun nieuwe werkgever konden uitoefenen. De Hoge Raad oordeelde echter dat de genoemde bepaling in dit geval niet voor analoge toepassing vatbaar was en vernietigde het arrest van het hof. Aan het in dienst treden van de werknemers bij hun nieuwe werkgever was in dit geval namelijk geen heraanbesteding, maar een door de curator opgetuigd biedingsproces voorafgegaan. De hier besproken uitspraak betreft het arrest na verwijzing.

In de verwijzingsprocedure twisten partijen over de ruimte die de werknemers hebben om alsnog aan te tonen dat de overgangsregeling voor hen van toepassing is gebleven bij hun

nieuwe werkgever. Daarbij lopen de werknemers in een procesrechtelijke fuik. In cassatie hebben zij niet bepleit dat er andere mogelijke redenen zijn waarom de overgangsregeling voor hen van toepassing zou blijven dan (1) een beroep op overgang van onderneming in de zin van artikel 7:663 of (2) een beroep op de regeling op contractsoverneming bij heraanbesteding uit de cao. Dat er géén sprake is van een overgang van onderneming is in cassatie niet bestreden en staat daarmee vast. Dat er wél sprake zou zijn van een situatie die analoog moet worden ingelezen in de regeling op contractsoverneming bij heraanbesteding uit de cao is afgewezen door de Hoge Raad. Nieuwe argumenten om aan te tonen dat er sprake zou zijn van opvolgend werkgeverschap – en de overgangsregeling dus van toepassing zou zijn – worden door het verwijzingshof terzijde geschoven: nu daar in feitelijke instanties niets over was gesteld, vallen deze argumenten buiten de rechtsstrijd na verwijzing. Ruimte om alsnog aan te tonen dat de werknemers jegens hun nieuwe werkgever een beroep kunnen doen op de overgangsregeling en de daarin begrepen gunstigere toeslagregeling is er dus niet meer; hun vorderingen worden dan ook afgewezen.

T.E. Booms, oktober 2019

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 10-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:2424

Zaaknummer: 200.241.294/01

Rechters: J.M.T. van der Hoeven-Oud, M.J. van der Ven en R.S. van Coevorden

Advocaten: R.M. Kerkhof en A.A.M. Broos

Wetsartikelen: 7:663 BW