

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 13, 2019

Nummer 13, 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 van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2018:805](#) 04-10-2018

Feniks/Azteca

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:576](#) 12-04-2019

Transportbedrijf/Ontvanger

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:3864](#) 22-10-2019

Bestuurders Kunstcollectief/Gorissen q.q.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:2615](#) 24-09-2019

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:3618](#) 16-05-2019

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:1564](#) 25-04-2019

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:490](#) 19-02-2019

Rechtbank

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2019:9345](#) 23-10-2019

Bouwcare

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:4908](#) 04-10-2019

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2019:6863](#) 19-09-2019

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2019:2753](#) 02-08-2019

Vesteda/Megahome

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2019:3164](#) 10-07-2019

Ter Waarbeek q.q./Enalmei c.s.

Raad van State

[Raad van State, ECLI:NL:RVS:2019:3607](#) 17-10-2019

Minister VWS/Curatoren IJsselmeerziekenhuizen

Antillen

[Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, ECLI:NL:OGEAC:2019:244](#) 28-10-2019

Ontslagverzoek curatoren Banco del Orinoco

Annotatie

[De pauliana in het Europese internationaal privaatrecht](#)

T.V.J. Bil

RECHTSPRAAK

Transportbedrijf/Ontvanger

Een schuldenaar die niet in staat is al zijn schuldeisers volledig te betalen, handelt niet steeds onrechtmatig wanneer hij een schuldeiser voldoet vóór andere schuldeisers, ook niet als hij daarbij geen rekening houdt met eventuele preferenties. De bestuurder heeft de vrijheid een eigen afweging te maken, die onder omstandigheden beperkter kan zijn maar nooit geheel ontbreekt.

Belanghebbende was sinds 5 februari 2001 middellijk, door tussenkomst van B Holding B.V. ('de Holding'), medeaandeelhouder van A B.V., een transportbedrijf ('het transportbedrijf'). Met ingang van 4 juni 2007 is de Holding benoemd tot bestuurder van het transportbedrijf. Sindsdien was belanghebbende tevens indirect bestuurder van het transportbedrijf. Het transportbedrijf verzorgde onder meer transporten voor C N.V. ('C'). C heeft het vervoerscontract met het transportbedrijf opgezegd per 1 november 2008.

Op een aandeelhoudersvergadering van het transportbedrijf is onder meer besloten dat het transportbedrijf met de hoogste spoed gesaneerd dient te worden. Vervolgens is besloten de bedrijfsvoering voort te zetten tot 1 november 2008, om zo contractuele verplichtingen, met name jegens C, na te komen en een faillissement te voorkomen.

Nadat bij de bank bekend was geworden dat C het contract met het transportbedrijf had opgezegd, heeft het transportbedrijf zijn vorderingen aan de bank verpand. De bank dit pandrecht uitgewonnen. Op 11 september 2008 heeft de bank de aan het transportbedrijf verstrekte financiering opgezegd. Vanaf begin september 2008 tot 9 december 2008 zijn alle activa van het transportbedrijf tegen reële prijzen verkocht. Het door de bank verstrekte krediet is geheel afgelost. Op 9 december 2008 is het transportbedrijf, op een daartoe door de Holding gedaan verzoek, failliet verklaard.

Het transportbedrijf heeft de verschuldigde loonbelasting en omzetbelasting over de periode vanaf september 2008 aangegeven maar niet betaald. Daaropvolgend zijn aan het transportbedrijf naheffingsaanslagen voor de loon- en omzetbelasting opgelegd. Op 31 oktober

2008 heeft het transportbedrijf tijdig en op juiste wijze aan de Ontvanger een mededeling van betalingsonmacht als bedoeld in artikel 36 lid 2 Invorderingswet 1990 ('IW') gedaan. Belanghebbende is als bestuurder aansprakelijk gesteld voor deze naheffingsaanslagen op grond van artikel 36 lid 3 IW.

Voor het hof was in geschil het antwoord op de vraag of belanghebbende terecht wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijk is gesteld voor de door het transportbedrijf onbetaald gelaten belasting over de maanden september 2008 tot en met november 2008. Het hof heeft deze vraag bevestigend beantwoord. In de periode vanaf augustus 2008 werden met de van C ontvangen betalingen bij voorrang de voor de voortzetting van de bedrijfsvoering essentiële relaties betaald. Door deze betalingen te doen met voorrang boven de betaling van uit die voortzetting voortvloeiende belastingschulden, heeft belanghebbende als bestuurder bewerkstelligd dat die belastingschulden onbetaald zijn gebleven. Tegen de achtergrond van de verlieslatende exploitatie had belanghebbende redelijkerwijs moeten begrijpen dat door de bedrijfsvoering voort te zetten en daarbij andere crediteuren dan de Belastingdienst met voorrang te betalen, de door die voortzetting opgeroepen belastingschulden onbetaald zouden blijven. Aan belanghebbende kan ter zake naar het oordeel van het hof persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt. Het bij voorrang betalen van andere crediteuren berustte op een vrije keuze van belanghebbende. Hij was van alle betalingen op de hoogte en hij was ook in de gelegenheid de betalingen aan derden te blokkeren.

De middelen in het cassatieberoep zijn met name gericht tegen het oordeel van het hof dat aan belanghebbende persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De Hoge Raad behandelt deze middelen gezamenlijk. De Hoge Raad overweegt dat een schuldenaar die niet in staat is al zijn schuldeisers volledig te betalen, niet steeds onrechtmatig handelt wanneer hij een schuldeiser voldoet vóór andere schuldeisers, ook niet als hij daarbij geen rekening houdt met eventuele preferenties. Het staat (een bestuurder van) een vennootschap in beginsel vrij op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zullen worden voldaan (vgl. HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9654, r.o. 4.1.2). De afweging kwalificeert slechts als kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 36 lid 3 IW indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden dezelfde afweging had gemaakt. Daarvan is onder meer sprake indien de bestuurder van een vennootschap heeft bewerkstelligd dat belastingschulden van die vennootschap onbetaald zijn gebleven, terwijl hij wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat zijn handelwijze tot gevolg zou hebben dat die belastingschulden onbetaald zouden blijven en hem persoonlijk een ernstig verwijt treft (vgl. HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:530, r.o. 3.2.2). Verder is de vrijheid van (een bestuurder van) een vennootschap in elk geval beperkter indien de vennootschap heeft besloten haar activiteiten

te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen. In die situatie heeft de bestuurder de vrijheid in beginsel alléén als een betaling met voorrang door bijzondere omstandigheden wordt gerechtvaardigd (vgl. HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, r.o. 3.4.3). Dit geldt ook bij de voldoening van niet-gelieerde schuldeisers van de vennootschap als de bestuurder van de vennootschap bij die betaling een persoonlijk belang heeft. Doet een bestuurder in deze gevallen toch een betaling zoals hiervoor bedoeld en is van bijzondere omstandigheden geen sprake, dan kan zijn handelwijze al worden aangemerkt als kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 36 lid 3 IW indien hij er ernstig rekening mee had moeten houden dat zijn handelwijze tot gevolg zou hebben dat belastingschulden van de vennootschap onbetaald zouden blijven.

De Hoge Raad oordeelt dat het hof heeft miskend dat het belanghebbende als bestuurder van het transportbedrijf in beginsel vrijstond op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van het transportbedrijf in de gegeven omstandigheden zouden worden voldaan. De Hoge Raad verklaart het cassatieberoep gegrond, vernietigt de uitspraak van het hof en verwijst het geding naar het Gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling voor een nader onderzoek of belanghebbende ter zake van het onbetaald blijven van de belastingschulden kennelijk onbehoorlijk bestuur kan worden verweten.

Q.M.J.A. Crul, oktober 2019

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 12-04-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:576

Zaaknummer: 18/01266

Rechters: R.J. Koopman, E.N. Punt, L.F. van Kalmthout, M.E. van Hilten en E.F. Faase

Advocaten: Y.E.J. Geradts

Wetsartikelen: 36 IW 1990

RECHTSPRAAK

Bestuurders Kunstcollectief/Gorissen q.q.

Bestuurders kunstenaarscollectief aansprakelijk voor boedeltekort wegens onbehoorlijk bestuur. Vordering uit na faillissement tot nihil teruggebrachte subsidie kan ter verificatie worden ingediend.

Op 10 februari 2015 is de Coöperatie Kunstcollectief Heerlen (KCH) failliet verklaard. In deze zaak staan centraal de vragen (1) of de bestuurders van de coöperatie aansprakelijk zijn op de voet van artikel 2:138 BW (jo. art. 2:53a lid 1 BW jo. art. 2:50a BW) voor het boedeltekort; en (2) of een vordering van de gemeente die is ontstaan na faillietverklaring ter verificatie kan worden ingediend.

Ten aanzien van de hierboven onder (1) aangeduide vraag is van belang dat over de jaren 2012, 2013, 2014 en 2015 geen jaarstukken van KCH zijn opgemaakt [en, naar ik aanneem, daarmee ook niet zijn openbaargemaakt in de zin van art. 2:394 BW], en dat over 2014 en 2015 iedere administratie ontbreekt. Zie r.o. 3.8. De beide appellanten in deze zaak waren bestuurder van respectievelijk 28 september 2012 tot 10 februari 2015 en 13 december 2010 tot 14 januari 2014, waarbij de laatstgenoemde bestuurder in de periode tussen 16 november 2012 en 9 januari 2013 géén deel uitmaakte van het bestuur. Het hof oordeelt dat sprake is van een schending van de administratieplicht in de zin van artikel 2:10 BW. Daarbij spelen een rol de omstandigheden dat nergens uit blijkt waaraan de vele kasopnamen zijn besteed, en dat 'geen enkele rekening en verantwoording is afgelegd' over de besteding van een omvangrijke subsidie. Daarmee is niet voldaan aan het criterium dat de boekhouding snel inzicht verschaft in de vermogenspositie van KCH. Van een onbelangrijk verzuim is geen sprake en een beroep op een andere belangrijke oorzaak van het faillissement in de zin van artikel 2:138 lid 2 BW faalt. De bestuurders voeren, blijkend uit r.o. 3.14, enkele andere oorzaken aan, waaronder een omvangrijke energienota en het teruglopen van het aantal cursisten. Het hof overweegt dat een correcte administratie het bestuur beter in staat zou hebben gesteld de energiekosten te beheersen, en dat het teruglopen van het aantal cursisten het bestuur juist had moeten aanzetten om de financiën nauwlettend in de gaten te houden. In de systematiek van artikel 2:138 lid 2 BW moet dit aldus begrepen worden dat de gestelde andere oorzaken ook voortvloeien uit het kennelijk onbehoorlijke bestuur. Een beroep op disculpatie van beide

appellanten faalt tot slot ook.

Ten aanzien van de onder (2) aangeduide vraag geldt dat de gemeente een verstrekte subsidie ad € 100.000 op 5 juni 2016, dus na het uitspreken van het faillissement, heeft teruggebracht naar nihil omdat kennelijk niet is voldaan aan de in het subsidiebesluit gestelde voorwaarden. De reeds uitbetaalde € 100.000 is teruggevorderd. De vraag komt op of die vordering nog ter verificatie kan worden ingediend. Met verwijzing naar de arresten Koot Beheer/Tideman (ECLI:NL:HR:2013:BY6108) en Credit Suisse/Jongepier q.q. (ECLI:NL:HR:2018:424) oordeelt het hof dat dit inderdaad kan. Er is immers sprake van een vordering die al besloten lag in de rechtspositie van de gemeente op het tijdstip van de faillietverklaring, hetgeen (kort gezegd) volgens Koot Beheer/Tideman vereist wordt voor zo'n indiening ter verificatie van een vordering die is ontstaan na faillissement. Daartoe overweegt het hof dat artikel 4:48 Awb het mogelijk maakt dat zolang de subsidie niet is vastgesteld, het bestuursorgaan de subsidieverlening intrekt of ten nadele van de ontvanger wijzigt indien niet is voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen. In dit geval is (kennelijk) aan enkele voorwaarden uit het subsidiebesluit niet voldaan. Een en ander brengt het hof tot het oordeel dat de vordering van 5 juni 2016 al in de rechtspositie van de gemeente besloten lag op de datum van het faillissement.

Het in eerste aanleg toegewezen voorschot wordt alsnog door het hof afgewezen bij gebreke van een deugdelijke onderbouwing daarvan. De hoogte van de te betalen schadevergoeding moet immers nog in een latere schadestaatprocedure worden vastgesteld. Die kan onder meer nog worden beïnvloed door een matigingsverweer van de bestuurders. Een beroep op matiging wijst het hof vooralsnog af, nu dit in die schadestaatprocedure aan de orde kan komen.

O. Oost, november 2019

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 22-10-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:3864

Zaaknummer: 200.232.397_01

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

Advocaten: S.X.J. Zuidema en K.P. Meegdes

Wetsartikelen: 2:138 BW, 2:10 BW, 2:394 BW en 24 Fw

RECHTSPRAAK

Minister VWS/Curatoren IJsselmeerziekenhuizen

De minister van VWS heeft een last onder dwangsom opgelegd aan de curatoren van de IJsselmeerziekenhuizen, omdat zij inlichtingen niet willen verstrekken. De voorzieningenrechter schorst het besluit. De spoedprocedure leent zich niet voor beantwoording van de vraag of de bevoegdheden van de minister in strijd komen met de taak van de curatoren en een belangafweging pakt uit in het voordeel van de curatoren.

Op 12 juli 2019 heeft de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport gevorderd dat de curatoren van MC IJsselmeerziekenhuizen B.V. ('de curatoren') inlichtingen dienen te verstrekken. De minister vordert deze inlichtingen om te onderzoeken of het ziekenhuis in strijd heeft gehandeld met de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) en de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz). Nadat de curatoren hebben aangegeven geen inlichtingen te verstrekken, heeft de minister een last onder dwangsom opgelegd aan de curatoren. De curatoren hebben bezwaar gemaakt tegen dit besluit en de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening te treffen.

De voorzieningenrechter wijst het verzoek toe. De vragen die aan de orde zijn, is of de minister op basis van de WTZi en de Wkkgz bevoegd is de inlichtingen te vorderen, of de omvang van de vordering in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel en of de bevoegdheden van de minister zich verdragen met de taak die de curator heeft op grond van artikel 69 Fw. Een voorlopigevoorzieningprocedure leent zich niet voor beantwoording van dergelijke complexe vragen. De voorzieningenrechter maakt daarom een belangenafweging die uitpakt in het voordeel van de curatoren. Nu het verstrekken van inlichtingen niet ongedaan kan worden gemaakt en de minister geen zwaarwegend belang heeft om op korte termijn te onderzoeken of voldaan is aan de eisen die de WTZi en Wkkgz stellen, weegt het belang van de curatoren zwaarder dan het belang van de minister. De voorzieningenrechter schorst het besluit van de minister waarbij de last onder dwangsom is opgelegd.

H.J. de Kloe, november 2019

Instantie: Raad van State

Datum uitspraak: 17-10-2019

ECLI: ECLI:NL:RVS:2019:3607

Zaaknummer: 201906708/1/A2

Rechters: N. Verheij

Advocaten: mr. dr. W.I. Koelewijn, M.L. Batting en mr. M.A. de Vries

Wetsartikelen: 5:16 Awb, 5:17 Awb, 37 WTZi, 29 lid 1 Wkkgz, 5:32 Awb en 69 Fw

RECHTSPRAAK

Herleving van een ontbonden vennootschap in het geval van een onterecht toegepaste turboliquidatie. Met wenk.

De vennootschap die net als een feniks herrijst uit haar eigen as; op grond van artikel 2:23c lid 1 BW is het mogelijk. In deze zaak betrof het een boekhoudbedrijf (hierna: BV A) dat voor een muziekproductie-bv (hierna: BV B) boekhoudwerkzaamheden had verricht. Ondanks een arbitraal vonnis van de kantonrechter en verschillende incassopogingen van BV A, is BV B nooit tot betaling van de openstaande factuur ad € 10.586,50 overgegaan. De DGA van BV B heeft vervolgens op 21 juli 2016 een online ontbindingsformulier (formulier 17a) ingediend bij de Kamer van Koophandel, waarmee BV B verdween via een zogenoemde turboliquidatie. De DGA gaf namelijk aan dat er geen baten meer aanwezig waren. Diezelfde dag werd BV B uit het handelsregister uitgeschreven. Bij de Kamer van Koophandel waren wel de jaarrekeningen van 2010 tot en met 2012 en van 2016 gedeponereerd, maar de jaarrekeningen van de tussenliggende boekjaren niet. Uit de jaarrekening van 2012 bleek dat sprake was van een rekening-courantvordering op de DGA ad € 18.984, een lening aan de DGA ad € 65.000 alsmede een algemene reserve van € 127.494; genoeg baten dus. De daaropvolgende jaarrekening van 2016 – samengesteld op basis van de door de DGA verstrekte gegevens – geeft echter aan dat er geen vermogensbestanddelen in BV B meer aanwezig waren.

Deze merkwaardige situatie deed bij BV A alarmbellen rinkelen. BV A heeft daarom de rechtbank verzocht tot heropening van de vereffening van het vermogen van BV B en benoeming van de heer X tot vereffenaar als bedoeld in artikel 2:23c lid 1 BW. BV A heeft aan haar verzoek ten grondslag gelegd dat zij een vordering op BV B heeft en dat het onjuist is dat BV B ten tijde van ontbinding geen baten meer had. Met andere woorden: er zou onterecht zijn overgegaan tot turboliquidatie van BV B, aangezien ingevolge artikel 2:19 lid 4 BW voor turboliquidatie het ontbreken van baten ten tijde van ontbinding is vereist. BV A voert daartoe aan dat uit de jaarrekening van 2012 volgt dat er baten aanwezig zijn, terwijl bij de jaarrekening van 2016 – waaruit zou volgen dat alle baten ontbreken – vraagtekens kunnen worden gezet. Omdat de jaarrekeningen over de jaren 2013 tot en met 2015 ontbreken, is ook niet meer te achterhalen hoe deze baten uit BV B zijn verdwenen. BV A stelt zich op het standpunt dat ten tijde van ontbinding nog baten in de onderneming zaten, maar dat deze

door creatief boekhouden niet meer in de jaarstukken van 2016 te vinden zijn.

De rechtbank stelt BV A in het gelijk; de financiële verantwoording in 2016 is uiterst beknopt, terwijl met het ontbreken van jaarrekeningen over de jaren 2013 tot en met 2015 onduidelijk blijft hoe de in 2012 in BV B aanwezige baten zijn verdwenen. BV A heeft ter zitting hier niet meer tegenover gesteld dan dat sprake was van een terugloop van de omzet van BV B, er in een periode van zes jaren veel kan gebeuren, dat de DGA de rekening-courant en schuld kan hebben afgelost en dat alle negatieve resultaten ten laste van de algemene reserves zijn gekomen. Daartegenover heeft BV A ter zitting onweersproken gesteld dat BV B haar activiteiten naar andere bv's van de DGA heeft overgeheveld en dat door de overdracht van zowel de inkomsten als kosten van BV B naar deze vennootschappen de omzet van BV B in 2012 terugliep. Dat neemt volgens BV A niet weg dat ook de kosten voor BV B daarmee wegvielen, zodat nog niet verklaard is waar de reserve van BV B is gebleven. Volgens BV A kan het verdwijnen hiervan dan ook slechts worden verklaard door een uitkering aan de DGA. Volgens BV B is dit echter niet het geval geweest, waarvoor onderbouwing wederom ontbreekt.

Geconcludeerd wordt dan ook dat BV A het bestaan van enige baten voldoende aannemelijk heeft gemaakt. Ook het belang van BV A bij haar verzoek, namelijk openheid van zaken over de omvang, de samenstelling en het verloop van het vermogen van BV B in de aanloop naar de ontbinding kan worden verkregen, is daarmee gegeven.

Wenk

Vanwege de vele kritiek die geuit is op de hedendaagse praktijk waarin vennootschappen met slechts schulden kunnen verdwijnen via turboliquidatie, heeft minister Dekker onlangs een brief aan de Tweede Kamer geschreven waarin hij bericht voornemens te zijn een conceptwetsvoorstel te schrijven. De minister is voornemens de transparantie rondom turboliquidatie te vergroten. Hij wil het bestuur verplichten tot het opstellen en deponeren van een slotbalans, die vergezeld gaat van een bestuursverklaring waarom baten ontbreken. Het is ook aan het bestuur om zorg te dragen voor een algemene bekendmaking van de ontbinding zonder vereffening. Tot slot is de minister voornemens te verplichten dat vóór de doorhaling van de rechtspersoon in het handelsregister de jaarrekeningen over alle eerdere boekjaren openbaar gemaakt moeten zijn. Het conceptwetsvoorstel mogen we in de loop van 2020 tegemoetzien.

S. Renssen, november 2019

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 19-09-2019

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2019:6863

Zaaknummer: C/13/662172 / HA RK 19-61

Rechters: S.P. Pompe

Advocaten: C.H.C. Houben en M.C.M. van Ruitenbeek-Kossen

Wetsartikelen: 2:23c BW en 2:19 BW

RECHTSPRAAK

Hof vernietigt faillissement omdat geen sprake is van de toestand van hebben opgehouden te betalen.

Op 26 februari 2019 is door de Rechtbank Zeeland-West-Brabant het faillissement uitgesproken van appellant. Het faillissement werd aangevraagd door geïntimeerde op basis van een onbetaald gelaten vordering ter hoogte van € 2.583,84. Als steunvordering werd een vordering van een failliete vennootschap (de Vennootschap) aangevoerd.

Appellant stelt hoger beroep in. Appellant stelt dat geen sprake zou zijn geweest van pluraliteit en dat hij niet verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden met betalen. Het hoger beroep is op verzoek van partijen tweemaal aangehouden en wordt uiteindelijk op 8 mei 2019 mondeling behandeld.

In hoger beroep twisten partijen ten aanzien van de pluraliteit onder andere over het antwoord op de vraag of de vordering van de Vennootschap nog bestond ten tijde van de behandeling van de faillissementsaanvraag in eerste aanleg. Appellant stelt dat hij uit de correspondentie met de curator van de Vennootschap mocht aannemen dat geen sprake meer was van een vordering. De curator liet hem namelijk weten dat – na verrekening van vorderingen over en weer – de Vennootschap niets meer van hem te vorderen had. Geïntimeerde heeft ter zitting benadrukt dat de curator van de Vennootschap voorafgaand aan de mondelinge behandeling van de faillissementsaanvraag juist bevestigde dat hij de complete vordering van de Vennootschap ter grootte van € 16.000 handhaafde.

Ter zitting is door appellant verder onderbouwd aangevoerd dat hij zijn schuldeisers betaalde, althans met hen regelingen trof en dat hij aan de (maandelijkse) verplichtingen die uit alle regelingen voortvloeien, kan voldoen. Voorts heeft hij zekerheid geboden voor de faillissementskosten.

Tot slot heeft hij aangegeven dat hij zijn eerste grief – dat geen sprake was van pluraliteit – slechts voorwaardelijk handhaaft voor het geval zijn tweede grief – dat hij niet heeft opgehouden te betalen – niet zou slagen.

Het hof vernietigt het faillissement. De tweede grief van appellant slaagt; appellant verkeert

niet in de toestand dat hij heeft opgehouden met betalen.

Omdat de tweede grief slaagt, velst het hof geen (definitief) oordeel over de pluraliteit. Zou het hof de eerste grief wel moeten beoordelen, dan zou de uitkomst van de discussie over het al dan niet bestaan van de vordering van de Vennootschap ten tijde van de behandeling van de faillissementsaanvraag in eerste aanleg geen gewicht in de schaal leggen. Zoals het hof terecht stelt, wordt in hoger beroep immers een toets ex nunc aangelegd. Omdat verschillende crediteuren zich inmiddels met een vordering bij de curator hebben gemeld, is dan ook sprake van pluraliteit.

Saillant detail is overigens dat appellant door het hof wordt veroordeeld in de faillissementskosten. Deze bedragen € 14.675,97 inclusief btw; een veelvoud van de vordering van geïntimeerde waarvoor het faillissement werd aangevraagd.

W.T.N. Vlasveld, november 2019

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 16-05-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:3618

Zaaknummer: 200.255.690_01

Rechters: R.R.M. De Moor, A.P. Zweers-van Vollenhoven en I.C.A. Wilschut

Advocaten: K. van Overloop en E.T. van den Hout

Wetsartikelen: 8 Fw, 6 lid 3 Fw en 15 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Gefailleerde toont niet aan dat zij tijdig en volledig aan haar betalingsverplichtingen voldoet; de faillietverklaring wordt in hoger beroep bekrachtigd.

Op 5 maart 2019 is een natuurlijk persoon (vrouw) in staat van faillissement verklaard. Dit faillissement is aangevraagd door de verhuurder van een Canon camcorder vanwege een betalingsachterstand in de maandelijkse huurbetalingen. Gefailleerde erkent dat deze vordering onbetaald wordt gelaten en stelt dat ze een betalingsvoorstel heeft gedaan. Ze betwist echter dat er sprake is van pluraliteit van schuldeisers en van de toestand dat zij is opgehouden met betalen. Daarom komt ze in hoger beroep tegen het faillissementsvonnis.

In hoger beroep stelt gefailleerde dat ze met alle overige schuldeisers regelingen heeft getroffen. Schriftelijke bewijzen waaruit kan worden geconcludeerd dat zij deze regelingen volledig is nagekomen heeft zij niet voorhanden. Uit de overgelegde stukken blijkt slechts dat er, in ieder geval op enig moment, sprake was van een betalingsregeling. Gefailleerde beschikt niet over betalings- of andere bewijzen ten aanzien van het inlopen van de achterstanden. Voorts geeft gefailleerde aan een uitkering te genieten waarbij het haar is toegestaan om, met behoud van uitkering, werkzaamheden binnen een eenmanszaak en een besloten vennootschap te verrichten. De toekenningsbeschikking waarin deze toestemming volgens haar is opgenomen heeft zij niet overgelegd en ook niet, ondanks uitdrukkelijk verzoek, aan haar curator doen toekomen. Daarnaast is gebleken dat gefailleerde nog twee leaseovereenkomsten heeft gesloten en de geleasede camcorder niet heeft geretourneerd.

Het hof merkt allereerst op dat een faillissementsprocedure zich niet leent voor een uitgebreid onderzoek naar de feiten en voor een uitgebreide bewijslevering, maar slechts een beperkte toetsing van de situatie ex nunc betreft. De pluraliteit van schuldeisers acht het hof, in tegenstelling tot hetgeen in het beroepschrift door gefailleerde is aangegeven, (summierlijk) aannemelijk geworden. Uit het verslag van de curator blijkt van diverse schuldeisers en deze zijn bij gelegenheid van de mondelinge behandeling in hoger beroep ook niet betwist. Ten aanzien van alle schuldeisers waarmee zij stelt een betalingsregeling te zijn overeengekomen, verzuimt gefailleerde om door middel van het overleggen van recente bankafschriften of

kwitanties aan te tonen dat zij de regelingen nakomt. Voorts oordeelt het hof dat de toestand van te hebben opgehouden te betalen aanwezig is, omdat niet aannemelijk is geworden dat gefailleerde op dit moment steeds tijdig en volledig aan haar betalingsverplichtingen weet te voldoen. Het vonnis van faillietverklaring wordt dan ook bekrachtigd.

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

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 25-04-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:1564

Zaaknummer: 200.256.113_01

Rechters: S.M.A.M. Venhuizen, R.R.M. De Moor en E. Mommers

Advocaten: I. Stolting en M.C.A.M. van der Meer

Wetsartikelen: 8 Fw

RECHTSPRAAK

Ontslagverzoek curatoren Banco del Orinoco

Verzoek tot ontslag van de curatoren van Banco del Orinoco wordt afgewezen. Dat de curatoren voor het faillissement de Centrale Bank hebben geadviseerd, is geen reden om te twijfelen aan hun onafhankelijkheid. Hun betrokkenheid bij de kwestie voor het faillissement is eerder een voordeel dan een nadeel.

Op 4 oktober 2019 is de noodregeling die is uitgesproken ten aanzien van Banco del Orinoco N.V. (BDO) omgezet in faillissement. Mr. Gorsira en mr. Van Liere zijn aangesteld als curatoren. De rechter die het faillissement uitsprak, is benoemd tot rechter-commissaris. BDO en twee andere vennootschappen verzoeken op grond van artikel 69 Faillissementsbesluit (Fb) tot ontslag van de curatoren. Met betrekking tot de benoeming van de R-C menen verzoekers dat het onverstandig is dat de rechter die het faillissement heeft uitgesproken tot R-C is benoemd. De R-C schuift dit bezwaar terzijde, omdat artikel 11 Fb bepaalt dat de rechter in eerste aanleg die het faillissement uitspreekt, ook fungeert als R-C in dat faillissement.

Het verzoek tot ontslag van de curatoren wordt onderbouwd met de stelling dat de curatoren hun taak niet onafhankelijk kunnen uitvoeren, omdat (het kantoor van) de curatoren als adviseur van de Centrale Bank ook betrokken (was) waren bij de intrekking van de bankvergunning van BDO, de aanvraag van en het toezicht op de noodregeling en de aanvraag van het faillissement.

De R-C wijst het verzoek tot ontslag van de curatoren af. Omdat de Centrale Bank haar functie uitvoert als onafhankelijk toezichthouder, is er geen reden om te twijfelen aan de onafhankelijkheid van de curatoren. De positie van de curatoren is te vergelijken met de positie van bewindvoerders in de surseance van betaling, die vanwege hun betrokkenheid bij de boedel in de regel benoemd worden tot curator in een faillissement dat volgt op de surseance. Dat de curatoren de Centrale Bank hebben geadviseerd vóór het faillissement, is eerder een voordeel dan een nadeel.

H.J. de Kloe, november 2019

Instantie: Gerecht in eerste aanleg van Curaçao

Datum uitspraak: 28-10-2019

ECLI: ECLI:NL:OGEAC:2019:244

Zaaknummer: CUR201903648

Rechters: P.E. Kort

Advocaten: M.R.B. Gorsira, C.M. van Liere en J.G. Bloem

Wetsartikelen: 69 Fb en 11 Fb

RECHTSPRAAK

De rechtbank oordeelt dat de boedel ongerechtvaardigd is verrijkt als gevolg van de betaling door een derde. De betaling geschiedde uit hoofde van een vonnis, dat volgens de rechtbank echter berustte op het verkeerde uitgangspunt dat aan de boedel moest worden betaald in plaats van aan verzoekster. Het vonnis kan daarom niet als grondslag dienen voor de betaling. Verzoekster heeft in verband hiermee een boedelvordering van de derde categorie uit het arrest Koot/Tideman q.q.

Dit vonnis behandelt het verzet tegen de tussentijdse uitdelingslijst in het faillissement van een besloten vennootschap. Het verzet is ingesteld door X, die voor de failliet een bankgarantie heeft gesteld ten gunste van een derde. Na de faillietverklaring is de bankgarantie getrokken. In een arbitrageprocedure tussen de curator en de derde is vervolgens vast komen te staan dat de failliet juist een vordering heeft op de derde en is bepaald dat de derde het bedrag van de bankgarantie en een aanvullend bedrag aan de boedel moet betalen. Uit het onderhavige vonnis volgt niet waarom X de derde niet rechtstreeks had aangesproken tot terugbetaling. Wel had zij geprobeerd zich in de arbitrageprocedure te voegen, maar daar hadden de curator en de derde niet in toegestemd. In elk geval heeft de derde de bankgarantie ‘terug’ betaald aan de boedel en niet aan X.

De curator heeft de vordering van X ter hoogte van het aan de boedel betaalde bedrag van de bankgarantie vervolgens genoteerd als concurrente vordering. Volgens X moet haar vordering echter als boedelvordering worden aangemerkt. Om hierover duidelijkheid te krijgen heeft de curator een tussentijdse uitdeling verzocht.

De rechtbank overweegt ten eerste dat X ontvankelijk is in haar verzoek. Weliswaar staat de mogelijkheid van verzet tegen de uitdelingslijst volgens vaste rechtspraak niet open voor boedelschuldeisers, maar de vordering is tijdens de verificatievergadering als voorlopige concurrente vordering aangemerkt onder de voorwaarde dat niet op de gepretendeerde boedelvordering van X wordt uitbetaald. X kan in die hoedanigheid een beroep doen op artikel

184 Fw.

Van een boedelschuld op grond van de wet (de eerste categorie uit het arrest Koot Beheer/Tideman q.q., ECLI:NL:HR:2013:BY6108) is volgens de rechtbank geen sprake. X had gesteld dat de boedel gebaat is ex artikel 24 Fw, maar dit artikel mist toepassing omdat het betrekking heeft op verbintenissen van de schuldenaar die na de faillietverklaring zijn ontstaan. De boedel is geen verbintenis aangegaan, maar heeft slechts betaling ontvangen op grond van het arbitrale vonnis.

De rechtbank volgt X wel in haar argument dat sprake is van een boedelschuld als gevolg van een nalaten van de curator in strijd met een door hem na te leven verplichting (de derde categorie uit het arrest Koot Beheer/Tideman q.q.), nu de boedel ongerechtvaardigd is verrijkt. Het verweer van de curator was dat het arbitrale vonnis de grondslag voor de betaling aan de boedel vormde en dat van ongerechtvaardigde verrijking dus geen sprake kon zijn. Het arbitrale vonnis was echter gebaseerd op een verkeerd uitgangspunt, aldus de rechtbank. Uit verklaringen van de curator leidt zij af dat het erop lijkt dat in die procedure niet aan de orde is geweest dat de bankgarantie niet was gesteld door de failliet, maar door X. Naar het oordeel van de rechtbank is daarom onterecht bepaald dat het bedrag aan de boedel moest worden betaald in plaats van aan X en kan het arbitrale vonnis niet als grondslag dienen voor de betaling. De boedel is dus ongerechtvaardigd verrijkt. Door het bedrag niet aan X door te betalen is een vordering ontstaan als gevolg van een nalaten van de curator in strijd met een door hem na te leven verbintenis of verplichting. Het verzet van X wordt toegewezen.

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

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 04-10-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:4908

Zaaknummer: 15/94 F

Rechters: F.H. Schormans

Advocaten: L.A.M. van Kippersluis en W.R.M.M.J. Dingemans

Wetsartikelen: 184 Fw, 24 Fw en 6:212 BW

RECHTSPRAAK

Vesteda/Megahome

De rechtsvraag die in deze zaak speelt, is of artikel 49 lid 1 Fw in de weg staat aan toewijzing van een paulianavordering die vóór faillissement door een schuldeiser is ingesteld op grond van artikel 3:45 BW. De rechtbank oordeelt dat artikel 49 Fw hieraan niet in de weg staat en wijst de vóór faillissement ingestelde vordering toe.

Feiten

Medio 2001 heeft de rechtsvoorganger van Vesteda Investment Management B.V. financiering verstrekt voor de bouw van woningen in Emmen aan de rechtsvoorganger van Megahome.nl B.V. en NPB Beheer B.V. (tezamen met een aantal andere vennootschappen die tot dezelfde groep behoren hierna 'de Megahome-vennootschappen'). Vesteda Investment Management B.V. heeft haar rechten uit overeenkomsten met derden reeds in 2001 verkocht aan Vesteda Project Development B.V. ('Vesteda'). In 2007 heeft Rabobank een financiering van € 125 miljoen verstrekt aan de Megahome-vennootschappen.

Als zekerheid voor de financiering door Rabobank van € 125 miljoen hebben de Megahome-vennootschappen hypotheekrechten gevestigd met een bereik van € 25 miljoen. Begin 2009 gaf Rabobank aan de financiering niet onder dezelfde voorwaarden en zekerhedenpositie te willen voortzetten wegens veranderde economische omstandigheden. In oktober 2009 heeft Rabobank een voorstel gedaan voor het voortzetten (dan wel opnieuw verstrekken) van de financiering. Op 8 april 2010 heeft Rabobank een financieringsvoorstel gedaan aan de Megahome-vennootschappen, welk voorstel op 9 april 2010 is aanvaard. Op 15 april 2010 hebben de Megahome-vennootschappen hypotheekrechten gevestigd als zekerheid voor de volledige financiering van Rabobank (€ 125 miljoen exclusief rente en kosten). De gesloten overeenkomst is schriftelijk vastgelegd op 30 juni 2010. In deze schriftelijke overeenkomst is onder meer een vertragingsrente van 2% per maand opgenomen.

Op 21 augustus 2012 heeft Vesteda de Megahome-vennootschappen en Rabobank gedagvaard en op grond van pauliana (art. 3:45 BW) vernietiging gevorderd van de op 15 april 2010

gevestigde hypotheekrechten. In 2016 zijn de Megahome-vennootschappen in staat van faillissement verklaard. Nadien heeft Vesteda bij eiswijziging ook vernietiging gevorderd van de op 9 april 2010 tot stand gekomen financieringsovereenkomst, waarbij Megahome de verplichting op zich heeft genomen de hypotheekrechten te vestigen, en de op 30 juni 2010 vastgelegde overeenkomst, waarin de vertragingsrente van 2% per maand is opgenomen. De Megahome-vennootschappen hebben verweer gevoerd. Na de faillissementsuitspraak is de curator in het geding opgeroepen en heeft hij het proces overgenomen. De curator stelt zich op het standpunt dat de Megahome-vennootschappen inderdaad paulianeus hebben gehandeld, maar dat Vesteda daarop geen beroep kan doen, omdat de curator in faillissement exclusief een beroep op pauliana toekomt op grond van artikel 49 Fw. Rabobank stelt zich ten aanzien van de exclusiviteit van de curator op hetzelfde standpunt en betwist daarnaast dat de Megahome-vennootschappen paulianeus hebben gehandeld.

Beoordeling

De rechtbank stelt voorop dat een paulianavordering op grond van artikel 3:45 BW ingesteld kan worden door iedere schuldeiser en dat een vordering wegens faillissementspauliana (art. 42 tot en met 48 Fw) uitsluitend ingesteld kan worden door de curator op grond van artikel 49 lid 1 Fw. Nu Vesteda de paulianavordering op grond van artikel 3:45 BW ver vóór het faillissement heeft ingesteld, is de rechtbank van oordeel dat artikel 49 Fw niet in de weg staat aan het beroep van Vesteda op artikel 3:45 BW. Dat de gelijkheid van schuldeisers hiermee wordt doorkruist, is voor de rechtbank geen reden om anders te oordelen. Wegens de relatieve werking van de vernietiging (art. 3:45 lid 4 BW), wordt de gelijkheid van schuldeisers slechts gedeeltelijk doorkruist. Deze doorkruising wordt gerechtvaardigd door het feit dat de vordering vóór faillissement is ingesteld en de curator de procedure heeft overgenomen. Vesteda is ontvankelijk in haar vordering tot vernietiging van het vestigen van de hypotheekrechten. Vesteda is ook ontvankelijk in haar vordering tot vernietiging van de op 9 april 2010 tot stand gekomen overeenkomst waarbij de Megahome-vennootschappen de verplichting op zich hebben genomen om de hypotheekrechten te vestigen, ondanks het feit dat deze vordering pas tijdens faillissement bij eiswijziging is ingesteld. Deze vordering hangt naar het oordeel van de rechtbank zozeer samen met de oorspronkelijke vordering, dat sprake is van één geschil. Dit is anders ten aanzien van de vernietiging van de op 30 juni 2010 vastgelegde overeenkomst, omdat de daarin overeengekomen vertragingsrente geen onderdeel uitmaakt van het oorspronkelijke geschil. Vanaf het faillissement kon de vordering tot vernietiging van deze overeenkomst uitsluitend door de curator ingesteld worden. Vesteda wordt daarom niet-ontvankelijk verklaard in haar vordering tot vernietiging van de overeenkomst van 30 juni 2010.

Vervolgens beoordeelt de rechtbank of de Megahome-vennootschappen paulianeus hebben

gehandeld. De rechtbank overweegt dat de verplichting tot het verstrekken van aanvullende zekerheden voortvloeit uit de op 9 april 2010 tot stand gekomen financieringsovereenkomst, omdat de in 2007 tot stand gekomen financieringsrelatie was beëindigd. De rechtshandeling waarmee het financieringsvoorstel door de Megahome-vennootschappen is aanvaard, is daarmee onverplicht verricht. Vesteda is benadeeld door de aanvullende zekerheden, omdat zij in haar verhaalsmogelijkheden is beperkt door de gevestigde zekerheden. Rabobank had van deze benadeling kunnen weten, omdat zij de financiering heeft opgezegd en aanvullende zekerheden heeft gevraagd wegens veranderde economische omstandigheden. Rabobank had kunnen voorzien dat andere schuldeisers zoals Vesteda niet meer voldaan zouden kunnen worden door de voorrangpositie die Rabobank voor zichzelf had gecreëerd. De rechtbank vernietigt daarom de financieringsovereenkomst van 9 april 2010 en de op 15 april 2010 gevestigde hypotheekrechten op grond van artikel 3:45 BW.

H.J. de Kloe, november 2019

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 02-08-2019

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2019:2753

Zaaknummer: C/08/131726 / HA ZA 12-335

Rechters: M.L.J. Koopmans, J.M. van den Wall Bake en E.C. Rozeboom

Advocaten: F.H.A.M. Thunnissen, J. van der Hel en B.S. Matser

Wetsartikelen: 3:45 BW en 49 Fw

RECHTSPRAAK

Veroordeling van geïntimeerde in het faillissementstekort dient naar het oordeel van het hof geen redelijke zin, voor zover dit tekort bestaat uit een vordering van geïntimeerde zelf. Met wenk.

Appellant, de curator van een failliete bv, heeft de overdracht van het auteursrecht van software aan geïntimeerde, een softwareontwikkelaar, vernietigd op grond van artikel 47 Fw. Daarnaast heeft de curator de softwareontwikkelaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers aansprakelijk gesteld op grond van onrechtmatige daad, omdat de ontwikkelaar de software 'illegaal' gebruikt en 'illegaal' ondersteuning verleent aan klanten van de failliet. In eerste aanleg heeft de rechtbank de vordering van de curator tot veroordeling van de softwareontwikkelaar in het faillissementstekort toegewezen tot een bedrag van 280.000 euro.

De curator komt in beroep tegen de vaststelling van de schade. Naar de mening van de curator heeft de rechtbank zijn mededeling in een akte dat het faillissementstekort op dat moment 280.000 euro bedroeg ten onrechte opgevat als vermindering van eis. Inclusief een voorlopig betwiste vordering van geïntimeerde zelf, bedraagt het faillissementstekort meer dan het dubbele van de toegewezen vordering.

Geïntimeerde is in hoger beroep niet verschenen, zodat tegen haar verstek wordt verleend. Het hof overweegt dat veroordeling van geïntimeerde in het faillissementstekort geen redelijke zin dient, voor zover dat tekort bestaat uit een vordering van geïntimeerde zelf. Geïntimeerde wordt daarom veroordeeld tot betaling van het faillissementstekort, met dien verstande dat de door geïntimeerde ingediende vordering 'bij de berekening van dat tekort buiten beschouwing wordt gelaten'. Daarnaast wordt de vordering van de curator tot betaling van een voorschot van 200.000 euro toegewezen.

Wenk

Het hof overweegt dat de door geïntimeerde zelf ingediende vordering buiten beschouwing wordt gelaten bij haar veroordeling in het faillissementstekort. In het dictum is opgenomen dat de door geïntimeerde ingediende vordering bij de berekening van het tekort buiten beschouwing wordt gelaten. Hiermee is de (voorlopig betwiste) vordering die geïntimeerde

ingediend heeft in het faillissement niet voldaan. In De Bont/Bannenbergh q.q. (HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7797) overwoog de Hoge Raad dat de opbrengst van een Peeters/Gatzen-vordering in de boedel valt en derhalve de gezamenlijke schuldeisers ten goede komt in de vorm van een toename van het te verdelen boedelactief. Als de door geïntimeerde ingediende vordering vast komt te staan, is geïntimeerde een van de schuldeisers in het faillissement. Het lijkt er daarom op dat de curator ongeveer de helft van de te betalen schadevergoeding moet uitkeren aan geïntimeerde zelf. Dit heeft als consequentie dat de overige schuldeisers slechts de helft van hun vordering voldaan krijgen, terwijl het doel van het hof kennelijk is dat de vorderingen van de overige schuldeisers volledig worden voldaan. Mijns inziens overweegt het hof daarom ten onrechte dat veroordeling van geïntimeerde in het faillissementstekort geen redelijke zin dient, voor zover dat tekort bestaat uit een vordering van geïntimeerde zelf.

H.J. de Kloe, november 2019

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-02-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:490

Zaaknummer: 200.236.386/01

Rechters: W.A.H. Melissen, J.M. de Jongh en J.B. Huizink

Advocaten: M.H.C. Wammes

Wetsartikelen: 47 Fw en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Feniks/Azteca

De bijzondere bevoegdheidsregel voor verbintenissen uit overeenkomst van artikel 7 lid 1 sub a EEX-Vo is van toepassing op de pauliana buiten faillissement. Bij het arrest valt een kritische noot te plaatsen. Ook roept het arrest diverse vragen op.

De uitspraak gaat over de vraag naar de internationale bevoegdheid van een rechter binnen de EU om te oordelen over een paulianavordering buiten faillissement. Voor beantwoording van deze vraag moet worden gekeken naar de regels van de EEX-Vo. Deze verordening kent geen specifieke bevoegdheidsregel voor paulianavorderingen. In dit arrest heeft het Hof van Justitie EU beoordeeld of de bijzondere bevoegdheidsgrond die geldt voor verbintenissen uit overeenkomst (art. 7 lid 1 sub a EEX-Vo) van toepassing is op een vordering uit hoofde van pauliana buiten faillissement.

De Poolse vennootschap Coliseum 2101 sp. Z o.o. trad als hoofdaannemer op voor een vastgoedproject in Gdansk te Polen. Coliseum schakelde voor de bouwwerkzaamheden diverse onderaannemers in. Ter financiering van het vastgoedproject sloot Coliseum een overeenkomst met de eveneens Poolse vennootschap Feniks. Volgens het Pools Burgerlijk Wetboek is een investeerder samen met de hoofdaannemer hoofdelijk aansprakelijk voor het honorarium van de ingeschakelde onderaannemers.

Omdat Coliseum een aantal onderaannemers onbetaald liet, moest Feniks hen betalen voor een bedrag van ongeveer € 336.000. Feniks kreeg daardoor een vordering op Coliseum. Coliseum droeg vervolgens onroerend goed in Polen over aan de Spaanse vennootschap Azteca voor een bedrag van € 1.463.445, welk bedrag Azteca verrekende met een vordering op Coliseum.

Feniks stelde een vordering uit hoofde van pauliana in tegen Azteca, waarmee Feniks een verklaring voor recht vorderde dat de koopovereenkomst van het onroerend goed nietig was. Feniks stelde haar vordering in bij de Poolse rechter met het argument dat deze bevoegd is op grond van de bijzondere bevoegdheidsgrond voor verbintenissen uit overeenkomst (art. 7 lid 1 sub a EEX-Vo). Azteca heeft een exceptie van onbevoegdheid opgeworpen, waarna de Poolse

rechter prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie heeft gesteld.

Het Hof van Justitie oordeelde dat in deze zaak de bijzondere bevoegdheidsregel voor verbintenissen uit hoofde van overeenkomsten inderdaad van toepassing is op de pauliana buiten faillissement. Hierdoor is het gerecht van de plaats waar de verbintenis uit overeenkomst is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd, bevoegd om te oordelen over deze paulianavordering. Het Hof van Justitie knoopt daarbij aan bij de oorspronkelijke overeenkomst tussen de schuldenaar (in dit geval Coliseum) en de schuldeiser (in dit geval Feniks) en dus niet bij de koopovereenkomst waarvan Feniks de nietigheid had ingeroepen.

Wenk

Wat mij betreft past bij dit arrest een kritische noot. De aangesproken partij hoeft niet op de hoogte te zijn van het bestaan van de overeenkomst tussen de schuldenaar en de schuldeiser. Voor deze partij zal dan niet voorzienbaar zijn in welke lidstaat hij voor de rechter kan worden gedaagd. Daardoor is het *Feniks*-arrest naar mijn mening in strijd met het in de EEX-Vo vastgelegde voorzienbaarheidsbeginsel. Ook overigens roept het arrest een aantal vragen op. Moet bijvoorbeeld een andere regel worden toegepast als de oorspronkelijke vordering van de schuldeiser op de schuldenaar niet voortvloeit uit een overeenkomst? En geldt een vergelijkbare regel als in dit arrest is geformuleerd voor rechtsmacht ook voor het toepasselijk recht op een paulianavordering? Voor een uitgebreide bespreking hiervan zij verwezen naar de annotatie die aan deze uitspraak is gekoppeld.

T.V.J. Bil, oktober 2019

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 04-10-2018

ECLI: ECLI:EU:C:2018:805

Zaaknummer: C-337/17

Rechters: M. Ilešič, A. Rosas, C. Toader, A. Prechal en E. Jarasiusas

Advocaten: M. Świrgoń, P. Zimmerman en B. Sierakowski

Wetsartikelen: 7 EEX-Vo

ANNOTATIE

De pauliana in het Europese internationaal privaatrecht

T.V.J. Bil

Met de pauliana kan een faillissementscurator of schuldeiser transacties van de schuldenaar met derden aantasten. In dit artikel wordt besproken hoe rechtsmacht en toepasselijk recht voor een paulianavordering binnen en buiten faillissement moeten worden bepaald. Daarbij valt op dat de situatie binnen faillissement veel overzichtelijker is dan buiten faillissement.

1 Inleiding

In Nederland kunnen schuldeisers een actio pauliana (hierna: pauliana) instellen om hun verhaalsrecht te beschermen. [1] De pauliana heeft tot gevolg dat een voor de schuldeiser benadelende rechtshandeling relatief wordt vernietigd. [2] Op die manier kan de schuldeiser bijvoorbeeld een benadelende overdracht tussen zijn schuldenaar en een derde (de begunstigde) aantasten. Na het succesvol instellen van de pauliana kan de schuldeiser zich weer op het overgedragen goed verhalen ter voldoening van zijn vordering. Bij een faillissement van de schuldenaar komt de bevoegdheid om de pauliana in te stellen niet langer toe aan de individuele schuldeisers, maar aan de curator. [3]

De pauliana vindt zijn oorsprong in het Romeinse recht. [4] Het bevreemdt daarom niet dat deze figuur (of een variant daarvan) in alle lidstaten van de Europese Unie is terug te vinden. [5] Als Nederlandse partijen een transactie aangaan met een buitenlandse partij, moeten zij er rekening mee houden dat deze transactie kan worden aangetast door een op de pauliana gebaseerde actie. Dit kan ertoe leiden dat een Nederlandse partij zich moet verweren voor de rechter in een vreemd land. Op de pauliana kan ook het recht van een ander land van toepassing zijn, waardoor er andere voorwaarden kunnen gelden voor het instellen van een pauliana dan in Nederland. [6] In dat geval is de Nederlandse begunstigde er mogelijk helemaal niet op bedacht dat de door hem verrichte transactie kan worden aangetast. Onzekerheid over de internationaal bevoegde rechter en het toepasselijk recht kan ertoe leiden dat partijen minder snel internationale transacties aangaan.

Gezien het voorgaande is het voor partijen bij een internationale transactie van groot belang

om te kunnen bepalen voor welk gerecht een schuldeiser een paulianavordering tegen hen in kan stellen en welk recht op die vordering van toepassing is. Buiten de Europese Unie is het antwoord op die vragen niet altijd eenvoudig vast te stellen, omdat rechters hun eigen regels van internationaal privaatrecht gebruiken en deze regels per land kunnen verschillen. Binnen de Europese Unie zijn de regels voor rechtsmacht en toepasselijk recht geharmoniseerd in verschillende verordeningen. In de volgende paragraaf zal worden toegelicht dat deze regels (en de verordeningen waarin deze regels zijn vastgelegd) verschillen naargelang het gaat om een pauliana binnen faillissement (of andere insolventieprocedure) of een pauliana buiten faillissement. Daarna volgt een overzicht van de Europeesrechtelijke regels van internationaal privaatrecht voor de pauliana. In paragraaf 3 wordt beschreven dat er voor de pauliana binnen faillissement een overzichtelijk stelsel van regels is gecreëerd. Voor de pauliana buiten faillissement ontbreken duidelijke regels. Het recente Feniks-arrest [7] van het Hof [8] heeft de situatie er voor begunstigden niet overzichtelijker op gemaakt. In paragraaf 4 en 5 van deze bijdrage zal dit arrest uitgebreid worden behandeld en zal de reikwijdte van het arrest worden onderzocht.

2 Pauliana binnen of buiten faillissement?

Het onderscheid tussen de pauliana binnen en buiten faillissement werkt door in de Europeesrechtelijke regels voor internationaal privaatrecht. In beginsel bepaalt de EEX-Vo [9] de regels voor rechtsmacht in civielrechtelijke geschillen. Faillissementen en daarmee samenhangende vorderingen zijn echter uitgesloten van het toepassingsgebied van de EEX-Vo. [10] Dergelijke insolventierechtelijke vorderingen vallen onder het toepassingsbereik van de Insolventieverordening (IVO). [11] De EEX-Vo en de IVO sluiten in beginsel naadloos op elkaar aan, waardoor een vordering die onder de IVO valt, niet onder de EEX-Vo kan vallen, en andersom. [12]

Een vordering kwalificeert als ‘insolventierechtelijk’ als deze rechtstreeks uit de insolventieprocedure voortvloeit en daar nauw verband mee houdt. [13] Daarbij speelt de rechtsgrondslag van de vordering – en niet de procedurele context daarvan – een doorslaggevende rol. [14] De afbakening tussen de EEX-Vo en de IVO heeft tot een lange lijst aan jurisprudentie geleid, waarbij verschillende vorderingen zijn ingedeeld binnen de sfeer van één van beide verordeningen. In het arrest Seagon/Deko Marty [15] heeft het Hof geoordeeld dat aan de hand van de IVO moet worden bepaald welke rechter rechtsmacht heeft om te oordelen over een vordering uit hoofde van de faillissementspauliana. [16] Aangezien een pauliana buiten faillissement niet voortvloeit uit een insolventieprocedure, valt die vordering onder de reikwijdte van de EEX-Vo.

Hieronder zal ik eerst de regels van rechtsmacht en toepasselijk recht bespreken voor de IVO

en vervolgens voor de EEX-Vo (en de daarmee voor toepasselijk recht samenhangende Rome I-verordening [17] en Rome II-verordening [18]).

3 IVO

3.1 Bevoegdheid

Artikel 3 lid 1 IVO bepaalt dat de rechter van de lidstaat op het grondgebied waarvan het centrum van voornaamste belangen van de schuldenaar is gelegen, bevoegd is om de insolventieprocedure van deze schuldenaar te openen. [19] Deze rechter heeft op grond van artikel 6 lid 1 IVO ook rechtsmacht om kennis te nemen van insolventierechtelijke vorderingen die te maken hebben met de in die lidstaat geopende insolventieprocedure (zoals de vordering uit hoofde van faillissementspauliana). Uit het arrest *Wiemer & Trachte* [20] volgt dat een curator [21] niet kan kiezen om bij het instellen van een insolventierechtelijke vordering gebruik te maken van de bevoegdheidsregels van de EEX-Vo. [22]

3.2 Toepasselijk recht

De IVO gaat in beginsel uit van *Gleichlauf* (samenloop) tussen rechterlijke bevoegdheid en toepasselijk recht. [23] Als de rechter van een lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend bevoegd is op grond van de IVO, zal deze rechter het recht van zijn eigen land mogen gebruiken ter beoordeling van de vordering. Dit volgt ook uit artikel 7 lid 1 sub m IVO, waarin staat dat het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de insolventieprocedure wordt geopend (de *lex concursus*) van toepassing is op 'de regels betreffende nietigheid, vernietigbaarheid of niet-tegenwerpbaarheid van de voor de gezamenlijke schuldeisers nadelige rechtshandelingen'.

Artikel 16 IVO bepaalt dat de begunstigde zich kan verweren tegen toepassing van de *lex concursus* op de pauliana. Hij dient dan te bewijzen dat op de aangevochten rechtshandeling een ander recht (ook wel aangeduid als *lex causae*) van toepassing is en dat de rechtshandeling naar dat toepasselijke recht niet kan worden aangetast. De ratio achter dit artikel is de bescherming van het gewettigd vertrouwen van de begunstigde. [24] Indien een transactie waar de begunstigde voordeel bij heeft gehad, wordt beheerst door een ander recht en hij naar dat recht geen rekening hoefde te houden met aantasting van deze transactie, wordt hij beschermd tegen de faillissementspauliana.

In het arrest *Nike/Sportland* [25] heeft het Hof de bescherming die artikel 16 IVO biedt in belangrijke mate ingeperkt. Het Hof oordeelde dat het aan de begunstigde is om te bewijzen dat de transactie niet kan worden aangetast op grond van de *lex causae*, gelet op alle omstandigheden van het geval. [26] Daarbij kan ook van de begunstigde worden verlangd dat

hij bewijst dat er geen feiten zijn die maken dat de transactie volgens de *lex causae* aangetast zou kunnen worden. [27] De *lex causae* dient ook nog eens ruim te worden opgevat, waardoor daar niet alleen de nationale bepalingen van insolventierecht onder vallen, maar ook alle overige bepalingen en beginselen. [28] Hierdoor is het voor de begunstigde zeer lastig, zo niet praktisch onmogelijk, om aan te tonen dat hij niet bedacht hoefde te zijn op aantasting van de transactie door de faillissementspauliana.

3.3 Tussenconclusie

Een curator kan de begunstigde van een transactie aanspreken op grond van de faillissementspauliana. In dat geval is de rechter van de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend bevoegd om de vordering uit hoofde van faillissementspauliana te beoordelen. Deze rechter zal daarbij het recht van zijn eigen land moeten gebruiken. De IVO gaat daarmee uit van gecentreerde rechtsmacht en toepasselijk recht in het land waar de schuldenaar zijn voornaamste belangen heeft en failliet is verklaard. Om de begunstigde te beschermen tegen een pauliana die voor hem niet voorzienbaar was, kan deze nog aantonen dat op de transactie ander recht van toepassing was en de transactie naar dat recht op geen enkele wijze aantastbaar was.

4 EEX-Vo

4.1 Inleiding

Voor de pauliana buiten faillissement zijn de rechtsmacht en het toepasselijk recht aanmerkelijk lastiger vast te stellen dan voor de pauliana binnen faillissement. Wat rechtsmacht betreft dient te worden aangeknoopt bij de EEX-Vo. De EEX-Vo geeft geen specifieke bevoegdheidsregel voor de pauliana of daarop lijkende vorderingen. De rapporten *Jenard* [29] en *Schlosser*, [30] die ter uitleg van de EEX-Vo worden gebruikt, noemen de pauliana in het geheel niet. Hierdoor geldt in beginsel de hoofdregel dat de rechter van het land waar de gedaagde woonachtig is bevoegd is om kennis te nemen van de paulianavordering (*forum rei*). Deze regel is gebaseerd op het uitgangspunt dat procesrecht in het voordeel van de gedaagde partij behoort te zijn. [31] De achterliggende gedachte is dat het voor een gedaagde moeilijker is om zich te verweren voor de gerechten in een ander land dan in zijn eigen land. [32]

De EEX-Vo kent ook bijzondere bevoegdheidsregels waarmee in afwijking van de hoofdregel van *forum rei* de bevoegdheid van de rechter bepaald kan worden. De bijzondere regels zijn bijvoorbeeld van toepassing ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst, verbintenissen uit onrechtmatige daad of ten aanzien van voorlopige of bewarende maatregelen. De begrippen die het aanknopingspunt vormen voor deze regels moeten autonoom worden

uitgelegd. [33] Dit betekent bijvoorbeeld dat het begrip ‘verbintenis uit onrechtmatige daad’ niet afhankelijk is van wat in Nederland kwalificeert als onrechtmatige daad, maar dat dit begrip in de gehele Europese Unie op dezelfde wijze wordt toegepast.

Verschillende schuldeisers hebben geprobeerd de bevoegdheid op grond van *forum rei* uit te breiden door aan te sluiten bij de bijzondere bevoegdheidsregels van de EEX-Vo. Deze bijzondere bevoegdheidsregels moeten strikt worden uitgelegd, omdat voorkomen moet worden dat de verweerder wordt opgeroepen voor een gerecht van een lidstaat dat door hem redelijkerwijs niet voorzienbaar was. [34] De pogingen om aan te sluiten bij de bijzondere bevoegdheidsregels uit de EEX-Vo waren dan ook onsuccesvol, tot het Hof vorig jaar het opmerkelijke Feniks-arrest wees.

4.2 Eerdere rechtspraak

Reichert I

In het arrest Reichert I had het in Duitsland gevestigde echtpaar Reichert onroerend goed gelegen in Frankrijk geschonken aan hun eveneens in Duitsland woonachtige zoon. [35] Dresdner Bank stelde als schuldeiser van meneer en mevrouw Reichert een vordering uit hoofde van pauliana in om deze schenking aan te tasten. Dresdner Bank betoogde dat de Franse rechter bevoegd was op grond van de (exclusieve) bevoegdheidsregel voor vorderingen uit hoofde van zakelijke rechten op onroerende goederen. Deze regel bepaalt dat de rechter van de lidstaat waar het onroerend goed is gelegen rechtsmacht heeft (thans art. 24 lid 1 EEX-Vo). [36] De argumentatie van Dresdner Bank om bij deze regel aan te knopen was dat met het slagen van de pauliana de zoon zich niet langer tegenover iedereen kon beroepen op zijn eigendomsrecht ten aanzien van het onroerend goed. [37] Van een absoluut eigendomsrecht zou dan geen sprake meer zijn.

Het Hof oordeelde dat deze bevoegdheidsregel niet geldt voor alle vorderingen uit hoofde van zakelijke rechten op onroerende goederen, ‘maar alleen die welke zowel binnen het toepassingsgebied van het Executieverdrag vallen, als tot de rechtsvorderingen behoren die ertoe strekken, de omvang, de hoedanigheid, de eigendom of het bezit van een onroerend goed of het bestaan van andere zakelijke rechten op dit onroerend goed vast te stellen en om de rechthebbenden de bescherming van de aan hun titel verbonden bevoegdheden te verzekeren’. [38]

Hiervan is bij een paulianavordering geen sprake, aangezien deze haar grondslag vindt ‘in de schuldvordering, een persoonlijk recht van de schuldeiser jegens zijn schuldenaar waarmee de schuldeiser het hem eventueel toekomende verhaalsrecht op het vermogen van de schuldenaar kan veiligstellen’. [39] Ook heeft de paulianavordering slechts relatieve werking,

waardoor het slagen van de vordering tot gevolg heeft ‘dat alleen tegenover de schuldeiser geen beroep kan worden gedaan op de beschikkingshandeling die zijn schuldenaar met bedrieglijke benadeling van zijn rechten heeft verricht’. [40] Het Hof oordeelde dan ook dat een rechter zijn bevoegdheid voor een paulianavordering niet kan ontleen aan het huidige artikel 24 lid 1 EEX-Vo. [41]

Reichert II

Dresdner Bank liet het niet bij dit oordeel zitten en voerde op drie nieuwe gronden aan dat de Franse rechter bevoegd was. [42] Ten eerste betoogde Dresdner Bank dat haar paulianavordering onder de bevoegdheidsregel voor onrechtmatige daad dient te vallen (het huidige art. 7 lid 2 EEX-Vo). [43] Het Hof oordeelde dat dit niet het geval is. De strekking van een paulianavordering is immers niet om een schuldenaar te veroordelen tot vergoeding van schade, maar om de gevolgen van de door de schuldenaar verrichte rechtshandeling ten opzichte van zijn schuldeiser ongedaan te maken. [44] Bovendien is de paulianavordering ook gericht tegen de begunstigde, die niet onrechtmatig gehandeld hoeft te hebben. [45] Als tweede en derde argument voerde Dresdner Bank aan dat de bevoegdheidsregels voor tenuitvoerlegging (art. 24 lid 5 EEX-Vo) of voor voorlopige of bewarende maatregelen van toepassing waren (art. 35 EEX-Vo). [46] Het Hof oordeelde dat van tenuitvoerlegging in de zin van artikel 24 lid 5 EEX-Vo geen sprake was, omdat de pauliana niet tot doel heeft ‘de beslechting van een geschil met betrekking tot “het gebruikmaken van de sterke arm, van dwangmaatregelen of van bezitsontneming van roerende en onroerende goederen (beslag) ten einde de materiële tenuitvoerlegging van beslissingen en akten te verzekeren”, (...)’. [47]

Ook is volgens het Hof geen sprake van een voorlopige of bewarende maatregel, nu de vordering niet tot doel heeft een feitelijke situatie of een rechtstoestand te handhaven in afwachting van een beslissing van de rechter in het bodemgeschil. [48]

4.3 Feniks

Na de twee arresten Reichert had het Hof geoordeeld over vrijwel alle bijzondere bevoegdheidsgronden die in het kader van de pauliana een rol zouden kunnen spelen. De enige grond die nog niet aan het Hof was voorgelegd, was de bijzondere bevoegdheidsgrond die geldt voor verbintenissen uit overeenkomst (art. 7 lid 1 sub a EEX-Vo). In het opmerkelijke arrest Feniks/Azteca oordeelt het Hof dat deze grond inderdaad op de pauliana van toepassing is. [49]

Feiten

De Poolse vennootschap Coliseum 2101 sp. Z o.o. (hierna: Coliseum) trad als hoofdaannemer

op voor een vastgoedproject in Gdąnsk te Polen. Coliseum schakelde voor de bouwwerkzaamheden diverse onderaannemers in. Ter financiering van het vastgoedproject sloot Coliseum een overeenkomst met de eveneens Poolse vennootschap Feniks. Volgens het Pools Burgerlijk Wetboek is een investeerder samen met de hoofdaannemer hoofdelijk aansprakelijk voor het honorarium van de ingeschakelde onderaannemers.

Omdat Coliseum een aantal onderaannemers onbetaald liet, moest Feniks hen betalen voor een bedrag van ongeveer EUR 336.000. Coliseum droeg vervolgens onroerend goed in Polen over aan de Spaanse vennootschap Azteca voor een bedrag van EUR 1.463.445, welk bedrag Azteca verrekende met haar vordering op Coliseum.

Feniks stelde een vordering uit hoofde van pauliana in tegen Azteca, waarmee Feniks een verklaring voor recht vorderde dat de koopovereenkomst van het onroerend goed nietig was. Feniks stelde haar vordering in bij de Poolse rechter met het argument dat deze bevoegd is op grond van artikel 7 lid 1 sub a EEX-Vo. Dit artikel bepaalt dat bij verbintenissen uit overeenkomst de rechter van de plaats waar de verbintenis is uitgevoerd, of moet worden uitgevoerd, bevoegd is. Azteca heeft een exceptie van onbevoegdheid opgeworpen, waarna de Poolse rechter prejudiciële vragen aan het Hof heeft gesteld. De Poolse rechter heeft bij deze verwijzing aangegeven dat hij zelf meent dat artikel 7 lid 1 sub a EEX-Vo van toepassing zou moeten zijn: ‘De beslechting van het onderhavige geschil houdt verband met de overeenkomst die is gesloten tussen Azteca en Coliseum, waarvan Feniks de onwerkzaamheid aanvoert.’ [50]

Het Hof vat de vragen van de verwijzende rechter als volgt samen: ‘of een actio pauliana waarbij de schuldeiser heeft verzocht om onwerkzaamverklaring ten aanzien van hem van de handeling – die hem beweerdelijk in zijn rechten benadeelt – waarbij zijn schuldenaar een goed heeft overgedragen aan een derde, valt onder de regel van internationale bevoegdheid van artikel 7, punt 1, onder a), van verordening nr. 1215/2012’. [51]

Conclusie A-G Bobek

In zijn conclusie voor Feniks beargumenteerde A-G Bobek uitgebreid waarom de bevoegdheidsgrond voor ‘verbintenissen uit overeenkomst’ niet op de pauliana van toepassing dient te zijn. Ten eerste rijst de vraag bij welke overeenkomst aangesloten zou moeten worden om de bevoegde rechter te bepalen. [52] De pauliana is immers een driepartijenverhouding. In die verhouding kunnen twee overeenkomsten bestaan waarbij kan worden aangeknoopt: (1) de oorspronkelijke overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeiser, waaruit de schuld is ontstaan, en (2) de latere overeenkomst tussen schuldenaar en begunstigde, waarmee de transactie vorm is gegeven.

De Poolse rechter had aanknoping bij de latere overeenkomst gezocht. A-G Bobek gaf aan dat

dit aanknopingspunt, los van de hiervoor genoemde reden, niet voor de hand ligt. Met de pauliana beoogt de schuldeiser immers uiteindelijk niet om de overeenkomst nietig te verklaren, maar om zijn rechten veilig te stellen. De pauliana staat los van de specifieke rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de latere overeenkomst. [53]

Over aanknopingspunt bij de oorspronkelijke overeenkomst is A-G Bobek nog kritischer, aangezien het verband tussen deze overeenkomst en de pauliana 'eenvoudigweg te zwak en te ver verwijderd is. De vervreemding van onroerend goed aan een derde heeft nu eenmaal weinig te maken met de eerste of oorspronkelijke overeenkomst. Een dergelijke overdreven ruime omschrijving van "verbintenissen uit overeenkomst" is onverenigbaar met de logica achter de bijzondere bevoegdheidsgronden. Het zou eenvoudigweg ook betekenen dat elke latere rechtshandeling van een van de partijen bij de oorspronkelijke overeenkomst, altijd zou kunnen worden beschouwd als "verbintenis uit overeenkomst", omdat een vermogensafname bij een van de contractspartijen binnen die logica steeds verband zou houden met de oorspronkelijke overeenkomst.' [54]

Ten slotte merkt A-G Bobek op dat alleen sprake is van een 'overeenkomst' in de zin van artikel 7 lid 1 sub a EEX-Vo als een partij vrijwillig een verbintenis heeft aangegaan jegens een derde. [55] Daar is bij een pauliana geen sprake van. De schuldeiser stelt deze vordering in tegen de begunstigde, terwijl tussen hen geen overeenkomst bestaat.

A-G Bobek concludeerde dan ook dat de pauliana niet onder de bijzondere bevoegdheidsregel voor verbintenissen uit overeenkomst diende te vallen. Hij gaf het Hof zelfs mee om als overweging ten overvloede te oordelen dat voor de pauliana alleen de hoofdregel van de EEX-Vo van toepassing is. [56] De 'kameleontische aard' van de pauliana brengt volgens hem mee dat deze niet onder een specifieke bevoegdheidsgrond kan worden gebracht. [57]

Oordeel van het Hof

Het Hof komt tot een compleet tegenovergesteld oordeel als dat van A-G Bobek. Het oordeelt dat 'zowel het verhaalrecht van Feniks op het vermogen van haar schuldenaar als de vordering tot onwerkzaamverklaring van de door deze schuldenaar met een derde gesloten koopovereenkomst, voortvloeien uit verbintenissen die Coliseum vrijwillig is aangegaan tegenover Feniks bij de sluiting van voornoemde overeenkomst voor werken'. [58]

Daarmee knoopt het Hof dus aan bij de oorspronkelijke overeenkomst tussen schuldeiser (Feniks) en schuldenaar (Coliseum), waaruit de vordering van Feniks op Coliseum is ontstaan.

Het vervolgt: 'Met deze vordering [de paulianavordering; TB] beoogt de schuldeiser immers

vast te stellen dat de verkoop door de schuldenaar van activa aan een derde heeft plaatsgevonden ten koste van de rechten van de schuldeiser die voortvloeien uit de bindende kracht van de overeenkomst en overeenstemmen met verplichtingen die zijn schuldenaar vrijwillig is aangegaan. De grondslag van deze vordering berust derhalve in essentie in de schending van verplichtingen die de schuldenaar tegenover de schuldeiser is aangegaan.’ [59]

Daarmee concludeert het Hof dat de paulianavordering die is gebaseerd op een vordering die voortvloeit uit contractuele verplichtingen, valt onder het begrip ‘verbintenissen uit overeenkomst’. De bevoegde rechter is de rechter van de plaats waar de verbintenis die voortvloeit uit de oorspronkelijke overeenkomst ten uitvoer moet worden gelegd (art. 7 lid 1 sub a EEX-Vo).

Toepassing van de regel uit artikel 7 lid 1 sub a EEX-Vo leidde in dit geval tot rechtsmacht voor de Poolse rechter, aangezien de oorspronkelijke overeenkomst (tot werken) uitgevoerd is in Polen.

4.4 Analyse

Voor Feniks leek de enige bevoegde rechter die van de lidstaat waar de begunstigde woont. Met Feniks heeft het Hof voor de pauliana een alternatieve bevoegdheidsgrond gegeven, waardoor de schuldeiser in veel gevallen kan kiezen voor welke rechter hij de begunstigde daagt. [60] Dat het Hof deze alternatieve bevoegdheidsgrond open heeft gesteld, is opvallend. Uit de systematiek van de EEX-Vo en de eerdere rechtspraak van het Hof blijkt dat de bijzondere bevoegdheidsgronden strikt moeten worden uitgelegd. Het Hof haalt deze rechtspraak ook aan in het arrest. [61] En ook de conclusie van A-G Bobek, dat de pauliana niet past onder een van de bijzondere bevoegdheidsgronden, was overtuigend.

Waarom is het Hof dan toch tot een contrair oordeel gekomen? Dit lijkt met name ingegeven door de wil om de schuldeiser tegemoet te komen. [62] Het wordt hem met de Feniks-regel makkelijker gemaakt om tegen internationale, benadelende vermogensverminderingen van zijn schuldenaar op te komen. Daarbij lijkt een rol te spelen dat een (succesvolle) paulianavordering vaak wetenschap van benadeling (en daarmee in sommige stelsels frauduleuze opzet) vereist aan de kant van schuldenaar en begunstigde. De impliciete redenering van het Hof lijkt te zijn dat een partij die opzettelijk de verhaalsmogelijkheden van een schuldeiser vermindert geen aanspraak kan maken op de voor gedaagden voordelige hoofdregel dat ze worden gedagvaard voor de rechter van de lidstaat waar ze wonen.

Om deze voor schuldeisers gunstige uitkomst te bereiken (en in de woorden van het Hof ‘een goede rechtsbedeling te vergemakkelijken’), [63] moet het Hof een behoorlijk stukje juridische acrobatiek uitvoeren. [64] Kennelijk voelde het Hof niets voor aanknoping bij de latere

overeenkomst tussen schuldenaar en begunstigde waaruit de transactie voortvloeit. Het heeft daarom aangeknoopt bij de oorspronkelijke overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeiser. Uit deze overeenkomst vloeit immers zowel de vordering van Feniks op Coliseum als de vordering uit hoofde van pauliana voort, aldus het Hof.

Het Hof gebruikt verder een cirkelredenering ter ondersteuning van zijn oordeel dat bij de oorspronkelijke overeenkomst moet worden aangeknoopt. Het overweegt dat als deze bevoegdheidsgrond niet zou openstaan voor een schuldeiser met paulianavordering, deze alleen terecht zou kunnen bij de rechter van de woonplaats van de begunstigde, terwijl dat forum mogelijk geen enkel aanknopingspunt heeft met de oorspronkelijke overeenkomst. Daarmee verduidelijkt het Hof echter niet waarom de oorspronkelijke overeenkomst überhaupt een goed aanknopingspunt is voor de pauliana.

De overige overwegingen van het Hof zien vooral op weerlegging van de problemen die de A-G al had aangestipt. Zo voert het Hof aan dat het niets uitmaakt dat de begunstigde geen partij is bij de oorspronkelijke overeenkomst. Onder verwijzing naar zijn eerdere arrest Flightright [65] en de in dat arrest genoemde arresten overweegt het Hof dat het begrip ‘verbintenissen uit overeenkomst’ berust op de grondslag van de vordering en niet op de identiteit van partijen. [66] In de eerder door het Hof gewezen arresten hing de grondslag van de vordering echter veel nauwer samen met de overeenkomst dan bij de pauliana. [67] Als de redenering van het Hof wordt doorgetrokken, kan iedere vordering die uiteindelijk berust op een overeenkomst onder artikel 7 lid 1 sub a EEX-Vo worden gebracht. [68]

De belangrijkste – en in mijn optiek: zwakste – rechtsoverweging van het Hof is rechtsoverweging 47: ‘Deze conclusie [dat de Poolse rechter op grond van art. 7 lid 1 sub a jo. sub b EEX-Vo bevoegd is; TB] beantwoordt aan de doelstelling van voorzienbaarheid van bevoegdheidsregels, temeer omdat iemand die beroepsmatig een overeenkomst tot de koop van een onroerend goed heeft gesloten, redelijkerwijs mag verwachten te worden opgeroepen voor een gerecht van de plaats van uitvoering van verplichtingen van zijn medecontractant tegenover een schuldeiser, wanneer deze schuldeiser aanvoert dat voornoemde overeenkomst onrechtmatig belemmert dat de medecontractant zijn verplichtingen tegenover die schuldeiser nakomt.’

De formulering van het Hof is categorisch en niet specifiek beperkt tot de casus in Feniks. In algemene zin is voor een begunstigde echter zeker niet altijd te voorzien dat hij op grond van de Feniks-regel gedagvaard wordt voor het gerecht van het land waar de verbintenissen uit de oorspronkelijke overeenkomst ten uitvoer worden gelegd. De begunstigde is immers geen partij bij die oorspronkelijke overeenkomst. Hij hoeft deze overeenkomst noch het bestaan van de schuldeiser te kennen. Het zal in die gevallen voor de begunstigde volstrekt

onvoorzienbaar zijn voor welke rechter hij wordt gedaagd. Daarmee is de Feniks-regel direct in strijd met het vereiste van voldoende voorzienbaarheid.

Het Hof lijkt in Feniks te hebben gekozen voor de belangen van de schuldeiser, mede vanwege de veronderstelling dat de schuldeiser die een pauliana instelt opzettelijk is benadeeld door zijn schuldenaar en de begunstigde. Het Hof lijkt op basis van die veronderstelling te rechtvaardigen [69] dat de begunstigde wordt gedaagd voor een voor hem onvoorzienbare rechter. Problematisch aan die veronderstelling is dat daarmee wetenschap van benadeling aan de zijde van de begunstigde wordt vermoed. [70] Dat is met name problematisch als deze veronderstelling achteraf onjuist blijkt te zijn.

Een oplossing?

Om de Feniks-regel in lijn te brengen met het vereiste van voldoende voorzienbaarheid heeft A-G Tanchev in een recente conclusie betoogd dat de regel alleen kan worden toegepast als de begunstigde wist dat de transactie benadelend is voor de schuldeiser. [71] Ook moet de begunstigde op de hoogte zijn van de oorspronkelijke overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeiser. [72] Op die manier kan van geval tot geval worden beoordeeld of sprake is van pauliana die onder de reikwijdte van artikel 7 lid sub a EEX-Vo kan worden gebracht. [73]

De introductie van dit wetenschapsvereiste is er echter wel van afhankelijk dat de rechter die over zijn rechtsmacht moet beslissen alvast vooruitloopt op het materiële geding. Hij dient vast te stellen of de begunstigde wist van de benadeling. [74] Om recht te doen aan het vereiste van uniforme toepassing van de EEX-Vo zou een autonome test moeten worden ontwikkeld.

Met het invoeren van een wetenschapsvereiste wordt recht gedaan aan zowel het vereiste van voldoende voorzienbaarheid voor de begunstigde als de bescherming van de belangen van de schuldeiser die nog steeds gebruik kan maken van de Feniks-regel. Ook vereist deze oplossing een nauwere band tussen de oorspronkelijke overeenkomst en de uiteindelijke paulianeuze handeling, waardoor deze minder nadelige gevolgen heeft.

4.5 Mogelijke gevolgen

Het bovenstaande doet niets af aan het feit dat op dit moment (slechts) de regel uit Feniks van toepassing is. De voornaamste eis voor rechtsmacht om van een paulianavordering kennis te nemen onder de Feniks-regel is dat de schuldeiser zijn vordering op de schuldenaar (uiteindelijk) ontleent aan een overeenkomst. Uit het arrest blijkt dat hiervan al spoedig sprake zal zijn. De vordering van Feniks op Coliseum was ontstaan op grond van een wettelijke bepaling van Pools recht die de hoofdelijke aansprakelijkheid van investeerders en

de uitvoerders van werken regelt. Volgens het Hof is alsnog sprake van een verbintenis uit overeenkomst, omdat de Poolse wettelijke regeling alleen van toepassing is vanwege een door Feniks en Coliseum gesloten overeenkomst. De conclusie lijkt dan ook gerechtvaardigd dat als uiteindelijk een overeenkomst (in de zin van de EEX-Vo) ten grondslag lag aan de vordering van de schuldeiser, de bevoegdheidsregel uit Feniks geldt. Hierdoor zou bijvoorbeeld ook een schuldeiser wiens vordering is ontstaan door een wettelijk regres- of subrogatierecht dat voortvloeit uit een door hem gesloten overeenkomst gebruik kunnen maken van de Feniks-regel. [75]

Als de vordering van de schuldeiser geen enkele band heeft met een overeenkomst (bijvoorbeeld omdat deze vordering is ontstaan uit onrechtmatige daad), bestaat geen reden om aan te knopen bij de regel van artikel 7 lid 1 sub a EEX-Vo. Met de Feniks-regel in het achterhoofd lijkt het in die gevallen logisch om aan te knopen bij de bijzondere bevoegdheidsregel voor 'verbintenissen uit onrechtmatige daad' (art. 7 lid 2 EEX-Vo). [76] Er is dan geen sprake van een oorspronkelijke overeenkomst om bij aan te knopen, maar van een oorspronkelijke buitencontractuele vordering. Een dergelijke aanknoping lijkt niet zonder meer in strijd met Reichert II. Daar oordeelde het Hof immers alleen over de vraag of de pauliana zelf onder het begrip 'verbintenis uit onrechtmatige daad' kon worden gebracht. Het arrest ziet niet op de oorspronkelijke verhouding tussen schuldenaar en schuldeiser. Bij een dergelijke analoge toepassing van de Feniks-regel is het aanknopingspunt voor de bevoegde rechter de plaats waar het schadebrengende feit tussen schuldeiser en schuldenaar zich heeft voorgedaan.

4.6 Tussenconclusie

De EEX-Vo kent geen specifieke bevoegdheidsregel voor de pauliana. Het Hof heeft in Feniks bepaald dat de regel voor overeenkomsten van toepassing is. Door dit arrest kan de schuldeiser kiezen of hij de begunstigde aanspreekt voor de rechter van het land van diens woonplaats of voor de rechter die bevoegd is om te oordelen over de oorspronkelijke overeenkomst tussen de schuldeiser en de schuldenaar. Waar het Feniks-arrest de schuldeiser meer mogelijkheden geeft, introduceert het tevens het probleem dat de begunstigde wordt aangesproken voor het gerecht van een land dat voor hem onvoorzienbaar was.

5 Rome I en/of Rome II?

Anders dan bij de IVO, geeft de EEX-Vo geen conflictregels om het toepasselijk recht mee te bepalen. Die regels staan in de Rome I- en de Rome II-verordening voor vorderingen uit respectievelijk contractuele en buitencontractuele verbintenissen. In beginsel geldt daarbij dat als een verbintenis niet kan worden aangemerkt als 'contractueel' in de zin van Rome I, deze

verbintenis onder de reikwijdte van Rome II valt.

In de Rome I- noch in de Rome II-verordening is iets bepaald over de pauliana. Het is daarom de vraag of de pauliana überhaupt onder de reikwijdte van deze verordeningen valt. Bij ontkennende beantwoording van deze vraag bepaalt het nationale internationaal privaatrecht van de aangezochte rechter welk recht van toepassing is op de gewone pauliana. [77]

Bij bevestigende beantwoording kan voor het toepasselijk recht mogelijk worden aangesloten bij Feniks, omdat voor de uitleg van Rome I en Rome II aangesloten dient te worden bij de EEX-Vo. [78] Het autonome begrip ‘verbintenissen uit overeenkomst’ uit artikel 7 lid 1 EEX-Vo sluit dan ook aan bij hetzelfde begrip in Rome I. Het is daarom denkbaar dat in lijn met het Feniks-arrest het toepasselijk recht op de paulianavordering aan de hand van Rome I bepaald moet worden, waarbij wordt aangeknoopt bij de oorspronkelijke overeenkomst tussen de schuldeiser en de schuldenaar. Het toepasselijk recht is volgens Rome I afhankelijk van een rechtskeuze of de aard van de overeenkomst (art. 3 en 4 t/m 8 Rome I). Evenals bij de EEX-Vo is mijns inziens denkbaar dat indien geen sprake is van een oorspronkelijke overeenkomst, maar van een oorspronkelijke buitencontractuele verhouding, mogelijk aangeknoopt kan worden bij Rome II. [79]

Het feit dat toepassing van de Feniks-regel kan leiden tot een voor de begunstigde onvoorzienbare uitkomst is in het kader van toepasselijk recht nog problematischer. De begunstigde hoefde immers niet te weten dat de door hem verrichte transactie beoordeeld zou worden naar het recht van de oorspronkelijke overeenkomst. Hij ging er daarom mogelijk van uit dat zijn transactie niet benadelend was, om er vervolgens achter te komen dat de transactie naar een ander, voor hem onvoorzienbaar recht wel aantastbaar is. Die uitkomst is onbevredigend.

Mogelijk kan dit worden opgelost door – analoog met artikel 16 IVO – de begunstigde te beschermen tegen de pauliana als hij geen rekening hoefde te houden met aantasting van de transactie naar het recht dat op die transactie (de latere overeenkomst) van toepassing is. Een alternatief zou zijn om ook bij toepassing van de Feniks-regel voor het toepasselijk recht het door A-G Tanchev voorgestelde wetenschapscriterium te hanteren.

6 Conclusie

Voor begunstigden bij een vermeende paulianeuze transactie maakt het nogal een verschil of zij door een curator uit een andere lidstaat worden aangesproken of door een schuldeiser uit een andere lidstaat.

In het eerste geval zijn de Europeesrechtelijke regels van internationaal privaatrecht helder; de

rechter van het land waar de curator is benoemd, is bevoegd om te oordelen over de paulianavordering. Hij past daarbij zijn eigen recht toe. Voor de begunstigde zal over het algemeen te voorzien zijn in welk land hij voor het gerecht moet verschijnen en van welk land het recht moet worden toegepast. Dit is immers tevens de lidstaat waar zijn wederpartij bij de aan te tasten transactie haar centrum van voornaamste belangen heeft. Ook bestaat voor de begunstigde ten aanzien van het toepasselijk recht het 'veto' van artikel 16 IVO, hoewel hij daar sinds het arrest Nike/Oy Sportland niet te veel van moet verwachten.

Buiten faillissement is de situatie aanmerkelijk ingewikkelder en het arrest Feniks heeft het er niet eenvoudiger op gemaakt. De begunstigde bij een transactie kan door een schuldeiser die de pauliana instelt ten eerste worden opgeroepen voor het gerecht van het land waar de begunstigde woonachtig is. Na Feniks kan een schuldeiser wiens vordering uiteindelijk gebaseerd is op een overeenkomst er echter ook voor kiezen om de begunstigde op te roepen voor het gerecht van de lidstaat waar deze overeenkomst is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. Het is mogelijk dat de begunstigde noch wist van het bestaan van de oorspronkelijke overeenkomst, noch van de schuldeiser met wie die was gesloten. In dat geval kan hij na een transactie worden verrast met een oproep voor het gerecht van een land waarmee hij geen aanraking of aanknoping heeft.

Het toepasselijk recht op een vordering uit hoofde van een 'gewone' pauliana is nog onontgonnen terrein. Uit de verordeningen Rome I en Rome II blijkt niet of de pauliana onder hun reikwijdte valt of niet. Indien dat niet het geval is, moet de vraag naar toepasselijk recht worden beantwoord aan de hand van het nationale internationaal privaatrecht van de lidstaat van de rechter die bevoegd is van de zaak kennis te nemen. Indien Rome I en Rome II wel van toepassing zijn, dient mogelijk aangesloten te worden bij Feniks. Het recht dat op de pauliana van toepassing is, is dan het recht dat van toepassing is op de oorspronkelijke overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeiser.

De scheve verhouding tussen de faillissementspauliana en de gewone pauliana in internationaal perspectief zal vermoedelijk niet snel worden rechtgetrokken. Een centraal aanknopingspunt ligt voor de gewone pauliana (anders dan bij de faillissementspauliana) niet voor de hand. Het valt ook niet te verwachten dat voor de gewone pauliana spoedig specifieke bevoegdheidsregels en regels voor toepasselijk recht worden opgesteld. Dat betekent dat begunstigten het voorlopig moeten doen met het oordeel in Feniks. Hun rest niets anders dan te hopen dat het Hof de Feniks-regel spoedig inperkt door de introductie van een kenniscriterium, zoals bepleit door A-G Tanchev in zijn conclusie voor Reitbauer.

Mr. T.V.J. Bil

Noten

- [1] Schuldeisers kunnen met de pauliana rechtshandelingen ook vernietigen door middel van een buitengerechtelijke verklaring.
- [2] Zie art. 3:45 BW voor de vereisten van de 'gewone' pauliana in Nederland.
- [3] De Nederlandse faillissementspauliana is geregeld in art. 42 e.v. Fw. Uit art. 49 Fw volgt dat de bevoegdheid tot het instellen van een paulianavordering in faillissement niet langer toekomt aan de schuldeisers, maar exclusief aan de curator. Zie HR 12 april 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4994, NJ 1986/808 m.nt. W.H. Heemskerk (Ontvanger/NMB I), HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD2684, NJ 2005/95, JOR 2002/37 m.nt. NEDF (Lunderstädt/De Kok) en HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, NJ 2005/96 m.nt. SCJJK, JOR 2002/38 m.nt. NEDF en Bartman (SOBI/Hurks).
- [4] Zie voor de Romeinse en Nederlandse geschiedenis van de pauliana J.A. Ankum, De geschiedenis der 'Actio Pauliana', Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962.
- [5] Zie D.F. Fritz, Briefing note European Parliament, Harmonisation of insolvency law at EU level. Avoidance actions and rules on contracts, 2011 (PE432.767).
- [6] Ook verschillen de gevolgen van een succesvolle pauliana en de manier waarop deze figuur wordt gekwalificeerd tussen de verschillende lidstaten. Zie conclusie van A-G Bobek voor HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), onder 35-41; I. Pretelli, Cross-border credit protection against fraudulent transfer of assets. Actio pauliana in the conflict of laws, in: A. Bonomi & G.P. Romano (red.), Yearbook of private international law, Vol. XIII, München: Sellier European Law Publishers 2012, p. 590-601; U. Göranson, Actio Pauliana outside bankruptcy and the Brussels Convention. Law and reality, in: M. Sumampouw e.a. (red.), Essays on national and international procedural law in honour of Voskuil, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1992, p. 90-92.
- [7] HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca).
- [8] In deze bijdrage wordt met 'het Hof' het Hof van Justitie van de Europese Unie bedoeld.
- [9] Verordening (EU) 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.
- [10] Art. 1 lid 2 sub b EEX-Vo.
- [11] Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015

betreffende insolventieprocedures. Zie art. 6 lid 1 van deze verordening.

[12] HvJ EU 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96 (Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis), r.o. 24; HvJ EU 9 november 2017, ECLI:EU:C:2017:847 (Tünkers France en Tünkers Maschinenbau), r.o. 17.

[13] Art. 6 lid 1 IVO. Zie ook HvJ EU 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96 (Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis), r.o. 26-27 en de daar aangehaalde rechtspraak.

[14] HvJ EU 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96 (Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis), r.o. 28; HvJ EU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:986 (Valach), r.o. 29; HvJ EU 9 november 2017, ECLI:EU:C:2017:847 (Tünkers France en Tünkers Maschinenbau), r.o. 22; HvJ EU 4 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2145 (Nickel & Goeldner Spedition), r.o. 27.

[15] HvJ EU 12 februari 2009, ECLI:EU:C:2009:83, JOR 2011/340 m.nt. Veder onder JOR 2011/342 (Seagon/Deko Marty).

[16] Zie ook HvJ EU 14 november 2018, ECLI:EU:C:2018:902, JOR 2019/65 m.nt. Veder (Wiemer & Trachte/Tadzher). Voor op de pauliana lijkende vorderingen moet per geval worden beoordeeld of deze kwalificeren als ‘insolventierechtelijk’ en daarmee onder de IVO vallen, zie HvJ EU 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96 (Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis).

[17] Verordening (EG) 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst.

[18] Verordening (EG) 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen.

[19] De IVO geldt niet voor Denemarken. Een Deens faillissement wordt daardoor niet automatisch erkend. De rechtsmacht en het toepasselijk recht ten aanzien van een Deense faillissementspauliana moeten worden beoordeeld aan de hand van Deens internationaal privaatrecht.

[20] HvJ EU 14 november 2018, ECLI:EU:C:2018:902, JOR 2019/65 m.nt. P.M. Veder (Wiemer & Trachte/Tadzher).

[21] Ik gebruik in dit artikel het begrip ‘curator’ als synoniem voor het woord ‘insolventiefunctionaris’ dat in de IVO wordt gebruikt. Zie art. 5 sub 2 IVO.

[22] Indien de curator ook een burgerlijke vordering tegen dezelfde verweerder instelt, kan hij er op grond van art. 6 lid 2 IVO wel voor kiezen om zowel de burgerlijke als de insolventierechtelijke vordering in te stellen bij de rechter van de lidstaat op het grondgebied waarvan de verweerder woonplaats heeft.

- [23] Zie onder meer Asser/Vonken 10-I 2018/250; Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/398.
- [24] HvJ EU 15 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:690, JOR 2016/170 m.nt. P.M. Veder (Nike/Sportland Oy); M. Virgós & E. Schmit, Report on the Convention of Insolvency Proceedings, 3 mei 1996, 6500/96, DRS 8 (CFC), par. 138.
- [25] HvJ EU 15 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:690, JOR 2016/170 m.nt. P.M. Veder (Nike/Sportland Oy).
- [26] HvJ EU 15 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:690, JOR 2016/170 m.nt. P.M. Veder (Nike/Sportland Oy), r.o. 20.
- [27] HvJ EU 15 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:690, JOR 2016/170 m.nt. P.M. Veder (Nike/Sportland Oy), r.o. 23-31.
- [28] HvJ EU 15 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:690, JOR 2016/170 m.nt. P.M. Veder (Nike/Sportland Oy), r.o. 32-36.
- [29] P. Jenard, Rapport over het verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, 27 september 1968, C-59/1.
- [30] P. Schlosser, Rapport over het verdrag inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken alsmede tot het Protocol betreffende de uitlegging daarvan door het Hof van Justitie, 9 oktober 1978, C-59/71.
- [31] Jenard 1968, p. 18.
- [32] Jenard 1968, p. 18.
- [33] Zie o.a. Asser/Vonken 10-I 2018/145.
- [34] Punt 16 bij de considerans van de EEX-Vo. Zie verder o.a. HvJ EU 14 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:559, NJ 2017/98 m.nt. Strikwerda (Granarolo), r.o. 18, onder verwijzing naar de eerdere jurisprudentie van het Hof.
- [35] HvJ EU 10 januari 1990, ECLI:EU:C:1990:3, NJ 1991/572 m.nt. J.C. Schultsz (Reichert I).
- [36] Ten tijde van Reichert I art. 16 sub 1 Executieverdrag (de voorloper van de EEX-Vo).
- [37] Zie par. 11 van de conclusie van A-G J. Mischo van 22 november 1989 voor Reichert I.

[38] HvJ EU 10 januari 1990, ECLI:EU:C:1990:3, NJ 1991/572 m.nt. J.C. Schultz (Reichert I), r.o. 11.

[39] HvJ EU 10 januari 1990, ECLI:EU:C:1990:3, NJ 1991/572 m.nt. J.C. Schultz (Reichert I), r.o. 12.

[40] HvJ EU 10 januari 1990, ECLI:EU:C:1990:3, NJ 1991/572 m.nt. J.C. Schultz (Reichert I), r.o. 12.

[41] HvJ EU 10 januari 1990, ECLI:EU:C:1990:3, NJ 1991/572 m.nt. J.C. Schultz (Reichert I), r.o. 12-15.

[42] HvJ EU 26 maart 1992, ECLI:EU:C:1992:149, NJ 1996/315 (Reichert II).

[43] Ten tijde van Reichert II art. 5 sub 3 Executieverdrag.

[44] HvJ EU 26 maart 1992, ECLI:EU:C:1992:149, NJ 1996/315 (Reichert II), r.o. 19.

[45] HvJ EU 26 maart 1992, ECLI:EU:C:1992:149, NJ 1996/315 (Reichert II), r.o. 19.

[46] Ten tijde van Reichert II respectievelijk art. 16 sub 5 en art. 24 Executieverdrag.

[47] HvJ EU 26 maart 1992, ECLI:EU:C:1992:149, NJ 1996/315 (Reichert II), r.o. 28.

[48] HvJ EU 26 maart 1992, ECLI:EU:C:1992:149, NJ 1996/315 (Reichert II), r.o. 35.

[49] HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca).

[50] HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), r.o. 22.

[51] HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), r.o. 27.

[52] Conclusie van A-G Bobek voor HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), onder 62.

[53] Conclusie van A-G Bobek voor HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), onder 67.

[54] Conclusie van A-G Bobek voor HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), onder 65; zie ook de conclusie van A-G Gulmann voor Reichert II (C|261/90, ECLI:EU:C:1992:78, p. I|2164).

[55] Conclusie van A-G Bobek voor HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), onder 65. Zie o.a. HvJ EU 17 juni 1992, ECLI:EU:C:1992:268 (Handte), onder

15, HvJ EU 17 september 2002, ECLI:EU:C:2002:499 (Tacconi), onder 23 en HvJ EU 21 januari 2016, ECLI:EU:C:2016:40 (ERGO Insurance), onder 44.

[56] Conclusie van A-G Bobek voor HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), par. 73-75 en 98-99; zie ook conclusie van A-G Ruiz-Jarabo Colomer voor HvJ EU 12 februari 2009, ECLI:EU:C:2009:83, JOR 2011/340 m.nt. Veder onder JOR 2011/342 (Seagon/Deko Marty), par. 32.

[57] Conclusie van A-G Bobek voor HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), par. 76-87. Eerder had Göranson al aangegeven dat aanknoping bij de bijzondere bevoegdheidsgronden voor de pauliana lastig is; Göranson 1992, p. 89-104.

[58] HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), r.o. 42.

[59] HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), r.o. 43.

[60] Dit kan logischerwijs alleen niet als op grond van de Feniks-regel tevens de rechter van het land waar de gedaagde woonachtig is rechtsmacht heeft.

[61] HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), r.o. 37.

[62] Het Hof noemt bijv. in r.o. 44 dat zijn oordeel voldoet aan goede rechtsbedeling en geeft in r.o. 45 in wezen aan dat een schuldeiser niet gedwongen moet zijn om zijn paulianavordering in te stellen in het land waar de gedaagde is gevestigd.

[63] HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), r.o. 44.

[64] Tobias Lutzi spreekt op de website conflictoflaws.net van 'forcing a square peg into a round hole', zie <http://conflictoflaws.net/2018/forcing-a-square-peg-into-a-round-hole-the-actio-pauliana-and-the-brussels-ia-regulation/>.

[65] HvJ EU 7 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:160 (Flightright).

[66] HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), r.o. 38.

[67] Zo oordeelde het Hof in Flightright dat de bevoegdheidsgrond 'verbintenissen uit overeenkomst' van toepassing was zonder dat tussen eisers (een belangenorganisatie voor passagiers) en gedaagde (een luchtvaartmaatschappij) een overeenkomst bestond. Gedaagden werden geacht op grond van art. 3 lid 5 van Verordening (EG) 261/2004 te handelen voor een luchtvaartmaatschappij die wel een overeenkomst had gesloten met de eisende passagiers. In het arrest Kareda (HvJ EU 15 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:472, JBPR 2017/43 m.nt. D.F.H. Stein) oordeelde het Hof dat ook sprake is van een verbintenis uit overeenkomst, bij een

regresvordering ingesteld door een medeschuldenaar die het gedeelte van de door hem betaalde gemeenschappelijke schuld terugvordert.

[68] Zie in die zin ook de conclusie van A-G Bobek voor HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), onder 65.

[69] Hoewel dat niet expliciet uit het arrest blijkt.

[70] Conclusie van A-G Bobek voor HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), par. 94-95.

[71] Conclusie van A-G Tanchev voor HvJ EU 3 april 2019, C-722/17, ECLI:EU:C:2019:285 (Reitbauer/Casamassima), par. 84.

[72] Conclusie van A-G Tanchev voor HvJ EU 3 april 2019, C-722/17, ECLI:EU:C:2019:285 (Reitbauer/Casamassima), par. 92.

[73] Zie ook Pretelli 2012, p. 639-640.

[74] Vgl. de conclusie van A-G Bobek voor HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), par. 94-95.

[75] Dit is ook in lijn met eerdere rechtspraak van het Hof, waarin het begrip ‘verbintenissen uit overeenkomst’ zo is uitgelegd dat dit ook vorderingen uit hoofde van hoofdelijkheid en een op ongerechtvaardigde verrijking gebaseerde tegenvordering tot terugbetaling omvat. Zie de eerder besproken arresten HvJ EU 7 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:160 (Flightright) en HvJ EU 15 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:472 (Kareda), r.o. 30. Zie ook HvJ EU 12 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:763 (Kostanjevec), r.o. 38.

[76] Het begrip ‘verbintenissen uit onrechtmatige daad’ is een autonoom begrip. Hieronder valt elke rechtsovereenkomst die beoogt de aansprakelijkheid van een verweerder in het geding te brengen en die geen verband houdt met een ‘verbintenis uit overeenkomst’ in de zin van art. 7 lid 1 sub a EEX-Vo. Zie o.a. HvJ EU 18 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:490, NJ 2014/85 m.nt. L. Strikwerda (ÖFAB), r.o. 32; HvJ EU 27 september 1988, ECLI:EU:C:1988:459, NJ 1990/425 m.nt. J.C. Schultsz (Kalfelis/Schröder), r.o. 17.

[77] Zie voor een uitgebreide analyse van het Nederlands internationaal privaatrecht (met analyse van de meest voor de hand liggende conflictregel) H.L.E. Verhagen & P.M. Veder, De ‘Pauliana’ in het Nederlandse internationaal privaatrecht, NIPR 2000, afl. 1, p. 3. Zie ook Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/397.

[78] Zie punt 7 van de considerans van Rome I en Rome II.

[79] Uit de wetsgeschiedenis van Rome II blijkt dat in een eerdere versie was voorgesteld om in art. 10 (getiteld 'Actio Pauliana') op te nemen: 'The conditions and the effects arising from an obligation where a creditor may contest a contract concluded by a debtor with a third party, endangering the satisfaction of the creditor (fulfilment of the claim), shall be determined by the law applicable to the obligation existing between the creditor and his debtor.' Het is onduidelijk waarom dit artikel niet is opgenomen in de uiteindelijke versie van Rome II. Zie Note of the General Secretariat of the Council to the Committee on Civil Law (Rome II) (No. prev. doc.: 10231/99 JUSTCIV 112), 9 december 1999, p. 8.

RECHTSPRAAK

Bouwcare

Bestuurders failliete vennootschap persoonlijk aansprakelijk jegens opdrachtgever. Bestuurders lieten het persoonlijk gebeuren dat de vennootschap verbintenissen aanging die zij niet kon nakomen. Eerdere betrokkenheid bij faillissementen weegt mee.

Eisers in deze zaak hebben Bouwcare opdracht gegeven voor de bouw van een woning. Bouwcare is wel met de bouw begonnen, maar kwam gaandeweg de gemaakte afspraken niet meer na. Daarom hebben eisers de aannemingsovereenkomst beëindigd. Eisers hadden op dat moment in totaal € 153.262,90 aan Bouwcare betaald. Het ging om twee termijnbetalingen en daarnaast had Bouwcare eisers een extra factuur laten betalen voor de bestelling van stenen. De onafgemaakte woning die Bouwcare had gebouwd was echter slechts € 65.808,74 waard.

Eisers wilden dat Bouwcare het bedrag dat zij te veel hadden betaald, zou terugbetalen. Daarnaast wilden eisers dat Bouwcare de extra kosten die zij gemaakt hebben doordat Bouwcare haar verplichtingen niet nakwam, zou vergoeden. Bouwcare is ondertussen echter in staat van faillissement verklaard, zodat daar niks meer te halen valt.

Eisers vinden dat de opvolgend bestuurders van Bouwcare hebben veroorzaakt dat Bouwcare de afspraken niet is nagekomen en de daardoor ontstane schade niet kan vergoeden. Daarom willen eisers dat de bestuurders persoonlijk worden veroordeeld om de schade aan hen te vergoeden.

De rechtbank geeft eisers gelijk. Onder toepassing van de maatstaven die zijn neergelegd in: (1) Beklamel (HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521): bij het aangaan van de verbintenis wisten de bestuurders althans behoorden zij te begrijpen dat eisers als gevolg van hun handelen schade zouden lijden; en (2) Ontvanger/Roelofen (HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758): de bestuurders hebben bewerkstelligd althans toegelaten dat Bouwcare haar contractuele verplichtingen niet nakwam, concludeert de rechtbank dat het handelen van de bestuurders van Bouwcare zodanig onzorgvuldig is dat hun daarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, zodat zij persoonlijk aansprakelijk zijn voor de door eisers geleden schade. De rechtbank komt tot dit oordeel vanwege de volgende feiten

en omstandigheden.

Hetgeen is voorgevallen, blijkt typerend te zijn voor de werkwijze van de bestuurders van Bouwcare. Gebleken is namelijk dat zij meerdere bedrijven hebben gehad die failliet zijn gegaan. In die faillissementen zijn verschillende curatoren aangesteld die afzonderlijk van elkaar hebben geconstateerd dat een (indirect) bestuurder 'zijn' vennootschap bewust heeft gebruikt om opdrachten binnen te halen en gelden te incasseren, terwijl hij niet van plan was de door de vennootschap aangegane verplichtingen (naar behoren) na te komen. Vervolgens wordt de bestuurder gewisseld, waarna de vennootschap failliet gaat. De opdrachtgevers blijven daardoor achter met niet-verhaalbare schade. Dit is ook wat bij Bouwcare is voorgevallen.

Zo heeft de oorspronkelijke (indirect) bestuurder (die ook enig aandeelhouder was) direct aan het begin van de werkzaamheden betalingen bij eisers geïnd. Ook heeft hij eisers voorgespiegeld dat er een aanbetaling moest worden gedaan voor de bestelling van stenen omdat de fabrikant die anders niet in productie zou nemen. Onder dat voorwendsel heeft de bestuurder eisers een extra factuur laten betalen, maar Bouwcare heeft de stenen nooit besteld. Daar komt bij dat de onderaannemers van Bouwcare niet werden betaald, waardoor enorme vertraging ontstond en de afgesproken opleveringsdatum nooit kon worden gehaald. Nadat de overeenkomst door eisers gedeeltelijk is ontbonden, de vooruitbetaalde bedragen zijn teruggevorderd en een voorbehoud is gemaakt aanvullende schadevergoeding te vorderen, is van bestuurder gewisseld en zijn de aandelen overgedragen. Korte tijd daarna wordt het faillissement aangevraagd.

Deze gang van zaken maakt dat de rechtbank vindt dat zowel de oorspronkelijke (indirect) bestuurder als de opvolgende (indirect) bestuurder, die voor de bestuurswisseling naar het oordeel van de rechtbank feitelijk beleidsbepaler was, persoonlijk heeft laten gebeuren dat Bouwcare allerlei afspraken maakte die de bestuurders niet van plan waren na te komen en dat Bouwcare failliet is gegaan. Daarom zijn de bestuurders persoonlijk aansprakelijk voor de schade die eisers daardoor hebben geleden.

De bestuurders moeten aan eisers betalen wat zij méér hebben betaald dan de onafgemaakte woning waard was. Ook de kosten van de deskundige die de waarde van de onafgemaakte woning heeft bepaald moeten worden vergoed. De overige schadeclaims (o.a. extra huur- en opslagkosten en hogere kosten doordat de woning door een andere aannemer moest worden afgebouwd) zijn afgewezen omdat deze door eisers onvoldoende zijn onderbouwd.

K.C.S. Meekes, november 2019

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 23-10-2019

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2019:9345

Zaaknummer: C/03/252087 / HA ZA 18-345

Rechters: F.C. Alink-Steinberg

Advocaten: J.P.G. Bouwman en E.J. Luursema

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Ter Waarbeek q.q./Enalmei c.s.

Bestuurder is op grond van artikel 2:248 lid 1 BW hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort in de boedel. De rechtbank matigt de aansprakelijkheid van de bestuurder voor tekort in faillissement met 1 miljoen euro, omdat tegenslagen met betrekking tot de bouw van een nieuw restaurant, zeker bij een startende onderneming, een grote wissel trekken op de levensvatbaarheid van die onderneming.

Red Dragon B.V. (hierna: 'Red Dragon') heeft tot doel een groot restaurant met een 'all you can eat-concept' te exploiteren. Hiertoe werd voor haar in Duiven een bedrijfspand gebouwd. Red Dragon verkreeg voor de nieuwbouw en exploitatie van het restaurant een financiering van Rabobank van totaal € 8 miljoen. Bepaald werd dat van de financiering van de bank een bedrag van € 2,3 miljoen uitsluitend bestemd was voor de financiering van de bouw van het bedrijfspand. De aandelen in het kapitaal van Red Dragon worden gehouden door stichting Enalmei (Enalmei). Enalmei diende zelf € 4,9 miljoen eigen middelen in te brengen door te storten op de aandelen en het verstrekken van een achtergestelde lening aan Red Dragon. Enalmei heeft niet voldaan aan de verplichting tot volstorting van de aandelen en ook overigens niet geïnvesteerd in Red Dragon. X is (feitelijk) bestuurder van Enalmei en Red Dragon. Het restaurant is op 10 mei 2015 geopend. Na de nieuwbouw is een geschil ontstaan met de aannemer en heeft Red Dragon extra parkeerplaatsen moeten aankopen.

Rabobank heeft op 2 september 2016 de financiering opgezegd en opgeëist, omdat de bank het vertrouwen had verloren dat Red Dragon op korte termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en vanwege diverse onregelmatigheden. Vanaf augustus 2016 heeft Red Dragon in strijd met de financieringsvoorwaarden haar omzet omgeleid via een bankrekening van groepsvennootschap Y. Rabobank heeft Red Dragon en X gevraagd daarvoor een acceptabele verklaring te verschaffen en het omleiden van de omzet te staken. Iedere verklaring van Red Dragon bleef uit en het omleiden van de omzet werd niet gestaakt. Daarnaast heeft X zich schuldig gemaakt aan vervalsing van de jaarcijfers over 2012-2013, diverse facturen en bankrekeningafschriften om Rabobank te doen geloven dat Red Dragon had voldaan aan de

voorwaarde in de financieringsovereenkomst dat zij een bedrag van € 4,9 miljoen zou hebben ingebracht. Het toegezegde aandelenkapitaal van € 2 miljoen werd niet gestort en Enalmei heeft ook overigens niets geïnvesteerd. Red Dragon is op 6 december 2016 in staat van faillissement verklaard.

De curator heeft jegens Enalmei (alsnog) volstorting van de aandelen gevorderd ex artikel 2:193 BW en X aansprakelijk gesteld voor het tekort in het faillissement ex artikel 2:248 BW omdat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het kennelijk onbehoorlijk bestuur bestaat volgens de curator uit onder meer schending van de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW en het niet voldoen aan de verplichting van artikel 2:394 BW om de jaarrekening over het boekjaar 2014 tijdig te publiceren. De curator stelt dat de schending van de boekhoudplicht het faillissement mede heeft veroorzaakt, nu goed bestuur zonder zicht op de financiën en het vermogen onmogelijk is. Bovendien is er volgens de curator sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur omdat Rabobank met list en bedrog is bewogen tot het verstrekken van een financiering aan Red Dragon. Verder is de schijn van kredietwaardigheid gewekt door vervalsing van stukken en heeft Red Dragon omzet omgeleid.

De rechtbank oordeelt dat X niet heeft bestreden dat zij geld van Red Dragon heeft omgeleid naar Y. Zij heeft ook niet betwist dat met Rabobank in het kader van de financiering is afgesproken dat alle betalingen van en naar Red Dragon dienen te lopen via de bankrekening die werd aangehouden bij Rabobank. Een redelijk denkend bestuurder zou in deze omstandigheden geen aan Red Dragon toebehorende gelden hebben doorgeleid naar een andere vennootschap en hebben onttrokken aan het vermogen van Red Dragon.

Red Dragon was in haar bedrijfsvoering in belangrijke mate afhankelijk van de financiering van Rabobank. X heeft moeten begrijpen dat de schuldeisers van Red Dragon door haar handelwijze zouden worden benadeeld, omdat te verwachten was dat Rabobank de financiering zou opzeggen, zodat Red Dragon haar schuldeisers niet meer zou kunnen betalen, met als gevolg een faillissement. De rechter oordeelt derhalve dat X als bestuurder op grond van artikel 2:248 lid 1 BW hoofdelijk aansprakelijk is voor het boedeltekort.

De rechter buigt zich vervolgens over de vraag of aanleiding bestaat tot matiging van het bedrag waarvoor X als bestuurder van Red Dragon aansprakelijk is. De aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur geven geen aanleiding tot matiging. De rechter overweegt dat het omleiden van de omzet voor Rabobank een belangrijke reden is geweest om de financieringsovereenkomst te beëindigen, hetgeen heeft geleid tot het faillissement van Red Dragon. Het geschil met de aannemer en het aanvullend moeten aankopen van extra parkeerplaatsen zijn echter omstandigheden die niet aan X als bestuurder zijn toe te rekenen. De rechter oordeelt derhalve dat het bedrag waarvoor X als bestuurder van Red Dragon

aansprakelijk is, wordt verminderd met een bedrag van € 1 miljoen. Aannemelijk is immers dat dit soort tegenslagen, zeker bij een startende onderneming, een grote wissel trekken op de levensvatbaarheid van die onderneming.

Nu pas na verificatie van de schulden duidelijk zal worden hoe groot het tekort in het faillissement is, is de schadeomvang niet in dit vonnis begroot. De rechter heeft verwijzing naar de schadestaatprocedure toegewezen.

Tegen Enalmei is verstek verleend. De tegen Enalmei ingestelde vordering (uit hoofde van volstorting op de aandelen) komt de rechtbank niet onrechtmatig of ongegrond voor en wordt derhalve toegewezen.

J.D. van den Dolder, november 2019

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 10-07-2019

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2019:3164

Zaaknummer: C/05/324373 / HZ ZA 17-372

Rechters: P.F.A. Bierbooms

Advocaten: H.J.D. ter Waarbeek en L. Hennink

RECHTSPRAAK

Faillissementspauliana. Is er sprake van onrechtmatige overdracht van onderneming voor faillissement?

Ook slecht draaiende ondernemingen bezitten vaak waardevolle activa: een goed geoutilleerd bedrijfspand, een bekende handelsnaam, een klantenbestand. Het gebeurt geregeld dat zulke activa bij het einde van de slecht draaiende onderneming worden overgenomen om een nieuwe onderneming mee te starten. Gezien de aard van de activa ligt het dan voor de hand dat de nieuwe onderneming veel overeenkomsten vertoont met de oude onderneming. Dat kan tot scheve gezichten leiden bij schuldeisers die niet voldaan worden, terwijl 'de onderneming' die geen verhaal bood gewoon doorgaat met opereren. De vraag of die scheve gezichten terecht zijn, kan niet in abstracto worden beantwoord, omdat het antwoord afhankelijk is van meerdere factoren. Een van die factoren is de mate waarin de nieuwe onderneming wordt gedreven door dezelfde (kring van) personen die de oude onderneming dreven; in dat geval zou eerder aanleiding kunnen zijn om te denken dat er een truc is uitgehaald om schuldeisers buiten de deur te houden. Dat gebeurt bijvoorbeeld als de activa van de oude onderneming worden verhangen naar die van de nieuwe onderneming zonder dat daarvoor een adequate vergoeding wordt betaald, zodat de schuldeisers onvoldoende verhaal kunnen nemen. In de rechtspraak zijn verschillende voorbeelden te vinden van het 'verhangen' van activa, waar met wisselend succes tegen wordt geageerd door schuldeisers (zie bijvoorbeeld de zaken Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1825 en Rechtbank Den Haag 10 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7275).

In de hier besproken zaak procedeert de curator van een houthandel tegen de overname vlak voor faillissement van een gedeelte van de activa van die houthandel door een nieuw opgerichte houthandel. De grondslagen daarvoor zijn een vordering uit onrechtmatige daad en pauliana. Aanleiding voor de stellingname van de curator is het feit dat de nieuwe houthandel is opgericht door twee oud-werknemers van de failliete houthandel, die tevens zonen zijn van de (indirect) bestuurder en aandeelhouder van de failliete houthandel en dat de activiteiten van de nieuwe houthandel plaatsvinden/vonden vanaf dezelfde locatie als de failliete houthandel. Volgens de curator zijn de schuldeisers van de failliete houthandel benadeeld, omdat de nieuwe houthandel gebruikmaakt van de 'goodwill' van de failliete houthandel (die

in deze zaak wordt gelijkgesteld aan het klantenbestand), zonder dat daarvoor betaald is aan de boedel.

De curator slaagt er niet in het hof te overtuigen van zijn standpunt. De reden daarvoor is dat de nieuwe houthandel geen een-op-een voortzetting is van de failliete houthandel (althans de curator daarvoor het bewijs niet rond heeft kunnen krijgen). Zo is er een periode géén gebruik gemaakt van de locatie waarop de failliete houthandel was gevestigd, omdat de activiteiten van de failliete houthandel al enkele maanden waren beëindigd vóórdat de nieuwe houthandel zich op die locatie vestigde. Resterende klanten van de failliete houthandel zouden inmiddels zijn overgestapt naar concurrenten. Daarnaast maakte de nieuwe houthandel geen gebruik van de activa van de failliete houthandel, omdat deze door de Rabobank executoriaal zijn verkocht. Ook is de nieuwe houthandel inmiddels elders gevestigd, waardoor eventuele aanloop van klanten van de failliete houthandel niet (meer) ten gunste zal komen aan de nieuwe houthandel. Ten slotte houdt de nieuwe houthandel zich bezig met een ander type activiteiten (kleinschalig, specialistisch timmerwerk) dan de failliete houthandel (groothandel op het gebied van hout en bouwmaterialen).

Omdat de curator niet heeft kunnen aantonen dat de nieuwe houthandel het klantenbestand van de oude houthandel heeft overgenomen, falen zijn vordering uit onrechtmatige daad en zijn beroep op pauliana.

T.E. Booms, november 2019

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 24-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:2615

Zaaknummer: 200.250.427/01

Rechters: G.C. de Heer, D. Aarts en J.A. van Dorp

Advocaten: B.F. van Noort en J.H. Pelle

Wetsartikelen: 42 Fw