

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 14, 2019

Nummer 14, 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

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:1789](#) 15-11-2019

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:4181](#) 14-11-2019

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:4163](#) 12-11-2019

X/Schalken q.q. en Achmea Bank

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:4156](#) 12-11-2019

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:9558](#) 07-11-2019

Westduin/Jamiti

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:9557](#) 07-11-2019

Laanstra Multigrafisch B.V./Ontvanger

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3978](#) 05-11-2019

EFK/X

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:7950](#) 01-10-2019

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2019:4876](#) 01-11-2019

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:5261](#) 15-10-2019

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:4985](#) 11-10-2019

Noteboom q.q./X

RECHTSPRAAK

Een lening moet worden terugbetaald aan de uitlener. Zonder nadere onderbouwing kan daarom niet worden volstaan met een terugbetaling aan iemand anders dan de uitlener.

A B.V. is een vennootschap waarvan B enig aandeelhouder en enig bestuurder is. C B.V. is een zustervennootschap van A B.V. die met twee andere aandeelhouders de aandelen in D B.V. houdt. D B.V. is een moedermaatschappij waaronder tussenholding E B.V. hangt. Laatstgenoemde vennootschap kent twee dochters, te weten F B.V. en G B.V.

C en haar medeaandeelhouders in D zijn met G overeengekomen om medio maart 2011 ieder een bedrag van € 100.000 beschikbaar te stellen aan een dochtervennootschap van G. Hoewel discussie bestaat over hoe deze betaling moet worden gelabeld, wordt voor deze procedure ervan uitgegaan dat het gaat om een drietal leningen.

In januari 2012 heeft B behoefte aan liquide middelen voor een eigen project. In overleg met de aandeelhouders van D heeft F daarvoor een bedrag van € 100.000 aan A overgemaakt.

In juni 2013 wordt het faillissement uitgesproken van onder andere D, E en F. De curator van deze vennootschappen spreekt vervolgens A aan tot terugbetaling van het in januari 2012 door F aan haar betaalde bedrag. De curator stelt primair dat sprake is van een lening die moet worden terugbetaald, subsidiair dat sprake is van onverschuldigde betaling en meer subsidiair dat de betaling paulianeus is.

A stelt dat de betaling aan haar een terugbetaling is geweest op de lening die C medio maart 2011 aan G heeft verstrekt.

De rechtbank heeft in eerste aanleg de vordering van de curator toegewezen. A heeft hoger beroep tegen het vonnis aangetekend.

Het hof geeft aan dat in beginsel een lening moet worden terugbetaald aan de uitlener. A heeft haar stelling dat was overeengekomen of bedoeld dat in afwijking daarvan was overeengekomen dat F de lening van C aan G zou terugbetalen aan A onvoldoende onderbouwd, ondanks het feit dat A via een artikel 843a Rv-procedure inzage kreeg in de

administratie van de failliete vennootschappen om het benodigde bewijs te kunnen leveren. Uit de boekhouding van de failliete vennootschappen blijkt juist dat de lening van C aan G is gehandhaafd.

Het hof geeft nog aan dat kennelijk geen sprake was van een volmacht van A om de terugbetaling voor C te ontvangen of van een bekrachtiging als bedoeld in artikel 6:32 BW door C van de terugbetaling van F aan A. Het hof overweegt nog dat er geen aanknopingspunten zijn om uit te gaan van verrekening, waarbij het hof opmerkt dat A niet tot het failliete concern behoorde en een verrekeningsmogelijkheid daarom ook niet voor de hand lijkt te liggen.

Tot slot overweegt het hof nog dat de curator terecht heeft gewezen op een achterstellingsverklaring, waardoor het terugbetalen van leningen verstrekt door de aandeelhouders van D pas toegestaan was na volledige betaling van de bank.

Het hof oordeelt dan ook dat het door A ontvangen bedrag of een lening moet zijn geweest of onverschuldigd is betaald en dat het bedrag hoe dan ook aan de boedel moet worden voldaan. Het vonnis van de rechtbank wordt bekrachtigd.

W.T.N. Vlasveld, november 2019

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 12-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:4156

Zaaknummer: 200.216.589_01

Rechters: M.A.M. Vaessen, P.W.A. van Geloven en F.E.J. van den Beekhoven Boezem

Advocaten: H.L.J.M. van Grinsven en E.G.M. van Ewijk

Wetsartikelen: 843a Rv, 6:32 BW en 7:129 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Concernverrekening is faillissementsbestendig.

Vennootschappen A B.V. en B B.V. zijn beide 100%-dochters van M B.V., welke vennootschap in deze zaak verweerder in cassatie is. A B.V. en B B.V. zijn beide failliet verklaard op 28 januari 2014. In de jaren voorafgaand aan het faillissement van A B.V. heeft deze vennootschap producten en diensten geleverd aan een andere (niet aan A B.V. gelieerde) partij die ik zal aanduiden als C B.V. Deze vennootschap treedt in deze zaak in cassatie op als eiser. A B.V. heeft voor de geleverde producten en diensten ook facturen aan C B.V. gezonden. Op de datum van het faillissement stonden in deze relatie vorderingen van A B.V. op C B.V. open ter hoogte van € 42.724,64. Op deze vorderingen heeft M B.V. een pandrecht. Tot slot heeft weer een andere vennootschap, die ik zal aanduiden als D B.V., producten en diensten geleverd aan B B.V. en in verband daarmee facturen aan B B.V. gezonden. In ieder geval had D B.V. een vordering van € 18.702,55 op B B.V. Zie voor een schematische weergave van dit alles de conclusie van A-G Valk, par. 2.1.

Op 31 maart 2014 heeft C B.V. een bedrag van € 24.022,09 betaald aan A B.V. Voor het restant van de openstaande vorderingen à € 18.702,55 doet C B.V. een beroep op verrekening met de vordering die D B.V. op B B.V. heeft. C B.V. stelt, kort gezegd, dat sprake was van een kruislingse verrekeningsafpraak in die zin, dat de facturen van A B.V. aan C B.V. verrekend zouden worden met de facturen van D B.V. aan B B.V. Van een relatie tussen C B.V. en D B.V. is mij overigens op basis van de door het hof, de A-G en de Hoge Raad genoemde feiten niet gebleken. Ik neem aan dat die er wel was.

Ervan uitgaande dat die verrekeningsafpraak inderdaad bestond en zulks door D B.V. (die daarvoor gelet op art. 150 Rv de bewijslast draagt nu sprake is van een bevrijdend verweer) zo nodig kan worden bewezen, is het de vraag of deze afspraak in faillissement stand kan houden. Deze vraag staat centraal in het arrest van de Hoge Raad.

Voorop staat allereerst dat artikel 6:127 lid 2 BW voor verrekening vereist dat partijen over en weer elkaars schuldenaar en schuldeiser zijn (zie ook par. 3.5 van de conclusie van A-G Valk). Deze bepaling is echter van regelend recht: zowel uitbreiding als beperking van de verrekeningsmogelijkheden is mogelijk. Thans is sprake van een uitbreiding van de

verrekeningsbevoegdheid tot buiten de door artikel 6:127 lid 2 BW gestelde grenzen. Die uitbreiding, die kan worden geduid als een afspraak tot kruislingse verrekening (ook: concernverrekening), moet inderdaad mogelijk worden geacht, maar werkt zij ook door in faillissement?

Dit is gelet op het bepaalde in artikel 53 Fw niet vanzelfsprekend. Dit artikel spreekt immers van de verrekeningsbevoegdheid van 'hij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is'. Daarvan is in een geval als het onderhavige strikt genomen geen sprake: C B.V. is niet zowel schuldenaar als schuldeiser van A B.V. Zelfs is C B.V. niet zowel schuldenaar als schuldeiser van A B.V. en B B.V. gezamenlijk. In die zin is sprake van een 'dubbele' kruislingse verrekening: zowel aan de kant van A B.V. en B B.V. als aan de kant van C B.V. en D B.V. Het pandrecht van M B.V. op de vordering van A B.V. op C B.V. compliceert de zaak nog verder. Daarop kom ik hieronder nog kort terug.

Hoe dan ook, de vraag is of zo'n kruislingse verrekeningsafpraak door de beugel van artikel 53 Fw kan. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag in navolging van de A-G bevestigend. Er bestaat, aldus de Hoge Raad, 'geen grond om aan een dergelijke overeenkomst haar werking te ontnemen indien een van [de partijen] later in staat van faillissement wordt verklaard'. Zo'n overeenkomst past voorts 'bij de zekerheidsfunctie van verrekening en strookt daarom met het zojuist vermelde doel van art. 53 Fw'. De conclusie is dat het wederkerigheidsvereiste zoals dat is opgenomen in artikel 53 Fw geen dwingend recht is. De uitkomst moet dan ook zijn dat C B.V. inderdaad een beroep op verrekening toe zou komen wanneer een zodanige afspraak bestaat.

Enigszins ten overvloede overweegt de Hoge Raad nog dat dit niet betekent dat het gehele artikel 53 Fw niet van dwingend recht is. Van de in dit artikel opgenomen regel dat alleen verrekening mogelijk is indien schuld en vordering voor de faillietverklaring zijn ontstaan of voortvloeien uit handelingen die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht, kan niet worden afgeweken. Zulks vloeit voort uit het fixatiebeginsel. Dit een en ander was ook al opgemerkt door A-G Valk in par. 3.10.

A-G- Valk gaat in par. 3.4 nog in op de vraag of M B.V. als pandhouder zou moeten profiteren van een negatieve beantwoording van de vraag of een afgesproken kruislingse verrekening faillissementsbestendig is. Daarvoor ziet hij geen gronden, nu de pandhouder in een zodanig geval in faillissement op meer aanspraak zou kunnen maken dan buiten faillissement. Uiteindelijk maakt het uiteraard niet uit, nu A-G en Hoge Raad de hiervoor aangeduide vraag beide positief beantwoorden.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en verwijst het geding naar het Hof Arnhem-

Leeuwarden voor verdere behandeling en beslissing. Aldaar zal C B.V. de bewijslast dragen van het bestaan van de onderhavige verrekeningsafpraak.

O. Oost, november 2019

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 15-11-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:1789

Zaaknummer: 18/01582

Rechters: C.A. Streefkerk, M.V. Polak, T.H. der Tanja-van Broek, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff

Advocaten: R.T. Wiegerink en P.S. Kamminga

Wetsartikelen: 53 Fw en 6:127 BW

RECHTSPRAAK

X/Schalken q.q. en Achmea Bank

Een huurovereenkomst die is gesloten nadat beslag is gelegd op de onroerende zaak, kan niet aan de curator worden tegengeworpen omdat de huurder wist dat de beslaglegger hierdoor benadeeld werd in zijn verhaalsmogelijkheden. Vanwege een in de hypotheekakte opgenomen huurbeding kan de huurovereenkomst ook niet worden tegengeworpen aan de bank. De huurder is terecht ontruimd.

In 2003 heeft een natuurlijk persoon ('de schuldenaar') een landgoed gekocht, waarop onder meer kasteel Aldendriel is gelegen. Het landgoed is gefinancierd door (de rechtsvoorganger van) Achmea Bank N.V. door middel van een hypothecaire geldlening. De schuldenaar woont met zijn partner in het kasteel. Twee andere opstallen worden verhuurd. Vanaf 2010 heeft de schuldenaar door gezondheidsproblemen en de economische crisis geen inkomen meer, waarop in 2012 beslag is gelegd op het landgoed. Naar zijn zeggen heeft de schuldenaar het landgoed in 2015 verhuurd aan zijn partner. In 2017 wordt de schuldenaar failliet verklaard. De bank en de curator vorderen ontruiming van het landgoed door de partner. De vraag die speelt, is of de huurovereenkomst tegengeworpen kan worden aan de bank als hypotheekhouder en aan de curator, die de positie van de beslaglegger heeft overgenomen. Zowel de voorzieningenrechter als het hof beantwoordt deze vraag ontkennend en wijst de vordering tot ontruiming toe.

In eerste aanleg overweegt de voorzieningenrechter (JOR 2019/143) in de eerste plaats dat de curator en de bank een spoedeisend belang hebben bij hun vordering, omdat het tijd wordt dat de curator het faillissement af kan wikkelen en de bank haar zekerheidsrecht kan uitoefenen. Ten aanzien van het beslag overweegt de voorzieningenrechter dat de curator zich kan beroepen op de gevolgen van gelegde beslagen. Op grond van artikel 505 lid 2 Rv kan een verhuring van woonruimte onder meer niet aan de beslaglegger worden tegengeworpen, als de huurder wist dat de beslaglegger door de verhuring in zijn verhaalsmogelijkheden zou worden benadeeld. Dit is naar het oordeel van de voorzieningenrechter aan de orde. Op het moment dat de huurovereenkomst werd gesloten was de financiële situatie van de schuldenaar

uitzichtloos, terwijl het een feit van algemene bekendheid is dat het verhuren van woonruimte een waardedrukkend effect heeft op de koopsom. De partner wist daarom dat de beslaglegger in zijn verhaalsmogelijkheden zou worden benadeeld door het sluiten van de huurovereenkomst. De huurovereenkomst kan dus niet aan de curator worden tegengeworpen, waarmee de vordering tot ontruiming wordt toegewezen. Daarnaast kan het recht tot ontruiming worden gegrond op het huurbeding uit de hypotheekakte. Weliswaar stelt de partner dat de bank toestemming heeft gegeven voor de huurovereenkomst, maar de vereiste schriftelijke toestemming ontbreekt. Daarnaast betwist de bank dat de goedkeuring mondeling is gegeven. Het verlot dat op grond van artikel 3:264 lid 5 BW nodig is om woonruimte te ontruimen nadat een beroep op het huurbeding is gedaan, wordt in deze procedure verzocht. Ook het huurbeding is derhalve grond voor ontruiming.

De partner gaat in hoger beroep. De curator en de bank stellen dat de partner hierbij geen belang heeft, omdat de ontruiming inmiddels een feit is en geen grief is gericht tegen de proceskostenveroordeling. In het tussenarrest van 30 juli 2019 (ECLI:NL:GHSHE:2019:2887) geeft het hof de partner de gelegenheid op dit standpunt te reageren. Op 12 november 2019 wijst het hof eindvonnis. Het hof overweegt dat de partner voldoende belang heeft bij het hoger beroep, omdat de curator en de bank jegens haar schadeplichtig zijn als de titel aan de ontruiming komt te vervallen.

De partner greeft tegen de vaststelling door de voorzieningenrechter dat beslag is gelegd, het oordeel dat de huurovereenkomst niet is erkend door de curator en de bank, het vastgestelde spoedeisende belang en het oordeel dat zij wetenschap had van benadeling van de beslaglegger in zijn verhaalsmogelijkheden. Nu de curator onder overlegging van berichten uit het kadaster concreet heeft gesteld dat beslag is gelegd terwijl de partner hierop niet is ingegaan, wordt voorbijgegaan aan de stelling van de partner dat geen beslag zou zijn gelegd. Ten aanzien van de erkenning van de huurovereenkomst voert de partner aan dat de curator de huurovereenkomst heeft erkend door rekeningen die betrekking hebben op het landgoed aan haar door te sturen met als doel dat zij deze rekeningen betaalt. Het hof gaat hierin niet mee, nu de curator de post aan de schuldenaar heeft doorgestuurd. Het staat de schuldenaar vrij een derde rekeningen te laten voldoen, maar daarmee is de huurovereenkomst niet erkend. Ook toestemming door de bank is niet aannemelijk geworden. Het hof neemt ook het spoedeisend belang aan, nu de curator en de bank het landgoed hebben verkocht en verder willen. Dat de koop afhankelijk gemaakt zou zijn van de beslissingen van de voorzieningenrechter en het hof, doet hieraan niet af. Tot slot oordeelt het hof dat de partner wetenschap had van benadeling van de beslaglegger in zijn verhaalsmogelijkheden. Het standpunt van de partner dat de financiële situatie slecht maar niet uitzichtloos was en dat zij geen reden had om een faillissement te verwachten, verandert dit niet. Een beslaglegger kan

immers ook vóór of buiten faillissement worden benadeeld, wat hier aan de orde is. Het hof bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter.

H.J. de Kloe, november 2019

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 12-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:4163

Zaaknummer: 200.257.260_01

Rechters: A.J. Henzen, L.S. Frakes en G.J.S. Bouwens

Advocaten: M.A. Hupkes en J. Beerens

Wetsartikelen: 505 Rv, 3:264 BW, 33 Fw en 57 Fw

RECHTSPRAAK

Het hof vernietigt het faillissement van een natuurlijk persoon, omdat met een deel van de schuldeisers een regeling is getroffen. Op de derdengeldenrekening van de advocaat van de schuldenaar staat voldoende geld om de overige schuldeisers en de faillissementskosten te voldoen.

Een natuurlijk persoon is in eerste aanleg failliet verklaard op verzoek van een schuldeiser die een vordering op hem heeft van meer dan € 170.000. Daarnaast wordt een steunvordering aangevoerd, heeft Rabobank een vordering op de schuldenaar en zijn er nog vier andere schuldeisers. In hoger beroep stelt de schuldenaar zich op het standpunt dat geen sprake is van pluraliteit van schuldeisers en dat hij niet verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden met betalen. Dit standpunt had de schuldenaar al ingenomen in eerste aanleg, omdat hij een betalingsregeling had getroffen ten aanzien van de steunvordering en de vordering van Rabobank. Bij de rechtbank heeft de schuldenaar geen bewijs overgelegd van de regeling die getroffen is met Rabobank en is het faillissement uitgesproken.

In de beroepsprocedure bevestigt de curator dat met de aanvrager van het faillissement, met Rabobank en ten aanzien van de steunvordering een betalingsregeling is getroffen. Daarnaast is een bedrag overgemaakt naar de derdengeldenrekening van de advocaat van de schuldenaar. Hiermee kunnen de overige schuldeisers en de faillissementskosten worden voldaan. De aanvrager van het faillissement en Rabobank geven aan geen belang meer te hebben bij het faillissement. Ook de curator geeft aan geen reden te zien om het faillissement te handhaven. In het bijzonder gelet op de verklaring van de curator, oordeelt het hof dat de schuldenaar niet langer verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden met betalen. Het hof vernietigt het faillissement en brengt de faillissementskosten (van meer dan € 11.000) ten laste van de schuldenaar.

H.J. de Kloe, november 2019

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 14-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:4181

Zaaknummer: 200.266.682_01

Rechters: R.R.M. De Moor, A.P. Zweers-van Vollenhoven en T. van Malssen

Advocaten: R.A.M.L. van Oeijen en M.C.J. de Schepper

Wetsartikelen: 1 Fw en 6 Fw

RECHTSPRAAK

Laanstra Multigrafisch B.V./Ontvanger

Het hoger beroep tegen de faillietverklaring wordt afgewezen. Er is geen sprake van achtergestelde vorderingen die pas bij liquidatie hoeven te worden voldaan, maar van opeisbare (zij het nog niet opgeëiste) vorderingen. Aan het pluraliteitsvereiste is dus voldaan, net als aan de overige vereisten voor faillietverklaring. Met wenk.

Laanstra Multigrafisch B.V. ('Laanstra') is in hoger beroep gegaan tegen haar faillietverklaring op verzoek van de Ontvanger. In verband hiermee treft zij regelingen met een groot deel van haar schuldeisers. De regelingen, die inhouden dat een deel van de vorderingen betaald wordt tegen finale kwijting van het overige, zijn nagekomen door haar bestuurder. Laanstra treft echter geen maatregelen voor de vorderingen van vier partijen die bij Laanstra zijn betrokken, waaronder haar bestuurder, in verband met de voormelde financiering. Deze gelieerde schuldeisers hebben in het kader van het hoger beroep verklaard dat zij hun vordering niet opeisen, soms met de toevoeging 'vanwege het achtergestelde karakter daarvan'.

Het hof geeft eerst de invulling weer die in de rechtspraak is gegeven aan de vereisten voor faillietverklaring ex artikel 6 lid 3 Fw. De standaard is, kort gezegd, dat het vorderingsrecht van de aanvrager summierlijk vast moet staan, er ten minste één andere onbetaalde vordering moet zijn (pluraliteit) en dat de toestand van te hebben opgehouden te betalen ook aan de hand van overige omstandigheden moet worden beoordeeld.

In dit geval ging het om het pluraliteitsvereiste en het toestandvereiste, want de vordering van de Ontvanger – waarvoor Laanstra geen regeling had getroffen – stond vast. Het hof oordeelt in dit verband dat de vorderingen van de crediteuren met wie een regeling is getroffen niet meer bestaan. Bij de beoordeling van de vorderingen van de gelieerde schuldeisers verwijst het hof naar de vaste rechtspraak dat, indien naast de vordering van de aanvrager alleen blijkt van een achtergestelde schuld die pas bij liquidatie hoeft te worden voldaan, slechts onder bijzondere omstandigheden kan worden geoordeeld dat de schuldenaar is opgehouden te betalen (HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1380). Dat in dit geval sprake is van dergelijke achtergestelde vorderingen, is volgens het hof echter niet vast komen te staan. Uit de stukken

blijkt niet van overeenkomsten van achterstelling. Integendeel, er is juist sprake van opeisbare (zij het niet opgeëiste) vorderingen. Nu Laanstra deze vorderingen niet kan voldoen en de door haar gedreven onderneming is gestaakt waardoor geen inkomsten meer worden gegenereerd, is sprake van pluraliteit én verkeert zij in de toestand van te hebben opgehouden te betalen. Het hof bekrachtigt daarom de faillietverklaring.

Wenk

Het arrest laat goed zien dat bij het voeren van verweer tegen een faillissementsaanvraag met enkele bijzonderheden rekening moet worden gehouden. In eerste aanleg kan in de regel worden volstaan met (bijvoorbeeld) betaling van de steunvordering. Dat is voldoende om te kunnen oordelen dat niet aan het pluraliteitsvereiste is voldaan. Laanstra lijkt pas na de faillietverklaring regelingen te zijn gaan treffen met onder andere de schuldeiser van de steunvordering. Zolang de regelingen door een derde worden gefinancierd, is dit ook mogelijk. In onderhavige casus is het opvallend dat de bestuurder stelt een vordering te hebben op Laanstra wegens deze financiering. Uit de uitspraak blijkt niet waarop deze vordering is gebaseerd. Tijdens faillissement kon Laanstra geen financieringsovereenkomst sluiten, omdat zij door de faillietverklaring het beheer en de beschikking over haar vermogen was verloren (art. 23 Fw). Tenzij de bestuurder is gesubrogeerd in de rechten van de schuldeisers, heeft de bestuurder geen vordering op Laanstra.

Indien voor de uitspraak in hoger beroep een definitieve regeling is getroffen met alle andere schuldeisers dan de aanvrager van het faillissement, heeft de schuldenaar in hoger beroep een nieuwe kans. Volgens vaste rechtspraak dient de appelrechter immers ex nunc te toetsen, met als nuancering dat indien het faillissement is uitgesproken, de daarmee ingetreden toestand de rechtspositie van alle schuldeisers bepaalt (HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY6204). Anders dan in eerste aanleg kan in hoger beroep dus niet worden volstaan met betwisting van de vordering van de aanvrager of betaling van de steunvordering. Voor een succesvol hoger beroep had Laanstra ook een duidelijke regeling moeten treffen met al haar andere schuldeisers, waaronder de gelieerde partijen. Zij heeft dit nagelaten en slechts gesteld dat de gelieerde partijen hun vordering niet opeisen. Weliswaar is ten aanzien van een aantal vorderingen gesteld dat deze een 'achtergesteld karakter' hebben, maar Laanstra heeft onvoldoende onderbouwd dat de vorderingen pas opeisbaar zijn bij liquidatie.

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

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:9557

Zaaknummer: 200.267.208/01

Rechters: I. Tubben, W.P.M. ter Berg en M.A.L.M. Willems

Advocaten: E. Jacobson en E.E. Schipper

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

EFK/X

Een aandeelhouder van MKS vordert afgeleide schade van de bestuurder van MKS. De vordering wordt afgewezen, omdat geen specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden jegens de aandeelhouder. Met wenk.

Een aandeelhouder van Medical Kits Supply B.V. ('MKS') houdt de bestuurder van die vennootschap aansprakelijk voor de schade, die zij zou hebben geleden door onbehoorlijk bestuur van de bestuurder. De schade betreft de vermindering van waarde van aandelen in de vennootschap, zogeheten 'afgeleide schade'.

De aandeelhouder, E.F.K. Beheer B.V. ('EFK'), houdt sinds 2012 25% van de aandelen in MKS, die in 2017 gefailleerd is. De curator heeft geconstateerd dat er een grote, onverhaalbare, rekening-courantvordering op de bestuurder bestaat, dat er sinds 2013 geen jaarrekeningen meer zijn gedeponneerd en dat de boekhouding niet actueel is. Voorts is de bestuurder sinds 2013 tevens bestuurder en aandeelhouder van drie nieuwe vennootschappen, die – blijkens de omschrijving – min of meer dezelfde activiteiten ontplooiën.

EFK maakt de bestuurder de volgende verwijten:

De bestuurder zou ten eigen bate gelden in rekening-courant hebben opgenomen en niet hebben terugbetaald; De algemene vergadering is niet geïnformeerd over de faillissementsaanvraag; Sinds 2013 zijn geen jaarrekeningen meer opgesteld; Aan de aandeelhouder is – als minderheidsaandeelhouder – geen informatie verstrekt, ondanks herhaalde verzoeken; De boekhoudplicht is verzaakt; en De bestuurder zou heimelijk zijn overgegaan tot het oprichten van concurrerende ondernemingen.

Hierdoor zou EFK schade hebben geleden en zou jegens haar een specifieke zorgvuldigheidsnorm zijn geschonden.

In eerste aanleg waren de vorderingen afgewezen.

Het hof begint zijn oordeel door te citeren uit het arrest Poot/ABP (HR 2 december 1994, ECLI:HR:1994:ZC1564) en het arrest Tuin Beheer/Houthoff (HR 16 februari 2007, ECL:NL:HR:2007:AZo419). In Poot/ABP is, aldus het hof, geoordeeld dat indien een persoon schade toebrengt aan een vennootschap door gedragingen die tegenover de vennootschap onrechtmatig zijn, in beginsel alleen de vennootschap het recht heeft schadevergoeding te vorderen. Afgeleide schade, dat wil zeggen vermindering van de waarde van aandelen in die vennootschap, kan in beginsel niet worden gevorderd. Dat kan alleen indien de schade het gevolg is van schending van een jegens de aandeelhouder geldende specifieke zorgvuldigheidsverplichting. Uit het arrest Tuin Beheer/Houthoff volgt, aldus het hof, dat de enkele omstandigheid dat een waardevermindering van de aandelen het voorzienbare gevolg is van onbehoorlijk bestuur, niet betekent dat er een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden jegens de aandeelhouder. Er dient sprake te zijn van bijkomende omstandigheden, zoals het opzet om die aandeelhouder te benadelen.

Vervolgens oordeelt het hof tegen deze achtergrond dat onvoldoende concreet is toegelicht hoe de bestuurder jegens EFK een specifieke zorgvuldigheidsnorm zou hebben geschonden. Mogelijk wist de bestuurder dat EFK zou worden benadeeld, maar dat brengt niet met zich dat jegens haar een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden. Niet is gebleken dat de bestuurder EFK opzettelijk heeft willen benadelen. Daarbij overweegt het hof nog dat het faillissement door een schuldeiser is aangevraagd, zodat instemming van de algemene vergadering niet benodigd was en dat EFK niet voldoende heeft onderbouwd dat de nieuwe vennootschappen concurrerende activiteiten heeft ontplooid. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Wenk

Het vorderen van vergoeding van afgeleide schade is voor een aandeelhouder niet eenvoudig, omdat onderbouwd moet worden dat jegens de aandeelhouder een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden. Een dergelijke vordering wordt dan ook niet vaak toegewezen. Toch is het niet geheel ondenkbaar dat in een faillissement afgeleide schade kan worden gevorderd.

Zo is recentelijk een bank veroordeeld tot vergoeding van schade aan aandeelhouders van een concern (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 maart 2018, JOR 2018/156), omdat zij – in de ogen van het hof – haar bancaire zorgplicht had geschonden jegens een vennootschap, waardoor de waarde van de aandelen ernstig werd aangetast. De bank heeft geaccepteerd dat de aandeelhouders gedwongen werden hun aandelen op een ongunstig tijdstip voor € 1 (deels aan de bank) over te dragen, waarmee de schade van de aandeelhouders definitief is geworden. Deze aandelenoverdracht was zeer ongunstig voor de aandeelhouders en had

onevenredig grote voordelen voor de bank. Op basis van deze omstandigheden oordeelde het hof dat de bank ook onrechtmatig heeft gehandeld jegens de aandeelhouders.

In de onderhavige casus was van dergelijke omstandigheden geen sprake. Weliswaar heeft EFK definitief schade geleden omdat het faillissement van MKS is opgeheven bij gebrek aan baten, maar EFK heeft onvoldoende onderbouwd dat de bestuurder jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld.

A.D. van Dalen, november 2019

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 05-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3978

Zaaknummer: 200.252.005/01

Rechters: C.C. Meijer, A.J. Wolfs en A.W.H. Vink

Advocaten: M. Sliphorst-Dekker en M.J.S. van der Vorst

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Artikel 53 Fw is alleen van toepassing bij verrekening 'binnen faillissement'. Dat betekent dat bij verrekening uit hoofde van een fiscale eenheid (ex art. 24 Invorderingswet) artikel 53 Fw alleen toepassing vindt indien het faillissement nog loopt en de verrekening tegenover de gefailleerde zelf wordt ingeroepen. Met wenk.

Een moeder- en dochtervennootschap maken samen deel uit van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting (Vpb) in de periode van 1 juli 2005 tot 18 oktober 2016. Op 9 juni 2015 wordt de dochtervennootschap in staat van faillissement verklaard. Het faillissement van de dochtervennootschap wordt op 18 oktober 2016 opgeheven bij gebrek aan baten. Vanwege de daaruit voortvloeiende ontbinding van de dochtervennootschap (art. 2:19 BW) komt op dat moment ook een einde aan de fiscale eenheid tussen de moeder en deze dochter.

In april 2015 is aan de dochtervennootschap een naheffingsaanslag loonbelasting opgelegd met betrekking tot de maand februari 2015 (€ 74.293). Op 20 mei 2017 wordt aan de moedervennootschap een voorlopige aanslag Vpb opgelegd over het jaar 2015 (€ 48.049). Deze wordt door de moedervennootschap betaald. Op 21 april 2018 wordt de voorlopige aanslag evenwel teruggebracht tot nihil, met een terugbetalingsverplichting van de Belastingdienst aan de moedervennootschap tot gevolg.

De Ontvanger verklaart aan de moedervennootschap dat de terugbetalingsverplichting op grond van artikel 24 Invorderingswet 1990 (Iw) wordt verrekend met de vordering van € 74.293 op de dochtervennootschap.

De moedervennootschap vordert in deze zaak dat de Belastingdienst wordt veroordeeld om het bedrag van € 48.049 metterdaad aan haar uit te betalen. Onder verwijzing naar HR 13 oktober 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2627) voert zij aan dat de Ontvanger, ook bij een beroep op artikel 24 Iw, alleen kan verrekenen indien voldaan is aan de eisen van artikel 53 Fw. De moedervennootschap stelt dat de vordering op de dochtervennootschap (naheffingsaanslag loonbelasting) wel vóór de faillietverklaring is ontstaan, maar dat dit niet geldt voor de (terugbetalingsverplichting wegens de) op nihil gestelde aanslag Vpb 2015. Op grond van

artikel 11 lid 4 AWR ontstaat een vordering/schuld uit hoofde van de Vpb pas *na afloop* van het tijdvak waar de aanslag betrekking op heeft, dus in casu op 1 januari 2016. Toen was de dochtervennootschap reeds failliet, zodat niet kan worden verrekend, aldus de moeder.

Ook voert de moedervernootschap (onder meer) aan dat haar dochter ten tijde van de verrekeningsverklaring van de Ontvanger reeds ontbonden was en dus niet meer bestond. Een vordering op een niet-bestaande vennootschap kan niet meer worden geïnd – ook niet door verrekening – zo stelt zij.

De Belastingdienst voert op alle punten verweer.

De rechtbank stelt bij de beoordeling voorop dat ‘binnen faillissement’ inderdaad óók bij verrekening op grond van artikel 24 Iw tevens voldaan moet zijn aan de eisen van artikel 53 Fw. De rechtbank concludeert evenwel dat artikel 53 Fw in dit geval toepassing mist, om twee redenen. Ten eerste omdat het faillissement van de dochtervennootschap opgeheven is en de Faillissementswet alleen toepassing vindt zo lang het faillissement duurt. Ten tweede omdat de verrekening in casu niet wordt ingeroepen tegen de (voorheen) gefailleerde dochtervennootschap, maar tegen de moedervernootschap zelf, die niet failliet is.

Met betrekking tot het verweer dat een vordering op een niet-bestaande vennootschap niet meer geïnd kan worden, overweegt de rechtbank eveneens dat de vordering niet geïnd wordt bij de dochtervennootschap, maar bij de moedervernootschap, die wel bestaat. Artikel 24 Iw maakt dat mogelijk in het geval van een fiscale eenheid. Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis bij artikel 24 Iw overweegt de rechtbank dat het niet past bij het doel van artikel 24 Iw om aan te nemen dat de verrekeningsbevoegdheid wegvalt bij ontbinding van de gefailleerde rechtspersoon. Artikel 24 Iw beoogt juist te voorkomen dat belastingsschulden verloren gaan door faillissement.

Wenk

Artikel 24 lid 1 (vierde en vijfde volzin) Iw bepaalt dat de Belastingdienst in het geval van een fiscale eenheid een schuld aan de ene rechtspersoon kan verrekenen met een vordering op een ander die deel uitmaakt van de fiscale eenheid. Zonder deze bijzondere wettelijke regeling, zou de Belastingdienst alleen vorderingen en schulden ter zake van dezelfde (rechts)persoon met elkaar in verrekening kunnen brengen. Dit wordt wel het ‘wederkerigheidsvereiste’ genoemd.

In het hierboven samengevatte vonnis overweegt de rechtbank nadrukkelijk dat de vierde en vijfde volzin van artikel 24 lid 1 Iw bij een fiscale eenheid alleen het wederkerigheidsvereiste uitschakelen. Bij verrekening van een schuld aan een gefailleerde belastingsschuldige moet

verder wel aan alle andere vereisten van artikel 53 Fw voldaan zijn.

Zoals artikel 24 Iw voor de Belastingdienst het wederkerigheidsvereiste uitschakelt in het geval van een fiscale eenheid, kunnen privaatrechtelijke partijen het wederkerigheidsvereiste contractueel uitschakelen als ze dat willen. Recent heeft de Hoge Raad (arrest van 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789) nog eens buiten twijfel gesteld dat een contractuele uitschakeling van het wederkerigheidsvereiste – net als artikel 24 lid 1 Iw – ook zijn werking behoudt in geval van faillissement, maar dat alle andere vereisten van artikel 53 Fw onverkort blijven gelden.

I.F.M. Lakwijk, november 2019

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 01-11-2019

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2019:4876

Zaaknummer: NL19.10987

Rechters: P.F.A. Bierbooms

Advocaten: D.G. Barmantlo en E.E. Schipper

Wetsartikelen: 24 IW 1990 en 53 Fw

RECHTSPRAAK

Ontbonden VOF wordt failliet verklaard, omdat niet blijkt dat de vereffening is voltooid.

Twee verzoekers vragen het faillissement aan van een ontbonden vennootschap onder firma (VOF). Uit het exploit waarmee de VOF is opgeroepen, blijkt dat de VOF inmiddels is 'opgeheven'. In een arrest uit 2009 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een VOF failliet verklaard kan worden, zolang de vereffening niet is voltooid (HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK3574, vergelijk art. 2:19 lid 6 BW). Verzoekers stellen dat de vereffening nog niet is voltooid. De VOF is niet verschenen en voert dus ook geen verweer. Nu de vereffening kennelijk anderhalve maand voor de faillissementsaanvraag niet was voltooid en niet is aangevoerd dat de VOF inmiddels is vereffend, spreekt de rechtbank het faillissement uit. Mr. Van Dalen wordt aangesteld als curator.

H.J. de Kloe, november 2019

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 15-10-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:5261

Zaaknummer: C/16/19/507 F

Rechters: P.J. Neijt

Advocaten: G.W. Weenink

Wetsartikelen: 1 Fw en 6 Fw

RECHTSPRAAK

De curator is niet persoonlijk aansprakelijk wegens het tenuitvoerleggen van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis dat in hoger beroep wordt vernietigd.

Aan het onderhavige arrest ligt een geschil over een auto ten grondslag. De desbetreffende auto was eigendom van de failliet. De aankoop van de auto was gefinancierd door middel van een leaseovereenkomst met een leasemaatschappij. Bij het aflopen van deze eerste leaseovereenkomst had de leasemaatschappij een restvordering. Dit bedrag werd gefinancierd door middel van een tweede leaseovereenkomst met ABN Amro (hierna: de Bank). Tot zekerheid van de vordering van de Bank werd een pandrecht op de auto gevestigd en stelde de enig (middelijk) bestuurder en aandeelhouder (hierna: de Bestuurder) zich hoofdelijk aansprakelijk.

Op datum faillissement lag overwaarde besloten in de auto; de auto was ongeveer € 18.000 waard, terwijl de geseceerde vordering van de Bank € 9.100 bedroeg. Tussen de curator en de Bestuurder vonden gesprekken plaats over de auto. De Bestuurder stelt zich op het standpunt dat op enig moment met de curator is overeengekomen dat hij de eigendom van de auto zou verkrijgen als hij de vordering van de Bank zou voldoen. De Bestuurder voldoet dan ook de vordering van de Bank. De curator betwist dat enige afspraak zou zijn gemaakt met betrekking tot de auto en stelt zich op het standpunt dat deze tot de boedel behoort.

De curator legt vervolgens conservatoir beslag en start een procedure met betrekking tot de auto. Bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis oordeelt de Rechtbank Zutphen dat de auto tot de boedel behoort. De curator gaat tot executie over en verkoopt de auto aan een derde. Het vonnis wordt in hoger beroep echter vernietigd, met veroordeling van de curator in de proceskosten. Volgens het hof mocht de Bestuurder ervan uitgaan dat met de curator was afgesproken dat hij de eigendom van de auto zou verkrijgen als hij de vordering van de Bank zou voldoen. De boedel bood echter geen verhaal voor de proceskosten waartoe de curator was veroordeeld, de schade die de Bestuurder had geleden als gevolg van het – achteraf gezien – onrechtmatig gelegde beslag en het verlies dat de Bestuurder had geleden als gevolg van de verkoop van de auto.

De Bestuurder zoekt redres in de vorm van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. De Bestuurder vangt bot bij zowel rechtbank als hof. Het hof toetst aan de Maclou-norm en stelt voorop dat voor persoonlijke aansprakelijkheid vereist is dat de curator persoonlijk een verwijt gemaakt kan worden. Volgens het hof kan de curator ten aanzien van de verkoop van de auto geen persoonlijk verwijt gemaakt worden. Van de curator mag bij de vereffening van de boedel voortvarendheid worden verwacht en de mogelijkheid van vernietiging van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis hoeft hem niet van tenuitvoerlegging van dat vonnis te weerhouden. Van een regel als bedoeld in *Prakke/Gips* is volgens het hof geen sprake. De risicoaansprakelijkheid voor de beslaglegger en executant geldt volgens het hof voor de curator in hoedanigheid en niet voor de curator persoonlijk. Ook ten aanzien van het niet separeren van de opbrengst van de auto kan de curator geen verwijt gemaakt worden, aldus het hof. Hier bestond volgens het hof geen aanleiding toe. Volgens het hof had de Bestuurder de curator ook niet verzocht de opbrengst te separeren.

J.F. Fliek, november 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 01-10-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:7950

Zaaknummer: 200.222.672

Rechters: L.J. de Kerpel-van Poel, C.G. ter Veer en J.H. Steverink

Advocaten: A. Robustella en F.B.A.M. van Oss

RECHTSPRAAK

Westduin/Jamiti

Faillietverklaring van Westduin B.V. blijft in stand omdat de vordering van aanvrager door Westduin B.V. is erkend en uit de na faillietverklaring overgelegde overeenkomst (waarmee alle crediteuren zouden kunnen worden voldaan) niet blijkt dat het te ontvangen bedrag ter vrije beschikking van gefailleerde staat én nu niet is gebleken dat de financier in staat is een dergelijk bedrag te betalen.

De rechtbank heeft Westduin op 1 oktober 2019 in staat van faillissement verklaard omdat zij in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. Daartoe heeft de rechtbank – kort weergegeven – overwogen dat Westduin B.V. ('Westduin') de vordering van aanvrager, Jamiti B.V. ('Jamiti'), heeft erkend tot een bedrag van € 255.000, maar ondanks diverse toezeggingen nog geen enkele betaling heeft verricht. Daarbij heeft Westduin onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij binnen afzienbare tijd tot betaling van dit bedrag zal overgaan.

Westduin kan zich met het oordeel van de rechtbank niet verenigen en gaat in beroep. Westduin voert daartoe het volgende aan. Westduin betwist dat zij in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen. Het valt te verwachten dat Westduin binnen afzienbare tijd de vordering van Jamiti en de steunvordering zal betalen.

De bestuurder van Westduin (hierna: 'A') heeft kort voorafgaand aan de zitting bij het hof een overeenkomst gesloten tot de verkoop en levering van onroerend goed. A zou daarmee in staat zijn alle schulden te voldoen van hem in privé en Westduin. Westduin verzoekt het hof tot aanhouding om de bestuurder in de gelegenheid te stellen deze overeenkomst uit te voeren.

Het hof overweegt dat uit de overeenkomst die A (als bestuurder en aandeelhouder van Westduin) heeft gesloten, in het geheel niet blijkt dat A de te ontvangen € 9.000.000 mag aanwenden om de schulden van Westduin en A af te lossen. In de door A ter zitting overgelegde overeenkomst staat expliciet dat de € 9.000.000 wordt gestort op de rekening van de advocaat van A die de gelden vervolgens vrijgeeft 'voor het passeren van de akte bij de notaris etc'. Hieruit kan niet worden afgeleid dat deze gelden ter vrije beschikking van A staan.

Evenmin is gebleken van financiële zekerheden dat de financier in staat is om € 9.000.000 voor de percelen te betalen. Nu de overeenkomst te veel onzekerheden en onduidelijkheden kent en het verzoek tot aanhouding ook voor het overige onvoldoende onderbouwd is, wijst het hof het verzoek tot aanhouding af.

Volgens het hof staat vast dat A de vordering van Jamiti tot een bedrag van € 255.000 heeft erkend, waarmee het vorderingsrecht van de aanvrager is gegeven. Voorts heeft A ter zitting verklaard meerdere schuldeisers te hebben. Hiermee is ook de pluraliteit van schuldeisers genoegzaam komen vast te staan. A laat deze schuldeisers al geruime tijd onbetaald. Hierbij zijn aan Jamiti meerdere toezeggingen gedaan om alsnog te betalen, welke toezeggingen nimmer zijn nagekomen. De overeenkomst tot verkoop van onroerend goed kan A op dit punt evenmin helpen, nu deze overeenkomst te veel onzekerheden kent, zodat evenmin voldoende aannemelijk is geworden dat € 9.000.000 beschikbaar komt om schuldeisers te voldoen. Het hof oordeelt dat summierlijk is gebleken dat Westduin verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen en laat het faillissement in stand. Ook het faillissement van de bestuurder en aandeelhouder van Westduin blijft in stand (zie ECLI:NL:GHARL:2019:9559).

J.D. van den Dolder, november 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:9558

Zaaknummer: 200.267.354/01

Rechters: I. Tubben, M.A.L.M. Willems en W.P.M. ter Berg

Advocaten: A.F.I. Derby en K. Boukema

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Noteboom q.q./X

Is de vordering van een failliete kleindochter op haar grootmoeder vóór faillissement tenietgegaan als gevolg van schuldoverneming door een andere groepsvennootschap? De jaarrekeningen van de groepsmaatschappijen overtuigen niet.

Binnen een groep staat verweerster ('Moeder') aan het hoofd. Een van haar kleindochters ('Kleindochter') is op 11 april 2017 gefailleerd. Volgens de curator heeft Kleindochter nog een vordering op Moeder van vóór datum faillissement ter hoogte van € 130.000 ('Vordering'). Tussen partijen staat vast dat Kleindochter de Vordering op Moeder op 28 oktober 2014 heeft verkregen. Per die datum is de Vordering als rekening-courantvordering van Kleindochter op Moeder in de administraties van beide vennootschappen geboekt.

De curator baseert zijn vordering op de grootboekrekeningen van Kleindochter van 2015 en 2016, die door de boekhouder van Moeder zijn opgesteld. Daaruit volgt dat de Vordering daags voor het faillissement bestond. Daarnaast blijkt de Vordering uit conceptrekening-courantoverzichten per 26 juli 2017, die zijn opgesteld door de accountant van Moeder.

Moeder stelt dat de grootboekrekeningen niet de werkelijke situatie weergeven. De schuld van Moeder op Kleindochter zou in 2014 zijn overgenomen door een van haar dochters ('Dochter'). Op datum faillissement was het saldo van de rekening-courantverhouding tussen Moeder en Kleindochter nihil. Volgens Moeder werden de rekening-courantverhoudingen binnen de groep jaarlijks gladgetrokken, met uitzondering van de rekening-courantverhouding van Dochter, door middel van schuldoverneming. Slechts Dochter zou dus vorderingen hebben op Moeder. Deze schuldovernemingen werden niet schriftelijk vastgelegd (vgl. art. 6:155 BW), maar zouden onder meer blijken uit de jaarrekeningen van Moeder, Dochter en Kleindochter van 2014.

Moeder dient te stellen en zo nodig te bewijzen dat sprake is geweest van schuldoverneming. De rechtbank overweegt dat aan jaarrekeningen geen dwingende bewijskracht toekomt, ook niet wanneer deze (vrijwel allemaal) door een accountant zijn goedgekeurd en gedeponeerd. Andere schriftelijke bewijsmiddelen zijn niet in het geding gebracht. De rechtbank neemt wel

de beantwoording van vragen van de curator aan de accountant mee in haar beoordeling.

Vervolgens stelt de rechtbank vast dat de verklaringen van de accountant van Moeder tegenstrijdig zijn én niet stroken met de stellingen van Moeder. De Moeder stelt dat haar grootboekadministratie werd bijgehouden door haar boekhouder, terwijl het gladtrekken van de rekening-courantverhouding door de accountant werd verwerkt bij het opstellen van de jaarrekeningen. Hoewel dit gladtrekken volgens Moeder al sinds 2003 gebeurde, zou de accountant dit meerdere jaren niet aan de boekhouder (ter aanpassing van de grootboekrekeningen) hebben doorgegeven. De rechtbank acht het niet aannemelijk dat zowel de boekhouder als de accountant deze tegenstrijdigheid meerdere jaren over het hoofd hebben gezien, temeer omdat Moeder geen grootboekrekeningen heeft overgelegd waaruit het gladtrekken in eerdere jaren blijkt en ervoor heeft gekozen om noch haar boekhouder noch haar accountant mee te nemen naar de zitting.

Ten slotte vindt de rechtbank relevant dat Moeder namens verschillende groepsvennootschappen vorderingen uit hoofde van rekening-courant heeft ingediend in het faillissement van Kleindochter. Dit wordt tegenstrijdig geacht met de stelling dat de rekening-courantverhoudingen werden gladgetrokken.

De rechtbank concludeert dat Moeder haar beroep op schuldoverneming onvoldoende heeft onderbouwd, omdat de jaarrekeningen waarnaar Moeder verwijst zowel onverklaarde onduidelijkheden bevatten als inconsistent en tegenstrijdig zijn. De vordering wordt daarom toegewezen.

J.E. van Nuland, november 2019

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-10-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:4985

Zaaknummer: 19.1018

Rechters: H.A. Brouwer

Advocaten: W. Plessius en R.R.M. van den Heuvel

Wetsartikelen: 6:155 BW en 157 Rv