

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 16, 2019

Nummer 16, 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:2019:1917](#) 06-12-2019

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:1912](#) 06-12-2019

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:1909](#) 06-12-2019

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:4359](#) 10-12-2019

Enquête Estro

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:10171](#) 26-11-2019

BOD Totaalinstallateur/X

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3014](#) 19-11-2019

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:4062](#) 12-11-2019

X/Groenewegen q.q.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:8432](#) 15-10-2019

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:9066](#) 14-10-2019

X/Ontvanger

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:3659](#) 03-10-2019

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:7731](#) 24-09-2019

Schol q.q./X

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:6937](#) 27-08-2019

Stichting UBC/Beekman q.q.

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:9209](#) 27-11-2019

Curator FB Process Equipment B.V. /Proton Ventures Engineering B.V.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:9240](#) 19-11-2019

Waflooma/Van den Berg Jeths q.q.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:9355](#) 11-11-2019

Failliet/Staat, rechter-commissaris en curator

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2019:4626](#) 30-10-2019

Victoria Beheer/Vrijheid Apeldoorn

RECHTSPRAAK

Bestuurder is niet aansprakelijk voor het onbetaald blijven van een vordering na turboliquidatie van een Stichting Beheer Derdengelden omdat uit getuigenverhoren blijkt dat de vordering contant is voldaan aan de bestuurder van de schuldeiser.

Euro Maksim Plaza B.V. ('EMP') houdt mevrouw X aansprakelijk omdat zij als bestuurder van een Stichting Beheer Derdengelden ('de Stichting') is overgegaan tot een turboliquidatie van de Stichting, terwijl zij wist of behoorde te weten dat de Stichting aan EMP nog een bedrag van in hoofdsom € 4.500 schuldig was. Volgens EMP was mevrouw X persoonlijk gehouden om te zorgen dat die verplichting van de Stichting werd voldaan. Mevrouw X heeft als verweer gevoerd dat de Stichting op 16 oktober 2006 op verzoek van EMP, bij monde van haar bestuurder/groootaandeelhouder, € 4.500 heeft betaald aan deze bestuurder. Daarom zou EMP geen schade hebben geleden door de turboliquidatie. De betaling zou zijn gedaan door de heer Y, de voormalige kantoorgenoot en echtgenoot van mevrouw X. De heer Y is in de procedure als getuige gehoord. Hij heeft verklaard dat de bestuurder van EMP op vrijdag 13 oktober 2006 het kantoor van de heer Y heeft bezocht en om geld heeft gevraagd, dat hij op maandag 16 oktober 2006 wederom op kantoor is geweest en toen een bedrag van € 4.500 in ontvangst heeft genomen dat direct daarvoor contant was opgenomen door de heer Y en mevrouw X. De bestuurder van EMP is tevens als getuige gehoord en heeft als zodanig verklaard dat hij inderdaad op vrijdag 13 oktober 2006 op het kantoor van de heer Y is geweest omdat hij hoopte geld te ontvangen, maar dat hij op 16 oktober 2006 niet op kantoor is geweest en geen geld heeft ontvangen. Het hof gaat ervan uit dat een van de partijen bewust niet de waarheid spreekt, nu zij elkaar vierkant tegenspreken.

Voor de juistheid van de stelling dat de bestuurder op 16 oktober 2006 € 4.500 heeft ontvangen, is steun te vinden in de verklaring van de heer Y, aangevuld met de daarmee in essentie overeenstemmende partijgetuigenverklaring van mevrouw X, alsmede de eerder door hen afgelegde verklaringen. Daartegenover staan enkele omstandigheden, waaronder de omstandigheid dat de heer Y van verschillende cliënten zonder hun toestemming gelden van de derdenrekening heeft opgenomen en (onder meer) daarvoor strafrechtelijk is veroordeeld. Dit levert volgens het hof grond op voor terughoudendheid bij het beoordelen van zijn

verklaringen met betrekking tot de feiten die in deze procedure aan de orde zijn. Daarbij neemt het hof wel in aanmerking dat het strafvonnis niet ingevolge artikel 161 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dwingend bewijs oplevert in deze procedure, nu gesteld noch gebleken is dat het strafvonnis in kracht van gewijsde is gegaan en het voorts andere feiten betreft. De terughoudendheid geldt niet voor de verklaringen van mevrouw X. Dan komt het hof bij de verklaring van de bestuurder, die heeft verklaard dat hij op 16 oktober 2006 geen geld voor EMP heeft ontvangen van de heer Y. De inhoud van deze verklaring roept sterke twijfel op over de betrouwbaarheid ervan. Om te beginnen valt op dat de verklaring van de bestuurder over de gebeurtenissen op vrijdag 13 oktober 2006 niet alleen afwijkt van een eerdere verklaring, maar ook onwaarschijnlijk voorkomt. Daarnaast verwijst het hof naar een eerder vonnis (over een andere kwestie maar tussen dezelfde partijen) waarin de verklaring van de bestuurder van EMP ongeloofwaardig is bevonden door de rechtbank.

Voorts heeft EMP nog aangevoerd dat de handtekening op het kasopnamebewijs bij de bank niet van mevrouw X afkomstig is, hetgeen haar verklaring dat zij bij de kasopname aanwezig was, zou ontkrachten. Hier is niet van toepassing de regel van artikel 159 lid 2 Rv dat een onderhandse akte waarvan de ondertekening stellig wordt ontkend door de partij tegen welke zij dwingend bewijs zou leveren, geen bewijs oplevert zolang niet bewezen is van wie de ondertekening afkomstig is. Degene die de handtekening hier stellig ontkent, is immers EMP, en zij is geen partij tegen wie het kasopnamebewijs op grond van artikel 157 lid 2 Rv dwingend bewijs zou leveren (dat zijn de heer Y, mevrouw X en de Stichting). Nu EMP zich erop beroept dat de handtekening op het kasopnamebewijs niet door mevrouw X is geplaatst, hetgeen mevrouw X van haar kant betwist, rust op EMP de bewijslast van haar stelling. EMP heeft een rapport in het geding gebracht waaruit zou blijken dat de geplaatste handtekening niet de echte handtekening van mevrouw X betreft. De voorlopige conclusies van de rapporteurs brengen echter volgens het hof niet mee dat EMP bewijs heeft geleverd van haar betwiste stelling dat mevrouw X geen handtekening heeft geplaatst op het kasopnamebewijs. Het hof verwerpt die stelling derhalve. De slotsom is dat het hof bewezen acht dat de bestuurder van EMP op 16 oktober 2006 een bedrag van € 4.500 heeft ontvangen van de heer Y. Dat brengt mee dat de vordering van EMP tegen mevrouw X niet slaagt.

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

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 19-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:3014

Zaaknummer: 200.202.312/01

Rechters: F.R. Salomons, A.D. Kiers-Becking en B.R. ter Haar

Advocaten: M. de Boorder

Wetsartikelen: 159 lid 2 Rv en 157 lid 2 Rv

RECHTSPRAAK

X/Ontvanger

Faillissement blijft in hoger beroep in stand omdat er onvoldoende liquide middelen zijn om de schulden te betalen. Los van de vraag wat daarvan de rechtsgevolgen zouden zijn, concludeert het hof dat de Ontvanger het faillissement niet rauwelijks heeft aangevraagd.

Op verzoek van de Ontvanger is een vennootschap failliet verklaard. De vennootschap gaat in hoger beroep tegen de faillietverklaring. Het vorderingsrecht van de Belastingdienst wordt niet betwist. Ook lijkt niet betwist te worden dat sprake is van pluraliteit van schuldeisers. Wel stelt de vennootschap dat zij niet verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen, omdat de vennootschap een aanzienlijke debiteurenportefeuille heeft en een betrokken partij aanzienlijke overwaarde heeft op een woning (vermoedelijk gaat het om de DGA, maar door de anonimisering van de uitspraak is dat niet volstrekt duidelijk, omdat het in de uitspraak gaat over '[appellante] en haar echtgenoot'. Artikel 2:5 BW brengt niet met zich dat een rechtspersoon in het huwelijk kan treden, dus het lijkt hier niet te gaan over de vennootschap zelf).

Het hof overweegt dat de vennootschap in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden met betalen, omdat zij al een aantal jaar een belastingschuld heeft en ook diverse andere vorderingen onbetaald laat. De stellingen ten aanzien van de debiteuren zijn onvoldoende onderbouwd en er is voldoende mogelijkheid geweest om de overwaarde op de woning te benutten. Nu dat niet is gebeurd en de vennootschap onvoldoende liquide middelen heeft om haar schulden te betalen, wordt een verzoek tot aanhouding afgewezen en laat het hof het faillissement in stand.

De vennootschap heeft nog aangevoerd dat de Ontvanger het faillissement rauwelijks heeft aangevraagd. Deze stelling wordt, onder de toevoeging 'nog daargelaten wat daarvan de rechtsgevolgen zouden zijn', verworpen. De Ontvanger heeft de vennootschap voldoende gelegenheid heeft gegeven een oplossing te vinden voor haar belastingschulden.

H.J. de Kloe, december 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 14-10-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:9066

Zaaknummer: 200.265.777

Rechters: B.J. Engberts, H.C. Frankena en D. Stoutjesdijk

Advocaten: H. Giard en E.E. Schipper

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Stichting UBC/Beekman q.q.

Vermoeden artikel 2:248 lid 2 BW ontzenuwd; wel aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW.

Nowa Wies B.V. is eigenaar van een tweetal appartementsrechten, die worden verhuurd ten behoeve van de exploitatie van een seksclub. Enig aandeelhouder en bestuurder van Nowa Wies B.V. is de stichting UBC. De stichting heeft twee natuurlijke personen als bestuurders.

In 2005 heeft Nowa Wies B.V. geld geleend van drie vennootschappen. Ter zekerheid zijn rechten van hypotheek op de appartementsrechten gevestigd. In 2008 verklaart Nowa Wies B.V. dat zij een bedrag van € 44.159,70 verschuldigd is, dat de rente 20% bedraagt en dat een boete van 2% verschuldigd wordt over de hoofdsom bij niet-tijdige betaling van rente en/of aflossing. Nadat in 2011 de vergunning voor exploitatie van de seksclub is ingetrokken, komt er een nieuwe huurder die zich voor vijf jaar vastlegt en die op 1 februari 2013 een vergunning krijgt voor het exploiteren van een seksclub. In februari 2013 heeft deze nieuwe huurder de overeengekomen huur van € 4.500 betaald; daarna is in juli, september en oktober steeds € 2.000 betaald ter zake van huur over de maanden augustus, september en oktober.

Nadat (kennelijk) niet meer aan de verplichtingen uit de leningen wordt voldaan, vinden verschillende procedures plaats tussen de partijen bij de leningsovereenkomst. Voorts heeft de huurder de huur op 1 november 2013 per direct opgezegd, waarmee Nowa Wies B.V. akkoord is gegaan. Op 14 mei 2014 is Nowa Wies B.V. gefailleerd. In deze procedure spreekt de curator de (indirect) bestuurders aan op de voet van artikel 2:248 BW en artikel 2:9 BW.

Ten aanzien van de vordering uit artikel 2:248 BW is van belang dat de openbaarmakingsplicht van de jaarrekening en de administratieplicht niet zijn nagekomen. Daarmee staat op grond van lid 2 vast dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd door UBC en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. UBC stelt als andere oorzaak van het faillissement dat er oplopende schulden waren en nauwelijks tot geen inkomsten. De eerste huurder van de appartementen moest op enig moment de exploitatie van de seksclub staken en ook daarvoor was de betaling van de huurpenningen reeds grillig. Hierdoor kon Nowa Wies B.V. niet steeds de rente en aflossing op de lening betalen. De schuld

liep hierdoor snel op. Zelfs wanneer de nieuwe huurder de vanaf dat moment verschuldigde huur volledig zou zijn gaan betalen, was het faillissement onafwendbaar geweest, aldus UBC. Het hof oordeelt dat daarmee het vermoeden van lid 2 genoegzaam is weerlegd. De curator heeft voorts niet voldoende gesteld dat (daarmee?) sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur door UBC. De vordering ex artikel 2:248 BW ketst daarop af.

De vordering uit artikel 2:9 BW biedt de curator wel soelaas. Het hof oordeelt dat UBC ernstig verwijtbaar heeft gehandeld door in te stemmen met het per direct opzeggen van de huur terwijl de huurovereenkomst voor vijf jaar was afgesloten en dus nog geruime tijd doorliep. Dit klemde des te meer daar de huurinkomsten op dat moment de enige inkomsten van de vennootschap waren. UBC heeft zich voorts niet vergewist van de financiële positie van de huurder, noch van alternatieven voor de huurbeëindiging. Er was tot slot geen uitzicht op een nieuwe huurder. Voor zover Nowa Wies heeft ingestemd met een verlaging van de huur van € 4.500 per maand naar € 2.000 per maand, geldt m.m. hetzelfde. Ook ernstig verwijtbaar is dat er diverse pinopnamen ten belope van € 5.900 gedaan zijn van de bankrekening van de vennootschap zonder dat duidelijk is waaraan deze bedragen zijn besteed.

Voor het bepalen van de hoogte van de schade wordt naar de schadestaat verwezen. Met name lijkt interessant de begroting van de door de vennootschap geleden schade veroorzaakt door het instemmen met de opzegging van de huur.

O. Oost, december 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 27-08-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:6937

Zaaknummer: 200.221.455/01

Rechters: B.J. Engberts, S.M. Evers en B.F. Assink

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en M.E. van der Lee-Klein Rot

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Estro

Ondernemingskamer gelast onderzoek naar (wan)beleid en gang van zaken bij Estro Groep.

Catalpa dreef via haar dochtervennootschappen een onderneming die zich bezighield met kinderopvang. In het voorjaar van 2010 was Benca de enig aandeelhouder en bestuurder van Catalpa. Benca en diens aandeelhouder Aplatac werden bestuurd door de personen A, C en D. De personen A en C hielden geen aandelen of certificaten in Aplatac. Met hen was een bonusregeling overeengekomen, op grond waarvan zij ieder recht hadden op een bonus van ongeveer een half procent van de *net adjusted equity Value* van Catalpa indien, kort gezegd, Benca haar aandelen in Catalpa zou overdragen. In de periode augustus 2010 tot december 2010 werd Catalpa bestuurd door de personen A, B, C en D.

In het voorjaar van 2010 is de aandeelhouder een proces gestart gericht op verkoop van haar belang in Catalpa, waarbij meerdere potentiële bidders zijn benaderd. Op 21 juni 2010 hebben vijf kandidaten een bod uitgebracht op de aandelen in Catalpa, nadat zij toegang hadden gekregen tot een digitale dataroom. Met de drie hoogste bidders heeft de aandeelhouder verder onderhandeld. Uiteindelijk is gekozen voor het bod van Providence, inhoudende dat de koopsom van circa € 507 miljoen werd gefinancierd door eigen en vreemd vermogen. Daarnaast wenste Providence dat de personen A en C ieder ook zelf zouden investeren in Catalpa. Op 5 juli 2010 heeft de aandeelhouder een koopovereenkomst gesloten met een door Providence nieuw opgerichte vennootschap, NCC. Deze vennootschap zou na de overname worden gefuseerd met Catalpa. Onderdeel van de financieringsstructuur was een 'debt push down', oftewel het doorschuiven van een deel van de acquisitieschuld naar Catalpa. Providence wilde dat Catalpa direct na de closing zou toetreden als kredietnemer en garant van de bankfinanciering. Het bestuur van Catalpa heeft vervolgens een financieel adviseur ingeschakeld om te adviseren over de voorgestelde financieringsstructuur. Uit de eerste bevindingen bleek dat de financiering redelijk conservatief was gestructureerd. Op 13 augustus 2010 verlangde Providence een 'comfort letter' van het bestuur waarin het zou bevestigen dat het relevante informatie had ontvangen, dat het een financieel adviseur had geïnstrueerd om daarnaar te kijken en dat het bestuur op die basis bereid was om het bestuursbesluit te nemen

met betrekking tot de financiering. Deze ‘comfort letter’ is op 16 augustus 2010 ondertekend. Op diezelfde dag hebben de personen A en C een overeenkomst getekend op grond waarvan zij in persoon gingen participeren in Catalpa. Kort daarna zijn de aandelen aan NCC geleverd. Persoon D ontving een bedrag van € 7,5 miljoen voor zijn belang in Catalpa. Ook is de bonusregeling van A en C geëffectueerd, resulterend in een uitkering van ruim € 1,8 miljoen bruto aan C en € 998.000 bruto aan A. Op 18 augustus is een raad van commissarissen benoemd, die het bestuursbesluit tot het toetreden van de bankfinanciering heeft bekrachtigd. Op 8 december 2010 is Catalpa als verdwijnende vennootschap gefuseerd met NCC als verkrijgende vennootschap. Als gevolg van de juridische fusie ging het gehele vermogen van Catalpa onder algemene titel over op NCC, waarvan de naam werd gewijzigd in Catalpa Holding B.V. De Providence lening was als gevolg van de juridische fusie niet langer een schuld van de aandeelhouder van Catalpa, maar een schuld van de onderneming zelf. In mei 2011 is de naam van de vennootschap gewijzigd in Estro Groep en op 5 juli 2014 is Estro Groep in staat van faillissement verklaard. Voorts is van belang dat de Belastingdienst in 2014 te kennen heeft gegeven dat de rente op de Providence lening niet aftrekbaar is van het resultaat van de onderneming.

De curator heeft gesteld dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Estro Groep met betrekking tot de verkoop van alle aandelen in Catalpa aan Providence in augustus 2010 en de daarop volgende fusie tussen Catalpa en NCC. Ten eerste stellen de bestuurders en commissarissen dat de curator zijn recht om een onderzoek te verzoeken heeft verwerkt, nu het verzoek ruim vier jaar na faillietverklaring is gedaan. Dit verweer slaagt niet. Zeker in een omvangrijk faillissement als het onderhavige geldt niet snel dat de curator door tijdsverloop zijn recht verwerkt. Bovendien heeft de curator steeds aanvullende stukken bij de betrokkenen opgevraagd, waaruit volgde dat hij nog (steeds) bezig was met zijn onderzoek. Inhoudelijk overweegt de Ondernemingskamer als volgt. De stelling van de curator dat het bestuursbesluit van 16 augustus 2010 in strijd was met het verbod van artikel 2:98c BW is op zichzelf geen gegronde reden om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen, nu het bestuur is afgegaan op het advies van de met het oog daarop ingeschakelde deskundigen. De tweede stelling van de curator is dat het bestuur van Catalpa het Centraal Medezeggenschapsorgaan (CMO) bij herhaling onvolledig en onjuist heeft geïnformeerd over materiële onderdelen van de transactie. De Ondernemingskamer acht de voorlichting aan het CMO inderdaad minst genomen onvolledig, waardoor het CMO mogelijk op het verkeerde been is gezet. In de adviesaanvragen is geen eenduidige informatie over de voorgestelde ‘debt push down’ en de gevolgen daarvan voor de vennootschap opgenomen. Het onvoldoende respecteren van de medezeggenschapsrechten levert een gegronde reden op voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Catalpa. De derde stelling van de curator houdt in dat het bestuur van Catalpa geen kenbare, laat staan

een voldoende, afweging heeft gemaakt van de voor- en nadelen van de transactie om tot een gedegen besluitvorming te komen, terwijl de transactie Catalpa heeft opgezaaid met een aanzienlijke schuldenlast. De Ondernemingskamer overweegt dat er geen sprake was van een goed doorwerkte, onafhankelijke rapportage van adviseurs aan het bestuur. Het bestuur had uiteindelijk wel een financieel adviseur ingeschakeld, maar die moest onder ernstige tijdsdruk (drie dagen voor closing) en op basis van incomplete informatie een onderzoek uitvoeren. Het heeft er daarom alle schijn van dat het bestuur geen gedegen, integrale afweging van alle betrokken belangen bij de aan de overname onlosmakelijk verbonden financieringsconstructie heeft gemaakt, hetgeen wel zijn taak was. Het bestuur had bijvoorbeeld de voorwaarden van de financiering (15% rente) moeten analyseren alsmede het risico dat de rente niet fiscaal aftrekbaar zou blijken te zijn. De conclusie is dat ook het besluitvormingsproces van het bestuur rond de overname en de fusie een gegronde reden oplevert om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen. Tot slot overweegt de Ondernemingskamer dat de personen A en C een evident persoonlijk belang hadden bij het slagen van de overname, gezien de bonusafspraken die met hen waren gemaakt. Persoon D zou met zijn belang eveneens van de overname profiteren. Deze belangen waren zodanig substantieel dat betwijfeld kan worden of de bestuurders zich uitsluitend door het vennootschappelijke belang hebben laten leiden bij de keuzes die zij hebben gemaakt. Ook dit vormt een gegronde reden tot twijfel.

Uit hetgeen is overwogen volgt dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Estro Groep, die een onderzoek rechtvaardigen. De Ondernemingskamer beveelt daarom een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Estro Groep vanaf 1 januari 2009 tot 9 december 2010.

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

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:4359

Zaaknummer: 200.254.527/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar en A.J. Wolfs

Advocaten: S.W. van den Berg, J.J. van Hees, K. Rutten, M. Mussche, C.M. Tjoa, H.A. de Savornin Lohman, D.K. Baas, C. de Snelders-van Kamp, mr. J.E.P.A. van Hooff, R.D. Vriesendorp, T.L. Ticheloven en T.S. Jansen

Wetsartikelen: 2:345 BW

RECHTSPRAAK

De Hoge Raad beslist: een assurantieportefeuille is geen goed en is daarom niet te verpanden.

In een procedure tussen ING Bank en mr. J.M.A.J. Thielen in zijn hoedanigheid van curator van een vennootschap onder firma die een assurantiekantoor exploiteerde, zijn partijen sprongcassatie overeengekomen. De procedure draait om de vraag of failliet haar assurantieportefeuille aan ING Bank kon verpanden. De Rechtbank Gelderland oordeelde van niet. Omdat een assurantieportefeuille als zodanig niet overdraagbaar is, is aan een van de vereisten voor verpanding immers niet voldaan, aldus de rechtbank.

De Hoge Raad stelt in de eerste plaats vast dat er geen wettelijke definitie van een assurantieportefeuille bestaat. In cassatie heeft daarom als uitgangspunt te gelden de vaststelling van de Rechtbank Gelderland dat een assurantieportefeuille bestaat uit samenwerkingsovereenkomsten gesloten door een assurantietussenpersoon met verzekeraars, overeenkomsten van opdracht gesloten door een assurantietussenpersoon met verzekeringnemers en goodwill die bestaat uit de verwachting dat verzekeringnemers die klant zijn bij de assurantietussenpersoon in de toekomst nieuwe verzekeringen zullen afsluiten.

De Hoge Raad overweegt vervolgens dat een assurantieportefeuille niet als een individuele zaak of een individueel vermogensrecht heeft te gelden en daarmee niet kwalificeert als een goed als bedoeld in artikel 3:1 BW. Nu een assurantieportefeuille geen goed is, is verpanding ervan niet mogelijk, vgl. artikel 3:228 BW jo. 3:227 lid 1 BW. Dat een assurantieportefeuille een waarde vertegenwoordigt, kan worden verkocht en dat de onderdelen ervan afzonderlijk goederen (kunnen) zijn, doet daaraan niets af.

ING Bank heeft nog een beroep gedaan op artikel 4:103 Wft, maar dat beroep slaagt niet. Voornoemd artikel ziet volgens de Hoge Raad immers niet op een overdracht in goederenrechtelijke zin. Het argument van ING Bank dat de (financierings)praktijk behoefte heeft aan de mogelijkheid assurantieportefeuilles te verpanden kan haar evenmin baten. Verpandbaarheid van een assurantieportefeuille als samenstel van overeenkomsten en goodwill past volgens de Hoge Raad niet in het goederenrechtelijk stelsel.

Over de mogelijkheid tot verpanding van een assurantieportefeuille is in de afgelopen jaren veel geschreven en geprocedeerd (tot aan een mislukte poging tot prejudiciële vragen toe). De Hoge Raad heeft aan de onduidelijkheid over die mogelijkheid nu een einde gemaakt.

W.T.N. Vlasveld, december 2019

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 06-12-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:1909

Zaaknummer: 18/02869

Rechters: C.A. Streefkerk, T.H. den Tanja-van Broek, C.E. du Perron, M.J. Kroeze en H.M. Wattendorff

Advocaten: B.T.M. van der Wiel, A. Stortelder en J.H.M. van Swaaij

Wetsartikelen: 3:1 BW, 4:103 Wft, 3:2 BW, 3:6 BW, 3:228 BW en 3:227 BW

RECHTSPRAAK

Curator FB Process Equipment B.V. /Proton Ventures Engineering B.V.

In conventie moet rekening worden gehouden met het verrekeningsverweer ex artikel 53 Fw van de wederpartij van de failliet ten aanzien van tegenvorderingen die zij in reconventie heeft ingesteld, ook al is de reconventie ex artikel 29 Fw geschorst vanwege het faillissement. De rechtbank wijst het verrekeningsverweer evenwel af. Het gaat om onzekere (tegen)vorderingen als bedoeld in artikel 133 Fw, die volgens de rechtbank niet voor verrekening in aanmerking komen. Met wenk.

FB Process Equipment B.V. (de 'failliet') heeft voorafgaand aan haar faillissement een procedure aanhangig gemaakt tegen Proton Ventures Engineering B.V. ('Proton'). Daarin vordert zij betaling op grond van een aannemingsovereenkomst. Proton heeft op haar beurt in reconventie verschillende schadevorderingen ingesteld.

De procedure bevond zich op faillissementsdatum in staat van wijzen als bedoeld in artikel 30 Fw. Kort daarna heeft de rechtbank in een tussenvonnis de vorderingen van de failliet toegewezen. Verder heeft zij overwogen dat slechts twee van de tegenvorderingen van Proton voor toewijzing in aanmerking zouden kunnen komen, maar dat deze niet voldoende liquide zijn om ze dadelijk te verrekenen met haar schulden aan de failliet. Vanwege het faillissement wordt de procedure in reconventie daarna op de voet van artikel 29 Fw geschorst. In conventie wordt voortgeprocedeerd. De curator heeft deze zaak overgenomen nadat hij daartoe ingevolge artikel 27 Fw door Proton was opgeroepen.

De vraag die vervolgens opkomt, is of Proton (alsnog) een beroep op verrekening ex artikel 53 Fw toekomt ter zake van de tegenvorderingen die zij in de (geschorste) procedure in reconventie had ingesteld. De curator verweert zich hiertegen, maar de rechtbank oordeelt dat wel rekening moet worden gehouden met de vorderingen van Proton die niet bij tussenvonnis reeds als niet-toewijsbaar waren beoordeeld. Zij motiveert dit onder verwijzing naar vaste

rechtspraak dat artikel 53 Fw als doel heeft dat de schuldeiser of schuldenaar van de gefailleerde zeker kan zijn van de voldoening van zijn vordering door zijn schuld te verrekenen, terwijl zijn vordering anders vanwege het faillissement waarschijnlijk niet of slechts gedeeltelijk zou worden voldaan. De verrekeningsbevoegdheid tijdens faillissement is daarom ruimer dan daarbuiten. Niet voor verrekening in aanmerking komen echter onzekere vorderingen als bedoeld in artikel 133 Fw, aldus de rechtbank. Dit artikel bepaalt dat onzekere vorderingen wél kunnen worden geverifieerd, namelijk voor hun geschatte waarde.

Bij de inhoudelijke beoordeling van de tegenvordering stelt de rechtbank vervolgens vast dat de beide vorderingen van Proton als dergelijke '*dubbel*) onzekere tegenvorderingen' kwalificeren. Dubbel onzeker, omdat de schadeomvang niet vast staat én de vorderingen slechts bestaan onder de voorwaarde dat Proton daadwerkelijk aansprakelijk is voor die schade jegens een derde. Het verrekeningsverweer wordt daarom alsnog afgewezen.

Wenk

Het verweer van de curator lijkt in feite neer te komen op een beroep op artikel 6:136 BW, de zogenoemde liquiditeitscorrectie. Artikel 6:136 BW bepaalt dat de rechter een vordering kan toewijzen ondanks een beroep van de verweerder op verrekening, indien de gegrondheid van dit verweer niet op eenvoudige wijze is vast te stellen. Tijdens het faillissement komt de curator echter geen beroep toe op dit artikel, aldus het derde lid van artikel 53 Fw. De ratio hiervan is dat dit te zeer afbreuk zou doen aan de zekerheidsfunctie van artikel 53 Fw, waarnaar de rechtbank in dit vonnis ook verwijst. De schuldenaar die tevens een vordering op zijn schuldeiser wenst te verrekenen, zal er buiten faillissement dus goed aan doen om een reconventionele vordering in te stellen om een inhoudelijke beoordeling van die vordering af te dwingen. Dankzij artikel 53 lid 3 Fw is dat tijdens het faillissement niet nodig.

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

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 27-11-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:9209

Zaaknummer: C/10/518268 / HA ZA 17-34

Rechters: W.P. Sprenger

Advocaten: R. van der Jagt en H.E. Eelkman Rooda

Wetsartikelen: 53 Fw en 133 Fw

RECHTSPRAAK

Wafloma/Van den Berg Jeths q.q.

Derdenwerking van pandrecht op intellectuele-eigendomsrechten.

De onderhavige beschikking is gegeven op een verzoek ex artikel 3:251 lid 1 BW met betrekking tot verpande intellectuele-eigendomsrechten. De beschikking is relevant voor de vraag wanneer een niet-geregistreerd pandrecht op intellectuele-eigendomsrechten naar Nederlands (goederen)recht al of geen werking tegenover derden heeft. Deze samenvatting is tot dat aspect van de beschikking beperkt.

Wafloma B.V. (Wafloma) heeft als financier een vordering van ongeveer € 7.000.000 op de failliete hoofdelijk verbonden schuldenaren HJ Forever Patents B.V. en HJ Forever B.V. (de schuldenaren). Tot zekerheid van terugbetaling is een pandrecht gevestigd op bestaande en toekomstige intellectuele-eigendomsrechten van de schuldenaren (verschillende octrooien en octrooiaanvragen). Een aantal doch niet alle pandrechten op de octrooirechten en -aanvragen zijn in de relevante registers geregistreerd. Wafloma heeft verder ten tijde van deze procedure reeds via een gelieerde entiteit de inventaris, immateriële activa en het personeel van (de curator van) de schuldenaren overgenomen en vanaf de datum van faillissement de taken voor instandhouding van de octrooien voldaan. Om de doorstart van de onderneming van de schuldenaren te vervolmaken heeft Wafloma de voorzieningenrechter van de rechtbank te Rotterdam verzocht om te bepalen dat de onderwerpelijke octrooien en octrooiaanvragen voor een door de voorzieningenrechter vast te stellen bedrag aan pandhouder Wafloma mogen verblijven.

De curator heeft zich in het kader van dit verzoek onder andere verweerd met de stelling dat hij kwalificeert als derde en de niet-ingeschreven pandrechten op de intellectuele-eigendomsrechten om die reden niet tegen hem zouden kunnen worden ingeroepen. Op grond van artikel 67 lid 1 Rijksoctrooiwet 1995 werkt pandrecht op een octrooi (en naar in deze procedure wordt aangenomen tevens op een recht voortvloeiende uit een octrooiaanvraag) eerst tegenover een derde wanneer de vestigingsakte in het octrooiregister is ingeschreven. De registratie is – zo benadrukt de voorzieningenrechter – voor de vestiging van het pandrecht niet constitutief (r.o. 4.9 en 4.11). De achtergrond van de registratie-eis is bescherming van derden zonder bekendheid met de verpanding (vgl. Rechtbank 's-

Gravenhage 1 september 1999, *BIE* 2000, 52). De curator kwalificeert volgens de voorzieningenrechter niet als zodanig (r.o. 4.12). Dat is ten eerste omdat de curator in faillissement ingevolge artikel 23 en 68 Fw dezelfde vermogenspositie heeft als de schuldenaren zelf. De onderliggende presumptie is daarbij kennelijk dat wetenschap van de verpanding bij de schuldenaren in hun faillissement ook de curator wordt toegerekend. Ten tweede zouden de pandrechten de curator in het gegeven geval ook uit de administratie van de schuldenaren bekend zijn. Deze overwegingen van de voorzieningenrechter in r.o. 4.12 (tweede alinea) suggereren dat een curator in praktijk nooit als derde in de zin van artikel 67 lid 1 Rijksoctrooiwet 1995 zal kwalificeren, zelfs niet als hij feitelijk niet met de verpanding bekend was.

J.O. Bijloo, december 2019

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 19-11-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:9240

Zaaknummer: C/10/579029 / KG RK 19-963

Rechters: A.F.L. Geerdes

Advocaten: R. van der Pas en J.A.C. Smits

Wetsartikelen: 3:251 BW, 67 Rijksoctrooiwet 1995, 23 Fw en 68 Fw

RECHTSPRAAK

Failliet/Staat, rechter-commissaris en curator

De in verzekerde bewaring gestelde failliet delft het onderspit in een kort geding tegen de Staat, de rechter-commissaris en de curator.

Na talloze procedures delft de failliet (uit)eindelijk het onderspit in onderhavige zaak. Hoewel het geschreven vonnis erbarmelijke typo's bevat, is de inhoud bevredigend. De failliet, die al meerdere malen zijn verzekerde inbewaringstelling heeft aangevochten alsook tweemaal tot een wrakingsverzoek is overgegaan, probeert ook in dit kort geding weer zijn verzekerde inbewaringstelling aan te vechten. Verder wordt geprocedeerd over het vrij te laten bedrag en wat daaronder zou moeten vallen volgens de failliet. Hiertoe heeft de failliet maar liefst elf vorderingen geformuleerd.

De eerste vier vorderingen zien op de verzekerde inbewaringstelling. De failliet vordert zowel de rechter-commissaris als de curator te gebieden om aan de rechtbank voor te dragen hem uit de verzekerde inbewaringstelling te ontslaan ex artikel 88 Fw. Ook vordert de failliet om hen te verbieden een verzoek ex artikel 87 lid 3 Fw tot verlenging van de termijn van de verzekerde inbewaringstelling in te dienen. Voordat de rechtbank inhoudelijk meegaat in de verweren die zijn aangevoerd door de rechter-commissaris, de Staat en de curator, overweegt zij dat de rechter-commissaris als zodanig geen zelfstandige procesbevoegdheid heeft in een civiele procedure als gevolg waarvan hij niet kan worden gedagvaard. De failliet wordt dus niet-ontvankelijk verklaard in zijn tegen de rechter-commissaris ingestelde vorderingen.

Naast de rechter-commissaris en de curator heeft de failliet ook de Staat gedagvaard. Jegens de Staat worden echter geen vorderingen geformuleerd. Dat de Staat de tegen de rechter-commissaris ingestelde vorderingen heeft willen begrijpen als tegen de Staat ingestelde vorderingen, maakt dit niet anders, aldus de rechtbank. Hoewel de rechtbank inhoudelijk dus niet behoefde in te gaan op de vorderingen jegens de Staat en de rechter-commissaris, doet zij dit ter voorkoming van nog meer onnodige en herhalende procedures desalniettemin, maar uitdrukkelijk ten overvloede.

Wat de vorderingen ten aanzien van de verzekerde inbewaringstelling betreft, gaat de rechtbank mee met de verweren aangevoerd door de Staat, de rechter-commissaris en de

curator. De rechtbank is van oordeel dat de belangen van de failliet voldoende beschermd worden door de snelle rechtsgangen van artikel 87 en 88 Fw, die bovendien met voldoende waarborgen zijn omkleed. In dat verband is voor de voorzieningenrechter, gelet op de wettelijke verdeling van rechterlijke bevoegdheid, geen taak weggelegd. Het treffen van voorlopige voorzieningen in kort geding zou strijd opleveren met het gesloten stelsel van de Faillissementswet en deels neerkomen op het instellen van een verkapt rechtsmiddel. De failliet wordt niet-ontvankelijk verklaard in de vorderingen jegens de curator, welk lot de vorderingen jegens de Staat zouden delen als die waren ingesteld. Ook hier overweegt de rechtbank ten overvloede dat de vorderingen, in het geval de failliet wel ontvankelijk was geweest, waren afgewezen. Bij de vorderingen betreffende het ontslag ex artikel 88 Fw heeft de failliet geen rechtens te respecteren belang; hij kan immers zelf op de voet van artikel 88 Fw om ontslag vragen. Wat de vorderingen betreffende een verbod tot verlenging betreft, zou gelden dat deze te absoluut en te ruim zijn geformuleerd. De tekst dekt volgens de rechtbank namelijk alles wat in de toekomst nog kan gebeuren in het faillissement.

De overige door de failliet ingestelde vorderingen zien op het vrij te laten bedrag. Volgens de failliet geldt in faillissement ook de beslagvrije voet van artikel 475b Rv en artikel 45 AWIR, op grond waarvan beslag op zorgtoeslag niet mogelijk is. Volgens de failliet houdt de curator al twee jaar zijn volledige AOW-uitkering en de zorgtoeslag in en weigert de rechter-commissaris een vrij te laten bedrag vast te stellen of een voorziening in het levensonderhoud te treffen ex artikel 100 Fw. De failliet zou hierdoor niet in zijn eerste levensbehoeften kunnen voorzien en worden gedwongen om te lenen van familieleden. Ook stelt de failliet zich op het standpunt dat het inhouden van de inkomsten die hij ontvangt voor zijn tewerkstelling in de penitentiaire inrichting in strijd is met de redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid oplevert.

Ook hier trekt de failliet aan het kortste eind. Ingevolge artikel 20 jo. 21 jo. 100 Fw vallen de AOW-uitkering van de failliet en de gelden die voortvloeien uit de tewerkstelling van de failliet in de penitentiaire inrichting in de boedel. Dit zou slechts anders zijn wanneer de rechter-commissaris bepaalt dat deze gelden ingevolge artikel 21 dan wel artikel 100 Fw buiten het faillissement blijven, hetgeen in casu niet is gebeurd. Vaststaat dat de rechter-commissaris de verzoeken van de failliet inzake het vaststellen van het vrij te laten bedrag alsmede om diens AOW-uitkering buiten te boedel te houden, heeft afgewezen. Aan deze beslissingen lag telkens ten grondslag dat de failliet geen deugdelijk en controleerbaar inzicht geeft in zijn inkomsten en uitgaven. Wat de door de failliet aangehaalde beslagvrije voet betreft, overweegt de rechtbank dat de vraag of inkomsten in de boedel vallen, uitsluitend wordt beantwoord door de Faillissementswet. Dat betekent dat geen aanspraak gemaakt kan worden op de beslagvrije voet van artikel 475b Rv. Wat de zorgtoeslag betreft, heeft de curator

aangegeven dat deze niet in de boedel valt. De op de boedelrekening ontvangen zorgtoeslag is daarom uitgekeerd aan de failliet. Thans wordt geen zorgtoeslag ontvangen. Volgens de rechtbank leidt dat tot het oordeel dat de failliet geen belang heeft bij de vorderingen dienaangaande.

De elf door de failliet ingestelde vorderingen mochten niet baten; hij wordt als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordeeld.

S. Renssen, december 2019

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 11-11-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:9355

Zaaknummer: C/10/582822 / KG ZA 19-988

Rechters: P. de Bruin

Advocaten: P.H.J. Körver, A.F. Veldhuis en K.C. Mensink

Wetsartikelen: 87 Fw, 88 Fw, 21 Fw, 20 Fw en 100 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurder slaagt in het ontzenuwen van het vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Dit arrest ziet op de aansprakelijkheid van de bestuurder van een vennootschap waarin een café werd geëxploiteerd. De bestuurder was met de exploitatie van het café begonnen zonder exploitatievergunning van de gemeente. Nadat de exploitatie is begonnen, wordt alsnog een exploitatievergunning verleend. Er is echter sprake van aanhoudende klachten over geluidsoverlast. Ondanks maatregelen om de geluidsoverlast tegen te gaan, besluit de gemeente de exploitatievergunning in te trekken en beveelt zij het café te sluiten. Kort na de sluiting vraagt de vennootschap haar eigen faillissement aan.

De curator stelt de bestuurder aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW. Hij stelt zich op het standpunt dat sprake is van schending van de administratieplicht en maakt gebruik van het vermoeden dat artikel 2:248 lid 2 biedt. In eerste aanleg oordeelt de rechtbank dat de administratie niet voldoet aan de eisen die artikel 2:10 BW daaraan stelt, zodat onbehoorlijk bestuur (onweerlegbaar) vaststaat en (weerlegbaar) wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De rechtbank oordeelt echter dat de bestuurder erin is geslaagd het vermoeden te ontzenuwen dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, zodat de vordering van de curator alsnog wordt afgewezen.

Dit oordeel wordt door de curator bestreden in appel. Het hof overweegt dat vaststaat dat de intrekking van de exploitatievergunning een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. De tegen dit oordeel gerichte grief wordt verworpen. De curator stelt zich ook op het standpunt dat de bestuurder zelf schuldig is aan de intrekking van de vergunning, als gevolg van de wijze waarop het café werd geëxploiteerd en het feit dat hij geen bezwaar heeft gemaakt tegen de intrekking van de exploitatievergunning.

Kort gezegd oordeelt het hof dat de bestuurder voldoende maatregelen heeft genomen om de geluidsoverlast tegen te gaan. Het hof overweegt dat de desbetreffende maatregelen weliswaar eerder genomen hadden kunnen worden, maar dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.

Volgens het hof levert ook het niet voeren van bestuursrechtelijke procedures tegen de intrekking van de exploitatievergunning geen onbehoorlijk bestuur op, waarbij het hof van belang acht dat de vennootschap hiervoor niet de financiële middelen had. Het hof oordeelt dat de bestuurder erin is geslaagd het vermoeden te ontzenuwen dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

Volgens het hof is het vervolgens aan de curator om aannemelijk te maken dat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling wél een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. de curator voert hiertoe een aantal omstandigheden aan, waaronder (wederom) het exploiteren van het café zonder vergunning, het op roekeloze wijze exploiteren van het café, het niet voeren van een debiteurenadministratie, paulianeuze handelingen en het verdwijnen van activa. Ook deze omstandigheden leiden niet tot de conclusie dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, waarbij het hof niet expliciet duidelijk maakt of de genoemde omstandigheden geen onbehoorlijk bestuur opleveren of dat zij geen belangrijke oorzaak van het faillissement vormen.

J.F. Fliek, december 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 15-10-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:8432

Zaaknummer: 200.255.646

Rechters: C.J.H.G. Bronzwaer, B.J. Engberts en A.S. Gratama

Advocaten: F.J. Bleeker en W.J. Brusse

Wetsartikelen: art. 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Schol q.q./X

Bestuurder bouwbedrijf ontkomt aan bestuurdersaansprakelijkheid ondanks discrepanties tussen administratie (art. 2:10 BW) en projectadministratie. De curator slaagt er ook niet in om geknoei met facturen en urenregistratie aan te tonen. Ten slotte is ook geen sprake van selectieve betalingen.

De curator heeft de bestuurder van een bouwbedrijf aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort en betreft bij zijn vordering ook twee gelieerde vennootschappen waarmee het bouwbedrijf een fiscale eenheid vormt. Hij verwijt de bestuurder dat de administratie van het bouwbedrijf niet voldoet aan de eisen van artikel 2:10 BW. Daarnaast zou de bestuurder selectieve betalingen hebben verricht door voorafgaand aan het faillissement diverse vorderingen van beide gelieerde vennootschappen in rekening-courant te verrekenen.

De schending van artikel 2:10 BW baseert de curator met name op de omstandigheid dat de projectadministratie van het bouwbedrijf niet naar behoren was. De projectadministratie was niet aangesloten op de financiële administratie, omdat de daarvoor gebruikte systemen niet met elkaar konden communiceren. Een verplichting om beide administraties zodanig op elkaar aan te sluiten is er evenwel niet.

De curator onderbouwt zijn stelling met een rapport van een onderzoeksbureau. Bij het onderzoek beschikte dit echter niet over de projectadministratie. De bestuurder heeft het onderzoeksbureau van twee overzichten van het onderhanden werk voorzien, waarbij ook een brief van de accountant van het bouwbedrijf (Deloitte) was gevoegd en waarin verschillen tussen de conceptjaarrekening en de definitieve jaarrekening – naar genoegen van het hof – zijn verklaard. Bovendien is gebleken dat de projectadministratie wekelijks werd bijgewerkt en daarmee inzichtelijk was hoe de projecten financieel ervoor stonden. Ook de omstandigheid dat de projectadministratie niet voldeed aan de door de Belastingdienst gestelde eisen, zoals de Belastingdienst heeft gerapporteerd, maakt echter niet – zonder enige toelichting – dat de projectadministratie in samenhang met de overige boekhouding niet het financiële inzicht geeft dat artikel 2:10 BW vereist.

De administratie zou volgens de curator verder ondeugdelijk zijn, omdat een factuur onjuist is aangepast. De bestuurder geeft voor die aanpassing echter een plausibele verklaring, zodat ook daarom niet de conclusie kan worden getrokken dat artikel 2:10 BW is geschonden. Ook de stelling van de curator dat het bouwbedrijf meer werkloosheidsuitkeringen heeft ontvangen dan waar het recht op had, doordat werknemers zouden zijn aangezet om urenstaten achteraf aan te passen, maakt dit niet anders. Het hof overweegt dat, zou van dit geknoei al sprake zijn geweest, daarmee niet zonder meer vaststaat dat de administratie niet langer het vereiste inzicht bood. Hetzelfde geldt voor de enkele omstandigheid dat er mogelijk onregelmatigheden in de urenregistratie zitten.

Waar het arrest betrekking heeft op artikel 2:9 BW wordt ogenschijnlijk ook ingegaan op een door de curator gestelde schending van de Beklamel-norm. De enkele omstandigheid dat het bouwbedrijf in 2010 al een negatief eigen vermogen en liquiditeitsproblemen had, maakt niet dat de bestuurder in 2011 bij het aannemen van dit project de voor aansprakelijkheid vereiste wetenschap van benadeling had. Daarbij weegt het hof mee dat de voorbereiding van dit project al langere tijd liep en het bouwbedrijf nog vier andere projecten had. Het lijkt erop dat het hof de relevante peildatum hier naar voren heeft gehaald, nu het wetenschaps criterium ook tegen dit eerdere moment wordt beoordeeld.

Ten slotte nog kort de verrekening met gelieerde vennootschappen die de curator als onrechtmatige selectieve betalingen aanduidt. Ter zake kan de bestuurder volgens het hof geen verwijt worden gemaakt, omdat samengevat (1) is verrekend binnen de fiscale eenheid en de gelieerde ondernemingen schulden van het bouwbedrijf hadden voldaan en (2) de gewone wijze van betaling van vorderingen was voortgezet. De betaling van de betreffende opeisbare vorderingen beschouwt het hof dan ook niet als onrechtmatige selectieve betalingen.

J.E. van Nuland, december 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:7731

Zaaknummer: 200.224.058/01

Rechters: B.J. Engberts, H.L. Wattel en M.S. van A Dam

Advocaten: T.L.V. de Jong en A.C. Huisman

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:9 BW, 2:10 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Groenewegen q.q.

Faillissement Spaanse dochtervennootschap en Nederlandse moedervernootschap. Arbeidsverhouding wordt getoetst naar communautair recht. Op de insolventierechtelijke aspecten van de vorderingen is Nederlands recht van toepassing. Achterstallig loon is deels een boedelschuld. Door Spaanse rechter aan werknemers toegekende schadevergoeding is een boedelschuld.

Swets Information Services B.V. ('SIS') is indirect aandeelhouder van de Spaanse vennootschap Swets Information Services S.L. ('Swets Spanje'). Na het faillissement van SIS en het daaropvolgende faillissement van Swets Spanje wordt aan de werknemers van Swets Spanje, onder wie de elf appellanten in deze zaak, collectief ontslag verleend. De appellanten hebben daarop SIS, Swets Spanje en de curator van beide vennootschappen betrokken in een gerechtelijke procedure in Spanje. De arbeidsrechtbank aldaar heeft de door appellanten gevorderde vergoeding vanwege achterstallig loon en verdere schade toegewezen. Deze vorderingen hebben appellanten in het faillissement van SIS ingediend ter verificatie.

In de procedure die leidde tot het hier weergegeven arrest vorderen appellanten een verklaring voor recht dat zij als werknemer van SIS aangemerkt dienen te worden, hun achterstallig loon uit de periode vóór het faillissement van SIS een preferente vordering oplevert en het achterstallig loon uit de periode na het faillissement van SIS en de vordering tot schadevergoeding beide boedelvorderingen zijn. De rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen. Het hof komt in dit arrest tot een ander oordeel.

Op grond van de Insolventieverordening ('IVO') dient de vraag of er sprake is (geweest) van een arbeidsverhouding te worden beoordeeld naar communautair recht, waarbij de relevante arbeidsrechtelijke begrippen autonoom dienen te worden uitgelegd. Het hof overweegt dat – kortgezegd – alle relevante economische aanknopingspunten (welke entiteit sloot overeenkomsten met afnemers, aan welke entiteit vonden betalingen plaats, in welke entiteit werd eventuele winst gerealiseerd) erop wijzen dat SIS de vennootschap was waar alle geldstromen doorheen liepen, terwijl Swets Spanje nauwelijks zelfstandig belang had. Om die

reden neemt het hof aan dat er arbeidsovereenkomsten bestonden tussen de appellanten en SIS, nu SIS feitelijk zorgde voor zowel aansturing van werkzaamheden als betaling van loon. Daarmee kunnen appellanten het bestaan van de door hen in het faillissement van SIS ingediende vorderingen onderbouwen.

De (insolventierechtelijke) aspecten van deze vorderingen worden op grond van artikel 4 lid 1 en artikel 10 IVO beheerst door het Nederlandse (insolventie)recht. Dat zorgt ervoor dat de vorderingen uit achterstallig loon – vanaf de datum van faillietverklaring van SIS – op grond van artikel 40 Fw gepromoveerd worden tot boedelvordering. Voor de curator is dat een hard gelag; hij heeft er hoogstwaarschijnlijk geen rekening mee gehouden dat appellanten bij SIS in dienst zouden zijn en daarom de arbeidsovereenkomsten niet direct opgezegd. In plaats van zes weken liepen de arbeidsovereenkomsten daarom nog ruim tien weken door, totdat het collectieve ontslag van de appellanten in Spanje effect sorteerde.

Waar het Spaanse collectieve ontslag de curator in het kader van artikel 40 Fw wel goed uitkomt, keert het zich in het kader van de gevorderde schadevergoeding tegen hem. Naar Spaans insolventierecht kunnen in faillissement arbeidsovereenkomsten worden beëindigd, mits daar een schadevergoeding tegenover staat.

In het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. (HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108), r.o. 3.7.3, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een bevoegdheid van de curator om een overeenkomst op te zeggen tegen betaling van een schadevergoeding op één lijn moet worden gesteld met het geval waarin een curator een boedelschuld aangaat omdat zijn handelen in strijd is met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. De vorderingen van appellanten tot schadevergoeding worden daarom in het faillissement van SIS gepromoveerd tot boedelvordering.

Appellanten krijgen daarmee het beste van twee werelden: hun vordering tot betaling van loon over de periode na faillietverklaring kwalificeert als boedelvordering en zij kunnen daarnaast een schadevergoedingsvordering vanwege hun ontslag indienen die óók als boedelvordering kwalificeert. De afweging die de wetgever ten grondslag heeft gelegd aan het rechtmatig mogen beëindigen van arbeidsovereenkomsten op grond van artikel 40 Fw – tussen de belangen van de werknemers bij voortgezette betaling van hun loon en de belangen van de faillissementsschuldeisers bij het niet laten oplopen van boedelschulden, zie bijvoorbeeld het arrest Van der Kooi/Curatoren Van Gelder Papier (HR 12 januari 1990, NJ 1990/662), r.o. 3.3 – komt daarmee in deze casus wel erg in het gedrang.

T.E. Booms, december 2019

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 12-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:4062

Zaaknummer: 200.231.791/01

Rechters: H.T. van der Meer, R.J.F. Thiessen en A.C.M. Kuypers

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en M.N. de Groot

Wetsartikelen: 10 IVO, 26 Fw, 3:288 BW, 4 IVO en 40 Fw

RECHTSPRAAK

BOD Totaalinstallateur/X

Artikel 37 Fw heeft geen betrekking op vorderingen die de tegenprestatie vormen voor prestaties die reeds vóór faillissement door de failliet zijn verricht.

In 2010 heeft geïntimeerde een overeenkomst van aanneming van werk gesloten met Enicon Duurzaam Bouwen B.V. (hierna: 'Enicon'). Bij de oplevering zijn diverse mankementen geconstateerd. Geïntimeerde heeft Enicon hiervoor aansprakelijk gesteld.

Op 16 augustus 2011 is Enicon failliet verklaard. BOD Totaalinstallateur B.V. (hierna: 'BOD') heeft als onderaannemer werkzaamheden verricht aan het project en heeft op Enicon nog een vordering van ruim € 70.000. Op 30 september 2011 heeft de advocaat van geïntimeerde een brief gestuurd aan de curator waarbij de curator in de gelegenheid is gesteld de overeenkomst tussen geïntimeerde en Enicon na te komen (de gebreken te herstellen) en is een termijn van 14 dagen gesteld door geïntimeerde. De curator heeft niet gereageerd op deze brief.

Op 26 juli 2013 hebben Enicon en BOD een akte van cessie getekend waarbij de vordering van Enicon op geïntimeerde aan BOD is overgedragen. BOD heeft vervolgens betaling van geïntimeerde gevorderd van € 113.669,41. De rechtbank heeft de vordering afgewezen omdat zij van oordeel was dat de curator op grond van artikel 37 Fw het recht om nakoming te vorderen had verloren. BOD voert aan dat dit oordeel van de rechtbank getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, gezien de later gewezen arresten HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729 en 2730.

Het hof overweegt dat de Hoge Raad in de genoemde uitspraken heeft geoordeeld dat indien de gefailleerde ter uitvoering van een overeenkomst zoals bedoeld in artikel 37 Fw vóór de faillietverklaring een prestatie heeft verricht, maar de wederpartij nog niet de daarvoor verschuldigde tegenprestatie heeft verricht, artikel 37 Fw naar zijn strekking niet van toepassing is met betrekking tot deze tegenprestatie (zie ECLI:NL:HR:2016:2729, r.o. 3.5.3 en ECLI:NL:HR:2016:2730 r.o. 3.4.4). De grief van geïntimeerde slaagt dus. De rechtbank is ervan uitgegaan dat artikel 37 Fw betrekking heeft op alle vorderingen die voortvloeien uit de overeenkomst, ook voor zover het aanspraken betreft die de tegenprestatie vormen voor

prestaties die reeds vóór het faillissement door de failliet zijn verricht, welke opvatting blijkens de genoemde uitspraken onjuist is. Het vonnis kan niet in stand blijven.

Dit brengt met zich dat het hof alsnog op de vordering van BOD dient te beslissen, met inachtneming van hetgeen de partijen daarover in eerste aanleg en in hoger beroep hebben aangevoerd.

Het geschil tussen partijen spitst zich toe op een discussie over meerwerk, minderwerk en gebreken. BOD heeft van de curator in het faillissement van Enicon de gestelde vordering van Enicon op geïntimeerde verkregen. Het gaat bij de beoordeling dus om de rechtsverhouding tussen Enicon en geïntimeerde. Geïntimeerde kan aan BOD als cessionaris de verweermiddelen tegenwerpen die zij jegens Enicon zou hebben gehad. Het hof zal BOD toelaten tot het leveren van bewijs. Mogelijk zal daarna nog instructie nodig zijn (eventueel door middel van een deskundigenbericht) over de hoogte van het voor diverse meerwerkposten in rekening gebrachte bedrag, over de minderwerkposten en over de door geïntimeerden gestelde gebreken. Deze beslissingen, alsmede de overige nog te nemen beslissingen, worden aangehouden.

J.D. van den Dolder, december 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:10171

Zaaknummer: 200.189.073

Rechters: A.E.B. ter Heide, L.F. Wiggers-Rust en H.M.L. Dings

Advocaten: S.J.B. Drijber en K.J.T. Boersma

Wetsartikelen: 37 Fw

RECHTSPRAAK

Ook als een verklaring voor recht wordt gevorderd over het bestaan van een pandrecht, moet voor de hoogte van het griffierecht worden aangesloten bij de waarde van de vordering.

In een kwestie over een pandrecht op auteursrechten op software heeft de griffier bij een curator en een accountantskantoor griffierecht in rekening gebracht conform het tarief voor niet-natuurlijke personen voor zaken met betrekking tot een vordering van meer dan € 100.000. De griffier heeft hierbij aangesloten, omdat de auteursrechten voor meer dan € 100.000 zijn verkocht. De curator stelt zich op het standpunt dat zijn vordering van onbepaalde waarde is, omdat hij een verklaring voor recht heeft gevorderd dat ING geen pandrecht heeft op de auteursrechten en gaat op grond van artikel 29 lid 1 Wet griffierechten burgerlijke zaken in verzet. In reconventie vordert ING een verklaring voor recht dat zij wel een pandrecht heeft op de auteursrechten. Daarnaast vordert zij afdracht van de verkoopopbrengst. De Hoge Raad oordeelt dat aangeknoopt moet worden bij de waarde van de vordering, ook als niet de betaling van een geldsom is gevorderd. Nu de waarde van de vordering zowel in conventie als in reconventie meer dan € 100.000 bedraagt, is de hoogte van het griffierecht juist vastgesteld.

H.J. de Kloe, december 2019

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 06-12-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:1912

Zaaknummer: 19/03208

Rechters: C.A. Streefkerk, M.V. Polak, T.H. den Tanja-van Broek, M.J. Kroeze en C.H. Sieburgh

Advocaten: D.M. de Knijff

Wetsartikelen: 29 lid 1 Wgbz, 3 Wgbz en 10 Wgbz

RECHTSPRAAK

Artikel 28 Fw voorziet niet in de mogelijkheid om ontslag van instantie te vragen. Daarnaast heeft het hof het beginsel van hoor en wederhoor geschonden door geïntimeerden niet de gelegenheid te geven memorie van antwoord te nemen, nadat het hof twee keer heeft geoordeeld dat de procedure is geschorst op grond van artikel 29 Fw.

Diverse franchisenemers hebben een franchisegever in rechte betrokken. De franchisenemers hebben vernietiging van de franchiseovereenkomst op grond van dwaling, een verklaring voor recht dat de franchisegever onrechtmatig heeft gehandeld en betaling van diverse geldbedragen gevorderd. In reconventie heeft de franchisegever diverse tegenvorderingen ingesteld. In eerste aanleg zijn de vorderingen in conventie deels toegewezen. De vorderingen in reconventie zijn afgewezen.

De franchisegever gaat in beroep tegen de beslissing in conventie en reconventie. Nadat de franchisegever memorie van grieven heeft genomen, gaat hij failliet. Het hof constateert dat de procedure in conventie is geschorst op grond van artikel 29 Fw. Een verzoek van de franchisenemers tot ontslag van instantie is door de rolraadsheer afgewezen onder verwijzing naar artikel 29 Fw. De franchisenemers hebben, nadat de curator de vorderingen van de franchisegever heeft gecedeerd, memorie van antwoord in reconventie genomen. Ten aanzien van de zaak in conventie hebben zij bij pleidooi opnieuw ontslag van instantie verzocht. Omdat de procedure naar het oordeel van het hof was geschorst, zijn zij inhoudelijk niet ingegaan op de zaak in conventie. Bij eindarrest heeft het hof het verzoek tot ontslag van instantie opnieuw afgewezen. Wel heeft het hof de uitspraak van de rechtbank in conventie vernietigd voor zover de gevorderde verklaringen voor recht door de rechtbank zijn toegewezen. De procedure ten aanzien van de door de franchisenemers ingestelde vorderingen is geschorst op grond van artikel 29 Fw. In reconventie heeft het hof de vorderingen van de franchisegever deels toegewezen.

De franchisenemers gaan in cassatie. Zij stellen in de eerste plaats dat ook ten aanzien van vorderingen die vallen onder het bereik van artikel 28 Fw ontslag van instantie kan worden gevraagd als de curator niet verschijnt. Ten tweede stellen zij dat het hof hun de gelegenheid

had moeten geven te reageren op de grieven tegen de beslissing in conventie, omdat het hof tweemaal heeft geconstateerd dat de procedure was geschorst op grond van artikel 29 Fw. Hiermee is bij de franchisenemers het gerechtvaardigde vertrouwen gewekt dat zij niet mochten ingaan of hoefden in te gaan op deze grieven.

De Hoge Raad oordeelt dat bij procedures in de zin van artikel 28 Fw geen ontslag van instantie verzocht kan worden. De achtergrond van artikel 25, 27 en 28 Fw is dat de wederpartij van de gefailleerde beschermd wordt tegen onverhaalbare proceskosten. Artikel 27 Fw, dat ziet op vorderingen die in eerste aanleg door de schuldenaar zijn ingesteld, voorziet in deze bescherming door de wederpartij de mogelijkheid te geven ontslag van instantie te vragen als de curator niet in de procedure verschijnt. Artikel 28 Fw, dat aan de orde is als de wederpartij eiser is in eerste aanleg, geeft deze bescherming op een andere manier. Verschijnt de curator niet, dan zijn proceskosten waarin de schuldenaar wordt veroordeeld boedelschuld en kan een veroordeling van de schuldenaar in afwijking van artikel 25 lid 2 Fw worden ingeroepen tegen de boedel. Artikel 28 Fw voorziet niet in ontslag van instantie en er is ook geen plaats voor analoge toepassing van artikel 27 lid 2 Fw.

Op het tweede punt casseert de Hoge Raad. Het hof heeft het beginsel van hoor en wederhoor geschonden door de franchisenemers niet de gelegenheid te geven te reageren op de grieven die gericht waren tegen de beslissing in conventie. Van de franchisenemers had niet verlangd mogen worden dat zij hier uit eigen beweging op zouden reageren. Het hof heeft immers tweemaal geoordeeld dat de procedure in conventie was geschorst op grond van artikel 29 Fw en zolang een procedure is geschorst kunnen geen proceshandelingen worden verricht. Nu de franchisenemers niet hebben gereageerd op de grieven tegen de beslissing in conventie, is het niet in strijd met de tweeconclusieregel om de franchisenemers alsnog die gelegenheid te geven.

De Hoge Raad verwijst de zaak naar het Hof Arnhem-Leeuwarden en overweegt dat opnieuw moet worden beslist op de vorderingen in conventie. Vanwege de nauwe samenhang tussen de conventionele en reconventionele vorderingen moet het hof ook opnieuw beslissen op de vorderingen in reconventie.

H.J. de Kloe, december 2019

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 06-12-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:1917

Zaaknummer: 18/03786

Rechters: E.J. Numann, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff en mr. drs. F.J.P. Lock

Advocaten: S.M. Kingma

Wetsartikelen: 25 Fw, 27 Fw, 28 Fw, 29 Fw en 347 lid 1 Rv

RECHTSPRAAK

Victoria Beheer/Vrijheid Apeldoorn

Vrijheid Apeldoorn B.V. wordt failliet verklaard. De betwisting van diverse steunvorderingen wordt verworpen. Dat een crediteur zich ook op derden kan verhalen, doet niet af aan het vorderingsrecht. Ook hoeft een steunvordering niet opeisbaar te zijn en kunnen intercompany-vorderingen die niet pas bij liquidatie opeisbaar zijn dienen als steunvordering.

Victoria Beheer B.V. verzoekt de faillietverklaring van Vrijheid Apeldoorn B.V. Victoria Beheer stelt dat zij op basis van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis een vordering van meer dan € 1,6 miljoen heeft op Vrijheid Apeldoorn. Daarnaast voert Victoria Beheer diverse steunvorderingen aan en stelt zij zich op het standpunt dat Vrijheid Apeldoorn verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. Vrijheid Apeldoorn betwist de vordering van Victoria Beheer en de steunvorderingen.

De rechtbank oordeelt dat van het vorderingsrecht van Victoria Beheer summierlijk is gebleken. Dat Vrijheid Apeldoorn beroep heeft ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank, doet hieraan niet af. Ook blijkt niet dat Vrijheid Apeldoorn een beroep kan doen op verrekening. In de procedure waarnaar zij verwijst heeft Victoria Beheer zich weliswaar gevoegd aan de zijde van eiser in reconventie, maar in conventie is Victoria Beheer niet gedaagd door Vrijheid Apeldoorn. Ook uit een tussenvonnis van de rechtbank blijkt niet van een verrekenbare tegenvordering.

De rechtbank loopt alle aangevoerde steunvorderingen af. Een vordering van ABN AMRO wordt niet betwist. Wel meent Vrijheid Apeldoorn dat deze vordering niet kan dienen als steunvordering, omdat ABN AMRO zich kan verhalen op zekerheden die gesteld zijn door een derde en een andere hoofdelijke schuldenaar kan aanspreken tot betaling. Naar het oordeel van de rechtbank doen andere verhaalmogelijkheden niet af aan het vorderingsrecht van ABN AMRO. Ook een vordering van Loda Holding B.V. staat vast. Weliswaar is deze vordering niet opeisbaar, maar ook een niet opeisbare vordering kan dienen als steunvordering. Tot slot staat een aantal intercompany-vorderingen vast. Vrijheid Apeldoorn stelt dat intercompany-

vorderingen niet kunnen dienen als steunvordering. De rechtbank verwijst naar HR 27 juni 2008 (ECLI:NL:HR:2008:BD1380), waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een vordering die pas bij liquidatie opeisbaar is in beginsel niet kan bijdragen aan het oordeel dat een schuldenaar verkeert in de toestand dat hij is opgehouden met betalen. De rechtbank overweegt echter dat de vorderingen niet alleen bij liquidatie opeisbaar zijn, maar ook als bepaalde verplichtingen niet worden nagekomen. Vrijheid Apeldoorn heeft ook niet weersproken dat de vorderingen op het moment van de zitting opeisbaar zijn. Ook de intercompany-vorderingen kunnen dus dienen als steunvordering.

Nu diverse steunvorderingen vaststaan en Vrijheid Apeldoorn geen liquiditeit heeft en geen activiteiten meer ontplooit, oordeelt de rechtbank dat Vrijheid Apeldoorn verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden met betalen. De rechtbank verklaart Vrijheid Apeldoorn in staat van faillissement.

H.J. de Kloe, december 2019

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 30-10-2019

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2019:4626

Zaaknummer: 234609 FT RK 19-576

Rechters: M.C. Bosch

Advocaten: R. van Biezen en L. Wijnbergen

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Faillissement wordt in hoger beroep vernietigd omdat niet voldaan is aan het pluraliteitsvereiste. Daarnaast is de in eerste aanleg failliet verklaarde vennootschap ontbonden en is niet aannemelijk geworden dat de vennootschap baten heeft.

De rechtbank heeft het faillissement van een vennootschap ('de Vennootschap') uitgesproken op verzoek van een in Duitsland wonende natuurlijke persoon. Verzoeker heeft een vordering op grond van een Europees Betalingsbevel. De Vennootschap gaat in hoger beroep tegen de faillietverklaring en betwist het vorderingsrecht van verzoeker en de aangevoerde steunvorderingen. Daarnaast stelt de Vennootschap dat zij niet failliet verklaard kan worden, omdat zij vóór de faillietverklaring is ontbonden en geen baten heeft.

De kwestie gaat over het volgende. Een failliete vennootschap heeft een vakantiepark in eigendom. De Vennootschap heeft bij de curator van deze vennootschap, mr. Van Leeuwen, € 15 miljoen geboden op de activa. De Vennootschap heeft de verzoeker van het faillissement en het Ingenieur- und Sachverständigen-büro opdracht gegeven de benodigde financiering van € 160 miljoen te regelen. Uiteindelijk lukte het niet om de benodigde financiering rond te krijgen.

Als steunvordering is een vordering van curator Van Leeuwen aangevoerd en een vordering van het Ingenieur- und Sachverständigen-büro. Het hof acht het vorderingsrecht van verzoeker summierlijk aannemelijk, nu deze vordering is gebaseerd op een Europees Betalingsbevel. De steunvordering van het Ingenieur- und Sachverständigen-büro wordt als onvoldoende onderbouwd terzijde geschoven. Curator Van Leeuwen meent dat hij een vordering heeft op De Vennootschap, omdat een koopovereenkomst tot stand is gekomen ten aanzien van de activa. De Vennootschap stelt dat de koopovereenkomst is gesloten onder voorbehoud van goedkeuring van onder meer de fiscus. Omdat de fiscus geen goedkeuring heeft verleend, heeft de Vennootschap de overeenkomst (terecht) ontbonden. Curator Van Leeuwen stelt dat deze goedkeuring niet nodig was en beide partijen ervan uitgingen dat een onvoorwaardelijke koopovereenkomst tot stand was gekomen. Het hof overweegt dat het zonder nader onderzoek geen keuze kan maken tussen beide argumenten. Daarmee is niet

summierlijk gebleken van de vordering van curator Van Leeuwen. Er is dus niet voldaan aan het pluraliteitsvereiste, waarmee het faillissement vernietigd moet worden.

Indien curator Van Leeuwen wel een vordering zou hebben op de Vennootschap, dan staat de ontbinding van de Vennootschap naar het oordeel van het hof in de weg aan de faillietverklaring. Nu de Vennootschap op het moment van ontbinding geen baten had, is de Vennootschap met de ontbinding opgehouden te bestaan. Het hof overweegt dat niet summierlijk is gebleken van een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. Weliswaar heeft de Vennootschap een bod gedaan van € 15 miljoen op activa terwijl de Vennootschap zelf niet over liquiditeit beschikte, maar alle betrokken partijen waren ervan op de hoogte dat de Vennootschap afhankelijk was van externe financiering en dat die financiering nog niet rond was. Gelet hierop is geen sprake van een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid en had de Vennootschap dus geen baten. Het hof vernietigt het faillissement en brengt de faillissementskosten ten laste van de verzoeker van het faillissement.

H.J. de Kloe, december 2019

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 03-10-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:3659

Zaaknummer: 200.263.621_01

Rechters: A.P. Zweers-van Vollenhoven, S.M.A.M. Venhuizen en J.W. Ponds

Advocaten: H.V. Schulte en P.R. Leenders

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 2:19 BW