

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 06, 2019

Nummer 6, 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:2019:377](#) 15-03-2019

Verzoekster/Entzinger c.s. q.q.

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:2205](#) 12-03-2019

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:799](#) 05-03-2019

FNV c.s./X BV

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:2146](#) 21-02-2019

X vof/ Collin Crowdfund NV

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:1568](#) 19-02-2019

X/Curator Matrassen Hannibal

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:995](#) 12-03-2019

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2019:536](#) 30-01-2019

Stekelenburg q.q./Beter Lopen

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:6664](#) 03-10-2018

Boddaert q.q./X

RECHTSPRAAK

Een hardleerse bestuurder; zevende verlenging van de verzekerde inbewaringstelling wegens het niet meewerken met de curator van de gefailleerde vennootschappen waarvan de betrokkene bestuurder is.

Een hardleerse bestuurder, A, bestuurder van twee gefailleerde Nederlandse vennootschappen, zit ten tijde van het wijzen van deze beschikking ruim 200 dagen in verzekerde bewaring. Omdat A niet meewerkte met de curator werd hij op 15 augustus 2018 in verzekerde bewaring gesteld. Deze inbewaringstelling is inmiddels zesmaal verlengd. Op 6 maart 2019 heeft de advocaat van de bestuurder, mr. Van Treijen, een verweerschrift ingediend tegen de voortdurende inbewaringstelling en verzocht om onvoorwaardelijke beëindiging. Mr. Van Treijen voert daartoe aan dat A sinds de laatste verlenging van de inbewaringstelling informatie heeft verstrekt en ook meewerkt aan de afhandeling van de faillissementen.

De curator, mr. Steffens, adviseert de inbewaringstelling te verlengen en te schorsen indien A aan bepaalde voorwaarden voldoet, o.a. een afgifte van zijn paspoort en/of identiteitsbewijs. De curator geeft aan dat A zich de afgelopen maanden – in tegenstelling tot de voorgaande maanden – bereid heeft getoond zijn medewerking te verlenen en antwoord heeft gegeven op een aantal essentiële vragen. Echter, ten aanzien van een aantal buitenlandse vennootschappen waarvan A ook bestuurder is, bestaat nog steeds onduidelijkheid. Daarmee samenhangend is volgens de curator nog steeds sprake van ernstig vluchtgevaar; A is bestuurder van verschillende buitenlandse vennootschappen met bankrekeningen in Dubai, de Seychellen en Engeland, in welke landen zich mogelijk ook vermogen bevindt.

De waarnemend rechter-commissaris is daarentegen tegen schorsing en adviseert de inbewaringstelling te verlengen. Aan het gestelde door de curator voegt deze toe dat vaststaat dat de kosten van de door A gedreven onderneming ten laste zijn gekomen van de failliete vennootschappen, terwijl de omzet naar de door de curator genoemde buitenlandse vennootschappen werd overgeboekt. Met name omdat het vluchtgevaar reëel is, is voor schorsing van de inbewaringstelling ten minste nodig dat de curator – onafhankelijk van A – grip krijgt op de buitenlandse vennootschappen en de daar aanwezige bankrekeningen, aldus

de waarnemend rechter-commissaris. Hij kan zich wel voorstellen dat A aan de curator een volmacht geeft om zijn bevoegdheden als *person with significant control* over de buitenlandse vennootschappen uit te oefenen en de curator een machtiging geeft om te beschikken over de in het buitenland aanwezige bankrekeningen, uiteraard te behoeve van de afwikkeling van de Nederlandse faillissementen.

Mr. Treijen geeft wat betreft het door de curator en de waarnemend rechter-commissaris naar voren gebrachte vluchtgevaar aan dat een vlucht naar het buitenland A financieel niet zal helpen. A is afhankelijk van België en Nederland om inkomen te genereren. Wat betreft de door de curator gestelde voorwaarde om het paspoort in te leveren, geeft mr. Treijen aan dat deze voorwaarde bijzonder ingrijpend is, omdat hij zonder paspoort niet kan bankieren. Bovendien komt A in de knoei bij de afwikkeling van zijn Belgische faillissement indien hij zijn paspoort moet inleveren.

Volgens mr. Treijen is de door de curator, op advies van de waarnemend rechter-commissaris, opgestelde volmacht niet acceptabel, omdat de curator hiermee een onbeperkte volmacht eist die niet alleen ziet op vertegenwoordiging van de vennootschappen die aandeelhouder zijn van de gefailleerde vennootschappen, maar ook voor de vennootschappen die niets met de bedrijfsvoering van de gefailleerden hebben te maken. Volgens de curator dient de volmacht te worden verleend namens de rechtspersonen waarop de gefailleerde vennootschappen vorderingen hebben, omdat omzet c.q. gelden van de gefailleerden bij deze vennootschappen is/zijn terecht gekomen.

De rechtbank stelt voorop dat zij mede in verband met het bepaalde in artikel 5 EVRM dient te onderzoeken of er op basis van de huidige stand van zaken gronden aanwezig zijn die de voortdurende van de inbewaringstelling en daarmee de inbreuk op de persoonlijke vrijheid van A rechtvaardigen. Daarbij dient het recht op persoonlijke vrijheid van A – dat zwaarder weegt naarmate de vrijheidsberoving langer duurt – te worden afgewogen tegen de bij de inbewaringstelling betrokken belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Deze belangenafweging valt volgens de rechtbank in het nadeel van A uit, omdat A nog steeds geen volledige informatie en medewerking aan de curator heeft verschaft. Ook acht de rechtbank het vluchtgevaar reëel. Met de rechter-commissaris is de rechtbank van oordeel dat A zijn wetenschap met betrekking tot de niet gefailleerde rechtspersonen in het buitenland dient te delen met de curator, nu deze informatie relevant is voor de afwikkeling van de faillissementen. Omdat dit tot op heden is nagelaten, is het vereiste van een volmacht (waardoor de curator onafhankelijk van A grip krijgt op de buitenlandse vennootschappen en de daar aanwezige bankrekeningen) als voorwaarde voor schorsing geen misbruik van recht. De rechtbank beveelt dan ook de inbewaringstelling, voor maar liefst de zevende keer, te verlengen.

S. Renssen

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 12-03-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:995

Zaaknummer: C/16/18/88 F en C/16/18/166F

Rechters: F.H. Schormans

Advocaten: B. van Treijen

Wetsartikelen: 87 Fw, 105 Fw en 106 Fw

RECHTSPRAAK

Verzoekster/Entzinger c.s. q.q.

Indien de schuldsaneringsregeling is beëindigd, gelden voor de mogelijkheid om te verrekenen de regels van artikel 6:127 e.v. BW. Maar omdat de schuldenaar van degene aan wie de schone lei is toegekend niet bevoegd is als schuldeiser de nakoming af te dwingen van een vordering als bedoeld in artikel 358 lid 1 Fw, is hij met betrekking tot die vordering ingevolge artikel 6:127 lid 2 BW niet bevoegd om zich op verrekening te beroepen. Wel kan een beroep op niet-verrekenbaarheid op de grond dat nakoming van de te verrekenen vordering niet afdwingbaar is, wegens de bijzondere omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.

Verzoekster was indirect bestuurder van A B.V. Die vennootschap is in 2005 gefailleerd met aanstelling van verweerders Entzinger c.s. tot curatoren. In deze zaak is van belang dat tegen verzoekster twee (civiele) procedures zijn gevoerd. Zo is verzoekster in rechte veroordeeld tot betaling van een bedrag van anderhalf miljoen euro aan particulier X. Deze X is op 20 oktober 2009 toegelaten tot de WSNP-regeling.

Daarnaast is verzoekster bij arrest van 12 mei 2015 op vordering van verweerders hoofdelijk en onherroepelijk veroordeeld tot vergoeding van het boedeltekort in het faillissement van A, op dat moment begroot op ruim zes miljoen euro. Ondanks haar veroordeling daartoe is dat bedrag onbetaald gebleven.

Het gaat in deze zaak dan om het volgende.

Op verzoek van verweerders is verzoekster persoonlijk failliet verklaard. Verzoekster is hiertegen in hoger beroep gegaan. Het hof heeft de faillietverklaring echter bekrachtigd. Het hof heeft daartoe onder meer overwogen dat summierlijk is gebleken van de door verweerders gestelde vordering van zowel de boedel van A als die van X. Verzoekster heeft zich hiertegen

verweerd door aan te voeren dat de vordering van X door verrekening is tenietgegaan, en wel op grond van een door verzoekster van B B.V. overgenomen vordering op X van ruim vier miljoen euro, onderscheidenlijk de door haar van de Duitse vennootschap C GmbH overgenomen vordering op X van vierhonderdduizend euro. Het hof heeft het beroep op verrekening echter afgewezen. Naar het oordeel van het hof is de vordering op X overgenomen nadat X was toegelaten tot de schuldsaneringsregeling, zodat artikel 54 lid 2 jo. 313 Fw in de weg staat aan verrekening en het door verzoekster gevoerde verweer.

Het hiertegen door verzoekster gerichte cassatiemiddel beroept zich erop dat artikel 54 lid 2 Fw uitsluitend ziet op verrekening tijdens de looptijd van de wettelijke schuldsaneringsregeling. Na beëindiging van de schuldsaneringsregeling staat artikel 54 lid 2 Fw niet meer in de weg aan verrekening op de voet van artikel 6:127 e.v. BW. Artikel 6:131 BW dient naar analogie te worden toegepast op de in artikel 358 Fw bedoelde natuurlijke verbintenissen die resteren na toekenning van de schone lei. Aldus verzoekster.

De Hoge Raad gaat daar niet in mee. Hij stelt (in r.o. 3.4.2) voorop dat verrekening gedurende de periode dat de WSNP van toepassing is mogelijk is op grond van artikel 307 Fw op de strenge voorwaarde dat de schuld en de vordering ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt beide vóór de opening van de WSNP-procedure zijn ontstaan. Uit artikel 54 lid 2 Fw in verbinding met artikel 313 lid 1 Fw volgt dat na de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling overgenomen vorderingen of schulden niet verrekend kunnen worden.

Vervolgens gaat de Hoge Raad (in r.o. 3.4.3) in op het hoofddoel van de WSNP, te weten dat wordt tegengegaan dat een natuurlijke persoon die in een problematische financiële situatie is terechtgekomen, tot in lengte van jaren door zijn schulden achtervolgd kan worden. Naar hij vaststelt, is om die reden 'in art. 358 lid 1 Fw bepaald dat door de beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling op grond van art. 356 lid 2 Fw (dat wil zeggen met toekenning van de 'schone lei'), een vordering ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt, voor zover deze onvoldaan is gebleven, niet langer afdwingbaar is. Dit brengt mee dat slechts een natuurlijke verbintenis in de zin van art. 6:3 BW overblijft.'

Dat leidt ertoe (r.o. 3.4.4) dat indien de schuldsaneringsregeling is beëindigd, voor de mogelijkheid om te verrekenen de regels van artikel 6:127 e.v. BW gelden. 'Omdat de schuldenaar van degene aan wie de schone lei is toegekend niet bevoegd is als schuldeiser de nakoming af te dwingen van een vordering als bedoeld in art. 358 lid 1 Fw, is hij met betrekking tot die vordering ingevolge art. 6:127 lid 2 BW niet bevoegd om zich op verrekening te beroepen (zie Kamerstukken II 1992/93, 22969, nr. 6, p. 12).'

Dat brengt de Hoge Raad tot de conclusie dat de ratio van de toekenning van de schone lei aan het einde van de looptijd van de schuldsaneringsregeling in de weg staat aan analoge toepassing van artikel 6:131 lid 1 BW op de in artikel 358 lid 1 Fw bedoelde vordering zoals door verzoekster bepleit. 'De in art. 6:131 lid 1 BW neergelegde regel dat de bevoegdheid tot verrekening niet eindigt door verjaring van de rechtsvordering, brengt dus geen verandering in het hiervoor genoemde uitgangspunt dat na toekenning van de schone lei de schuldenaar van degene aan wie de schone lei is toegekend niet bevoegd is om zich op verrekening te beroepen.'

Het hof heeft dus de juiste beslissing genomen. Zijn beslissing dat de cessie plaatsvond terwijl verzoekster nog in de schuldsanering zat, is niet onbegrijpelijk. Het standpunt dat de schuldsanering ten tijde van het geding voor het hof was beëindigd onder toekenning van de schone lei, zodat verzoekster alsnog tot verrekening over kon gaan, stuit af op het in r.o. 3.4.4. overwogene. Wel wijst de Hoge Raad er ten overvloede (in r.o. 3.5) op dat 'een beroep op niet-verrekenbaarheid op de grond dat nakoming van de te verrekenen vordering niet afdwingbaar is, wegens de bijzondere omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (vgl. HR 31 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZCo492, rov. 3.5).' Verzoekster heeft hier echter geen beroep op gedaan, zodat haar klachten falen.

M. Verdonk

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 15-03-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:377

Zaaknummer: 18/02838

Rechters: C.A. Streefkerk, G. Snijders, M.V. Polak, C.E. du Perron en C.H. Sieburgh

Advocaten: B.I. Kraaiapoel, T.T. van Zanten en I.M.A. Lintel

Wetsartikelen: 54 lid 2 Fw, 313 Fw, 358 Fw, 6:127 BW en 6:248 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Stekelenburg q.q./Beter Lopen

Aansprakelijkheid voor tekort in faillissementen op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur.

Shoes Online B.V. en Beter Lopen Schoenwinkels B.V. waren zustermaatschappijen met Beter Lopen B.V. als moedermaatschappij. Beter Lopen was ook bestuurder van beide vennootschappen. A is enig aandeelhouder en bestuurder van Mandarijn B.V., welke vennootschap op haar beurt enig bestuurder is van Beter Lopen.

Op 16 januari 2018 zijn Shoes Online en Beter Lopen Schoenwinkels failliet verklaard met aanstelling van mr. J.T. Stekelenburg als curator.

Centraal in deze zaak staat de vraag of A, Mandarijn en Beter Lopen (hierna tezamen: Beter Lopen c.s.) op grond van artikel 2:248 lid 1 BW aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de tekorten in de faillissementen van Beter Lopen Schoenwinkels en Shoes Online. Van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:248 lid 1 BW is sprake als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zo zou hebben gehandeld (HR 7 juni 1996, *NJ* 1996, 695 en HR 8 juni 2001, *JOR* 2001, 171). Hier is sprake van een concern. In dat verband is van belang dat een bestuurder er rekening mee dient te houden dat voor elke tot het concern behorende vennootschap afzonderlijk moet worden beoordeeld of sprake is van onbehoorlijk bestuur. Het belang van het concern kan daarbij een rol spelen, maar dit kan niet doorslaggevend zijn in die zin dat het – zonder meer – prevaleert boven de belangen van de afzonderlijke concernvennootschappen. Het bestuur moet steeds een belangenafweging maken (HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 94).

In deze casus is van belang dat Shoes Online een bedrijfsruimte huurde die werd gebruikt als winkelruimte. Shoes Online heeft de winkelruimte ter beschikking gesteld aan Beter Lopen Schoenwinkels. Daarnaast exploiteerde Beter Lopen Schoenwinkels ook activiteiten vanuit gehuurde ruimten in de ziekenhuizen van Ziekenhuisgroep Twente. Deze ziekenhuisgroep heeft de samenwerking echter beëindigd door aan te geven geen patiënten meer door te verwijzen. Hierna zijn de exploitatie van de winkelruimte en de activa/passiva die daarbij hoorden overgenomen door een daartoe opgerichte vennootschap, Beter Lopen Voetwinkel

B.V. In december 2016 heeft Beter Lopen Schoenwinkels bovendien al haar andere voorraden verkocht en geleverd aan Beter Lopen, waarbij verrekening met een schuld zou hebben plaatsgevonden. Vanaf 1 januari 2017 is Beter Lopen Voetwinkel de winkelruimte in gebruik gaan nemen zonder daarvoor een vergoeding te betalen.

Voor wat betreft de verkoop van de activa en passiva van de winkelruimte stelt de rechtbank vast dat deze om niet is geschied aan Beter Lopen Voetwinkel. Voor wat betreft de overige voorraden constateert de rechtbank dat Beter Lopen c.s. geen feiten en omstandigheden heeft gesteld op grond waarvan moet worden aangenomen dat er verrekening kon plaatsvinden. Er was geen sprake van een opeisbare tegenvordering van Beter Lopen op Beter Lopen Schoenwinkels. Er was binnen het concern wel sprake van een geldlening, maar ook die kon geen verrekening rechtvaardigen. Er lijkt volgens de rechtbank dan ook sprake te zijn van een overdracht tot zekerheid, die op grond van artikel 3:84 lid 3 BW niet is toegestaan.

Het staat vast dat Beter Lopen Schoenwinkels al jarenlang verlies leed. Doordat ook de belangrijkste inkomstenbron door de opzegging van de ziekenhuisgroep zou wegvallen, was het in die omstandigheden onbehoorlijk om de activa en passiva van de winkelruimte en de overige voorraden van Beter Lopen Schoenwinkels over te dragen op de wijze zoals is geschied. Beter Lopen heeft daarbij de schuldeisers van Beter Lopen Schoenwinkels benadeeld en haar taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk vervuld. Geen redelijk denkend bestuurder zou naar het oordeel van de rechtbank onder dezelfde omstandigheden op dezelfde wijze hebben gehandeld. Een dergelijke bestuurder was juist tot staking en vereffening van de onderneming overgegaan.

Inzake het faillissement van Beter Lopen Schoenwinkels is voldoende aannemelijk geworden dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door Beter Lopen c.s. een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Beter Lopen c.s. is dan ook aansprakelijk voor het faillissementstekort zoals gevorderd. Stellingen dat het faillissement mede is veroorzaakt door verlaging van de tarieven van zorgverzekeraars of de opzegging van de samenwerking door de ziekenhuisgroep zijn niet onderbouwd.

Wat betref het faillissement van Shoes Online stelt de rechtbank vast dat de stelling van de curator dat Beter Lopen c.s. heeft toegestaan dat Beter Lopen Voetwinkel de winkelruimte zonder tegenprestatie heeft kunnen gebruiken, juist is. Het om niet ter beschikking stellen van de winkelruimte aan Beter Lopen Voetwinkel, terwijl er voor Shoes Online een huurbetalingsverplichting bestond en zij – zoals onweersproken vaststaat – geen inkomsten had en in geldnood verkeerde, getuigt naar het oordeel van de rechtbank van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het was evident dat deze handelwijze tot financiële problemen zou leiden en dat schuldeisers van Shoes Online, waaronder de verhuurder, hierdoor zouden

worden benadeeld. Geen redelijk denkend bestuurder zou dan ook onder dezelfde omstandigheden op dezelfde wijze hebben gehandeld.

Daarnaast is inzake Shoes Online nog komen vast te staan dat de stelling van de curator dat Beter Lopen haar boekhoudkundige taak inzake het aanschaffen van een digitale maatschoen onvoldoende heeft vervuld juist is en zij daarom niet heeft voldaan aan artikel 2:10 BW. Op grond van artikel 2:248 lid 2 wordt ten aanzien van het niet voldoen aan de boekhoudplicht vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Beter Lopen c.s. heeft dit vermoeden niet weten te weerleggen. Ook zijn geen relevante feiten of omstandigheden gesteld op grond waarvan zou moeten worden aangenomen dat het om niet ter beschikking stellen van de winkelruimte niet als een belangrijke oorzaak van het faillissement moet worden beschouwd. De rechtbank acht het causaal verband tussen deze rechtshandeling en het faillissement dan ook aannemelijk.

De rechtbank concludeert uit het voorgaande dat Beter Lopen op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijk is te houden voor de tekorten in de faillissementen van Beter Lopen Schoenwinkels en Shoes Online. Op grond van artikel 2:11 BW rust deze aansprakelijkheid eveneens hoofdelijk op Mandarijn en A. De primaire vorderingen van de curator tot betaling van de tekorten in beide faillissementen worden dan ook toegewezen. Onvoldoende gesteld of gebleken is dat er sprake is van gronden zoals bedoeld in artikel 2:248 lid 4 BW die zouden kunnen leiden tot matiging.

F. van Tilburg

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 30-01-2019

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2019:536

Zaaknummer: C/08/218783 / HA ZA 18-260

Rechters: S.J.S. Groeneveld-Koekkoek

Advocaten: M.A.A. Spekhorst en P.F. Schepel

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Beëindiging kredietrelatie door de bank naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. De bank heeft een zwaarwegend belang om zich te distantiëren van strafbare feiten. Dit belang weegt echter niet op tegen het actuele en concrete belang van de klant om de ingrijpende, persoonlijke gevolgen van een beëindiging van het krediet te voorkomen.

In deze zaak staat de vraag centraal of de Volksbank NV tot beëindiging van de kredietrelatie met een klant mocht overgaan. Reden voor de opzegging was dat de echtgenoot van de klant onherroepelijk is veroordeeld voor medeplichtigheid aan moord en verboden wapenbezit. Bij dit strafbare feit speelde een door de bank gefinancierd appartement een belangrijke rol. Het appartement was beschikbaar gesteld aan de daders en het slachtoffer is in het appartementencomplex beschoten en daar dichtbij om het leven gebracht.

Het hof overweegt dat de rechtbank terecht de volgende maatstaf voorop heeft gesteld. De rechtsgeldigheid van een opzegging door de bank dient te worden beoordeeld aan de hand van de overeenkomst en de maatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW. De opzegging is niet rechtsgeldig indien gebruikmaking van deze bevoegdheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, gelet op alle omstandigheden van het geval, onaanvaardbaar is (HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929).

Na toetsing aan deze maatstaf is het hof met de rechtbank van oordeel dat beëindiging van de kredietrelatie in dit concrete geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De bank heeft onvoldoende onderbouwd dat er ruim zeven jaar na het plegen van het strafbare feit nog een concreet risico bestaat op integriteits- en reputatieschade. Dit risico is volgens het hof inmiddels beperkt en gerelativeerd. Ook heeft de bank niet aangetoond dat er sprake is van structureel onbetrouwbaar betalingsgedrag. Daar staat tegenover het belang van de klant om de woning te behouden waar zij samen met haar gezin, inclusief minderjarige kinderen, woont en het behoud van de huurinkomsten van de door de bank gefinancierde panden. Het hof oordeelt dat het belang van de bank niet opweegt tegen het belang van de klant om de ingrijpende persoonlijke gevolgen van een beëindiging

van het krediet te voorkomen.

J.C.L. Verheijden, april 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-03-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:2205

Zaaknummer: 200.206.079

Rechters: C.G. ter Veer, H.L. Wattel en I.W. Levelt-Iseger

Advocaten: K. Heemrood-van Dijk en W.E. Moojen

Wetsartikelen: 2:248 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

FNV c.s./X BV

In het tussenarrest heeft het hof vennootschap 1 in de gelegenheid gesteld om de voorshands bewezen geachte stelling dat, bij de onderhandeling over een Sociaal Plan tussen de FNV en vennootschap 2 in het kader van een reorganisatie, mondeling is overeengekomen dat het Sociaal Plan ook van toepassing is op achterblijvers, te ontzenuwen. Inmiddels is vennootschap 2 failliet, vennootschap 1 heeft als moedervernootschap het Sociaal Plan medeondertekend. Vennootschap 1 is niet in de bewijsopdracht geslaagd. Het hof veroordeelt vennootschap 1 tot nakoming van het Sociaal Plan jegens appellanten en verklaart de veroordeling uitvoerbaar bij voorraad. Vennootschap 1 wordt veroordeeld in de proceskosten als de in het ongelijk gestelde partij.

Het door vennootschap 1 nieuw ingebrachte bewijs bevat onder meer twee getuigenverklaringen. Het hoofd personeelzaken verklaart dat het de mening van vennootschap 1 was dat het Sociaal Plan niet zou gelden voor achterblijvers, omdat er elders in het concern ook geen garantie was voor uitkeringen in geval van faillissement. De controller verklaart dat de uitkomst van het telefoongesprek tussen hem en de directeur van vennootschap 1 was dat een garantie voor achterblijvers niet mogelijk was. Ook in de daaropvolgende vergadering is medegedeeld dat geen akkoord werd gegeven voor de garantstelling van de achterblijvers.

Voor uitleg van de wilsovereenstemming tussen de FNV en vennootschap 2 moet worden teruggerepen op de Haviltexmaatstaf. De context van de laatste bespreking over het Sociaal Plan was dat tussen de FNV en vennootschap 2 over een aantal elementen van het plan al overeenstemming was bereikt, waaronder de looptijd van het plan. Tijdens deze laatste bespreking werd onderhandeld over de hoogte van de ontslagvergoeding, de eis dat het plan ook voor achterblijvers zou gelden en de eis dat ook de verplichtingen van vennootschap 2

tegenover de achterblijvers werden gegarandeerd door vennootschap 1. Deze laatste eis impliceert dat de achterblijvers onder het plan vallen. Het hof acht het in verband met de onderlinge samenhang van deze punten aannemelijk dat beide punten tijdens het overleg tussen de betrokkenen door elkaar hebben gelopen. Verder zijn de getuigenverklaringen tegenstrijdig. De op het verzoek van de FNV gehoorde getuigen hebben verklaard dat de garantie zich zou uitstrekken tot achterblijvers, terwijl de verklaringen van de controller en het hoofd personeelszaken tegengesteld luiden. Het hof acht bij de waardering van het getuigenbewijs van belang dat de aan de zijde van de FNV gehoorde getuigen relatief kort na de gebeurtenissen zijn gehoord en de getuigen aan de zijde van vennootschap 1 pas vele jaren later. Het hof acht door de getuigenverklaringen aangetoond dat de aan de zijde van de FNV gehoorde getuigen de woorden van de controller en het hoofd personeelszaken hebben opgevat in de zin dat de garantie zich zou uitstrekken tot de achterblijvers. Dit was ook kenbaar voor vennootschap 2. Daarnaast ondersteunt het advies van de ondernemingsraad deze uitleg van de gang van zaken. De door vennootschap 1 nieuw in het geding gebrachte getuigenverklaringen vormen geen voldoende weerlegging van die omstandigheden.

Uit het voorgaande volgt dat vennootschap 1 het bewijs dat mondeling tussen de FNV en vennootschap 2 is overeengekomen dat het Sociaal Plan ook van toepassing zou zijn op achterblijvers, niet heeft ontzenuwd. Daarnaast heeft de garantie van vennootschap 1 ook mede betrekking op de verplichtingen van vennootschap 2 jegens de achterblijvers. Het belang van deze garantie was voor de achterblijvers namelijk groot, en dit moet voor vennootschap 1 duidelijk zijn geweest. Dit laatste komt vooral doordat de nakoming van de verplichtingen van vennootschap 2 jegens de achterblijvers namelijk pas in de toekomst aan de orde zou komen, onder omstandigheden waardoor verdere inkrimping of zelfs sluiting van vennootschap 2 nodig zou zijn, wat betekent dat er financiële onzekerheid over deze nakoming bestond.

Het hof veroordeelt vennootschap 1 tot nakoming van het Sociaal Plan jegens appellanten en verklaart de veroordeling uitvoerbaar bij voorraad. Vennootschap 1 wordt veroordeeld in de proceskosten als de in het ongelijk gestelde partij.

S.R. Verhoeven

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 05-03-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:799

Zaaknummer: 200.208.733_01

Rechters: J.W. van Rijkom, H.E. HAE Uniken Venema en D.J.B. de Wolff

Advocaten: R.A. Severijn en A.J.D. Bekius

RECHTSPRAAK

X vof/ Collin Crowdfund NV

Een ontbonden vof blijft bestaan voor zover dit voor haar vereffening nodig is en kan failliet worden verklaard totdat de vereffening is voltooid. Enkele goederen in de vennootschappelijke gemeenschap zijn niet verkocht noch geleverd, waardoor er nog sprake is van een vennootschappelijk vermogen met activa en passiva. Er kan niet worden gesteld dat de vereffening reeds is voltooid. De vof kan daarom failliet worden verklaard. Het hof bekrachtigt de faillietverklaring van de rechtbank.

Appellant voert aan dat zij niet failliet verklaard kon worden. De vennootschap is na verkoop van de onderneming opgehouden te bestaan omdat er niets meer te vereffenen was en er geen baten meer waren. Daarmee was de vereffening volgens de appellant voltooid.

Bij de beoordeling van het faillissementsverzoek van een vennootschap onder firma geldt dat een ontbonden vof blijft bestaan voor zover dit voor haar vereffening nodig is en dat faillietverklaring van die ontbonden vof mogelijk is totdat de vereffening is voltooid. Uit de stukken die in het geding zijn gebracht is gebleken dat de vereffening van de vof nog niet is voltooid. Enkele goederen van de gemeenschap zijn niet verkocht noch geleverd. Daar komt nog bij dat namens de vof ter zitting is verklaard dat er nog een aantal bezwaarprocedures loopt tegen de Belastingdienst, en dat er een vordering wegens ongerechtvaardigde verrijking zou kunnen bestaan. Deze laatste vordering komt (mogelijk) voort uit de waardevermeerdering van een pand dat is verbouwd voor rekening van de vof als huurder, terwijl de verhuurder na beëindiging van de huurovereenkomst de beschikking heeft over een pand met een hogere waarde. Er is dus nog sprake van een vennootschapsvermogen met activa en passiva, waardoor niet kan worden vastgesteld dat de vereffening reeds is voltooid.

Wat betreft de faillietverklaring is bij een ontbonden vennootschap in vereffening niet vereist dat sprake is van een realistisch vooruitzicht op een concreet actief. Nu aan alle voorwaarden voor faillietverklaring voldaan is, dient het vonnis van de rechtbank te worden bekrachtigd.

S.R. Verhoeven

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-02-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:2146

Zaaknummer: 200.253.674

Rechters: mr. drs. F.J.P. Lock, B.J. Engberts en J.H. Steverink

Advocaten: R.F. Feenstra en D. Coskun

RECHTSPRAAK

X/Curator Matrassen Hannibal

Bestuurder aangesprakelijk gesteld voor het faillissementstekort wegens het niet deponeren van de jaarrekening. De korte bestuurstermijn is niet relevant, aangezien de bestuurder nog tien maanden had om de jaarrekening te deponeren voordat de termijn zou zijn verstreken.

Matrassen Hannibal BV is in 2003 onder een andere naam opgericht. In maart 2011 is de appellant als bestuurder van Matrassen Hannibal in het handelsregister ingeschreven. Drie maanden later is de vennootschap failliet verklaard. De rechtbank heeft in eerste aanleg voor recht verklaard dat appellant zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en daarmee volgens artikel 2:248 BW aansprakelijk is voor het boedeltekort. Appellant heeft hiertegen hoger beroep ingesteld.

Het standpunt van appellant in grief 1 kan niet slagen. Uit het proces-verbaal van de comparitie blijkt namelijk dat de advocaat van appellant heeft verklaard dat appellant wel degelijk als bestuurder is aangesteld en heeft gefunctioneerd. Daarnaast heeft appellant erkend bestuurstaken te hebben vervuld. Daarin leest het hof een gerechtelijke erkenning dat appellant als bestuurder is aangesteld en heeft gefunctioneerd, wat ook kan worden afgeleid uit de inschrijving in het handelsregister. Vast staat daarom dat appellant wel degelijk formeel en materieel bestuurder is geweest van Matrassen Hannibal. Ook grief 2, betreffende de tijdige deponering van de jaarrekening, kan niet slagen. Dat de vorige bestuurder heeft nagelaten de jaarrekening te deponeren speelt geen rol. De verplichting om de jaarrekening te deponeren is ontstaan met de benoeming van appellant als bestuurder. Op dat moment had hij nog tien maanden om de jaarrekening te deponeren. Daardoor is onweerlegbaar komen vast te staan dat appellant zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld. Dat appellant slechts drie maanden bestuurder is geweest maakt dit niet anders. Verder kan het beroep op matiging van het schadebedrag niet worden gehonoreerd. Appellant is van mening dat het schadebedrag dient te worden gematigd omdat hij slechts drie maanden bestuurder is geweest van Matrassen Hannibal. Appellant heeft tijdens zijn bestuursperiode de jaarrekening niet alsnog gedeponerd en heeft bovendien de arbeidsovereenkomsten van het personeel van

Matrassen Hannibal onregelmatig opgezegd, wat volgens de curator juist heeft geleid tot het faillissement. Dit heeft appellant onvoldoende weersproken.

Het hof bekrachtigt de vonnissen van de Rechtbank Gelderland en veroordeelt appellant in de kosten van het hoger beroep en de nakosten.

S.R. Verhoeven

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-02-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:1568

Zaaknummer: 200.172.496

Rechters: A.W. Steeg, L.M. Croes en L.J. de Kerpel-van Poel

Advocaten: M.J.R. Roethof en R.C. Faase

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Boddaert q.q./X

De curator spreekt de bestuurder van de failliete onderneming aan op grond van artikel 2:248 BW, en spreekt zowel de bestuurder als de moederverenootschap aan uit onrechtmatige daad. De rechtbank acht het 18 dagen te laat publiceren van de jaarrekening een onbelangrijk verzuim, zodat het op de weg van de curator ligt om te stellen en te bewijzen dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur. De curator is in dit bewijs geslaagd. De bestuurder had moeten ingrijpen toen bleek dat de failliete onderneming door eigen projecten op enig moment niet langer voldoende inkomsten kon genereren om nog langer de onvoldoende doorbelasting van kosten te kunnen dragen. Dit deed hij echter niet, wat ervoor heeft gezorgd dat de onderneming binnen een paar jaar leegliep en uiteindelijk faillieerde. De vordering jegens de moederverenootschap kan echter niet worden toegewezen, aangezien de curator niet alle schuldeisers vertegenwoordigt, maar slechts de schuldeisers met een vordering na het moment dat de failliete onderneming afhankelijk werd van interne opdrachten. De rechtbank verklaart voor recht dat gedaagde B de failliete vennootschap onbehoorlijk heeft bestuurd, welk onbehoorlijk bestuur overeenkomstig artikel 2:248 BW een belangrijke oorzaak is van het faillissement van die vennootschap. De rechtbank veroordeelt gedaagde B tot vergoeding van de geleden schade, bestaande uit het tekort in het faillissement van de vennootschap, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

De curator verwijt gedaagde B bestuurdersaansprakelijkheid in de zin van artikel 2:248 BW in verband met het te laat publiceren van de jaarrekening van de failliete onderneming. De

termijnoverschrijding van 18 dagen acht de rechtbank echter een onbelangrijk verzuim. Of een termijnoverschrijding een onbelangrijk verzuim is, hangt namelijk niet, zoals de curator meent, af van de aansluiting van de jaarcijfers van de failliete onderneming met die van de moedermaatschappij. Het schenden van de boekhoudplicht op het niveau van de dochtervennootschap kan niet afgeleid worden uit louter de mogelijke schending van de boekhoudplicht of publicatieplicht bij de moedervennootschap, hoewel gedaagde B zowel bestuurder van de moeder- als de dochtervennootschap is. Er is daarom geen sprake van een wettelijk vermoeden ex artikel 2:248 BW, waardoor de curator moet stellen en bewijzen dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur.

Daarnaast verwijt de curator de gedaagde B en de moedervennootschap een onrechtmatige daad, op basis van een memo van de boekhouder van de Groep waarin zou zijn te lezen in welk financieel gevaar de onderneming verkeerde en wat er moest gebeuren om de onderneming weer gezond te maken. De curator verwijt gedaagde B in dit verband niet de nodige maatregelen te hebben getroffen bij het voortzetten van de bedrijfsvoering zonder duidelijk positief perspectief, met inachtneming van de informatie in het document. In het Comsys-arrest heeft de Hoge Raad een op de moedervennootschap rustende zorgplicht aangenomen tegenover de schuldeisers van een dochtervennootschap. De verwijten die de curator aan de moedervennootschap maakt, zijn volgens hem vergelijkbaar met de feiten in de Comsys-zaak. Het verwijt van de curator is dat de moedervennootschap steeds had moeten nagaan bij welke handeling van de dochtervennootschap de continuïteit daarvan was gewaarborgd. Deze norm bestaat echter niet voor een aandeelhouder.

Wat betreft de bestuurdersaansprakelijkheid van gedaagde B in relatie tot het memo van de boekhouder is de rechtbank van oordeel dat het document te strak geïnterpreteerd is door de curator. De onderneming is pas drie jaar na het gesprek met de accountant, waarin van het document werd kennisgenomen, gefailleerd. Het ligt op de weg van de curator om te stellen en onderbouwen waarom op het moment van de kennisneming van het document en het daarin vervatte advies van de boekhouder er geen kansen meer waren dat de failliete onderneming er financieel niet meer bovenop zou kunnen komen.

Ook heeft de curator, ter staving van de vordering uit onrechtmatige daad van de moedervennootschap ter zake van andere omstandigheden dan het document, meerdere onregelmatigheden geconstateerd bij de gang van zaken binnen de Groep, in het bijzonder in relatie tot de gefailleerde onderneming. Deze onregelmatigheden zijn (1) onvoldoende doorbelasting van kosten; (2) wijziging van de posities in rekening-courantverhoudingen binnen de Groep; (3) de overheveling van een groot renovatieproject van de failliete onderneming naar de andere dochtervennootschap in de groep; (4) de voortzetting van de bedrijfsvoering zonder zicht op baten; (5) overdracht om niet van bedrijfsmiddelen van de

failliete onderneming aan de andere maatschappijen binnen de groep; (6) overdracht van voorraden om niet door de failliete onderneming binnen een jaar voor het faillissement en; (7) het veranderen van de bedrijfsnaam van de failliete onderneming in het zicht van het faillissement. De onregelmatigheden onder (1), (2) en (6) staan vast, en daarvan kan de bestuurder (gedaagde B) een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt. De bestuurder had moeten ingrijpen toen bleek dat de failliete onderneming door eigen projecten op enig moment niet langer voldoende inkomsten kon genereren om nog langer de onvoldoende doorbelasting van kosten te kunnen dragen. Dit deed hij echter niet, wat ervoor heeft gezorgd dat de onderneming binnen een paar jaar leegliep en uiteindelijk failliete.

Wat betreft de onrechtmatige daad van de moeder vennootschap blijven alleen onregelmatigheden (1) en (2) over voor de beoordeling van het handelen van de moeder vennootschap. De door de curator gemaakte gelijkstelling met het Comsys-arrest voor wat betreft het onvoldoende doorbelasten van kosten is in dit geval onvoldoende om een zorgplicht aan te nemen ten opzichte van de schuldeisers van de failliete vennootschap. Anders dan het Comsys-arrest heeft de failliete vennootschap in deze zaak wel eigen inkomsten door opdrachten van derden buiten de groep. De curator heeft niet meer gesteld dan dat de failliete vennootschap afhankelijk was van interne opdrachten. Daarmee kon de curator echter niet volstaan. Als de rechtbank er echter veronderstelt dat van uitgaat dat de failliete vennootschap na 2013 alleen nog interne opdrachten verkreeg, ontstaat er een tweedeling tussen de schuldeisers met enerzijds schuldeisers die een vordering verkregen voor 2013 en anderzijds schuldeisers die een vordering verkregen na 2013. Een curator kan jegens een derde alleen een vordering uit onrechtmatige daad instellen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de failliet. In dit geval kan de curator alleen geacht worden de schuldeisers te vertegenwoordigen met een vordering verkregen na 2013. Hij vertegenwoordigt daarom niet alle schuldeisers, waardoor hij niet-ontvankelijk is in zijn vorderingen.

De curator heeft de verrekening van de koopsom door de moeder vennootschap na de cessie van een vordering van de failliete vennootschap op de andere groepsvennootschap aan de moeder vennootschap buitengerechtelijk vernietigd ex artikel 54 Fw. De curator vordert een verklaring voor recht dat de buitengerechtelijke vernietiging rechtsgeldig was of ok de verrekening alsnog te vernietigen. De verrekening van de koopsom die de moeder vennootschap aan de failliete vennootschap verschuldigd was op grond van de cessie is niet rechtsgeldig, dus de koopsom moet beschouwd worden als niet te zijn betaald.

De rechtbank verklaart voor recht dat gedaagde B de failliete vennootschap onbehoorlijk heeft bestuurd, welk onbehoorlijk bestuur overeenkomstig artikel 2:248 BW een belangrijke oorzaak is van het faillissement van die vennootschap. De rechtbank veroordeelt gedaagde B tot vergoeding van de geleden schade, bestaande uit het tekort in het faillissement van de

vennootschap, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. De rechtbank verklaart voor recht dat de verrekening door de moedervernootschap in strijd geschiedde met het verrekeningsverbod van artikel 54 Fw en rechtsgeldig buitengerechtelijk door de curator is vernietigd. De rechtbank compenseert de proceskosten tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt, en wijst het anders of meer gevorderde af.

S.R. Verhoeven

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 03-10-2018

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:6664

Zaaknummer: C/16/428733 HL ZA 17-5

Rechters: J.A. Schuman, R.J. Verschoof en J.C. van Eijk-Graveland

Advocaten: N.S. Reerink en L.T. Lonis

Wetsartikelen: 2:248 BW en 6:162 BW