

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 07, 2019

Nummer 7, 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. C.M.A. Knoben, 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:2019:1041](#) 28-06-2019

Curatoren Indover/Bank Indonesia

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:995](#) 21-06-2019

Houtman q.q./Rabobank

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:2377](#) 09-07-2019

Van Sluisveld/Schreurs q.q. en Stadig q.q.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:5422](#) 02-07-2019

Saan/Looijen q.q.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:2227](#) 02-07-2019

X/Reerink q.q.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:5254](#) 25-06-2019

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:2201](#) 20-06-2019

Autoschade VOF/Stichtingen

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:347](#) 26-02-2019

SMC/Longartsen

Rechtbank

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2019:4349](#) 19-07-2019

Ferrari Financial Services GmbH/Dekker q.q. c.s.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2019:5179](#) 16-07-2019

Participanten/EREFA I

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2019:4889](#) 10-07-2019

Gemeene Amsterdam/Curatoren Slotervaartziekenhuis

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:2978](#) 25-06-2019

Vidrea/Bewindvoerder Cools

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:5048](#) 02-05-2019

RECHTSPRAAK

Ferrari Financial Services GmbH/Dekker q.q. c.s.

Ferrari Financial Services vordert afgifte van een Ferrari door de curatoren van een natuurlijk persoon. De vordering tot afgifte wordt afgewezen, omdat de curatoren een vordering hebben uit hoofde van zaakwaarneming en zich terecht beroepen op een retentierecht.

Drie curatoren zijn aangesteld in het faillissement van een natuurlijk persoon ('failliet'). Naar aanleiding van een aangifte tegen failliet wegens faillissementsfraude heeft de FIOD een strafrechtelijk onderzoek verricht. Uit dit onderzoek volgt dat failliet vermoedelijk (economisch) eigenaar is van een Ferrari, die in november 2017 door Ferrari Financial Services GmbH ('FFS') is verkocht aan TVM GmbH. In oktober 2018 heeft de FIOD doorzoeken gedaan, waarbij meerdere auto's in beslag zijn genomen. De FIOD heeft de Ferrari niet gevonden.

Op aandringen van de curatoren heeft failliet aangegeven dat de Ferrari ter reparatie bij een garage stond. Failliet heeft de curatoren ook een volmacht verleend om de Ferrari op te halen. De curatoren hebben de Ferrari op laten halen, de reparatiekosten voldaan en de auto opgeslagen bij BVA-Auctions in Zwolle.

FFS heeft de Ferrari verkocht onder eigendomsvoorbehoud en vordert in kort geding afgifte van de auto. De curatoren zijn van mening dat FFS de kosten die zij gemaakt hebben, moet voldoen op grond van zaakwaarneming dan wel de redelijkheid en billijkheid en beroepen zich op een retentierecht. Het betreft transportkosten, reparatiekosten, opslagkosten, kosten van een Duitse advocaat en een boedelbijdrage. Daarnaast menen de curatoren dat FFS bij verkoop van de Ferrari de meeropbrengst moet afdragen aan de boedel als de auto voor meer dan ongeveer € 140.000 wordt verkocht. In reconventie vorderen de curatoren betaling van deze bedragen. FFS stelt zich op het standpunt dat de boedel uitsluitend recht heeft op vergoeding van de reparatiekosten. De overige kosten zijn volgens FFS onnodig gemaakt en er bestaat geen grond voor vergoeding hiervan. Ten aanzien van de meeropbrengst stelt FFS zich op het standpunt dat de volledige verkoopopbrengst aan haar als eigenaar toekomt.

De voorzieningenrechter overweegt dat de curatoren gegronde redenen hadden om aan te

nemen dat de boedel enige rechten had ten aanzien van de auto. Het onderzoek van de FIOD wijst failliet aan als (economisch) eigenaar, de auto had een kenteken met de initialen en geboortedatum van failliet, de Ferrari staat inmiddels op naam van een vennootschap waarin failliet het voor het zeggen heeft en failliet sprak telkens over 'zijn' Ferrari en wilde niet verklaren waar de auto zich bevond.

Gelet op de geschiedenis met failliet en gelet op het feit dat de curatoren de auto betrekkelijk gemakkelijk meekregen van de garage, hebben de curatoren de Ferrari ook terecht laten ophalen en opslaan. Het is de vraag of FFS de Ferrari nog teruggezien zou hebben als de curatoren zich niet hadden ingelaten met de auto. De curatoren beroepen zich daarom terecht op zaakwaarneming. Op grond van artikel 6:200 lid 1 BW dient FFS de schade die de boedel geleden heeft te vergoeden. Op grond van artikel 6:200 lid 2 BW hebben de curatoren ook recht op een boedelbijdrage. De voorzieningenrechter is van oordeel dat voldoende samenhang bestaat tussen de vorderingen van de curatoren en de verbintenis tot afgifte (art. 6:52 BW), waarmee de curatoren terecht een beroep doen op een retentierecht. De vordering tot afgifte wordt afgewezen.

De voorzieningenrechter wijst ook de reconventionele vorderingen van de curatoren af, omdat de curatoren geen spoedeisend belang hebben bij hun vorderingen. De vordering van de curatoren tot afdracht aan de boedel van de meerwaarde van de Ferrari wordt daarnaast afgewezen omdat de rechter onvoldoende informatie heeft om te beoordelen hoe de opbrengst moet worden verdeeld.

H.J. de Kloe, juli 2019

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 19-07-2019

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2019:4349

Zaaknummer: C/01/346842 / KG ZA 19-290

Rechters: E. Loesberg

Advocaten: F.J. Laagland en P.R. Dekker

Wetsartikelen: 6:200 BW en 6:52 BW

RECHTSPRAAK

Participanten/EREFA I

De bestuurder van een vastgoedfonds fabriceert zelf een verklaring van een bankmedewerker waarin is opgenomen dat een betaling wordt tegengehouden door SNS. Het fonds wordt failliet verklaard door de rechtbank.

Twaalf participanten en een stichting verzoeken tot faillietverklaring van Expat Real Estate Fund Amsterdam I BV (EREFA I). EREFA I houdt zich bezig met de handel in en de verhuur van vastgoed. De participanten hebben geld ingelegd in het fonds. In de overeengekomen voorwaarden is opgenomen dat EREFA I ieder half jaar een uitkering doet aan de participanten, bij gebreke waarvan de ingelegde hoofdsommen direct opeisbaar worden. Omdat de halfjaarlijkse uitkering niet is voldaan, eisen de participanten de ingelegde hoofdsommen op. Betaling door EREFA I blijft achterwege.

EREFA I verweert zich met de stelling dat de halfjaarlijkse uitkering betaalbaar is gesteld, maar vastgehouden wordt door SNS Bank. De reden hiervoor zou zijn dat SNS de betaling pas wil vrijgeven nadat een onderzoek is afgerond naar aanleiding van vragen die gesteld zijn namens de participanten. EREFA I legt op de zitting van 2 juli 2019 een verklaring over van een bankmedewerker waarin dit wordt bevestigd.

Op 3 juli verzoeken de participanten het faillissementsverzoek aan te houden, omdat het vermoeden bestaat dat de overgelegde verklaring niet authentiek is. Nadat verzoekers een verklaring van de bankmedewerker overleggen waarin is opgenomen dat zij de eerdere verklaring niet heeft opgesteld, erkent de bestuurder van EREFA I ter zitting van 16 juli 2019 dat hij de verklaring heeft gefabriceerd omdat hij onder druk stond door de faillissementsaanvraag. Daarnaast verklaart de bestuurder, onder overlegging van een koopovereenkomst, dat het vastgoed is verkocht en dat de participanten betaald kunnen worden uit de opbrengsten van de verkoop. Verzoekers twijfelen eraan of het vastgoed daadwerkelijk is verkocht, omdat uit het handelsregister blijkt dat de kopende vennootschap nauwelijks eigen vermogen heeft. Daarnaast heeft de bestuurder van de koper financiële problemen.

De rechtbank overweegt dat EREFA I niet kan bewijzen dat de uitkering wordt tegengehouden door SNS, terwijl vaststaat dat de participanten geen betaling hebben ontvangen. De koopovereenkomst, die niet is ingeschreven in het kadaster en waarvoor geen zekerheid is gesteld, vormt geen reden tot nadere aanhouding. De rechtbank oordeelt dat EREFA I is opgehouden te betalen en verklaart EREFA I in staat van faillissement.

H.J. de Kloe, juli 2019

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 16-07-2019

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2019:5179

Zaaknummer: C/13/19/237 F

Rechters: A.E. de Vos

Advocaten: R.A.M. Schram en F.J.C. van Altena

Wetsartikelen: 6 Fw

RECHTSPRAAK

Gemeene Amsterdam/Curatoren Slotervaartziekenhuis

Uitspraak in hoger beroep tegen de beslissing van de rechter-commissaris in het faillissement van het Slotervaartziekenhuis. Appolverbod artikel 67 Fw sluit een appel inzake het rechtmatigheidsonderzoek van de curator niet uit. Curatoren hoeven geen rechtmatigheidsonderzoek te doen en hoeven niet verder te onderhandelen met de gemeente Amsterdam.

In het faillissement van Slotervaartziekenhuis B.V. ('Slotervaartziekenhuis') zijn de curatoren vanaf de uitspraak van het faillissement met partijen in contact over een eventuele doorstart van het ziekenhuis. Bij een eventuele doorstart heeft de gemeente Amsterdam ('de gemeente') in feite een vetorecht omdat daags na faillissement een voorkeursrecht is gevestigd op het vastgoed waarin het failliete ziekenhuis werd geëxploiteerd. De gemeente heeft zelf interesse getoond in het vastgoed en bij de curatoren een bieding daarop neergelegd. De curatoren wezen deze bieding af.

Inmiddels zijn de curatoren in gesprek met een gegadigde over een faillissementsakkoord waarbij alle schuldeisers volledig zullen worden betaald. De huidige kosten die gemoeid zijn met het in stand houden van het vastgoed – een bedrag van ongeveer € 300.000 – worden op dit moment (zo lang de onderhandelingen lopen) door de gegadigde voldaan. Omdat de gemeente nog niet meewerkt aan de verkoop, is een akkoord nog niet tot stand gekomen.

De gemeente wenst onder andere geen medewerking te verlenen aan een faillissementsakkoord, omdat in de gewenste opzet oud-aandeelhouders/bestuurders van het Slotervaartziekenhuis betrokken zullen zijn (/blijven) bij het ziekenhuis en de gemeente meent dat sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur.

De gemeente heeft bij brief de rechter-commissaris verzocht de curatoren van het Slotervaartziekenhuis te bevelen (1) een rechtmatigheidsonderzoek te verrichten (zo nodig via een enquêteprocedure) en (2) verder met haar te onderhandelen over een verkoop van het vastgoed.

De rechter-commissaris heeft de verzoeken afgewezen. De gemeente heeft met een beroep op artikel 67 Fw de rechtbank verzocht de beschikking van de rechter-commissaris te vernietigen en alsnog haar verzoeken in te willigen.

De rechtbank oordeelt allereerst over de ontvankelijkheid van de gemeente. De rechtbank stelt vast dat het beroep tijdig is ingesteld en de gemeente het verzoek indiende dat leidde tot de beschikking van de rechter-commissaris waartegen beroep is ingesteld. Verder constateert de rechtbank dat – in tegenstelling tot hetgeen de curatoren stellen – de gemeente weliswaar (ook) een eigen (persoonlijk) belang heeft bij haar verzoek, maar dat het verzoek ziet op het beheer van de boedel. Een en ander kan niet leiden tot niet-ontvankelijkheid.

De curatoren voeren nog aan dat het verzoek van de gemeente aangaande het rechtmatigheidsonderzoek valt onder het appelverbod uit artikel 67 lid 1 Fw. Dit appelverbod verwijst naar artikel 68 lid 2 Fw waarin onder sub a is opgenomen dat 'de curator bezieet bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot'.

De rechtbank oordeelt met een beroep op de wetsgeschiedenis, het systeem van de Faillissementswet en het appelverbod uit artikel 69 Fw – dat slechts verwijst naar sub c van artikel 68 lid 2 Fw dat ziet op het al dan niet doen van een melding of aangifte van onregelmatigheden in aanloop naar het faillissement – dat het niet de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest een appel ex artikel 67 Fw inzake het rechtmatigheidsonderzoek dat een curator dient uit te voeren uit te sluiten. Aldus is de gemeente ontvankelijk in haar beroep.

Inhoudelijk wijst de rechtbank het tweede verzoek van de gemeente af. De curatoren hebben aangegeven open te staan voor een verbeterde bieding van de gemeente en onvoldoende is gebleken dat de gemeente onvoldoende informatie zou hebben om een nieuwe bieding uit te brengen.

Aangaande het eerste verzoek van de gemeente oordeelt de rechtbank dat de rechter-commissaris terecht heeft afgezien van het geven van een bevel om een rechtmatigheidsonderzoek te starten. De rechtbank ziet geen aanleiding om het bevel alsnog te geven: 'Uit de geschetste omstandigheden volgt immers dat het voorgestelde 100% akkoord in het belang is van de crediteuren, daarbij haast is geboden, Zadelhoff na het akkoord bereid is om een op een rechtmatigheidsonderzoek gelijkend onderzoek te laten plaatsvinden en dat de aandeelhouders hun toekomstige positie van dat onderzoek afhankelijk zullen stellen. Op deze wijze kan zowel recht gedaan worden aan het crediteurenbelang bij volledige uitkering

als aan het maatschappelijk belang bij een rechtmatigheidsonderzoek.'

Naar mijn mening is dit een terechte beslissing, nu een rechtmatigheidsonderzoek in dit geval de (financiële) belangen van de schuldeisers onredelijk veel zou schaden. Met het akkoord kunnen zij volledige betaling van hun vorderingen tegemoet zien; bij een uitvoerig rechtmatigheidsonderzoek zou het akkoord niet tot stand komen en zou mogelijk in het geheel geen uitkering aan schuldeisers kunnen plaatsvinden. Feitelijk zouden bij honorering van het eerste verzoek van de gemeente de schuldeisers – voor wie het vehikel van faillissement in beginsel is bedoeld – in onredelijke mate moeten opdraaien voor het gestelde maatschappelijk belang en voor de positie van partijen die in de toekomst mogelijk met de aandeelhouders en bestuurders van het Slotervaarziekenhuis te maken gaan krijgen.

W.T.N. Vlasveld, juli 2019

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 10-07-2019

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2019:4889

Zaaknummer: C/13/18/340-F

Rechters: L. van Berkum, N.C.H. Blankevoort en M.L.S. Kalff

Advocaten: mr. B.F.H. Rumora-Scheltema, I. Spinath, G.A.J. Boekraad en mr. J.E.P.A. van Hooff

Wetsartikelen: 67 Fw, 69 Fw en 68 Fw

RECHTSPRAAK

X/Reerink q.q.

Oud-bestuurder van Slotervaart maakt per saldo ongeveer € 25.000 over naar haar minderjarige zoon, kennelijk ter voorkoming van beslaglegging. Het hof laat het vonnis van de rechtbank waarbij deze betaling door de curator van de oud-bestuurder is vernietigd op grond van pauliana in stand.

Eiseres was in de periode tussen 23 oktober 2006 en 27 maart 2013 actief als statutair bestuurder (voorzitter) van MC Slotervaart. Op 24 september 2014 werd zij veroordeeld tot betaling van een geldbedrag van ongeveer € 2,5 miljoen aan A2 Antwoordservice. Enkele maanden later, op 21 januari 2015, veroordeelde de Rechtbank Amsterdam haar voorts tot betaling van ongeveer € 1,74 miljoen aan het MC Slotervaart (ECLI:NL:RBAMS:2015:196). Over deze uitspraak hieronder meer. Op 19 mei 2015 wordt eiseres failliet verklaard.

Tussen 17 april en 23 april 2014 blijkt eiseres in totaal € 260.000 te hebben overgemaakt aan haar minderjarige zoon. Voorts maakte zij tussen 1 april en 17 mei 2014 een bedrag van € 234.450 van haar minderjarige zoon naar zichzelf over. De curator in haar persoonlijke faillissement heeft gevorderd deze betalingen te vernietigen op de voet van artikel 42 Fw, zodat het saldo van 25.550 euro aan de boedel ten goede zou komen, welke vordering in eerste aanleg is toegewezen. In onderhavige zaak komt eiseres onder meer op tegen het oordeel van de rechtbank dat het faillissement en het tekort daarin voor haar ten tijde van de overboekingen voorzienbaar waren. Zulks moet vaststaan voor een geslaagd beroep op artikel 42 Fw; het bewijsvermoeden van artikel 45 Fw baatte de curator niet nu de betalingen plaatsvonden meer dan een jaar voor faillietverklaring.

Eiseres voert aan dat de laatste overboeking aan haar zoon op 23 april 2014 heeft plaatsgevonden, terwijl zij eerst op 19 mei 2015 failliet is verklaard. De procedure die leidde tot het vonnis van 21 januari 2015, waarin eiseres werd veroordeeld zo'n € 1,7 miljoen aan MC Slotervaart te betalen, liep echter al wel. Dat bedrag was gebaseerd op (1) een te hoog voorschot op haar salaris, (2) privé-uitgaven op de creditcard die MC Slotervaart aan eiseres ter beschikking had gesteld, (3) een betaling namens MC Slotervaart van een (aldus MC

Slotervaart) privéschuld van eiseres, (4) een betaling namens MC Slotervaart van een (aldus MC Slotervaart) schuld van Meromi Participaties B.V., een vennootschap waarvan eiseres alle aandelen houdt en enig bestuurder is, en (5) betalingen namens MC Slotervaart van privéfacturen van eiseres, waaronder facturen voor vliegtickets, chauffeursdiensten en tickets voor een concert van Pearl Jam.

Het hof vat dit alles samen tot ‘diverse transacties waarmee [eiseres] ten bate van zichzelf vermogen aan MC Slotervaart heeft onttrokken zonder dat daarvoor een rechtvaardiging bestond’ en merkt voorts fijntjes op dat ‘de uitkomst van de procedure van MC Slotervaart voor [eiseres] dan ook niet als verrassing [kan] zijn gekomen’. Wat tot slot niet helpt, is dat eiseres op 27 mei 2014 tegenover de FIOD verklaarde dat de betalingen werden gedaan ter voorkoming van beslaglegging. De grief faalt.

O. Oost, juli 2019

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 02-07-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:2227

Zaaknummer: 200.244.693/01

Rechters: J.W.M. Tromp, E.E. van Tuyll Serooskerken-Roëll en A.P. Schoonbrood-Wessels

Advocaten: G.F. de Graaf

Wetsartikelen: 42 Fw

RECHTSPRAAK

Van Sluisveld/Schreurs q.q. en Stadig q.q.

Tijdens de schuldsanering stelt saniet hoger beroep in tegen een uitspraak van de rechtbank. Het hof schorst de procedure op grond van artikel 29 Fw. Met wenk.

De uitspraak van het hof is een van de vele uitspraken in de faillissementen van Roger Lips en zijn echtgenote Astrid van Sluisveld. Kort samengevat stelt Van Sluisveld dat Lips ten behoeve van haar een pandrecht heeft gevestigd op de onverdeelde helft van de inboedel van twee woningen. Van Sluisveld heeft de inboedel met toestemming van de voorzieningenrechter aan zichzelf verkocht. De curatoren in het faillissement van Lips vorderen afdracht van de koopsom op grond van artikel 57 lid 3 Fw, omdat het bodemvoorrecht van de fiscus (art. 21 lid 2 IW 1990) voorgaat op het stille pandrecht van Van Sluisveld. Op 12 oktober 2016 wijst de Rechtbank Oost-Brabant de vordering van de curatoren toe (ECLI:NL:RBOBR:2016:5600).

Van Sluisveld is op 14 juni 2016 toegelaten tot de schuldsaneringsregeling. Op 8 september 2018 is de schuldsaneringsregeling omgezet in een faillissement. Als wordt geprocedeerd over een verifieerbare vordering, dan wordt de procedure van rechtswege geschorst op grond van artikel 29 Fw (dat op grond van art. 313 Fw ook van toepassing is op de schuldsanering). Uit het tussenarrest van het hof van 29 januari 2019 (ECLI:NL:GHSHE:2019:258) valt af te leiden dat de rechtbank niet geschorst heeft, omdat de procedure reeds voor vonnis stond. In dat geval is artikel 29 Fw niet van toepassing (art. 31 Fw).

Van Sluisveld komt zelf in beroep tegen de beschikking van de rechtbank en stelt dat ze optreedt als zaakwaarnemer van de bewindvoerder. Omdat de bewindvoerder niet (tijdig) met de zaak bekend was, heeft Van Sluisveld beroep ingesteld om de beroepstermijn te redden. Het hof accepteert het beroep op zaakwaarneming en verklaart Van Sluisveld ontvankelijk in het beroep. Nu het hof op basis van de processtukken en ambtshalve ermee bekend is dat Van Sluisveld in staat van faillissement verkeert, schorst het hof de procedure op grond van artikel 29 Fw.

De motivering dat het hof ambtshalve bekend is met de schuldsanering en het faillissement, komt enigszins venijnig over: '[De insolventie van Van Sluisveld was] het hof ook ambtshalve

reeds bekend uit andere zaken die bij dit hof dienen of hebben gediend. Daarbij speelt mee dat leden van de behandelende kamer al eerder hebben gezeten op een of meerdere van de vele zaken waarbij [Van Sluisveld] en/of [Lips] en/of aan (een van) hen gelieerde ondernemingen betrokken waren, en de leden van het hof gewoon zijn om de jurisprudentie van de Hoge Raad, met de daarbij behorende conclusie van het OM, te lezen (net als de regionale bladen, die ook veel over deze kwestie hebben geschreven).’

Wenk

Hoewel de uitkomst te billijken is, heb ik dogmatisch enige moeite met de beslissing van het hof om de procedure te schorsen. Artikel 29 Fw is namelijk van toepassing op aanhangige procedures, niet op procedures die aanvangen tijdens de schuldsanering of het faillissement. Als de bewindvoerder zelf hoger beroep had ingesteld, dan zou de procedure voortgezet moeten worden (HR 3 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8092, r.o. 3.6). Nu het hof het beroep op zaakwaarneming honoreert, ligt het mijns inziens voor de hand hierbij aan te sluiten, ook als het beroep niet namens de bewindvoerder is ingesteld in de zin van artikel 6:201 BW.

Had Van Sluisveld voor zichzelf beroep ingesteld, dan had zij niet-ontvankelijk verklaard moeten worden op grond van artikel 25 lid 1 Fw als de curatoren van Lips daarop een beroep hadden gedaan (HR 1 mei 1914, *NJ* 2014, p. 709; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4700; Rb. Midden-Nederland 22 februari 2017, ECLI:RBMNE:2017:1443). Wordt geen beroep op niet-ontvankelijkheid gedaan, dan wordt de procedure voortgezet. Een veroordeling van de schuldenaar in bijvoorbeeld de proceskosten heeft dan echter geen rechtskracht tegenover de boedel (art. 25 lid 2 Fw).

H.J. de Kloe, juli 2019

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 09-07-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:2377

Zaaknummer: 200.217.979_01

Rechters: H.A.G. Fikkers, D.A.E.M. Hulskes en H.R. Quint

Advocaten: M.W. Steenpoorte

Wetsartikelen: 29 Fw

RECHTSPRAAK

Saan/Looijen q.q.

Kosten van bewaarneming van een drukpers zijn vanaf het faillissement boedelschuld, omdat de curator telefonisch heeft bevestigd dat de drukpers gedurende het faillissement opgeslagen kon blijven voor rekening van de boedel.

Saan Horizontaal & Verticaal Transport B.V. ('Saan') en Thijsen Media Group B.V. ('Thijsen') sluiten in januari 2014 een bewaarnemingsovereenkomst ten aanzien van een drukpers. Op 11 april 2014 wordt Thijsen failliet verklaard. Mr. E.R. Looijen wordt aangesteld als curator in het faillissement. De discussie tussen Saan en de curator ziet op de vraag of de vordering van Saan ten aanzien van de bewaarnemingskosten vanaf de datum van het faillissement kwalificeert als boedelvordering.

Uit r.o. 3.7.1 van het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. (HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108) volgt dat boedelvorderingen ontstaan (1) op grond van de wet, (2) doordat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan of (3) omdat de curator handelt in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. In eerste aanleg stelt Saan zich op het standpunt dat sprake is van een boedelvordering uit de eerste categorie, omdat partijen een huurovereenkomst hebben gesloten. Daarmee is de huur vanaf de faillietverklaring boedelschuld op grond van artikel 39 Fw. De kantonrechter kwalificeert de rechtsverhouding echter als overeenkomst van bewaarneming in de zin van artikel 7:600 BW en niet als huurovereenkomst.

In hoger beroep wordt niet gegriefd tegen het oordeel van de rechtbank dat de sprake is van een bewaarnemingsovereenkomst, maar spitst de discussie zich toe op de vraag of Saan een boedelvordering heeft uit de tweede categorie. De kantonrechter oordeelde dat Saan er niet in geslaagd is dit te bewijzen, maar het hof oordeelt anders. Saan heeft (reeds in eerste aanleg) schriftelijke verklaringen van twee van haar werknemers in het geding gebracht. De ene werknemer verklaart dat de curator wilde dat Saan de drukpers zou blijven opslaan. De facturen konden naar de curator gestuurd worden. De andere werknemer verklaart dat zij ook contact heeft opgenomen met de curator, om er zeker van te zijn dat de drukpers kon blijven

staan. Op de vraag wie de 'kosten van de huur' ging betalen, gaf de curator aan dat hij dat zou doen uit de opbrengst van de verkoop van de machine. Tot slot heeft Saan een schriftelijke verklaring ingebracht van een zzp'er die het debiteurenbeheer voor Saan verzorgt. Zij verklaart onder meer dat de curator vertelde dat binnen een aantal weken betaald zou worden, maar dat nog een akkoord nodig was van de rechter-commissaris.

Uit de overgelegde verklaringen leidt het hof af dat de curator heeft bevestigd dat de drukpers gedurende het faillissement opgeslagen kon blijven voor rekening van de boedel. Nu de verklaringen concreet, precies en onderling consistent zijn, slaagt Saan naar het oordeel van het hof voorshands in het bewijs van de stelling dat zij een boedelvordering heeft uit de tweede categorie. Het verweer van de curator dat hij ervan uitging dat Saan een boedelvordering had omdat namens Saan gesproken werd over een huurovereenkomst, slaagt niet. Het hof overweegt dat leken zich juridisch niet altijd nauwkeurig uitdrukken. Als de toestemming van de curator om de drukpers ten laste van de boedel bewaard te houden afhankelijk was van de kwalificatie van de overeenkomst, dan lag het op zijn weg om nadere inlichtingen te vragen. De curator krijgt de gelegenheid om tegenbewijs te leveren en het hof houdt iedere verdere beslissing aan.

Voor het geval de curator in dit tegenbewijs slaagt, heeft Saan belang bij een behandeling van haar grief dat de kantonrecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de boedel niet is gebaat door de bewaarnemingsovereenkomst. Deze grief slaagt niet. Saan heeft haar stelling dat de boedel door de bewaarnemingsovereenkomst is gebaat onvoldoende onderbouwd. Het hof overweegt dat voor het antwoord op de vraag of de boedel is gebaat in de zin van artikel 24 Fw, niet bepalend is of het boedelactief is toegenomen door de verkoop van de drukpers.

H.J. de Kloe, juli 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 02-07-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:5422

Zaaknummer: 200.209.051/01

Rechters: J. Smit, L. Janse en I. Tubben

Advocaten: M. Breur en J.J.P.T. van Summeren

Wetsartikelen: 39 Fw en 182 Fw

RECHTSPRAAK

Vidrea/Bewindvoerder Cools

Rechtbank zet surseance van Vidrea, h.o.d.n. Miller & Monroe, om in faillissement omdat voortzetting van de surseance leidt tot benadeling van schuldeisers.

Vidrea Retail B.V. ('Vidrea'), h.o.d.n. Miller & Monroe, maakt onderdeel uit van een kledingconcern. Vidrea drijft 72 winkels in Nederland. Daarnaast zorgt zij voor distributie van kleding naar 130 winkel in Duitsland en 59 winkels in Oostenrijk. Op 15 april 2019 wordt voorlopige surseance van betaling verleend aan Vidrea. De bewindvoerder, mr. M.J. Cools, verzoekt op 26 april 2019 de surseance in te trekken en het faillissement van Vidrea uit te spreken. De Rechtbank Midden-Nederland wijst dit eerste verzoek af op 10 mei 2019 (ECLI:NL:RBMNE:2019:2127). De reden voor voortzetting van de surseance is dat een faillissement nadeliger is voor de schuldeisers en de werknemers. Daarnaast is op basis van de liquiditeitsbegrotingen en het resultaat van de exploitatie in de eerste weken van de surseance voor de rechtbank onvoldoende aannemelijk geworden dat schuldeisers worden benadeeld door voortzetting van de surseance. Wel neemt de rechtbank, in overleg met de bewindvoerder en Vidrea, diverse maatregelen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers in de zin van artikel 225 Fw. Deze maatregelen houden onder meer in dat een deskundige de voorraad moet controleren, een accountant de liquiditeitsprognoses moet controleren en waar nodig aanpassen en een additionele bestuurder wordt benoemd.

In onderhavige uitspraak oordeelt de rechtbank op een tweede beëindigingsverzoek van de bewindvoerder. De rechtbank beëindigt de voorlopige surseance, omdat voortzetting van de surseance leidt tot benadeling van de schuldeisers. De rechtbank voert hiervoor diverse redenen aan. In de eerste plaats is de additionele bestuurder niet benoemd. Ten tweede is onduidelijk op welk deel van de voorraad een eigendomsvoorbehoud rust. Daarnaast wijkt de fysieke voorraad af van de administratie, waardoor het niet mogelijk is om een boedeladministratie te voeren. Tot slot is sprake van een negatieve cashpositie, waardoor onder meer niet voldaan is aan de verplichtingen jegens werknemers en niet aannemelijk is dat Vidrea op korte termijn aan deze verplichtingen kan voldoen. De rechtbank trekt de surseance in en verklaart Vidrea in staat van faillissement. Mr. Cools en mr. H. Dulack, die op

19 juni 2019 is benoemd als tweede bewindvoerder, worden aangesteld als curator in het faillissement.

H.J. de Kloe, juli 2019

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 25-06-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:2978

Zaaknummer: C/16/19/15 S

Rechters: P.J. Neijt

Advocaten: R.J. van Galen, T.B. de Clerck en P.C. van den Berg

Wetsartikelen: 242 Fw

RECHTSPRAAK

Appellant heeft zijn koeriersbedrijf verkocht aan VIPPost.nl, maar de koopprijs is niet voldaan. De tegen een derde vennootschap ingestelde vordering op grond van onrechtmatig handelen en vereenzelviging wordt afgewezen.

In januari 2015 heeft appellant zijn koeriersbedrijf verkocht. Mede om die reden heeft hij een vordering op VIPPost.nl B.V. Op 16 augustus 2016 is VIPPost.nl failliet verklaard. De vordering van appellant is niet (volledig) voldaan. In eerste aanleg spreekt hij de moedervernootschap van VIPPost.nl aan, de enig bestuurder en aandeelhouder van de moedervernootschap ('de indirect bestuurder') en een zustervernootschap van VIPPost.nl ('Transnet'). Tot slot spreekt hij een vennootschap aan waarvan de ex-vrouw van de indirect bestuurder enig bestuurder en aandeelhouder is ('de vennootschap'). De grondslagen voor de vordering op de vennootschap zijn kennelijk vereenzelviging en onrechtmatige daad. De vennootschap wordt (en de overige gedaagden worden) in eerste aanleg bij verstek veroordeeld. De vennootschap komt in verzet, waarop de vordering van appellant wordt afgewezen. Hierop gaat appellant in beroep.

Naar de mening van appellant is de indirect bestuurder van VIPPost.nl zo nauw betrokken geweest bij de oprichting van de vennootschap en zijn de activiteiten van VIPPost.nl en Transnet overgeheveld naar de vennootschap ten koste van de schuldeisers. Het hof overweegt dat voor vereenzelviging onvoldoende is dat de indirect bestuurder een relatie had met de bestuurder van de vennootschap waaruit drie kinderen zijn geboren, dat de indirect bestuurder werkzaamheden verrichtte voor de vennootschap en dat de vennootschap werkzaamheden verricht die eerder werden uitgevoerd door de VIPPost.nl en Transnet. Tot slot verwijt appellant de bestuurder van de vennootschap dat zij voor faillissement onrechtmatig gelden van de bankrekening van VIPPost.nl heeft opgenomen. Naar het oordeel van het hof is deze stelling onvoldoende onderbouwd. Daarnaast zou onrechtmatig handelen van de bestuurder niet zonder nadere verklaring leiden tot aansprakelijkheid van de vennootschap. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank, waarbij de vordering van appellant is afgewezen.

H.J. de Kloe, juli 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-06-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:5254

Zaaknummer: 200.217.466

Rechters: H.L. Wattel, I.W. Levelt-Iseger en M.B. van den Beekhoven Boezem

Advocaten: J. Cortet en A. Kouwenaar-de Coninck

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

SMC/Longartsen

Spijkenisse Medisch Centrum heeft het Ruwaard van Puttenziekenhuis doorgestart zonder twee longartsen een toelatingsovereenkomst aan te bieden. Het hof wijst de vorderingen van de longartsen op grond van onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking af.

Twee longartsen oefenen in maatschapsverband voor eigen rekening en risico een praktijk voor longgeneeskunde uit in het Ruwaard van Puttenziekenhuis ('RVP'). Hiertoe hebben zij een zogeheten toelatingsovereenkomst gesloten met de stichting die het ziekenhuis exploiteert, Stichting Ruwaard van Puttenziekenhuis ('SRPZ'). De toelatingsovereenkomst geeft de longartsen de bevoegdheid hun praktijk uit te oefenen in het ziekenhuis. In de overeenkomst is opgenomen dat de artsen recht hebben op goodwill 'ten aanzien van de uit hoofde van de onderhavige overeenkomst in het ziekenhuis verrichte werkzaamheden'. Wordt de praktijk van een arts overgenomen, dan betaalt de verkrijger normaal gesproken een goodwillvergoeding. De tegenprestatie voor deze vergoeding is dat de arts de verkrijger onder meer in staat stelt een toelatingsovereenkomst te sluiten met het ziekenhuis en toe te treden tot de maatschap.

Ongeveer drie weken nadat twee 'stille bewindvoerders' zijn benoemd ter voorbereiding van een doorstart, wordt SRPZ op 24 juni 2013 failliet verklaard. Dezelfde dag wordt de voorbereide doorstart geëffectueerd en verkopen de curatoren de activa van SRPZ aan Spijkenisse Medisch Centrum B.V. ('SMC'). SMC is niet bereid een toelatingsovereenkomst te sluiten met de longartsen en/of een goodwillvergoeding te betalen, maar biedt een arbeidsovereenkomst aan met een looptijd van zes maanden. De arbeidsovereenkomst wordt nadien met een jaar verlengd, waarna de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt omdat SMC de overeenkomst niet nogmaals wil verlengen. SMC plaatst een advertentie voor drie recent afgestudeerde longartsen, om de ontstane vacatures in te vullen.

De longartsen vorderen onder meer een verklaring voor recht dat SMC hun praktijk op onrechtmatig wijze heeft overgenomen zonder hiervoor een vergoeding te betalen en dat SMC

ongerechtvaardigd is verrijkt. De rechtbank verklaart voor recht dat SMC ten koste van de longartsen ongerechtvaardigd is verrijkt. De overige vorderingen wijst de rechtbank af. In principaal beroep komt SMC op tegen het oordeel van de rechtbank dat de longartsen ongerechtvaardigd zijn verrijkt. De longartsen komen in incidenteel beroep onder meer op tegen het oordeel van de rechtbank dat SMC geen onrechtmatige daad heeft gepleegd.

Het hof is met de rechtbank van oordeel dat SMC geen onrechtmatige daad heeft gepleegd jegens de longartsen. Het hof overweegt dat op SMC geen verplichting rust om een toelatingsovereenkomst te sluiten met de longartsen of hierover met hen in gesprek te gaan. In dit kader is van belang dat SMC de longgeneeskunde regionaal wilde inbedden in regionale samenwerkingsverbanden om de kwaliteit van zorg te waarborgen. De longartsen konden niet toetreden tot een dergelijk samenwerkingsverband, omdat de longartsen die werkzaam waren in de samenwerkende ziekenhuizen een samenwerking met de longartsen van RVP niet zagen zitten. Ook het feit dat een groot deel van de patiënten van RVP behandeld worden door SMC of tot dezelfde groep behorende ziekenhuizen zonder daarvoor een vergoeding te betalen aan de longartsen, is niet onrechtmatig.

De vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking wordt door het hof op systematische wijze afgewezen. Het hof overweegt dat de longartsen door het faillissement van SRPZ en de doorstart aan SMC zijn verarmd, omdat het voor hen niet meer mogelijk is de praktijk over te dragen tegen betaling van goodwill. De longartsen kunnen een eventuele verkrijger immers niet meer in staat stellen een toelatingsovereenkomst aan te gaan met SRPZ. SMC geniet weliswaar een voordeel omdat ze een beter verdienmodel kon invoeren nu de longartsen hun praktijk niet langer in maatschapsverband uitvoeren binnen het ziekenhuis, maar niet omdat de praktijk van de longartsen going concern is overgenomen. Dat is namelijk niet het geval, omdat de longgeneeskundepraktijk van SMC andere kenmerken heeft dan de praktijk van de artsen. Daarnaast is SMC niet verrijkt omdat zij geen goodwillvergoeding heeft betaald aan de longartsen. SMC heeft hier immers geen tegenprestatie voor gekregen in de vorm van de mogelijkheid tot het sluiten van een toelatingsovereenkomst met SRPZ. Tot slot is de verrijking van SMC door een verbeterd verdienmodel niet ongerechtvaardigd. De verrijking van SMC staat in indirect causaal verband met de verarming van de longartsen, nu zowel de verrijking als de verarming door het faillissement van SRVP is veroorzaakt. Hoewel ook indirecte verrijking grond kan zijn voor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking, is dat hier niet aan de orde vanwege de omstandigheden van het geval. Het hof overweegt dat SMC haar maatschappelijke verantwoordelijkheid heeft genomen door met een doorstart continuïteit van zorg te bewerkstelligen. Nu SMC hiervoor de nodige risico's heeft genomen, past daarbij geen verplichting om de longartsen een toelatingsovereenkomst aan te bieden of een goodwillvergoeding te betalen. Daarnaast komt het ondernemersrisico van het

faillissement van SRPZ voor rekening van de longartsen. Als geen doorstart was gerealiseerd, zouden de longartsen immers ook verarmd zijn. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en wijst de vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking af.

H.J. de Kloe, juli 2019

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 26-02-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:347

Zaaknummer: 200.204.555/01

Rechters: R.S. van Coevorden, J.M. van der Klooster en M.H. van der Woude

Advocaten: T. van der Valk en S.D.W. Gratama

Wetsartikelen: 6:162 BW en 6:212 BW

RECHTSPRAAK

Curatoren Indover/Bank Indonesia

Hoge Raad verwierpt vorderingen curatoren Indover op Bank Indonesia (art. 81 RO).

De Indonesische Overzees Bank ('Indover') is een Nederlandse kredietinstelling die de zakelijke markt bedient. De klanten van Indover kwamen voornamelijk uit Oost-Azië, met name Indonesië. Als gevolg van een financiële crisis in Oost-Azië in 1997 verslechterde de liquiditeitspositie van Indover. Bank Indonesia, de centrale bank van Indonesië en de enig aandeelhouder van Indover, heeft herhaaldelijk verklaard ervoor te zorgen dat Indover aan haar verplichtingen zal blijven voldoen, onder meer in een persbericht en een brief aan De Nederlandsche Bank.

Op 6 oktober 2008 heeft de Rechtbank Amsterdam de noodregeling uitgesproken ten aanzien van Indover. Op 1 december 2008 heeft de Rechtbank Amsterdam Indover failliet verklaard. Bank Indonesia heeft een vordering van € 43,5 miljoen ingediend in het faillissement. Curatoren betwisten de vordering van Bank Indonesia niet, maar beroepen zich op verrekening. Curatoren stellen dat zij een vordering van € 97 miljoen op Bank Indonesia hebben, primair omdat Bank Indonesia haar garantieverplichting jegens Indover niet is nagekomen en subsidiair omdat Bank Indonesia onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van Indover (een zogenoemde Peeters/Gatzen-vordering). Bank Indonesia vordert in de onderhavige renvooiprocedure (art. 122 Fw) toelating van haar vordering als concurrente vordering.

Curatoren stellen dat, gelet op de uitlatingen van Bank Indonesia en het vertrouwen dat Indover daaraan mocht ontlelen, een overeenkomst tot stand is gekomen op grond waarvan Bank Indonesia verplicht is ervoor te zorgen dat Indover aan haar verplichtingen zal blijven voldoen.

De rechtbank heeft de vordering van Bank Indonesia toegelaten als concurrente vordering en het beroep op verrekening van curatoren afgewezen. In hoger beroep heeft het gerechtshof geoordeeld dat Indonesisch recht, als het recht van het land waar de kenmerkende prestatie zou moeten worden verricht (art. 4 lid 2 EVO), van toepassing is op de vraag of een

overeenkomst tussen Indover en Bank Indonesia tot stand is gekomen. De vereiste toestemming voor totstandkoming van een overeenkomst naar Indonesisch recht kan naar het oordeel van het gerechtshof niet worden afgeleid uit de verklaringen van Bank Indonesia. Ten aanzien van de Peeters/Gatzen-vordering oordeelt het gerechtshof dat voor zover deze vordering is gebaseerd op het bestaan van een garantieverplichting, niet is gebleken van het bestaan van een garantieverplichting. Voor zover de Peeters/Gatzen-vordering is gebaseerd op andere vermeende onrechtmatige gedragingen van Bank Indonesia, zijn deze gedragingen niet jegens alle schuldeisers onrechtmatig. De Peeters/Gatzen-vordering is dus in zoverre niet ten behoeve van alle schuldeisers ingesteld.

Curatoren stellen cassatie in van het arrest. De conclusie van de advocaat-generaal in cassatie strekt tot verwerping van het cassatieberoep. Curatoren voeren aan dat niet het EVO, maar de Wet Conflictenrecht Corporaties (WCC) van toepassing is, zodat ingevolge artikel 3 sub b WCC Nederlands recht van toepassing is op de primaire vordering van curatoren. De advocaat-generaal concludeert dat de WCC enkel ziet op het inwendige stelsel van een rechtspersoon en niet op de garantieverplichting. Curatoren voeren aan dat ingevolge artikel 4 lid 5 EVO Nederlands recht van toepassing is op de garantieverplichting, omdat uit het geheel van omstandigheden blijkt dat de vermeende overeenkomst een nauwere band met Nederland dan Indonesië heeft. De advocaat-generaal concludeert dat het gerechtshof ten onrechte door curatoren aangevoerde omstandigheden niet lijkt te hebben betrokken bij zijn oordeel. Desalniettemin slaagt de klacht niet, omdat naar Nederlands recht net zoals naar Indonesisch recht toestemming van beide partijen is vereist en daarvan niet is gebleken. Curatoren hebben daarom geen belang bij hun klacht. De advocaat-generaal concludeert vervolgens dat het oordeel van het gerechtshof dat geen sprake is van een garantieverplichting niet onbegrijpelijk is en dat die uitleg sterk met de feiten is verweven en daarom in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht. Ten aanzien van de Peeters/Gatzen-vordering concludeert de advocaat-generaal dat het gerechtshof terecht heeft geoordeeld dat curatoren niet-ontvankelijk zijn, omdat curatoren de vordering niet ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers hebben ingesteld, maar enkel ten behoeve van bepaalde schuldeisers. De Hoge Raad doet de zaak af met toepassing van artikel 81 RO.

M.S. Breeman, juli 2019

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 28-06-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:1041

Zaaknummer: 18/00648

Rechters: E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, M.V. Polak en M.J. Kroeze

Advocaten: W. van Hemel, J.P. Heering en G.R. den Dekker

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Autoschade VOF/Stichtingen

Hoger beroep tegen faillietverklaring: verkeert de schuldenaar in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen?

Verkeert een schuldenaar in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen? Dit is de kernvraag in iedere zaak waarin moet worden beslist of een schuldenaar failliet verklaard kan worden. Deze vraag lijkt in eerste instantie van eenvoudige aard, maar de grote hoeveelheid aan verschenen jurisprudentie over deze vraag bewijst het tegendeel. In onderhavige zaak was het antwoord op deze kernvraag echter evident, in tegenstelling tot de overige omstandigheden van het geval.

Het betrof de faillietverklaring van Autoschade VOF alsmede dat van haar vennoten. Het faillissement was aangevraagd door de Stichting Pensioenfonds Metaal en Techniek, de Stichting Opleidings- en Ontwikkelingsfonds Carrosseriebedrijf en de Stichting Sociaal Fonds Metaal en Techniek. De VOF heeft vervolgens een beroepschrift ingediend tegen de faillietverklaring. Het beroepschrift is niet ingediend namens haar eveneens failliet verklaarde vennoten. Uit de oproeping van de aanvragers van het faillissement blijkt echter dat men kennelijk de bedoeling had om ook namens de vennoten hoger beroep in te stellen. Daarenboven heeft de advocaat van de VOF zich na indiening van het beroepschrift onttrokken. Daar bleef het niet bij; even later verklaren de vennoten van de VOF dat het beroep dat is ingesteld door de VOF – wegens het terugtrekken van de advocaat en de mening van de curator dat het hoger beroep kansloos zou zijn – wordt ingetrokken.

Het hof schuift deze kennelijke intrekingsverklaring echter terzijde en behandelt het beroep van de VOF op inhoudelijke gronden. Het hof acht namelijk onvoldoende aannemelijk dat de VOF en haar vennoten bij het opstellen van de intrekingsverklaring zijn bijgestaan door een onafhankelijke advocaat die de belangen van de VOF behartigt en hen met het oog op die belangen kan adviseren. Hoewel uit de stukken blijkt dat het kennelijk de bedoeling was om ook namens de vennoten hoger beroep in te stellen, gaat het hof hier niet in mee. Het hof kan de vennoten niet 'inlezen' als mede-indieners/partijen in het beroepschrift, gelet op het feit dat in een insolventiezaak naar zijn aard ook de openbare orde in het geding is. De vennoten worden dan ook niet-ontvankelijk verklaard.

En dan komt het hof uiteindelijk toe aan de kernvraag: verkeert de VOF in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen? Het hof overweegt dat de bedrijfsactiviteiten stilliggen en de curator de huurovereenkomst met de verhuurder van de bedrijfsruimte en de arbeidsovereenkomsten met de twee werknemers heeft opgezegd. Er wordt dus geen inkomen meer gegenereerd door de VOF. In de boedel bevindt zich € 22.000, waartegenover een schuld van meer dan € 135.000 staat. Omdat niet blijkt van andere activa of activiteiten, en gelet op het advies van de curator dat het bedrijf feitelijk failliet is, acht het hof aannemelijk dat de VOF zich bevindt in de zogenoemde toestand. Nu ook de vordering van de aanvragers van het faillissement alsmede de pluraliteit van schuldeisers (summierlijk) aannemelijk is, komt het hof tot het oordeel dat het vonnis waarbij de VOF in staat van faillissement werd verklaard, dient te worden bekrachtigd.

S. Renssen

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 20-06-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:2201

Zaaknummer: 200.257.255_01

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

Advocaten: G.G.M. van Tilborg, M. Strijks en A.M. van Heest

Wetsartikelen: 1 Fw

RECHTSPRAAK

Afgewezen verzoek tot eigen faillietverklaring wegens misbruik van recht. Gaat de rechtbank op de stoel van de curator zitten?

Een rechter die op de stoel van de curator gaat zitten, dat is wat de Rechtbank Rotterdam als het ware heeft gedaan in onderhavige zaak. Een bv heeft eigen aangifte tot faillietverklaring gedaan. Uit de overgelegde stukken is voldoende duidelijk geworden dat de bv in een toestand verkeert van te hebben opgehouden met betalen. Er is dus voldaan aan de door de wet gestelde eis voor faillietverklaring. Tot zover geen vuiltje aan de lucht. Het verzoek tot faillietverklaring wordt desondanks afgewezen en wel vanwege de volgende twee redenen.

De eerste reden voor afwijzing ligt in het feit dat de bv onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van een te vereffenen vermogen. De Rechtbank Rotterdam geeft aan dat het daarom onduidelijk is of er voldoende baten aanwezig zijn om de kosten van het faillissement te bestrijden, laat staan dat enige uitkering aan de schuldeisers valt te verwachten. Hier gaat de rechter mijns inziens op de stoel van de curator zitten. Het is niet de taak van de schuldenaar om aannemelijk te maken dat er vermogen is, noch is het de bevoegdheid van de rechtbank om te toetsen wat de omvang van de boedel is. De rechtbank toetst slechts of aan de vereisten voor faillietverklaring is voldaan, terwijl een eventueel te benoemen curator in het faillissement belast is met het beheer en de vereffening van de boedel. Ontdekt de curator na zijn benoeming in een faillissement dat er inderdaad geen te vereffenen vermogen is, dan staat het hem ingevolge jurisprudentie van de Hoge Raad vrij om verzet aan te tekenen tegen zijn benoeming (HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636).

De tweede reden voor afwijzing ligt in de omstandigheid dat de grootste schuldeiser van de bv Z is. De bv heeft een niet nader gespecificeerde vordering op Z uit hoofde van een niet-nakoming van een op Z rustende investeringsverplichting. Z heeft ook een vordering op de bv van € 20.146,83, terwijl de totale schuldenlast van de bv € 23.171,83 is. De opbrengst van een door de curator te voeren procedure tegen Z, wat volgens de rechtbank het kennelijke doel van verzoekster lijkt te zijn, zou derhalve bij een positief resultaat hoofdzakelijk aan diezelfde vennootschap ten goede komen. Deze tweede reden voor afwijzing – misbruik van recht vanwege het feit dat het faillissement kennelijk alleen wordt aangevraagd met het doel de curator een procedure tegen Z te laten voeren – lijkt mij wel een gegronde reden voor de

Rechtbank Rotterdam om tot afwijzing te komen. Het is immers ook de taak van de rechtbank om te toetsen of sprake is van misbruik van recht wanneer aangifte tot eigen faillietverklaring wordt gedaan.

Hoe het ook zij, het verzoek tot faillietverklaring wordt afgewezen met als overweging dat, omdat er naar verwachting geen te executeren vermogen is en het faillissement kennelijk alleen wordt aangevraagd met het doel de curator een procedure tegen Z te laten voeren, het doen van eigen aangifte misbruik van recht oplevert.

S. Renssen

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 02-05-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:5048

Zaaknummer: 19-622 ea

Rechters: J.C.A.M. Los

Advocaten: Y.E. Bijloo

Wetsartikelen: 1 Fw en 3:13 BW

RECHTSPRAAK

Houtman q.q./Rabobank

De rechtsregel uit Tiethoff q.q./NMB is niet van toepassing op een bank die een schuld uit hoofde van een bodemverhuurconstructie wil verrekenen met een kredietvordering. Rabobank mag huurpenningen die tijdens faillissement verschuldigd zijn geworden aan de boedel daarom op grond van artikel 53 Fw verrekenen met haar kredietvordering op de schuldenaar.

Twee dochtervennootschappen van een holding exploiteren een chrysantenkwekerij. De onroerende zaken waarvan de dochtervennootschappen gebruikmaken, zijn eigendom van de holding en worden verhuurd aan de dochtervennootschappen. Rabobank heeft in juni 2009 zeven geldleningen verstrekt aan de holding en een rekening-courantkrediet aan de dochtervennootschappen. Als zekerheid hebben de dochtervennootschappen onder meer een pandrecht gevestigd ten gunste van Rabobank op de roerende zaken die zij in eigendom hebben. In februari 2010 zegt Rabobank de financiering op en worden de leningen opgeëist van de holding en de dochtervennootschappen. De verpande roerende zaken worden in vuistpand genomen door middel van een bodemverhuurconstructie. Deze constructie houdt in dat Rabobank de onroerende zaken onderhuurde van de dochtervennootschappen, om te voorkomen dat de Belastingdienst zijn bodemvoorrecht op grond van artikel 21 Invorderingswet 1990 (IW 1990) geldend zou maken.

In februari 2010 betaalt Rabobank een maand huur. Op 10 februari 2010 worden de dochtervennootschappen failliet verklaard en op 9 maart 2010 de holding. Tijdens faillissement betaalt Rabobank geen huur. De curator vordert betaling van de achterstallige huur, waarop Rabobank zich beroept op verrekening. Strikt genomen is verrekening op grond van artikel 53 Fw mogelijk, omdat beide vorderingen voor faillissement zijn ontstaan of (wat betreft de huurovereenkomst) voortvloeien uit handelingen die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht.

De curator meent echter dat Rabobank niet bevoegd is haar vordering te verrekenen, gelet op het arrest Tiethoff q.q./NMB (HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995). In deze

casus had De Nederlandsche Middenstandsbank N.V. (NMB) in 1980 bedrijfsruimte gehuurd van Het Residentieslachthuis B.V. Een aantal jaar later, in 1983, verstrekke NMB krediet aan Het Residentieslachthuis. In het faillissement van Het Residentieslachthuis, uitgesproken in juli 1985, deed NMB een beroep op verrekening. Omdat de kredietvordering van NMB geen verband hield met de huurovereenkomst en de curator verplicht was de bedrijfsruimte ten laste van de boedel ter beschikking te stellen aan NMB, vormt verrekening naar het oordeel van de Hoge Raad een onaanvaardbare doorbreking van het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers.

De Hoge Raad overweegt dat onderhavige kwestie verschilt van de casus in Tiethoff q.q./NMB. Ten eerste wordt een huurovereenkomst in een bodemverhuurconstructie slechts voor korte tijd gesloten. Ten tweede is het doel van de huurovereenkomst de uitwinning van een zekerheidsrecht. Gelet op deze verschillen is Rabobank bevoegd haar tijdens faillissement ontstane huurschuld te verrekenen met haar kredietvordering.

Het belangrijkste verschil tussen onderhavige casus en de casus die speelde in Tiethoff q.q./NMB, is mijns inziens dat de vordering van Rabobank wél verband houdt met de huurovereenkomst. De enige reden waarom Rabobank de huurovereenkomst sloot, was om pandrechten uit te winnen die waren gevestigd als zekerheid voor de kredietvordering. Het was dezelfde kredietvordering die de Rabobank verrekende met de huurschuld.

In 2010 was een bodemverhuurconstructie nog mogelijk. Met de invoering van artikel 22bis IW 1990 op 1 januari 2013 (*Stb.* 2012, 668) moet de pandhouder mededeling doen aan de Belastingdienst en een wachttermijn van vier weken in acht nemen voordat stil verpande zaken in vuistpand worden genomen. Sindsdien is het in beginsel niet meer mogelijk om gebruik te maken van een bodemverhuurconstructie. Het belang van de uitspraak van de Hoge Raad is daarom beperkt.

H.J. de Kloe, juli 2019

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 21-06-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:995

Zaaknummer: 18/00911

Rechters: E.J. Numann, G. Snijders, M.V. Polak, T.H. den Tanja-van Broek en C.E. du Perron

Advocaten: R.R. Verkerk, A. Stortelder en J. de Bie Leuveling Tjeenk

Wetsartikelen: 53 Fw