

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 08, 2019

Nummer 8, 2019

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. H.J. de Kloe, mr. E. Ayerdem, mr. R.J.H. Berghuis, mr. J.O. Bijloo, mr. S.J. van den Boogert, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. G.P. van Hooft, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.I.J. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:3019](#) 13-08-2019

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:2949](#) 06-08-2019

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:2954](#) 06-08-2019

Indirect bestuurders Zorghuisdeurne/Te Biesebeek q.q.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:2021](#) 06-08-2019

Bestuurder Gouden Tromp/Rijken q.q.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:2920](#) 01-08-2019

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:6050](#) 23-07-2019

Steenbergen q.q./Griffier Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:5967](#) 20-06-2019

Nassau c.s./RNHB

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:4450](#) 21-05-2019

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:498](#) 12-02-2019

Arnoldus q.q./X

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:661](#) 28-01-2019

Proeflokaal 't Oer/Engie Nederland Retail

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:600](#) 24-01-2019

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:176](#) 22-01-2019

Beheer/X

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:492](#) 22-01-2019

Rabobank en EFS/Bewindvoerder

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2018:3949](#) 10-04-2018

Schelling q.q./Rabobank c.s.

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2019:3520](#) 14-08-2019

X/De Volksbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:6451](#) 31-07-2019

Van der Duijn Schouten q.q./Ijssel Accountants

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2019:8410](#) 19-07-2019

Van Andel en Verhoeven q.q./Haagsche Bluf

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2019:3281](#) 17-07-2019

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:6455](#) 17-07-2019

X/OWM Centrale Zorgverzekeraars Groep

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2019:6863](#) 10-07-2019

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2019:4091](#) 10-07-2019

Van der Meer q.q./X

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2019:4381](#) 20-06-2019

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2019:2836](#) 20-06-2019

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2019:5292](#) 19-06-2019

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2019:2692](#) 17-06-2019

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:824](#) 06-02-2019

AXUS/Hogenboom Benelux B.V. IL

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2018:15610](#) 22-08-2018

Hoving q.q./A. c.s.

RECHTSPRAAK

De curator heeft in strijd met vaste jurisprudentie van de Hoge Raad een onverschuldigd betaald bedrag niet terugbetaald als superpreferente boedelvordering en wordt hiervoor in een procedure in vrijwaring aansprakelijk gehouden.

Twee vennootschappen, in de uitspraak aangeduid als vennootschap 2 en 3, hebben in augustus 2012 gezamenlijk drie trucks gekocht van vennootschap 1. Vennootschap 2 heeft één truck gekocht en vennootschap 3 heeft twee trucks gekocht. De overeengekomen prijs was € 22.015 per truck (inclusief btw). Op 16 augustus 2012 hebben vennootschap 2 en 3 beide een bedrag van € 22.015 overgemaakt naar een zustervennootschap van vennootschap 1 (hierna: 'de zustervennootschap'). De zustervennootschap is op 14 augustus 2012 failliet verklaard. Ondanks dit faillissement heeft de indirect bestuurder de betaalde bedragen overgemaakt naar vennootschap 1 met als omschrijving 'intern', nu de betalingen kennelijk bestemd waren voor vennootschap 1.

De curator van de zustervennootschap heeft de overgeboekte bedragen teruggevorderd van vennootschap 1, omdat (het bestuur van) de zustervennootschap wegens het faillissement op grond van artikel 23 Fw niet bevoegd was te beschikken over haar. Van de € 44.030 die de zustervennootschap overgemaakt heeft naar vennootschap 1, is door vennootschap 1 op 31 augustus 2012 € 34.030 terugbetaald aan de curator. Het resterende bedrag van € 10.000 is door vennootschap 1 doorbetaald naar de holding. De holding heeft met dit bedrag haar accountant betaald voor het afmaken van de jaarrekening.

Op 22 augustus 2012, binnen een week na de betaling aan de zustervennootschap, hebben vennootschap 2 en 3 de curator verzocht de aan zustervennootschap betaalde bedragen terug te storten. Vennootschap 2 en 3 stelden zich daarbij op het standpunt dat zij de bedragen onverschuldigd hebben betaald en dat deze onverschuldigde betaling het gevolg is van een onmiskenbare vergissing. De curator weigerde de overgeboekte bedragen terug te storten, omdat naar zijn mening geen sprake was van een onmiskenbare vergissing. Daarnaast stelde de curator zich op het standpunt dat de door vennootschap 1 gestuurde facturen zijn voldaan, omdat de aan de zustervennootschap betaalde bedragen zijn doorgestort naar vennootschap 1.

In deze procedure vordert vennootschap 1 betaling van de geleverde trucks van vennootschap 2 en 3. Vennootschap 2 en 3 hebben de curator pro se opgeroepen in vrijwaring. De rechtbank wijst in het niet gepubliceerde vonnis in de hoofdzaak de vorderingen van vennootschap 1 af. Naar het oordeel van de rechtbank is het bedrag van € 44.030 door de doorbetaling ter beschikking gekomen aan vennootschap 1. Hiermee hebben vennootschap 2 en 3 aan hun betalingsverplichting jegens vennootschap 1 voldaan. Dat de curator het doorbetaalde bedrag heeft teruggevorderd, komt voor risico van vennootschap 1, aldus de rechtbank. Nu de vordering in de hoofdzaak wordt afgewezen, volgt ook afwijzing van de vordering in vrijwaring.

Vennootschap 1 komt in beroep tegen het vonnis in de hoofdzaak, waarop vennootschap 2 en 3 beroep instellen tegen het vonnis in vrijwaring. Het hof vernietigt het vonnis in de hoofdzaak. Het hof overweegt dat vennootschap 1 geen schuldeiser was van de dochtervennootschap, maar van vennootschap 2 en 3. De terugvordering van de curator had niet tot gevolg dat een schuld van de dochtervennootschap aan vennootschap 1 niet was voldaan, maar dat de schuld van vennootschap 2 en 3 aan vennootschap 1 niet was voldaan. Door te oordelen dat de terugvordering door de curator voor risico van vennootschap 1 komt, heeft de rechtbank miskend dat de dochtervennootschap geen schuld van zichzelf heeft voldaan, maar poogde een schuld van vennootschap 2 en 3 te voldoen. In de hoofdzaak worden vennootschap 2 en 3 daarom door het hof veroordeeld om het bedrag dat vennootschap 1 heeft terugbetaald aan de curator (€ 34.030) te voldoen aan vennootschap 1.

In vrijwaring wordt de curator pro se veroordeeld om het bedrag van € 34.030 te betalen aan vennootschap 2 en 3. Het hof oordeelt dat voor de curator duidelijk moest zijn dat de betaling aan de zustervennootschap berustte op een kennelijke vergissing. Dat de facturen van vennootschap 1 en de zustervennootschap vergelijkbaar waren met elkaar en het daarom voor de curator niet direct duidelijk was dat vennootschap 2 en 3 een vergissing hadden begaan, doet daaraan niet af. Na enig onderzoek was voor de curator duidelijk dat de trucks geleverd waren door vennootschap 1. Ook was op de factuur het rekeningnummer van vennootschap 1 (en niet dat van de zustervennootschap) opgenomen. Uit de arresten die de Hoge Raad heeft gewezen over onverschuldigde betaling in faillissement, waaronder het arrest Van der Werff q.q./BLG (ECLI:HR:2007:AZ4569), volgt dat de curator een als gevolg van een onmiskenbare vergissing onverschuldigd betaald bedrag zo spoedig mogelijk moet terugbetalen zonder de afwikkeling van de boedel af te wachten. De betaler heeft een zogenoemde superpreferente boedelvordering. Het is niet nodig dat voor de curator aanstonds duidelijk is dat een onmiskenbare vergissing is begaan. Deze regel geldt ook als pas na enig onderzoek duidelijk is dat sprake is geweest van een onmiskenbare vergissing.

Het hof overweegt dat de Hoge Raad een duidelijke aanwijzing heeft gegeven in Van der Werff

q.q./BLG over de regels die gelden bij onverschuldigde betaling. De curator had daarom geen beleidsvrijheid op dit punt. Nu de curator heeft gehandeld in strijd met de regels uit Van der Werff q.q./BLG, is hij persoonlijk aansprakelijk tegenover vennootschap 2 en 3 (zie hiervoor Prakke/Gips – HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204).

Het faillissement van de dochtervennootschap is op 10 november 2015 opgeheven bij gebrek aan baten. Hieruit lijkt te volgen dat het bedrag van € 34.030 in ieder geval (grooten)deels is gebruikt om het salaris van de curator te betalen. Dat de curator dit bedrag nu moet voldoen aan vennootschap 2 en 3, is mijns inziens niet meer dan redelijk. Voor de curator was na enig onderzoek duidelijk dat dit bedrag bestemd was voor vennootschap 1. Naar mijn mening heeft de curator zich onredelijk opgesteld door dit bedrag terug te vorderen van vennootschap 1 en in de boedel te laten vloeien. Had de curator zich redelijker opgesteld, dan had deze procedure niet gevoerd hoeven worden.

H.J. de Kloe, augustus 2019

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 13-08-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:3019

Zaaknummer: 200.225.530/01 en 200.235.126/01

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, A.J. Henzen en B.A. Meulenbroek

Advocaten: A.L. Stegeman, E.Ph. Roelofs en W.B.M. Vondenhoff

Wetsartikelen: 23 Fw, 6:203 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Steenbergen q.q./Griffier Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

De griffier heeft naar het oordeel van het hof terecht griffierecht voor niet-natuurlijke personen in rekening gebracht bij de curator q.q.

De griffier van het hof heeft griffierecht voor niet-natuurlijke personen in rekening gebracht bij curator Steenbergen, die in zijn hoedanigheid hoger beroep heeft ingesteld tegen een vonnis van de rechtbank. De curator is op grond van artikel 29 Wet griffierechten burgerlijke zaken (Wgbz) binnen een maand in verzet gekomen tegen deze beslissing van de griffier. De curator meent dat het griffierecht voor natuurlijke personen in rekening gebracht had moeten worden, omdat hij een natuurlijk persoon is. De curator acht ook van belang dat hij optreedt namens de gezamenlijke schuldeisers en niet namens de failliete vennootschap. De griffier verweert zich met een verwijzing naar een (niet gepubliceerde) uitspraak van het Hof Amsterdam van 19 september 2002 (ECLI:NL:GHAMS:2002:AP2098), waarin het hof overwoog dat de curator niet voor zichzelf als individueel burger optreedt, maar in zijn hoedanigheid van curator. Voor de vaststelling van het griffierecht is niet de staat van de curator bepalend, maar de staat van de rechthebbenden op de failliete boedel. Omdat het in die zaak ging om een failliete boedel van diverse rechtspersonen, kon de curator naar het oordeel van het hof niet aangemerkt worden als natuurlijk persoon. De curator stelt zich op het standpunt dat de beslissing uit 2002 in deze zaak niet relant is, omdat het gaat om een uitspraak die is gebaseerd op oude wetgeving.

Het hof overweegt dat de uitspraak van het Hof Amsterdam uit 2002 haar betekenis niet heeft verloren. De Wgbz is ingevoerd om het daarvoor bestaande griffierechtenstelsel te vereenvoudigen. Uit de wet of memorie van toelichting blijkt niet dat beoogd is wijzigingen aan te brengen in de wijze waarop onderscheid wordt gemaakt tussen natuurlijke personen en niet-natuurlijke personen. Het hof verenigt zich met de uitspraak van het Hof Amsterdam uit 2002. Dat de curator optreedt namens de gezamenlijke schuldeisers, is geen reden om griffierecht voor natuurlijke personen te heffen. Het gaat namelijk om crediteuren die vóór het faillissement ook griffierecht voor niet-natuurlijke personen hadden moeten betalen. Griffierecht voor niet-natuurlijke personen moet gereserveerd worden voor particulieren. De griffier heeft naar het oordeel van het hof terecht het tarief voor niet-natuurlijke personen in

rekening gebracht bij de curator.

H.J. de Kloe, augustus 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 23-07-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:6050

Zaaknummer: 200.258.230

Rechters: I.A. Katz-Soeterboek, J.H. Lieber en A.E.B. ter Heide

Advocaten: J.L. Souman

Wetsartikelen: 29 Wgbz en 3 Wgbz

RECHTSPRAAK

Van Andel en Verhoeven q.q./Haagsche Bluf

Omdat curatoren een doorstart van Sissy-Boy winkels hebben gerealiseerd, oordeelt de voorzieningenrechter dat aan de opzegging van een huurovereenkomst ten aanzien van een flagship store geen effect toekomt, zolang niet beslist is op een vordering tot indeplaatsstelling.

Well's Vastgoed B.V. en een aantal verbonden vennootschappen (tezamen 'Well's c.s.') zijn op 11 april 2019 failliet verklaard. Van Andel en Verhoeven ('de curatoren') zijn aangesteld tot curator. Well's c.s. exploiteerden een aantal winkels onder de formule Sissy-Boy. Well's Vastgoed huurde een winkel van Haagsche Bluf B.V.

Op 12 april 2019 hebben de curatoren een koopovereenkomst gesloten met Agile B.V. en Sissy-Boy B.V., met als doel het realiseren van een doorstart. Een dag later hebben de curatoren dit in een persbericht wereldkundig gemaakt. 17 april 2019 hebben de curatoren Haagsche Bluf op de hoogte gesteld van de stand van zaken en Haagsche Bluf verzocht om de huurovereenkomst niet op te zeggen. Ondanks dit verzoek heeft Haagsche Bluf op 24 april 2019 de huurovereenkomst op grond van artikel 39 Fw opgezegd tegen 24 juli 2019. Vóór de opzegging heeft Sissy-Boy een aantal voorstellen gedaan aan Haagsche Bluf, waaronder het voorstel tot indeplaatsstelling. Alle voorstellen zijn door Haagsche Bluf afgewezen.

De curatoren vorderen in kort geding om te bepalen dat aan de opzegging van de huurovereenkomst geen effect toekomt, zolang in een bodemprocedure niet is beslist op een vordering tot indeplaatsstelling. De voorzieningenrechter overweegt dat zij vooruit moet lopen op een beoordeling door de bodemrechter met betrekking tot de vragen (1) of de opzegging misbruik van recht oplevert of gelet op de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en (2) of een vordering tot indeplaatsstelling op grond van artikel 7:307 BW toewijsbaar is.

Uit artikel 7:307 lid 2 BW volgt dat de rechter een vordering tot indeplaatsstelling slechts kan toewijzen als de huurder een zwaarwichtig belang heeft bij de overdracht van het bedrijf en

dat de vordering moet worden afgewezen als de voorgestelde huurder onvoldoende waarborgen biedt voor een volledige nakoming van de overeenkomst en voor een behoorlijke bedrijfsvoering. Nadat is vastgesteld dat de huurder een zwaarwichtig belang heeft bij indeplaatsstelling, kan een belangenafweging plaatsvinden tussen het belang van de huurder en dat van de verhuurder (HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4079, (BP/Groenendijk), r.o. 3.3).

De voorzieningenrechter overweegt dat de flagship store die in het gehuurde wordt gedreven een gezichtsbepalende winkel is. Ook is de werkgelegenheid van twaalf in de winkel werkzame personen veiliggesteld bij een doorstart. Tijdens faillissement is de verschuldigde huur betaald. De curatoren hebben voldoende aannemelijk gemaakt dat de overnemende partij voldoende solvabel is. Er is een reservering gedaan waarmee de achterstallige huur die vóór faillissement is ontstaan voldaan kan worden als de indeplaatsstelling een feit is. De curator heeft voldoende duidelijk gemaakt dat Sissy-Boy voldoende waarborgen biedt voor een behoorlijke bedrijfsvoering, nu de faillissementen zijn veroorzaakt door te hoge overheadkosten en niet door een gebrek in de Sissy-Boy formule.

Het belang van Haagsche Bluf is daarin gelegen dat zij bij beëindiging van de huurovereenkomst een fors hogere huurprijs kan bedingen voor de winkelruimte, wat blijkt uit een intentieovereenkomst die is gesloten met H&M. De voorzieningenrechter is echter van oordeel dat het tot het ondernemersrisico van Haagsche Bluf behoort dat zij in 2015 tegen een op dat moment marktconforme huurprijs een huurovereenkomst heeft gesloten voor de duur van tien jaar. Het belang van de curatoren bij een doorstart weegt zwaarder dan het belang van Haagsche Bluf bij een hogere huurprijs. Er is een gerede kans dat de bodemrechter het vasthouden aan de opzegging van de huurovereenkomst door Haagsche Bluf naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar acht en dat de bodemrechter een vordering tot indeplaatsstelling toewijst. De voorzieningenrechter oordeelt dan ook dat aan de opzegging geen effect toekomt, zolang de rechtbank niet beslist heeft op een vordering tot indeplaatsstelling.

H.J. de Kloe, augustus 2019

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 19-07-2019

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2019:8410

Zaaknummer: 7808748 / 19-12740

Rechters: L.C. van Heuveling Beek

Advocaten: A. de Fouw, K. Keij, T.W. de Waard, R. de Mooij en S. Mosterd

Wetsartikelen: 7:307 BW en 39 Fw

RECHTSPRAAK

X/De Volksbank

De WSNP werkt ook ten aanzien van een vordering op grond van een onrechtmatige daad die gepleegd is voordat eiser is toegelaten tot de schuldsanering. Nu een WSNP-akkoord is gehomologeerd, kan De Volksbank haar vordering niet verrekenen met het saldo op een spaarrekening van eiser.

Eiser was in 2011 en 2012 als tussenpersoon betrokken bij de aanvraag van diverse hypothecaire geldleningen bij SNS Reaal NV, de voorloper van De Volksbank NV. In december 2018 is de tussenpersoon veroordeeld door de strafrechter voor het opmaken van valse stukken bij de aanvraag van hypothecaire geldleningen. De Volksbank meent een vordering te hebben op de tussenpersoon van meer dan 20.000 euro uit hoofde van onrechtmatige daad. De tussenpersoon is door de strafrechter namelijk veroordeeld wegens fraude bij een hypotheekaanvraag voor een vrouw van wie de woning executoriaal verkocht is met een onderwaarde van bijna 20.000 euro. Het andere deel van de vordering van De Volksbank bestaat uit onderzoekskosten ten aanzien van een ander fraudegeval. De Volksbank heeft een deel van de vordering verrekend met het tegoed op een spaarrekening die de tussenpersoon houdt bij Regiobank (onderdeel van De Volksbank).

De tussenpersoon vordert bij de voorzieningenrechter onder meer veroordeling van De Volksbank om hem toegang te geven tot het tegoed op zijn spaarrekening. Aan zijn vordering legt de tussenpersoon ten grondslag dat hij in september 2012 is toegelaten tot de WSNP en dat in september 2013 een WSNP-akkoord is gehomologeerd. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de vordering van De Volksbank is ontstaan op het moment dat de tussenpersoon zich schuldig heeft gemaakt aan valsheid in geschrifte en niet op het moment waarop De Volksbank bekend is geworden met haar schade. Nu de fraude (grotendeels) is gepleegd vóórdat de tussenpersoon toegelaten werd tot de WSNP, werkt de schuldsaneringsregeling mede ten aanzien van de vordering van De Volksbank.

Uit artikel 340 Fw volgt dat een gehomologeerd akkoord verbindend is voor alle schuldeisers ten aanzien van wier vorderingen de schuldsaneringsregeling werkt, onverschillig of zij al dan

niet in de schuldsanering zijn opgekomen en onverschillig of hun vorderingen zijn geverifieerd. De Volksbank heeft daarom slechts recht op het uitkeringspercentage dat in het akkoord is opgenomen. Nu De Volksbank zich hier niet op heeft beroepen en de voorzieningenrechter onvoldoende gegevens heeft over het akkoord, kan hierover niets worden vastgesteld. Het restant van de vordering is een natuurlijke verbintenis die op grond van artikel 6:127 lid 2 BW in beginsel niet voor verrekening in aanmerking komt. De vordering van de tussenpersoon om De Volksbank te veroordelen hem toegang te geven tot het tegoed op zijn spaarrekening wordt toegewezen.

H.J. de Kloe, augustus 2019

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 14-08-2019

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2019:3520

Zaaknummer: C/17/167593

Rechters: C.M. Telman

Advocaten: J.W. de Vries en M.H. Berrevoets

Wetsartikelen: 340 Fw en 6:127

RECHTSPRAAK

Indirect bestuurders Zorghuisdeurne/Te Biesebeek q.q.

Twee indirecte bestuurders gaan in beroep tegen aansprakelijkheid op grond van artikel 2:11 jo. 2:248 BW. Zij kunnen zich in casu niet bevrijden van hun aansprakelijkheid op grond van artikel 2:11 BW. Met wenk.

Twee natuurlijk personen zijn bestuurder van Zorghuisdeurne Facilitair BV ('Facilitair BV') en Zorghuisdeurne Zorg BV ('Zorg BV'). Daarnaast houden deze natuurlijk personen door middel van hun beheer-bv en een holding beiden de helft van de aandelen Facilitair BV en Zorg BV. Facilitair BV is failliet verklaard op 22 december 2015 en Zorg BV op 29 januari 2016. De curator heeft de beheer-bv's als direct bestuurders en de natuurlijk personen als indirect bestuurders aansprakelijk gesteld. Naar aanleiding hiervan zijn de (indirect) bestuurders op 5 juli 2017 door de Rechtbank Oost-Brabant veroordeeld tot betaling van het faillissementstekort. Het vonnis van de rechtbank is niet gepubliceerd, maar uit het vierde faillissementsverslag van Facilitair BV en Zorg BV volgt dat de grondslag voor de bestuurdersaansprakelijkheid artikel 2:248 BW is.

Tegen het vonnis van de rechtbank zijn alleen de indirect bestuurders in beroep gegaan. De curator stelt zich daarom op het standpunt dat de aansprakelijkheid van de indirect bestuurders op grond van artikel 2:11 BW een gegeven is, omdat de aansprakelijkheid van de beheer-bv's als bestuurder onherroepelijk vaststaat. Met een beroep op de wetsgeschiedenis overweegt het hof dat ook een indirect bestuurder een beroep kan doen op disculpatie. Daarnaast haalt het hof het arrest Kampschoër/Le Roux (HR 12 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275) aan, waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een indirect bestuurder bij bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW niet aansprakelijk is op grond van artikel 2:11 BW als de indirect bestuurder stelt en zo nodig bewijst dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de direct bestuurder is gebaseerd.

Het hof onderschrijft het oordeel van de rechtbank ten aanzien van het gedrag van de indirect bestuurders. Niet alleen zijn de jaarrekeningen van de vennootschappen niet gepubliceerd en

vertoont de administratie gebreken, ook zijn er diverse geldbedragen overgeboekt van Facilitair BV en Zorg BV naar de beheer-bv's terwijl daarvoor geen rechtvaardiging was. De stelling dat de overgeboekte gelden verschuldigd zijn uit hoofde van een managementovereenkomst wordt weersproken door een voormalig bestuurder en aandeelhouder en door de boekhouder van Facilitair BV en Zorg BV. De rechtbank twijfelt daarom aan de echtheid van de in het geding gebrachte managementovereenkomst. Daar komt bij dat ook in het zicht van de faillissementen gelden overgeboekt zijn naar de beheer-bv's, terwijl de loonbelasting en pensioenpremies niet betaald werden. De bestuurders hebben daarom alleen voor zichzelf gezorgd, zonder oog te hebben voor de crediteuren van de vennootschappen. Het hof is om deze redenen van oordeel dat de indirect bestuurders zich niet kunnen bevrijden van hun aansprakelijkheid op grond van artikel 2:11 BW.

Wenk

Hiervoor gaf ik reeds aan dat uit de faillissementsverslagen van Facilitair BV en Zorg BV volgt dat de grondslag voor de aansprakelijkheid van de beheer-bv's artikel 2:248 BW is. Dat lijkt ook te volgen uit (de feiten die opgenomen zijn in) de uitspraak van het hof. Aan de aansprakelijkheid van de bestuurders is immers mede het niet publiceren van jaarrekeningen en het verwaarlozen van de boekhoudplicht ten grondslag gelegd. Daarnaast zijn de (indirect) bestuurders veroordeeld tot betaling van het faillissementstekort. Dit wijst op aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW. Naar mijn mening heeft het hof daarom ten onrechte de regel uit het arrest Kampschöer/Le Roux zonder meer toegepast, omdat dit arrest uitsluitend ziet op aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 6:162 BW. De Hoge Raad gaat in dit arrest niet in op de verhouding tussen artikel 2:11 en 2:248 BW. Weliswaar volgt uit de wetsgeschiedenis dat indirect bestuurders een beroep kunnen doen op disculpatie, maar in de disculpatiemogelijkheid van artikel 2:248 lid 3 BW komt het begrip '(persoonlijk) ernstig verwijt' niet voor. Daarnaast staat bij activering van de bewijsvermoedens van artikel 2:248 lid 2 BW vast dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Over de vraag of een (indirect) bestuurder zich dan kan disculperen met de loutere stelling dat hem geen verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop het vastgestelde kennelijk onbehoorlijk bestuur ziet, lopen de meningen uiteen. Zie voor een goed overzicht van deze discussie O. Oost, *GS Faillissementswet*, Thematisch commentaar bestuurdersaansprakelijkheid, par. II.2.2.7 (laatst bijgewerkt: 10 juni 2019). Voor de uitkomst van onderhavig arrest zou het mijns inziens geen verschil maken als het hof de route van artikel 2:248 lid 3 BW gevolgd zou hebben, maar er zijn grensgevallen voor te stellen waarbij het van belang is dat het onderscheid tussen de disculpatiemogelijkheid van Kampschöer/Le Roux en van artikel 2:248 lid 3 BW wordt onderkend.

H.J. de Kloe, augustus 2019

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-08-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:2954

Zaaknummer: 200.225.979/01

Rechters: E.J. van Sandick, O.G.H. Milar en R.A. van der Pol

Advocaten: I.R.M. Goedings en B.A.P. Sijben

Wetsartikelen: 2:11 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder Gouden Tromp/Rijken q.q.

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank waarbij een bestuurder van een stamrechtvennootschap aansprakelijk is gehouden op grond van artikel 2:248 BW. De bestuurder heeft volgens het hof niet in strijd gehandeld met de wet en/of de statuten.

Appellant heeft bij beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst een ontslagvergoeding gekregen van bijna een miljoen euro. Deze ontslagvergoeding is overgemaakt naar een bankrekening van Gouden Tromp BV, een stamrechtvennootschap waarvan appellant ('de bestuurder') enig bestuurder en enig aandeelhouder is. Het doel van Gouden Tromp is onder meer het aangaan van stamrechtverplichtingen en het verstrekken van periodieke uitkeringen aan de bestuurder. Daarnaast heeft Gouden Tromp kort gezegd als doel het fungeren als holding en het laten renderen van de ingelegde gelden, onder meer door het beleggen van de gelden en het stellen van zekerheid ten behoeve van derden. Gouden Tromp heeft een stamrechtsovereenkomst gesloten met de bestuurder. In deze overeenkomst is onder meer opgenomen dat de bestuurder het stamrechtkapitaal niet mag afkopen, vervreemden of formeel of feitelijk voorwerp van zekerheid mag maken.

Gouden Tromp was (indirect) houdstermaatschappij van een aantal vennootschappen, waaronder Kortjacht BV en 52.04 Systems BV, handelend onder de naam RVS Agenturen ('RVS'). Gouden Tromp heeft achtergestelde leningen verstrekt aan onder meer RVS. Daarnaast heeft Gouden Tromp zich borg gesteld voor de vorderingen van ABN AMRO op Kortjacht en RVS en een pandrecht gevestigd ten gunste van ABN AMRO op de bankrekening waarnaar de ontslagvergoeding is overgemaakt. Ook heeft Gouden Tromp zich borg gesteld jegens de verhuurder van Kortjacht. Nadat onder meer Kortjacht en RVS failliet zijn verklaard, oefent ABN AMRO haar pandrecht uit. Ook Gouden Tromp is niet meer in staat haar vorderingen te voldoen en wordt failliet verklaard.

De curator stelt de bestuurder aansprakelijk, primair op grond van artikel 2:248 BW en subsidiair op grond van artikel 2:9 BW. Naar de mening van de curator heeft de bestuurder in strijd gehandeld met artikel 19b lid 1 aanhef en onder b van de Wet op de loonbelasting 1964

(‘Wet LB’), met de stamrechtovereenkomst en met het statutaire doel van Gouden Tromp. De curator stelt zich op het standpunt dat de bestuurder het gehele stamrechtkapitaal heeft verbrast door ten behoeve van derden zekerheden te vestigen ten laste van het stamrechtkapitaal. Hieruit blijkt volgens de curator dat de bestuurder het stamrechtkapitaal niet wilde gebruiken als pensioenvoorziening, maar als kapitaal om zo voordelig mogelijk te ondernemen.

In eerste aanleg heeft de rechtbank de bestuurder aansprakelijk gehouden op grond van artikel 2:248 BW, omdat het stamrechtkapitaal in strijd met de stamrechtovereenkomst op grond van artikel 19b lid 1 aanhef en onder b Wet LB is afgekocht, omdat het formeel of feitelijk voorwerp van zekerheid is geworden. De bestuurder gaat in beroep tegen de uitspraak. Het hof stelt voorop dat er een hoge drempel bestaat voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW en artikel 2:9 BW. Het statutaire doel van Gouden Tromp was onder meer het beheren en laten renderen van de ontslagvergoeding. Ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 19b Wet LB volgt dat het pensioenvermogen een financieringsbron kan zijn voor een onderneming.

Het hof overweegt dat niet snel aan de hoge drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid is voldaan als een bestuurder handelingen verricht om dit doel te verwezenlijken. Naar het oordeel van het hof had de bestuurder geen wetenschap van benadeling van schuldeisers. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat de bestuurder zelf ook schuldeiser was van Gouden Tromp en dat de bestuurder heeft verklaard dat de geleden verliezen het gevolg zijn van een voor hem onvoorzienbare, plotseling ingetreden economische recessie. Mede daarom is de bestuurder niet aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW.

De bestuurder heeft naar het oordeel van het hof niet gehandeld in strijd met artikel 19b Wet LB en/of de statuten van de Gouden Tromp. De curator heeft niet gesteld en er is ook niet gebleken dat de bestuurder een andere norm heeft geschonden die Gouden Tromp beoogt te beschermen. De bestuurder is daarom ook niet aansprakelijk op grond van artikel 2:9 BW. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en wijst de vorderingen van de curator af.

H.J. de Kloe, augustus 2019

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 06-08-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:2021

Zaaknummer: 200.226.425/01

Rechters: H.J. van Kooten, R.F. Groos en B.J. Lenselink

Advocaten: P. Koorn en R.W.A. Brunninkhuis

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:9 BW en 19b Wet LB

RECHTSPRAAK

Faillissementsaanvraag levert misbruik van bevoegdheid op, nu de aanvrager wist dat de vordering werd betwist en de schuldenaar voldoende middelen had om zijn vordering te betalen. Faillissement wordt vernietigd en aanvrager moet de faillissementskosten van meer dan 14.000 euro betalen.

Een natuurlijk persoon die een eenmanszaak drijft ('de ondernemer'), is op verzoek van zijn boekhouder ('de boekhouder') in eerste aanleg failliet verklaard. De boekhouder stelt een vordering te hebben van ongeveer 11.500 euro. De ondernemer erkent de vordering, maar betwist in hoger beroep de hoogte en stelt dat hij niet in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. Hij heeft voldoende middelen om de boekhouder te betalen. Nu de boekhouder hiervan op de hoogte was, heeft hij de faillissementsaanvraag ten onrechte gebruikt als incasso- en pressiemiddel. Ter zitting verklaart de boekhouder dat hij geen bodemprocedure is gestart en/of beslag heeft gelegd, maar het faillissement heeft aangevraagd, op advies van zijn advocaat.

De curator bevestigt dat de ondernemer voldoende middelen heeft om de vordering van de boekhouder te betalen. Inclusief de door de ondernemer betwiste vordering van de boekhouder heeft de ondernemer schulden ter hoogte van bijna 50.000 euro, terwijl hij meer dan 60.000 euro op diverse bankrekeningen heeft staan. Daarnaast is de ondernemer mede-eigenaar van een woning met een woz-waarde van 168.000 euro waarop geen recht van hypotheek rust.

Het hof vernietigt het faillissementsvonnis en wijst het faillissementsverzoek af. Naar het oordeel van het hof is sprake van misbruik van bevoegdheid. De boekhouder wist dat zijn vordering werd betwist en was ervan op de hoogte dat de ondernemer voldoende middelen had om zijn vordering te betalen. Hiermee heeft de boekhouder het onevenredig zware middel van een faillissementsaanvraag ingezet, terwijl het starten van een bodemzaak en/of het leggen van beslag een goed alternatief was. De faillissementskosten ter hoogte van bijna 14.000 euro worden ten laste van de boekhouder gebracht.

H.J. de Kloe, augustus 2019

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 01-08-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:2920

Zaaknummer: 200.260.711/01

Rechters: R.R.M. De Moor, S.M.A.M. Venhuizen en M.W.M. Souren

Advocaten: P.E. Buttermann en J.M.J. Kosman

Wetsartikelen: 3:13 BW en 6 Fw

RECHTSPRAAK

X/OWM Centrale Zorgverzekeraars Groep

Een natuurlijk persoon gaat in verzet tegen de faillietverklaring. Ze stelt dat ze geen vermogen heeft en de aanvrager haar bevoegdheid heeft misbruikt met de faillissementsaanvraag. De rechtbank verklaart het verzet ongegrond, omdat de curator onderzoek moet doen naar het vermogen van de schuldenaar.

Een natuurlijk persoon ('verzoekster') gaat in verzet tegen het vonnis waarbij zij failliet is verklaard op verzoek van OWM Centrale Zorgverzekeraarsgroep, Zorgverzekeraar U.A. ('de zorgverzekeraar'). Verzoekster was bestuurder van een GGZ-instelling en is onherroepelijk veroordeeld tot terugbetaling van onterecht gedeclareerde zorg aan onder meer de zorgverzekeraar. Daarnaast heeft de Nederlandse Zorgautoriteit een boete opgelegd aan verzoekster. Een WSNP-verzoek dat verzoekster heeft gedaan, is door de rechtbank en het hof afgewezen.

Verzoekster is van mening dat haar faillissement geen redelijk doel dient, omdat zij geen vermogen heeft en gelet op de hoogte van haar inkomen niet in staat is iets aan de boedel af te dragen. Nu de zorgverzekeraar hiervan op de hoogte was, levert de faillissementsaanvraag misbruik van bevoegdheid op. De zorgverzekeraar verweert zich met de stelling dat het belang van het faillissement gelegen is in het onderzoek van de curator naar de vermogenstoestand van verzoekster. Dit onderzoek is ook van maatschappelijk belang, nu verzoekster een groot bedrag heeft onttrokken aan meerdere zorgverzekeraars. De curator geeft aan dat hij zijn werkzaamheden wegens het verzet tot een minimum heeft beperkt, maar uit het door hem verrichte summiere onderzoek volgt dat verzoekster geen vermogen heeft.

De rechtbank verklaart het verzet ongegrond en laat daarmee het faillissement in stand. De rechtbank overweegt dat de Faillissementswet ervan uitgaat dat de curator met de nodige gegrondheid onderzoek instelt naar het vermogen van de schuldenaar. Dat dit onderzoek wordt uitgevoerd, kan een redelijk belang zijn van een schuldeiser om een faillissementsverzoek in te dienen. De curator heeft immers meer bevoegdheden dan een schuldeiser om zicht te krijgen op het vermogen van een schuldenaar. De zorgverzekeraar

heeft haar bevoegdheid om het faillissement aan te vragen dan ook niet misbruikt.

Het oordeel van de rechtbank is mijns inziens een juiste toepassing van het arrest Boersen q.q./Bpf voor het Levensmiddelenbedrijf uit 2017 (HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3269).

H.J. de Kloe, augustus 2019

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 17-07-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:6455

Zaaknummer: 19.37 RK

Rechters: W.J. Roos-van Toor

Advocaten: P.A. Visser en A.M. van Heest

Wetsartikelen: 3:13 BW, 1 Fw en 6 Fw

RECHTSPRAAK

Faillissementsverzoek dat is ingediend door de bestuurder van de vennootschap wordt afgewezen, omdat de bestuurder hiervoor geen opdracht had van de algemene vergadering. Naar het oordeel van de rechtbank is dit in strijd met artikel 2:246 BW.

Een bestuurder heeft een loonvordering op de bv waarvan hij bestuurder is. De bestuurder is kennelijk geen aandeelhouder. Zonder toestemming van de algemene vergadering verzoekt de bestuurder het faillissement van de vennootschap. De rechtbank wijst het verzoek af, omdat de bestuurder in strijd met artikel 2:246 BW het faillissement van de vennootschap heeft aangevraagd. Dat die toestemming lastig te krijgen is omdat de (uiteindelijk) aandeelhouder moeilijk bereikbaar is wegens detentie in het buitenland, is voor de rechtbank geen reden om het faillissement uit te spreken.

De rechtbank overweegt ook dat het feit dat de bestuurder de zaak heeft ingeleid met een verzoekschrift en zelf een loonvordering op de vennootschap heeft, geen verandering brengt in haar oordeel. Mijns inziens is dat, afhankelijk van de hoedanigheid waarin het faillissement is aangevraagd, wel degelijk van belang. Uit de beschikking blijkt dat 'de heer X' het faillissement van de vennootschap heeft verzocht. Is dat het geval, dan heeft hij dat niet als bestuurder namens de vennootschap gedaan maar als schuldeiser en behoefde hij naar mijn mening geen opdracht van de algemene vergadering voor de faillissementsaanvraag. Uiteraard moet ook in dat geval vastgesteld worden dat de vennootschap in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. Uit de beschikking blijkt niet van een steunvordering. Is geen steunvordering aangevoerd, dan moet het verzoek alsnog afgewezen worden omdat de vennootschap niet in de vereiste toestand verkeert.

H.J. de Kloe, augustus 2019

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 20-06-2019

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2019:4381

Zaaknummer: C/13/665995

Rechters: K.M. van Hassel

Advocaten: M. Blok

Wetsartikelen: 2:246 BW en 1 Fw

RECHTSPRAAK

Het OM verzoekt tot oplegging van een bestuursverbod voor de periode van vijf jaar. De rechtbank wijst het verzoek toe, omdat de bestuurder binnen drie jaar persoonlijk verwijtbaar betrokken was bij drie faillissementen.

Het Openbaar Ministerie ('OM') verzoekt de rechtbank tot oplegging van een bestuursverbod voor een periode van vijf jaar. Bij mijn weten is dit de derde gepubliceerde uitspraak waarbij het OM een bestuursverbod verzoekt (zie eerder Rb. Midden-Nederland 19 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6261 en Rb. Amsterdam 24 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:466). De grond die het OM aanvoert, is artikel 106a lid 1 aanhef en sub d Fw: dat de bestuurder in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement van een rechtspersoon ten minste tweemaal eerder betrokken was bij het faillissement van een rechtspersoon en hem daarvan een persoonlijk verwijt treft.

De griffie heeft de bestuurder onder meer opgeroepen door verzending van een aangetekende brief naar de Penitentiare Inrichting in Lelystad, waar de bestuurder op het moment van oproeping verbleef vanwege een gijzeling op grond van artikel 87 Fw. Nu deze brief niet retour is ontvangen, gaat de rechtbank ervan uit dat de bestuurder tijdig vóór de zitting op de hoogte was van het verzoekschrift en de mondelinge behandeling. Ondanks de tijdige oproeping is de bestuurder niet verschenen bij de mondelinge behandeling. Wel is de rechtbank na de zitting door de griffie in kennis gesteld van een e-mail die de advocaat van de bestuurder op de morgen van de zitting naar de handelsrol heeft gestuurd met het verzoek uitstel te verlenen voor het indienen van een verweerschrift. Nu de rechtbank pas na de zitting in kennis is gesteld van de e-mail, de (advocaat van de) bestuurder zelf dit risico heeft genomen door kort voor de zitting een e-mail naar een algemeen e-mailadres van de handelsrol te sturen, geen afschrift van de e-mail naar het OM is gestuurd en de bestuurder ook ter zitting verweer had kunnen voeren of om uitstel had kunnen vragen, wijst de rechtbank beschikking.

Ter onderbouwing van het verzoek voert het OM aan dat de bestuurder als bestuurder betrokken is geweest bij het faillissement van twee bv's en een Ltd naar Engels recht. De faillissementen van deze rechtspersonen zijn uitgesproken tussen november 2016 en mei

2018. Hoewel dit niet is aangevoerd als motivering van het verzoek, stelt het OM dat de bestuurder in 2017 persoonlijk in staat van faillissement is verklaard en hij vóór de driejaarstermijn van artikel 106a Fw als bestuurder betrokken was bij het faillissement van een Ltd, een bv en twee BVBA's naar Belgisch recht.

Het OM heeft verklaringen overgelegd van de curatoren in de uitgesproken faillissementen. In deze verklaringen is opgenomen dat de bestuurder een verwijtbare werkwijze volgde en dat in de betrokken faillissementen niet is voldaan aan de administratieplicht. Ten aanzien van twee faillissementen heeft de curator verklaard dat de bestuurder niet heeft voldaan aan de informatie- en mededelingsplicht uit de Faillissementswet. De rechtbank oordeelt dat het verzoek door het OM voldoende is onderbouwd, dat de bestuurder de belangen van schuldeisers in de betrokken faillissementen persoonlijk verwijtbaar heeft geschonden en dat het verzoek daarom toegewezen moet worden uit een oogpunt van algemeen belang. Aan de bestuurder wordt een bestuursverbod opgelegd voor de duur van vijf jaar en een dwangsom voor het geval de bestuurder het verbod overtreedt.

H.J. de Kloe, augustus 2019

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 20-06-2019

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2019:2836

Zaaknummer: C/08/230269

Rechters: A.M. Koene

Wetsartikelen: 106a Fw en 87 Fw

RECHTSPRAAK

Het hof vernietigt het faillissement van een vader dat is aangevraagd door zijn zoon wegens achterstallige alimentatie omdat de vereiste pluraliteit van schuldeisers ontbreekt.

In deze onverkwikkelijke zaak is een vader in eerste aanleg failliet verklaard op verzoek van zijn zoon wegens achterstallige betaling van alimentatie. De vader erkent de vordering van zijn zoon, maar betwist in hoger beroep dat sprake is van pluraliteit van schuldeisers. De zoon onderbouwt de aangedragen steunvorderingen met een beroep op een schuldenoverzicht dat door het LBIO (Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen) is opgesteld op 8 maart 2019 en met een beroep op een schuldenoverzicht dat in juli 2017 is opgesteld naar aanleiding van een (afgewezen) WSNP-verzoek van de vader. De vader voert aan dat zijn eigen schulden zijn voldaan. De overige schulden die vermeld zijn op de schuldenlijsten, zijn schulden van zijn nieuwe partner met wie hij buiten gemeenschap van goederen is gehuwd. Nu ook de curator heeft verklaard dat er geen andere vorderingen zijn ingediend in het faillissement dan de vordering van de zoon, is het hof van oordeel dat de vereiste pluraliteit van schuldeisers ontbreekt. Het hof vernietigt het faillissement en bepaalt dat de faillissementskosten (€ 3.370,09) ten laste van de zoon komen.

H.J. de Kloe, augustus 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-01-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:600

Zaaknummer: 200.251.118

Rechters: A.W. Steeg, H.L. Wattel en I.W. Levelt-Iseger

Advocaten: J.W.J. Hopmans en D. Coskun

Wetsartikelen: 6 Fw en 15 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Uitspraak in hoger beroep over bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW vanwege schending van zowel de deponerings- als de boekhoudplicht. Het bestuur slaagt er niet in aannemelijk te maken dat er een andere oorzaak van het faillissement was dan de onbehoorlijke taakvervulling. Het hof oordeelt dat het bestuur onvoldoende maatregelen heeft genomen om een teruglopende omzet het hoofd te bieden en laat de uitspraak in eerste aanleg in stand.

Twee bestuurders (en de bestuurder van een van hen) van een failliete groothandel in sportartikelen zijn in eerste aanleg veroordeeld tot betaling van het tekort in het faillissement op grond van artikel 2:248 BW. Een van de bestuurders en tevens aandeelhouder ('A') en de bestuurder van haar ('B') komen in hoger beroep van het vonnis. Alle grieven falen en het hof laat de uitspraak in eerste aanleg in stand.

Het hof stelt allereerst vast dat de publicatietermijn van artikel 2:394 BW is overschreden. Dat B slechts minimaal bij failliet aanwezig was, geen verstand zou hebben van deponering van jaarrekeningen en de stelling dat hij erop mocht vertrouwen dat de jaarrekeningen door een medebestuurder zouden worden opgesteld én gepubliceerd, zijn geen redenen voor disculpatie, aldus het hof. Omdat de publicatietermijn werd overschreden met respectievelijk 8 en 20 maanden, is volgens het hof geen sprake van een onbelangrijk verzuim.

Verder komt het hof tot de conclusie dat niet is voldaan aan de boekhoudplicht. Uit het grootboek blijkt niet duidelijk hoe hoog de vorderingen zijn van failliet op haar aandeelhouders. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat een uiteindelijk overgelegde specificatie van de bedoelde vorderingen wordt betwist door de aandeelhouders. Voorts laat de voorraadadministratie – volgens het hof van belang voor een onderneming die artikelen via een webshop verkoopt – een waarde van de voorraad zien die in zeer grote mate afwijkt van de opbrengst van de voorraad die door de curator is gerealiseerd.

Aldus is volgens het hof sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

A en B voeren aan dat aannemelijk is dat het faillissement andere oorzaken dan het onbehoorlijk bestuur kent en dat daarom geen sprake zou zijn van aansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW. Volgens A en B zou het faillissement met name zijn veroorzaakt door een sterke omzetsdaling.

De curator stelt dat A en B echter onvoldoende maatregelen hebben genomen om het tij te keren. A en B slagen er niet in feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit zou blijken dat het treffen van onvoldoende maatregelen geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert (HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773). Zo is geen poging gedaan failliet te herfinancieren, is niets gesteld over kostenreduceringen en hebben A en B nagelaten de vorderingen op de aandeelhouders van failliet te incasseren.

Dat A en B volledig vertrouwden op de medebestuurder ten aanzien van de publicatie van jaarrekeningen en het feit dat A tien dagen voor faillissement werd uitgeschreven als bestuurder, is voor het hof onvoldoende voor matiging ex artikel 2:248 lid 4 BW.

W.T.N. Vlasveld

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-08-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:2949

Zaaknummer: 200.217.118_01

Rechters: P.P.M. Rousseau, E.J. van Sandick en P.M.A. de Groot-van Dijken

Advocaten: E.A.M. Claassen en M.J.G.A. Filemon

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:10 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Schelling q.q./Rabobank c.s.

Diverse vorderingen van curator afgewezen wegens ontbreken van schade, benadeling of verarming aan de kant van gefailleerde. Cessieverbod in verzekeringspolis staat naar Engels recht niet aan feitelijk slagen van verpanding in de weg.

Avra Towage B.V. ('Towage') en Avra Shipping Consult B.V. ('ASC') waren onderdeel van het Avra concern en zijn op respectievelijk 20 mei 2014 en 2 december 2014 failliet verklaard, met benoeming van mr. Schelling ('de curator') als curator. Towage exploiteerde vijf schepen. Towage hield de schepen verzekerd, waarbij zij de premie vooruitbetaalde. Op de verzekering was Engels recht van toepassing. De polis bevatte een verbod om vorderingen ter zake van de verzekering te cederen zonder toestemming van de verzekeraar. Rabobank had een hypotheekrecht op de schepen. Towage had al haar vorderingen op derden aan Rabobank verpand. Rabobank heeft (reeds voor uitspraak van de faillissementen) haar hypotheekrecht op vier van de vijf schepen geëxecuteerd. De verzekering van de schepen is vervolgens door Rabobank voortgezet, met de koper van de schepen (een aan Rabobank gelieerde vennootschap) als begunstigde. In februari 2015 heeft Rabobank een uitkering ontvangen voor een schadegeval dat zich voor uitspraak van de faillissementen had voorgedaan. In juli 2014 heeft Rabobank het vijfde schip (juridisch eigendom van Compass C.V.) onderhands verkocht, waarvoor zij de toestemming van 75% van de vennoten van Compass C.V. nodig had. Om die toestemming te verkrijgen, heeft Rabobank aan ieder van de vennoten een gedeelte van de opbrengst van het schip toegezegd en betaald. Aan ASC, die geld uitgeleend had aan Compass C.V., heeft Rabobank geen betaling gedaan, al had de woordvoerder van Rabobank aan ASC geschreven dat ASC's vordering zou worden 'meegenomen' bij de tegeldemaking van het schip. De curator vecht zowel de voortzetting van de verzekering en de ontvangst van de verzekeringsuitkering door Rabobank als de verdeling van de opbrengst van het vijfde schip aan. De curator voert hiertoe aan dat Towage premierestitutie is misgelopen door de voortzetting van de verzekering, dat Rabobank geen recht had op de verzekeringsuitkering en dat ASC ten onrechte is benadeeld ten gunste van de vennoten van Compass C.V. In eerste aanleg zijn de vorderingen van de curator afgewezen op de grond dat alle vorderingen van

Towage – waaronder een eventueel recht op premierestitutie en verzekeringsuitkeringen – aan Rabobank waren verpand. Het cessieverbod in de polis moet louter naar Engels recht worden beoordeeld en heeft (reeds) om die reden geen goederenrechtelijke werking die verpanding blokkeert. Het gerechtshof bekrachtigt deze beslissing. De verpanding betekent dat Rabobank (indirect) aanspraak had op de verzekeringsuitkering en dat ook de premierestitutie aan Rabobank toegekomen zou zijn als de verzekering niet was voortgezet. Met betrekking tot de verdeling van de opbrengst van het vijfde schip heeft Rabobank aangevoerd dat de betalingen aan de vennoten noodzakelijke kosten waren om onderhands te kunnen verkopen, dat de netto-opbrengst bij veiling lager zou zijn geweest en dat ASC dan ook niets zou hebben ontvangen. Het gerechtshof volgt dit verweer van Rabobank bij gebrek aan onvoldoende onderbouwde betwisting door de curator.

I.F.M. Lakwijk, augustus 2019

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 10-04-2018

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2018:3949

Zaaknummer: 200.194.625

Rechters: H.J.M. Burg, J.E.H.M. Pinckaers en J.W. Frieling

Advocaten: J.R.F. Dessing en A.I.M. van Mierlo

RECHTSPRAAK

Van der Duijn Schouten q.q./IJssel Accountants

Geslaagd beroep op pauliana en onverschuldigde betaling voor betalingen aan en via gelieerde partijen. De curator slaagt in het bewijs, onder meer omdat gedaagden hebben gehandeld in strijd met artikel 21 Rv. In beginsel kan daarom niet worden vertrouwd op de juistheid van de door hen ingenomen stellingen.

Baris Cargo Services ('BCS') betaalt op 14 augustus 2016 een factuur van € 1.500 aan IJssel Accountants VOF ('de VOF'). Later boekt zij zonder kennelijke rechtsgrond haar volledige banksaldo van € 26.000 over naar Nesselande Logistics & Beheer B.V. ('de derde'). Deze partij betaalt het saldo op haar beurt door aan de VOF. Bij alle vennootschappen is dezelfde natuurlijk persoon (indirect) betrokken ('betrokkene'). BCS wordt op 1 november 2016 failliet verklaard. Na zijn aanstelling vernietigt de curator de beide betalingen op grond van artikel 42 en 47 Fw. Ten aanzien van de overboeking beroept hij zich tevens op onverschuldigde betaling ex artikel 6:203 BW. Hij spreekt alleen de VOF en haar vennoten aan tot terugbetaling. Het vonnis vormt het vervolg op een (niet gepubliceerd) tussenvonnis, waarin de curator de opdracht heeft gekregen om te bewijzen dat betrokkene vóór 14 augustus 2016, de datum van betaling van de € 1.500, wist dat het faillissement was aangevraagd. Daar slaagt hij in, aldus de rechtbank. Zij rekent die wetenschap vervolgens kennelijk toe aan de VOF en haar vennoten. Volgens de rechtbank wisten zij (dus ook) van de faillissementsaanvraag en slaagt het beroep op artikel 47 Fw. De rechtbank overweegt in dit verband niet alleen dat de vereiste benadeling aanwezig is, maar bovendien dat de VOF door de betaling bevoordeeld is boven andere schuldeisers en dat dit voor haar evident moet zijn geweest. Ten aanzien van het banksaldo voert de VOF als belangrijkste verweer dat daaruit kosten voor de bedrijfsvoering van BCS zijn voldaan. De rechtbank gaat daar niet in mee. Zij stelt eerst vast dat de derde een rechtspersoon zonder activiteit was en slechts een tussenschakel om het saldo uiteindelijk aan de VOF te laten betalen en vervolgt dat het de VOF niet meer vrij stond om zich door BCS te laten vergoeden voor betalingen van kosten. De VOF heeft bovendien onvoldoende gerespondeerd op de stelling van de curator dat BCS niet was gebaat bij de betaalde kosten. Wat daarbij niet hielp, is dat betrokkene en de VOF verschillende

verklaringen hebben afgelegd over de opdrachtgevers die BCS nog had. De rechtbank concludeert op grond daarvan dat de VOF en haar vennoten hebben gehandeld in strijd met hun verplichting van artikel 21 Rv om de relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren en verbindt daaraan de gevolgtrekking dat in beginsel helemaal niet kan worden vertrouwd op de juistheid van de door hen ingenomen stellingen. Ook de tweede vordering van de curator wordt dus toegewezen, zij het op grond van onverschuldigde betaling. Uit het eindvonnis is niet af te leiden waarom het beroep van de curator op de pauliana niet wordt gehonoreerd. De uitkomst is echter hetzelfde: het banksaldo moet terug. Dat zou nog anders kunnen zijn geweest als de VOF een tegenvordering had gehad, die zij mijns inziens wel met een vordering wegens onverschuldigde betaling had kunnen verrekenen maar in beginsel niet met een paulianavordering. De VOF heeft die wel door haar gestelde tegenvordering echter niet aannemelijk gemaakt.

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

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 31-07-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:6451

Zaaknummer: C/10/519279 / HA ZA 17-95

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: A.F. Ammerlaan en R.G.J.M. Onderdonck

Wetsartikelen: 42 Fw, 47 Fw, 6:203 BW en 21 Rv

RECHTSPRAAK

Geslaagd beroep op pauliana ex artikel 42 Fw. De curator vordert in tussenkomst met succes een verklaring voor recht dat een overeenkomst vernietigd is op grond van pauliana.

Eiser is enig aandeelhouder van W.A. Beheer. Eiser was tot 9 juli 2014 bestuurder van W.A. Beheer. De heer X was bestuurder van NBH. Voorts is de heer X bestuurder van Stichting Vermogensrechten en direct of indirect (mede)bestuurder en/of (mede)aandeelhouder van SLJD, X Beheer, X Investments, Business Imaging Solutions, Business Imaging Solutions Services en Recopy. Op 25 november 2009 heeft Rabobank aan Recopy een krediet in rekening-courant verstrekt van € 275.000. Als zekerheid hiervoor heeft onder andere W.A. Beheer zich als borg verbonden tot een bedrag van maximaal € 275.000. In een separate akte ('de Overeenkomst') hebben partijen onder meer opgenomen dat de Stichting Vermogensrechten, NBH, BIS, BISS, X Investment en X Beheer aan W.A. Beheer de schade zullen vergoeden als gevolg van het uitwinnen van de borgtocht door Rabobank. Tevens wordt voor deze schadevergoeding een pandrecht gevestigd op alle vorderingen op de andere groepsvennootschappen ten gunste van W.A. Beheer. In de periode december 2013 en april 2014 zijn X Beheer, X Investment, BIS, BISS en Recopy failliet verklaard. Op 4 april 2013 is een hypotheekakte in het Kadaster ingeschreven waaruit blijkt dat NBH een vordering heeft op SLJD waarvoor ten gunste van NBH een (eerste) recht van hypotheek is gevestigd op een woning. Wegens het faillissement van Recopy heeft de Rabobank W.A. Beheer uitgewonnen. Op 19 mei 2018 is door de curator enerzijds en X, NBH, SLJD en Stichting Vermogensrechten een vaststellingsovereenkomst getekend waarin onder meer is geregeld dat de volgens de curator ten onrechte uit de boedel van de gefailleerde vennootschappen onttrokken onroerende zaken (waaronder de woning) weer terug dienden te vloeien in de boedel. Eiser vordert in de hoofdzaak hoofdelijke veroordeling van NBH en Stichting Vermogensrechten tot betaling van € 116.336 en een verklaring voor recht dat hij, uit hoofde van de uit zijn openbaar pandrecht voortvloeiende inningsbevoegdheid van de vordering van NBH op SLJD, gerechtigd is het hypotheekrecht van NBH op de woning uit te oefenen tot het beloop van zijn vordering op NBH. De curator vordert in tussenkomst primair een verklaring voor recht dat NBH nimmer partij is geworden bij de Overeenkomst en een verklaring voor recht dat als gevolg van de vernietigingsverklaring van 29 augustus 2018 de Overeenkomst is vernietigd op grond

van artikel 42 Fw. Subsidiair vordert de curator een verklaring voor recht dat als gevolg van de vernietigingsverklaring van 29 augustus 2018 de Overeenkomst tussen NBH en W.A. Beheer is vernietigd op grond van artikel 3:45 BW en meer subsidiair een verklaring voor recht dat op grond van de Overeenkomst, alsmede de registratie van deze overeenkomst per 17 maart 2014, geen door NBH aan W.A. Beheer verleend pandrecht kan zijn ontstaan nu de Overeenkomst aan een totstandkomingsgebrek lijdt.

De rechtbank heeft eerst geoordeeld over de procedure in tussenkomst. Bij haar beoordeling stelt de rechtbank voorop dat het hier gaat om een onverplicht verrichte rechtshandeling. Eiser heeft niet weersproken dat de gefailleerde vennootschappen niet verplicht waren om de Overeenkomst met W.A. Beheer te sluiten. De Overeenkomst heeft het gevolg gehad dat de gefailleerde vennootschappen zich borg hebben gesteld jegens W.A. Beheer voor de 'schade' die het gevolg zou zijn van het uitwinnen van een door W.A. Beheer ten behoeve van Recopy aan de Rabobank verleende borgtocht van € 275.000. Ook worden de debiteuren van de gefailleerde vennootschappen aan W.A. Beheer verpand. Als de gefailleerde vennootschappen de Overeenkomst niet zouden zijn aangegaan, dan zouden zij zich niet borg hebben gesteld zodat hun vermogen niet door W.A. Beheer zou kunnen worden uitgewonnen. Onderdelen van dat vermogen zouden dan als verhaalsobject(en) beschikbaar zijn gebleven voor de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschappen. Ook zouden de gezamenlijke schuldeisers zich alsdan niet geconfronteerd zien met een extra crediteur met een separatistenpositie. De rechtbank overweegt daarom dat er ook sprake is van benadeling. Bij gebreke van een (voldoende gemotiveerd) verweer tegen de wetenschap van benadeling neemt de rechtbank in de gegeven omstandigheden aan dat de wetenschap van benadeling aanwezig was. Dit brengt met zich dat aan alle vereisten van artikel 42 Fw is voldaan. De curator heeft aldus met succes (het aangaan van) de Overeenkomst buitengerechtelijk vernietigd. De door de curator gevorderde verklaring voor recht wordt dan ook door de rechtbank toegewezen.

NBH en Stichting Vermogensrechten, gedaagden in hoofdzaak, zijn niet verschenen. De rechtbank wijst de vordering in de hoofdzaak desalniettemin af, omdat de vordering onrechtmatig of ongegrond voorkomt. In de zaak in tussenkomst zijn namelijk onvoldoende feiten of omstandigheden gesteld of gebleken die het oordeel kunnen dragen dat NBH en Stichting Vermogensrechten partij zijn geworden bij de Overeenkomst. De vorderingen in de hoofdzaak zijn uitsluitend ontleend aan de Overeenkomst. De rechtbank wijst de vorderingen in de hoofdzaak daarom af.

J. van den Dolder, augustus 2019

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 17-07-2019

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2019:3281

Zaaknummer: C/18/186452 / HA ZA 18-175

Rechters: M.A.B. Faber-Siermann

Advocaten: B.G. van Twist en A. Gras

Wetsartikelen: 42 Fw

RECHTSPRAAK

Arnoldus q.q./X

Een levensloopregeling valt buiten artikel 21 lid 7 en 22a Fw en maakt dus deel uit van het faillissement. Dat geldt ingevolge artikel 22a lid 1 onder a en b Fw ook voor het recht van de curator of een derde (na machtiging door de curator) op overdracht van een levensverzekering.

Geïntimeerde was zelfstandig assurantieadviseur. Bij vonnis van 5 februari 2013 is geïntimeerde privé failliet verklaard, met aanstelling van appellant als curator.

Bij het uitspreken van zijn faillissement was geïntimeerde verzekeringnemer, verzekerde en begunstigde van drie levensverzekeringen. Daarnaast had geïntimeerde een levensloopregeling.

De curator heeft met toestemming van de geïntimeerde en door middel van een door hem verleende machtiging aan de echtgenote (om te tekenen voor de gefailleerde), de drie levensverzekeringen tegen betaling aan de boedel overgedragen aan de echtgenote van geïntimeerde.

Nadat de curator ook de levensloopregeling heeft afgekocht, is tussen geïntimeerde en de curator een geschil ontstaan over de vraag of de waarde van de polissen en levensverzekering tot het faillissementsvermogen behoort.

Volgens geïntimeerde is dat gelet op artikel 21 lid 7 en 22a lid 1 Fw niet het geval. In deze zaak vordert hij dan ook om die waarde te restitueren. Geïntimeerde stelt dat de curator onrechtmatig heeft gehandeld door in strijd met artikel 22a Fw tot overdracht en afkoop van de polissen en regeling over te gaan, terwijl hierdoor inbreuk is gemaakt op zijn oudedagsvoorziening.

In eerste aanleg is de vordering van geïntimeerde voor wat betreft de levensloopregeling afgewezen. Het hof is van oordeel dat die afwijzing in stand dient te blijven. Daarmee komt in deze procedure vast te staan dat een levensloopregeling geen lijfrentespaarrekening of lijfrentebeleggingsrecht in de zin van artikel 21 lid 7 Fw is en dat het evenmin een

verzekeringsovereenkomst is in de zin van artikel 22a Fw, zodat deze bepalingen niet in de weg stonden aan inning van het saldo van de levenslooprekening door de curator. De rechter past naar het hof overweegt grote terughoudendheid om desondanks producten die niet onder die omschrijving vallen, wel buiten het faillissement te houden (HR 22 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8474, NJ 2003, 32).

Dat geldt naar het hof overweegt eveneens bij de toepassing van artikel 22a lid 1 onder a en onder b Fw, als het gaat om de vraag of het recht van de curator of het daarmee gelijk te stellen recht van een derde op overdracht van de levensverzekeringen, buiten de boedel vallen. Naar het oordeel van het hof was de curator met toestemming van geïntimeerde bevoegd om mee te werken aan de beoogde overdracht van de levensverzekeringen aan de echtgenote van geïntimeerde en daarvoor een vergoeding te vragen. Er heeft dus geen afkoop of wijziging van begunstiging door de curator plaatsgevonden, zodat van onrechtmatig handelen van de curator geen sprake kan zijn.

Nu het initiatief tot overdracht van de levensverzekeringen van geïntimeerde uitging, kan evenmin worden gezegd dat de curator onrechtmatig handelde door geïntimeerde niet uit eigen beweging nader te informeren.

M. Verdonk, augustus 2019

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 12-02-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:498

Zaaknummer: 200.205.160_01

Rechters: D.A.E.M. Hulskes, J.J. Verhoeven en J.W.H. van Wijk

Advocaten: R. Arnoldus en G. te Biesebeek

Wetsartikelen: 21 Fw, 22a Fw, 20 Fw en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

AXUS/Hogenboom Benelux B.V. IL

Uitleg van een akkoord aan de hand van HR DSM/Fox. Die uitleg verzet zich er niet tegen om, nu het akkoord hierover zwijgt, voor de vaststelling van het bedrag van de vordering waarvoor een concurrente schuldeiser bij de verdeling in het kader van het akkoord kan meedelen, aan te sluiten bij de hierop van toepassing zijnde wettelijke regeling (art. 136 Fw).

Tussenvonnis in de renvooiprocedure tussen Axus en het in liquidatie verkerende Hoogenboom Benelux B.V. Hoogenboom Benelux is op 16 mei 2011 tezamen met Nacap Montage B.V. failliet verklaard. Axus heeft in het faillissement van Hoogenboom Benelux vorderingen ingediend.

In het faillissement is een verificatievergadering gehouden. De curator heeft aldaar zijn betwisting van de vorderingen van Axus gehandhaafd. Daarop zijn partijen door de rechter-commissaris naar de rol verwezen (art. 122 lid 1 Fw). Hoogenboom Benelux en Nacap Montage B.V. hebben op de vergadering een liquidatieakkoord aangeboden (art. 138 e.v. Fw), dat op 20 november 2014 is aangenomen (art. 145 Fw).

Op 20 november 2014 is het akkoord gehomologeerd (art. 150 e.v Fw). De homologatie is in kracht van gewijsde gegaan. Daardoor is de renvooiprocedure geschorst (art. 122a lid 1 Fw). Die schorsing is door Hoogenboom Benelux IL bij exploit opgeheven, waarna de renvooiprocedure is voortgezet (art. 122a lid 2 Fw).

Inzet ten aanzien van de eis van Axus tot verificatie van haar vordering is een door Axus bepleite andere uitleg van het akkoord dan die welke door Hoogenboom Benelux IL wordt voorgestaan. Kort gezegd mag volgens Axus op de door haar te verifiëren vordering niet in mindering worden gebracht het bedrag dat zij krachtens een door KHE afgegeven concerngarantie heeft ontvangen.

Naar de rechtbank overweegt, dient uitleg van de tekst van het akkoord in dit geval plaats te vinden aan de hand van objectieve maatstaven, waarbij de rechtbank onder meer verwijst naar

de arresten *DSM/Fox* (ECLI:NL:HR:2004:AO1427) en *FWZ/Smit Internationale* (ECLI:NL:HR:2004:AP4485).

Op grond van die maatstaven kan worden uitgegaan van de juridische betekenis van de bewoording van het akkoord, waarbij de rechtbank constateert dat daarin geen specifieke regeling is opgenomen voor de bepaling van (het bedrag van) de vordering waarvoor een concurrente schuldeiser bij de verdeling in het kader van het akkoord kan meedelen.

Bij gebreke aan een dergelijke specifieke regeling ligt het naar het oordeel van de rechtbank dan ook in de rede om uit te gaan van de in de Faillissementswet gegeven regels voor de vaststelling van vorderingen. Daarbij is op de vordering van Axus in beginsel artikel 136 Fw van toepassing. De rechtbank ziet in het akkoord geen belemmering voor die toepassing. Op grond van deze uitleg van het akkoord kan Axus dus opkomen voor het volledige beloop van haar vordering zoals die bestond ten tijde van het uitspreken van het faillissement van Hogenboom Benelux B.V. voor zover die vordering wordt geverifieerd, dus ongeacht de vanwege de hoofdelijk medeschuldenaar KHE verkregen betalingen, met als grens dat Axus niet meer kan ontvangen dan het geheel van haar vordering.

M. Verdonk, augustus 2019

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 06-02-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:824

Zaaknummer: C/10/545711 / HA ZA 18-214

Rechters: W.P. Sprenger

Advocaten: H.H.M. Meijroos en M. van der Laarse

Wetsartikelen: 136 Fw

RECHTSPRAAK

Proeflokaal 't Oer/Engie Nederland Retail

De tijdens het faillissement voortgezette onderneming van de schuldenaar is voldoende in staat om aan haar financiële verplichtingen te (blijven) voldoen, ook jegens de curator. Er is dus in hoger beroep niet meer voldaan aan de vereisten voor faillietverklaring.

Geïntimeerde Engie Nederland Retail heeft met succes het faillissement van appellante Proeflokaal 't Oer B.V. aangevraagd. In deze procedure verzoekt Proeflokaal haar faillissement te vernietigen.

Bij zijn beoordeling stelt het hof voorop dat de vraag of de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, dient te worden beoordeeld aan de hand van gegevens die gelden ten tijde van de door de rechter te geven beslissing, en dat derhalve een toetsing 'ex nunc' plaatsvindt (vgl. ECLI:NL:HR:2013:BZ1058 en ECLI:NL:HR:2014:98). De appelrechter mag daarbij zelfstandig beoordelen of summierlijk blijkt van het vorderingsrecht van de aanvrager.

Het hof stelt vervolgens vast dat hem is gebleken dat zowel de vordering van geïntimeerde als ook de steunvordering van de Belastingdienst thans is voldaan. Proeflokaal heeft ook een betalingsregeling met het Pensioenfonds getroffen, en beschikt over een positief banksaldo waarmee nog openstaande (en door haar betwiste) vorderingen kunnen worden betaald. Bovendien heeft de curator tijdens het faillissement regelmatig de kasopbrengsten opgehaald. Voorts heeft Proeflokaal een bedrag van € 11.500 als waarborgsom voor de faillissementskosten op de derdenrekening van de curator gestort.

De curator is van mening dat de discussie over deze schulden niet in de weg staat aan het oordeel dat Proeflokaal niet verkeert in de faillissementstoestand. Hierop gelet is het hof van oordeel dat Proeflokaal niet (langer) verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen. Aangezien niet (meer) is voldaan aan de voorwaarden voor faillietverklaring zoals neergelegd in artikel 6 lid 3 Fw, is de grond aan het faillissement komen te ontvallen. Slotsom

is dat het faillissementsvonnis vernietigd moet worden en het verzoek van Engie tot faillietverklaring moet worden afgewezen.

M. Verdonk, augustus 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 28-01-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:661

Zaaknummer: 200.252.905/01

Rechters: J. Smit, G. van Rijssen en G.M. van der Meer

Advocaten: R.A. van Weelderen en T.H.I.M. Pierik

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Beheer/X

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens het bewerkstelligen van betalingsonmacht. De bestuurder heeft ernstig verwijtbaar gehandeld, omdat hij zichzelf niet namens de vennootschap heeft aangesproken voor betaling van een schuld aan de vennootschap op het moment dat de vennootschap in zwaar weer verkeerde en haar eigen betalingsverplichtingen niet meer kon nakomen.

Beheer B.V. (appellante) verhuurde vanaf november 2011 een bedrijfspand aan het inmiddels gefailleerde Holding B.V. Geïntimeerde is enig (particulier) bestuurder en aandeelhouder van Holding. Holding heeft de verschuldigde huurpenningen vanaf januari 2012 niet meer voldaan. De huurovereenkomst is dan ook per 15 augustus 2012 ontbonden (art. 7:231 BW). Holding is vervolgens op verzoek van appellante op 27 augustus 2013 failliet verklaard.

Appellante heeft haar vordering tot betaling van de huurprijs in het faillissement van Holding ingediend ter verificatie. Het gaat om een bedrag van € 17.689,66. Het faillissement van Holding is echter op 24 juni 2014 opgeheven bij gebrek aan baten (art. 16 Fw).

In de onderhavige procedure vordert appellante dat geïntimeerde wordt veroordeeld tot betaling van haar vordering op Holding. Hieraan legt appellante ten grondslag dat geïntimeerde op grond van onder meer onrechtmatige daad aansprakelijk is voor de schade die zij heeft geleden, nu haar vordering die zij ter verificatie in het faillissement van Holding heeft ingediend niet tot een uitkering heeft geleid. Dit als gevolg van het feit dat geïntimeerde een door Holding verschaft lening niet (geheel) heeft terugbetaald. Appellante verwijt geïntimeerde dat hij zich in de omstandigheden niet door zijn persoonlijke belang had mogen laten leiden, maar dat hij als bestuurder pogingen had moeten ondernemen om de vordering van Holding op zichzelf te incasseren, om met de opbrengst crediteuren van Holding te voldoen.

Dat betoog slaagt. Uit de stukken blijkt dat Holding in 2010 een substantiële vordering had op haar bestuurder van ruim een half miljoen euro, die in dat boekjaar met ruim een halve ton is

toegenomen. Naar het oordeel van het hof had geïntimeerde in zijn rol van bestuurder van Holding op het moment dat Holding niet meer aan haar betalingsverplichtingen, zoals het betalen van de huur in januari 2012 aan appellante, kon voldoen, geïntimeerde in privé als schuldenaar moeten aanspreken tot het (gedeeltelijk) terugbetalen van de lening. Door geïntimeerde is niet toegelicht waarom hij dat niet heeft gedaan.

Met het uitblijven van deze inspanningen handelde geïntimeerde als bestuurder ten opzichte van appellante zodanig onzorgvuldig dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Geïntimeerde als bestuurder had redelijkerwijze behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat Holding haar verplichtingen ten opzichte van appellante niet meer zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden. Dat niet kan worden vastgesteld dat het faillissement van Holding is veroorzaakt door het opnemen van, dan wel niet terugbetalen van de lening, acht het hof in dit verband niet doorslaggevend. Het ernstige verwijt zit erin dat van geïntimeerde als bestuurder mocht worden verwacht dat hij, op het moment dat Holding in zwaar weer kwam te verkeren en haar eigen betalingsverplichtingen niet meer kon nakomen, de positie van de vennootschap zou trachten te verbeteren (en het tekort aan liquiditeiten zou trachten op te heffen) door middel van het aanspreken van (zichzelf in privé als) de schuldenaar op wie Holding nog een aanzienlijke vordering had.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 22-01-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:176

Zaaknummer: 200.182.062_01

Rechters: E.H. Schulten, W.J.J. Beurskens en G.M. Menon

Advocaten: J.N.A. Kilian en L.H.A.M. Andriessen

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Rabobank en EFS/Bewindvoerder

De beantwoording van de vraag of een opheffingsuitverkoop geldt als een executoriale verkoop ten behoeve van de pandhouder, ook als de pandgever als verkoper optreedt, dient te geschieden aan de hand van hoe de betrokken partijen zich over en weer hebben uitgelaten en gedragen en wat zij daaruit over en weer mochten verwachten.

Aan de orde is het volgende. Appellantes EFS en Rabobank beroepen zich jegens de bewindvoerder van een detailhandelaar in wit- en bruingoed op hun gezamenlijke pandrecht naar aanleiding van een door EFS en Rabobank met de schuldenaar overeengekomen opheffingsuitverkoop. De bewindvoerder stelt zich in deze procedure op het standpunt dat die uitverkoop geen executoriaal karakter had. Hij vordert om die reden afdracht van de executieopbrengst aan de boedel ex artikel 54 Fw danwel fixatie. Volgens EFS en Rabobank moet de uitverkoop echter gezien worden als de in artikel 3:251 lid 2 BW bedoelde afwijkende executoriale verkoop van de in de winkels van de schuldenaar aanwezige verpande voorraad, zodat de executieopbrengst moet worden verdeeld conform de tussen hen overeengekomen rangorderegeling. Bijzonderheid is dat het hier gaat om de uitwinning van een pandrecht op de voorwaardelijke eigendom van de schuldenaar op de handelsvoorraden, welke door leverancier EFS werden geleverd onder een zogenoemd 'verlengd' eigendomsvoorbehoud. Tot meerdere zekerheid heeft EFS ook een vuistloos pandrecht ten aanzien van de door haar geleverde zaken voorbehouden voor het geval haar eigendomsvoorbehoud eindigt (art. 3:81 lid 1, slotzin, BW).

Het hof stelt voorop dat volgens vaste rechtspraak bij de uitleg van de pandakte de Haviltex-maatstaf geldt. Dat brengt het hof bij de vraag of EFS (die een 'verlengd' eigendomsvoorbehoud heeft bedongen) samen met de Rabobank een gezamenlijk pandrecht heeft. Die vraag is een kwestie van uitleg en wordt door het hof bevestigend beantwoord. Het gaat hierbij om een vuistloos pandrecht op alle bestaande en toekomstige voorraden, waaronder de voorwaardelijke eigendom van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde voorraden, terwijl EFS en Rabobank een rangregeling hebben afgesproken die erop neerkomt dat de verkoopopbrengst van het onderpand in mindering zal strekken op hetgeen zij

gezamenlijk van de schuldenaar te vorderen hebben. De mogelijkheid om een onvoorwaardelijk pandrecht te vestigen op een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde is expliciet erkend in HR Rabobank/Reuser q.q. Of dit door partijen is beoogd, is een kwestie van uitleg.

Ook de vraag of de voorgenomen bedrijfsbeëindiging door de schuldenaar als een verzuim als bedoeld in artikel 3:248 lid 1 BW kwalificeert, zodat de pandhouders bevoegd waren tot executie, wordt door het hof bevestigend beantwoord. Het hof verwijst naar de desbetreffende kredietbepalingen.

Door EFS en Rabobank is betoogd dat EFS bij de executieverkoop impliciet afstand heeft gedaan van haar eigendomsvoorbehoud, hetgeen door de bewindvoerder wordt betwist. Naar het hof overweegt wordt een dergelijke afstand gedaan bij een daartoe strekkende overeenkomst, zodat ook deze vraag een kwestie van uitleg is. Het hof verwijst naar ECLI:NL:HR:2014:3460 inzake Snippers q.q./Rabobank en stelt vast dat het, gelet op de tussen partijen, waaronder de schuldenaar, gemaakte afspraken omtrent executie, waarschijnlijk is dat hun een executoriale verkoop van de onvoorwaardelijke eigendom voor ogen stond. Dat was mogelijk door de impliciete afstand van het eigendomsvoorbehoud van EFS (en de aanvaarding daarvan door de schuldenaar). Het enkele feit dat een en ander niet aldus is vastgelegd en mogelijk niet aldus expliciet is uitgesproken doet aan deze duiding van de feiten niet af, aldus het hof. Immers, de beantwoording van de vraag of de opheffingsuitverkoop dient te worden gezien als onderhandse verkoop ex artikel 3:251 lid 2 BW (als bedoeld in HR ING/Hielkema q.q. en HR Feenstra q.q./ING) dient (evenals de daarmee samenhangende vraag of EFS afstand heeft gedaan van haar eigendomsvoorbehoud) te geschieden aan de hand van hoe de betrokken partijen zich over en weer hebben uitgelaten en gedragen en wat zij daaruit over en weer redelijkerwijs hebben mogen begrijpen.

Nu de opheffingsuitverkoop met medewerking van de pandgever als uitoefening van het recht van parate executie (art. 3:248 lid 1 BW) door de pandhouder kan worden aangemerkt, zie HR ING/Hielkema en HR Feenstra q.q./ING, is de pandhouder bij voorrang gerechtigd de opbrengst van de executieverkoop in mindering te brengen op de door het pandrecht gesecureerde vorderingen. Aan verrekening (en dus aan art. 54 Fw) door de bank (in rekening-courant) wordt in dat geval (in technisch-juridische zin) niet toegekomen, aldus het hof (onder verwijzing naar (de tekst van) art. 3:253 lid 1 BW).

Hoe zit het dan met het voorbehouden pandrecht van ESF? Dat vuistloos pandrecht werd volgens het hof verkregen nadat het eigendomsvoorbehoud door afstand is geëindigd. ESF kan zich dus beroepen op het gezamenlijke als ook voorbehouden pandrecht op de voorraad hoogste in rang (r.o. 5.20).

M. Verdonk, augustus 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 22-01-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:492

Zaaknummer: 200.209.050/01

Rechters: L. Janse, J. Smit en M. Wolters

Advocaten: T.T. van Zanten en J.H. Mastenbroek

Wetsartikelen: 3:92 BW, 3:237 lid 1 BW, 3:251 lid 2 BW en 54 Fw

RECHTSPRAAK

Hoving q.q./A. c.s.

Onbehoorlijk bestuur wegens schending van de boekhoud- en publicatieplicht die een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Door de gebrekkige administratie zijn de door gedaagden aangevoerde reddingsacties niet op eenduidige en voor de curator duidelijk traceerbare wijze in de boekhouding verwerkt. De rechtbank kan daarom niet oordelen wat de gevolgen van deze reddingsacties voor het faillissement zijn geweest en of deze reddingsacties een matiging van aansprakelijkheid rechtvaardigen, voor zover de wet hiervoor al ruimte biedt. Eerder kan de vraag worden gesteld of deze reddingsacties juist niet het faillissement hebben versneld doordat de bv vrijwel geheel is leeggehaald waardoor haar verdien capaciteit grotendeels verdween.

Op 24 januari 2017 is de dochtermaatschappij B.V. 1 failliet verklaard. Enig aandeelhouder en bestuurder van B.V. 1 is B.V. 2. Gedaagde (n.p.) is enig aandeelhouder en bestuurder van medegedaagde B.V. 2. Eiser is de curator in het faillissement van B.V. 1.

B.V. 1 exploiteerde tot haar faillissement horecaondernemingen. Over de boekjaren vanaf 2009 beschikt de curator slechts over conceptjaarrekeningen. Hieruit volgt dat het negatief eigen vermogen van B.V. 1 tussen 2008 en 2012 structureel is toegenomen en de onderneming in de jaren 2009 tot en met 2012 fors verlies leed.

Bovendien zijn de jaarrekeningen over de jaren 2013 tot en met 2016 niet gedeponereerd. Verder staat vast dat B.V. 1 enkele malen langs de afgrond van faillissement is gescheerd, maar dat de bestuurder privé gelden heeft aangewend om de financiële problemen het hoofd te bieden.

Daar komt bij dat B.V. 1 in 2016 een bedrijfspannend heeft overgedragen aan B.V. 2. Ook zijn in dat jaar enkele van de door B.V. 1 geëxploiteerde horecaondernemingen overgedragen aan daarvoor speciaal opgerichte dochtervennootschappen van B.V. 2.

De curator stelt dat gedaagden hun taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en dat hun handelen een onrechtmatige daad oplevert. De curator beroept zich daarbij met name op artikel 2:248 lid 2 BW, nu over de jaren 2013-2017 in strijd met artikel 2:10 lid 1 en 2:394 BW geen jaarrekening is opgemaakt of gepubliceerd, administratieve bescheiden ontbreken, in strijd met artikel 2:10 lid 3 BW, en uit de boekhouding niet de rechten en verplichtingen van B.V. 1 kunnen worden afgeleid.

Naar het oordeel van de rechtbank is vast komen te staan dat door gedaagden niet is voldaan aan de op hun rustende publicatie- en boekhoudplicht, zodat gedaagden hun taak onbehoorlijk hebben vervuld en wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. De rechtbank is ten aanzien van dat vermoeden van oordeel dat gedaagden niet aannemelijk hebben kunnen maken dat een andere van buiten komende gebeurtenis de oorzaak is van het faillissement. Hun beroep op dalende omzet tussen 2008 en 2017 wegens de crisis, het ingevoerde rookverbod en de verhoging van de alcoholleeftijdsgrens wordt, mede in het licht van de gebrekkige administratie, niet gevolgd.

Evenzeer passeert de rechtbank het beroep op matiging (art. 2:248 lid 4 BW). Dat is erop gebaseerd dat door gedaagden in 2015 achterstanden in de uitbestede administratie zijn geconstateerd. Dat heeft er naar de rechtbank oordeelt weliswaar toe geleid dat een reddingspoging is gedaan, maar niet dat de administratie vanaf dat moment op de juiste wijze werd bijgehouden. Daardoor zijn de door gedaagden aangevoerde reddingsacties niet op eenduidige en voor de curator duidelijk traceerbare wijze in de boekhouding verwerkt. De rechtbank kan daarom niet oordelen wat de gevolgen van deze reddingsacties voor het faillissement zijn geweest en of deze reddingsacties een matiging van aansprakelijkheid rechtvaardigen, voor zover de wet hiervoor al ruimte biedt. Eerder kan de vraag worden gesteld of deze reddingsacties juist niet het faillissement hebben versneld doordat de bv vrijwel geheel is leeggehaald waardoor haar verdien capaciteit grotendeels verdween. Gedaagden zijn dan ook (op grond van art. 2:11 BW) hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort.

M. Verdonk, augustus 2019

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 22-08-2018

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2018:15610

Zaaknummer: C/09/530356 / HA ZA 17-385

Rechters: A.C. Bordes

Advocaten: K.E. Beerlage en S.I.P. Schouten

Wetsartikelen: 2:248 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

De bepalingen over verjaring van belastingaanslagen in de Awb (art. 4:104 en 4:111 Awb) gaan als speciales voor op artikel 36 Fw. De verjaringstermijn wordt verlengd met de tijd dat een persoon in staat van faillissement verkeert.

Een natuurlijk persoon verkeerde tussen 19 september 2006 en 4 oktober 2016 in staat van faillissement. Gedurende deze periode heeft de Inspecteur van de Belastingdienst diverse aanslagen inkomstenbelasting opgelegd over de jaren 2002 tot en met 2007. Na opheffing van het faillissement heeft de Inspecteur diverse voorlopige teruggaven inkomstenbelasting verleend. Deze teruggaven zijn (deels) verrekend met 'oude' openstaande aanslagen. De voormalig failliet heeft tevergeefs bezwaar gemaakt tegen de verrekening van zijn belastingteruggaven. Volgens hem zijn de oude belastingaanslagen verjaard na zes maanden na de beëindiging van het faillissement (art. 36 Fw). Volgens de Ontvanger geldt artikel 36 Fw niet voor belastingschulden en dient afdeling 4.4.3 Awb in dit geval te worden gevolgd. Uit artikel 4:111 lid 2 onder b Awb volgt dat de verjaringstermijn van vijf jaar wordt verlengd met de termijn waarin de belastingschuldige in staat van faillissement verkeerde (in dit geval tien jaar).

De rechtbank overweegt als volgt. De ontvanger stelt terecht dat afdeling 4.4.3 Awb over verjaring geldt voor IB-aanslagen, ongeacht of deze voor of na 1 juli 2009 (de datum van inwerkingtreding van de betreffende bepalingen) zijn opgelegd. De IB-aanslagen zijn als schuldvorderingen in het faillissement ingediend, waarna de verjaringstermijn is aangevangen. Uitgaande van de toepasselijkheid van artikel 4:104 en 4:111 lid 2 onder b Awb is de verjaringstermijn van de vorderingen van de Ontvanger met tien jaar verlengd. Dat betekent dat de verjaringstermijn in 2017 (het moment van verrekening) nog niet was verstreken en thans ook (nog lang) niet. De stelling van de voormalig failliet over de toepasselijkheid van artikel 36 Fw kan niet tot een andere uitkomst leiden. De wetgever heeft met de invoering van afdeling 4.4.3 Awb beoogd een volledige, exclusieve regeling van de verjaring van bestuursrechtelijke geldschulden te geven. Artikel 4:111 Awb gaat als speciales voor op de meer algemene regeling in artikel 36 Fw, welk artikel op zichzelf ook geen verjaringstermijn bevat. Ten overvloede overweegt de rechtbank dat als artikel 36 Fw al zou

gelden, die bepaling geen gevolgen zou hebben. Artikel 36 Fw ziet namelijk op de situatie dat een verjaringstermijn zou aflopen gedurende het faillissement of binnen zes maanden na het einde daarvan. Deze situatie doet zich hier niet voor.

De voormalig failliet heeft nog gesteld dat hij tijdens zijn faillissement nooit effectief bezwaar heeft kunnen maken tegen de IB-aanslagen en dat die mogelijkheden er nu niet meer zijn. Daargelaten of deze stelling grond op kan leveren voor de Ontvanger om die aanslagen niet te innen, overweegt de rechtbank dat het beroep op formele rechtskracht dat de Ontvanger heeft gedaan slaagt. Het voorgaande leidt ertoe dat het beroep op verjaring met betrekking tot de IB-aanslagen niet slaagt. Verrekening van deze aanslagen door de Ontvanger met de belastingteruggaven is op grond van artikel 4:93 lid 2 Awb en artikel 24 Iw mogelijk.

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

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 19-06-2019

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2019:5292

Zaaknummer: C/15/279265 / HA ZA 18-643

Rechters: P.J. Jansen

Advocaten: M.L. Dingemans en E.E. Schipper

Wetsartikelen: 4:104 Awb, 4:111 lid 2 onder b Awb en 36 Fw

RECHTSPRAAK

Het door gefailleerden opgezegde vertrouwen in de curator is geen reden voor ontslag.

Bij vonnissen van 9 mei 2017 zijn twee natuurlijk personen in staat van faillissement verklaard. De verhouding tussen gefailleerden en de aangestelde curator is sindsdien erg verslechterd, hetgeen heeft geresulteerd in een ontslagverzoek. De gefailleerden leggen aan dit verzoek ten grondslag dat sprake is van wederzijds opgezegd vertrouwen en dat de curator niet betamelijk heeft gehandeld. Er staat een saldo van circa € 40.000 op de boedelrekening en de gefailleerden vinden het onbegrijpelijk dat dit onvoldoende is om de faillissementen af te wikkelen. Zij stellen zich op het standpunt dat de curator te veel uren heeft besteed aan de faillissementen door dubbele of onnodige werkzaamheden te verrichten. De curator voert aan dat zij het vertrouwen in gefailleerden niet heeft opgezegd en dat het ontbreken van vertrouwen van hen in haar als curator geen grond is voor ontslag. Voorts betwist zij dat zij onbetamelijk heeft gehandeld. De rechter-commissaris concludeert in haar reactie dat het verzoek tot het ontslag van de curator moet worden afgewezen. Zij stelt dat een vertrouwensrelatie tussen curator en gefailleerden niet noodzakelijk is en dat de curator om diverse redenen veel tijd aan de faillissementen heeft moeten besteden.

De rechtbank overweegt dat in het algemeen terughoudendheid betracht dient te worden bij de beoordeling van een verzoek tot ontslag van een curator. Voor toewijzing van een dergelijk verzoek dient sprake te zijn van zwaarwegende omstandigheden. Een vertrouwensbreuk tussen gefailleerden en de curator op zichzelf is niet voldoende voor een ontslag. Dat zou immers neerkomen op een vetorecht van de gefailleerden over de eigen curator. Hoewel het gebrek aan vertrouwen van gefailleerden in de curator de voortgang van de faillissementen kan belemmeren, is het de rechtbank niet gebleken dat de huidige verhoudingen een efficiënte afwikkeling van de faillissementen in belangrijke mate in de weg staat. Het door gefailleerden opgezegde vertrouwen in de curator leidt daarom niet tot het ontslag.

Ten aanzien van het handelen van de curator overweegt de rechtbank als volgt. Als uitgangspunt heeft te gelden dat aan de curator, voor zover zij niet gebonden is aan regels, een ruime mate van vrijheid toekomt. De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan haar inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg

dat belang het beste kan worden gediend. Het boedelbelang is dus een belangrijk richtsnoer voor de curator. Voorts is van belang dat de rechter-commissaris in deze faillissementen uitdrukkelijk met de curator heeft besproken of de vereiste werkzaamheden noodzakelijk waren en of er een positief resultaat voor de boedel viel te verwachten. Dat haar kosten achteraf bezien mogelijk hoger uitvallen en dat de opbrengst mogelijk lager is dan verwacht, maakt niet dat de curator niet in het belang van de boedel of zelfs onbetamelijk zou hebben gehandeld. Dit alles leidt tot de conclusie dat er geen deugdelijke reden, ook niet in samenhang bezien, is aangevoerd om de curator te ontslaan. Het verzoek tot ontslag wordt daarom afgewezen.

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

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 17-06-2019

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2019:2692

Zaaknummer: C/05/352588 / HA RK 19-127

Rechters: J.A. Verspui

Advocaten: B.S. Witteveen

Wetsartikelen: 73 Fw

RECHTSPRAAK

Van der Meer q.q./X

De reikwijdte van artikel 92 Fw: hoe ver gaat de taak van de curator tot veiligstellen van de administratie van de failliet?

Hoe ver reikt de taak van de curator tot veiligstellen van de administratie van een failliete vennootschap ingevolge artikel 92 Fw? Kan de curator ook e-mails opvragen wanneer door de failliet een e-mailextensie is gebruikt die eigendom is van een derde? En hoe zit het met e-mailcorrespondentie van de failliet die verweven is met e-mailcorrespondentie die behoort tot de administratie van derden? Gaat de bevoegdheid van de curator zo ver dat deze ook toegang heeft tot e-mailcorrespondentie in de privésfeer van de failliet wanneer deze verweven is met de administratie? Deze vragen stonden centraal in onderhavige zaak.

Van der Meer, curator van de failliete Paradigit-vennootschappen, vordert onbeperkte en onvoorwaardelijke inzage in de e-mailboxen van de (indirect) bestuurders van deze vennootschappen. Volgens de curator behoren tot de administratie van de failliete vennootschappen namelijk de e-mailboxen die gebruikt werden door de bestuurders, in ieder geval voor zover het correspondentie betreft aangaande aangelegenheden van of met de failliete vennootschappen. Ingevolge artikel 92 Fw is de taak van de curator het zorgdragen voor de bewaring van de boedel, waartoe hij onder andere de administratie onder zich dient te nemen. De bevoegdheid van de curator hiertoe en de plicht tot afgifte van de failliet die daar tegenover staat, is mede neergelegd in de artikelen 105, 105a en 106 Fw.

Ten aanzien van de eerste vraag overweegt de rechtbank in het voordeel van de curator. Omdat vaststaat dat de betrokken bestuurders de e-mailextensie, die het eigendom van een derde is, gebruikten voor al hun zakelijk e-mailverkeer met betrekking tot de failliete vennootschappen, moeten deze e-mailadressen worden beschouwd als onderdeel van de administratie van die vennootschappen. Een ander oordeel zou immers betekenen dat door simpelweg een e-mailextensie te gebruiken die eigendom van een derde is, dit deel van de administratie aan de werking van artikel 92 Fw kan worden onttrokken.

Ook de tweede vraag wordt voordelig voor de curator beantwoord. De bestuurders voeren als verweer aan dat de curator geen recht heeft op toegang tot de e-mailcorrespondentie die

behoort tot de administratie van derden, hetgeen in beginsel een juiste aanname is. In deze zaak speelt echter dat de bestuurders alle e-mailcorrespondentie met betrekking tot alle vennootschappen van de Paradigit-groep – waaronder dus ook de niet-failliete vennootschappen – via dezelfde e-mailadressen hebben laten verlopen. De bestuurders stellen nog dat de e-mailcorrespondentie die betrekking heeft op de failliete vennootschappen al aan de curator ter beschikking is gesteld, maar die vlieger gaat niet op. De curator moet niet afhankelijk zijn van het bestuur van de failliet voor wat hij wel en niet te zien krijgt, aldus de rechtbank. Dat de curator hierdoor ook inzage krijgt in gegevens die mogelijk behoren tot de administratie van andere niet-failliete vennootschappen is onvermijdelijk. Volgens de rechtbank komt dit voor rekening van de vennootschappen die voor deze manier van werken hebben gekozen. Wel zal de curator de gegevens van andere vennootschappen dan de failliete Paradigit-vennootschappen als ongelezen terzijde moeten leggen.

Dan de laatste vraag: gaat de bevoegdheid van de curator zo ver dat deze ook toegang heeft tot e-mailcorrespondentie in de privésfeer van de failliet wanneer deze verweven is met de administratie? Volgens de rechtbank slaagt hier wel het verweer van de bestuurders dat het belang bij bescherming van hun privéleven – en dat van hun kinderen – en correspondentie zwaarder weegt dan het belang van de curator bij onbeperkte inzage in de e-mailboxen. De curator heeft dus geen recht op onbeperkte en onvoorwaardelijke toegang, maar dat laat onverlet dat hij wel recht heeft op inzage van de administratie van de failliete vennootschappen. Vanwege de verwevenheid van zakelijke en privé e-mail zal er dus eerst door een deskundige (de rechtbank vereist een accountant) een schifting worden gemaakt. Wat de kosten hiervan betreft, kiest de rechtbank een middenweg: de helft wordt voor rekening van de boedel gebracht, terwijl de andere helft door de bestuurders zal moeten worden gedragen.

S. Renssen, juli 2019

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 10-07-2019

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2019:4091

Zaaknummer: C/01/331764 / HA ZA 18-167

Rechters: M.J.M.A. van der Put

Advocaten: S. Winkels-Koerselman en I.C.J.C. van der Klundert

Wetsartikelen: 92 Fw, 68 Fw, 105 Fw en 106 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurder van een aannemer niet persoonlijk aansprakelijk voor tekortschieten in aannemingsovereenkomst.

Op 18 februari 2018 zijn een aannemer (een bv) en een consument een aannemingsovereenkomst overeengekomen. De aannemer zou ingevolge de overeenkomst een dakopbouw en een dakterras plaatsen op de woning van de consument. De werkzaamheden zouden uiterlijk op 15 juli 2018 zijn afgerond. De consument heeft verschillende facturen van de aannemer betaald. De bouw liep door omstandigheden vertraging op. De consument berichtte de aannemer op 15 augustus 2018 dat hij de laatste voorschotnota van 10% van de aanneemsom zou voldoen, indien de aannemer garandeerde dat op 31 augustus 2018 de werkzaamheden zouden zijn afgerond. De aannemer garandeerde op 15 augustus 2018 dat alles op 31 augustus 2018 zou zijn afgerond. De consument betaalde vervolgens de laatste voorschotnota.

Op 16 oktober 2018 berichtte de aannemer de consument dat hij het werk niet meer kon afronden en dat hij zijn eigen faillissement zou aanvragen. Op 13 november 2018 is de aannemer failliet verklaard. De consument houdt in deze procedure de bestuurder van de aannemer persoonlijk aansprakelijk uit hoofde van onrechtmatige daad voor de schade die hij heeft geleden voor het niet nakomen van de aannemingsovereenkomst. De consument stelt dat de bestuurder persoonlijk aansprakelijk is, omdat (a) de bestuurder op het moment van aangaan van de aannemingsovereenkomst wist of behoorde te weten dat de aannemer de overeenkomst niet zou kunnen nakomen, aangezien de aannemer toen al in zwaar weer verkeerde en (b) de bestuurder de consument is blijven bewegen om facturen te betalen, terwijl de aannemer wist of behoorde te weten dat de aan de facturen gekoppelde werkzaamheden niet meer zouden kunnen worden uitgevoerd.

De rechtbank overweegt dat als uitgangspunt enkel de vennootschap aansprakelijk is voor schade als gevolg van het tekortschieten in een overeenkomst. Bij benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering zal naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (1) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (2) heeft bewerkstelligd

of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in artikel 2:9 van het Burgerlijk Wetboek (BW), een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (HR 18 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4873, NHB/Oosterhof).

Voor de onder (1) bedoelde gevallen is in de rechtspraak de maatstaf aanvaard dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden (HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, Beklamel).

In de onder (2) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen (HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, Ontvanger/Roelofsen).

De consument heeft naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd waaruit kan worden geconcludeerd dat de bestuurder ten tijde van het aangaan van de verplichtingen door de aannemer wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat de aannemer zijn verplichtingen uit hoofde van de aannemingsovereenkomst niet zou kunnen nakomen of geen verhaal zou bieden voor een vordering tot schadevergoeding. De rechtbank wijst dit onderdeel van de vordering van de consument af.

De rechtbank stelt vervolgens voorop dat het tweede verwijt van de consument, dat de bestuurder hem is blijven bewegen de facturen te betalen, geen Beklamel-verwijt (categorie 1) is, omdat de facturen geen nieuwe verbintenissen met zich brachten. De rechtbank beoordeelt daarom of de bestuurder op 15 augustus 2018 wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen

dat de aannemer de werkzaamheden gekoppeld aan de laatste voorschotfactuur niet meer zou kunnen voldoen. De rechtbank oordeelt dat, mede gelet op het verweer van de bestuurder, de consument onvoldoende feitelijk heeft onderbouwd dat, toen de bestuurder op betaling aandrong, sprake was van een financiële situatie bij de aannemer waaruit de bestuurder had behoren op te maken dat de aannemer zijn werkzaamheden niet zou kunnen voortzetten. De rechtbank wijst derhalve ook dit onderdeel van de vordering van de consument af.

M.S. Breeman, juli 2019

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 10-07-2019

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2019:6863

Zaaknummer: C/09/564364 / HA ZA 18-1216

Rechters: I.C. Kranenburg

Advocaten: R.H.W. van Ewijk en M.T.J. Wilmer

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Nassau c.s./RNHB

Faillissement blijft in hoger beroep in stand. Weliswaar is een regeling getroffen met niet betwiste schuldeisers, maar de vordering van de aanvrager van het faillissement is niet voldaan en er zijn onvoldoende middelen beschikbaar gesteld om de faillissementskosten te voldoen.

Nassau Bolwerk Beheer BV ('Nassau') en twee vennootschappen die tot dezelfde groep behoren zijn op verzoek van RNHB door de rechtbank failliet verklaard en gaan hiertegen in beroep. Nassau c.s. houden zich bezig met de exploitatie van vastgoed en in dat kader heeft RNHB een lening verstrekt aan Nassau c.s. De vordering van RNHB bedraagt meer dan 900.000 euro. In hoger beroep betwisten Nassau c.s. de vordering van RNHB. Daarnaast stellen zij zich op het standpunt dat het faillissement moet worden vernietigd omdat zij ten aanzien van de niet betwiste vorderingen een regeling hebben getroffen die inhoudt dat zij een deel van de vorderingen betalen tegen finale kwijting van het overige. Op de derdengeldenrekening van de advocaat van Nassau c.s. is een bedrag gestort waarmee de niet betwiste schuldeisers betaald kunnen worden.

De vordering van RNHB wordt door Nassau c.s. betwist, met als kennelijke grond dat RNHB onrechtmatig gehandeld zou hebben bij de beëindiging van de kredietrelatie. Het hof acht het aannemelijk dat RNHB een vordering heeft op Nassau c.s., omdat het geschil is voorgelegd aan de voorzieningenrechter en deze heeft overwogen dat op voorhand niet blijkt dat beëindiging van de kredietrelatie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Nu met RNHB geen regeling is getroffen en ook de overige schuldeisers niet zijn voldaan omdat de middelen daarvoor nog op de derdengeldenrekening van de advocaat staan, is voldaan aan het pluraliteitsvereiste en verkeren Nassau c.s. ook overigens in de staat dat zij hebben opgehouden met betalen. Daar komt bij dat er onvoldoende middelen op de derdengeldenrekening van de advocaat van Nassau c.s. zijn gestort om ook de faillissementskosten te voldoen. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank waarbij Nassau c.s. in staat van faillissement zijn verklaard.

H.J. de Kloe, augustus 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 20-06-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:5967

Zaaknummer: 200.258.320

Rechters: C.J.H.G. Bronzwaer, D. Stoutjesdijk en M.H.F. van Vugt

Advocaten: M. Kashyap en R.M. Vermaire

Wetsartikelen: 6 Fw

RECHTSPRAAK

Curator verkoopt activa en int (verpande) vorderingen na – nog niet in kracht van gewijsde gegane – vernietiging van het faillissementsvonnis. Heeft de curator voldoende terughoudendheid betracht? Voorbeelden van relevante omstandigheden.

Boekbinderij Letterboer B.V. is in het voorjaar van 2014 failliet gegaan en toen doorgestart door Binderij Letterboer B.V. ('Letterboer'). Enkele maanden later wordt ook Letterboer failliet verklaard. Tegen die faillietverklaring wordt succesvol hoger beroep ingesteld. Tegen de vernietiging van de faillietverklaring wordt vervolgens cassatie ingesteld.

Hangende dat cassatieberoep ontdekt de curator van Letterboer dat ná vernietiging van het faillissementsvonnis de inventaris en goodwill van Letterboer met gesloten beurzen verkocht zijn aan (een vennootschap van) een voormalig medebestuurder van Letterboer, een geldbedrag is overgemaakt naar een vennootschap van de huidige bestuurder van Letterboer, vorderingen van Letterboer worden geïnd door een derde en dat er een hoogopgelopen geschil is met eigenaar van het bedrijfspand van Letterboer.

De curator vraagt de bestuurder om toelichting over de vervreemding van de activa en stelt aan de respectievelijke wederpartijen voor om de overdracht van de diverse activa in stand te laten onder voorwaarde dat daarvoor alsnog een zakelijke prijs op de bankrekening van Letterboer betaald wordt. Daar wordt niet op ingegaan. De curator verkoopt inventaris en goodwill vervolgens aan een derde, int vorderingen van Letterboer en verzoekt de rechter-commissaris om de bestuurder op te roepen voor een faillissementsverhoor.

De vernietiging van de faillietverklaring wordt in cassatie bekrachtigd. De bestuurder van Letterboer vordert een verklaring voor recht dat de curator onrechtmatig heeft gehandeld, door onvoldoende terughoudendheid te betrachten in zijn handelen hangende het cassatieberoep. Tevens verwijt de bestuurder de curator dat hij de inventaris en goodwill te goedkoop heeft verkocht en de administratie van Letterboer verloren heeft laten gaan.

De vorderingen van de bestuurder worden zowel in eerste aanleg als in hoger beroep afgewezen. Het hof stelt voorop dat de curator in een situatie als deze het uitoefenen van

bevoegdheden met onomkeerbare gevolgen in beginsel dient te beperken tot gevallen waarin de bevoegdheidsuitoefening in het belang is van de boedel én in de gegeven omstandigheden, gelet op alle betrokken belangen, uitstel niet kan worden geduld (HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2577).

De curator mocht in dit geval aannemen dat zijn handelen aan dit criterium voldeed, mede omdat toelichting over de ontdekte rechtshandelingen uitbleef, de eigenaar van het bedrijfspand dreigde om de inventaris van Letterboer op straat te zetten, de activiteiten van Letterboer feitelijk waren gestaakt en de kans op een doorstart zeer gering leek. Het faillissementsverhoor was terecht, omdat de bestuurder bevestigde dat hij niet vrijwillig wilde verklaren aan de curator. De stelling dat de curator inventaris en goodwill te goedkoop verkocht, is door de bestuurder slechts onderbouwd met de stelling dat er verkocht is zonder voorafgaande taxatie. Daartegenover staan voldoende argumenten om de prijs wél realistisch te achten. De administratie ging verloren door een fout bij het kopiëren van de data door een gespecialiseerd IT-bedrijf, dat door de curator in overleg met de bestuurder van Letterboer was ingeschakeld; daarvan is de curator geen persoonlijk verwijt te maken.

I.F.M. Lakwijk, juli 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-05-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:4450

Zaaknummer: 200.223.456

Rechters: L.J. de Kerpel-van Poel, S.M. Ever en E.C. Rozeboom

Advocaten: J.P.M. Borsboom en E.A.L. van Emden