

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 09, 2019

Nummer 9, 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 Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:6876](#) 27-08-2019

Moore Stephens/Ausnutria Nutrition

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:6501](#) 04-07-2019

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:2644](#) 26-03-2019

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2019:9223](#) 30-08-2019

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:6785](#) 21-08-2019

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2019:7637](#) 20-08-2019

Verzoekers/Aqua Terra BV

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:3912](#) 09-08-2019

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:3529](#) 02-08-2019

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2019:2877](#) 30-07-2019

Universiteit Twente/X

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2019:7381](#) 17-04-2019

Warmex Vastgoed/X

Antillen

[Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, ECLI:NL:OGEAC:2019:174](#) 26-08-2019

Girobank/Genper Holdings

[Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, ECLI:NL:OGEAC:2019:176](#) 07-08-2019

RECHTSPRAAK

Uitspraak wrakingskamer. Een rechter wordt gewraakt, omdat haar beslissing om een verhoor over een bevolen inbewaringstelling op grond van artikel 87 Fw niet aan te houden onbegrijpelijk is.

Op 7 augustus 2019 heeft de rechtbank bevolen dat een failliet ('failliet') voor de duur van 30 dagen in verzekerde bewaring wordt gesteld. Op 22 augustus is failliet daadwerkelijk in bewaring gesteld en een dag later is hij gehoord over zijn inbewaringstelling. De advocaat van failliet heeft verzocht het verhoor aan te houden, zodat hij kon overleggen met zijn cliënt en het verhoor kon voorbereiden. De rechter wilde het verhoor niet aanhouden, maar heeft de zaak geschorst zodat failliet en zijn advocaat de stukken met betrekking tot de inbewaringstelling konden lezen en overleg konden plegen. Toen de zitting werd hervat, heeft de advocaat van failliet opnieuw verzocht tot aanhouding omdat failliet zich niet deugdelijk op het verhoor had kunnen voorbereiden. Het aanhoudingsverzoek werd opnieuw afgewezen, waarop de rechter is gewraakt. In deze procedure is het wrakingsverzoek aan de orde.

Op de zitting bij de wrakingskamer heeft de advocaat van failliet ('verzoeker') aangegeven dat zij pas tijdens het verhoor de beschikking kregen over het verzoekschrift van de curator, de reactie van de rechter-commissaris en de beschikking van de rechtbank. De producties bij het verzoekschrift, die 96 pagina's beslaan, zijn niet ter beschikking gesteld. Dit getuigt naar de mening van verzoeker van vooringenomenheid van de rechter. Kennelijk vond zij het niet nodig dat verzoeker kennisnam van het gehele procesdossier, omdat zij haar oordeel al had bepaald. Daarnaast stelt verzoeker dat de rechter niet als onpartijdig kan worden beschouwd, omdat de curator en rechter-commissaris wel stukken in het geding konden brengen maar verzoeker daartoe niet in de gelegenheid is gesteld. Tot slot meent verzoeker dat de rechter de schijn van vooringenomenheid heeft gewekt, omdat zij verzoeker onvoldoende tijd heeft gegund om zijn verdediging voor te bereiden.

De wrakingskamer overweegt dat er alleen grond bestaat voor wraking in geval van bijzondere omstandigheden die een zwaarwegende aanwijzing opleveren voor het aannemen van (de objectief gerechtvaardigde schijn van) partijdigheid. De beslissing van een rechter om een verhoor niet aan te houden is een procedurele beslissing die in beginsel geen grond oplevert

voor wraking. Alleen als een dergelijke beslissing zo onbegrijpelijk is dat deze een zwaarwegende aanwijzing oplevert van (de schijn van) vooringenomenheid, kan dit tot een ander oordeel leiden. Naar het oordeel van de wrakingskamer is dat hier het geval. Door het verhoor niet aan te houden heeft verzoeker onvoldoende gelegenheid gehad om gebruik te maken van zijn recht om gehoord te worden over een zeer ingrijpende maatregel als inbewaringstelling. Ondanks het uitdrukkelijke verzoek van verzoeker heeft de rechter het verhoor niet aangehouden en verzoeker niet in de gelegenheid gesteld stukken over te leggen. Verzoeker heeft tijdens het verhoor aangegeven dat hij ervan uitging dat de inbewaringstelling gedurende de aanhouding zou voortduren. Ook dat vormde dus geen belemmering voor een aanhouding. De wrakingskamer wijst het wrakingsverzoek toe. De beslissing van de rechter om het verhoor niet aan te houden is zo onbegrijpelijk, dat verzoeker gerechtvaardigde vrees kon hebben dat de rechter vooringenomen was.

H.J. de Kloe, september 2019

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 30-08-2019

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2019:9223

Zaaknummer: C/09/579228 / KG RK 19-1209

Rechters: G.P. van Ham, J. Eisses en J. Brandt

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

Wetsartikelen: 87 Fw

RECHTSPRAAK

Girobank/Genper Holdings

Een vordering tot betaling van dividend ontstaat op het moment dat het dividendbesluit wordt genomen. Voor die tijd is sprake van een absoluut toekomstige vordering die op grond van artikel 3:94 lid 3 BW niet stil gecedeerd kan worden.

De rechtsvraag die in deze zaak aan de orde komt, is op welk moment een vordering tot betaling van dividend ontstaat.

Girobank N.V. heeft geld uitgeleend aan een kredietnemer. Deze kredietnemer is aandeelhouder van Polbeer Holding B.V. ('Polbeer'). Polbeer is op haar beurt weer (minderheids)aandeelhouder van Genper Holdings N.V. ('Genper'). Als zekerheid voor de lening van kredietnemer heeft Polbeer op 6 juni 2014 al haar huidige en toekomstige vorderingen gecedeerd aan Girobank. In de cessieakte is tevens opgenomen dat Polbeer in de toekomst lijsten met nieuwe vorderingen zal verstrekken aan Girobank, zodat ook vorderingen die op het moment van de akte absoluut toekomstig zijn gecedeerd worden aan Girobank.

Op 20 mei 2016 heeft Girobank de cessieakte laten betekenen aan Genper. Girobank stelt zich op het standpunt dat Genper in de jaren 2014 tot en met 2017 dividenduitkeringen heeft gedaan aan Polbeer. Girobank baseert deze stelling op het feit dat dergelijke dividenduitkeringen hebben plaatsgevonden in de jaren 2010 tot en met 2013. Omdat Genper de, naar de mening van Girobank gecedeerde, dividenduitkeringen niet heeft overgemaakt naar Girobank, heeft Girobank ten laste van Genper conservatoir beslag gelegd onder een aantal debiteuren van Genper. In deze procedure vordert Girobank dat Genper wordt veroordeeld om het aan Polbeer verschuldigde dividend aan haar uit te keren.

Genper stelt zich op het standpunt dat de vorderingen van Polbeer tot uitkering van dividend niet rechtsgeldig zijn gecedeerd aan Girobank. Op grond van artikel 3:94 lid 3 BW kunnen uitsluitend *relatief* toekomstige vorderingen, dat wil zeggen vorderingen die voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding, stil gecedeerd worden. De vorderingen tot uitkering van dividend waren naar de mening van Polbeer in juni 2014 *absoluut* toekomstige

vorderingen.

Naar het oordeel van het gerecht vloeit de vordering tot dividenduitkering niet rechtstreeks voort uit de aandeelhoudersrelatie tussen Genper en Polbeer. Een vordering tot uitkering van dividend ontstaat pas op het moment dat de algemene vergadering besluit tot dividenduitkering. Genper heeft onbetwist gesteld dat na 6 juni 2014 geen cessielijsten zijn opgemaakt. Gesteld noch gebleken is dat voor 6 juni 2014 een dividendbesluit is genomen over 2014. Om deze reden zijn de dividendvorderingen niet rechtsgeldig gecedeerd en wijst het gerecht de vordering van Girobank af. De reconventionele vordering van Polbeer tot opheffing van de gelegde conservatoire derdenbeslagen wordt toegewezen.

H.J. de Kloe, september 2019

Instantie: Gerecht in eerste aanleg van Curaçao

Datum uitspraak: 26-08-2019

ECLI: ECLI:NL:OGEAC:2019:174

Zaaknummer: CUR201803332

Rechters: Th. Veling

Advocaten: A. Huizing, E.J.J. Huizing en R.A. Diaz

Wetsartikelen: 3:94 BW

RECHTSPRAAK

Verzoekers/Aqua Terra BV

Bezwaar tegen iedere door verzoekers aangedragen vereffenaar wordt als onvoldoende onderbouwd en te algemeen van aard afgewezen.

De vereffening van Aqua Terra B.V. is op 9 juli 2019 heropend op grond van artikel 2:23c BW op verzoek van twee verzoekers. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de persoon van een vereffenaar. Aqua Terra maakt bezwaar tegen iedere vereffenaar die voorgesteld wordt door verzoekers en verzoekt de rechtbank zelf een vereffenaar aan te wijzen.

Verzoekers stellen voor mr. C.J. Diks als vereffenaar te benoemen. Zij geven aan dat er geen banden bestaan tussen hen of hun advocaat en de voorgestelde vereffenaar. De rechtbank wijst het bezwaar dat Aqua Terra maakt tegen iedere door verzoekers voorgedragen vereffenaar af, omdat dit bezwaar niet nader is onderbouwd en te algemeen van aard is. De rechtbank ziet ook geen aanleiding om Aqua Terra nader in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over benoeming van mr. Diks en benoemt hem tot vereffenaar.

H.J. de Kloe, september 2019

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 20-08-2019

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2019:7637

Zaaknummer: C/03/255852 / HA RK 18-262

Rechters: K.J.H. Hoofs

Advocaten: A.M. Smetsers en A.P. Macro

Wetsartikelen: 2:23c BW

RECHTSPRAAK

Naar het oordeel van de rechtbank is ook een geschorste inbewaringstelling een vrijheidsbeperkende maatregel die op grond van artikel 87 Fw iedere 30 dagen getoetst moet worden.

Op 15 augustus 2018 is de bestuurder van twee failliete vennootschappen gegijzeld op grond van artikel 87 Fw. De inbewaringstelling is bij diverse beschikkingen verlengd tot en met 11 augustus 2019. De bestuurder is in beroep gegaan tegen de beslissing van de rechtbank van 10 juli 2019 waarbij de inbewaringstelling is verlengd tot en met 11 augustus 2019. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft op 26 juli 2019 de beslissing van de rechtbank vernietigd, de inbewaringstelling verlengd tot en met 11 augustus 2019 en onder voorwaarden geschorst. Het hof heeft daarbij bepaald dat de curator en/of de bestuurder zich uiterlijk 25 oktober 2019 tot de rechter-commissaris zal wenden om zich uit te laten over de (voorwaarden van de) schorsing.

Op 9 augustus 2019 staat een nieuwe zitting gepland bij de rechtbank, waar de verlenging van de inbewaringstelling wordt besproken. De curator en de bestuurder hebben afgesproken zich te refereren aan de uitspraak van het hof, waarop de rechtbank heeft besloten de zitting pro forma te laten plaatsvinden.

De rechtbank overweegt dat het recht van de bestuurder op zijn persoonlijke vrijheid afgewogen moet worden tegen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Nu het hof korte tijd voor de pro-formazitting de inbewaringstelling heeft verlengd, refereert de rechtbank zich aan het oordeel van het hof. De rechtbank verlengt de inbewaringstelling met de wettelijke termijn van 30 dagen, omdat ook een geschorste inbewaringstelling een vrijheidsbeperkende maatregel is die op grond van artikel 87 Fw iedere 30 dagen getoetst moet worden.

H.J. de Kloe, september 2019

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 09-08-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:3912

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

Rechters: A.M. Crouwel

Wetsartikelen: 87 Fw

RECHTSPRAAK

Universiteit Twente/X

Een schuldhulpverlener biedt namens een schuldenaar een akkoord aan. Een paar dagen voordat Universiteit Twente het akkoordvoorstel ondertekent, komt zij met de schuldenaar andere voorwaarden overeen. Hiermee heeft de universiteit het systeem van schuldhulpverlening ondermijnd en misbruik gemaakt van omstandigheden.

Een schuldhulpverlener heeft namens een natuurlijk persoon ('de schuldenaar') een voorstel gedaan aan zijn schuldeisers tegen finale kwijting. Een van de schuldeisers is Universiteit Twente ('de universiteit'). De universiteit heeft een lening van twintigduizend euro verstrekt aan de schuldenaar in het kader van zijn onderneming. Op 7 april 2016 heeft de universiteit de akkoordverklaring ondertekend. In deze akkoordverklaring is opgenomen dat een deel van de lening wordt terugbetaald tegen finale kwijting van het restant. Een paar dagen voor ondertekening, op 4 april 2016, heeft de universiteit echter een overeenkomst gesloten met de schuldenaar waarin is opgenomen dat de akkoordverklaring uitsluitend geldt als betalingsregeling en niet als doel heeft het verlenen van finale kwijting.

In deze procedure vordert de universiteit het restant van de lening van de schuldenaar. De schuldenaar verweert zich met de stelling dat de universiteit hem finale kwijting heeft verleend, nu hij het afgesproken deel van de vordering heeft voldaan. De universiteit meent dat zij geen finale kwijting heeft verleend en beroept zich op de overeenkomst van 4 april 2016.

De kantonrechter oordeelt dat de universiteit misbruik heeft gemaakt van omstandigheden, nu de schuldenaar onder druk stond om de overeenkomst op 4 april 2016 te tekenen. Alle overige schuldeisers waren akkoord gegaan met het voorstel. Zou de schuldenaar de overeenkomst met de universiteit niet tekenen, dan zou de schuldhulpverlening spaak lopen. De universiteit heeft ook de schuldhulpverlener misleid en het systeem van schuldhulpverlening ondermijnd. Door de overeenkomst van 4 april 2016 af te dwingen, heeft de universiteit zich bevoordeeld ten opzichte van de overige schuldeisers. Dat is niet het

uitgangspunt van schuldhulpverlening. De universiteit heeft de schuldenaar, terwijl hij zich in een kwetsbare (financiële) positie bevond, onder druk gezet om de overeenkomst van 4 april 2016 te sluiten. Daarbij heeft de universiteit ten onrechte geprobeerd te profiteren van de kwetsbare positie van de schuldenaar. Dit levert misbruik van omstandigheden op in de zin van artikel 3:44 BW, waarmee de overeenkomst van 4 april 2016 vernietigbaar is. Hiermee is de universiteit gebonden aan de finale kwijting die op 7 april 2016 is verleend. De kantonrechter wijst de vordering van de universiteit dan ook af.

H.J. de Kloe, september 2019

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 30-07-2019

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2019:2877

Zaaknummer: 7610461 \ CV EXPL 19-942

Rechters: U. van Houten

Advocaten: N.A.M. Kienhuis

Wetsartikelen: 3:44 BW

RECHTSPRAAK

Hoger beroep tegen verlenging inbewaringstelling na meer dan 10 maanden faalt: de bestuurder voldoet nog steeds niet aan zijn informatieverplichtingen jegens de curator.

Appellant is bestuurder van een concern van binnenlandse en buitenlandse vennootschappen. Twee Nederlandse vennootschappen binnen dit concern zijn in staat van faillissement verklaard. De bestuurder heeft in deze faillissementen herhaaldelijk niet voldaan aan de informatie- en medewerkingsverplichting jegens de curator en is daarom op 15 augustus 2018 in verzekerde bewaring gesteld. Deze inbewaringstelling is enkele malen verlengd, voor het laatst op 4 juni 2019. De bestuurder is in hoger beroep gekomen tegen deze beschikking tot verlenging. Bij de beoordeling hiervan dient het gerechtshof, mede in verband met het bepaalde in artikel 585 e.v. Rv en artikel 5 EVRM, te onderzoeken of er op basis van de huidige stand van zaken gronden aanwezig zijn die de (voortdurende) inbewaringstelling, en daarmee een inbreuk op de persoonlijke vrijheid van de bestuurder, rechtvaardigen. Daarbij moet het hof het recht op persoonlijke vrijheid van de bestuurder afwegen tegen de bij de inbewaringstelling betrokken belangen. Naarmate de vrijheidsberoving langer duurt, dient aan dat recht op persoonlijke vrijheid een zwaarder gewicht te worden toegekend.

Voor deze beoordeling zijn onder meer de volgende omstandigheden van belang. Gebleken is dat de echtgenote van de bestuurder in het buitenland een contant bedrag van € 50.000 heeft opgenomen. De bestuurder heeft tegenstrijdige verklaringen over de herkomst en bestemming van dit bedrag gegeven. Daarnaast bestaat onduidelijkheid over de inventaris van een buitenlandse vennootschap in het concern. Volgens de bestuurder zijn de activa (waaronder schilderijen en antiquiteiten) verkocht aan een zustervennootschap. De koopprijs zou contant zijn betaald en de activa zouden zijn geleverd met dien verstande dat zij feitelijk niet van plaats zijn verwisseld. Naar het oordeel van het hof heeft de bestuurder hiermee onvoldoende inzicht verschaft in de geldstromen tussen de verschillende vennootschappen. Voorts blijkt uit door de curator van een bank in Londen ontvangen afschriften dat in een kort tijdsbestek een bedrag van € 180.000 is overgemaakt naar een voor de curator onbekend rekeningnummer. De bestuurder heeft verklaard dat het gaat om interne overboekingen binnen het concern, maar uit de bankafschriften blijken diverse 'outgoing bank transfers' van elk meer dan €

20.000. Tot slot heeft de bestuurder verklaard dat hij geen privébankrekening heeft, maar uit de afschiften blijkt dat er een Belgische bankrekening op zijn naam staat.

De voorgaande omstandigheden illustreren volgens het hof meer dan voldoende dat de bestuurder nog steeds niet voldoet aan zijn informatieplicht. Hij legt tegenstrijdige verklaringen af, verklaart in strijd met de waarheid en verstrekt onvoldoende financiële gegevens aan de curator. Gelet op het wezenlijke belang van de door de curator verlangde inlichtingen voor de behoorlijke uitoefening van zijn taak en de aanwezigheid van een reëel vluchtgevaar, wegen de bij de inbewaringstelling betrokken belangen zwaarder dan de inbreuk op de persoonlijke vrijheid van de bestuurder. Daarbij is het feit dat de inbewaringstelling inmiddels al meer dan 10 maanden duurt meegewogen. Het hoger beroep faalt en de bestreden beschikking wordt bekrachtigd.

M.M. Eveleens, september 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 04-07-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:6501

Zaaknummer: 200.260.751

Rechters: D.M. de I Waele, B.J. Engberts en A.S. Gratama

Advocaten: B. van Treijen

Wetsartikelen: 87 Fw, 105 Fw en 106 lid 2 Fw

RECHTSPRAAK

Rechtbank past mechanisme artikel 2:248 lid 2 BW toe bij het niet tijdig deponeren van de jaarrekening. Externe oorzaak van faillissement aangenomen, nu vennootschap zich bezighield met reparaties van mobiele telefoons en deze markt ingrijpend wijzigde met de opkomst van de smartphone.

Gedaagde exploiteerde een onderneming die zich sinds 2006 toelegde op het repareren van mobiele telefoons. De onderneming was ondergebracht in enkele Nederlandse en Tsjechische (klein)dochtermaatschappijen van een Nederlandse vennootschap. De onderneming kwam in financiële problemen te verkeren, waarna eind 2016 en begin 2017 enkele groepsmaatschappijen in staat van faillissement werden verklaard. In de loop van 2017 ging ook de Nederlandse houdstermaatschappij failliet. De curator in dit faillissement spreekt gedaagde en een rechtspersoon waarvan gedaagde enig bestuurder is aan op de voet van artikel 2:248 BW.

Vast staat dat in de jaren voorafgaand aan het faillissement niet steeds is voldaan aan de verplichting van artikel 2:394 BW om de jaarrekening binnen dertien (thans twaalf) maanden na afloop van het boekjaar te publiceren, hetgeen op grond van artikel 2:248 lid 2 BW betekent dat vaststaat dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd, en dat wordt vermoed dat dit onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De jaarrekening over 2013 is gepubliceerd op 14 december 2015; ruim tien maanden te laat. De jaarrekening over 2014 is gepubliceerd op 4 februari 2016; vier dagen te laat. Tot slot is tweemaal een jaarrekening over 2015 gepubliceerd: eenmaal op 30 december 2016, welke jaarrekening volgens de curator 'onjuist' was; en eenmaal op 8 juni 2017. De curator leidt hieruit af dat de jaarrekening over 2015 vier maanden en acht dagen te laat is gepubliceerd. Die conclusie lijkt mij niet juist. Met de publicatie van de (in de woorden van de curator) 'onjuiste' jaarrekening over 2015 op 30 december 2016 is (tijdig) aan de verplichting uit artikel 2:394 BW voldaan in de zin van artikel 2:248 lid 2 BW. Dat is slechts anders, wanneer de gepubliceerde jaarrekening 'met de beste wil van de wereld niet als een jaarrekening in de zin van Titel 8 van Boek 2 B.W. kan worden bestempeld' (*Kamerstukken I 1985/86, 16 631, nr. 27b (MvA)*). Zie ook Oost, Thematisch Commentaar Bestuurdersaansprakelijkheid, aant. II.2.2.8.1, in: *Groene Serie*

Faillissementswet, met verwijzingen. De curator stelt ook dat niet is voldaan aan de administratieplicht van artikel 2:10 BW.

Ondanks een uitvoerig partijdebat over de mate van termijnoverschrijding ten aanzien van de jaarrekeningen over 2014 en 2015 en de deugdelijkheid van de gevoerde administratie, neemt de rechtbank aan dat artikel 2:248 lid 2 BW van toepassing is: door de evident te late deponering van de jaarrekening over 2013 staat vast dat kennelijk onbehoorlijk bestuurd is en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Dan ligt het op de weg van gedaagde om dit vermoeden van causaal verband te weerleggen. Gedaagde voert aan dat zijn onderneming zich toeleegde op de reparatie van mobiele telefoons. Door de opkomst van de smartphone namen grote spelers als Apple en Samsung de telefoonmarkt, inclusief de reparatiemarkt, over, hetgeen leidde tot het teruglopen van de marges en aanvoer voor de onderneming. Ondanks pogingen het tij te keren door andere reparatieklussen aan te nemen, zoals de reparatie van andere elektronische apparatuur, ging het slechter met de onderneming, hetgeen uiteindelijk tot het faillissement van een groepsmaatschappij leidde, die andere groepsmaatschappijen meetrok. De rechtbank honoreert dit verweer en hanteert daarbij heel precies de subtiële systematiek van artikel 2:248 lid 2 BW. De rechtbank wijst er vervolgens, in lijn met die systematiek, op dat naast deze externe oorzaak niet ook de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dit is niet af te leiden uit hetgeen is gesteld en gebleken. Het feit dat achteraf geconstateerd kan worden dat te lang gedacht is dat de onderneming nog levensvatbaar was, is geen reden bestuurdersaansprakelijkheid aan te nemen. De rechter dient de ondernemingsbeslissingen van de bestuurder immers terughoudend te benaderen. De vorderingen van de curator worden afgewezen.

Tot slot wijs ik nog op het feit dat de rechtbank opmerkt dat gedaagde de curator voor 'een weinig inzichtelijk complex van feiten' heeft gesteld. Meer in het bijzonder is hij er niet in geslaagd de curator vóór de procedure voldoende duidelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling geen belangrijke oorzaak van het faillissement was. Hiervoor waren 'twee uitgebreide conclusiewisselingen' en 'een veelheid aan producties' nodig. Om die reden wordt de curator niet veroordeeld in de proceskosten, maar oordeelt de rechtbank dat partijen de eigen kosten dragen.

O. Oost, september 2019

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 21-08-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:6785

Zaaknummer: 10/540534

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: J.P.M. Borsboom en R.A. Wolf

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:248 lid 2 BW, 2:394 BW, 2:10 BW en 150 Rv

RECHTSPRAAK

Warmex Vastgoed/X

Stelplicht- en bewijslastverdeling in bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures: een verzwaarde motiveringsplicht voor de aangesproken DGA?

Dit tussenvonnis is gewezen in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure van Warmex Vastgoed B.V. ('Warmex') tegen gedaagde in zijn hoedanigheid van (indirect) bestuurder van AVH Breezand B.V. ('Breezand') c.s. wegens onrechtmatige verhaalsonttrekking.

Warmex verhuurde een bedrijfslocatie aan Breezand. Breezand is per 1 oktober 2014 opgehouden de huur te betalen en heeft nadien de huur opgezegd tegen 1 december 2015. Daarna heeft gedaagde tussen Breezand en het nieuw opgerichte Smitac B.V. ('Smitac') en later AVH Machinebouw B.V. verschillende overeenkomsten tot stand gebracht met het gevolg dat de bedrijfsinventaris- en voorraden van Breezand aan Smitac zijn overgedragen en door Breezand en later Machinebouw voor Smitac in consignatie werden gehouden. Een deel van de activa is eind 2015 in opdracht van Smitac verkocht. Warmex heeft Breezand met succes in rechte aangesproken tot betaling van achterstallige huurtermijnen, maar op 23 mei 2017 wordt Breezand in staat van faillissement verklaard. Warmex houdt gedaagde vervolgens op grond van artikel 6:162 BW als (indirect) enig bestuurder van Breezand c.s. aansprakelijk voor (onder meer) de onbetaalde huur, omdat hij heeft bewerkstelligd of toegelaten dat Breezand haar verplichtingen onder de huurovereenkomst niet is nagekomen (vgl. HR 8 december 2006, *NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen)*). Gedaagde stelt – kort gezegd – dat de waarde van de activa van Smitac naar Breezand zou zijn teruggevloeid en dat daarmee schuldeisers zijn betaald.

De relevantie van dit tussenvonnis ligt met name in rechtsoverweging 4.4. De rechtbank overweegt dat de bewijslast van het onrechtmatige handelen van gedaagde ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv weliswaar op eiser Warmex rust, maar dat de feiten waarop die last ziet zich in het domein van gedaagde bevinden. Al in HR 3 april 1992, *NJ 1992/411 (Van Warning/Van der Vliet)* oordeelde de Hoge Raad in een geval waarin een bestuurder de nakoming van verplichtingen van de door hem bestuurde vennootschap had verhinderd (vgl. HR 31 januari 1958, *NJ 1958/251 (Van Dulleman/Sala)*, dat het voor de hand ligt om van degene

die volledige zeggenschap over de nalatige vennootschap heeft, te verlangen dat hij aannemelijk maakt dat de vennootschap niet in staat was te betalen. De ratio is het bieden van aanknopingspunten voor bewijslevering om een onevenredig hoog bewijsrisico aan eisers zijde te voorkomen. Deze gedachte vindt men ook in recentere rechtspraak terug (bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 5 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4502; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9223 en Rb. Limburg 30 juni 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:5479). De rechtbank concludeert ook in dit geval dat op gedaagde een verzwaarde motiveringsplicht rust en draagt hem op de gestelde geldstromen te onderbouwen. Een vergelijkbare tegemoetkoming van eisers in gevallen van een inherente informatieachterstand ziet men terug bij medische en notariële aansprakelijkheid (zie bijvoorbeeld HR 20 november 1987, *NJ* 1988/500 en HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2244).

Let wel dat hier geen sprake is van omkering van de bewijslastverdeling van artikel 150 Rv. Zou gedaagde aannemelijk maken dat zijn verweer op waarheid berust, dan zou Warmex van de feitelijke grondslag van haar eis nog steeds de bewijslast dragen. Daadwerkelijke omkering van bewijslast en -risico in bestuurdersaansprakelijkheidsgevallen is onder omstandigheden evenwel niet uitgesloten (zie eerst HR 10 juni 1994, *NJ* 1994/766 (*Romme/Bakker*)). Inmiddels heeft de Rechtbank Noord-Holland overigens eindvonnis gewezen en geoordeeld dat gedaagde de stellingen van Warmex onvoldoende gemotiveerd heeft betwist en dus jegens Warmex persoonlijk aansprakelijk is (Rb. Noord-Holland 4 september 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:7405).

J.O. Bijloo, september 2019

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 17-04-2019

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2019:7381

Zaaknummer: C/15/270823 / HA ZA 18-128

Rechters: L.J. Saarloos, S.M. Auwerda en B. de Metz

Advocaten: J. van Rhijn en B.J. Mekkelholt

Wetsartikelen: 6:162 BW en 150 Rv

RECHTSPRAAK

In deze uitspraak zijn onderwerp van discussie het medisch beroepsgeheim na het overlijden van een patiënt en de vraag hoe een curator die medische dossiers onder zich heeft daarmee moet omgaan. Kan een curator beschikken over medische dossiers en wanneer is een doorbraak van het medisch beroepsgeheim door een curator gerechtvaardigd?

In kort geding is de curator van een verpleeghuis veroordeeld een kopie van het medisch dossier van een overleden patiënt af te geven aan de kinderen van de patiënt. De kinderen vorderden afgifte van (een kopie van) het medisch dossier van hun vader in het kader van een procedure met hun stiefmoeder over de nalatenschap van hun vader.

De curator komt in hoger beroep tegen het vonnis. De curator stelt in de eerste plaats dat hij als curator van een failliete instelling niet kan worden verplicht medische dossiers af te geven. De curator stelt dat alleen een arts – die zijn beroepsgeheim in acht dient te nemen – kan beslissen over de afgifte van een medisch dossier en de doorbraak van zijn geheimhoudingsplicht en dat de curator geen recht heeft tot inzage in medische dossiers.

Het hof oordeelt onder verwijzing naar de arresten Sigmacon II (HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643) en Ontvanger/Ham q.q. (HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419) dat het tot de taak van de curator van een (medische) instelling behoort medische dossiers te bewaren (art. 7:454 lid 3 BW), inzage te geven in medische dossiers (art. 7:456 BW) en te besluiten al dan niet medische dossiers aan derden af te geven wanneer een doorbraak van de geheimhoudingsplicht gerechtvaardigd is (art. 7:457 lid 1 BW en art. 88 Wet BIG). Dat hij geen inzage heeft in medische dossiers doet hieraan niet af.

Verder stelt de curator dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat in deze zaak de doorbraak van de geheimhoudingsplicht gerechtvaardigd is. De doorbraak van de geheimhoudingsplicht is volgens het hof gerechtvaardigd wanneer ervan mag worden uitgegaan dat de patiënt zelf toestemming voor de doorbraak zou hebben gegeven (HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7871), voldoende aannemelijk wordt gemaakt dat een

zwaarwegend belang door de geheimhoudingsplicht mogelijk wordt geschaad (HR 20 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AB1201), dat het medisch dossier duidelijkheid zal geven ten aanzien van dat belang en dat die duidelijkheid niet op andere wijze kan worden verkregen.

Het hof oordeelt dat de kinderen onvoldoende naar voren hebben gebracht om een doorbraak van de geheimhoudingsplicht door de curator te rechtvaardigen en vernietigt het vonnis in eerste aanleg: de curator hoeft geen kopie van het medisch dossier van de vader af te geven.

W. Vlasveld, september 2019

Zie ook: HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, HR 20 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AB1201, HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7871

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-03-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:2644

Zaaknummer: 200.231.747

Rechters: J.H. Lieber, R.A. Dozy en T. ter Brugge

Advocaten: C.W. Houtman

Wetsartikelen: 7:454 lid 1 BW, 7:457 lid 1 BW, 7:456 BW, 88 Wet BIG en 68 Fw

RECHTSPRAAK

Moore Stephens/Ausnutria Nutrition

Eiseres heeft een vordering gekocht. De vordering betreft een vergoeding voor nog door de verkoper te verlenen exclusiviteit, maar voordat die prestatie wordt geleverd gaat de verkoper failliet. Het beroep op artikel 37 Fw door de debiteur van de vordering slaagt. Zij kan dit verweer op grond van artikel 6:145 BW ook tegen de koper inroepen. De koper komt geen beroep toe op artikel 3:36 BW in verband met de mededeling van de debiteur vóór de verkoop aan een derde dat de prestatie al is geleverd, omdat uit de factuur was af te leiden dat deze mededeling onjuist was.

Eiseres, de vennootschap naar Belgisch recht Moore Stephens CVBA ('de koper'), heeft in november 2016 via een online marktplatform ('het marktplatform') een vordering gekocht van een derde ('de verkoper'). De debiteur van de vordering, Ausnutria Nutrition B.V., is de gedaagde in deze procedure ('de debiteur'). De vordering betreft een vergoeding voor (nog door de verkoper te verlenen) exclusiviteit voor 2017. Voorafgaand aan de verkoop heeft de debiteur onder meer de vraag van het marktplatform of de diensten reeds waren geleverd bevestigend beantwoord. De vordering is daarna gecedeerd. Op 23 december 2016 is de verkoper failliet verklaard. De koper vordert in deze procedure betaling van de exclusiviteitsvergoeding voor 2017.

In appel voert de koper aan dat zij mocht vertrouwen op de mededelingen van de debiteur aan het marktplatform en dat de debiteur al voor het faillissement in verzuim was. De debiteur verweert zich met een beroep op artikel 37 Fw, omdat de curator van de verkoper niet binnen de gestelde termijn heeft laten weten of hij de exclusiviteitsovereenkomst gestand wilde doen.

Nadat het hof heeft vastgesteld dat het rechtsmacht heeft en dat het geschil naar Nederlands recht moet worden beoordeeld, overweegt het eerst dat de situatie van artikel 37 Fw hier inderdaad aan de orde is. De curator van de verkoper kan geen nakoming meer van de debiteur vorderen, omdat de factuur betrekking heeft op nog te verlenen exclusiviteit en de

curator niet binnen de gestelde termijn heeft gereageerd. De debiteur kan dat verweer op grond van artikel 6:145 BW ook tegen de koper inroepen, omdat het is opgekomen na de mededeling van de cessie en zijn grondslag vindt in een ten tijde van de mededeling al bestaande rechtsverhouding. Artikel 6:145 BW bepaalt dat de overgang van een vordering de verweermiddelen van de schuldenaar onverlet laat.

Het beroep op artikel 37 Fw zou volgens het hof onder bijzondere omstandigheden op grond van artikel 3:36 BW niet mogelijk kunnen zijn, namelijk als de koper uit de mededelingen van de debiteur redelijkerwijs had mogen opmaken dat de dienst waarop de factuur zag – de exclusiviteit – al wél was geleverd. Als de koper met die mededelingen bekend was – die waren immers gedaan aan het marktplatform en niet aan haar – dan zou volgens het hof echter ook de factuur bekend zijn geweest. En daarop wordt in duidelijke bewoordingen medegedeeld dat deze betrekking heeft op de exclusiviteitsvergoeding van 2017. Ten tijde van de aankoop (november 2016) kon die exclusiviteit dus nog niet zijn verleend, en dus had de verkoper zelf moeten constateren dat de verklaring van de debiteur strijdig was met de factuur en zo nodig zelf vragen moeten stellen.

Ten aanzien van het verzuimargument stelt het hof eerder al vast dat de debiteur voor het faillissement van de verkoper nog niet in verzuim was. Kennelijk was dat uitgebreid betoogd onder verwijzing naar artikel 6:119a BW. Het hof voegt daaraan toe dat voor artikel 37 Fw bepalend is of beide prestaties op faillissementsdatum nog niet waren verricht, en niet of sprake is van verzuim.

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

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 27-08-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:6876

Zaaknummer: 200.242.198/01

Rechters: M.W. Zandbergen, J.H. Kuiper en L. Janse

Advocaten: I.A. van Rooij en J.J. Veldhuis

Wetsartikelen: 37 Fw, 6:145 BW, 3:36 BW en 6:119a BW

RECHTSPRAAK

'Spreken is zilver, zwijgen is goud?' Kan de getuige in een faillissementsverhoor zich beroepen op het verschoningsrecht?

'Spreken is zilver, zwijgen is goud', of toch niet? Deze zaak betreft een verschoningsincident. Op 12 maart 2019 is op verzoek van de curatoren een getuigengehoor gelast als bedoeld in artikel 62 Faillissementsbesluit 1931 (Fb) (vergelijkbaar met art. 66 Fw). Een dergelijk verhoor strekt ertoe het vermogen van de failliet in kaart te brengen. Onder de door de curatoren voorgedragen personen als getuigen bevonden zich de statutair bestuur en accountmanager van de Orco Bank. Voorafgaand aan het verhoor heeft de gemachtigde van deze getuigen opgemerkt dat de geheimhoudingsverplichting van artikel 8 van de Landsverordening Identificatie bij dienstverlening in de weg kan staan aan beantwoording van mogelijk te stellen vragen. Volgens de curatoren kwam de getuigen echter geen verschoningsrecht toe.

De rechter-commissaris in deze zaak heeft ter beantwoording van de vraag of de opgeroepen getuigen zich kunnen beroepen op een geheimhoudingsverplichting dan wel een verschoningsrecht hebben, getoetst aan twee wetsinstrumenten. Allereerst is gekeken naar de algemene regel voor getuigen in een faillissementsverhoor, zoals vastgelegd in artikel 62 Fb. Ingevolge deze bepaling is de rechter-commissaris bevoegd ter opheldering van alle omstandigheden betreffende het faillissement getuigen te horen. Hoewel het artikel niet expliciet bepaalt dat de getuige wordt beëdigd, moet worden aangenomen dat getuigen in een faillissementsverhoor de eed of belofte af dienen te leggen. De beëdiging als waarborg dat een getuige de waarheid spreekt, behoort immers tot de wezenskenmerken van een getuigenverhoor, aldus de rechter-commissaris. Ook wordt verwezen naar de Nederlandse pendant van artikel 62 Fw (art. 66 Fw), welk artikel door middel van verwijzing naar artikel 177 Rv beëdiging vereist. Dan het verschoningsrecht. Allereerst kunnen bepaalde (bloed)verwanten zich verschonen als getuigen. De opgeroepen statutair bestuurder en accountmanager van de Orco Bank zijn dat niet van de failliet en kunnen zich dus niet beroepen op deze mogelijkheid.

Een tweede groep 'verschoningsgerechtigden' is vastgelegd in artikel 144 lid 2 onder b Rv: zij die tot geheimhouding verplicht zijn uit hoofde van hun ambt, beroep of betrekking omtrent hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd. Ingevolge jurisprudentie zijn deze

vertrouwensberoepen beperkt tot advocaten, medici, geestelijken en notarissen (inclusief een verschoningsrecht voor hun medewerkers). Daaronder vallen dus geen bankiers. Ook op deze grond kunnen de statutair bestuurder en de accountmanager zich dus niet beroepen.

Vervolgens heeft de rechter-commissaris getoetst aan het door de getuigen zelf aangehaalde artikel 8 van de Landsverordening Identificatie bij dienstverlening. Volgens de rechter-commissaris bepaalt deze Landsverordening niet dat de geheimhoudingsplichtigen zich kunnen verschonen als getuige. De vraag die moet worden gesteld is of de geheimhoudingsverplichting zo sterk is, dat deze ook als getuige ten overstaan van de verhorende rechter kan worden ingeroepen. Slechts wanneer uit de bewoordingen, strekking of geschiedenis van de desbetreffende bepaling onmiskenbaar duidelijk blijkt dat de voor het aannemen van een verschoningsrecht vereiste afweging door de wetgever is gemaakt, kan worden aangenomen dat in een wettelijke geheimhoudingsplicht een verschoningsrecht besloten ligt. Dat is volgens de rechter-commissaris niet het geval bij de Landsverordening.

Wel kan een wettelijke geheimhoudingsplicht zoals die van artikel 8 Landsverordening met zich brengen dat de rechter gebruikmaakt van zijn bevoegdheid ex artikel 158 lid 2 Rv om te beletten dat aan bepaalde vragen gevolg wordt gegeven, gelet op de door die geheimhoudingsplicht te beschermen belangen. Echter, van enig door de geheimhoudingsplicht te beschermen belang is in het onderhavige geval niet gebleken, aldus de rechter-commissaris. Door het faillissement is de failliet van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot de failliete boedel behorende vermogen verloren en hebben de curatoren die beschikking en dat beheer verkregen. Het is daarom in wezen de betrokkene zelf die de bank (en de getuigen) om gegevens vraagt over zijn vermogenspositie.

Al met al gaat de vlieger van 'spreken is zilver, zwijgen is goud' niet op. De getuigen kunnen zich niet verschonen en dienen de gestelde vragen te beantwoorden.

S. Renssen, september 2019

Instantie: Gerecht in eerste aanleg van Curaçao

Datum uitspraak: 07-08-2019

ECLI: ECLI:NL:OGEAC:2019:176

Zaaknummer: EJ F 80291/2016

Rechters: P.E. de Kort

Advocaten: B.M. Nagelmakers, E.R. de Vries en R.M. Bottse

Wetsartikelen: 62 Faillissementsbesluit 1931 en 66 Fw

RECHTSPRAAK

Vordering curator ex artikel 2:248 BW afgewezen. Geen beroep op wettelijk bewijsvermoeden. Kennelijk onbehoorlijk bestuur door het doen van overname niet bewezen. Geen sprake van benadeling gezamenlijke schuldeisers. Schuldeisers zijn niet slechter af door de overname. De norm van artikel 2:248 BW strekt tot bescherming van de gezamenlijke schuldeisers en niet tot bescherming van de vennootschap.

Medio 2012 is een besloten vennootschap bedrijf 5 B.V. (hierna 'Failliet') opgericht. Bedrijf 3 B.V. (hierna 'Bedrijf 3') was de oprichter, enig aandeelhouder en enig bestuurder. Met uitzondering van verweerder 4 waren alle verweerders vanaf de oprichting indirect bestuurder (feitelijk beleidsbepalers) van Failliet. Binnen een maand na de oprichting hebben Failliet en een commanditaire vennootschap bedrijf 1 C.V. (hierna 'C.V.') een koopovereenkomst gesloten voor de overname van de onderneming van C.V. door Failliet. Voor één euro zijn (met uitzondering van het bedrijfspand, de daarop rustende schuld en de schuld aan Bedrijf 3) alle activa en passiva overgedragen. De activa omvatten onder meer de vorderingen op debiteuren, vergunningen, intellectuele-eigendomsrechten, verzekeringspolissen en de orderportefeuille.

In april 2013 wordt het faillissement uitgesproken van Failliet (bedrijf 5 B.V.). De curator bewerkstelligt een doorstart voor een deel van de activa van Failliet. Eind 2015 wordt Bedrijf 3 geliquideerd door middel van een turboliquidatie. Curator stelt verweerders (de directe en indirecte bestuurders van Failliet) hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort (ruim € 1,7 miljoen) omdat zij hun taak als bestuur kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld (art 2:248 BW) en dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Volgens de curator heeft het bestuur van Failliet de administratieplicht van artikel 2:10 BW geschonden doordat belangrijke delen van de administratie zijn achtergehouden voor de curator. Volgens de rechtbank is er geen sprake van schending van de administratieplicht. Onbetwist is gesteld dat de volledige fysieke administratie aan de curator ter beschikking is gesteld. Alleen de verkoopfacturen ontbraken, maar de curator heeft onvoldoende onderbouwd waarom die noodzakelijk waren om de rechten en verplichtingen van de vennootschap te kennen. Verder had de curator digitaal

toegang tot stukken waaruit dezelfde informatie bleek als uit de verkoopfacturen. Het beroep van de curator op artikel 2:10 BW wordt daarom verworpen door de rechtbank, zodat onbehoorlijk bestuur niet op die grond is komen vast te staan en de curator geen beroep kan doen op het wettelijke bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW.

Nu de curator geen beroep toekomt op het wettelijk bewijsvermoeden gaat de rechtbank in op de vraag of het bestuur van Failliet kennelijk onbehoorlijk heeft gehandeld door het doen van de overname. De vraag die daarbij moet worden beantwoord, is of geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – de overname zou hebben gedaan omdat ten tijde van de overname voorzienbaar en onontkoombaar was dat Failliet failliet zou gaan. De rechtbank komt tot het oordeel dat hiervan geen sprake is. Van belang hierbij is, aldus de rechtbank, hoe de prognose van de liquiditeitspositie van de onderneming er ten tijde van de overname uitzag. De liquiditeitspositie leek toen beheersbaar tot en met eind 2013. Ook mocht het bestuur vertrouwen ontlenen aan het feit dat de Rabobank bereid was om Failliet te financieren, de onderneming van C.V. al 14 jaar succesvol was geweest, de eerste jaren van de financiële crisis winstgevend was en er sinds 2011 serieuze gesprekken liepen over een fusie met een ander bedrijf. De rechtbank meent dat het, gelet op deze omstandigheden, niet vaststaat dat geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – de overname zou hebben gedaan. De rechtbank wijst de door de curator gevorderde verklaring voor recht dat verweerders hoofdelijk aansprakelijk zijn tegenover de boedel af. De rechtbank merkt op dat zelfs als de overname onverantwoord was geweest, de curator nog geen beroep toekomt op artikel 2:248 BW. Voor aansprakelijkheid van het bestuur op die grondslag is namelijk vereist dat door het handelen van het bestuur de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn geschaad. De curator heeft niet het standpunt ingenomen dat daarvan sprake is geweest, laat staan dat hij dat heeft onderbouwd. Het is de rechtbank zelf ook niet gebleken dat de gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld. Er was feitelijk sprake van een herstructurering van de onderneming van C.V., waarbij de C.V. is omgezet in een besloten vennootschap (Failliet). Deze besloten vennootschap is speciaal opgericht voor de overname en niet gesteld of gebleken is dat andere activiteiten in deze vennootschap plaatsvonden dan het drijven van de overgenomen onderneming. De schuldeisers van Failliet waren dus dezelfde als de schuldeisers van C.V.

De curator heeft gesteld dat als Failliet de onderneming van C.V. niet had overgenomen, zij niet failliet zou zijn gegaan (en dus geen schuldeisers zou hebben gehad, zo begrijpt de rechtbank). De norm van artikel 2:248 BW strekt echter tot bescherming van de gezamenlijke schuldeisers en niet tot bescherming van de vennootschap. De situatie mét en zonder de overname door Failliet moet dus niet worden beschouwd vanuit Failliet, maar vanuit de gezamenlijke schuldeisers van de onderneming. Uit de stellingen van de curator volgt niet dat

de schuldeisers van de onderneming slechter af zijn door de overname, mede nu partijen het erover eens zijn dat C.V. failliet zou zijn gegaan indien de overname niet had plaatsgevonden. De rechtbank veroordeelt de curator als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten en wijst de gevorderde uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring toe onder de opschortende voorwaarde dat bij de slotuitdeling blijkt dat de boedel voldoende actief heeft om de proceskosten te voldoen en uitsluitend voor dat deel dat volgens de slotuitdeling aan verweerders toekomt.

J. van den Dolder, september 2019

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 02-08-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:3529

Zaaknummer:

Rechters: J.K.J. van den Boom, H.A. Brouwer en H.B.W. Beekman

Advocaten: J. van Bekkum, J.P. Koets en M.P.M. Fruytier

Wetsartikelen: 2:248 BW