

## Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 01, 2020

Nummer 1, 2020

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

### INHOUDSOPGAVE

#### Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:2016](#) 20-12-2019

X/Rabobank

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:1949](#) 13-12-2019

Petridis/X

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:1948](#) 13-12-2019

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:1947](#) 13-12-2019

#### Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:4663](#) 24-12-2019

X/ABN AMRO

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3292](#) 17-12-2019

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3238](#) 10-12-2019

X/Kroll

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3299](#) 12-11-2019

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3298](#) 29-10-2019

Omta q.q./Pay for People

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3315](#) 22-10-2019

Klaver Holding/Hoving q.q.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:25](#) 08-01-2019

Tandarts/Lückers q.q. en pro se

**Rechtbank**

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2019:11562](#) 24-12-2019

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2019:9406](#) 12-12-2019

Achter de Hoven en Vamos/SLS Investment

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:6961](#) 21-06-2017

Kuper q.q./Bestuurder Dewivo

## RECHTSPRAAK

***De werknemer van een failliete vennootschap, waarvan de onderneming reeds vóór faillietverklaring is overgegaan in de zin van artikel 7:662 lid 2 BW, is wegens artikel 7:663 BW van rechtswege in dienst getreden van de verkrijger.***

Het onderhavige arrest is voor het insolventierecht met name lezenswaardig om zijn rechtsoverwegingen die betrekking hebben op overgang van onderneming. Het gaat hier eens niet om overgang van onderneming in faillissement – een onderwerp dat sinds *Smallsteps* en gedurende het parlementaire traject van WCO I onverminderd penen in beweging blijft brengen – maar vóór faillissement van de oorspronkelijke werkgever.

Appellant was sinds 25 juli 2007 in dienst bij een vennootschap (hierna: de oorspronkelijke werkgever) waarvan een van de drie geïntimeerden door middel van een tweede geïntimeerde bestuurder en enig aandeelhouder was. In 2012 ontstond tussen appellant en de oorspronkelijke werkgever conflict over loonbetaling die door laatste kennelijk sinds maart 2012 was stopgezet. De oorspronkelijke werkgever is op 28 juni 2012 bij vonnis in kort geding veroordeeld het achterstallige loon te betalen, maar voldeed niet aan die veroordeling. Op 16 oktober is de oorspronkelijke werkgever op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard. De curator heeft de arbeidsovereenkomst met appellant opgezegd tegen 1 november 2012. Appellant meent dat geïntimeerden aldus vooropgezet spel hebben gespeeld en betreft hen in rechte.

Appellant heeft tot verhaal van zijn loonaanspraken c.q. schade in feite drie vorderingen geformuleerd. Ten eerste zou sprake zijn van misbruik van faillissementsrecht doordat van een faillissementstoestand in feite geen sprake was en de eigen aangifte hoofdzakelijk is gedaan met het vooropgezette doel om aan betaling van diens loonaanspraken te ontkomen. Evenals de kantonrechter – het vonnis in eerste aanleg is niet gepubliceerd – gaat het hof hierin niet mee; kort gezegd op de grond dat de oorspronkelijke werkgever ten tijde van faillietverklaring wel degelijk verkeerde in de toestand van te hebben opgehouden te betalen en de stellingen van appellant die daaraan zouden moeten afdoen onvoldoende zijn onderbouwd (r.o. 4 en 5). Ook de stellingen van appellant dat de (rechtspersoon-)bestuurders

van de oorspronkelijke werkgever in persoon jegens appellant aansprakelijk zouden zijn voor stopzetting van de loonbetaling en frustratie van een beroep op sociale zekerheid bij het UWV worden door het hof als onvoldoende relevant of onderbouwd verworpen (r.o. 6-11).

De derde pijler van het betoog van appellant is dat de ondernemingsactiviteiten en alle werknemers van de oorspronkelijke werkgever met uitzondering van appellant vóór haar faillietverklaring zijn overgegaan naar de derde geïntimeerde (hierna: de nieuwe werkgever) en appellant aldus als gevolg van overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 lid 2 BW rechtstreekse loonaanspraken op deze nieuwe werkgever heeft (art. 7:663 BW). Anders dan de kantonrechter gaat het hof hierin mee. Het acht daarvoor relevant te beoordelen of de beschreven overgang, die tussen partijen niet in geschil is, vóór dan wel na de faillietverklaring van de oorspronkelijke werkgever heeft plaatsgehad. In faillissement zouden de gevolgen van artikel 7:663 jo. 7:662 lid 2 BW immers door toepassing van artikel 7:666 onder a BW niet intreden. Het hof merkt hierover in r.o. 14.2 nog op dat appellant een eventuele gelijktrekking met een situatie als aan de orde in *Smallsteps* (HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:2017:489), waarin artikel 7:666 onder a BW in geval van de daar aan de orde zijnde *pre-pack* door het hof niet van toepassing werd geacht, onvoldoende heeft onderbouwd. De vraag of voor een dergelijke gelijktrekking bij een gedegen onderbouwing wel ruimte zou bestaan is interessant, maar gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.

Op basis van de bevindingen van de curator van de oorspronkelijke werkgever, die hij onder ede heeft herhaald en door geïntimeerden niet gemotiveerd zijn betwist, oordeelt het hof dat de overgang van onderneming vóór de faillietverklaring van de oorspronkelijke werkgever heeft plaatsgevonden en moet worden aangenomen dat appellant per de faillissementsdatum op grond van artikel 7:663 BW bij de nieuwe werkgever in dienst is getreden (r.o. 14-15). Het hof laat daarmee in het midden op welk moment de onderneming voorafgaand aan de faillietverklaring precies is overgegaan. Langs deze weg komt het tot een veroordeling van de nieuwe werkgever tot betaling van de openstaande loonaanspraken van appellant. Dat het kortgedingvonnis tot betaling van die aanspraken van 28 juni 2012 is gewezen tegen de oorspronkelijke en dus jegens de nieuwe werkgever geen executoriale kracht heeft, doet daaraan door de werking van artikel 7:663 BW niet af (zie de vijfde rechtsoverweging met randnummer 15).

*J.O. Bijloo, januari 2020*

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 17-12-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2019:3292

**Zaaknummer:** 200.248.782/01

**Rechters:** R.S. van Coevorden, R.J.F. Thiessen en M.T. Nijhuis

**Advocaten:** A. Bosveld en P. Quist

**Wetsartikelen:** 7:662 BW, 7:663 BW, 7:666 BW, 3:13 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

**Klaver Holding/Hoving q.q.**

***In hoger beroep blijft het oordeel in eerste aanleg in stand dat de curator een overdracht van een bedrijfspand terecht vernietigde. Het hof oordeelt dat sprake is van een transactie als bedoeld in artikel 42 Fw nu slechts bepaalde crediteuren hebben geprofiteerd van de transactie en niet duidelijk is gemaakt dat op het moment van het sluiten van de koopovereenkomst voldoende aannemelijk was dat de overige crediteuren alsnog zouden (kunnen) worden betaald.***

Een vennootschap die onderdeel uitmaakt van een noodlijdend horecaconcern verkoopt in het kader van een reorganisatie haar bedrijfspand aan haar enig aandeelhouder en enig bestuurder Klaver Holding B.V. De overeenkomst daartoe is volgens de vennootschap en Klaver Holding mondeling gesloten op 25 augustus 2015. Het bedrijfspand wordt geleverd op 6 juli 2016. De koopsom van € 620.000 wordt betaald doordat Klaver Holding schulden van de vennootschap overneemt, althans voor schulden van de vennootschap instaat. Op 24 januari 2017 spreekt de Rechtbank Den Haag het faillissement uit van de vennootschap. De curator vernietigt per brief van 3 februari 2017 de overdracht van het bedrijfspand met een beroep op artikel 42 Fw. De Rechtbank Den Haag verklaart op 1 november 2017 zoals gevorderd door de curator dat hij de overdracht rechtsgeldig heeft vernietigd. Klaver Holding komt in hoger beroep op tegen dit vonnis.

Het Hof Den Haag oordeelt dat ook indien ervan wordt uitgegaan dat de verkoop van het bedrijfspand al in 2015 mondeling werd overeengekomen en zonder te oordelen of de curator (zoals hij met succes in eerste aanleg betoogde) met een beroep op artikel 2:247 lid 1 BW die overeenkomst kan vernietigen, de overeenkomst tot verkoop van het bedrijfspand vernietigbaar is op grond van artikel 42 Fw. De curator heeft volgens het hof de bewijsvermoedens van artikel 43 Fw niet nodig. Het hof stelt vast dat de verkoop van het bedrijfspand een onverplichte rechtshandeling betreft, ook al zou de vennootschap zich wellicht feitelijk genoodzaakt hebben gezien het pand te verkopen. De schuldeisers van de vennootschap zijn volgens het hof benadeeld, nu een verhaalsobject uit het vermogen van de

vennootschap is gehaald en dat slechts een aantal concurrente crediteuren daarvan hebben geprofiteerd.

Ten aanzien van de wetenschap van benadeling in de zin van artikel 42 Fw oordeelt het hof dat die bij zowel de vennootschap als Klaver Holding aanwezig was. Het hof legt aan zijn oordeel onder andere ten grondslag (1) de slechte resultaten van de vennootschap in de jaren 2009 tot en met 2012, (2) het feit dat financiers van de vennootschap zich in de jaren 2013 tot en met 2016 hebben teruggetrokken, (3) dat blijkt door Klaver Holding zelf overgelegde stukken medio 2015 sprake was van zeer forse schulden van de vennootschap en (4) dat kort gezegd niet (voldoende) is onderbouwd dat medio 2015 sprake was van een reële verwachting dat de andere schuldeisers van de vennootschap alsnog zouden kunnen worden voldaan als gevolg van de herstructurering (of door het bijspringen door de bestuurder van Klaver Holding).

*W.T.N. Vlasveld, januari 2020*

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 22-10-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2019:3315

**Zaaknummer:** 200.234.549/01

**Rechters:** B.J. Lenzelink, H.J. van Kooten en J.A. van Dorp

**Advocaten:** H.J. Bakker, K.E. Beerlage en S.I.P. Schouten

**Wetsartikelen:** 42 Fw, 43 Fw en 2:247 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

## **Omta q.q./Pay for People**

***Paulianavordering ex artikel 42 Fw ten aanzien van een pandovereenkomst wordt ook in hoger beroep afgewezen. De curator heeft de vordering onvoldoende onderbouwd, mede gelet op de uitgebreide betwisting door geïntimeerde. Ook de subsidiair gevorderde verklaring voor recht dat geïntimeerde onrechtmatig heeft gehandeld door haar pandrecht uit te winnen wordt afgewezen.***

Geïntimeerde, Pay for People B.V. ('P4P'), leverde op payrollbasis personeelsleden aan het later gefailleerde BMR Montageteam B.V. ('failliet'). Vanwege een betalingsachterstand heeft failliet op enig moment een pandrecht op haar vorderingen aan P4P verleend. Kort na ondertekening van de pandovereenkomst door failliet heeft P4P achtereenvolgens de pandakte laten registreren, de dienstverbanden met de bij failliet werkzame werknemers opgezegd en haar pandrecht openbaar gemaakt ('de Samenhangende Transacties'). Een maand daarna is het faillissement van failliet uitgesproken.

In deze procedure vordert de curator primair dat voor recht wordt verklaard dat hij rechtsgeldig de rechtshandeling(en) heeft vernietigd die ten grondslag liggen aan het vestigen van het pandrecht. Subsidiair stelt hij dat P4P onrechtmatig heeft gehandeld door het pandrecht uit te winnen. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. Het hof bekrachtigt dat vonnis.

Volgens de curator heeft de kantonrechter ten onrechte niet het samenstel van rechtshandelingen beoordeeld. Die grief faalt, aldus het hof, omdat de curator zijn vernietigingsactie heeft beperkt tot de pandovereenkomst. Weliswaar moet bij de beoordeling of sprake is van wetenschap van benadeling worden gekeken naar alle betrokken rechtshandelingen, maar dat brengt niet mee dat die rechtshandelingen ook gezamenlijk kunnen worden vernietigd. Onder verwijzing naar HR 9 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1117 (Curatoren Air Holland/Air Holland Finance) overweegt het hof dat daarvoor nodig is dat alle rechtshandelingen afzonderlijk worden aangetast. In dit geval was dat niet gebeurd.

Dat betekent ook dat het peilmoment voor het bestaan van de vereiste wetenschap ligt op het moment van het sluiten van de pandovereenkomst en dus niet op het (latere) moment dat de Samenhangende Transacties plaatsvonden.

Ten overvloede overweegt het hof nog dat als de curator de Samenhangende Transacties wel bedoelde te vernietigen, de pauliana ook niet was geslaagd. De Samenhangende Transacties bestonden namelijk uit rechtshandelingen van een ander dan failliet en uit verplichte rechtshandelingen, die niet voldeden aan de criteria voor vernietiging ex artikel 47 Fw.

De curator betoogde verder dat sprake was van een rechtshandeling om niet, zodat ingevolge artikel 42 Fw aan de zijde van P4P geen wetenschap van benadeling is vereist. Op basis van de betwisting door P4P en de ervaringsregel dat vorderingen in het algemeen niet zonder tegensprestatie worden verpand, constateert het hof echter dat de curator onvoldoende heeft onderbouwd dat geen sprake was van een reële tegenprestatie.

Ook ten aanzien van de – dus – vereiste wetenschap van benadeling bij P4P voldoet de curator niet aan zijn stelplicht en bewijslast. Anders dan de curator stelde, was het pandrecht hoofdzakelijk verleend voor opeisbare schulden, zodat de wetenschap niet op grond van artikel 43 lid 1 sub 2 Fw werd vermoed. Bovendien heeft P4P voldoende weerlegd dat er sprake was van wetenschap. Onder meer achtte het hof het onwaarschijnlijk dat P4P bereid was geweest tot doorlevering als zij een faillissement en een tekort daarin met redelijke mate van waarschijnlijkheid had voorzien. Het hof weegt verder mee dat P4P onweersproken heeft gesteld dat zij ervan uitging dat de liquiditeitsproblemen tijdelijk waren. De paulianavordering wordt daarom afgewezen.

Ten aanzien van de subsidiaire vordering oordeelt het hof dat de openbaarmaking en uitwinning van het pandrecht berusten op een wettelijke bevoegdheid. Daarom kan slechts onder bijzondere omstandigheden sprake zijn van misbruik. In dit geval had P4P recht op en belang bij het gebruikmaken van haar pandrecht én het beëindigen van de dienstverlening. Zij heeft dus niet onrechtmatig gehandeld, zodat ook de subsidiaire vordering wordt afgewezen.

*J.H.M. van de Wiel, januari 2020*

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 29-10-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2019:3298

**Zaaknummer:** 200.248.400/01

**Rechters:** P.M. Verbeek, G.C. de Heer en J.W. Frieling

**Advocaten:** J.P. Dijstelberge en A.L. Stegeman

**Wetsartikelen:** 42 Fw, 43 Fw en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

**X/ABN AMRO**

***ABN AMRO heeft een pandrecht op vordering van Co-Packing op appellante. Appellante heeft niet onrechtmatig gehandeld door vóór openbaarmaking van het pandrecht haar schulden te voldoen door middel van betaling van voortgangscrediteuren van Co-Packing.***

Co-Packing Europe B.V. ('Co-Packing') hield zich bezig met het verpakken van zoetwaren. Als zekerheid voor verstrekt krediet had ABN AMRO een pandrecht op alle vorderingen van Co-Packing. Appellante liet haar zoetwaren verpakken door Co-Packing en was in verband daarmee geld verschuldigd aan Co-Packing. Nadat ABN AMRO de kredietovereenkomst heeft opgezegd op 24 mei 2013, heeft zij op 14 juni 2013 haar pandrecht op de vorderingen van Co-Packing op appellante openbaar gemaakt en appellante verzocht bestaande en toekomstige schulden aan ABN AMRO te voldoen. Op 9 juli 2013 is Co-Packing gefailleerd.

Omdat appellante in gebreke is gebleven de vorderingen van Co-Packing te voldoen aan ABN AMRO, is ABN AMRO een procedure gestart. De rechtbank heeft twee vorderingen toegewezen en één vordering afgewezen. Beide partijen komen in beroep tegen het vonnis van de rechtbank. Ten aanzien van de eerste toegewezen vordering betwist appellante de hoogte van de vordering. Appellante stelt dat zij niet weet hoeveel zoetwaren Co-Packing voor haar heeft verpakt in de periode waarop de vordering ziet. Het hof verwerpt dit verweer, omdat Co-Packing in de bewuste periode geen voorraad meer aanhield. Appellante liet haar producten door haar eigen vervoerder, STR, vervoeren naar de fabriek van Co-Packing. Nadat de producten waren verpakt, vervoerde STR de verpakte producten naar afnemers van appellante. Op basis hiervan oordeelt het hof dat appellante moest weten welke werkzaamheden Co-Packing in deze periode voor haar heeft verricht.

Ten aanzien van de tweede toegewezen vordering beroept appellante zich op verrekening. Appellante stelt een vordering te hebben op Co-Packing wegens de financiering van een machine in 2002 en wegens geleverde pallets. Het hof overweegt dat de bewijslast dat de vordering uit 2002 nog steeds bestond op appellante rust vanwege het tijdsverloop en het intensieve handelsverkeer tussen appellante en Co-Packing. Naar het oordeel van het hof

heeft appellante niet bewezen dat de vordering nog steeds bestaat. Ook de tegenvordering wegens geleverde pallets wordt verworpen, omdat niet duidelijk is geworden op welke grond hiervoor een vergoeding verschuldigd was, om hoeveel pallets het ging en wat een redelijke prijs was voor de pallets.

De afgewezen vordering is een vordering van ABN AMRO op grond van onrechtmatige daad. Tussen het moment van opzegging van de kredietovereenkomst en de openbaarmaking van het pandrecht heeft appellante haar vorderingen aan Co-Packing voldaan door werknemers en nutsleveranciers van Co-Packing te betalen. Naar de mening van ABN AMRO heeft appellante hierdoor onrechtmatig jegens haar gehandeld, omdat appellante wist dat ABN AMRO een pandrecht had op de vorderingen van Co-Packing, de kredietovereenkomst had opgezegd en haar zekerheden wilde uitwinnen. Het hof overweegt dat het een (bestuur van een) schuldenaar in beginsel vrijstaat te bepalen in welke volgorde zij haar crediteuren voldoet. Deze vrijheid is beperkter indien de vennootschap heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en onvoldoende middelen heeft om al haar schuldeisers te voldoen. Gesteld noch gebleken is dat Co-Packing had besloten haar activiteiten te beëindigen. Het was daarom haar goed recht om crediteuren die zij nodig had om de onderneming voort te zetten zo lang mogelijk te voldoen. Appellante heeft daarmee niet onrechtmatig gehandeld door mee te werken aan de betaling van deze voortgangscrediteuren. Dat appellante zelf belang had bij voortgang van de onderneming, omdat haar zoetwaren werden verpakt door Co-Packing, doet hier niet aan af. In het kader van dit oordeel is verder van belang dat geen gelden aan Co-Packing zijn onttrokken, de betalingen niet ten goede kwamen aan appellante en ABN AMRO door openbaarmaking van haar pandrecht had kunnen voorkomen dat appellante haar schulden zou voldoen door middel van betaling van crediteuren van Co-Packing. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

*H.J. de Kloe, januari 2020*

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 24-12-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2019:4663

**Zaaknummer:** 200.222.534\_01

**Rechters:** H.E. HAE Uniken Venema, H.K.N. Vos en C.B.M. van Scholten Aschat

**Advocaten:** S.C. Krekel en S.M.J. Heeren

**Wetsartikelen:** 6:162 BW

## RECHTSPRAAK

***De DGA van MS42 B.V. wordt veroordeeld tot afgifte van administratie aan de curator. Ook is hij aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW. Tot slot wordt een bestuursverbod opgelegd voor de duur van drie jaar, omdat hij de medewerkings- en inlichtingenplicht heeft geschonden. Met wenk.***

Gedaagde heeft in 2009 MS41 B.V. opgericht, een vennootschap waarin installatiewerkzaamheden werden verricht. In 2014 is MS41 failliet verklaard, waarna gedaagde de onderneming heeft doorgestart in MS42 B.V. Gedaagde ('de DGA') is enig bestuurder en aandeelhouder van MS42. In november 2017 is MS42 op eigen aangifte failliet verklaard.

In deze procedure vordert de curator afgifte van de administratie, een verklaring voor recht dat de DGA aansprakelijk is op grond van artikel 2:248 BW, een voorschot op het boedeltekort en de DGA te veroordelen tot een bestuursverbod op grond van van artikel 106a Fw. De curator legt aan zijn vorderingen ten grondslag dat de DGA de administratie niet volledig heeft overgelegd en niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW en de publicatieplicht van artikel 2:394 BW.

De curator heeft in de dagvaarding aangegeven welke stukken hij heeft opgevraagd, maar niet heeft ontvangen. Na de comparitie heeft de DGA 'tassen met klappers' administratie afgegeven aan de curator. De curator heeft een inventarisatielijst van de afgegeven administratie overgelegd, maar de curator heeft niet aangegeven welke stukken nog ontbreken. Door middel van een vergelijking van de inventarisatielijst met de in de dagvaarding aangegeven stukken, concludeert de rechtbank dat een deel van de administratie nog ontbreekt. Het verweer van de DGA dat de accountant zich op het retentierecht beroept, ontslaat de DGA naar het oordeel van de rechtbank niet van de verplichting tot afgifte. De rechtbank concludeert dat de DGA de medewerkingsplicht van artikel 105a lid 2 Fw niet volledig en juist is nagekomen en veroordeelt de DGA tot afgifte van de ontbrekende stukken onder oplegging van een dwangsom.

Ten aanzien van de vordering op grond van artikel 2:248 BW overweegt de rechtbank dat over de jaren 2014 tot en met 2016 geen jaarrekeningen zijn gedeponneerd. Ook is de boekhoudplicht geschonden, onder meer omdat niet snel inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie, een balans ontbreekt, kosten en omzet niet zijn gerubriceerd en btw-administratie ontbreekt. Hiermee is de administratie, in strijd met artikel 2:10 BW, niet op zodanige wijze gevoerd dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de vennootschap kunnen worden gekend. Nu de boekhoud- en publicatieplicht zijn geschonden, staat vast dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Ter weerlegging van dit vermoeden voert de DGA aan dat het faillissement is veroorzaakt door de crisis in de bouw, wanbetalende opdrachtgevers en het financiële beleid van banken. Nu de DGA deze stellingen niet heeft geconcretiseerd en onderbouwd, oordeelt de rechtbank dat de DGA het vermoeden niet heeft weerlegd. De rechtbank verklaart voor recht dat de DGA aansprakelijk is voor het faillissementstekort en wijst het gevorderde voorschot toe.

Ten aanzien van het gevorderde bestuursverbod overweegt de rechtbank dat de DGA ernstig is tekortgeschoten in de medewerkingsplicht van artikel 105a Fw en de inlichtingenplicht van artikel 105 Fw. Het betoog van de DGA dat hij niet bewust de afwikkeling van het faillissement heeft gefrustreerd passeert de rechtbank, omdat de DGA meerdere keren heeft beloofd stukken af te geven terwijl hij dat niet heeft gedaan. Op grond van artikel 106a lid 1 sub c Fw is het gevorderde bestuursverbod daarom toewijsbaar. De rechtbank legt een bestuursverbod op voor de duur van drie jaar (en niet voor de maximale duur van vijf jaar), omdat de schending van de publicatieplicht zich deels heeft afgespeeld vóór de driejaarstermijn van artikel 2:248 lid 6 BW.

*Wenk*

De overweging van de rechtbank dat het bestuursverbod niet voor de maximale termijn wordt opgelegd omdat de schending van de publicatieplicht zich heeft afgespeeld vóór de driejaarstermijn, is opmerkelijk. De aansprakelijkheid van de DGA op grond van artikel 2:248 BW kan op dit moment nog geen grond zijn voor het opleggen van een bestuursverbod, omdat daarvoor noodzakelijk is dat de uitspraak waarbij een bestuurder aansprakelijk is gehouden onherroepelijk is geworden (art. 106a lid 1 sub a BW). Nu deze aansprakelijkheid momenteel nog geen grond kan zijn voor oplegging van een bestuursverbod, is het niet logisch om de duur van het opgelegde bestuursverbod te motiveren aan de hand van deze aansprakelijkheid.

*H.J. de Kloe, januari 2020*

**Instantie:** Rechtbank Limburg

**Datum uitspraak:** 24-12-2019

**ECLI:** ECLI:NL:RBLIM:2019:11562

**Zaaknummer:** C/03/258970 / HA ZA 19-8

**Rechters:** I.M. Etman

**Advocaten:** M. Woisch en F.H.C. Aarts

**Wetsartikelen:** 2:248 BW, 2:10 BW, 2:394 BW, 105 Fw, 105a Fw en 106a Fw

## RECHTSPRAAK

### **X/Rabobank**

***Rabobank onderbouwt een beroep op pauliana met de stelling dat een schip voor een te lage prijs is verkocht. Door te oordelen dat het beroep op pauliana slaagt omdat de koopprijs niet beschikbaar is voor verhaal door schuldeisers, is het hof buiten de rechtsstrijd getreden.***

Een ondernemer ('de vader') heeft in 1991 zijn bedrijf, dat was ondergebracht in (meer dan één) bv, overgedragen aan zijn zoon ('de zoon'). De zoon heeft zich borg gesteld voor de financiering van de Rabobank. In 2007 zijn de vennootschappen waar het bedrijf in ondergebracht was failliet verklaard, waarop Rabobank in 2008 de zoon aansprak uit hoofde van de verstrekte borgtocht. Eind 2008 heeft de zoon – naar de mening van vader en zoon – een schip, dat hij in 2002 heeft gekocht voor € 440.000, verkocht aan zijn vader voor € 100.000. Desondanks heeft Rabobank in 2009 ten laste van de zoon conservatoir beslag gelegd op het schip. In 2014 heeft Rabobank het schip executoriaal verkocht voor ongeveer € 90.000. Korte tijd later heeft Rabobank een beroep gedaan op vernietiging van de koopovereenkomst tussen vader en zoon op grond van pauliana (art. 3:45 BW).

De vader start een procedure en vordert een verklaring voor recht dat Rabobank onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld door het schip executoriaal te verkopen omdat hij eigenaar was van het schip. Zowel de rechtbank als het hof heeft de vordering van de vader afgewezen. Het hof heeft geoordeeld dat in het midden kan blijven of de vader eigenaar is geworden van het schip, omdat het beroep van Rabobank op pauliana slaagt. De vader heeft een deel van de koopprijs contant betaald en een deel overgemaakt naar twee Luxemburgse bankrekeningen. Het gevolg van de transactie is dat het schip, dat beschikbaar was voor verhaal door schuldeisers, uit het vermogen van de zoon is verdwenen en is vervangen door een koopprijs die niet beschikbaar was voor verhaal.

De vader gaat in cassatie, omdat Rabobank ter onderbouwing van het beroep op pauliana uitsluitend heeft gesteld dat het schip voor een te lage prijs is verkocht. Rabobank heeft niet gesteld dat zij is benadeeld omdat de koopprijs niet beschikbaar was voor verhaal. De Hoge Raad oordeelt dat het hof hiermee in strijd met artikel 24 Rv buiten de rechtsstrijd is getreden.

De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst de zaak naar het Hof Arnhem-Leeuwarden.

*H.J. de Kloe, december 2019*

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 20-12-2019

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2019:2016

**Zaaknummer:** 18/03736

**Rechters:** A.M.J. van Buchem-Spapens, T.H. den Tanja-van Broek en mr. drs. F.J.P. Lock

**Advocaten:** J.P. van den Berg

**Wetsartikelen:** 3:45 BW en 24 Rv

RECHTSPRAAK

**Petridis/X**

***Hoewel de rechter-commissaris een voordracht tot tussentijdse beëindiging van de WSNP heeft gedaan, moet de bewindvoerder worden aangemerkt als de in hoger beroep in het ongelijk gestelde partij omdat de bewindvoerder de voordracht heeft verzocht. De bewindvoerder is ontvankelijk in zijn cassatieberoep.***

Een bewindvoerder heeft de rechter-commissaris verzocht de schuldsaneringsregeling voor te dragen voor tussentijdse beëindiging. Op voordracht van de rechter-commissaris heeft de Rechtbank Rotterdam de schuldsanering tussentijds beëindigd. In hoger beroep heeft het Hof Den Haag het vonnis van de rechtbank vernietigd en de looptijd van de schuldsaneringsregeling met zeven maanden verlengd. De bewindvoerder komt in cassatie tegen de beslissing van het hof. In een eerder geval, waarbij de rechter-commissaris een voordracht deed tot tussentijdse beëindiging zonder dat de bewindvoerder daarom had verzocht, oordeelde de Hoge Raad dat de bewindvoerder geen cassatie in kon stellen (HR 17 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2958). Nu de bewindvoerder in het onderhavige geval wel verzocht heeft om een voordracht tot tussentijdse beëindiging, moet de bewindvoerder worden aangemerkt als de in hoger beroep in het ongelijk gestelde partij in de zin van artikel 351 lid 5 Fw. De bewindvoerder is daarom ontvankelijk in zijn cassatieberoep.

Inhoudelijk oordeelt de Hoge Raad dat de beslissing van het hof om de schuldsaneringsregeling niet tussentijds te beëindigen zonder nadere motivering onbegrijpelijk is. De saniet heeft gedurende de looptijd van de schuldsanering onder meer een winkeldiefstal met geweld gepleegd waarvoor hij vier maanden gedetineerd is geweest, geprobeerd zonder toestemming van de bewindvoerder naar Curaçao te reizen en een nieuwe huurschuld laten ontstaan. Gelet op deze ernstige tekortkomingen heeft het hof onvoldoende gemotiveerd waar de verwachting op is gebaseerd dat de schuldsaneringsregeling alsnog tot een goed einde zal worden gebracht. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof Den Haag en verwijst het geding naar het Hof Amsterdam voor verdere behandeling.

*H.J. de Kloe, december 2019*

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 13-12-2019

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2019:1949

**Zaaknummer:** 19/03261

**Rechters:** C.A. Streefkerk, A.M.J. van Buchem-Spapens, T.H. den Tanja-van Broek, H.M. Wattendorf en  
mr. drs. F.J.P. Lock

**Advocaten:** R.R. Verkerk en A. Stortelder

**Wetsartikelen:** 350 Fw en 351 lid 5 Fw

## RECHTSPRAAK

***De Hoge Raad casseert op een aantal punten een uitspraak in beroep over verkorting van de looptijd van de schuldsanering. Terughoudende toetsing is niet op zijn plaats, de rechtbank heeft gehandeld in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor en de R-C heeft ten onrechte zijn zienswijze gegeven in beroep.***

De bewindvoerder van een saniet heeft op voet van artikel 349a lid 2 Fw de rechter-commissaris (R-C) verzocht de looptijd van de schuldsanering te verkorten. Als reden hiervoor voert de bewindvoerder onder meer aan dat de saniet failliet was voordat zij werd toegelaten tot de schuldsanering en haar toen al verplichtingen zijn opgelegd die gelden in de schuldsanering. Daarnaast komt de saniet de op haar rustende verplichtingen correct na. De R-C heeft het verzoek afgewezen, waarop de saniet beroep heeft ingesteld bij de rechtbank. De saniet voert onder meer aan dat de R-C in vergelijkbare zaken een verzoek tot verkorting van de looptijd heeft toegewezen. De R-C heeft schriftelijk zijn zienswijze gegeven op het beroep. De rechtbank overweegt dat zij de beslissing van de R-C terughoudend moet toetsen, omdat de bevoegdheid van de R-C om de looptijd van de schuldsanering te verkorten een discretionaire bevoegdheid is. De beslissingen van de R-C waarnaar saniet verwijst, zijn niet vergelijkbaar, omdat de schuldenlast in die zaken aanmerkelijk lager was en er in een aantal gevallen geen afdrachtplicht bestond. Omdat niet geoordeeld kan worden dat de R-C niet in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen, wijst de rechtbank het beroep af.

De saniet stelt cassatie in tegen de beslissing van de rechtbank. De Hoge Raad casseert op een aantal punten. In de eerste plaats is het oordeel van de rechtbank dat zij de beslissing van de R-C terughoudend moet toetsen onjuist. Tenzij het gaat om een beslissing van de R-C in het kader van zijn toezichthoudende taak, moet in hoger beroep een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak plaatsvinden naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van de beslissing (ex nunc). Ten tweede heeft de rechtbank in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor gehandeld door haar beslissing te baseren op de hoogte van de schuldenlast van de zaken die saniet als vergelijkbaar heeft aangevoerd. De hoogte van de schuldenlast blijkt niet uit de beslissingen en saniet is niet in de gelegenheid gesteld om kennis te nemen van deze gegevens en hier desgewenst op te reageren. Tot slot heeft de R-C ten onrechte zijn zienswijze

gegeven in het beroep tegen een door hem gewezen beslissing. Weliswaar is de rechtbank verplicht de R-C te horen op grond van artikel 314 lid 2 jo. 65 Fw voordat zij een beslissing geeft die het beheer of de vereffening van de boedel betreft, maar deze verplichting geldt alleen als de rechtbank in eerste aanleg beslist. Wijst de R-C zelf een beschikking, dat ligt het niet op zijn weg die beschikking in een beroep van commentaar te voorzien of te verduidelijken.

*H.J. de Kloe, december 2019*

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 13-12-2019

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2019:1948

**Zaaknummer:** 19/02241

**Rechters:** A.M.J. van Buchem-Spapens, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh, mr. drs. F.J.P. Lock en E.J. Numann

**Advocaten:** J. van Weerden

**Wetsartikelen:** 349a Fw en 65 Fw

## RECHTSPRAAK

### ***Voor hoger beroep en cassatie tegen een beslissing op een verzoek tot wijziging van de termijn van de schuldsanering is geen griffierecht verschuldigd.***

Aan de orde is de vraag of griffierecht is verschuldigd in hoger beroep of cassatie tegen een beslissing op een verzoek tot wijziging van de termijn van de schuldsanering op de voet van artikel 349a Fw. De griffier van de Hoge Raad heeft griffierecht in rekening gebracht, waartegen de saniet in verzet is gekomen op de voet van artikel 29 lid 1 Wet griffierechten burgerlijke zaken (Wgbz). De Hoge Raad oordeelt dat artikel 4 lid 2 aanhef en onder j Wgbz, op grond waarvan geen griffierecht verschuldigd is voor indiening van een verzoek tot toepassing van de schuldsanering, ook toepassing vindt indien in beroep of cassatie wordt gekomen tegen een beslissing over wijziging van de termijn van de schuldsanering. In de regel gaat het namelijk ook hier om personen die onvoldoende financiële draagkracht hebben om het in hoger beroep en cassatie verschuldigde griffierecht te betalen.

*H.J. de Kloe, december 2019*

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 13-12-2019

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2019:1947

**Zaaknummer:** 19/02724

**Rechters:** E.J. Numann, A.M.J. van Buchem-Spapens, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh en mr. drs. F.J.P. Lock

**Advocaten:** J. van Weerden

**Wetsartikelen:** 4 lid 2 aanhef en onder j Wgbz, 29 lid 1 Wgbz en 349a Fw

RECHTSPRAAK

## **Achter de Hoven en Vamos/SLS Investment**

***Een leningnemer heeft een registergoed verkocht aan de leninggever onder de opschortende voorwaarde van voortijdige opeising van de lening. Op het registergoed rustte tevens een recht van hypotheek ten gunste van de leninggever. De voorwaardelijke koopovereenkomst is nietig wegens strijd met het toe-eigeningsverbod van artikel 3:235 BW.***

Achter de Hoven Vastgoed B.V. ('Achter de Hoven') en Vamos Vastgoed B.V. ('Vamos') hebben in april 2019 € 1,25 miljoen geleend aan SLS Investment B.V. ('SLS') voor de duur van een jaar. In de leningsovereenkomst is een renteverplichting opgenomen. Indien SLS (onder meer) niet aan haar renteverplichtingen zou voldoen, zouden alle verschuldigde bedragen direct opeisbaar zijn. Met het geleende geld heeft SLS een perceel grond met daarop een woonhuis aangekocht ('het registergoed'). Het doel was om op deze en omliggende kavels een appartementencomplex te realiseren. SLS heeft op het registergoed een recht van hypotheek gevestigd ten gunste van Achter de Hoven en Vamos. Daarnaast heeft SLS zich bij separate overeenkomst verplicht het registergoed te verkopen aan Achter de Hoven en Vamos voor € 1,25 miljoen, onder de opschortende voorwaarde dat de geldlening (onder meer) voor het einde van de looptijd opeisbaar zou worden. De verschuldigde rente over mei 2019 is niet tijdig betaald, waarop Achter de Hoven en Vamos de leningsovereenkomst hebben opgezegd en de lening, rente en kosten hebben opgeëist. Daarnaast hebben zij SLS gesommeerd uitvoering te geven aan de koopovereenkomst en mee te werken aan de overdracht van het registergoed. SLS heeft haar medewerking hieraan geweigerd.

In deze procedure vorderen Achter de Hoven en Vamos dat SLS veroordeeld wordt om het registergoed aan hen te leveren, omdat SLS een achterstand in de rentebetaling heeft van € 56.250. In haar verweer stelt SLS dat de opgezette constructie in strijd is met het fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW. Ook is de constructie naar de mening van SLS in strijd met het toe-eigeningsverbod van artikel 3:235 BW. Tot slot meent SLS dat de vordering van Achter de Hoven en Vamos in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, omdat SLS onlangs twee omliggende panden heeft aangekocht ter realisatie van het appartementencomplex. Met de overdracht van het registergoed zou het hele project op losse schroeven komen te staan, wat

zeker gelet op de geringe betalingsachterstand een onaanvaardbaar gevolg van toewijzing van de vordering zou zijn.

De voorzieningenrechter oordeelt dat de voorwaardelijke koopovereenkomst in strijd is met het toe-eigeningsverbod van artikel 3:235 BW. Het verweer van Achter de Hoven en Vamos dat de voorwaardelijke koopovereenkomst op zichzelf staat, wordt verworpen, omdat de koopovereenkomst op dezelfde dag is gesloten als de leningsovereenkomst en de hypotheekakte. De drie akten hebben zodanige samenhang, dat zij in beginsel in die onderlinge samenhang moeten worden uitgelegd. Gelet op de omstandigheden waaronder de voorwaardelijke koopovereenkomst is gesloten en gelet op het feit dat de koopprijs gelijk is aan het uitgeleende bedrag, terwijl gesteld noch gebleken is dat dit bedrag overeenkomt met de waarde van het registergoed, is de koopovereenkomst nietig wegens strijd met artikel 3:235 BW. De vordering van Achter de Hoven en SLS wordt afgewezen. Ten overvloede overweegt de rechtbank dat de constructie niet in strijd is met het fiduciaverbod, omdat de voorwaardelijke koopovereenkomst niet strekt tot een zekerheidsoverdracht maar de strekking heeft om het registergoed in het vermogen van de verkrijger te doen vallen.

*H.J. de Kloe, januari 2020*

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 12-12-2019

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2019:9406

**Zaaknummer:** C/13/673510 / KG ZA 19-1055

**Rechters:** F.B. Bakels

**Advocaten:** J.L. Pit en V.P. Melens

**Wetsartikelen:** 3:84 lid 3 BW en 3:235 BW

## RECHTSPRAAK

### **Tandarts/Lückers q.q. en pro se**

***Het hof komt niet terug van zijn eerdere oordeel dat een vordering die samenhangt met een gestand gedane overeenkomst kwalificeert als concurrente boedelvordering. Daarnaast krijgt de curator de opdracht ontbrekende informatie over de stand van de boedel te verschaffen.***

In een eerder tussenarrest (ECLI:NL:GHSHE:2018:3363) heeft het hof overwogen dat de curator een samenwerkingsovereenkomst tussen de gefailleerde, die een tandheelkundig centrum exploiteerde, en eiseres in eerste aanleg, een tandarts, impliciet gestand heeft gedaan, althans dat de tandarts daarop mocht vertrouwen. Het hof heeft verder overwogen dat de hiermee samenhangende vordering kwalificeert als concurrente boedelvordering. Ten aanzien van de hoogte van de vordering heeft het hof de curator gelegenheid gegeven tegenbewijs te leveren. De beslissing op de aansprakelijkheidsvordering tegen de curator pro se is aangehouden. Vooralsnog ging het hof ervan uit dat zich niet de situatie voordeed dat de curator er rekening mee moest houden dat de vordering van de tandarts niet uit de boedel voldaan zou kunnen worden, maar omdat dit bij een te wijzen eindarrest anders kan zijn heeft het hof de beslissing hierover aangehouden.

In onderhavig tussenarrest, dat bijna een jaar na wijzen pas is gepubliceerd, weigert het hof terug te komen van zijn eerdere oordeel dat de tandarts een concurrente boedelvordering heeft. Weliswaar zou de tandarts feitelijk een voorrangspositie hebben verkregen als de curator conform artikel 37 lid 2 Fw zekerheid had gesteld, maar de curator heeft het stellen van zekerheid nagelaten. Dit gegeven creëert geen voorrang, zodat de tandarts geen 'superpreferente' boedelvordering heeft, maar een concurrente boedelvordering.

Verder overweegt het hof dat het belangrijke informatie mist over de stand van de boedel. De stelling van de curator dat hij werkzaamheden blijft verrichten en enkele boedelschulden niet definitief vastgesteld zijn, schuift het hof terzijde. Onder de overweging dat het faillissement inmiddels vijf en een half jaar loopt en niet gesteld is dat er nog veel onafgewikkelde kwesties zijn, moet de curator naar het oordeel van het hof een redelijk accurate inschatting van de faillissementskosten kunnen maken. Het hof geeft de curator de opdracht de ontbrekende

informatie bij akte alsnog te verstrekken.

*H.J. de Kloe, december 2019*

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 08-01-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2019:25

**Zaaknummer:** 200.203.700\_01

**Rechters:** H.A.G. Fikkers, W.J.J. Beurskens en L.S. Frakes

**Advocaten:** J.J.M.C. Huppertz en A.L. Stegeman

**Wetsartikelen:** 37 Fw

RECHTSPRAAK

**Kuper q.q./Bestuurder Dewivo**

***Een belangrijke oorzaak van het faillissement is dat de DGA potentiële overnemers in de gelegenheid heeft gesteld de vennootschap te overladen met schulden. De DGA wordt veroordeeld tot betaling van het faillissementstekort.***

Dewivo B.V. dreef een groothandel in autopoetsmiddelen. Doordat de enig bestuurder en aandeelhouder van Dewivo ('de DGA') in 2011 medische problemen kreeg, werden in ieder geval vanaf 2012 geen activiteiten meer ontplooid binnen Dewivo. Ondanks het feit dat de voorraad autopoetsmiddelen in 2014 wegens incourantheid als afval is weggedaan, is de voorraad op de balans in de jaren 2013 tot en met 2015 gewaardeerd op € 29.000. In 2015 besloot de DGA zijn aandelen in Dewivo te verkopen. Hiertoe heeft hij met twee heren in totaal drie gesprekken gevoerd. De DGA heeft aan deze heren een kopie van zijn identiteitsbewijs verstrekt. Daarnaast is gedurende de periode dat de gesprekken plaatsvonden een bankrekening geopend en zijn diverse overeenkomsten gesloten op naam van Dewivo, waaronder koopovereenkomsten ten aanzien van telefoons. Tot slot is in oktober 2016 door een derde een jaarrekening van Dewivo over 2015 gedeponereerd, waarin een veel te rooskleurige situatie werd voorgespiegeld. Toen schuldeisers van Dewivo zich gingen melden bij de DGA, heeft hij het faillissement aangevraagd. Op 4 april 2017 is het faillissement van Dewivo uitgesproken.

De curator stelt de DGA aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW. Daartoe voert de curator aan dat de boekhoudplicht is geschonden, omdat de voorraad onjuist is gewaardeerd. Daarnaast voert de curator aan dat in strijd is gehandeld met de deponeringsplicht, omdat de jaarrekening over 2015 niet door het bestuur is gedeponereerd. Tot slot stelt de curator dat de DGA het heeft laten gebeuren dat Dewivo is volgeladen met schulden, terwijl hij wist dat Dewivo niet in staat was deze schulden te betalen. De DGA erkent dat hij de boekhoudplicht en publicatieplicht heeft geschonden, maar stelt dat het faillissement is veroorzaakt doordat hij door derden is bedrogen. Nadat hij ziek werd, is hij op zoek gegaan naar overnamekandidaten. De twee heren met wie hij gesprekken heeft gevoerd, hebben aangegeven dat zij voor de overname alvast wat handelingen wilden verrichten en hebben

hem verder aan het lijntje gehouden. Toen bleek dat de heren de aandelen niet wilden overnemen en schuldeisers zich bij hem meldden, heeft hij direct het faillissement aangevraagd. Dit is naar de mening van de DGA in ieder geval een reden voor matiging. Verder voert de DGA zijn persoonlijke (financiële) situatie aan als reden voor matiging.

De rechtbank is van oordeel dat onbehoorlijk bestuur vaststaat en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, nu het schenden van de boekhoud- en publicatieplicht niet is betwist. De door de DGA aangevoerde andere belangrijke oorzaak van het faillissement, het bedrog door de potentiële overnemers, kwalificeert naar het oordeel van de rechtbank ook als onbehoorlijk bestuur. Zonder precies te weten wie de potentiële overnemers waren en iets te weten over hun achtergrond, heeft de DGA een kopie van zijn identiteitsbewijs afgegeven en hen in staat gesteld Dewivo te overladen met schulden. Nu de DGA niet heeft weersproken dat het faillissement is veroorzaakt door de schulden die zijn ontstaan in de periode dat de overnamegesprekken liepen, staat vast dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De DGA is daarmee aansprakelijk voor het faillissementstekort. Gelet op het persoonlijk ernstig verwijt dat de DGA treft, ziet de rechtbank onvoldoende aanleiding om tot matiging over te gaan voordat het faillissementstekort is vastgesteld. Nu het door de curator gestelde voorlopige tekort op zichzelf niet is betwist, wijst de rechtbank het door de curator gevorderde voorschot toe.

*H.J. de Kloe, januari 2020*

---

**Instantie:** Rechtbank Gelderland

**Datum uitspraak:** 21-06-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBGEL:2017:6961

**Zaaknummer:** NL17.12403

**Rechters:** K. Mans

**Advocaten:** F.W. Aartsen en E. Doornbos

**Wetsartikelen:** 2:248 BW

RECHTSPRAAK

**X/Kroll**

***Bestuurdersaansprakelijkheid voor overdracht onderneming zonder reële tegenprestatie.***

Een curator heeft een bestuurder van een gefailleerde vennootschap op grond van artikel 2:248 BW (kennelijk onbehoorlijk bestuur) aansprakelijk gesteld voor het faillissementstekort, omdat in 2010, het jaar voorafgaande aan faillissement, de activa van de onderneming zijn overgedragen aan een derde zonder reële tegenprestatie.

Vast is komen te staan dat:

de omzet in 2010 circa € 1,75 miljoen beliep, waarvan slechts € 700.000 in de administratie van de gefailleerde is verwerkt; sinds medio 2010 de medewerkers van de onderneming werden ingehuurd door de derde; de derde de klanten is gaan bedienen; de derde voordien geen eigen personeel had; de bestuurder van gefailleerde in dienst is getreden bij de derde; opdrachten die bevestigd waren aan de gefailleerde, zijn uitgevoerd door de derde; het adres en het briefpapier van de derde identiek waren aan dat van de gefailleerde, met uitzondering van het kvk- en bankrekeningnummer.

Het hof overweegt in navolging van de rechtbank dat hieruit voortvloeit dat er een overdracht van de bedrijfsactiviteiten heeft plaatsgevonden en dat de onderneming is voortgezet door de derde. De derde heeft voor de opdrachten en het klantenbestand geen overnamesom betaald. Wel heeft de derde enkele crediteuren betaald en de lening bij de bank afgelost. Volgens het hof zijn slechts de crediteuren die van belang waren voor de voortzetting betaald, zodat sprake is geweest van selectieve betaling; de gezamenlijke crediteuren van gefailleerde hebben geen vergoeding ontvangen.

Vervolgens stelt het hof dat de overdracht van de activa van de onderneming zonder daarvoor een reële vergoeding te bedingen, te kwalificeren is als een handeling die geen redelijk denkend bestuurder zou verrichten. Aldus is sprake van onbehoorlijk bestuur.

Verder constateert het hof dat de (omzet)administratie van de gefailleerde niet juist is gevoerd, zodat ook om die reden sprake is van onbehoorlijk bestuur. Dit brengt (ex art. 2:248 lid 2 BW) met zich dat vermoed wordt dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De bestuurder heeft geen andere oorzaak van het faillissement gesteld, zodat het vermoeden niet is weerlegd.

Wel stelt de bestuurder dat de constructie is bedacht door een ander en dat hij daarbij 'geen betrokkenheid' heeft gehad. Hem zou dus geen blaam treffen. Het hof maakt daarmee korte metten: een bestuurder heeft de verantwoordelijkheid leiding te geven aan de onderneming. Ook al zou het juist zijn dat de constructie door een ander is bedacht en uitgevoerd, dan nog geldt dat de bestuurder de ander de gelegenheid heeft geboden om aldus te handelen. Van de bestuurder had verwacht mogen worden dat hij hiertegen zou hebben opgetreden. Dat is niet gebeurd.

De bestuurder heeft verder gesteld dat de curator de ander had moeten dagvaarden en dat de curator hem niet kan aanspreken, nu de ander niet is gedagvaard. Dat argument gaat evenmin op: het hof stelt dat het ter discretie van de curator staat om te bepalen wie hij wel of niet dagvaardt.

Voorts heeft de bestuurder nog een beroep willen doen op matiging. Echter, omdat hij zich enkel beroept op individuele matiging (en niet op collectieve), kan volgens het hof slechts een beroep worden gedaan op matiging als de bestuurder slechts een deel van de tijd in functie was geweest. Nu de bestuurder de gehele periode als bestuurder in functie was, gaat dit beroep aldus niet op.

Volgens de bestuurder is het daarnaast naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar hem aansprakelijk te houden voor het faillissementstekort. Alhoewel het hof onderkent dat er mogelijk – naast de disculpatie- en matigingsgronden als neergelegd in artikel 2:248 BW – een beroep kan worden gedaan op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, ligt dat 'niet spoedig in de rede', terwijl voorts niet is gebleken van bijzondere omstandigheden die een dergelijk beroep aanvaardbaar zouden maken.

Uiteindelijk wordt het vonnis in eerste aanleg (waarbij de bestuurder reeds was veroordeeld tot betaling van een voorschot op het volledige faillissementstekort) bekrachtigd.

*Wenk*

In deze zaak gaat het om een veel voorkomende praktijk, waarbij een onderneming – in het zicht van faillissement – wordt overgedragen aan een derde, om de onderneming te kunnen behouden. Dit geschiedt vaak in het kader van een reddingsactie. De onderneming is bij

overdracht geld waard en er dient dus een reële koopsom te worden betaald – er vinden in dat kader vaak uitgebreide goodwillberekeningen plaats.

In dit geval is echter niets voor de onderneming betaald. Opvallend is dat de curator niet de weg van de pauliana kiest, maar dat hij kiest voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW. Een probleem daarbij is dat de curator dan moet aantonen dat de overdracht van de onderneming (mede) een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Normaliter is er een andere belangrijke oorzaak die de onderneming aan de rand van de afgrond heeft gebracht. Aansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW ligt dan niet voor de hand. Echter, omdat ook de administratie niet klopte én de bestuurder kennelijk geen andere belangrijke oorzaak van het faillissement heeft kunnen aanwijzen, kan toch aansprakelijkheid voor het faillissementstekort worden aangenomen. Het lijkt er overigens op dat als de bestuurder zich ook had beroepen op collectieve matiging, het hof iets meer genegen zou zijn geweest te kijken naar het matigingsberoep. Het is dus verstandig altijd ook een beroep te doen op collectieve matiging, naast het beroep op individuele matiging.

*A.D. van Dalen, december 2019*

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 10-12-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2019:3238

**Zaaknummer:** 200.229.094/01

**Rechters:** M.C.M. van Dijk, M.J. van der Ven en J.A. van Dorp

**Advocaten:** M.G. van den Boogerd

**Wetsartikelen:** 2:248 BW

## RECHTSPRAAK

***Geen onbelangrijk verzuim, maar (indirect) bestuurder ontkomt aan aansprakelijkheid door een andere oorzaak van het faillissement aannemelijk te maken. Ook het beroep op artikel 2:9 en 6:162 BW faalt, omdat een onrechtmatige overheveling van de onderneming onvoldoende is onderbouwd.***

A beheert via zijn holding een werkmaatschappij die zich bezighoudt met de in- en verkoop van relatiegeschenken. De curator spreekt de holding en A aan op grond van artikel 2:248 (lid 2) jo. 2:11, 2:9 en 6:162 BW. Naast schending van deponeringsplicht wordt A verweten dat hij de onderneming van de werkmaatschappij heeft overgeheveld naar een nieuwe onderneming, die hij zelf bestuurt en waarin zijn echtgenote nagenoeg alle aandelen houdt.

Het hof beoordeelt eerst de schending van de deponeringsplicht. Deze staat vast, nu de jaarrekening over 2012 vijf maanden en acht dagen te laat is gepubliceerd. Anders dan de rechtbank meent het hof dat geen sprake is van een onbelangrijk verzuim. Daarvan is slechts sprake indien het niet voldoen aan de deponeringsplicht in het licht van de omstandigheden van het geval niet erop wijst dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en met name indien voor het verzuim een aanvaardbare verklaring bestaat. Naarmate de termijnoverschrijding langer is, worden aan deze verklaring hogere eisen gesteld.

Volgens A zijn de jaarcijfers tijdig aangeleverd, maar heeft de accountant de jaarrekening te laat gedeponerd. De curator voert echter aan dat de jaarrekeningen stelselmatig te laat werden gepubliceerd en dat de jaarrekening van 2012 pas na de deponeringstermijn is vastgesteld. Met name vanwege het eerste verwijt oordeelt het hof dat van een onbelangrijk verzuim géén sprake is, zodat de bestuurder gelet op artikel 2:248 lid 2 BW slechts aan aansprakelijkheid kan ontkomen door aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

Daarin slaagt A door aan te voeren dat de onderneming last had van economische tegenwind, waardoor het aantal bestellingen terugliep en bestaande schulden toenamen. Omdat daardoor bestellen met leverancierskrediet vrijwel onmogelijk werd, is aansluiting gezocht bij een

franchiseorganisatie. De franchisegever heeft de overeenkomst echter al na één maand opgezegd vanwege de zwakke financiële positie van de onderneming. Inkopen was toen niet meer mogelijk, zodat is besloten de activiteiten te staken om het oplopen van schulden te voorkomen en in plaats daarvan in te zetten op sanering. Hoewel 93% van de schuldeisers met een crediteurenakkoord wilde instemmen, is het faillissement uiteindelijk aangevraagd door twee weigerachtige schuldeisers. Het hof ziet de marktomstandigheden in combinatie met de opzegging van de franchiseovereenkomst als de oorzaak van het faillissement.

De curator slaagt er vervolgens niet in om aannemelijk te maken dat de overheveling van de onderneming naar een nieuwe onderneming, en daarmee de onttrekking van de volledige verdien capaciteit, een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement, zodat zijn vordering op grond van artikel 2:248 BW strandt.

Hetzelfde feitencomplex ligt ten grondslag aan de op artikel 2:9 en 6:162 BW gebaseerde vorderingen. Het hof is evenwel van mening dat het A vrijstond om onder deze omstandigheden een nieuwe onderneming te starten en niet is gebleken van ernstig bestuurlijk handelen waarbij de activa aan de gefailleerde onderneming zijn onttrokken met veronachtzaming van de belangen van haar schuldeisers. Overigens heeft de curator ook onvoldoende onderbouwd dat de activa aan de onderneming zijn onttrokken door voortzetting van de dezelfde activiteiten vanuit een andere onderneming.

*J.E. van Nuland, december 2019*

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 12-11-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2019:3299

**Zaaknummer:** 200.253.453/01

**Rechters:** G.C. de Heer, R.S. van Coevorden, F. van der Hoek en F.R. Salomons

**Advocaten:** D.J.Q. Oostenbroek en J.H. Pelle

**Wetsartikelen:** 2:9 BW, 2:11 BW, 2:248 (lid 2) BW, 6:162 BW en 2:239 lid 5 BW