

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 12, 2020

Nummer 12, 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:2020:984](#) 29-05-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid – frustratie van betaling en verhaal – devolutieve werking van hoger beroep

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:959](#) 29-05-2020

Beroep op verjaring als verweer tegen faillissementsverzoek onaanvaardbaar

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1693](#) 02-06-2020

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:4111](#) 26-05-2020

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1597](#) 19-05-2020

Bestuurder is aansprakelijk omdat hij op onzorgvuldige wijze heeft bewerkstelligd dat de vennootschap haar verplichtingen in verband met de afname van aandelen niet nakwam

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1600](#) 19-05-2020

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:750](#) 10-03-2020

Afwijzing beroep op faillissementspauliana ten aanzien van de overdracht van een vordering en aandelen

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2020:1990](#) 27-05-2020

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:4674](#) 20-05-2020

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:1825](#) 29-04-2020

Prejudiciële vragen over de rechtsmacht en het toepasselijk recht bij een Peeters/Gatzenvordering die betrekking heeft op aandeelhoudersaansprakelijkheid

RECHTSPRAAK

Afwijzing beroep op faillissementspauliana ten aanzien van de overdracht van een vordering en aandelen

Het beroep van de curatoren op artikel 42 Fw faalt. Schuldeisers zijn niet benadeeld door de overdracht van vorderingen op en aandelen in Almere City. De vorderingen en aandelen vertegenwoordigden ten tijde van de overdracht geen waarde.

Dit arrest van het Hof Amsterdam ziet op het beroep van een curator op vernietiging van de overdracht van een vordering op grond van artikel 42 Fw en nietigheid van de overdracht op grond van artikel 2:256 (oud) BW. Deze samenvatting ziet voornamelijk op het beroep op de faillissementspauliana.

X is een vennootschap die zich bezighoudt met projectontwikkeling en vastgoedbeleggingen. Y-groep is de vaste aannemer van X. Tot de Y-groep behoren de vennootschappen Y en Z. Y en Z zijn crediteuren van voetbalclub Almere City. Op enig moment komt Almere City in de problemen. Haar eigen vermogen bedraagt € 3.566.000 negatief en als haar financiële positie niet verbetert, dreigt zij haar licentie voor betaald voetbal te verliezen. In een poging de financiële positie van Almere City te verbeteren, wordt een deel van de schuld aan Z omgezet in aandelenkapitaal. X, de verhuurder en een sponsor van Almere City, neemt vervolgens de aandelen van Z in Almere City en de vorderingen van, onder andere, Y en Z op Almere City over. De vorderingen bedragen iets meer dan € 2 miljoen. De koopprijs is € 3, maar er wordt een koopprijsmechanisme afgesproken, inhoudende dat als de aandelen bij verkoop binnen drie jaren waarde vertegenwoordigen, er een nabetaling aan Y en Z plaatsvindt. Na de overname van de aandelen en de vorderingen neemt X maatregelen om de financiële positie van Almere City te verbeteren. X scheldt de overgenomen vorderingen kwijt. Ook stort X een bedrag van € 500.000 in agio en verlaagt zij de door Almere City te betalen huur. Tot slot stelt X zich garant voor negatieve exploitatieresultaten van Almere City.

Y en Z worden vervolgens failliet verklaard. De curatoren hebben de overdracht van de aandelen en vorderingen met een beroep op artikel 42 Fw buitengerechtelijk vernietigd. Er zou een te lage koopprijs zijn betaald, waardoor de schuldeisers van Y en Z zouden zijn benadeeld.

Het debat spitst zich toe op de vraag of de overdracht van de vorderingen benadelend was voor de schuldeisers van Y en Z. De curatoren betogen dat de vorderingen waarde vertegenwoordigden, omdat X Almere City niet zomaar failliet zou laten gaan. Het hof volgt de curatoren hier niet in en oordeelt dat het faillissement van Almere City onafwendbaar zou zijn geweest zonder de door X genomen maatregelen en dat X alleen tot het nemen van deze maatregelen bereid was als de vorderingen en aandelen aan haar overgedragen zouden worden. Het hof volgt de curatoren ook niet in hun stelling dat de vorderingen waarde vertegenwoordigden omdat daarop ook in het faillissement van Almere City een uitkering te verwachten zou zijn. In dit kader namen zij de stelling in dat mogelijk grond zou bestaan voor een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. Volgens het hof hebben de curatoren dit echter onvoldoende onderbouwd.

Het hof komt tot de conclusie dat de aandelen en vorderingen geen waarde vertegenwoordigden, zodat van benadeling van schuldeisers geen sprake is. Het beroep op de faillissementspauliana faalt. Hetzelfde geldt voor het beroep op artikel 2:256 (oud) BW. Volgens het hof hebben de curatoren niet aannemelijk gemaakt dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of de bestuurder van Y en Z zich uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschappen.

J.F. Fliek, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-03-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:750

Zaaknummer: 200.246.703/01

Rechters: D.J. Oranje, M.M. Korsten-Krijnen en J.G. Sijmons

Advocaten: D.G.J. Heems en M.J.R. Jansen

Wetsartikelen: 42 Fw en 2:256 (oud) BW

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid van huidig en voormalig bestuurder vanwege schending administratieplicht. Overdracht aandelen aan katvanger komt voor rekening van voormalig bestuurder.

In deze procedure heeft de curator van een BV ('failliet') de bewindvoerder van de enig bestuurder en enig aandeelhouder van failliet en haar voorganger in rechte betrokken en primair gevorderd dat zij hoofdelijk worden veroordeeld tot vergoeding van het tekort in het faillissement op grond van artikel 2:248 BW omdat niet is voldaan aan de administratieplicht.

De rechtbank stelt vast dat niet is voldaan aan de verplichtingen die volgen uit artikel 2:10 BW. Er is over verschillende periodes geen administratie gevoerd. Daarnaast is de administratie rondom de overdracht van de aandelen van failliet (ruim een jaar voor het faillissement) gebrekkig gebleken; er was geen onderliggende documentatie ten aanzien van de voorraad, terwijl de voorraad het leeuwendeel van de activa van failliet uitmaakte.

De voormalig bestuurder slaagt er niet in aan te tonen dat het niet voeren van administratie over een bepaalde periode een onbelangrijk verzuim is omdat de onderneming van failliet feitelijk stillag. De rechtbank verwerpt dit verweer en wijst erop dat artikel 2:10 BW bepaalt dat de administratie altijd op orde dient te zijn. Verder geldt dat in onderhavige procedure is aangegeven dat er wel degelijk boekhoudkundige feiten hebben plaatsgevonden. De rechtbank gaat verder niet mee in het verweer van de voormalig bestuurder dat er andere feiten of omstandigheden zijn die een belangrijke oorzaak zijn geweest van het faillissement, namelijk het stil zitten van de huidige bestuurder omdat zij slechts een katvanger is. De rechtbank overweegt dat deze omstandigheid voor rekening van de voormalige bestuurder moet komen. Het was aan de voormalige bestuurder om onderzoek te doen naar de persoon van de huidige bestuurder. Om zijn taak behoorlijk te vervullen had de voormalige bestuurder meer onderzoek moeten doen naar de persoon van de huidige bestuurder en haar achtergrond en had hij niet mogen volstaan met het controleren van haar identiteit.

De huidige bestuurder heeft zich verweerd door aan te voeren dat zij willens en wetens is gebruikt als katvanger. Dit leidt echter niet tot disculpatie. Niet is aangetoond dat iets anders dan onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Verder ziet de

rechtbank geen reden om op grond van redelijkheid en billijkheid de huidige bestuurder niet aansprakelijk te houden op grond van artikel 2:248 BW. Haar stellingen op dit punt zijn onvoldoende onderbouwd. Dat de voormalige bestuurder zou hebben geweten dat zij slechts als katvanger zou dienen helpt de huidige bestuurder ook niet.

In deze procedure heeft de huidige bestuurder in een vrijwaringsincident nog gevorderd de voormalige bestuurder te veroordelen het bedrag dat zij eventueel uit hoofde van de hoofdzaak aan de curator dient te betalen, aan de curator te voldoen. Deze vordering wordt afgewezen nu de huidige bestuurder onvoldoende heeft onderbouwd dat de voormalige bestuurder ervan op de hoogte was dat zij als katvanger zou worden gebruikt en dat hij daarmee jegens haar onrechtmatig zou hebben gehandeld.

In deze procedure wijst de rechtbank overigens nog de vordering van de curator af om de huidige en voormalige bestuurder te veroordelen wettelijke rente over het faillissementstekort te voldoen. De rechtbank geeft aan dat het doel van de veroordeling in het faillissementstekort is dat het faillissement kan worden afgewikkeld door voldoening van alle schulden. Als wettelijke rente verschuldigd zou zijn, zou er (dus) nog een surplus resteren. Om die reden wordt de wettelijke rente niet toegewezen.

Aangaande de buitengerechtelijke kosten overweegt de rechtbank dat het BIK geen betrekking heeft op de onderhavige vordering van de curator. De rechtbank wijst de vordering vervolgens af omdat de curator geen werkzaamheden heeft gespecificeerd die voor vergoeding in aanmerking zouden moeten kunnen komen.

W.T.N. Vlasveld, juni 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 20-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:4674

Zaaknummer: C/10/567339 / HA ZA 19-112

Rechters: P. Volker

Advocaten: J.G. Plet, M.W. Renzen en G. Grijs

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Het hof oordeelt dat geen sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid en/of selectieve betalingen in verband met onbetaald gebleven facturen door een later failliet gegane start-up.

De casus betreft bestuurdersaansprakelijkheid in verband met onbetaald gebleven facturen van Pay For People B.V. (PFP) aan Smart Business 4 Business B.V. (Smart B4B). Smart B4B was een start-up die zich bezighield met de ontwikkeling van een digitaal inkoopplatform voor horecaondernemers. Op 28 november 2016 is Smart B4B een contract aangegaan met Sales Supply B.V. (Sales Supply) op grond waarvan Smart B4B werknemers op detacheringsbasis kon inlenen van PFP. Van 2 januari 2017 tot 1 mei 2017 heeft Smart B4B één werknemer ingeleend. De facturen voor deze inlening zijn onbetaald gebleven. Een kleine drie maanden na ontvangst van de laatste factuur, namelijk op 1 augustus 2017, is Smart B4B failliet verklaard.

PFP houdt de indirect bestuurders van Smart B4B verantwoordelijk. Bestuurders zouden onrechtmatig hebben gehandeld door een werknemer in te lenen en te blijven inlenen tot 1 mei 2017, terwijl zij wisten, althans redelijkerwijs behoorden te begrijpen, dat Smart B4B de verplichtingen daaruit niet zou kunnen nakomen (schending Beklamel-norm). PFP voert aan dat de liquiditeit van Smart B4B in november 2016 onvoldoende was om de overeenkomst aan te gaan en dat deze in januari 2017 nog steeds onvoldoende was om kortlopende verplichtingen te voldoen.

Een belangrijk aspect is volgens PFP dat Smart B4B op 4 januari 2017 een aanzienlijk bedrag aan *crowdfunding* heeft ontvangen (in hoger beroep blijkt dit een lening) en dat dit bedrag niet is gebruikt om de facturen van PFP te betalen. PFP stelt dat sprake is van selectieve betaling. Daarbij wordt erop gewezen dat wel een aanzienlijk bedrag is betaald aan SB4B Licences.

Het hof overweegt dat er geen algemene regel bestaat op grond waarvan een schuldenaar die niet in staat is al zijn schuldeisers volledig te betalen, steeds onrechtmatig handelt wanneer hij een schuldeiser voldoet vóór andere schuldeisers. Het staat een bestuurder in beginsel vrij op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers in de gegeven omstandigheden zullen worden voldaan. Toch zou het handelen van de bestuurder onrechtmatig kunnen zijn

indien de selectieve betaling(en) ten opzichte van de onbetaald gebleven schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat de bestuurder daarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien de bestuurder wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat de selectieve betalingen tot gevolg zouden hebben dat de andere schuldeisers onbetaald zouden blijven en de vennootschap geen verhaal zou bieden omdat besloten was de activiteiten te beëindigen of omdat het faillissement aanstaande was, aldus het hof.

Het hof komt tot het oordeel dat er geen sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid wegens schending van de Beklamel-norm en/of selectieve betaling. Het hof acht de volgende omstandigheden van belang:

(a) Het was voor PFP duidelijk dat Smart B4B een start-up was waarvan het product nog in ontwikkeling was. Het traject rondom de contractsluiting was weliswaar overgelaten aan Sales Supply, maar ook Sales Supply was bekend met de aard van het bedrijf. Vanwege de door hen gekozen werkwijze rekent het hof de kennis van Sales Supply omtrent Smart B4B toe aan PFP.

(b) Smart B4B richtte zich er enerzijds op het product verder te ontwikkelen en richtte zich er anderzijds op voldoende middelen binnen te halen. De betaling van een aanzienlijk bedrag aan SB4B Licenses was gedaan ter financiering van de productontwikkeling.

(c) Bestuurders hebben zelf veel in de start-up geïnvesteerd, hebben geen gelden onttrokken en hebben zelfs geen managementfee ontvangen.

(d) Er liepen nog pogingen om extra financiering te verkrijgen.

(e) Niet gebleken is dat het faillissement te voorzien was.

(f) Ook is niet gebleken dat sprake was van betalingsonwil.

(g) De inlening heeft relatief kort geduurd en is door Smart B4B zelf beëindigd omdat zij de extra financiering nog niet rond had. De gesprekken met mogelijke investeerders liepen toen nog.

(h) Het faillissement van Smart B4B is (pas) enige maanden na de beëindiging van de inlening (namelijk op 1 augustus 2017) gevolgd.

V.G.M. Leferink, juni 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-05-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:1600

Zaaknummer: 200.250.863/01

Rechters: H.A.G. Fikkers, J.C.J. van Craaikamp en C.W.T. Vriezen

Advocaten: A.L. Stegeman en J.O. de Wilde

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Prejudiciële vragen over de rechtsmacht en het toepasselijk recht bij een Peeters/Gatzenvordering die betrekking heeft op aandeelhoudersaansprakelijkheid

Voornemen van de rechtbank tot het stellen van prejudiciële vragen over de artikelen 7 lid 2 en 8 lid 2 Brussel I-Bis en artikel 4 lid 1 Rome II.

In deze zaak komen tal van insolventierechtelijke leerstukken samen. Ik noem in ieder geval de Peeters/Gatzenvordering, de aandeelhoudersaansprakelijkheid en vragen naar de rechtsmacht en het toepasselijk recht. In deze samenvatting ga ik voorbij aan de overigens ook interessante problematiek rondom de vorderingen van een stichting die is tussengekomen in deze zaak en gebruikmaakt van artikel 3:305a BW.

De curator stelt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van een gefailleerde vennootschap een (Peeters/Gatzen)vordering in tegen de in Duitsland gevestigde indirecte aandeelhouder (grootmoedermaatschappij) van de failliet. Aan zijn vordering legt de curator ten grondslag dat de grootmoedermaatschappij een risicovolle concernstructuur in het leven heeft geroepen en in stand heeft gehouden die de gefailleerde vennootschap kunstmatig in leven hield. De grootmoedermaatschappij was nauw verweven met de gefailleerde vennootschap en had ook ingrijpmacht. Met de gekozen wijze van financiering heeft de grootmoedermaatschappij, aldus nog steeds de curator, bij de schuldeisers de schijn gewekt dat de latere failliet kredietwaardig was, terwijl zij dat niet was, en er zo voor gezorgd dat de latere failliet schulden kon blijven aangaan met de schuldeisers. De vanwege dit een en ander bestaande zorgplicht jegens de crediteuren van de latere failliet heeft de grootmoedermaatschappij geschonden toen zij plotseling het besluit nam om niet verder te gaan met deze wijze van financiering. Een faillissement is hierdoor onvermijdelijk geworden, aldus de curator. De curator beroept zich dus op aandeelhoudersaansprakelijkheid. Vgl. o.a. HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033, NJ 2009, 565 (Comsys).

Met name van belang is hier dat de rechtbank in tussenuitspraken van 23 mei 2018 en 30 januari 2019 op grond van de Insolventieverordening (hierna: IVO) is uitgegaan van haar

bevoegdheid in deze zaak. In zijn uitspraak van 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96 (NK/Paribas) heeft het Hof van Justitie echter geoordeeld dat een door de curator ingestelde Peeters/Gatzenvordering niet valt onder het toepassingsbereik van de IVO, maar onder de werkingssfeer van (thans) de Brussel I-Bis Verordening. Dit roept enkele vragen op naar de rechtsmacht en het toepasselijk recht op de vordering van de curator. De fundamentele vraag luidt, kort samengevat, als volgt: is in dit soort situaties de plaats van vestiging van de vennootschap die geen verhaal biedt voor de vorderingen van haar schuldeisers, de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan in de zin van artikel 7 lid 2 Brussel I-Bis (Handlungsort of Erfolgsort) en de plaats waar de schade zich voordoet in de zin van artikel 4 lid 1 Rome II?

De rechtbank spreekt haar voornemen uit onder meer deze vraag te stellen aan het Hof van Justitie en stelt partijen in de gelegenheid hierover akte te nemen.

O. Oost, juni 2020

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 29-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:1825

Zaaknummer: C/16/445060 / HA ZA 17-682

Rechters: J.K.J. van den Boom, J.P.H. van Driel-van Wageningen en H.A. Brouwer

Advocaten: G. Konings, L.P. Kortmann en F. Eikelboom

Wetsartikelen: 7 lid 2 Brussel I-bis Vo , 8 lid 2 Brussel I-bis Vo en 4 lid 1 Rome II-Vo

RECHTSPRAAK

Bestuurder is aansprakelijk omdat hij op onzorgvuldige wijze heeft bewerkstelligd dat de vennootschap haar verplichtingen in verband met de afname van aandelen niet nakwam

Door financiering door de verkoper van aandelen te weigeren waardoor de koper de aandelen niet heeft afgenomen, heeft de bestuurder van de koper persoonlijk verwijtbaar gehandeld jegens de verkoper.

De heer X is bestuurder en enig aandeelhouder van BPPM Holding B.V. (hierna: 'BPPM'). De heer Y is bestuurder en enig aandeelhouder van Ruysheide B.V. (hierna: 'Ruysheide'). BPPM en Ruysheide houden ieder 50% van de aandelen in het kapitaal van Nigiami B.V. (hierna: 'Nigiami'). In maart 2013 hebben (onder meer) BPPM en Ruysheide een vaststellingsovereenkomst gesloten, waarin is bepaald dat Ruysheide de door haar in het kapitaal van Nigiami gehouden aandelen aan BPPM zal verkopen en leveren voor een minimale koopsom van € 175.000 onder de opschortende voorwaarde van financierbaarheid. Rabobank en ING Bank hebben het financieringsverzoek van BPPM voor de overname van de aandelen afgewezen. Ruysheide heeft aangeboden om de koopsom te financieren, maar hiervan heeft BPPM geen gebruik gemaakt. BPPM heeft de aandelen in Nigiami niet afgenomen. Nigiami houdt alle aandelen in Fund'm B.V. (hierna: 'Fund'm'). Op 8 juli 2013 is aan Fund'm surseance van betaling verleend. Op 11 juli 2013 is deze surseance beëindigd en is Fund'm tegelijkertijd in staat van faillissement verklaard.

In dit geding heeft Ruysheide vorderingen tegen BPPM ingesteld die strekten tot afname van de aandelen in het kapitaal van Nigiami en voorwaardelijke vorderingen tegen de heer X tot betaling van de koopprijs van € 175.000 en tot aflossing van het restantbedrag van een aandeelhouderslening aan Ruysheide. De Rechtbank Midden-Nederland heeft die vorderingen in 2014 afgewezen. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft in 2017 de vordering tot afname van de aandelen door BPPM tegen betaling van de koopprijs toegewezen en de voorwaardelijke vorderingen tegen de heer X afgewezen. Een maand na dit arrest is BPPM in

staat van faillissement verklaard.

Ruysheide heeft cassatieberoep ingesteld tegen de afwijzing van de voorwaardelijke vorderingen. Zij stelt namelijk dat de heer X persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt omdat hij op onzorgvuldige wijze heeft bewerkstelligd dat BPPM haar verplichtingen niet nakwam en dat hij in maart 2013 al wist of behoorde te weten dat de vaststellingsovereenkomst niet zou worden nagekomen en dat BPPM geen verhaal zou bieden voor de daaruit voortvloeiende schade. De Hoge Raad heeft het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden in 2018 vernietigd omdat het hof niet is ingegaan op alle onderbouwende stellingen van Ruysheide. De zaak is verwezen naar het Hof 's Hertogenbosch. Het hier besproken arrest betreft het arrest van de laatstgenoemde instantie.

Het hof stelt voorop dat bij de beoordeling de maatstaf uit het arrest Ontvanger/Roelofsen dient te worden gehanteerd. Ten aanzien van de toepassing van deze maatstaf wordt het volgende overwogen. De overeengekomen aankoop van de aandelen van Ruysheide in Nigiami vormt een substantieel onderdeel van de in maart 2013 gemaakte afspraken. De heer X was zich er op dat moment al van bewust dat Fund'm er niet rooskleurig voorstond en in een neerwaartse spiraal zat. Voorts heeft BPPM reeds op 19 juni 2013 gemeld van de afname van aandelen af te zien. BPPM was echter verplicht tot nakoming omdat Ruysheide heeft aangeboden om de koopsom tegen marktconforme voorwaarden te financieren waardoor de opschortende voorwaarde in vervulling is gegaan. De heer X heeft deze wijze van financiering geweigerd. Voorts heeft Ruysheide gemotiveerd gesteld dat de surseance (aangevraagd door de heer X) en het faillissement van Fund'm onnodig waren. Na het faillissement heeft een door de heer X bestuurde bv voor een beperkte koopsom de lopende opdrachten van Fund'm overgenomen.

Op grond van alle feiten en omstandigheden in onderlinge samenhang beschouwd, komt het hof tot het oordeel dat de heer X jegens Ruysheide op onzorgvuldige wijze heeft bewerkstelligd dat BPPM haar verplichtingen jegens Ruysheide in verband met de afname van de aandelen in Nigiami niet nakwam. Dit was gelet op alle concrete omstandigheden dusdanig onzorgvuldig dat hem hiervan persoonlijk een ernstig verwijt treft. De heer X is dus als bestuurder aansprakelijk voor het niet nakomen door BPPM van haar verplichting tot afname van de aandelen van Ruysheide in Nigiami en voor de hieruit voortvloeiende schade. Het hof vernietigt het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland uit 2014 en veroordeelt de heer X tot betaling van het onbetaald gebleven bedrag van de koopprijs voor de aandelen.

M.M. Eveleens-van der Zwaag, juni 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-05-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:1597

Zaaknummer: 200.247.271/01

Rechters: H.A.G. Fikkers, P.M. Arnoldus-Smit en S.C.H. Molin

Advocaten: A.L.T. van Vught en L.P. Kruidenier

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Een herhaald faillissementsverzoek tussen dezelfde partijen is in beginsel mogelijk. Het civiele gezag van gewijsde speelt geen rol in de faillissementsprocedure. In casu worden geen nieuwe feiten aan het herhaalde faillissementsverzoek ten grondslag gelegd waardoor de verzoeker niet-ontvankelijk wordt verklaard.

Een rechtspersoon naar Iers recht, Zurich Insurance plc ('Zurich'), vraagt opnieuw faillissement aan van Swanink Techniek Coevorden B.V. ('STC') nadat een eerder uitgesproken faillissement was vernietigd. De vernietiging van het faillissement door het Hof Arnhem-Leeuwarden is door de Hoge Raad in stand gelaten onder toepassing van artikel 81 Wet RO (INS 2020-0066).

De rechtbank overweegt dat een herhaald faillissementsverzoek tussen dezelfde partijen in beginsel mogelijk is. Het civiele gezag van gewijsde speelt geen rol in de faillissementsprocedure die er immers niet toe strekt rechtsbetrekkingen tussen partijen in geschil vast te leggen.

De rechtbank stelt echter vast dat Zurich geen nieuwe feiten aan haar herhaalde verzoek ten grondslag heeft gelegd, althans geen feiten die niet al bij haar bekend waren ten tijde van het eerste verzoek. Onder die omstandigheid oordeelt de rechtbank dat het herhaalde verzoek in strijd is met het systeem van het burgerlijk procesrecht, waarvan het faillissementsprocesrecht deel uitmaakt, dat uitgaat van recht doen in twee feitelijke instanties, waarna de Hoge Raad recht doet voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht. Die procesgang is met het eerste faillissementsverzoek doorlopen. Eigenlijk wil Zurich nu, met haar herhaalde verzoek, dat de rechtbank het arrest van het hof, zoals dat in stand is gelaten door de Hoge Raad, onderuithaalt en anders beslist. Dat gaat niet gebeuren. De rechtbank verklaart Zurich daarom niet-ontvankelijk in haar verzoek.

Omdat Zurich in het ongelijk wordt gesteld moet zij de proceskosten van STC voldoen. De rechtbank ziet geen aanleiding Zurich te veroordelen in de werkelijk door STC gemaakte kosten voor haar verweer. De drempel om tot een oordeel van die strekking te komen heeft Zurich naar het oordeel van de rechtbank niet overschreden.

J.D. van den Dolder, 9 juni 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 27-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2020:1990

Zaaknummer: C/18/198352 / FT RK 20.317

Rechters: R.Tj. Terpstra

Advocaten: J. Streefkerk en D.F. Fransen

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Beroep op verjaring als verweer tegen faillissementsverzoek onaanvaardbaar

Artikel 81 Wet RO. Failliet verweert zich tegen faillissementsverzoek met een beroep op verjaring. Het hof acht het verjaringsverweer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. De Hoge Raad verwerpt het daartegen gerichte cassatieberoep.

Dit cassatieberoep is gericht tegen een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, waarin het hof de faillietverklaring van verzoekster in cassatie ('X') bekrachtigt. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep en doet de zaak af op grond van artikel 81 lid 1 Wet RO.

Uit de conclusie van A-G Van Peursem (ECLI:NL:PHR:2019:1353) wordt duidelijk dat het faillissement van X is aangevraagd door de curatoren van negen vennootschappen (de 'faillieten'). X maakte onderdeel uit van hetzelfde concern als faillieten. Zij is zelf niet gefailleerd, maar is na de faillissementen ontbonden door de Kamer van Koophandel. De curatoren hebben het faillissement van X verzocht voor een vordering uit hoofde van onverschuldigde betalingen van de faillieten op X ten belope van € 1 miljoen. Het staat vast dat X een bate heeft. X heeft in eerste aanleg en hoger beroep de vordering betwist. In hoger beroep heeft zij voor het eerst een beroep op verjaring gedaan.

Het cassatieberoep ziet alleen nog op de verwerping van dat verjaringsverweer. Volgens de A-G (en kennelijk ook de Hoge Raad) heeft het hof terecht het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geacht op de gronden dat: (1) faillieten en X tot hetzelfde concern behoorden, (2) faillieten en de daarbij betrokken natuurlijke personen onderwerp zijn geweest van strafrechtelijk onderzoek, (3) de bestuurder van X ('de bestuurder') daadwerkelijk is veroordeeld voor onttrekking van gelden aan door faillieten opgezette piramidefondsen en (4) dat hij ook bestuurder en feitelijk beleidsbepaler was van de faillieten, en tot slot (5) de omstandigheid dat faillieten via de bestuurder wisten van de vordering en het slagen van het verjaringsverweer ertoe zou leiden dat de vorderingen van schuldeisers van de faillieten, waaronder (gedupeerde) deelnemers aan de beleggingsfondsen, niet kunnen worden voldaan.

In de conclusie van de A-G is terug te lezen dat met name de sterke verwevenheid tussen faillieten, X en de bestuurder én de strafrechtelijke veroordeling van de bestuurder voor het onttrekken van gelden die als belegging bij de faillieten waren ingelegd maken dat de klachten van X tegen de afwijzing van het verjaringsverweer niet kunnen slagen. Zoals gezegd verwerpt de Hoge Raad het cassatieberoep. Het faillissement van X blijft dus in stand.

J.H.M. van de Wiel, juni 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 29-05-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:959

Zaaknummer: 19/02413

Rechters: G. Snijders, M.V. Polak en T.H. Tanja-van den Broek

Advocaten: K. Aantjes en T.T. van Zanten

Wetsartikelen: 81 RO, 6:2 BW en 3:320 BW

RECHTSPRAAK

Faillissement van een natuurlijk persoon wordt in hoger beroep vernietigd, omdat zij niet meer in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. Een deel van de vorderingen is voldaan en familieleden hebben zich garant gesteld voor de overige schulden.

Stichting Bedrijfstakpensioenfondsen voor het Beroepsvervoer over de weg heeft het faillissement aangevraagd van een natuurlijk persoon die in het verleden een eenmanszaak heeft geëxploiteerd onder de naam A&G Transport. In eerste aanleg is het faillissement uitgesproken.

Na de faillietverklaring is het pensioenfonds volledig betaald. Ook zijn twee andere schuldeisers (vrijwel) volledig voldaan. De faillissementskosten zijn gestort op de derdengeldenrekening van de advocaat van de schuldenaar. Een schuld aan de Belastingdienst van meer dan € 160.000 is niet voldaan, maar het hof acht het aannemelijk dat deze schuld aanzienlijk zal dalen omdat de schuld bestaat uit ambtshalve aanslagen en een boekhouder de administratie over 2016 t/m 2019 zal verzorgen en suppletieaangiften zal indienen. De Belastingdienst is bereid om, nadat de ontbrekende aangiften zijn ingediend, een betalingsregeling te treffen. Ook hebben de ouders en broer van de natuurlijk persoon zich garant gesteld voor de schulden. HypoCasso B.V., die een hypothecaire geldlening heeft verstrekt, ziet geen noodzaak tot inlossing van de lening en/of verkoop van de woning. Met de inkomsten die de schuldenaar uit loondienst verwerft, is zij in staat haar vaste lasten te voldoen. Het hof oordeelt op grond hiervan dat de schuldenaar niet meer in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen en vernietigt het faillissement.

H.J. de Kloe, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-05-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:4111

Zaaknummer: 200.277.550

Rechters: C.G. ter Veer, A.S. Gratama en M.S.A. van Dam

Advocaten: M.P. Harten, J.A. Trimbach en I.L. Conijn

Wetsartikelen: 6 Fw

RECHTSPRAAK

Appellant vordert betaling van facturen die de curator van Offset Print aan haar heeft gecedeerd. De wederpartij beroept zich terecht op verrekening, omdat zij schade heeft geleden door een brand in het bedrijfspand van Offset Print.

Op 18 december 2012 is Offset Print BV failliet verklaard. De curator heeft in december 2016 vier vorderingen van Offset Print op ICT Media BV voor het vervaardigen van drukwerk gecedeerd aan appellant. Appellant vordert in deze procedure betaling van deze facturen. ICT Media beroept zich op verrekening. Op 7 november 2012 is het bedrijf van Offset Print afgebrand. Deze brand is ontstaan in het gedeelte van het bedrijfspand dat Offset Print in gebruik had gegeven aan een derde. Omdat deze derde een hennepkwekerij had in het pand, heeft de verzekeraar uitkering geweigerd. In de brand is drukwerk van ICT Media, dat lag opgeslagen bij Offset Print en door haar verspreid zou worden, verloren gegaan.

In eerste aanleg heeft de rechtbank geoordeeld dat ICT Media terecht een beroep heeft gedaan op verrekening, omdat de curator de vordering van ICT Media op de lijst van voorlopig erkende schuldeisers heeft geplaatst. Het hof overweegt dat de vordering hiermee niet vaststaat, aangezien geen verificatievergadering is gehouden waar de vordering definitief is erkend. Het hof gaat daarom over tot een inhoudelijke beoordeling van de vordering van ICT Media.

Het hof oordeelt dat ICT Media een vordering heeft uit wanprestatie. Appellant heeft in eerste aanleg weliswaar gesteld dat aansprakelijkheid voor schade door brand is uitgesloten in de algemene voorwaarden, maar tegen het oordeel van de rechtbank dat de algemene voorwaarden niet van toepassing zijn, is niet gegriefd. Ook heeft appellant de stellingen van ICT Media dat werknemers van haar kort na de brand de schade hebben opgenomen en dat kort daarop een aansprakelijkstelling van Offset Print is gevolgd onvoldoende weersproken. Nu beide vorderingen vóór faillissement zijn ontstaan, komt ICT Media op grond van artikel 53 Fw een beroep op verrekening toe. Omdat de vordering van ICT Media hoger is dan de vordering die appellant heeft ingesteld, wordt de vordering van appellant afgewezen.

H.J. de Kloe, juni 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 02-06-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:1693

Zaaknummer: 200.244.523/01

Rechters: M.A.M. Vaessen, O.G.H. Milar en J.G.J. Rinkes

Advocaten: J. Kuijken en J. van Zinnicq Bergmann

Wetsartikelen: 53 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid – frustratie van betaling en verhaal – devolutieve werking van hoger beroep

De Hoge Raad casseert een arrest van het Hof 's-Hertogenbosch, omdat het in zijn oordeel dat sprake zou zijn van bestuurdersaansprakelijkheid, geen rekening heeft gehouden met stellingen van de bestuurders in eerste aanleg.

Vennootschap A en B zijn een samenwerking aangegaan met verweerster in cassatie, waarbij het de bedoeling was dat vennootschap A en B een nieuw raamkozijnensysteem zouden ontwikkelen en verweerster, op basis van een nog te sluiten licentie-overeenkomst, de kozijnen zou verkopen. Deze samenwerking is neergelegd in een 'Term Sheet', waarin staat dat de (beoogde) licentienemer (verweerster) alvast voorschotten betaalt aan de (beoogde) licentiegever (vennootschap A en B), nog voordat een licentie-overeenkomst wordt gesloten en voordat het product daadwerkelijk verkocht zou kunnen worden. Als er vóór 31 maart 2015 geen licentie-overeenkomst tot stand zou komen, zouden alle voorschotbetalingen worden gekwalificeerd als 'onverschuldigd betaald'.

De licentienemer heeft in de periode tussen januari en september 2015 ruim € 1,6 miljoen aan de licentiegever betaald. Een licentie-overeenkomst is niet tot stand gekomen. De licentienemer heeft zich op het standpunt gesteld dat het volledige bedrag onverschuldigd is betaald en vorderde het bedrag terug. De licentienemer heeft ook de bestuurders van de licentiegever aansprakelijk gesteld.

In eerste aanleg is de vordering jegens de licentiegever toegewezen en de vordering jegens de bestuurders afgewezen. In hoger beroep heeft de licentienemer zich jegens de bestuurders voor het eerst op het standpunt gesteld dat zij zouden hebben bewerkstelligd dat de onderneming geen verhaal bood voor haar vordering, omdat het saldo op de rekening nihil was,

de bestuurders niet zouden kunnen toelichten waar het betaalde geld zich zou bevinden en omdat de bestuurders het geld zouden hebben weggesluisd. De bestuurders namen vervolgens

geen memorie van antwoord. Wel hebben zij een schriftelijk pleidooi gehouden.

Het hof heeft vervolgens geoordeeld dat sprake was van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van de tweede categorie van het arrest Ontvanger/Roelofsen (HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758), waarin is geoordeeld dat een bestuurder aansprakelijk kan zijn als hij heeft bewerkstelligd dan wel toegelaten dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakomt en hem ter zake een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Volgens het hof kon aan de bestuurders een ernstig verwijt worden gemaakt, omdat zij wisten of behoorden te weten dat de door hen bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de schade. Volgens het hof vloeide dat voort uit het gegeven dat zij niet hebben toegelicht waarom er geen saldo meer was op de bankrekening, niet hebben toegelicht waar de ontvangen gelden zich dan wel zouden bevinden en ook verder geen verweer zouden hebben gevoerd.

De bestuurders stellen vervolgens in cassatie dat zij reeds bij de rechtbank hebben toegelicht wat er met het geld gebeurd zou zijn. Daarbij zouden zij voorts hebben toegelicht dat zij er gerechtvaardigd op mochten vertrouwen dat de betalingen na 31 maart 2015 niet meer als onverschuldigd zouden kwalificeren, omdat de betalingen plaatsvonden na afloop van de termijn die genoemd was in de Term Sheet. Deze stellingen zouden zij in het schriftelijk pleidooi nader hebben uitgewerkt.

De Hoge Raad oordeelt dat deze reeds in eerste aanleg vermelde stellingen een toelichting geven op de vraag wat er met de door licentienemer betaalde bedragen is gedaan en waarom, zodat daarin volgens de Hoge Raad besloten ligt dat zij mede strekken ter betwisting van de verwijten die zijn gemaakt aan de bestuurders. Toen licentienemer in hoger beroep haar grondslag toespitste op bestuurdersaansprakelijkheid, had het hof vanwege de devolutieve werking van het hoger beroep deze betwisting bij de beoordeling moeten betrekken. Nu het hof dit niet heeft gedaan, heeft het hof zijn oordeel dat de bestuurders een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt omdat er gelden zouden zijn weggesluisd, niet toereikend gemotiveerd. Aldus volgt vernietiging.

A.D. van Dalen, juni 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 29-05-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:984

Zaaknummer: 19/00031

Rechters: E.J. Numann, G. Snijders, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff

Advocaten: M. Littooi

Wetsartikelen: 6:162 BW