

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 13, 2020

Nummer 13, 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:2020:1016](#) 05-06-2020

Opheffing faillissement wegens gebrek aan baten (art. 16 Fw), geen beroep van curator op Garantstellingsregeling om kansen bestuurdersaansprakelijkheidsvordering te onderzoeken

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:982](#) 09-06-2020

Sluit een onoverdraagbaarheidsbeding ook verpanding uit? Is sprake van per faillissementsdatum toekomstige vorderingen?

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:1002](#) 02-06-2020

Inningsbevoegdheid curator en gedeeltelijke toedeling verkoopopbrengst aan bestuurder in privé

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:4213](#) 02-06-2020

IVO is niet van toepassing op een vordering tot afgifte van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:4045](#) 26-05-2020

Aansprakelijkheid bestuurder op grond van artikel 2:248 BW die jaren nadat bepaalde aanzienlijke kosten niet in de jaarrekening waren opgenomen, deze bij de vennootschap in rekening brengt

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:1399](#) 26-05-2020

Welke vorderingen kunnen worden verhaald onder een bankzekerheidsrecht?

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:3732](#) 12-05-2020

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:1325](#) 21-04-2020

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:4481](#) 14-04-2020

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

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

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:533](#) 21-01-2020

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:460](#) 20-01-2020

Homologatie van een schuldeisersakkoord geweigerd wegens aanwezigheid van voor verhaal vatbaar vermogen

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:9916](#) 19-11-2019

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:5254](#) 15-06-2020

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2020:4064](#) 03-06-2020

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:5230](#) 29-05-2020

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:4382](#) 15-05-2020

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:3832](#) 22-04-2020

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2020:1661](#) 25-03-2020

Annotatie

[Welke vorderingen kunnen worden verhaald onder een bankzekerheidsrecht?](#)

mr. drs. T.E. Booms

RECHTSPRAAK

Opheffing faillissement wegens gebrek aan baten (art. 16 Fw), geen beroep van curator op Garantstellingsregeling om kansen bestuurdersaansprakelijkheidsvordering te onderzoeken

Er is geen reëel zicht op verhaal bij de aan te spreken bestuurder en daarmee niet op een succesvol beroep op de Garantstellingsregeling. De opheffing van het faillissement wegens gebrek aan baten blijft in stand.

Centraal in deze zaak staat een gefailleerde vennootschap die behoorde tot een conglomeraat van vennootschappen dat zich bezighoudt met melkvee en die op 28 augustus 2012 failliet is verklaard.

Op voordracht van de rechter-commissaris heeft de rechtbank het faillissement opgeheven bij gebrek aan baten. Verzoeksters in deze zaak zijn als schuldeisers in het faillissement tegen deze beslissing in beroep gekomen. Zij stellen dat de curator onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de mogelijkheden om een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure te entameren op de voet van artikel 2:248 BW. Zij voeren onder meer aan dat de jaarrekeningen over 2006, 2008 en de jaren daarna niet gedeponeerd zijn. De curator had, aldus de verzoeksters, een beroep kunnen doen op de Garantstellingsregeling curatoren 2012 (art. 2:248 lid 10 BW jo. 2:138 lid 10 BW) om zo onderzoek te doen naar eventuele baten.

De curator stelt dat (1) onvoldoende grond bestaat voor het succesvol instellen van de vorderingen, en (2) dat geen uitzicht tot verhaal op de indirect bestuurder ten tijde van het faillissement bestaat. In een beroep op de Garantstellingsregeling curatoren 2012 ziet de curator weinig heil, nu ook in dat kader vooruitzichten moeten worden geboden op eventueel verhaal.

Het hof heeft de beschikking van de rechtbank bekrachtigd. Tegen dit oordeel komen verzoeksters in cassatie op. Het hof heeft ('kennelijk') geoordeeld dat verzoeksters niet aannemelijk hebben gemaakt dat nog wel voldoende aanwijzingen voor

verhaalsmogelijkheden op de bestuurder bestaan. Dat oordeel is feitelijk en niet onbegrijpelijk, aldus de Hoge Raad. Daarmee bestaat geen reële mogelijkheid voor de curator om een beroep te doen op de Garantstellingsregeling curatoren 2012. Nu het hof voorts feitelijk en niet onbegrijpelijk heeft geoordeeld dat (derhalve) geen middelen aanwezig zijn voor het nog verder onderzoeken en instellen van een rechtsvordering jegens de bestuurder, faalt het middel.

O. Oost, juni 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 05-06-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1016

Zaaknummer: 19/02652

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

Advocaten: T.T. van Zanten en B.I. Kraaijpoel

Wetsartikelen: 16 Fw en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder is niet aansprakelijk voor huurachterstand. Bij het aangaan van de huurovereenkomst is voldoende en geen onjuiste informatie verschaft. Er is ook geen sprake van onrechtmatige selectieve betaling.

Vesteda Investment Management B.V. ('Vesteda') houdt zich onder meer bezig met de verhuur van bedrijfsruimten. At Home Vastgoed B.V. ('At Home') bemiddelt in huurwoningen. Gedaagde ('de bestuurder') is de bestuurder en enig aandeelhouder van de enig aandeelhouder van At Home.

Vesteda en At Home zijn in 2014 een huurovereenkomst aangegaan voor een kantoorpand. Bij het aangaan van de overeenkomst is door At Home een waarborgsom aan Vesteda betaald. Tevens heeft At Home destijds gegevens over haar financiële situatie aan Vesteda verstrekt. Vanaf november 2015 heeft At Home de betaling van huur opgeschort vanwege stankoverlast in het pand. Vesteda en At Home hebben de huurovereenkomst gezamenlijk beëindigd per 1 november 2017. De kantonrechter heeft in november 2018 de door Vesteda gevorderde huurachterstand toegewezen en de door At Home gevorderde huurprijsverlaging afgewezen. De advocaat van At Home heeft Vesteda daarna laten weten dat At Home geen activiteiten meer heeft en dat Vesteda haar enige crediteur is. Behalve de borgsom zijn er geen activa meer waarop Vesteda zich kan verhalen.

Vesteda vordert dat de bestuurder wordt veroordeeld tot betaling van de huurachterstand (minus de waarborgsom) op grond van onrechtmatige daad. Volgens Vesteda wist de bestuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst dat de financiële situatie van At Home zorgwekkend was en daarmee dat At Home haar betalingsverplichtingen uit die overeenkomst niet zou kunnen nakomen, althans hij had dat moeten begrijpen. Daarnaast heeft de bestuurder, door het opschorten van de huurbetalingen en het niet reserveren van geld, de mogelijkheden van verhaal voor Vesteda geblokkeerd. De bestuurder benadrukt dat van bestuurdersaansprakelijkheid slechts sprake kan zijn indien hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij betwist dat daarvan sprake is.

Alle vorderingen van Vesteda worden afgewezen. Volgens de rechtbank is niet vast komen te

staan dat bij de bestuurder wetenschap bestond dat At Home haar betalingsverplichtingen uit de huurovereenkomst niet zou kunnen nakomen, althans dat hij dat had moeten begrijpen. Voorafgaand aan het aangaan van de huurovereenkomst heeft hij de voorlopige cijfers van At Home aan Vesteda verstrekt. Vesteda heeft daarover geen vragen gesteld of om nadere informatie gevraagd. Vesteda heeft ook niet onderbouwd waarom de bestuurder op basis van de voorlopige cijfers destijds wist of had moeten begrijpen dat At Home haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Het enkele verwijt dat de cijfers destijds zorgwekkend waren, is zonder nadere toelichting onvoldoende. Het feit dat de definitieve cijfers over dat jaar afwijken van de door At Home verstrekte voorlopige cijfers, maakt dat zonder nadere onderbouwing niet anders.

Ook het opschorten van de huurbetalingen kan volgens de rechtbank niet tot bestuurdersaansprakelijkheid leiden. Dat At Home naar het oordeel van de kantonrechter niet gerechtigd was de huurbetalingen op te schorten, betekent nog niet dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Verschillende getuigen hebben bij de kantonrechter verklaard dat sprake was van stankoverlast in het pand. Die stelling is door Vesteda niet weersproken. Gelet daarop kan niet worden gezegd dat At Home niet redelijkerwijs kon menen dat zij gerechtigd was de huurbetalingen op te schorten. Vesteda heeft ook niet nader toegelicht dat het volledig, in plaats van gedeeltelijk, opschorten van de huurbetalingen tot gevolg heeft gehad dat At Home nu geen verhaal biedt en dat de bestuurder hiervan een persoonlijk en ernstig verwijt te maken valt.

De bestuurder heeft verder nog aangegeven dat een uitspraak van de Hoge Raad (in het kader van het verbod op het dienen van twee heren) At Home in financiële moeilijkheden heeft gebracht, omdat zij haar verdienmodel moest aanpassen en geconfronteerd werd met claims van huurders. Daardoor bleef er minder geld over voor Vesteda. Ook daaruit volgt niet dat sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt. Volgens vaste jurisprudentie mag een bestuurder op grond van een eigen afweging bepalen welke schuldeisers van de vennootschap wanneer betaald worden. Vesteda heeft ook niet weersproken dat de bestuurder ten tijde van de beëindiging van de huurovereenkomst niet heeft gegarandeerd dat Vesteda betaald zou worden.

M.F. van Schendel, juni 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 22-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:3832

Zaaknummer: C/10/579370 / HA ZA 19-707

Rechters: B. van Velzen

Advocaten: E. de Ruiter en E.J. Eijsberg

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Geturboliquideerde vennootschap is ontvankelijk in haar verzet, omdat de dagvaarding is uitgebracht op het moment dat de vennootschap nog bestond.

Auto Service Arnhem B.V. ('ASA') heeft werkzaamheden verricht aan de auto van geopposeerde ('de eigenaar'). Als de auto gebreken blijft vertonen, ontstaat er een geschil tussen partijen. De eigenaar betreft ASA in een procedure en ASA wordt in hoger beroep bij verstek veroordeeld tot teruggave van de auto en tot betaling van schadevergoeding. Nadat het verstekarrest is gewezen, wordt ASA door de Kamer van Koophandel ontbonden en houdt ASA op te bestaan. Nadat ASA niet meer bestaat, stelt zij verzet in tegen het verstekarrest. De eigenaar stelt dat het verzet niet is ingesteld of dat ASA niet-ontvankelijk moet worden verklaard, omdat ASA niet meer bestaat.

Het hof betreft in zijn oordeel het door de Hoge Raad gewezen arrest van 11 januari 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BX9762, Unidek/HDI Holding). De Hoge Raad oordeelde daarin dat uit de strekking van artikel 2:23c lid 1 BW blijkt dat een procedure tegen een ontbonden rechtspersoon kan worden voortgezet, als de procedure is aangevangen vóór het tijdstip van de ontbinding van de vennootschap en de vereffening van haar vermogen.

Het hof constateert dat in dit geval de appeldagvaarding aan ASA is betekend voordat zij was ontbonden. Het hof oordeelt dat ASA door verzet in te stellen geen procedure heeft aangevangen, maar dat zij daarmee als oorspronkelijke verwerende partij alsnog in hoger beroep is verschenen en van antwoord heeft gediend. ASA heeft daarmee een reeds aangevangen procedure voortgezet. Dat ASA al is opgehouden te bestaan, staat aan de voortzetting van de procedure niet in de weg.

C.W. Kuipers, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-01-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:533

Zaaknummer: 200.197.631

Rechters: H.L. Wattel, I. Brand en B.J. Engberts

Advocaten: M. de Boorder en C. de Jong

Wetsartikelen: 2:19a BW, 2:23c BW en 143 Rv

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid. Na vernietiging van een vonnis van de rechtbank kan de vennootschap het op basis van dit vonnis ontvangen bedrag niet terugbetalen. De bestuurders hadden dit bedrag moeten reserveren, temeer nu het bedrag is besteed aan onverplichte betalingen.

Sanitech Holding BV ('Sanitech') en Montarlot Beheer BV ('Montarlot') waren ooit joint-venturepartners. In 2008 is de samenwerking beëindigd. Daartoe is een beëindigingsovereenkomst gesloten, die door Montarlot buitengerechtelijk is ontbonden. Dit leidt tot een aantal procedures, waarbij de rechtbank in 2014 onder andere beslist dat de buitengerechtelijke ontbinding geldig is en dat Sanitech aan Montarlot schadevergoeding moet betalen. Enkele maanden na het vonnis betaalt Sanitech vrijwillig (dus zonder daartoe gesommeerd te zijn) aan Montarlot een bedrag van 235.000 euro. In hoger beroep wordt het vonnis vernietigd en wordt Montarlot veroordeeld om het ontvangen bedrag weer aan Sanitech terug te betalen.

Dat gaat echter niet omdat Montarlot het bedrag reeds heeft uitgegeven. Zo heeft Montarlot rekening-courantvorderingen van haar bestuurders voldaan en betalingen verricht aan een dochtervennootschap van Montarlot, waarin zij de minderheid van de aandelen houdt. De meerderheid van de aandelen in die dochtervennootschap worden (indirect) gehouden door de broer van een van de bestuurders van Montarlot.

Sanitech stelt een vordering in tegen de bestuurders van Montarlot op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. De rechtbank wijst die vordering af onder verwijzing naar het Air-Holland-arrest (HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:829). Daarin overwoog de Hoge Raad dat bestuurders aansprakelijk zijn als zij *ernstig* rekening moesten houden met een vordering tegen de vennootschap, terwijl zij hebben bewerkstelligd dat de vennootschap die vordering niet zou kunnen betalen. De rechtbank overwoog dat de bestuurders wel rekening moesten houden met vernietiging van het vonnis (en terugbetaling van het bedrag), maar dat zij daar niet *ernstig* rekening mee hoefden te houden. Het vonnis bevat bijvoorbeeld geen duidelijke misslag en in het hoger beroep zijn geen nieuwe feiten en omstandigheden naar voren

gebracht.

Het hof overweegt dat de rechtbank met deze opvatting een ‘premie’ heeft gezet op het lichtvaardig en doelbewust onmogelijk maken van verhaal, voor het geval een hoger beroep ongunstig uitpakt. Het hof overweegt dat de bestuurders van Montarlot, juist gelet op de lange juridische strijd met Sanitech, voorzichtig hadden moeten handelen en het door Sanitech betaalde bedrag hadden moeten reserveren. Dat was wellicht anders geweest als de betalingen noodzakelijk waren om de bedrijfsvoering van Montarlot voort te kunnen zetten, maar dat hebben de bestuurders niet hard kunnen maken. Het feit dat Sanitech het bedrag vrijwillig betaalde, doet volgens het hof in dit verband niet ter zake.

Het hof komt tot de slotsom dat de bestuurders een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt dat zij het door Sanitech betaalde bedrag hebben besteed aan onverplichte betalingen, met verwaarlozing van het belang van Sanitech.

S.L. Haanschoten, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-05-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:3732

Zaaknummer: 200.245.880

Rechters: C.G. te Veer, L.M. Croes en A.S. Gratama

Advocaten: J.W.B. van Till en M.D. Kalmijn

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

De direct en indirect bestuurder van een geturboliquideerde vennootschap zijn aansprakelijk tegenover een voormalig werknemer vanwege de groepsstructuur. De kosten kwamen ten laste van de vennootschap, terwijl de moedervennootschap de inkomsten ontving.

Gedaagde 2 is de enig bestuurder en aandeelhouder van gedaagde 1, Invent Business Software B.V. ('IBS'). IBS exploiteert door gedaagde 2 ontwikkelde software door de verkoop van licenties voor het gebruik van de software met bijbehorende onderhoudscontracten. IBS is op haar beurt de enig bestuurder en aandeelhouder van Gersys B.V. ('Gersys'). Tussen Gersys en IBS is een partnerovereenkomst gesloten op grond waarvan Gersys het recht heeft de software te verkopen op basis van een provisie. Daarnaast bepaalt de partnerovereenkomst dat Gersys een vergoeding op uurbasis ontvangt voor werkzaamheden die zij ten behoeve van IBS of haar klanten uitvoert.

Eiser ('de werknemer') is samen met een aantal anderen in dienst getreden bij Gersys. IBS is overeenkomsten aangegaan met derden en heeft de daaruit voortvloeiende werkzaamheden uitbesteed aan Gersys. De werknemer en zijn collega's verantwoordden de door hen gewerkte uren aan IBS en IBS heeft de vergoeding daarvoor op basis van deze verantwoording in rekening gebracht aan klanten. Het salaris van de werknemer is zowel door IBS als door Gersys betaald.

Tijdens het dienstverband heeft de werknemer herhaaldelijk aan gedaagde 2 verzocht om betaling van (voorschotten op) zijn salaris. De werknemer heeft vervolgens een verzoekschrift ingediend bij de kantonrechter waarin hij onder meer heeft gevorderd dat Gersys wordt veroordeeld tot betaling van zijn achterstallig salaris. Deze vordering is door de kantonrechter toegewezen, maar Gersys heeft niet aan de veroordeling voldaan. Vervolgens heeft de algemene vergadering van Gersys besloten Gersys te ontbinden, waarna Gersys op grond van artikel 2:19 lid 4 BW is opgehouden te bestaan. Ten tijde van de ontbinding had Gersys meerdere onbetaalde vorderingen. Deze vorderingen zijn, nadat IBS de benodigde gelden aan Gersys had overgemaakt, na de ontbinding alsnog betaald. De vordering van de werknemer is echter onbetaald gebleven.

De werknemer vordert een verklaring voor recht dat IBS en gedaagde 2 aansprakelijk zijn voor de door de werknemer geleden schade en IBS en gedaagde 2 hoofdelijk te veroordelen tot betaling van het achterstallig salaris. De werknemer legt aan zijn vordering ten grondslag dat gelet op de gekozen constructie waarbij Gersys een personeelsvennootschap was zonder eigen inkomsten te genereren, IBS ervoor diende te zorgen dat Gersys haar verplichtingen jegens haar werknemers kon nakomen. IBS en gedaagde 2 hebben volgens de werknemer jegens hem onrechtmatig gehandeld doordat zij bewust hebben bewerkstelligd dat Gersys geen financiële middelen heeft om haar verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst te voldoen en Gersys vervolgens ook geen verhaal biedt. De werknemer is van mening dat IBS en gedaagde 2 een ernstig verwijt kan worden gemaakt. IBS en gedaagde 2 voeren verweer. Volgens hen is geen sprake van onrechtmatig handelen en is het onbetaald blijven van de vordering van de werknemer te wijten aan het feit dat er onvoldoende onderhoud- en consultancywerkzaamheden waren en daarmee onvoldoende inkomsten.

De rechtbank overweegt dat alle werknemers in dienst waren bij Gersys en dat IBS bepaalde onder welke voorwaarden overeenkomsten met klanten werden gesloten en welke werkzaamheden Gersys diende te verrichten. Daarbij kwamen de inkomsten uit de door IBS gesloten licentie- en onderhoudscontracten en de inkomsten uit verrichte werkzaamheden aan haar ten goede, terwijl de daarmee gepaard gaande kosten voor rekening van Gersys kwamen. De rechtbank stelt vast dat de door IBS aan Gersys gegeven vergoeding onvoldoende was om de kosten van Gersys te dekken. De rechtbank overweegt vervolgens dat indien moet worden aangenomen dat de door IBS aan Gersys betaalde vergoeding de kosten van Gersys zou moeten kunnen dekken, IBS kort na het opzetten van deze structuur had moeten constateren dat deze groepsstructuur en verdeling van kosten en inkomsten in de praktijk niet werkten en dat het salaris van de werknemers van Gersys niet of niet tijdig kon worden betaald. De rechtbank oordeelt onder verwijzing naar HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BN4033 (Comsys/Van den End) dat mede gelet op deze bekendheid bij IBS op IBS als holdingvennootschap en bestuurder van Gersys in deze omstandigheden een bijzondere zorgplicht rustte jegens de werknemers van Gersys die werkzaamheden hebben verricht waarvan de opbrengst juist ten goede is gekomen aan IBS. Doordat IBS vervolgens ook geen enkele maatregel heeft genomen ter bescherming van het belang van de werknemer waardoor zijn salaris onbetaald is gebleven, heeft IBS niet aan die zorgplicht voldaan en heeft zij jegens de werknemer onrechtmatig gehandeld. Nu IBS als bestuurder aansprakelijk is, is gedaagde 2 op grond van artikel 2:11 BW eveneens aansprakelijk. Op basis hiervan wijst de rechtbank de vordering van de werknemer toe.

M.M.H.A. Leurs, juni 2020

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 25-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2020:1661

Zaaknummer: C/02/351566 / HA ZA 18-716

Rechters: L.W. Louwerse

Advocaten: J.C. Debije en G.E. Doelman

Wetsartikelen: 2:11 BW, 2:19 BW, 6:162 BW en 2:8 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder is wegens betalingsonwil aansprakelijk jegens een schuldeiser, omdat hij is overgegaan tot turboliquidatie terwijl de vennootschap nog baten had die – bij vereffening – hadden kunnen worden aangewend om de vordering van schuldeiser volledig te voldoen.

Ter beslechting van een geschil onder een overeenkomst tot aanneming van werk, is bouwbedrijf X B.V. ('het bouwbedrijf') – als opdrachtgeefster van AA Schroefpalen B.V. ('AA Schroefpalen') – bij scheidsrechtelijk vonnis veroordeeld tot betaling aan AA Schroefpalen van een schadevergoeding.

In de onderhavige zaak spreekt AA Schroefpalen de bestuurder van het bouwbedrijf aan op grond van onrechtmatige daad, omdat hij is overgegaan tot turboliquidatie van het bouwbedrijf en zo heeft bewerkstelligd dat bovengenoemde vordering van AA Schroefpalen onbetaald is gebleven, terwijl middelen beschikbaar waren om die (bij een vereffening) te voldoen.

De kantonrechter overweegt dat uit een in het geding gebrachte jaarrekening volgt dat bij de ontbinding van de vennootschap het gestorte aandelenkapitaal van het bouwbedrijf is vrijgekomen en het bouwbedrijf ten tijde van het ontbindingsbesluit dus nog baten had. Nu niet is gebleken van andere schuldeisers had de vordering van AA Schroefpalen – indien wél tot vereffening was overgegaan – volledig door het bouwbedrijf kunnen worden voldaan. De kantonrechter oordeelt dat hiermee sprake is geweest van betalingsonwil waarvan de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De bestuurder is daarom aansprakelijk voor de door AA Schroefpalen geleden schade.

T.A. Janse, juni 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 15-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:4382

Zaaknummer: 8175516 CV EXPL 19-50030

Rechters: R. Kruisdijk

Advocaten: A. van Woerkom en A. Odekerken

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:19 lid 4 BW

ANNOTATIE

Welke vorderingen kunnen worden verhaald onder een bankzekerheidsrecht?**mr. drs. T.E. Booms**

Het hof miskent dat de vraag tot zekerheid van welke vorderingen een hypotheekrecht strekt, wordt bepaald door wat partijen bij vestiging ervan zijn overeengekomen, niet door wat partijen beoogden bij het ontstaan van de vorderingen.

Tussen ABN AMRO en de eigenaar van een met een hypotheekrecht bezwaard perceel wordt gestreden over de vraag of de bank het hypotheekrecht nog kan uitoefenen, of dat zij geen vordering heeft waarvoor het hypotheekrecht tot zekerheid strekt. De hier opgenomen uitspraak in hoger beroep vormt het vervolg op de eerdere uitspraak van Rechtbank Amsterdam 20 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1883 in dezelfde kwestie. In die uitspraak oordeelde de rechtbank dat de bank haar hypotheekrecht – een derdenhypotheek gevestigd voor schulden van een andere vennootschap dan de hypotheekgever – niet meer kon uitoefenen, omdat de schuldenaar inmiddels was opgehouden te bestaan (en er dus geen vordering meer zou bestaan waarvoor de bank het hypotheekrecht zou kunnen uitoefenen). Dat oordeel heeft – onder andere door een vermelding in Notamail 2019/89 – bij veel (veiling)notarissen wat koudwatervrees gewekt om mee te werken aan een executieveiling op grond van derdenzekerheid. Ten onrechte. Ook in het geval de debiteur van de hypotheekhouder is opgehouden te bestaan, kan het hypotheekrecht gewoon worden uitgeoefend; zie daarvoor mijn annotatie bij de rechtbankuitspraak in JOR 2019/170.

Ook in het hier opgenomen hofarrest krijgt de bank nul op het rekest. Het hof gooit het daarbij over een andere boeg dan de rechtbank. Kortgezegd oordeelt het hof dat gekeken moet worden of het hypotheekrecht strekt tot zekerheid van de vorderingen die de bank heeft op de relevante debiteur, in het arrest aangeduid als (glasbedrijf) '[X] - [Y]'. Het hof overweegt dat de bank niet heeft aangetoond dat er nog vorderingen resteren uit eerdere financieringen (uit 1983 en 1990) en dat daarom enkel een in 2004 verstrekte financiering zou kunnen leiden tot een vordering die onder het hypotheekrecht verhaald kan worden (r.o. 3.4.). Bij het onderzoek naar de vraag of de vorderingen die voortvloeien uit de in 2004 verstrekte

financiering 'gedekt' zijn door het hypotheekrecht, vliegt het hof mijns inziens uit de bocht.

In r.o. 3.5. overweegt het hof dat het hypotheekrecht niet is genoemd onder de door de bank opgestelde kredietdocumentatie ten tijde van de herziening van de financiering in 1990 (waarbij het sinds 1983 bestaande kredietarrangement kwam te vervallen). Volgens het hof laat dat 'bij het ontbreken van enige aanwijzing voor het tegendeel, redelijkerwijs geen andere uitleg toe dan dat in 1990 tussen partijen is overeengekomen dat het recht van hypotheek niet mede diende als zekerheid voor het toen verstrekte krediet. Het feit dat – naar tussen partijen niet in geschil is – het recht van hypotheek een zogenoemde krediethypotheek is, maakt dat niet anders.' Een soortgelijke redenering hanteert het hof in r.o. 3.6. ten aanzien van het krediet dat in 2004 is verleend. Omdat ook toen het hypotheekrecht niet in de kredietdocumentatie is opgenomen, moet volgens het hof worden aangenomen 'dat het ook bij het verlenen van het krediet in 2004 (...) niet de bedoeling van partijen is geweest dat het recht van hypotheek zou dienen als zekerheid voor dat nieuwe krediet.' Ook ligt het volgens het hof niet voor de hand dat het – inmiddels aan een derde toebehorend – perceel zou worden ondergezet voor de schuld van de kredietnemer.

Het hof miskent dat de vraag of een hypotheekrecht tot zekerheid strekt van een bepaalde vordering niet wordt bepaald naar wat partijen daar al dan niet over overeenkomen bij het ontstaan van de *vordering*, maar bij het ontstaan van het *hypotheekrecht*. Op dát moment wordt immers bepaald voor welke vorderingen een hypotheekrecht gevestigd is. Net zoals het niet mogelijk is om op een later moment de vorderingen waarvoor een zekerheidsrecht gevestigd is buiten de originele afspraken uit te breiden – zie HR 17 juni 1960, ECLI:NL:HR:1960:64 (Helmig/Smit q.q.) – is het niet mogelijk dat de vorderingen waarvoor een zekerheidsrecht is gevestigd 'zomaar' worden ingeperkt. Daarvoor is medewerking van – in ieder geval – de zekerheidsgerechtigde nodig, in de vorm van een (gedeeltelijke) afstand van het zekerheidsrecht, (gedeeltelijke) opzegging of een contractuele afspraak dat voor bepaalde vorderingen geen verhaal zal worden genomen onder het zekerheidsrecht.

Anders dan het hof meent, is daarbij juist wél relevant of het hypotheekrecht een 'vaste' hypotheek, of een 'krediethypotheek' of 'bankhypotheek' is (het hof kwalificeert het hypotheekrecht in deze zaak, schijnbaar in navolging van ABN AMRO, als een krediethypotheek in plaats van een bankhypotheek; uit de omschrijving in de door het hof geciteerde hypotheekakte volgt echter niet dat de vorderingen waarvoor het hypotheekrecht is gevestigd zouden zijn beperkt tot vorderingen die voortvloeien uit de kredietrelatie). Juist bij een bankhypotheekrecht ligt het voor de hand dat partijen bij het vestigen van het hypotheekrecht de bedoeling gehad hebben om *alle* vorderingen die de hypotheekhouder verkrijgt op de debiteur onder het hypotheekrecht te kunnen verhalen. Stel bijvoorbeeld dat glasbedrijf [X] - [Y] in opdracht van ABN AMRO de gevelbeglazing van het hoofdkantoor van

de bank vervangt en daarbij een fout maakt, die leidt tot een vordering van ABN AMRO jegens [X] - [Y] uit wanprestatie of onrechtmatige daad. De bank zou deze vordering in beginsel onder haar bankhypotheekrecht kunnen verhalen, ongeacht of de bank en het glasbedrijf bij het sluiten van de overeenkomst tot vervangen van de gevelbeglazing hebben bepaald dat eventuele vorderingen van ABN AMRO die uit (het niet nakomen van) die overeenkomst voortvloeien ook door het hypotheekrecht gedekt worden (vergelijk Pitlo/Reehuis 2019/752). Het ontbreken van een afspraak daaromtrent staat er niet aan in de weg dat de vordering toch onder het hypotheekrecht wordt verhaald, omdat niet dient te worden beoordeeld of partijen bij het ontstaan van de vordering het oog erop hebben gehad dat dit mogelijk zou zijn, maar bij het ontstaan van het hypotheekrecht.

Of partijen bedoeld hebben ook vorderingen uit toekomstige kredietverschaffing onder het hypotheekrecht verhaalbaar te maken, is een kwestie van uitleg van de hypotheekakte. Uit de betreffende hypotheekakte volgt dat het hypotheekrecht is gevestigd tot zekerheid van vorderingen die de bank 'uit welken hoofde ook of te eniger tijd zal hebben'. Dat laat weinig aan duidelijkheid te wensen over. De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag hoe een hypotheekakte dient te worden uitgelegd op het punt van de vorderingen die door het hypotheekrecht worden gecureerd. Zou men aannemen dat – gezien het publieke karakter van hypotheekrechten en de derdenwerking die daarmee gepaard gaat – hypotheekakten op dit punt objectief dienen te worden uitgelegd, dan lijkt er weinig ruimte te zijn om te oordelen dat de vordering van ABN AMRO op [X] - [Y] niet onder de omschrijving in de hypotheekakte valt. Het merendeel van de literatuur lijkt voor een dergelijke, objectieve uitleg te opteren (zie bijvoorbeeld F.M.J. Verstijlen, *Algemene bepalingen pand en hypotheek* (Mon. BW nr. B11) 2013/15). Men zou de hypotheekakte ook subjectief kunnen uitleggen. In algemene zin zou kunnen worden betoogd dat dit aansluit bij de uitleg van pandakten op dit punt – zie HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3381 (ING/Muller q.q.) – omdat in beide gevallen de vraag of de vorderingen waarvoor het zekerheidsrecht is gevestigd zich niet uit de akte laat beantwoorden, maar informatie vereist die voor derden niet zonder meer toegankelijk is (en er dus minder aanleiding is om aan te sluiten bij objectieve uitleg die derdenwerking veronderstelt).

In specifieke gevallen zou daarnaast subjectieve uitleg voor de hand liggen indien het een uitlegkwestie betreft in een geschil tussen enkel de oorspronkelijk bij de akte betrokken partijen (dan wel hun rechtsopvolgers onder algemene titel) en er dus geen 'derden' geraakt worden (hetgeen in het voorliggende geval niet zonder meer aan de orde is, omdat het hypotheekobject in de tussentijd is overgedragen aan een – weliswaar gelieerde – andere vennootschap). Ook wanneer de hypotheekakte subjectief wordt uitgelegd, wijst de tekst van een bankhypotheekakte erop dat partijen waarschijnlijk bedoeld hebben om *alle* vorderingen

onder het hypotheekrecht te brengen. Wel is er dan meer ruimte om via uitleg – wat mochten partijen over en weer van elkaar verwachten? – tot een ander oordeel te komen. Enkele van de gezichtspunten die bij die uitleg gehanteerd kunnen worden zijn bijvoorbeeld de vraag of er veel of weinig tijd is verlopen tussen het vestigen van het hypotheekrecht en het ontstaan van de vordering, of er reeds een soortgelijke (krediet)relatie tussen de partijen bestond als die waar de vordering uit voort is gevloeid en of de vordering als ‘exotisch’ is te beschouwen gelet op de kennis en wetenschap die partijen op het moment van het vestigen van het hypotheekrecht hadden (een overzicht van gezichtspunten is opgenomen in T.E. Booms, ‘Afhankelijkheid’, in: S.E. Bartels, J.B. Spath & K. Everaars, *Tenietgaan van beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2017, p. 143-146). Daarnaast zou in een geval als hier besproken aandacht kunnen worden besteed aan de vraag of partijen bij het vestigen van het hypotheekrecht mochten verwachten dat ook vorderingen onder het hypotheekrecht verhaald zouden worden nadat de hypotheekgever en de debiteur van de gesecureerde vordering niet langer één en dezelfde partij zijn, waardoor er feitelijk derdenzekerheid wordt verschaft (in het voorliggende geval moet daarbij de kanttekening gemaakt worden dat er wel sprake is van gelieerde partijen). Gebeurtenissen die plaatsvinden na het vestigen van het hypotheekrecht kunnen op die manier een rol spelen bij de uitleg van hetgeen partijen in de hypotheekakte zijn overeengekomen. Dat is echter iets anders dan de vraag stellen of het – op het moment van het ontstaan van de vordering – logisch was dat de hypotheekgever het hypotheekobject tot zekerheid wilde laten strekken voor de schuld van een derde.

Een in het kader van het bovenstaande interessante vraag is nog of het voor de uitkomst van deze procedure zou moeten uitmaken dat ABN AMRO het hypotheekrecht enige tijd ‘vergeten’ lijkt te zijn geweest (r.o. 2.11). Uit het feit dat de bank lange tijd geen beroep heeft gedaan op het hypotheekrecht mag niet lichtvaardig worden afgeleid dat de bank afstand van haar hypotheekrecht heeft gedaan (vergelijk C. Spierings, *Afstand van recht* (Mon. BW nr. A6a) 2019/17). Hoogstens zou aan het gedrag van de bank enige waarde kunnen toekomen bij de vraag of partijen bij het vestigen van het hypotheekrecht hebben bedoeld dat het hypotheekrecht ook tot zekerheid voor de vordering uit 2004 zou strekken.

T.E. Booms, juni 2020

RECHTSPRAAK

Artikel 69 Fw-verzoek. Curator hoeft geen brief af te geven aan de debiteuren ten behoeve van de openbaar pandhouder. Gestelde termijn ex artikel 58 Fw heeft geen rechtsgevolg, omdat pandhouder niet talmt.

In het faillissement van PSL Europe B.V. wordt de curator geconfronteerd met een openbare verpanding van vorderingen aan ABNAMRO Asset Based Finance B.V. ('AABF'). AABF geeft daags na het faillissement de curator bericht dat zij zelf zal overgaan tot het incasseren van de aan haar verpande vorderingen. Vervolgens krijgen AABF en de curator onder andere onenigheid over het door de curator overhandigen van een brief waarin duidelijk wordt gemaakt aan de debiteuren van failliet dat zij bevrijdend kunnen betalen aan AABF, het afgeven van debiteureninformatie en over de vraag of de curator een (redelijke) termijn ex artikel 58 Fw stelde en wat de (rechts)gevolgen daarvan zijn.

AABF dient een verzoekschrift ex artikel 69 Fw in en vraagt de rechter-commissaris de curator te bevelen (1) de bedoelde brief en debiteureninformatie af te geven en (2) tot het nalaten van innen van aan haar verpande vorderingen na verloop van de door de curator ex artikel 58 Fw gestelde termijn.

Allereerst oordeelt de rechter-commissaris dat AABF ontvankelijk is in haar verzoek. Hoewel AABF een persoonlijke belang heeft bij haar verzoek, heeft het verzoek (ook) betrekking op het beheer van de boedel. Het is immers in het belang van de afwikkeling van de boedel dat de vorderingen worden geïncasseerd en dat duidelijk wordt in hoeverre de boedel inspanningen dient te leveren bij de incasso.

Over het verzoek om een schriftelijke verklaring van de curator oordeelt de rechter-commissaris dat hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in het arrest van 30 oktober 2009 (Hamm q.q./ABN AMRO, ECLI:NL:HR:2009:BJo861) over de informatieverschaffing aan een stil pandhouder ook geldt in de verhouding tussen de curator en een openbaar pandhouder. Ook een openbaar pandhouder kan immers afhankelijk zijn van de curator, nu hij over informatie van de crediteur beschikt die van belang kan zijn voor het laten slagen van de incasso van vorderingen. De regel van de Hoge Raad dat de curator informatie aan een

pandhouder dient te verstrekken, dient volgens de rechter-commissaris ruim uitgelegd te worden. De pandhouder is wel gehouden eventuele kosten naar aanleiding van het verstrekken van informatie gemaakt door de curator te voldoen. De curator kan echter niet gehouden worden debiteuren ervan te overtuigen dat zij kunnen betalen aan de pandhouder. De curator hoeft dus niet de verzochte brief af te geven, aldus nog steeds de rechter-commissaris. Wel moet de curator de door AABF gevraagde informatie (o.a. kopiefacturen) verschaffen. Nu de curator die informatie al heeft gegeven, is AABF op dit punt niet-ontvankelijk in haar verzoek.

Voor wat betreft het verzoek om te bevelen dat de curator het innen van verpande vorderingen dient na te laten na ommekomst van de door hem gestelde termijn, geeft de rechter-commissaris aan dat alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen bij de beantwoording van de vraag of een gestelde termijn een redelijke is en dat de curator bij het stellen van een termijn de periode die aan de termijnstelling is voorafgegaan niet dient mee te wegen. In dit geval oordeelt de rechter-commissaris dat een eerste termijn die door de curator zou zijn gesteld, niet geldt als een termijn ex artikel 58 Fw. Die termijn zou namelijk (eventueel met terugwerkende kracht) zijn gesteld op de faillissementsdatum; toen kon nog geen sprake zijn van talmen van de pandhouder. De rechter-commissaris geeft daarbij nog aan dat voor de vraag of wordt getalmd, niet relevant is het resultaat van de incasso van vorderingen, maar de vraag of de pandhouder stilzit of niet.

De tweede termijnstelling van de curator is wel succesvol geweest volgens de rechter-commissaris. De rechter-commissaris oordeelt dat niet kan worden gezegd dat de pandhouder altijd even voortvarend te werk is gegaan, maar dat zij niet kan worden verweten dat zij zich zou gedragen als een talmende separatist. De incasso is een tijdrovende klus, onder andere omdat sprake is van veel buitenlandse debiteuren en inhoudelijke betwistingen. De rechter-commissaris oordeelt met dit in het achterhoofd dat aan de door de curator gestelde termijn geen rechtsgevolgen dienen te worden verbonden en beveelt de curator incasso van vorderingen na ommekomst van de ex artikel 58 Fw gestelde termijn na te laten.

W.T.N. Vlasveld, juni 2020

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 29-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2020:5230

Zaaknummer: F.19.192

Rechters: R.G.C. Veneman

Wetsartikelen: 69 fw en 58 Fw

RECHTSPRAAK

**Sluit een onoverdraagbaarheidsbeding ook verpanding uit?
Is sprake van per faillissementsdatum toekomstige
vorderingen?**

Proefprocedure tussen bank en curator. Volgens het hof is uitgangspunt dat een onoverdraagbaarheidsbeding niet tevens verpanding uitsluit, tenzij uit objectieve uitleg volgt dat (ook) onverpandbaarheid is beoogd. De vordering uit een participatiereserve is toekomstig in de zin van artikel 35 lid 2 Fw, omdat voor het ontstaan daarvan een wilsverklaring van de coöperatie is vereist en daar op faillissementsdatum nog geen sprake van was.

Een inmiddels gefailleerde vof is lid van de coöperatie Coöperatieve Bloemenveiling FloraHolland U.A. ('FloraHolland'). In verband met haar lidmaatschap heeft de vof aanspraken uit hoofde van een participatierekening en een verstrekte ledenlening. De vof heeft haar vorderingen op FloraHolland verpand aan Rabobank. In deze proefprocedure twist Rabobank met de curator van de vof en de (schuldsanerings)bewindvoerder van de vennoten ('de curator c.s.') over de vraag of de voormelde aanspraken rechtsgeldig zijn verpand.

In de uitspraak komen verschillende interessante aspecten aan bod, maar de twee rechtsvragen waar het in de kern om gaat zijn (1) of het in de statuten opgenomen onoverdraagbaarheidsbeding tevens verpanding uitsluit en (2) of de vorderingen per faillissementsdatum toekomstig waren. De rechtbank heeft de eerste vraag ten aanzien van de participatierekening bevestigend beantwoord en ten aanzien van beide vorderingen geoordeeld dat deze niet toekomstig waren. Rabobank heeft in hoger beroep vernietiging van het vonnis gevorderd, voor zover daarin de vordering van de curator c.s. is toegewezen. De curator c.s. heeft incidenteel appel ingesteld.

De belangrijkste overwegingen van het hof hebben betrekking op de vordering ingevolge de participatierekening. De statuten van FloraHolland bepalen dat de participatierekening niet vatbaar is voor overdracht of overgang. Met verschillende grieven komt Rabobank op tegen

het oordeel van de rechtbank dat dit beding meebrengt dat er geen pandrecht tot stand is gekomen.

Het hof stelt eerst vast dat het beding, uitgaande van de maatstaf uit *Coface/Intergamma*, gelet op de formulering ervan goederenrechtelijke werking heeft. Vervolgens komt het hof toe aan de eerste kernvraag. Volgens het hof is uitgangspunt dat een beding dat een vordering in de zin van artikel 3:83 lid 2 BW onoverdraagbaar maakt, niet tevens verpanding uitsluit, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat (ook) onverpandbaarheid (met goederenrechtelijke werking) is beoogd. Het hof baseert zich hierbij op het gegeven dat de Hoge Raad in *Oryx/Van Eesteren* (HR 17 januari 2003, ECLI:NL:2003:AF0168) ten aanzien van de verpanding specifiek verwijst naar artikel 3:98 BW. Dit impliceert dat verpanding separaat goederenrechtelijk kan worden uitgesloten en dat de grondslag hiervoor artikel 3:98 BW is. Volgens het hof is dit in overeenstemming met de opvatting dat de artikelen 3:81 lid 1 BW en 3:228 BW niet als wettelijke uitzonderingen moeten worden gezien op de overeenkomstige toepassing van de regels voor overdracht van goederen op de vestiging van beperkte rechten op die goederen.

Ten aanzien van de participatierekening bleek uit de formulering van de statutaire bepaling volgens het hof géén oogmerk van goederenrechtelijke onverpandbaarheid. De gegrondheid van deze grief kan Rabobank echter niet baten, omdat het hof ook acht dient te slaan op hetgeen de curator in eerste aanleg heeft aangevoerd in het kader van artikel 35 lid 2 Fw. De statuten bepaalden dat de algemene vergadering van FloraHolland op voorstel van het bestuur kan besluiten tot betaalbaarstelling aan een lid van een op de participatierekening bijgeschreven bedrag. Voor het ontstaan van een aanspraak is dus een handeling c.q. wilsverklaring van FloraHolland vereist. Zolang een dergelijke handeling nog niet is verricht, moet de aanspraak op de participatierekening als een toekomstige vordering worden aangemerkt, aldus het hof onder verwijzing naar het arrest *Staal Bankiers/Ambags q.q.* (HR 25 maart 1988, NJ 1989/200). Omdat een dergelijk besluit in dit geval op faillissementsdatum nog niet was genomen, was er (alsnog) geen pandrecht tot stand gekomen.

Het incidenteel appel had betrekking op de ledenlening. Anders dan bij de participatierekening kon deze vordering volgens het hof niet als toekomstig worden aangemerkt, omdat de aanspraken tot terugbetaling ten tijde van het faillissement reeds op grond van de statuten bestonden. Omdat de curator c.s. er bovendien niet in slaagden te onderbouwen dat de relevante statutaire bepalingen onverpandbaarheid van deze vordering beoogden, laat het hof het oordeel van de rechtbank ten aanzien van de ledenlening in stand.

Het hof bekrachtigt dus het vonnis van de rechtbank. Het laatste woord lijkt daarmee nog niet gezegd. Met name de rechtsvraag of onoverdraagbaarheid ook leidt tot onverpandbaarheid is

al jaren voer voor discussie in literatuur en rechtspraak. Beide partijen hebben dan ook al aangekondigd dat zij in cassatie zullen gaan als zij in het ongelijk worden gesteld. Op wetgevingsvlak zijn er inmiddels echter ook ontwikkelingen. Op 2 juni 2020 is het Wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden bij de Tweede Kamer ingediend. Als dat wordt aangenomen, zal het praktisch belang van een antwoord op bovenvermelde vraag beperkt zijn tot vorderingen zoals de onderhavige, die waarschijnlijk niet kwalificeren als 'voortkomend uit de uitoefening van beroep of bedrijf'.

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

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 09-06-2020

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2020:982

Zaaknummer: 200.240.050/01

Rechters: J.W. Frieling, M.C.M. van Dijk en R.F. Groos

Advocaten: F.J. Hordijk en T.P. Timmers

Wetsartikelen: 3:83 lid 2 BW, 3:98 BW, 3:81 lid 1 BW, 3:228 BW en 35 lid 2 Fw

RECHTSPRAAK

Bevoegdheidsincident. Vordering van curator met grondslag onverschuldigde betaling vloeit niet voort en hangt niet samen met in Duitsland geopende insolventieprocedure. De rechtbank acht zich daarom bevoegd.

De curator van een bedrijf stelt een vordering in uit hoofde van onverschuldigde betaling. De wederpartij heeft zich bij incidentele conclusie op het standpunt gesteld dat de insolventieprocedure in Duitsland is geopend, zodat op grond van artikel 3 lid 1 IVO (oud) de Duitse rechter exclusief bevoegd is om van de vordering van de curator kennis te nemen.

De rechtbank acht zich bevoegd om van de onderhavige vordering kennis te nemen, omdat de grondslag van de vordering enkel onverschuldigde betaling is. De curator rept met geen woord over een andere grondslag zodat de vordering niet voortvloeit uit de insolventieprocedure noch daarmee samenhangt. Nu de wederpartij woonachtig is in Nederland, is de rechtbank bevoegd.

J.D. van den Dolder, juni 2020

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 03-06-2020

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2020:4064

Zaaknummer: Co3/273384/HA ZA 20-52

Rechters: J.R. Sijmonsma

Advocaten: R.A. Oliemans en Y. Kunze

Wetsartikelen: 3 IVO

RECHTSPRAAK

IVO is niet van toepassing op een vordering tot afgifte van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken

IVO is niet van toepassing op een vordering tot afgifte van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken. De vordering vindt niet haar grondslag in het insolventierecht en vloeit niet rechtstreeks voort uit de insolventieprocedure. Artikel 10 IVO schept geen rechtsmacht, maar is een materieelrechtelijke bepaling.

Top Mark B.V., een groothandel in speelgoed en babyartikelen, heeft aan de Belgische vennootschap Orchestra-Prémaman Belgium S.A. ('OPB') diverse kinderartikelen verkocht. De algemene voorwaarden van Top Mark bevatten onder meer een eigendomsvoorbehoud. Verder bevatten deze voorwaarden een forumkeuze voor de Nederlandse rechter en een rechtskeuze voor Nederlands recht. OPB en haar moedermaatschappij ('OPSA') raken in financiële moeilijkheden. In september 2019 wordt OPSA in Frankrijk toegelaten tot een insolventieprocedure. OPB wordt in België toegelaten tot een insolventieprocedure.

OPB blijft in gebreke met de betaling van de facturen voor de geleverde kinderartikelen. Top Mark heeft in eerste aanleg afgifte van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken gevorderd. De voorzieningenrechter heeft zich bevoegd geoordeeld om van het geschil kennis te nemen omdat sprake is van een geldige forumkeuze. Op het geschil is het Nederlandse recht, en daarmee het CISG (Weens Koopverdrag) van toepassing. De voorzieningenrechter heeft het verweer van OPB gehonoreerd dat zij de goederen in kwestie heeft doorgeleverd aan OPSA en feitelijk niet in staat is om de goederen terug te geven aan Top Mark. Om die reden heeft hij de vordering afgewezen. Top Mark gaat in hoger beroep.

Het hof oordeelt dat de Nederlandse rechter bevoegd is op grond van artikel 25 Brussel I bis-verordening, omdat in de algemene voorwaarden een geldig forumkeuzebeding is opgenomen. Het feit dat OPB is toegelaten tot een insolventieprocedure waarop de Insolventieverordening (IVO) van toepassing is, maakt dit niet anders. De vordering van Top Mark vindt haar grondslag namelijk niet in het insolventierecht en hangt ook niet rechtstreeks samen met de insolventieprocedure. Artikelen 6 en 32 IVO staan daarom niet in de weg aan de bevoegdheid

van de Nederlandse rechter. De Franse rechter is ook niet bevoegd op grond van artikel 10 IVO, omdat dit geen bevoegdheidsbepaling is maar een materieelrechtelijke bepaling die de verkoper bescherming biedt ten aanzien van goederen die zich bevinden buiten de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend.

Ten aanzien van het toepasselijk recht overweegt het hof dat het CISG van toepassing is op de vraag of een geldig eigendomsvoorbehoud is overeengekomen. De goederenrechtelijke gevolgen van een geldig overeengekomen eigendomsvoorbehoud worden op grond van artikel 10:128 BW beheerst door het recht van de staat op welks grondgebied de zaak zich op het tijdstip van de levering bevindt. Omdat de goederen zich in Frankrijk bevinden, is Frans recht hierop van toepassing.

Het hof oordeelt dat de voorzieningenrechter de vordering van Top Mark terecht heeft afgewezen omdat het voor OPB feitelijk onmogelijkheid is de geleverde goederen te retourneren. De goederen zijn geleverd aan OPSA in Frankrijk en bevinden zich niet in de macht van OPB. Het verweer van Top Mark dat OPB de goederen in strijd met het eigendomsvoorbehoud heeft doorgeleverd aan OPSA kan haar niet baten. Mogelijk kan Top Mark zich (op grond van Frans recht) tegenover OPSA op haar eigendomsvoorbehoud beroepen, maar OPSA is geen partij in deze procedure. Het hof bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter.

J.D. van den Dolder, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 02-06-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:4213

Zaaknummer: 200.274.098/01

Rechters: J.H. Kuiper, I. Tubben en J.G. Knot

Advocaten: J. van de Graaf

Wetsartikelen: 25 Brussel I bis-verordening, 10:128 BW, 6 IVO (herschikking), 10 IVO (herschikking) en 32 IVO (herschikking)

RECHTSPRAAK

Incidentele vordering tot zekerheidstelling voor executie van een vonnis in eerste aanleg wordt afgewezen. Omdat de boedel ontoereikend is om een bankgarantie te stellen, zou toewijzing van de vordering er mogelijk toe leiden dat de curator het vonnis niet (meer) kan executeren.

Op 1 november 2016 is het faillissement van Import Cooperation Europe B.V. ('Import') uitgesproken. Een natuurlijk persoon is bestuurder van een beheervennootschap ('Beheer'), die op haar beurt bestuurder is van Import (gezamenlijk: 'de bestuurders'). In eerste aanleg zijn de bestuurders veroordeeld tot betaling van het boedeltekort van Import. De bestuurders hebben tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld. Bij memorie van grieven hebben zij een incidentele vordering ingesteld tot zekerheidstelling voor het bedrag dat zij moeten voldoen op basis van het vonnis (art. 235 Rv). In haar memorie van antwoord heeft de curator aangeboden de executieopbrengst te parkeren op haar derdengeldenrekening. Het hof heeft in een tussenarrest partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de vorm van zekerheidstelling en het aanbod van de curator.

De bestuurders hebben afwijzend gereageerd op het aanbod van de curator, omdat het parkeren van de te incasseren gelden op de derdengeldenrekening naar hun mening geen zekerheid is in de zin van artikel 235 Rv. Daarnaast stelt de curator hiermee geen zekerheid voor verhaal van schade die de bestuurders mogelijk lijden door onrechtmatige executie. De bestuurders menen dat de curator een bankgarantie moet stellen voor het bedrag waarvoor de bestuurders zijn veroordeeld, vermeerderd met 30% rente en kosten. De curator verweert zich met de stelling dat de vordering tot zekerheidstelling na het tussenarrest ten onrechte is uitgebreid met de schade. Daarnaast stelt de curator dat het stellen van een bankgarantie niet aan de orde is, omdat de bestuurders nog geen bedragen hebben voldaan aan de boedel en dat de boedel ontoereikend is om een bankgarantie te stellen.

Het hof oordeelt dat uitbreiding van de vordering in strijd is met de twee-conclusie-regel. Ook de oorspronkelijke vordering tot zekerheidstelling wijst het hof af. Uitgangspunt is dat een vonnis dat uitvoerbaar bij voorraad is verklaard hangende hoger beroep ten uitvoer kan

worden gelegd. Toewijzing van de vordering heeft mogelijk het gevolg dat de curator het vonnis niet (meer) kan incasseren.

H.J. de Kloe, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 14-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:4481

Zaaknummer: 200.259.964 en 200.259.977

Rechters: Th.C.M. Willemse, C.J.H.G. Bronzwaer en S.C.P. Giesen

Advocaten: J.W. Mouthaan en S. Klomp

Wetsartikelen: 235 Rv

RECHTSPRAAK

Incidentele vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van een vonnis waarbij bestuurders zijn veroordeeld in het boedeltekort, wordt afgewezen. Het belang van de curator bij veiligstelling van vermogensbestanddelen van de bestuurders weegt zwaarder dan het restitutierisico van de bestuurders.

Op 1 november 2016 is het faillissement van Import Cooperation Europe B.V. ('Import') uitgesproken. Een natuurlijk persoon is bestuurder van een beheervennootschap ('Beheer'), die op haar beurt bestuurder is van Import (gezamenlijk: 'de bestuurders'). Beheer heeft de curator gedagvaard omdat zij meende een vordering in het faillissement van Import te hebben. In reconventie heeft de curator gevorderd Beheer als bestuurder te veroordelen in het boedeltekort. De curator heeft daarnaast de indirect bestuurder gedagvaard en gevorderd ook hem te veroordelen tot betaling van het boedeltekort. De rechtbank heeft beide zaken gevoegd behandeld. De vordering van Beheer is afgewezen, de vorderingen van de curator zijn toegewezen. De indirect bestuurder en Beheer hebben bij afzonderlijke dagvaarding beroep ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank. Bij memorie van grieven hebben zij een incidentele vordering tot voeging ingesteld. Daarnaast vorderen zij primair schorsing van de tenuitvoerlegging van het vonnis van de rechtbank (art. 351 Rv) en subsidiair zekerheidstelling voor het bedrag dat zij moeten voldoen op basis van het vonnis (art. 235 Rv).

De vordering tot voeging, waartegen de curator zich niet verzet, wijst het hof toe omdat tussen feitelijk dezelfde partijen over hetzelfde feitencomplex en dezelfde onderwerpen wordt geprocedeerd. De vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging wordt afgewezen. Het hof overweegt dat een belangenafweging moet plaatsvinden, waarbij uitgegaan moet worden van de juistheid van het vonnis van de rechtbank. De curator heeft als belang bij de tenuitvoerlegging gesteld dat zij vermogensbestanddelen van de bestuurders wil veiligstellen. De bestuurders stellen onder meer dat het restitutierisico groot is van het doen van betalingen aan de boedel, aangezien zij bij afwijzing van de vorderingen van de curator in hoger beroep een concurrente boedelvordering hebben waarop het salaris van de curator voorrang heeft. Naar het oordeel van het hof weegt het belang van de curator, en daarmee het belang van de boedel, zwaarder dan het belang van de bestuurders.

De vordering tot zekerheidstelling wordt aangehouden. De bestuurders hebben geen concrete vorm van zekerheidstelling gevorderd, terwijl de curator bij memorie van antwoord heeft aangeboden de executieopbrengst te parkeren op haar derdengeldenrekening. Het hof geeft partijen gelegenheid zich uit te laten over de vorm van zekerheid en het aanbod van de curator.

H.J. de Kloe, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:9916

Zaaknummer: 200.259.964 en 200.259.977

Rechters: Th.C.M. Willemse, C.J.H.G. Bronzwaer en S.C.P. Giesen

Advocaten: J.W. Mouthaan en C.G. Klomp

Wetsartikelen: 222 Rv, 235 Rv en 351 Rv

RECHTSPRAAK

Faillissement wordt na verzet vernietigd, omdat niet is gebleken van het vorderingsrecht van de aanvrager. Omdat de curator zich hangende het verzet onvoldoende terughoudend heeft opgesteld, wordt het salaris gematigd. De faillissementskosten worden voor 75% ten laste van de aanvrager gebracht en voor 25% ten laste van de schuldenaar.

Een natuurlijk persoon die niet in Nederland ingeschreven staat, is op 12 mei 2020 failliet verklaard. Op 27 mei 2020 komt hij in verzet tegen de faillietverklaring. De schuldenaar stelt dat niet summierlijk is gebleken van de vordering van de aanvrager van het faillissement ('aanvrager'). Daarnaast stelt hij dat hem niet verweten kan worden dat hij niet eerder in de procedure is verschenen. Nadat hij zijn huis had verkocht is hij verhuisd naar het buitenland. Korte tijd daarna is hij naar Nederland teruggekeerd om de zorg voor zijn minderjarige kinderen op zich te nemen. Hij heeft negen weken in een noodwoning op een camping verbleven en mocht zich daar niet inschrijven.

Aanvrager stelt dat hij een vordering heeft op de schuldenaar, omdat de schuldenaar hoofdelijk verbonden is tot nakoming van een kredietovereenkomst. Subsidiair stelt hij dat de schuldenaar hem schadevergoeding verschuldigd is, omdat de schuldenaar goederen waarop ten gunste van hem een pandrecht rust, heeft verkocht.

De rechtbank vernietigt het vonnis waarbij de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard en wijst het faillissementsverzoek af. Uit de kredietovereenkomst waarop aanvrager zich beroept, blijkt niet dat de schuldenaar aansprakelijk is voor nakoming van de kredietovereenkomst. Ook is niet gebleken dat de aanvrager schade heeft geleden door verkoop van de verpande goederen, omdat onvoldoende is onderbouwd dat de wederpartij in verzuim is.

Omdat de curator zich naar het oordeel van de rechtbank hangende de verzetprocedure onvoldoende terughoudend heeft opgesteld, wordt het salaris van de curator gematigd. De aanvrager wordt veroordeeld tot betaling van 75% van de faillissementskosten, omdat hij het

faillissement van de schuldenaar lichtvaardig heeft uitgelokt. De overige 25% moet betaald worden door de schuldenaar, omdat hij het faillissement had kunnen voorkomen door eerder in het geding te verschijnen.

H.J. de Kloe, juni 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 15-06-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:5254

Zaaknummer: FT RK 20-295

Rechters: F. Damsteegt-Molier

Advocaten: A.C.E.G. Cordesius en S.A.C.A. van Vloten

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 15 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Arrest na verwijzing door de Hoge Raad. De kopers van een herenwoning zijn de eerste termijn van de aanneemsom verschuldigd. Zij beroepen zich echter terecht op verrekening, omdat zij een hogere prijs moesten betalen voor het afbouwen van de woning doordat de curator de aanneemovereenkomst niet gestand heeft gedaan.

X Bouw B.V. heeft in september/oktober 2006 met 27 kopers een aanneemovereenkomst gesloten voor de bouw van 27 herenwoningen. In juli 2007 waren de ruwe beganegrondvloeren gereed, waardoor de kopers de eerste termijn van 20% van de aanneemsom verschuldigd waren. In september 2007 is X Bouw B.V. failliet verklaard. Op dat moment was de eerste termijn nog niet gefactureerd. De kopers hebben Woningborg aangesproken uit hoofde van verstrekte waarborgcertificaten. Nadat Woningborg de curator namens de kopers een termijn had gesteld in de zin van artikel 37 Fw, heeft de curator medegedeeld de aanneemovereenkomst niet gestand te doen.

Woningborg had de keuze de kopers schadeloos te stellen voor de meerkosten voor het afbouwen van hun woning of de reeds betaalde termijnen terug te betalen. Woningborg heeft ervoor gekozen de kopers schadeloos te stellen. In dat kader hebben Woningborg en de kopers in februari 2008 een afbouwovereenkomst gesloten met een andere aannemer. In deze overeenkomst is opgenomen dat de kopers de eerste termijn moesten voldoen aan Woningborg. Woningborg heeft de kopers gevrijwaard voor aanspraken van de curator.

Nadat de kopers niet hebben voldaan aan de sommatie van de curator om de eerste termijn te betalen, heeft de curator in rechte betaling van de eerste termijn gevorderd. Zowel de rechtbank als het hof heeft de curator in het gelijk gesteld. In cassatie heeft de Hoge Raad de stelling dat de curator op grond van artikel 37 Fw geen betaling kan vorderen omdat hij de aanneemovereenkomst niet gestand heeft gedaan verworpen (HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2730). De Hoge Raad heeft wel gecasseerd, omdat het hof ten onrechte had geoordeeld dat de kopers geen schriftelijke omzettingsverklaring hebben uitgebracht en geen beroep hebben gedaan op verrekening. In dit arrest na verwijzing door de Hoge Raad oordeelt het hof over de tegenvordering van de kopers.

Naar het oordeel van het hof hebben de kopers schade geleden, omdat zij meer voor de bouw moesten betalen dan de met X Bouw overeengekomen aanneemsom. Dat Woningbouw verplicht was de kopers schadeloos te stellen, neemt niet weg dat zij schade hebben geleden. Ook het feit dat Woningbouw de kopers heeft gevrijwaard voor aanspraken van de curator doet hier niet aan af. Er bestaat een causaal verband tussen de wanprestatie en de geleden schade, omdat de kopers een hogere prijs moesten betalen voor het afbouwen van de woningen doordat de curator de overeenkomst niet gestand heeft gedaan. Dat de hoogte van de schade gelijk is aan de hoogte van de eerste termijn staat vast, omdat de curator dit niet heeft betwist.

De curator heeft nog gesteld dat de schade geheel of gedeeltelijk voor rekening van de kopers moet blijven, omdat zij betaling van de eerste termijn hebben toegezegd aan Woningborg, terwijl de kopers ook verplicht waren de eerste termijn aan de curator te voldoen. Het hof overweegt dat het voor de boedel voordeliger was geweest als Woningborg de meerkosten had betaald. In dat geval zou Woningborg een concurrente (regres)vordering hebben in het faillissement, terwijl Woningborg de meerkosten nu door de kopers zelf heeft laten dragen met de instructie zich tegenover de curator op verrekening te beroepen. Dit doet echter niet af aan het recht van de kopers om hun schade niet op Woningbouw maar op de boedel te verhalen.

Tot slot oordeelt het hof dat verrekening niet in strijd is met artikel 53 Fw, omdat de schadevergoedingsvordering van de kopers voortvloeit uit de aanneemovereenkomst, die voor faillissement is gesloten. Het hof wijst de vorderingen van de curator af, omdat de kopers zich terecht op verrekening hebben beroepen.

H.J. de Kloe, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 21-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:1325

Zaaknummer: 200.252.354/01

Rechters: J.C.W. Rang, C.A.H.M. ten Dam en S. van Gulijk

Advocaten: W.L. Stolk en F. el Houzi

Wetsartikelen: 37 Fw, 53 Fw, 6:98 BW en 6:101 BW

RECHTSPRAAK

Inningsbevoegdheid curator en gedeeltelijke toedeling verkoopopbrengst aan bestuurder in privé

De curator vordert van de bestuurder en diens echtgenoot in privé betaling van een aan ABN Amro verpande rekening-courantvordering. De curator blijkt niet inningsbevoegd te zijn. Verder is een deel van de verkoopopbrengst van een bedrijfspand in mindering gebracht op de privéfinanciering van de bestuurder en diens echtgenote. De curator slaagt er niet in deze transactie met een beroep op de faillissementspauliana aan te tasten.

Van Biezen is bestuurder van onder meer D. Van Biezen Heipalen BV, D. Van Biezen Heiwerken BV en D. Van Biezen Beheer BV ('Beheer'). Deze vennootschappen zijn in 2017 gefailleerd met aanstelling van mr. Veerman q.q. tot curator. In de onderhavige procedure staan Van Biezen en zijn echtgenote enerzijds en de curator anderzijds tegenover elkaar. In het hoger beroep spelen nog twee vragen.

Ten eerste de vraag of de curator inningsbevoegd is ten aanzien van de rekening-courantvordering van Beheer op Van Biezen van € 40.697,23. Daarop rust een pandrecht van ABN Amro. De curator baseert zijn bevoegdheid op een e-mail van ABN Amro, waarin deze de curator verzoekt de debiteurenincasso van gefailleerden op zich te nemen. Volgens de curator zou de bank ook deze rekening-courantvordering tot de debiteuren rekenen. Van Biezen betwist dat de curator inningsbevoegd is.

Tenzij de bank mededeling van haar pandrecht heeft gedaan, is de curator inningsbevoegd met betrekking tot de aan de bank verpande vordering. De rechtbank heeft vastgesteld dat de verpanding tussen Van Biezen en de bank is besproken en het pandrecht bij Van Biezen bekend is. De rechtbank heeft dit voldoende geacht voor de openbaarmaking van het pandrecht, zodat niet de curator maar de bank in beginsel inningsbevoegd is. De curator heeft tegen dit oordeel van de rechtbank niets ingebracht. De curator kan daarom slechts inningsbevoegd zijn als de bank hem toestemming heeft gegeven. De curator verwijst

daarvoor naar de correspondentie met de bank waarin hem is gevraagd de debiteurenincasso te regelen. Daaruit blijkt echter niet dat de rekening-courantvordering van Beheer op Van Biezen tot de debiteuren wordt gerekend. Het hof oordeelt dan ook dat de curator niet inningsbevoegd is ter zake van de vordering.

Ten tweede is in dit arrest de vraag aan de orde of Van Biezen aan de boedel een bedrag van € 51.230 dient te vergoeden. Beheer was eigenaar van een bedrijfspand, gelegen achter de woning van Van Biezen. Op de woning en het bedrijfspand was een hypotheek gevestigd ten behoeve van ABN Amro voor schulden van zowel Van Biezen in privé als Beheer. Beheer heeft het bedrijfspand begin 2017 verkocht. De bank heeft in dat verband aan de notaris laten weten dat zij medewerking zou verlenen aan de doorhaling van het hypotheekrecht als een bedrag van € 51.230 zou worden betaald op haar rekening. Bij de afrekening van de transactie is dit bedrag inderdaad aan de bank betaald onder vermelding van 'aflossing hypotheek'. Hierbij ging het om een hypotheekschuld van Van Biezen.

De curator heeft verschillende handelingen die met het voorgaande betaling verband houden met een beroep op artikel 42 Fw jegens Van Biezen vernietigd, stellende dat Van Biezen hiertoe opdracht zou hebben gegeven. Volgens van Biezen heeft de bank om haar moverende redenen een deel van de opbrengst van het bedrijfspand gealloceerd op de hypotheekschuld van Van Biezen.

Het beroep van de curator op artikel 42 Fw slaagt naar het oordeel van het hof niet. De omstandigheid dat de boeking van deze betaling door de Bank niet ten gunste van Beheer maar van Van Biezen heeft plaatsgevonden, leidt namelijk niet tot schade van de boedel. Voor zover dat al nadelig zou zijn, hoeft de curator namelijk de vordering van de bank op Beheer voor dat bedrag niet tegen zich te laten gelden. De curator kan de interne beslissing van de bank bij verificatie van de vordering dus aan haar tegenwerpen. Dat de bank de betaling wel ten gunste van haar vordering op Van Biezen heeft afgeboekt is een kwestie die de curator niet regardeert.

J.E. van Nuland, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 02-06-2020

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2020:1002

Zaaknummer: 200.265.223/01, 200.265.223/01 en 200.265.223/01

Rechters: G.C. de Heer, J.W. Frieling en M.T. Nijhuis

Advocaten: A.E. Veerman en H.J. Bakker

Wetsartikelen: 42 Fw, 3:246 BW, 42 Fw en 42 Fw

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid bestuurder op grond van artikel 2:248 BW die jaren nadat bepaalde aanzienlijke kosten niet in de jaarrekening waren opgenomen, deze bij de vennootschap in rekening brengt

Indien een bestuurder zijn vennootschap ademruimte wil bieden door bepaalde kosten niet in rekening te brengen vanwege de benarde financiële positie waarin de vennootschap verkeert, dient hij ofwel deze kosten kwijt te schelden, ofwel de (steeds oplopende) betalingsverplichtingen op te nemen in de jaarrekening en boekhouding. Achteraf aanzienlijke kosten in rekening brengen (waarmee geen rekening is gehouden in de boekhouding of jaarrekening) is een schending van artikel 2:10 BW.

In deze 2:248 BW-procedure staat de vraag centraal of de bestuurder een behoorlijke boekhouding heeft gevoerd. De curator is van mening dat de bestuurder door zijn ondeugdelijke boekhouding onvoldoende zicht had op het feit dat de onderneming te weinig opbracht in verhouding tot de kosten. De bestuurder voert aan dat zijn boekhouding wel deugdelijk was en dat hij al het mogelijke heeft gedaan om zijn schuldeisers te betalen voordat hij het faillissement heeft aangevraagd. Het gaat vooral om drie grote kostenposten: de huur van het bedrijfspand, de managementvergoeding en de kosten van het ter beschikking stellen van voertuigen. Deze kosten zijn in 2011 tot en met 2014 niet opgenomen in de jaarrekeningen. In 2015 heeft de bestuurder deze alsnog met terugwerkende kracht vanaf 2011 in rekening gebracht.

De bestuurder voert aan dat hij de kosten destijds niet in rekening had gebracht vanwege de benarde financiële positie van El-Ino. Het hof begrijpt dat een ondernemer die twee ondernemingen voert niet alle kosten nauwgezet doorberekent van de ene aan de andere onderneming, als die andere onderneming die kosten toch niet kan betalen. Daarbij moet volgens het hof echter wel de keuze worden gemaakt tussen het kwijtschelden van de

kosten of het opschorten van de betalingsverplichting totdat er alsnog kan worden betaald. In het laatste geval ontstaat er een oplopende schuld, waarvan dan wel uit de boekhouding en de jaarrekening moet blijken, omdat deze anders geen juist beeld geven van de rechten en plichten van de vennootschap. Omdat er geen melding is gemaakt van de slapende betalingsverplichtingen van El-Ino ten aanzien van deze drie grote kostenposten, is een zeer onjuist beeld gegeven van de financiële positie van de vennootschap. Het hof komt daarmee tot de conclusie dat de bestuurder zijn boekhoudplicht heeft geschonden, evenals de publicatieplicht (omdat de jaarrekening van 2014 niet is gedeponneerd).

Vast staat dus dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en vermoed wordt dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Ter ontkrachting van dit vermoeden heeft de bestuurder het volgende aangevoerd ter onderbouwing van zijn stelling dat andere feiten of omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement: (1) het faillissement van de grootste opdrachtgever, (2) de verhoging van het btw-percentage van 6% naar 21% en (3) het terugdraaien van een subsidieregeling voor de loonkosten van het personeel. Hierin slaagt de bestuurder echter niet.

Ten aanzien van het faillissement van de opdrachtgever overweegt het hof dat dit in 2011 al is uitgesproken en dat de bestuurder sindsdien ruim vijf jaar lang geen reden heeft gezien om El-Ino te liquideren. Ook werd de omzet van de vennootschap niet wezenlijk verminderd en in de jaarrekeningen over de jaren na het faillissement van de opdrachtgever is niet te zien dat er (forse) afschrijvingen zijn gedaan op oninbare facturen. Met betrekking tot het verhoogde btw-percentage merkt het hof op dat op voorhand duidelijk was dat de btw slechts tijdelijk verlaagd zou worden naar 6%. Hoewel de maatregel eenmalig is verlengd, had de bestuurder er dus rekening mee moeten houden dat de maatregel weer zou worden teruggedraaid. Overigens heeft hij ook niet aangetoond wat de impact was van de verhoging voor zijn bedrijfsvoering. Verder heeft de bestuurder volgens het hof onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het terugdraaien van de loonkostensubsidie kan worden aangemerkt als een belangrijke oorzaak van het faillissement: hij heeft niet toegelicht om welke maatregel het ging, wanneer en waarom deze is opgeheven, noch waarom hij daarmee geen rekening heeft kunnen houden in zijn bedrijfsvoering.

Het hof is dan ook van oordeel dat de bestuurder aansprakelijk is voor het boedeltekort. Aangezien dit tekort nog niet vaststaat, verwijst het hof de zaak naar de schadestaatprocedure voor de vaststelling hiervan (art. 2:248 lid 5 BW).

S.E. Streng, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-05-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:4045

Zaaknummer: 200.243.791

Rechters: L.M. Croes, J. Sap en T.S. Jansen

Advocaten: F.B.M. van Aanhold en C.A.M. Nijhuis

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

RECHTSPRAAK

Welke vorderingen kunnen worden verhaald onder een bankzekerheidsrecht?

Een hypotheekrecht dat is gevestigd in 1983, strekt niet tot zekerheid van een krediet dat is verstrekt in 2004. In de annotatie onder het arrest is de auteur kritisch over dit oordeel.

In 1983 heeft een vennootschap ('X Beheer') ten gunste van ABN AMRO een bankhypotheekrecht ('tot zekerheid van al hetgeen de bank (...) uit welke hoofde dan ook te vorderen heeft of (...) zal hebben') gevestigd op een onroerende zaak. Dit hypotheekrecht strekte niet alleen tot zekerheid van schulden van X Beheer, maar strekte ook tot zekerheid van schulden van glasbedrijf '[X] - [Y] B.V.' In 1990 is de bestaande financiering vervallen en een nieuwe kredietovereenkomst gesloten met X Beheer en [X] - [Y]. Ook een derde vennootschap, 'Schildersbedrijf X', is kredietnemer, maar omwille van de overzichtelijkheid wordt deze vennootschap hier verder buiten beschouwing gelaten. Het in 1983 gevestigde hypotheekrecht is niet vermeld in de kredietdocumentatie. In 1995 heeft X Beheer de onroerende zaak overgedragen aan dochtervennootschap 'X OG', waarbij het hypotheekrecht op de onroerende zaak is blijven rusten.

In 2004 zijn de aandelen in [X] - [Y] overgedragen aan (een nieuw opgerichte vennootschap van) de bedrijfsleider. In verband met deze overname heeft ABN AMRO in 2004 een lening verstrekt aan [X] - [Y]. Het hypotheekrecht op de onroerende zaak is opnieuw niet vermeld in de kredietdocumentatie. [X] - [Y] is in 2014 ontbonden en uitgeschreven uit het handelsregister. Wanneer X OG wil overgaan tot verkoop van het onroerend goed, verzoekt zij ABN AMRO om doorhaling van het hypotheekrecht. ABN AMRO weigert dit, omdat zij nog een vordering heeft op [X] - [Y]. De verkoopopbrengst van het onroerend goed wordt daarom (tot het bedrag van de vordering van ABN AMRO) apart gehouden in afwachting van een tussen partijen te voeren gerechtelijke procedure over de vraag aan wie deze opbrengst toekomt.

De rechtbank heeft geoordeeld dat het hypotheekrecht op grond van het tenietgaan van de gesecureerde vordering(en) teniet is gegaan, omdat [X] - [Y] niet meer bestaat en daarom

geen verplichtingen meer kan hebben. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank, maar komt ook tot het oordeel dat ABN AMRO het hypotheekrecht niet kan uitoefenen. Naar het oordeel van het hof zijn de vorderingen die voortvloeien uit de in 1990 en 2004 verstrekte financiering niet 'gedekt' door het hypotheekrecht. Dat het hypotheekrecht niet is vermeld in de kredietdocumentatie, betekent volgens het hof dat het niet de bedoeling van partijen is geweest dat het hypotheekrecht tot zekerheid strekt voor het in 1990 en 2004 verleende krediet. Dat het zou gaan om een krediethypotheek, maakt dit niet anders. Ook ligt het volgens het hof niet voor de hand dat het – inmiddels aan een derde toebehorend – perceel zou dienen als zekerheid voor de vordering van ABN AMRO op [X] - [Y].

Een uitgebreidere weergave van het oordeel van het hof en een inhoudelijke bespreking van dit oordeel is opgenomen in de annotatie onder het arrest.

T.E. Booms, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-05-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:1399

Zaaknummer: 200.257.012/01

Rechters: G.C. Makkink, G.C.C. Lewin en J.W. Tromp

Advocaten: R. Dijkema en F.B.A.M. van Oss

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Homologatie van een schuldeisersakkoord geweigerd wegens aanwezigheid van voor verhaal vatbaar vermogen

Met een vordering ex artikel 479a Rv, een mogelijke vordering uit onrechtmatige daad en aandelen in enkele vennootschappen is voldoende aannemelijk dat crediteuren in het faillissement betere uitzichten hebben dan met het aangeboden akkoord.

Een natuurlijke persoon die in staat van faillissement is verklaard, biedt een akkoord aan op de voet van artikel 138 Fw. De rechtbank weigert homologatie van het aangeboden akkoord. De gefailleerde gaat tegen die weigering in hoger beroep. Een van de concurrente schuldeisers is tegenstander van homologatie en neemt als belanghebbende deel aan het geding.

Ook in hoger beroep wordt homologatie geweigerd. De beslissing om homologatie van het akkoord te weigeren wordt gegrond op het derde lid van artikel 153 Fw, de restcategorie van de weigeringsgronden. Volgens het hof is voldoende aannemelijk dat de schuldeisers bij liquidatie van de faillissementsboedel beter af zijn dan met homologatie van het akkoord. Zij zouden een hogere uitkering tegemoet kunnen zien en bovendien buiten/na het faillissement nog verhaalsmogelijkheden kunnen hebben voor hun restvordering.

Vermogensbestanddelen om te liquideren

Het hof neemt in aanmerking dat gefailleerde werkzaamheden verricht voor een vennootschap waarvan hij bestuurder is. Voorheen betaalde die vennootschap daarvoor een beloning aan de gefailleerde, maar enkele maanden na zijn faillietverklaring is de vennootschap daarmee gestopt, omdat gefailleerde naar eigen zeggen met pensioen is gegaan. Aan dat laatste gaat het hof echter voorbij, omdat uit het verhandelde ter zitting geen verandering van de daadwerkelijke bezigheden van gefailleerde is gebleken. Volgens het hof kan op grond van artikel 479a Rv een redelijke vergoeding voor de werkzaamheden van gefailleerde worden gevorderd van de vennootschap. Het feit dat de curator daar tot op heden nog geen aanstalten toe heeft gemaakt, doet volgens het hof niet af aan het bestaan van de vordering.

Volgens eigen zeggen zou gefailleerde ook een vordering tot schadevergoeding hebben op de Belastingdienst. Als dat juist is, kan ook die vordering in het faillissement tot verhaal van de schuldeisers dienen.

Tot slot bevinden zich in de boedel (als onderdeel van de huwelijksgoederengemeenschap van gefailleerde) nog aandelen in een andere vennootschap, die te gelde gemaakt zouden kunnen worden. De schuldeiser die zich als belanghebbende tegen homologatie van het akkoord verzet, heeft na de verificatievergadering aangeboden om die aandelen voor € 30.000 te kopen. Volgens gefailleerde zijn de aandelen echter niets waard en maakt de schuldeiser misbruik van recht, aangezien het bod alleen maar is gedaan om de homologatie van het akkoord te dwarsbomen. Het hof overweegt dat waardeloosheid van de aandelen niet is gebleken (er is een aanwijzing dat er een vordering uit hoofde van een geldlening in het vermogen van de vennootschap kan zitten) en dat ook na de verificatievergadering nog gewoon een rechtsgeldig, voor aanvaarding in aanmerking komend bod op de aandelen kon worden gedaan. Er is daarom geen sprake van misbruik van recht, maar van concreet uitzicht op een bate in het faillissement.

Toekomstige verhaalsmogelijkheden

Gefailleerde heeft verklaard dat zijn echtgenote in de toekomst mogelijk een uitkering uit een trust tegemoet kan zien, welke uitkering dan in de huwelijksgoederengemeenschap met gefailleerde zal vallen. Binnen het faillissement kan de curator het aandeel van gefailleerde in de uitkering voor de schuldeisers innen. Maar ook na afwikkeling van het faillissement zouden de schuldeisers zich voor hun restvordering nog op (het aandeel van gefailleerde in) een dergelijke uitkering kunnen verhalen, hetgeen zij bij homologatie van het akkoord niet meer zouden kunnen. De restvorderingen veranderen dan immers in natuurlijke verbintenissen.

Slot

De rechtbank legde in eerste aanleg aan de weigering van de homologatie mede ten grondslag dat gefailleerde onvoldoende openheid had gegeven over de herkomst van de voor het akkoord beschikbaar gestelde geldsom en dat de tekst van het akkoord onduidelijk was, waardoor er naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende waarborg was voor de nakoming van het akkoord (weigeringsgrond uit het tweede lid, sub 2, van art. 153 Fw). Tegen (onder meer) dit oordeel was ook een grief gericht door gefailleerde. Het hof komt aan behandeling daarvan niet toe, omdat de aanwijzingen omtrent de voor verhaal vatbare vermogensbestanddelen reeds voldoende grond zijn om homologatie te weigeren.

I.F.M. Lakwijk, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 20-01-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:460

Zaaknummer: 200.269.637 en F. 05/14/805

Rechters: H.L. Wattel, I. Brand en D.M.I. de Waele

Advocaten: B.M. König, S.H. Bloembergen-Nooter en P.J. Fousert

Wetsartikelen: 153 Fw en 497a Rv

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