

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 14, 2020

Nummer 14, 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:2020:1078](#) 19-06-2020

Aansprakelijkheid advocaat en stichting derdengelden

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1043](#) 12-06-2020

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1981](#) 30-06-2020

Verrekening van regresvordering die na datum faillissement ontstaat

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1877](#) 18-06-2020

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:4619](#) 17-06-2020

Hof vernietigt vonnis tot faillietverklaring. Nu er geen steunvorderingen meer zijn, is niet langer voldaan aan pluraliteitsvereiste

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:1440](#) 02-06-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid bij niet-nakoming aandelenkoop

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:4296](#) 20-05-2020

Faillissement wordt vernietigd omdat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de aanvrager (deel 2)

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:4295](#) 14-04-2020

Faillissement wordt vernietigd omdat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de aanvrager (deel 1)

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:1127](#) 14-04-2020

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:5601](#) 23-06-2020

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:4451](#) 17-06-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens schending van de Beklamel-norm en vaststelling peildatum

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:2855](#) 17-06-2020

Vermeende vordering vanwege het niet vergoeden van de overwaarde van huurgekochte machines

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:5338](#) 16-06-2020

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2020:1972](#) 09-06-2020

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:4239](#) 12-05-2020

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2020:2441](#) 06-05-2020

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2019:5833](#) 01-07-2019

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens verlenen van opdracht tot schilderwerkzaamheden op dag van indiening surseanceverzoek

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid advocaat en stichting derdengelden

Bekrachtiging persoonlijke aansprakelijkheid advocaat jegens de bank wegens omleiding van gelden via stichting derdengelden. Vernietiging hoofdelijke aansprakelijkheid stichting derdengelden.

Het onderhavige arrest is gewezen in de langstlepende twist tussen Rabobank en (de derdengeldenstichting van het kantoor van) de curator in het faillissement van Zinvest Fashion B.V. De discussie komt er in de kern op neer dat de curator de pandhouderspositie van Rabobank heeft gefrustreerd door een vordering van € 363.000 van een dochtervennootschap van Zinvest ('de dochter') op zijn instigatie op de derdengeldenrekening van zijn kantoor te laten betalen en vanaf daar op de latere faillissementsrekening van de dochter te laten storten. De feiten liggen als volgt.

Rabobank heeft in 2008 op basis van een *facilities agreement* € 80.000.000 concernfinanciering aan de groepsstructuur van Zinvest verstrekt. Uit hoofde van de kredietdocumentatie was – onder andere – de dochter verplicht tot periodieke verpanding van handelsvorderingen door middel van door de bank op te maken en krachtens volmacht te registreren verzamelpandaktes en moest zij haar betalingsverkeer via een bij de Rabobank aangehouden bankrekening laten verlopen. Eind 2012 raakt de groep in financieel zwaar weer en wordt de curator als stille bewindvoerder van de aandeelhouder van de dochter ('de moeder') benoemd. Om en nabij 14 december 2012 raakt de curator bekend met een overeenkomst die de dochter had gesloten ter beëindiging van de huur van een winkelpand, uit hoofde waarvan zij € 363.000 van de nieuwe huurder te vorderen had. De moeder wordt op 17 december 2012 failliet verklaard met aanstelling van de curator als zodanig en de bank zegt daarop op 18 december 2012 het krediet op. Het 'sleutelgeld' is die dag op advies van de curator op zijn derdengeldenrekening betaald. Op 20 december 2012 heeft de curator Rabobank laten weten dat het sleutelgeld was ontvangen en hij er rekening mee hield dat de corresponderende vordering van de dochter op de derdengeldenstichting aan Rabobank was verpand. (Het pandrecht op de vordering van de dochter op de nieuwe huurder was inmiddels door voldoening teniet gegaan.) Op 21 december 2012 heeft de bank nog een verzamelpandakte laten registreren. Op 24 december 2012 wordt ook de dochter failliet

verklaard met aanstelling van de curator als zodanig. De curator vraagt de derdengeldenstichting dan om het sleutelgeld op de faillissementsrekening van de dochter te betalen.

Rabobank heeft de curator in hoedanigheid en in persoon, alsook de derdengeldenstichting onrechtmatig handelen verweten, omdat zij de pandhouderspositie van Rabobank hebben gefrustreerd. Zou het sleutelgeld op de lopende rekening van de dochter bij Rabobank zijn gestort – dat was de dochter (en in faillissement dus de curator) uit hoofde van de kredietdocumentatie ook verplicht – dan had Rabobank de ontvangst uit hoofde van haar stil pandrecht kunnen verrekenen met de openstaande kredietschuld (HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641 (*Mulder q.q./CLBN*). Anders dan de rechtbank in eerste aanleg (rechtbank Limburg 20 juli 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:6168, *JOR* 2016/317, m.nt. Van Zanten) heeft het hof geoordeeld dat de curator een en ander vanaf het moment van de kredietopzegging op 18 december 2020 had moeten begrijpen en ook tuchtrechtelijk (art. 6 lid 4 Verordening op de administratie en financiële integriteit) was verplicht het sleutelgeld op de bankrekening van de dochter bij Rabobank te betalen (gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4184, *JOR* 2018/318, m.nt. red.). Het hof acht de curator (pro se) en de derdengeldenstichting daarmee jegens Rabobank aansprakelijk voor het sleutelgeld; de stichting door mee te werken aan een betaling met benadeling van een schuldeiser tot gevolg (6.18 van het hofarrest).

In cassatie klaagt de curator dat het hof zou hebben miskend dat Rabobank in de hypothetische situatie dat het bedrag op of na 18 december 2020 op de lopende rekening van de dochter zou zijn gestort geen recht zou hebben op het bedrag, omdat (1) de bank vanaf die dag niet meer te goeder trouw zou zijn geweest in de zin van artikel 54 lid 1 Fw, (2) de bank van 18 tot en met 20 december 2012 geen pandrecht had – dat was namelijk tenietgegaan – en (3) de verpanding op 21 december 2012 zou kwalificeren als een vorm van schuldoverneming in de zin van artikel 54 Fw die evenmin te goeder trouw kon hebben plaatsgevonden (r.o. 3.1.1). Wat er van dit novum ook zij, de Hoge Raad is hierover in r.o. 3.1.2 kort door te overwegen dat een en ander kwalificeert als een klacht tegen het door het hof aangenomen causaal verband tussen het niet doorstorten van het sleutelgeld en de schade van Rabobank, die in cassatie wegens de noodzaak van een feitelijk onderzoek moet falen.

Het cassatieberoep tegen de hoofdelijke verbondenheid van de derdengeldenstichting slaagt wel. De Hoge Raad overweegt daartoe in r.o. 3.2.1 tot en met 3.2.5 dat het tuchtrecht zich richt tot de advocaat en niet tot de derdengeldenstichting. Weliswaar verplicht dit tuchtrecht tot bepalingen in de statuten van de derdengeldenstichting die inhouden dat zij bij de verrichting van haar werkzaamheden de regels voor advocaten respecteert, maar dat betekent (behoudens redelijke twijfel) niet dat de stichting een actieve plicht tot onderzoek naar de aard van

ontvangen gelden heeft. De Hoge Raad voegt hieraan nog toe het obiter dictum dat een vordering tot schadevergoeding jegens een derdengeldenstichting niet kan worden verhaald op het saldo van de derdengeldenrekening; het vorderingsrecht ter zake van dat saldo wordt in gemeenschap gehouden door de rechthebbenden tot de gelden, ieder voor een aandeel evenredig aan het bedrag dat te zijnen behoeve op de rekening is gestort (r.o. 3.2.5). In zoverre vernietigt de Hoge Raad het arrest van het hof en bekrachtigt hij het vonnis van de rechtbank.

J.O. Bijloo, juli 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 19-06-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1078

Zaaknummer: 18/05570

Rechters: C.E. du Perron, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff, F.J.P. Lock en C.A. Streefkerk

Advocaten: J.P. Heering, R.P.J.L. Tjittes en J. de Bie Leuveling Tjeenk

Wetsartikelen: 3:246 BW, 6:162 BW en 54 Fw

RECHTSPRAAK

Faillissementsverzoek wordt afgewezen, omdat niet summierlijk is gebleken van een vorderingsrecht van verzoekers. De betwistingen van de schuldenaar kunnen niet aanstonds worden verworpen.

Twee verzoeksters vragen het faillissement aan van een bv. De bv betwist de vorderingen van beide verzoeksters. Ten aanzien van de eerste vordering van verzoekster 1 beroept de bv zich op een opschortingsrecht. Ondanks een gesloten vaststellingsovereenkomst is verzoekster 1 een retentierecht blijven uitoefenen. De bv stelt naar aanleiding hiervan een vordering op verzoekster 1 te hebben die hoger is dan de vordering van verzoekster 1. De bv wil hierover een arbitrageprocedure starten, maar partijen kunnen het niet eens worden over de te benoemen arbiters. Het verweer van verzoekster 1 dat sprake is van een contractueel verrekeningsverbod gaat niet op, omdat de bv zich op een opschortingsrecht beroept. Van de eerste vordering van verzoekster 1 is naar het oordeel van de rechtbank niet summierlijk gebleken.

De tweede vordering die is gesteld door verzoekster 1 zou voortvloeien uit een huurovereenkomst, maar de bv heeft de authenticiteit van de in het geding gebrachte overeenkomst betwist. De bv stelt dat de overeenkomst en nader ingebrachte stukken zijn gefabriceerd in het kader van de faillissementsaanvraag. Omdat in faillissement geen plaats is voor nader onderzoek naar de authenticiteit van de huurovereenkomst, is ook niet summierlijk van deze vordering gebleken.

De vordering van verzoekster 2 ziet op achterstallig salaris en is vastgesteld door de kantonrechter. De bv is in beroep gegaan tegen het vonnis van de kantonrechter en heeft in kort geding schorsing van de tenuitvoerlegging gevorderd. De bv stelt namelijk dat de overeenkomsten waarop verzoekster 2 zich beroept niet rechtsgeldig zijn en meent dat de vorderingen voor een te hoog bedrag zijn toegewezen. Daarnaast stelt de bv, anders dan verzoekster 2, dat het toegewezen bedrag niet gebruteerd moet worden. Mocht het kort geding niet slagen, dan is de bv bereid het nettobedrag te betalen. Hiervoor heeft de bv ook een bankgarantie gesteld. Omdat verzoekster 2 niet heeft aangetoond dat het verweer van de bv aanstonds moet worden verworpen, is ook niet summierlijk gebleken van het vorderingsrecht van verzoekster 2. De rechtbank wijst het faillissementsverzoek af.

H.J. de Kloe, juli 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 23-06-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:5601

Zaaknummer: FT RK 20-255

Rechters: F. Damsteegt-Molier

Advocaten: R.P. Zieltjens en R.A.D. Blaauw

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Schuldenaar verkeert niet in de toestand dat hij heeft opgehouden met betalen. Door fouten van de boekhouder zijn belastingaanslagen en pensioenpremies te hoog vastgesteld. Een deel van de schulden is inmiddels voldaan en de schuldenaar heeft vanuit zijn bv voldoende inkomsten om zijn schulden uiteindelijk te betalen.

Op verzoek van onder meer het bedrijfstakpensioenfonds is een natuurlijk persoon die in eerste instantie in een eenmanszaak en later in een bv een schoonmaakbedrijf exploiteert in eerste aanleg failliet verklaard. In hoger beroep stelt de schuldenaar dat hij niet in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden met betalen, omdat hij bezig is regelingen te treffen met zijn schuldeisers. De meeste schulden zijn inmiddels betaald. De schulden bij de Belastingdienst en het bedrijfstakpensioenfonds kunnen niet direct worden betaald. Door fouten van de oude boekhouder heeft de Belastingdienst te hoge ambtshalve aanslagen vastgesteld en heeft ook het pensioenfonds premies ambtshalve te hoog vastgesteld. Inmiddels is een nieuwe boekhouder aangesteld om de administratie op orde te brengen. Als de boekhouding op orde is, zal verzocht worden de belastingaanslagen en pensioenpremies naar beneden bij te stellen.

Het hof vernietigt het faillissement. De meeste schulden zijn betaald en er staat een bedrag op de derdengeldenrekening van de advocaat van de schuldenaar waarmee een deel van de vorderingen van het pensioenfonds kan worden voldaan. Voor het restant van de vordering is een betalingsregeling overeengekomen. Het tegoed in de boedel is voldoende om de faillissementskosten te dekken. Ook is het mogelijk dat de ambtshalve vastgestelde belasting- en premieschulden worden aangepast. Zowel de advocaat van de schuldenaar als de curator heeft bevestigd dat de oude boekhouder steken heeft laten vallen.

Ondanks het feit dat de schuldenaar, die met name schoonmaakt in de horeca, wegens de Coronacrisis een aantal maanden niet kon werken en zijn bv vorderingen op diverse horecaondernemers heeft, is sprake van een behoorlijke inkomstenstroom vanuit de bv. De curator heeft ter zitting aangegeven dat hij er vertrouwen in heeft dat het schoonmaakbedrijf een gezond bedrijf is en dat de schuldenaar zijn schulden zal betalen. Ook de aanvragers van het faillissement stemmen in met vernietiging van het faillissement. Het hof komt daarom tot de

conclusie dat de schuldenaar niet in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen.

H.J. de Kloe, juli 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 18-06-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:1877

Zaaknummer: 200.275.314_01

Rechters: A.P. Zweers-van Vollenhoven, R.R.M. de Moor en M. Breur

Advocaten: R. Zwamborn en S. Tuithof

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Een failliete aandeelhouder is niet bevoegd het bestuur van een vennootschap opdracht te geven het faillissement van die vennootschap aan te vragen (art. 2:246 BW). De bevoegdheid om hierover te stemmen in de algemene vergadering rust op de curator.

De heer A is enig bestuurder van X B.V. en houdt 96% van de aandelen in deze vennootschap. In januari 2017 is A failliet verklaard. Dit faillissement is nog niet afgewikkeld. Op 10 juni 2020 heeft A als houder van 96 van de 100 aandelen zichzelf als bestuurder opdracht gegeven eigen aangifte te doen van het faillissement van X B.V., waarna de eigen aangifte is gedaan. De rechtbank verklaart de vennootschap niet-ontvankelijk, omdat de bestuurder op grond van artikel 2:246 BW niet bevoegd is namens X B.V. haar faillissement aan te vragen. Naar het oordeel van de rechtbank was de heer A niet bevoegd het stemrecht op de aandelen uit te oefenen bij het nemen van het besluit tot het verlenen van de opdracht aan het bestuur om het faillissement van de vennootschap aan te vragen. Door het faillissement van de aandeelhouder rust die bevoegdheid op de curator.

H.J. de Kloe, juli 2020

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 16-06-2020

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2020:5338

Zaaknummer: C/09/594338 / FT EA 20/115

Rechters: R. Cats

Wetsartikelen: 1 Fw, 68 Fw en 2:246 BW

RECHTSPRAAK

De voormalig bestuurder van een door turboliquidatie ontbonden vennootschap heeft onrechtmatig gehandeld jegens een schuldeiser vanwege het besluit tot turboliquidatie terwijl de vennootschap nog (te verwachten) baten had.

Eiseres heeft accountants- en advieswerkzaamheden verricht voor een bv waarvan gedaagde bestuurder was. Op 25 mei 2018 besloot gedaagde de bv te ontbinden omdat er geen bekende baten meer aanwezig zouden zijn. Eiseres had ingevolge een vonnis van 21 februari 2018 een vordering van € 6380,55 op de bv. Op 7 september 2018 maande eiseres de bv nog vergeefs aan tot voldoening hiervan.

In deze zaak vordert eiseres gedaagde (die overigens procedeert in persoon) te veroordelen tot betaling van voornoemd bedrag. Eiseres voert in dit verband aan dat vermoedelijk ten tijde van de ontbinding, die geschiedde door middel van een turboliquidatie ex artikel 2:19 lid 4 BW, nog aan de bv toekomende baten bestonden die in het zicht van de ontbinding zijn weggesluisd althans dat sprake is geweest van selectieve betaling. Hierdoor zou gedaagde als (voormalig) bestuurder van de bv aansprakelijk zijn uit hoofde van onrechtmatige daad. Gedaagde stelt hiertegenover dat geen baten aanwezig waren ten tijde van de ontbinding en dat de bv een negatief eigen vermogen had.

Wat betreft de juridische beoordeling stelt de kantonrechter voorop dat het bestuur, wanneer het kiest voor turboliquidatie ex artikel 2:19 lid 4 BW, de belangen van de schuldeisers van de vennootschap dient te respecteren. De kantonrechter neemt dan ook als uitgangspunt dat het bestuur dient af te zien van turboliquidatie indien op het moment van het ontbindingsbesluit sprake is van baten van de vennootschap en bovendien, door toch te liquideren zonder vereffening, aannemelijk is dat de schuldeisers van de vennootschap hierdoor zijn benadeeld.

Met verwijzing naar rechtspraak van de Hoge Raad overweegt de kantonrechter voorts dat het begrip baten in de zin van artikel 2:19 lid 4 BW ruim dient te worden uitgelegd zodat ook potentiële baten, en niet alleen reeds bestaande, daaronder vallen. Voorts hoeft slechts summierlijk te blijken van feiten en omstandigheden die het bestaan van een bate aannemelijk maken.

De kantonrechter overweegt dat voldoende aannemelijk is dat er baten waren op het moment van ontbinding. Zo was op 31 december 2017 nog sprake van een substantieel eigen vermogen. Verder was de bv eigenaar van een onbelast bedrijfspand dat, mogelijk met het oog op de ontbinding, was getaxeerd op een aanmerkelijk hoger bedrag dan waarvoor het was opgenomen in de balans. Tot slot heeft gedaagde onvoldoende helderheid verschaft ten aanzien van opvallend hoge managementvergoedingen.

De kantonrechter concludeert dat gedaagde de vereffening na de ontbinding van de bv achterwege heeft gelaten terwijl op dat moment nog sprake was van (te verwachten) baten, waarvoor haar een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt en waardoor zij onrechtmatig heeft gehandeld jegens eiseres. De kantonrechter veroordeelt gedaagde tot betaling van het gevorderde bedrag van € 6380,55, te vermeerderen met wettelijke rente.

J. Tromp, juni 2020

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 06-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2020:2441

Zaaknummer: 7903700 CV EXPL 3395

Rechters: M.C.J. Heessels

Advocaten: C.D.R. Schoonderbeek

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

RECHTSPRAAK

Een vennootschap is ontbonden na turboliquidatie. De kantonrechter oordeelt dat de vennootschap niettemin in rechte kan worden betrokken door een oud-werknemer. Diens beroep op derdenwerking die van het handelsregister uitgaat, wordt toegewezen.

Verzoeker heeft als chauffeur van EU Trade Fair B.V. gewerkt, maar is ontslagen ('de oud-werknemer'). In november 2019 heeft de oud-werknemer een verzoekschrift ingediend om van EU Trade Fair een billijke vergoeding en transitievergoeding te verkrijgen na zijn ontslag door de vennootschap. EU Trade Fair is niet in de procedure verschenen. Volgens de kantonrechter is EU Trade Fair wel deugdelijk opgeroepen.

Uit het door de oud-werknemer overgelegde KvK-uittreksel blijkt dat EU Trade Fair zich op 24 januari 2020 heeft uitgeschreven en dat op die datum ook is geregistreerd dat EU Trade Fair per 1 november 2019 is opgeheven. Als reden voor het uitschrijven is vermeld dat geen bekende baten meer aanwezig zijn (turboliquidatie). Op grond van artikel 2:19 lid 4 BW geldt dat indien een rechtspersoon op het tijdstip van zijn ontbinding geen baten meer heeft, hij ophoudt te bestaan. Op grond van artikel 2:19 lid 5 BW blijft de rechtspersoon echter na zijn ontbinding voortbestaan voor zover dit voor de vereffening van zijn vermogen nodig is. De kantonrechter overweegt dat het enkele feit dat de vennootschap is ontbonden daarom niet betekent dat zij niet meer in rechte kan worden betrokken. De oud-werknemer heeft aangevoerd dat hij zijn verzoek al heeft ingediend ruim voordat de registratie in het handelsregister heeft plaatsgevonden. Volgens de kantonrechter doet de oud-werknemer daarmee een terecht beroep op de derdenwerking die van het handelsregister uitgaat. De oud-werknemer kon ten tijde van het indienen van het verzoekschrift niet weten (en wist ook niet) dat de vennootschap niet meer bestond. Het met terugwerkende kracht inschrijven van een opheffing betekent niet dat de vennootschap niet op juiste wijze is opgeroepen dan wel dat de vennootschap (of haar vereffenaar) geen verweer had kunnen voeren. De kantonrechter veroordeelt EU Trade Fair onder meer tot betaling van een billijke vergoeding, een transitievergoeding en de proceskosten aan de oud-werknemer.

M.F. van Schendel, juni 2020

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 12-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2020:4239

Zaaknummer: 8198401 RP VERZ 19-50698

Rechters: L.C. van Heuveling Beek

Advocaten: R.M. Noorlander

Wetsartikelen: 7:671 BW, 7:672 BW, 7:681 BW en 2:19 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurders zijn niet aansprakelijk voor proceskosten wederpartij, omdat zij niet onrechtmatig hebben gehandeld door de vennootschap tijdens de procedure te ontbinden zonder mededeling daarvan te doen aan de wederpartij.

Eiser vordert van de voormalige bestuurders ('bestuurders') van Agricom Holding B.V. ('Agricom') schadevergoeding wegens onbetaald gebleven proceskosten. Agricom is bij eerder onherroepelijk vonnis in een andere procedure namelijk veroordeeld in de proceskosten van eiser. Agricom is in de loop van die procedure, zonder medeweten van eiser, ontbonden en vereffend en heeft de proceskosten nooit betaald. Volgens eiser hebben de bestuurders onrechtmatig gehandeld door hem niet in te lichten over de ontbinding van Agricom en de proceskosten niet te betalen.

De kantonrechter wijst de vordering af, omdat eiser zijn stelling dat de bestuurders persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt onvoldoende heeft onderbouwd. Hiertoe overweegt de kantonrechter dat de bestuurders eiser misschien wel hadden moeten inlichten, maar dat het ontbreken daarvan niet kan worden aangemerkt als het schadeveroorzakende handelen. Daarvoor is van belang dat de procedure enkele jaren in beslag nam en Agricom daarin de eisende partij was; ook bij melding van het ontbindingsbesluit was de procedure door Agricom voortgezet (en had de schade zich verwezenlijkt).

Ook kan de bestuurders volgens de kantonrechter geen persoonlijk en ernstig verwijt worden gemaakt van het, vooruitlopend op de uitkomst van de procedure, voltooiën van de vereffening. Hierbij is volgens de kantonrechter van belang dat de in die procedure ingestelde vordering van Agricom de enige bate betrof en dat er ten tijde van de vereffening bovendien geen schuldeisers waren.

T.A. Janse, juni 2020

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 09-06-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2020:1972

Zaaknummer: 7923338 \ CV EXPL 19-4200

Rechters: C.H. de Haan

Advocaten: Y.H.P.M.J. Willems en F.J.M. Kobossen

Wetsartikelen: 2:19 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Enquêteverzoek stemgerechtigde pandhouder op aandelen. De vennootschap heeft, ondanks andere afspraken met de pandhouder, de onderneming verkocht. OK beveelt een onderzoek, omdat onduidelijk is hoe schulden zijn ontstaan, jaarrekeningen lange tijd niet zijn gepubliceerd en de bestuurder een tegenstrijdig belang had bij de verkoop van de onderneming.

Mosadex C.V., verzoekster, heeft een groothandel in farmaceutische producten en is houdstermaatschappij van diverse dochterondernemingen. Apotheek Schiemonnd B.V., verweerster, dreef een apotheek in Rotterdam tot zij begin maart 2020 failliet werd verklaard. Handelsonderneming Goudsesingel B.V., belanghebbende, is enig bestuurder en indirect enig aandeelhouder van Apotheek Schiemonnd en een aantal andere apotheken ('Goudsesingel'). Natuurlijk persoon A is enig bestuurder en indirect aandeelhouder van Goudsesingel en onderhandelt in 2016 met Mosadex over het aangaan van een handelsrelatie.

Vanaf februari 2017 levert Mosadex geneesmiddelen aan de groep apotheken onder Goudsesingel. Nog tijdens de onderhandelingen met Mosadex laat Goudsesingel op verzoek van Mosadex een accountantsonderzoek verrichten naar de financiële situatie van de groep apotheken. De uitkomst van het onderzoek is positief. Ook verpanden verschillende apotheken hun (toekomstige) vorderingen op zorgverzekeraars aan Mosadex. Ondanks het onderzoek en de gevestigde zekerheden ontstaan al snel betalingsachterstanden. In november 2018 zijn deze opgelopen tot ruim 800.000 euro. Hierop wil Mosadex de handelsrelatie alleen voortzetten als er extra zekerheden komen. Zij verkrijgt een eerste pandrecht op de aandelen die Goudsesingel houdt in Apotheek Schiemonnd. In de pandakte is onder meer opgenomen dat het stemrecht op de aandelen zal overgaan bij tekortkomingen in de nakoming van (betalings)verplichtingen en dat partijen zich zullen onthouden van enige vervreemding van vermogen van Apotheek Schiemonnd. Als wel vervreemding plaatsvindt, zal Goudsesingel Mosadex hiervan direct op de hoogte stellen.

Omdat de betalingsachterstand verder oploopt, gaat Goudsesingel vanaf april 2019 op zoek naar kopers voor Apotheek Schiemonnd en sommige van de andere apotheken. Enerzijds praat

de groep apotheken met verschillende kopers en anderzijds blijft zij in onderhandeling met Mosadex over leveringen, de almaar oplopende betalingsachterstand en extra zekerheden. Resultaat van de gesprekken met Mosadex is een aanvullende pandakte met een eerste pandrecht op – onder meer – de opbrengst van de eventuele verkoop van de aandelen of (een deel van) de activa van een van de apotheken van de groep. Verder stelt A zich, ware het tot een maximum van 2,2 miljoen euro, borg voor alle vorderingen van Mosadex op de groep apotheken.

Ondanks de verplichting om Mosadex op de hoogte te brengen van belangrijke veranderingen in de groep, wordt Apotheek Schiemonde zonder mededeling daarvan aan Mosadex, verkocht aan Apotheek Schiemonde Rotterdam B.V. Apotheek Schiemonde Rotterdam wordt hierbij vertegenwoordigd door de zoon van A. A houdt middels een B.V. een meerderheidsbelang in Apotheek Schiemonde Rotterdam. Sinds de verkoop heeft Apotheek Schiemonde geen activiteiten meer.

Ondertussen blijft betaling van de vorderingen van Mosadex, die zijn opgelopen tot meer dan 2,5 miljoen euro, uit. Als Mosadex verneemt dat de activa van verschillende apotheken zijn verkocht, vernietigt zij deze transactie buitengerechtelijk vanwege het paulianeuze karakter en vraagt zij om opheldering en extra informatie. Nu hieraan geen gehoor wordt gegeven, wendt Mosadex zich tot de OK en verzoekt om een onderzoek naar de gang van zaken vanaf januari 2017 althans vanaf november 2018 tot januari 2020 en Goudsesingel bij wijze van onmiddellijke voorziening te schorsen als bestuurder van Apotheek Schiemonde en een ander aan te wijzen als bestuurder. Dit laatste verzoek heeft Mosadex ingetrokken nadat zij erachter kwam, overigens na de zitting, dat Apotheek Schiemonde op 3 maart 2020 failliet is verklaard.

Mosadex legt aan haar enquêteverzoek ten grondslag dat: (1) Apotheek Schiemonde voor een te lage prijs is verkocht aan een aan A gelieerde entiteit en A hierbij onzorgvuldig en met een persoonlijk tegenstrijdig belang handelde; (2) de jaarrekeningen van Mosadex vanaf 2015 niet zijn gedeponneerd; (3) aan Mosadex onvoldoende informatie is verstrekt; en (4) de algemene gang van zaken gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken oplevert omdat Apotheek Schiemonde in eerste instantie winstgevend was. Toen de winstgevendheid in het geding kwam, heeft het bestuur geen orde op zaken gesteld maar Mosadex bewust misleid. Hier komt nog bij dat Apotheek Schiemonde zonder medeweten van Mosadex geneesmiddelen doorverkocht aan Apotheek Schiemonde Rotterdam, hetgeen in strijd is met de Geneesmiddelenwet.

De OK overweegt dat Mosadex ontvankelijk is in haar verzoek. Mosadex is namelijk partij bij de pandakte. Vanaf het moment van intreden van de opschortende voorwaarde in december 2019 is Mosadex op grond van artikel 2:198 lid 4 BW bevoegd een enquête te verzoeken. De

OK vervolgt dat tussen partijen vaststaat dat een apotheek in beginsel vrij eenvoudig winstgevend te exploiteren is, onder andere omdat pas wordt ingekocht op het moment dat de patiënt het geneesmiddel bestelt. Daarnaast kan op de verkoop aan de patiënt een redelijke marge worden gemaakt. Desondanks heeft Apotheek Schiemonde niet alleen een schuld bij Mosadex, maar ook bij de belastingdienst, hetgeen de vraag oproept wat het beleid van het bestuur is geweest. Uit de stukken blijkt, zo overweegt de OK, dat Goudsesingel Apotheek Schiemonde bewust buiten Mosadex om heeft verkocht. Dit komt – gezien het feit dat met de grootste crediteur, Mosadex, overeenstemming was bereikt – neer op een onnodige materiële liquidatie van de vennootschap waarbij A bovendien onzorgvuldig, met een persoonlijk tegenstrijdig belang en zonder hierover mededeling te doen handelde. Daar komt bij het feit dat jarenlang de voorschriften van artikel 2:394 BW niet zijn nageleefd, in combinatie met het uiteindelijk bij publicatie in strijd met de werkelijkheid vermelden dat de jaarrekeningen zijn vastgesteld. Een en ander levert gegronde reden op te twifelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. Nu Mosadex gezien de financiële situatie van de groep bereid is het onderzoek (deels) te financieren, is er volgens de OK geen vennootschappelijk belang dat zich tegen het onderzoek verzet. Tot slot doet het feit dat Mosadex haar belang ook in andere door haar aanhangig gemaakte procedures veilig kan stellen niet af aan haar recht een enquête te verzoeken.

De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van januari 2017 tot 3 maart 2020, waarvan de kosten ten laste van Apotheek Schiemonde komen. De beschikking is uitvoerbaar bij voorraad en Apotheek Schiemonde en Goudsesingel worden veroordeeld in de kosten van de procedure.

F.C.W. Wijffels, juni 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 14-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:1127

Zaaknummer: C/16/489504 / HA ZA 19-92

Rechters: G.C. Makkink, A.W.H. Vink, A.J. Wolfs, F. van der Wel en W. Wind

Advocaten: C.J. Jager, R. Wijn en R.J.R.M. de Bok

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:198 lid 4 BW, 2:345 BW, 2:346 BW, 2:350 BW, 2:394 BW en 3:45 BW

RECHTSPRAAK

Een bestuurder is aansprakelijk tegenover de verhuurder, omdat de bestuurder in privé een aanzienlijke schuld had aan de vennootschap en heeft nagelaten deze vordering op zichzelf te incasseren. De Hoge Raad doet het cassatieberoep van de bestuurder af met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

[Verweerster] B.V. ('verhuurder') is met een hurende vennootschap ('huurder') een huurovereenkomst aangegaan. Als de huur onbetaald blijft, ontbindt verhuurder de huurovereenkomst in rechte. De huurder wordt veroordeeld tot betaling van de huursom, maar blijft in gebreke. Vervolgens vraagt verhuurder het faillissement van huurder aan. Het faillissement wordt uitgesproken, maar later opgeheven bij gebrek aan baten. Verhuurder start vervolgens een gerechtelijke procedure tegen eiser, de enige bestuurder en enige aandeelhouder van huurder ('de bestuurder'). Verhuurder stelt dat de bestuurder onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld en vordert vergoeding van haar schade, grotendeels bestaande uit de nog altijd onbetaald gebleven huur. De kantonrechter wijst de vordering van verhuurder in eerste aanleg af.

Het gerechtshof 's-Hertogenbosch vernietigt het vonnis van de kantonrechter. Volgens het gerechtshof heeft de bestuurder wel degelijk onrechtmatig jegens de verhuurder gehandeld, omdat hij heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de huurder zijn wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt en daarbij redelijkerwijs kon verwachten dat huurder geen verhaal zou bieden. De bestuurder was een aanzienlijke geldlening bij huurder aangegaan. Van de bestuurder mocht worden verwacht, aldus het gerechtshof, dat hij – op het moment dat huurder in zwaar weer kwam te verkeren en niet meer aan zijn betalingsverplichtingen kon voldoen – zich zou inspannen om de aanzienlijke vordering op hemzelf in privé uit hoofde van de geldlening te incasseren. De bestuurder had volgens het gerechtshof redelijkerwijze behoren te begrijpen dat zijn handelswijze, door de vordering niet te incasseren, tot gevolg zou hebben dat huurder zijn verplichtingen jegens verhuurder niet kon nakomen en evenmin verhaal zou bieden. Het ernstige verwijt dat aan de bestuurder wordt gemaakt door het gerechtshof is dat de bestuurder heeft nagelaten de positie van huurder te verbeteren door de vordering op hemzelf in privé niet te incasseren.

De bestuurder gaat in cassatie. Verhuurder verschijnt niet en aan hem wordt verstek verleend vanwege overschrijding van de ‘tweewekentermijn’ van artikel 112 KEI-Rv.

In cassatie klaagt de bestuurder – kort gezegd – dat het gerechtshof de ernstigverwijtmaatstaf heeft miskend. Volgens de bestuurder kan het uitblijven van inspanningen om een vordering te incasseren, ongeacht de omstandigheden van het geval, geen onrechtmatige daad van een bestuurder van een vennootschap jegens een onbetaald gebleven schuldeiser van de vennootschap opleveren. Voorts klaagt de bestuurder dat het oordeel van het gerechtshof onbegrijpelijk is, omdat verhuurder niet heeft gesteld dat aan de bestuurder een *Beklamel*-verwijt – dat hij een verplichting is aangegaan waarvan hij wist dat huurder die niet na kon nakomen en waarvoor huurder evenmin verhaal zou bieden – kan worden gemaakt.

A-G Assink gaat in op de klachten van de bestuurder en concludeert tot verwerping van het cassatieberoep. De A-G concludeert dat het gerechtshof het juiste rechtskader (art. 6:162 BW) toepast en de ernstig verwijtmaatstaf daarbij niet miskent. Het uitblijven van inspanningen om een vordering te verhalen kan wel een onrechtmatige daad van een bestuurder opleveren. Volgens de A-G miskent de bestuurder in zijn klacht dat het oordeel van het gerechtshof is gebaseerd op een ander gevalstype van bestuurdersaansprakelijkheid dan het *Beklamel*-verwijt. Het oordeel van het gerechtshof is gebaseerd op een *Ontvanger/Roelofsen*-verwijt en in dat gevalstype, waarin de aansprakelijkheid wordt gevestigd op basis van een handelen op een later moment, speelt het *Beklamel*-verwijt geen rol. Met andere woorden: niet het handelen bij het aangaan van de huurovereenkomst, maar het handelen bij het ontstaan van betalingsproblemen is onrechtmatig. De A-G merkt daarbij nog op dat de eerdere constatering door de kantonrechter dat niet kon worden vastgesteld dat het faillissement van huurder is veroorzaakt door het niet incasseren van de vordering op de bestuurder, niet in de weg staat aan het oordeel van het gerechtshof dat aan de bestuurder in de gegeven omstandigheden een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

De A-G sluit af met de opmerking dat ook in een geval als het onderhavige aansluiting gezocht dient te worden bij de zorgvuldigheid en het inzicht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult, en dat die verantwoordelijkheid van een bestuurder blijft bestaan ook als hij in andere hoedanigheid betrokken is en daarbij een persoonlijk belang heeft. Het oordeel van het gerechtshof sluit aan bij deze gedachte, aldus de A-G.

De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G, verwerpt het cassatieberoep en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

C.W. Kuipers, juni 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 12-06-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1043

Zaaknummer: 19/02017

Rechters: A.M.J. van Buchem-Spapens, T.H. Tanja-van den Broek en C.H. Sieburgh

Advocaten: K. Aantjes

Wetsartikelen: 6:162 BW en 81 RO

RECHTSPRAAK

Vermeende vordering vanwege het niet vergoeden van de overwaarde van huurgekochte machines

Vermeende vordering vanwege het niet vergoeden van de overwaarde van huurgekochte machines. Geen sprake van Peeters/Gatzen-vordering waardoor een eventuele vordering ex artikel 7:92 BW kan worden verrekend. Vorderingen curator afgewezen.

In deze procedure procedeert de curator van Triflora B.V. tegen Coöperatie Royal FloraHolland B.V. Triflora betrok een tweetal machines van FloraHolland op basis van huurkoop. FloraHolland heeft op 28 mei 2019 de twee machines verwijderd uit de bedrijfsruimte die Triflora van haar huurde. De dag erna heeft FloraHolland in twee e-mailberichten tekst en uitleg gegeven. FloraHolland heeft aangegeven dat zij haar rechten wilde veiligstellen, nu Triflora haar financiële verplichtingen niet nakwam en kennelijk andere crediteuren zich begonnen te verhalen op goederen van Triflora. Volgens FloraHolland kon zij niet anders dan haar eigendom beschermen door de machines te verwijderen. Voorts heeft zij de huurkoopovereenkomst ten aanzien van de bedoelde machines met directe ingang ontbonden op grond van een contractuele ontbindingsbevoegdheid.

Op 18 juni 2019 is het faillissement van Triflora uitgesproken. De curator heeft FloraHolland meegedeeld de huurkoopovereenkomst af te willen kopen en zich op het standpunt gesteld dat de overwaarde van de machines toekomt aan de boedel. Hij heeft FloraHolland verzocht te bevestigen dat zij zou meewerken aan een onderhandse verkoop van de machines.

FloraHolland heeft zich verzet tegen een verkoop. Zij heeft aangegeven dat er geen huurkoopovereenkomst meer is waardoor afkoop niet mogelijk is en zij geen medewerking zal verlenen aan een onderhandse verkoop van de machines.

De curator en FloraHolland komen niet tot een vergelijk en de curator betreft FloraHolland in rechte. De curator meent primair dat sprake is van een Peeters/Gatzen-vordering en vordert de door de gezamenlijke schuldeisers geleden schade als gevolg van het niet vergoeden van de overwaarde van de machines door FloraHolland. Subsidiair vordert de curator betaling van de

overwaarde van de machines aan de boedel op grond van artikel 7:92 BW dat bepaalt dat bij de ontbinding van een huurkoopovereenkomst volledige verrekening dient plaats te hebben wanneer de verkoper door de ontbinding in een betere positie komt dan wanneer de overeenkomst in stand zou blijven. FloraHolland concludeert tot afwijzing van de ingestelde vorderingen en doet, voor zover de curator wel een vordering op haar heeft, een beroep op verrekening. FloraHolland heeft namelijk een vordering op Triflora wegens geleverde goederen en diensten.

De rechtbank wijst de vorderingen van de curator af. De rechtbank stelt allereerst dat failliet zowel de primaire als de subsidiaire vordering (als zij al bestaan) reeds voor de faillissementsdatum had. De rechtbank oordeelt voorts dat geen sprake is van een Peeters/Gatzen-vordering, omdat geen sprake is van een derde die heeft meegewerkt aan benadeling van schuldeisers en omdat FloraHolland ook door failliet zelf kan worden aangesproken. Het onder verwijzing naar recente jurisprudentie (Rb. Midden-Nederland 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2310) door de curator gevoerde betoog dat verrekening door FloraHolland in dit geval onaanvaardbaar zou zijn, passeert de rechtbank nu geen sprake is van een bijzondere situatie als aan de orde in de uitspraak waarnaar de curator heeft verwezen. Ook overweegt de rechtbank dat verrekening op grond van artikel 6:135 BW bij onrechtmatig handelen door FloraHolland slechts dan zou zijn uitgesloten wanneer sprake zou zijn van opzet aan de zijde van FloraHolland, maar dat daarvan niet is gebleken. Nu geen sprake is van een Peeters/Gatzen-vordering, is er sprake van connexiteit en staat voor FloraHolland een beroep op verrekening ex artikel 53 Fw open. Of en in hoeverre sprake is van een vordering uit hoofde van artikel 7:92 BW stelt de rechtbank niet vast, nu de vordering van FloraHolland de omvang van de vordering van de curator ruimschoots overtreft.

W.T.N. Vlasveld, juli 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 17-06-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:2855

Zaaknummer: C/13/670252 / HA ZA 19-839

Rechters: R.H.C. Jongeneel

Advocaten: P.J.L.J. Duijsens en Advocaat L. Martens

Wetsartikelen: 53 Fw, 7:92 BW, 6:162 BW en 6:135 BW

RECHTSPRAAK

Hof vernietigt vonnis tot faillietverklaring. Nu er geen steunvorderingen meer zijn, is niet langer voldaan aan pluraliteitsvereiste

Hof vernietigt vonnis tot faillietverklaring. Nu er geen steunvorderingen meer zijn, is niet langer voldaan aan pluraliteitsvereiste.

SCW B.V. hield zich bezig met het exploiteren van een onderneming inzake het opslaan, verwerken, snijden en verzenden van papier en karton ten behoeve van derden of voor eigen gebruik, alsmede het handelen in nieuw papier. SCW heeft hiertoe enige jaren een bedrijfsruimte gehuurd van Polman Vastgoed B.V. SCW raakt op enig moment in verzuim met haar betalingsverplichtingen jegens Polman Vastgoed.

SCW wordt op 5 juni 2019 door rechtbank Overijssel veroordeeld om aan Polman Vastgoed een bedrag van ongeveer € 760.000 te betalen. Op 14 juni 2019 is de vennootschap SCW Converting B.V. (hierna: SCW Converting) opgericht. SCW Converting exploiteert een onderneming die dezelfde activiteiten verricht als SCW en heeft dezelfde aandeelhouder en bestuurder.

Op 3 april 2020 is SCW ontbonden. Op verzoek van Polman Vastgoed is SCW op 20 mei 2020 in staat van faillissement verklaard. SCW komt daar tegenop in hoger beroep.

Het hof stelt voorop dat het faillissement van een ontbonden rechtspersoon kan worden uitgesproken, indien summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn en aan de overige vereisten voor faillietverklaring is voldaan. Op grond van artikel 1 Fw juncto artikel 6 lid 3 Fw kan een faillietverklaring worden uitgesproken indien summierlijk is gebleken van een ten tijde van de faillietverklaring bestaand vorderingsrecht van de aanvrager alsmede van het (ook in hoger beroep) bestaan van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de schuldenaar verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen.

SCW heeft erkend dat sprake is van een schuld aan Polman Vastgoed. Naast Polman Vastgoed hebben zich na het uitspreken van het faillissement bij de curator twee andere schuldeisers gemeld: de Belastingdienst (ten aanzien van openstaande aanslagen omzetbelasting en loonheffing) en GBTwente. Voorafgaand aan de zitting in hoger beroep heeft de curator bevestigd dat de Belastingdienst hem heeft bericht dat de vordering door de Belastingdienst ten onrechte in het faillissement is ingediend en wordt ingetrokken. De Belastingdienst heeft op grond van een vaststellingsovereenkomst met SCW kwijting verleend voor de betreffende schulden. Verder heeft de curator bevestigd dat de vordering van GBTwente thans volledig is voldaan.

Het hof komt tot de conclusie dat in hoger beroep niet langer is voldaan aan de vereisten voor faillietverklaring. Nu er geen steunvorderingen meer zijn, is geen sprake meer van pluraliteit van schuldeisers. Het vonnis waarvan beroep wordt vernietigd en het verzoek tot faillietverklaring wordt alsnog afgewezen.

J.D. van den Dolder, juli 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 17-06-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:4619

Zaaknummer: 200.278.782

Rechters: H.C. Frankena, B.J. Engberts en H. Wammes

Advocaten: F.J. Bleker en J.W. Wagenaar

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens schending van de Beklamel-norm en vaststelling peildatum

De (indirect) bestuurder van een aannemersbedrijf is aansprakelijk omdat hij nieuwe verplichtingen is aangegaan terwijl het faillissement van de vennootschap al onafwendbaar was en hij de schuldeisers daarvoor niet heeft gewaarschuwd.

H'lem Afbouw BV is een aannemersbedrijf, waarvan H'lem Bouw sinds 22 juli 2016 enig aandeelhouder en bestuurder is. Van 1 april 2011 tot 22 juli 2016 was Pro Dev enig bestuurder van H'lem Afbouw. Een natuurlijk persoon is enig aandeelhouder en bestuurder van zowel Pro Dev als H'lem Bouw. Zowel de natuurlijk persoon als Pro Dev en H'lem Bouw wordt in deze procedure aangesproken (gezamenlijk: 'de bestuurder').

Bolle en Zoon c.s. hebben met H'lem Afbouw gecontracteerd over de realisatie van appartementen. Volgens de planning zou het project in twee fasen worden opgeleverd, maar H'lem Afbouw heeft de tweede fase niet afgerond. Omdat het werk op enig moment drie maanden achter op schema lag, zijn twee termijnfacturen van H'lem Afbouw onbetaald gelaten. In de notulen van een bouwvergadering van 3 juni 2016 is vastgelegd dat in verband met de bouwvakantie de werkzaamheden aan het project stil zouden liggen van 25 juli 2016 tot en met 19 augustus 2016. Op basis van het nieuwe termijnschema dat was opgesteld in verband met de hiervoor genoemde vertraging van drie maanden, heeft vervolgens betaling van één van beide termijnen plaatsgevonden. Op 22 juli 2016 vond voornoemde wisseling van de bestuurder/aandeelhouder van H'lem Afbouw plaats. Op 30 augustus heeft bestuurder aan Bolle en Zoon c.s. medegedeeld dat H'lem Afbouw zelf haar faillissement had aangevraagd, dat op 6 september ook is uitgesproken.

Bolle en Zoon c.s. vinden dat de (indirect) bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld door (1) voorbereidingen te treffen althans voor te sorteren op een faillissement van H'lem Afbouw; en (2) door de activiteiten van H'lem Afbouw niet tijdig vanaf in elk geval 1 april 2016 te staken terwijl het faillissement van H'lem Afbouw toen al was te voorzien.

Met betrekking tot het eerste verwijt steunen Bolle en Zoon c.s. op een onderzoeksrapport van Contaxus, die de administratie van H'lem Afbouw heeft beoordeeld. Voor de conclusie dat het faillissement is voorbereid zijn daarin twee feiten van doorslaggevend belang: ten eerste het besluit van de bestuurders om personeel over te hevelen van H'lem Bouw naar H'lem Afbouw en ten tweede de vervreemding van aandelen van H'lem Afbouw in Pro Dev. Het tweede feit vervalt omdat Bolle en Zoon c.s. hun stelling dat H'lem Afbouw aandeelhouder van Pro Dev is geweest en op enig moment in 2015 de door haar gehouden aandelen in Pro Dev zou hebben vervreemd niet langer handhaven na bewijslevering van het tegendeel door de bestuurder. Ten aanzien van het eerste feit verklaart de bestuurder de overheveling van het personeel door aan te geven dat deze overgang plaatsvond om administratieve en bedrijfseconomische redenen, hetgeen door Bolle en Zoon c.s. onvoldoende is weersproken. De rechtbank stelt verder vast dat niet is gebleken dat die overheveling op zichzelf zodanige kosten met zich bracht dat H'lem Afbouw daardoor in de problemen zou kunnen komen of dat de bestuurder anderszins onvoldoende rekening heeft gehouden met de belangen van de crediteuren van H'lem Afbouw. De rechtbank volgt Bolle en Zoon c.s. daarom niet in hun eerste verwijt.

Voor het tweede verwijt moet de rechtbank op zoek naar het juiste peilmoment: wanneer was het faillissement onafwendbaar? Volgens de rechtbank moet dit niet 1 april 2016 zijn maar 3 juni 2016 voor Pro Dev en 22 juni voor H'lem Bouw. Zij had al vastgesteld dat de bestuurder onvoldoende heeft onderbouwd dat er andere inkomstenbronnen van betekenis waren dan de geldstromen die uit het project met Bolle en Zoon c.s. kwamen of dat hij mocht verwachten dat die er zouden komen. Al voor 3 juni kampte de vennootschap met liquiditeitskrapte, terwijl zij dus (nagenoeg) volledige afhankelijk was van de inkomsten uit het project. Tijdens het bouwoverleg werd duidelijk dat het project in de vakantie kwam stil te liggen en werd het termijnschema opnieuw vastgesteld, zodat duidelijk was wanneer welke betalingen konden worden verwacht. Op dat moment was daarom ook duidelijk voor de bestuurder dat H'lem Afbouw haar lopende en toekomstige verplichtingen niet zou kunnen voldoen. Na die datum heeft de bestuurder ook geen contact meer gehad met Bolle en Zoons c.s., terwijl vervolgens wel op 22 juli 2016 de kapitaalkrachtige bestuurder Pro Dev is vervangen door een lege vennootschap (H'lem Bouw) en de statutaire naam is gewijzigd.

De rechtbank oordeelt dat de bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld jegens Bolle en Zoon c.s. voor zover H'lem Afbouw na de peildatum nog nieuwe verplichtingen is aangegaan en zover zij na die datum Bolle en Zoon c.s. niet hebben gewaarschuwd dat H'lem Afbouw haar bestaande verplichtingen niet meer zou kunnen nakomen en ook geen verhaal zou kunnen bieden voor eventuele schade als gevolg daarvan.

De uitspraak biedt de lezer ten slotte nog interessante inzichten met betrekking tot de schadevaststelling in dit verband.

J.E. van Nuland, juli 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 17-06-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:4451

Zaaknummer: C/15/291945 / HA ZA 19-511

Rechters: A.K. Korteweg, M. Wouters en M.C.J. Lommen

Advocaten: L.P. Kortmann, mr. drs. V.G.M. Leferink en M.S.F. Loor

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens verlenen van opdracht tot schilderwerkzaamheden op dag van indiening surseanceverzoek

Bestuurder vennootschap bewerkstelligt vlak voor surseance dat een onderaannemer wordt ingeschakeld voor schilderwerk aan een boot. Bewindvoerder weigert onderaannemer volledig en direct te betalen. Feit dat klant vooruit zou betalen voor het schilderwerk, neemt Beklamel-aansprakelijkheid bestuurder niet weg. Hij mocht er niet van uitgaan dat de onderaannemer tijdens surseance uit die vooruitbetaling zou worden voldaan.

Jetten Yachting B.V. meldt op 3 mei 2018 op een watersportwebsite dat ze in financiële moeilijkheden verkeert en dat naar verwachting haar faillissement zal worden uitgesproken op 8 mei 2018. Op 9 mei 2018 wordt aan Jetten Yachting voorlopige surseance van betaling verleend.

Eveneens op 9 mei 2018 geeft Jetten Yachting opdracht aan Rodopi Marine GmbH ('Rodopi') om een boot te schilderen. Medewerkers van Rodopi werken aan de boot van 14 tot en met 28 mei 2018, zonder dat aan Rodopi wordt meegedeeld dat aan Jetten Yachting surseance van betaling is verleend. Op 28 mei 2018 ontdekt Rodopi dit feit toch, en legt zij haar werkzaamheden neer.

De bewindvoerder van Jetten Yachting weigert om Rodopi uit het vermogen van Jetten Yachting voor haar werkzaamheden te betalen, op de grond dat hij geen toestemming heeft gegeven voor het inschakelen van Rodopi. Rodopi stelt het bestuur van Jetten Yachting aansprakelijk voor de schade op grond van de norm die is ontwikkeld in het Beklamel-arrest en voortgezet in het arrest Ontvanger/Roelofsen.

Het bestuur van Jetten Yachting voert als verweer aan dat het ervan uit mocht gaan dat de vennootschap de vordering van Rodopi zou kunnen voldoen, omdat met de eigenaar van de

boot een aanneemsom was afgesproken die de kosten van onder meer Rodopi volledig zou dekken en de aanneemsom ook zou worden betaald voordat de opdracht aan Rodopi werd verstrekt. Daarnaast stelt het bestuur dat de bewindvoerder akkoord was met het uitvoeren van het werk aan de boot, wat blijkt uit het feit dat (een medewerker van) de bewindvoerder akkoord heeft gegeven op de aankoop van verf voor de klus.

De kantonrechter verwierpt het verweer van het bestuur. Daartoe overweegt de kantonrechter dat het bestuur ten tijde van het verstrekken van de opdracht aan Rodopi wist dat Jetten Yachting in financiële problemen verkeerde, getuige de waarschuwing op de watersportwebsite en het feit dat daags voor de opdrachtverlening aan Rodopi een verzoekschrift tot voorlopige surseance van betaling was ingediend door het bestuur. Zelfs als de aanneemsom voor het schilderwerk al van de eigenaar van de boot zou zijn ontvangen voordat Rodopi werd ingeschakeld, kon het bestuur van Jetten Yachting er niet van uitgaan dat deze zou kunnen worden aangewend om Rodopi te betalen.

Uit de volgorde van gebeurtenissen op 9 mei 2018 blijkt dat de opdracht aan Rodopi al gegeven was voordat de bewindvoerder voor het eerst met het bestuur van Jetten Yachting sprak. De medewerker van de bewindvoerder die akkoord gaf voor de aankoop van verf, heeft verklaard dat het bestuur van Jetten Yachting in het intakegesprek met de bewindvoerder niets heeft gezegd over de opdracht aan Rodopi. Volgens de kantonrechter volgt uit de verklaring van (de medewerker van) de bewindvoerder dat deze niet op de hoogte was van de inschakeling van derden voor het uitvoeren van het schilderwerk. De enkele instemming met aankoop van verf impliceert niet het akkoord van de bewindvoerder met de aan Rodopi verstrekte opdracht.

De kantonrechter wijst de vordering van Rodopi – bestaande uit de verstuurde facturen voor het gedane werk, vermeerderd met wettelijke rente, buitengerechtelijke kosten en de proceskosten – grotendeels toe. De gevorderde buitengerechtelijke kosten worden evenwel afgewezen omdat niet (voldoende) is onderbouwd dat er aan buitengerechtelijke werkzaamheden meer is gedaan dan een enkele aanmaning, een eenvoudig schikkingsvoorstel en de normale opbouw van een dossier. Rodopi vorderde voorts niet alleen vergoeding van de lopende wettelijke rente (die wordt toegewezen), maar ook rente over de tot dan toe reeds verschenen rente. Dat laatste wordt afgewezen, omdat de rente op grond van de wet pas na een vol jaar wordt opgeteld bij de hoofdsom om zelf ook rente te gaan dragen.

I.F.M. Lakwijk, juli 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 01-07-2019

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2019:5833

Zaaknummer: 7572395 \ CV EXPL 19-1572

Rechters: J.A. Werkema

Advocaten: U. Acker

Wetsartikelen: 233 Fw, 228 Fw en 6:119 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Verrekening van regresvordering die na datum faillissement ontstaat

De curator van een bouwbedrijf vordert van een opdrachtgever betaling van openstaande facturen. De opdrachtgever wenst deze te verrekenen met een regresvordering die na datum faillissement is ontstaan. Met wenk.

Bouwbedrijf HKM heeft met opdrachtgever Destion aanneemovereenkomsten gesloten voor de bouw van diverse projecten. HKM is in 2013 gefailleerd, terwijl de meeste projecten nog niet waren afgerond. De curator heeft de aanneemovereenkomsten niet gestand gedaan. Destion heeft de overeenkomsten ontbonden en een derde bereid gevonden de projecten af te maken.

Destion had diverse facturen nog niet betaald. De curator is een procedure gestart ter incasso. In eerste aanleg heeft Destion een beroep gedaan op verrekening in verband met diverse tegenvorderingen. De vorderingen van de curator zijn afgewezen, waarop hij in hoger beroep is gegaan.

In hoger beroep richt de curator zijn pijlen nog op één tegenvordering. Destion had betoogd dat zij een onderaannemer (die door HKM was ingeschakeld) rechtstreeks heeft betaald en dat zij het betaalde bedrag mocht verrekenen met de openstaande vordering. Destion had zich jegens deze onderaannemer borg gesteld voor de voldoening van de werkzaamheden. Deze onderaannemer is in november 2013, dus tijdens het faillissement van HKM, door Destion betaald.

De curator stelt dat niet voldaan wordt aan de vereisten voor verrekening in faillissement. Op grond van artikel 53 Fw komen voor verrekening slechts in aanmerking vorderingen die zijn ontstaan voor de faillietverklaring of die voortvloeien uit handelingen voor de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. De betaling aan de onderaannemer is tijdens het

faillissement gedaan, zodat ook de regresvordering (die Destion als borg zou hebben) pas tijdens faillissement is ontstaan, aldus de curator. De regresvordering zou volgens de curator ook niet voortvloeien uit handelingen die voor de faillietverklaring met HKM zijn verricht, nu HKM geen partij zou zijn bij de borgstelling.

Destion betwist de stellingen van de curator. Allereerst beroept zij zich op een bepaling in de aanneemovereenkomst met HKM, waarin staat: 'Opdrachtgever heeft na ontbinding (...) het recht de aanneemsom (...) geheel of gedeeltelijk aan te wenden tot betaling van (...) bij (...) het werk betrokken derden, waarbij opdrachtgever (...) gekweten zal zijn ten belopen van de aan die betrokkenen betaalde bedragen.' De overeenkomst is ontbonden, zodat Destion vervolgens de onderaannemer kon betalen en haar vordering op grond van de bepaling kon verrekenen, aldus Destion. Voorts stelt Destion dat de borgstellingsafspraken met de onderaannemer zouden zijn gemaakt in samenspraak met de directie van HKM. Daartoe beschikt zij ook over diverse getuigenverklaringen.

Het hof overweegt dat artikel 53 Fw er zich niet tegen verzet dat een schuldenaar zich tijdens het faillissement van zijn schuldeiser beroept op een contractuele bepaling, waarmee de bevoegdheid tot verrekening contractueel wordt uitgebreid. Die uitbreiding kan ook een verrekening met een tegenvordering van een ander op de gefailleerde schuldeiser betreffen (kruislingse verrekening). Voldoende is steeds dat de rechtsverhouding waaruit de door de schuldenaar te verrekenen tegenvordering voortvloeit, als zodanig reeds vóór faillissement bestond.

Het hof overweegt vervolgens dat, nu de betaling aan de onderaannemer tijdens faillissement heeft plaatsgevonden, beoordeeld moet worden of sprake is van een tegenvordering van Destion die voortvloeit uit een rechtsverhouding van vóór datum faillissement.

Het beroep van Destion op de contractuele bepaling is nieuw, zodat de curator zich daarover nog niet heeft uitgelaten. Het hof stelt de curator in de gelegenheid dat alsnog te doen, waarbij het hof wel op voorhand stelt dat als Destion een beroep kan doen op het artikel, er sprake is van een vordering die uit een bestaande rechtsverhouding voortvloeit.

Verder stelt het hof de curator in de gelegenheid te reageren op de door Destion overgelegde getuigenverklaringen, waaruit volgens Destion blijkt dat HKM betrokken was bij de borgstellingsafspraken. Het hof geeft daarbij aan de curator mee dat als Destion inderdaad het bewijs heeft geleverd dat HKM betrokken was bij de afspraken, de tegenvordering van Destion ook op die grond kan worden verrekend. De zaak wordt verwezen naar de rol voor akte aan de

zijde van de curator.

Wenk

Er is in de jurisprudentie van de laatste jaren veel te doen geweest over de verrekening of verificatie van regresvorderingen, die pas tijdens faillissement ontstaan. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de arresten over de houdbaarheid van het overwaarde-arrangement (HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023 (De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.)).

In de wereld van de bouw is regelmatig sprake van een situatie dat een opdrachtgever van een failliete bouwonderneming achterblijft met een onafgerond project, waarbij de verdere inzet benodigd is van onderaannemers. Vaak wensen zij pas verder te werken, als de openstaande vorderingen worden voldaan. Tegelijkertijd wenst de curator van de failliete bouwer nog betaling van openstaande facturen. Zo loopt een opdrachtgever het risico twee keer te moeten betalen. Dat wil de opdrachtgever natuurlijk voorkomen.

Een dergelijke situatie doet zich hier ook voor. Het gerechtshof is helder: als de opdrachtgever kan onderbouwen dat de betaling aan de onderaannemer gegrond is op een rechtsverhouding met de failliet van vóór datum faillissement, dan kan de regresvordering uit hoofde van de betaling worden verrekend met de nog openstaande facturen.

De opdrachtgever heeft in dat kader twee ijzers in het vuur: een contractuele bepaling waaruit de betaling zou voortvloeien, alsmede een borgstellingsverklaring, waarbij de failliet partij zou zijn. Betalingen tijdens faillissement op grond van een borgstelling kunnen alleen in aanmerking komen voor verrekening of verificatie, als de (latere) failliet partij was bij de borgstellingsafspraken, zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld in De Lage Landen/Van Logtestijn. De curator krijgt nu nog de gelegenheid de contractuele bepaling en de getuigenverklaringen te betwisten. Het valt te bezien hoe dit afloopt.

A.D. van Dalen, juli 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 30-06-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:1981

Zaaknummer: 200.255.601_01

Rechters: H.A.G. Fikkers, P.M. Arnoldus-Smit en J.C.J. van Craaikamp

Advocaten: P.W.H. Stassen en J.A.N. Lap

Wetsartikelen: 53 Fw

RECHTSPRAAK

Faillissement wordt vernietigd omdat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de aanvrager (deel 2)

Uit een onderzoeksrapport van het UWV volgt dat de aanvrager een arbeidsovereenkomst heeft met de VOF, waarop het faillissement van de vennoten is aangevraagd. Het rapport biedt echter onvoldoende bewijs voor het bestaan van een vorderingsrecht.

De rechtbank Overijssel heeft op 26 februari 2020 mevrouw X in staat van faillissement verklaard en op 8 april 2020 de heer Y. Beiden zijn in hoger beroep gekomen van het faillissementsvonnis. De arresten in de procedures in hoger beroep zijn gepubliceerd onder ECLI:NL:GHARL:2020:4295 ten aanzien van mevrouw X (14 april 2020) en onder ECLI:NL:GHARL:2020:4296 ten aanzien van de heer Y (20 mei 2020).

De feiten zijn als volgt. Mevrouw X en de heer Y exploiteerden voorheen de vennootschap onder firma CareFree Twente V.O.F. (hierna: de 'VOF'). Op 4 oktober 2018 hebben zij CareFree Twente B.V. (hierna: de 'BV') opgericht, met het voornemen om de activiteiten in de VOF voort te zetten in de BV. Per 1 januari 2019 hebben de werknemers van de VOF een nieuwe arbeidsovereenkomst met de BV gekregen. Op 20 maart 2019 hebben de BV en mevrouw Z een arbeidsovereenkomst met elkaar gesloten, ingaande op 1 april 2019. Bij vonnis van 15 juli 2019 is het faillissement van de BV uitgesproken. De curator heeft het personeel van de BV ontslagen, waarna mevrouw Z en de andere medewerkers van de BV een uitkering hebben aangevraagd bij het UWV op grond van de loongarantieregeling. Bij besluit van 25 september 2019 heeft het UWV de aanvraag van mevrouw Z afgewezen, omdat uit een ingesteld onderzoek is gebleken dat zij niet in dienst was bij de BV maar bij de VOF. Bij vonnis van 4 december 2019 is vervolgens het faillissement van de VOF uitgesproken, waarna mevrouw Z het UWV opnieuw om toekenning van een uitkering op grond van de loongarantieregeling heeft verzocht. Dit verzoek is toegewezen. Omdat na de uitkering op grond van de loongarantieregeling een loonvordering van mevrouw Z resteerde, heeft zij de faillissementen aangevraagd van mevrouw X en de heer Y als vennoten van de VOF.

Mevrouw X en de heer Y stellen in hoger beroep dat hun faillietverklaringen ten onrechte zijn

uitgesproken, omdat niet (summierlijk) is gebleken van een vorderingsrecht van mevrouw Z op hen. Er bestaat slechts een schriftelijke arbeidsovereenkomst tussen mevrouw Z en de BV. Of er, buiten het bestaan van een vorderingsrecht van mevrouw Z op de BV, nog sprake zou kunnen zijn van een jegens de afzonderlijke vennoten geldend te maken loonvordering vergt een nauwgezette beoordeling van de mogelijke rechtsverhouding (inclusief bewijslevering) en dat gaat verder dan het kort en eenvoudig onderzoek in het kader van een faillissementsprocedure. De curator stelt, onder verwijzing naar het onderzoeksrapport van het UWV, dat voldoende summierlijk is gebleken van een vorderingsrecht van mevrouw Z. Het hof overweegt dat de in het rapport van het UWV vermelde bevindingen, die erop neer komen dat de activiteiten van de VOF (uiteindelijk) niet zijn overgezet of overgegaan naar de BV, niet maken dat is gebleken dat mevrouw Z het gestelde vorderingsrecht tegenover de VOF heeft. Daarbij wijst het hof erop dat van een (eerdere) arbeidsovereenkomst met de VOF geen sprake is geweest. Bij deze stand van zaken is niet summierlijk gebleken van een vorderingsrecht van mevrouw Z tegenover de VOF en daarmee tegenover mevrouw X en de heer Y. De faillissementen worden vernietigd.

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

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 20-05-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:4296

Zaaknummer: 200.275.069

Rechters: Ch.E. Bethlem, B.J. Engberts en A.S. Gratama

Advocaten: H.J.M. van Denderen

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Faillissement wordt vernietigd omdat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de aanvrager (deel 1)

Uit een onderzoeksrapport van het UWV volgt dat de aanvrager een arbeidsovereenkomst heeft met de VOF, waarop het faillissement van de vennoten is aangevraagd. Het rapport biedt echter onvoldoende bewijs voor het bestaan van een vorderingsrecht.

De rechtbank Overijssel heeft op 26 februari 2020 mevrouw X in staat van faillissement verklaard en op 8 april 2020 de heer Y. Beiden zijn in hoger beroep gekomen van het faillissementsvonnis. De arresten in de procedures in hoger beroep zijn gepubliceerd onder ECLI:NL:GHARL:2020:4295 ten aanzien van mevrouw X (14 april 2020) en onder ECLI:NL:GHARL:2020:4296 ten aanzien van de heer Y (20 mei 2020).

De feiten zijn als volgt. Mevrouw X en de heer Y exploiteerden voorheen de vennootschap onder firma CareFree Twente V.O.F. (hierna: de 'VOF'). Op 4 oktober 2018 hebben zij CareFree Twente B.V. (hierna: de 'BV') opgericht, met het voornemen om de activiteiten in de VOF voort te zetten in de BV. Per 1 januari 2019 hebben de werknemers van de VOF een nieuwe arbeidsovereenkomst met de BV gekregen. Op 20 maart 2019 hebben de BV en mevrouw Z een arbeidsovereenkomst met elkaar gesloten, ingaande op 1 april 2019. Bij vonnis van 15 juli 2019 is het faillissement van de BV uitgesproken. De curator heeft het personeel van de BV ontslagen, waarna mevrouw Z en de andere medewerkers van de BV een uitkering hebben aangevraagd bij het UWV op grond van de loongarantieregeling. Bij besluit van 25 september 2019 heeft het UWV de aanvraag van mevrouw Z afgewezen, omdat uit een ingesteld onderzoek is gebleken dat zij niet in dienst was bij de BV maar bij de VOF. Bij vonnis van 4 december 2019 is vervolgens het faillissement van de VOF uitgesproken, waarna mevrouw Z het UWV opnieuw om toekenning van een uitkering op grond van de loongarantieregeling heeft verzocht. Dit verzoek is toegewezen. Omdat na de uitkering op grond van de loongarantieregeling een loonvordering van mevrouw Z resteerde, heeft zij de faillissementen aangevraagd van mevrouw X en de heer Y als vennoten van de VOF.

Mevrouw X en de heer Y stellen in hoger beroep dat hun faillietverklaringen ten onrechte zijn

uitgesproken, omdat niet (summierlijk) is gebleken van een vorderingsrecht van mevrouw Z op hen. Er bestaat slechts een schriftelijke arbeidsovereenkomst tussen mevrouw Z en de BV. Of er, buiten het bestaan van een vorderingsrecht van mevrouw Z op de BV, nog sprake zou kunnen zijn van een jegens de afzonderlijke vennoten geldend te maken loonvordering vergt een nauwgezette beoordeling van de mogelijke rechtsverhouding (inclusief bewijslevering) en dat gaat verder dan het kort en eenvoudig onderzoek in het kader van een faillissementsprocedure. De curator stelt, onder verwijzing naar het onderzoeksrapport van het UWV, dat voldoende summierlijk is gebleken van een vorderingsrecht van mevrouw Z. Het hof overweegt dat de in het rapport van het UWV vermelde bevindingen, die erop neerkomen dat de activiteiten van de VOF (uiteindelijk) niet zijn overgezet of overgegaan naar de BV, niet maken dat is gebleken dat mevrouw Z het gestelde vorderingsrecht tegenover de VOF heeft. Daarbij wijst het hof erop dat van een (eerdere) arbeidsovereenkomst met de VOF geen sprake is geweest. Bij deze stand van zaken is niet summierlijk gebleken van een vorderingsrecht van mevrouw Z tegenover de VOF en daarmee tegenover mevrouw X en de heer Y. De faillissementen worden vernietigd.

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

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 14-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:4295

Zaaknummer: 200.275.069

Rechters: Ch.E. Bethlem, B.J. Engberts en A.S. Gratama

Advocaten: H.J.M. van Denderen

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid bij niet-nakoming aandelenkoop

Schuldeiser voert zonder succes catalogus aan aansprakelijkheidsgronden aan; niet voldaan aan stelplicht.

Dit hofarrest is het vervolg op rechtbank Noord-Holland 23 oktober 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:9037. In die eerdere uitspraak behaalde Willems Recycling Holding B.V. (WRH) een pyrrusoverwinning. Het bedrijf had een overeenkomst gesloten met N.B.B. Marketing Projects B.V. (NBB), waaronder door WRH een overbruggingskrediet van € 100.000 aan NBB werd overgemaakt onder de voorwaarde dat WRH uiteindelijk door NBB gehouden aandelen in IT-bedrijf Invenit B.V. zou verkrijgen. De aandelen heeft WRH nooit gekregen; ook haar geld kwam niet meer terug. Daarop sprak WRH zowel NBB aan uit hoofde van wanprestatie als de bestuurder van NBB uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. Alhoewel de vordering tegen NBB (grotendeels) werd toegewezen, werd NBB hangende de procedure bij de rechtbank failliet verklaard en is het dus de vraag hoeveel verhaal WRH zal kunnen nemen. De rechtbank wees de vordering tegen de bestuurder af, omdat WRH onvoldoende gesteld had om (gezien de maatstaven uit de arresten Ontvanger/Roelofsen en Beklamel) aannemelijk te maken dat het niet terugbetalen van het bedrag van € 100.000 door NBB het gevolg was van ernstig verwijtbaar handelen door de bestuurder.

In hoger beroep procedeert WRH nog slechts tegen de bestuurder, in de hoop dat deze alsnog wordt veroordeeld de schade van WRH te vergoeden. Daartoe voert WRH een aantal mogelijke gronden aan: (1) bestuurdersaansprakelijkheid vanwege (a) het overtreden van – kortgezegd – de norm uit het arrest Ontvanger/Roelofsen (r.o. 3.6-3.7), (b) selectieve betaling (r.o. 3.8), (c) onbehoorlijke taakvervulling (r.o. 3.11) en (d) het schenden van een op de bestuurder persoonlijk rustende zorgvuldigheidsnorm (r.o. 3.13), alswel (2) het maken van misbruik van identiteitsverschil (r.o. 3.14) en (3) het schenden van een morele verplichting (r.o. 3.15). Zoals men in het Engels zegt: ‘Throw it against the wall and see what sticks’. Helaas voor WRH blijft er niets plakken. Voor al deze gronden geldt dat WRH te weinig heeft gesteld om een beroep erop te doen slagen.

Ten aanzien van het merendeel van de hierboven genoemde gronden, meer specifiek die onder 1.c, 1.d, 2 en 3 ligt dat voor de hand. Zo kan enkel de curator ten gunste van de gezamenlijke schuldeisers de bestuurder aansprakelijk stellen op grond van onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:138/248 BW); een individuele schuldeiser kan dat dus niet. Van een op de bestuurder in persoon rustende zorgvuldigheidsnorm (à la 'Spaanse villa') was geen sprake, omdat de bestuurder niet in andere hoedanigheid had opgetreden dan als bestuurder van NBB. Er was geen sprake van misbruik van identiteitsverschil, omdat steeds duidelijk is geweest in welke hoedanigheid de bestuurder optrad. Het bestaan van een 'morele verplichting' kan niet tot aansprakelijkheid leiden als verder niet duidelijk is hoe deze zich zou uiten in een rechtens afdwingbare verplichting.

Aan de eerste twee genoemde aansprakelijkheidsgronden besteedt het hof meer aandacht. Ook hier heeft WRH echter te weinig gesteld. Ten aanzien van de stelling van WRH dat de bestuurder bij het namens NBB sluiten van de overeenkomst met WRH wist of behoorde te weten dat NBB haar verplichtingen niet na zou gaan komen en (vanwege haar faillissement) geen verhaal zou bieden, overweegt het hof dat het probleem hier deels bij WRH ligt. Hoewel het niet duidelijk uit de uitspraak volgt, lijkt het erop dat WRH zich heeft teruggetrokken uit de overeenkomst (voor zover die zag op de koop van de aandelen Invenit), waardoor het niet meer mogelijk was de vordering van € 100.000 te verrekenen met de koopprijs van de aandelen. Het kon om die reden voor de bestuurder van NBB niet verwacht worden dat hij zag aankomen dat WRH schade zou lijden als gevolg van het namens NBB met WRH aangaan van de overeenkomst. Om soortgelijke redenen faalt het beroep van WRH op selectieve betaling; ten tijde van het doen van betalingen aan andere partijen was het voor de bestuurder niet zonder meer te voorzien dat NBB failliet zou worden verklaard.

T.E. Booms, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 02-06-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:1440

Zaaknummer: 200.270.758/01

Rechters: W.A.H. Melissen, G.C.C. Lewin en J.W.M. Tromp

Advocaten: M.M. van der Marel

Wetsartikelen: 6:162 BW