

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 02, 2020

Nummer 2, 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

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:511](#) 21-01-2020

Faillissement van concern| regres- en omslagvorderingen op voormalige
groepsvennootschap mogen gedeeltelijk worden verrekend

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:150](#) 08-01-2020

X/Ontvanger

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:105](#) 07-01-2020

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:2](#) 02-01-2020

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:11265](#) 31-12-2019

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:4711](#) 31-12-2019

X/Froger q.q.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:10981](#) 19-12-2019

Agrivalid/X Holding

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:4408](#) 10-12-2019

Dullaart q.q./BUMA c.s.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3793](#) 22-10-2019

X bv/Folksam

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3317](#) 09-07-2019

Brasserie De Verandering BV/X

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3312](#) 25-06-2019

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:6108](#) 27-12-2019

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:5998](#) 18-12-2019

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2019:10459](#) 18-12-2019

X/VROZ

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2019:6196](#) 31-10-2019

RECHTSPRAAK

Faillissement van concern| regres- en omslagvorderingen op voormalige groepsvennootschap mogen gedeeltelijk worden verrekend

***Faillissement van concern| regres- en omslagvorderingen op
voormalige beheermaatschappij uit hoofde van krediet vastgesteld in
arbitrale procedure| beroep op verrekening gedeeltelijk gehonoreerd.***

De casus die in het hier besproken arrest aan de orde was, laat zich vanwege de omvang ervan niet eenvoudig samenvatten. Veel van de (overigens interessante) details worden daarom hier weggelaten of versimpeld. Kortgezegd gaat het (voor zover hier relevant) over de ontvlechting en herfinanciering van het pluimvee-concern Storteboom, waarbij de voormalige beheermaatschappij van het concern procedeert tegen (de curator van) zeven vennootschappen die op de faillissementsdatum tot dat concern behoorden. Eerder is tussen dezelfde partijen over andere vragen span lang="EN-GB" style="font-size:11.pt">span style="line-height:115%">span style='font-family:"Calibri","sans-serif"'>-/span>/span>/span> die desalniettemin voor de onderhavige procedure van belang zijn – al geprocedeerd bij de Hoge Raad en het Nederlands Arbitrage Instituut. Na de procedure bij de Hoge Raad is duidelijk dat de voormalige beheermaatschappij niet alleen een (door de curator erkende) vordering uit hoofde van geldlening van ongeveer € 3.7 miljoen heeft jegens één van de zeven vennootschappen, maar ook een vordering uit hoofde van subrogatie van ongeveer € 2.5 miljoen heeft jegens alle zeven vennootschappen. De procedure bij het NAI heeft tot een arbitraal vonnis geleid waarin is vastgesteld dat de voormalige beheersmaatschappij wegens uitwinning door de bank van de zeven vennootschappen regres- en omslagschulden ter hoogte van (het aan haar eigen vordering uit hoofde van geldlening gelijke bedrag van) ongeveer € 3.7 miljoen dient te voldoen. In de NAI-procedure is niet komen vast te staan welk deel van deze ongeveer € 3.7 miljoen op grond van regres of omslag toekomt aan welke van de zeven vennootschappen, waardoor het totaalbedrag aan de zeven vennootschappen gezamenlijk toekomt.

De inzet van het onderhavige geschil is of de voormalige beheermaatschappij haar als gevolg

van het NAI-vonnis bestaande betalingsverplichting van ongeveer € 3.7 miljoen kan voldoen door verrekening met haar vordering uit hoofde van geldlening van ongeveer € 3.7 miljoen, dan wel haar vordering uit hoofde van subrogatie van ongeveer € 2.5 miljoen. Het belang daarvan zal gelegen zijn in het feit dat niet te verwachten valt dat de zeven failliete vennootschappen de beide vorderingen van de voormalige beheermaatschappij (volledig) zullen kunnen voldoen; door verrekening met haar eigen betalingsverplichting kan de voormalige beheermaatschappij de resulterende schade beperken.

Het hof meent, anders dan de rechtbank, dat van verrekening met de vordering uit hoofde van geldlening geen sprake kan zijn. Verrekening is (voor zover niet contractueel anders overeengekomen) enkel mogelijk indien de te verrekenen vordering en schuld in hetzelfde vermogen vallen (art. 6:127 lid 3 BW). Het hof komt tot de conclusie dat dit hier niet het geval is, nu de debiteur van de vordering van de voormalige beheermaatschappij (één van de zeven vennootschappen) een andere is dan de crediteur van de vordering op de voormalige beheermaatschappijen (de zeven vennootschappen gezamenlijk). Het hof verwerpt daarbij het beroep van de voormalige beheermaatschappij op artikel 6:15 BW, welk artikel kortgezegd inhoudt dat een vordering die aan meerdere partijen verschuldigd is als gevolg van een rechtshandeling als één vorderingsrecht dat zij gezamenlijk houden dient te worden aangemerkt. In dit geval zou die rechtshandeling besloten hebben gelegen in het gezamenlijk instellen van één vordering namens de zeven vennootschappen in de NAI-procedure. De overweging van het hof dat de curator juist per vennootschap een regres- en omslagvordering heeft berekend, lijkt zich slecht te verhouden met de in de uitspraak geciteerde overwegingen van het scheidsgericht, waarin de curator aangeeft dat de 'regres- en omslagproblematiek op concernniveau (dient) te worden bekeken' en dat hij in zoverre erkent alle regresvorderingen 'op één hoop te gooien'.

Ook een beroep op de redelijkheid en billijkheid kan het hof, wederom anders dan de rechtbank, niet overtuigen. Het hof oordeelt daaromtrent kortgezegd dat de omstandigheden die de voormalige beheermaatschappij aandraagt reeds zijn verdisconteerd in het vonnis van het NAI, waarin de betalingsverplichting van de voormalige beheermaatschappij op basis van dezelfde argumenten naar beneden is bijgesteld. Zou daarnaast op basis van dezelfde omstandigheden een beroep op verrekening worden gehonoreerd, dan zou dat de voormalig beheermaatschappij bevoordelen (en de overige zes vennootschappen benadelen in hun verhouding tot de vennootschap die het geleende geld had moeten terugbetalen en dat dan mede door de zes anderen zou zien worden opgebracht). Bij dit oordeel lijkt een rol te hebben gespeeld dat de voorzitter van het scheidsgerecht in de NAI-procedure desgevraagd heeft verklaard dat de hoogte van de in die procedure vastgestelde betalingsverplichting van de voormalig beheermaatschappij niet is afgestemd op het feit dat deze door middel van

verrekening met gesloten beurzen zou kunnen worden voldaan. Een beetje gek is dat wel; de gedachte zal bij de arbiters ongetwijfeld in het achterhoofd hebben gespeeld dat de door hen tot het beloop van exact € 3.717.409,01 toegewezen vordering zou kunnen worden 'weggestreept' tegen de exact even hoge vordering van de voormalige beheermaatschappij. De voorzitter geeft in zijn verklaring aan dat de vraag of verrekend zou kunnen worden geen onderdeel van de arbitrale procedure uitmaakte, waardoor dit punt geen rol van betekenis heeft gespeeld in het arbitraal vonnis. Het lijkt dan wel wat overtrokken om, zoals het hof doet, aan te nemen dat de arbiters de omstandigheden die relevant zijn voor het door de voormalige beheermaatschappij te betalen bedrag zodanig hebben meegewogen dat aan die omstandigheden geen eigen gewicht meer toekomt bij de vraag of op grond van de redelijkheid en billijkheid verrekening mogelijk moet worden geacht.

Het hof acht, nu daartegen door de curator geen verweer is gevoerd, verrekening door de voormalige beheermaatschappij met haar vordering van ongeveer € 2,5 miljoen uit hoofde van subrogatie wél mogelijk. Dat ligt ook voor de hand: voor deze vordering zijn de zeven vennootschappen in elk geval hoofdelijk verbonden, waardoor de vordering en schuld van de voormalige beheermaatschappij in de-/hetzelfde vermogen(s) vallen/valt.

T.E. Booms, februari 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-01-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:511

Zaaknummer: 200.224.335/01

Rechters: J. Smit, M. Willemse en M. Wolters

Advocaten: J.J. Veldhuis

Wetsartikelen: 6:10 BW-6:13 BW, 1095 Rv, 1065 Rv, 6:127 BW en 53 Fw

RECHTSPRAAK

Een bestuurder van een bv is aansprakelijk wegens selectieve betaling. Vóór liquidatie zijn de verhuurders van bedrijfsruimte niet voldaan, terwijl de rekening-courantvordering van de bestuurder wél is voldaan door middel van verrekening van een vordering wegens voorraad die de bv verkocht heeft aan de bestuurder. Met wenk.

Genetap B.V. (Genetap) was huurder van een bedrijfsruimte. De bestuurder meldt op 17 januari 2014 aan de verhuurders van de bedrijfsruimte dat Genetap de ruimte nog drie maanden zal huren. Onderwijl heeft de bestuurder reeds een eenmanszaak opgericht. Tussen 17 januari 2014 en 11 juni 2014 verkoopt de bestuurder de voorraad van Genetap aan zijn eenmanszaak. Hij verrekent de koopprijs met een rekening-courantvordering die hij op Genetap heeft.

De vordering van de verhuurders op Genetap blijft onbetaald. De verhuurders spreken de bestuurder aan tot schadevergoeding, stellende dat hem een ernstig persoonlijk verwijt treft in dit verband. De rechtbank heeft de vordering van de verhuurders in eerste aanleg toegewezen. Volgens de rechtbank kon niet worden aangenomen dat de bestuurder reeds bij het aangaan van de huurovereenkomst wist dat Genetap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen (geen 'Beklamel'-aansprakelijkheid), maar was de bestuurder wel te verwijten dat hij het vermogen van Genetap heeft geliquideerd en daarbij door verrekening zijn eigen vordering met (onterechte) voorrang boven de andere schuldeisers heeft voldaan. Als de bestuurder de koopprijs voor de overgenomen voorraad met geld in plaats van door verrekening voldaan had, was er genoeg liquiditeit geweest om ook de vordering van de verhuurders te betalen.

In appel beroept de bestuurder zich er voor het eerst op dat hij een pandrecht (in tweede rang) op de voorraad had, dat hij de voorraad namens Genetap in het kader van een executie van dat pandrecht onderhands aan zichzelf heeft verkocht, en dat hij daarom wel mocht verrekenen – althans zichzelf met voorrang boven de verhuurders mocht voldoen. Het hof wijst alle grieven die uit deze lezing van de feiten voortvloeien af. De bestuurder heeft geen stukken overgelegd waaruit blijkt dat sprake was van een besluit van Genetap om haar (tweede) pandrecht te gaan executeren en dat er in dat verband met de bestuurder als ondernemer in zijn eenmanszaak is

afgesproken dat de verkoop van de voorraad onder de vigeur van artikel 3:251 lid 2 BW gebeurde. Het hof overweegt dat het al te gemakkelijk is om *achteraf* te stellen dat een dergelijke afspraak door de bestuurder met zichzelf gemaakt is, waarbij het hof ook gewicht toekent aan het feit dat de bestuurder dit alles pas in hoger beroep voor het eerst naar voren brengt.

Tevens overweegt het hof dat door de bestuurder in eerste aanleg is gesteld dat de rekening-courantvordering van de bestuurder achtergesteld en niet opeisbaar was. Dit leidt het hof tot de conclusie dat van executie van het pandrecht ook geen sprake kón zijn, aangezien in dat geval Genetap niet in verzuim was jegens de bestuurder. Hem kwam dan geen executiebevoegdheid toe. In appel is door de raadsman van de bestuurder tijdens een comparitie van partijen betoogd dat er geen grond is om te veronderstellen dat de vordering van de bestuurder daadwerkelijk achtergesteld was, aangezien dat niet goed rijmt met het vestigen van een tweede pandrecht. Daaraan gaat het hof echter voorbij, omdat er tegelijkertijd niet expliciet is teruggekomen van de in eerste aanleg herhaaldelijk gedane stelling dat de vordering was achtergesteld en ook geen nadere toelichting is gegeven over hoe deze ongerijmdheid heeft kunnen ontstaan.

Bij het bepalen van de omvang van de schade, toewijzing van een contractuele boete daaronder begrepen, heeft de bestuurder zich op matiging beroepen. Hij heeft echter geen concrete feiten of omstandigheden gesteld om te onderbouwen dat de gevorderde schadevergoeding en boete tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leiden. Daarom gaat het hof aan het beroep op matiging voorbij. Het vonnis van de rechtbank, waarbij de vorderingen van de verhuurders zijn toegewezen, wordt bekrachtigd.

Wenk

Deze uitspraak van het hof is een voorbeeld van bestuurdersaansprakelijkheid vanwege selectieve betaling. Een bestuurder van een rechtspersoon heeft normaal gesproken een ruime vrijheid om te bepalen welke schuldeiser door de rechtspersoon als eerste betaald wordt. Ook in deze uitspraak begint het hof met de overweging dat de bestuurder het betaalbeleid in hoge mate zelf mag kiezen zolang een rechtspersoon (enig) toekomstperspectief heeft. Die vrijheid valt pas weg als er niet meer gestreefd wordt naar (of in redelijkheid niet meer gelooft kan worden in) continuïteit van de rechtspersoon en het vermogen van de rechtspersoon ook niet volstaat om al zijn schuldeisers te voldoen. Zie r.o. 2.5 voor een heldere weergave van het door het hof toegepaste juridisch kader.

Opmerkelijk is dat het hof zich enigszins in een bocht wringt bij de onderbouwing dat er geen sprake kan zijn geweest van executie van een pandrecht, omdat – nog afgezien van het niet-

onderbouwd zijn van die laattijdige stelling – de vordering van de bestuurder achtergesteld en niet opeisbaar was. In r.o. 2.10 overweegt het hof dat, ondanks (zij het niet al te sterke) betwisting daarvan in appel, toch wordt aangenomen dat de vordering van de bestuurder achtergesteld was. In de laatste zin wordt de argumentatie van het hof circulair, of zelfs innerlijk tegenstrijdig, waar het hof overweegt dat de bestuurder zich er ook naar *gedragen* heeft alsof hij de vordering als achtergesteld beschouwde. Die denkstap wringt, aangezien het verwijt aan de bestuurder nu juist is dat hij zichzelf wél met voorrang heeft voldaan.

Blijkens het arrest was het pandrecht van de bestuurder een tweede pandrecht. Op grond van artikel 3:237 lid 3 laatste zinsdeel en 3:252 lid 2 tweede volzin BW kon executie door de tweede pandhouder rehtens niet plaatsvinden zonder medewerking van de eerste pandhouder. Reeds daaruit had kunnen voortvloeien dat het ‘pandrechtverweer’ van de bestuurder niet kon slagen, zonder de meer moeizame overwegingen over het al dan niet achtergesteld-zijn van de vordering.

I. Lakwijk, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-01-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:105

Zaaknummer: 200.201.300/01

Rechters: M.M.A. Wind, I.F. Clement en W.A. Zondag

Advocaten: P.J. Bos en M.J. Jeths

Wetsartikelen: 6:162 BW en 3:251 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Het hof concludeert dat gefailleerde niet binnen een redelijke termijn haar schulden kan voldoen en dus in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen: faillissement wordt bekrachtigd.

Mevrouw X heeft in 2006 en 2007 twee kavels met chalets gekocht van de eigenaar van een recreatiepark ('Recreatiecomplex'). Zij heeft deze aankoop gefinancierd met geldleningen van ABN AMRO en Achmea Hypotheekbank (met eerste recht van hypotheek) en een geldlening van Recreatiecomplex (met tweede recht van hypotheek). De laatstgenoemde geldlening is niet (volledige) terugbetaald. Voorts stelt Recreatiecomplex een vordering op mevrouw X te hebben uit hoofde van onbetaald gebleven facturen van energie- en waterleveranciers en achterstallige rente. Bij vonnis van 19 december 2018 is mevrouw X veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 54.100,95 aan Recreatiecomplex. Zij heeft hoger beroep ingesteld ten aanzien van het gedeelte van het vonnis met betrekking tot de energienota's (omdat zij zichzelf ten aanzien van de geldlening in een onmogelijke bewijsspositie acht te verkeren). Recreatiecomplex heeft het faillissement van mevrouw X aangevraagd (met vermelding van de vorderingen van ABN AMRO en Achmea Hypotheekbank als steunvorderingen). Dit faillissement is bij vonnis van 25 oktober 2019 uitgesproken. Van dit vonnis is mevrouw X in hoger beroep gekomen. Zij stelt dat er geen sprake is van pluraliteit van schuldeisers noch van de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. Mevrouw X betaalt maandelijks en op tijd de periodieke lasten die zij verschuldigd is aan ABN AMRO en Achmea Hypotheekbank. Er bestaat geen betalingsachterstand aan deze banken en die heeft ook nooit bestaan. Voorts lost mevrouw X elke maand af op de door haar erkende vordering van Recreatiecomplex door middel van het onder de werkgever van mevrouw X gelegde loonbeslag. De curator heeft in het kader van de procedure in hoger beroep bericht dat haar niet is gebleken dat mevrouw X – met uitzondering van de vordering van Recreatiecomplex – opeisbare vorderingen onbetaald heeft gelaten.

Het hof concludeert dat de vordering van de aanvrager in ieder geval voor het bedrag dat ziet op de geldlening voldoende (summierlijk) aannemelijk is. Ten aanzien van de pluraliteit van schuldeisers overweegt het hof dat mevrouw X schulden heeft bij diverse banken. Het enkele feit dat mevrouw X bij is met de betaling van de hypothecaire maandpremies, zoals de curator

ook voorshands heeft onderschreven, maakt niet dat er geen sprake is van hypotheekschulden of dat deze hypotheekschulden niet mee zouden kunnen tellen voor het bestaan van de pluraliteit van schuldeisers. Het hof concludeert dat ook de pluraliteit van schuldeisers (summierlijk) aannemelijk is. Ten slotte dient het hof te beoordelen of mevrouw X zich bevindt in de situatie dat zij is opgehouden te betalen. De vordering van Recreatiecomplex is tot op heden nog niet volledig betaald. Mevrouw X lost door middel van het loonbeslag gemiddeld maximaal € 100 per maand (maar doorgaans minder) af op deze vordering. Zij heeft niet onderbouwd dat haar inkomenssituatie op korte termijn zodanig zal veranderen dat zij significant méér op de vordering kan aflossen dan zij thans doet. Dit betekent dat Recreatiecomplex met de huidige aflossing nog jaren moet wachten totdat haar opeisbare vordering volledig zou zijn voldaan. Aflossing van deze schuld, die al in 2008 had moeten zijn afgelost, valt dus niet op een afzienbare termijn te verwachten. Mevrouw X heeft voorts niet concreet gemaakt dat zij de mogelijkheid heeft om via onderhandse verkoop van de chalets op korte termijn de financiële ruimte te verkrijgen om haar schulden te voldoen. Zo heeft zij bijvoorbeeld geen waardering/taxatie van de chalets in het geding gebracht en gesteld noch gebleken is dat mevrouw X thans actief tracht de chalets onderhands te verkopen. Haar mededeling dat inmiddels haar familie noodzakelijke verzekeringen voor haar betaalt, omdat zij die niet meer zelf kan betalen, leert het hof voorts dat de financiële situatie van mevrouw X eerder verslechtert dan verbetert. In het advies van de curator, inhoudende dat mevrouw X volgens de curator niet zou zijn opgehouden te betalen, zijn bovenstaande aspecten niet waarneembaar betrokken, zodat het hof dat advies niet volgt. Het hof concludeert dat mevrouw X niet binnen een, gezien de aard en omvang van de schuld aan Recreatiecomplex, redelijke termijn haar schulden kan betalen. Het hof acht de toestand van te hebben opgehouden te betalen dan ook aanwezig. Het faillissementsvonnis wordt bekrachtigd.

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

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 02-01-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:2

Zaaknummer: 200.268.527_01

Rechters: A.P. Zweers-van Vollenhoven, R.R.M. De Moor en T. van der Valk

Advocaten: J.R.L. van Gasteren en D.J. Kramer

Wetsartikelen: 1 Fw en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

X/Froger q.q.

Aansprakelijkheid bestuurders (art. 2:248 BW); weerlegging vermoeden lid 2 niet geslaagd.

Drukwerk & PR B.V. heeft gedurende enkele jaren verschillende bestuurders gehad. Appellant 1 is enige tijd rechtstreeks bestuurder, en enige tijd bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder van Drukwerk & PR B.V. geweest. Appellant 2 is voorts enige tijd bestuurder van een andere rechtspersoon-bestuurder van Drukwerk & PR B.V. geweest. In eerste aanleg zijn de verschillende rechtspersonen-bestuurders en beide appellanten veroordeeld op de voet van artikel 2:248 BW. Tegen dit oordeel komen appellanten 1 en 2 thans in beroep. De rechtspersonen-bestuurders hebben in hun veroordeling berust.

Het hof volgt het oordeel van de rechtbank. Vaststaat dat de jaarrekening over 2012 te laat is gepubliceerd, hetgeen op grond van artikel 2:248 lid 2 BW met zich brengt dat vaststaat dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd en dat wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Overigens oordeelt het hof dat ook de boekhoudplicht is geschonden. Appellanten 1 en 2 moeten derhalve andere feiten en omstandigheden dan hun onbehoorlijke taakvervulling aanvoeren als belangrijke oorzaak van het faillissement. In dat kader wordt aangevoerd dat de vennootschap bezig was een kelderbak in de tuin van appellant 1 aan te leggen. In die kelderbak zou dan (hoewel de rechtbank hier kennelijk twijfels over had, zie r.o. 3.8.3. van dit hof-arrest) een high-end toonzaal moeten worden gerealiseerd voor de producten en diensten van Drukwerk & PR B.V. De gemeente legde de bouw echter stil omdat de benodigde omgevingsvergunning niet was aangevraagd. Appellanten 1 en 2 betogen dat het uitgeven van gelden voor de aanleg van de kelderbak zonder de daaropvolgende inkomsten het faillissement heeft veroorzaakt. Het hof past het mechanisme van HR 30 november 2007, NJ 2008/91 (Blue Tomato) toe en oordeelt dat het starten met de bouw en het uitgeven van gelden daarvoor zonder dat de vereiste omgevingsvergunning was aangevraagd, ook kennelijk onbehoorlijk bestuur is. Daarmee slaagt de weerlegging van het vermoeden van lid 2 niet.

De beroepen op disculpatie en matiging worden voorts afgewezen.

O. Oost, januari 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 31-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:4711

Zaaknummer: 200.238.763_01

Rechters: P.W.A. van Geloven, W.J.J. Beurskens en T.J. Dorhout Mees

Advocaten: G.C.L. van de Corput en P.P.A. Vroegrijk

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Dullaart q.q./BUMA c.s.

De taakopvatting van de curator, die mede de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar inhoudt, kan meebrengen dat de curator belang heeft bij een beslissing op aanvankelijk door de failliet ingestelde vorderingen die strekken tot bestrijding van vóórafgaand aan diens faillietverklaring verbeurde dwangsommen. Deze dwangsommen zijn in faillissement weliswaar niet verifieerbaar, maar worden weer afdwingbaar als het faillissement van failliet is geëindigd.

Het onderhavige tussenarrest is gewezen in een procedure waarin appellant (natuurlijk persoon) het verbeuren van dwangsommen en executoriale beslagen bestrijdt. Hangende het hoger beroep wordt appellant in staat van faillissement verklaard. De vraag komt voor of een beslissing van het hof in het licht van artikel 611e lid 2 Rv en artikel 33 lid 2 Fw daarmee nog relevant is.

De voorgeschiedenis is als volgt. Op 24 mei 2016 zijn appellant en de door hem bestuurde Stichting Commerciële Omroep Exploitatie Zuid-Holland (SCOEZH) door de voorzieningenrechter in kort geding op vordering van belangenorganisaties BUMA en Sena verboden op straffe van een dwangsom om inbreuk te maken op auteurs- en naburige rechten zolang daarvoor niet de verschuldigde betalingen zouden worden gedaan. Appellant heeft destijds appel ingesteld, maar werd ook in hoger beroep in het ongelijk gesteld. Omdat het kortgedingvonnis in eerste aanleg uitvoerbaar bij voorraad was verklaard en appellant kennelijk hangende de uitspraak in hoger beroep in strijd met het verbod heeft gehandeld, hebben geïntimeerden na de appeluitspraak bij deurwaardersexploot € 200.000 aan verbeurde dwangsommen gevorderd en ter zake ten laste van appellant executoriale beslagen gelegd.

In de onderhavige procedure vordert appellant kort en goed dat de dwangsommen en beslagen worden opgeheven. De daartoe strekkende vorderingen van appellant zijn in eerste aanleg

afgewezen. Tijdens de procedure in hoger beroep is appellant in persoon failliet verklaard. De curator heeft de procedure in hoger beroep ex artikel 27 Fw overgenomen. Door het onderwerp van de procedure ziet het hof aanleiding partijen bij tussenarrest van 30 juli 2019 (ECLI:NL:GHAMS:2019:2811) om proceseconomische redenen in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over het belang van een beslissing in het licht van artikel 611e lid 2 Rv en 33 lid 2 Fw. Daaruit volgt immers dat de vóór faillietverklaring verbeurde dwangsommen in het faillissement van appellant niet tot het passief worden toegelaten respectievelijk dat de gelegde beslagen zijn komen te vervallen. Uit het tussenarrest dat hier wordt samengevat, blijkt dat de curator geen beslissing nodig acht op de vordering met betrekking tot de vervallen beslagen, maar wel op de vordering die strekt tot kwijting van de verbeurde dwangsommen. Hoewel deze dwangsommen op grond van artikel 611e lid 2 Rv niet voor verificatie in aanmerking komen, blijven deze als schuld op de schuldenaar rusten en worden zij weer afdwingbaar op het moment dat diens faillissement eindigt. De curator rekent het terecht tot zijn taak om niet alleen het crediteurenbelang te behartigen, maar ook de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar te waarborgen.

Het hof gaat in het betoog van de curator mee en verwijst de zaak naar de rol voor memorie van grieven. Overigens speelt in dit specifieke geval mogelijk ook nog een rol dat de curator met een gunstige proceskostenveroordeling allicht nog een deel van de algemene faillissementskosten zou kunnen verhalen. In zijn eerdere tussenarrest (ECLI:NL:GHAMS:2019:2811) heeft het hof al meegegeven dat artikel 1019h Rv in deze procedure niet van toepassing is, maar wellicht dat de curator ruimte ziet het geding toch in de sfeer van die bepaling te brengen.

J.O. Bijloo, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:4408

Zaaknummer: 200.218.968/01

Rechters: W.A.H. Melissen, M.P. van Achterberg en H. Struik

Advocaten: J.A.M. van Oers en J.W.A. Meddens

Wetsartikelen: I.M.C.A. Reinders Folmer

RECHTSPRAAK

Procedure tussen Duitse curator en Nederlandse klant naar Duits recht. Vaststelling van regels omtrent verrekening van vorderingen in een Duits faillissement. Tussenvonnissen.

In deze procedure staat de curator van de Duitse keukenfabrikant Nieburg Kuchen GmbH tegenover een Nederlandse klant. Deze Nederlandse klant betreft een bv die keukens verkoopt en monteert. De curator vordert van de klant betaling van meerdere facturen voor het leveren van (onderdelen van) keukens. De klant betwist de vordering van de curator niet. In haar verweerschrift (deze zaak betreft een KEI-zaak) heeft de klant wel een tegenvordering naar voren gebracht waarin zij een verklaring voor recht vordert dat zij schade heeft geleden die zij met de vordering van de curator mag verrekenen. De schade die de klant stelt geleden te hebben, komt voort uit (volgens de klant) non-conforme leveringen van Nieburg. In dit tussenvonnis geeft de rechtbank nader antwoord op de vragen of en wanneer de klant vorderingen in verrekening mag brengen.

Op de koopovereenkomsten tussen Nieburg en de klant zijn de algemene voorwaarden van Nieburg van toepassing. In deze algemene voorwaarden is een forumkeuzebeding opgenomen aan de hand waarvan bij de Rechtbank Gelderland wordt geprocedeerd. Omdat de algemene voorwaarden van Nieburg dat bepalen, oordeelt de rechtbank verder dat Duits recht van toepassing is. Overigens blijkt niet uit het vonnis dat de rechtbank bij dit oordeel over haar competentie en het toepasselijk recht zich rekenschap heeft gegeven van relevante Europese regelgeving.

De rechtbank blijft vervolgens bij haar voorlopig oordeel uit haar eerdere tussenvonnis van 17 mei 2019 (ECLI:NL:RBGEL:2019:2984) dat de algemene voorwaarden van Nieburg (die een beperking van de verrekening van vorderingen bevatten in die zin dat vorderingen van de klant alleen dan kunnen worden verrekend wanneer die in rechte zijn vastgesteld) niet in de weg staan aan de verrekening van vorderingen van de klant die door de rechtbank in onderhavige procedure worden vastgesteld.

In het eerder aangehaalde tussenvonnis heeft de rechtbank een uitleg gegeven aan de door de curator aangehaalde Duitse regels omtrent verrekening van vorderingen in faillissement.

Partijen hebben geen bezwaren tegen die uitleg geuit en daarom hebben de volgende uitgangspunten uit het Duitse recht te gelden. De klant kan vorderingen die ten tijde van de uitspraak van het faillissement van Nieburg opeisbaar waren verrekenen als zij de bevoegdheid daartoe op datum faillissement ook al had. Vorderingen van de klant die na datum faillissement zijn ontstaan, kunnen niet worden verrekend met vorderingen van Nieburg van voor datum faillissement. Vorderingen van de klant en van Nieburg die voor datum faillissement zijn ontstaan, maar pas nadien opeisbaar zijn geworden, kunnen over en weer worden verrekend. Vorderingen van de klant die na datum faillissement zijn ontstaan door rechtshandelingen van de curator zijn boedelvorderingen en kunnen vrij worden verrekend.

Verder stelt de rechtbank naar Duits recht vast dat een recht op schadevergoeding ontstaat wanneer een schuldenaar een termijn is gesteld om alsnog na te komen (Fristsetzung) of wanneer het stellen van een termijn niet meer verlangd kan worden van de schuldeiser. Steeds moet volgens de rechtbank voor leveringen die non-conform zouden zijn dus worden vastgesteld of tijdig geklaagd is en of ofwel sprake is geweest van een Fristsetzung ofwel een Fristsetzung niet nodig was omdat 'het verlangen van nakoming niet meer zinvol was'.

W.T.N. Vlasveld, januari 2020

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 31-10-2019

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2019:6196

Zaaknummer: NL18.18359

Rechters: H.F.R. van Heemstra

Advocaten: A. den Hertog en M. Blok

Wetsartikelen: 94 InsO, 96 InsO, 95 InsO, 281 BGB, 103 InsO en 55 InsO

RECHTSPRAAK

Nadat een vof door middel van een lening een groot deel van haar schulden heeft afgelost, wordt de onderneming van de vofF (een kinderopvang) ingebracht in een bv. Ongeveer een half jaar na de inbreng wordt de bv op eigen aangifte failliet verklaard. De curator stelt de bestuurders van de bv primair aansprakelijk op grond van onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 BW) en subsidiair op grond van onrechtmatig handelen (art. 6:162 BW). Het hof wijst de vorderingen van de curator af.

Een vof drijft als onderneming een kinderopvang. In verband met liquiditeitsproblemen heeft de vof medio 2013 een Bbz-krediet aangevraagd en ontvangen van de gemeente. Dit krediet wordt door de vof aangewend om een aantal schulden te voldoen. Op 1 januari 2014 wordt de onderneming van de vof overgedragen aan een nieuw opgerichte bv waarvan een van de vennoten de enig bestuurder is. De andere vennoot is daarnaast feitelijk bestuurder van de bv. De koopsom is omgezet in een lening van de vof aan de bv. Vanaf dat moment wordt de kinderopvang geëxploiteerd vanuit de bv, maar de inkomsten en uitgaven van de bv lopen via de betaalrekening van de vof. Via deze rekening worden ook schulden van de vof voldaan, waarbij deze betalingen worden aangemerkt als aflossing op de schuld van de bv aan de vof. Medio 2014 wordt besloten de activiteiten binnen de bv te beëindigen. De onderneming, de bedrijfsinventaris en een aantal duoboxen worden verkocht. De verkoopopbrengst wordt aangewend om een deel van de schuld van de vof aan ABN AMRO af te lossen en daarmee ook een gedeelte van de schuld van de bv aan de vof. Vervolgens is de bv op 9 juli 2014 op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard.

In deze procedure stelt de curator de bestuurders primair aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW en subsidiair op grond van artikel 6:162 BW. De curator stelt onder meer dat de bestuurders niet hebben voldaan aan de boekhoudplicht uit artikel 2:10 BW, nu op het moment van de faillietverklaring nog niet alle stukken waren opgemaakt die verband houden met de inbreng van de onderneming in de bv en de daaruit voortvloeiende schuld van de bv aan de vof. Echter, omdat de ontbrekende stukken ruim een maand na het faillissement alsnog

zijn opgemaakt, de omvang en duur van de in de failliete vennootschap geëxplodeerde onderneming beperkt is en de daaruit voortvloeiende geldstromen overzichtelijk zijn, komt het hof tot de conclusie dat onvoldoende is gesteld om tot het oordeel te kunnen komen dat de boekhoudplicht is geschonden.

Daarnaast betoogt de curator dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur omdat de onderneming ten tijde van de inbreng van de onderneming in de bv niet levensvatbaar was en een faillissement binnen afzienbare tijd te voorzien was. Uit een door het Instituut voor het Midden- en Kleinbedrijf (IMK) in 2013 geschreven rapport volgt echter dat het in de vof geëxploiteerde bedrijf onder een aantal voorwaarden levensvatbaar zou zijn bij verstrekking van een Bbz-krediet door de gemeente. Omdat de activiteiten van de vof per 1 januari 2014 een-op-een zijn ingebracht in de bv, geldt de vaststelling van het IMK naar het oordeel van het hof ook voor de exploitatie van het bedrijf binnen de bv. Aangezien de gemeente het krediet aan de vof heeft verstrekt, gaat het hof ervan uit dat aan de door het IMK genoemde voorwaarden naar tevredenheid is voldaan.

Het hof oordeelt dat het feit dat de ontvangsten en uitgaven van de bv via de betaalrekening van de vof zijn blijven lopen, niet bijdragen aan het door de curator gestelde onbehoorlijk bestuur. Ook het feit dat de opbrengst van de verkoop van de onderneming zes maanden voor het faillissement veel lager is dan de bedongen koopsom ten tijde van de inbreng in de bv, maakt niet dat de werkelijke waarde ten tijde van de inbreng in de bv lager was en dus ook niet dat – zoals de curator stelt – de schuld van de bv aan de vof geen zakelijke schuld is. Het hof onderzoekt vervolgens nog of de aflossing op de schuld van de bv aan de vof door middel van betaling van oude schulden van de vof dient te worden gekwalificeerd als onbehoorlijke bestuur als gevolg van selectieve betalingen. De curator heeft onvoldoende gesteld om tot deze conclusie te kunnen komen.

Gelet op het vorenstaande komt het hof tot de conclusie dat er geen sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur of onrechtmatig handelen door de bestuurders. Het hof merkt ten overvloede nog op dat indien er wel sprake was van onbehoorlijk bestuur, het niet aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement zou zijn geweest.

V.G.M. Leferink, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 31-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:11265

Zaaknummer: 200.234.639

Rechters: H. Wammes, D. Stoutjesdijk en A.S. Gratama

Advocaten: W.B. Brusse en A.C. Blankestijn

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:10 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/VROZ

Vennootschap is niet geturboliquideerd, maar na vereffening opgehouden te bestaan. Pauliana-vordering op grond van artikel 3:45 BW tegen verkeerde partij ingesteld. Geen onrechtmatig handelen van indirect bestuurder/enig aandeelhouder. Eiser kan als derde geen beroep doen op artikel 2:216 BW.

Door het instorten van een balkon van een pand van VROZ, raakt eiser op 31 oktober 2017 gewond. Via zijn beheervenootschap was gedaagde enig aandeelhouder/bestuurder van VROZ. VROZ verhuurde het pand aan een accountantskantoor, waarin gedaagde tot en met eind oktober 2017 een aandelenbelang had en waar hij parttime werkte. Bij aandeelhoudersbesluit van 16 november 2017 is VROZ ontbonden. Het pand is op die datum aan gedaagde geleverd tegen verrekening in rekening-courant. Eiser heeft zich op 10 april 2018 bij gedaagde gemeld, gewezen op de mogelijke aansprakelijkheid van VROZ en vragen gesteld over haar ontbinding. Gedaagde heeft navraag gedaan over de verzekeringsdekking van VROZ, maar deze bleek per 1 augustus 2017 te zijn beëindigd.

VROZ heeft volgens eiser het pand voor een te lage koopprijs aan gedaagde overgedragen, vlak nadat hij ernstig letsel had opgelopen. Daarop volgde een dividenduitkering, waarna VROZ geen activa meer had. Eiser stelt in zijn verhaalsmogelijkheden te zijn benadeeld en verlangt vernietiging van het samenstel van rechtshandelingen dat tot het leeghalen van VROZ heeft geleid op grond van artikel 3:45 BW. Daarnaast zouden VROZ en gedaagde met deze constructie onrechtmatig jegens eiser hebben gehandeld. Bovendien zou gedaagde tot crediteur zijn gemaakt en vervolgens met voorrang zijn voldaan. VROZ en gedaagde wordt verder verweten dat zij het dividendverbod van artikel 2:216 BW hebben geschonden. Ten slotte had VROZ niet volgens artikel 2:19 lid 4 BW mogen worden afgewikkeld.

Eiser is niet-ontvankelijk in zijn vorderingen op VROZ, omdat zij niet meer bestaat. De verrekening met gedaagde in rekening-courant vond na haar ontbinding plaats en pas toen had zij geen baten meer. Aldus was het vermogen vereffend en is VROZ op grond van artikel 2:19 lid 6 BW opgehouden te bestaan. Van turboliquidatie was geen sprake.

Het beroep van eiser op de pauliana strandt, omdat eiser ter zake de verkeerde partij in rechte heeft betrokken. Niet gedaagde maar diens beheervennootschap was enig aandeelhouder van VROZ. De uitkering van dividend en/of reserves vond dan ook (eerst) plaats aan deze vennootschap. Doordat eiser deze vennootschap niet in rechte heeft betrokken, strandt de vordering op grond van artikel 3:51 lid 2 BW, waarin is bepaald dat een rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling tegen de partij(en) bij die rechtshandeling moet worden ingesteld.

Volgens gedaagde had de overdracht van het pand en de liquidatie van VROZ niets met het ongeval van eiser van doen. Gedaagde was partij bij een aandeelhoudersovereenkomst van 2 april 2015, die hem verplichtte tot overdracht van zijn indirecte belang in het accountantskantoor. Bij gebrek aan dit belang was het bovendien fiscaal aantrekkelijk om het pand zelf in eigendom te hebben. Ten slotte had VROZ buiten de verhuur van het pand geen bestaansreden. Gedaagde hoefde ook geen rekening te houden met een vordering van eiser, die zich pas enkele maanden later bij gedaagde heeft gemeld. Bovendien wist gedaagde ten tijde van het ongeval niet beter dan dat VROZ adequaat was verzekerd.

In het licht van deze omstandigheden is voor de rechtbank duidelijk dat de overdracht van het pand en de liquidatie van VROZ niet zijn uitgevoerd om eiser in zijn verhaalsmogelijkheden te benadelen. Bovendien heeft gedaagde meteen na het ongeval een bloemetje naar eiser gestuurd en contact gehad met diens werkgever. Gedaagde ging er gerechtvaardigd van uit dat de kosten door de ziektekostenverzekering of de verzekering van de werkgever van eiser zouden worden voldaan, omdat VROZ en gedaagde na het ongeval niet door eiser of derden vanwege het ongeval werden aangesproken.

Ten slotte oordeelt de rechtbank dat eiser als derde geen beroep toekomt op het dividendverbod van artikel 2:216 BW.

J.E. van Nuland, januari 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 18-12-2019

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2019:10459

Zaaknummer: C/15/281383 / HA ZA 18.755

Rechters: L.J. Saarloos

Advocaten: D.Th.J. van der Klei en E.F. Seunke

Wetsartikelen: 3:45 BW, 3:51 lid 2 BW, 2:19 lid 6, 2:19 lid 4, 6:162 BW en 2:216 BW

RECHTSPRAAK

Een contractuele boete komt in rechte vast te staan, maar wordt jaren lang niet voldaan, terwijl andere schuldeisers wel worden betaald. Vervolgens faillieert de schuldenaar. Geen sprake van bestuurdersaansprakelijkheid (Ontvanger/Roelofsen, categorie II). Ook aansprakelijkheid op grond van een door de moeder afgegeven 403-verklaring wordt afgewezen.

In november 2001 hebben appellanten een pand voor € 2,2 miljoen verkocht aan Zaanse Ontwikkelingsmaatschappij B.V. ('ZOM'). Geïntimeerden waren (indirect) bestuurder van ZOM. In de koopovereenkomst staat dat (1) ZOM een bankgarantie stelt ten belope van € 1,3 miljoen, (2) partijen over en weer een boete verschuldigd worden van een percentage van de koopsom voor elke dag dat zij in gebreke zijn en dat (3) levering uiterlijk op 31 december 2002 dient plaats te vinden. Het pand is uiteindelijk ruim twee jaar te laat geleverd, waardoor ZOM een boete moest betalen aan appellanten. Omdat ZOM de boete maar niet voldeed, zijn appellanten een procedure gestart. De boete is in tweede feitelijke instantie voor een bedrag van € 1 miljoen toegewezen. Omdat geïntimeerden hierna alsnog weigerden te betalen, zijn er daarna nog meer procedures gevoerd over het betalen van de boete en het inroepen van de bankgarantie. Uiteindelijk is de bankgarantie uitbetaald en is aan appellanten een deel van de boete (€ 900.000) voldaan. Ruim een jaar later wordt het faillissement van ZOM uitgesproken en bestaat haar schuldenlast voor 90% uit de vorderingen van appellanten. Uit het faillissementsverslag blijkt dat ZOM een actieve vennootschap was die door familie werd gefinancierd, en dat zij haar andere schuldeisers al die jaren wel heeft voldaan.

Appellanten voeren aan dat geïntimeerden jegens hen aansprakelijk zijn omdat zij hebben bewerkstelligd of toegelaten dat ZOM haar verplichtingen jegens hen niet is nagekomen – de tweede categorie van het Ontvanger/Roelofsen-criterium. Het hof oordeelt dat appellanten hebben nagelaten concreet te stellen welke schuldeisers op welk moment betaald zijn op een tijdstip waarop ernstig rekening moest worden gehouden met een tekort. Daarbij neemt het hof ook in aanmerking dat appellanten niet de enige onbetaald gebleven schuldeisers zijn, en er sprake was van een relatief beperkte schuldenlast omdat de vennootschap geen personeel

had en weinig activiteiten ontplooid.

De groep waartoe ZOM behoorde, beschikte weliswaar over een groepskrediet, maar appellanten hebben onvoldoende omstandigheden aangevoerd ter onderbouwing dat het niet aanwenden van de groepsfaciliteit voor de betaling van de vorderingen van appellanten in dit geval onrechtmatig is. Ook is volgens het hof niet gebleken dat ZOM zonder meer aanspraak kon maken op de groepskredietfaciliteit om de vorderingen van appellanten te voldoen. Het verwijt dat het onrechtmatig was de groepsfaciliteit niet aan te wenden voor de boete gaat daarom ook niet op.

Ten aanzien van het verwijt dat geïntimeerden onrechtmatig hebben gehandeld door vanaf het moment van de inleidende dagvaarding geen voorziening te treffen, oordeelt het hof dat geïntimeerden niet wisten of behoorden te begrijpen dat de door hen bewerkstelligde of toegelaten handelswijze tot gevolg zou hebben dat ZOM haar verplichtingen niet zou nakomen, en op grond waarvan geïntimeerden ernstig rekening hadden moeten houden met de mogelijkheid dat ZOM, ondanks het door haar gevoerde verweer in de gerechtelijke procedures, de boetes (uiteindelijk) verschuldigd zou zijn.

Tot slot staat een door de moeder vennootschap afgegeven 403-verklaring ter discussie. Appellanten menen dat de moeder vennootschap op basis van de afgegeven 403-verklaring aansprakelijk is voor de vorderingen die voortvloeien uit de koopovereenkomst. Het hof oordeelt dat dit niet het geval is. De in 2008 afgegeven 403-verklaring luidt dat de moeder vennootschap hoofdelijk aansprakelijk is voor rechtshandelingen van de dochter die worden verricht. Hiermee heeft de moeder vennootschap zich naar het oordeel van het hof uitsluitend aansprakelijk gesteld voor rechtshandelingen van ZOM die zijn verricht na de deponering van de 403-verklaring. Nu de koopovereenkomst is gesloten in 2001 en de 403-verklaring in 2008 is gedeponerd, is de moeder niet op grond van de 403-verklaring aansprakelijk voor de vorderingen die voortvloeien uit de koopovereenkomst.

Het hof wijst de vorderingen dan ook af.

Mijns inziens ziet het hof in dit arrest bij de beoordeling van de bestuurdersaansprakelijkheid over het hoofd dat de Hoge Raad in *Ontvanger/Roelofsen* heeft geoordeeld dat zich ook andere omstandigheden kunnen voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen, en het dus uiteindelijk aankomt op een weging van alle omstandigheden van het geval.

S.E. Streng, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 25-06-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:3312

Zaaknummer: 200.220.261/01

Rechters: B.J. Lensenlink, J. van der Kluit en H.M. Vletter-van Dort

Advocaten: V. Terlouw en J.A. Dullaart

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:403 BW

RECHTSPRAAK

X/Ontvanger

Na faillietverklaring zijn alle vordering voldaan, met uitzondering van één betwiste vordering. Omdat geen sprake meer is van pluraliteit van schuldeisers, vernietigt het hof het faillissement.

Een natuurlijk persoon is op 19 december 2019 failliet verklaard op verzoek van de Ontvanger. Na de faillietverklaring zijn alle bij de curator ingediende vorderingen voldaan, met uitzondering van een vordering die door de failliet wordt betwist. Ook de faillissementskosten tot en met 7 januari 2020 zijn voldaan. De curator heeft toegezegd gekregen dat ook de faillissementskosten vanaf 8 januari 2020 voldaan worden.

De schuldenaar gaat op 30 december 2019 in beroep tegen het faillissement. De Ontvanger verzet zich niet tegen vernietiging van het faillissement, omdat de vordering van de Ontvanger is voldaan. Het hof vernietigt het faillissement onder de overweging dat de schuldenaar niet meer in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, omdat geen sprake meer is van pluraliteit van schuldeisers. Er volgt geen veroordeling in de faillissementskosten, omdat deze reeds zijn voldaan.

H.J. de Kloe, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 08-01-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:150

Zaaknummer: 200.271.496/01

Rechters: I. Tubben, G. van Rijssen en M.A.L.M. Willems

Advocaten: H. Loonstein en E.E. Schipper

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Een pandhouder vordert betaling van diverse verpande vorderingen. De wederpartij beroept zich, deels onterecht, op ontbinding en verrekening. In reconventie vordert de wederpartij afgifte van samples, waarbij het beroep van de pandhouder op een retentierecht wordt verworpen wegens onvoldoende samenhang.

Een inmiddels failliete vennootschap maakte samples van kleding die werd ontworpen door verweerster. Naar aanleiding van de (eventueel aangepaste) samples bestelde verweerster kleding bij de failliete vennootschap. De failliete vennootschap ('de pandgever') heeft een pandrecht gevestigd op al haar vorderingen ten behoeve van eiser ('de pandhouder'). In deze procedure vordert de pandhouder betaling van facturen voor een sample en geleverde kleding.

Verweerster betwist in de eerste plaats dat een geldig pandrecht is gevestigd, maar deze betwisting is naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende onderbouwd. Ook stelt verweerster dat de pandhouder geen volmacht heeft ontvangen om de vorderingen in een gerechtelijke procedure te innen. De rechtbank overweegt dat een pandhouder een dergelijke volmacht ook niet nodig heeft, omdat de wet (art. 3:246 lid 1 BW) deze bevoegdheid toekent aan een pandhouder.

Daarnaast betwist verweerster de ingestelde vorderingen, omdat zij de overeenkomsten ten aanzien van diverse leveringen (gedeeltelijk) buitengerechtelijk heeft ontbonden. Ook heeft zij vanwege wanprestatie door de pandgever schade geleden, die zij kan verrekenen met de door de pandhouder ingestelde vorderingen. De rechtbank oordeelt dat een aantal overeenkomsten tot levering van kleding niet rechtsgeldig zijn ontbonden, omdat de pandgever niet in de gelegenheid is gesteld tekortkomingen te herstellen. Ten aanzien van één levering wordt verweerster in de mogelijkheid gesteld om bewijs te leveren dat de pandgever tekortgeschoten is. Slaagt verweerster in dat bewijs, dan is de overeenkomst tot levering rechtsgeldig ontbonden. Bij twee leveringen is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van een tekortkoming en bij twee andere leveringen is wél sprake van een tekortkoming. Verweerster wordt opgedragen bewijs te leveren over de hoogte van de schade. Deze schade

kan verrekend worden met de vordering van de pandhouder op grond van artikel 6:130 BW.

Verweerster heeft een aantal tegenvorderingen ingesteld. De eerste twee vorderingen zien op ontbinding van een overeenkomst en vergoeding van de hierdoor geleden schade. De rechtbank wijst deze vorderingen af, omdat de vorderingen ingesteld zijn tegen de verkeerde partij. Weliswaar heeft verweerster dezelfde verweermiddelen tegen de pandhouder als tegen de pandhouder op grond van artikel 6:145 BW, maar daarmee kan verweerster niet ook zelfstandige vorderingen die voortvloeien uit overeenkomsten met de pandgever instellen tegen de pandhouder. De derde tegenvordering ziet op afgifte van tekeningen, patronen en samples. Doordat de pandhouder activa heeft overgenomen uit het faillissement van de pandgever, beschikt zij over een deel van de tekeningen, patronen en samples waarvan afgifte wordt gevorderd. De pandhouder heeft op de zitting toegezegd de tekeningen die in haar bezit zijn af te geven. De rechtbank gaat er daarmee in beginsel van uit dat zij hierover niet meer hoeft te beslissen. De rechtbank overweegt dat verweerster onvoldoende belang heeft bij haar vordering tot afgifte van de patronen. Verweerster wil de patronen terug omdat zij vreest dat de pandhouder de patronen voor andere klanten zal gebruiken, maar de pandhouder heeft gesteld dat zij de patronen niet gebruikt en toegezegd de patronen te vernietigen. De vordering tot afgifte van de samples wordt toegewezen. Het beroep op het retentierecht baat de pandhouder niet, omdat de vordering van de pandhouder (die voortvloeit uit een overeenkomst tussen pandgever en verweerster) naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende samenhangt met de verplichting tot afgifte (die voortvloeit uit het eigendomsrecht van verweerster).

In het dictum geeft de rechtbank een aantal beslissingen over de bewijslevering en houdt zij iedere verdere beslissing aan.

H.J. de Kloe, januari 2020

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 27-12-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:6108

Zaaknummer: NL.19.9460

Rechters: H.A. Brouwer

Advocaten: S.H. Bloembergen-Nooter en V.O. Agterberg

Wetsartikelen: 3:246 lid 1 BW, 6:130 BW, 6:145 BW en 6:52 BW

RECHTSPRAAK

Agrivalid/X Holding

Na faillietverklaring sluit de failliete vennootschap een onderhands akkoord met haar schuldeisers. Nu dat akkoord is nagekomen en de faillissementskosten zijn voldaan, vernietigt het hof het faillissement.

Agrivalid B.V., een vennootschap die reeds is ontbonden, is op verzoek van een andere vennootschap op 17 september 2019 failliet verklaard. Nadien heeft Agrivalid een (onderhands) akkoord gesloten met haar schuldeisers, dat betaling van 80% tegen finale kwijting inhield. De betalingen zijn verricht op 12 december 2019. Op diezelfde datum zijn ook de kosten van de faillissementsaanvraag en de faillissementskosten voldaan. Het hof oordeelt dat Agrivalid niet meer in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen en vernietigt het faillissementsvonnis. De faillissementskosten worden ten laste van Agrivalid gebracht.

H.J. de Kloe, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:10981

Zaaknummer: 200.266.587

Rechters: B.J. Engberts, H.C. Frankena en I.M. Bilderbeek

Advocaten: S.V. Hardonk en A.T. de Putter

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

X bv/Folksam

Het hof bekrachtigt het faillissement ondanks betwisting van de steunvordering. De schuldenaar mocht er niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat met het vrijgeven van een geblokkeerd creditsaldo afstand werd gedaan van een vordering uit hoofde van een contragarantie.

Een Nederlandse bv ('de bv') is door de Rechtbank Amsterdam failliet verklaard op verzoek van een Zweedse rechtspersoon, Folksam Ömsesidig Sakförsäkring ('Folksam'). De bv gaat in beroep tegen de faillietverklaring en betwist de aangevoerde steunvordering.

De door Folksam aangevoerde steunvordering is een vordering van Staal Beheer B.V. In 1990 heeft een aan de bv gelieerde vennootschap een huurinkomstengarantie verstrekt aan de koper van een kantorencomplex in Rotterdam. Als zekerheid voor de verstrekte garantie heeft Staal Beheer B.V. een bankgarantie gesteld ten gunste van de koper. De bv heeft een contragarantie gesteld aan Staal Beheer. In 2016 heeft Staal Beheer een betaling gedaan onder de bankgarantie, nadat zij hiertoe veroordeeld was door de Rechtbank Den Haag en het Hof Den Haag het vonnis van de rechtbank heeft bekrachtigd. De bv betwist dat zij een schuld heeft aan Staal Beheer, omdat geen wettelijke regresvordering is ontstaan. Ook bestrijdt de bv de contractuele regresvordering, omdat Staal Beheer de contragarantie – een geblokkeerd creditsaldo – heeft vrijgegeven en langere tijd geen provisie in rekening heeft gebracht. De bv stelt dat de contractuele regresvordering hiermee is vervallen op grond van artikel 6 van de contragarantie, althans dat Staal Beheer B.V. afstand heeft gedaan van haar rechten uit hoofde van de contragarantie.

Folksam stelt dat de bv wel een schuld heeft aan Staal Beheer B.V. De curator geeft aan meer te voelen voor het standpunt van Folksam, onder meer omdat Staal Beheer een vordering bij hem heeft ingediend en diverse aan de bv gelieerde partijen zich borg hebben gesteld jegens Staal Beheer voor haar vordering op de bv. Het hof oordeelt dat summierlijk is gebleken van de steunvordering van Staal Beheer. Er is niet voldaan aan artikel 6 van de contragarantie, omdat Staal Beheer de bankgarantie niet ter decharge retour heeft ontvangen en Staal Beheer de bv

niet heeft ontslagen uit haar aansprakelijkheid. Zonder nader onderzoek mocht de bv er niet op vertrouwen dat Staal Beheer afstand heeft gedaan van haar vorderingsrecht met het vrijgeven van de bankgarantie en het niet meer in rekening brengen van provisie. Het hof overweegt verder dat gelieerde partijen zich niet borg zouden stellen jegens Staal Beheer als zij geen vordering zou hebben op de bv. Nu de bv al langere tijd geen activiteiten ontplooit, meerdere schulden onbetaald laat en er geen liquide middelen voor handen zijn, bekrachtigt het hof het faillissementsvonnis.

H.J. de Kloe, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 22-10-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3793

Zaaknummer: 200.264.399/01

Rechters: M.L.D. Akkaya, M.M. Korsten-Krijnen en D.L.M.T. Dankers-Hagenaars

Advocaten: E.C. van Lent en J.A. Voerman

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Pandrecht op vorderingen. De kantonrechter oordeelt dat een pandhouder met de pandgever kan afspreken dat hij ook de schuldeisersbevoegdheden kan uitoefenen die volgens het Neo-River-arrest bij de pandgever rusten omdat de wet deze niet aan de pandhouder toekent.

In deze zaak buigt de kantonrechter zich over de vraag of een pandhouder van vorderingen met de pandgever kan overeenkomen dat hij ook de schuldeisersbevoegdheden kan uitoefenen die de wet hem niet toekent. Over dit onderwerp oordeelde de Hoge Raad in 2014 in het Neo-River-arrest (ECLI:NL:HR:2014:415) dat de pandhouder na openbaarmaking van zijn pandrecht alleen de schuldeisersbevoegdheden heeft die artikel 3:246 BW hem geeft. Hij kan dus (slechts) nakoming vorderen, betalingen in ontvangst nemen en de vordering door opzegging opeisbaar maken. Omdat de wet hem geen andere bevoegdheden geeft, blijven alle andere schuldeisersbevoegdheden – zoals het treffen van regelingen – rusten bij de pandnemer. Dit is een bewuste keuze van de wetgever. Deze overige bevoegdheden moeten bij de pandgever blijven, omdat hij groot belang heeft om in de verhouding tot zijn schuldenaar niet afhankelijk te zijn van de pandhouder. De pandhouder wordt voldoende beschermd geacht door de mogelijkheid die artikel 3:45 BW hem biedt om rechtshandelingen van de pandgever te vernietigen.

Eiser in deze zaak was bestuurder van een vennootschap die in 2012 failliet was verklaard ('de failliet'). Uit dat faillissement heeft hij de vorderingen van de failliet gekocht. Deze waren verpand aan ABN Amro Bank ('ABN'). Gedaagde was een debiteur van de failliet. ABN heeft in 2012 een schikking met haar getroffen. Op grond daarvan heeft gedaagde tegen finale kwijting een deel van de door haar betwiste vordering van failliet betaald aan ABN als pandhouder. De curator van de failliet was niet betrokken bij de regeling.

Eiser vordert betaling van de volledige vordering aan hem. Met een beroep op het Neo-River-arrest stelt hij dat ABN niet bevoegd was om kwijting te verlenen. Gedaagde beroept zich op haar beurt op de algemene voorwaarden die golden in de rechtsrelatie tussen ABN en de failliet, waarin de volgende passage is opgenomen: 'De Bank is bevoegd ter zake van de

Vorderingen waarop zij een pandrecht heeft, in en buiten rechte nakoming te eisen, betalingen in ontvangst te nemen en daarvoor kwijting te verlenen. De Bank is voorts bevoegd en onherroepelijk en onvoorwaardelijk door de Pandgever gevolmachtigd de Vorderingen door opzegging of anderszins opeisbaar te maken, met de betrokken schuldena(a)r(en) van de Vorderingen zowel minnelijk als gerechtelijke akkoorden aan te gaan (...).'

De kantonrechter neemt aan dat partijen inderdaad andere afspraken kunnen maken over de schuldeisersbevoegdheden die de wet niet (dwingendrechtelijk) toekent aan de pandhouder. Een aanwijzing hiervoor vindt hij in de parlementaire geschiedenis, waarin is vermeld dat 'in het algemeen' bepaalde schuldeisersbevoegdheden bij de pandgever dienen te blijven. Uit de geciteerde woorden leidt de kantonrechter af dat er ruimte is om daar contractueel van af te wijken. Dat hebben de failliet en ABN in dit geval volgens hem rechtsgeldig gedaan. In de voormelde passage uit de algemene voorwaarden leest de kantonrechter dat de failliet haar bevoegdheid om minnelijke regelingen te treffen heeft overgedragen aan ABN. De schikking is dus rechtsgeldig. Gedaagde heeft bevrijdend aan ABN betaald en daarmee is de vordering teniet gegaan.

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

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 18-12-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:5998

Zaaknummer: 7661800 AC EXPL 19-1156

Rechters: H.A. Brouwer

Advocaten: O.E. de Witt Wijnen

Wetsartikelen: 3:246 BW

RECHTSPRAAK

Brasserie De Verandering BV/X

Beroep op verrekening jegens een tussen het eindvonnis en de appeldagvaarding gefailleerde partij slaagt.

In onderhavige zaak staat een beroep op verrekening centraal. X heeft op 3 maart 2016 aan Brasserie De Verandering BV twee horecaondernemingen verkocht voor een koopprijs van € 80.000. Brasserie De Verandering BV heeft de helft van de koopprijs onbetaald gelaten en beroept zich wat het openstaande bedrag betreft op opschorting en verrekening met vorderingen die zij heeft op X. Brasserie De Verandering BV heeft daartoe in conventie gesteld dat X niet heeft voldaan aan in de koopovereenkomst opgenomen garantieverplichtingen. Bovendien heeft zij gesteld dat zij uit hoofde van een geldlening een aan haar gecedeerde voor verrekening vatbare geldvordering op X heeft. Het betreft een vordering die Brasserie De Verandering BV heeft overgenomen van Wigoma, de verhuurder van X toen hij de horecaonderneming runde. Het betrof een huurschuld, waarvoor X een betalingsregeling met Wigoma had getroffen.

X heeft vervolgens in reconventie betaling van de restantkoopprijs én betaling van de in de koopovereenkomst opgenomen boete gevorderd. De rechtbank heeft in conventie het beroep op verrekening gedeeltelijk gehonoreerd; het beroep op verrekening dat Brasserie De Verandering BV had gebaseerd op de aan haar gecedeerde vordering uit hoofde van de geldlening heeft de rechtbank verworpen. De rechtbank heeft in reconventie Brasserie De Verandering BV veroordeeld tot betaling van het restant van de koopprijs.

Brasserie De Verandering BV heeft op 3 juli 2018 de curator in het faillissement van X gedagvaard in hoger beroep tegen het vonnis van de rechtbank. X is namelijk na het eindvonnis, maar vóór het uitbrengen van deze dagvaarding, failliet verklaard. De grieven die Brasserie De Verandering BV heeft aangevoerd keren zich uitsluitend tegen het oordeel van de rechtbank dat de aan Brasserie De Verandering BV gecedeerde vordering uit hoofde van geldlening niet aannemelijk is en dat er dus wat dat betreft geen beroep op verrekening mogelijk is.

Volgens het hof slagen de grieven. X heeft in eerste aanleg niet betwist dat tussen hem en

Wigoma als verhuurder een overeenkomst van geldlening is gesloten. Het verweer gevoerd door X dat hem na betaling in 2016 van € 20.000 door Wigoma finale kwijting is verleend, volgt noch uit de huurontbindingsovereenkomst noch uit andere feiten of omstandigheden.

Het hof verklaart voor recht dat Brasserie De Verandering gerechtigd is tot verrekening van hetgeen zij verschuldigd is aan X met haar vordering op grond van de geldlening. Echter, de grieven hebben alleen betrekking op het bestaan van de aan Brasserie De Verandering BV gecedeerde vordering op X. Met andere woorden: zij heeft niet gevorderd dat het hof alsnog de door de rechtbank toegewezen vorderingen in reconventie met de openstaande vordering uit geldlening verrekent en die vorderingen tot het na verrekening resterende bedrag zal toewijzen. Omdat een door Brasserie De Verandering BV verschuldigd bedrag zal resteren na verrekening, laat het hof de door de rechtbank toegepaste kostencompensatie in stand.

S. Renssen, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 09-07-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:3317

Zaaknummer: 200.245.505/01

Rechters: D.A. Schreuder, F. R. Salomons en B.J. Lenselink

Advocaten: M.W. Renzen

Wetsartikelen: 25 Fw, 26 Fw, 27 Fw, 28 Fw en 29 Fw