

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 21, 2020

Nummer 21, 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:2020:7769](#) 28-09-2020

Hoger beroep faillietverklaring afgewezen

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:7000](#) 07-09-2020

Hoger beroep door gefailleerde natuurlijk persoon tegen opheffing bij gebrek aan baten van zijn faillissement

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:4793](#) 30-09-2020

Geen aansprakelijkheid Rabobank wegens beëindiging krediet

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:7160](#) 09-09-2020

Gefailleerde wordt niet uit gijzeling ontslagen omdat artikel 33 Fw slechts ziet op verplichtingen die de boedel raken

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2020:3161](#) 09-09-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid artikel 2:248 lid 2 jo. 2:10 BW. Afwijzing beroep op faillissementspauliana en Peeters/Gatzen-vordering

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:4391](#) 03-09-2020

Oproeping buitenlandse curatoren ex artikel 26 Fw

RECHTSPRAAK

Oproeping buitenlandse curatoren ex artikel 26 Fw

Nederlands (faillissementsproces)recht van toepassing op de gevolgen van faillietverklaring van een buitenlandse verzoeker voor verzoekschriftprocedure ten overstaan van Nederlandse rechter. E-mailbericht met machtiging onvoldoende.

Met de onderhavige procedure beogen de Luxemburgse Eurostar Diamonds International S.A. ('EDI') en de oprichter van de onderhangende groep munitie te verzamelen om in verschillende (verwachte) procedures te kunnen wijzen op de kwalijke rol die ABN AMRO Bank N.V. in hun ogen in de aanloop naar het faillissement van de Eurostargroep heeft gespeeld. Vanuit insolventieperspectief zijn voornamelijk de (faillissements)procesrechtelijke overwegingen van de rechtbank relevant.

Eurostar Diamonds was tot voor kort het grootste Antwerpse diamantbedrijf. EDI is aandeelhouder van de Belgische Eurostar Diamonds Trading N.V. ('EDT'), die de verschillende bedrijven in de Eurostargroep houdt. De voorraden van EDT werden sinds 2014 voor USD 100 mln gefinancierd door een consortium van ABN en SCB via het Jerseyaanse United Vision Limited ('UVL'). Daarnaast bestond nog een bilaterale kredietlijn met ABN voor € 70 (en later 50) mln. ABN is op enig moment comfort verloren en heeft de beide kredietlijnen op 9 mei 2018 opgezegd. EDT is daarop tegen ABN een schadeprocedure voor de Antwerpse Ondernemingsrechtbank gestart wegens onrechtmatig handelen en wanprestatie. EDT is op 28 maart 2019 door de Belgische rechter failliet verklaard. Na op 2 mei 2019 nog een strafrechtelijke klacht tegen ABN en SCB te hebben ingediend en op 26 november 2019 de onderhavige verzoeken te hebben ingediend, wordt ook EDI op 27 februari 2020 door de Belgische rechter failliet verklaard. (Het centrum van de voornaamste belangen van de Luxemburgse EDI werd dus kennelijk geacht niet in de lidstaat van haar statutaire zetel te zijn gelegen.) EDI verwijt ABN het faillissement van EDT te hebben veroorzaakt door op onverantwoorde wijze en met navenante snelheid de kredietrelatie met EDT te hebben afgebouwd. Het onderhavige verzoek om een voorlopig getuigenverhoor en om inzage in het kredietdossier is gedaan om dit verwijt aan het adres van ABN te kunnen onderbouwen en gebruiken; zowel als verweer tegen (bestuurders)aansprakelijkheidsclaims als in procedures

tegen ABN wegens door EDT's aandeelhouders geleden (reputatie)schade.

ABN beroept zich preliminair op onbevoegdheid van de Nederlandse rechter. Voor zover het verzoek tot het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor gericht is op verweer tegen claims van derden, slaagt dit beroep. Met betrokkenheid van EDI, haar oprichter en/of EDT als gedaagden zullen die claims onder de Brussel I *bis*-Verordening namelijk niet in Nederland worden gevoerd, waardoor de Nederlandse rechter ook ten aanzien van een in dat kader gevraagd voorlopig getuigenverhoor geen rechtsmacht heeft. In de (reputatie)schadeprocedure is evenwel ABN gedaagde, zodat op die grond alsnog Nederlandse rechtsmacht is aangenomen (r.o. 4.2-4.5). Met betrekking tot de verzochte exhibitie ziet de rechtbank voor Nederlandse rechtsmacht in het geheel geen obstakels (r.o. 4.6).

De rechtbank buigt zich over de vraag hoe procestechnisch om te gaan met het feit dat het Luxemburgse EDI als een van de verzoekers gedurende deze procedure door de Belgische rechter failliet is verklaard. Via artikel 10:3 BW worden de gevolgen van dit faillissement op grond van artikel 18 Insolventieverordening (herschikking) beheerst door het Nederlandse recht en zijn artikel 25-31 Fw relevant (deze bepalingen zijn van toepassing op alle in artikel 25 en 26 Fw bedoelde rechtsvorderingen, dus ook die bij verzoekschrift dienen te worden ingeleid (Van der Feltz I, p. 365; vgl. HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1065)). Artikel 26 Fw bepaalt wat dat betreft dat ABN schorsing kan verzoeken om de Belgische curatoren op te roepen om, zo aan die oproeping geen gevolg worden gegeven, ontslag van instantie te vragen dan wel buiten bezwaar van de boedel tegen EDI voort te procederen. De advocaat van EDI heeft nog geprobeerd te betogen dat oproeping van curatoren niet nodig is op basis van een e-mailbericht waarbij curatoren hem toestaan EDI te blijven vertegenwoordigen. Dat bericht bevat kennelijk zodanige voorbehouden dat daaruit geen verschijning van curatoren met de daaraan verbonden gevolgen in de zin van artikel 26 Fw kan worden afgeleid. Curatoren zullen daarom alsnog worden opgeroepen (r.o. 4.9). Het lijkt niet waarschijnlijk dat aan die oproeping gehoor zal worden gegeven. Hoewel de inhoudelijke beslissing in afwachting van de oproeping van curatoren wordt aangehouden, laat de rechtbank al wel weten dat de verzoeken om voorlopig getuigenverhoor en inzage wegens gebrek aan specificiteit en onderbouwing zullen worden afgewezen (r.o. 4.11-20).

J.O. Bijloo, oktober 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 03-09-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:4391

Zaaknummer: C/13/675841 / HA RK 19-396

Rechters: M.C.H. Broesterhuizen

Advocaten: R. de Bree en A.J. Haasjes

Wetsartikelen: 186 Rv, 843a Rv, 4 lid 1 Brussel I bis-Verordening, 18 IVO-II en 27 Fw

RECHTSPRAAK

Hoger beroep door gefailleerde natuurlijk persoon tegen opheffing bij gebrek aan baten van zijn faillissement

Het hoger beroep tegen de opheffing van het faillissement faalt. De failliet heeft niet aannemelijk gemaakt dat er voldoende baten zijn voor voldoening van de faillissementskosten en overige boedelschulden. Een omzettingsverzoek naar de schuldsaneringsregeling kan niet voor het eerst in hoger beroep worden gedaan. Er bestond geen aanleiding voor de curator om een minnelijk traject te starten.

Een gefailleerde natuurlijk persoon ('X') komt in hoger beroep op tegen de opheffing bij gebrek aan baten ex artikel 16 Fw van zijn faillissement. Het faillissement is in 2011 uitgesproken op verzoek van schuldeisers. In 2015 heeft X op grond van artikel 15b Fw tevergeefs een omzettingsverzoek gedaan (in de terminologie van de wet: een verzoek tot opheffing van zijn faillissement onder gelijktijdige toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling). In juli 2020 is uiteindelijk op voordracht van de rechter-commissaris de opheffing uitgesproken.

X heeft ten eerste aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte niet heeft beslist op zijn (nieuwe) omzettingsverzoek. Het hof stelt vast dat X dit verzoek niet aan de rechtbank heeft gemaild, maar aan zijn advocaat, en gaat ervan uit dat de rechtbank het verzoek nooit heeft ontvangen. In het alsnog in het beroepschrift opgenomen omzettingsverzoek wordt X vervolgens niet-ontvankelijk verklaard, omdat een dergelijk verzoek volgens het hof niet voor het eerst in hoger beroep kan worden gedaan. Het is een eigensoortig verzoek, dat moet worden ingediend bij de rechtbank waar het verzoek tot faillietverklaring is ingediend (art. 15 lid 2 Fw).

Het hof ziet voorts geen andere gronden om het opheffingsvonnis te vernietigen. De failliet die ex artikel 18 Fw opkomt tegen de opheffing van het faillissement dient volgens het hof aannemelijk te maken dat er nog wél voldoende baten in het faillissement aanwezig zijn voor voldoening van de in artikel 16 Fw genoemde faillissementskosten en boedelschulden. Dat is

door X niet gesteld en en uit de faillissementsverslagen blijkt afdoende van de toestand als bedoeld in artikel 16 Fw.

Tot slot betoogde X nog dat het faillissement in stand moest blijven zodat de curator een minnelijke regeling kan aanbieden aan de schuldeisers. De achtergrond hiervan is vermoedelijk het arrest van de Hoge Raad van 14 april 2017 (ECLI:NL:HR:2017:696), waarnaar het hof verwijst. Volgens dit arrest kan een failliet voldoen aan de eis van artikel 285 lid 1 aanhef en onder f Fw – dat voorafgaand aan een schuldsaneringsverzoek duidelijk moet zijn geworden dat een buitengerechtelijk minnelijk traject geen mogelijkheid is – indien is gebleken dat de curator heeft onderzocht of de gefailleerde aan zijn schuldeisers een regeling in de zin van artikel 138 Fw kan aanbieden. Het hof verduidelijkt in dit verband dat niet is vereist dat een concreet aanbod is gedaan, en overweegt dat het een eigen verantwoordelijkheid van de gefailleerde is om een omzettingsverzoek te doen, niet die van de curator.

Ten overvloede merkt het hof tot besluit nog op dat de opheffing van het faillissement geen beletsel vormt om alsnog een schuldsaneringsverzoek te doen. Daar kan nog aan worden toegevoegd dat de kans van slagen voor X in dit geval buiten faillissement vermoedelijk ook groter is. Artikel 15b Fw stelt namelijk als aanvullende eis aan het omzettingsverzoek dat de failliet ófwel zelf zijn faillissement heeft aangegeven (dat was hier niet het geval) óf dat hem redelijkerwijs geen verwijt kan worden gemaakt dat hij ten tijde van het jegens hem aanhangige faillissementsverzoek geen schuldsaneringsverzoek heeft gedaan. Dat laatst is in de praktijk niet altijd eenvoudig aan te tonen.

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

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-09-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:7000

Zaaknummer: 200.281.454

Rechters: A.E. de Vos, H.C. Frankena en I. Brand

Advocaten: T.P. Boer

Wetsartikelen: 16 Fw, 18 Fw en 285 Fw

RECHTSPRAAK

Hoger beroep faillietverklaring afgewezen

Omdat aan de vereisten voor het uitspreken van faillissement is voldaan blijft de faillietverklaring in hoger beroep in stand.

Op 21 juli 2020 heeft de Rechtbank Gelderland het faillissement uitgesproken van de appellant in deze kwestie. Appellant is tijdig tegen zijn faillietverklaring in hoger beroep gegaan. Appellant meent in de eerste plaats dat de aanvrager van zijn faillissement geen vordering op hem heeft. Daarnaast stelt hij zich op het standpunt dat geen sprake is van pluraliteit en dat hij niet heeft opgehouden te betalen. Appellant voert verder nog aan dat de steunvordering zou zijn gecreëerd door zijn aanvrager door een brief aan hem te openen en achter te houden. Tot slot zou sprake zijn van misbruik van bevoegdheid aan de zijde van de aanvrager door het aanvragen van zijn faillissement.

Aangaande de vordering van de aanvrager van het faillissement heeft appellant betoogd dat die in kort geding ten onrechte is toegewezen en dat er inmiddels een bodemprocedure aanhangig is. Het hof oordeelt dat uit het kortgedingvonnis wel een aanwijzing volgt dat sprake is van één of meer opeisbare vorderingen op appellant. Dat appellant in de bodemprocedure kennelijk rept over een blijvend opschortingsrecht, veronderstelt volgens het hof dat sprake is van één of meer vorderingen. Volgens het hof is daarom summierlijk van een vorderingsrecht van de aanvrager gebleken.

Ten aanzien van de pluraliteit overweegt het hof dat uit de crediteurenlijst die de curator in het geding heeft gebracht volgt dat sprake is van nog circa twintig andere schuldeisers. Voorts stelt het hof vast dat appellant niet voldoende heeft kunnen aantonen dat sprake is van betalingsregelingen die worden nagekomen of dat vorderingen op de crediteurenlijst niet (meer) zouden bestaan. Ook aan de pluraliteitseis is daarom volgens het hof voldaan.

Het hof oordeelt vervolgens dat sprake is van hebben opgehouden te betalen. Het inkomen van appellant is (lang) niet voldoende om de maandelijkse vaste lasten te kunnen voldoen. Van aanvullend inkomen is niet gebleken.

Voor wat betreft het verwijt van appellant dat de aanvrager de steunvordering zou hebben

gecreëerd door een aan hem gerichte brief te openen en achter te houden, oordeelt het hof dat er geen regel bestaat dat een civiele rechter geen acht mag slaan op onrechtmatig verkregen bewijs. Ook geeft het hof aan dat het (ex nunc) te toetsen heeft of aan de vereisten voor een faillissement is voldaan en dat daarvan sprake is, ook als de steunvordering niet in het oordeel wordt meegenomen.

Ook de laatste grief van appellant, inhoudende dat de aanvrager misbruik van recht zou hebben gemaakt omdat de aanvrager geen betaling uit het faillissement tegemoet zal kunnen zien, slaagt niet. Het staat een crediteur vrij het faillissement van een debiteur aan te vragen en bovendien staat (zeker nu appellant beweert dat hij niet in de toestand verkeert van hebben opgehouden te betalen) nu nog niet vast dat de aanvrager geen uitkering uit het faillissement tegemoet zal kunnen zien.

W.T.N. Vlasveld, oktober 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 28-09-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:7769

Zaaknummer: 200.281.168

Rechters: B.J. Engberts, L. Janse en C.J.H.G. Bronzwaer

Advocaten: Advocaat J.P.M. van der Grinten en I.P. van Rossen

Wetsartikelen: 1 Fw, 6 Fw en 8 Fw

RECHTSPRAAK

Geen aansprakelijkheid Rabobank wegens beëindiging krediet

Rabobank handelde volgens de rechtbank niet onzorgvuldig toen zij het krediet beëindigde van een vennootschap die daarna failliet ging. Rabobank heeft vennootschap veelvuldig voorgehouden dat zij alleen bereid was de financiering voort te zetten als een derde partij geld zou inbrengen en een passend reorganisatieplan zou worden voorgesteld.

In deze zaak gaat het erom of Rabobank de financieringsovereenkomst met Hobo c.s. op 16 oktober 2014 op rechtsgeldige wijze heeft beëindigd. Hobo, Hobo Holding en Retail Team ('Hobo c.s.') menen van niet. Volgens Hobo c.s. is de opzegging van de financiering door Rabobank naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, heeft Rabobank jegens haar onrechtmatig gehandeld en is Rabobank aansprakelijk voor de schade die zij daardoor heeft geleden.

De rechtbank stelt voorop dat Rabobank op 16 oktober 2014 op grond van artikel 21 AV Bedrijfsfinancieringen en artikel 26 AV Rekening-courant bevoegd was tot (onmiddellijke) beëindiging van de financieringsovereenkomst met Hobo c.s., reeds op de grond dat Hobo c.s. zich niet hield aan de afspraken die zij met Rabobank maakte. Vast staat immers dat Hobo niet binnen de afgesproken bandbreedtes voor de EBIDTA is gebleven en dat een redelijke verwachting ook toen was dat de EBITDA op 1 februari 2015 niet positief zou zijn.

De rechtbank overweegt verder dat indien een kredietverlener gebruikmaakt van een overeengekomen bevoegdheid tot beëindiging van de kredietovereenkomst, de rechtsgeldigheid daarvan moet worden beoordeeld aan de hand van de overeenkomst en de maatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW. Dat laatste brengt mee dat de beëindiging door de kredietverlener op grond van een dergelijke bevoegdheid niet rechtsgeldig is indien gebruikmaking van die bevoegdheid, gelet op de omstandigheden van het geval, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarbij kan gewicht worden toegekend aan de in artikel 2 ABV neergelegde zorgplicht van de bank en dienen de belangen van partijen te worden afgewogen.

De rechtbank komt tot het oordeel dat de opzegging niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Van belang hierbij waren de volgende omstandigheden:

Vanaf eind 2013 voerde Hobo c.s., gelet op een verlieslatende situatie bij Hobo, gesprekken met Rabobank over een turn around. In die gesprekken gaf Rabobank Hobo c.s. te kennen dat het creëren van een positieve EBITDA noodzakelijk was, wilde Rabobank de financiering continueren.

Rabobank en Hobo c.s. hebben afspraken gemaakt over EBITDA-bandbreedtes. Hobo c.s. is die afspraken niet nagekomen.

Hobo c.s. wist in ieder geval vanaf juli 2014 dat Rabobank extra financiering eiste, dat Rabobank die niet zou verschaffen en dat Hobo c.s. – als zij het tij niet spoedig wist te keren – rekening moest houden met de mogelijkheid dat Rabobank de financiering zou opzeggen. Er hebben diverse gesprekken tussen Rabobank en Hobo c.s. plaatsgevonden over een turn around. Er is onder meer gesproken over inbreng van gelden door een derde partij en een eventuele pre pack en de noodzaak voor Hobo c.s. van het inschakelen van juridische bijstand.

Hobo c.s. heeft op advies van Rabobank een specialist ingeschakeld voor het begeleiden van een turn around.

Rabobank heeft op 9 oktober 2014, in aanloop naar de bespreking van 16 oktober 2014 (waarin de financiering is opgezegd), aangegeven dat zij voor de afweging stond de financiering op te zeggen.

Op de bespreking van 16 oktober 2014 presenteerde Hobo c.s. een reorganisatieplan dat niet kon voldoen aan de voorwaarden die de bank stelde.

De opzegging van de financiering van Hobo c.s. door Rabobank was rechtsgeldig, aldus de rechtbank. De vraag dringt zich op of Rabobank gelet op, of ondanks, de uitkomst van de bespreking van 16 oktober 2014 nog een opzegtermijn in acht had moeten nemen. De rechtbank beantwoordt die vraag ontkennend. Vast staat dat van de zijde van Hobo c.s. daarom niet is gevraagd, ook niet nadat Hobo c.s. gelegenheid heeft gekregen voor intern beraad. Verder heeft Hobo c.s. onvoldoende aanknopingspunten verschaft voor de conclusie dat inachtneming van een opzegtermijn enig reëel doel zou hebben gediend.

Hobo Holding heeft nog aangevoerd dat Rabobank onrechtmatig heeft gehandeld bij het uitwinnen van haar zekerheden. Hobo Holding verwijt Rabobank dat Rabobank geen verkoop van de voorraad in overleg met Hobo c.s. in overweging heeft willen nemen, waarbij veilingkosten zouden zijn bespaard. De rechtbank overweegt dat de pandhouder in beginsel de vrijheid heeft om te bepalen op welke wijze zij haar zekerheden zal uitwinnen, mits zij daarbij in redelijkheid rekening houdt met de belangen van de pandgever. Zo dient de

pandhouder zich onder meer in te spannen om een zo hoog mogelijke opbrengst van haar zekerheden te realiseren, zodat de restschuld van haar debiteur(en) zo laag mogelijk zal worden. In bijzondere gevallen is denkbaar dat een bank bij de verkoop van zekerheden de belangen van de pandgever zo veronachtzaamt dat dit tegenover de pandgever onzorgvuldig is, maar dergelijke bijzondere omstandigheden zijn hier niet gesteld of gebleken.

Jacobine van den Dolder, 12 oktober 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 30-09-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:4793

Zaaknummer: C/13/654360 / HA ZA 18-956

Rechters: N.C.H. Blankevoort, J.W. Bockwinkel en M.L.S. Kalff

Advocaten: M.E.G. Murris en A. van Hees

Wetsartikelen: 6:74 BW en 6:248 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid artikel 2:248 lid 2 jo. 2:10 BW. Afwijzing beroep op faillissementspauliana en Peeters/Gatzen-vordering

De curator spreekt met succes een DGA aan voor het boedeltekort vanwege een schending van artikel 2:10 BW. De voormalige bestuurder blijft aansprakelijkheid bespaard. De door de curator ingeroepen vernietiging van een overnameovereenkomst slaagt echter niet, omdat geen sprake is van een in waarde aanmerkelijk overtreffende verbintenis. Ook de Peeters/Gatzen-vordering in verband met de overnameovereenkomst wordt afgewezen.

In deze kwestie houdt de curator van Creatief IH Uitzendburo BV ('Creatief') zowel de bestuurder als de voormalige bestuurder aansprakelijk voor het boedeltekort met een beroep op het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW, omdat de administratieplicht zou zijn geschonden.

Daarnaast hebben Creatief en 2 Flex voorafgaand aan het faillissement een overnameovereenkomst met betrekking tot 10 werknemers van Creatief gesloten ('Overnameovereenkomst'). De strekking van deze Overnameovereenkomst was dat 2 Flex tegen betaling de dienstverbanden zou overnemen van uitzendkrachten die tot dan toe bij Creatief in dienst waren. Creatief is op 14 november 2017 gefailleerd. In februari 2018 heeft de curator een beroep gedaan op vernietiging van de Overnameovereenkomst op grond van artikel 42 Fw.

Met betrekking tot de aansprakelijkheid van de bestuurder is de rechtbank snel klaar. Volgens de curator heeft de bestuurder geen deugdelijke administratie in de zin van artikel 2:10 BW gevoerd, omdat (1) er geen complete fysieke administratie door hem is aangetroffen en hij geen toegang heeft gekregen tot de online bijgehouden administratie (2) er grote contante opnamen door de bestuurder zijn gedaan waarvoor geen administratieve verantwoording bestaat en waarbij de beweerde aankopen ook nergens in het bezit van Creatief zijn

aangetroffen| en (3) facturen ten behoeve van TAG BV voor een bedrag van € 89.971,91 een onjuist btw-nummer vermelden en geleverde goederen betreffen die nergens zijn aangetroffen, en daarmee een inaccuraat beeld geven van de vermogenstoestand van Creatief. De bestuurder verklaart bovendien ook zelf dat hij gedurende zijn bestuursperiode geen toegang had tot de administratie. Reeds daaruit blijkt voor de rechtbank dat de bestuurder artikel 2:10 BW heeft geschonden. Een onbelangrijk verzuim kan niet worden vastgesteld en met name de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling maken dat de rechtbank geen ruimte ziet voor matiging, zodat de bestuurder voor het volledige boedeltekort aansprakelijk is. Het door de curator gevorderde voorschot wordt echter niet toegewezen, omdat de curator zijn belang daarbij, met name waar het gaat om de hoogte van dat voorschot, in het geheel niet heeft onderbouwd.

De voormalige bestuurder is daarentegen niet aansprakelijk voor het tekort, omdat de hiervoor onder (2) en (3) aan de bestuurder gemaakte verwijten niet voor de voormalige bestuurder gelden. Zij was van december 2014 tot december 2015 bestuurder, terwijl de gemaakte verwijten zien op 2016 en 2017. Evenmin heeft zij artikel 2:10 BW geschonden, omdat zij gemotiveerd heeft gesteld dat zij in de jaren 2015 tot 2017 – na haar bestuursperiode bleef zij bij Creatief administratieve werkzaamheden verrichten – wekelijks met de vaste boekhouder van Creatief aan de hand van fysieke bescheiden, boekingen verrichtte in het online boekhoudprogramma. Er is volgens haar dus wel degelijk een sluitende administratie (geweest), zowel fysiek, in mappen, als online in het boekhoudprogramma. Voor de rechtbank is het enkele gegeven dat de administratie in 2017 niet ter beschikking van de curator is gebracht onvoldoende voor de aansprakelijkheid van de voormalige bestuurder, omdat voor die omstandigheid meerdere redenen kunnen zijn.

De vernietiging van de Overnameovereenkomst slaagt vervolgens niet, omdat de curator daartoe slechts een beroep heeft gedaan op het bewijsvermoeden van artikel 43 lid 1 aanhef en onder 1° Fw. Hoewel de waarde van de tegenprestatie van 2 Flex voor de overdracht van de werknemers lager was dan de waarde van de werknemers voor de onderneming (die stelling van de curator is althans niet weersproken), is daarmee niet ook sprake van een *aanmerkelijk* verschil in waarde. Bovendien heeft 2 Flex ook feitelijk meer betaald. Ten slotte kon Creatief de uitzendkrachten niet meer plaatsen bij haar klant, hetgeen de ‘waarde’ van de dienstverbanden ook drukte terwijl Creatief met de overname ook kosten bespaard zijn gebleven.

De curator heeft ten slotte de bestuurder van Creatief, 2 Flex en de bestuurder van 2 Flex wegens onrechtmatige daad (Peeters/Gatzen-vordering) aangesproken tot vergoeding van de schade die de gezamenlijke schuldeisers door de Overnameovereenkomst hebben geleden. Omdat de wetenschap van benadeling van schuldeisers niet in rechte is komen vast te staan,

strandt deze vordering.

J.E. van Nuland, september 2020

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 09-09-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2020:3161

Zaaknummer: C/08/237179 / HA ZA 19-413

Rechters: T.R. Hidma, A.M. Koene en M.A.M. Essed

Advocaten: S. Karagan, B. Anik, J.H. Brouwer en E. Baldan

Wetsartikelen: 42 Fw, 2:248 BW, 6:162 BW, 43 Fw en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Gefailleerde wordt niet uit gijzeling ontslagen omdat artikel 33 Fw slechts ziet op verplichtingen die de boedel raken

Indien lijfswang ziet op een verplichting die de faillissementsboedel niet raakt (zoals het verstrekken van financiële informatie), staat artikel 33 Fw niet aan voortzetting van de lijfswang in de weg.

De heer X, eiser, was tot voor kort (middellijk) bestuurder van Expat Real Estate Fund III B.V. (hierna: EREF III). Particuliere participanten hebben in totaal € 2,5 miljoen verstrekt aan EREF III. De stichting Deelnemers Expat Real Estate Fund III ('de Stichting') is opgericht om de collectieve belangen van deze deelnemers te behartigen en om toezicht te houden op de activiteiten van EREF III. In een vonnis van 11 juni 2019 is EREF III c.s. (waaronder tevens eiser) veroordeeld tot betaling van het ingelegde bedrag van € 2,5 miljoen aan de Stichting alsmede tot verstrekking van diverse concrete financiële stukken aan de Stichting waaruit de uitgaven en inkomsten van EREF III blijken. Bij vonnis van 19 september 2019 is bepaald dat niet (volledig) is voldaan aan de veroordelingen in het vonnis van 11 juni 2019 en dat het vonnis ten uitvoer kan worden gelegd bij lijfswang met een maximale duur van 30 dagen. Deze bevoegdheid is bij later vonnis verlengd tot 180 dagen. Op 14 mei 2020 is eiser persoonlijk in staat van faillissement verklaard en op 5 september 2020 is hij op verzoek van de Stichting in gijzeling genomen.

In kort geding vordert eiser nu dat hij uit de gijzeling wordt ontslagen en dat de Stichting wordt verboden om de eerdere vonnissen door middel van lijfswang ten uitvoer te leggen op straffe van een dwangsom. Aan zijn vordering legt hij ten grondslag dat hij (1) reeds heeft voldaan aan zijn informatieverplichting, (2) niet (meer) in staat is om de informatie te verstrekken omdat hij geen toegang meer heeft tot de financiële administratie van EREF III aangezien hij daarvan geen bestuurder meer is en (3) lijfswang niet meer ten uitvoer gelegd kan worden op grond van artikel 33 Fw, nu hij failliet is verklaard. De voorzieningenrechter bespreekt de derde grondslag als eerste. Op grond van artikel 33 Fw heeft het vonnis van faillietverklaring onder meer tot gevolg dat vanaf dat moment geen vonnis meer bij lijfswang ten uitvoer kan worden gelegd. De Hoge Raad heeft verduidelijkt dat dit wetsartikel zijn verklaring vindt in de omstandigheid dat de schuldenaar de ten laste van zijn in het

faillissement vallend vermogen komende verplichtingen niet meer kan voldoen, zodat dwang tegen zijn persoon in zoverre geen zin heeft (HR 13 oktober 1989, *NJ* 1989, 897 (Hutter/De Groof)). De wetsgeschiedenis bevat geen aanknopingspunt voor de veronderstelling dat de wetgever de uitsluiting van lijfswang in algemene bewoordingen heeft geformuleerd, om aldus ook ten aanzien van verplichtingen die de boedel niet raken tenuitvoerlegging bij lijfswang onmogelijk te maken. Omdat de onderhavige lijfswang ten doel heeft financiële informatie ten aanzien van EREF III te verkrijgen, wordt de boedel op geen enkele wijze geraakt. Voor deze situatie is artikel 33 Fw niet bedoeld. Dat eiser op grond van artikel 105 Fw ook in zijn privéfaillissement informatieplichtig is jegens de curator, welke informatieplicht is versterkt met het dwangmiddel van gijzeling ex artikel 87 Fw, maakt dit niet anders. Voor zover het al om overlappende informatie zou gaan, staat niets eraan in de weg dat eiser deze informatie (ook) aan de curator verschaft, mocht die daarom vragen. Het beroep op artikel 33 Fw faalt.

Voorts overweegt de voorzieningenrechter dat de eerste stelling van eiser, dat hij reeds alle informatie heeft verstrekt tot verschaffing waarvan hij is veroordeeld, aantoonbaar onjuist is. Het overgelegde informatiememorandum bevat bij lange na niet alle gegevens die eiser op grond van de eerdere vonnissen over had moeten leggen. Tot slot heeft eiser gesteld dat hij niet (meer) in staat zou zijn om de desbetreffende gegevens te verstrekken. Ook dit verweer acht de voorzieningenrechter volstrekt onaannemelijk. Uit een door eiser overgelegd overzicht blijkt namelijk dat hij kennelijk ook na de laatste veroordeling nog in staat was om een transactieoverzicht te (doen) genereren. Hij had op dat moment dus in ieder geval nog toegang tot de bankgegevens. Dat hij de gegevens desondanks niet aan de Stichting heeft verstrekt, is een bewuste keuze van eiser geweest. Dat hij de door de Stichting verlangde gegevens thans niet meer zou kunnen verschaffen om de enkele reden dat hij geen bestuurder van EREF III meer is en (dus) geen toegang meer tot de desbetreffende banken heeft, acht de voorzieningenrechter eveneens ongeloofwaardig. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat geen van de grondslagen de vordering kan dragen, zodat deze dient te worden afgewezen.

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

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 09-09-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:7160

Zaaknummer: C/15/307214 / KG ZA 20-518

Rechters: Th.S. Röell

Advocaten: V.P. Melens en R.A.M. Schram

Wetsartikelen: 33 Fw en 87 Fw