

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 22, 2020

Nummer 22, 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 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:3231](#) 20-10-2020

Vordering vloeit voort uit aanneemovereenkomst en kan daarom worden verrekend.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:3156](#) 13-10-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens niet-tijdige betaling van verzekeringspremies

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:8021](#) 06-10-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege het niet verstrekken van een overeengekomen bankgarantie? Met wenk.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:8033](#) 06-10-2020

BW-pauliana

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:2646](#) 24-09-2020

COMI is gelegen in Nederland. Geen faillietverklaring, omdat niet is gebleken van een opeisbare vordering.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:6929](#) 21-08-2020

Ontruiming failliet uit tot de boedel behorend pand. Rechtskarakter toestemmingsbeslissing rechter-commissaris. Beschikkingsbevoegdheid curator bij ontbonden huwelijksgemeenschap.

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:9346](#) 16-10-2020

Afwijzing vordering tot indeplaatsstelling

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:4904](#) 07-10-2020

Horecahuurder hoeft tijdens coronacrisis niet de volledige huur te betalen

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:4901](#) 07-10-2020

Garantstelling winkelpanden Hudson's Bay

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2020:4885](#) 06-10-2020

Vordering ex artikel 843a Rv tegen curator afgewezen

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:8544 23-09-2020

Prejudiciële vragen over status en rangorde vorderingen die voortvloeien uit het niet-naleven van milieuverplichtingen

RECHTSPRAAK

COMI is gelegen in Nederland. Geen faillietverklaring, omdat niet is gebleken van een opeisbare vordering.

Holdingvennootschap heeft statutaire zetel in Nederland en verricht betalingen vanaf een Nederlands rekeningnummer. Het COMI ligt daarom in Nederland. Het hof bekrachtigt de beschikking van de rechtbank waarbij het faillissementsverzoek is afgewezen, omdat niet is gebleken van een opeisbare vordering.

Een natuurlijk persoon ('appellant') verzoekt de faillietverklaring van Apply Digital Systems Holding B.V. ('ADSH'). Dit verzoek is in eerste aanleg afgewezen, waarop appellant hoger beroep heeft ingesteld.

ADSH stelt zich op het standpunt dat de Nederlandse rechter niet bevoegd is van het faillissementsverzoek kennis te nemen, omdat het centrum van voornaamste belangen (COMI) van ADSH in Spanje zou zijn gelegen. Weliswaar is ADSH statutair gevestigd in Amsterdam, maar feitelijk is de vennootschap gevestigd in Barcelona. ADSH heeft inmiddels geen postadres meer in Nederland en het feit dat het betalingsverkeer van ADSH via een Nederlandse bankrekening verloopt, maakt niet dat het COMI in Nederland is gelegen.

Het hof acht zich bevoegd kennis te nemen van het faillissementsverzoek. Nu de statutaire zetel in Nederland is gelegen, wordt op grond van artikel 3 lid 1 IVO-II vermoed dat het COMI in Nederland is gelegen. ADSH heeft dit vermoeden niet ontkracht. Omdat ADSH een holdingmaatschappij is, zijn haar activiteiten zeer beperkt. ADSH heeft regelmatig betalingen verricht vanaf een Nederlandse bankrekening. Gesteld noch gebleken is dat ADSH andere activiteiten ontplooid. Dat in Spanje is onderhandeld over geldleningsovereenkomsten, dat ADSH geen postadres meer heeft in Nederland en dat de dochteronderneming van ADSH in Spanje software produceert en ontwikkelt, maakt niet dat het COMI in Spanje is gelegen.

Inhoudelijk legt appellant aan het faillissementsverzoek ten grondslag dat zij een opeisbare vordering heeft van € 500.000 op ADSH uit hoofde van een geldlening. ADSH betwist dat deze vordering opeisbaar is. Appellant heeft een converteerbare geldlening verstrekt. Deze

lening is aangegaan voor onbepaalde tijd en tussentijdse opzegging of ontbinding is uitgesloten. Ook de rente is pas opeisbaar als ADSH in staat is de lening terug te betalen of als de lening wordt omgezet in aandelen.

Het hof bekrachtigt de beschikking van de rechtbank waarbij het faillissementsverzoek is afgewezen, omdat niet is gebleken van een opeisbare vordering. Gelet op de gemotiveerde betwisting door ADSH kan niet summierlijk worden vastgesteld dat appellant een opeisbare vordering heeft op ADSH. Omdat aan de aangedragen steunvordering een vrijwel identieke leningsovereenkomst ten grondslag ligt, blijkt ook niet summierlijk dat de steunvordering opeisbaar is.

H.J. de Kloe, oktober 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 24-09-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:2646

Zaaknummer: 200.281.472/01

Rechters: M.L.D. Akkaya, J.M. de Jongh en L.Th.L.G. Pellis

Advocaten: S.R.F. Aarts en S. Jbiri

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 3 lid 1 IVO-II

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens niet-tijdige betaling van verzekeringspremies

In deze droevige zaak wordt een bestuurder van een vennootschap aangesproken door de weduwe van een ervaren projectleider/uitvoerder in de bouw die door een ongeluk op de werkvloer om het leven is gekomen.

De projectleider was belast met een aantal taken, waaronder toezicht houden op de kwaliteit en de voortgang van de aangenomen projecten, maar ook het toezicht houden op de veiligheid. Op 1 maart 2012 verrichtte het bedrijf renovatiewerkzaamheden aan het hellend dak van een werktuigluids. De projectleider kwam rond het middaguur ter plaatse en besloot toen om het dak van de loods te betreden, kennelijk om mee te helpen een dakplaat te verwisselen. Hij maakte daarbij geen gebruik van de veiligheidsvoorzieningen. De projectleider is bij het betreden van het dak door een dakplaat gezakt, van een hoogte van zes meter naar beneden gevallen en op een betonnen vloer terechtgekomen. Hij is ter plaatse aan zijn verwondingen overleden.

Het hof oordeelt dat de vennootschap aansprakelijk is voor de gevolgen van het ongeval, nu de vennootschap als werkgever haar zorgplicht ex artikel 7:658 lid 1 BW heeft geschonden omdat onvoldoende is toegezien op de wijze waarop de projectleider zijn taken uitvoerde. De vennootschap is echter op 27 november 2012 in staat van faillissement verklaard. Hiermee komt de vraag op of geïntimeerde als bestuurder van de vennootschap aangesproken kan worden door de weduwe van de projectleider voor de door haar geleden schade.

Het hof overweegt dat van een vennootschap als deze, die haar werknemers risicovolle werkzaamheden laat verrichten, mag worden verwacht dat zij zorgdraagt voor een deugdelijke aansprakelijkheidsverzekering. De vennootschap heeft inderdaad zo'n verzekering afgesloten, maar heeft vervolgens niet aan haar verplichting tot tijdige betaling van de premies voldaan. De verzekeraar heeft daardoor de dekking van de verzekering opgeschort. Het hof oordeelt dat het niet betalen van de premies een ernstig verwijt oplevert en dat de bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden voor de schade van de weduwe. Het had immers, aldus

het hof, op de weg van de bestuurder gelegen erop toe te zien dat de verzekeringspremies werden betaald zodat blijvend dekking bestond tegen wettelijke aansprakelijkheid op grond van schending van artikel 7:658 BW.

De bestuurder voert nog aan dat de verzekeraar kennelijk heeft gemeld dat de verzekerde in zijn ogen niet aansprakelijk is. Daarmee zou geen causaal verband bestaan tussen het niet betalen van de premie en de geleden schade, omdat ook wanneer de premie wel tijdig zou zijn betaald de verzekeraar niet zou hebben uitgekeerd. Het hof verwerpt dit verweer, nu naar het oordeel van het hof wel sprake is van aansprakelijkheid van de werkgever.

O. Oost, oktober 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 13-10-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:3156

Zaaknummer: 200.245.052_02

Rechters: R.A. van der Pol, O.G.H. Milar en P.P.M. Rousseau

Advocaten: G. Schakenraad en Quist-Koppelaar, T. T. Quist-Koppelaar

Wetsartikelen: 7:658 BW, 6:119 BW, 6:162 BW en 6:97 BW

RECHTSPRAAK

Afwijzing vordering tot indeplaatsstelling

Vordering curator tot indeplaatsstelling wordt afgewezen. De curator heeft geen zwaarwegend belang bij indeplaatsstelling. Omdat het personeel reeds is overgenomen door de doorstarter, is het behoud van werkgelegenheid geen zwaarwegend belang. Ook verder heeft de curator geen zwaarwegend belang aangevoerd.

De curator van een winkelketen in de muziekbranche heeft de onderneming verkocht aan een derde. De winkelketen exploiteerde onder meer een muziekwinkel in Rotterdam. De bedrijfsruimte werd gehuurd. Nadat de doorstartovereenkomst was gesloten, is het winkelpand verkocht. Voordat de overdracht plaatsvond, heeft de (oorspronkelijke) verhuurder de huurovereenkomst beëindigd op grond van artikel 39 Fw nadat deze beëindiging reeds was aangekondigd. De doorstarter en nieuwe eigenaar hebben onderhandeld over het sluiten van een (nieuwe) huurovereenkomst, maar hebben geen overeenstemming bereikt.

In deze procedure vordert de curator een verklaring voor recht dat de opzegging van de huurovereenkomst geen effect sorteert omdat sprake zou zijn van misbruik van recht, althans omdat de opzegging in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. De curator vordert tevens een indeplaatsstelling door de doorstarter. De curator stelt dat aan de vereisten voor indeplaatsstelling is voldaan, omdat de onderneming die wordt uitgeoefend in de bedrijfsruimte is overgedragen. De boedel heeft een zwaarwichtig belang bij indeplaatsstelling, omdat de boedel daardoor wordt bevrijd van huurverplichtingen en van de verplichting de bedrijfsruimte op te leveren. Daarnaast kunnen twintig arbeidsplaatsen behouden blijven als de huurovereenkomst overgaat op de doorstarter. Ook blijft een gespecialiseerde en grootschalige muziekwinkel geopend. Tot slot biedt de doorstarter voldoende waarborgen voor nakoming van de huurovereenkomst.

De eigenaar voert verweer en vordert in reconventie onder meer ontruiming van de winkelruimte. De eigenaar stelt dat hij op het moment van opzegging van de huurovereenkomst niet wist dat de onderneming was overgedragen. Van misbruik van

bevoegdheid is daarom geen sprake. Ook meent de eigenaar dat de belangen van de boedel bij indeplaatsstelling niet zwaarder wegen dan zijn eigen belangen. De huurachterstand betreft slechts vier maanden. Omdat de doorstarter tijdens faillissement gebruikgemaakt heeft van de bedrijfsruimte, is hij hiervoor een vergoeding verschuldigd aan de boedel. De doorstart is inmiddels reeds, zonder overneming van de huurovereenkomst, geëffectueerd. Ook het personeel is reeds overgenomen door de doorstarter. Om die reden heeft de curator dus geen zwaarwegend belang. Pas na levering en een aantal maanden na de opzegging heeft de curator een beroep op indeplaatsstelling gedaan. De eigenaar is er daarom van uitgegaan dat de bedrijfsruimte vrij van huur aan hem werd geleverd. Daar heeft de verhuurder ook belang bij, omdat voortzetting van de huurovereenkomst een waardedrukkend effect zou hebben.

De kantonrechter wijst de vorderingen van de curator af. Op het moment dat de opzegging van de huurovereenkomst werd aangekondigd, is niet duidelijk gemaakt dat de curator de verhuurder heeft geïnformeerd over de doorstart. De curator heeft zich, ook nadat de huurovereenkomst daadwerkelijk werd opgezegd, niet verzet tegen de opzegging en geen verzoek gedaan tot indeplaatsstelling. De verhuurder heeft daarom geen misbruik van bevoegdheid gepleegd met de opzegging van de huurovereenkomst. Ook aan de voorwaarden voor indeplaatsstelling is niet voldaan. Het financiële belang van de boedel is klein, omdat de boedel recht heeft op een gebruikersvergoeding voor de duur dat de doorstarter gebruikgemaakt heeft van de bedrijfsruimte. De resterende huurachterstand ziet slechts op één maand. De stelling van de curator dat oplevering van de bedrijfsruimte hoge kosten met zich brengt, gaat niet op, omdat de eigenaar akkoord is met oplevering in de staat waarin de bedrijfsruimte zich op dat moment bevindt. De kantonrechter volgt de eigenaar in zijn stelling dat het behoud van werkgelegenheid geen zwaarwichtig belang is van de curator, omdat de doorstarter het personeel reeds heeft overgenomen. Tot slot is het belang van behoud van een gespecialiseerde muziekwinkel onvoldoende om te concluderen dat de curator een zwaarwichtig belang heeft bij indeplaatsstelling. Omdat niet aan de voorwaarden voor indeplaatsstelling is voldaan, is de opzegging van de huurovereenkomst naar het oordeel van de kantonrechter niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Omdat de curator zonder recht of titel gebruikmaakt van de bedrijfsruimte, wijst de kantonrechter de reconventionele vordering tot ontruiming toe.

H.J. de Kloe, oktober 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 16-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:9346

Zaaknummer: 8161502 cv expl 19-48942

Rechters: C.H. Kemp-Randewijk

Advocaten: D.M. van Geel, F.M.H.C. Sarneel, R. Ridder en T.M. Sanders

Wetsartikelen: 39 Fw, 7:307 BW en 6:248 BW

RECHTSPRAAK

Vordering vloeit voort uit aanneemovereenkomst en kan daarom worden verrekend.

Stichting Destion mag zich op grond van artikel 53 Fw beroepen op verrekening. Haar vordering op de schuldenaar vloeit voort uit de aanneemovereenkomst. Hierin is opgenomen dat zij na ontbinding onderaannemers mocht betalen en daarmee een vordering kreeg op de aannemer. De overeenkomst is ontbonden en Destion heeft een onderaannemer betaald, waardoor haar beroep op verrekening slaagt.

Stichting Destion heeft kennelijk een aanneemovereenkomst gesloten met HKM Realisatie B.V. ('HKM'). Voordat de aanneemovereenkomst door partijen volledig is nagekomen, wordt HKM failliet verklaard. De curator heeft betaling gevorderd van de openstaande vorderingen van HKM. Destion heeft een verrekeningsverweer gevoerd. In dit eindarrest (zie INS 2020-0185 voor het tussenarrest) is uitsluitend het verrekeningsverweer aan de orde.

Destion heeft een vordering voldaan die een onderaannemer had op HKM. Destion meent deze betaling te kunnen verhalen op HKM op grond van de aanneemovereenkomst. In de aanneemovereenkomst is namelijk opgenomen dat Destion na ontbinding van de aanneemovereenkomst het recht had onderaannemers te betalen en dergelijke betalingen in mindering te brengen op de vordering van HKM.

Partijen zijn verdeeld over de vraag of de aanneemovereenkomst is ontbonden. Naar de mening van de curator is dat niet het geval, omdat in de aanneemovereenkomst is opgenomen dat de overeenkomst bij aangetekend schrijven ontbonden kan worden indien HKM failliet wordt verklaard. Omdat geen aangetekend schrijven is gestuurd, is de overeenkomst niet ontbonden. Destion denkt hier anders over. Zij stelt dat haar voormalige advocaat de curator op grond van artikel 37 Fw een termijn heeft gesteld om de overeenkomst gestand te doen, bij gebreke waarvan de overeenkomst zou zijn ontbonden. Voor ontbinding is een aangetekend schrijven niet noodzakelijk. Dit is slechts om bewijstechnische redenen opgenomen in de overeenkomst. Partijen zijn er, nadat de curator de overeenkomst niet gestand deed, ook van

uitgegaan dat de overeenkomst was ontbonden.

Het hof volgt Destion. Het staat vast dat de curator de voorwaardelijke ontbindingsverklaring heeft ontvangen en dat de voorwaarde voor ontbinding in vervulling is gegaan. Er is geen rechtsregel waaruit volgt dat het niet aangetekend verzenden van een ontbindingsverklaring afdoet aan de geldigheid van die verklaring. De overeenkomst is dus ontbonden. Dat de voormalige advocaat van Destion zich tijdens de comparitie in eerste aanleg op een ander standpunt heeft gesteld, doet hier niet aan af.

Nu de aanneemovereenkomst is ontbonden, mocht Destion de onderaannemer betalen en kreeg zij door die betaling een vordering op HKM. Deze vordering vloeit voort uit de aanneemovereenkomst, een rechtsverhouding die voor faillissement reeds bestond. Destion komt daarom op grond van artikel 53 Fw een beroep toe op verrekening. Nu de rechtbank dit – weliswaar op andere gronden – reeds had geoordeeld, laat het hof het vonnis van de rechtbank in stand.

H.J. de Kloe, oktober 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 20-10-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:3231

Zaaknummer: 200.255.601_01

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

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

Wetsartikelen: 37 Fw en 53 Fw

RECHTSPRAAK

Prejudiciële vragen over status en rangorde vorderingen die voortvloeien uit het niet-naleven van milieuverplichtingen

De Rechtbank Rotterdam stelt prejudiciële vragen aan de Hoge Raad over de status en rangorde in faillissement van vorderingen die voortvloeien uit de niet-naleving van milieuverplichtingen.

In deze uitspraak stelt de Rechtbank Rotterdam prejudiciële vragen aan de Hoge Raad over de status en rangorde in faillissement van vorderingen die voortvloeien uit de niet-naleving van milieuverplichtingen.

In het kort zijn de feiten als volgt: de failliet exploiteerde een taxidienst. De activiteiten bestonden onder andere uit het wassen van taxi's in een wasstraat op het terrein van de failliet. Na faillissement wijst de gemeente de curator op de verplichting om een bodemonderzoek te verrichten indien in een inrichting een bodembedreigende activiteit is verricht. Kennelijk kwalificeert de wasstraat als bodembedreigende activiteit. De curator laat onderzoek doen. De conclusie in het onderzoeksrapport is dat er aanleiding bestaat om nader onderzoek te doen naar mogelijke bodemverontreiniging. De gemeente verzoekt de curator om (1) nader onderzoek te laten doen en (2) een plan van aanpak te maken voor de verwijdering van de verontreiniging. De curator weigert hiertoe over te gaan.

De gemeente legt vervolgens aan de curator een last onder bestuursdwang op ten aanzien van het vervolgonderzoek en een last onder dwangsom met betrekking tot het herstel van de bodemkwaliteit. De curator voldoet hier niet aan. De gemeente neemt vervolgens zelf de in de last onder bestuursdwang vermelde maatregelen. De in verband hiermee gemaakte kosten, alsmede de verbeurde dwangsommen, wenst de gemeente te verhalen op de boedel.

De gemeente stelt zich op het standpunt dat haar vorderingen kwalificeren als boedelschuld. Primair stelt zij zich op het standpunt dat de curator in bestuursrechtelijke zin heeft te gelden als overtreder. De curator is niet tegen de besluiten opgekomen, waardoor deze formele rechtskracht hebben gekregen. Daarmee zou vaststaan dat de schulden kwalificeren als boedelschulden. Subsidiair stelt de gemeente zich op het standpunt dat haar vorderingen het

gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem na te leven verplichting (categorie iii uit *Koot Beheer/Tideman q.q.*) en op grond daarvan kwalificeren als boedelschuld.

De curator stelt zich op het standpunt dat de vraag of schulden in verband met het niet-nakomen van milieuverplichtingen moeten worden aangemerkt als boedelschulden, moet worden beantwoord aan de hand van de vraag of de feitelijke handeling of gebeurtenis waarin de niet-nakoming is gelegen voor of na datum faillissement heeft plaatsgevonden. In het eerste geval zouden de desbetreffende vorderingen niet kwalificeren als boedelschulden, in het tweede geval wel.

De rechtbank stelt drie vragen aan de Hoge Raad, waarvan de eerste de eigenlijke vraag betreft en de tweede en derde ertoe strekken de Hoge Raad uit te nodigen zijn oordeel te motiveren en eventueel nuances daarin aan te brengen.

Met de eerste vraag wenst de rechtbank te vernemen of schulden in verband met de niet-naleving van milieuverplichtingen kwalificeren als boedelschulden, verifieerbare concurrente faillissementsschulden of niet-verifieerbare schulden.

De tweede vraag gaat ervan uit dat het antwoord op de eerste vraag luidt dat de desbetreffende schulden als boedelschulden kwalificeren. De Hoge Raad wordt gevraagd of dit reeds het geval is wanneer de curator als overtreder kan worden aangemerkt en het besluit waarmee de vordering verband houdt formele rechtskracht heeft.

Met de derde vraag wordt de Hoge Raad gevraagd of het voor het antwoord op de eerste vraag relevant is of de handelingen of gebeurtenissen waarmee de vordering verband houdt voor of na datum faillissement hebben plaatsgevonden.

J.F. Fliek, oktober 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 23-09-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:8544

Zaaknummer: C/10/578643 / HA ZA 19-673

Rechters: P. Volker

Advocaten: J.H. van der Weide en H.V. Schulte

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Vordering ex artikel 843a Rv tegen curator afgewezen

Eiser vordert van een curator afschrift van bescheiden met het oog op een mogelijke aansprakelijkheidstelling van een derde. De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af wegens gebrek aan spoedeisend belang. Dat eiser zo snel mogelijk haar schade wil verhalen is onvoldoende. De informatie is in handen van de curator en is er geen aanleiding te veronderstellen dat deze informatie zal verdwijnen. Bovendien zal toewijzing van de vordering onomkeerbare gevolgen hebben.

Deze procedure betreft een informatieverzoek van Schroder op grond van artikel 843a Rv.

Schroder is vermogensbeheerder en verstrekt ook financieringen. Op 10 maart 2017 heeft de holding van de FVC Groep Schroder om een lening verzocht. De aanvraag is gedaan door indiening van een door NEOS ingevuld Loan Application Form. NEOS is de backoffice van Schroder in Nederland en heeft Schroder vertegenwoordigd in het kader van de aanvraag.

Gevoegde Partij heeft zich in deze procedure gevoegd aan de zijde van gedaagde, de curator van de FVC Groep. Gevoegde Partij was ten tijde van de aanvraag de financiële man bij de holding. In het kader van de financieringsaanvraag heeft Gevoegde Partij financiële cijfers aan NEOS verstrekt.

Op 7 april 2017 is tussen Schroder en de FVC Groep een geldleningsovereenkomst tot stand gekomen voor een bedrag van € 1 miljoen. Op 23 maart 2018 heeft Schroder het krediet met onmiddellijke ingang opgezegd vanwege niet nagekomen betalingsverplichtingen. Op 27 maart 2018 respectievelijk 8 mei 2018 zijn de vennootschappen van de FVC Groep failliet verklaard.

De curator heeft vastgesteld dat de administratieplicht door de FVC Groep is geschonden en heeft een rechtmatigheidsonderzoek laten verrichten door een forensisch accountant. Het rapport van de accountant is voor de curator aanleiding geweest om de statutair bestuurder

aansprakelijk te stellen. Daarnaast heeft de FIOD een strafrechtelijk onderzoek uitgevoerd naar de FVC Groep.

Schroder stelt het vermoeden te hebben dat de Gevoegde Partij onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door bij de aanvraag van de geldlening onjuiste informatie te verstrekken. Aan de hand van het rapport van de forensisch accountant en de administratie van de FVC Groep wenst Schroder vast te stellen of dat het geval is en zo nodig de schade op hem te verhalen. Schroder vordert dat de curator op grond van artikel 843a Rv wordt bevolen deze informatie te verstrekken.

Onder verwijzing naar Schmitz q.q./Aerts Europa (HR 8 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:612) oordeelt de voorzieningenrechter dat indien aan de vereisten van artikel 843a Rv is voldaan, Schroder in beginsel van de curator afschrift van bescheiden kan vorderen ten behoeve van een tegen Gevoegde Partij aan te spannen procedure.

De voorzieningenrechter is er voorshands echter niet van overtuigd dat er sprake is van een rechtsbetrekking tussen Schroder en Gevoegde Partij. Zo is bijvoorbeeld niet zonder meer aannemelijk dat Gevoegde Partij onjuiste informatie heeft verschaft. Er wordt verwezen naar het arrest *Semtex* (HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1251).

Dit is echter niet de belangrijkste reden voor afwijzing van de vorderingen. De vorderingen worden afgewezen wegens gebrek aan spoedeisend belang. Schroder stelt dat het voor haar essentieel is om snel vast te stellen of Gevoegde Partij onjuiste informatie heeft verstrekt zodat zij op korte termijn haar schade kan verhalen. Het feit dat de FIOD is ingeschakeld zou het spoedeisend belang versterken. De voorzieningenrechter volgt Schroder niet. Het enkele feit dat Schroder zo snel mogelijk haar schade wil verhalen, betekent niet dat van haar niet gevergd zou kunnen worden dat zij de uitkomst van een bodemprocedure afwacht. Temeer nu Schroder sowieso een bodemprocedure aanhangig moet maken om de schade op Gevoegde Partij te kunnen verhalen. Het feit dat de FIOD haar onderzoek heeft afgerond en – zoals Gevoegde Partij stelt – Gevoegde partij niet zal vervolgen, maakt de zaak bovendien niet spoedeisender.

Ook is nog van belang dat Schroder afschrift vordert van bescheiden die de curator onder zich heeft. Er bestaat geen aanleiding om te veronderstellen dat de bescheiden na afloop van de bodemprocedure niet meer voorhanden zouden zijn.

Tot slot acht de voorzieningenrechter nog van belang dat toewijzing van de vordering van Schroder onomkeerbare gevolgen zal hebben. Als Schroder eenmaal kennis heeft genomen van de informatie, dan kan dat niet meer ongedaan gemaakt worden.

V.G.M. Leferink, oktober 2020

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 06-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2020:4885

Zaaknummer: C/01/360903 / KG ZA 20-441

Rechters: E. Loesberg

Advocaten: J.W. Bouman, S. Klaversteijn en M.J.W. Schollen

Wetsartikelen: 843a Rv

RECHTSPRAAK

**Ontruiming failliet uit tot de boedel behorend pand.
Rechtskarakter toestemmingsbeslissing rechter-
commissaris. Beschikkingsbevoegdheid curator bij
ontbonden huwelijksgemeenschap.**

Failliet komt in hoger beroep op tegen een jegens haar toegewezen ontruimingsvonnis. Er komen verschillende aspecten aan bod. Onder meer beoordeelt het hof het rechtskarakter van een door de rechter-commissaris gegeven toestemming tot onderhandse verkoop. Die toestemming is geen rechtspraak in eigenlijke zin en is vormvrij. Een daartegen gericht hoger beroep heeft geen schorsende werking. Ontbinding van de huwelijksgemeenschap door overlijden na de faillietverklaring heeft op grond van het erf- én insolventierecht niet tot gevolg dat de curator niet meer beschikkingsbevoegd is ten aanzien van goederen die tot de huwelijksgemeenschap behoorden.

De curator van een gefailleerde natuurlijk persoon heeft in kort geding de ontruiming gevorderd van een tot de boedel behorend pand. De curator had failliet al spoedig na de faillietverklaring verzocht om het pand te verlaten en op zoek te gaan naar vervangende woonruimte, maar zij had hier geen gehoor aan gegeven. De curator heeft het (verhypothekeerde) pand met toestemming van de rechter-commissaris ex artikel 176 Fw onderhands verkocht aan een derde. De toestemming blijkt uit Toezicht, het digitale communicatiesysteem voor rechters-commissarissen en curatoren. Met de verkoop wordt een overwaarde voor de boedel gerealiseerd.

Failliet heeft zich verzet tegen de verkoop en ontruiming, onder meer met een hoger beroep tegen de verkooptoestemming. In eerste aanleg is de ontruimingsvordering toch toegewezen, primair ingevolge de medewerkingsplicht ex artikel 105a Fw en subsidiair krachtens de ontruimingsbedingen die de curator namens de hypotheekhouders kan inroepen (INS 2020-0231).

Het hof oordeelt dat de curator ontvankelijk is in zijn vordering. Anders dan failliet betoogde, is er volgens het hof geen afzonderlijke rechtsgang in de Faillissementswet ter verkrijging van een ontruimingstitel. De curator heeft zich dus terecht tot de voorzieningenrechter gewend.

Het betoog van failliet voerde in belangrijke mate op de stelling dat de door de rechter-commissaris gegeven toestemming voor de verkoop niet is gegeven, althans is geschorst. Het hof gaat daarom eerst in op het rechtskarakter van een dergelijke beslissing. Die beslissing is weliswaar een beschikking, maar geen beslissing inzake een geschil of het verzoek een rechtstoestand te doen ontstaan of wijzigen. Daarom vormt zij geen rechtspraak in de eigenlijke zin van het woord, vangt zij niet aan met een verzoekschrift in de zin van artikel 261 Rv en is niet voorgeschreven dat belanghebbenden moeten worden gehoord. De toestemming vormt bovendien geen constitutief vereiste voor een rechtshandeling door de curator en is daarom niet aan een vaste vorm gebonden. Het is aan de curator om achteraf zonodig de gegeven toestemming te bewijzen. Daarvoor is voldoende dat uit het 'Toezicht'-systeem blijkt dat die toestemming is gegeven. Formele vereisten zoals ondertekening gelden niet. De curator heeft gewezen op artikel 86 Fw, dat bepaalt dat alle beschikkingen in zaken die het beheer of de vereffening van de boedel betreffen uitvoerbaar bij voorraad zijn. Dit is niet door failliet weersproken. Bovendien is de beslissing volgens het hof niet voor tenuitvoerlegging vatbaar en heeft het hoger beroep van failliet tegen die beslissing dan ook geen schorsende werking (als zij, gelet op art. 67 lid 1 Fw, al in dat beroep ontvankelijk zou zijn).

Een ander aspect betreft de beschikkingsbevoegdheid van de curator. Het pand behoorde tot de huwelijksgemeenschap van failliet en haar echtgenoot. Hij is na de faillietverklaring overleden. Het hof overweegt dat de echtgenoot krachtens artikel 63 Fw door de faillietverklaring de beschikkingsbevoegdheid over zijn aandeel in het pand is verloren. Zijn erfgenamen volgen hem op in zijn voor overgang vatbare rechten (art. 4:182 BW) en krijgen dezelfde rechtspositie als de overledene. Zij volgen de echtgenoot in dit geval dus op in zijn eigendomsrecht waarover hij de beschikking en het beheer niet had. Deze erfrechtelijke benadering strookt volgens het hof met het insolventierechtelijke fixatiebeginsel (art. 20 Fw). De curator was derhalve beschikkingsbevoegd ten aanzien van het gehele pand en blijft dat ook.

Ook de overige grieven worden niet gehonoreerd. Onder meer was het feit dat de curator wist dat failliet maandelijks de hypotheekverplichtingen voldeed onvoldoende om te concluderen dat er een huurovereenkomst tussen failliet en de curator tot stand was gekomen. Het hof was ook niet gevoelig voor het argument dat het vinden van vervangende woonruimte door de Coronacrisis onmogelijk is, omdat de eerste aanzegging tot ontruiming een jaar voor aanvang daarvan was gedaan en de geldende maatregelen geen belemmering voor ontruiming vormen. Nu alle grieven falen, bekrachtigt het hof het vonnis van de voorzieningenrechter.

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

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-08-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:6929

Zaaknummer: 200.281.586/01

Rechters: G. van Rijssen, W.P.M. ter Berg en I.F. Clement

Advocaten: H. Loonstein en T. van Dijken

Wetsartikelen: 68 Fw, 63 Fw, 23 Fw, 4:182 BW en 20 Fw

RECHTSPRAAK

BW-pauliana

In het kader van een alimentatievordering doet de vrouw een beroep op BW-pauliana en onrechtmatige daad, omdat de man een bedrijfspand zou hebben verkocht voor een te laag bedrag aan zijn broer en schoonzus en hun tevens een lening heeft verstrekt om de koopsom te voldoen. De man mag bewijzen dat zijn broer en schoonzus geen wetenschap hadden van de benadeling van de verhaalsmogelijkheden van de vrouw.

In deze zaak gaat het om paulianeuze transacties door de man met betrekking tot de (afwikkeling van de) echtscheiding tussen hem en zijn vrouw. De vrouw spreekt de man primair aan op grond van artikel 3:45 lid 1 en 2 BW in samenhang met artikel 3:46 lid 1 aanhef, sub 3a BW en subsidiair op grond van onrechtmatige daad. De vrouw betoogt dat zij door de man is benadeeld in haar verhaalsmogelijkheden.

De man is op grond van het echtscheidingsconvenant en de beschikking van 5 juli 2017 gehouden aan de vrouw partneralimentatie en de indexering van de kinderalimentatie te betalen. De vrouw is gebleken dat de man kort na de beschikking van 5 juli 2017 de onroerende zaak, waarin een horecagelegenheid werd geëxploiteerd, heeft verkocht aan zijn broer en de schoonzus. De vrouw stelt dat de reële marktwaarde van de onroerende zaak op dat moment € 445.000 bedroeg en de executiewaarde € 311.500. De broer en schoonzus hebben de onroerende zaak overgenomen voor een te laag bedrag, namelijk € 286.000. Daarnaast heeft de man onverplicht een geldlening aan de broer en de schoonzus verstrekt. Hij had ook betaling van het bedrag van € 50.000 kunnen bedingen en daarmee aan zijn verplichtingen aan de vrouw kunnen voldoen. De vrouw is hierdoor in haar verhaalsmogelijkheden benadeeld.

De man voert verweer door onder meer te betogen dat hij vanwege financiële problemen het pand en de ondernemingen heeft verkocht en met de opbrengst daarvan schulden heeft betaald. De broer en de schoonzus kunnen worden aangemerkt als derden te goeder trouw zoals bedoeld in artikel 3:45 lid 5 BW omdat zij niet op de hoogte waren van de

alimentatieverplichtingen en een achterstand hierin.

De rechtbank heeft in eerste aanleg alle vorderingen van de vrouw toegewezen. De man gaat in hoger beroep.

Het hof overweegt dat het een schuldenaar, in deze zaak de man, vrijstaat over zijn vermogen te beschikken. Van deze vrijheid dient de schuldenaar echter geen misbruik te maken door zijn vermogen ten nadele van zijn schuldeisers te verzwakken. Een schuldeiser, in deze zaak de vrouw, heeft in het geval daarvan sprake is de mogelijkheid een beroep te doen op artikel 3:45 BW (Pauliana). Om een geslaagd beroep te kunnen doen op artikel 3:45 BW moet voldaan zijn aan vijf cumulatieve voorwaarden. Er moet sprake zijn van een rechtshandeling (1) die onverplicht (2) door de man is verricht en benadeling (3) van de vrouw in haar verhaalsmogelijkheden tot gevolg heeft. Ook moet er sprake zijn van wetenschap van benadeling bij de man (4) en bij de broer en de schoonzus (5).

Het hof oordeelt dat het enkele feit dat de man om economische en psychische redenen genooddaakt is geweest om de onroerende zaak te verkopen, niet maakt dat de koopovereenkomst en de daarin vervatte geldlening als verplichte rechtshandelingen kunnen worden aangemerkt. Verder oordeelt het hof dat de vrouw door de man is benadeeld in haar verhaalsmogelijkheden door verkoop voor een te lage waarde en door een deel van de koopovereenkomst te verstrekken als geldlening.

Ten aanzien van de wetenschap van benadeling stelt het hof vast dat de broer en de schoonzus respectievelijk bloed- en aanverwant in de tweede graad zijn, zodat ten aanzien van hun het wettelijk bewijsvermoeden geldt dat zij wetenschap hadden van de benadeling van de vrouw, behoudens tegenbewijs. Nu de man, zijn broer en schoonzus voldoende gemotiveerd aanvoeren dat sprake is van ontbreken van die wetenschap en de man in zijn memorie van antwoord bewijs heeft aangeboden van hun stellingen, heeft het hof partijen toegelaten feiten en omstandigheden te bewijzen waaruit kan blijken dat de broer en de schoonzus geen wetenschap hadden van de benadeling van de vrouw, althans voor hen de benadeling niet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien.

Tot slot oordeelt het hof dat de man tevens onrechtmatig jegens de vrouw heeft gehandeld door misbruik te maken van zijn bevoegdheid om te beschikken over zijn vermogen ten nadele van de vrouw. Dit handelen van de man is een schending van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.

Het hof houdt iedere verdere beslissing aan.

J.D. van den Dolder, oktober 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 06-10-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:8033

Zaaknummer: 200.265.187

Rechters: R. Prakke-Nieuwenhuizen, H.L. Wattel en M.H.H.A. Moes

Advocaten: C.G. Mensink en A.C. Blankestijn

Wetsartikelen: 3:45 BW, 3:46 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Garantstelling winkelpanden Hudson's Bay

Moedermaatschappij Hudson's Bay moet garantie aan verhuurders nakomen, hoeft geen zekerheid te stellen, maar moet wel verhaalsinformatie verschaffen

Hudson's Bay Company (HBC), de Canadese moedervereniging van het op 31 december 2019 gefailleerde Hudson's Bay Netherlands, heeft zich tegenover de verhuurders van Hudson's Bay Netherlands winkelpanden in Almere en Tilburg garantgesteld voor de nakoming van de huurverplichtingen. De verhuurders van de betreffende winkelpanden hebben (ieder) in een bodemprocedure nakoming gevorderd van die garantstelling, welke vorderingen zijn toegewezen.

De uitspraak die hier wordt samengevat ziet tenzij anders aangegeven zowel op de procedure die is aangespannen door Unibail-Rodamco als op de procedure die is aangespannen door Royalton Hill (gezamenlijk: 'de verhuurders'). Voor de uitspraak in de door Royalton Hill aangespannen procedure zij verwezen naar ECLI:NL:RBAMS:2020:4901. In het kort geding dat hier aan de orde is, vorderen de verhuurders dat HBC (voor zover nodig: bij wijze van voorschot) wordt veroordeeld tot betaling van toekomstige huurtermijnen tot en met respectievelijk december 2020 en maart 2021. Daarnaast vorderen de verhuurders – in aanvulling op hetgeen in de bodemprocedure reeds was toegewezen – de btw en rente over de achterstallige huurtermijnen. Tot slot vorderen de verhuurders in het kort geding dat HBC veroordeeld wordt om zekerheid te stellen voor de nakoming van de garantieverplichtingen, en vordert uitsluitend Unibail-Rodamco (subsidiar) om aan haar informatie te verschaffen over haar vermogen c.q. verhaalsmogelijkheden voor de verhuurders, dat laatste op straffe van een dwangsom.

De kantonrechter overweegt (onder verwijzing naar HR:NL:ECLI:2011:BP0015) dat hij zich in kort geding dient te richten naar het vonnis in de bodemprocedure (de 'afstemmingsregel') en wijst de vordering ter zake van de toekomstige huurtermijnen toe. HBC voert in de kort gedingen weliswaar een verweer dat ze in de bodemprocedure nog niet voerde, namelijk: dat de huurovereenkomst, althans de wijze waarop ze tot stand gekomen is, in strijd is met het

mededingingsrecht, maar dit verweer wordt gepasseerd omdat het door HBC onvoldoende is onderbouwd.

HBC beroept zich voorts op de coronacrisis, als onvoorziene omstandigheid die ertoe leidt dat van haar geen (ongewijzigde) nakoming van de garantstelling kan worden verlangd. Ook dat verweer wordt van de hand gewezen. Een beroep op het 'corona-akkoord' komt aan HBC niet toe, omdat ze zelf geen huurder is. Voorts beroept HBC zich op de stelling dat de verhuurder zelf het faillissement van Hudson's Bay heeft veroorzaakt. Ook deze stelling wordt gepasseerd, omdat deze voorshands niet aannemelijk is en door de verhuurder gemotiveerd is betwist.

De door de verhuurders gevorderde btw en rente waren in de bodemprocedure nog niet aan de orde gekomen en worden door de kantonrechter afgewezen, omdat de verschuldigdheid daarvan in kort geding niet voldoende uitgedebatteerd en onderzocht kan worden.

Met betrekking tot de door de verhuurders gevraagde veroordeling tot zekerheidstelling voor de nakoming van de garantie overweegt de kantonrechter dat partijen bewust voor een garantstelling zonder zekerheidstelling gekozen hebben. Op grond van de overeenkomst kan HBC niet tot zekerheidstelling worden veroordeeld. De verhuurders hebben hun vordering tot zekerheidstelling tevens gebaseerd op artikel 6:162 en artikel 6:51 BW. Ook op deze grondslag kan de vordering echter niet worden toegewezen, omdat uit de naar voren gebrachte feiten niet volgt dat er voor HBC een wettelijke plicht tot zekerheidstelling bestaat, noch dat de redelijkheid en billijkheid vereisen dat HBC tot zekerheidstelling wordt verplicht.

De kantonrechter veroordeelt HBC wél tot het periodiek verstrekken van informatie over de mogelijkheden tot verhaal van de vorderingen uit de garantstelling aan Unibail-Rodamco. De beslissing over de gevraagde dwangsom wordt aangehouden voor een periode van drie maanden. Binnen die periode dienen partijen aan te geven of HBC vrijwillig (de eerste maal) aan de veroordeling tot verstrekking van informatie heeft voldaan. Indien HBC aan de veroordeling voldoet of partijen binnen de termijn van drie maanden geen bericht geven aan de kantonrechter, zal de vordering tot het uitspreken van een dwangsommaatregel als ingetrokken worden beschouwd.

I.F.M. Lakwijk, oktober 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 07-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:4901

Zaaknummer: 8497797 KK EXPL 20-276

Rechters: M.W. van der Veen

Advocaten: W. Raas, T. Minovic, G.J. Wilts, J.Ph. de Korte en J.A. le Clercq

Wetsartikelen: 6:162 BW, 6:51 BW, 108 lid 2 Rv en

RECHTSPRAAK

Horecahuurder hoeft tijdens coronacrisis niet de volledige huur te betalen

Verhuurder kan tijdens de coronacrisis niet verwachten dat zijn huurder (exploitant van een bar/nachtcafé) volledig aan zijn huurverplichtingen voldoet.

Dit kort geding betreft een geschil tussen verhuurder van een bedrijfsruimte en diens huurder, Hotshots B.V. In het gehuurde exploiteert Hotshots een bar/nachtcafé. De huurovereenkomst is op 30 januari 2015 aangevangen voor een periode van vijf jaar. Na afloop van de huurovereenkomst zijn de partijen een nieuwe huurovereenkomst voor vijf jaar overeengekomen. Deze is ondertekend op 20 april 2020.

Tussen partijen is op 1 juli 2019 ook een huurovereenkomst gesloten ter zake van een kantoorruimte aan een ander adres. Deze kantoorruimte wordt voor 80% gebruikt voor opslag ten behoeve van de bar.

Vanwege de uitbraak van het coronavirus en de in dat verband genomen overheidsmaatregelen heeft Hotshots de bar moeten sluiten van 16 maart 2020 t/m 30 juni 2020. Sinds 1 juli 2020 is de bar weer open, maar met beperkende overheidsmaatregelen. Hierdoor is de omzet van Hotshots gekelderde. Sinds mei 2020 heeft Hotshots van zowel de bar als de kantoorruimte slechts 50% van de huur betaald.

In dit kort geding vordert de verhuurder Hotshots te veroordelen tot betaling van de huurachterstanden, vermeerderd met rente en contractuele boetes. Hij stelt dat Hotshots zich niet kan beroepen op haar verslechterde financiële positie door de coronacrisis. De huurovereenkomst ter zake van de bar is immers ondertekend toen de overheidsmaatregelen al van kracht waren en de kantoorruimte wordt niet getroffen door die maatregelen.

De voorzieningenrechter gaat hier niet in mee. Geoordeeld wordt dat de coronacrisis in beginsel moet worden aangemerkt als een onvoorziene omstandigheid. De voorzieningenrechter acht het niet aannemelijk dat partijen de (gevolgen van de) coronacrisis in de nieuwe huurovereenkomst hebben verdisconteerd. Zij mochten over en weer ook niet

van elkaar verwachten dat dit wel het geval zou zijn. Hierbij speelt mee dat Hotshots onweersproken heeft aangevoerd dat partijen al vóór de coronacrisis overeenstemming over de nieuwe huurovereenkomst hadden bereikt. De voorzieningenrechter oordeelt dat de verhuurder onder deze omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet kan verwachten dat de huurovereenkomsten ongewijzigd in stand blijven. Van Hotshots kan niet worden gevergd dat zij volledig aan haar huurverplichtingen voldoet.

De voorzieningenrechter acht het redelijk om de gevolgen van de coronacrisis over beide partijen te verdelen. Over de periode dat de bar van Hotshots gesloten is geweest, dient zij 50% van de overeengekomen huur te betalen. Vanaf het moment dat de bar weer is geopend, moet Hotshots 75% van de huur voldoen. De voorzieningenrechter maakt geen onderscheid tussen de huurovereenkomst voor de bar en de huurovereenkomst voor de kantoorruimte.

A.J.M. Wilmer & K.C.S. Meekes, oktober 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 07-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:4904

Zaaknummer: 8727858 KK EXPL 20-531

Rechters: C. Kraak

Advocaten: P.P. Klokkers en M.R. Koppe

Wetsartikelen: 6:258 BW en 7:204 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege het niet verstrekken van een overeengekomen bankgarantie? Met wenk.

Geen bestuurdersaansprakelijkheid jegens een schuldeiser van de failliete vennootschap voor het weigeren de overeengekomen bankgarantie af te geven, omdat vaststaat dat de bestuurders ten tijde van deze weigering er nog van uit mochten gaan dat binnen een week de beloofde herfinanciering zou doorgaan, waarmee alle schuldeisers zouden kunnen worden betaald.

Dusseldorp Infra, Sloop en Milieutechniek B.V. ('Dusseldorp') werd als onderaannemer ingeschakeld door WBC Aannemingsbedrijf ('WBC') voor het grondwerk van verschillende projecten. De meeste werkzaamheden heeft Dusseldorp uitgevoerd in maart en april 2015. Toen WBC niet in staat bleek om tijdig aan haar betalingsverplichtingen te voldoen, heeft het bestuur cashmanagement gepleegd, wat inhoudt dat betalingen worden verricht zodra er liquiditeiten beschikbaar zijn. Vanwege het dreigende tekort is zij gaan praten met haar huisbank en een externe financier, die bereid bleken een extra financiering te verstrekken van in totaal € 5 miljoen. Met andere schuldeisers werden afspraken gemaakt. Van de facturen verstuurd voor de werkzaamheden van Dusseldorp is grofweg € 375.000 onbetaald gebleven. In juni en oktober 2015 hebben Dusseldorp en WBC onderhandeld over het treffen van een betalingsregeling. In juli is tussen partijen afgesproken dat WBC een bankgarantie van € 100.000 zou stellen als zekerheid voor de openstaande facturen. In augustus hebben de bestuurders een conceptbankgarantie aan Dusseldorp ter goedkeuring doorgestuurd, waarop Dusseldorp meteen akkoord gaf. Toen het ondertekenen van de bankgarantie uitbleef, heeft er bespreking plaatsgevonden. Volgens Dusseldorp hebben de bestuurders tijdens de bespreking aangegeven dat de bank alleen een garantie wilde afgeven als zij een contragarantie zouden geven, en dat zij daartoe niet bereid waren. Volgens de bestuurders gold die eis niet, was de bankgarantie daadwerkelijk definitief afgegeven en hebben zij toen de getekende bankgarantie getoond. Volgens de bestuurders wilden zij de bankgarantie niet meer afgeven

omdat deze niet meer nodig was: met de verwachte financiering zou WBC de openstaande facturen al binnen een week kunnen betalen. Het bestuur wilde de kredietfaciliteit (die na de bankgarantie zou afnemen) liever voor andere projecten gebruiken. Volgens de bestuurders had een werknemer van Dusseldorp op die bespreking daarmee ingestemd. In oktober bleek de externe financier plotseling niet meer bereid financiering te verstrekken. Omdat deze financiering cruciaal was om het liquiditeitstekort te dichten, heeft het bestuur van de moeder van WBC daarop besloten haar faillissement aan te vragen, waarna al snel het faillissement van WBC volgde.

In hoger beroep staat enkel nog centraal het verwijt dat de bestuurders de toegezegde bankgarantie van € 100.000 niet aan Dusseldorp hebben verstrekt. Volgens Dusseldorp heeft het bestuur van WBC een op hen persoonlijk rustende zorgvuldigheidsnorm geschonden (onder verwijzing naar het arrest *Spaanse Villa*). Daartoe voert zij aan dat de bestuurders (1) niet bereid waren een contragarantie te verstrekken, (2) Dusseldorp ook niet hebben geïnformeerd over het feit dat een contragarantie was vereist en de bestuurders niet bereid waren deze te verstrekken, en (3) haar tussen juli en september 2015 in de waan hebben gelaten dat het met de betaling van de openstaande vorderingen goed zou komen. Als gevolg daarvan heeft Dusseldorp in die periode nog volop werkzaamheden verricht – ondanks de openstaande facturen.

Het hof is van oordeel dat Dusseldorp enkel gedragingen van het bestuur heeft aangevoerd die zien op hun taakvervulling als bestuurder van de vennootschap. Om deze reden geldt niet het criterium van *Spaanse Villa*, maar de verzwaarde maatstaf van bestuurdersaansprakelijkheid (dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt kan worden). Het hof past vervolgens het onderdeel van Ontvanger/Roelofsen toe dat ziet op verhaalsfrustratie. Voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders op grond van onrechtmatig handelen is volgens het hof vereist dat een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt en *bovendien* dat komt vast te staan dat de bestuurder wist of behoorde te begrijpen dat de vennootschap geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Het hof acht het niet relevant of de bankgarantie wel of niet al door de bank was afgegeven en wat daarvoor de reden was. Vast staat tussen partijen dat de bestuurders er tot midden oktober van uit mochten gaan dat WBC door de extra financiering in staat zou zijn haar schuldeisers, waaronder Dusseldorp, te voldoen. Dusseldorp heeft hier ook geen grieven tegen gericht. De bestuurders konden dus niet voorzien dat WBC geen verhaal zou bieden voor de opgetreden schade als gevolg van het niet verschaffen van de bankgarantie als zekerheid, ongeacht of de wederpartij daar wel of niet mee heeft ingestemd. Dusseldorp lijkt hier ook van uit te zijn gegaan, omdat zij na de bespreking niet meer op de bankgarantie heeft aangedrongen. Toen in oktober de externe financier zich terugtrok, kwam de financieringsconstructie op losse

schroeven te staan en was WBC verloren. Gelet op al deze omstandigheden is het hof van mening dat de bestuurders niet onrechtmatig hebben gehandeld. De grief faalt daarom.

Wenk

Hoewel dit wat mij betreft geen onredelijke uitkomst is, mede gelet op de beperkte rechtsstrijd en de onderbouwing van de vordering, valt het wel op dat het hof – naar mijn mening – de maatstaf van Ontvanger/Roelofsen (categorie 2) verkeerd toepast. De Hoge Raad heeft in dat arrest geoordeeld dat als de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakomt, hij door de schuldeisers aansprakelijk gehouden kan worden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Daarvan is in ieder geval sprake als komt vast te staan dat de bestuurder wist of behoorde te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelswijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden als de gevolg daarvan optredende schade (zie ook Asser/Sieburgh 6-IV 2019/336).

Anders dan het hof lijkt te menen, gaat het dus niet om twee cumulatieve eisen.

Ook lijkt het er nu op dat het hof deze zaak voornamelijk in het ‘hokje’ van verhaalsfrustratie heeft beoordeeld, terwijl een persoonlijk ernstig verwijt ook kan worden afgeleid uit andere omstandigheden. Het verwijt lijkt in dit geval breder te zijn dan verhaalsfrustratie.

Tegelijkertijd is het nog maar de vraag of het wezenlijk verschil had gemaakt in deze zaak als het hof een functionelere benadering had gekozen.

S.E. Streng, oktober 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 06-10-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:8021

Zaaknummer: 200.244.721

Rechters: D.M.I. de Waele, C.J.H.G. Bronzwaer en H.M.L. Dings

Advocaten: E. Poelenije en J.T. Stekelenburg

Wetsartikelen: 6:162 BW