

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 25, 2020

Nummer 25, 2020

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. H.J. de Kloe, mr. E. Ayerdem, mr. R.J.H. Berghuis, mr. J.O. Bijloo, mr. S.J. van den Boogert, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. G.P. van Hooft, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.I.J. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1892](#) 27-11-2020

Geen boedelvordering wegens ongerechtvaardigde verrijking in verband met trekken bankgarantie

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:2119](#) 24-11-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW wegens onverplichte afbetaling van bankschuld in ruil voor oninbare vordering op aandeelhouder

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:9684](#) 24-11-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens verhaalsfrustratie: onderneming is overgedragen zonder dat hiervoor een vergoeding is betaald

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:9740](#) 24-11-2020

Hangende hoger beroep moet ten aanzien van natuurlijk persoon bankgarantie worden gesteld bij executie

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:3530](#) 17-11-2020

Uitwinning ten laste van failliet van schadevordering wegens voortijdige beëindiging sale-and-lease-backovereenkomst

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:9511](#) 17-11-2020

Bestuurders aansprakelijk omdat zij zelf verpande zaken hebben verkocht en verpande vorderingen hebben geïncasseerd

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:10576](#) 20-11-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid. Onderneming om niet overgedragen

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:11733](#) 17-11-2020

Dga die arbeidsrechtelijke loonvordering meent te hebben, vraagt faillissement eigen

bv aan. Verzet door andere dga's ongegrond verklaard.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:11796](#) 16-11-2020

Homologatie WSNP-akkoord. Geen rekening wordt gehouden met hypothetische hoogte van de boedel bij correcte nakoming WSNP

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:4954](#) 11-11-2020

Artikel 47 Fw en wetenschap aanvraag faillissement

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:4426](#) 21-10-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2020:6327](#) 26-08-2020

Cessie van vorderingen uit faillissementsboedel ter zake van al dan niet verrichte (deel)prestaties; niet-gestanddoening

Antillen

[Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, ECLI:NL:OGEAC:2020:273](#) 27-10-2020

Verzoek bondholders om informatie in faillissement Bell Groep afgewezen

RECHTSPRAAK

Artikel 47 Fw en wetenschap aanvraag faillissement

Schuldeiser weet dat het faillissement is aangevraagd in de zin van artikel 47 Fw als een faillissementsverzoek in eerste aanleg is afgewezen, een andere verzoeker in hoger beroep gaat en het faillissement wordt uitgesproken na intrekking van een hangende het hoger beroep verleende surseance.

Gedaagde leverde dameskleding aan Witteveen Retail B.V. ('Witteveen'). Op 12 juli 2019 heeft gedaagde met twee andere schuldeisers en de curatoren van Vidrea Retail het faillissement van Witteveen aangevraagd. Nadat Witteveen met gedaagde een regeling had getroffen, heeft Witteveen op 12 augustus 2019 € 18.000 betaald aan gedaagde. Gedaagde en de twee andere schuldeisers hebben hun faillissementsverzoek ingetrokken. Het verzoek van de curatoren van Vidrea Retail is afgewezen, waarop de curatoren in hoger beroep zijn gegaan. Hangende het hoger beroep is surseance van betaling verleend aan Witteveen en kort daarna is de surseance 'omgezet' in een faillissement.

De curator heeft de betaling van € 18.000 die gedaagde op 12 augustus 2019 ontving vernietigd op grond van artikel 47 Fw. De vraag staat ter discussie of gedaagde 'wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds aangevraagd was'. Gedaagde meent van niet, omdat wetenschap van de faillissementsaanvraag niet automatisch wetenschap van het hoger beroep tegen de afwijzing meebrengt. Nadat een faillissementsaanvraag is afgewezen, kunnen betalingen ontvangen worden zonder dat deze vernietigd kunnen worden op grond van artikel 47 Fw. Gedaagde heeft een opinie van een hoogleraar in het geding gebracht om haar standpunt te onderbouwen.

De curator voelt zich gesteund door een opinie van een andere hoogleraar en een uitspraak van het hof 's-Hertogenbosch (1 oktober 2019, *JOR* 2020/66). Het hof overwoog in deze uitspraak dat een schuldenaar die een betaling ontvangt als hij weet dat het faillissement is aangevraagd, er rekening mee moet houden dat hij het ontvangen bedrag moet terugbetalen aan de boedel als het faillissement (eventueel pas na hoger beroep) daadwerkelijk volgt.

De rechtbank sluit zich aan bij het oordeel van het hof en het standpunt van de curator. De rechtbank overweegt dat in hoger beroep beslist wordt op de oorspronkelijke aanvraag. Wetenschap van de aanvraag in eerste aanleg leidt er dus toe dat sprake is van wetenschap in de zin van artikel 47 Fw als het faillissement in hoger beroep wordt uitgesproken. Zolang niet onherroepelijk op een faillissementsaanvraag is beslist, wordt de schuldeiser daarom geacht wetenschap te hebben van de faillissementsaanvraag. Dat het faillissement uiteindelijk niet op de aanvraag is uitgesproken doet hier niet aan af, omdat het hoger beroep nog aanhangig was op het moment dat het faillissement werd uitgesproken.

H.J. de Kloe, december 2020

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-11-2020

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:4954

Zaaknummer: 8472186

Rechters: J.P.H. van Driel-van Wageningen

Advocaten: E. van der Kolk en M.D.B. Stap

Wetsartikelen: 47 Fw

RECHTSPRAAK

Verzoek bondholders om informatie in faillissement Bell Groep afgewezen

Afwijzing informatieverzoek ex artikel 65 Fb (69 Fw). Bondholders zijn geen schuldeisers en curatoren hebben afdoende gereageerd op verzoek om informatie.

Verzoekers zijn, via trustee The Law Trust Corporation Plc (LDTc), bondholders van de failliete Bell Groep N.V. De bondholders verzoeken de rechter-commissaris op grond van artikel 65 Faillissementsbesluit (de Curaçaose variant van art. 69 Fw) de curator te bevelen informatie te verstrekken over een financieringsovereenkomst die de boedel heeft gesloten met Plaza B.V. De bondholders plaatsen onder meer vraagtekens bij de verhouding tussen Plaza en Troika Holding N.V., een van de drie curatoren van Bell Groep.

De rechter-commissaris wijst het verzoek af. Hij overweegt dat uitsluitend LDTc schuldeiser is. Dat de bondholders geen invloed hebben op het handelen van LDTc omdat hun belang lager is dan 10%, maakt niet dat zij gelijkgesteld moeten worden met een schuldeiser. Ook inhoudelijk moet het verzoek naar het oordeel van de rechter-commissaris worden afgewezen. Dat Plaza en Troika Holding aan elkaar gelieerd zijn, was de bondholders al van aanvang af bekend. In de openbare faillissementsverslagen en in deze procedure hebben de curatoren de achtergrond en ratio van de overeenkomst met Plaza geschetst. De curatoren hebben daarmee afdoende gereageerd op het verzoek om informatie.

H.J. de Kloe, december 2020

Instantie: Gerecht in eerste aanleg van Curaçao

Datum uitspraak: 27-10-2020

ECLI: ECLI:NL:OGEAC:2020:273

Zaaknummer: CUR201602251

Rechters: P.E. de Kort

Advocaten: W. Princée en Y. Ynzonides

Wetsartikelen: 65 Fb en 69 Fw

RECHTSPRAAK

Hangende hoger beroep moet ten aanzien van natuurlijk persoon bankgarantie worden gesteld bij executie

Vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid mag hangende het hoger beroep alleen op het vermogen van de natuurlijk persoon worden verhaald als een bankgarantie wordt gesteld.

Hop Vastgoed en Verhuur B.V. ('Hop Vastgoed'), Hop Holding B.V. en een natuurlijk persoon zijn als (indirect) bestuurders van Hop Handel en Verhuur B.V. ('Hop Handel') door de rechtbank aansprakelijk gehouden omdat Hop Handel de draaiuren die een kraanmachine van geïntimeerde heeft gemaakt niet heeft betaald. De bestuurders gaan in beroep tegen het vonnis van de rechtbank en vorderen bij incident primair schorsing van de tenuitvoerlegging en subsidiair dat aan de uitvoerbaarverklaring bij voorraad als voorwaarde wordt verbonden dat zekerheid gesteld moet worden in de vorm van een bankgarantie.

Het hof overweegt onder verwijzing naar HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026 dat een belangenafweging moet plaatsvinden. De kans van slagen van het hoger beroep moet buiten beschouwing blijven. Het uitgangspunt is dat een veroordeling uitvoerbaar bij voorraad is. Afwijking van dit uitgangspunt is alleen gerechtvaardigd als de belangen van de veroordeelde zwaarder wegen dan de belangen van degene die de veroordeling heeft gekregen.

De bestuurders hebben aangevoerd dat zij geen geld hebben om de vordering van geïntimeerde te voldoen. De bestuurders hebben dit echter niet onderbouwd. Los van de vraag of een beroep op betalingsonmacht de executie van een vonnis kan schorsen, hebben de bestuurders niet gesteld en onderbouwd dat de vordering niet voldaan kan worden door executiemaatregelen.

Het hof overweegt verder dat de bestuurders het restitutierisico aan de zijde van geïntimeerde voldoende aannemelijk hebben gemaakt. Om die reden moet geïntimeerde een bankgarantie stellen indien hij de vordering op de natuurlijk persoon verhaalt. Ten aanzien van de natuurlijk persoon is namelijk onderbouwd dat executiemaatregelen tot onomkeerbare gevolgen zullen leiden, omdat hij met zijn gezin uit huis gezet zal worden en goederen met

emotionele waarde verkocht zullen worden. Omdat ten aanzien van Hop Vastgoed en Hop Holding niet is onderbouwd waarom zij beschermd moeten worden tegen het restitutierisico aan de zijde van geïntimeerde, hoeft geïntimeerde geen bankgarantie te stellen als de vordering wordt verhaald op Hop Vastgoed en Hop Holding.

H.J. de Kloe, december 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-11-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:9740

Zaaknummer: 200.281.915/01

Rechters: J.H. Kuiper, W.P.M. ter Berg en J. Smit

Advocaten: J.M. Pol en R.J. de Boer

Wetsartikelen: 235 Rv en 351 Rv

RECHTSPRAAK

Homologatie WSNP-akkoord. Geen rekening wordt gehouden met hypothetische hoogte van de boedel bij correcte nakoming WSNP

Rechtbank homologeert WSNP-akkoord. Tot de baten van de bedoel behoort niet het hypothetisch saldo van de boedel indien de verplichtingen uit de WSNP correct waren nagekomen.

De rechtbank heeft de schuldsaneringsregeling van twee natuurlijk personen beëindigd zonder toekenning van een schone lei. In hoger beroep heeft het hof de behandeling aangehouden om schuldenaren in de gelegenheid te stellen een akkoord aan te bieden. Het akkoord is met de vereiste meerderheid aangenomen. In deze uitspraak oordeelt de rechtbank over de homologatie.

De rechter-commissaris heeft zich op het standpunt gesteld dat het akkoord niet gehomologeerd moet worden, omdat de baten van de boedel de som van het aangeboden akkoord aanmerkelijk te boven gaan (art. 338 lid 2 jo. 153 lid 2 onder 1° Fw). De rechter-commissaris meent namelijk dat tot de baten van de boedel ook de baten behoren die bij correcte naleving van de schuldsanering zouden zijn vergaard.

De rechtbank overweegt dat tot de baten van de boedel niet alleen de ten tijde van de aanbieding van het akkoord aanwezige baten behoren, maar ook de baten die de schuldenaar naar verwachting nadien nog zal verkrijgen. Tot de baten van de boedel behoort naar het oordeel van de rechtbank niet het hypothetisch saldo van de boedel indien de verplichtingen uit de WSNP correct waren nagekomen. De wet en wetsgeschiedenis bieden geen aanknopingspunten voor een ander oordeel. Bovendien kunnen schuldenaren, ook als de schuldsanering zonder schone lei is beëindigd, een dwangakkoord ex artikel 287a Fw verzoeken. Ook in dat geval wordt geen rekening gehouden met hypothetische eerdere inkomsten. Omdat er ook verder geen redenen zijn om de homologatie te weigeren, homologeert de rechtbank het akkoord.

H.J. de Kloe, december 2020

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 16-11-2020

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2020:11796

Zaaknummer: C/09/16/66 R en C/09/16/67 R

Rechters: R.G.C. Veneman

Advocaten: A.C.E.G. Cordesius

Wetsartikelen: 153 Fw

RECHTSPRAAK

Geen boedelvordering wegens ongerechtvaardigde verrijking in verband met trekken bankgarantie

Hoge Raad verklaart verzet tegen uitdelingslijst ongegrond. De boedel is niet ongerechtvaardigd verrijkt door betaling van het bedrag ter hoogte van een door verweerster gestelde bankgarantie, omdat de begunstigde een vordering had die het bedrag van de bankgarantie oversteeg. Dat de vordering van de boedel hoger was dan de vordering van de begunstigde, maakt dit niet anders.

A B.V. en Vormbouw B.V. hebben een overeenkomst tot onderaanneming gesloten. Verweerster is een zustervennootschap van A en heeft ten gunste van Vormbouw een bankgarantie doen stellen in verband met de verplichtingen van A uit hoofde van de onderaannemingsovereenkomst. In februari 2015 is A failliet verklaard, waarna de bank op verzoek van Vormbouw heeft betaald onder de bankgarantie. De contragarantie is verhaald onder verweerster.

De curator van A heeft bij de Raad van Arbitrage betaling van achterstallige facturen gevorderd van Vormbouw. In reconventie heeft Vormbouw een vordering ingesteld wegens het niet-afmaken van het werk door A. De Raad van Arbitrage heeft geoordeeld dat de vordering van A op Vormbouw ongeveer € 670.000 bedraagt en dat de vordering van Vormbouw op A ongeveer € 550.000 bedraagt. Na verrekening moest Vormbouw dus nog ongeveer € 120.000 betalen. Deze berekening is exclusief de getrokken bankgarantie van € 250.000. Inclusief het ontvangene uit de bankgarantie moest Vormbouw nog ongeveer € 370.000 betalen aan A (de boedel). Vormbouw heeft dit bedrag betaald.

Verweerster meent dat de boedel ongerechtvaardigd is verrijkt. Naar de mening van verweerster is de bankgarantie ten onrechte getrokken. De bank heeft het bedrag dat is betaald onder de bankgarantie ten laste van verweerster gebracht, terwijl Vormbouw het ontvangen bedrag heeft 'terugbetaald' aan A (de boedel). Verweerster stelt daarom een boedelvordering te hebben in het faillissement van A. De curator heeft de

(regres)vordering van verweerster opgenomen als concurrente faillissementsvordering. Om duidelijkheid te verkrijgen over de kwestie is een tussentijdse uitdeling gedaan en is verweerster op grond van artikel 184 Fw in verzet gekomen tegen de uitdelingslijst.

De rechtbank heeft het verzet gegrond verklaard en geoordeeld dat verweerster een boedelvordering heeft op grond van ongerechtvaardigde verrijking. De Raad van Arbitrage was er kennelijk niet van op de hoogte dat de bankgarantie was gesteld door verweerster. Om die reden heeft de Raad ten onrechte geoordeeld dat het bedrag dat was betaald onder de bankgarantie overgemaakt moest worden aan de boedel. Het vonnis van de Raad van Arbitrage dient daarom niet als rechtvaardiging van de verrijking van de boedel.

De Hoge Raad casseert. De Hoge Raad oordeelt dat uit het arbitrale vonnis onmiskenbaar blijkt dat Vormbouw een vordering had op A van ongeveer € 550.000. Vormbouw heeft de bankgarantie daarom terecht ingeroepen. Dat het onder de bankgarantie ontvangen bedrag is opgeteld bij het bedrag dat Vormbouw moest betalen aan de boedel, komt doordat de Raad van Arbitrage eerst heeft berekend wat partijen over en weer verschuldigd waren en daarna pas de bankgarantie bij zijn berekening heeft betrokken. Hieruit vloeit niet voort dat Vormbouw de bankgarantie naar het oordeel van de Raad van Arbitrage ten onrechte heeft geïnd. De Hoge Raad oordeelt dat verweerster geen boedelvordering heeft in het faillissement van A en verklaart het verzet tegen de uitdelingslijst ongegrond.

H.J. de Kloe, december 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 27-11-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1892

Zaaknummer: 19/04692

Rechters: T.H. Tanja-van den Broek, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff en M.V. Polak

Advocaten: T.T. van Zanten

Wetsartikelen: 184 Fw en 6:212 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid. Onderneming om niet overgedragen

Bestuurdersaansprakelijkheid voor onbetaald gebleven loon, in verband met de overdracht van activa zonder tegenprestatie.

In deze procedure is de (middellijk) bestuurder van een uitzendbureau persoonlijk aansprakelijk gesteld vanwege bestuurdersaansprakelijkheid jegens eiseres. Eiseres is van 12 december 2014 tot 6 augustus 2016 in loondienst geweest. Het uitzendbureau is op 15 augustus 2018 failliet verklaard.

In het openbaar faillissementsverslag heeft de curator vermeld dat de bestuurder de bedrijfsactiviteiten alsmede de activa en passiva van het uitzendbureau eind 2016 heeft verkocht aan onderneming A, een vennootschap waarvan de bestuurder ten tijde van de overdracht eveneens (middellijk) bestuurder was. Het uitzendbureau heeft hiervoor geen koopsom ontvangen. Het uitzendbureau heeft meerdere boetes ontvangen voor het niet naleven van wettelijke verplichtingen, waarna het is gefailleerd.

Volgens eiseres heeft zij tijdens het dienstverband te weinig salaris ontvangen en is te weinig pensioenpremie afgedragen. Eiseres stelt dat het uitzendbureau stelselmatig werknemers heeft onderbetaald. Hierdoor is zij benadeeld en heeft zij een vordering, die echter onverhaalbaar is gebleven doordat de activa zijn overgedragen, zonder tegenprestatie. De bestuurder wist of behoorde te weten dat crediteuren hierdoor benadeeld zouden worden. Daarom vordert eiseres betaling van het onbetaald gebleven loon en pensioen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid.

De kantonrechter overweegt dat eiseres voldoende heeft onderbouwd dat zij een vordering heeft op het uitzendbureau, door het overleggen van loonstroken en een concrete berekening voor de gevorderde vergoeding. De betwisting van bestuurder is naar het oordeel van de rechter niet concreet en onvoldoende onderbouwd. Vanwege het voorgaande neemt de kantonrechter tot uitgangspunt dat het uitzendbureau niet aan de verplichtingen jegens eiseres heeft voldaan.

Dan gaat de rechter in op de vraag of sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid. Volgens de kantonrechter dient voor het aannemen van aansprakelijkheid van de bestuurder aan hem een ernstig verwijt te kunnen worden gemaakt. De kantonrechter verwijst dan naar het criterium uit het arrest Ontvanger/Roelofsen. Geconstateerd wordt dat de bestuurder aansprakelijk is, vanwege het navolgende.

De bestuurder bepaalde als enige het beleid van het uitzendbureau. Het klantenbestand van het uitzendbureau is overgedragen aan een andere onderneming van de bestuurder, zonder dat daarvoor enige vergoeding is betaald. Een klantenbestand vertegenwoordigt een zekere bedrijfseconomische waarde. De bestuurder behoorde te weten dat de overdracht ertoe leidde dat het uitzendbureau zijn verplichtingen niet kon nakomen jegens zijn werknemers. Zonder klanten kan een uitzendbureau namelijk zijn activiteiten niet voortzetten en dus ook niet zijn werknemers betalen. De bestuurder kan hiervan, aldus de kantonrechter, een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt, reden waarom hij aansprakelijk wordt gehouden voor de geleden schade van eiseres.

Wenk

In deze uitspraak wordt een bestuurder aansprakelijk gehouden voor schade die een voormalige werkneemster heeft geleden, omdat haar werkgever (een uitzendbureau) het loon en pensioen niet volledig heeft voldaan. De bestuurder wordt aansprakelijk gehouden, omdat hij de activa van het uitzendbureau om niet heeft overgedragen aan een andere onderneming, waarvan hij eveneens bestuurder is.

Opvallend is dat niet wordt ingegaan op de vraag wat de waarde was van de activa, noch op de vraag in hoeverre de schade is ontstaan door deze overdracht. Het is immers heel goed denkbaar dat de vordering van eiseres ook niet betaald had kunnen worden als er wel een reële prijs was verkregen. Deze aspecten hadden het verweer van de bestuurder wellicht kunnen ondersteunen.

A.J.M. Wilmer en A.D. van Dalen, december 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 20-11-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:10576

Zaaknummer: 8172584 / CV EXPL 19-49940

Rechters: Th. Veling

Advocaten: G.P. Geelkerken en R.H. Steensma

Wetsartikelen: 29 Fw en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurders aansprakelijk omdat zij zelf verpande zaken hebben verkocht en verpande vorderingen hebben geïncasseerd

Middellijk bestuurders handelen onrechtmatig jegens pandhouder door opbrengst verpande goederen en vorderingen in het zicht van het staken van onderneming aan te wenden om alle schuldeisers behalve de pandhouder te voldoen.

In deze procedure draait het om de vraag of de middellijk bestuurders van Import Vredenburg B.V. onrechtmatig hebben gehandeld jegens ING Bank en de door dat handelen bij ING Bank veroorzaakte schade dienen te vergoeden. Het door ING Bank verweten handelen ziet op het verkopen van aan haar verpande goederen en het incasseren van aan haar verpande vorderingen en het aanwenden van de opbrengst daarvan voor het betalen van alle schuldeisers van Import Vredenburg behalve ING Bank. Dit alles in aanloop naar het staken van de onderneming van Import Vredenburg en nadat ING Bank (als enige schuldeiser) niet instemde met een voorstel van Import Vredenburg voor de sanering van haar schulden.

In eerste aanleg is de vordering van ING Bank toegewezen. De middellijk bestuurders hebben tegen het vonnis hoger beroep ingesteld. Het hof bekrachtigt het vonnis in eerste aanleg.

Appellanten hebben gesteld dat geen sprake is van onrechtmatigheid, omdat de verkoop van goederen en inning van vordering plaats had bij de normale bedrijfsuitoefening van Import Vredenburg en van de opbrengsten de lopende kosten van de onderneming zijn voldaan. Voor de (latere) betalingen aan de schuldeisers van Import Vredenburg zouden enkel privémiddelen van appellanten zijn aangewend.

Het hof concludeert dat appellanten hun stellingen onvoldoende hebben onderbouwd. De stellingen rijmen niet met opmerkingen dat uit de opbrengst van de activa de schuldeisers die akkoord gingen met het saneringsvoorstel gedeeltelijk werden voldaan en het voornemen om de onderneming van Import Vredenburg te staken na de bedoelde verkoop en incasso. Verder geldt dat appellanten niet hebben aangetoond welke opbrengsten er werden gerealiseerd en

hoe die vervolgens werden aangewend.

Ook hebben appellanten nog gesteld dat zij in het geheel geen roerende zaken zouden hebben verpand omdat sprake zou zijn van geleasede auto's. Ook met dit verweer gaat het hof niet mee. Dat er auto's werden geleased is niet aangetoond en ook is niet verklaard waarom uit de jaarrekening van Import Vredenburg opgemaakt lijkt te kunnen worden dat de auto's eigendom zouden zijn geworden (en dus ook zouden zijn verpand).

Het hof komt tot de conclusie dat appellanten wisten of behoorden te weten dat zij door hun handelen zouden bewerkstelligen dat Import Vredenburg niet meer aan haar verplichtingen jegens ING Bank zou kunnen voldoen en dat Import Vredenburg (door in feite een 'uitverkoop' te houden in het zicht van het staken van de onderneming van Import Vredenburg) ook geen verhaal zou bieden terwijl ING Bank als pandhouder een bevoorrechte positie had.

Het hof concludeert verder dat de vordering van ING Bank volledig onbetaald is gebleven en dat aan de hand van de jaarrekening van Import Vredenburg aannemelijk is dat die vordering uit de verpande goederen in zijn geheel had kunnen worden voldaan. Appellanten zijn derhalve aansprakelijk voor de voldoening van de volledige vordering van ING Bank.

W.T.N. Vlasveld, december 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 17-11-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:9511

Zaaknummer: 200.259.163/01

Rechters: M.W. Zandbergen, I. Tubben en J. Smit

Advocaten: R.S. van der Spek en T.J.P. Jager

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens verhaalsfrustratie: onderneming is overgedragen zonder dat hiervoor een vergoeding is betaald

Het hof bekrachtigt vonnis van de kantonrechter dat sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid jegens vennootschapsschuldeiser, een voormalig werknemer van de vennootschap. De vennootschap biedt geen verhaal door voortzetting van de onderneming in nieuwe vennootschappen.

Deze zaak gaat in de kern over bestuurdersaansprakelijkheid jegens een vennootschapsschuldeiser. Geïntimeerde was in dienst bij de vennootschap Perfect You (hierna 'PY'). Na haar bevallingsverlof in 2018 zijn er strubbelingen opgetreden tussen haar en appellant, (mede)bestuurder van PY, waarna appellant haar heeft ontslagen.

De kantonrechter heeft PY – op verzoek van geïntimeerde – in januari 2019 veroordeeld tot betaling van onder meer een transitievergoeding, een billijke vergoeding en achterstallig loon. Naar aanleiding hiervan is PY tevergeefs verzocht aan geïntimeerde te betalen. Omdat appellant zich op het standpunt stelde dat geïntimeerde in dienst was van PYE, een dochtervennootschap van PY waarvan appellant bestuurder was, heeft geïntimeerde ook PYE in rechte betrokken. Bij verstek is PYE veroordeeld tot betaling van ongeveer € 40.000 onder de voorwaarde dat in rechte komt vast te staan dat geïntimeerde in dienst is bij PYE. Omdat appellant dit tijdens de comparitie uitdrukkelijk heeft verklaard, staat vast dat geïntimeerde in dienst was van PYE.

Geïntimeerde heeft appellant als bestuurder van PYE aansprakelijk gesteld wegens verhaalsfrustratie. Appellant heeft namelijk de onderneming van PY en PYE overgedragen aan nieuwe vennootschappen, terwijl hier geen vergoeding voor is betaald. PY en PYE zijn vervolgens ontbonden door appellant. De kantonrechter heeft de vordering van geïntimeerde bij verstek toegewezen. Desondanks gaat appellant in hoger beroep. Hij had namelijk uitstel gevraagd voor het nemen van een conclusie van antwoord, zodat geen verstekvonnis gewezen

mocht worden. Het hof gaat hierin mee en verklaart appellant ontvankelijk in zijn beroep.

Inhoudelijk oordeelt het hof dat appellant in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is geweest jegens geïntimeerde, als schuldeiser, dat hem daarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, zodat hij persoonlijk aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad en is gehouden tot vergoeding van de door de kantonrechter toegewezen schadevergoeding.

Geïntimeerde slaagt niet in het onderbouwen van zijn stelling dat PY en PYE ten tijde van de ontbinding geen activa meer bezaten. Eindejaarsbankafschriften geven als momentopnamen geen beeld van het verloop en slotsaldo van de activa van PY en PYE. Jaarrekeningen waren niet opgemaakt van PY en PYE omdat hier geen geld voor was. Ook heeft geïntimeerde onvoldoende betwist dat het personeel nog in dienst was en de domeinnamen, telefoonnummers en de goodwill van PY en PYE werden overgenomen. Met dezelfde verhuurders werden wel nieuwe huurovereenkomsten gesloten. Dat alle geleasede apparatuur continu defect was en door de leasemaatschappij eind november 2018 is teruggehaald, zodat geen omzet meer kon worden gerealiseerd, en dat de arbeidscontracten toevallig tegen februari/maart 2019 afliepen, heeft appellant niet onderbouwd of gedocumenteerd.

Op de comparitie heeft appellant aangevoerd dat de nieuwe vennootschappen echt een nieuw bedrijf betrof met een nieuw franchiseconcept en geen voortzetting van PY en PYE betrof. Het hof laat dit buiten beschouwing, omdat deze nieuwe stelling komt na de memorie van grieven en derhalve in strijd is met de tweeconclusieregel. Bovendien staat dit verweer er niet aan in de weg om aan te nemen dat appellant de activa en activiteiten met goodwill van PY en PYE heeft laten overgaan naar de nieuwe vennootschappen. Het komt immers neer op een voortzetting, zij het in de volgens appellant verbeterde versie 2.0, in de nieuwe vennootschappen. Dit met achterlating van schuldeiser, geïntimeerde, en haar daardoor onverhaalbaar geworden vordering.

Het hof komt daarmee tot de conclusie dat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd.

J.D. van den Dolder, december 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-11-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:9684

Zaaknummer: 200.267.323

Rechters: A.W. Steeg, L.M. Croes en I.W.M. Olthof

Advocaten: B.W.P.M. van Orsouw en G.W.J.M. van Mierlo

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Dga die arbeidsrechtelijke loonvordering meent te hebben, vraagt faillissement eigen bv aan. Verzet door andere dga's ongegrond verklaard.

Een restaurant moet sluiten wegens COVID-19-maatregelen. Een van de dga's van het restaurant krijgt sindsdien niet meer betaald. Hij vraagt als werknemer het faillissement aan. Is er wel of geen sprake van een arbeidsovereenkomst?

Gaspore Culinaire B.V. is op 20 oktober 2020 in staat van faillissement verklaard op verzoek van een van haar aandeelhouders-bestuurders ('verzoeker'). Verzoeker heeft aan zijn verzoek tot faillietverklaring ten grondslag gelegd dat hij van Gaspore Culinaire achterstallig loon te vorderen heeft. Er was tussen partijen geen schriftelijke arbeidsovereenkomst, maar verzoeker verrichtte werkzaamheden als gastheer en ober in het Italiaanse restaurant van Gaspore Culinaire en ontving daarvoor voorheen maandelijks een geldbedrag dat werd overgemaakt onder de omschrijving 'loon'. Nadat het restaurant in maart 2020 vanwege de COVID-19-pandemie werd gesloten, ontving verzoeker geen betalingen meer.

Op 3 november 2020 hebben de twee andere aandeelhouders-bestuurders namens Gaspore Culinaire verzet ingesteld tegen de faillietverklaring. De vennootschap betwist dat verzoeker recht heeft op loon van Gaspore Culinaire. Hij zou slechts als vennootschapsrechtelijk bestuurder aan Gaspore Culinaire verbonden zijn en geen arbeidsovereenkomst met haar hebben. Daarnaast betwist Gaspore Culinaire dat zij in de staat verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. De andere schuldeisers die door verzoeker genoemd werden, zijn of worden (door middel van betalingsregelingen) betaald, aldus de vennootschap.

Tevens voert de vennootschap aan dat zij voor de oorspronkelijke faillissementszitting niet behoorlijk zijn opgeroepen. Verzoeker heeft het faillissementsrekest laten betekenen op het handelsregisteradres van Gaspore Culinaire, waar voorheen ook het restaurant gevestigd was, maar het restaurant moest recent worden ontruimd en daar was verzoeker mee bekend. Verzoeker heeft de oproeping voor de faillissementszitting dus willens en wetens laten betekenen op een adres waar Gaspore Culinaire op dat moment geen toegang toe had, aldus

verweerders. Tot slot hebben verweerders aangevoerd dat verzoeker misbruik maakt van bevoegdheid door het indienen van een faillissementsverzoek, omdat hij dit slechts heeft gedaan om Gaspare Culinair onder druk te zetten en voor zichzelf betaling af te dwingen.

Ten aanzien van de oproeping voor de zitting beslist de rechtbank dat het voor risico van Gaspare Culinair komt dat haar handelsregisteradres niet overeenkomt met het adres waar de vennootschap daadwerkelijk kan worden bereikt. Bovendien is het probleem van de gemiste oproeping inmiddels geheeld, aangezien Gaspare Culinair in staat is gebleken om verzet in te stellen.

Van misbruik van de bevoegdheid is volgens de rechtbank geen sprake. Omdat de mogelijkheid van een faillissementsaanvraag er ook is om voor schuldeisers te dienen als stok achter de deur om betaling te kunnen verkrijgen, maakt dat het faillissement niet is aangevraagd met een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is verleend. Verzoeker heeft bovendien aangevoerd dat hij belang heeft bij de faillissementsaanvraag, omdat de uitspraak van het faillissement voor hem een beroep op de loongarantieregeling (art. 61 e.v. Werkloosheidswet) ontsluit. Dat verzoeker mogelijk een beroep had kunnen doen op de NOW-regeling, zoals is gesteld door de vennootschap, maakt dit niet anders. Verzoeker had belang bij de faillissementsaanvraag en heeft het faillissement niet in strijd met het wettelijke doel aangevraagd.

De rechtbank oordeelt voorts dat summierlijk is gebleken dat verzoeker een loonvordering heeft. Omdat verzoeker werkte als ober en gastheer en betalingen ontving onder de omschrijving 'loon', heeft de tussen partijen gesloten overeenkomst de kenmerken van een arbeidsovereenkomst. Het enkele feit dat verzoeker aandeelhouder-bestuurder (dga) van de vennootschap is, hoeft niet te betekenen dat hij niet tevens in loondienst is. Verweerders hebben daartegenin gebracht dat zijzelf ook betalingen onder de omschrijving 'loon' ontvingen, terwijl zij naar hun opvatting ook geen arbeidsovereenkomst met Gaspare Culinair hebben, zodat aan deze omschrijving geen betekenis toekomt. Dit argument wordt door de rechtbank gepasseerd, omdat de omgang van Gaspare Culinair met haar andere aandeelhouders-bestuurders los staat van de rechtsverhouding tussen Gaspare Culinair en verzoeker. Bovendien is deze stelling niet met stukken onderbouwd.

De rechtbank komt tevens tot de conclusie dat Gaspare Culinair in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. Namens de curator is verklaard dat de vennootschap verschillende schulden heeft en dat van betalingsregelingen niet is gebleken. Bovendien is ter zitting namens Gaspare Culinair verklaard dat zij 'bij gebrek aan middelen' de komende maanden geen bedrijfsactiviteiten ontplooit, maar hoopt dat zij in 2021 weer een restaurant kan openen op een nieuwe locatie.

Het verzet tegen de faillietverklaring wordt ongegrond verklaard.

I.F.M. Lakwijk, december 2020

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 17-11-2020

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2020:11733

Zaaknummer: C/09/20/308 F

Rechters: H.J. van Harten

Advocaten: V.G. Baran

Wetsartikelen: 61 e.v. WW, 1 Fw en 7:61o BW

RECHTSPRAAK

Cessie van vorderingen uit faillissementsboedel ter zake van al dan niet verrichte (deel)prestaties; niet-gestanddoening

Curator doet een overeenkomst niet gestand, maar verkoopt wel de vorderingen voor ‘verrichte en nog te verrichten werkzaamheden’.

Rechtbank: (beoogd) cessionaris heeft geen vorderingen verkregen die tegen debiteur kunnen worden ingeroepen.

Woningbouwvereniging Wonion laat in het kader van een bouwproject een (door de gemeente verplicht) archeologisch onderzoek uitvoeren door Archeodienst BV. Een dergelijk onderzoek dient aan bepaalde randvoorwaarden te voldoen, waarop wordt toegezien door de gemeente. Tussen Wonion en Archeodienst worden afspraken gemaakt (en herzien) over de omvang van het uit te voeren onderzoek en de betaling daarvoor. Relevant is hier dat op basis van de verrichte werkzaamheden een conceptrapport wordt opgesteld (tegen betaling van € 30.000) en – na mogelijke feedback binnen een maand van onder meer Wonion en de gemeente – een eindrapport wordt opgesteld (tegen betaling van nog eens € 25.438,20). Het na het onderzoek aangeleverde conceptrapport wordt door Wonion betaald, maar bevat volgens de gemeente nog een (groot) aantal onvolkomenheden, die door Wonion worden teruggekoppeld aan Archeodienst. Kort daarop faillieert Archeodienst en verkoopt de curator aan Historialis onder meer ‘het recht om de betreffende opdrachtgever [Wonion] te factureren voor reeds door Archeodienst verrichte maar nog niet in rekening gebrachte werkzaamheden en nog te verrichten werkzaamheden’. Wonion schrijft enige tijd daarop de curator aan omdat het eindrapport niet is ontvangen en stelt hem een termijn om alsnog nakoming toe te zeggen. De curator laat deze termijn ongebruikt verstrijken. Pas nadien wordt de cessie van de vorderingen van Archeodienst aan Historialis kenbaar gemaakt aan Wonion.

Historialis spreekt Wonion aan tot betaling van de laatste termijn van € 25.438,20 (aanleveren van het eindrapport). Wonion weigert deze betaling en stelt zich juist op het standpunt dat – nu zij het eindrapport niet heeft ontvangen en het conceptrapport voor haar inmiddels waardeloos is – juist geld tegoed heeft van (het inmiddels failliete) Archeodienst. Saillant

detail is dat – hoewel dat als gevolg van de anonimisering van het vonnis niet is af te leiden uit de partijsaanduidingen – uit de in r.o. 2.17 geciteerde brief volgt dat de bestuurder van Historialis en de voormalig bestuurder van Archeodienst één en dezelfde persoon zijn (en de onderneming dus is doorgestart door de oude eigenaar). Wellicht is dit de reden dat géén van de betrokkenen zich erom bekommert hoe het cederen van vorderingen ‘voor nog te verrichten werkzaamheden’ zou uitwerken; nu er géén sprake is van een contractsoverneming, zou Archeodienst zelf die werkzaamheden dienen te voltooien, voordat Historialis aanspraak zou kunnen maken op betaling. Als een dergelijke constructie tussen de curator en Historialis al zou zijn afgesproken, dan was dat hier een onbegaanbare weg geweest, omdat de curator de overeenkomst met Wonion geen gestand heeft gedaan. Op grond van artikel 37 Fw kon (de curator van) Archeodienst dus geen betaling meer afdwingen en (dus) de als gevolg van eventueel te verrichten werkzaamheden niet cederen aan Historialis.

Historialis probeert het daarom over een andere boeg: omdat de aangeleverde feedback op het conceptrapport door de gemeente (en in het verlengde daarvan Wonion) niet binnen een maand is aangeleverd, zou het conceptrapport zijn gepromoveerd tot eindrapport en zou de curator de laatste termijn waarop Archeodienst als gevolg daarvan recht kreeg, hebben kunnen cederen. De rechtbank leest echter niet in de tussen Archeodienst en Wonion gesloten overeenkomst dat indien eventuele feedback niet binnen een maand ontvangen is, daarmee de verplichting voor Archeodienst om een eindrapport aan te leveren zou komen te vervallen. Ook valt volgens de rechtbank niet in te zien waarom (publiekrechtelijke gevolgen van) het overschrijden van een termijn door de gemeente (privaatrechtelijke) gevolgen zou moeten hebben voor Wonion. Terecht wijst de rechtbank Historialis daarnaast op de uitlatingen die haar bestuurder (tevens oud-bestuurder van Archeodienst) in een eerder stadium heeft gedaan: het zou nog ‘zwaar veel werk’ zijn om het conceptrapport om te vormen tot eindrapport, waardoor de stelling dat het conceptrapport als eindrapport kan dienen niet aannemelijk is. Daar kan nog aan worden toegevoegd dat het ook niet zonder meer in de rede zou liggen dat – indien het conceptrapport zonder verdere werkzaamheden zou worden gepromoveerd tot eindrapport – daarvoor nog apart betaling zou dienen plaats te vinden. Nu er geen (bestaande) betalingsverplichting was voor het opstellen van het eindrapport die door de curator (voorafgaand aan het niet gestand doen van de overeenkomst) kon worden gecedeerd aan Historialis, kan Historialis Wonion dus niet op basis van een dergelijke, vermeende vordering aanspreken.

Ten slotte kijkt de rechtbank nog naar de subsidiaire vordering van Historialis, die als uitgangspunt neemt dat – als moet worden aangenomen dat het conceptrapport niet als eindrapport kan gelden – er ten minste moet worden betaald voor de door Archeodienst

verrichte deelprestatie(s), waarvan de resulterende ‘ongedaanmakingsverbintenissen’ zijn gecedeerd aan Historialis. De rechtbank is hier ruimhartig in het opvatten van de stellingen van Historialis, nu er wat die deelprestaties betreft geen vorderingen uit hoofde van ongedaanmakingsverbintenissen zullen zijn ontstaan (art. 6:271 BW), maar hoogstens vorderingen uit hoofde van waardevergoedingsverbintenissen (art. 6:272 BW). Dergelijke waardevergoedingsverbintenissen zijn in geval van niet (volledige) nakoming van de overeenkomst in hoogte beperkt tot de waarde die de verrichte (deel)prestatie daadwerkelijk voor de wederpartij (in dit geval Wonion) had. Nu het conceptrapport en de eventueel daarna verrichte werkzaamheden (niet wordt vastgesteld dat die er zijn geweest) voor Wonion onbruikbaar zijn zonder eindrapport dat voldoet aan de daaraan gestelde eisen, is die waarde voor Wonion niet aanwezig. Ook de subsidiaire vordering wordt dus afgewezen. Interessant is nog dat de gemeente – waarschijnlijk om verdere vertraging van het bouwproject te voorkomen – genoeg heeft genomen met het conceptrapport. Of daarmee het conceptrapport wel enige waarde heeft gehad voor Wonion is zonder verdere informatie moeilijk te beoordelen; hoe dan ook – en voor deze procedure relevant – heeft Wonion dus geen behoefte meer gehad aan (verdere werkzaamheden aan) het eindrapport en was de waarde van die werkzaamheden voor haar dus nihil.

De lezer die na deze samenvatting gelezen te hebben de originele tekst van het vonnis nog wil nagaan, dient erop bedacht te zijn dat het vonnis een aantal slordigheden bevat. Naast enkele taalfouten (zie bijvoorbeeld de d/t-fouten in r.o. 2.21, 3.2, 4.10 en 4.13), duidt de rechtbank in r.o. 2.21 de verkeerde partij aan (waar ‘Archeodienst’ staat moet tweemaal ‘Historialis’ gelezen worden) en noemt de rechtbank in r.o. 4.13 een onjuist wetsartikel (waar ‘art. 6:172 lid 2 BW’ staat dient ‘art. 6:272 lid 2 BW’ gelezen te worden).

T.E. Booms, december 2020

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 26-08-2020

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2020:6327

Zaaknummer: C/05/361401

Rechters: T.P.E.E. van Groeningen

Advocaten: H.A.J. Wessel-Krijger en M.H.M. Deppenbroek

Wetsartikelen: 37 Fw en 6:272 BW

RECHTSPRAAK

Uitwinning ten laste van failliet van schadevordering wegens voortijdige beëindiging sale-and-lease-backovereenkomst

Rangregeling. Financier kan haar schadevordering verhalen onder haar hypotheekrecht ten laste van een failliet. De schadevordering omvat de aflossingstermijnen voor de resterende looptijd van een tussentijds beëindigde sale-and-lease-back-overeenkomst. De rechtspraak van de Hoge Raad over artikel 39 Fw is niet van toepassing omdat de vordering voortvloeit uit het financieringsgedeelte van de overeenkomst.

Dit hoger beroep betreft een rangregelingsprocedure als bedoeld in artikel 481 Rv. Ter discussie staat de verdeling van de executieopbrengst van een onroerende zaak van een inmiddels gefailleerde besloten vennootschap ('failliet').

ING Lease Vastgoed ('ING Lease') heeft de nieuwbouw van het kantoorpand van failliet gefinancierd. De financiering vond plaats door middel van een sale-and-operational-lease-backovereenkomst ('de SOLB-overeenkomst'), die bestond uit een koop- en een leaseovereenkomst met (terug)koopoptie. ING Lease heeft uit dien hoofde de economische eigendom van de onroerende zaak verkregen. Failliet is de economische eigendom vervolgens gaan huren tegen een huurprijs die is gebaseerd op de koopsom die ING Lease voor de economische eigendom heeft voldaan. ING Lease heeft een hypotheekrecht verkregen voor alle huidige en toekomstige vorderingen die verband houden met de SOLB-overeenkomst. Na het faillissement is de SOLB-overeenkomst door ING Lease ontbonden.

Curatoren betwisten dat ING Lease haar (schade)vordering kan verhalen op de executieopbrengst van de verhypothekerde onroerende zaak van failliet. Deze vordering is onder meer opgebouwd uit de resterende aflossings- c.q. huurtermijnen.

De discussie bij het hof concentreert zich ten eerste op de vraag of de SOLB-overeenkomst

geheel als huurovereenkomst moet worden gekwalificeerd, zoals de curatoren stellen. Het hof oordeelt in lijn met de rechtbank dat het bij de SOLB-overeenkomst ook deels om financiering gaat. Dit blijkt uit aard, strekking, stelsel en ratio van de overeenkomst, aldus het hof. Dat betekent dat de rechtspraak van de Hoge Raad over artikel 39 Fw en leegstandsschade (ECLI:NL:HR:2011:BO3534, Aukema q.q./Uni-Invest) niet van toepassing is op de onderhavige vordering en dus geen beletsel vormt voor verhaal van de schadevordering door ING Lease.

Het hof overweegt vervolgens dat de SOLB-overeenkomst dient te worden afgewikkeld volgens de regeling in de algemene bepalingen over het faillissement van de klant. ING Lease mag op grond hiervan schade vorderen van failliet. Dat ING Lease schade lijdt wegens de ontbinding van het financieringsgedeelte van de SOLB-overeenkomst is volgens het hof onvoldoende door de curatoren weersproken. De maandelijkse verschuldigde termijnen zijn volgens het hof niet te beschouwen als louter huur, zoals curatoren stelden, maar hangen onmiskenbaar samen met de koop/financiering. De schadevergoedingsvordering valt bovendien, gelet op de tekst van de hypotheekakte, onder het aan ING Lease verstrekte recht van hypotheek.

De schadevordering wordt door het hof begroot op ten minste € 2,4 miljoen. ING Lease heeft een financiering van in hoofdsom € 3 miljoen verstrekt, waarop slechts € 600.000 door de failliet is afgelost. ING Lease kan zich naar het oordeel van het hof daarom volledig op de resterende executieopbrengst van ruim € 1 miljoen verhalen.

De curatoren hadden aanvullend betoogd dat het verhaal door ING Lease een onaanvaardbare doorbreking van de paritas creditorum oplevert. Dat standpunt wordt door het hof verworpen op de grond dat de uitkomst – voor zover het gaat om de *aflossings*component gedurende de resterende looptijd – niet anders is dan wanneer ING Lease een reguliere kredietovereenkomst met zekerheden zou zijn aangegaan. Verder was tussen de partijen uitvoerig gedebatteerd over onder meer het fiduciaverbod (art. 3:84 lid 3 BW) en het verbod van toe-eigening (art. 3:235 BW), maar dit debat kon gelet op het oordeel van het hof onbesproken blijven.

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

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 17-11-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:3530

Zaaknummer: 200.239.899_01

Rechters: J.C.J. van Craaikamp, L.S. Frakes en R.W. Karskens

Advocaten: B.I. Kraaiipoel en B. Vermue

Wetsartikelen: 481 Rv, 39 Fw en 57 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW wegens onverplichte afbetaling van bankschuld in ruil voor oninbare vordering op aandeelhouder

Voor de verwerving van Bell Marketing leent Holding geld. Aflossingen en rente op deze lening worden mede door Bell Marketing voldaan en in rekening-courant met Holding geboekt, terwijl duidelijk was dat Holding deze vordering uitsluitend met dividenden kon betalen. Zelfs toen het met Bell Marketing slechter ging, continueerde zij de betalingen, ook al bood haar liquiditeit daarvoor geen ruimte.

In deze kwestie heeft curator Princen de inmiddels overleden bestuurder van Bell Marketing BV aansprakelijk gesteld. De executeur-testamentair is nadien verschenen in de zaak. Via Holding hield de bestuurder sinds 2009 alle aandelen in Bell Marketing. Voor de verwerving van de aandelen in Bell Marketing verstrekke de bank in 2000 een financiering aan Holding, waarvoor zowel de bestuurder als diens vader (die na het overlijden van zijn zoon bestuurder werd) zich persoonlijk borg stelde. De rente en aflossingen op deze lening werden mede door Bell Marketing betaald en vervolgens als vordering op Holding in rekening-courant geboekt. Holding kon deze vordering alleen afbetalen door verrekening van eventuele dividenden.

Bell Marketing huurde een bedrijfspand van de vader van bestuurder, maar de huurbetalingen waren sinds 2001 opgeschort. Vader had daardoor per datum faillissement ruim 1,5 miljoen te vorderen. De curator heeft in verband met deze kwestie reeds schikkingen getroffen met zowel de bank als vader, waarbij deze laatste afstand van zijn vordering heeft gedaan.

Een van de verweren van de bestuurder was dat de middelen waarmee de bank is betaald zouden zijn aangewend voor de aflossing van de huurvordering van vader, terwijl beide bedragen ongeveer gelijk opliepen. Het hof gaat daarin deels mee. De periode waarin de beide vorderingen inderdaad gelijk opliepen, behoeft volgens het hof geen onderzoek omdat in die periode geen sprake is van schade. Dat is anders voor de periode vanaf het moment dat de rekening-courantschuld hoger werd dan de huurschuld, te weten februari 2009. Tot en met

het moment waarop de bestuurder defungeerde (juli 2010) ontstond een verschil van € 189.626.

Het hof verwijt de bestuurder dat hij verantwoordelijk is voor de onverplichte aflossingen en rentebetalingen door Bell Marketing op de lening van Holding, terwijl de vordering in rekening-courant feitelijk oninbaar was en uitsluitend de huurschuld aan vader enige 'dekking' bood. Zowel de bestuurder als vader had bij de betalingen aan de bank belang, gelet op hun persoonlijke borgstellingen, terwijl Bell Marketing daar juist géén belang bij had. Bovendien vonden de betalingen plaats terwijl Bell Marketing economische tegenslagen kreeg te verduren, terwijl de liquiditeiten geen extra ruimte boden. Deze omstandigheden tezamen brengen het hof tot de conclusie dat de bestuurder zijn taak niet behoorlijk heeft vervuld. De schade is volgens het hof beperkt tot voornoemd bedrag van € 189.626, waarvoor de bestuurder dan ook wordt veroordeeld.

De executeur heeft nog tevergeefs een beroep op matiging gedaan met het argument dat de bestuurder ten tijde van de overname (1999) en de destijds gemaakte afspraken, alsook bij het telkens activeren van de rekening-courantvordering werd bijgestaan door deskundigen. Daarnaast is verwezen naar de verantwoordelijkheid van de medebestuurder bij het voorgaande en het feit dat de belastingdienst nooit aan de bel heeft getrokken. Aangezien in dit geval slechts plaats kan zijn voor matiging op grond van artikel 6:109 lid 1 BW – waarvoor sprake moet zijn van onaanvaardbare gevolgen bij volledige toekenning van de schadevergoeding – vindt het hof deze argumenten niet genoegzaam.

Ten slotte heeft de executeur verzocht het arrest niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, gelet op het restitutierisico aan de zijde van de curator. Het hof gaat daarin niet mee. Aan dit risico wordt namelijk tegemoet gekomen door aan de verklaring de voorwaarde te verbinden dat de curator voor het te incasseren bedrag, vermeerderd met 10%, zekerheid moet stellen in de vorm van een bankgarantie of storting op een derdenrekening.

J.E. van Nuland, september 2020

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 24-11-2020

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2020:2119

Zaaknummer: 200.252.542/01

Rechters: J.W. Frieling, B.J. Lenselink en M.M. Kruithof

Advocaten: J.P.D. van de Klift en J.H.J. Rijntjes

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:11 BW, 2:207c BW (oud), 2:248 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid

Ontzenuwen van het vermoeden dat de (vaststaande) onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

In deze procedure stelt de curator van een zwemschool de bestuurder daarvan aansprakelijk voor het tekort in het faillissement ex artikel 2:248 BW. Bij eerder gewezen vonnis heeft de rechtbank reeds geoordeeld dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur van de zwemschool doordat (onder andere) de administratieplicht en publicatieplicht zijn geschonden. De kennelijk onbehoorlijke taakvervulling wordt dan vermoed een belangrijke oorzaak te zijn van het faillissement.

De bestuurder heeft de gelegenheid gekregen dat vermoeden te ontzenuwen door andere oorzaken aannemelijk te maken. Die andere oorzaken bestonden er volgens de bestuurder uit dat ouders een hetze op Facebook hebben gevoerd tegen de zwemschool en dat de ENVOZ (een organisatie die zwemdiploma's uitgereikt aan aangesloten zwemscholen) lichtvaardig heeft besloten om geen zwemdiploma's meer te verstrekken aan de zwemschool. In dat kader heeft de bestuurder verschillende ouders wier kinderen zwemles hadden bij de zwemschool als getuigen laten horen. Deze ouders verklaarden dat slecht met hen werd gecommuniceerd, zwemlessen op het laatste moment werden geannuleerd, te veel kinderen per instructeur werden ingedeeld en weinig vordering te zien was bij de kinderen. Uit de verklaringen van deze ouders bleek weliswaar dat zij negatieve berichten over de zwemschool op Facebook hadden geplaatst doch dat die negatieve berichten voortkwamen uit slechte ervaringen met de zwemschool. Dit beeld werd bevestigd door ENVOZ.

De rechtbank oordeelt dat uit de gebrekkige administratie en het niet voldoen aan de publicatieplicht al het beeld naar voren was gekomen dat de zwemschool zijn zaken niet op orde had. De verklaringen van de getuigen bevestigen dat beeld en rechtvaardigen de conclusie dat sprake was van structureel slecht management. Voor zover sprake was van een Facebookhetze en/of een lichtvaardig besluit om geen diploma's meer uit te reiken, en voor zover die omstandigheden al hebben bijgedragen aan het faillissement van de zwemschool, zijn deze omstandigheden dus het gevolg van het onbehoorlijk bestuur. Daarmee staat voor de rechtbank vast dat het faillissement veroorzaakt is door kennelijk onbehoorlijk bestuur. De

bestuurder is dientengevolge aansprakelijk voor het tekort in het faillissement.

Het beroep van de bestuurder op matiging ex artikel 2:248 lid 4 BW met als onderbouwing de minimale rol binnen de zwemschool verwerpt de rechtbank. Duidelijk is immers dat de bestuurder heeft ingestemd met haar benoeming tot bestuurder, wel degelijk een rol heeft gespeeld binnen de zwemschool omdat zij zwemles gaf en het in ieder geval de bedoeling was dat zij de administratie op zich zou nemen en verantwoordelijk was voor acquisitie van nieuwe klanten. Dat een andere bestuurder de centrale rol had in de zwemschool doet daaraan niet af. De bestuurder heeft moeten zien dat de organisatie en administratie van de zwemschool onvoldoende op orde waren. Als zij dat niet heeft gezien, heeft zij als bestuurder in dat opzicht onvoldoende haar verantwoordelijkheid genomen. Datzelfde geldt voor het geval zij dat wel heeft gezien, maar niet heeft ingegrepen.

De vordering van de curator wordt toegewezen, met uitzondering van de wettelijke rente over het tekort en het voorschot. De regeling van artikel 2:248 BW strekt ertoe dat de aansprakelijke partij een zodanig bedrag betaalt dat het faillissement volledig kan worden afgewikkeld door alle schulden te voldoen. Toewijzing van de wettelijke rente over dat bedrag zou ertoe leiden dat na voldoening van alle geverifieerde vorderingen en boedelschulden nog een bedrag resteert. Dat is niet de bedoeling van de regeling van artikel 2:248 BW.

Voor de praktijk is van belang dat wanneer je als bestuurder in de gelegenheid wordt gesteld om het vermoeden – dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement – te ontzenuwen door andere oorzaken aannemelijk te maken, deze andere oorzaken niet alleen aannemelijk worden gemaakt, maar ook dat die andere oorzaken niet zijn terug te voeren op onbehoorlijk bestuur.

S.A. van Aalst, december 2020

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 21-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:4426

Zaaknummer: C/16/437270 / HA ZA 17-344

Rechters: H.A. Brouwer

Advocaten: E.J. Kuper en G. Boot

Wetsartikelen: 2:248 BW