

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 03, 2020

Nummer 3, 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:2020:73](#) 17-01-2020

Selectieve betalingen en bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:61](#) 17-01-2020

Banning c.s. niet aansprakelijk wegens nalatige advisering noch wegens benadeling van de gezamenlijke schuldeisers van gefailleerde cliënten

Hof

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

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

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:519](#) 21-01-2020

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:520](#) 21-01-2020

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

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:3](#) 02-01-2020

Overleden persoon als verzoeker in een faillissementsaanvraag

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3591](#) 19-09-2019

Enquêteverzoek ingediend door curatoren van bestuurder (natuurlijk persoon) van aandeelhouder (vennootschap)

Rechtbank

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2020:617](#) 28-01-2020

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:629](#) 28-01-2020

Bedrijfspensioenfonds Bakkersbedrijf c.s./X

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:511](#) 22-01-2020

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2020:407](#) 21-01-2020

Selectieve betaling bij turboliquidatie

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2020:57](#) 09-01-2020

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:6342](#) 18-12-2019

Beroepsaansprakelijkheid controlerend accountant jegens derden

RECHTSPRAAK

Selectieve betaling bij turboliquidatie

Een stichting die een voetveer exploiteerde, is ontbonden. Voor ontbinding is het vermogen van de stichting vereffend, door in ieder geval de vordering van een van de twee bestuurders grotendeels te voldoen. De bestuurders hebben hiermee onrechtmatig gehandeld jegens een schuldeiser die onbetaald is gebleven.

Twee personen zijn bestuurder van een stichting die een voetveer exploiteerde tussen Gelderland en Noord-Brabant. Op 12 april 2017 is eiser, een aannemingsbedrijf, bij verstek veroordeeld bijna € 25.000 te betalen aan de stichting. Dit vonnis is door de stichting ten uitvoer gelegd door middel van het leggen van derdenbeslag. Het aannemingsbedrijf heeft verzet ingesteld en de stichting begin december 2017 aansprakelijk gesteld wegens onrechtmatige beslaglegging. Kennelijk is de vordering van de stichting naar aanleiding van het ingestelde verzet afgewezen. Op 23 oktober 2019 heeft de Rechtbank Gelderland voor recht verklaard dat de beslaglegging door de stichting onrechtmatig was. De stichting is veroordeeld om de schade die het aannemersbedrijf hierdoor geleden heeft te vergoeden.

Eind december 2017 en begin januari 2018 is het vermogen van de stichting vereffend. Omdat bestuurder 1 een vordering had op de stichting, is het voetveer met een boekwaarde van € 51.182,35 overgedragen aan bestuurder 1 en is een bedrag van ongeveer € 19.584,94 aan bestuurder 1 betaald. Na deze inbetalinggeving en betaling resteerde nog een vordering van ongeveer € 8.000 van de bestuurder op de stichting. Bestuurder 2 had een vordering op de stichting van € 21.500, die ook nog betaald zou worden. In februari 2018 is de stichting bij bestuursbesluit ontbonden.

In deze procedure stelt het aannemersbedrijf de bestuurders van de stichting aansprakelijk,

omdat zij in aanloop naar de ontbinding van de stichting onrechtmatig selectief hebben betaald aan bestuurder 1. De rechtbank overweegt dat op het moment van de vereffening en ontbinding weliswaar niet in rechte vaststond dat het aannemingsbedrijf een vordering had op de stichting wegens onrechtmatige beslaglegging, maar de bestuurders wisten wel dat het aannemingsbedrijf een vordering pretendeerde te hebben. Ook was de stichting reeds aansprakelijk gesteld door het aannemingsbedrijf. Bovendien stond een deel van de schade vast, omdat de stichting beslag had gelegd boven het bedrag waarvoor de vordering van de stichting was toegewezen. Tot slot had het aannemingsbedrijf op het moment van de vereffening reeds een kortgedingdagvaarding uitgebracht tot schorsing van de executie. Onder deze omstandigheden mocht het bestuur naar het oordeel van de rechtbank niet uitsluitend de vordering van bestuurder 1 voldoen en vorderingen van andere schuldeisers onbetaald laten.

Het verweer van de bestuurders dat de stichting in financiële problemen verkeerde, doet niet af aan de onrechtmatigheid van de selectieve betalingen. Onder deze omstandigheden had het bestuur het faillissement moeten aanvragen of een vereffenaar moeten aanstellen. Het bestuur mocht in ieder geval niet een van de bestuurders bevoordelen boven de overige schuldeisers.

Bestuurder 2 heeft ter zitting nog een disculpatieverweer gevoerd. De rechtbank wijst dit verweer af, omdat door bestuurder 2 onvoldoende feiten en omstandigheden zijn gesteld voor disculpatie. Bestuurder 2 heeft ingestemd met de ontbinding en was betrokken bij de feitelijke vereffening, zodat zij naar het oordeel van de rechtbank hoofdelijk aansprakelijk is voor de geleden schade.

De rechtbank berekent de hoogte van de schade door eerst de totale schuldenlast van de stichting te delen door het vermogen van de stichting dat is vereffend. Wat omvang van het vermogen betreft, gaat de rechtbank uit van de boekwaarde van het voetveer, het bedrag dat is overgemaakt aan de bestuurder, de resterende vordering van bestuurder 1 en de vordering van bestuurder 2 op de stichting. Hoewel uit de overgelegde stukken niet volgt dat deze laatste vorderingen zijn voldaan, gaat de rechtbank hiervan uit omdat het de bedoeling van de bestuurders was om deze vorderingen te voldoen. Op basis van deze berekening zouden schuldeisers bij de vereffening 83% van hun vordering voldaan hebben gekregen. De schade die is veroorzaakt door de selectieve betaling, is daarom 83% van de schade die geleden is door

de onrechtmatige beslaglegging.

H.J. de Kloe, februari 2020

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 21-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2020:407

Zaaknummer: NL19.11533

Rechters: K.H.A. Heenk

Advocaten: S.A. van Snippenburg en T.G.G. Raijmakers

Wetsartikelen: 2:23c BW, 2:9 BW en 6:109 BW

RECHTSPRAAK

Enquêteverzoek ingediend door curatoren van bestuurder (natuurlijk persoon) van aandeelhouder (vennootschap)

De curatoren van een natuurlijk persoon hebben een enquêteverzoek ten aanzien van een vennootschap waarin failliet 99% van de (certificaten van) aandelen houdt. De OK oordeelt dat er weliswaar onduidelijkheden zijn, maar dat er onvoldoende grond is voor het gelasten van een onderzoek.

Van Sluisveld (een natuurlijk persoon) is bij vonnis van 19 april 2018 in staat van faillissement verklaard. Dit vonnis is op 30 augustus 2018 in hoger beroep bekrachtigd. Van Sluisveld houdt nagenoeg alle (certificaten van) aandelen in het kapitaal van Sypesteyn Holding B.V. (hierna: "Sypesteyn"). Deze zaak gaat over het enquêteverzoek dat de curatoren in het faillissement van Van Sluisveld hebben ingediend tegen Sypesteyn.

Enquête bevoegdheid curatoren

Van Sluisveld houdt ruim 99% van de (certificaten van) aandelen in het kapitaal van Sypesteyn. Van Sluisveld zou op grond van artikel 2:346 lid 1 BW dus bevoegd zijn tot het doen van een enquêteverzoek. De curatoren stellen dat de (certificaten van) aandelen in de failliete boedel van Van Sluisveld vallen, zodat de bevoegdheid tot het doen van een enquêteverzoek vanwege het faillissement is overgegaan naar de curatoren. De Ondernemingskamer (hierna: "OK") gaat daar (terecht) in mee. Opgemerkt wordt dat het aan de certificaten verbonden enquêterecht weliswaar zelf geen vermogensrecht is, maar dat een certificaathouder met een enquêteverzoek kan beogen een vermogensbelang te dienen. Het doen van een enquêteverzoek heeft daarom het karakter van een daad van beheer als bedoeld in artikel 68 Fw. De curatoren zijn dus bevoegd het enquêterecht uit te oefenen (zie het arrest van de Hoge Raad van 29 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT0144).

Grondslagen voor enquêteverzoek

De curatoren stellen dat er gegronde redenen waren voor twijfel aan een juist beleid en een

juiste gang van zaken van Sypesteyn en dat gelet op de toestand van de vennootschap onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen. Daartoe voeren de curatoren de volgende zes argumenten aan, die de OK allemaal van tafel veegt.

Ten eerste voeren de curatoren aan dat Sypesteyn blijft weigeren een opeisbare vordering aan de failliete boedel van Van Sluisveld te voldoen, althans daarover onduidelijkheid creëert. De OK oordeelt dat de vraag of de boedel van Van Sluisveld een opeisbare vordering heeft op Sypesteyn, een vermogensrechtelijk geschil is. Sypesteyn betwist dat Van Sluisveld een (opeisbare) vordering heeft en de daarvoor aangevoerde argumenten kunnen niet op voorhand als onpleitbaar worden aangemerkt. Bovendien heeft het geschil verder geen gevolgen voor de verhoudingen binnen de vennootschap. De OK concludeert daarom dat deze kwestie geen gegronde reden is om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen.

Ten tweede stellen de curatoren dat Sypesteyn eerder een door de OK als ongegrond en evident onjuist beoordeeld enquêteverzoek heeft ingediend tegen Rohaas, van welke vennootschap Sypesteyn 50% aandeelhouder is. Het derde argument dat de curatoren aanvoeren, hangt hiermee samen. De curatoren stellen dat door dat enquêteverzoek een verharding is ontstaan tussen Sypesteyn en de andere 50% aandeelhouder van Rohaas die er mede toe heeft geleid dat kandidaat-kopers voor de bedrijfsactiviteiten van Rohaas werden afgeschrikt. De OK behandelt deze twee argumenten gezamenlijk en komt tot de conclusie dat de eerste kandidaat-koper zich al had teruggetrokken voordat Sypesteyn de enquêteprocedure aanhangig had gemaakt. Maar ook als de moeizame verhouding tussen Sypesteyn en Rohaas wel de reden was geweest voor het afhaken van de kandidaat-koper, zou dat niet zonder meer gelden als een gegronde reden voor twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Sypesteyn. Zou Sypesteyn de kandidaat-kopers (naar objectieve maatstaven beoordeeld) doelbewust hebben afgeschrokken, dan zou de situatie mogelijk anders zijn, maar dat kan niet worden vastgesteld. Onbekend is waarom de kandidaat-kopers zijn afgehaakt. Daarbij merkt de OK op dat Sypesteyn op zichzelf het recht heeft kritische (inhoudelijke) vragen te stellen over de financiële gegevens van Rohaas, zolang het stellen van dergelijke vragen geen doel op zich wordt en geen onderdeel wordt van een obstructiemethode. De OK oordeelt dat het handelen van Sypesteyn in haar hoedanigheid van aandeelhouder van Rohaas onvoldoende grond biedt om een enquête bij Sypesteyn zelf te gelasten.

Als vierde argument voeren de curatoren aan dat zij als curatoren van de (economisch) gerechtigde tot ruim 99% van het vermogen van Sypesteyn, recht hebben op de informatie die van belang is voor de afwikkeling van het faillissement van Van Sluisveld. Die informatie wordt hun echter niet door Sypesteyn verstrekt. Hierover is de OK kort. Van Sluisveld is degene die failliet is, dus alleen zij is degene die verplicht is haar curatoren van informatie te voorzien. Dat Van Sluisveld dat niet doet, kan niet leiden tot het gelasten van een enquête bij

Sypesteyn. Sypesteyn heeft slechts een informatieverplichting tegenover de curatoren in hun hoedanigheid van curatoren van haar certificaathouder. De curatoren hebben echter niet nader gespecificeerd of onderbouwd om welke informatie zij in die hoedanigheid concreet hebben verzocht. Dat (de bestuurder van) Sypesteyn de curatoren niet uit eigen beweging heeft geïnformeerd, is geen reden een enquête te gelasten.

Het vijfde argument van de curatoren luidt dat het vermoeden gerechtvaardigd is dat Sypesteyn en haar bestuurders proberen te voorkomen dat baten in de boedel van Van Sluisveld zullen vloeien. De OK oordeelt dat dit (algemene) vermoeden er niet toe kan leiden dat op grond daarvan op voorhand moet worden geoordeeld dat er bij Sypesteyn gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken. Ten overvloede merkte de OK daarbij op dat de curatoren geacht moeten worden over voldoende andere middelen te beschikken om het wegvloeien van baten te voorkomen.

Het zesde en laatste argument dat de curatoren hebben aangevoerd is dat Sypesteyn over 2014 t/m 2017 geen jaarrekeningen heeft gedeponereerd en dat de jaarrekeningen van Sypesteyn (de aandeelhouder) over 2014 t/m 2016 zijn opgesteld vóórdat de jaarrekeningen van Rohaas (de dochter) zijn vastgesteld, hetgeen meerdere vragen oproept over de juistheid en authenticiteit van de jaarrekeningen van Sypesteyn. De OK merkte op dat de curatoren het niet-tijdig deponeren van de jaarrekeningen voor het eerst bij pleidooi hebben aangevoerd, terwijl zij dat al eerder moeten hebben geweten. Verder heeft Sypesteyn de beschikking gehad over conceptjaarrekeningen van Rohaas. De jaarrekeningen waren feitelijk dus wel voorhanden, reden waarom de OK concludeert dat de gang van zaken rond de jaarrekeningen geen enquête rechtvaardigt.

Beslissing

De slotsom van de procedure is dat er onvoldoende grond is voor het gelasten van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Sypesteyn. De OK merkt daarbij op dat deze conclusie niet anders wordt als de argumenten die de curatoren hebben aangevoerd in onderling verband en samenhang worden beschouwd. Het treffen van voorzieningen is dus niet aan de orde. Het verzoek van de curatoren wordt afgewezen en zij worden veroordeeld in de kosten van de procedure.

K.C.S. Meekes, februari 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3591

Zaaknummer: 200.257.960/01 OK

Rechters: M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, A.H.W. Vink, C. Smits-Nusteling RC en J.S. Tiemstra Ra

Advocaten: R.C.M. Michielsen

Wetsartikelen: 6:159 BW, 2:346 lid 1 BW, 21 Rv en 68 Fw

RECHTSPRAAK

Banning c.s. niet aansprakelijk wegens nalatige advisering noch wegens benadeling van de gezamenlijke schuldeisers van gefailleerde cliënten

Advocaat niet aansprakelijk wegens nalatige advisering noch jegens de gezamenlijke schuldeisers wegens onrechtmatige daad voor het geven van betaalinstructies waardoor de koopprijs van een vliegtuig niet bij verkopers, maar een gelieerde vennootschap belandt. In beginsel hoeft een advocaat bij zijn dienstverlening met betrekking tot een voorgenomen financiële transactie geen rekening te houden met mogelijke belangen van derden.

In de kern gaat deze kwestie over de vraag of de advocaat van twee vennootschappen aansprakelijk is voor de schade die deze vennootschappen en hun gezamenlijke schuldeisers hebben geleden doordat de verkoopopbrengst van een vliegtuig van die twee vennootschappen niet aan hen is betaald, maar aan een gelieerde derde vennootschap die geen verhaal biedt.

Banning c.s. hebben in 10 jaar tijd verschillende dossiers behandeld voor vennootschappen uit de Kooilust-groep. Toen enkele Belgische vennootschappen uit de groep hun rechten op een vliegtuig verkochten, stelden Banning c.s. onder meer een conceptbetaalinstructie op en herzagen deze instructie op een later moment, waardoor de koopprijs voor de rechten op het vliegtuig niet bij de verkopers, maar bij een gelieerde vennootschap terecht kwam. Deze vennootschap betaalde de verkoopprijs nooit terug en failliede, net als de Belgische vennootschappen. De curatoren van de Belgische vennootschappen hebben hun gepretendeerde vorderingen op Banning c.s. overgedragen aan de curatoren van de Nederlandse Kooilust-vennootschappen.

De curatoren spreken Banning c.s. aan wegens nalatige (onrechtmatige) advisering aan de Belgische vennootschappen. Volgens de curatoren hadden Banning c.s. zich moeten onthouden van advisering over, althans facilitering van, betaling van de verkoopprijs aan een

ander dan de gerechtigden, dan wel hadden zij nadrukkelijk moeten wijzen op de benadelende gevolgen daarvan. Daarnaast stellen de curatoren dat Banning c.s. aansprakelijk zijn jegens de gezamenlijke schuldeisers op grond van onrechtmatige daad, omdat zij met vorenbedoelde advisering c.q. facilitering de verkoopopbrengsten aan verhaal door de schuldeisers hebben onttrokken.

De klachten die in cassatie zijn opgeworpen tegen de afwijzing van de vorderingen die zijn ingesteld namens de vennootschappen verwerpt de Hoge Raad onder toepassing van artikel 81 Wet RO. Ook de klachten tegen de afwijzing van de vorderingen die de curatoren hebben ingesteld namens de gezamenlijke schuldeisers worden verworpen. Naar het oordeel van de Hoge Raad hoeft een advocaat bij zijn dienstverlening met betrekking tot een voorgenomen financiële transactie geen rekening te houden met mogelijke belangen van derden, tenzij hij uit de hem door de cliënt verschaftte gegevens of de overige omstandigheden van het geval redelijkerwijs behoort af te leiden dat zodanige, gerechtvaardigde, belangen door de van hem gevraagde dienstverlening op onaanvaardbare wijze kunnen worden geschaad. Of een dergelijke situatie aan de orde is, dient te worden bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval. De wetenschap dat de vennootschap waaraan de advocaat zijn diensten verleent, of de groep waarvan deze deel uitmaakt, financieel in zwaar weer verkeert, is daartoe op zichzelf niet voldoende. Dat de betrokken advocaat is gespecialiseerd in het insolventierecht maakt dat niet anders. De inhoud en reikwijdte van de opdracht aan de advocaat vormen daarentegen wel een relevante omstandigheid.

Tegen deze achtergrond heeft het hof naar het oordeel van de Hoge Raad terecht vooropgesteld dat een advocaat aansprakelijk kan worden gehouden jegens de schuldeisers van zijn cliënt, indien hij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de gewraakte handelingen of advisering zouden leiden tot benadeling van de (gezamenlijke) schuldeisers van zijn cliënt. Daarnaast heeft het hof niet miskend dat het 'redelijkerwijze behoren te begrijpen' onder omstandigheden kan meebrengen dat een advocaat met het oog op eventuele belangen van derden nader onderzoek dient te verrichten. Het hof heeft in dat verband onder ogen gezien dat Banning c.s. wisten dat het financieel niet goed ging met (een aantal van) de groepsvennootschappen en dat zij redelijkerwijs moeten hebben begrepen dat ook de Belgische vennootschappen mogelijk zouden worden geraakt door de financiële problemen en de daarmee gepaard gaande faillissementen binnen de groep.

Met het hof meent de Hoge Raad dat deze omstandigheden Banning c.s. niet ervan hoefden te weerhouden de verlangde medewerking te verlenen. Aan dit oordeel ligt ten grondslag dat niet is komen vast te staan dat de advisering door Banning c.s. mede betrekking had op de betaling van de verkoopopbrengst aan de gelieerde vennootschap. Bovendien is niet komen vast te staan dat het handelen van Banning c.s. uit meer bestond dan het op verzoek van de Belgische

vennootschappen opstellen en verzenden van de (nadere) betalingsinstructies. Ten slotte heeft het hof vastgesteld dat Banning c.s. niet de voor aansprakelijkheid vereiste wetenschap van benadeling heeft gehad.

J.E. van Nuland, februari 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 17-01-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:61

Zaaknummer: 18/03867

Rechters: C.A. Streefkerk, T.H. van den Tanja - Broek, C.E. Du Perron, M.J. Kroeze en F.J.P. Lock

Advocaten: R.J. van Galen en T.T. van Zanten

Wetsartikelen: 356 Rv

RECHTSPRAAK

Overleden persoon als verzoeker in een faillissementsaanvraag

Overleden persoon als verzoeker in een faillissementsaanvraag. Toch geen vernietiging van faillietverklaring, omdat gefailleerde wist hoe het zat.

Een besloten vennootschap (hierna: A) wordt failliet verklaard op grond van een verzoekschrift dat blijkens de aanhef is ingediend door een advocatenkantoor (hierna: 'het kantoor') namens een persoon die op dat moment reeds overleden is (hierna: B). A komt tegen de faillietverklaring in hoger beroep, stellende dat de faillissementsaanvraag niet-ontvankelijk was vanwege het niet bestaan van de verzoeker, alsmede dat het faillissement moet worden vernietigd omdat de bedrijfsvoering inmiddels zodanig is verbeterd dat A niet meer verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen. A richt haar beroepschrift tegen de erfgenamen van de overleden verzoeker. In het beroepschrift van A staat onder meer dat het de bestuurder van A zeer heeft verbaasd dat haar faillissement door B werd aangevraagd, omdat hij wist dat B was overleden.

Het kantoor stelt dat de opdracht tot de faillissementsaanvraag is gegeven door de drie erfgenamen van de in het faillissementsrekest genoemde verzoeker. Door een administratieve fout is dit niet goed in het dossier verwerkt. Daardoor wist ook de advocaat die de zitting in eerste aanleg verzorgde niet dat de benoemde verzoeker overleden was.

Het hof neemt tot uitgangspunt de rechtsregel uit het arrest HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:4765 (Doeland): rectificatie van een aanvankelijk onjuiste partij-aanduiding is een aanvaardbaar middel tot herstel van een gemaakte vergissing wanneer het onder de gegeven omstandigheden voor de processuele wederpartij kenbaar was dat van een vergissing sprake was, die wederpartij door de vergissing en de rectificatie daarvan niet is benadeeld of in haar verdediging geschaad, en de rectificatie tijdig heeft plaatsgevonden.

In deze casus luidt de vraag daarom: mocht A inderdaad veronderstellen dat als verzoeker B en niemand anders optrad? Zo ja, dan moet op de voet van HR 8 juni 2007,

ECLI:NL:HR:2007:BA2925 worden geoordeeld dat het verzoek is gedaan door een ‘spookpartij’, die ten tijde van het verzoek niet meer bestond en thans niet meer bestaat.

Het hof merkt op dat uit het beroepschrift blijkt dat A van het overlijden van B op de hoogte was. In hoger beroep is voorts correspondentie overgelegd waaruit blijkt dat opdrachtgevers van het kantoor inderdaad de erfgenamen van B zijn en dat een van de erfgenamen van B ook aan de bestuurder van A kenbaar heeft gemaakt dat de erfgenamen aanspraak maken op betaling van de schuld van A aan B. Ten slotte heeft A ter zitting in hoger beroep verklaard dat hij ten tijde van de zitting in eerste aanleg wist dat B overleden was, maar dat hij hierover niets heeft gezegd tijdens de mondelinge behandeling omdat B een vordering op hem heeft.

Het hof overweegt dat het voor (de bestuurder van) A duidelijk was of redelijkerwijs voldoende duidelijk had moeten zijn dat het kantoor ten tijde van het indienen van het inleidend verzoekschrift handelde in opdracht van de erfgenamen in plaats van in opdracht van B zelf. A mocht dus niet veronderstellen dat als verzoeker B (en niemand anders) optrad. Van een spookpartij is geen sprake en het beroep op niet-ontvankelijkheid van het inleidend beroepschrift wordt daarom afgewezen. Het feit dat de bestuurder van A bij de zitting in eerste aanleg niets gezegd heeft over het overleden zijn van B, wordt als schending van artikel 21 Rv in het nadeel van A meegewogen.

Ook het verzoek om het faillissement te vernietigen wegens de verbeterde bedrijfsvoering wordt niet toegewezen. De curator in het faillissement heeft ter zitting verslag gedaan van de aangetroffen vermogenstoetstand. Daaruit blijkt dat sprake is van een forse schuldenlast. Door A is in het beroepschrift aangegeven dat met alle schuldeisers een regeling is getroffen of zou worden getroffen, maar deze stelling is niet onderbouwd door overlegging van stukken, noch bevestigd door de curator. Hoewel door wijziging in de bedrijfsvoering inderdaad meer financiële armslag lijkt te zijn ontstaan voor A, is dit niet evident voldoende om de hele schuldenlast direct af te betalen. Een concreet aflosplan is door A niet overgelegd. De uitspraak van het faillissement wordt daarom bekrachtigd.

Het kantoor heeft in het kader van het hoger beroep aangegeven dat het de administratieve fout, waardoor het leek alsof het faillissement was aangevraagd door B zelf, zeer betreurt en heeft aangegeven de extra kosten die de curator daardoor voor onderzoek heeft moeten maken, te willen betalen. Het hof veroordeelt niet in de kosten, maar verstaat dat het kantoor de kostenvergoeding conform zijn toezegging zal uitvoeren.

I.F.M. Lakwijk, februari 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 02-01-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:3

Zaaknummer: 200.267.782_01

Rechters: R.R.M. De Moor, A.P. Zweers-van Vollenhoven en M.W.M. Souren

Wetsartikelen: 21 Rv

RECHTSPRAAK

Selectieve betalingen en bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW

Een bestuurder van een vennootschap is niet persoonlijk aansprakelijk jegens een vennootschapsschuldeiser op de enkele grond dat die bestuurder het faillissement van de vennootschap heeft aangevraagd en daarna heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap één of meer andere schuldeisers heeft betaald met voorrang boven die vennootschapsschuldeiser.

Verweersters 1 en 2 zijn direct respectievelijk indirect bestuurder van A B.V., een vennootschap die handelde in diepgevroren vlees en gevogelte. Verweester 1 was voorts enig aandeelhouder en bestuurder van D B.V., een vennootschap die een uitzendbureau exploiteerde.

Op 4 december 2014 heeft verweester 1 het faillissement van A B.V. aangevraagd. Op 12 december 2014 kwam nog een factuur van € 29.711,55 binnen van Limes International Taks + Expat B.V. (hierna: Limes). Deze factuur is door D B.V. in opdracht van A B.V. op 22 december 2014 voldaan; A B.V. heeft het bedrag vervolgens ten gunste van D B.V. geboekt in rekening-courant. Op 6 januari 2015 is A B.V. failliet verklaard.

De curator in dat faillissement deed in eerste aanleg een beroep op de faillissementspauliana en onrechtmatig handelen van de direct en indirect bestuurder van A B.V. en vorderde betaling van € 29.711,55. In hoger beroep bleef over een vordering op grond van onrechtmatige daad op de grond dat de direct en indirect bestuurder van A B.V. hebben bewerkstelligd dat A B.V. (via D B.V.) op 22 december 2014 de factuur van Limes heeft betaald, terwijl de directe bestuurder (thans verweester 1) op 4 december 2014 het faillissement van A B.V. al had aangevraagd. (Ook) bij het hof strandde deze vordering.

In cassatie staat de vraag centraal of een bestuurder van een vennootschap onrechtmatig handelt jegens onbetaald gebleven schuldeisers van die vennootschap als hij het faillissement van die vennootschap heeft aangevraagd en daarna een

schuldeiser selectief betaalt, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. De Hoge Raad beantwoordt die vraag ontkennend: 'Een bestuurder van een vennootschap is niet persoonlijk aansprakelijk jegens een vennootschapsschuldeiser die is benadeeld wegens het onbetaald en onverhaalbaar blijven van zijn vordering, op de enkele grond dat die bestuurder het faillissement van de vennootschap heeft aangevraagd en daarna heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap een of meer andere schuldeisers heeft betaald met voorrang boven die vennootschapsschuldeiser.' De aansprakelijkheid van de bestuurder moet, ook in dit soort gevallen van betalingen in het zicht van faillissement, beoordeeld worden aan de hand van de in de rechtspraak ontwikkelde maatstaf of het handelen van de bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Het hof heeft deze maatstaf gehanteerd en toegepast op een wijze die geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en ook niet onbegrijpelijk is. Het cassatieberoep van de curator wordt daarom verworpen.

O. Oost, februari 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 17-01-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:73

Zaaknummer: 18/01948

Rechters: C.E. Du Perron, M.J. Kroeze, C.H. Sieburg, H.M. Wattendorf en C.A. Streefkerk

Advocaten: R.D. Boesveld en J. van der Beek

Wetsartikelen: 6:162 BW en 36 InvW

RECHTSPRAAK

Beroepsaansprakelijkheid controlerend accountant jegens derden

De controlerend accountant van Econcern is volgens de rechtbank niet aansprakelijk jegens een investeerder (tevens aandeelhouder) in verband met controlewerkzaamheden in de aanloop naar het faillissement. Hoewel aan alle overige vereisten van artikel 6:162 BW wordt voldaan ontbreekt het causaal verband tussen de fout en de gestelde schade.

Deze zaak gaat over de civielrechtelijke aansprakelijkheid van PwC en twee aan haar verbonden accountants (de 'Accountants') (hierna gezamenlijk 'PwC') in verband met controlewerkzaamheden met betrekking tot de jaarrekening 2007 van Econcern. Econcern is in 2009 gefailleerd. PwC wordt in deze procedure aangesproken door een investeerder, Mondriaan Ventures B.V. ('Mondriaan'), een joint venture van Rabobank en Delta Lloyd. Mondriaan heeft in 2008 nog een belang van 10% in Econcern genomen en € 146,25 miljoen geïnvesteerd.

Het verwijt aan PwC is gebaseerd op het onderzoeksrapport van de curatoren en de beslissingen van de Accountantskamer en het CBb inzake tuchtklachten van de curatoren en van Delta Lloyd. Hieruit komt naar voren dat Econcern agressieve verslaggevingsmethodieken en onjuiste criteria heeft gehanteerd bij het opstellen van de jaarrekening 2007 en dat de Accountants zonder deugdelijke grondslag een goedkeurende verklaring hebben afgegeven.

Het standaardarrest over de reikwijdte van de zorgplicht van de controlerende accountant jegens derden is het Vie d'Or-arrest van 13 oktober 2006 (ECLI:NL:HR:2006:AW2080). De rechtbank verwijst hiernaar en constateert dat niet aan de daarin gegeven zorgvuldigheidsnorm is voldaan. Deze norm houdt – kort gezegd – in dat de controlerende accountant ervoor moet zorgen dat de jaarrekening die door hem van een goedkeurende verklaring is voorzien een getrouw beeld geeft en voldoet aan de wetten, (Europese) regelgeving en beroepsstandaarden. Hoewel een tuchtrechtelijke normschending niet

automatisch tot civielrechtelijke aansprakelijkheid hoeft te leiden, is de door de Accountantskamer geconstateerde normschending volgens de rechtbank ook civielrechtelijk verwijtbaar.

Die gedraging is ook onrechtmatig jegens Mondriaan, aldus de rechtbank. Zij wijst erop dat het sinds het Vie d'Or-arrest vaste rechtspraak is dat een accountant bij de uitvoering van zijn wettelijke taken, waaronder de jaarrekeningencontrole, ook een zorgplicht heeft jegens derden. Derden moeten hun gedrag kunnen afstemmen op de jaarrekening. De in acht te nemen zorgvuldigheid strekt dus mede ter bescherming van derden zoals Mondriaan, die op basis van een jaarverslag (investerings)beslissingen nemen. Ook aan het relativiteitsvereiste is volgens de rechtbank voldaan.

De normschending is daarnaast toe te rekenen aan de Accountants, die immers de fouten feitelijk hebben gemaakt, en op grond van de verkeersopvattingen tevens aan het accountantskantoor zelf. Het afgeven van een controleverklaring moet volgens de rechtbank worden gezien als een gedraging van de accountantsorganisatie, omdat dit tot de normale bedrijfsactiviteiten behoort en de Wet toezicht accountantsorganisaties voorschrijft dat de accountant in de verklaring vermeldt aan welk kantoor hij is verbonden.

Toch wijst de rechtbank de vordering af, omdat volgens haar het causaal verband tussen de fout en de gestelde schade ontbreekt. Mondriaan had gesteld dat zij zonder de fouten nooit in Econcern zou hebben geïnvesteerd, omdat in dat geval (1) de jaarrekening 2007 niet zou zijn goedgekeurd óf (2) die jaarrekening een getrouw beeld van de financiële situatie zou hebben gegeven. Het eerste scenario wijst de rechtbank van de hand, omdat het in de praktijk bijna nooit tot een afkeuring komt. Een wél kritische controle zou waarschijnlijk hebben geleid tot aanpassing van de cijfers. Bij het tweede scenario gaat de rechtbank in op enkele specifieke posten in de jaarrekening die volgens Mondriaan op basis van een andere methodiek hadden moeten worden gewaardeerd. De gehanteerde waarderingsmethoden werden echter in de jaarrekening en toelichting vermeld, zodat Mondriaan daarvan wist of kon weten. Dat geldt temeer omdat zij in het traject werd bijgestaan door accountants van KPMG. Omdat het causaal verband niet aannemelijk is gemaakt, wordt de vordering afgewezen.

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

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 18-12-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:6342

Zaaknummer: C/16/421587 / HA ZA 16-611

Rechters: P. Dondorp, H.A.M. Pinckaers en M.J.R. Brons (annotatie 2)

Advocaten: R.G.J. de Haan en P.F. Doornik

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Procedure over het bodemrecht van de fiscus. Derde probeert verkoop van goederen te voorkomen, maar slaagt er niet in aan te tonen dat de bewuste goederen reële eigendom van haar zijn.

In deze procedure draait het om het executoriale beslag dat de fiscus legde op bakkerijmachines die staan op de bedrijfslocatie van Arabic Bread B.V. (hierna AB). Omy Orient Maschienen GmbH (hierna Omy) verzet zich tegen beslaglegging. Zij stelt dat ten aanzien van de machines sprake is van reële eigendom als bedoeld in de Leidraad Invordering 2008 (hierna LInv 2008). Omy zou de machines verhuren aan AB; zij beroept zich op een drietal huurovereenkomsten.

De Belastingdienst heeft het beroep van Omy afgewezen en de executoriale verkoop van de machines aangezegd. In rechte vordert Omy opheffing van het beslag op de machines. De voorzieningenrechter heeft de vordering van Omy afgewezen. Ook in hoger beroep vangt zij bot.

Het hof concludeert dat Omy onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat in een bodemprocedure zal worden geconcludeerd dat sprake is van op grond van artikel 22.8.10 LInv 2008 door de fiscus te respecteren reële eigendom.

Allereerst volgt uit de balans van Omy per 31 december 2017 dat zij slechts één productielijn in eigendom heeft, terwijl er twee zijn beslagen.

De beslagen productielijnen zijn verder niet te matchen met de de productielijn die is opgenomen in de balans van Omy. Zij zijn onderdelen van de productielijn die is opgenomen in de balans van Omy, gekocht nadat (volgens verschillende huurovereenkomsten) AB deze zou zijn gaan huren van Omy. Alleen één stapelmachine zou daadwerkelijk beslagen kunnen zijn, maar een omschrijving van die machine aan de hand waarvan dat zou kunnen worden vastgesteld ontbreekt in de jaarstukken van Omy.

Omy heeft niet gesteld dat zij nog goederen in eigendom zou hebben die niet uit de balans blijken

Ook andere argumenten mogen niet baten voor Omy. Zo oordeelt het hof dat het zijn van verhuurder nog niet wil zeggen dat sprake is van reële eigendom. Verder roepen de verschillende huurovereenkomsten vragen op zoals waarom in de loop van tijd kennelijk meer zaken zijn verhuurd, terwijl de huursom gelijk is gebleven. Voorts blijkt uit de administratie van AB dat in weerwil van de huurovereenkomsten AB zelf opdraaide voor kosten voor reparatie en onderhoud aan de gehuurde machines. Tot slot staat de hoogte van de jaarlijkse huur van de machines (€ 180.000) niet in verhouding tot de boekwaarde ervan volgens de jaarstukken van Omy (€ 509.912,22).

Het hof laat het vonnis van de voorzieningenrechter in stand.

W.T.N. Vlasveld, februari 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-01-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:520

Zaaknummer: 200.253.849/01

Rechters: H. de Hek, J.H. Kuiper en R.E. Weening

Advocaten: S. Besli en E.E. Schipper

Wetsartikelen: 21 lw 1990, 22 lid 3 lw 1990, 22.8.10 Llnv 2008, 22 lid 1 lw 1990 en 22 lw 1990

RECHTSPRAAK

Bedrijfspensioenfonds Bakkersbedrijf c.s./X

Faillissementsverzoek van een pensioenfonds wordt afgewezen, omdat onvoldoende is onderbouwd dat de schuldenaar onder de verplichtstelling voor deelname aan het fonds valt.

De stichting bedrijfspensioenfonds voor het bakkersbedrijf en de stichting sociaal fonds bakkersbedrijf hebben het faillissement aangevraagd van een natuurlijk persoon. De schuldenaar betwist de aangevoerde pensioenvordering, omdat hij niet zou vallen onder de verplichtstelling voor deelname aan het fonds. Tijdens de zitting van 10 december 2019 heeft de rechter de wens kenbaar gemaakt dat onderzoek zou worden gedaan naar de aard van de onderneming van de schuldenaar, om vast te stellen of al dan niet sprake is van verplichte deelname. Op 14 januari 2020 is een tweede zitting gehouden, maar tijdens deze zitting is gebleken dat geen onderzoek is gedaan naar de aard van de onderneming van de schuldenaar. Omdat het onderzoek achterwege is gebleven, wijst de rechtbank het faillissementsverzoek af onder de overweging dat de pensioenvordering onvoldoende is onderbouwd. Dat een dwangbevel is uitgevaardigd dat inmiddels formele rechtskracht heeft, doet hier naar het oordeel van de rechtbank niet aan af, omdat de tenuitvoerlegging van een dwangbevel kan worden aangetast in een executiegeschil als de vordering berust op een feitelijke kennelijke misslag.

H.J. de Kloe, februari 2020

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 28-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2020:629

Zaaknummer: C/09/582961/ FT RK 19/1474

Rechters: W.J. Don

Advocaten: J.A. Trimbach

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Verzoek tot ontslag van de curator wordt afgewezen. Dat het kantoor van de curator in het verleden betrokken was bij een faillissementsaanvraag van een van de schuldenaren, maakt niet dat de curator een tegenstrijdig belang heeft.

Een natuurlijk persoon en een bv, G.O. Management B.V., zijn op 22 oktober 2019 failliet verklaard. In deze procedure verzoeken zij de curator die is aangesteld in hun faillissement te ontslaan. Naar de mening van verzoekers heeft de curator een tegenstrijdig belang, omdat het faillissement van G.O. Management in 2015 is aangevraagd door onder meer een nicht van de curator en haar echtgenoot. Het kantoor waar de curator werkzaam is, heeft deze nicht destijds bijgestaan. In verzet is het faillissement vernietigd, waarna onder meer het kantoor van de curator aansprakelijk is gesteld voor de schade die daardoor is geleden. Dit geschil is in augustus 2016 in der minne geschikt, waarbij ook aan het kantoor van de curator finale kwijting is verleend. De overige door verzoekers aangevoerde gronden volgen niet duidelijk uit de beschikking, maar kennelijk zijn verzoekers daarnaast van mening dat zij bedreigd zijn door de curator, omdat de curator hen heeft gewezen op het feit dat niet voldoen aan de inlichtingenplicht strafbaar is op grond van artikel 194 Sr.

De rechtbank wijst het verzoek tot ontslag van de curator af. De curator zelf was niet betrokken bij het faillissementsverzoek uit 2015 en het geschil dat naar aanleiding daarvan is ontstaan. Bovendien is dat geschil beëindigd en zijn degenen die dat faillissement hebben aangevraagd in het onderhavige faillissement geen crediteuren. Van een persoonlijk belang van (het kantoor van) de curator in het faillissement van verzoekers is niet gebleken. Daarmee is niet aangetoond dat de curator een tegenstrijdig belang heeft. Ook communiceert de curator niet op een ongebruikelijke wijze en is niet gebleken van een onwerkbaar situatie.

H.J. de Kloe, februari 2020

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 28-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2020:617

Zaaknummer: C/03/270980 / HA RK 19-244

Rechters: W.E. Elzinga

Advocaten: M. Woisch

Wetsartikelen: 73 Fw

RECHTSPRAAK

Ten aanzien van een gedaagde die in Kroatië failliet is verklaard, wordt de procedure geschorst op grond van artikel 32 jo. 29 Fw. De vordering tegen een garant wordt toegewezen, maar bestuurdersaansprakelijkheid wordt niet aangenomen.

Een in Kroatië gevestigde rechtspersoon, door de rechtbank en ook hier aangeduid als 'bedrijf 3', heeft zich in maart en april 2017 jegens eisers bij overeenkomst verbonden tot vervaardiging en levering van een aantal substations. De substations zouden geleverd worden in Coevorden en waren bestemd voor projecten in een olieveld in Irak. Op verzoek van bedrijf 3 is deze overeenkomst in juni 2017 beëindigd en is een nieuwe overeenkomst gesloten met gedaagde 1, de holdingvennootschap van bedrijf 3. De reden voor deze 'contractwissel' was gelegen in de financiële situatie van bedrijf 3. De moedervernootschap van gedaagde 1, in de uitspraak aangeduid als AKB (bv), heeft zich garant gesteld voor de nakoming van deze overeenkomsten. De substations zijn niet tijdig geleverd door gedaagde 1, waarop eisers met gedaagde 1 hebben afgesproken dat de substations naar Nederland zouden worden getransporteerd, zodat ze daar konden worden afgemaakt.

In juli 2018 hebben eisers gedaagde 1, twee bestuurders van gedaagde 1 en AKB gedagvaard en een verklaring voor recht gevorderd dat gedaagden hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door eisers geleden schade. In oktober 2018 is gedaagde 1 in Kroatië failliet verklaard. Uit artikel 29 IVO (herschikking) volgt dat de gevolgen van een insolventieprocedure voor lopende rechtsvorderingen beheerst worden door het recht van de lidstaat waar deze rechtsvordering aanhangig is. In artikel 32 Fw is artikel 29 Fw van overeenkomstige toepassing verklaard indien in een andere lidstaat van de Europese Unie een insolventieprocedure is geopend die op grond van artikel 5 lid 3 IVO in Nederland moet worden erkend. De rechtbank schorst daarom de procedure ten aanzien van gedaagde 1 op grond van artikel 32 jo. 29 Fw.

De vorderingen tegen AKB als garant worden toegewezen. De vorderingen tegen de bestuurders van gedaagde 1 worden afgewezen, omdat de contractwissel niet tot schade heeft geleid. Indien de overeenkomst niet was overgegaan op gedaagde 1, zouden eisers niet in een gunstigere situatie hebben verkeerd. Bedrijf 3 was namelijk een lege vennootschap en is reeds

in december 2017 failliet verklaard. Tijdens de comparitie hebben eisers nog de stelling ingenomen dat één van de twee bestuurders ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, omdat hij substantiële bedragen zou hebben onttrokken aan het vermogen van gedaagde 1. De rechtbank wijst deze stelling, die voornamelijk gebaseerd is op het verweer van de andere bestuurder, af als onvoldoende onderbouwd. Nu deze stelling, die neerkomt op een wijziging van de gronden van de eis, pas is aangevoerd bij comparitie, ziet de rechtbank geen aanleiding om eisers in de gelegenheid te stellen deze stelling nader te onderbouwen.

H.J. de Kloe, februari 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 22-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:511

Zaaknummer: C/10/560110 / HA ZA 18-966

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: M.M. van Leeuwen, J.P. Hellinga en A.N. Broekhoven

Wetsartikelen: 29 Fw, 32 Fw, 29 IVO en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Een onrechtmatige daad van een derde jegens een gefailleerde vennootschap betekent nog niet dat de derde gehouden is om de schade die de financier daardoor leidt te vergoeden; daartoe is noodzakelijk dat de derde ook onrechtmatig heeft gehandeld jegens de financier.

Eind oktober/begin november 2002 hebben Westerbaan B.V. (hierna: 'Westerbaan') en de provincie Fryslân (hierna: 'de provincie') een overeenkomst van aanneming van werk ondertekend betreffende de bouw van een tijdelijk kantoorgebouw in Leeuwarden. Voor die tijd had Westerbaan al werkzaamheden ten behoeve van de bouw verricht. Zij heeft voor het schilderen van door Westerbaan vervaardigde kozijnen Schilderwerken Langhout B.V. (hierna: 'Langhout') ingeschakeld, maar diens factuur is onbetaald gebleven. Op 18 november 2002 heeft Westerbaan de provincie meegedeeld dat zij zal failleren. De provincie heeft de door haar met Westerbaan gesloten aannemingsovereenkomst op 20 november 2002 buiten rechte ontbonden. Vervolgens heeft er een opname van de stand van het werk plaatsgevonden met behulp van een deurwaarder. Westerbaan was, hoewel daartoe uitgenodigd, daarbij niet aanwezig. Vervolgens is de provincie met Langhout overeengekomen dat de geschilderde kozijnen alsnog aan haar zouden worden geleverd tegen betaling van de provincie aan Langhout en onder vrijwaring voor mogelijke aanspraken van Westerbaan. Op enig moment heeft de vennootschap Terpborg B.V. (hierna: 'Terpborg') toegang tot de bouwplaats verkregen. Terpborg en Westerbaan werden bestuurd door dezelfde persoon, namelijk appellant in de onderhavige procedure. Bij brief heeft (de advocaat van) Terpborg aan Langhout bericht dat Langhout niet gerechtigd was tot levering van de kozijnen aan de provincie. Westerbaan is op 28 november 2002 failliet verklaard. Kort na het faillissement heeft de in dat faillissement benoemde curator een retentierecht ingeroepen op het door Westerbaan tot dan toe in opdracht van de provincie deels voltooide casco. Nadat de curator zijn claim op een retentierecht had laten vallen, is het kantoorgebouw in opdracht van de provincie door een derde verder afgebouwd. Deze derde heeft de kozijnen in het kantoorgebouw geplaatst. Uiteindelijk is ook Terpborg (op 26 mei 2005) in staat van faillissement verklaard. Na dit faillissement is appellant met ING Bank N.V., als pandhouder van de vorderingen van Westerbaan op derden, overeengekomen dat hij 10% van de opbrengst

van de debiteurenincasso ontvangt alsmede dat de vorderingen van ING op de provincie worden gecedeerd aan appellant.

De curator van Westerbaan heeft een arbitrageprocedure gevoerd met de provincie en schadevergoeding gevorderd vanwege de ontbinding van de overeenkomst en het zich onrechtmatig toe-eigenen van de kozijnen. Ten aanzien van de laatstgenoemde vordering hebben de arbiters zich onbevoegd verklaard en de overige vorderingen zijn afgewezen. Appellant heeft vervolgens zijn echtgenote gemachtigd om een procedure aanhangig te maken tegen de provincie (appellant is namelijk ook zelf in staat van faillissement verklaard). De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen, waarna appellant in hoger beroep is gegaan. In hoger beroep draait het primair om de vraag of de provincie onrechtmatig jegens ING heeft gehandeld door inbreuk te maken op het pandrecht van ING op de kozijnen. Appellant stelt subsidiair dat ING schade lijdt doordat de provincie in de arbitrageprocedure een onjuist standpunt heeft ingenomen en de arbiters onjuist heeft geïnformeerd. Het hof overweegt dat deze grondslag niet inhoudt dat de provincie onrechtmatig heeft gehandeld jegens ING door de kozijnen aan het vermogen van Westerbaan te onttrekken, maar dat zij onrechtmatig heeft gehandeld jegens Westerbaan en dat ING daardoor schade heeft geleden. Het enkele feit dat een schuldeiser schade heeft geleden door een onrechtmatige daad van een derde jegens zijn schuldenaar, betekent nog niet dat de derde gehouden is de schade van de schuldeiser te vergoeden. Daartoe is noodzakelijk dat de derde ook onrechtmatig heeft gehandeld jegens de schuldeiser. De stelling dat de provincie door het onttrekken van de kozijnen aan het vermogen van Westerbaan ook onrechtmatig heeft gehandeld jegens ING, neemt appellant in hoger beroep nu juist (uitdrukkelijk) niet in. Dat betekent dat de primaire vorderingen alleen hierom al niet toewijsbaar zijn. Voorts geldt dat appellant onder de gegeven omstandigheden (waarin de bevoegdheid van appellant uitdrukkelijk door de provincie is betwist) onvoldoende heeft onderbouwd dat hij gerechtigd is om namens ING een vordering in te stellen vanwege het door de provincie innemen van een onjuist standpunt en/of schending van artikel 21 Rv in de gevoerde procedures. De subsidiaire vordering van appellant strandt hier op. Bij deze stand van zaken kan in het midden blijven of het gewraakte handelen van de provincie in de beide procedures een aanspraak op schadevergoeding van ING oplevert. Het vonnis van de rechtbank wordt door het hof bekrachtigd.

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

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-01-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:519

Zaaknummer: 200.250.922/01

Rechters: H. de Hek, M.W. Zandbergen en P.S. Bakker

Advocaten: D.J. Kap en W. Mollema

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Door het indienen van een vordering ter verificatie wordt in beginsel de verjaring van een rechtsvordering gestuit. In casu is de vordering uit hoofde van huurpenningen niet toegewezen noch is een nieuwe eis ingesteld binnen zes maanden nadat het geding in kracht van gewijsde is gegaan of op andere wijze is geëindigd (art. 3:316 lid 2 BW) waardoor de verjaring niet is gestuit door het indienen van de vordering ter verificatie.

De heer [M] en mevrouw [Van der M], vennoten onder firma van een horecaonderneming, huurden een horecapand. De heer [M] en mevrouw [Van der M] zijn op 7 juli 2010 failliet verklaard. De huurovereenkomst is na faillissement voortgezet. De heer [M.] heeft het gehuurde op enig moment verlaten. Het faillissement is in 2019 opgeheven. De verhuurder [B.V.] heeft onder meer betaling gevorderd van de achterstallige huurpenningen vanaf augustus 2010 tot en met maart 2014, omdat zij haar vordering gedurende het faillissement niet heeft kunnen incasseren. De heer [M.] weigert te betalen en voert primair als verweer aan dat de vordering is ingediend in het faillissement en is voldaan, omdat het faillissement een batig saldo kende. Subsidiair voert de heer [M.] aan dat de vordering is verjaard. Het verweer van [M] dat de curator de volledige vordering van eiser inmiddels heeft voldaan wordt niet gevolgd. Uit het vonnis van de Rechtbank van Koophandel Antwerpen volgt namelijk dat het aan eiser betaalde bedrag uitsluitend de huurpenningen tot en met juli 2010 omvat. De huurpenningen die eiser vordert, zien op de periode vanaf augustus 2010 en zijn dus niet door de curator betaald.

Ten aanzien van het beroep op verjaring van de vordering op huurpenningen overweegt de kantonrechter dat rechtsvordering tot betaling van huur ingevolge artikel 3:308 BW verjaart door verloop van vijf jaren na het opeisbaar worden van de vordering. Het gaat in dit geval om de periode van augustus 2010 tot en met maart 2014, waarbij de huur steeds maandelijks bij vooruitbetaling verschuldigd was. Dit betekent dat de vordering ter zake van huurpenningen is verjaard, tenzij die verjaring is gestuit. Ingevolge artikel 3:316 lid 1 BW wordt de verjaring van een rechtsvordering gestuit door het instellen van een eis, alsmede door iedere andere

daad van rechtsvervolgning van de zijde van de gerechtigde die in de vereiste vorm geschiedt. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat hier ook het indienen van een vordering ter verificatie onder valt, aldus de kantonrechter. Vaststaat dat de vordering op 26 november 2012 ter verificatie is ingediend en actualisatie/aanvulling heeft plaatsgevonden in 2013 en 2014. Met indiening van de vordering ter verificatie is de verjaring in beginsel gestuit. Echter, het thans aan de orde zijnde deel van de vordering – dat wil zeggen: de huurpenningen vanaf augustus 2010 – is *niet* toegewezen (vgl. uit vonnis Rechtbank Antwerpen en arrest van Hof Antwerpen d.d. 26 april 2018). In dat geval is de verjaring door de indiening ter verificatie slechts gestuit, zo volgt uit artikel 3:316 lid 2 BW, indien binnen zes maanden nadat het geding door het in kracht van gewijsde gaan van een uitspraak of op andere wijze is geëindigd, een nieuwe eis wordt ingesteld en deze alsnog tot toewijzing leidt. Eiser heeft niet gesteld dat dit is gebeurd. Dit brengt mee dat de verjaring moet worden geacht niet te zijn gestuit door het indienen van de vordering ter verificatie. Eiser heeft tevens verwezen naar een exploit van 28 januari 2019 waarmee de verjaring is gestuit (ex art. 3:317 lid 1 BW). Echter, op dat moment was de in artikel 3:308 BW bedoelde verjaringstermijn voor vrijwel alle huurtermijnen reeds verstreken. Alleen voor de termijnen van februari 2014 en maart 2014 is dat niet het geval. De kantonrechter wijst voor wat betreft deze termijnen de vordering toe.

J.D. van den Dolder, januari 2020

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 09-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2020:57

Zaaknummer: 7903239/CV EXPL 19-6526

Rechters: J.J. Janssen

Advocaten: C.W.H.M. Uitdehaag en E.J.C. Asselbergs

Wetsartikelen: 3:316 BW

RECHTSPRAAK

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

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

De casus die in het hier besproken arrest aan de orde was, laat zich vanwege de omvang ervan niet eenvoudig samenvatten. Veel van de (overigens interessante) details worden daarom hier weggelaten of versimpeld. Kortgezegd gaat het (voor zover hier relevant) over de ontvlechting en herfinanciering van het pluimvee-concern Storteboom, waarbij de voormalige beheermaatschappij van het concern procedeert tegen (de curator van) zeven vennootschappen die op de faillissementsdatum tot dat concern behoorden. Eerder is tussen dezelfde partijen over andere vragen span lang="EN-GB" style="font-size:11.0pt">span style="line-height:115%">span style='font-family:"Calibri","sans-serif"'>-/span>/span>/span> die desalniettemin voor de onderhavige procedure van belang zijn – al geprocedeerd bij de Hoge Raad en het Nederlands Arbitrage Instituut. Na de procedure bij de Hoge Raad is duidelijk dat de voormalige beheermaatschappij niet alleen een (door de curator erkende) vordering uit hoofde van geldlening van ongeveer € 3.7 miljoen heeft jegens één van de zeven vennootschappen, maar ook een vordering uit hoofde van subrogatie van ongeveer € 2.5 miljoen heeft jegens alle zeven vennootschappen. De procedure bij het NAI heeft tot een arbitraal vonnis geleid waarin is vastgesteld dat de voormalige beheersmaatschappij wegens uitwinning door de bank van de zeven vennootschappen regres- en omslagschulden ter hoogte van (het aan haar eigen vordering uit hoofde van geldlening gelijke bedrag van) ongeveer € 3.7 miljoen dient te voldoen. In de NAI-procedure is niet komen vast te staan welk deel van deze ongeveer € 3.7 miljoen op grond van regres of omslag toekomt aan welke van de zeven vennootschappen, waardoor het totaalbedrag aan de zeven vennootschappen gezamenlijk toekomt.

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

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

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

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

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

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

T.E. Booms, februari 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-01-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:511

Zaaknummer: 200.224.335/01

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

Advocaten: J.J. Veldhuis

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

RECHTSPRAAK

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

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

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

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

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

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

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

Wenk

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

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

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

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

I. Lakwijk, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-01-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:105

Zaaknummer: 200.201.300/01

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

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

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