

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 04, 2020

Nummer 4, 2020

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:153](#) 11-02-2020

Over boedelvordering hoeft in beginsel geen rente te worden betaald

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:1262](#) 11-02-2020

Ontslag verzekerde inbewaringstelling bestuurder

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:331](#) 04-02-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW met toepassing bewijsvermoeden. Onttrekking van gelden voor privédoeleinden levert óók onbehoorlijk bestuur op.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:341](#) 04-02-2020

Tussenkoms door curator

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:285](#) 30-01-2020

Europese Executoriale Titel wordt afgewezen voor veroordeling in de faillissementskosten

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:256](#) 28-01-2020

Echtgenoot bestuurder wordt aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler; beroep op matiging wordt afgewezen

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:4414](#) 10-12-2019

Curator is in beginsel geen bewaarder in de zin van artikel 2:24 lid 1 BW

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:922](#) 07-02-2020

Toestemming van de R-C om goederen te verkopen wordt niet teruggedraaid

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:891](#) 04-02-2020

Faillietverklaring bestuurder wegens bestuurdersaansprakelijkheidsvordering

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:796](#) 30-01-2020

Afwijzing eigen aangifte bv omdat te executeren vermogen ontbreekt

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:493](#) 29-01-2020

Afgifte controledossier accountant ex artikel 843a Rv

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:651](#) 29-01-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 lid 2 BW wegens schending administratieplicht (art. 2:10 BW)

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2020:571](#) 24-01-2020

Curator heeft – hangende procedure – roerende zaken opgehaald terwijl hij had moeten weten dat deze niet tot de boedel behoren

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:746](#) 21-01-2020

Schuldenaar niet-ontvankelijk in faillissementsaanvraag

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:98](#) 10-01-2020

Rechtbank wijst faillissementsverzoek af wegens het ontbreken van een vorderingrecht

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:305](#) 08-01-2020

Registratie pandakte staat niet vast

Uitspraken zonder ECLI

[Hof van Justitie van de Europese Unie](#) 30-01-2020

Hof van Justitie EU legt de artikelen 12 en 19 van de Zesde richtlijn uit door middel van antwoorden op prejudiciële vragen.

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Echtgenoot bestuurder wordt aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler; beroep op matiging wordt afgewezen

In het faillissement van een incassobureau worden de bestuurder en haar echtgenoot aangesproken op grond van artikel 2:248 BW. Anders dan de rechtbank oordeelt het hof dat de echtgenoot aangemerkt kan worden als feitelijk beleidsbepaler (art. 2:248 lid 7 BW). De rechtbank had het aansprakelijkheidsbedrag gematigd tot € 30.000, maar het hof ziet geen grond voor matiging.

In een faillissement heeft de curator geconstateerd dat de jaarrekeningen over de jaren 2013 tot en met 2015 niet zijn gepubliceerd, reden waarom hij de bestuurder aansprakelijk heeft gesteld voor het tekort in het faillissement op grond van artikel 2:248 BW. Voorts meende hij ook de echtgenoot van de bestuurder als feitelijk bestuurder aansprakelijk te kunnen houden ex artikel 2:248 lid 7 BW.

In eerste aanleg heeft de rechtbank de bestuurder aansprakelijk geacht, maar de aansprakelijkheid beperkt tot een bedrag van € 30.000, terwijl het boedeltekort veel groter is. De echtgenoot werd niet aansprakelijk geacht. In hoger beroep komt de curator op tegen de matiging alsmede tegen het oordeel dat de echtgenoot niet als feitelijk bestuurder kon worden aangemerkt.

Het hof beoordeelt of de echtgenoot als feitelijk bestuurder kan worden gekwalificeerd. Daarbij is het niet nodig dat de vermeend feitelijk leidinggevende de bestuurder terzijde heeft geschoven. Het gaat erom of de aangesprokene zélf daadwerkelijk bestuurshandelingen heeft verricht. Volgens het hof is dat het geval. Daarbij is onder meer van belang dat de echtgenoot zich op LinkedIn als 'directeur' heeft geprofileerd, onvoldoende weersproken is dat de echtgenoot betalingen kon verrichten, er geen heldere taakverdeling was en de curator onvoldoende weersproken heeft gesteld dat de echtgenoot het (enige) gezicht naar buiten was en zich bemoeide met de dagelijkse gang van zaken. Aldus is de echtgenoot te kwalificeren als feitelijk bestuurder.

Dan gaat het hof in op de vraag of de curator partijen terecht aanspreekt voor het faillissementstekort. Vast staat dat de jaarrekeningen niet openbaar zijn gemaakt, zodat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en vermoed wordt dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De bestuurders stellen dat het faillissement door andere omstandigheden zou zijn veroorzaakt. Zo zou de omzet zijn gedaald, kende men gezondheidsproblemen en zou er een hoge werkdruk zijn geweest. Het hof overweegt dat indien de aangevoerde omstandigheden een belangrijke oorzaak zouden zijn geweest van faillissement, dit niet wegneemt dat het verzuim de jaarrekening te publiceren, een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Bovendien was het volgens het hof aan de bestuurders om passende maatregelen te nemen.

Vervolgens gaat het hof in op het matigingsberoep. In dat kader hebben gedaagden gesteld dat de curator administratie zou hebben vernietigd. De curator heeft daarop geantwoord dat hij geen contact kreeg met de bestuurders en dat hij enkel oude administratie zou hebben vernietigd. Het hof oordeelt dat gedurende meerdere jaren de jaarrekening niet is gepubliceerd. Volgens het hof is de publicatieplicht een fundamenteel vereiste voor goed bestuur en wordt onweerlegbaar vermoed dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld als daaraan niet wordt voldaan. Aan de bestuurders kan dus een zeer ernstig verwijt worden gemaakt. Daarbij komt dat er geen deugdelijke administratie is aangeleverd en dat in de jaren voorafgaande aan het faillissement 'langere tijd' niemand op kantoor is geweest. Als er al administratie zou zijn verdwenen, is dat in belangrijke mate te wijten aan de bestuurders zelf.

De bestuurders hebben nog betoogd dat zij meer geld in de onderneming hebben gestoken dan zij eruit hebben gehaald en dat zij kampten met gezondheidsproblemen. Ook deze omstandigheden zijn volgens het hof geen reden voor matiging: het gaat erom of schuldeisers zijn benadeeld. De gezondheidsproblemen zijn geen reden voor matiging, omdat de oorzaak van het feit dat de jaarrekeningen niet zijn gepubliceerd, ligt in een discussie met de accountant. Voorts is niet komen vast te staan dat de bestuurders geen reële gelegenheid hadden om de jaarrekeningen op te maken.

Aldus wordt het beroep op matiging afgewezen en worden gedaagden hoofdelijk veroordeeld tot betaling van het faillissementstekort.

Wenk

In curatorenland wordt doorgaans wel aangenomen dat als aan de bestuurders énkél kan worden verweten dat de jaarrekening niet tijdig is gepubliceerd, een beroep op artikel 2:248 BW niet snel slaagt, omdat het vermoeden dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een

belangrijke oorzaak is van het faillissement in dat geval gemakkelijk weerlegd kan worden. Toch is het maar de vraag of de rechtspraak daar ook zo over denkt. Het hof overweegt in deze zaak – zonder nadere onderbouwing – dat *‘het verzuim de jaarrekening te publiceren, een belangrijke oorzaak’* is van het faillissement. Andere oorzaken die door het bestuur zijn aangewezen, worden snel terzijde geschoven, omdat het hof vindt dat het bestuur passende maatregelen had moeten treffen. Het is echter niet altijd eenvoudig om maatregelen te treffen tegen een dalende omzet.

Daarbij lijkt het erop dat het hof – impliciet – groot belang hecht aan het feit dat er tevens geen deugdelijke administratie is overgelegd. Dat laatste is een zelfstandige grond voor aansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW, en vaak is dat ook een veel sterkere grond: het voeren van een deugdelijke administratie is immers essentieel voor het bestuur van een onderneming. In dit licht bezien is het uiteindelijke oordeel van het hof goed te begrijpen.

Overigens merken wij nog op dat het bijzonder is dat het hof stelt dat indien de jaarrekening niet wordt gepubliceerd ‘onweerlegbaar vermoed’ wordt dat er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Blijkens artikel 2:248 lid 2 BW is geen sprake van een ‘onweerlegbaar vermoeden’; als niet wordt voldaan aan de publicatieplicht, staat kennelijk onbehoorlijk bestuur gewoon vast.

A.N. Minnema & A.D. van Dalen, februari 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 28-01-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:256

Zaaknummer: 200.245.397/01

Rechters: H.A.G. Fikkers, A.J. Henzen en L.S. Frakes

Advocaten: A.L. Stegeman en G.E.E.M. van der Heijden

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Rechtbank wijst faillissementsverzoek af wegens het ontbreken van een vorderingrecht

De curatoren van VDH, de moederverenootschap van modeketen Witteveen, verzoeken het faillissement uit te spreken van een dochter van VDH. De rechtbank wijst het verzoek af, omdat VDH slechts vordering onder opschortende voorwaarde heeft en aan de voorwaarde niet is voldaan. De rechtbank oordeelt dat de vordering niet op grond van de overeenkomst opeisbaar is omdat het faillissement van de dochter is aangevraagd. Nu de curatoren zelf de vervulling van deze voorwaarde hebben veroorzaakt, moet deze voorwaarde als niet vervuld worden beschouwd.

In deze procedure gaat het om het verzoek van de curatoren van Victory and Dreams Holding B.V. (hierna: VDH) het faillissement uit te spreken van een van de dochters van VDH. VDH is de moederverenootschap van modeketen Witteveen. De bewuste dochter betrof een inkoopverenootschap; deze verenootschap kocht kleren in die zij op consignatiebasis of onder eigendomsvoorbehoud doorleverde aan Witteveenwinkels.

De curatoren leggen aan hun verzoek een rekening-courantvordering ten grondslag. Deze vordering ziet op een krediet dat VDH aan gerekestreerde heeft verstrekt voor de inkoop van kleding. De vordering wordt door de gerekestreerde niet betwist. Gerekestreerde stelt zich ten verweer echter op het standpunt dat de vordering van VDH niet opeisbaar is. De verplichting tot aflossing wordt namelijk opgeschort op het moment dat gerekestreerde op haar beurt niet betaald wordt voor de door haar doorgeleverde kleding. Dit volgt uit de overeenkomst tussen VDH en gerekestreerde waarin de rekening-courantverhouding zijn oorsprong vindt. De rechtbank oordeelt dat inderdaad sprake is van een voorwaardelijke vordering en dat de opschortende voorwaarde voor de verschuldigdheid van de vordering niet is vervuld.

De curatoren stellen zich verder nog op het standpunt dat de vordering van VDH inmiddels hoe dan ook opeisbaar is geworden. Zij beroepen zich daarbij op een bepaling in de eerder

aangehaalde overeenkomst die bepaalt dat de vordering o.a. direct opeisbaar is wanneer het faillissement van gerekestreerde is aangevraagd of wanneer VDH goede grond zou hebben te vrezen dat gerekestreerde zal tekortschieten in de nakoming van haar betalingsverplichting jegens VDH. Dit argument wordt door de rechtbank gepasseerd. Analoog aan artikel 6:23 lid 2 BW oordeelt de rechtbank dat, nu de curatoren zelf de vervulling van de voorwaarde met de indiening van een faillissementsverzoek hebben veroorzaakt, deze voorwaarde als niet vervuld moet worden beschouwd. Dat gegronde vrees zou bestaan dat gerekestreerde niet aan haar betalingsverplichtingen jegens VDH zal voldoen, is volgens de rechtbank niet aan de orde. Gerekestreerde is namelijk in een procedure verwickeld met als inzet betaling van een bedrag van € 310.000 voor door gerekestreerde doorgeleverde kleding.

De rechtbank wijst al met al wegens het ontbreken van een vordering van VDH op gerekestreerde het verzoek van de curatoren af.

In deze procedure oordeelt de rechtbank ook over de vraag of zij bevoegd is over het verzoek van de curatoren van VDH te oordelen. Gerekestreerde betoogt dat dit niet het geval is, nu haar statutaire zetel in Nederland is gelegen, maar zij kantoor houdt in België. De rechtbank oordeelt dat het centrum van activiteiten van gerekestreerde wel nog altijd in Nederland ligt. De kernactiviteiten van gerekestreerde werden namelijk in Nederland verricht en in België niet voortgezet; in België worden slechts administratieve werkzaamheden ontplooid. De rechtbank acht dat onvoldoende om het vermoeden te weerleggen dat de statutaire vestigingsplaats het centrum van de activiteiten is.

W.T.N. Vlasveld, februari 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 10-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:98

Zaaknummer: C/13/676340 FT RK 19/1944

Rechters: W.M. de Vries

Advocaten: mr. K.C.S. Meekes, mr. drs. M.M. Eveleens-van der Zwaag en H. Loonstein

Wetsartikelen: 6 Fw en 6:23 BW

RECHTSPRAAK

Ontslag verzekerde inbewaringstelling bestuurder

Een bestuurder wordt ontslagen uit de verzekerde inbewaringstelling, omdat het bevel door de rechtbank is verlengd terwijl de termijn van de inbewaringstelling reeds was verstreken. De bestuurder zit daarom zonder geldige titel gedetineerd.

In 2016 zijn diverse vennootschappen failliet verklaard. De Rechtbank Overijssel heeft op 27 november 2019 de verzekerde inbewaringstelling van de (middellijk) bestuurder van deze vennootschappen bevolen op grond van artikel 87 Fw, omdat de bestuurder herhaaldelijk niet heeft voldaan aan zijn informatie- en medewerkingsverplichting. Op grond van dit bevel is de bestuurder op 3 december 2019 in bewaring gesteld. De bestuurder heeft op 16 december 2019 verzocht hem te ontslaan uit de verzekerde inbewaringstelling, althans de inbewaringstelling te schorsen. De rechtbank heeft dit verzoek op 20 december 2019 afgewezen. In dezelfde beschikking is het verzoek van de curator tot verlening van de inbewaringstelling afgewezen. Op 3 januari 2020 heeft de rechtbank de verlening van de inbewaringstelling bevolen.

De bestuurder gaat in beroep tegen de beschikking van 20 december 2019 en verzoekt op grond van artikel 88 Fw om hem uit de inbewaringstelling te ontslaan. De bestuurder voert daartoe onder meer aan dat de termijn van de inbewaringstelling was verstreken op het moment dat de rechtbank de termijn verlengde. Het hof overweegt dat de inbewaringstelling die op 27 november 2019 was bevolen, verstreek op 1 januari 2020. Op grond van artikel 87 lid 3 Fw is het bevel immers niet langer dan dertig dagen geldig, te rekenen van de dag waarop het ten uitvoer is gelegd. De rechtbank kon de inbewaringstelling daarom niet verlengen op 3 januari 2020. Het hof overweegt dat de bestuurder daarom zonder geldige titel gedetineerd zit en ontslaat de bestuurder uit de verzekerde bewaring.

H.J. de Kloe, februari 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 11-02-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:1262

Zaaknummer: 200.271.327

Rechters: L.J. de Kerpel-van Poel, D. Stoutjesdijk en I.M. Bilderbeek

Advocaten: F.H.H. Sijbers

Wetsartikelen: 87 Fw, 88 Fw, 105 Fw, 105a Fw en 106 Fw

RECHTSPRAAK

Over boedelvordering hoeft in beginsel geen rente te worden betaald

Vordering tot betaling van een boedelvordering wordt afgewezen, omdat vooralsnog onduidelijk is of de boedel toereikend is om alle boedelvordering te voldoen. Daarnaast oordeelt het hof dat de boedel geen rente verschuldigd is over een boedelvordering. Een renteverplichting vloeit niet voort uit de wet en is niet door de curator aangegaan. De curator handelt ook niet onrechtmatig door de boedelvordering niet direct te voldoen, omdat het voor de curator nog niet duidelijk is of de boedelvordering volledig kan worden voldaan.

PaperlinX B.V. huurde bedrijfs- en kantoorruimte van X C.V. ('de verhuurder'). Nadat op 15 april 2015 voorlopige surseance is verleend aan PaperlinX, is de surseance op 16 april 2015 omgezet in een faillissement. De curatoren van PaperlinX hebben op 20 juli 2015 de huurovereenkomst opgezegd per 31 oktober 2015. De huurpenningen die verschuldigd zijn geworden tijdens surseance en faillissement, bedragen ongeveer € 584.000. Omdat er een geschil is met een aantal Belgische werknemers over de vraag of een zogenoemde verbrekingsvergoeding kwalificeert als boedelvordering of als niet-verifieerbare vordering, is het voor de curatoren nog onduidelijk of een uitkering gedaan kan worden aan de concurrente schuldeisers. Desondanks hebben de curatoren een verificatievergadering uitgeschreven.

De verhuurder vordert (onder meer) de curatoren te veroordelen tot betaling van de boedelvordering en voor recht te verklaren dat rente verschuldigd is over de boedelvordering. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen, omdat een boedeltekort niet is uitgesloten. Ook het hof wijst de vorderingen van de verhuurder af. De vordering tot betaling van de boedelvordering wordt afgewezen, omdat vooralsnog niet duidelijk is of alle faillissementskosten betaald kunnen worden. Dat de curatoren een verificatievergadering hebben uitgeschreven doet hieraan niet af.

Partijen hebben het hof verzocht de vraag of rente verschuldigd is over de boedelvordering van

de verhuurder als prejudiciële vraag voor te leggen aan de Hoge Raad. Het hof vindt dit niet nodig en doet de zaak zelf af. Het hof beoordeelt of de betaling van rente onder een van de categorieën uit *Koot Beheer/Tideman* (HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108) valt. Dit is niet het geval. Dat rente verschuldigd is over de huurvordering volgt niet uit artikel 39 Fw en vloeit hier ook niet uit voort (eerste categorie). De curator is ook geen renteverplichting aangegaan bij rechtshandeling (tweede categorie). Tot slot handelt de curator ook niet onrechtmatig door de huurvordering niet direct te betalen (derde categorie). Voor zover de boedel ontoereikend is om een bepaalde vordering te voldoen, komt de curator in zijn hoedanigheid niet in verzuim te verkeren en is hij ook geen rente verschuldigd over een boedelschuld. Hetzelfde geldt naar analogie van artikel 6:37 BW 'in beginsel' ook zolang het voor de curator niet duidelijk is of er voldoende middelen zijn om een boedelvordering te voldoen. Het hof is hiermee van oordeel dat geen rente verschuldigd is over de boedelvordering van de verhuurder en bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter.

H.J. de Kloe, februari 2020

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 11-02-2020

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2020:153

Zaaknummer: 200.235.456/01

Rechters: M.T. Nijhuis, J.W. Frieling en J.A. van Dorp

Advocaten: R.J. van Betten

Wetsartikelen: 39 Fw en 6:37 BW

RECHTSPRAAK

Toestemming van de R-C om goederen te verkopen wordt niet teruggedraaid

Een schuldeiser komt op tegen de wijze waarop de curator inventaris en voorraden heeft verkocht. Hij wordt niet-ontvankelijk verklaard in zijn beroep tegen de beschikking van de R-C op grond van artikel 176 lid 1 Fw en zijn beroep tegen de beslissing op een artikel 69-verzoek wordt afgewezen. Met wenk.

Mr. Cerutti is aangesteld tot curator in de faillissementen van Teeling Petfood Opmeer B.V. en Teeling Petfood Veenwouden B.V. (hierna gezamenlijk: 'Teeling'). De curator heeft op grond van artikel 176 Fw toestemming gevraagd aan de rechter-commissaris voor verkoop van de inventaris en voorraden van Teeling voor € 225.000. De R-C heeft deze toestemming verleend. Appellant heeft de R-C verzocht de toestemming niet te verlenen of, voor het geval de toestemming al was verleend, deze in te trekken. Daarnaast verzocht appellant (kennelijk als schuldeiser op grond van art. 69 Fw) een bevel aan de curator te geven om het taxatierapport en/of de inventarislijst ter beschikking te stellen aan appellant en zowel hem als een andere partij in de gelegenheid te stellen een bod uit te brengen op de activa. De R-C heeft de verzoeken van appellant afgewezen, omdat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers het beste werden gediend met de transactie waarvoor toestemming is gegeven.

Appellant gaat in beroep tegen zowel de beschikking waarbij de R-C de toestemming heeft verleend, als de beschikking waarbij het verzoek van appellant is afgewezen. De rechtbank overweegt dat appellant niet-ontvankelijk is in zijn beroep tegen de verleende toestemming. In de eerste plaats is het beroep te laat ingesteld en ten tweede is appellant geen partij bij de beschikking.

Ten aanzien van het verzoek tot intrekking overweegt de rechtbank dat een dergelijk verzoek in strijd is met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Een beschikking van de R-C op grond van artikel 176 lid 1 Fw is volgens de rechtbank vatbaar voor beroep en kan alleen door de rechtbank worden aangetast naar aanleiding van een beroep dat is ingesteld op grond van artikel 67 lid 1 Fw. De R-C is niet bevoegd zelf haar beschikking in te trekken. De afwijzing van

het verzoek tot intrekking laat de rechtbank daarom in stand. De beslissing om geen taxatierapport en/of inventarislijst te verstrekken blijft ook in stand, omdat appellant zijn belang bij dit verzoek onvoldoende heeft gesteld.

Tot slot laat de rechtbank ook de beslissing van de R-C om appellant en een andere partij niet in de gelegenheid te stellen een bod uit te brengen op de activa in stand. De overeenkomst tot verkoop van de activa is aangegaan onder voorbehoud van toestemming door de R-C. Nu deze toestemming is gegeven en tegen de beschikking van de R-C geen rechtsmiddel meer openstaat, is een onvoorwaardelijke koopovereenkomst tot stand gekomen. Om deze reden acht de rechtbank het kennelijk niet zinvol appellant en een andere partij in de gelegenheid te stellen een bod uit te brengen.

Wenk

De rechtbank overweegt, onder verwijzing naar HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1799, INS 2018-0234, dat een beschikking van de R-C op grond van artikel 176 lid 1 Fw vatbaar is voor beroep (r.o. 3.4). Volgens mij is dat een onjuiste lezing van het arrest van de Hoge Raad. In het genoemde arrest oordeelt de Hoge Raad dat op grond van artikel 69 Fw opgekomen kan worden tegen verkoop van goederen door de curator, ook als het gaat om een onderhandse verkoop waarvoor de R-C op grond van artikel 176 lid 1 Fw toestemming moet verlenen. Tegen de beslissing van de R-C om geen bevel aan de curator te geven om de goederen al dan niet op een bepaalde wijze te verkopen, staat beroep open op grond van artikel 67 lid 1 Fw. Dat op grond van artikel 67 lid 1 Fw geen beroep ingesteld kan worden tegen de beschikking van de R-C waarbij toestemming in de zin van artikel 176 lid 1 Fw is verleend, maakt dit alles niet anders. Kortom: er kan geen beroep ingesteld worden tegen de verleende toestemming op grond van artikel 176 lid 1 Fw, maar onder meer schuldeisers kunnen wel opkomen tegen de wijze waarop de curator goederen wil verkopen op de voet van artikel 69 Fw. Tegen een beslissing op een dergelijk verzoek staat beroep open.

H.J. de Kloe, februari 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 07-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:922

Zaaknummer: C15/299044 / FT RK 20-111 en C15/299127 / FT RK 20-25

Rechters: W.S.J. Thijs

Advocaten: R.M. Köhne

Wetsartikelen: 67 lid 1 Fw, 69 Fw en 176 lid 1 Fw

RECHTSPRAAK

Faillietverklaring bestuurder wegens bestuurdersaansprakelijkheidsvordering

Gedupeerde beleggers verzoeken de faillietverklaring van een bestuurder van een Amerikaanse vennootschap. Het verzoek wordt toegewezen, omdat verzoekers een vordering op de bestuurder hebben op grond van onrechtmatige daad. De bestuurder heeft namelijk in strijd met artikel 2:65 Wft rechten van deelneming in een beleggingsinstelling aangeboden in Nederland zonder te beschikken over een vergunning van de AFM.

Een in Nederland woonachtige natuurlijke persoon heeft als bestuurder van een Amerikaanse rechtspersoon in strijd met de Wft rechten van deelneming in een beleggingsinstelling aangeboden. Op grond van artikel 2:65 Wft is het namelijk niet toegestaan dergelijke rechten aan te bieden in Nederland zonder vergunning van de AFM en door de AFM was geen vergunning verleend. Diverse deelnemers, die aanmerkelijke bedragen hebben ingelegd die verloren zijn gegaan, verzoeken het faillissement uit te spreken van de bestuurder. Verzoekers stellen dat zij een vorderingsrecht hebben op de bestuurder, omdat hij jegens hen ernstig verwijtbaar onrechtmatig heeft gehandeld door in strijd met de Wft rechten van deelneming in een beleggingsinstelling aan te bieden.

De rechtbank spreekt het faillissement uit van de bestuurder. Vaststaat dat de bestuurder zelf de rechten heeft aangeboden in Nederland zonder over een vergunning te beschikken en daarmee in strijd heeft gehandeld met de Wft. De bestuurder heeft hiermee ernstig verwijtbaar gehandeld jegens verzoekers. Dat verweerder zelf ook slachtoffer is van fraude en geprobeerd heeft de schade te beperken, doet hieraan niet af. Ook is summierlijk gebleken dat verzoekers schade hebben geleden, omdat verweerder aanvoert dat sprake is van een piramideconstructie. Van de ingelegde gelden (4,8 miljoen dollar) is slechts een fractie belegd (85.000 dollar), 2,3 miljoen dollar is uitgekeerd aan andere beleggers en 2,3 miljoen dollar is uitgekeerd aan de bestuurders van de Amerikaanse vennootschap als management fee. Volgens de bestuurder is er nog 120.000 dollar over. De bestuurder heeft niet gesteld dat de

vennootschap over voldoende (ander) vermogen beschikt om het tekort van beleggers te compenseren.

Omdat zowel verzoekers als verweerder hun gewone verblijfplaats in Nederland hebben, is Nederlands recht van toepassing op de vordering van verzoekers (art. 4 lid 2 Rome II-Verordening). De stelling van de bestuurder dat zijn aansprakelijkheid op grond van artikel 10:119 sub e BW moet worden beoordeeld naar het recht van Wyoming verwerpt de rechtbank, omdat verzoekers hun vordering niet baseren op zijn hoedanigheid als bestuurder maar op onrechtmatige daad.

H.J. de Kloe, februari 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 04-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:891

Zaaknummer: FT RK 19-685

Rechters: C. de Jong

Advocaten: G.T.J. Hoff en R. van den Berg Jeths

Wetsartikelen: 6 Fw, 6:162 BW en 2:65 Wft

RECHTSPRAAK

Afwijzing eigen aangifte bv omdat te executeren vermogen ontbreekt

De eigen aangifte tot faillietverklaring van een bv wordt afgewezen. De vennootschap maakt misbruik van haar bevoegdheid tot eigen aangifte, omdat de vennootschap geen te executeren vermogen heeft. De uitspraak van de rechtbank is in strijd met jurisprudentie van de Hoge Raad. Met wenk.

Een bv doet eigen aangifte tot faillietverklaring. De middellijk bestuurder heeft tijdens de zitting verklaard dat de vennootschap geen baten heeft. De rechtbank wijst de faillissementsaanvraag af, ondanks de overweging dat aan de wettelijke eisen voor een faillietverklaring is voldaan. Naar het oordeel van de rechtbank misbruikt de vennootschap haar bevoegdheid tot het doen van eigen aangifte, omdat het de vennootschap ontbreekt aan te executeren vermogen. De vennootschap heeft geen belang bij een faillissement. Daartegenover staat het belang van de curator om verschoond te blijven van een faillissement waarin op voorhand vaststaat dat er geen middelen zijn om het salaris van de curator te voldoen. Er zijn ook geen belangen van derden zoals werknemers die het uitspreken van een faillissement rechtvaardigen.

Wenk

Naar het oordeel van de Hoge Raad kan een faillissement uitsluitend op verzet vernietigd worden wegens gebrek aan te executeren vermogen, nadat de curator met de nodige gegrondheid onderzoek heeft verricht naar de aanwezigheid van vermogen (HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636; HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3269). De Hoge Raad overweegt in het laatstgenoemde arrest dat dit ertoe kan leiden dat een curator werkzaamheden moet verrichten zonder daar een vergoeding voor te krijgen, maar naar het oordeel van de Hoge Raad gaat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten om verdergaand aan dit bezwaar tegemoet te komen. Directe afwijzing van het verzoek of niet-ontvankelijkverklaring van een verzoeker wegens het ontbreken van te executeren vermogen behoort naar het oordeel van de Hoge Raad niet tot de mogelijkheden.

De Rechtbank Rotterdam denkt hier kennelijk anders over. Stelselmatig wordt een faillissement niet uitgesproken op eigen aangifte als de schuldenaar geen vermogen heeft. De rechtbank wijst de aanvragen in die gevallen af wegens misbruik van bevoegdheid of verklaart de aanvrager niet-ontvankelijk in het verzoek wegens gebrek aan belang (zie bijvoorbeeld de uitspraken van 20 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8103, INS 2018-0283; 2 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5048, INS 2019-0062 en 21 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:746, INS 2020-0046).

Het is evident niet in het belang van de aangestelde curator als een schuldenaar die op het eerste oog geen vermogen heeft failliet wordt verklaard. De curator wordt betaald uit de boedel en als de schuldenaar geen vermogen heeft, moet de curator zijn werk gratis verrichten. De Hoge Raad heeft dit probleem onderkend, maar geoordeeld dat het niet aan de rechter maar aan de wetgever is om dit probleem op te lossen. Het is opmerkelijk dat de Rechtbank Rotterdam desondanks haar eigen koers vaart en toch (naar het oordeel van de Hoge Raad) plaatsneemt op de stoel van de wetgever.

Zie over deze problematiek ook J.O. Bijloo & M. Hoogendoorn, “Misbruik” van misbruik van bevoegdheid bij de faillissementsaanvraag, in: *De Curator en het Faillissementsproces(recht)* (Insolad Jaarboek 2020), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 3-16 en F.M.J. Verstijlen, ‘Verleden, heden en toekomst van het misbruik van faillissementsrecht’, *TvI* 2019/23.

H.J. de Kloe, februari 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 30-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:796

Zaaknummer: FT EA 20/102

Rechters: J.C.A.T. Frima

Wetsartikelen: 6 Fw

RECHTSPRAAK

Europese Executoriale Titel wordt afgewezen voor veroordeling in de faillissementskosten

Een curator verzoekt om een arrest waarbij de faillissementskosten ten laste van de wederpartij zijn gebracht aan te merken als een Europese Executoriale Titel (EET). Naar het oordeel van het hof is de EET-Vo hierop niet van toepassing. De curator heeft ook geen EET nodig, omdat het arrest op grond van artikel 32 IVO (herschikking) zonder verdere formaliteiten wordt erkend en ten uitvoer kan worden gelegd binnen de EU.

Een faillissement van een Nederlandse bv is uitgesproken op verzoek van een in Duitsland woonachtige partij. In hoger beroep is het faillissement vernietigd door het Hof 's-Hertogenbosch. De faillissementskosten zijn op grond van artikel 15 lid 3 Fw ten laste gebracht van de verzoeker van het faillissement. In deze procedure verzoekt de curator het arrest van het hof te waarmerken als een Europese Executoriale Titel (EET) in de zin van de EET-Vo (Verordening (EG) 805/2004).

Het hof verklaart de curator niet-ontvankelijk in zijn verzoek. Uit artikel 2 lid 2 onder b EET-Vo volgt namelijk dat de EET-Vo niet van toepassing is op 'het faillissement, het akkoord en soortgelijke procedures'. Het arrest waarbij de faillissementskosten ten laste van de verzoeker van het faillissement zijn gebracht, kwalificeert het hof als een uitspraak in de zin van artikel 2 lid 2 onder b EET-Vo. Ten overvloede overweegt het hof dat geen sprake is van een niet-betwiste vordering in de zin van artikel 3 EET-Vo, nu de Duitse partij zich in beroep heeft verzet tegen vernietiging van het faillissement en daarmee tegen de veroordeling in de faillissementskosten. Zou de curator wel ontvankelijk zijn geweest, dan had het verzoek daarom moeten worden afgewezen.

Het hof helpt de curator wel een handje, door te overwegen dat het arrest waarbij de Duitse partij is veroordeeld in de faillissementskosten zonder verdere formaliteiten wordt erkend en ten uitvoer kan worden gelegd op grond van artikel 32 IVO (herschikking). De curator heeft

dus geen EET nodig om de faillissementskosten in andere EU-lidstaten (m.u.v. Denemarken) te verhalen.

H.J. de Kloe, februari 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 30-01-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:285

Zaaknummer: 200.263.621/02

Rechters: R.R.M. de Moor, S.M.A.M. Venhuizen en A.P. Zweers-van Vollenhoven

Advocaten: A.J. van der Knijff

Wetsartikelen: 2 lid 2 onder b EET-Vo, 7 EET-Vo en 32 IVO (herschikking)

RECHTSPRAAK

Schuldenaar niet-ontvankelijk in faillissementsaanvraag

Een natuurlijk persoon is niet-ontvankelijk in zijn faillissementsaanvraag, omdat hij geen te executeren vermogen heeft.

Een natuurlijk persoon heeft verzocht zijn eigen faillissement uit te spreken. De rechtbank overweegt dat verzoeker weliswaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, maar dat hij geen belang heeft bij het verzoek omdat hij geen te executeren vermogen heeft. Er zijn ook geen belangen van derden zoals werknemers die het uitspreken van een faillissement rechtvaardigen. De rechtbank verklaart verzoeker niet-ontvankelijk in zijn verzoek.

H.J. de Kloe, februari 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 21-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:746

Zaaknummer: C/10/589283 / FT EA 20/18

Rechters: C. de Jong

Advocaten: J.S.W. Boorsma

Wetsartikelen: 6 Fw

RECHTSPRAAK

Registratie pandakte staat niet vast

Als bewijs van de registratie van een pandakte legt ING een aan de pandakte gehecht KvK-uittreksel over waarop een stempel van de Belastingdienst staat. Weliswaar staat vast dat iets is geregistreerd, maar niet dat de pandakte is geregistreerd.

TLC Ted's Leisure Company B.V. ('TLC') heeft een kredietovereenkomst gesloten met (de rechtsvoorganger van) ING. In de kredietovereenkomst van 18 juli 2013 is vermeld dat TLC alle huidige en toekomstige vorderingen op derden verpandt aan ING. Gedaagde is vermoedelijk bestuurder van TLC (door de anonimisering is dat niet direct op te maken uit de uitspraak, daarin staat: '[gedaagde] is [functie]' van TLC) en heeft een schuld aan TLC uit hoofde van een rekening-courantverhouding. Op 26 mei 2015 is het pandrecht namens ING meegedeeld aan gedaagde.

ING vordert gedaagde te veroordelen tot betaling van de vordering van TLC op gedaagde aan ING als pandhouder. Gedaagde betwist dat de vordering rechtsgeldig is verpand, omdat de pandakte niet is geregistreerd bij de Belastingdienst. ING legt de kredietovereenkomst van 18 juli 2013 over met daarachter een KvK-uittreksel van TLC. Op het KvK-uittreksel staat een stempel van de Belastingdienst met als dagtekening 6 augustus 2013. Volgens ING is haar ervaring dat de Belastingdienst een stempel plaatst op de laatste pagina van het pakket dat wordt verstuurd. Nu de laatste pagina in dit geval een KvK-uittreksel was, is hierop een stempel geplaatst. De rechtbank constateert dat dit in strijd zou zijn met artikel 18 lid 1 Uitvoeringsregeling Registratiewet 1970, waaruit volgt dat op het eerste blad van de akte een stempel wordt geplaatst. Weliswaar staat vast dat iets is geregistreerd bij de Belastingdienst, maar of de pandakte is geregistreerd kan niet worden vastgesteld. De vordering van ING wordt dan ook afgewezen, omdat niet is komen vast te staan dat ING een rechtsgeldig pandrecht heeft op de vordering.

H.J. de Kloe, februari 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 08-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:305

Zaaknummer: C/13/662429 / HA ZA 19-234

Rechters: A. Eichperger

Advocaten: T.J.P. Jager

Wetsartikelen: 3:239 BW en 18 lid 1 Uitvoeringsregeling Registratiewet 1970

RECHTSPRAAK

Curator is in beginsel geen bewaarder in de zin van artikel 2:24 lid 1 BW

Het hof oordeelt (anders dan de voorzieningenrechter) dat artikel 193 lid 3 Fw ook van toepassing is op failliete rechtspersonen. De vordering van de (middellijk) bestuurder tot afgifte van de administratie van een bv waarvan het faillissement inmiddels is beëindigd, wordt toegewezen. Uit de statuten volgt dat het bestuur optreedt als vereffenaar. Hierin ligt naar het oordeel van het hof besloten dat het bestuur bewaarder is in de zin van artikel 2:24 lid 1 BW.

Appellant 1, H'lem Afbouw B.V. ('Afbouw'), is op 6 september 2016 failliet verklaard. Enig bestuurder en aandeelhouder van Afbouw was H'lem Bouw B.V. ('Bouw'). Appellant sub 2 ('de middellijk bestuurder') is enig bestuurder een aandeelhouder van Bouw. Appellanten worden gezamenlijk 'de bestuurders' genoemd.

De curator meende dat de bestuurders aansprakelijk waren tegenover de gezamenlijke schuldeisers, omdat zij de onderneming te lang hebben voortgezet en namens de vennootschap verplichtingen zijn aangegaan die niet nagekomen konden worden. De curator heeft dit standpunt gedeeld met (de advocaat van) concurrente schuldeisers en vermeld in het faillissementsverslag. Hoewel de bestuurders aansprakelijkheid van de hand wezen, hebben zij met de curator geschikt voor € 120.000 om van het geschil af te zijn. Het faillissement van Afbouw is op 21 februari 2018 na vereenvoudigde afwikkeling geëindigd. Aan de concurrente schuldeisers is geen uitkering gedaan. De curator heeft het grootste deel van de administratie van Afbouw in februari 2018 afgegeven aan de middellijk bestuurder.

Ter voorbereiding van een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure hebben de concurrente schuldeisers de curator in kort geding gedagvaard en op grond van artikel 843a Rv afgifte gevorderd van stukken die verband houden met het faillissement van Afbouw, waaronder een deel van de administratie. De curator heeft de middellijk bestuurder gevraagd of hij akkoord was met afgifte van de gevorderde stukken. De middellijk bestuurder gaf aan hiermee niet

akkoord te zijn en verzocht afgifte van de laatste map administratie van Afbouw die nog in het bezit was van de curator. Omdat de curator hiertoe niet overging, hebben de bestuurders de curator in kort geding gedagvaard en afgifte gevorderd van (een kopie van) de (laatste map met) administratie van Afbouw.

De voorzieningenrechter heeft de zaken gevoegd behandeld en op 13 september 2018 vonnis gewezen. De vorderingen van de concurrente crediteuren zijn (grotendeels) toegewezen. De vordering van de (middellijk) bestuurders tot afgifte van de administratie is afgewezen. De voorzieningenrechter overweegt dat artikel 193 lid 3 Fw, waarin is opgenomen dat de administratie na het einde van het faillissement afgegeven moet worden aan de schuldenaar, niet van toepassing is op een gefailleerde rechtspersoon. Op grond van artikel 2:24 lid 1 BW moet de administratie van een ontbonden rechtspersoon gedurende zeven jaar bewaard blijven. De curator kan besluiten de administratie zelf te bewaren. De vordering tot afgifte van een kopie van de administratie is wel toegewezen.

De bestuurders gaan in beroep. Naar het oordeel van het hof is artikel 193 lid 3 Fw ook van toepassing op failliete rechtspersonen. Uit de wetsgeschiedenis volgt immers dat artikel 2:24 lid 1 BW ook van toepassing is op rechtspersonen die door insolventie zijn ontbonden. Op grond van artikel 2:24 lid 1 BW is degene die bij of krachtens de statuten of door de algemene vergadering als zodanig is aangewezen bewaarder. Uit de statuten van Afbouw volgt dat vereffening geschiedt door het bestuur. Hierin ligt naar het oordeel van het hof besloten dat het bestuur ook optreedt als bewaarder. Slechts indien een bewaarder ontbreekt, kan de curator door de kantonrechter aangewezen worden als bewaarder op grond van artikel 2:24 lid 2 BW. Nu het bestuur heeft te gelden als bewaarder, vernietigt het hof het vonnis van de voorzieningenrechter en wordt de vordering tot afgifte van de administratie toegewezen.

H.J. de Kloe, februari 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:4414

Zaaknummer: C/15/275862 / KG ZA 18-649

Rechters: J.M. de Jongh, M.M. Korsten-Krijnen en H. Koster

Advocaten: R.J. Hoff

Wetsartikelen: 193 Fw en 2:24 BW

RECHTSPRAAK

Tussenkomst door curator

Een curator vordert in zijn hoedanigheid van curator van de ene vennootschap dat het hem wordt toegestaan tussen te komen in een gerechtelijke procedure die speelt tussen twee andere vennootschappen, waarbij hij tevens curator is van de bestuurder van een van de procespartijen. De vordering tot tussenkomst is in eerste aanleg afgewezen, maar wordt in hoger beroep alsnog toegestaan omdat de curator belang heeft bij de tussenkomst.

Appellant is de curator van Recycling B.V. ('de curator'). Recycling B.V. ('Recycling') is onderdeel van een groep van vennootschappen waartoe ook Vastgoed en Materieel B.V. ('Vastgoed BV') en Afval Recycling Midden-Limburg B.V. ('Afval Recycling') behoren. Recycling is enig aandeelhouder van Afval Recycling. Afval Recycling wordt bestuurd door Beheer B.V. Ook Beheer B.V. is failliet verklaard en de curator is ook in dit faillissement aangesteld als curator.

Partijen verschillen van mening over de vraag of Vastgoed BV de koopprijs van een onroerende zaak aan Afval Recycling heeft betaald. Vastgoed BV stelt zich op het standpunt dat de koopprijs is betaald door verrekening in rekening-courant. De curator betwijfelt dit en heeft een externe partij ingeschakeld om de transactie te analyseren.

Op 19 juni 2018 wordt de curator geconfronteerd met een verstekvonnis van 30 mei 2018 waarin Afval Recycling is veroordeeld medewerking te verlenen aan de levering van de onroerende zaak aan Vastgoed BV, bij gebreke waarvan het vonnis in de plaats zal treden van de wilsverklaring en handtekening van Afval Recycling om de levering te bewerkstelligen.

Vervolgens zijn partijen een minnelijke regeling overeengekomen. Gevolg van deze minnelijke regeling was dat verzet kon worden ingesteld tegen het verstekvonnis en dat het debat over de vraag of de koopsom door Vastgoed BV is betaald ten volle in rechte kan worden gevoerd.

In die procedure vordert Afval Recycling in reconventie dat voor recht wordt verklaard dat Vastgoed BV de koopsom niet aan Afval Recycling heeft betaald, dat Vastgoed BV wordt veroordeeld deze alsnog te betalen, en dat wordt bepaald dat – bij niet betaling van de koopsom – de koopovereenkomst zal zijn ontbonden in welk geval Vastgoed BV verplicht is de onroerende zaak terug te leveren.

De curator wenst op grond van artikel 217 Rv in de procedure tussen te komen. In eerste aanleg heeft de rechtbank deze vordering afgewezen. In dit hoger beroep heeft de curator zijn eis gewijzigd in die zin dat de vordering die de curator als tussenkomende partij jegens Vastgoed BV wenst in te stellen, voorwaardelijk zal worden ingesteld – namelijk onder de voorwaarde dat de vorderingen van Afval Recycling op formele gronden worden afgewezen (bijvoorbeeld omdat Afval Recycling niet bevoegdlijk vertegenwoordigd zou worden door de curator, in zijn hoedanigheid van curator van Beheer B.V. - bestuurder van Afval Recycling).

Het gerechtshof oordeelt dat de curator belang heeft bij tussenkomst, omdat een eventuele afwijzing van de vordering in reconventie van Afval Recycling ertoe zal leiden dat de onroerende zaak niet wordt teruggeleverd en Afval Recycling geen koopprijs ontvangt. Dit is nadelig voor de waarde van de aandelen van Recycling en voor de positie van Recycling als schuldeiser van Afval Recycling, nu dit haar verhaalsmogelijkheden beperkt.

Anders dan Vastgoed BV stelt, is de tussenkomst door de curator niet te kwalificeren als misbruik van recht, nu vast is komen te staan dat de curator een belang heeft bij tussenkomst en zich in de procedure heeft gemengd op een moment dat het verweer van Recycling daartoe aanleiding gaf. Omdat het inherent is aan een vordering tot tussenkomst dat de procedure daardoor langer duurt, komt de goede procesorde daarmee ook niet in het geding. Ook oordeelt het hof dat de tussenkomst juist bevorderlijk kan zijn voor de waarheidsvinding, de proceseconomie dient en voorkomt dat tegenstrijdige beslissingen worden genomen.

Vastgoed BV heeft nog aangevoerd dat de schadevordering die de curator wenst in te stellen ten tijde van de faillietverklaring niet tot de boedel behoorde en dat het instellen van een dergelijke schadevordering niet tot het beheren en/of het vereffenen door de curator behoort. Het gerechtshof gaat niet mee in dit verweer en oordeelt dat een curator bij het vervullen van zijn taak de vermogensrechten van de gefailleerde uitoefent. De curator heeft, daar hij de positie van de schuldenaar overneemt, in het algemeen dezelfde vermogensrechtelijke rechten en verplichtingen als de schuldenaar voor zijn faillissement. Het hof oordeelt dan ook dat voor zover de gestelde handelwijze van Vastgoed BV onrechtmatig zou zijn jegens Recycling, de daaruit voortvloeiende verplichting tot schadevergoeding een vermogensrecht van Recycling is dat de curator door het instellen van een schadevordering mag uitoefenen.

Ook de overige verweren van Vastgoed BV tegen de schadevordering die de curator na tussenkomst voornemens is in te stellen staan niet aan toewijzing van de vordering tot tussenkomst in de weg. Deze verweren zullen pas aan de orde komen nadat de curator de vorderingen daadwerkelijk heeft ingesteld.

V.G.M. Leferink, februari 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 04-02-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:341

Zaaknummer: 200.260.454_01

Rechters: H.K.N. Vos, G. Creutzberg en S.C.H. Molin

Advocaten: I.J.A.H. Hanssen

Wetsartikelen: 217 Rv

RECHTSPRAAK

Afgifte controledossier accountant ex artikel 843a Rv

Curatoren vorderen met succes afgifte van het controledossier van KPMG met betrekking tot failliet. De voorzieningenrechter bouwt voort op eerdere vergelijkbare uitspraken van dezelfde rechtbank en het Amsterdamse hof. Met wenk.

De onderhavige beschikking is gegeven op een vordering ex artikel 843a Rv, ingesteld tegen KPMG door de curatoren in het faillissement van PaperlinX B.V. ('PaperlinX'). Zij vorderen afgifte van het controledossier met betrekking tot de eveneens failliete enig aandeelhouder PaperlinX Netherlands B.V. ('Netherlands'), in de jaarrekeningen waarvan de financiële gegevens van PaperlinX geconsolideerd werden verantwoord.

De afgifte van (delen van) het controledossier wordt gevorderd in het kader van het rechtmatigheidsonderzoek. Op basis van de onderzoeksresultaten van door hen ingeschakelde forensisch accountants hebben curatoren aanleiding te vermoeden dat KPMG fouten heeft gemaakt, (onder andere) bij de verantwoording van securitisatieprogramma's en *cash pooling arrangements* in de geconsolideerde jaarrekeningen en door in enkele controleverklaringen geen continuïteitsparagraaf op te nemen. KPMG heeft zich op verschillende grondslagen zowel buitengerechtelijk als in rechte tegen verstrekking van de gevraagde informatie verzet. Curatoren hebben op basis van de vermoede fouten en informatieweigering bij de Accountantskamer klachten tegen KPMG ingediend, die op 6 september 2019 gedeeltelijk gegrond zijn bevonden. Hoewel het door beide partijen ingestelde hoger beroep tegen deze beslissing ten tijde van de uitspraak in dit kort geding nog aanhangig is, brengen de kritische overwegingen van de Accountantskamer op het punt van informatieverstrekking KPMG er niet toe om de gevraagde informatie op herhaald verzoek alsnog vrijwillig te verstrekken.

De voorzieningenrechter oordeelt dat aan de vereisten van artikel 843a Rv is voldaan. De gemotiveerde en op concrete aanwijzingen gebaseerde mogelijkheid van een *Peeters/Gatzen*-vordering tegen KPMG wegens fouten bij de controle en ten onrechte afgegeven goedkeuringsverklaringen leveren een rechtmatig belang op (r.o. 4.3-4.4) en met de specifieke verplichtingen uit de toepasselijke wetgeving zijn de bescheiden waarop met de term

‘controledossier’ wordt bedoeld voldoende bepaald. Van een *phising expedition* is geen sprake, mede omdat het oorzakenonderzoek tot de wettelijke taak van de curator behoort (r.o. 4.4-4.5). Curatoren staan daarnaast tot KPMG in een rechtsbetrekking. Voor zowel het rechtmatig belang als het bestaan van de relevante rechtsbetrekking acht de rechtbank een voldoende onderbouwing ‘voldoende’, in de zin dat verdergaande concretisering van benadeling, aansprakelijkheid of schade(omvang) daarvoor niet is vereist (vgl. HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (*AIB/Novisem*)).

Wenk

De Rechtbank Amsterdam en het Amsterdamse hof hebben eerder vergelijkbare oordelen gegeven (zie Rechtbank Amsterdam 27 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW0075; Hof Amsterdam 15 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:30; en Rechtbank Amsterdam 8 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4234). Afwijkend is wel de beslissing in r.o. 4.6 dat artikel 843a Rv geen basis biedt voor de door curatoren gevorderde toelichting op het af te geven controledossier. In de uitspraak van de voorzieningenrechter van dezelfde rechtbank in 2012 werd KPMG nog wel verplicht om die toelichting te verschaffen, gelet op de mogelijkheid van een deugdelijke uitoefening van de wettelijke curatorentaak (ECLI:NL:RBAMS:2012:BW0075, r.o. 5.26). Normaal gesproken zou (de curator van) een controlecliënt die toelichting op grond van artikel 7:403 lid 2 BW uit hoofde van de opdrachtovereenkomst kunnen verlangen (zie hierover E.L. Zetteler & M. Pheijffer, ‘Het accountantsdossier: inzage en geheimhouding’, *TvI* 2016/16, p. 120 e.v.). Het is de vraag of curatoren zich daarvan ook in dit geval zouden kunnen bedienen, nu niet PeperlinX maar Netherlands formeel gezien opdrachtgever van de controlewerkzaamheden was. De Accountantskamer ziet in r.o. 4.17 van zijn beslissing op de klachten van curatoren in het gegeven geval overigens ook grond voor ruimhartige informatieverstrekking in het fundamentele beginsel van vakbekwaamheid en zorgvuldigheid dat op de controlerend accountants van toepassing is.

KPMG heeft zich in haar verweer nog beroepen op een recente uitspraak van het Amsterdamse hof van 16 april 2019 op grond waarvan KPMG een controledossier niet hoefde af te geven (ECLI:NL:GHAMS:2019:1322). Dat geval is volgens de voorzieningenrechter ‘een vreemde eend in de bijt’ waaraan in de onderhavige situatie geen gevolgen kunnen toekomen. Waaróm wordt uit de beschikking niet duidelijk, maar mogelijk is redengevend dat daar naar het oordeel van het hof geen concrete aanknopingspunten voor de met het controledossier te onderbouwen aansprakelijkheidsvermoedens bestonden (r.o. 3.6 van bedoeld arrest).

J.O. Bijloo, februari 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 29-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:493

Zaaknummer: C/13/677360 / KG ZA 19-1307

Rechters: Dudok van Heel, R.A. R.A. Dudok van Heel

Advocaten: mr. C.M. Harmsen

Wetsartikelen: 843a Rv, 7:403 BW en 68 Fw

RECHTSPRAAK

**Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 lid 2 BW
wegens schending administratieplicht (art. 2:10 BW)**

Na faillissement opgemaakt overzicht niet voldoende om stelling van curator dat administratieplicht (art. 2:10 BW) is geschonden te weerspreken; beroep op 'marktomstandigheden' als andere belangrijke oorzaak faillissement faalt.

Hupai Horeca & Investments B.V. (hierna: Hupai) exploiteert een restaurant in Hellevoetsluis. De vennootschap heeft twee bestuurders, een natuurlijk persoon (hierna: A) en Astute Entrepreneur B.V. (hierna: Astute). Op 3 april is Hupai gefailleerd. De curator spreekt de bestuurders aan op grond van (primair) artikel 2:248 BW en legt daaraan ten grondslag dat de administratieplicht van artikel 2:10 BW is geschonden.

De curator stelt (vgl. r.o. 4.3) dat geen administratie is aangetroffen en dat die hem ook niet ter beschikking is gesteld. De bestuurders doen een beroep op een bij de conclusie van antwoord overgelegd overzicht, dat 'een deel van de boekhouding' zou vormen en dat gebaseerd zou zijn op 'bronstukken, die aangeleverd als dozen alsnog in het geding zouden kunnen worden gebracht'. De rechtbank oordeelt echter dat, nu dat overzicht pas na faillissement is opgesteld (zoals kennelijk ter comparitie ook door de bestuurders is verklaard), geen sprake kan zijn geweest van een administratie die voldoet aan de vereisten van artikel 2:10 BW. Het was immers niet mogelijk *te allen tijde* [curs. rechtbank] de rechten en verplichtingen van Hupai Horeca te kennen. Ik begrijp deze overweging aldus dat de stelling van de curator dat geen deugdelijke administratie in de zin van artikel 2:10 BW is gevoerd, onvoldoende gemotiveerd is weersproken door het overleggen van een na faillissement opgemaakt overzicht dat is gebaseerd op onderliggende stukken in 'dozen'.

Met de schending van de administratieplicht staat vast (art. 2:248 lid 2 BW) dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Ter weerlegging van dit vermoeden doen de bestuurders een beroep op (1) een conflict met Essent en (2) marktomstandigheden. Beide beroepen falen vanwege een onvoldoende onderbouwing. Een algemeen beroep op marktomstandigheden is niet

voldoende voor ontzenuwing van het vermoeden van lid 2; ook niet wanneer dit beroep wordt ondersteund door de stelling dat ook een ander Chinees restaurant in Hellevoetsluis is gefailleerd.

O. Oost, feburari 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 29-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:651

Zaaknummer: C/10/575557 / HA ZA 19-528

Rechters: A.S. Arnold

Advocaten: B.K.A. van Rijsbergen en A.J. van der Knijff

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Curator heeft – hangende procedure – roerende zaken opgehaald terwijl hij had moeten weten dat deze niet tot de boedel behoren

Vordering tot afgifte van fietsen jegens de curator toegewezen. Anders dan de curator stelt, heeft hij de fietsen niet in de boedel aangetroffen maar heeft hij de fietsen, hangende een procedure, actief opgeëist en opgehaald bij de vermeend pandhouder, terwijl hij moest weten dat de vermeende pandhoudster op grond van artikel 57 Fw niet tot afgifte verplicht was. Door in weerwil van het vonnis van 15 november 2019 niet tot afgifte van de fietsen over te gaan, frustreert de curator de uitvoering van het vonnis van 15 november 2019 en pleegt hij daarmee in feite eigenrichting.

Het onderliggende geschil gaat over meerdere koopovereenkomsten met betrekking tot de koop en levering van (elektrische) fietsen. Gedaagde ('verkoper') importeert fietsen uit China. Verkoper heeft (honderden) fietsen verkocht aan eiseres en een andere vennootschap (gezamenlijk: 'kopers'). De fietsen zijn niet geleverd door verkoper met een beroep op een opschortings-/retentierecht. De reden hiervoor is dat kopers (naar de mening van verkoper) nog aanzienlijke bedragen aan (niet betaalde gedeeltes van de) koopsom voor de verkochte fietsen verschuldigd zijn. Verkoper hield daarnaast een partij fietsen in bewaring voor eiseres. Ook deze fietsen weigerde verkoper af te geven met een beroep op een retentierecht. Op 8 januari 2019 heeft de voorzieningenrechter de verkoper veroordeeld de fietsen af te geven aan eisers, onder de voorwaarde dat de andere vennootschap voor een bedrag van USD 220.000 zekerheid stelt ten behoeve van verkoper. Op 1 april 2019 heeft de voorzieningenrechter verlof verleend aan kopers om conservatoir beslag te leggen op (onder meer) de fietsen. De fietsen zijn hierop in gerechtelijke bewaring genomen. De voorzieningenrechter heeft de door kopers gelegde beslagen opgeheven op 24 mei 2019, waarna verkoper het verzoek deed aan eiseres de fietsen af te geven. Omdat aan dit verzoek niet werd voldaan, heeft verkoper in kort geding afgifte van de fietsen door eiseres gevorderd.

Deze vordering is, op straffe van een dwangsom, toegewezen op 15 november 2019.

Een eerste complicerende factor is dat een Belgische vennootschap ook afgifte van de fietsen heeft gevorderd, omdat zij meende een pandrecht te hebben op de fietsen. Ondanks de betwisting van verkoper van de geldigheid van het pandrecht, heeft eiseres de fietsen op 30 september 2019 (dus voordat zij veroordeeld was tot afgifte aan verkoper) afgegeven aan de vermeende pandhouder. De vermeend pandhouder heeft de fietsen in bewaring gegeven. Een tweede complicerende factor is dat de andere vennootschap op 5 november 2019 in staat van faillissement is verklaard. De curator meende dat de fietsen tot de boedel behoren en eiste de fietsen (met toestemming van de vermeend pandhouder) op bij de bewaarder. Omdat de bewaarder de fietsen niet heeft afgegeven aan de curator, heeft de curator de fietsen op 14 november 2019 zelf opgehaald.

In deze procedue vordert eiseres onder meer opheffing van de dwangsom die is opgelegd in het vonnis van 15 november 2019. De reden voor deze vordering is dat eiseres niet meer in staat is om de fietsen af te geven aan verkoper, omdat de fietsen zich in de macht van de curator bevinden en de curator afgifte weigert. Daarnaast vordert eiseres dat de curator wordt veroordeeld de fietsen af te geven aan verkoper. De voorzieningenrechter stelt voorop dat de fietsen na opheffing van het beslag afgegeven hadden moeten worden aan verkoper. In plaats daarvan zijn de fietsen op enig moment afgegeven aan de vermeend pandhouder, terwijl vaststond dat de fietsen (nog) niet aan de gefailleerde vennootschap waren (af)geleverd. Om die reden is het gestelde pandrecht nooit tot stand gekomen. De curator heeft de fietsen opgehaald, terwijl hij op grond van de hiervoor genoemde vonnissen in kort geding (waarvan een tweetal op rechtspraak.nl was gepubliceerd) had kunnen en moeten weten dat deze fietsen niet tot de boedel behoren.

De vordering tot opheffing van de dwangsom wordt afgewezen. De advocaat van eiseres heeft op de zitting van 30 oktober 2019 meegedeeld dat de vermeend pandhouder zou meewerken aan een veroordeling tot afgifte. Dat de curator inmiddels de fietsen onder zich heeft, is ook geen reden om de dwangsommen op te heffen, omdat eiseres eerder een kort geding had kunnen starten om de curator te dwingen tot afgifte van de fietsen aan verkoper. Daarna beslist de voorzieningenrechter op de vordering tot afgifte van de fietsen door de curator aan verkoper. Anders dan de curator stelt, heeft hij de fietsen niet in de boedel aangetroffen, maar heeft hij de fietsen, hangende de onderliggende procedure waarin afgifte van de fietsen is gevorderd, actief opgeëist en opgehaald bij de vermeend pandhouder, terwijl hij moest weten dat de vermeende pandhouder op grond van artikel 57 Fw niet tot afgifte verplicht was (en de vermeende pandhouder zich nota bene had verplicht aan een veroordeling tot afgifte aan verkoper mee te werken). Door in weerwil van het vonnis van 15 november 2019 niet tot afgifte van de fietsen over te gaan, frustreert de curator de uitvoering van het vonnis van 15

november 2019 en pleegt hij daarmee in feite eigenrichting. De vordering tot afgifte van de fietsen aan de verkoper wordt bij wijze van ordemaatregel toegewezen, teneinde de toestand te bereiken conform de veroordeling van 15 november 2019. De voorzieningenrechter oordeelt verder dat de verkoper de fietsen niet mag vervreemden, bezwaren of anderzijds uit haar macht mag brengen zolang niet in eerste aanleg is geoordeeld wie eigenaar is van de fietsen.

J.D. van den Dolder, februari 2020

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 24-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2020:571

Zaaknummer: C/01/354102 / KG ZA 19-796

Rechters: E. Loesberg

Advocaten: O.F.J. Moorman van Kappen, A. Kara en T.G.G. Raijmakers

Wetsartikelen: 20 Fw en 57 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW met toepassing bewijsvermoeden. Onttrekking van gelden voor privédoeleinden levert óók onbehoorlijk bestuur op.

Het hof acht de bestuurder aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW, nu de schending van de publicatieplicht vaststaat en geen sprake is van een onbelangrijk verzuim. De bestuurder kan het vermoeden niet weerleggen, omdat hij er niet in slaagt andere belangrijke oorzaken van het faillissement aannemelijk te maken. Ook de onttrekking van gelden aan de vennootschap voor privédoeleinden levert onbehoorlijk bestuur op.

Innovatie BV ('Innovatie') hield zich bezig met design en technologie en was samen met diverse projectpartners onder meer betrokken bij projecten met betrekking tot de ontwikkeling van diverse modellen softwarepakketten, waarbij zij optrad als projectcoördinator. Een belangrijk deel van de financiering voor de bedrijfsvoering bestond uit subsidiegelden, voornamelijk afkomstig van de Europese Commissie ('EC'). Haar indirect bestuurder (de 'bestuurder') hield een aandelenbelang van 40% in Innovatie.

Het feitenrelaas geeft blijk van (mogelijk) frauduleuze handelingen door de bestuurder. Zo heeft het Europees bureau voor fraudebestrijding geconcludeerd dat de bestuurder feiten heeft gepleegd die aanleiding kunnen geven tot strafrechtelijk onderzoek naar valse declaraties en verduistering van EU-middelen. De bestuurder is bovendien strafrechtelijk veroordeeld voor feitelijk leidinggeven aan valsheid in geschrifte. Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de bestuurder komt dit onderwerp echter nauwelijks terug. De curator doet namelijk een succesvol beroep op het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW.

Volgens het hof staat vast dat de bestuurder de publicatieplicht heeft geschonden, omdat de jaarrekening 2010 ongeveer tien maanden en de jaarrekening 2011 bijna twee maanden te laat is gedeponneerd. De bestuurder heeft bij zijn stelling dat sprake is van een onbelangrijk verzuim verwezen naar het voor Innovatie werkzame administratiekantoor. Hoewel de

jaarrekeningen tijdig gereed waren, zou dit administratiekantoor hebben verzuimd de jaarrekeningen tijdig te deponeren. Dat zou het doelbewust hebben gedaan uit rancune vanwege het besluit van Innovatie om over te stappen naar een ander administratiekantoor.

Het hof gaat daarin niet mee, nu de bestuurder onvoldoende feiten heeft aangevoerd waaruit kan volgen dat tijdige deponering tot de taak van het administratiekantoor behoorde. Bovendien is de tijdige deponering, alsook het toezien daarop, een primaire verantwoordelijkheid van de bestuurder zelf. Hoewel alertheid was geboden door de te late deponering in 2010, was in 2011 opnieuw sprake van een wezenlijke termijnoverschrijding. Dat de jaarrekeningen mogelijk wel tijdig gereed waren en positieve resultaten lieten zien, leidt niet tot een andere beoordeling. Bij de nakoming van het publicatievoorschrift gaat het immers niet om de staat van de onderneming als zodanig, maar of derden tijdig kunnen vaststellen wat die staat is.

De bestuurder slaagt er vervolgens niet in om andere belangrijke oorzaken van het faillissement aannemelijk te maken, omdat zijn stellingen ter zake onvoldoende zijn onderbouwd. Bovendien is volgens het hof ook sprake van onbehoorlijk bestuur, omdat de bestuurder in de loop der tijd zodanige bedragen aan Innovatie heeft onttrokken, dat hierdoor het liquiditeitstekort bij Innovatie in belangrijke mate is bepaald. Dat liquiditeitstekort heeft een zeer belangrijke bijdrage aan het faillissement geleverd. De bestuurder betoogde nog dat het administratiekantoor bepaalde privéuitgaven ten onrechte als zakelijke uitgaven had geboekt, maar ook dat blijkt volgens het hof nergens uit. Bovendien geldt in dit verband evenzeer dat het de verantwoordelijkheid van de bestuurder zelf is om erop toe te zien dat privé-uitgaven niet via de vennootschap lopen, althans deugdelijk worden verantwoord of vergoed. Aan dit oordeel draagt bij dat verschillende posten onder verhullende of onjuiste kwalificaties waren geboekt.

J.E. van Nuland, februari 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 04-02-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:331

Zaaknummer: 200.224.073_01

Rechters: J.I.M.W. Bartelds, S.C.H. Molin en C.W.T. Vriezen

Advocaten: C.A.M.H. Vink en M.A.C. Geurts

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Hof van Justitie EU legt de artikelen 12 en 19 van de Zesde richtlijn uit door middel van antwoorden op prejudiciële vragen.

Artikel 12 van de Zesde richtlijn (82/891/EEG) van de Raad van 17 december 1982 zoals gewijzigd bij Richtlijn 2007/63/EG, moet aldus worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat de schuldeisers van een gesplitste vennootschap wier vorderingen dateren van vóór de splitsing, een actio pauliana instellen nadat de splitsing van kracht is geworden, hoewel zij de overeenkomstig dit artikel 12 in het nationale recht vastgelegde beschermingsinstrumenten niet hebben aangewend, teneinde de splitsing jegens hen onverbindend te laten verklaren en executie- of bewarende maatregelen te treffen aangaande de activa die aan de nieuw opgerichte vennootschap zijn overgedragen. Artikel 19 van de Zesde richtlijn, dat voorziet in de regeling inzake nietigheid van splitsingen, moet aldus worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat de schuldeisers van de gesplitste vennootschap nadat de splitsing van kracht is geworden een actio pauliana instellen die de geldigheid van die splitsing niet aantast maar het enkel mogelijk maakt dat de splitsing niet aan deze schuldeisers kan worden tegengeworpen.

Bij notariële akte van 16 september 2009 heeft Costruzioni Ing. Iandolo Srl (een vennootschap naar Italiaans recht) in het kader van een splitsing een deel van haar vermogen overgedragen aan I.G.I., die daartoe bij dezelfde notariële akte is opgericht. Diverse schuldeisers waren van mening dat door deze splitsing een groot deel van het vermogen van Costruzioni Ing. Iandolo was weggesluisd en deze vennootschap inmiddels alleen maar enkele percelen grond van geringe waarde in eigendom had. Zij zijn daarom een procedure gestart bij de Tribunale di

Avellino (rechter in eerste aanleg, Italië).

Primair hebben zij krachtens artikel 2901 van de codice civile een vordering tot vernietiging, of actio pauliana, ingesteld waarbij zij verzochten om de aan de orde zijnde splitsingshandeling jegens hen onverbindend te verklaren. Subsidiair hebben zij verzocht om een verklaring voor recht dat Costruzioni Ing. Iandolo en I.G.I. op grond van artikel 2506 quater van de codice civile hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schuldvorderingen van Costruzioni Ing. G. Iandolo.

Bij vonnis van 11 december 2015 heeft de Tribunale di Avellino de primaire vordering van de schuldeisers toegewezen en de in de aan de orde zijnde splitsingsakte opgenomen overdracht van activa ten aanzien van hen onverbindend verklaard “voor zover deze betrekking heeft op de activa als bedoeld in de handeling waarvan de vernietiging is ingeroepen die thans nog in eigendom zijn van I.G.I.”.

I.G.I. en Costruzioni Ing. G. Iandolo hebben tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij de Corte d'appello di Napoli (rechter in tweede aanleg Napels, Italië), waarbij zij aanvoeren dat de door de betrokken schuldeisers ingestelde actio pauliana niet-ontvankelijk is, aangezien het in artikel 2503 van de codice civile bedoelde verzet de enige beroepsweg is die de schuldeisers van de bij de splitsing betrokken vennootschappen ter beschikking staat, en dat, wanneer er geen verzet wordt ingesteld, de gevolgen van de splitsing ook voor deze schuldeisers onherroepelijk worden. Deze vennootschappen voeren bovendien aan dat artikel 2504 quater van de codice civile uitsluit dat de akte van splitsing ongeldig wordt verklaard nadat voldaan is aan de verplichting tot publicatie. De genoemde artikelen betreffen de omzetting in nationaal recht van de artikelen 12 en 19 van de Zesde richtlijn (82/891/EEG) van de Raad van 17 december 1982.

De Corte d'appello di Napoli heeft de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen: (1) Kunnen de schuldeisers van de gesplitste vennootschap van wie de vorderingen zijn ontstaan vóór de splitsing, maar die het rechtsmiddel van verzet als bedoeld in artikel 2503 van de codice civile (dat wil zeggen van het beschermingsinstrument dat is ingevoerd ter uitvoering van artikel 12 van de Zesde richtlijn) niet hebben aangewend, de vordering tot vernietiging (of actio pauliana) als bedoeld in artikel 2901 van de codice civile instellen nadat de splitsing tot stand is gebracht, teneinde de splitsing jegens hen onverbindend te laten verklaren en dus in hun verhaalsmogelijkheden bevoorrecht te worden ten opzichte van de schuldeisers van (een van) de verkrijgende vennootschap(pen) alsmede voorrang te krijgen boven de vennoten van bedoelde vennootschap(pen)? (2) Heeft het begrip 'nietigheid' als bedoeld in artikel 19 van de Zesde richtlijn uitsluitend betrekking op de rechtsoverdrachten waarmee aan de splitsingshandeling de geldigheid kan worden ontnomen of ook op die welke, zonder dat zij de geldigheid eraan

ontnemen, ertoe leiden dat wordt vastgesteld dat de splitsingshandeling relatief onverbindend is of dat zij niet kan worden tegengeworpen?

Op de eerste vraag wordt geantwoord dat artikel 12 van de Zesde richtlijn, gelezen in samenhang met de artikelen 21 en 22 van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat de schuldeisers van een gesplitste vennootschap wier vorderingen dateren van vóór de splitsing, een actio pauliana instellen nadat de splitsing van kracht is geworden, hoewel zij de overeenkomstig dit artikel 12 in het nationale recht vastgelegde beschermingsinstrumenten niet hebben aangewend, teneinde de splitsing jegens hen verbindend te laten verklaren en executie- of bewarende maatregelen te treffen aangaande de activa die aan de nieuw opgerichte vennootschap zijn overgedragen.

Op de tweede vraag wordt geantwoord dat artikel 19 van de Zesde richtlijn, dat voorziet in de regeling inzake nietigheid van splitsingen, gelezen in samenhang met de artikelen 21 en 22 van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat de schuldeisers van de gesplitste vennootschap nadat de splitsing van kracht is geworden een actio pauliana instellen die de geldigheid van die splitsing niet aantast maar het enkel mogelijk maakt dat de splitsing niet aan deze schuldeisers kan worden tegengeworpen.

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

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 30-01-2020

Zaaknummer: C-394/18