

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 06, 2020

Nummer 6, 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:2020:269](#) 03-03-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid in verband met niet melden betalingsonmacht aan pensioenfonds

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:1628](#) 25-02-2020

Certificaathouder heeft lening verstrekt aan vennootschap en geen kapitaalstorting gedaan.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:365](#) 25-02-2020

Inventaris niet aan pandeigenaar verkocht? Dan is laten staan onrechtmatig, maar de schade is niet per se gelijk aan de vroegere huur.

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:2165](#) 05-03-2020

Niet summierlijk gebleken van het vorderingsrecht van verzoekster.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:1323](#) 04-03-2020

Ondanks diverse privéonttrekkingen heeft het bestuur zijn taak niet kennelijk onbehoorlijk vervuld, omdat de onttrekkingen zijn terugbetaald voordat de vordering van de grootste (en vrijwel enige) schuldeiser in rechte was vastgesteld.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:821](#) 04-03-2020

Beroep van een getuige op het verschoningsrecht van artikel 66 lid 4 Fw slaagt niet. De getuige kan zich wel verschonen met een beroep op het nemo teneturbeginsel.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:1149](#) 21-02-2020

Afwijzing faillissementsverzoek: niet summierlijk gebleken dat een ontbonden vennootschap (potentiële) baten heeft en geen pluraliteit.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:1791](#) 18-02-2020

Faillissementsverzoek wordt afgewezen omdat verzoeker niet ter zitting is verschenen.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:812 18-02-2020

Verrekening in internationaal verband

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2020:995 29-01-2020

Samenloop vorderingen pensioenfonds en curator.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:10118 11-07-2018

Verpande vorderingen in pandakte specifiek omschreven: geen algehele verpanding van vorderingen en dus geen pandrecht op vordering op bank.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2016:11568 09-11-2016

Betaling namens een andere vennootschap en creditering van het betaalde bedrag in rekening-courant is niet paulianeus.

RECHTSPRAAK

Beroep van een getuige op het verschoningsrecht van artikel 66 lid 4 Fw slaagt niet. De getuige kan zich wel verschonen met een beroep op het nemo teneturbeginsel.

Beroep van een getuige op het verschoningsrecht van artikel 66 lid 4 Fw slaagt niet. De getuige kan zich wel verschonen met een beroep op het nemo teneturbeginsel.

BV 1 is enig bestuurder en aandeelhouder van BV 2. Beide vennootschappen zijn failliet verklaard. Ook de enig bestuurder en aandeelhouder van BV 1 is failliet verklaard. Hij was gemeentebambtenaar en is tot in hoger beroep veroordeeld tot betaling van € 1,6 miljoen wegens onttrekkingen aan het vermogen van de gemeente. Tegen hem loopt een strafrechtelijke procedure.

De zoon van de bestuurder van BV 1 ('de vader') is opgeroepen voor een verhoor ex artikel 66 Fw in het faillissement van de vennootschappen. De reden hiervoor is dat hij meer dan € 100.000 heeft geleend van BV 1. Daarnaast heeft BV 2 € 138.000 ontvangen van BV 2. Dit bedrag is in de boekhouding van BV 2 opgenomen als 'investering'. Onduidelijk is wat de grondslag is van deze investering en welke voorwaarden hiervoor gelden. Ook tegen de zoon loopt een strafrechtelijk onderzoek.

De zoon heeft een beroep gedaan op het verschoningsrecht op grond van artikel 66 lid 4 Fw en het nemo teneturbeginsel, omdat hij zichzelf en zijn vader zou kunnen incrimineren. De rechter-commissaris oordeelt dat de zoon geen beroep op het verschoningsrecht van artikel 66 lid 4 Fw toekomt, omdat alleen de kinderen van de gefailleerde een beroep op dat verschoningsrecht toekomt. Nu de zoon is opgeroepen in het faillissement van de vennootschappen en niet in het faillissement van de vader, is artikel 66 lid 4 Fw niet van toepassing.

Het nemo teneturbeginsel staat naar het oordeel van de rechter-commissaris wel in de weg aan het horen van de zoon als getuige. In het arrest van 24 januari 2014 (ECLI:NL:HR:2014:161) heeft de Hoge Raad overwogen dat een failliet zich niet aan zijn inlichtingenplicht mag

onttrekken met een beroep op het nemo teneturbeginsel, mits is gewaarborgd dat de verstrekte inlichtingen niet worden gebruikt in een strafprocedure. Deze regel is volgens de rechter-commissaris ook van toepassing op het getuigenverhoor ex artikel 66 Fw. Toch kan de zoon zich verschonen met een beroep op het nemo teneturbeginsel, omdat de curator de vader nog niet heeft gehoord. Mogelijk kan de curator de benodigde inlichtingen verkrijgen door de vader te horen, zodat de zoon niet gedwongen wordt om een verklaring af te leggen waarmee hij zichzelf incrimineert. Momenteel staat dus niet vast dat een effectieve afwikkeling van het faillissement onmogelijk is zonder verklaring van de zoon.

H.J. de Kloe, maart 2020

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 04-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:821

Zaaknummer: F.16/18/328 en F.16/19/489

Rechters: P.J. Neijt

Wetsartikelen: 66 Fw

RECHTSPRAAK

Ondanks diverse privéonttrekkingen heeft het bestuur zijn taak niet kennelijk onbehoorlijk vervuld, omdat de onttrekkingen zijn terugbetaald voordat de vordering van de grootste (en vrijwel enige) schuldeiser in rechte was vastgesteld.

Ondanks diverse privéonttrekkingen heeft het bestuur zijn taak niet kennelijk onbehoorlijk vervuld, omdat de onttrekkingen zijn terugbetaald voordat de vordering van de grootste (en vrijwel enige) schuldeiser in rechte was vastgesteld.

De curator van een projectontwikkelaar heeft de (indirect) bestuurders primair aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 BW. De curator legt hieraan ten grondslag dat de administratieplicht is geschonden. Daarnaast stelt de curator dat het bestuur zijn taak (ook los van de bewijsvermoedens van art. 2:248 lid 2 BW) kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Subsidiair heeft de curator een Peeters/Gatzen-vordering ingesteld tegen de (indirect) bestuurders.

In een eerder tussenvonnis dat niet is gepubliceerd, heeft de rechtbank de bestuurders opgedragen te bewijzen dat de Rijnlandse en Nederlandse Hypotheekbank twee zelfstandige leningen van € 900.000 heeft aangeboden. Kennelijk volgde dat uit de administratie, terwijl de curator zich op het standpunt stelde dat de bank slechts één lening van dat bedrag heeft aangeboden. Was de lezing van de curator de juiste, dan zouden de jaarstukken een onjuist beeld van de vermogenstoestand van de vennootschap hebben gegeven. De bestuurders slagen in het te leveren bewijs, waarmee op dit punt schending van de administratieplicht niet wordt aangenomen.

Ook overigens is de administratieplicht niet (voldoende) ernstig geschonden om de bewijsvermoedens van artikel 2:248 lid 2 BW te activeren. De curator heeft gesteld dat een stand-by financiering steeds is aangewend voor privédoeleinden van een (indirect) bestuurder ('gedaagde 1'), dat de rekening-courantadministratie onvolledig was en dat in strijd

met artikel 2:247 BW geen schriftelijke rekening-courantovereenkomst was gesloten. Tot slot meent de curator dat een vordering van een boekhouder op de vennootschap ten onrechte niet zou zijn opgenomen in de administratie.

De bestuurders hebben gesteld dat er slechts één privéonttrekking heeft plaatsgevonden en twee privéstortingen. De reden dat de curator de rekening-courantadministratie onvolledig acht, is dat hij zich slechts op een deel van de administratie heeft gebaseerd. De rechtbank gaat hierin mee en overweegt dat de curator zijn stellingen op dit vlak, in het licht van de gemotiveerde betwisting door de bestuurders, onvoldoende heeft gemotiveerd. Het beroep op het ontbreken van een schriftelijke overeenkomst gaat niet op, omdat de rekening-courantverhouding inzichtelijk was voor iemand die enige moeite deed om kennis te nemen van de administratie. Nu de curator de rechtshandeling niet heeft vernietigd, is het niet redelijk om nu nog (vier jaar na het faillissement en bij conclusie van dupliek in reconventie) een beroep te doen op het schriftelijkheidsvereiste. Tot slot hebben de bestuurders – naar het oordeel van het hof terecht – gesteld dat de lening van de boekhouder was verstrekt aan gedaagde 1, maar via het vermogen van de vennootschap liep en ook ten gunste van de vennootschap was gekomen. Om die reden hoefde de vordering van de boekhouder niet in de boekhouding van de vennootschap opgenomen te worden. De rechtbank komt tot de conclusie dat de boekhoudplicht niet is geschonden.

De curator stelt daarnaast dat de bestuurders hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld, omdat het vermogen van de vennootschap is uitgehold ten gunste van gedaagde 1. De rechtbank gaat hier niet in mee. Weliswaar is bijna € 160.000 onttrokken aan het vermogen van de vennootschap, maar deze onttrekkingen hebben pas plaatsgevonden nadat de vennootschap haar activiteiten had gestaakt wegens de vastgoedcrisis. De schuld aan de vennootschap is voor het faillissement afgelost en het faillissement is aangevraagd door een schuldeiser die een vordering van bijna € 2 miljoen had op de vennootschap. Deze vordering is pas in rechte vastgesteld nadat gedaagde 1 zijn schuld aan de vennootschap had afgelost. De curator heeft daarom onvoldoende onderbouwd dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Ook de Peters/Gatzen-vordering slaagt niet. Aan het voorgaande voegt de rechtbank nog toe dat niet de gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld, maar – als al sprake zou zijn van benadeling – slechts één schuldeiser. De curator is in dat geval niet bevoegd een Peeters/Gatzen-vordering in te stellen. De vorderingen van de curator worden afgewezen.

H.J. de Kloe, maart 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 04-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:1323

Zaaknummer: C/13/622124 / HA ZA 17-57

Rechters: M.R.J. van Wel

Advocaten: H. Reitsma en G.M. Kerpestein

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:247 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Inventaris niet aan pandeigenaar verkocht? Dan is laten staan onrechtmatig, maar de schade is niet per se gelijk aan de vroegere huur.

De curator van een failliet restaurant heeft met de verhuurder van het bedrijfspand onderhandeld over overname van de inventaris. In rechte komt vast te staan dat er geen overeenkomst is bereikt. Wat is de vergoeding voor te laat ontruimen?

Op 3 januari 2017 is Shalom Steakhouse & Grill failliet gegaan. De curator organiseert een onderhandse biedingsronde voor de inventaris van het steakhouse. De eigenaar van het pand waar het steakhouse in zat (hierna: “de verhuurder”) biedt in dit verband € 7.500 voor de inventaris. Hij is daarmee de hoogste bieder.

Van de financier die pandrecht had op de inventaris, hoort de curator echter dat tussen de verhuurder en het steakhouse al voor faillissement een overname van de inventaris voor € 15.000 afgesproken zou zijn. De curator spreekt de verhuurder daarom aan tot betaling van € 15.000. De verhuurder betwist echter dat een dergelijke overeenkomst met de huurder bestond.

Na overleg met de rechter-commissaris besluit de curator, vanwege het ontbreken van bewijs voor de door de pandhouder genoemde overeenkomst, toch een prijs van € 7.500 voor de inventaris te accepteren. De curator bericht dat aan de verhuurder. De verhuurder antwoordt daarop dat hij het bedrag van € 7.500 zal betalen, als hij dan ook finale kwijting en vrijwaring tegen aanspraken van derden van de curator krijgt. De curator weigert aan die aanvullende voorwaarden te voldoen.

De verhuurder stelt zich op het standpunt dat er dan dus geen wilsovereenstemming is, zodat de inventaris eigendom van (de boedel van) het steakhouse is gebleven. Hij sommeert de curator om de inventaris uit het pand te verwijderen. De curator stelt dat er wel een koopovereenkomst tot stand gekomen is, spreekt de verhuurder aan tot betaling van de koopprijs en haalt de inventaris niet op. De verhuurder verplaatst op enig moment zelf de

inventaris naar een loods waar hij ook eigenaar van is.

De verhuurder maakt tegenover de curator aanspraak op schadevergoeding wegens het achterlaten van tot de boedel behorende goederen in zijn bedrijfspand. De verhuurder stelt de geleden schade gelijk aan het bedrag van de voorheen geldende huur voor de periode waarin de inventaris in het restaurant stond. Voor de periode dat de inventaris in de loods staat, stelt de eigenaar de schade gelijk aan een 'ex aequo et bono' vastgesteld bedrag van € 500 per maand.

De curator dagvaardt de verhuurder en vordert betaling van de koopprijs. De verhuurder betwist dat hij moet betalen, op de grond dat er geen wilsovereenstemming is bereikt. In reconventie vordert de verhuurder de hierboven besproken schadevergoeding van de curator. De curator betwist dat hij schadevergoeding is verschuldigd, omdat de inventaris is verkocht. Tevens betwist de curator de gestelde omvang van de schade.

De rechtbank heeft in eerste aanleg zowel de vordering van de curator in conventie, alsook de vorderingen van de verhuurder in reconventie afgewezen. Beide partijen komen van de beslissing van de rechtbank in hoger beroep.

De vordering van de curator wordt ook in hoger beroep afgewezen. Het hof is van oordeel dat er geen koopovereenkomst tot stand gekomen is. Daartoe overweegt het hof dat een aanbod vervalt als het niet binnen een redelijke termijn wordt aanvaard (art. 6:221 BW) en dat de verhuurder zijn bod ook mocht herroepen, zolang het niet door de curator was aanvaard (art. 6:219 BW). Het aanvankelijke bod, waarbij de verhuurder een prijs van € 7.500 aanbood zonder verdere voorwaarden, is door de curator verworpen, althans niet binnen een redelijke tijd aanvaard, omdat de curator destijds eerst nog aanspraak maakte op het bedrag van € 15.000 waar de pandhouder over sprak. Toen de curator na overleg met de rechter-commissaris aangaf alsnog genoeg te nemen met een koopprijs van € 7.500, was de verhuurder gerechtigd om daarbij de nadere voorwaarden van finale kwijting en vrijwaring te stellen. Die voorwaarden waren niet van verwaarloosbaar belang, zeker niet in het licht van het feit dat de curator de verhuurder tot voor kort aansprak tot betaling van € 15.000. Nu de curator die voorwaarden heeft verworpen, is er geen overeenkomst tot stand gekomen.

De curator heeft in hoger beroep nog aangevoerd dat uit correspondentie en gedragingen van de verhuurder blijkt dat hij er zelf ook van uitging dat er wel een koopovereenkomst tot stand gekomen was. Zo bood de verhuurder op enig moment de inventaris op internet te koop aan. Daar gaat het hof echter aan voorbij. Uit de correspondentie waar de curator op wees, blijkt volgens het hof dat de verhuurder daar het oog heeft op een (eventuele) overeenkomst mét finale kwijting en vrijwaring, en het online te koop zetten van de inventaris is door de

verhuurder voldoende onderbouwd als een vergissing.

Ten aanzien van de gevorderde schadevergoeding neemt het hof tot uitgangspunt dat, nu vast is komen te staan dat de verhuurder de inventaris niet heeft gekocht, het feit dat de curator niet heeft voldaan aan het verzoek om de inventaris te verwijderen een onrechtmatige daad van de curator oplevert. De curator voert als verweer aan dat de verhuurder een vordering tot schadevergoeding niet in rechte, maar slechts door indiening ter verificatie geldend kan maken. De verhuurder zou dit zelf ook gezegd hebben, door op de comparitie in eerste aanleg naar artikel 26 Fw te verwijzen. Dit verweer wijst het hof af, overwegende dat de curator hiermee miskent dat het gaat om een na faillissementsdatum ontstane vordering tegen de curator in zijn hoedanigheid. Het enkele feit dat de verhuurder ter comparitie een verkeerd wetsartikel genoemd zou hebben, doet daaraan niet af.

Er is dus sprake van een onrechtmatige daad van de curator en de verhuurder kan in rechte schadevergoeding vorderen. Toch worden de vorderingen van de verhuurder afgewezen, omdat de schade onvoldoende is onderbouwd. Bij gebreke van een daartoe strekkende afspraak met de curator geldt niet automatisch dat de vergoeding voor het te laat ontruimen van een pand gelijk is aan de voorheen geldende huur. De verhuurder heeft onvoldoende onderbouwd dat het feit dat de inventaris nog in het restaurant aanwezig was, er daadwerkelijk toe heeft geleid dat hij concreet beschikbare mogelijkheden tot het verhuren van de ruimte had. Het bedrag voor de periode waarin de inventaris in zijn loods is opgeslagen, is ook onvoldoende onderbouwd. De verhuurder heeft geen enkel inzicht gegeven in de hoeveelheid ruimte die de inventaris inneemt en hoe dit zich verhoudt tot het verdere gebruik van de loods. Er zijn daarom zo weinig aanknopingspunten voor het schadebedrag, dat het hof niets kan toewijzen.

I.F.M. Lakwijk, maart 2020

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 25-02-2020

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2020:365

Zaaknummer: 200.247.510/01 en 6571597 CV EXPL 18-1136

Rechters: G. Dulek-Schermers, H.C. Grootveld en H.J.M. Burg

Advocaten: J.G. Plet en J.W. Prinsen

Wetsartikelen: 6:219 BW, 6:221 BW, 26 Fw en

RECHTSPRAAK

Verrekening in internationaal verband

Verrekening van een Nederlandse vordering op een Belgische failliete vennootschap. Op grond van artikel 7 jo. 9 IVO en de Faillissementswet staat de rechtbank het beroep over verrekening toe voor zover de te verrekenen vorderingen en schulden voor de opening van de insolventieprocedure zijn ontstaan.

De Belgische vennootschap SHS (een luchtvaartmaatschappij) en gedaagde (een detacheringsbureau) waren partij bij een detacheringsovereenkomst op grond waarvan gedaagde personeel detacheerde bij SHS. In het kader van deze detacheringsovereenkomst heeft SHS een borgsom van € 80.000 betaald aan gedaagde. De overeenkomst is op 30 juni 2018 beëindigd, waarna SHS om terugbetaling van de borgsom heeft verzocht. Vervolgens was SHS sinds 31 augustus 2018 in vereffening (vrijwillige ontbinding). Op 18 januari 2019 heeft SHS de procesinleiding inzake onderhavige procedure uitgebracht. Op 16 juli 2019 is SHS in België failliet verklaard.

SHS vordert in deze procedure betaling van de borgsom van € 80.000. Gedaagde stelt dat SHS nog een bedrag van ruim € 70.000 aan haar is verschuldigd en beroept zich op verrekening. Daarnaast stelt gedaagde een voorwaardelijk tegenvordering in voor het geval de rechtbank oordeelt dat gedaagde niet tot verrekening over mag gaan.

Na opening van de faillissementsprocedure van SHS zijn partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de gevolgen van het faillissement voor de procedure. SHS stelt dat de tegenvordering van gedaagde van rechtswege is geschorst op grond van artikel 29 Fw en dat het gedaagde daarom niet is toegestaan om te verrekenen. Subsidiair stelt SHS zich op het standpunt dat Belgisch recht van toepassing is op het verrekeningsverweer.

De rechtbank komt tot de conclusie dat gedaagde ruim € 50.000 met de terug te betalen borgsom mag verrekenen. De rechtbank oordeelt dat Nederlands recht van toepassing is op het verrekeningsverweer. De te verrekenen vordering is een vordering op een Belgische failliete vennootschap. Omdat er sprake is van insolventie in een internationale context, is de

Insolventieverordening (IVO) van toepassing op de verrekening. De IVO geeft bijzondere verwijzingsregels voor verrekening tijdens insolventieprocedures. Omdat de insolventieprocedure in België is geopend, worden de gevolgen van de insolventie beheerst door Belgisch recht (art. 7 lid 1 IVO). Dit recht bepaalt ook onder welke voorwaarden een verrekening kan worden tegengeworpen (art. 7 lid 2 aanhef en sub d IVO).

Als verrekening onder Belgisch recht niet is toegestaan, dan kan het zo zijn dat verrekening toch is toegestaan op grond van artikel 9 IVO. Dit artikel bepaalt dat indien het recht dat van toepassing is op de vordering verrekening toestaat, de insolventieprocedure deze verrekeningsbevoegdheid onverlet laat. Deze uitzondering is beperkt tot de verrekening van vorderingen en schulden die zijn ontstaan voor de opening van de insolventieprocedure. Omdat de vrijwillige vereffening ook kwalificeert als een insolventieprocedure (art. 2 punt 4 en bijlage A IVO), kunnen alleen schulden die voor opening van de vrijwillige vereffening zijn ontstaan in dat geval worden verrekend.

De detacheringsovereenkomst wordt beheerst door Nederlands recht en dus worden ook de vorderingen beheerst door Nederlands recht. De vervolgvraag is welke Nederlandsrechtelijke verrekeningsbepalingen op de verrekening van toepassing zijn: de bepalingen uit de Faillissementswet of uit het Burgerlijk Wetboek? De rechtbank oordeelt – onder verwijzing naar het ontwerprapport Virgós/Schmit 1996 – dat dit de bepalingen uit de Faillissementswet zijn. Het rapport vermeldt namelijk dat verrekening is toegestaan overeenkomstig de voorwaarden die volgens het recht dat van toepassing is op de vordering van de insolvente schuldenaar *voor verrekening bij insolventie* gelden.

De rechtbank oordeelt dan ook dat gedaagde zich op grond van de Faillissementswet op verrekening mag beroepen voor zover de vorderingen zijn ontstaan vóór de faillietverklaring en vóór de daaraan voorafgaande vrijwillige vereffening. Met betrekking tot deze vorderingen is voldaan aan de eisen die artikel 53 Fw aan verrekening stelt. Vervolgens beoordeelt de rechtbank per vordering of en waarom deze voor verrekening in aanmerking komen en komt zij tot de conclusie dat een deel van de vorderingen terecht wordt aangevoerd en een deel onterecht.

V.G.M. Leferink, maart 2020

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 18-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:812

Zaaknummer: NL19.1282

Rechters: L.A. de Vrey

Advocaten: J.G.M. de Koning, J.B.J. van der Kolk en T.M. Maters

Wetsartikelen: 53 Fw, 7 IVO en 9 IVO

RECHTSPRAAK

Verpande vorderingen in pandakte specifiek omschreven: geen algehele verpanding van vorderingen en dus geen pandrecht op vordering op bank.

Verpande vorderingen in pandakte specifiek omschreven: geen algehele verpanding van vorderingen en dus geen pandrecht op vordering op bank.

Eiser in deze zaak betreft een holdingvennootschap die aan kleindochter Bowie Recycling B.V. ('Bowie') een lening heeft verstrekt ad € 3,1 miljoen op 31 december 2010. Op diezelfde dag heeft Bowie aan Eiser een (bezitloos) pandrecht op roerende zaken en vorderingen verstrekt.

Bowie heeft samen met twee zustervennootschappen een saldocompensatieovereenkomst gesloten met ABN AMRO op grond waarvan de credit- en debetsaldi van de drie verbonden zustervennootschappen met elkaar worden verrekend.

Op 20 en 27 januari 2014 worden twee vervolgpandakten opgesteld en ondertekend waarin is opgenomen dat Bowie aan (onder andere) Eiser een pandrecht verstrekt op uitstaande vorderingen per 20 januari 2014 respectievelijk 27 januari 2014. In de pandaktes is een totaalbedrag aan openstaande vorderingen opgenomen en aan de pandaktes zijn debiteurenlijsten gehecht van 155 respectievelijk 184 pagina's waarop de in de pandakte bedoelde vorderingen zijn opgenomen. In deze debiteurenlijsten is niet opgenomen een vordering op ABN AMRO.

Bowie, een van haar zustervennootschappen en een tussenholding failleren op 28 januari 2014.

In deze procedure vordert Eiser van ABN AMRO het creditsaldo dat (kennelijk) door Bowie ten tijde van haar faillissement bij ABN AMRO werd aangehouden. Eiser meent dat de vordering van Bowie op ABN AMRO aangaande dat creditsaldo aan haar is verpand. Dat de vordering op ABN AMRO niet werd opgenomen in de debiteurenlijsten doet volgens Eiser

niet af aan de bedoeling van Bowie om al haar vorderingen aan Eiser te verpanden.

De curator van Bowie vordert na tussenkomst afdracht door ABN AMRO van het creditsaldo dat (kennelijk) wordt aangehouden door Bowie en haar zustervennootschappen na verrekening van credit- en debetsaldi bij ABN AMRO.

De rechtbank oordeelt in de eerste plaats dat de pandakte van 27 januari 2014 met het oog op artikel 23 Fw niet heeft geleid tot daadwerkelijke verpanding. De akte werd immers pas geregistreerd op 30 januari 2014.

De rechtbank overweegt dat wanneer een stil pandrecht wordt gevestigd op vorderingen waarbij de vorderingen die worden verpand zijn gespecificeerd in een lijst, die lijst leidend is. Nu de vordering op ABN AMRO niet is opgenomen op de debiteurenlijst bij de pandakte van 20 januari 2014, is deze volgens de rechtbank niet verpand aan Eiser. De rechtbank verwijst daarbij naar een arrest van het Gerechtshof Den Haag (ECLI:NL:GHSHE:2017:4570, INS 2017-0349) waarin een soortgelijke pandakte onderdeel van discussie was en geoordeeld werd dat geen sprake was van verpanding.

De rechtbank overweegt nog dat van de bedoeling alle vorderingen te verpanden niet is gebleken nu in de pandakte niet is opgenomen dat "alle vorderingen" werden verpand maar "de uitstaande vorderingen per 20 januari 2014 ad € 6.059.324,79" en in de pandakte en de daarbij horende debiteurenlijst zeer uitgebreid is omschreven welke vorderingen werden verpand. Ook gaat de rechtbank mee met het betoog van de curator dat uit het feit dat Bowie twee keer (op 20 en op 27 januari 2014) overging tot verpanding van vorderingen waarbij die vorderingen uitgebreid werden omschreven lijkt te volgen dat elke pandakte steeds een beperkt bereik had.

De rechtbank oordeelt dat ABN AMRO aan de boedel van Bowie dient af te dragen het creditsaldo dat (kennelijk) bij ABN AMRO na verrekening van credit- en debetsaldi wordt aangehouden door Bowie en haar zustervennootschappen.

W.T.N. Vlasveld, maart 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 11-07-2018

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2018:10118

Zaaknummer: C/13/627539 / HA ZA 17-400

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

Advocaten: I.J.A.J. Hanssen en A.C. Rozeman

Wetsartikelen: 23 Fw en 3:239 BW

RECHTSPRAAK

Betaling namens een andere vennootschap en creditering van het betaalde bedrag in rekening-courant is niet paulianeus.

Op het moment dat het faillissement van Source Food is aangevraagd, voldoet Source People namens Source Food een factuur en crediteert het betaalde bedrag in de rekening-courant. De vernietiging van de curator op grond van artikel 42 en 47 Fw slaagt niet, omdat schuldeisers van Source Food door de gang van zaken niet zijn benadeeld. Het geld waarmee Source People de factuur heeft voldaan is immers afkomstig van Source Food.

De vennootschap Source Food ontving op 12 december 2014 een factuur van circa € 30.000 van een leverancier. Op 22 december 2014 is de factuur in opdracht van Source Food (terwijl haar faillissement reeds was aangevraagd) door de vennootschap Source People voldaan. Het betaalde bedrag is vervolgens als creditbedrag geboekt in de rekening-courantverhouding tussen beide vennootschappen. Bij vonnis van de Rechtbank Noord-Holland van 6 januari 2015 werd Source Food in staat van faillissement verklaard. De curator heeft de verrekening in rekening-courant alsmede zo nodig de rechtshandelingen die ten grondslag liggen aan de verrekening vernietigd met een beroep op artikel 42 jo. 43 Fw. Hij stelt dat Source People zich door deze verrekening met voorrang boven de andere schuldeisers van Source Food heeft kunnen verhalen op het vermogen van Source Food, althans zichzelf heeft bevoordeeld doordat haar rekening-courantschuld is verlaagd. Andere schuldeisers zijn hierdoor benadeeld, doordat het actief in de boedel van Source Food door de verrekening is verminderd en/of de onderlinge rangorde van de schuldeisers van Source Food is verstoord. Zowel ten aanzien van Source Food als ten aanzien van Source People geldt dat zij wetenschap hadden van de benadeling omdat zij ten tijde van de betaling en de verrekening dezelfde (middellijk) bestuurder hadden, die als geen ander de financiële situatie van Source Food kon beoordelen.

Subsidiair heeft de curator de verrekening vernietigd op grond van artikel 47 Fw, omdat

Source Food door middel van de verrekening een opeisbare schuld aan Source People heeft voldaan toen haar faillissement reeds was aangevraagd. Source People was bovendien volgens de curator, gelet op het bepaalde in artikel 54 lid 1 Fw, niet bevoegd tot verrekening van haar vordering op Source Food, ook niet in rekening-courant. Voorts heeft de curator een vordering ex artikel 6:162 BW jo. artikel 2:11 BW ingesteld jegens de bestuurder en middellijk bestuurder van Source Food omdat zij onrechtmatig zouden hebben gehandeld door als (middellijk) bestuurder de opdracht tot betaling te geven en die betaling uit te voeren. Source c.s. heeft ter verweer aangevoerd dat de gelden van Source Food werden beheerd door Source People en dat de rekening-courantverhouding slechts een administratieve verwerking was van dit beheer. Er zijn volgens Source c.s. geen schuldeisers van Source Food benadeeld door de uitgevoerde verrekening.

De rechtbank oordeelt dat de opdracht tot betaling van de factuur en de daarop gevolgde creditering in de rekening-courant niet als paulianeus in de zin van artikel 42 Fw kan worden bestempeld. Door de betalingen te laten verlopen via Source People en de in dat verband benodigde gelden ook aan Source People ter beschikking te stellen, zijn de schuldeisers van Source Food niet benadeeld. Immers, de via de rekening van Source People overgemaakte bedragen, waaronder het betaalde bedrag van circa € 30.000, zouden ook zonder de tussenkomst van Source People aan dezelfde schuldeisers van Source Food zijn uitgekeerd, maar dan rechtstreeks. De schuldeisers in het faillissement van Source Food zouden dan ook niet beter af zijn geweest in de situatie waarin de betalingen niet via Source People zouden zijn verlopen. Dat Source Food de gelden op de rekening-courant zou hebben gestort voor enig ander doel dan de voldoening van schulden van Source Food en dat Source Food uit dien hoofde jegens Source People aanspraak zou kunnen maken op betaling van de desbetreffende bedragen, is gesteld noch gebleken. Van een vermindering van het vermogen van Source Food als gevolg van de betalingsopdracht en de daarop gevolgde verrekening is dan ook geen sprake.

Ook het beroep op de artikelen 47 en 54 Fw treft geen doel. Nu de factuur in opdracht van Source Food is voldaan vanuit van Source Food afkomstige gelden, kan niet worden volgehouden dat Source People door de betaling van de factuur een vordering heeft verkregen op Source Food. Daarop strandt reeds het beroep op de artikelen 47 en 54 Fw. Wat betreft de vorderingen jegens de bestuurder en middellijk bestuurder vanwege selectieve betaling valt naar het oordeel van de rechtbank niet in te zien dat de bestuurder bij het geven van de betalingsopdracht en het betalen van de factuur geen ander doel voor ogen heeft gehad dan de positie van Source People te verbeteren ten koste van de schuldeisers van Source Food. Alle vorderingen van de curator worden afgewezen.

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

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 09-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2016:11568

Zaaknummer: C/15/236351/HA ZA 15-829

Rechters: S.M. Jongkind-Jonker

Advocaten: S. Peekel en L.C.M. Berger

Wetsartikelen: 42 Fw, 47 Fw, 54 Fw, 6:162 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Niet summierlijk gebleken van het vorderingsrecht van verzoekster.

Het faillissement van een vennootschap wordt aangevraagd door een verzoekster die gecontroleerd wordt door de voormalig indirect bestuurder. Omdat de vermeende vordering ondeugdelijk is onderbouwd, wordt verweerster veroordeeld in de proceskosten.

Verzoekster heeft het faillissement aangevraagd van een vennootschap ('verweerster'), omdat verzoekster een auto ter beschikking heeft gesteld aan de voormalig rechtspersoon-bestuurder van verweerster. Verzoekster zond voor de gereden kilometers periodiek facturen naar verweerster. Deze facturen werden ook voldaan. Dat wekt geen verbazing, omdat de voormalig indirect bestuurder van verweerster ook (indirect) bestuurder was van verzoekster.

De bestuurder van verweerster heeft in december 2019 ontslag genomen. Om die reden heeft de enig aandeelhouder zich in de procedure gesteld als belanghebbende. De aandeelhouder voert als verweer dat verzoekster geen vordering heeft op verweerster, maar op de voormalig bestuurder. De facturen zijn in het verleden weliswaar namens verweerster voldaan door de voormalig indirect bestuurder, maar hiervoor was volgens de aandeelhouder geen grond. De aandeelhouder meent daarnaast dat verzoekster misbruik heeft gemaakt van faillissementsrecht. In oktober 2019 heeft de indirect bestuurder tevergeefs gepoogd de algemene vergadering in te laten stemmen met eigen aangifte van het faillissement. Nadien heeft de indirect bestuurder namens verzoekster facturen gestuurd naar verweerster, zonder deze te betalen en het faillissement van verweerster aangevraagd zonder nadere ingebrekestelling of sommatie.

De rechtbank wijst het faillissementsverzoek af, omdat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van verzoekster. Tegenover de gemotiveerde betwisting van de aandeelhouder dat verzoekster geen overeenkomst heeft gesloten met verweerster, heeft verzoekster haar vorderingsrecht niet nader onderbouwd. Dat verweerster eerdere facturen wel heeft betaald doet hieraan niet af, mede omdat de facturen zijn opgesteld en betaald door de voormalig indirect bestuurder. Verzoekster wordt veroordeeld in de proceskosten van de

aandeelhouder, omdat zij zonder deugdelijke onderbouwing van haar vermeende vordering en zonder sommatie of ingebrekestelling het faillissement van verweerster heeft aangevraagd.

H.J. de Kloe, maart 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 05-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:2165

Zaaknummer: FT RK 20/46

Rechters: J.C.A.M. Los

Advocaten: R.G.J. van Kerkhof en D.J.M. Kulk

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Certificaathouder heeft lening verstrekt aan vennootschap en geen kapitaalstorting gedaan.

Geld dat de failliete certificaathouder beschikbaar heeft gesteld aan de vennootschap kwalificeert als rekening-courantvordering en niet als kapitaalstorting. Nu hierover geen andere afspraken zijn gemaakt, is de vordering direct opeisbaar.

J. Norder Beheer B.V. ('Norder') is failliet en heeft – net als twee andere participanten – vóór faillissement geld ter beschikking gesteld aan Noweka B.V. De curator van Norder vordert betaling van het beschikbaar gestelde bedrag door Noweka. De vraag die in dit arrest speelt, is of dit geld beschikbaar is gesteld als kapitaal of als lening die is geboekt in rekening-courant. Het hof is, net als de Rechtbank Gelderland, van oordeel dat Noweka het geld moet terugbetalen omdat sprake is van een lening.

Enig aandeelhouder van Noweka is Stichting Administratiekantoor Noweka². Norder en twee andere certificaathouders houden sinds 2008 elk 600 certificaten van aandelen in Noweka. Dat Norder certificaathouder is en geen aandeelhouder, is de eerste reden voor het hof om te concluderen dat een lening is verstrekt. Nu Norder als certificaathouder geen zelfstandige kapitaalpositie heeft binnen Noweka, kan geen sprake zijn van een kapitaalstorting in civielrechtelijke zin.

De tweede reden waarom het hof oordeelt dat sprake is van een lening, is dat uit de gedragingen van partijen blijkt dat ook zij de storting als lening hebben aangemerkt. Zowel in de jaarcijfers van Noweka als in de grootboekadministratie van Norder is het beschikbaar gestelde bedrag in rekening-courant geboekt. Daarnaast heeft Norder in 2010 ten behoeve van een bestuurder van Noweka een pandrecht gevestigd op haar vordering op Noweka. Ten derde heeft Norder in de aangifte Vpb uit 2009 opgenomen dat het beschikbaar gestelde bedrag in een rekening-courantverhouding is opgenomen. Tot slot heeft een andere certificaathouder het geld niet zelf ter beschikking gesteld, maar heeft een aan haar gelieerde partij dat gedaan. Deze gelieerde partij heeft in het kader van de verstrekte gelden in 2010 conservatoir beslag gelegd ten laste van Noweka.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de vordering direct opeisbaar is. Het hof laat dit oordeel in stand. Omdat sprake is van een rekening-courantverhouding, volgt uit artikel 6:140 lid 1 BW dat het rekening-courantsaldo op ieder tijdstip is verschuldigd. Tenzij anders is overeengekomen, is dat saldo ook opeisbaar. Niet gesteld of gebleken is dat hierover andere afspraken zijn gemaakt. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank en veroordeelt Noweka in de proceskosten.

H.J. de Kloe, maart 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-02-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:1628

Zaaknummer: 200.246.817

Rechters: I. Brand, D. Stoutjesdijk en J. Wolbrink

Advocaten: J.T. Schlepers en A. Gras

Wetsartikelen: 6:140 BW

RECHTSPRAAK

Faillissementsverzoek wordt afgewezen omdat verzoeker niet ter zitting is verschenen.

Faillissementsverzoek wordt afgewezen omdat verzoeker niet ter zitting is verschenen.

Poeliersbedrijf Ri-Jo B.V. heeft het verzoek gedaan een natuurlijk persoon failliet te verklaren. Omdat verzoekster niet ter zitting is verschenen, heeft de rechtbank het faillissementsverzoek conform artikel 1.1.2.7 van het procesreglement als ingetrokken beschouwd. Ten overvloede overweegt de rechtbank dat niet summierlijk is gebleken van een vorderingsrecht van verzoeker, omdat de factuur een ander dan verweerder als debiteur vermeldt.

H.J. de Kloe, maart 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 18-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:1791

Zaaknummer: C/10/585761

Rechters: C. de Jong

Advocaten: M.P. Harten

Wetsartikelen: 1.1.2.7 Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken

RECHTSPRAAK

Samenloop vorderingen pensioenfonds en curator.

De rechtbank beoordeelt of sprake is van samenloop van de vorderingen van het pensioenfonds en de curator jegens de bestuurders. Daar waar sprake is van samenloop, wordt de zaak aangehouden zodat eerst op de vorderingen van de curator kan worden beslist.

Gedaagden (de 'Bestuurders') zijn (middellijk en onmiddellijk) als statutair bestuurder betrokken bij drie gefailleerde vennootschappen. In deze procedure vordert het pensioenfonds de hoofdelijke veroordeling van de Bestuurders tot betaling van de onbetaalde pensioenpremies van twee van de vennootschappen ('BV 1' en 'BV 2') en van de geleden schade wegens het niet aanmelden van werknemers door de derde vennootschap ('BV 3'). Nadat het pensioenfonds de Bestuurders heeft gedagvaard, is ook de curator van BV 2 en BV 3 op grond van artikel 2:248 BW, 2:9 BW en 6:162 BW een procedure tegen hen gestart.

De vordering van het pensioenfonds in verband met BV 1 en BV 2 is gebaseerd op artikel 23 Wet Bpf. Dit artikel geeft eenzelfde regeling als artikel 36 Iw 1990. Op grond hiervan moet een bestuurder tijdig melding doen van betalingsonmacht. De bestuurder die hieraan voldoet, kan slechts tot betaling worden aangesproken indien het pensioenfonds aannemelijk maakt dat de niet-betaling te wijten is aan kennelijk onbehoorlijk bestuur. Laat de bestuurder echter na een melding te doen, dan wordt ingevolge lid 4 vermoed dat de niet-betaling aan hem is te wijten. Hij wordt slechts toegelaten tot weerlegging van dat vermoeden als hij aannemelijk maakt dat het niet voldoen aan de meldingsplicht hem niet kan worden verweten.

De Bestuurders hebben als meest verstrekkende verweer gevoerd dat sprake is van samenloop met de vorderingen van de curator en dat een goede proceseconomie vereist dat de zaak wordt aangehouden. Onder verwijzing naar vaste rechtspraak over de vordering uit onrechtmatige daad van de curator namens de gezamenlijke schuldeisers, de Peeters q.q./Gatzen-vordering, overweegt de rechtbank dat het pensioenfonds de onderhavige vorderingen heeft kunnen instellen. Volgens het arrest Lunderstädt/De Kok I (ECLI:NL:HR:2001:AD2684) kan een behoorlijke afwikkeling van het faillissement echter meebrengen dat eerst op de vordering van

de curator wordt beslist en daarna pas op die van de individuele schuldeiser. De rechtbank beoordeelt vervolgens per vordering of die noodzaak er is.

De curator van BV 1 heeft geen vordering jegens de Bestuurders ingesteld. Hier is dus duidelijk geen sprake van samenloop. De rechtbank wijst deze vordering toe op grond van lid 4.

De vordering in verband met BV 2 heeft deels betrekking op premies waarvoor de meldingsplicht gold. Omdat de Bestuurders die melding niet hadden gedaan én niet aannemelijk hebben gemaakt dat dit niet aan hen te wijten was, treedt ook hier het gevolg van lid 4 in dat verwijtbaarheid onweerlegbaar wordt vermoed. Nu er voor de vorderingen van de curator andere voorwaarden voor aansprakelijkheid worden gesteld, is er naar het oordeel van de rechtbank dus geen sprake van samenloop. De rechtbank wijst ook deze vordering toe.

De vordering ter zake van BV 2 betrof echter ook premienota's waarvoor de meldingsplicht volgens de rechtbank niet meer van toepassing was, omdat die nota's pas ná het faillissement waren verstuurd. Ten aanzien hiervan dient het pensioenfonds daarom aannemelijk te maken dat de niet-betaling te wijten is aan onbehoorlijk bestuur. Nu dat criterium dicht aanligt tegen de grondslagen van de vorderingen van de curator, brengt een behoorlijke afwikkeling van het faillissement mee dat eerst op de vordering van de curator moet worden beslist. De beslissing wordt aangehouden.

De vordering ter zake van BV 3 was tot slot, net als een van de vorderingen van de curator, gebaseerd op artikel 6:162 BW. De rechtbank ziet daarin aanleiding om ook de beslissing op deze vordering aan te houden totdat op de vorderingen van de curator is beslist.

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

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 29-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2020:995

Zaaknummer: C/19/122795 / HA ZA 18-90

Rechters: S.B. van Baalen

Advocaten: E. Bakhuis en H. Veldman

Wetsartikelen: 23 Wet Bpf en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Afwijzing faillissementsverzoek: niet summierlijk gebleken dat een ontbonden vennootschap (potentiële) baten heeft en geen pluraliteit.

Verzoek tot faillietverklaring van een ontbonden vennootschap wordt afgewezen, omdat de vennootschap geen baten heeft. Een eenmalige overschrijding van de publicatieplicht met één maand die verklaarbaar is omdat de publicatietermijn dat boekjaar voor het eerst is teruggebracht naar twaalf maanden, is een onbelangrijk verzuim. In faillissement zou daarom geen vordering op grond van artikel 2:248 BW geldend kunnen worden gemaakt.

In juli 2019 zijn de rechtsvoorgangers van verweerster door de Rechtbank Den Haag veroordeeld tot betaling van ongeveer € 1,2 miljoen aan (de curatoren van) een failliete nv. Verweerster heeft nagelaten de vordering te voldoen. Zij heeft zich op 26 augustus 2019 uitgeschreven uit het handelsregister na een ontbindingsbesluit van de algemene vergadering, genomen op 23 augustus 2019.

De curatoren van de nv vragen het faillissement aan van verweerster omdat sprake zou zijn van een bate en van pluraliteit van schuldeisers. Vast staat dat verweerster de jaarrekening over het boekjaar 2016 één maand te laat heeft gepubliceerd. Dit levert een schending van artikel 2:394 BW op. Volgens de curatoren staat kennelijk onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:248 lid 2 BW vast, omdat verweerster niet heeft voldaan aan haar publicatieplicht. Een vordering op grond van artikel 2:248 BW levert een (potentiële) bate op bij verweerster. Volgens de curatoren blijkt uit de jaarrekening 2018 dat er meerdere schuldeisers zijn en is hiermee tevens voldaan aan het vereiste van pluraliteit van schuldeisers.

Verweerster erkent de vordering van de curatoren. Zij stelt dat zij zich uit het handelsregister heeft laten uitschrijven omdat er geen baten waren en alle activiteiten waren gestaakt. Van een potentiële bate is daarom volgens haar geen sprake. Het enkele feit dat eenmalig de jaarrekening één maand te laat is gedeponeerd is hiervoor onvoldoende. Deze beperkte

overschrijding is veroorzaakt door een wetswijziging waarbij de deponeringstermijn met een maand was verkort. Dat was het bestuur ontschoten, waardoor de jaarrekening een maand te laat is gedeponerd. Het bestuur heeft te goeder trouw en bona fide gehandeld. Deze overschrijding kan niet leiden tot een vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid. Ook meent zij dat er geen sprake is van pluraliteit. Er uitsluitend een schuld aan de failliete nv.

De rechtbank overweegt het faillissement van een ontbonden rechtspersoon op verzoek van een schuldeisers kan worden uitgesproken, indien summierlijk is gebleken van een bate en aan de overige vereisten voor faillietverklaring is voldaan. Gelet op het feit dat alle andere jaarrekeningen wel tijdig zijn gedeponerd, de overschrijding slechts één maand bedraagt en deze overschrijding verklaard kan worden door de wijziging van de deponeringstermijn, is de rechtbank van oordeel dat sprake is van een onbelangrijk verzuim dat niet kan leiden tot een vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid. Het door de curatoren tevens gestelde wanbeleid door het bestuur is, gelet op de gemotiveerde betwisting van verweerster, onvoldoende onderbouwd. Derhalve is niet summierlijk gebleken dat verweerster nog een (potentiële) bate heeft. Ook is de rechtbank van oordeel dat aan het pluraliteitsvereiste niet is voldaan, nu verweerster gemotiveerd heeft betwist dat nog sprake is van een andere vordering. De rechtbank wijst het faillissementsverzoek af.

J.D. van den Dolder, maart 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 21-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:1149

Zaaknummer: C/13/678585 / FT RK 20/86

Rechters: A.E. de Vos

Advocaten: M.A.T. Schroots en R. Horstman

Wetsartikelen: 2:19 lid 4 BW en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid in verband met niet melden betalingsonmacht aan pensioenfonds

Melding betalingsonmacht ex artikel 23 Wet Bpf. Hoger beroep tegen oordeel dat bestuurder jegens bedrijfstakpensioenfonds aansprakelijk is voor onbetaalde pensioenpremies. Hoger beroep slaagt.

De bestuurder was vanaf juli 2008 bestuurder van zorginstelling Curadomi B.V. Er was destijds al een achterstand in de betaling van pensioenbijdragen, waarvoor in mei 2008 een betalingsregeling was getroffen. Op 15 september 2008 schreef de bestuurder aan het pensioenfonds dat de instelling de eerdere betalingsregeling niet meer kon voldoen en dat ook de pensioenpremie van juni 2008 niet kon worden betaald, reden waarom hij verzocht om een (nieuwe) betalingsregeling.

Per 29 december 2008 is de onderneming van Curadomi B.V. overgegaan naar Stichting Curadomi. Het betreft een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW.

In eerste aanleg had de rechtbank (onder meer) geoordeeld dat er geen tijdige rechtsgeldige mededeling van betalingsonmacht was gedaan, en aldus dat de bestuurder aansprakelijk was voor de onbetaalde pensioenpremies.

De bestuurder heeft in appel door middel van zijn grieven feitelijk twee stellingen naar voren gebracht: (1) door de overgang van onderneming gold dat de oude werkgever nog maar één jaar na overgang aangesproken kon worden voor bestaande verplichtingen in verband met de vervalltermijn van artikel 7:663 BW, en (2) het pensioenfonds was reeds bekend met de betalingsonmacht.

Het hof oordeelt dat er een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. Daardoor ging de verplichting tot betaling van de pensioenachterstand over op de Stichting Curadomi B.V. was nog gedurende één jaar nadien hoofdelijk verbonden voor deze verplichting, aldus het hof. Deze termijn is een vervalltermijn, die in het belang van de oude werkgever is opgenomen; onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis oordeelt het hof dat de verplichting vervalt als niet binnen die vervalltermijn een daad van rechtsvervolgung plaatsvindt. Het is

geen verjaringstermijn: in dat geval zou de oude werkgever, na stuiting, nog jarenlang aansprakelijk kunnen worden gehouden, en dat is niet beoogd. Nu er niet binnen het jaar een daad van rechtsvervolgning heeft plaatsgevonden, is de aansprakelijkheid van de oude werkgever en de bestuurder vervallen.

Voorts oordeelt het hof dat ook de tweede stelling van de bestuurder opgaat. Voordat de bestuurder was aangetreden, was er reeds een betalingsachterstand, ten aanzien waarvan ook een betalingsregeling was getroffen. Volgens het hof moet het pensioenfonds op dat moment hebben geweten dat de instelling een ernstig betalingsprobleem had. Niet aannemelijk is dat om andere redenen een betalingsregeling is getroffen. Het oordeelt daarom dat het pensioenfonds reeds voor het aantreden van de bestuurder op de hoogte was van de betalingsonmacht. Aldus hoefde nadien niet (opnieuw) een melding te worden gedaan, tenzij het pensioenfonds na ontvangst van een betaling schriftelijk zou hebben laten weten betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten. Het hof verwijst naar een arrest van de Hoge Raad (HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3017), waarin is geoordeeld dat een eerdere melding van betalingsonmacht niet hoeft te worden herhaald.

Het pensioenfonds heeft na geen enkele betaling laten weten dat het betalingsonmacht niet langer aanwezig zou achten. Aldus kon de brief van 15 september 2008 niet anders worden begrepen dan een herhaalde melding van betalingsonmacht. Ook nadien heeft de bestuurder het pensioenfonds nog meermalen laten weten dat er niet kon worden betaald, terwijl er, aldus het hof, geen verplichting bestond om een (nadere) en schriftelijke melding van betalingsonmacht te doen. Het vonnis van de rechtbank wordt vernietigd en het pensioenfonds wordt veroordeeld in de proceskosten.

Wenk

Als een rechtspersoon die is aangesloten bij een verplicht bedrijfstakpensioenfonds niet in staat is de pensioenpremies te betalen, dient het bestuur daarvan binnen veertien dagen nadat de premie had moeten zijn betaald, mededeling te doen aan het pensioenfonds. Gebeurt dat niet, dan wordt op grond van artikel 23 lid 4 Wet Bpf vermoed dat het niet betalen van de bijdragen het gevolg is van aan de bestuurders te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur. Dit vermoeden kan alleen worden weerlegd door de bestuurder die aannemelijk kan maken dat het niet aan hem te wijten is dat niet aan de meldingsplicht is voldaan.

Er gelden aldus in de verhouding tot het pensioenfonds – in de woorden van de uitspraak van het tussenvonnis in eerste aanleg – relatief strenge eisen voor bestuurders. Als te laat (of niet) is gemeld, is het bovendien niet eenvoudig verweer te voeren. Anders dan bijvoorbeeld bij een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW, worden de meeste

bestuurders niet toegelaten tot het weerleggen van het hiervoor beschreven vermoeden: alleen zij die aannemelijk kunnen maken dat het niet aan hen te wijten is dat de onderneming niet aan de meldingsverplichting heeft voldaan, kunnen dat vermoeden weerleggen.

A.D. van Dalen, maart 2020

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 03-03-2020

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2020:269

Zaaknummer: 200.254.513/01

Rechters: R.S. van Coevorden, R.J.F. Thiessen en A.C.M. Kuypers

Advocaten: J. Verhoeven en R.J.G. van Brakel

Wetsartikelen: 3:308 BW, 7:662 BW, 7:663 BW en 23 Wet Bpf