

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 07, 2020

Nummer 7, 2020

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:475](#) 20-03-2020

Voorwaardelijke regeling met schuldeisers onbetwiste steunvorderingen verhindert faillietverklaring niet

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:472](#) 20-03-2020

Nieuwe regels bij rechterswisseling na mondelinge behandeling

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:416](#) 13-03-2020

Overneming geding ex artikel 27 Fw met betrekking tot rectificatievordering

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:2492](#) 24-03-2020

Deloitte niet aansprakelijk voor goedkeuren jaarrekeningen Welsec

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:907](#) 03-03-2020

Enquêteverzoek tegen curatoren Vidrea Retail en VDH afgewezen

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:514](#) 18-02-2020

Vordering tot decertificering aandelen Sypesteyn toegewezen

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2020:1215](#) 18-03-2020

Verkoper failliet voordat levering heeft plaatsgevonden

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2020:1882](#) 18-03-2020

Bestuursverbod aan (middellijk) bestuurder van (groot) aantal gefailleerde vennootschappen

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2020:1236](#) 11-03-2020

Peeters/Gatzen-vordering afgewezen: de intentie van partijen (waaronder schuldeisers) volgt uit een getekend 'Memorandum of Understanding'

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:787 04-03-2020

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:2393 04-03-2020

Paulianeus handelen door de overdracht van een debiteurenportefeuille en het verrichten van betalingen aan een moedermaatschappij door een dochter, wier eigen faillissementsaangifte is ingediend. Is sprake van een samenstel van rechtshandelingen dat de curator beperkt in zijn mogelijkheden om afzonderlijke rechtshandelingen te vernietigen?

Annotatie

Meerpartijenverrekening in faillissement: annotatie bij HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789

mr. J.H.M. van de Wiel

RECHTSPRAAK

Nieuwe regels bij rechterswisseling na mondelinge behandeling

Het gerecht moet van elke rechterswisseling na de mondelinge behandeling mededeling doen.

In deze zaak vordert To Concept een verklaring voor recht dat CZ jegens haar wanprestatie heeft gepleegd, althans onrechtmatig heeft gehandeld, althans zich ongerechtvaardigd ten koste van To Concept heeft verrijkt (vgl. r.o. 2.2). In eerste aanleg heeft de rechtbank deze vorderingen afgewezen.

Het hof heeft in een tussenarrest van 20 juni 2017 geoordeeld dat CZ is tekortgeschoten in haar verplichtingen jegens To Concept. Omdat aldus de primaire grondslag van de vordering vast is komen te staan, gaat het hof niet meer in op de ‘diverse kennelijk subsidiaire grondslagen van de vordering’. In het eindarrest heeft het hof vervolgens geoordeeld dat de gevorderde verklaring voor recht dat CZ jegens To Concept wanprestatie heeft gepleegd, althans onrechtmatig heeft gehandeld, althans zich ongerechtvaardigd heeft verrijkt, moet worden afgewezen, nu geen schade aannemelijk is geworden en niet meer voldoende is gesteld welk belang To Concept heeft bij die verklaring voor recht. Vervolgens heeft het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd en het in hoger beroep gevorderde afgewezen. Kennelijk (vgl. r.o. 3.3.1) zijn alle raadsheren gedurende de procedure gewisseld en is elk arrest in een andere samenstelling geweest zonder dat daarvan mededeling is gedaan aan partijen en zonder opgave van redenen in de arresten. Bovendien heeft kennelijk geen van de raadsheren ten overstaan van wie het pleidooi is gehouden het eindarrest meegewezen en heeft kennelijk ook de raadsheer-commissaris ten overstaan van wie de getuigenverhoren hebben plaatsgevonden het eindarrest niet meegewezen.

In cassatie staan in hoofdzaak twee kwesties centraal: (1) had het hof ook dienen te beslissen op de vorderingen op de grondslagen onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking (vgl. art. 23 Rv), en (2) heeft het hof met de rechterswisseling zonder mededeling daarvan aan partijen en zonder opgave van redenen in de arresten het onmiddelijkheidsbeginsel miskend?

Ten aanzien van de hierboven onder (1) aangeduide kwestie overweegt de Hoge Raad dat het

oordeel dat To Concept geen schade heeft geleden als gevolg van een tekortkoming door CZ, niet wegneemt dat To Concept schade kan hebben geleden als gevolg van het door haar gestelde onrechtmatig handelen of dat sprake kan zijn van ongerechtvaardigde verrijking. Aan deze grondslagen heeft To Concept andere feiten en verwijten ten grondslag gelegd dan aan de gestelde wanprestatie. To Concept kan dus belang hebben bij de gevorderde verklaringen voor recht en betaling van een voorschot op de schadevergoeding. Het hof had deze subsidiaire grondslagen afzonderlijk dienen te beoordelen, hetgeen het niet althans onvoldoende gemotiveerd heeft gedaan.

Ten aanzien van de onder (2) aangeduide kwestie zet de Hoge Raad eerst het in eerdere arresten ontwikkelde raamwerk uiteen. Onderdeel van dat raamwerk was dat de verplichting van het gerecht om na een mondelinge behandeling aan partijen mededeling te doen van een rechterswisseling, vervalt na de eerste uitspraak die op de mondelinge behandeling volgt, en dat het na een uitspraak aan partijen is om in dit verband initiatieven te ontplooiën (vgl. r.o. 3.4.2, met verwijzing naar HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662). Dit oordeel wordt thans heroverwogen, daar dit systeem voor de procespartijen niet goed werkbaar is nu niet steeds een voor de hand liggend moment valt aan te wijzen voor het opvragen van deze informatie. Anderzijds is een stelsel waarin telkens op zaaksinhoudelijke gronden moet worden beslist of aan partijen mededeling moet worden gedaan van een rechterswisseling, voor de administratie van de gerechten evenmin eenvoudig werkbaar. De Hoge Raad overweegt: 'Aan beide bezwaren kan recht worden gedaan door een stelsel waarin het gerecht gehouden is om van elke rechterswisseling na een mondelinge behandeling mededeling te doen.'

Indien daarmee 'op enig moment na de mondelinge behandeling vervanging noodzakelijk blijkt van een of meer rechters ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, dient het gerecht dit voorafgaand aan de eerstvolgende uitspraak mee te delen aan partijen (waaronder in verzoekschriftprocedures begrepen de belanghebbenden), onder opgave van de reden(en) voor de vervanging en de beoogde uitspraakdatum' (r.o. 3.4.3). Voor de verdere uitwerking van dit stelsel, zie r.o. 3.4.3-3.4.5. De Hoge Raad geeft overgangsrecht: het nieuwe stelsel is slechts van toepassing op procedures waarin na het arrest van de Hoge Raad een mondelinge behandeling plaatsvindt.

O. Oost, april 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 20-03-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:472

Zaaknummer: 18/03267

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

Advocaten: B.I. Kraaiipoel en J. de Bie Leuveling Tjeenk

Wetsartikelen: 6:74 BW, 6:162 BW, 6:212 BW en 155 Rv

RECHTSPRAAK

Peeters/Gatzen-vordering afgewezen: de intentie van partijen (waaronder schuldeisers) volgt uit een getekend ‘Memorandum of Understanding’

Peeters/Gatzen-vordering wordt afgewezen. De rechtbank is van oordeel dat de intentie die blijkt uit een memorandum of understanding doorslaggevend is. Uit het memorandum kan worden afgeleid dat het de intentie was van de statutair bestuurder en de CFO van Mediate om de vorderingen van Recov te voldoen, waarbij de afspraak was dat Recov een deel van de ‘verduisterde’ voorraden zou behouden. Met het ondertekenen van het memorandum is het instellen van een vordering uit onrechtmatige daad dan ook een gepasseerd station geworden.

Mediate was importeur van medische apparatuur, afkomstig uit China. Zij huurde een bedrijfsruimte in Steenwijk van Recov. Recov heeft begin 2016 een lening van € 50.000 verstrekt aan Mediate. Ook heeft zij op enig moment twee leningen van in totaal € 25.200 verstrekt aan de toenmalige bestuurder van Mediate in privé. Eind november heeft de bestuurder van Recov een grote hoeveelheid voorraden en een hoeveelheid inventaris die aan Mediate toebehoorden en aanwezig waren in de door Mediate van Recov gehuurde bedrijfsruimte, naar een ander magazijn in het betreffende bedrijfspand verplaatst. Hij heeft vervolgens de geldlening bij e-mail van 29 november 2016 opgeëist en Mediate gesommeerd tot betaling van het openstaande bedrag (inclusief achterstallige huur). Op 9 december 2016 zijn de goederen weer teruggebracht naar het magazijn van Mediate, maar wel heeft Recov de sloten van de door Mediate gehuurde ruimte vervangen. Medio december 2016 heeft Mediate bij de politie aangifte gedaan van diefstal c.q. verduistering. In de periode van december 2016 tot en met medio juli 2017 hebben partijen overleg gevoerd om tot een oplossing van hun geschilpunten te komen. Op 10 juli 2017 hebben onder meer Recov en Mediate een ‘Memorandum Of Understanding’ getekend. Later is er verschil van mening ontstaan over de interpretatie van het memorandum. Op 19 oktober 2017 is Mediate in staat van faillissement

verklaard. De curator heeft het memorandum bij brief van 3 januari 2018 buitengerechtelijk vernietigd.

De curator vordert in de onderhavige procedure primair een veroordeling van Recov tot betaling van € 96.458,30 te vermeerderen met de schade die Mediate ten gevolge van de handelwijze van Recov daarenboven nog heeft geleden en/of nog mochten lijden, zoals nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Subsidiair vordert de curator voor recht te verklaren dat Recov onrechtmatig jegens de curator q.q. heeft gehandeld en Recov hoofdelijk te veroordelen om aan de curator q.q. het volledige boedeltekort te betalen. De curator legt aan deze vorderingen het navolgende ten grondslag. Recov heeft onrechtmatig gehandeld door de voorraad van Mediate onder zich te nemen, de sloten van de door Mediate gehuurde bedrijfsruimte te vervangen en haar geen toegang meer te verlenen tot de bedrijfsruimte en tot haar eigen voorraad, en deze verder te verhandelen. Recov wist, althans had moeten weten dat aldus de overige schuldeisers van Mediate zouden worden benadeeld. Ook heeft Recov onrechtmatig gehandeld door de aldus verkregen machtspositie te misbruiken door te trachten Mediate tot een schikking te dwingen, waarbij Mediate de voorraad ter waarde van zo'n € 124.642,10 zou afstaan ter verrekening met bedragen die Recov mogelijk van derden tegoed zou hebben, terwijl Recov van Mediate zelf hooguit zo'n € 54.841,61 te vorderen had en niet over zakelijke zekerheidsrechten beschikte.

De vorderingen van de curator kunnen naar het oordeel van de rechtbank worden beschouwd als Peeters/Gatzen-vorderingen. Aan de curator kan worden toegegeven dat het handelen van Recov heeft te gelden als een vorm van eigenhandige beslaglegging, hetgeen in beginsel als onrechtmatig kan worden aangemerkt. De vraag is echter of het betreffende handelen in de gegeven omstandigheden van voldoende gewicht moet worden geacht om de vorderingen van de curator te dragen op de daarvoor door hem aangevoerde grondslagen. De rechtbank is van oordeel dat dat niet het geval is en overweegt daartoe het volgende. Het staat vast dat Recov eind november 2016 een substantiële vordering op Mediate had. Voorts is het memorandum ondertekend door de statutair bestuurder en de CFO van Mediate, die veruit de twee grootste schuldeisers in het faillissement van Mediate zijn. De rechtbank is voorts van oordeel dat de intentie die blijkt uit het memorandum doorslaggevend is. Van belang is namelijk dat uit het memorandum kan worden afgeleid dat het de intentie was van de statutair bestuurder en de CFO van Mediate om de vorderingen van Recov te voldoen, waarbij de afspraak was dat Recov een deel van de 'verduisterde' voorraden zou behouden. Met het ondertekenen van het memorandum is het instellen van een vordering uit onrechtmatige daad naar het oordeel van de rechtbank dan ook een gepasseerd station geworden. Alleen al om die reden dienen de vorderingen van de curator die op dat onrechtmatige handelen zijn gegrond, te worden afgewezen. Hier komt bij dat het nog maar zeer de vraag is of sprake is van een causaal

verband tussen de door de curator gestelde schade en het handelen van Recov ten aanzien van de voorraden van Mediate. De rechtbank ziet in ieder geval geen aanleiding mee te gaan in het betoog van de curator dat Recov met het 'verduisteren' van de voorraden de bedoeling heeft gehad de schuldeisers van Mediate te benadelen. Dat de bedrijfsvoering van Mediate daadwerkelijk onmogelijk is gemaakt en haar schuldeisers dus daadwerkelijk zijn benadeeld door het handelen van Recov, blijkt bovendien nergens uit. Voorts heeft de curator zijn stellingen dat Recov misbruik heeft gemaakt van haar vermeende machtspositie en na het tekenen van het memorandum geweigerd zou hebben een deel van de voorraden te retourneren niet onderbouwd. De vorderingen van de curator zijn derhalve afgewezen.

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

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 11-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2020:1236

Zaaknummer: C/08/233359 / HA ZA 19-258

Rechters: M. Aksu

Advocaten: H.G. Ruis en M.N. Stoop

Wetsartikelen: 6:162 BW en 42 Fw

RECHTSPRAAK

Vordering tot decertificering aandelen Sypesteyn toegewezen

De vorderingen van de curatoren tot decertificering van de aandelen in Sypesteyn zijn naar het oordeel van het hof terecht toegewezen. Het belang van de curatoren bij een hogere opbrengst weegt zwaarder dan de belangen die zijn gediend met het in stand laten van de situatie.

Van Sluisveld, de echtgenote van Lips, hield alle aandelen in Sypesteyn Holding B.V. Van Sluisveld en Vincitore, een in Dubai opgerichte vennootschap waarvan Lips enig bestuurder was, zijn bestuurders van Sypesteyn. Sypesteyn houdt 50% van de aandelen in Rohaas B.V., een vennootschap waarin een goedlopend restaurant wordt gedreven. Een derde houdt (indirect) de andere helft van de aandelen in Rohaas en is enig bestuurder van Rohaas.

Omstreeks 2011 heeft Van Sluisveld de aandelen in Sypesteyn gecertificeerd. Sindsdien werden alle aandelen in Sypesteyn gehouden door een stichting (STAK), waarvan het bestuur wordt gevormd door Lips en Vincitore. Alle certificaten (op één na) worden gehouden door Van Sluisveld. In 2014 heeft Sypesteyn twee aandelen uitgegeven: één aan Van Sluisveld en één aan haar zoon ('de zoon').

Van Sluisveld verkeert in staat van faillissement. Haar curatoren hebben de besturen van de STAK en Sypesteyn gesommeerd mee te werken aan decertificering van de aandelen in Sypesteyn. Omdat aan de sommatie geen gehoor is gegeven, zijn de curator een kort geding gestart. De voorzieningenrechter heeft de STAK veroordeeld alle aandelen die zij houdt in Sypesteyn over te dragen aan de curatoren. Daarnaast heeft de voorzieningenrechter bepaald dat het vonnis in de plaats treedt van de wilsverklaringen van de STAK, Lips en Vincitore tot levering van de aandelen en intrekking van de certificaten. Tot slot heeft de voorzieningenrechter de blokkeringsregeling van Sypesteyn, op grond waarvan de aandelen aangeboden moesten worden aan de zoon, buiten toepassing gesteld.

De STAK, Lips, Vincitore en de zoon komen in beroep tegen het vonnis van de voorzieningenrechter. Zij stellen dat de curatoren geen (spoedeisend) belang hebben bij hun

vordering, dat de belangen van de curatoren bij decertificering minder zwaar wegen dan de belangen die gediend zijn bij behoud van de bestaande situatie en dat de voorzieningenrechter de blokkeringsregeling niet buiten toepassing kon verklaren.

Het hof wijst het beroep af. De curatoren hebben belang bij hun vorderingen, omdat aannemelijk is dat de aandelen bij verkoop meer opleveren dan de certificaten. Het belang van de curatoren is ook voldoende spoedeisend, omdat een faillissement voortvarend moet worden afgewikkeld. Het belang van de curatoren bij decertificering is gelegen in het te gelde maken van het enige actief van Van Sluisveld, namelijk het indirecte belang in Rohaas. Dit belang weegt zwaarder dan de belangen van de betrokkenen bij het behoud van de bestaande situatie. Het belang van Sypesteyn zelf is niet gediend bij het behoud van de bestaande situatie, omdat sprake is van een impasse op aandeelhoudersniveau in Rohaas. Aan het belang van continuïteit van het bestuur van Sypesteyn komt geen groot gewicht toe en het gestelde emotionele belang van de zoon is onvoldoende aannemelijk gemaakt.

Tot slot overweegt het hof dat artikel 2:195 lid 7 BW, waarin is opgenomen dat de rechter in geval van faillissement een blokkeringsregeling buiten toepassing kan verklaren, niet alleen van toepassing is als de curatoren de aandelen willen overdragen aan een derde, maar ook als de aandelen in het kader van een decertificering overgedragen worden aan de boedel. Nu aan de voorwaarden van artikel 2:195 lid 7 BW is voldaan, heeft de voorzieningenrechter de blokkeringsregeling terecht buiten toepassing verklaard.

H.J. de Kloe, april 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 18-02-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:514

Zaaknummer: 200.272.286/01

Rechters: W.A.H. Melissen, G.C.C. Lewin en H. Struik

Advocaten: R.P. de Bruin en B. Rikkert

Wetsartikelen: 2:195 BW

RECHTSPRAAK

Voorwaardelijke regeling met schuldeisers onbetwiste steunvorderingen verhindert faillietverklaring niet

Zolang steunvorderingen niet echt tenietgegaan zijn, bestaat er pluraliteit en komt het hof terecht toe aan beoordeling 'toestand'. Onbetaald laten van de aanvrager, terwijl er ook geen concreet uitzicht is op verhaal, is daarvoor voldoende.

Deze zaak betreft een cassatieberoep tegen de bekrachtiging van een faillietverklaring door het Hof Arnhem-Leeuwarden. Verzoekers tot cassatie zijn drie failliet verklaarde vennootschappen uit de Macéka Groep ('Macéka'). Macéka belegde in vastgoed. Zij had een bancaire financiering bij FGH Bank N.V. ('FGH'). FGH zegt in 2016 de financieringsovereenkomst op en draagt de inning van haar vordering op Macéka over aan RNHB B.V. ('RNHB'). In 2017 start RNHB met de uitwinning van pandrechten op huurpenningen en in 2018 executeert zij de hypotheekrechten op het vastgoed van Macéka. Na uitwinning van alle zekerheden resteert van de oorspronkelijke financiering nog een terug te betalen bedrag (inclusief boeterente) van circa € 900.000. In 2019 vraagt RNHB het faillissement van Macéka aan.

Macéka voert verweer tegen het verzoek tot faillietverklaring op de volgende gronden:

(a) De opzegging van de financieringsovereenkomst was onrechtmatig. De door FGH dientengevolge te vergoeden schade kan worden verrekend met de resterende vordering tot terugbetaling van de financiering. De uitspraak van de faillissementen moet dus worden vernietigd, omdat de vordering van de verzoeker niet bestond.

(b) Macéka verkeert niet in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen, want zij kan beschikken over aanzienlijke liquide middelen en heeft met alle schuldeisers van wie zij de vorderingen niet betwist een akkoord bereikt, zulks onder de voorwaarde dat het faillissement wordt vernietigd. Voor de nakoming van dat akkoord staat een bedrag van € 140.300 klaar op

de derdengeldenrekening van haar advocaat.

De rechtbank heeft het faillissement van Macéka uitgesproken en het hof heeft die uitspraak bekrachtigd, overwegende dat summierlijk van het bestaan van het vorderingsrecht van FGH/RNHB en van openstaande vorderingen van andere schuldeisers (pluraliteit van schuldeisers) is gebleken. Daarnaast overweegt het hof in zijn beslissing dat summierlijk is gebleken dat Macéka in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen, aangezien vaststaat dat er op de schuld aan FGH/RNHB niet wordt afgelost en omdat niet is gebleken dat Macéka over voldoende middelen beschikt om op (zeer) korte termijn al haar schulden en de tot dan toe verschenen faillissementskosten te voldoen. In dit verband neemt het hof in aanmerking dat het (voorwaardelijk) bereikte akkoord met de schuldeisers en het daarvoor bijeengebrachte bedrag van € 140.300 niet alle in de procedure gebleken schulden dekt. Zo is in het akkoord bijvoorbeeld geen voorziening getroffen voor voldoening van de tot dan toe verschenen faillissementskosten, noch voor een bedrag aan door de curator op basis van actio pauliana teruggevorderde overboekingen, noch voor de door de curator in de boekhouding aangetroffen (aanwijzingen voor) intercompanyschulden, noch voor een vordering tot afdracht van de door de huurders betaalde waarborgsommen die de (veiling)kopers van Macéka's gebouwen op Macéka stellen te hebben.

In cassatie voert Macéka diverse middelonderdelen aan. Het verst strekkende middelonderdeel (onderdeel V) houdt in dat het hof de verkeerde maatstaf heeft aangelegd bij het beoordelen van de vraag of Macéka verkeert in de toestand te hebben opgehouden te betalen.

Macéka stelt zich op het standpunt dat een voorwaardelijk akkoord met zekerheidstelling, zoals zij met haar (onbetwiste) schuldeisers heeft gesloten, behoort te leiden tot de conclusie dat ze niet verkeert in de toestand van te hebben opgehouden met betalen. Macéka beroept zich daarbij op de arresten HR 22 juli 1988, *NJ* 1988/912 en HR 25 mei 2018, *NJ* 2019/393 (m.nt. A.I.M. van Mierlo).

De procureur-generaal concludeert tot verwerping van dit argument, omdat de Hoge Raad in zijn arrest van 25 mei 2018 (ECLI:NL:HR:2018:774) juist als aanwijzing (voor het verwijzingshof) meegaf dat bij een schuldenaar die met betrekking tot de 'steunvorderingen' een voorwaardelijk akkoord heeft aangeboden, het onbetaald laten van de vordering van de verzoeker (in casu: FGH/RNHB) erop kan wijzen dat de schuldenaar toch in 'de toestand' verkeert. Uit de motivering van het in casu bestreden arrest van het hof blijkt volgens de procureur-generaal dat het hof zijn beslissing hoofdzakelijk grondde op het feit dat

Macéka geen aflossingen doet op de resterende vordering van FGH/RNHB, terwijl Macéka ook geen vastgoed meer bezit en geen bedrijfsactiviteiten meer ontplooit. In het licht van de aanwijzing van de Hoge Raad bij zijn arrest van 25 mei 2018 is deze motivering van het hof reeds voldoende om de (handhaving van de) faillietverklaring op te grondens, aldus de procureur-generaal.

Diverse andere middelonderdelen van Macéka richten zich tegen argumenten die door het hof 'extra' aan zijn beslissing ten grondslag zijn gelegd. In zijn conclusie gaat de procureur-generaal daar wel inhoudelijk op in, maar uiteindelijk kunnen deze middelonderdelen sowieso niet tot cassatie leiden wegens gebrek aan belang.

Macéka heeft ook nog enkele middelonderdelen aangevoerd die erop neerkomen dat het hof bepaalde stellingen van Macéka ten onrechte buiten beschouwing zou hebben gelaten, maar uit de conclusie van de procureur-generaal volgt dat deze onderdelen naar zijn mening hetzij berusten op een onjuiste lezing van het arrest van het hof, hetzij geen steun vinden in de gedingstukken.

De procureur-generaal concludeert tot verwerping van het cassatieberoep. De Hoge Raad volgt de conclusie en verwerpt het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 Wet RO.

I.F.M. Lakwijk, maart 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 20-03-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:475

Zaaknummer: 19/03092

Rechters: A.M.J. van Buchem-Spapens, M.V. Polak en M.J. Kroeze

Advocaten: J. den Hoed en T.T. van Zanten

Wetsartikelen: 1 Fw en 81 RO

RECHTSPRAAK

Overneming geding ex artikel 27 Fw met betrekking tot rectificatievordering

Rectificatievordering op basis van eer en goede naam failliet wegens persoonlijk karakter geen rechtsvordering ex artikel 25 en 27 Fw. Overneming en plaatsing buiten geding onherroepelijk door niet-tijdig beroep.

Het arrest is gewezen in de affaire rondom de voormalige Schiedamse burgemeester Verver. Bureau Integriteit Nederlandse Gemeenten B.V. (BING), verweerder in cassatie, die in opdracht van de gemeenteraad onderzoek heeft verricht naar het bestuurlijk handelen van Verver, is in deze procedure door de oud-burgemeester aangesproken tot schadevergoeding en rectificatie ter zake van een verklaring die zij op haar website had geplaatst. De verklaring betrof een eerder kort geding dat de oud-burgemeester tegen BING was begonnen en heeft verloren over rectificatie van weer eerdere verklaringen van BING over haar onderzoeksresultaten.

Hangende de procedure in eerste aanleg is eiseres failliet verklaard. BING heeft de rechtbank daarop verzocht de procedure ex artikel 27 Fw te schorsen en de curator opgeroepen tot overneming van het geding. De rechtbank heeft de schadevergoedings- en rectificatievordering na overneming door de curator afgewezen. Niet de curator maar eiseres heeft tegen dit oordeel hoger beroep ingesteld. Wijzende op de ongeclausuleerde overneming door de curator en de berusting daarin door eiseres heeft het hof tot niet-ontvankelijkheid geconcludeerd, omdat eiseres door de overneming buiten het geding is geplaatst (vgl. art. 27 lid 3 Fw) en in beginsel slechts partijen in een geding hoger beroep kunnen instellen (hof Arnhem-Leeuwarden 6 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2093, r.o. 3.5). Dat geldt ook voor de rectificatievordering. De curator kon ook deze vordering overnemen, omdat deze – hoewel zij zag op de eer en goede naam van eiseres – geen hoogstpersoonlijk recht maar (mede) een recht van de boedel betreft en afzonderlijke behandeling niet zou stroken met doel en strekking van artikel 25-29 Fw (r.o. 3.6 van het hofarrest). Tegen dit oordeel richt zich het cassatieberoep van eiseres. In cassatie ligt voor of de curator de rectificatievordering op basis

van de toepasselijke bepalingen van de Faillissementswet had kunnen overnemen.

De Hoge Raad overweegt onder verwijzing naar de relevante parlementaire geschiedenis dat het uitgangspunt van artikel 25 Fw is dat rechtsvorderingen die rechten en verplichtingen van de boedel tot onderwerp hebben in faillissement alleen nog door of tegen de curator kunnen worden ingesteld. Voor artikel 27 Fw betekent dit dat alleen gedingen betreffende die rechtsvorderingen door de curator kunnen worden overgenomen. De vraag of van een dergelijke vordering sprake is, kan in voorkomend geval mede een feitelijke beoordeling aan de hand van de maatstaf van artikel 25 Fw vergen (r.o. 3.2.1-3.2.2). De Hoge Raad bouwt vervolgens voort op het feitelijke oordeel van het hof dat de rectificatievordering in dit geval de eer en goede naam van eiseres aangaat en oordeelt dat de rechtsvordering ter zake een hoogstpersoonlijk karakter heeft. Een enkel indirect belang van of gevolg voor de boedel bij toe- of afwijzing van die rechtsvordering maakt – net als bijvoorbeeld bij echtscheiding – niet dat deze door artikel 27 Fw wordt beheerst en dus voor overneming vatbaar is. Het lijkt dus te moeten gaan om rechtsvorderingen waarbij *directe* vermogensbelangen van de boedel in geschil zijn. In zoverre slaagt het cassatieberoep van eiseres.

Uiteindelijk laat de Hoge Raad het niet-ontvankelijkheidsoordeel van het hof alsnog in stand, omdat de gegrondheid van de klacht over de kwalificatie van de rectificatievordering volgens hem onverlet laat dat eiseres in het licht van de feitelijke vaststellingen van het hof alsnog niet-ontvankelijk is. Die vaststellingen luiden onder meer dat noch BING bij haar verzoek ex artikel 27 Fw noch de curator bij overneming onderscheid heeft gemaakt tussen de schadevergoedingsvordering en de rectificatievordering; dat eiseres zich bij de overneming niet op het standpunt heeft gesteld dat de rectificatievordering als zodanig niet voor overneming in aanmerking kwam; en dat de advocaat die aanvankelijk eiseres bijstond zich na overneming zonder voorbehouden of beperkingen namens de curator heeft gesteld (r.o. 3.5 van het hofarrest). Aldus was volgens de Hoge Raad voor alle betrokkenen kenbaar dat de curator, hoewel daartoe niet bevoegd, het hele geding heeft overgenomen en eiseres daarmee (volledig) buiten het geding was geplaatst. Eiseres had tegen de overneming van de rectificatievordering kunnen opkomen maar heeft dat niet gedaan. De overneming zelf is weliswaar niet appellabel, maar *wel* de uit de aantekening in het roljournaal kenbare beslissing van de rechtbank om de overneming als rechtsfeit te accepteren. Deze beslissing heeft voor eiseres als einduitspraak te gelden, waartegen zij hoger beroep had kunnen instellen. Nu eiseres dat niet (uiterlijk) binnen drie maanden na het vonnis in eerste aanleg heeft gedaan, werd haar plaatsing buiten het geding onherroepelijk en kon zij bij het hof niet worden ontvangen (r.o. 3.3.1-3.3.4). De niet-ontvankelijkverklaring wordt door de feitelijke vaststellingen van het hof op dit punt zelfstandig gedragen; aldus een opmerkelijk voortvarende Hoge Raad.

J.O. Bijloo, maart 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 13-03-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:416

Zaaknummer: 18/02469

Rechters: T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron, M.J. Kroeze, C.A. Streefkerk en C.H. Sieburgh

Advocaten: H.J.W. Alt en J.H.M. van Swaaij

Wetsartikelen: 25 Fw en 27 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuursverbod aan (middellijk) bestuurder van (groot) aantal gefailleerde vennootschappen

De rechtbank legt op verzoek van het OM een bestuursverbod op aan de (middellijk) bestuurder van een (groot) aantal gefailleerde vennootschappen.

Het OM heeft de rechtbank verzocht een bestuursverbod als bedoeld in artikel 106a Fw aan verweerder op te leggen voor de duur van vijf jaren en ter verzekering van de naleving van het bestuursverbod hem een dwangsom op te leggen ten bedrage van € 10.000 per overtreding van het bestuursverbod.

Het OM baseert het verzoek op de in artikel 106a lid 1 aanhef en onder d Fw opgenomen grond voor het opleggen van het bestuursverbod. Het OM stelt dat verweerder, tijdens of in de drie jaren voorafgaande aan het uitspreken van het faillissement van een rechtspersoon waarvan hij bestuurder of gewezen bestuurder is, als bestuurder ten minste tweemaal eerder betrokken was bij een faillissement van een rechtspersoon en hem daarvan een persoonlijk verwijt treft.

De rechtbank stelt vast dat verweerder na 1 juli 2016 (de datum van inwerkingtreding van, onder meer, art. 106a Fw) als, al dan niet middellijk, bestuurder betrokken is geweest bij de faillissementen van drie rechtspersonen. Daarnaast heeft het OM, hoewel – gelet op het tijdstip gelegen voor de inwerkingtreding van artikel 106a Fw – niet aan zijn verzoek ten grondslag liggend, de betrokkenheid van verweerder genoemd als bestuurder bij zestien vóór 1 juli 2016 gefailleerde rechtspersonen. Verweerder is op 8 oktober 2019 persoonlijk failliet verklaard.

Verweerder was bij de behandeling van de zaak enkel nog (enig) bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon. Op grond van artikel 106c lid 2 Fw worden rechtspersonen waarvan verweerder bestuurder is in de gelegenheid gesteld hun zienswijze over het gevraagde bestuursverbod naar voren te brengen. Artikel 106c lid 1 Fw verwijst echter naar rechtspersonen bedoeld in artikel 2:3 BW. Buitenlandse rechtspersonen vallen hier niet onder,

zodat de rechtbank de buitenlandse rechtspersoon niet in de gelegenheid hoeft te stellen zijn zienswijze naar voren te brengen.

De rechtbank is van oordeel dat het OM voldoende gemotiveerd heeft onderbouwd dat verweerder als bestuurder van de drie rechtspersonen die na 1 juli 2016 zijn gefailleerd een persoonlijk verwijt treft. De curator van een van de bv's heeft aangifte gedaan van faillissementsfraude en verklaard dat een (deugdelijke) administratie ontbreekt en dat ten aanzien van het jaar 2018 alle (omzet)administratie mist. Bovendien zijn de aandelen van de bv niet volgestort. De curator van een andere bv heeft verklaard dat er geen administratie is aangetroffen en desgevraagd ook niet van verweerder is verkregen. Vanaf het boekjaar 2014 zijn geen jaarrekeningen gedeponneerd. De curator van de laatste bv heeft tot slot geconcludeerd dat er een zeer slechte administratieve vastlegging heeft plaatsgevonden.

Verweerder heeft de constatering van de curatoren niet weersproken. Naar het oordeel van de rechtbank treft hem ook een persoonlijk verwijt van voornoemde drie faillissementen, omdat hij als bestuurder in strijd met de verplichting als bedoeld in artikel 2:10 BW geen deugdelijke administratie heeft gevoerd. De rechtbank acht daarbij nog van belang dat verweerder op 5 februari 2020 strafrechtelijk is veroordeeld wegens faillissementsfraude. Ter zake is hem, naast een gevangenisstraf, ook een strafrechtelijk bestuursverbod opgelegd. Dit bestuursverbod is nog niet onherroepelijk. De rechtbank acht het niet aannemelijk dat verweerder, zonder civielrechtelijk bestuursverbod, eigener beweging zijn bestuursactiviteiten zal staken.

De rechtbank wijst het verzoek van het OM toe en legt een bestuursverbod op voor de duur van vijf jaar. De verzochte dwangsom wordt ook toegewezen, met een maximumbedrag van € 100.000. De griffier zal de beschikking, zodra deze onherroepelijk is geworden, met bekwame spoed aan de Kamer van Koophandel aanbieden zoals bedoeld in artikel 106b lid 3 Fw ter uitschrijving van verweerder als bestuurder uit het Handelsregister en ter registratie van het bestuursverbod in het handelsregister.

J.D. van den Dolder, maart 2020

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 18-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2020:1882

Zaaknummer: C/05/363738 / HA RK 19-337

Rechters: F.M.Th. Quaadvliet

Advocaten: J.C.G. van der Wulp

Wetsartikelen: 106a Fw, 106b Fw en 106c Fw

RECHTSPRAAK

Betalingen door derdenbeslagene aan beslaglegger niet paulianeus. Benadeling en wetenschap ervan niet aangetoond. Betaling na opheffing faillissement geëxecuteerde is herleefd op grond van artikel 33 lid 2 Fw.

Eiser in deze procedure heeft aan gedaagden goederen huurverkocht. De totale koopsom inclusief rentevergoeding bedraagt € 253.666,72 en zou conform de overeenkomst in 223 wekelijkse termijnen worden voldaan. Gedaagden stond het conform de overeenkomst vrij één of meer termijnen vervroegd te betalen.

Op enig moment is onder gedaagden executoriaal derdenbeslag gelegd ten laste van eiser. Gedaagden hebben een bedrag van € 40.000 betaald aan de beslaglegger ter ‘aflossing huurkoopovereenkomst n.a.v. executoriale beslaglegging’. Kort na die betaling werd het faillissement van eiser uitgesproken. Nadat het faillissement van eiser werd opgeheven wegens een gebrek aan baten, betaalden gedaagden nog eens een bedrag van € 38.745,93 aan de beslaglegger onder de noemer ‘deelbetaling vordering eiser’.

Eiser stelt dat de betaling van € 40.000 aan de beslaglegger paulianeus was in de zin van artikel 3:45 BW. Volgens eiser was deze betaling onverplicht, omdat gedaagden niet gehouden waren de huurkoopovereenkomst af te lossen. Eiser stelt dat meerdere schuldeisers door de betaling zijn benadeeld en dat gedaagden kennis konden hebben van de benadeling. Eiser stelt voorts dat de betaling meer bedroeg dan dat gedaagden tot de datum van zijn faillissement verschuldigd waren. De betaling van € 38.745,93 strekte volgens eiser niet tot betaling van zijn vordering nu de betaling direct aan de beslaglegger werd verricht en niet aan de deurwaarder en het beslag na de opheffing van het faillissement van eiser niet zou zijn herleefd.

De kantonrechter oordeelt dat geen sprake is van pauliana en wijst de vorderingen van eiser af. Eiser heeft onvoldoende aangetoond dat sprake is van benadeling en van wetenschap van de benadeling bij gedaagden. Hooguit is gebleken van de mogelijke wetenschap van een eventuele benadeling bij de beslaglegger; voor een geslaagd beroep op de pauliana moet de wetenschap echter aanwezig zijn bij gedaagden. De kantonrechter oordeelt verder dat op basis van de huurkoopovereenkomst gedaagden meer mochten betalen dan de wekelijkse termijnen

en dat daarmee € 40.000 aan de beslaglegger mocht worden betaald. Over de tweede termijn die gedaagden betaalden, oordeelt de kantonrechter dat die (ook) strekte tot mindering van de vordering van eiser. Op grond van artikel 33 lid 2 Fw herleefde het beslag immers zodra het faillissement van eiser eindigde door opheffing ervan.

Gedaagden hebben een aantal reconventionele vorderingen opgeworpen. Deze worden voor zover deze nog aan de orde zijn toegewezen. Onder andere is toegewezen de vordering dat eiser een bewijs verstrekt waaruit de overdracht van de eigendom van de huurgekochte goederen blijkt.

W.T.N. Vlasveld, maart 2020

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 04-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:787

Zaaknummer: 6628602

Rechters: L.M.G. de Weerd

Advocaten: S. van Steenwijk en N. Sprengers

Wetsartikelen: 3:45 BW en 33 lid 2 Fw

RECHTSPRAAK

Paulianeus handelen door de overdracht van een debiteurenportefeuille en het verrichten van betalingen aan een moedermaatschappij door een dochter, wier eigen faillissementsaangifte is ingediend. Is sprake van een samenstel van rechtshandelingen dat de curator beperkt in zijn mogelijkheden om afzonderlijke rechtshandelingen te vernietigen?

Indien geen sprake is van een samenstel van rechtshandelingen staat de benadeling van schuldeisers vast, omdat de positieve banksaldi in het zicht van het faillissement uitsluitend zijn aangewend ter betaling van een enkele schuldeiser.

Alpha Beheer BV ('Alpha') en Omega Textielveredeling BV ('Omega') behoren tot een groep vennootschappen die zich bezighoudt met het winkelgereed maken van kleding voor doorgaans grotere kledingmerken. De groep wordt geleid door 'Bedrijf'. Alpha is enig aandeelhouder en bestuurder van Omega. Tussen Bedrijf en Alpha en Alpha bestaat een rekening-courantverhouding. Tot zekerheid van hetgeen Alpha aan Bedrijf is verschuldigd, heeft Omega medio 2015 een stil pandrecht verleend op al haar bestaande en toekomstige vorderingen. Omega en Alpha hebben eind 2016 een koopovereenkomst gesloten over de verkoop en levering van de debiteurenportefeuille van Omega aan Alpha.

Op 3 januari 2017 is de eigen faillissementsaangifte van Omega bij de rechtbank binnengekomen. Twee dagen later heeft Alpha de koopprijs voor de debiteurenportefeuille van € 393.034,61 aan Omega betaald. Op 3, 5 en 9 januari 2017 heeft Omega respectievelijk € 30.250, € 394.900 en € 100.000 aan Alpha overgemaakt. Op 10 januari 2017 is Omega in staat van faillissement verklaard. De curator heeft deze drie betalingen van Omega aan Alpha vernietigd op grond van artikel 47 Fw.

In de kern staat tussen partijen ter discussie of de gezamenlijke schuldeisers van Omega door

deze betalingen zijn benadeeld. Ten aanzien van de betaling van € 394.900 stelt Alpha Beheer dat hiermee feitelijk de opbrengst van de verkoop van de debiteurenportefeuille van Omega is overgeboekt. Nu deze debiteurenportefeuille aan Bedrijf was verpand, zou de opbrengst daarvan nooit ter beschikking van andere schuldeisers zijn gekomen en is volgens Alpha van benadeling geen sprake.

Alpha Beheer stelt onder meer dat zij krachtens een volmacht van Bedrijf gerechtigd was het pandrecht op de debiteurenportefeuille van Omega uit te winnen. Zij betoogt dat het bestaan van het pandrecht van Bedrijf, de verkoop van de debiteurenportefeuille en de doorbetaling van de koopprijs een zodanig samenhangend geheel van rechtshandelingen vormt, dat de (nadelige) gevolgen daarvan in onderling verband moeten worden beoordeeld, zodat de curator de betaling van € 394.900 niet afzonderlijk kan vernietigen.

Alpha Beheer heeft ter onderbouwing van dit standpunt verwezen naar een schriftelijke verklaring van de bestuurder van Bedrijf, die verklaart dat Alpha voorafgaand aan het faillissement van Omega is gevolmachtigd om ten behoeve van Bedrijf over te gaan tot uitwinning van de debiteurenportefeuille van Omega. De verklaring strookt volgens de rechtbank niet met de koopovereenkomst voor de debiteurenportefeuille. Daaruit blijkt namelijk niet dat Bedrijf betrokken was bij de koopovereenkomst of dat de koopovereenkomst onderdeel uitmaakt van een groter geheel van rechtshandelingen. Er is weliswaar verwezen naar een pandrecht, maar dat betreft een pandrecht van Alpha voor hetgeen Omega uit hoofde van de rekening-courant aan haar is verschuldigd. De rechtbank volgt Alpha ook niet in haar stelling dat zij namens Bedrijf de uitoefening van het pandrecht heeft medegedeeld. Uit de door Alpha verstuurde brief blijkt namelijk dat slechts mededeling is gedaan van de overdracht van de vorderingen van Omega aan Alpha Beheer. Het pandrecht van Bedrijf wordt daarin niet benoemd. Het standpunt van Alpha strookt ook niet met haar verklaring dat de betaling door Omega plaatsvond in het kader van de bestendige interne praktijk van de Alpha-groep tot afroming van de bankrekening van Omega. Het bestaan van een samenhangend geheel van rechtshandelingen staat daardoor voor de rechtbank nog niet vast. Alpha wordt in de gelegenheid gesteld hiervan nader bewijs te leveren.

Indien niet komt vast te staan dat sprake is van een samenhang van rechtshandelingen, staat de schuldeisersbenadeling volgens de rechtbank vast. Volgens Alpha vonden de betalingen plaats in verband met de wijze waarop de groepsfinanciering binnen de Alpha-groep was georganiseerd. Er was sprake van saldocompensatie, waarbij het intern bestendige praktijk was om vrijwel dagelijks de overtollige liquiditeit af te storten. De betalingsstromen verliepen via Alpha, omdat tussen Bedrijf en de werkmaatschappijen geen rechtstreekse verhouding bestond. Een en ander brengt mee dat de positieve banksaldi van Omega in het zicht van het faillissement uitsluitend zijn aangewend ter betaling van een enkele schuldeiser (Bedrijf).

Daarmee is volgens de rechtbank duidelijk dat de overige schuldeisers van Omega hierdoor zijn benadeeld.

J.E. van Nuland, maart 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 04-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:2393

Zaaknummer: C/10/582544 / HA ZA 19-883

Rechters: L. Stevens

Advocaten: M.J. Biesheuvel en L.P.J. Krijgsman

Wetsartikelen: 47 Fw en 42 Fw

RECHTSPRAAK

Deloitte niet aansprakelijk voor goedkeuren jaarrekeningen Welsec

Deloitte heeft niet onrechtmatig gehandeld door de jaarrekeningen van Welsec over 2008 en 2009 goed te keuren, omdat zij onvolledig is geïnformeerd door het bestuur en de advocaat van Welsec. Deloitte hoefde het bestuur er ook niet op te wijzen dat dividenduitkeringen ongeoorloofd waren.

In deze procedure staat de vraag centraal of Deloitte als accountant onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van Welsec Schilders- en Classificeerbedrijf B.V. ('Welsec'). De rechtbank heeft geoordeeld dat Deloitte onrechtmatig heeft gehandeld. Toch zijn de vorderingen van de curator afgewezen, omdat naar het oordeel van de rechtbank geen causaal verband bestond tussen het onrechtmatig handelen en de gestelde schade. Het hof oordeelt dat Deloitte niet onrechtmatig heeft gehandeld.

Welsec hield zich bezig met onder meer onderhoud en reparatie van schepen. In 1992 heeft de Staat onder meer Welsec aansprakelijk gesteld voor kosten tot sanering van de haven waarin Welsec haar onderneming dreef. Nadat de Staat de verjaring diverse keren heeft gestuit, heeft de Staat Welsec in 2003 gedagvaard en gevorderd Welsec te veroordelen tot betaling van ongeveer € 1,6 miljoen. Nadien is in 2003 de vrije reserve van meer dan € 1,5 miljoen uitgekeerd aan de enig aandeelhouder van Welsec, Harlingen Holding Industries B.V. ('HHI'). In de jaren 2003 tot en met 2009 is ook het resultaat jaarlijks uitgekeerd als dividend. In november 2005 is Welsec door de Rechtbank Leeuwarden veroordeeld tot betaling van bijna € 1,3 miljoen aan de Staat. In mei 2011 heeft het Hof Leeuwarden Welsec aansprakelijk gehouden voor € 1,2 miljoen. In januari 2012 is Welsec op eigen aangifte failliet verklaard.

Vanaf 2002 is de claim van de Staat opgenomen in de jaarrekening van Welsec onder de paragraaf 'niet uit de balans blijkende verplichtingen'. Deloitte, de accountant van Welsec, heeft het bestuur niet geadviseerd een voorziening op te nemen op de balans, mede omdat de advocaat Welsec herhaaldelijk aan Deloitte heeft geschreven dat de kans aanwezig was dat het hof de vordering van de Staat (aanzienlijk) terug zou brengen. De advocaat van Welsec heeft

dit ook aan Deloitte geschreven nadat in een deskundigenrapport, dat in 2009 is uitgebracht naar aanleiding van een door het hof bevolen deskundigenonderzoek, Welsec verantwoordelijk is gehouden voor de verontreiniging van de haven.

De curator heeft een Peeters/Gatzen-vordering ingesteld tegen Deloitte, omdat Deloitte het bestuur in ieder geval vanaf 2005 had moeten adviseren een voorziening op te nemen op de balans en de jaarrekeningen ten onrechte heeft goedgekeurd. Daarnaast meent de curator dat Deloitte het bestuur had moeten waarschuwen dat de dividenduitkeringen niet geoorloofd waren, omdat deze een ernstig gevaar voor insolventie opleverden. Deloitte stelt dat er geen voorziening mocht worden gevormd, omdat de (omvang van de) vordering van de Staat allerminst zeker was. Deloitte ging daarbij af op de informatie die zij jaarlijks ontving van het bestuur en de advocaat van Welsec. Daar kwam bij dat de Staat het (uitvoerbaar bij voorraad verklaarde) vonnis van de rechtbank hangende de procedure bij het hof niet heeft geëxecuteerd. Dat Deloitte niet volledig is geïnformeerd, nu het deskundigenrapport uit 2009 niet aan haar is verstrekt, valt haar niet te verwijten. Ten aanzien van de dividenduitkeringen stelt Deloitte dat zij daarbij niet was betrokken en dat het voor het bestuur duidelijk was dat Welsec de verplichtingen aan de Staat niet zou kunnen voldoen na uitkering van het gehele resultaat.

Het hof oordeelt dat Deloitte bij de vaststelling van de jaarrekeningen over 2005, 2006 en 2007 de beslissing van het bestuur om geen voorziening op te nemen juist mocht achten. Deloitte kon de jaarrekeningen goedkeuren, omdat het vereiste inzicht werd gegeven door de vordering van de Staat te vermelden in de toelichting op de balans. Voordat de jaarrekening over 2008 werd vastgesteld, werd het deskundigenrapport uitgebracht waarin Welsec verantwoordelijk werd gehouden voor de verontreiniging van de haven. Nu hiermee ernstig rekening moest worden gehouden met een veroordeling in hoger beroep, had het bestuur vanaf 2008 een voorziening moeten opnemen in de jaarrekening. Deloitte heeft echter niet onrechtmatig gehandeld door de jaarrekening over 2008 en 2009 goed te keuren, omdat zij niet op de hoogte is gesteld van het deskundigenrapport. Om dezelfde reden kan Deloitte niet worden verweten dat zij het bestuur van Welsec niet heeft geadviseerd een voorziening op te nemen.

Ten aanzien van de dividenduitkeringen overweegt het hof dat het bestuur eenvoudig kon vaststellen dat het uitkeren van het volledige resultaat ertoe zou leiden dat aan de verplichtingen jegens de Staat niet kon worden voldaan. Deloitte heeft niet onrechtmatig gehandeld door het bestuur hier niet op te wijzen. Het hof oordeelt dat Deloitte niet onrechtmatig heeft gehandeld en bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

In eerste aanleg heeft Deloitte HHI, haar bestuurder en haar commissaris ('HHI c.s.') in

vrijwaring opgeroepen en gevorderd HHI c.s. te veroordelen tot al hetgeen waarin Deloitte mocht worden veroordeeld. Omdat de rechtbank de vorderingen tegen Deloitte heeft afgewezen, zijn ook de vorderingen van Deloitte in vrijwaring afgewezen. Deloitte is voorwaardelijk in beroep gekomen tegen het vonnis in vrijwaring. Nu de vorderingen tegen Deloitte ook in beroep zijn afgewezen, wordt het beroep tegen het vonnis in vrijwaring bij afzonderlijk arrest ook afgewezen (Hof Arnhem-Leeuwarden 24 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2500).

H.J. de Kloe, maart 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-03-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:2492

Zaaknummer: 200.227.807/01

Rechters: I. Tubben, M.W. Zandbergen en M.A.L.M. Willems

Advocaten: D.C. Poiesz en M.H.S. Verhoeven

Wetsartikelen: 6:162 BW, 2:374 BW en 2:384 BW

RECHTSPRAAK

Enquêteverzoek tegen curatoren Vidrea Retail en VDH afgewezen

Enquêteverzoek tegen de curatoren van Vidrea Retail en VDH wordt afgewezen. De OK overweegt dat een enquêteverzoek zich in beginsel niet kan uitstrekken tot het handelen van een curator. Dit kan anders zijn als de onderneming door een curator wordt voortgezet. In deze kwestie was voortzetting niet aan de orde.

Aan Vidrea Retail B.V. ('Vidrea'), die een kleding- en lifestyleketen dreef onder de naam Miller & Monroe, is op 15 april 2019 voorlopige surseance van betaling verleend door de Rechtbank Midden-Nederland. Nadat een eerste verzoek tot omzetting van de surseance in een faillissement is ingetrokken en een tweede verzoek is afgewezen omdat tijdens de zitting een schikking is getroffen, heeft de rechtbank het derde omzettingsverzoek toegewezen op 25 juni 2019, onder meer omdat Vidrea zich niet heeft gehouden aan de bepalingen die de rechtbank heeft getroffen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers en het voorraadbeheer van Vidrea niet op orde was (INS 2019-0069). Mr. Cools en mr. Dulack, die op 19 juni 2019 is benoemd als tweede bewindvoerder, zijn aangesteld tot curator. In juli 2019 heeft de indirect bestuurder van Vidrea twee keer hetzelfde bod gedaan op de onderneming van Vidrea. De curatoren zijn niet op dit bod ingegaan en hebben de winkels van Vidrea per 1 augustus 2019 gesloten. Nadat een eerder verzoek daartoe is afgewezen, heeft de Rechtbank Amsterdam het verzoek van de curatoren tot faillietverklaring van VDH toegewezen.

Vidrea en VDH verzoeken de Ondernemingskamer een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken bij Vidrea en VDH vanaf het moment van de surseance respectievelijk het faillissement. Daarnaast vragen zij om voorlopige voorzieningen, waaronder de schorsing van 'de bestuurders zijnde de curatoren'. Vidrea en VDH menen onder meer dat mr. Cools en later ook mr. Dulack de voortzetting van de onderneming van Vidrea gedurende de surseance hebben tegengewerkt, geen serieuze poging hebben gedaan om tot een doorstart te komen en misbruik hebben gemaakt van hun bevoegdheid met de aanvraag van het faillissement van VDH. De curatoren stellen dat hun handelen als bewindvoerders en curatoren buiten het

bereik van het enquêterecht valt. Ook menen zij dat geen sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen.

De Ondernemingskamer overweegt dat een enquêteverzoek zich ook kan uitstrekken tot de surseance en het handelen van een bewindvoerder. Nu een bewindvoerder in surseance samen met het bestuur het beheer over de onderneming voert, is de bewindvoerder aan te merken als medebeleidsbepaler. Een enquête kan ook betrekking hebben op de periode dat een rechtspersoon failliet is, omdat het bestuur in functie blijft. De betekenis hiervan is beperkt, omdat het bestuur niet meer het beheer en de beschikking heeft over het vermogen van de rechtspersoon (art. 23 Fw). Verder overweegt de Ondernemingskamer dat het handelen van een curator in beginsel geen onderwerp van een enquête kan zijn, omdat het toezicht door de rechter-commissaris in faillissement uitputtend is. Dit kan naar het oordeel van de OK mogelijk anders zijn als een curator de onderneming voortzet op de voet van artikel 98 Fw. De OK concludeert dat de curatoren de onderneming van Vidrea en VDH niet hebben voortgezet, waarmee zij de onderneming niet in stand hebben gehouden. Het verzoek van VDH wordt daarom afgewezen. Hetzelfde geldt voor het verzoek van Vidrea, voor zover dit zich uitstrekt tot het faillissement van Vidrea.

Naar het oordeel van de Ondernemingskamer zijn er geen gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken bij Vidrea gedurende de surseance van betaling. De bewindvoerders hebben geprobeerd tijdens de surseance afspraken te maken over voortzetting van de onderneming. Nadat die afspraken niet werden nagekomen, heeft de rechtbank in een inmiddels onherroepelijke uitspraak de surseance omgezet in een faillissement. Het handelen van de bewindvoerders in het kader van de voortzetting van de onderneming en de gedane omzettingsverzoeken levert daarom geen reden op om een onderzoek te gelasten. Ook het verwijt dat geen pogingen gedaan zouden zijn om een doorstart te bewerkstelligen, wordt gepasseerd. De stelling van de curatoren dat zij vanwege een gebrekkig voorraadbeheer geen zicht hadden op rechten van derden zoals leveranciers onder eigendomsvoorbehoud en daarom niet konden onderhandelen over verkoop van de voorraad, is door Vidrea onvoldoende gemotiveerd weersproken. De Ondernemingskamer wijst het verzoek van Vidrea daarom ook af ten aanzien van de periode dat aan Vidrea surseance van betaling was verleend.

H.J. de Kloe, maart 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-03-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:907

Zaaknummer: 200.268.738/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, C.C. Meijer, M.A. Scheltema en A.J.C.C.M. Loonen

Advocaten: J.P.P. Latour en C.R. Huiskes

Wetsartikelen: 23 Fw, 98 Fw en 2:345 BW

ANNOTATIE

Meerpartijenverrekening in faillissement: annotatie bij HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789

mr. J.H.M. van de Wiel

Meerpartijenverrekening is in faillissement in beginsel toegestaan. Wel moet het fixatiebeginsel in acht worden genomen en kan de curator in sommige gevallen optreden tegen meerpartijenverrekening.

Inleiding

1. In zijn arrest van 15 januari 2019 [1] laat de Hoge Raad zich voor het eerst uit over de vraag of een verrekenbeding waarin partijen afwijken van het wederkerigheidsvereiste, ook stand houdt in faillissement. Is een beding in strijd met artikel 53 Fw als het inhoudt dat de wederpartij van de latere failliet zijn schuld kan verrekenen met een vordering op een andere partij, of zelfs met een vordering van een andere partij op een ander dan de failliet? In de praktijk zijn dergelijke afspraken aan de orde van de dag, bijvoorbeeld binnen concerns. De vraag hield de literatuur en rechtspraak nog verdeeld, maar de Hoge Raad is beslist: artikel 53 Fw staat aan dergelijke afspraken niet in de weg. De bepaling is (grotendeels) van regeland recht. Wel dwingendrechtelijk is het vereiste dat schuld en vordering voor het faillissement zijn ontstaan of voortvloeien uit handelingen die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht. Afwijking van deze regel zou namelijk in strijd komen met het fixatiebeginsel en is dus niet mogelijk.

Achtergrond: artikel 53 Fw

2. Artikel 53 Fw biedt de wederpartij van een gefailleerde schuldenaar een vorm van feitelijke zekerheid op een moment dat hij die zekerheid het meest nodig heeft. [2] Op grond van deze bepaling kan hij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, zijn schuld verrekenen met zijn vordering op de gefailleerde, indien beide zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. Het artikel geeft een verruiming ten opzichte van de verrekeningsbevoegdheid die een schuldeiser buiten faillissement heeft op grond van artikel 6:127 BW. Juist wanneer zijn schuldenaar in staat van faillissement verkeert, moet hij zijn schuld immers als 'onderpand'

kunnen beschouwen voor zijn vordering op de failliet. [3] A-G Valk doet in zijn conclusie in deze zaak in dit verband de observatie dat de verrekeningsbevoegdheid *‘bij uitstek een recht is van ook de “kleine man”*, omdat – anders dan bij andere zekerheden – er geen (vestigings)formaliteiten nodig zijn om die feitelijke zekerheid te verkrijgen. [4]

3. De uitbreiding in artikel 53 Fw ten opzichte van artikel 6:127 BW houdt in dat de schuldeiser, anders dan bij verrekening buiten faillissement, niet bevoegd hoeft te zijn om betaling af te dwingen. Daarnaast wordt de schuldeiser van een gefailleerde schuldenaar beschermd doordat de liquiditeitscorrectie van artikel 6:136 BW toepassing mist (art. 53 lid 3 Fw). In deze zaak draaide het echter om het vereiste dat partijen over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn.

De casus

4. Zustervennootschappen A en B waren beide failliet verklaard. Eiseres tot cassatie heeft na de faillietverklaring haar schuld aan failliet A verrekend met de vordering van een derde op failliet B. Daarmee werd dus op twee punten van het vereiste van wederkerig schuldenaarschap afgeweken. Niet alleen was eiseres zelf geen schuldeiser van A, tegen wie zij de verrekening inriep, maar bovendien was A niet de schuldenaar van de vordering die eiseres in verrekening bracht. Bij de vordering die in verrekening werd gebracht was failliet A noch eiseres dus betrokken. De bevoegdheid tot deze kruislingse verrekening berustte volgens eiseres op een afspraak tussen haar, A en B. Tegenover eiseres stond in deze procedure niet de curator van A, maar de pandhouder van de vordering van A op eiseres. Voor het beoordelingskader maakte dat evenwel geen verschil. Omdat het verrekeningsverweer moet worden getoetst in relatie tot de (gefailleerde) pandgever, is artikel 53 Fw van toepassing. [5] In cassatie stond dus de vraag centraal of een dergelijke contractuele ‘dubbele’ afwijking van het wederkerigheidsvereiste al dan niet in strijd is met artikel 53 Fw.

Reeds bekende uitgangspunten

5. In 2018 was al eens geprobeerd een antwoord te krijgen op die vraag. Aan het betreffende onderdeel van het cassatiemiddel werd toen echter niet toegekomen, omdat het beroep op verrekening vóór het faillissement was gedaan. [6] Voordat de Hoge Raad in het onderhavige arrest alsnog duidelijkheid schiep over dit punt, was ten aanzien van verwante onderwerpen al wel het een en ander uitgekristalliseerd.

6. Zo is het vaste rechtspraak dat een contractuele beperking of uitsluiting van de verrekeningsbevoegdheid in beginsel faillissementsbestendig is. Artikel 53 Fw heeft volgens de Hoge Raad niet mede als strekking om af te doen aan een contractuele uitsluiting van compensatie. [7] Een contractueel afgesproken beperking kan ook worden ingeroepen door de

schuldeiser die het faillissement van zijn schuldenaar aanvraagt en in dat kader wordt geconfronteerd met een verrekeningsverweer. [8] Algemeen aanvaard is verder dat de twee andere verrekeningsbepalingen in de Faillissementswet dwingend recht bevatten. Artikel 54 Fw inzake verrekening te kwader trouw na een schuldoverneming en artikel 55 Fw over de verrekening met een vordering aan order of toonder te kwader trouw beogen misbruik te voorkomen. Er is geen discussie over dat hiervan natuurlijk niet ten gunste van de schuldeiser van de gefailleerde kan worden afgeweken. [9]

7. Daarnaast lijkt het geen twijfel dat artikel 6:127 lid 2 BW van regelend recht is. Van de daarin opgenomen vereisten voor verrekening kan dus bij overeenkomst worden afgeweken, ook met betrekking tot het vereiste van wederkerig schuldenaarschap. [10] Een overeengekomen uitbreiding heeft bovendien werking tegen derden. Op grond van artikel 6:130 BW blijft de schuldenaar van een gecedeerde, beslagen of bezwaarde vordering bevoegd om zijn schuld te verrekenen met een tegenvordering op de oorspronkelijke schuldeiser indien aan de in dit artikel vermelde vereisten wordt voldaan. Als die schuldenaar nu vóór dat beslag, de cessie of mededeling van het beperkte recht met zijn schuldeiser een uitbreiding van zijn verrekeningsbevoegdheid afsprekt, kan hij die afspraak ook tegenwerpen aan de beslaglegger, cessionaris respectievelijk beperkt gerechtigde. [11]

De motivering van de Hoge Raad

8. Buiten faillissement kan men dus rechtsgeldig meerpartijenverrekening overeenkomen en inroepen tegen derden. Met deze uitspraak van de Hoge Raad wordt duidelijk dat een dergelijk beding ook tijdens faillissement zijn werking behoudt. Voor de motivering heeft de Hoge Raad relatief weinig woorden nodig. Een dergelijke overeenkomst past bij de hiervoor besproken zekerheidsfunctie en het doel van artikel 53 Fw. Er bestaat geen grond om aan een voor het faillissement rechtsgeldig overeengekomen uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid de werking te ontnemen indien een van de contractspartijen later failliet wordt verklaard. Het wederkerigheidsvereiste van artikel 53 Fw is derhalve niet van dwingend recht. Dat betekent, nog steeds in de woorden van de Hoge Raad, dat een wederpartij van een failliet een beroep kan doen op een beding waarin de bevoegdheid tot verrekening ten behoeve van haar contractueel is uitgebreid. Die uitbreiding kan (zelfs) de in deze zaak afgesproken uitbreiding inhouden dat de wederpartij mag verrekenen met een vordering die een andere partij heeft op een ander dan de failliet. In een slotopmerking wijst de Hoge Raad erop dat evenwel niet kan worden afgeweken van de uit het fixatiebeginsel voortvloeiende regel dat verrekening alleen mogelijk is indien schuld en vordering voor de faillietverklaring zijn ontstaan of voortvloeien uit handelingen die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht.

9. Voor de praktijk biedt het arrest welkome duidelijkheid en zekerheid. De door de A-G genoemde 'kleine man' wordt beschermd in zijn vertrouwen en kan zonder ingewikkelde formaliteiten zijn positie als schuldeiser verstevigen. De financieringspraktijk zal niet meer hoeven uit te wijken naar andere oplossingen met een vergelijkbaar effect, bijvoorbeeld door de deelnemende partijen aan een *cash pool* als hoofdelijk schuldenaar of borg te verbinden teneinde hun creditsaldo aan te kunnen spreken voor de schulden van andere deelnemers. [12] Concerns, die vaak uit praktische overwegingen verrekening op groepsniveau toepassen, hoeven er tot slot geen rekening meer mee te houden dat het faillissement van een van de groepsmaatschappijen die praktijk zou kunnen doorkruisen.

10. Ook de A-G en een behoorlijk aantal auteurs zullen het arrest met instemming hebben ontvangen. [13] Bij hen en in de lagere rechtspraak komt ook het zekerheidsargument terug als reden om artikel 53 Fw op het punt van wederkerigheid als regelend recht te zien. De schuldeiser die heeft vertrouwd op zijn contractuele uitbreiding, moet in dat vertrouwen worden beschermd. Zij wijzen daarnaast veelal op de hiervoor besproken algemeen aanvaarde derdenwerking van een verrekenbeding buiten faillissement, iets wat de Hoge Raad in dit arrest overigens onbesproken laat. In het bijzonder de werking jegens een derdenbeslaglegger springt in het oog. Waarom zou het wel toegestaan zijn dat een verrekenbeding aan een individueel beslaglegger wordt tegengeworpen, maar zou datzelfde beding in een faillissement niet hoeven te worden gerespecteerd? Een faillissement wordt immers ook beschouwd als een beslag, maar dan op het gehele vermogen van de gefailleerde ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers. [14] Onderdeel van dat vermogen is de vordering die onderhevig is aan de voor het faillissement overeengekomen beperkingen of uitbreidingen, aldus de A-G. [15] Volgens de Rechtbank Breda [16] leidt dat niet tot een onaanvaardbare doorbreking van de *paritas creditorum*, omdat de wet nu eenmaal steun biedt aan deze vorm van feitelijke voorrang. Dat een contractuele verrekenafspraken in faillissement blijft bestaan, is bovendien in lijn met het keer op keer door de Hoge Raad herhaalde uitgangspunt dat de faillietverklaring in beginsel niet van invloed is op bestaande wederkerige overeenkomsten. [17]

11. In de literatuur en rechtspraak werd anderzijds ook bepleit dat het wederkerigheidsvereiste dwingend wordt voorgeschreven. Wessels vraagt zich af of de schuldeiser in deze situatie nu werkelijk mag verwachten dat zijn schuld aan de boedel als onderpand voor vorderingen op (zij het met de failliet gelieerde) derden zal dienen. Een dergelijke ruime bevoegdheid strijdt volgens hem met de ratio van artikel 53 Fw. [18] Daarnaast werd in het arrest van de Hoge Raad van 15 januari 1999 (*Wilderink q.q./Ontvanger*) [19] wel de bevestiging gelezen dat artikel 53 Fw van dwingend recht is. [20] Ook het hof had in de voorliggende zaak met een beroep op dat arrest geoordeeld dat een contractuele bevoegdheid tot kruislingse verrekening in strijd is

met artikel 53 Fw. [21] Volgens de Hoge Raad mist zijn arrest uit 1999 in dit geval echter toepassing, omdat daarin het geval werd behandeld dat een beroep op verrekening werd gedaan zonder dat de bevoegdheid bij wet of overeenkomst was uitgebreid. Het betrof toen de verrekeningsbevoegdheid van de fiscus op grond van artikel 24 Invorderingswet 1990, waarin toen nog niet de inmiddels wel bestaande mogelijkheid van kruislingse verrekening bij een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting was opgenomen.

Afbakening van de grenzen

12. Een onbeperkte vrijbrief voor verrekening geeft de Hoge Raad in dit arrest niet. De absolute grens van wat men rechtsgeldig kan afspreken ligt bij het fixatiebeginsel. Voorafgaand aan het arrest werd in dit verband door Faber en Schuijling al aangenomen dat een vordering of schuld die pas tijdens het faillissement ontstaat en niet voortvloeit uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding ook niet op grond van een verrekenafpraak in verrekening kan worden gebracht. [22] Te denken valt aan een wettelijke regresvordering die pas na het faillissement ontstaat en die niet voortvloeit uit een handelen van de gefailleerde voor het faillissement, of aan de schuld van de Ontvanger aan de boedel in verband met de omzetbelasting ter zake van door de boedel betaalde facturen. [23]

13. In de situatie die zich in deze zaak voordeed, waren de schuld van eiseres aan failliet A en de in verrekening gebrachte vordering van de derde op failliet B ontstaan vóór het faillissement. Het fixatiebeginsel werd hier derhalve niet geschonden. De vraag komt op wat de uitkomst zou zijn geweest als de vordering van de derde op failliet B pas ná het faillissement van A was ontstaan uit hoofde van een tussen hen gesloten overeenkomst, waarbij A geen partij was. De na het faillissement ontstane vordering had zijn grondslag dan immers in een handeling van een *derde*, en niet in een handeling van de gefailleerde. Dat laatste is naar de letter van artikel 53 Fw en het voorliggende arrest wel vereist.

14. Faber gaat er blijkens zijn noot bij het arrest van uit dat voldoende is dat de rechtsverhouding waaruit de door de schuldenaar te verrekenen tegenvordering voortvloeit, *als zodanig* reeds bestond bij de aanvang van de dag waarop het faillissement (van de schuldeiser) werd uitgesproken. Vanwege de diverse mogelijkheden om contractueel van het wederkerigheidsvereiste af te wijken, behoeft de rechtsverhouding volgens hem geen rechtsverhouding te zijn waarbij de gefailleerde of de schuldenaar die zich op verrekening beroept zelf partij is. [24] Dat lijkt logisch. Een ander uitgangspunt zou de mogelijkheden tot uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid, zoals die nu door de Hoge Raad ook in faillissementssituaties wordt geaccepteerd, direct in belangrijke mate beperken. Tegelijkertijd dringt zich hier de gelijkenis op met de discussie over de wederzijdse zekerhedenregeling. De Hoge Raad heeft in het arrest *DLL/Van Logtestijn q.q.* weliswaar uitgemaakt dat het

overwaarde-arrangement faillissementsbestendig is, maar heeft daarbij de belangrijke nuancering aangebracht dat voor het verhaal van de na faillissement ontstane regresvordering onder de zekerheden noodzakelijk is dat de (uiteindelijke gefailleerde) hoofschuldenaar partij is bij het overwaarde-arrangement. [25]

Tot besluit

15. Moet de curator nu dan in alle gevallen, waarin een meerpartijenverrekening binnen de grenzen van het fixatiebeginsel blijft, lijdzaam toezien hoe de vorderingen van zijn failliet teniet gaan als gevolg van de verrekening met schulden van derden? In beginsel luidt het antwoord op die vraag bevestigend. Het blijft voor de curator echter mogelijk om op te treden tegen afspraken die niet tegen de boedel kunnen worden ingeroepen. Analoge toepassing van artikel 54 Fw op een kruislingse verrekening is volgens Schuijling in de lagere rechtspraak vooralsnog afgewezen, [26] maar in voorkomend geval zou de curator een voor het faillissement gemaakte verrekenafpraak met een beroep op de faillissementspauliana kunnen vernietigen. Een dergelijke afspraak zou ook grond kunnen zijn voor een aansprakelijkheidsvordering jegens de bestuurder die namens failliet die afspraak heeft gemaakt. Daarnaast zou een beroep op een verrekenbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen zijn (art. 6:248 BW). Het beding zou bovendien, wanneer het in algemene voorwaarden is opgenomen, onder omstandigheden onredelijk bezwarend en daarmee vernietigbaar kunnen zijn (het beding is opgenomen op de 'grijze lijst' van art. 6:237 onder g BW). Is dit allemaal niet aan de orde, dan zal de curator (of, zoals in dit geval, de pandhouder van de vorderingen van de gefailleerde) de meerpartijenverrekening moeten respecteren. Dat is, gelet op de zekerheidsfunctie van verrekening, terecht.

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

Noten

[1] ECLI:NL:HR:2019:1789.

[2] Faber, annotatie bij Rb. Rotterdam 9 september 2009 in *JOR* 2010/202.

[3] Van der Feltz I, p. 462: 'De uitbreiding dus aan het compensatierecht gegeven, steunt op de overweging, dat de billijkheid medebrengt, dat ieder schuldeischer van den boedel, dus ook de voorwaardelijke, zijn schuld aan den boedel, ook al is zij voorwaardelijk, als een onderpand mag beschouwen voor de richtige betaling zijner vordering (...).'

[4] Conclusie A-G Valk bij HR 15 november 2019, ECLI:NL:PHR:2019:783, nr. 3.8.

[5] Faber, *Verrekening* (O&R nr. 33) 2005/411. Uit HR 18 november 2005, *NJ* 2005/190

(*NAP/Rabobank West Kennemerland*), is eveneens af te leiden dat in een dergelijk geval art. 53 Fw van toepassing is.

[6] HR 23 maart 2018, *JOR* 2018/170 (*Aan de Amstel Accountants/X*).

[7] HR 16 januari 1987, *NJ* 1987/553 (*Hooijen/THB*).

[8] HR 22 juli 1991, *NJ* 1991/748 (*ADB/Planex*).

[9] Faber 2005/479, Faber, annotatie bij Rb, Rotterdam 9 september 2009 in *JOR* 2010/202, Schuijling, *Verrekening (Monografieën BW, nr. B40)*, 2019/63.

[10] HR 23 maart 2018, *JOR* 2018/170 (*Aan de Amstel Accountants/X*).

[11] Conclusie A-G Valk bij dit arrest, nr. 3.5 (met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis) en Rongen, *Cessie (O&R, nr. 70)* 2012/212. Zie ook: HR 29 januari 1999, *NJ* 1999/595 (*DBV/Sedgwick*).

[12] Schuijling 2019/65 en Bergervoet, 'Enkele aspecten van cash pooling bij (naderende) insolventie', in: *De curator en het concern (Insolad Jaarboek 2017)*, p. 259-260.

[13] Zie voetnoten 15, 16 en 17 in de conclusie van A-G Valk bij dit arrest voor een uitgebreide opsomming van voor- en tegenstanders van de stelling dat een contractuele uitbreiding van de wettelijke verrekeningsbevoegdheid standhoudt in faillissement.

[14] Faber, annotatie bij arrest hof in deze zaak in *JOR* 2018/134, Schuijling 2019/63, Rb. Breda 3 november 2010, *JOR* 2011/30, conclusie A-G Valk bij dit arrest, nr. 3.7.

[15] Conclusie A-G Valk bij dit arrest, nr. 3.7.

[16] Rb. Breda 3 november 2010, *JOR* 2011/30.

[17] HR 23 maart 2018, *JOR* 2018/254 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*) en conclusie A-G Valk bij dit arrest, nr. 3.7.

[18] Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2) (Wessels Insolventierecht, nr. III)*, 2019/3389.

[19] HR 15 januari 1999, *NJ* 2000/49 (*Wilderink/Ontvanger q.q.*).

[20] Rank, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, artikel 6:127 BW, aant. 3.

[21] Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 januari 2018, *JOR* 2018/134.

[22] Schuijling 2019/63, Faber 2005/580.

[23] HR 13 oktober 2017, *JOR* 2018/48 (*Curatoren Eurocommerce/Ontvanger*).

[24] Faber, annotatie bij het arrest van de Hoge Raad in deze zaak in *JOR* 2020/22.

[25] HR 16 oktober 2015, *JOR* 2016/20 (*DLL/Van Logtestijn q.q.*).

[26] Schuijling 2019/63.

RECHTSPRAAK

Verkoper faillieert voordat levering heeft plaatsgevonden

Gefailleerde heeft voor faillissement een paard verkocht. Niet is gebleken dat gefailleerde het paard vervolgens heeft geleverd. Gevolg is dat geen eigendomsoverdracht heeft plaatsgevonden. Het paard valt in de boedel.

Voordat zijn faillissement werd uitgesproken, heeft gefailleerde een paard verkocht aan de eiser in deze procedure. Deze zaak betreft een kortgedingprocedure tussen de koper (de eiser) en de curator van de inmiddels gefailleerde verkoper.

De eiser heeft gehoord dat de curator voornemens is het paard ten behoeve van de boedel te verkopen. De eiser is echter van mening dat het paard zijn eigendom is en dus niet in de boedel valt. In dit kort geding vordert de eiser dat het de curator wordt verboden om het paard ten behoeve van de boedel te verkopen en dat de curator wordt veroordeeld om het paard aan de eiser af te geven.

In dat kader heeft de eiser gesteld dat hij het paard vóór het faillissement van gefailleerde heeft gekocht voor € 23.000. Daarvan zou € 13.000 in delen worden betaald. De eiser zou het paard in training bij gefailleerde hebben gestald, die het paard op zijn beurt weer bij een derde voor training heeft gestald. Ter onderbouwing van zijn stelling heeft de eiser onder meer overgelegd een verkoopbevestiging, zeven facturen en (aanvullende) betalingsbewijzen.

De voorzieningenrechter neemt voorshands aan dat niet aannemelijk is dat de eiser eigenaar is geworden van het paard. Op grond van artikel 3:84 BW kan eigendomsoverdracht namelijk slechts tot stand komen wanneer het verkochte ook is geleverd. Daar gaat de eiser mank; hij heeft niet aannemelijk gemaakt dat het paard voor faillissement op de een of andere manier aan hem is geleverd.

Nadat de gestelde koopovereenkomst is gesloten heeft het paard bij gefailleerde en vervolgens bij een derde op stal gestaan. Gefailleerde heeft tegenover de rechter-commissaris in zijn faillissement verklaard dat hij het paard had verkocht uit geldnood, dat hij het paard bij een derde had gestald en dat hij, ook na de verkoop, alle kosten van het paard droeg. Het is

onvoldoende gebleken dat er kosten aan de eiser zijn doorbelast. Dat gefailleerde alle kosten is blijven dragen, duidt erop dat hij eigenaar van het paard is gebleven. Bovendien bevat het dossier dat aan de voorzieningenrechter is overgelegd geen verklaring van de derde waar het paard nu gestald staat, waaruit volgt dat hij het paard voor de eiser (in plaats van voor de gefailleerde) is gaan houden. Integendeel, de derde is zijn facturen gewoon naar gefailleerde blijven sturen en heeft bovendien verklaard dat gefailleerde nog opdracht tot bloedonderzoek had gegeven in verband met een voorgenomen verkoop. Daar komt bij dat gefailleerde als eigenaar is vermeld op de concurslijsten die de curator in het geding heeft gebracht.

Verder heeft de eiser een verkoopbevestiging in het geding gebracht die naar het oordeel van de voorzieningenrechter vragen oproept. Ten eerste is de verkoopbevestiging alleen getekend door de eiser en niet door gefailleerde. Ten tweede staat in de verkoopbevestiging dat € 10.000 contant wordt voldaan en de rest in zes maandelijkse termijnen. In het dossier zit slechts een nota van gefailleerde met daarop aangetekend dat het bedrag van € 10.000 is betaald. Enig verder bewijs van betaling ontbreekt echter en het dossier bevat verklaringen waaruit lijkt te volgen dat er slechts € 4.500 is betaald. Bovendien is niet betaald in zes maandelijkse termijnen, maar zijn op willekeurige momenten willekeurige bedragen in rekening gebracht. Op enkele facturen staat bovendien een onjuist adres of ten onrechte een btw-nummer.

Alle omstandigheden in ogenschouw nemende, is de voorzieningenrechter er niet van overtuigd dat de eiser eigenaar is geworden van het paard. Daarom worden zijn vorderingen afgewezen.

K.C.S. Meekes, maart 2020

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 18-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2020:1215

Zaaknummer: 242755 / KG ZA 07-20

Rechters: K.J. Haarhuis

Advocaten: S.H. Broeseliske en F. Kolkman

Wetsartikelen: 3:84 BW