

## Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 08, 2020

Nummer 8, 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:2020:590](#) 03-04-2020

#### Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:578](#) 07-04-2020

Pauliana tegen verrekening van een vordering van gefailleerde met een schuld die gefailleerde was aangegaan ten behoeve van bestuurder.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:759](#) 24-03-2020

Na datum faillissement wordt een bedrag betaald aan een crediteur, vanaf een rekening met een negatief saldo. Kan de curator het bedrag terugvorderen?

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:2491](#) 24-03-2020

Ten onrechte is geen voorziening getroffen en is het volledige resultaat uitgekeerd aan de enig aandeelhouder.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1062](#) 24-03-2020

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:802](#) 17-03-2020

Geschil over dekking D&O excessverzekering nadat verzekerden de Primaryverzekeraar voor de helft van de limiet kwijting hebben verleend

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:862](#) 17-03-2020

Afwikkeling door bank tijdens vernietigd faillissement uitgevoerde betaalopdrachten

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:873](#) 10-03-2020

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:2132](#) 10-03-2020

## **Rechtbank**

**[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:2907](#)** 01-04-2020

**[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:2756](#)** 27-03-2020

**[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:2615](#)** 26-03-2020

Juridisch adviseur houdt vader en zoon aansprakelijk voor onbetaald gebleven facturen. De zoon gaat vrijuit, omdat hij uitsluitend op papier bestuurder en eigenaar was. De vader wordt bij verstek veroordeeld omdat hij als feitelijk leidinggevende optrad en het in werkelijkheid zijn onderneming betrof.

**[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:2755](#)** 26-03-2020

**[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:2672](#)** 24-03-2020

Faillissementsverzoek wordt afgewezen omdat niet summierlijk is gebleken van het bestaan van het vorderingsrecht van verzoeksters

**[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2020:1257](#)** 18-03-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid jegens debiteur wegens inning van openbaar verpande vordering

**[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2020:998](#)** 12-02-2020

## RECHTSPRAAK

***Ook voor de verpanding van andere goederen dan vorderingen geldt dat voldaan is aan het bepaaldheidsvereiste wanneer achteraf aan de hand van de pandakte en objectieve informatie kan worden vastgesteld wat het object is van verpanding.***

CompLions B.V. dreef een onderneming waarin computerprogramma's werden ontwikkeld en in licentie gegeven. ING Bank N.V. heeft aan CompLions een werkkapitaalkrediet verstrekt en daarbij onder meer een pandrecht op de bedrijfsactiva van CompLions bedongen. Onder de bedrijfsactiva vallen volgens de omschrijving die ING 'alle tot het bedrijf van de Pandgever behorende goederen waaronder begrepen, maar niet beperkt tot de Bedrijfsuitrusting, Tegoeden, Vorderingen en Voorraden met inbegrip van: (I) cliëntenbestanden en de gegevensdragers waarop deze zich bevinden. (II) goodwill, zijnde de meerwaarde van het bedrijf boven de som van vaste activa'.

Nadat ING voormeld pandrecht verkreeg, heeft CompLions aan BDO Advisory B.V. een pandrecht verstrekt op 'de haar in eigendom toebehorende (intellectuele-eigendomsrechten met betrekking tot de) GRC-control (ISMScontrol) software' (hierna: de software). Op 16 mei 2017 is CompLions gefailleerd, waarna de curator de software met instemming van ING en BDO heeft verkocht.

De curator en BDO hebben een verklaring voor recht gevorderd dat geen geldig pandrecht ten behoeve van ING is gevestigd op de auteursrechten met betrekking tot de software en dat de verkoopopbrengst ervan niet toekomt aan ING. De curator en BDO stellen dat geen sprake is van een rechtsgeldig pandrecht omdat het te verpanden goed in de pandakte niet voldoende is bepaald, althans niet voldoende bepaalbaar is.

ING vordert in reconventie verklaring voor recht dat zij wél een rechtsgeldig pandrecht verkreeg op de software en veroordeling van de curator tot het afdragen van de verkoopopbrengst van de software. De rechtbank heeft de vordering van de curator en BDO toegewezen met afwijzing van de vordering van ING. De rechtbank heeft geoordeeld dat de door ING gehanteerde omschrijving van de te verpanden goederen te algemeen is om te leiden tot verpanding van de software (Rb. Amsterdam 27 september 2018,

ECLI:NL:RBAMS:2018:6951, INS 2019-0013). De omschrijving van de te verpande goederen is zo breed, dat (kennelijk) ook niet-verpandbare goederen (zoals onroerende goederen) worden bedoeld. De rechtbank verwijst daarbij naar HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7842 (Mulder q.q./Rabobank). De regel uit (o.a.) voornoemd arrest dat een generieke omschrijving van de te verpanden goederen voldoende is wanneer achteraf kan worden opgemaakt welke goederen werden bedoeld, gaat volgens de rechtbank in deze zaak niet op. In de casus die leidde tot het arrest was duidelijk dat sprake was van een specifieke categorie goederen (vorderingen) die met een generieke omschrijving werden verpand die bovendien uit de administratie kan worden afgeleid. In onderhavige casus is daarvan geen sprake. Niet alle goederen worden immers op de balans opgenomen, aldus de rechtbank.

De Hoge Raad komt in deze sprongcassatie tot de conclusie dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat aan het bepaaldheidsvereiste niet is voldaan, omdat het bestaan en de omvang van de software niet uit de administratie van CompLions volgt of uit de balans is af te leiden. Het bestaan en de omvang kan ook op basis van andere objectieve gegevens worden vastgesteld. De Hoge Raad vernietigt het bestreden vonnis en verwijst het geding terug naar de rechtbank.

*W.T.N. Vlasveld, april 2020*

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 03-04-2020

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2020:590

**Zaaknummer:** 18/05525

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

**Advocaten:** D.M. de Knijff, A. Stortelder en B.T.M. van der Wiel

**Wetsartikelen:** 3:84 lid 2 BW en 3:98 BW

## RECHTSPRAAK

### ***Faillissementsverzoek wordt behandeld conform de tijdelijke Coronaregeling. Omdat verweerster niet is ‘verschenen’, wordt het faillissementsverzoek toegewezen.***

Inhoudelijk is deze uitspraak niet interessant, omdat een niet verschenen verweerster failliet wordt verklaard. De uitspraak is interessant omdat deze laat zien hoe de rechtbank in Coronatijd omgaat met faillissementsverzoeken. Met toepassing van de Tijdelijke afwijkende regeling Insolventiezaken rechtbanken vanwege de bijzondere omstandigheden door de Coronacrisis (TARIC) heeft de rechtbank verzoekster en verweerster een formulier gestuurd waarop zij hun standpunten uiteen konden zetten. Dit formulier moest uiterlijk 31 maart 2020 om 14.00 uur door de griffie zijn ontvangen. Op dezelfde datum is verzoekster telefonisch gehoord. Voordien had verzoekster het ingevulde formulier opgestuurd naar de griffie. Verweerster heeft geen formulier opgestuurd en is ook niet ‘verschenen’. Het faillissementsverzoek wordt toegewezen.

*H.J. de Kloe, april 2020*

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 01-04-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2020:2907

**Zaaknummer:** 20.55 RK

**Rechters:** J.C.A.T. Frima

**Advocaten:** R. Dijkema

**Wetsartikelen:**

RECHTSPRAAK

***Het faillissement van JK Flowers is opgeheven bij gebrek aan baten. Het verzoek van de voormalig curator tot heropening van de vereffening wordt toegewezen, omdat sprake is van een nagekomen bate. De voormalig curator wordt benoemd tot vereffenaar.***

JK Flowers B.V. is in 2013 failliet verklaard. In 2016 is het faillissement van JK Flowers opgeheven bij gebrek aan baten. Eind februari 2020 heeft de voormalig curator een bedrag van meer dan € 13.000 ontvangen op zijn derdengeldenrekening van de Finse curator van een debiteur van JK Flowers. De voormalig curator verzoekt op grond van artikel 2:23c lid 1 BW tot heropening van de vereffening. De rechtbank overweegt dat de voormalig curator belanghebbende is en dat sprake is van een nagekomen bate. De rechtbank wijst het verzoek toe en benoemt de voormalig curator tot vereffenaar. Naar het oordeel van de rechtbank ligt dit om praktische en principiële redenen voor de hand, omdat de heropende vereffening in het licht van het faillissement moet worden gezien.

*H.J. de Kloe, april 2020*

---

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 27-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBDHA:2020:2756

**Zaaknummer:** FT RK 20/315

**Rechters:** W.J. Don

**Advocaten:** R.O. Tefij

**Wetsartikelen:** 2:23c BW

## RECHTSPRAAK

***De curator van Mexx Europroductions wordt op zijn verzoek benoemd tot vereffenaar, omdat het ernaar uitzielt dat alle schulden voldaan kunnen worden. De rechtbank overweegt ten overvloede dat het liquidatieoverschot ook in faillissement wordt vereffend.***

Mexx Holding Netherlands B.V. is enig aandeelhouder van Mexx Europroductions B.V. Beide vennootschappen zijn in staat van faillissement verklaard. De curator van beide vennootschappen verzoekt hemzelf als vereffenaar van Mexx Europroductions aan te stellen, omdat het ernaar uitzielt dat alle schuldeisers kunnen worden voldaan. Het bestuur en de rechter-commissaris stemmen in met het verzoek. De rechtbank wijst het verzoek toe, omdat de curator de meest gereede persoon is om op te treden als vereffenaar.

De rechtbank overweegt ten overvloede dat het de vraag is of de benoeming van de curator tot vereffenaar noodzakelijk is. De slotuitdelingslijst is nog niet gedeponereerd en alle schuldeisers zijn nog niet voldaan. Daarnaast zou de curator naar het oordeel van de rechtbank het liquidatieoverschot ook in faillissement kunnen vereffenen.

*H.J. de Kloe, april 2020*

---

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 26-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBDHA:2020:2755

**Zaaknummer:** FT RK 20/280

**Rechters:** W.J. Don

**Advocaten:** F. Kemp

**Wetsartikelen:** 2:23 BW

## RECHTSPRAAK

***Ondanks het feit dat appellant de WSNP-bewindvoerder van geïntimeerde niet mede heeft gedagvaard in hoger beroep, wordt appellant ontvankelijk verklaard. De WSNP is inmiddels geëindigd, waarmee geïntimeerde geen belang heeft bij schorsing van de procedure om appellant in staat te stellen de bewindvoerder op te roepen.***

Een werknemer van Pro FM Events B.V. is op staande voet ontslagen. Naar aanleiding van dit ontslag heeft de werknemer, op wie op dat moment de schuldsaneringsregeling van toepassing was, de werkgever in rechte betrokken. De werkgever is op 29 september 2016 door de kantonrechter in Roermond veroordeeld tot betaling van diverse bedragen en tot afgifte van een loonspecificatie op straffe van een dwangsom. De loonspecificatie is te laat verstrekt, waardoor € 9.500 aan dwangsommen is verbeurd. Pro FM Events heeft in kort geding opheffing dan wel vermindering van de dwangsommen gevorderd. Bij vonnis van 22 maart 2018 is Pro FM Events niet-ontvankelijk verklaard, omdat zij in strijd met artikel 313 jo. 25 Fw de bewindvoerder niet in rechte heeft betrokken.

In deze procedure vordert Pro FM Events onder meer een verklaring voor recht dat de werknemer niet bevoegd was een ontslagprocedure te voeren, dat het vonnis van de kantonrechter van 29 september 2016 rechtskracht ontbeert en dat Pro FM Events geen dwangsommen verschuldigd is. In eerste aanleg zijn de vorderingen afgewezen. Hoewel Pro FM Events in eerste aanleg ook de bewindvoerder heeft gedagvaard, heeft zij dat in hoger beroep nagelaten. Het hof overweegt dat dit in beginsel moet leiden tot niet-ontvankelijkheid of schorsing om Pro FM Events in de gelegenheid te stellen de bewindvoerder op te roepen, maar omdat de schuldsaneringsregeling inmiddels is beëindigd heeft de werknemer hier geen belang bij.

Het hof beoordeelt de zaak inhoudelijk en wijst het beroep af. Het vonnis van 29 september 2016 is in kracht van gewijsde gegaan. Gelet op het stelsel van gesloten rechtsmiddelen worden de vorderingen ten aanzien van het vonnis van 29 september 2016 niet inhoudelijk behandeld. Ook de verbeurde dwangsommen blijven in stand, omdat de loonspecificatie te

laat is verstrekt.

*H.J. de Kloe, april 2020*

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 24-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2020:1062

**Zaaknummer:** 200.257.720\_01

**Rechters:** C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden, J.M.H. Schoenmakers en A.J. van de Rakt

**Advocaten:** B.R.J. Rothuizen en M.J. Rubberg

**Wetsartikelen:** 25 Fw

## RECHTSPRAAK

**Ten onrechte is geen voorziening getroffen en is het volledige resultaat uitgekeerd aan de enig aandeelhouder.**

***De curator van Welsec stelt de bestuurder, commissaris en aandeelhouder van Welsec met succes aansprakelijk. Nadat voor betrokkenen duidelijk had moeten zijn dat een in eerste aanleg toegewezen vordering van de Staat in hoger beroep stand zou houden, is ten onrechte geen voorziening getroffen en het volledige resultaat uitgekeerd.***

De curator van Welsec Schilders- en Classificeerbedrijf B.V. ('Welsec') heeft de bestuurder van Welsec aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 BW. Ook de commissaris van Welsec is aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 BW, omdat hij feitelijk beleidsbepaler zou zijn en omdat hij zijn taak als commissaris onbehoorlijk heeft vervuld. Daarnaast heeft de curator de moedervennootschap van Welsec, Harlingen Holding Industries B.V. ('HHI'), aansprakelijk gesteld op grond van onrechtmatige daad. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator toegewezen. Het hof laat het vonnis van de rechtbank grotendeels in stand.

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'. Het bestuur heeft geen voorziening

opgenomen op de balans, ook niet 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.

Het hof overweegt dat de commissaris is aan te merken als feitelijk beleidsbepaler. Hoewel hij in 2001 is teruggetreden als bestuurder, heeft hij tegenover de rechtbank verklaard dat hij feitelijk bestuurder was van Welsec. Daarnaast werden tot 2001 alle beleidsbeslissingen door hem genomen en heeft hij ter zitting in hoger beroep verklaard dat hij vanaf 2001 dezelfde taken bleef verrichten. De commissaris voerde ook – buiten aanwezigheid van de bestuurder – alle besprekingen met de accountant en de curator.

Het hof oordeelt dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De commissaris heeft daarnaast zijn toezichthoudende taak onbehoorlijk vervuld. Nadat Welsec in 2009 in een deskundigenrapport was aangewezen als veroorzaker van de vervuiling, had het bestuur ernstig rekening moeten houden met een veroordeling in hoger beroep en hier maatregelen voor moeten treffen. Desondanks heeft het bestuur ten onrechte geen voorziening opgenomen in de jaarrekening en nadat het definitieve deskundigenrapport is uitgebracht, is bijna € 1,3 miljoen dividend uitgekeerd. Het verweer van het bestuur dat het ervan uitging dat de Staat voor € 250.000 zou willen schikken omdat een andere partij de claim van de Staat voor een veel lager bedrag heeft afgekocht, slaagt niet. Nadat de andere partij de claim had afgekocht, werden de daadwerkelijke kosten van de sanering bekend, was de vordering van de Staat toegewezen en had de Staat aanzienlijke (proces)kosten gemaakt. Tegen die achtergrond had het bestuur er niet van uit mogen gaan dat de Staat voor € 250.000 wilde schikken.

Het beroep op matiging wordt afgewezen. Wel slaagt de grief die gericht is tegen de veroordeling in de wettelijke rente. Bij een veroordeling in het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW past geen veroordeling in de wettelijke rente, omdat dat ertoe zou leiden dat vermogen zou resteren nadat alle schuldeisers zijn voldaan. Het hof wijst de vordering tot betaling van wettelijke rente daarom af.

Het hof oordeelt verder – op grond van artikel 6:162 BW omdat het huidige artikel 2:216 lid 3 BW op het moment van het nemen van de uitkeringsbesluiten nog niet in werking was getreden – dat HHI onrechtmatig heeft gehandeld door ook nadat het definitieve deskundigenrapport was uitgebracht het volledige resultaat uit te keren. HHI nam de uitkeringsbesluiten in de wetenschap dat de vordering van de Staat binnen afzienbare tijd zou worden toegewezen door het hof, terwijl Welsec na de uitkeringen niet over voldoende middelen zou beschikken om deze vordering te voldoen. De stelling van HHI dat het causaal verband ontbreekt, kennelijk omdat de beschikbare middelen zonder uitkeringen zouden zijn

betaald aan de bank, is naar het oordeel van het hof onvoldoende onderbouwd.

*H.J. de Kloe, april 2020*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 24-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2020:2491

**Zaaknummer:** 200.226.616/01

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

**Advocaten:** W.M. Sturms, D.C. Poiesz en M.H.S. Verhoeven

**Wetsartikelen:** 6:162 BW, 2:248 BW en 2:259 BW

## RECHTSPRAAK

### ***Schadevergoedingsvordering van opdrachtgevers tegen een aannemersbedrijf en zijn (indirecte) bestuurders wordt toegewezen op grond van onrechtmatige daad omdat misbruik is gemaakt van rechtspersoonlijkheid.***

Appellant 1 en appellante 2 ('Opdrachtgevers') hebben aannemingsovereenkomsten gesloten met een aannemersbedrijf ('Bouwbedrijf Oud') voor de verbouwing van een (woon)boerderij en de bouw van een bijgebouw. De enig bestuurder en enig aandeelhouder van Bouwbedrijf Oud is Beheer B.V. ('Beheer'). De enig bestuurder en enig aandeelhouder van Beheer is X ('Bestuurder').

Tussen de Opdrachtgevers en Bouwbedrijf Oud is een geschil ontstaan over de uitvoering van de aannemingsovereenkomsten. Dit heeft geleid tot meerdere gerechtelijke en arbitrale procedures. Op enig moment tijdens het geschil heeft Bestuurder de activiteiten van Bouwbedrijf Oud overgeheveld naar een nieuwe vennootschap ('Bouwbedrijf Nieuw'), waarvan eveneens Beheer de enig bestuurder en enig aandeelhouder is.

In deze procedure vorderen de Opdrachtgevers, bij eiswijziging in hoger beroep, veroordeling van Bouwbedrijf Nieuw, Beheer en Bestuurder ('Bouwgroep') tot betaling van schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad, omdat door de overheveling van de onderneming van Bouwbedrijf Oud naar Bouwbedrijf Nieuw de verhaalsmogelijkheden van de Opdrachtgevers op Bouwbedrijf Oud zijn gefrustreerd. De Bouwgroep betwist dit en stelt dat de Opdrachtgevers een lastercampagne voerden tegen Bouwbedrijf Oud, en dat dit de reden is geweest om de onderneming van Bouwbedrijf Oud voort te zetten in Bouwbedrijf Nieuw.

Het hof oordeelt dat de Bouwgroep onrechtmatig heeft gehandeld jegens de Opdrachtgevers. Het hof overweegt daartoe dat de Bouwgroep heeft besloten de onderneming van Bouwbedrijf Oud te beëindigen en voort te zetten in Bouwbedrijf Nieuw uit vrees dat de Opdrachtgevers door het leggen van beslagen het voortbestaan van Bouwbedrijf Oud in gevaar zouden brengen. De onderneming die eerder werd gedreven door Bouwbedrijf Oud, werd na de oprichting van Bouwbedrijf Nieuw door Bouwbedrijf Nieuw gedreven. Daarbij is niet van

belang of sprake is geweest van een overdracht in juridische zin van overeenkomsten, vorderingen of andere activa van Bouwbedrijf Oud. Van belang is dat de inkomsten die eerder door Bouwbedrijf Oud werden genoten, nu door Bouwbedrijf Nieuw worden genoten. Door de activiteiten van Bouwbedrijf Oud te beëindigen en de beschikbare liquide middelen in Bouwbedrijf Oud te gebruiken voor het voldoen van alle crediteuren van Bouwbedrijf Oud behalve de Opdrachtgevers, was verhaal van de vordering van de Opdrachtgevers op Bouwbedrijf Oud in beginsel niet meer mogelijk.

Naar het oordeel van het hof hadden Beheer en Bestuurder met het beëindigen van de ondernemingsactiviteiten van Bouwbedrijf Oud en het voortzetten van diezelfde activiteiten door Bouwbedrijf Nieuw, geen ander oogmerk dan om de Opdrachtgevers als crediteur te benadelen, hetgeen onrechtmatig is. Beheer heeft bewerkstelligd of toegelaten dat Bouwbedrijf Oud haar verplichtingen richting Opdrachtgevers niet nakomt, en Beheer wist of had redelijkerwijze behoren te begrijpen dat deze handelwijze tot gevolg zou hebben dat Bouwbedrijf Oud haar verplichtingen niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Beheer valt dan ook een ernstig persoonlijk verwijt te maken van de benadeling, en op grond van artikel 6:162 BW is zij aansprakelijk voor de daardoor geleden schade. Het hof verwijst daarbij naar HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (Ontvanger/Roelofsen). Bestuurder is tevens hoofdelijk aansprakelijk voor de geleden schade op grond van artikel 2:11 BW. Deze schadevergoedingsplicht van Beheer en Bestuurder rust eveneens hoofdelijk op Bouwbedrijf Nieuw, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die haar beheerst (in casu: Beheer en Bestuurder) rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk van haarzelf (in casu: Bouwbedrijf Nieuw). Het hof verwijst daarbij naar HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480 (Rainbow/Ontvanger).

*C.W. Kuipers, april 2020*

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 10-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2020:873

**Zaaknummer:** 200.194.926\_02 en 200.232.622\_01

**Rechters:** W.J.J. Beurskens, S.C.H. Molin en M.W.M. Souren

**Advocaten:** D.W. Stuijt en N.H.A. Kampschreur

**Wetsartikelen:** 6:162 BW en 2:11 BW

## RECHTSPRAAK

***Verkoper spreekt statutair bestuurder en feitelijk beleidsbepaler aan wegens niet nakomen koopovereenkomst aandelen door de vennootschap. Het hof past het tweede criterium uit het Ontvanger/Roelofsen-arrest toe en concludeert dat sprake is van verhaalsfrustratie met voorzienbare schade tot gevolg.***

Eigendraads B.V. ('Eigendraads') exploiteert een zorgboerderij waar zorg wordt aangeboden aan mensen met een beperking. Op 18 april 2013 wordt Eigendraads door haar enig aandeelhouder (tevens enig bestuurder), Tempelaar Holding B.V. ('Tempelaar'), verkocht aan Hollandsche Investeringsmaatschappij (H.I.M.) B.V. ('HIM'). HIM wordt ook (enig) bestuurder van Eigendraads. Statutair bestuurder van HIM is appellant jr. (de 'zoon'). Appellant sr. (de 'vader') heeft aan de zijde van HIM met name de onderhandelingen over de overname gevoerd. De koopsom voor de aandelen van Eigendraads wordt grotendeels omgezet in een rentedragende geldlening van Tempelaar aan HIM. Voor de nakoming van de koopovereenkomst (en daarmee verband houdende lening) worden zekerheden gesteld, waaronder een pandrecht op de aandelen van Eigendraads en garanties.

HIM laat de eerste betalingstermijn van de geldlening zonder betaling verstrijken en verricht ook daarna geen betalingen. Tempelaar gaat over tot uitwinning van de zekerheden. Tussen Tempelaar enerzijds en Eigendraads en HIM anderzijds worden procedures gevoerd over de koopovereenkomst en verstrekte zekerheden. Eigendraads wordt failliet verklaard en HIM blijkt geen verhaal te bieden. Ook de zekerheden leveren geen verhaal op. Tempelaar stelt de vader (als feitelijk beleidsbepaler) en de zoon (als statutair bestuurder) hoofdelijk aansprakelijk voor de door HIM onbetaald gelaten bedragen.

De Rechtbank Gelderland wijst de vorderingen toe, omdat vader en zoon ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst wisten dan wel behoorden te weten dat HIM niet over de financiële middelen beschikte om haar betalingsverplichtingen na te komen en ook geen verhaal zou bieden voor de door Tempelaar ontstane schade. Tegen dit oordeel gaan vader en zoon in hoger beroep.

Het hof gaat eerst in op de meest verstrekkende verweren van vader en zoon die betrekking

hebben op de betalingsverplichting van HIM jegens Tempelaar. Vader en zoon stellen zich op het standpunt dat HIM niet gehouden was enige betaling aan Tempelaar te verrichten, omdat HIM een 'kat in de zak' heeft gekocht. Het hof passeert dit verweer. In de tussen HIM en Tempelaar gevoerde procedures zijn soortgelijke verweren opgevoerd en afgewezen. Tegen deze oordelen is geen hoger beroep ingesteld. Tempelaar heeft daarnaast onderbouwd dat Eigendraads voorheen een groeiende en winstgevende onderneming was. Vader en zoon hebben gedurende het onderhandelingstraject over de overname ook een *due diligence* onderzoek uitgevoerd en zijn daarin bijgestaan door deskundigen. Daaruit is niets negatiefs naar voren gekomen.

Het hof neemt vervolgens bij beoordeling van de persoonlijke aansprakelijkheid van vader en zoon, evenals eerder de rechtbank, het Ontvanger/Roelofsen-arrest als uitgangspunt. In tegenstelling tot de rechtbank, gaat het hof in op het tweede criterium (verhaalsfrustratie). Het hof stelt vast dat vader en zoon actief het verhaal van Tempelaar hebben gefrustreerd door (1) kort voor uitwinning van het pandrecht op aandelen een prioriteitsaandeel uit te geven waaraan een toestemmingsrecht voor ontslag en benoeming van bestuurders van Eigendraads is verbonden, (2) garanties te verstrekken die niets om het lijf hadden, en (3) (ingekomen) gelden van HIM aan zichzelf, (vennootschappen van) familieleden en andere gelieerde crediteuren te betalen.

Het hof gaat vervolgens in op de vraag of vader en zoon wisten dan wel behoorden te weten dat HIM geen verhaal zou bieden voor de door Tempelaar te lijden schade. In dit kader is relevant dat Tempelaar een verhaalsrapport van (ongeveer) vier maanden na de overname heeft overgelegd. Hieruit volgt dat geen verhaalsmogelijkheden zijn aangetroffen. Vader en zoon brengen daartegenin dat HIM wel degelijk over voldoende middelen beschikte. Zij leggen een grote hoeveelheid financiële stukken over en een ondersteunend accountantsrapport. In de financiële rapportages zijn echter grove tegenstrijdigheden te vinden, onverklaarbare mutaties en diverse onjuistheden. Ook worden de financiële stukken in veel gevallen onvoldoende toegelicht door vader en zoon in de begeleidende processtukken.

Het hof komt – alle feiten en omstandigheden in samenhang beziend – tot de conclusie dat vader en zoon niet aan hun motiveringsplicht hebben voldaan. Hierdoor is geen plaats voor nadere bewijslevering. Vader en zoon hebben onvoldoende weersproken dat zij wisten dan wel behoorden te weten dat hun (of de door hen toegelaten) handelswijze ertoe zou leiden dat HIM niet aan haar verplichtingen jegens Tempelaar zou voldoen, terwijl HIM ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Van deze benadeling kan vader en zoon een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt, aldus het hof. Hierdoor zijn zij aansprakelijk voor de dientengevolge geleden schade. Het hof bekrachtigt het vonnis in eerste aanleg.

*B.J. Hermans, april 2020*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 10-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2020:2132

**Zaaknummer:** 200.222.261 en 200.231.798

**Rechters:** H.L. Wattel, S.M. Evers en D.M.I. de Waele

**Advocaten:** J.W.A. Wijsman, J. Bisschop en J.J. Douwes

**Wetsartikelen:** 6:162 BW

## RECHTSPRAAK

***Rechtbank wijst vordering tot bestuurdersaansprakelijkheid toe, omdat bestuurder een in rechte toegewezen annuleringsvergoeding die na vernietiging in hoger beroep weer moest worden terugbetaald, heeft uitgegeven in plaats van aangehouden als reserve, waarna de vennootschap geen verhaal meer bood.***

Aanleiding voor onderhavig geschil is een stukgelopen onderhandeling tussen eiseres enerzijds en de vennootschap waarvan gedaagde bestuurder was ('de vennootschap') anderzijds, over het verzorgen van de catering bij een paardenevenement.

In de hoofdzaak heeft de rechtbank in eerste instantie geoordeeld dat sprake was van een overeenkomst tussen partijen en dat eiseres aan de vennootschap een annuleringsvergoeding verschuldigd was. Het hof oordeelde echter dat geen sprake was van een overeenkomst en dat eiseres slechts gehouden is tot vergoeding van redelijke kosten door een ongerechtvaardigde afbreking van de onderhandelingen. De vennootschap diende het door eiseres te veel betaalde bedrag te restitueren. De vennootschap blijkt vervolgens niet over voldoende financiële middelen te beschikken om het bedrag te restitueren. Eiseres vordert daarom schadevergoeding van gedaagde in zijn hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap. Als grondslag voert eiseres aan dat gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld jegens eiseres door de vennootschap in een zodanige positie te brengen dat zij niet meer in staat is de betalingsverplichting aan eiseres te voldoen.

De rechtbank is van oordeel dat gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld jegens eiseres door het verhaal van haar vordering op het vermogen van de vennootschap te frustreren en dat gedaagde ter zake daarvan een persoonlijk ernstig verwijt valt te maken. Vast is komen te staan dat de vennootschap in februari 2019 nog over voldoende financiële middelen beschikte om aan het arrest van het hof van 2 oktober 2018 te voldoen. Gedaagde heeft desondanks bewerkstelligd, althans toegelaten, dat de geïncasseerde gelden zijn aangewend voor het doen van betalingen aan anderen dan aan eiseres, zonder dat een voorziening op de balans is opgenomen voor de claim van eiseres en zonder dat daarvoor anderszins geld is gereserveerd. Gegeven de slechte vermogenspositie en financiële vooruitzichten van de vennootschap lag

het volgens de rechtbank voor de hand een reserve aan te houden ter hoogte van de latente terugbetalingsverplichting. Het verweer van gedaagde dat hij geen rekening had hoeven houden met een vernietiging van de uitspraak in eerste instantie doet hieraan niet af: het enkele feit dat nog hoger beroep ingesteld kan worden, brengt met zich dat een bestuurder hiermee rekening dient te houden. Gedaagde heeft weliswaar gesteld dat de financiële middelen op een zorgvuldige wijze zijn aangewend met inachtneming van het vennootschappelijk belang door schuldeisers te voldoen, maar deze stelling heeft hij in het geheel niet onderbouwd.

De rechtbank concludeert dat de gedaagde dusdanig onzorgvuldig heeft gehandeld dat hem een persoonlijk ernstig verwijt treft en hij persoonlijk aansprakelijk is voor de door eiseres geleden schade.

*P. van der Heide, april 2020*

---

**Instantie:** Rechtbank Oost-Brabant

**Datum uitspraak:** 12-02-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBOBR:2020:998

**Zaaknummer:** C-01-340913 - HA ZA 18-797

**Rechters:** K.A. Maarschalkerweerd

**Advocaten:** L.M. Schelstraete en D.J.J. Folgering

**Wetsartikelen:** 6:162 BW

## RECHTSPRAAK

**Juridisch adviseur houdt vader en zoon aansprakelijk voor onbetaald gebleven facturen. De zoon gaat vrijuit, omdat hij uitsluitend op papier bestuurder en eigenaar was. De vader wordt bij verstek veroordeeld omdat hij als feitelijk leidinggevende optrad en het in werkelijkheid zijn onderneming betrof.**

***Juridisch adviseur houdt vader en zoon aansprakelijk voor onbetaald gebleven facturen De zoon gaat vrijuit, omdat hij uitsluitend op papier bestuurder en eigenaar was. De vader wordt bij verstek veroordeeld omdat hij als feitelijk leidinggevende optrad en het in werkelijkheid zijn onderneming betrof.***

Jari Rechtspraktijk BV ('Jari') heeft in de tweede helft van 2018 voor Bedrijf juridische ondersteuning en controllerwerkzaamheden verricht. De gemachtigde van Jari in deze procedure ('Baert') werkte in dat kader voor Bedrijf. Jari factureerde haar werkzaamheden wekelijks. Begin 2019 is een betalingsregeling getroffen en is er nog discussie geweest over de facturen, maar uiteindelijk is over een periode van enkele maanden ongeveer twee derde van de vordering van Jari voldaan. Bedrijf is in juni 2019 gefailleerd.

Uit een uittreksel uit het handelsregister van 6 januari 2019 blijkt dat zoon enig aandeelhouder en bestuurder van Bedrijf was, dat vader general manager was met een volledig volmacht en dat Baert eveneens een volledige volmacht had. Uit een uittreksel van 31 mei 2019 blijkt dat vader sinds 4 januari 2019 enig bestuur was en sinds 29 mei 2019 ook enig aandeelhouder. Zoon en Baert worden in dit uittreksel niet (meer) genoemd. Uit overgelegde grootboekrekeningen blijkt dat in 2018 en 2019 aanzienlijke bedragen aan Bedrijf zijn onttrokken en zijn verantwoord als 'rekening courant directeur'.

Jari spreekt vader en zoon persoonlijk aan tot betaling van het restant van de onbetaald gebleven facturen. Zij stelt dat vader en zoon als bestuurders van Bedrijf aansprakelijk zijn

voor de door haar geleden schade wegens wanbestuur en kennelijk onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:9 BW en 2:248 BW). Vader en zoon hebben zich onverantwoordelijk gedragen door voor extreem hoge bedragen contanten aan de onderneming te onttrekken, waardoor crediteuren niet konden worden betaald.

Zoon concludeert tot afwijzing van de vordering, omdat Bedrijf door vader zou zijn opgericht. Hoewel Bedrijf op zijn naam stond geregistreerd, heeft hij zich nooit met Bedrijf bezig gehouden noch daaruit gelden ontvangen. Bedrijf werd door vader geleid en vader had ook de bankpas.

De kantonrechter merkt terecht op dat Jari met een beroep op artikel 2:9 en 2:248 BW de verkeerde grondslag voor haar vorderingen heeft gekozen. Zij kan beide vorderingen niet instellen, nu dit uitsluitend door de vennootschap respectievelijk de curator kan. Vervolgens schiet de kantonrechter Jari te hulp door de stellingen van Jari te lezen als een beroep op bestuurdersaansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad.

Ten aanzien van de zoon oordeelt de kantonrechter dat aan de strenge maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid niet is voldaan, omdat de zoon aannemelijk heeft gemaakt dat hij uitsluitend op papier bestuurder was en vader als feitelijk leidinggever optrad. De kantonrechter voegt daaraan toe dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, omdat Jari in de relevante periode voor Bedrijf werkte en uit dien hoofde bekend was met de feitelijke situatie bij Bedrijf.

Indien de vorderingen zouden zijn gegrond op de collectieve aansprakelijkheidsregeling van artikel 2:248 BW, zou deze vlieger niet opgaan. Vaste rechtspraak is immers dat zowel de formeel als de feitelijk bestuurder hetzelfde lot delen. In geval van bestuurdersaansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad is sprake van een individueel toetsingskader. Ieder van de aangesproken bestuurders moet een ernstig verwijt treffen. Volgens de kantonrechter is daarvan in deze zaak ten aanzien van de zoon geen sprake. De uittreksels uit het handelsregister in combinatie met het feit dat de zoon bezig was met respectievelijk zijn schoolopleiding, zijn werk bij Albert Heijn en zijn opleiding bij de politie maken dit voor de kantonrechter onaannemelijk. Het lijkt erop dat de kantonrechter naar de economische werkelijkheid heeft gekeken en daaruit de conclusie heeft getrokken dat zoon überhaupt niet heeft gehandeld, zodat hem daarom geen ernstig verwijt valt te maken.

Volgens vaste rechtspraak kunnen ook beleidsbepalers als bestuurder worden aangesproken op grond van artikel 6:162 BW (in de literatuur wordt dit overigens ter discussie gesteld). De kantonrechter acht vader aansprakelijk, omdat aannemelijk is dat hij vanwege een eerder faillissement de zoon als formeel aandeelhouder en bestuurder heeft gebruikt, vader feitelijk

leidinggever was van en de zeggenschap had over Bedrijf. Bovendien is aannemelijk dat vader de middelen aan Bedrijf heeft onttrokken, terwijl hij met Jari voor Bedrijf een betalingsregeling had getroffen en vervolgens de vordering van Jari onbetaald liet. Hoewel Jari van het een en ander op de hoogte was of had kunnen zijn, levert het handelen van vader naar het oordeel van de kantonrechter onbehoorlijk bestuur op dat (ook) onrechtmatig is. Daarbij overweegt de kantonrechter dat de norm dat een bestuurder zich niet aan onbehoorlijke bestuur mag schuldig maken, ook strekt tot bescherming van een crediteur als Jari. Daarom is naar de mening van de kantonrechter aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Omdat niet is gebleken dat de vordering van Jari zal worden voldaan, stelt de kantonrechter de schade vast op de hoogte van de gevorderde hoofdsom.

*J.E. van Nuland, april 2020*

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 26-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2020:2615

**Zaaknummer:** 8226367 CV EXPL 19-8035

**Rechters:** G.A.F.M. Wouters

**Wetsartikelen:** 6:162 BW

## RECHTSPRAAK

### **Na datum faillissement wordt een bedrag betaald aan een crediteur, vanaf een rekening met een negatief saldo. Kan de curator het bedrag terugvorderen?**

***Na datum faillissement wordt een bedrag betaald aan een crediteur, vanaf een rekening met een negatief saldo. Kan de curator het bedrag terugvorderen? Met wenk.***

Vanaf de rekening van een failliete onderneming is daags na datum faillissement een bedrag van iets meer dan € 4.500 betaald aan een crediteur, Flora Holland. De rekening kende destijds reeds een negatief saldo; uit de uitspraak blijkt niet van zekerheden van de bank. De betaling geschiedde per automatische incasso; de bank kon (om onbekende redenen) niet meer storneren.

De kantonrechter had geoordeeld dat de curator het bedrag niet kon terugvorderen, nu reeds sprake was van een negatief saldo, waardoor het faillissementsvermogen niet werd geraakt. De curator is in hoger beroep gekomen. Het hof oordeelt dat de curator het bedrag als onverschuldigd betaald kan terugvorderen.

Door het faillissement verliest de schuldenaar de beschikking en het beheer over diens vermogen ex artikel 23 Fw, hetgeen een uitvloeisel is van het fixatiebeginsel waardoor, aldus het hof, zowel de activa alsook de passiva worden gefixeerd per faillissementsdatum. Dit brengt met zich dat de door de schuldenaar gegeven betalingsopdrachten aan de bank eindigen en dat de curator alle betalingen waarmee de bankrekening van de begunstigde wederpartij van de schuldenaar na aanvang van het faillissement is gecrediteerd, kan terugvorderen. Het hof verwijst daarbij naar het arrest JPR/Gunning (ECLI:NL:HR:2015:689).

Het voorgaande geldt volgens het hof ook voor betalingsopdrachten aan de bank waarbij de schuldenaar een rekening met een negatief saldo aanhoudt. De rechtsregel uit JPR/Gunning is, aldus het hof, niet beperkt tot girale betalingen ten laste van een creditsaldo; dat zou ook in strijd zijn met het voornoemde fixatiebeginsel. Dat beginsel strekt er juist toe dat de positie van een schuldeiser na datum faillissement niet meer mag worden gewijzigd. Anders zou de

begunstigde zich door de betaling kunnen onttrekken aan de paritas creditorum.

De schuldeiser heeft verder betoogd dat zij erop mocht vertrouwen dat de curator instemde met de betaling, omdat zij de betaling na datum faillissement ontving en zij bovendien nog een boedelvordering had. Volgens het hof is er geen algemeen beginsel van derdenbescherming dat aan de Faillissementswet ten grondslag ligt, zodat een beroep op derdenbescherming alleen zou kunnen worden gedaan als daarvoor een wettelijke grondslag zou bestaan, welke grondslag ontbreekt. Ook inhoudelijk is het hof van oordeel dat de schuldeiser er niet gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de curator instemde met de betaling; het betrof immers een automatische incasso, daags na faillissement. Alleen als er contacten tussen de schuldeiser en de curator zouden zijn geweest, zou dat anders kunnen zijn, maar van dergelijke contacten is niet gebleken.

Tot slot oordeelt het hof nog dat de crediteur de vordering ook niet mag verrekenen met haar boedelvordering. Het beroep op verrekening zou er immers uiteindelijk toe leiden dat de crediteur zich alsnog aan het fixatiebeginsel zou kunnen onttrekken. Voorts is de boedel negatief, zodat verrekening ertoe zou leiden dat de crediteur een bevoorrechte positie zou verkrijgen ten opzichte van andere boedelschuldeisers, terwijl zij die positie enkel heeft verkregen als gevolg van een betaling die niet (rechts)geldig is.

Aldus dient het bedrag te worden terugbetaald. Het hof overweegt nog wel dat het zich kan voorstellen dat de curator ervoor zal zorgdragen dat het bedrag niet aan de boedel wordt toegevoegd, zolang de uitspraak niet definitief is.

*Wenk*

De curator kan volgens het gerechtshof een betaling terugvorderen, als de betaling na datum faillissement vanaf een rekening met een negatief saldo is verricht. Een welkome uitspraak voor curatoren in de tijd van lege boedel-problematiek. Het lijkt ook niet terecht dat een schuldeiser zou 'profiteren' van het feit dat de rekening reeds negatief was – waar zij volgens het arrest JPR/Gunning in beginsel al gehouden was tot terugbetaling.

Wel roept het de vraag op wat dit betekent voor de positie van de bank. De bank blijft immers – uitgaande van de situatie dat zij geen zekerheden heeft – normaliter achter met een onverhaalbare vordering (die door de betaling alleen maar groter is geworden), terwijl de boedel het bedrag van de betaling van na datum faillissement ontvangt. Zou de bank zich jegens de boedel op het standpunt kunnen stellen dat zij voor het bedrag van de teruggevorderde betaling een boedelvordering verkrijgt? De boedel is immers ten gevolge van de betaling uiteindelijk gebaat. Wellicht biedt artikel 24 van de Faillissementswet in dit kader mogelijkheden voor de bank.

Gelet op het verzoek van de crediteur om een eventuele veroordeling niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren (r.o. 16) verwacht ik overigens dat de schuldeiser in cassatie gaat. Het laatste woord is dus nog niet gezegd.

*A.D. van Dalen, april 2020*

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 24-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2020:759

**Zaaknummer:** 200.245.234/01

**Rechters:** G.C. de Heer, J.A. van Dorp en M.J. van Cleef-Metsaars

**Advocaten:** E.A.H. ten Berge en P.J.L.J. Duijsens

**Wetsartikelen:** 23 Fw en 24 Fw

RECHTSPRAAK

## **Afwikkeling door bank tijdens vernietigd faillissement uitgevoerde betaalopdrachten**

### ***Afwikkeling door bank tijdens vernietigd faillissement uitgevoerde betaalopdrachten tussen de bank, (curator van de) failliet en begunstigden onder de betaalopdrachten.***

Deze procedure betreft de afwikkeling van betalingen die op de ochtend van de dag waarop de faillietverklaring van HSK B.V. is uitgesproken in opdracht van de (indirect) directeur-groootaandeelhouder van HSK door de Rabobank ten laste van HSK zijn verricht. De bank heeft deze bedragen teruggestort op de faillissementsrekening (vanwege het feit dat de terugwerkende kracht van de faillietverklaring ervoor zorgde dat HSK niet meer bevoegd was betalingen te verrichten – zie art. 23 Fw) en heeft daarop met gedeeltelijk succes de gedane betalingen teruggevorderd van de begunstigden. Tegen de faillietverklaring is uitvoerig geprocedeerd (zie o.a. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7804 en HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1473, INS 2015-0095); hangende deze procedures is tussen de curator en de bank overeengekomen dat – voor het geval het faillissement zou worden vernietigd – de curator een bedrag ter hoogte van de uitgevoerde betaalopdrachten bij de bank op een tussenrekening zou parkeren, waaruit de bank zich in dat geval zou mogen voldoen uit hoofde van onverschuldigde betaling. Het faillissementsvonnis is uiteindelijk inderdaad vernietigd (Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3641, INS 2015-0343). De bank heeft, ter extra zekerheid, beslag laten leggen onder (onder meer) de curator van HSK op – naar het zich laat aanzien – het op de tussenrekening geparkeerde bedrag. De begunstigden onder de betaalopdrachten die hun betalingen hadden geretourneerd, krijgen deze door de bank alsnog uitgekeerd.

Wat resteert is de afwikkeling tussen de bank enerzijds en HSK en haar aandeelhoudster Nesia anderzijds; Rabobank vordert daartoe betaling van de debetstanden die worden aangehouden door Nesia en HSK, terwijl Nesia en HSK vorderen dat het beslag wordt opgeheven en dat de bank wordt veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding. De bijgaande uitspraak is het arrest in hoger beroep – de rechtbank had de vorderingen van de

bank toegewezen en de vorderingen van Nesia en HSK afgewezen. Het hof komt – ondanks een zevental tegen het vonnis in eerste aanleg gerichte grieven – tot hetzelfde oordeel. Van die zeven grieven zijn nummer 2, 3 en 5 het interessantst om te bespreken.

Met grief 2 betogen Nesia en HSK dat zij gerechtigd waren op een bedrag ter hoogte van de door de Rabobank gedane betalingen. Daartoe betogen zij dat het geld nooit rechtmatig van de rekening van HSK af kon zijn gegaan. De redenering die zij daarvoor opzetten is dat (1) het geld niet door de bank naar de faillissementsrekening had kunnen worden overgeboekt, omdat de curator geen betaling van dit bedrag kon afdwingen van de bank en (2) de curator en de bank niet gerechtigd waren om overeen te komen dat het bedrag bij vernietiging van het faillissementsvonnis aan de bank toe zou komen, omdat de curator niet bevoegd was om ‘over zijn graf heen te regeren’. Het hof gaat – mijns inziens terecht – niet mee in dit betoog. HSK is immers niet benadeeld door het ongedaan maken van de onverschuldigde betaling van de bank op de faillissementsboedel. Het argument van Nesia en HSK heeft dan ook wel iets gekks: zij wrijven de bank aan dat die geld heeft uitbetaald in opdracht van (de directeur-groootaandeelhouder van Nesia en) HSK zelf. Zou de hele faillietverklaring worden weggedacht, dan had het geld ook niet meer op de rekening van HSK gestaan, maar door de bank zijn overgeboekt naar de begunstigden van de betalingsopdracht die door (de directeur-groootaandeelhouder van Nesia en) HSK zelf is gegeven.

Met grief 3 betogen Nesia en HSK (onder meer) dat zij gerechtigd zijn tot de bedragen die door Rabobank (na deze retour te hebben ontvangen) alsnog aan de begunstigden zijn terugbetaald. Impliciet ligt in die stelling besloten dat het bedrag waarmee Rabobank de begunstigden heeft terugbetaald hetzelfde bedrag is dat anders op de rekening van HSK was blijven staan. Het hof maakt korte metten met die redenering: de retourbetalingen die de begunstigden verrichtten, waren gericht aan (en vielen dus in het vermogen van) Rabobank, terwijl ook de betalingen die Rabobank alsnog deed aan de begunstigden uit het eigen vermogen van Rabobank kwamen. Dit blijkt temeer uit het feit dat de retourbetalingen van de begunstigden bij de bank binnenkwamen vóórdat (en dus los van) het bedrag door de curator op een tussenrekening bij de bank werd geparkeerd. HSK was dus niet gerechtigd tot het geld dat door de bank aan de begunstigden was teruggegeven. Ook dit betoog heeft overigens iets gewrongens: zou de hele faillietverklaring worden weggedacht, dan zou het geld door de bank zijn overgeboekt aan deze begunstigden in opdracht van (de directeur-groootaandeelhouder van Nesia en) HSK zelf. Het zou vreemd zijn als HSK wél bevrijd zou zijn van de verplichting haar debiteuren te betalen doordat die betalingsopdracht is uitgevoerd, maar tegelijkertijd het uitbetaalde bedrag zou kunnen terugvorderen van de bank.

Met grief 5 betogen Nesia en HSK (onder meer) dat het door Rabobank gelegde beslag dient te worden opgeheven, omdat het is gelegd ten tijde van het (destijds nog niet vernietigde)

faillissement van HSK en daarmee is opgegaan in het algemene faillissementsbeslag. Het hof wijst er echter op dat aangenomen dient te worden dat het ten tijde van de faillissementstoestand gelegde beslag eerst werking neemt nadat deze toestand is opgeheven (onder verwijzing naar Gerechtshof Leeuwarden 25 januari 1989, ECLI:NL:GHLEE:1989:AD0598).

Met het falen van de grieven wordt het vonnis in eerste aanleg bekrachtigd.

*T.E. Booms, april 2020*

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 17-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2020:862

**Zaaknummer:** 200.242.611/01

**Rechters:** G.C.C. Lewin, J.W. Hoekzema en A.P. Wessels

**Advocaten:** H. Loonstein en A. van Hees

**Wetsartikelen:**

RECHTSPRAAK

## **Bestuurdersaansprakelijkheid jegens debiteur wegens inning van openbaar verpande vordering**

***Een debiteur van een openbaar verpande vordering heeft na de (niet-bevrijdende) betaling aan haar schuldeiser nogmaals betaald aan de pandnemer. Zij stelt vervolgens met succes de bestuurders van haar schuldeiser aansprakelijk. Hoewel het pandrecht aan de debiteur was medegedeeld, wordt het eigenschuldverweer van de bestuurders afgewezen.***

Constructie heeft in een arbitrageprocedure betaling gevorderd van eiseres, KWS Infra B.V. ('KWS'). Tijdens de procedure heeft zij de vordering op KWS openbaar verpand aan de Belastingdienst. Het pandrecht is enkele maanden daarna door de Belastingdienst aan KWS medegedeeld. KWS heeft na afloop van de procedure op verzoek van de advocaat van Constructie het toegewezen gedeelte van de vordering aan zijn derdenrekening betaald, ondanks de mededeling van de verpanding. Het bedrag is daarna doorbetaald aan Beheer, een indirect bestuurder van Constructie. Constructie is vervolgens gefailleerd. Na ook door de Belastingdienst te zijn aangesproken heeft KWS de vordering nogmaals betaald.

KWS vordert in deze procedure schadevergoeding ter hoogte van het dubbel betaalde bedrag. Naast Beheer spreekt zij ook de direct bestuurder van Constructie aan, Onroerend Goed, en de uiteindelijk belanghebbende natuurlijk persoon ('de bestuurders'). Het belangrijkste verweer van de bestuurders is dat zij niet wisten dat de Belastingdienst het pandrecht openbaar had gemaakt.

De rechtbank stelt KWS in het gelijk. Zij overweegt ten eerste dat het pandrecht tot stand is gekomen door de mededeling aan KWS, maar dat de pandovereenkomst zo moet worden uitgelegd dat Constructie al bij het aangaan daarvan (in afwijking van art. 3:246 BW) de inningsbevoegdheid uit handen heeft gegeven. Constructie wist dus, of behoorde te begrijpen, dat KWS niet meer bevrijdend aan haar kon betalen. Die kennis kan volgens de rechtbank worden toegerekend aan Beheer en de andere gedaagden.

De primaire vordering tegen Beheer heeft geen betrekking op haar rol als bestuurder, maar is een zelfstandige vordering uit hoofde van onrechtmatige daad. Dat betekent volgens de rechtbank dat de gewone regels voor aansprakelijkheid gelden en dat een ernstig verwijt dus niet is vereist (o.m. HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628). Omdat Beheer wist dat Constructie niet inningsbevoegd was, was zij volgens de rechtbank ook niet gerechtigd om haar vermogen met het bedrag van de vordering te doen vermeerderen. Door dat wel te doen heeft zij in strijd gehandeld met de jegens KWS in acht te nemen zorgvuldigheid.

Ook de bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen worden toegewezen. Onroerend Goed heeft naar het oordeel van de rechtbank onzorgvuldig gehandeld door, ondanks de hiervoor bedoelde kennis, te bewerkstelligen dat Constructie de vordering (1) inde en (2) doorbetaalde aan Beheer. Ingevolge artikel 2:11 BW rust die aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder ex artikel 6:162 BW ook op alle indirect bestuurders, tenzij zij stellen en bewijzen dat hun geen ernstig verwijt kan worden gemaakt (HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275). Dat hebben zij volgens de rechtbank echter niet gedaan.

De schade wordt door de rechtbank begroot op het bedrag dat KWS dubbel heeft betaald, omdat volgens de rechtbank niet aannemelijk is dat er uit het faillissement van Constructie een uitkering op de vordering van KWS zal volgen. Ook het eigenschuldverweer van de Bestuurders wordt afgewezen. KWS had weliswaar beter moeten opletten, nu zij wist dat zij niet bevrijdend aan Constructie kon betalen, maar dat leidt volgens de rechtbank niet tot de conclusie dat sprake is van eigen schuld. Temeer, aldus de rechtbank, omdat het onrechtmatig handelen van de bestuurders zwaarder weegt dan die onoplettendheid van KWS.

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

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Nederland

**Datum uitspraak:** 18-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBNNE:2020:1257

**Zaaknummer:** C/18 / 192066 / HA ZA 19-90

**Rechters:** M. Sanna

**Advocaten:** L.C. van den Berg en H.D. Postma

**Wetsartikelen:** 6:162 BW, 2:11 BW en 3:246 BW

## RECHTSPRAAK

### **Faillissementsverzoek wordt afgewezen omdat niet summierlijk is gebleken van het bestaan van het vorderingsrecht van verzoeksters**

***De vorderingen van verzoeksters op verweerster zijn tussen november 2019 en februari 2020 op onverklaarbare wijze verhoogd. Gelet op de omstandigheden hadden verzoeksters hun (verhoogde) vordering nader moeten onderbouwen.***

De vennootschappen Letterfrack B.V. ('Letterfrack') en Delphi Pharmaceuticals B.V. ('Delphi') hebben het faillissement aangevraagd van verweerster. Verweerster heeft een groot aantal facturen van verzoeksters onbetaald gelaten waarvan de betalingstermijn is verstreken. De facturen zien op aan verweerster door Letterfrack uitgeleend personeel en door Delphi geleverde farmaceutische producten. Zij hebben op grond daarvan opeisbare vorderingen op verweerster van in hoofdsom € 62.332,98 (Letterfrack) en € 61.905,33 (Delphi). Verweerster betwist echter dat verzoeksters vorderingen op haar hebben en voert daartoe het volgende aan. Verzoeksters en verweerster zijn onderdeel van de Spanhoff groep waarvan de heer X middellijk meerderheidsaandeelhouder is. De aandelen in verweerster worden tevens middellijk gehouden door de heer Y (de medeaandeelhouder). Op verzoek van de heer Y heeft de Ondernemingskamer in oktober 2019 in een enquêteprocedure aangegeven dat is gebleken van wanbeleid. Het wanbeleid volgde met name uit het feit dat de heer X de belangen van onder andere(n) de heer Y en verweerster heeft geschaad door de belangen van andere onderdelen van de Spanhoff-groep te laten prevaleren. De Ondernemingskamer heeft de heer X geschorst als bestuurder van verweerster en de heer Z als zodanig aangewezen.

De heer Z heeft na zijn aanwijzing als bestuurder verzocht om inzage in de financiële positie van verweerster. Op 15 november 2019 heeft hij een crediteurenlijst ontvangen waaruit onder meer vorderingen bleken van Letterfrack van € 22.696,37 en Delphi van € 14.738,67. Daarna heeft de heer Z niet vernomen dat deze vorderingen onjuist waren en dat de vorderingen feitelijk hoger zouden zijn. In deze periode is de heer Z wel gebleken dat de heer X vlak voor en tijdens zijn schorsing rechtshandelingen heeft verricht namens verweerster waarover de

heer Z niet (tijdig) dan wel onvolledig is geïnformeerd. Nadat schikkingsonderhandelingen tussen de heer X en de heer Y op niets zijn uitgelopen, hebben verzoeksters op 7 februari 2020 verweerster gesommeerd hogere bedragen te betalen dan op 15 november 2019 aangegeven. De heer Z heeft vervolgens onderzoek gedaan naar (de grondslag van) deze verhogingen maar hij heeft hierover geen helderheid verkregen. Verweerster heeft de bedragen zoals deze uit de op 15 november 2019 toegezonden crediteurenlijst bleken aan verzoeksters voldaan.

De rechtbank overweegt als volgt. Gelet op de aard van het achterliggende geschil tussen de heer X en de heer Y in verband met het door verzoeksters niet of onvoldoende bestreden feit dat de administratie van verweerster niet door medewerkers van verweerster maar door andere medewerkers van de Spanhoff-groep wordt gevoerd en het feit dat de (administratieve verwerking van de) verhoging van de gestelde vorderingen heeft plaatsgevonden nadat de schikkingsonderhandelingen (vooralsnog) op niets waren uitgelopen, had het op de weg van verzoeksters gelegen hun vorderingen nader te onderbouwen. De betalingen door verweerster maken dit niet anders nu deze op zichzelf genomen niet als erkenning van de gestelde vorderingen kunnen worden aangemerkt, doch slechts als erkenning van de in november 2019 openstaande vorderingen. De rechtbank is derhalve van oordeel dat niet summierlijk is gebleken van het bestaan van het vorderingsrecht van verzoeksters. Het verzoek tot faillietverklaring wordt afgewezen.

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

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 24-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2020:2672

**Zaaknummer:** FT RK 20/85

**Rechters:** J.C.A.T. Frima

**Advocaten:** D.W.E. Urbanus

**Wetsartikelen:** 6 lid 3 Fw

## RECHTSPRAAK

### **Pauliana tegen verrekening van een vordering van gefailleerde met een schuld die gefailleerde was aangegaan ten behoeve van bestuurder.**

#### ***Pauliana tegen verrekening van een vordering van gefailleerde met een schuld die gefailleerde was aangegaan ten behoeve van bestuurder.***

In deze procedure vordert de curator in het faillissement van een installatiebedrijf betaling van een aantal facturen voor door het installatiebedrijf verrichte werkzaamheden. De klant van het installatiebedrijf betwist een aantal vorderingen en beroept zich op verrekening. De klant had namelijk ook als advocaat werkzaamheden verricht voor het installatiebedrijf. De curator stelt (1) dat een contractueel verrekeningsverbod van toepassing is, (2) dat het verrekeningsverweer afstuit op het wederkerigheidsvereiste, althans afstuit op de faillissementspauliana, en (3) dat verrekening in strijd is met artikel 6:27 Verordening op de advocatuur (Voda). In eerste aanleg is de vordering van de curator toegewezen. De advocaat komt in hoger beroep. De curator verschijnt niet in hoger beroep.

Het hof behandelt eerst de betwisting van een aantal van de vorderingen. Ter betwisting van deze vorderingen had de advocaat zich beroepen op een verklaring van de bestuurder van het installatiebedrijf dat de aan deze vorderingen ten grondslag liggende facturen als ingetrokken moeten worden beschouwd. De kantonrechter was hier geheel aan voorbijgegaan, aldus het hof. De vordering van de curator, voor zover gebaseerd op deze facturen, wordt in hoger beroep afgewezen.

Dan het verrekeningsverbod. Niet in geschil is dat in de toepasselijke algemene voorwaarden een verrekeningsverbod was opgenomen. De advocaat beroept zich echter op een afspraak gesloten met de bestuurder van het installatiebedrijf, inhoudende dat vorderingen over en weer wél verrekend mochten worden. Deze afspraak werd echter gemaakt toen het installatiebedrijf nog in een vof werd gedreven in plaats van in de huidige bv. De curator stelt zich op het standpunt dat contractsovername ex artikel 6:159 BW vereist is wil de advocaat zich ook jegens de bv op verrekening kunnen beroepen. Het hof volgt de curator hier niet in. Het hof oordeelt dat de advocaat erop mocht vertrouwen dat ook de bv instemde met

verrekening.

Ook het beroep op het wederkerigheidsvereiste, waarmee de curator bedoelt dat voor verrekening vereist is dat partijen over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn, slaagt niet. De curator had in dit kader gesteld dat de vorderingen waar de curator zich in het kader van het verrekeningsverweer op beroept niet zien op werkzaamheden uitgevoerd ten behoeve van het installatiebedrijf, maar diens bestuurder of moedermaatschappij. Volgens het hof heeft de curator echter onvoldoende gemotiveerd betwist dat de bestuurder van het installatiebedrijf ermee heeft ingestemd dat de declaraties gericht zouden worden aan het installatiebedrijf.

Dan het beroep op de faillissementspauliana. Ook in dit verband stelt de curator zich op het standpunt dat de advocaat niet daadwerkelijk werkzaamheden voor het installatiebedrijf heeft verricht, zodat er geen tegenprestatie tegenover de betaling door verrekening stond. Ten aanzien van een viertal facturen oordeelt het hof dat dit inderdaad facturen betreffen voor werkzaamheden die niet ten behoeve van het installatiebedrijf zijn verricht, maar voor het overgrote deel ten behoeve van de bestuurder van het installatiebedrijf. Ten aanzien van drie van de vier facturen slaagt het beroep op de faillissementspauliana. De advocaat heeft onvoldoende betwist dat sprake is van benadeling. De werkzaamheden ten grondslag liggende aan drie van de vier facturen zijn verricht binnen een jaar voorafgaand aan het faillissement en het betalen van deze facturen kwalificeert het hof als overeenkomst om niet, althans als overeenkomst waarbij de waarde aan de zijde van de schuldenaar de waarde van de verbintenis aan de andere zijde aanmerkelijk overtreft. Wetenschap van benadeling wordt daarom vermoed te bestaan en de advocaat heeft niets aangevoerd om dit vermoeden te ontzenuwen. Ten aanzien van deze facturen slaagt het beroep op de faillissementspauliana en daarmee de vordering van de curator.

Tot slot het beroep op artikel 6:27 Voda. Het beroep van de curator op dit artikel blijft buiten beschouwing, omdat deze bepaling er niet toe strekt dat een bepaling die in strijd hiermee is verricht civielrechtelijk niet geldig is.

*J.F. Fliek, april 2020*

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 07-04-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2020:578

**Zaaknummer:** 200.261.941/02

**Rechters:** J.W. Frieling, M.J. van Cleef-Metsaars en C.J. Verduyn

**Wetsartikelen:** 42 Fw, 43 Fw en 6:127 BW

## RECHTSPRAAK

### **Geschil over dekking D&O excessverzekering nadat verzekerden de Primaryverzekeraar voor de helft van de limiet kwijting hebben verleend**

***De commissarissen van Imtech hebben geen aanspraak op D&O excessverzekeraar voor dekking verweer- en onderzoekskosten omdat de onderliggende Primary-verzekering niet is uitgeput.***

Deze uitspraak betreft een van de vele procedures die zijn gevoerd in verband met het faillissement van Imtech. In deze procedure vorderen de commissarissen van Imtech als verzekeringnemers bij wijze van voorlopige voorziening de vergoeding van verweer- en onderzoekskosten die zij moeten maken van CNA Insurance Company Europe S.A. (CNA).

Imtech heeft een D&O-aansprakelijkheidsverzekering gesloten die bestaat uit verschillende lagen. De 'eerste laag' betreft de primaire verzekering die is gesloten met AIG Europe Ltd (AIG) met een limiet van € 25 miljoen (de Primary). De 'tweede laag' betreft een excessverzekering die is gesloten met CNA met een limiet van € 15 miljoen.

De commissarissen hebben op 7 oktober 2014 twee schikkingen gesloten. De eerste is gesloten met verschillende aandeelhouders die Imtech, haar voormalig bestuur en de RvC aansprakelijk hadden gesteld voor het koersverlies dat zij hadden geleden. Onderdeel van deze schikking was dat AIG en Imtech een fonds zouden financieren van waaruit de aandeelhouders schadeloos gesteld konden worden, in ruil voor finale kwijting. De tweede schikking is tot stand gekomen tussen AIG enerzijds en Imtech, het voormalig bestuur en de RvC anderzijds. Op grond van deze schikking dienden AIG en Imtech ieder € 12,5 miljoen aan het schikkingsfonds bij te dragen, waarna aan AIG finale kwijting is verleend voor haar resterende verplichtingen onder de D&O van de resterende € 12,5 miljoen.

Imtech is op 13 augustus 2015 failliet verklaard. De curatoren hebben verschillende rapporten gemaakt over de gebeurtenissen die tot het faillissement van Imtech hebben geleid en de rol van de commissarissen daarin, en de commissarissen de kans gegeven hierop te reageren. Ook hebben zij aan de commissarissen laten weten dat zij mogelijk aansprakelijk zullen worden

gesteld ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers voor het faillissementstekort. De commissarissen hebben zich meerdere keren tot CNA gewend om dekking te krijgen voor de juridische kosten voor een reactie op de rapporten, maar CNA weigerde telkens dekking omdat de Primary niet was uitgeput.

In kort geding hebben de commissarissen voorlopige voorzieningen gevorderd die zagen op (1) dekking voor gemaakte en nog te maken verweer- en onderzoekskosten, op straffe van een dwangsom en (2) een bevel tot nakoming van de excessverzekering voor zover die kosten nog niet zijn gemaakt. In eerste aanleg heeft de voorzieningenrechter de vorderingen toegewezen, maar het vonnis deels niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard (INS 2019-0117). CNA is geboden alsnog kosten te vergoeden onder verbeurte van een dwangsom en kostenveroordeling. Beide partijen zijn hiertegen in hoger beroep gekomen.

Het hof overweegt dat in deze procedure vaststaat dat de Primary € 25 miljoen dekt. De excessverzekering van € 15 miljoen is daar bovenop gesloten en biedt dekking als de limiet van de Primary is uitgeput of verminderd als gevolg van daadwerkelijke betalingen die zijn gedaan onder de Primary. Het gaat hier om de vraag of is voldaan aan de dekkingsomschrijving van de excessverzekering, en met name of de Primary is uitgeput.

De commissarissen betogen dat er sterke samenhang bestaat tussen de schikking die is gesloten tussen Imtech en de aandeelhouders enerzijds, en anderzijds de schikking tussen AIG, Imtech, het voormalig bestuur en de RvC. Zo was de schikking met de aandeelhouders noodzakelijk om de mogelijke aansprakelijkheid van Imtech af te wikkelen, en was de AIG-schikking een *policy buy-out*. Dit houdt in dat in ruil voor de betaling door AIG van € 12.5 miljoen uit hoofde van de Primary door Imtech, het bestuur en de RvC aan AIG volledige kwijting is verleend voor al haar verplichtingen onder de Primary. Daarmee viel de volledige dekking weg.

Volgens CNA vorderen de commissarissen geen dekking *in excess* op de limiet onder de Primary, maar dekking *in plaats van* een door de verzekerden tegenover AIG prijsgegeven limiet. Onder die omstandigheden is CNA als excessverzekeraar niet gehouden dekking te verlenen, want in de excessverzekeringsovereenkomst staat de voorwaarde dat onder de Primary de volledige verzekerde som daadwerkelijk is betaald, voordat aanspraak gemaakt kan worden op de excessverzekering. Dit is om ervoor te zorgen dat de excessverzekeraar niet feitelijk betaalt wat onder de onderliggende verzekering is gedekt en daaronder uitgekeerd moet worden. Het 'attachment point' van de excessverzekering is niet bereikt toen AIG de helft van het overeengekomen schikkingsbedrag betaalde en de verzekerden voor het overige hun aanspraken op de limiet prijsgaven.

Het hof overweegt dat de schikking met de aandeelhouders dient te worden onderscheiden van de schikking tussen de verzekerden en AIG. De bepaling in de algemene verzekeringsvoorwaarden die vereist dat de verzekeraar toestemming geeft voor schikkingen, en dat alleen dergelijke schikkingen voor vergoeding in aanmerking komen onder de verzekering, ziet enkel op een schikking die de verzekerde met een wederpartij sluit met het oog op een tegen hem ingestelde claim. Die bepaling ziet uiteraard niet op een schikking tussen de verzekerde en zijn eigen verzekeraar. Dus alleen de schikking met de aandeelhouders kwalificeert als een die voor vergoeding in aanmerking komt.

Verder oordeelt het hof dat de limiet van de Primary pas is uitgeput als de verzekeraar een bedrag heeft betaald dat de limiet raakt. AIG heeft de helft van de limiet betaald onder de Primary. De betaling van € 12,5 miljoen die Imtech heeft bijgedragen aan de schikking met de aandeelhouders, kwalificeert niet als betaling onder de Primary. Imtech heeft zich *naast* AIG verbonden dit bedrag te betalen, en dat AIG hiermee heeft ingestemd maakt dat ook niet anders. Dat Imtech de helft van het schikkingsbedrag heeft betaald, leidt niet tot uitputting daarvan.

AIG was in dit geval bereid de helft van de limiet van de Primary bij te dragen om haar eigen betalingsverplichtingen onder de verzekering te fixeren en kwijting te verkrijgen voor de resterende € 12,5 miljoen. Voor meer dan € 12,5 miljoen heeft AIG dus geen dekking verleend. Het prijsgeven van de limiet is geen daadwerkelijke betaling onder de Primary. Een kwijting door de verzekerden aan AIG zonder daadwerkelijke betaling door AIG van het bedrag van de onderliggende limiet, heeft dan ook niet tot uitputting van de Primary geleid.

Ook hebben de commissarissen niet aannemelijk gemaakt dat de verweer- en onderzoekskosten buiten de schikking met AIG vielen (*de policy buy-out*), waarin zij afstand hebben gedaan van al hun vorderingen op AIG die verband hielden met de gebeurtenissen tot aan 4 februari 2013. Het hof acht daarom de voorziening voor verweer- en onderzoekskosten niet toewijsbaar.

De commissarissen hebben subsidiair nog een beroep gedaan op artikel 7:957 lid 2 BW, dat de verzekeraar verplicht de kosten te vergoeden die gemoeid zijn met maatregelen ter voorkoming of vermindering van de (verzekerde) schade, en aangevoerd dat het voeren van verweer tegen aanspraken een dergelijke maatregel is. Het hof oordeelt dat dit artikel geen onvoorwaardelijk recht geeft op kosten van verweer, maar dat deze onder meer een *onder de verzekering gedekt belang moeten dienen*. Omdat er in dit geval geen dekking bestaat onder de excessverzekering ten aanzien van de claims waartegen de commissarissen zich verweren, hoeft CNA de kosten die hiermee gemoeid zijn dan ook niet te vergoeden.

Het hof vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter, wijst de vorderingen van de commissarissen af en veroordeelt hen in de proceskosten.

*S.E. Streng, april 2020*

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 17-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2020:802

**Zaaknummer:** 200.267.493/01

**Rechters:** J.W. Hoekzema, J.W.M. Tromp, J.F. Aalders en A.Ch.H. Franken

**Advocaten:** V. van Druenen

**Wetsartikelen:** 7:957 BW