

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 09, 2020

Nummer 9, 2020

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1260](#) 14-04-2020

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:3193](#) 14-04-2020

Pandhouder kan procedure niet overnemen

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1263](#) 14-04-2020

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:2861](#) 07-04-2020

OK-functionarissen zijn niet aansprakelijk jegens aandeelhouder na stukgelopen overname gevolgd door het faillissement van de vennootschap

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:2828](#) 07-04-2020

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:3188](#) 24-03-2020

Peeters/Gatzen-vordering wegens voortzetting verlieslatende onderneming toegewezen

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:3187](#) 24-03-2020

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:3529](#) 16-04-2020

Huurpenningen, energiekosten en opruimkosten geen boedelschuld

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:3416](#) 14-04-2020

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2020:1447](#) 08-04-2020

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:1362](#) 08-04-2020

Weigering homologatie surseanceakkoord wegens begunstiging

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2020:1557](#) 08-04-2020

Civielrechtelijk bestuursverbod opgelegd wegens schending informatieverplichting

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:2713](#) 20-03-2020

Beslag ten laste van gefailleerde Italiaanse rechtspersoon

RECHTSPRAAK

Faillissementsverzoek van drie erfgenamen wordt afgewezen, omdat aannemelijk is dat de vordering op de schuldenaar is verdeeld om pluraliteit van schuldeisers te creëren. Was dat niet het doel van de verdeling dan moet het verzoek ook worden afgewezen, omdat de erfgenamen met elkaar kunnen worden vereenzelvigd.

Een inmiddels overleden man heeft meerdere geldbedragen uitgeleend aan een natuurlijk persoon ('de leningnemer'). De vorderingsrechten uit hoofde van de geldleningsovereenkomsten zijn verdeeld onder drie erfgenamen. De erfgenamen verzoeken de leningnemer failliet te verklaren. De leningnemer verweert zich ten eerste met de stelling dat de vordering verdeeld is onder meerdere erfgenamen om pluraliteit van schuldeisers te creëren. Ook dienen de erfgenamen te worden vereenzelvigd omdat zij gezamenlijk optreden en hun vorderingen met elkaar verweven zijn. Ten tweede stelt de leningnemer dat de erfgenamen misbruik maken van hun bevoegdheid tot het aanvragen van het faillissement, omdat de erfgenamen een bodemprocedure aanhangig hebben gemaakt en zij het faillissement hebben aangevraagd met het doel dat een curator zich mengt in deze procedure.

De rechtbank wijst het faillissementsverzoek af, omdat de rechtbank het aannemelijk acht dat de vorderingen zijn verdeeld onder de verschillende erfgenamen met als doel het creëren van pluraliteit van schuldeisers. Dit volgt uit de omstandigheid dat de erfgenamen al langere tijd in onderhandeling waren met de leningnemer over aflossing van de lening en uit het feit dat het faillissement relatief kort na de verdeling is aangevraagd. Zelfs als de vorderingen niet zijn verdeeld om pluraliteit van schuldeisers te bewerkstelligen moet het verzoek worden afgewezen, omdat de erfgenamen met elkaar vereenzelvigd moeten worden.

Ten overvloede overweegt de rechtbank dat de erfgenamen geen misbruik maken van hun bevoegdheid tot de aanvraag van het faillissement van de leningnemer. Een faillissement mag aangevraagd worden met het doel de curator te laten beslissen een procedure al dan niet over te nemen.

H.J. de Kloe, april 2020

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 14-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2020:3416

Zaaknummer: FT RK 20/313

Rechters: W.J. Don

Advocaten: S.M. Mosterd-de Wit, M.C.C. Stoové en R.J.C. Florijn

Wetsartikelen: 6 Fw

RECHTSPRAAK

Huurpenningen, energiekosten en opruimkosten geen boedelschuld

Huurpenningen, energiekosten en opruimkosten kwalificeren niet als boedelschuld. Hoewel de curator een huurovereenkomst tussen de verhuurder en failliet heeft opgezegd, oordeelt de kantonrechter dat een dergelijke huurovereenkomst niet tot stand was gekomen.

Vanaf februari 2008 heeft eiseres ('de verhuurder') een bedrijfspand verhuurd aan Nesselande Logistics & Speciaal Transport B.V. ('Logistics') voor de duur van vijf jaar, met een verlengingsmogelijkheid van nogmaals vijf jaar. In februari 2014 is Nesselande Pakket Service B.V. ('Pakket') opgericht. In oktober 2016 is Pakket failliet verklaard. De curator heeft de verhuurder per e-mail geschreven dat hij de huurovereenkomst tussen Pakket en de verhuurder opzegde met een opzegtermijn van drie maanden. In reactie hierop heeft de (advocaat van de) verhuurder geschreven dat Pakket weliswaar het bedrijfspand is gaan gebruiken en eenmalig een deel van de huur heeft voldaan, maar dat het de vraag is of hiermee een huurovereenkomst tot stand is gekomen tussen Pakket en de verhuurder. Kennelijk heeft de verhuurder het verzoek gedaan aan de curator om medewerking te verlenen aan het gebruik van het bedrijfspand door een derde. De curator heeft dit verzoek afgewezen en nogmaals aangegeven de huurovereenkomst, voor zover deze bestaat, te beëindigen. Begin januari 2017 heeft de curator het bedrijfspand opgeleverd. De curator heeft de verhuurder meegedeeld dat zich nog activa van Pakket in het pand bevinden en dat hij de kosten van het opruimen daarvan in beginsel als boedelschuld erkent. De huur vanaf de faillietverklaring is naar zijn mening geen boedelschuld, omdat niet Pakket maar Logistics huurder is van het bedrijfspand.

In deze procedure vordert de verhuurder onder meer een verklaring voor recht dat de huurpenningen vanaf de faillietverklaring, de opruimkosten en energiekosten die de verhuurder heeft betaald kwalificeren als boedelschuld. De kantonrechter wijst alle vorderingen van de verhuurder af.

Weliswaar heeft de verhuurder gesteld dat een mondelinge huurovereenkomst tot stand is

gekomen tussen de verhuurder en Pakket, maar deze stelling is naar het oordeel van de rechter onvoldoende onderbouwd. Vanwege bewijsproblemen is het zeer ongebruikelijk dat een huurovereenkomst mondeling wordt gesloten. Ook heeft de verhuurder in eerste instantie zelf verklaard dat het maar de vraag is of een huurovereenkomst tot stand is gekomen. Aan de verklaringen van de bestuurder van de verhuurder en de bestuurder van Pakket hieromtrent kan weinig waarde worden gehecht. De bestuurder van de verhuurder had immers belang bij zijn verklaring en de verklaring van de verhuurder van Pakket is onbetrouwbaar omdat de bestuurder in verband is gebracht met fraude en strafrechtelijk is veroordeeld. Nu geen huurovereenkomst bestond tussen de verhuurder en Pakket, zijn de huurpenningen geen boedelschuld op grond van artikel 39 Fw.

De curator heeft de huurschuld ook niet bij rechtshandeling op zich genomen. Omdat er geen huurovereenkomst was, had de curator naar het oordeel van de rechter geen reden om te boedel te willen binden. De boedel kon gebruik blijven maken van het bedrijfspand op basis van de afspraken die golden tussen Logistics en Pakket. Om dezelfde reden heeft de verhuurder ook geen recht op een gebruiksvergoeding.

De energiekosten zijn geen boedelschuld, omdat de curator niet is verzocht de overeenkomst tot levering van energie gestand te doen. Het enkele feit dat de curator het pand gebruikte, is onvoldoende om een boedelschuld aan te nemen. Tot slot oordeelt de kantonrechter dat ook de opruimkosten niet kwalificeren als boedelschuld. De curator heeft betwist dat (alle) achtergebleven zaken eigendom waren van Pakket, omdat het bedrijfspand ook door anderen werd gebruikt. Tegenover deze betwisting heeft de verhuurder onvoldoende gesteld waaruit volgt dat de achtergebleven zaken eigendom waren van Pakket.

H.J. de Kloe, april 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 16-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:3529

Zaaknummer: 8148562 \ CV EXPL 19-7123

Rechters: P. Joele

Advocaten: K.T. op de Hoek en A.F. Ammerlaan

Wetsartikelen: 39 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurder aansprakelijk wegens onrechtmatige selectieve betaling tijdens feitelijke liquidatiefase onderneming.

Appellant in deze procedure is enig aandeelhouder en bestuurder van Holding. Holding is enig aandeelhouder en bestuurder van Hse Environmental Solutions B.V. Environmental Solutions heeft in een door haar aangenomen project een Duitse vennootschap ingeschakeld en is veroordeeld haar een bedrag van € 304.000 te voldoen voor de door haar verrichte werkzaamheden. Environmental Solutions heeft voornoemd bedrag onbetaald gelaten. Environmental Solutions is vervolgens gefailleerd (maar niet voordat het actief onder verrekening van de koopprijs werd verkocht aan Holding).

Omdat volgens de Duitse vennootschap appellant heeft toegestaan althans bewerkstelligd dat Environmental Solutions de Duitse vennootschap niet heeft betaald en geen verhaal biedt en volgens de Duitse vennootschap sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt aan het adres van appellant, heeft de Duitse vennootschap appellant in rechte betrokken. De rechtbank heeft in eerste aanleg de vordering van de Duitse vennootschap tot veroordeling van appellant in de door haar geleden schade toegewezen. Appellant is van het vonnis in eerste aanleg in beroep gekomen.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. Het hof oordeelt dat appellant jegens de Duitse vennootschap in zulke mate onzorgvuldig heeft gehandeld, dat hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Appellant heeft van de ontvangen aanneemsom andere schuldeisers van Environmental Solutions betaald en de Duitse vennootschap niet. Reden daarvoor was een vermeende vordering van Environmental Solutions op de Duitse vennootschap. Die vordering werd echter van meet af aan betwist (en is uiteindelijk in rechte afgewezen). Volgens het hof had Environmental Solutions er daarom ernstig rekening mee moeten houden dat sprake was van een aanzienlijke vordering van de Duitse vennootschap.

Verder oordeelt het hof dat appellant als bestuurder van Environmental Solutions heeft toegelaten dat de Duitse vennootschap níet en gelieerde partijen wél werden betaald en dat de vordering van de Duitse vennootschap onverhaalbaar is gebleven; dit alles in een fase van

feitelijke liquidatie van Environmental Solutions. Het hof overweegt daarbij dat ‘het (de bestuurder van) een vennootschap in liquidatie in beginsel niet vrij staat schuldeisers die aan de vennootschap zijn gelieerd met voorrang boven andere schuldeisers te voldoen, tenzij die betaling door bijzondere omstandigheden wordt gerechtvaardigd’. Daarbij geeft het hof nog aan dat de Hoge Raad recent weliswaar een ruimere maatstaf heeft geformuleerd voor selectieve betalingen (ECLI:NL:HR:2020:73), maar dat het in die casus ging om betalingen met als doel de onderneming nog te redden. Van dat laatste is in deze procedure geen sprake.

Het hof oordeelt tot slot nog dat de rechtbank terecht onrechtmatig handelen van appellant ziet in de verkoop van de activa van Environmental Solutions (dit in het kader van het causaal verband tussen de gedraging van appellant en de schade van de Duitse vennootschap). Niet aannemelijk is gemaakt dat de gehanteerde (en verrekende) koopsom reëel was. Het hof verwijst daarbij naar (de bevindingen van de curator van Environmental Solutions uit de bestudering van) de boekhouding van Environmental Solutions, taxatierapporten en het feit dat Holding de activa voor een hogere prijs doorverkocht.

W.T.N. Vlasveld, april 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 14-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:1263

Zaaknummer: 200.240.096_01

Rechters: P.P.M. Rousseau, O.G.H. Milar en G. Creutzberg

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en C.C.C.A.M. Kuijken

Wetsartikelen: 6:162 BW, 2:9 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Pandhouder kan procedure niet overnemen

Vordering tot overname van een procedure door de pandhouder wordt afgewezen, omdat mededeling van het pandrecht niet kan worden gedaan in een conclusie die wordt ingediend in een procedure waarin de debiteur niet is verschenen.

Victoria Beheer B.V. ('Victoria') heeft in conventie een aantal geldsommen gevorderd van Vrijheid Apeldoorn B.V. In reconventie heeft Vrijheid Apeldoorn een tegenvordering ingesteld. De vorderingen in conventie heeft de rechtbank (in ieder geval deels) toegewezen, de vorderingen in reconventie zijn afgewezen. In september 2019 heeft Vrijheid Apeldoorn een dagvaarding in hoger beroep uitgebracht. De zaak is op de rol van 7 januari 2020 geplaatst voor memorie van grieven. Op 30 oktober 2019 is Vrijheid Apeldoorn failliet verklaard. Nadat hij om een nadere termijn heeft verzocht, heeft de curator voor de rol van 4 februari 2020 verklaard dat hij de procedure niet overneemt. Op 18 februari 2020 heeft Hassel Holding een incidentele vordering ingediend tot overname van de procedure in hoger beroep aan de zijde van Vrijheid Apeldoorn, omdat Hassel Holding een pandrecht heeft op onder meer de vordering die Vrijheid Apeldoorn in reconventie heeft ingesteld. Dit pandrecht is aan Victoria meegedeeld bij de incidentele conclusie. Victoria is niet verschenen in de procedure.

Het hof wijst de vordering van Hassel Holding tot overname van de procedure af. Op grond van artikel 224 lid 1 onder c Rv wordt een procedure geschorst als de inningsbevoegdheid ten aanzien van een vordering overgaat op de pandhouder door mededeling van een stil pandrecht. Op grond van artikel 227 lid 1 Rv wordt het geding onder meer hervat als een van de partijen met instemming van de andere partij een daartoe strekkende akte neemt. Naar het oordeel van de rechtbank is de inningsbevoegdheid niet overgegaan op Hassel Holding. De mededeling van het pandrecht in de incidentele conclusie is geen mededeling in de zin van artikel 3:246 lid 1 BW, omdat Victoria niet is verschenen. Daarnaast kan de procedure niet worden hervat door het nemen van een akte, omdat Victoria hiermee niet heeft ingestemd.

H.J. de Kloe, april 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 14-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:3193

Zaaknummer: 200.268.030

Rechters: A.E.B. ter Heide, H.L. Wattel en C.J.H.G. Bronzwaer

Advocaten: S. Mol

Wetsartikelen: 224 Rv, 227 Rv en 3:246 BW

RECHTSPRAAK

Weigering homologatie surseanceakkoord wegens begunstiging

Homologatie surseanceakkoord wordt geweigerd, omdat het door begunstiging tot stand is gekomen. Schuldeiser heeft voordelen ontvangen die niet aan andere schuldeisers werden verleend.

In dit vonnis wordt beslist op het verzoek tot homologatie van het surseanceakkoord dat een besloten vennootschap ('de sursiet') heeft aangeboden aan haar schuldeisers. Het akkoord houdt in dat een uitkering van minimaal 1,03% respectievelijk 2,06% wordt gedaan aan de concurrente en preferente schuldeisers, onder verlening van volledige kwijting van het onvoldaan gebleven gedeelte van de vordering.

Tussen de saniet en vier van de verschenen schuldeisers loopt al jaren een juridisch conflict. Tijdens de akkoordstemming is de status van dit geschil dat de vier schuldeisers gezamenlijk een vordering van ruim € 600.000 hebben op de saniet. Zij stemmen begrijpelijkerwijs tegen het akkoord.

Het akkoord is toch met de vereiste meerderheid aangenomen. Beslissend daarvoor is de vordering van mr. Setz, curator van een andere besloten vennootschap. Zijn vordering bedraagt € 225.000. De saniet pretendeert op haar beurt een vordering op Setz q.q. en pro se. Die vordering is in eerste aanleg afgewezen, maar de saniet heeft hoger beroep ingesteld. Kort voor de verificatievergadering komt een vaststellingsovereenkomst tot stand ('de VSO'). Daarin is overeengekomen dat (1) de saniet afstand doet van haar recht de vordering van Setz q.q. te bewisten, (2) partijen elkaar over en weer finale kwijting verlenen en (3) de saniet afstand doet van het recht om de gepretendeerde vordering op Setz q.q. te verrekenen. De saniet heeft vanwege deze VSO de betwisting van de vordering van Setz q.q. ingetrokken, waarna Setz q.q. vóór het akkoord heeft gestemd. De bewindvoerder heeft *niet* ingestemd met de VSO.

De rechtbank overweegt dat ingevolge artikel 272 lid 2 Fw de homologatie moet worden geweigerd indien het akkoord door begunstiging van één of meer schuldeisers tot stand is

gekomen, ongeacht of de schuldenaar dan wel een ander daartoe heeft medegewerkt. Met begunstiging heeft de wetgever niet alleen gedacht aan rangwisseling, aldus de rechtbank, maar ook aan situaties waarin bepaalde schuldeisers buiten het akkoord om bijzondere voordelen worden geboden, om hen daarmee te bewegen vóór het akkoord te stemmen. Er dient een causaal verband te zijn tussen de begunstiging en het aannemen van het akkoord.

Volgens de rechtbank hebben Setz q.q., pro se en de bestuurder van de saniet op basis van de VSO een voordeel ontvangen, te weten finale kwijting, dat de andere schuldeisers niet werd gegeven. Sterker nog, de bedoeling van de saniet is kennelijk om na de surseance verder te procederen tegen de voornoemde vier schuldeisers met wie een conflict bestaat. Het is niet relevant dat de vorderingen van de saniet op Setz q.q. en pro se volgens de saniet zelf 'kansloos' waren, en ook niet dat de VSO niet rechtsgeldig is omdat deze zonder medewerking van de bewindvoerder tot stand is gekomen. Op basis van een e-mail stond namelijk vast dat Setz had ingestemd met het akkoord in de veronderstelling dat hij een rechtsgeldige overeenkomst had gesloten.

Het akkoord is dus door begunstiging tot stand gekomen, zodat de homologatie wordt geweigerd. De rechtbank gaat vervolgens over tot faillietverklaring van de saniet.

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

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 08-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:1362

Zaaknummer: C/16/20/1 S

Rechters: P.J. Neijt

Advocaten: M.W. Huijzer en A.M.H.J.L. Claus

Wetsartikelen: 272 lid 2 Fw en 272 lid 4 Fw

RECHTSPRAAK

Civielrechtelijk bestuursverbod opgelegd wegens schending informatieverplichting

De rechtbank legt op vordering van de curator een bestuursverbod op voor de duur van vijf jaar. De bestuurder is ernstig tekortgeschoten in zijn informatieverplichting door de administratie niet aan de curator te overhandigen.

De curator van een failliete vennootschap vordert oplegging van een bestuursverbod voor de duur van vijf jaar aan de enig bestuurder en aandeelhouder van de vennootschap. De curator stelt dat de bestuurder is tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatieverplichting (art. 106a lid 1 sub c Fw), omdat hij ondanks verzoeken van de curator daartoe geen administratie heeft afgegeven. Daarnaast was hij ten minste twee keer eerder betrokken bij het faillissement van een rechtspersoon en treft hem daarvan een persoonlijk verwijt (art. 106a lid 1 sub d Fw). De bestuurder verweert zich met de stelling dat hij alle administratie heeft afgegeven. De curator heeft ook in een faillissementsverslag geschreven dat de administratie boven water is gekomen. De eerdere faillissementen waarbij de bestuurder betrokken was, zijn uitgesproken voordat de Wet civielrechtelijk bestuursverbod in werking trad. Op basis daarvan kan hem daarom geen bestuursverbod worden opgelegd.

De rechtbank wijst de vordering van de curator toe en legt een bestuursverbod op voor de duur van vijf jaar. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de bestuurder de informatieverplichting die hij heeft op grond van artikel 105 Fw (jo. art. 106 Fw) in ernstige mate geschonden. Ondanks het feit dat € 166.000 is op- en afgeboekt van de rekening van de failliete vennootschap, heeft de bestuurder slechts twee offertes, een aankoopbon van een Ipad en een leaseovereenkomst van een auto afgegeven aan de curator. Dat de curator zelf een deel van de boekhouding boven water heeft weten te halen, doet hier niet aan af. Nu het bestuursverbod wordt opgelegd wegens schending van de informatieverplichting, hoeft de rechtbank niet te beoordelen of een bestuursverbod kan worden opgelegd wegens betrokkenheid bij eerdere faillissementen.

H.J. de Kloe, april 2020

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 08-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2020:1557

Zaaknummer: C/08/238179 / HA ZA 19-443

Rechters: H. Bottenberg-Van Ommeren

Advocaten: A.C. Blankestijn en H. Tadema

Wetsartikelen: 105 Fw, 106 Fw en 106a Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurders zijn niet aansprakelijk wegens meewerken aan mogelijk paulianeuze rechtshandelingen. Is geen sprake van pauliana, dan is niet onrechtmatig gehandeld. Is wel sprake van pauliana, dan heeft de schuldeiser geen schade. De benadeling wordt dan immers opgeheven door de vernietiging van de rechtshandelingen.

B&J B.V. heeft in 2012 en 2013 geldbedragen geschonken aan de stichting Evenaar (destijds nog Bharat-Ram geheten) voor de bouw van een Hindoestaanse tempel in Almere. Toen B&J erachter kwam dat de voorzitter van de raad van toezicht ('toezichthouder') eigenaar was van de grond waarop de tempel werd gebouwd (en daarmee ook van de tempel), heeft zij de schenkingsovereenkomsten vernietigd wegens dwaling. In maart 2017 heeft de toezichthouder een recht van erfpacht en een opstalrecht gevestigd op de grond ten behoeve van Evenaar. Op 16 januari 2018 heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden de vordering tot vernietiging van de schenkingsovereenkomsten toegewezen en Evenaar veroordeeld tot terugbetaling van de ontvangen bedragen aan B&J. Een paar dagen later heeft Evenaar een hypotheekrecht gevestigd op het recht van erfpacht en het opstalrecht ten gunste van de toezichthouder. In deze procedure vordert B&J onder meer dat zowel de toezichthouder als de voorzitter van het bestuur (de echtgenote van de toezichthouder) aansprakelijk wordt gehouden op grond van artikel 6:162 BW voor het meewerken aan de vestiging van de hypotheekrechten. Daarnaast vordert B&J vernietiging van de hypotheekrechten op grond van pauliana.

Het hof wijst de vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid af. Is de vestiging van de hypotheekrechten niet paulianeus, dan valt niet in te zien waarom de bestuurder en toezichthouder onrechtmatig hebben gehandeld. Is de vestiging wel paulianeus, dan wordt met de vernietiging van de hypotheekrechten het nadeel dat B&J heeft geleden opgeheven. In dat geval heeft B&J geen schade geleden.

De vordering tot vernietiging van de gevestigde hypotheekrechten op grond van pauliana wordt toegewezen. Tussen partijen staat ter discussie of Evenaar zich in maart of april 2017 heeft verplicht zekerheidsrechten te vestigen ten gunste van de toezichthouder. Het hof acht dit niet van belang. Was de vestiging van de hypotheekrechten geen onverplichte

rechtshandeling, dan was de verplichting die Evenaar in maart of april 2017 op zich heeft genomen een onverplichte rechtshandeling. B&J heeft op 9 februari 2018 een beroep gedaan op pauliana. Nu de hypotheekrechten binnen een jaar dat een beroep werd gedaan op de vernietigingsgrond zijn gevestigd, de toezichthouder commissaris is van Evenaar in de zin van artikel 3:46 lid 1 onder 3° BW en zijn echtgenote bestuurder, wordt vermoed dat zowel Evenaar als de toezichthouder wetenschap had van benadeling. De toezichthouder is niet geslaagd in het leveren van tegenbewijs. Aan de voorwaarde dat sprake moet zijn van benadeling van B&J is voldaan indien B&J een vordering heeft op Evenaar. Dit staat nog niet vast, omdat het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 16 januari 2018 is vernietigd door de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2020:467). In de verwijzingsprocedure is nog geen uitspraak gedaan. Het hof houdt de zaak daarom aan.

H.J. de Kloe, april 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:2828

Zaaknummer: 200.261.699/01

Rechters: H. de Hek, W.F. Boele en P.S. Bakker

Advocaten: J.P. Sanchez Montoto en J.B. Maliepaard

Wetsartikelen: 3:45 BW, 3:46 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Peeters/Gatzen-vordering wegens voortzetting verlieslatende onderneming toegewezen

Peeters/Gatzen-vordering tegen (indirect) bestuurder slaagt. Door voortzetting van een verlieslatende onderneming is het actief afgenomen en het passief toegenomen, waardoor de gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld.

Metamo B.V. maakte onderdeel uit van de Widilco-groep en hield zich bezig met het repareren, spuiten en onderhouden van hijs-, hef- en transportwerktuigen. Een natuurlijk persoon is enig bestuurder van een holding, die op haar beurt enig bestuurder en aandeelhouder is van Metamo. Op 5 maart 2014 is het faillissement van Metamo uitgesproken op eigen aangifte.

De curator stelt de holding en de indirect bestuurder aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW, 2:9 BW en 6:162 BW. Aan zijn vorderingen legt de curator het volgende ten grondslag. Sinds 2001 maakte Metamo verlies en werd de vennootschap in leven gehouden door financiering van andere groepsvennootschappen en gebruikmaking van het concernkrediet. Toen in juni 2012 het concernkrediet werd opgezegd, had het bestuur het faillissement van Metamo moeten aanvragen. Doordat het bestuur dit niet heeft gedaan, zijn de schulden opgelopen. Dit kwalificeert als kennelijk onbehoorlijk bestuur.

Het bestuur verweert zich met de stellingen dat de bank de financiering deels voortzette, dat sommige schulden werden voldaan en dat de fiscus in overleg meer tijd had gegeven om de belastingschulden te voldoen. Ook waren er concrete plannen voor verkoop van de onderneming en was er uitzicht op nieuwe orders.

De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen. Het hof wijst de vordering op grond van artikel 2:248 BW af, omdat het causaal verband tussen kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement ontbreekt. Metamo leed al jaren verlies en reeds in 2009 was sprake van een fors negatief eigen vermogen. Weliswaar had het bestuur de verlieslatende onderneming na opzegging van het concernkrediet in juni 2012 niet mogen voortzetten, maar

deze voortzetting is geen belangrijke oorzaak van het faillissement. In 2012 was Metamo technisch al failliet. Het voortzetten heeft ertoe geleid dat de schulden verder opliepen, maar heeft niet het faillissement als zodanig veroorzaakt. De vordering op grond van artikel 2:9 BW wordt ook afgewezen, omdat bij de voortzetting van de onderneming een doordachte afweging is gemaakt van de belangen van de betrokken stakeholders. Ook was het vermogen van Metamo reeds in 2012 negatief. Door de voortzetting is dus geen waarde ‘verdampt’.

De Peeters/Gatzen-vordering wijst het hof toe. Vanaf medio 2012 zijn de belastingschulden en (handels)crediteuren fors gestegen. Het resultaat bleef achter en om het salaris van werknemers en dwangcrediteuren te betalen werden kunstgrepen toegepast. Vanaf juni 2012 had de (indirect) bestuurder moeten weten dat crediteuren benadeeld werden door de voortzetting van de onderneming. De gestelde verkoopplannen en vooruitzichten op nieuwe orders zijn onvoldoende aannemelijk gemaakt. Door de voortzetting is het actief afgenomen en het passief toegenomen. Hierdoor is er voor schuldeisers minder om te verdelen in het faillissement. Naar het oordeel van het hof zijn de gezamenlijke schuldeisers daarmee benadeeld. Dat sommige schulden gedurende de voortzetting zijn voldaan, staat hier volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad (het hof verwijst naar het Nimox-arrest, HR 8 november 1991, *NJ* 1992/174) niet aan in de weg. De Peeters/Gatzen-vordering wordt toegewezen en de curator wordt in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de hoogte van de schade.

H.J. de Kloe, april 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-03-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:3188

Zaaknummer: 200.250.802

Rechters: C.G. ter Veer, H.L. Wattel en A.S. Gratama

Advocaten: W. van den Bent en C.J. van Dijk

Wetsartikelen: 6:162 BW, 2:248 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

De direct en indirect bestuurder van twee failliete vennootschappen uit de bouwsector zijn niet aansprakelijk tegenover de curator. In het licht van de financiële crisis heeft het bestuur zijn taak niet kennelijk onbehoorlijk vervuld en niet ernstig verwijtbaar gehandeld.

Van Dijk Management B.V. ('VDM') is bestuurder en enig aandeelhouder van Aluminium Constructie Van Dijk B.V. ('ACD'). De vennootschappen maken onderdeel uit van de Widilco-groep. Diverse groepsmaatschappijen waren al meerdere jaren verlieslatend en werden gefinancierd door de winstgevende vennootschappen binnen het concern, waaronder ACD. Door de financiële crisis begonnen ook ACD en VDM vanaf 2010 verlies te lijden. Op 30 mei 2012 is het faillissement van beide vennootschappen op eigen aangifte uitgesproken.

In deze procedure stelt de curator de direct en indirect bestuurder aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW en/of 6:162 BW en/of 2:9 BW. De curator legt aan haar vorderingen ten grondslag dat het concern vanaf 2010, toen alle groepsonderdelen verlies leden, geen perspectief had en in ieder geval niet ten laste van de crediteuren mocht worden voortgezet. Ook stelt de curator dat nauwelijks maatregelen werden getroffen om het tij te keren, dat projecten werden aangenomen waarvan op voorhand duidelijk was dat deze verlieslatend waren en dat aanzienlijke dividenden werden uitgekeerd. Tot slot stelt de curator dat de begrotingen over 2011 en 2012 misleidend waren en dat de administratie niet op orde was.

De bestuurder stelt dat hij was doordrongen van de ernst van de situatie en diverse maatregelen heeft getroffen, waaronder ontslag van personeel en uitbesteding van bulkwerk aan Polen. Het is juist dat projecten zijn aangenomen onder de kostprijs, maar dat deed iedereen tijdens de financiële crisis. De dividenduitkeringen hadden geen invloed op de liquiditeit van de werkmaatschappijen, omdat deze in rekening-courant zijn geboekt. Tot aan de datum van het faillissement zijn de handelscrediteuren betaald. In de begroting was een verkeerde inschatting gemaakt, maar dat kan de bestuurder niet worden verweten omdat niemand kon voorzien dat de omzet zo sterk zou dalen. Tot slot stelt de bestuurder dat de administratie op orde was, maar dat de curator de licentie op de boekhoudingssoftware heeft laten verlopen en de fysieke administratie, die aanwezig was, niet heeft opgehaald.

De rechtbank wijst de vorderingen van de curator af. Inmiddels is niet meer in geschil dat de administratie op orde was. De bestuurder valt niet te verwijten dat de curator pas laat de beschikking heeft gekregen over de administratie. Aan de bewijsvermoedens van artikel 2:248 lid 2 BW wordt daarom niet toegekomen. De curator heeft ook niet bewezen dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Door de financiële crisis werd de bouwsector ernstig geraakt. Omdat niemand wist hoe lang de crisis zou duren, was het (vrijwel) niet mogelijk om de strategie hierop aan te passen. Tegen deze achtergrond was de strategie van het bestuur om het personeel aan het werk te houden met verlieslatende projecten, verdedigbaar. Het bestuur heeft de ontwikkelingen nauw in de gaten gehouden en maatregelen getroffen. Dat op deze maatregelen wat valt af te dingen en dat niet alle maatregelen goed hebben uitgepakt, levert geen kennelijk onbehoorlijk bestuur op. Omdat de dividenduitkeringen geen invloed hadden op de liquiditeit, zijn schuldeisers hierdoor niet benadeeld. Met handelscrediteuren is intensief contact gehouden en tot aan het faillissement zijn er betalingen gedaan aan handelscrediteuren. Ook de fiscus is tot april 2012 voldaan. Tot slot heeft de curator onvoldoende (concreet) gesteld dat sprake was van misleidende financiële stukken.

In het kader van artikel 2:9 BW en 6:162 BW beroept de curator zich op dezelfde feiten. Het hof overweegt dat met 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' in de zin van artikel 2:248 BW niets anders wordt bedoeld dan met 'onbehoorlijk bestuur' in de zin van artikel 2:9 BW. De maatstaf voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW is dezelfde, omdat de toerekeningsmaatstaf wordt ingekleurd door artikel 2:9 BW. De (indirect) bestuurder treft daarom geen ernstig verwijt, waarmee ook de vorderingen die gegrond zijn op artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW worden afgewezen.

H.J. de Kloe, april 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-03-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:3187

Zaaknummer: 200.253.778

Rechters: C.G. ter Veer, H.L. Wattel en A.S. Gratama

Advocaten: W.J.M. Sprangers en C.J. van Dijk

Wetsartikelen: 6:162 BW, 2:248 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Beslag ten laste van gefailleerde Italiaanse rechtspersoon

Alle ten laste van een Italiaanse failliet in Nederland gelegde beslagen verliezen hun werking door de faillietverklaring.

Tussen HB Transport (Oostenrijkse vennootschap) en Flory Cart (Italiaanse vennootschap) zijn gerechtelijke procedures gevoerd voor de Nederlandse rechter. Flory Cart is veroordeeld tot betaling van diverse bedragen aan HB Transport. In dezelfde uitspraken is Albert Heijn (Nederlandse vennootschap) veroordeeld tot betaling van een aanzienlijk bedrag aan Flory Cart. Tot zekerheid voor het verhaal van haar vorderingen heeft HB Transport ten laste van Flory Cart conservatoir derdenbeslag gelegd onder Albert Heijn. Het daarvoor benodigde beslagverlof is verleend door de Nederlandse rechter.

Enige tijd later is Flory Cart in 'concordato preventivo' (vergelijkbaar met de Nederlandse surseance van betaling) verklaard. Aansluitend is Flory Cart door de Italiaanse rechtbank te Lucca failliet verklaard. HB Transport heeft de vordering waarvoor zij beslag had gelegd onder Albert Heijn ingediend in het faillissement van Flory Cart. De Italiaanse rechtbank heeft de ingediende vordering erkend. Vervolgens heeft de curator van Flory Cart aangekondigd dat de door HB Transport gelegde beslagen dienden te worden opgeheven. Na correspondentie heeft HB Transport de conservatoire beslagen gedeeltelijk opgeheven. In dit kort geding vordert de curator van Flory Cart opheffing van de resterende (derden)beslagen die HB Transport ten laste van Flory Cart onder Albert Heijn heeft gelegd.

Vanwege de internationale aspecten onderzoekt de voorzieningenrechter eerst of de Nederlandse rechter bevoegd is kennis te nemen van de zaak. Dat is het geval nu het beslagverlof is verleend door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Holland, locatie Haarlem. Op grond van artikel 35 Brussel I bis Verordening jo. artikel 705 Rv kan de voorzieningenrechter die verlof tot beslaglegging heeft verleend, dat beslag ook opheffen op vordering van elke belanghebbende.

Vervolgens beoordeelt de voorzieningenrechter welk recht van toepassing is. Op grond van artikel 84 Insolventieverordening (IVO) zijn de bepalingen daarvan van toepassing op insolventieprocedures die na 26 juni 2017 zijn geopend. De IVO is daarom ook van toepassing

op het faillissement van Flory Cart. Artikel 7 IVO bepaalt dat de insolventieprocedure en de gevolgen daarvan worden beheerst door het recht van de lidstaat op wiens grondgebied de insolventieprocedure is geopend. Flory Cart is failliet verklaard door de rechtbank te Lucca, Italië. Daarom worden het faillissement en de gevolgen daarvan beheerst door het Italiaanse recht. De beslagen zijn gelegd in Nederland en naar Nederlands recht. Daarom dient de vordering tot opheffing van de beslagen op grond van artikel 10:3 BW naar Nederlands (proces)recht te worden beoordeeld.

De voorzieningenrechter stelt vast dat de curator van Flory Cart een voldoende spoedeisend belang heeft. Dit vloeit voort uit de aard van de vordering. Bovendien heeft de curator belang bij opheffing van de beslagen om het faillissement verder te kunnen afwickelen. Daarbij is ook van belang dat de termijn voor het indienen van vorderingen in het faillissement spoedig zal sluiten. Onder deze omstandigheden kan niet van de curator worden gevergd dat hij de uitkomst van een bodemprocedure afwacht.

Artikel 51 van de Italiaanse Faillissementswet bepaalt dat vanaf de dag dat het faillissement wordt uitgesproken geen individuele conservatoire of executoriale maatregelen kunnen worden ingesteld of voortgezet op zaken die tot het faillissement behoren of op vorderingen die tijdens het faillissement zijn ontstaan.

Net als in het Nederlandse faillissementsrecht verliezen alle ten laste van de failliet gelegde beslagen (zowel conservatoir als executoriaal) dus hun werking door de faillietverklaring. Wat onder het beslag viel, komt onder het algemene faillissementsbeslag en strekt tot verhaal van de gezamenlijke schuldeisers van de failliet. Gelet op de tekst en de kennelijke ratio van artikel 51 van de Italiaanse Faillissementswet acht de voorzieningenrechter het aannemelijk dat deze regel ook geldt voor beslagen die zijn gelegd ter verzekering van het verhaal van boedelvorderingen. Het kan niet zo zijn dat een individuele schuldeiser de correcte afwikkeling van het faillissement kan frustreren door beslag te leggen. Dat zou strijdig zijn met de belangen van alle schuldeisers.

Op basis van het voorgaande heft de voorzieningenrechter de door HB Transport ten laste van Flory Cart onder Albert Heijn gelegde beslagen op voor zover deze op grond van het Italiaanse recht nog niet van rechtswege zijn vervallen als gevolg van het faillissement van Flory Cart. Dit laatste kan de voorzieningenrechter op grond van de beschikbare informatie niet met zekerheid vaststellen.

Tot slot verklaart de voorzieningenrechter zijn vonnis uitvoerbaar bij voorraad. Daarbij wordt overwogen dat dit tot de essentie behoort van een voorlopige voorziening. Daarvan kan niet lichtvaardig worden afgeweken. Er is geen sprake van een bestaande toestand die HB

Transport zou kunnen behouden wanneer het vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad zou worden verklaard. De opheffing van de beslagen vindt immers zijn oorsprong in artikel 51 van de Italiaanse Faillissementswet op grond waarvan alle gelegde beslagen niet kunnen worden voortgezet en mogelijk van rechtswege zijn vervallen.

K.C.S. Meekes, april 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 20-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:2713

Zaaknummer: C/15/299579 / KG ZA 20-98

Rechters: P.M. Wamsteker

Advocaten: E.A. van der Kuilen-Stap, J.H.M.G. van der Heijden en J.A. Bloo

Wetsartikelen: 7 IVO, 35 Brussel I bis-verordening, 705 Rv en 10:3 BW

RECHTSPRAAK

Vordering van de curator tot nietigverklaring hypotheekverlening en verkoop recreatiewoning tijdens investeringsfase op grond van artikel 42 Fw afgewezen. Ten tijde van het verrichten van de rechtshandelingen was het faillissement niet voorzienbaar. Het faillissement is veroorzaakt door nadien tegenvallende exploitatieresultaten.

Op 2 juni 2017 is ten laste van Waterpark Terkaple B.V. ('WPT') een hypotheek gevestigd ten behoeve van aan DMG Planontwikkeling B.V. ('DMG') – de ontwikkelaar van het waterpark – gelieerde partijen voor € 384.000. Voordien had WPT in 2016 een hypotheekrecht op twee kavels gevestigd (kavel T12 en T13) ten gunste van A, die een lening van € 200.000 had verstrekt aan WPT. Die lening is in januari 2018 overgenomen door Heivlinder B.V., een aan WPT gelieerde partij. In juni en oktober 2017 zijn kavel T12 en T13 verkocht. De opbrengst van kavel T12 is gebruikt om een aflossing te doen aan DMG. Op 13 april 2018 heeft WPT een hypotheekrecht gevestigd op diverse onroerende zaken ten gunste van Heivlinder als zekerheid voor de overgenomen lening. Op dezelfde datum heeft WPT een recreatiewoning gekocht van DMG. De recreatiewoning is door WPT doorgeleverd aan Heivlinder. Heivlinder heeft de koopprijs aan WPT voldaan door verrekening van haar vordering op WPT wegens de overname van een schuld en betaling van belastingschulden van WPT. Op 4 december 2018 is WPT failliet verklaard.

De curator start een procedure en vordert vernietiging van het op 13 april 2018 gevestigde hypotheekrecht en de verkoop van de recreatiewoning op grond van artikel 42 Fw. Volgens de curator dreef WPT reeds in 2017 een financieel ongezonde onderneming. Dit blijkt uit de door de accountant verwoorde gerede twijfel over de continuïteit van WPT bij de conceptjaarrekening over 2017. In april 2018 was faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien. Verder meent de curator dat de hypotheekverlening en verkoop van de recreatiewoning moeten worden gezien als onverplichte rechtshandelingen. Door de vestiging van het hypotheekrecht is de vermogenspositie van WPT niet verbeterd en de verkoopopbrengst van de recreatiewoning is niet ten gunste van de gezamenlijke schuldeisers gekomen. De schuldeisers zijn

hierdoor benadeeld en zowel WPT als Heivlinder had wetenschap van deze benadeling.

Heivlinder stelt dat de hypotheekverlening niet paulianeus was, omdat deze voortkwam uit de overneming van de schuld aan A. Door deze schuldoverneming konden de kavels waarop een hypotheek ten gunste van A was gevestigd worden verkocht, waardoor een aflossing kon worden gedaan op de schuld aan DMG. Schuldeisers zijn ook niet benadeeld door de verkoop van de recreatiewoning, omdat hiertegenover een vermindering van schulden van WPT stond. Heivlinder heeft verder betoogd dat het faillissement van WPT in april 2018 niet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien was. Bezien tegen de achtergrond dat de bouw van het waterpark net was afgerond en de exploitatie nog moest beginnen, stond WPT er financieel goed voor. Als dat anders was, had Heivlinder geen schulden van WPT overgenomen. WPT ging failliet, omdat de exploitatie in de zomer van 2018 tegenviel.

De rechtbank wijst de vorderingen van de curator af. De curator heeft onvoldoende onderbouwd dat WPT en Heivlinder het faillissement met in redelijke mate van waarschijnlijkheid konden voorzien, waarmee zij geen wetenschap hadden van benadeling van schuldeisers. Het enkele feit dat een bedrijf in financieel ongezonde toestand verkeert, maakt (nog) niet dat een faillissement voorzienbaar is. De rechtbank oordeelt dat Heivlinder aannemelijk heeft gemaakt dat de betwiste rechtshandelingen moeten worden gezien in het kader van een herstructurering van de schulden van WPT. Vanuit die herstructurering werd beoogd de ontwikkelings- en investeringsfase af te ronden en te komen tot een goede exploitatie van het waterpark dat WPT had laten bouwen. Het geheel van handelingen heeft plaatsgevonden in 2017, maar moest nog nader geëffectueerd worden met de hypotheekverlening en verkoop van de recreatiewoning in april 2018. Op dat moment was het faillissement niet te voorzien. Het faillissement was gelegen in de later in 2018 tekortschietende exploitatieresultaten. De curator heeft niet gesteld dat de tekortschietende exploitatieresultaten in april 2018 al voorzienbaar waren.

J.D. van den Dolder, 22 april 2020

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 08-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2020:1447

Zaaknummer: C/08/233826 / HA ZA 19-274

Rechters: M. Aksu

Advocaten: C.H. Strijkert en J. van der Meer

Wetsartikelen: 42 Fw

RECHTSPRAAK

De vraag die in deze procedure aan de orde is, is of een vordering tot afgifte van een verklaring voor recht dat eiser door overgang van onderneming van rechtswege bij gefaillieerde in dienst is getreden, zelfstandige betekenis heeft of dat deze vordering het lot deelt van een vordering die de voldoening van een verbintenis uit de boedel tot doel heeft (art. 29 Fw). Eiser wordt in de gelegenheid gesteld zich hierover bij akte uit te laten.

Werknemer was in dienst bij ZIB B.V. (hierna: ZIB). ZIB is op 14 maart 2017 in staat van faillissement verklaard. Appellant voerde een eenmanszaak met als kernactiviteiten 'Particuliere thuiszorg en mantelzorg'.

Werknemer stelt zich op het standpunt dat er sprake is van overgang van onderneming omdat: (1) appellant voorafgaand aan het faillissement van ZIB zorg is gaan verlenen aan cliënten van ZIB; (2) appellant de door ZIB gehuurde huisvesting heeft overgenomen ten behoeve van (een deel van) de voormalige cliënten van ZIB, en (3) met uitzondering van werknemer en één andere collega, appellant al het personeel van ZIB in dienst heeft genomen.

Werknemer vordert een aantal verklaringen voor recht, waaronder dat sprake is overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW, en dat werknemer daardoor van rechtswege in dienst is getreden bij appellant. Daarnaast vordert werknemer dat appellant wordt veroordeeld de vorderingen van werknemer die uit deze indiensttreding voortvloeien te voldoen.

Tijdens de procedure is eerste aanleg is appellant in staat van faillissement verklaard. Na de faillietverklaring is de curator van appellant opgeroepen om het geding over te nemen ten aanzien van de niet voor verificatie in aanmerking komende onderdelen van de vorderingen, te weten de vorderingen tot verklaringen voor recht. Voor het overige heeft de rechtbank de procedure geschorst. De curator is niet in het geding verschenen. Overeenkomstig artikel 28 Fw heeft de rechtbank vonnis gewezen en de gevorderde verklaringen voor recht toegewezen. Daarnaast heeft de rechtbank overeenkomstig artikel 29 Fw geoordeeld dat de procedure voor

het overige geschorst blijft, om slechts voortgezet te worden indien en voor zover de verificatie van het gevorderde in het faillissement betwist mocht worden.

Appellant komt in hoger beroep. Alvorens op de grieven van appellant in te gaan wijst het gerechtshof dit tussenvonniss. Het gerechtshof oordeelt dat de vordering van werknemer tot betaling van achterstallig loon een vordering betreft met het doel de voldoening van een verbintenis uit de boedel. Artikel 29 Fw bepaalt dat dergelijke vorderingen door het faillissement van rechtswege worden geschorst en slechts worden voortgezet indien de verificatie van de vordering wordt betwist.

Het gerechtshof trekt een parallel met het arrest van de Hoge Raad van 31 maart 2014 (ECLI:NL:HR:2014:675) waarin zich een vergelijkbare situatie voordeed en vergelijkbare verklaringen voor recht werden gevorderd. In die procedure oordeelde de Hoge Raad dat niet was gebleken dat eiseres bij haar vorderingen tot afgifte van een verklaring voor recht een ander belang had dan aan te tonen dat haar vorderingen die voldoening van verbintenissen uit de boedel ten doel hadden, toewijsbaar waren. De Hoge Raad oordeelde dat de ingestelde vorderingen tot afgifte van een verklaring voor recht voor de toepassing van de artikelen 25 lid 2 Fw en 27-29 Fw naast de gevorderde betalingen geen zelfstandige betekenis hadden. Dit bracht met zich dat de procedure ook voor de gevorderde verklaringen voor recht door het faillissement van gedaagde in die procedure van rechtswege was geschorst.

In deze procedure oordeelt het gerechtshof eveneens dat vooralsnog niet is gebleken dat appellant met haar vorderingen tot afgifte van een verklaring voor recht een ander doel heeft dan voldoening van verbintenissen uit de boedel. Appellant wordt in de gelegenheid om zich bij akte nader uit te laten op dit punt.

V.G.M. Leferink, april 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 14-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:1260

Zaaknummer: 200.238.208/02

Rechters: C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden, R.R.M. de Moor, R.J.M. Cremers en M.A. Ploemen

Advocaten: R.G.P. Voragen

Wetsartikelen: 7:662 BW en 25-29 Fw

RECHTSPRAAK

**OK-functionarissen zijn niet aansprakelijk jegens
aandeelhouder na stukgelopen overname gevolgd door het
faillissement van de vennootschap**

***De OK-bestuurder en OK-beheerder van aandelen van Vikariën BV
zijn niet aansprakelijk jegens een van de aandeelhouders voor het
stuklopen van een overname van de onderneming die uitmondt in
faillissement. Geen aansprakelijkheid voor afgeleide schade en geen
bestuurdersaansprakelijkheid.***

Vikariën hield zich bezig met de productie van vloeibare kalvervoeding, en de productie van en handel in lactose voor de levensmiddelenindustrie. Bestuurder en enig aandeelhouder van de vennootschap is de echtgenote van appellant. Feitelijk werd de onderneming door appellant en zijn broer D gerund. De broers konden echter niet door één deur, waardoor Vikariën stuurloos achterbleef en haar financiën verslechterden. In juni 2015 heeft de OK bij wijze van voorlopige voorziening Bestuurder als tijdelijk bestuurder aangesteld en Beheerder als tijdelijk beheerder van de aandelen in Vikariën.

Bestuurder heeft verschillende partijen gevraagd een bieding op de onderneming uit te brengen. De broers hadden met twee van deze bidders, Fuite en Van Drie, al gesproken en hadden ieder een eigen voorkeur. Fuite bood iets meer, maar in beide biedingen is onder meer vermeld dat de arbeidsovereenkomsten met de medewerkers van de onderneming zouden worden overgenomen, met uitzondering van die van de broers. Beheerder was op het moment van de biedingen in het buitenland en heeft Bestuurder gemachtigd om namens hem te handelen.

Bestuurder heeft op 30 juni 2015 een algemene vergadering gehouden. Daaraan voorafgaand hebben beide broers een verklaring ondertekend en onder meer verklaard dat Bestuurder en Beheerder mogen bepalen aan wie de activa van Vikariën zullen worden verkocht als de broers geen overeenstemming bereiken. Vervolgens hebben Bestuurder en Beheerder voor Fuite gekozen. Daags erna is met de feitelijke overname gestart en zijn relaties en werknemers over

de overname ingelicht. Fuite zou twee dagen later een aanzienlijke kapitaalinjectie doen en een due diligence starten. Op diezelfde dag hoort Bestuurder echter dat appellant met Fuite een sidedeal heeft gemaakt inhoudend dat appellant na overname van de onderneming door Fuite vijf jaar lang recht had op 25% van de winst van de onderneming. De advocaat van broer D dringt dan aan op een nieuwe biedingsronde.

Bestuurder spreekt vervolgens met Fuite, die op haar beurt haar bieding zou hebben aangepast. Op 3 juli 2015 zijn Fuite en Van Drie uitgenodigd een nieuwe bieding uit te brengen. Op 6 juli 2015 hebben beide bidders van de overname afgezien, waarschijnlijk omdat zij werden bedreigd. Ruim een week later is Vikariën gefailleerd.

In hoger beroep ligt de vraag voor of Bestuurder en Beheerder aansprakelijk zijn voor de schade van appellanten als gevolg van het niet doorgaan van de overname van Vikariën door Fuite. Het hof acht beiden niet aansprakelijk.

Appellant verwijt Bestuurder dat hij de sidedeal niet meer met appellant heeft besproken, geen goed onderzoek heeft gedaan naar andere mogelijkheden en uiteindelijk een nieuwe bieding heeft uitgeschreven. Het hof stelt voorop dat Bestuurder heeft gehandeld als bestuurder en niet als onderhandelaar, zoals appellant stelt. Bij de uitoefening van die taak heeft de OK geen beperkingen opgelegd, zodat het handelen van de OK-functionaris conform vaste rechtspraak als dat van een bestuurder wordt beoordeeld.

Voor zover de schade van appellanten bestaat uit het misgelopen liquidatiesaldo na overname, kwalificeert het hof dit als aandeelhoudersschade. Omdat niet is gebleken dat Bestuurder een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens appellanten heeft geschonden en hem evenmin een ernstig verwijt kan worden gemaakt, strandt deze vordering. Ook voor bestuurdersaansprakelijkheid is geen plaats. Het hof verwijt appellant feitelijk dat hij Bestuurder niet heeft geïnformeerd over de sidedeal. Daardoor zag Bestuurder zich genoodzaakt van Fuite te verlangen haar bieding aan te passen. De omstandigheid dat Bestuurder ook andere keuzes had kunnen maken, betekent niet dat hem voor het organiseren van een nieuwe biedingsronde een ernstig verwijt treft.

Appellanten verwijten Beheerder dat hij, hoewel hij door Bestuurder voortdurend op de hoogte werd gehouden van diens bevindingen en handelen, niet heeft ingegrepen toen Bestuurder is teruggekomen op het besluit om in te stemmen met het bod van Fuite en een nieuwe bieding heeft geopend zonder zeker te stellen dat Fuite dan wel Van Drie hun oude bod gestand deden, en er geen overleg is gevoerd, ook niet door Beheerder, met appellanten. Het hof is daar snel mee klaar: omdat Bestuurder niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, valt ook niet in te zien waarom Beheerder had moeten ingrijpen.

J.E. van Nuland, april 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:2861

Zaaknummer: 200.257.822

Rechters: D.M.I. de Waele, L.J. de Kerpel-van de Poel en H.M.L. Dings

Advocaten: H.M. van Eerten en D.J.F.F.M. Duynstee

Wetsartikelen: 6:162 BW