

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 21, 2021

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 Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:10097](#) 26-10-2021

Voorwaarde voor executie vonnis is dat eventuele terugbetalingsverplichting wordt behandeld als superpreferente boedelschuld

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:193](#) 26-01-2021

Feitelijk beleidsbepaler ex artikel 2:248 lid 1 jo. lid 7 BW

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:10783](#) 02-11-2021

Faillietverklaring natuurlijk persoon op verzoek verhuurder

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:10431](#) 27-10-2021

Verzet tegen faillissement slaagt, bezwaar tegen salaris curator niet

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:9247](#) 20-10-2021

Bestuurdersaansprakelijkheid in verband met verzuim naleven administratieplicht

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:5700](#) 28-09-2021

Poging van curator om de bank een bedrag te laten uitkeren op grond van het Uniform Herstelkader Rentederivaten faalt

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:4826](#) 01-09-2021

Geen toewijzing afgeleide schade Disq Mobile Gym Nederland

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:5020](#) 14-07-2021

Bij verrekening door de bank in surseance geldt voor de goede trouw de maatstaf van subjectieve wetenschap

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2021:2989](#) 23-06-2021

Een failliete vennootschap is tijdens faillissement niet bevoegd afstand te doen van subrogatie

RECHTSPRAAK

Geen toewijzing afgeleide schade Disq Mobile Gym Nederland

De normen die naar de mening van de aandeelhouder zijn overtreden, strekken in de eerste plaats ter bescherming van de vennootschap zelf. De rechtbank wijkt mede daarom niet af van het beginsel dat afgeleide schade die een aandeelhouder lijdt, niet voor vergoeding in aanmerking komt.

Disq Mobile Gym Nederland B.V. ('DMGN') is op 30 juni 2020 failliet verklaard. DMGN hield zich bezig met het verkopen van DISQ's: een handzaam fitnessapparaat waarmee thuis en onderweg sportoefeningen kunnen worden uitgevoerd. DMGN heeft twee aandeelhouders via tussenholdings: de eiseres in deze procedure ('de aandeelhouder') en de CEO van DMGN. De CEO is ook enig bestuurder en aandeelhouder van Jach Holding B.V. ('Jach'). Jach is de bestuurder van DISQ Mobile Gym Holding B.V. ('Holding'). Holding is de moedervenootschap van DISQ Mobile Gym International B.V. ('International'). Aan de CEO van DMGN is een schriftelijke volmacht verleend om DMGN zelfstandig te vertegenwoordigen.

De door International aan DMGN geleverde DISQ's worden niet betaald. Vervolgens verslechtert de verhouding tussen de aandeelhouder en de CEO. De aandeelhouder stopt met het promoten van de DISQ's. Rond diezelfde tijd wordt een krediet verstrekt door International aan DMGN. Tot zekerheid van betaling van dit krediet worden ook zekerheden verstrekt door DMGN aan International. In februari en maart 2020 is de voorraad DISQ's door International in pandhoudersbeslag genomen en via een openbare veiling verkocht.

De aandeelhouder vordert in deze procedure schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad van onder andere de CEO, Jach, Holding en International. De verweten gedragingen bestaan uit het meewerken aan het sluiten van de geldleningsovereenkomst en de pandakte in de wetenschap dat Holding en de CEO daartoe niet bevoegd waren, het meewerken aan het uitoefenen van het pandrecht, het antedateren van de geldleningsovereenkomst en de pandakte en door misbruik te maken van een tussen gedaagden bestaand identiteitsverschil.

De gevorderde – afgeleide – schade bestaat uit de vermindering van de waarde van de aandelen in DMGN.

De rechtbank laat in het midden of deze gedragingen onrechtmatig zijn en bespreekt eerst de schade en het causaal verband. De schade bestaat namelijk uit schade die de aandeelhouder heeft geleden als gevolg van waardedaling van de aandelen in DMGN. De rechtbank ziet ten eerste geen causaal verband tussen de waardedaling van de aandelen en het verweten eventueel onrechtmatige verhaal op de voorraad DISQ's; deze waardedaling lijkt te zijn ingezet door een kettingreactie die begint bij het staken van de werkzaamheden voor DMGN door de aandeelhouder zelf. Over de schade overweegt de rechtbank als volgt. In het arrest *Poot/ABP* oordeelt de Hoge Raad dat een aandeelhouder in beginsel geen vergoeding van afgeleide schade toekomt, tenzij een specifiek jegens hem geldende zorgvuldigheidsnorm is geschonden. In deze casus heeft de aandeelhouder gesteld dat zowel de norm van artikel 2:239 lid 5 BW als de norm van artikel 2:8 BW dient te worden aangemerkt als specifiek jegens de aandeelhouder geschonden normen. De rechtbank gaat hierin niet mee en overweegt dat de door de aandeelhouder aangevoerde normen in de eerste plaats gelden om de vennootschap zelf te beschermen. Er is dus geen sprake van een uitzondering zoals bedoeld in het arrest *Poot/ABP*; alleen de curator van DMGN kan in dit geval de door de aandeelhouder gestelde schade vorderen.

A.C. Frentz, november 2021

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 01-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2021:4826

Zaaknummer: C/05/376955 / HA ZA 20-547

Rechters: S.J. Peerdeman, D.T. Boks en G.J. Meijer

Advocaten: P.C.M. Ouwens en V.H.B. Kruit

Wetsartikelen: 6:162 BW, 2:8 BW en 2:239 BW

RECHTSPRAAK

Een failliete vennootschap is tijdens faillissement niet bevoegd afstand te doen van subrogatie

Na een uitleg op basis van objectieve factoren oordeelt de rechtbank dat in de Algemene Bankvoorwaarden is opgenomen dat afstand moet worden gedaan van subrogatie. Een vennootschap is daartoe niet bevoegd ten aanzien van een regresvordering die tijdens faillissement ontstaat. Ten overvloede overweegt de rechtbank dat uitsluiting van wettelijke subrogatie niet mogelijk is.

Anchor II B.V. ('Anchor') houdt 100% van de aandelen in Melamo B.V. ('Melamo') en Melamo Las- en Montagetechniek B.V. ('Melamo L&M'). Melamo en Melamo L&M worden op 8 maart 2016 in staat van faillissement verklaard. Op 5 juli 2016 volgt ook het faillissement van Anchor.

Melamo, Melamo L&M en Anchor hebben zich uit hoofde van een kredietovereenkomst met Rabobank allemaal hoofdelijk aansprakelijk verklaard. Ten behoeve van deze financiering had Melamo verschillende zekerheden aan Rabobank verpand. Ook had Rabobank een hypotheekrecht op het bedrijfspand van Anchor.

Na de faillissementen wint Rabobank eerst de zekerheden van Melamo uit, van welke opbrengst de gehele schuld van Melamo voldaan kon worden en een deel van de schuld van Anchor. Vervolgens verkoopt Rabobank het bedrijfspand van Anchor. Met de opbrengst van deze verkoop is de schuld van Anchor volledig afgelost. Het restant maakt Rabobank over naar de boedelrekening van Anchor.

De curatoren stellen zich op het standpunt dat Melamo een regresvordering van € 898.000 heeft verkregen op Anchor op grond van artikel 6:10 BW: het bedrag dat Melamo boven haar interne draagplicht aan Rabobank heeft voldaan. Deze regresvordering wordt niet betwist door Rabobank. De curatoren stellen vervolgens dat Melamo ook is gesubrogeerd in de rechten van Rabobank tot dat bedrag van € 898.000 op grond van artikel 6:12 BW. Rabobank betwist niet dat, als sprake is van subrogatie, een deel van het hypotheekrecht van Rabobank naar Melamo is overgegaan en dat Melamo dan recht had op een aandeel van € 499.393,75 in de opbrengst

van de verkoop van het bedrijfspand van Anchor.

Wél betwist Rabobank dat in dit geval sprake is van subrogatie. Daartoe wordt verwezen naar artikel 19 (a) van de Algemene voorwaarden voor bedrijfsfinancieringen van Rabobank uit 2010 ('ABV 2010'), waarin is bepaald dat de klant onherroepelijk afstand doet van subrogatie en van alle (neven)rechten waarin hij door subrogatie zou kunnen treden, voor zover nodig bij voorbaat. Deze voorwaarde is gewijzigd na het arrest *ASR/Achmea*: de curatoren beroepen zich dan ook op het standpunt dat, met het oog op dit arrest, de vordering op grond van subrogatie van Melamo pas na diens faillissement ontstond. Artikel 23 Fw voorkomt derhalve in dit geval dat Melamo daar nog afstand van kan doen. Melamo was niet meer beschikkingsbevoegd en curatoren menen dan ook dat artikel 19 (a) ABV 2010 niet tegen de boedel kan worden ingeroepen.

De rechtbank besluit dit geschil door over te gaan tot de uitleg van artikel 19 (a) ABV 2010, waarvan de curatoren enerzijds hebben betoogd dat dit artikel dient te worden onderworpen aan een objectieve uitleg en met 'afstand' dan ook afstand in de zin van artikel 6:160 BW is bedoeld. Anderzijds betoogt Rabobank dat de meest voor de hand liggende, op de praktijk afgestemde uitleg is dat de vordering niet overgaat. De rechtbank concludeert dat Melamo in redelijkheid mocht verwachten dat, waar artikel 19 (a) ABV 2010 spreekt over het doen van afstand, hiermee afstand van een vorderingsrecht wordt bedoeld in de zin van artikel 6:160 BW. Aangezien het gaat om door Rabobank eenzijdig opgelegde voorwaarden waarover niet met Melamo is onderhandeld, acht de rechtbank bij deze uitleg vooral objectieve factoren van belang. Melamo was door haar faillissement niet meer bevoegd afstand te doen van subrogatie, zodat Melamo inderdaad is gesubrogeerd in een deel van de rechten van Rabobank.

Opmerkelijk genoeg overweegt de rechtbank na toewijzing van de vordering van de curatoren nog ten overvloede over de mogelijkheid tot uitsluiting van subrogatie. Hierbij citeert de rechtbank de parlementaire geschiedenis om twee visies hierop te illustreren, en concludeert dat uitsluiting van wettelijke subrogatie niet mogelijk is: voor financiering in concernverband is ook geen uitzondering beoogd door de wetgever.

A.C. Frentz, november 2021

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 23-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2021:2989

Zaaknummer: 360283 / HA ZA 20-450

Rechters: J.A. Bik

Advocaten: B.A.P. Sijben en T.T. van Zanten

Wetsartikelen: 6:10 BW en 6:12 BW

RECHTSPRAAK

Verzet tegen faillissement slaagt, bezwaar tegen salaris curator niet

Verzet tegen faillissement slaagt omdat een betalingsregeling is getroffen met de aanvrager. De uren die de curator heeft opgegeven zijn daadwerkelijk gemaakt, zodat de rechtbank het salaris vaststelt conform opgave.

In deze uitspraak oordeelt de rechtbank Rotterdam over een verzet tegen een faillissementsuitspraak. Als grond voor het verzet tegen haar faillissement voert B&S Transport B.V. aan dat er geen sprake is van een toestand van hebben opgehouden te betalen nu zij met de aanvrager van het faillissement een betalingsregeling heeft getroffen. Desgevraagd door de rechtbank bevestigt de aanvrager dat er een regeling is getroffen en dat hij instemt met de vernietiging van het faillissementsvonnis. B&S Transport B.V. heeft om het verzet te laten slagen met de aanvrager van het faillissement een betalingsregeling getroffen. De curator heeft verder aangegeven dat er voldoende middelen zijn om zijn salaris te voldoen en dat er voldoende zekerheid is gegeven voor de betaling van de faillissementskosten die de rechtbank – bij vernietiging van het vonnis – zal vaststellen. Het lijkt geen twijfel dat de rechtbank onder deze omstandigheden overgaat tot het vernietigen van het faillissement.

Interessant is nog wel dat de failliet bezwaar maakt tegen de hoogte van het salaris van de curator. De bezwaren richten zich tegen de twee uur die curator heeft opgenomen voor de behandeling van het verzet terwijl het verzet schriftelijk wordt afgedaan, dat de curator onnodig tijd heeft gespendeerd aan het voeren van gesprekken met derden en het verrichten van (een begin van) een rechtmatigheidsonderzoek.

Het bezwaar wordt door de rechtbank verworpen. De rechtbank overweegt dat de curator niet zonder meer vooraf tijd in rekening kan brengen voor de behandeling van het verzet, maar omdat hij onweersproken wel degelijk tijd heeft besteed sinds de opgaaf van zijn uren, komen die uren wel voor vergoeding in aanmerking. De overige uren waartegen de failliet bezwaar heeft gemaakt zijn terecht door de curator in rekening gebracht, nu het gaat om het beantwoorden van vragen van het personeel van failliet en het mede in het belang van failliet

nagaan van de locatie en het verzekerd zijn van gehuurde opleggers. Die laatste tijd heeft de curator geschreven onder de noemer 'onderzoek rechtmatigheden' wat mogelijk tot verwarring leidt, maar niet maakt dat deze tijd niet voor vergoeding in aanmerking zou komen.

W.T.N. Vlasveld, november 201

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 27-10-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:10431

Zaaknummer: 21.305 FT RK

Rechters: M. Aukema

Advocaten: M.W. Huijzer en M. Oudriss

Wetsartikelen: 1 Fw en 8 Fw

RECHTSPRAAK

**Bestuurdersaansprakelijkheid in verband met verzuim
naleven administratieplicht**

***Gefailleerde heeft niet heeft voldaan aan de administratieplicht van
artikel 2:10 BW en daardoor is sprake van
bestuurdersaansprakelijkheid op grond waarvan de bestuurder
aansprakelijk is voor het boedeltekort (art. 2:248 BW).***

Gefailleerde hield zich bezig met de groothandel in het kweken en veredelen van bloembollen. In 2011 had gefailleerde een voorraad bollen verkocht voor een bedrag van € 1,8 miljoen. De koper heeft deze bollen uiteindelijk niet afgenomen en niet betaald.

De bestuurder van gefailleerde is tevens (in)direct bestuurder van Sint Maarten Beheer B.V. ('SMB') en Plants International B.V.

Op enig moment heeft de bestuurder besloten over te gaan tot liquidatie van gefailleerde en in dat kader bedrijfsmiddelen verkocht aan SMB en Plants International. De verkoopprijzen hiervoor zijn verrekend met vorderingen van gefailleerde op SMB en Plants International. Daarnaast heeft de bestuurder besloten om de bollen die nog in voorraad waren niet meer op te planten.

Verschillende schuldeisers die een vorderingen hadden ingediend in het faillissement hebben deze ingetrokken. Alleen de vordering van de curator vanwege salaris en verschotten resteert nog.

De curator stelt dat de bestuurder niet aan de administratieplicht heeft voldaan omdat een deugdelijke voorraadadministratie ontbreekt en omdat gegevens ontbreken met betrekking tot licentierechten c.q. beproevingscontracten met Plants International. De bestuurder is volgens de curator daarom aansprakelijk voor het bedoeltekort op grond van artikel 2:248 BW.

De rechtbank komt tot het oordeel dat gefailleerde niet heeft voldaan aan de administratieplicht. Zij neemt daarbij het volgende in aanmerking:

(a) Gefailleerde had een bollenkraam die bestond uit zowel commerciële rassen als een veredelingskraam met zaailingen en mutanten. Op geen enkele wijze blijkt uit de administratie welke tulpenrassen gefailleerde in de drie jaar voor het faillissement voerde en welke hoeveelheden bollen zij (globaal) per ras had, welke licentierechten/kwekersrechten zij bezat en welke beproevingscontracten zij met derden heeft afgesloten, althans hoe de rechten en/of werkzaamheden van gefailleerde zich verhouden tot de door Plants International afgesloten beproevingscontracten.

(b) Volgens grootboekkaarten van gefailleerde is op 1 juli 2013 voor een bedrag van € 487.968 aan licenties verkocht aan Plants International. Welke licenties dat waren, blijkt niet uit de administratie. Op basis van de verklaring van de bestuurder lijkt het te gaan om de overdracht van de rechten op zaailingen en de rechten uit de zogenoemde beproevingscontracten die werden gesloten met derden. De bestuurder lijkt daarnaast te betogen dat deze transactie slechts om fiscale en boekhoudkundige redenen heeft plaatsgevonden. Dat is echter niet te verifiëren. Des te groter was dan het belang van deugdelijke vastlegging van deze transactie.

(c) Er zijn vanaf 2012 tulpenbollen verkocht aan derden. Uit de administratie blijkt niet welke tulpenrassen dat zijn, welke hoeveelheden en voor welke prijs.

(d) Volgens de bestuurder is de bollenvoorraad (of een groot deel daarvan) op de porriehoop terechtgekomen. Uit de administratie kan niet worden afgeleid dat dit daadwerkelijk is gebeurd, om welke rassen dat ging en welke hoeveelheden.

Ter zitting heeft de bestuurder nog verklaard dat de voorraadadministratie ‘in zijn hoofd’ zat en dat hij niet op papier heeft gezet welke soorten en hoeveelheden bollen gefailleerde had. Dat de bestuurder die kennis ‘in zijn hoofd’ had, ziet de rechtbank echter als een bevestiging dat gefailleerde geen deugdelijke administratie had.

Bestuurder stelt dat het faillissement is ontstaan door een geschil met Y. Y heeft uiteindelijk het faillissement van gefailleerde aangevraagd. Dit verweer snijdt volgens de rechtbank geen hout. De vordering van Y betrof een vordering met een beperkte omvang over de betaling van een aan gefailleerde geleverde tractor in oktober 2010 en door Y aan gefailleerde uitgeleende arbeidskrachten. Mede gelet op (de hoogte van) de eerder omschreven transactie van 1 juli 2013 tussen gefailleerde, Plants International en SMB, heeft de bestuurder onvoldoende onderbouwd waarom gefailleerde de vordering van Y niet (al dan niet gedeeltelijk) kon betalen. Daarbij speelt een rol dat gedaagde, wetende dat hij gefailleerde aan het liquideren was, er kennelijk voor heeft gekozen om de uit de transactie met Plants International en SMB door gefailleerde verkregen opbrengst geheel aan te wenden voor de verlaging van de

rekening-courantschuld bij SMB en een aanzienlijke hoeveelheid bloembollen op de porriehoop te storten, waardoor gefailleerde geen verhaal meer bood voor de vordering van Y.

De rechtbank komt daarom tot de slotsom dat de bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dit leidt ertoe dat de bestuurder aansprakelijk is voor het boedeltekort in het faillissement.

Het verweer van de bestuurder dat het boedeltekort geheel wordt veroorzaakt door het salaris van de curator en dat dit in een te ver verwijderd verband staat tot de onrechtmatige daad van de bestuurder, is ongegrond. Bij het faillissement van gefailleerde is de curator benoemd en aan het werk gegaan. Ten tijde van het uitspreken van het faillissement waren er meerdere schuldeisers. Dat die schuldeisers inmiddels door een ander/anderen zijn voldaan dan wel de omstandigheid dat zij hun vordering op de boedel hebben ingetrokken, laat onverlet dat de curator jegens de boedel aanspraak heeft op zijn salaris. Het causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade is een gegeven.

V.G.M. Leferink, november 2021

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 20-10-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:9247

Zaaknummer: C/15/305781 / HA ZA 20-484

Rechters: J.H. Gisolf, A.E. Merkus en S.M. Auwerda

Advocaten: A.G. Moeijes, E.C.N. Sweep en I.N.A. Denninger

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Bij verrekening door de bank in surseance geldt voor de goede trouw de maatstaf van subjectieve wetenschap

Bij een beroep op de goede trouw in de zin van artikel 54/235 Fw geldt de maatstaf van de subjectieve wetenschap (uit Rabobank/Kézér q.q.). Voor die beoordeling formuleert de rechtbank enkele gezichtspunten. Zij oordeelt verder dat artikel 228 Fw niet in de weg staat aan (een contractueel uitgebreide) verrekeningsbevoegdheid na surseance. Daarnaast is zij van oordeel dat in onderhavig geval een rechtsgeldig pandrecht is gevestigd.

Op 19 oktober 2016 wordt aan twee vennootschappen binnen een rederijconcern surseance verleend (in de uitspraak: ‘gefaillieerde 1’ en ‘gefaillieerde 2’). Het concern wordt sinds jaar en dag gefinancierd door ING Bank (‘ING’). Tot zekerheid van de financiering is een stil pandrecht aan ING verleend op de tegenwoordige en toekomstige handelsvorderingen van gefaillieerde 1 en 2. Op 20 oktober 2016 – dus na surseance – verrekent ING haar vorderingen (debetsaldi) op andere vennootschappen binnen het concern met openstaande schulden (creditsaldi) aan de vennootschappen in surseance. Vervolgens worden gefaillieerde 1 en 2 failliet verklaard. De curator vordert van ING terugbetaling van de creditsaldi, omdat volgens hem artikel 228 Fw aan verrekening in de weg stond en ING niet te goeder trouw zou zijn geweest ex artikel (54/)235 Fw.

De rechtbank wijst een uitvoerig gemotiveerd (tussen)vonnis in het kader van een partijdebat dat is beperkt tot drie rechtsvragen. De bedoeling van partijen is om door middel van sprongcassatie antwoord te krijgen op die vragen – zij verkiezen deze weg boven het stellen van prejudiciële vragen. Ten eerste wordt de rechtbank gevraagd te oordelen over de toepasselijke maatstaf bij een beroep op goede trouw in de context van artikel 54/235 Fw. Ten tweede oordeelt de rechtbank over de vraag of artikel 228 Fw aan kruislingse verrekening in de weg staat. Ten slotte is de vraag of ING een rechtsgeldig pandrecht heeft verkregen op aan gefaillieerde 1 gerichte betalingen die voor een achterman waren bestemd. Ook wordt geoordeeld over de toepasselijkheid van de ruime verrekeningsbevoegdheid uit *Mulder*

q.q./CLBN (ECLI:NL:HR:1995:ZC1641).

Ten aanzien van de eerste vraag gaat de rechtbank allereerst in op de vraag of de maatstaven in de context van artikel 42 Fw (de objectieve maatstaf uit *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*) en van artikel 54/235 Fw (de subjectieve wetenschap uit *Rabobank/Kézér q.q.*) in wezen dezelfde zijn, zoals door de curator is betoogd. De rechtbank leidt uit verschillende omstandigheden af dat de Hoge Raad bedoeld heeft om twee aparte, verschillende normen te stellen en dat de normen dus niet identiek zijn. Voor toepassing van artikel 43/235 Fw is vereist dat de bank wist dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement of surseance was te verwachten. Die (subjectieve) wetenschap is veelal moeilijk te bewijzen. Daarom formuleert de rechtbank vier gezichtspunten voor de beoordeling van de goede trouw van een bank, te weten:

- (1) of in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs kon worden verwacht dat de cliënt, bij een ongewijzigde kredietverstrekking, zou kunnen voortgaan met het voldoen van haar opeisbare schulden. Bij die beoordeling kan een groot aantal omstandigheden van belang zijn, waaronder de vermogenspositie en liquiditeit, de verstrekte zekerheden, de bereidheid van aandeelhouders of derden tot aanvullende maatregelen, dreigende executiemaatregelen, de kwaliteit van het bestuur en te verwachten marktontwikkelingen;
- (2) de door de bank genomen maatregelen, de redenen daarvoor en het feit dat deze maatregelen afwijken van de tot dan toe gebruikelijk gang van zaken;
- (3) de aard, duur en geschiedenis van de relatie tussen partijen, of eerder van een moeilijke financiële situatie sprake is geweest en op welke wijze beide partijen daarop hebben gereageerd; en
- (4) of, wanneer en waarom de bank de cliënt heeft overgebracht naar haar afdeling speciaal beheer.

Per gezichtspunt geeft de rechtbank een nadere toelichting (r.o. 4.11).

Hierna oordeelt de rechtbank – ten aanzien van de tweede rechtsvraag – dat artikel 228 Fw niet in de weg staat aan de uitoefening van een contractueel uitgebreide verrekeningsbevoegdheid (vgl. HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789). Dat de schuldenaar in surseance of faillissement niet langer (zelfstandig) bevoegd is tot daden van beheer of beschikking betreffende de boedel is niet relevant; bij verrekening oefent immers de schuldeiser een zelfstandige bevoegdheid uit.

Voor een goed begrip van het oordeel ten aanzien van de derde rechtsvraag is een verdere (vereenvoudigde) weergave van de feiten noodzakelijk. Gefailleerde 1 handelde als onmiddellijk vertegenwoordiger voor een achterman. Die achterman was een andere vennootschap binnen het concern of een derde. Uit dien hoofde ontving gefailleerde 1 voor de achterman betalingen op haar eigen bankrekening bij ING. Vorderingen van gefailleerde 1 op derden (waaronder ING zelf) zijn verpand aan ING. Volgens de curator vallen de betalingen ten behoeve van een achterman niet onder het pandrecht, omdat desbetreffende vorderingen niet tot het vermogen behoren van gefailleerde 1.

De rechtbank passeert dit argument van de curator. Wanneer betalingen plaatsvinden op de rekening van gefailleerde 1 ontstaat een vordering van gefailleerde 1 op ING (het creditsaldo). Die vordering is – door middel van een verzamelpandakte – verpand aan ING zelf. Daarbij is niet relevant dat het *vorderingsrecht* – van de achterman op de betalende derde – in het vermogen van de achterman valt. De *betalingen* passeren immers eerst het vermogen van gefailleerde 1 voordat deze worden doorbetaald aan de achterman voor wie deze waren bestemd. Om die reden is ook de ruime verrekeningsbevoegdheid van banken, die volgt uit het arrest *Mulder q.q./CLBN*, van toepassing.

R.J.H. Berghuis, november 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 14-07-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:5020

Zaaknummer: C/13/688300 / HA ZA 20-823

Rechters: F.B. Bakels

Advocaten: J.M. Atema en P. Beerda

Wetsartikelen: 235 Fw, 54 Fw en 228 Fw

RECHTSPRAAK

Feitelijk beleidsbepaler ex artikel 2:248 lid 1 jo. lid 7 BW

In dit arrest gaat het hof (onder meer) in op de vraag of Heineken kan worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW.

Forum Horeca Exploitatie B.V. ('Forum') exploiteerde een aantal horecagelegenheden in Groningen. Heineken was naast leverancier ook (onder)verhuurder van de bedrijfspanden, heeft een deel van de inventaris in bruikleen gegeven aan Forum en heeft een lening verstrekt aan Forum waarvoor zekerheden zijn gevestigd. In februari 2014 wordt Forum failliet verklaard. Voor die tijd heeft Heineken een ontruimingsvonnis verkregen en is de onderneming verkocht. Heineken heeft zich vrij intensief bemoeid met deze verkoop. De curator van Forum meent daarom dat Heineken moet worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW.

Het hof stelt voorop dat het aan de curator is om zijn stelling, dat Heineken feitelijk beleidsbepaler was, voldoende gemotiveerd en concreet toe te lichten en dat op hem, bij voldoende gemotiveerde betwisting door Heineken, de bewijslast ligt. Dat wil zeggen dat de curator feiten en omstandigheden heeft te stellen (en zo nodig te bewijzen), waaruit blijkt van zodanig directe bemoeienis door Heineken met het bestuur van Forum dat Heineken de bestuursmacht aan zich trok. Daarbij is van belang dat het geven van aanwijzingen door een kredietverstrekker en contractspartner in het algemeen niet is aan te merken als beleidsbepaling 'als ware men bestuurder'. Indien het bestuur zich iets aan die aanwijzingen gelegen laat liggen, handelt het bestuur en niet de kredietverstrekker/contractspartner.

Het hof gaat vervolgens in op een aantal stellingen van de curator die de curator ten grondslag heeft gelegd aan zijn standpunt dat Heineken dient te worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler.

Ten aanzien van de stelling van de curator dat Heineken op de hoogte was van de debiteuren- en crediteurenpositie van Forum, waardoor zij wist dat de overige schuldeisers onbetaald zouden blijven door haar toedoen, oordeelt het hof dat die wetenschap van Heineken, zonder nadere toelichting die de curator niet heeft gegeven, onvoldoende is om de conclusie te

kunnen dragen dat Heineken bij uitoefening van haar bevoegdheden deze heeft overschreven, althans dat zij met gebruikmaking van haar machtspositie de bestuursmacht bij Forum aan zich heeft getrokken.

Ook de stelling van de curator dat Heineken het beleid betreffende de verkoop van de horecagelegenheden van Forum bepaalde en derhalve als feitelijk beleidsbepaler dient te worden aangemerkt, wordt niet gevolgd. Vast staat immers dat Forum reeds voor het ontruimingsvonnis een verkoopopdracht aan de makelaar had verstrekt. In die periode heeft Forum over verkoop van de horecagelegenheden contact onderhouden met de makelaar, niet met Heineken. Met betrekking tot de rol van de makelaar heeft de curator zich beroepen op een door hem in het geding gebrachte verklaring van de boekhouder van Forum. Deze heeft verklaard dat de makelaar en de bestuurder van Forum geen grote vrienden zijn, dat de boekhouder denkt dat Heineken de makelaar naar voren heeft geschoven en dat hij denkt dat Heineken de regie over de verkoop van de horecagelegenheden voerde. Naar het oordeel van het hof is de verklaring van de boekhouder onvoldoende concreet om de stelling van de curator, dat Heineken het beleid betreffende de verkoop van de horecagelegenheden bepaalde, te schragen. De correspondentie van de makelaar met Heineken, soms zonder de bestuurder van Forum daarin te betrekken, maakt dat niet anders. Ook de omstandigheid dat de makelaar na overleg met Heineken van de koopsommen een bedrag heeft ingehouden als waarborg voor het oplossen van enkele discussiepunten tussen koper en verkoper, brengt in de gegeven omstandigheden niet mee dat Heineken als feitelijk beleidsbepaler kan worden aangemerkt.

Het hof merkt wel op dat aan de curator kan worden toegegeven dat Heineken als gevolg van het samenstel van de overeenkomsten (onderhuurovereenkomsten, bruikleenovereenkomsten, overeenkomsten van verpanding, huurkoopovereenkomst en aktes van geldlening) een sterke (onderhandelings)positie ten opzichte van Forum had en dat het ontruimingsvonnis de positie van Heineken nog verder versterkte. Dat laat echter onverlet dat de bestuurder van Forum de overeenkomsten, op het samenstel waarvan de sterke positie van Heineken berustte, uit eigen beweging namens Forum was aangegaan. De aanwijzingen die Heineken volgens de curator gaf op het vlak van het personeelsbeleid en de bedrijfsvoering vloeien veeleer voort uit de positie van Heineken als crediteur ten opzichte van een debiteur die in verzuim verkeerde. Het moge zo zijn dat Heineken sterk op verkoop aandrong, dat doet er niet aan af dat Heineken het verkooptraject niet in gang had gezet.

Gelet op het voorgaande, in samenhang beschouwd, is hetgeen de curator heeft aangevoerd per saldo onvoldoende om toepassing van artikel 2:248 lid 7 BW te kunnen dragen.

S.A. van Aalst, november 2021

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-01-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:193

Zaaknummer: 200.269.529/01 en 200.269.532/01

Rechters: A.C. Faber, J.M. de Jongh en Chr.M. Stokkermans

Advocaten: J. Keekstra en Ch.Y.M. Moons

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Faillietverklaring natuurlijk persoon op verzoek verhuurder

De vordering van de verhuurder wordt niet betwist. Een tegenvordering, die al is afgewezen door de kantonrechter, is onvoldoende aannemelijk gemaakt. Ook van de steunvorderingen is summierlijk gebleken.

Een verhuurder vraagt het faillissement aan van zijn huurder, een natuurlijk persoon. De verhuurder stelt een opeisbare vordering te hebben van bijna € 6.000 inclusief rente, incassokosten en kosten van de faillissementsaanvraag. De huurder is door de kantonrechter te Rotterdam veroordeeld tot betaling van meer dan de helft van dit bedrag. De verhuurder heeft twee steunvorderingen aangevoerd. De huurder betwist de vordering van de verhuurder niet, maar stelt een tegenvordering te hebben. De aangevoerde steunvorderingen worden betwist: de ene vordering zou zijn voldaan en met de andere vordering is hij niet bekend.

De rechtbank overweegt dat vaststaat dat de verhuurder een opeisbare vordering heeft van in ieder geval het door de kantonrechter vastgestelde bedrag. Ook de daarna opgekomen posten zijn niet betwist, zodat summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van verzoeker. De gestelde tegenvordering is door de huurder onvoldoende aannemelijk gemaakt. Zijn vorderingen zijn door de kantonrechter afgewezen en tegen het vonnis van de kantonrechter is geen hoger beroep ingesteld. Ook van de steunvorderingen is naar het oordeel van de rechtbank summierlijk gebleken. Ten aanzien van beide vorderingen zijn bewijsstukken overgelegd. Een van de vorderingen vloeit voort uit een vonnis uit 2011, waaraan volgens de deurwaarder niet is voldaan. Zeker nu deze steunvordering in een eerder stadium is aangedragen, kon de huurder niet volstaan met de enkele stelling dat de vordering is voldaan.

De rechtbank overweegt tot slot dat is gebleken dat de huurder verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen en verklaart de huurder in staat van faillissement.

H.J. de Kloe, november 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 02-11-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:10783

Zaaknummer: FT RK 21.319

Rechters: C.G.E. Prenger

Advocaten: M.R.S. Nagessersing-Doerga en G.A.H. Wiekamp

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Voorwaarde voor executie vonnis is dat eventuele terugbetalingsverplichting wordt behandeld als superpreferente boedelschuld

De tenuitvoerlegging van een vonnis wordt niet geschorst. De curator heeft aangeboden de vordering, in afwijking van de wettelijke rangorde, voorrang te geven boven andere boedelschuldeisers, ook boven de faillissementskosten. Het restitutierisico wordt op die manier voldoende afgedekt, aldus het hof.

Appellant in deze procedure is de bestuurder van een failliete yogaschool ('de bestuurder'). De yogaschool heeft facturen van een inmiddels failliete payrolldienstverlener, Beryl Personeel B.V., grotendeels onbetaald gelaten. De rechtbank heeft de bestuurder (op vordering van de payrolldienstverlener) in eerste aanleg aansprakelijk gehouden voor de betalingsachterstand en hem veroordeeld tot betaling van € 134.058,20. De veroordeling is uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

De bestuurder vordert in deze procedure primair schorsing van de tenuitvoerlegging en subsidiair dat de curator van Beryl Personeel voorafgaand aan de tenuitvoerlegging van dat vonnis zekerheid stelt door middel van bankgarantie. Ter onderbouwing van zijn vordering voert de bestuurder aan dat de curator het bedrijfspand executoriaal wil verkopen. Als gevolg hiervan zal de bestuurder, naar eigen zeggen, schade lijden omdat de vordering die ontstaat wanneer het hoger beroep in zijn voordeel uitvalt, slechts een concurrente boedelschuld oplevert. De bestuurder komt daardoor in de praktijk met lege handen te staan, omdat een concurrente boedelschuld pas kan worden voldaan na voldoening van de preferente boedelschulden en de faillissementskosten. Vanwege dat restitutierisico en omdat aan zijn belangen meer gewicht toe zou moeten komen dan aan die van de curator, moeten de veroordelingen volgens de bestuurder worden geschorst of zou de curator moeten worden opgedragen zekerheid te stellen.

Het hof herhaalt de criteria die de Hoge Raad heeft gegeven in het arrest van 20 december

2019 (ECLI:NL:HR:2019:2026). De veroordeling is uitvoerbaar, ook als daartegen hoger beroep is ingesteld. De uitvoerbaarheid van het veroordelend vonnis kan worden geschorst, als het belang van de veroordeelde partij (de bestuurder) bij behoud van de bestaande toestand zwaarder weegt dan het belang van de wederpartij (de curator).

Het hof vervolgt dan: *'Bij de belangenafweging is een belangrijk gezichtspunt dat de rechtbank de vordering van de curator heeft toegewezen en dat moet worden voorkomen dat het instellen van hoger beroep door [appellant] wordt gebruikt als middel om uitstel van executie te verkrijgen (...). Het hof overweegt dat bij het incasseren van een vordering voordat de uitspraak definitief is, een restitutierisico altijd in meerder of mindere mate aanwezig is. De vraag is of dat restitutierisico, gelet op de belangen van partijen over en weer en tegen de achtergrond van de hiervoor aangehaalde rechtspraak, moet worden afgedekt, en zo ja: hoe.'*

Vervolgens stelt het hof dat bij negatieve faillissementsboedels het restitutierisico groot is en dat daarvan ook in deze zaak kan worden uitgegaan. Dat is echter niet voldoende voor een schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden vonnis en ook niet voor een veroordeling van de curator om bij wijze van zekerheid een bankgarantie te stellen. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat de executie door de hypotheekhouder is overgenomen, zodat schorsing van de executie van het bestreden vonnis niet ook de schorsing van de gedwongen verkoop van het pand impliceert.

Niettemin valt er volgens het hof wel wat voor te zeggen om de bestuurder in zekere mate te vrijwaren voor de situatie dat hij in hoger beroep gelijk krijgt. De curator heeft in dit verband de bereidheid uitgesproken om in afwijking van de wettelijke rangorde van schuldeisers de eventuele restitutievordering van de bestuurder uit hoofde van de executie van het beslag op het pand voorrang te geven boven de vorderingen van andere boedelschuldeisers. Ook boven de faillissementskosten. Het hof komt tot de conclusie dat het restitutierisico dat de bestuurder vreest, hiermee in voldoende mate wordt ondervangen. Die voorrang stelt het hof dan ook als voorwaarde aan de uitvoerbaarheid bij voorraad.

A.L.M. van Rooij, november 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-10-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:10097

Zaaknummer: 200.291.419/01

Rechters: J.H. Kuiper, M.W. Zandbergen en J. Smit

Advocaten: G. Krol en R.H. Bask

Wetsartikelen: 235 Rv en 351 Rv

RECHTSPRAAK

Poging van curator om de bank een bedrag te laten uitkeren op grond van het Uniform Herstelkader Rentederivaten faalt

Een vordering op de bank kan niet rechtstreeks voortvloeien uit het Uniform Herstelkader Rentederivaten. Daarnaast is het niet aan de civiele rechter om te treden in de uitvoering van het UHK. De vorderingen van de curator worden afgewezen.

Gefailleerde heeft in het verleden een rentederivaat afgesloten bij Deutsche Bank. Het Uniform Herstelkader Rentederivaten ('UHK') regelt op welke wijze banken klanten die zijn benadeeld door rentederivaten een aanbod tot herstel kunnen aanbieden. Deutsche Bank heeft een dergelijk aanbod aan de curator gedaan, inhoudende dat er geen geldbedrag wordt uitgekeerd maar dat de schuld van gefailleerde aan de bank wordt verminderd. De curator is het niet met dit aanbod eens en probeert via een procedure te bewerkstelligen dat de bank alsnog een geldbedrag aan de boedel uitkeert.

De rechtbank oordeelt dat het aanbod van de bank niet door de curator is aanvaard, zodat er geen overeenkomst tussen de bank en curator tot stand is gekomen. Subsidiair stelt de curator dat de boedel een vordering heeft op de bank die voortvloeit uit het UHK. Dit beroep wordt afgewezen omdat een vordering op de bank niet rechtstreeks kan voortvloeien uit het UHK. Er kan pas een vordering ontstaan als de bank op grond van het UHK een aanbod doet dat door de cliënt die een derivaat heeft afgesloten wordt aanvaard. De meer subsidiaire stelling van de curator is dat de bank een nieuw aanbod moet doen en de rechtbank haar daartoe moet veroordelen. Er is echter inmiddels een duidelijke lijn in de rechtspraak dat het niet aan de civiele rechter is om te treden in de uitvoering van het UHK.

Voorts stelt de curator dat het UHK een derdenbeding zou bevatten waardoor de curator een beroep op het UHK kan doen. De rechtbank overweegt dat in het UHK een zeer expliciete bepaling is opgenomen dat klanten die een aanbod niet aanvaarden, geen rechten kunnen ontlenen aan de in het UHK omschreven regeling. De regeling houdt dus juist expliciet in dat derden er geen beroep op kunnen doen. Nu de curator geen rechten aan het UHK kan

ontlenen, kan hij ook niet in rechte een discussie voeren over de inhoud daarvan. Vervolgens stelt de curator dat er een rechtvacuüm zou ontstaan als de rechter niet zou kunnen toetsen of een aanbod conform het UHK is. Dit argument biedt volgens de rechtbank geen juridische grondslag voor een veroordeling van de bank om een ander UHK-aanbod te doen. Bovendien is er geen sprake van een rechtvacuüm omdat het UHK onverlet laat dat klanten in een bodemprocedure schadevergoeding van de bank kunnen vorderen. Tot slot doet de curator nog een beroep op de redelijkheid en billijkheid. De rechtbank oordeelt dat de juridische onderbouwing van die gedachtegang ontbreekt en er dus geen grondslag is voor de gevraagde veroordeling.

Concluderend is de bank niet gehouden een nieuw aanbod te doen conform de wensen van de curator. De rechtbank zal geen prejudiciële vragen stellen. De meeste door de curator voorgestelde vragen zijn geen rechtsvragen en ze voldoen daarnaast niet aan de vereisten van artikel 392 lid 1 Rv.

M.M. Eveleens-van der Zwaag, november 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 28-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:5700

Zaaknummer: C/13/687750 / HA ZA 20-778

Rechters: N.A.J. Purcell

Advocaten: W.A.A.J. Fick-Nolet en A.J. Haasjes

Wetsartikelen: 53 Fw, 6:225 BW en 6:2 BW