

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 14, 2023

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2023:1067](#) 07-07-2023

Voortzetting en overneming procedure ex artikel 29 Fw is niet in strijd met artikel 1 Eerste Protocol EVRM

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:5653](#) 04-07-2023

Aansprakelijkheid stichtingsbestuurder: geen disculpatie omdat de bestuurder zich ten onrechte niet met het bestuur van de stichting bemoeide

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:1833](#) 06-06-2023

Curatoren niet aansprakelijk voor lange duur faillissement

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:1162](#) 23-05-2023

Aanbod aan een curator onder het Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB

Rechtbank

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2023:4754](#) 05-07-2023

Activatransactie onder verrekening van koopprijs kort voor faillissement. Deels paulianus. Geen automatische bestuurdersaansprakelijkheid.

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2023:3738](#) 30-06-2023

Executiegeschil en werking artikel 69 Fw

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2023:3494](#) 28-06-2023

Paulianeuze inbetalinggeving bedrijfswagens

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2023:4672](#) 26-04-2023

Schadevergoeding verschuldigd wegens onterechte aanvraag faillissement

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:1075](#) 10-03-2023

Verlenging afkoelingsperiode en afwijzing aspectenverzoek WHOA

RECHTSPRAAK

Paulianeuze inbetalinggeving bedrijfswagens

De curator van een failliete BV heeft naar het oordeel van de rechtbank terecht de inbetalinggeving van drie bedrijfswagens vernietigd op grond van artikel 42 Fw. Omdat teruggave van de bedrijfswagens in dezelfde staat niet mogelijk is, moet de wederpartij de waarde van de bedrijfswagens op het moment van de inbetalinggeving vergoeden.

Een holding is moedermaatschappij van een op 6 januari 2022 failliet verklaarde BV en een andere werkmaatschappij. In de andere werkmaatschappij werd een onderneming gedreven waarin pakketten werden bezorgd en vervoerd. De bedrijfswagens waarmee de pakketten werden vervoerd waren verdeeld over de holding en de failliet BV. Beide vennootschappen verhuurden de wagens aan de failliet BV. De holding en de andere werkmaatschappij zijn respectievelijk op 11 februari 2020 en 28 april 2020 failliet verklaard.

Een transportbedrijf verrichtte regelmatig koeriersdiensten voor de andere werkmaatschappij. Tot 16 september 2019 werd het transportbedrijf gedreven in de vorm van een VOF met twee vennoten. Per 16 september 2019 is het transportbedrijf voortgezet door een van de vennoten. De vennoot die de onderneming heeft voortgezet is gedaagd in deze procedure.

De procedure ziet op een verrekenverklaring die op 8 februari 2020 is opgesteld tussen (in ieder geval) de vennoot, de failliete BV en de andere werkmaatschappij. In deze verrekenverklaring is een vordering van het transportbedrijf of de andere werkmaatschappij wegens geleverde diensten verrekend met een vordering van de failliete BV op het transportbedrijf wegens de verkoop van drie bedrijfswagens. Hiermee is in feite sprake van inbetalinggeving. Op dezelfde wijze zijn drie bedrijfswagens van de holding verkocht aan het transportbedrijf en is de koopprijs verrekend met de openstaande vordering van het transportbedrijf. Het hof Arnhem-Leeuwarden heeft op 10 januari 2023 geoordeeld dat de inbetalinggeving van de holding aan het transportbedrijf paulianeus is.

In deze procedure gaat het om het beroep dat de curator in het faillissement van de failliete BV heeft gedaan op pauliana. De curator vordert primair vergoeding van de waarde van de

bedrijfswagens en subsidiair teruggave van de bedrijfswagens. De rechtbank wijst de primaire vordering toe.

De rechtbank overweegt dat de inbetalinggeving paulianeus was op grond van artikel 42 Fw. De rechtshandeling is onverplicht verricht en de bedrijfswagens zijn aan het vermogen van de failliete BV onttrokken, zodat schuldeisers zijn benadeeld. De rechtbank oordeelt dat sprake was van een rechtshandeling om niet. In februari 2020 was geen sprake meer van continuïteit en perspectief voor de onderneming van de failliete BV en de failliet BV was voor de verkoop of verhuur van de rest van het wagenpark niet aangewezen op het transportbedrijf. Het transportbedrijf heeft daarom geen tegenprestatie geleverd. Om deze reden hoeft de wetenschap van benadeling alleen aanwezig te zijn bij de schuldenaar.

Die wetenschap was naar het oordeel van de rechtbank aanwezig, omdat de onderneming in ieder geval op 11 februari 2020, dus drie dagen na het sluiten van de verrekeningsovereenkomst, is gestaakt. De vennoot van het transportbedrijf heeft niet weersproken dat de failliete BV vanaf dat moment geen (andere) inkomstenbronnen en financiële middelen had, terwijl er wel schulden waren. Dat twee jaar is verstreken tussen de rechtshandeling en het faillissement doet hieraan niet af.

Als gevolg van de vernietiging moeten de bedrijfswagens in beginsel op grond van artikel 51 lid 1 Fw worden teruggegeven aan de curator. Tussen partijen is niet in geschil dat teruggave van de bedrijfswagens niet meer mogelijk is. De bedrijfswagens zijn drie jaar intensief gebruikt en het transportbedrijf heeft diverse reparaties aan de bedrijfswagens verricht. Om die reden moet de verbintenis tot teruggave worden omgezet in een verbintenis tot schadevergoeding. Voor bepaling van de waarde gaat de rechtbank uit van de bedragen die aan het transportbedrijf zijn gefactureerd. Deze bedragen zijn opgenomen in het verrekeningsoverzicht. De rechtbank veroordeelt de vennoot van het transportbedrijf daarom tot betaling van € 35.090 aan de curator.

H.J. de Kloe, juli 2023

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 28-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2023:3494

Zaaknummer: 402898

Rechters: M.S.T. Belt

Advocaten: I.J.G.H. Hage en C.L. Berkel

Wetsartikelen: 42 Fw en 51 Fw

RECHTSPRAAK

Voortzetting en overneming procedure ex artikel 29 Fw is niet in strijd met artikel 1 Eerste Protocol EVRM

Een procedure wordt in hoger beroep geschorst ex artikel 29 Fw vanwege het faillissement van een van de procespartijen. Vervolgens wordt de procedure tegen de gefailleerde voortgezet, waarbij een schuldeiser in het faillissement – die de vordering tegen de gefailleerde betwist – de procedure overneemt. De Hoge Raad oordeelt dat, indien vervolgens de vordering wordt vastgesteld en erkend in het faillissement, dit niet in strijd is met het recht op ongestoord genot van eigendom (art. 1 Eerste Protocol EVRM). Daarnaast oordeelt de Hoge Raad over processuele aspecten van deze zaak.

Eisers in cassatie zijn in gemeenschap van goederen gehuwd. De man heeft zich (met toestemming van de vrouw) jegens de verweerder in cassatie borg gesteld voor de terugbetaling van een lening van verweerder aan drie vennootschappen, tot een maximumbedrag van € 1 miljoen. Verweerder heeft een procedure aanhangig gemaakt om de man als borg te doen veroordelen tot betaling van € 1 miljoen en de vrouw te doen gebieden het verhaal op de huwelijksgemeenschap te gedogen. De rechtbank heeft die vorderingen toegewezen. De vorderingen van eisers in reconventie zijn afgewezen. Eisers hebben hoger beroep ingesteld. Vanwege het faillissement van de man in 2014 is de procedure in hoger beroep ten aanzien van de man geschorst op grond van artikel 29 Fw en ten aanzien van de vrouw doorgehaald.

Verweerder heeft vervolgens zijn vordering ingediend in het faillissement, maar die is op de verificatievergadering betwist door de man en door een andere schuldeiser. Daarop is de onderhavige procedure overeenkomstig artikel 29 Fw voortgezet tussen verweerder en de schuldeiser, waardoor deze, in de plaats van de man, partij daarin is geworden. Het hof heeft geoordeeld dat de vordering voor een bedrag van € 1 miljoen moet worden erkend in het faillissement. Het hoger beroep van de vrouw is verworpen. In cassatie wordt de man niet-ontvankelijk verklaard in zijn beroep tegen het oordeel van het hof, omdat hij – nadat de

schuldeiser zijn plaats had overgenomen – geen partij meer was in de procedure. De vrouw wordt wel ontvangen in cassatie.

Ten eerste klaagt de vrouw dat het hof haar hoger beroep onterecht heeft verworpen, omdat zij in het geheel niet bij de procedure in hoger beroep is betrokken of is gekend, nadat deze is hervat ex artikel 29 Fw. De Hoge Raad oordeelt dat deze klacht slaagt. Het stond het hof niet vrij te beslissen op het hoger beroep tussen de vrouw en verweerder, omdat de procedure tussen hen niet meer op de rol stond, noch een van de partijen heeft verzocht deze weer op de rol te plaatsen om voort te procederen. De Hoge Raad vernietigt daarom de beslissing van het hof in het hoger beroep van de vrouw.

Voor zover het gaat om het hoger beroep van de vrouw, verwijst de Hoge Raad de zaak terug naar het hof. Hij merkt verder op dat het faillissement van de man in 2014, ingevolge artikel 63 lid 1 Fw, ook als het faillissement van de huwelijksgemeenschap wordt behandeld. Het hof had derhalve moeten verstaan dat de vordering van verweerder door het faillissement van rechtswege (ook) tegen de vrouw was geschorst. Indien het geding na cassatie en terugverwijzing wordt hervat, dan zal het hof voor zover nodig alsnog toepassing moeten geven aan de schorsingsregeling van artikel 29 Fw, aldus de Hoge Raad.

De tweede klacht houdt in dat de voortzetting en overneming van het geding tussen de man en verweerder op grond van artikel 29 Fw, en vervolgens de erkenning en vaststelling van de vordering van verweerder in het faillissement, in strijd zou komen met het recht op ongestoord genot van eigendom, zoals neergelegd in artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM. Deze klacht faalt. De bedoelde inmenging met artikel 1 Eerste Protocol EVRM is namelijk bij wet voorzien en wordt gerechtvaardigd door het algemene belang dat schuldeisers van de gefailleerde zo veel mogelijk worden voldaan, aldus de Hoge Raad. Hij oordeelt verder dat de inmenging proportioneel is, mede omdat (i) de erkenning van de vordering in faillissement – bij voldoende betwisting door gefailleerde – geen kracht van gewijsde zaak tegen hem heeft, (ii) het proces-verbaal van de verificatievergadering jegens hem geen voor tenuitvoerlegging vatbare titel oplevert en (iii) de beslissing in de procedure die ex artikel 29 Fw is voortgezet, gefailleerde niet bindt.

R.J.H. Berghuis, juli 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 07-07-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:1067

Zaaknummer: 22/00109

Rechters: M.V. Polak, C.H. Sieburgh, F.R. Salomons, G.C. Makkink en K. Teuben

Advocaten: J. de Jong van Lier en T.T. van Zanten

Wetsartikelen: 29 Fw en 1 Eerste Protocol EVRM

RECHTSPRAAK

Activatransactie onder verrekening van koopprijs kort voor faillissement. Deels paulianeus. Geen automatische bestuurdersaansprakelijkheid.

Een verkoop van alle activa onder verrekening van de koopprijs kort voor faillissement wordt door de rechtbank aanvaardbaar geacht voor zover de verkochte activa verpand waren. Voor het overige was de transactie paulianeus. De rechtbank acht niet aannemelijk dat het paulianeuze deel van de transactie ook een belangrijke oorzaak was van het faillissement.

Inleiding

Dit vonnis betreft een geschil tussen de faillissementscurator van Flex Company B.V. (voorheen genaamd Dispack Supply Chain Solutions B.V.). Tot enkele maanden voor haar faillietverklaring dreef deze vennootschap een onderneming die zich bezighield met het verzorgen van productdisplays in winkels.

Feiten

Geldlening en vestiging pandrecht

Op 14 januari 2014 is tussen Flex Company en een van haar aandeelhouders (tevens bestuurder) een onderhandse akte getiteld 'Schuldbekentenis, tevens akte van Geldlening' ondertekend, waarin staat dat Flex Company aan haar aandeelhouder-bestuurder (hierna: LeNroy) € 100.000,00 schuldig is. De akte bevatte een verplichting tot het stellen van zekerheid met de volgende formulering: "Tot meerdere zekerheid van de voldoening van al hetgeen Schuldenaar uit hoofde van voormelde lening of uit hoofde van welke rechtsverhouding dan ook is verschuldigd aan Schuldeiser, verstrekt Schuldenaar zekerheden aan Schuldeiser conform de inhoud van een pandakte, welke partijen tekenen gelijktijdig met de ondertekening van de onderhavige akte."

In een op dezelfde dag opgemaakte onderhandse pandakte is ten gunste van LeNroy onder meer (naast pandrechten op inventaris en voorraden) een stil pandrecht gevestigd op huidige en toekomstige vorderingen op debiteuren van Flex Company. Omtrent de vordering(en) waarvoor (c.q. tot zekerheid waarvan) het betreffende pandrecht gevestigd wordt, bevatte de pandakte de volgende formuleringen: *“In aanmerking nemende dat: (a) tussen Pandgever als schuldenaar en Pandnemer als schuldeiser op 31 december 2013 een schuldbekentenis, tevens akte van geldlening is gesloten; (b) deze Pandakte een onlosmakelijk geheel vormt met de hiervoor bedoelde Schuldbekentenis, tevens Akte van geldlening; (c) Pandgever tot zekerheid voor al hetgeen zij uit hoofde van de Schuldbekentenis, tevens Akte van geldlening als hiervoor bedoeld aan Pandnemer verschuldigd zal zijn, een pandrecht wenst te vestigen; (...)”*

en (in artikel 1.1 van de pandakte): *“Deze verpanding (eerste in rang) geschiedt tot meerdere zekerheid in de zin van bovengenoemde akte van geldlening en onder de bepalingen als in deze pandakte zijn vermeldt.”*

en (in artikel 3 van de pandakte): *“Deze Pandakte blijft geldig tot al wat verschuldigd is uit hoofde van de Schuldbekentenis, tevens Akte van geldlening blijkens een schriftelijke verklaring van Pandnemer is voldaan. Pandnemer verplicht zich tot het afgeven van deze verklaring op het tijdstip van algehele voldoening van het verschuldigde op grond van de Schuldbekentenis, tevens Akte van geldlening.”*

De pandakte is geregistreerd op 5 maart 2014.

Financiële glijvlucht van Flex Company en cessie van vorderingen

In de jaren 2014 tot en met 2017 heeft Flex Company steeds een negatief eigen vermogen gehad. Eind december 2016 werkte Flex Company mee aan een interne taxatie van haar (verpande) inventaris.

Bij onderhandse akte van 1 november 2017 is tussen (onder anderen) LeNroy en Flex Company vastgelegd dat een aan hen beiden gelieerde vennootschap een vordering op Flex Company à € 547.814,48 heeft overgedragen aan LeNroy en dat Flex Company (debitor cessus) die overdracht erkent.

In een onderhandse akte van eveneens 1 november 2017 is tussen LeNroy en Flex Company tevens vastgelegd: *“De genoemde schuld € 547.814,48 met de mogelijk oplopende schulden als gevolg van stortingen en opgekomen rente (zoals dan blijkt uit desbetreffende administratie) zal worden toegevoegd aan de schuldbekentenis, tevens akte van geldlening met de daarbij behorende bepalingen en zekerheden zoals d.d. 14 januari 2014 vastgelegd en overeengekomen.”*

Bij bericht van 6 november 2017 schreef LeNroy aan Flex Company dat zij vanwege de slechte financiële situatie van Flex Company voornemens is om haar pandrechten te gaan uitoefenen, tenzij een herstructurering op korte termijn soelaas zou bieden.

Op 31 december 2017 zegde de verhuurder van het bedrijfspand van Flex Company de huurovereenkomst op, met als opzeggingsreden dat: *“Thans de situatie is ontstaan dat huurder niet meer bij machte is haar schuldeisers te voldoen, waaronder ook EM.KOM Vastgoed B.V. in haar hoedanigheid van verhuurder van het voornoemd onroerend goed, en derhalve te voorzien is dat na heden geen huur zal worden voldaan.”* EM.KOM Vastgoed B.V. is een vennootschap van (ten minste een van) de middellijk bestuurders van Flex Company.

Op 18 januari 2018 heeft Flex Company haar vorderingen (tevens) aan de Belastingdienst verpand. In de pandakte met de Belastingdienst kwam onder meer de zinsnede voor: “[Flex Company] geeft de vorderingen in pand, omdat hij zijn schuld op dit moment niet kan betalen.”

Overdracht activa onder verrekening van de koopprijs

Bij overeenkomst van 29 juni 2018 verkoopt Flex Company al haar activa aan LeNroy. Onder de verkochte activa zijn blijkens de overeenkomst ook een post ‘goodwill’ en een vordering op Meenz B.V. (ook een aan de contracterende partijen gelieerde vennootschap) à € 142.451,15. Na het sluiten van deze overeenkomst zet LeNroy de bedrijfsactiviteiten van Flex Company voort, met gebruikmaking van de van Flex Company overgenomen roerende zaken, haar handelsnaam, haar website en hetzelfde telefoonnummer. De koopprijs voor de overgenomen activa werd in de koopovereenkomst verrekend met de vorderingen van LeNroy op Flex Company; zowel met de vordering die benoemd was in de ‘Schuldbekentenis, tevens akte van geldlening’ van 14 januari 2014 als met de vordering die LeNroy blijkens de akte van 1 november 2017 van een andere gelieerde vennootschap overgenomen had.

Op 8 augustus 2018 wordt het besluit tot eigen aangifte van het faillissement van Flex Company genomen. Op 28 augustus 2018 wordt Flex Company failliet verklaard, met benoeming van mr. J.L. de Crom tot curator ('de curator').

Vorderingen van de curator

Bij brief van 21 augustus 2021 aan de rechtstreekse en de middellijke bestuurders van Flex Company (waaronder LeNroy) ageert de curator op basis van artikel 42 Fw en artikel 54 Fw tegen de/het (complex van) rechtshandeling(en) dat besloten lag dan wel voortvloeide uit de akte van 29 juni 2018. In dit kader stelt de curator zich op het standpunt dat LeNroy de aan haar overgedragen activa van Flex Company moet terugleveren aan de curator, of een schadevergoeding moet betalen ter grootte van de koopprijs die in de akte van 29 juni 2018 is

overeengekomen.

De curator stelt tevens de (rechtstreekse en middellijke) bestuurders aansprakelijk voor het faillissementstekort ex artikel 2:248 BW. De onbehoorlijkheid van het gevoerde bestuur is volgens de curator gelegen in de transactie van 29 juni 2018, waardoor Flex Company verstoken werd van haar activa en daarmee haar mogelijkheden om inkomsten te genereren, terwijl zij als gevolg van de verrekening van de koopprijs ook niet kon beschikken over liquide middelen om haar overblijvende schuldeisers te betalen. Ook was er volgens de curator niet aan de boekhoudplicht voldaan.

Subsidiair spreekt de curator de bestuurders aan tot schadevergoeding (ex art. 2:9 BW en/of art. 6:162 BW) ter grootte van de waarde van de aan Flex Company onttrokken activa. Volgens de curator kan die waarde gelijkgesteld worden aan koopprijs die in de akte van 29 juni 2018 aan de activa van Flex Company werd toegedicht.

Geschil en beoordeling

LeNroy en de andere aangesproken partijen verweren zich tegen de vorderingen van de curator. In de eerste plaats door een beroep op rechtsverwerking; gedaagden brengen naar voren dat zij al sinds 3 september 2018 helemaal niets meer van de curator hadden gehoord, totdat zij op 21 augustus 2021 ineens de brief met een aansprakelijkstelling en een beroep op artikel 42 Fw en 54 Fw ontvingen. Zo'n lange radiostilte van de zijde van de curator maakt het volgens gedaagden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar als de curator nu nog ontvangen zou worden in zijn vorderingen. De bewijspositie van gedaagden zou door het tijdsverloop ook verslechterd zijn.

De rechtbank volgt gedaagden niet in dit betoog, overwegende dat louter stilzitten niet tot rechtsverwerking leidt. De stelling dat door het stilzitten van de curator hun bewijspositie verslechterd is, hebben gedaagden niet onderbouwd.

Tegen alle vorderingen van de curator die gebaseerd zijn op de gedachte dat de overeenkomst van 29 juni 2018 (en alle rechtshandelingen die daaruit voortvloeiden) ontoelaatbaar zou(den) zijn, verweren gedaagden zich met het argument dat die hele transactie neerkwam op uitoefening van het pandrecht van LeNroy, gevestigd door registratie van de pandakte van 14 januari 2014 op 5 maart 2014.

De curator voert in reactie hierop (onder meer) aan dat het op 5 maart 2014 tot stand gekomen pandrecht niet geldt tot zekerheid van de vordering op Flex Company die LeNroy blijkens de akte van 1 november 2017 heeft overgenomen van een derde, omdat uit de tekst van de pandakte (gelezen in samenhang met de 'schuldbekentenis, tevens akte van geldlening') volgt

dat het pandrecht alleen werd gevestigd voor de geldlening die daarin wordt benoemd.

Gedaagden wijzen van hun kant op de zinssnede “*Tot meerdere zekerheid van de voldoening van al hetgeen Schuldenaar uit hoofde van voormelde lening of uit hoofde van welke rechtsverhouding dan ook is verschuldigd aan Schuldeiser, verstrekt Schuldenaar zekerheden (...)*” [onderstreping IL] in de ‘Schuldbekentenis, tevens akte van geldlening’ en op de zinssnede: “*Pandgever tot zekerheid voor al hetgeen zij uit hoofde van de Schuldbekentenis, tevens Akte van geldlening als hiervoor bedoeld aan Pandnemer verschuldigd zal zijn, een pandrecht wenst te vestigen*” [onderstreping IL] in de pandakte. Volgens hen blijkt daaruit dat de akte strekte tot zekerheid van al hetgeen LeNroy uit hoofde van welke rechtshandeling dan ook te vorderen zou krijgen van Flex Company.

De rechtbank overweegt dat de bepaling van de reikwijdte van het pandrecht een kwestie is van uitleg van de pandakte, dat deze moet worden uitgelegd in samenhang met de ‘Schuldbekentenis, tevens akte van geldlening’. De rechtbank volgt bij de uitleg vervolgens het standpunt van gedaagden. De rechtbank stelt vast dat de overgenomen vordering reeds op basis van de tekst van de twee aktes van 14 januari 2014 gedekt werd door het pandrecht, zonder dat daar de akte van 1 november 2017 (de clause waarmee de overgenomen vordering door partijen werd ‘toegevoegd’ aan de Schuldbekentenis, tevens akte van geldlening) nog voor nodig was.

Vervolgens beoordeelt de rechtbank of artikel 54 Fw in de weg staat aan verrekening van de overgenomen vordering. De curator wijst in dit verband op het bericht van 6 november 2017, waarin er door LeNroy al werd opgemerkt dat het zo slecht ging met Flex Company dat zij haar pandrecht wilde gaan uitoefenen, tenzij de herstructurering een kentering te weeg zou brengen. Gedaagden wijzen erop dat zij meenden dat een kentering (ten goede) daadwerkelijk mogelijk was en dat zij dus in november 2017 nog niet wisten dat een faillissement van Flex Company met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te verwachten was. Het faillissement zou volgens gedaagden pas onvermijdelijk zijn geworden doordat in 2018 twee belangrijke klanten wegvielen.

De rechtbank volgt ook hier het standpunt van gedaagden en gaat ervan uit dat LeNroy te goeder trouw was toen zij (op of voor 1 november 2017) de vordering op Flex Company overnam.

In de overeenkomst van 29 juni 2018 verkocht Flex Company ook een vordering op Meenz B.V. aan LeNroy. Ook de koopprijs voor die vordering werd verrekend. De curator voert aan dat de vordering op Meenz B.V. niet aan LeNroy verpand kan zijn, omdat het zou gaan om een in rekening-courant geboekte vordering op Meenz, terwijl er blijkt de jaarrekening van Flex

Company op 31 december 2014 geen vordering op Meenz bestond. De vordering op Meenz was op 5 maart 2014 (registratiedatum pandakte) dus een 'dubbel toekomstige vordering' en kan daarom niet verpand zijn. Gedaagden brengen hiertegen in dat op 5 maart 2014 wel reeds een bestendige 'rekening-courantverhouding' tussen Flex Company en Meenz bestond, waar de in de overeenkomst van 29 juni 2018 benoemde vordering uit voortgevloeid is. Aldus impliceren gedaagden dat de vordering op Meenz B.V. op 5 maart 2014 niet 'dubbel toekomstig' was, maar slechts enkelvoudig toekomstig. De rechtsverhouding waar de vordering uit voortvloeide zou al wel hebben bestaan.

De rechtbank overweegt dat gedaagden met hun stellingen niet voldoende gemotiveerd hebben dat er echt al een rekening-courantverhouding tussen Flex Company en Meenz bestond in 2014. De rechtbank gaat ervan uit dat er geen bestendige rekening-courantverhouding bestond in 2014 en dat daarom de vordering op Meenz die in 2015 is ontstaan niet verpand is.^[1]

De rechtbank neemt ook aan dat Flex Company en LeNroy op 29 augustus 2018 het faillissement van Flex Company en het tekort daarin wél met een redelijke mate van waarschijnlijkheid konden voorzien. De overdracht van de vordering op Meenz onder verrekening van de koopprijs voor die vordering met de schuld aan LeNroy was ook (evident) benadelend voor de andere schuldeisers van Flex Company, omdat de vordering op Meenz geïnd had kunnen worden ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, als deze nog in de boedel gezeten zou hebben. Ten aanzien van de verkoop van de vordering op Meenz slaagt dus het beroep van de curator op artikel 42 Fw.

De curator heeft voorts aangevoerd dat Flex Company in de overeenkomst van 29 juni 2018 ook haar goodwill verkocht heeft (blijkens de overeenkomst: voor een prijs van € 200.000,00), dat ook de koopprijs daarvoor verrekend is en dat ook dit paulianeus dan wel onrechtmatig was. Gedaagden voeren aan dat de goodwill niet echt verkocht is, maar dat dit alleen als een sluitpost in de overeenkomst is opgenomen om de vordering van LeNroy op Flex Company volledig te kunnen wegstrepen. De rechtbank overweegt dat uit de feiten blijkt dat er wel echt goodwill is overgedragen. De rechtbank acht hiervoor relevant dat LeNroy de handelsnaam van Flex Company overgedragen heeft gekregen, dat zij de activiteiten van Flex Company daadwerkelijk voortzet en dat zij daarbij gebruikmaakt van de website van Flex Company, het telefoonnummer van Flex Company en van de andere overgenomen activa. De rechtbank overweegt ook dat goodwill niet verpand kan worden en dat LeNroy haar vordering op Flex Company daarom niet (door verrekening) op de koopprijs voor de goodwill had mogen verhalen. Als de goodwill nog in de boedel gezeten had ten tijde van het faillissement, had de curator deze te gelde kunnen maken voor de gezamenlijke schuldeisers. Ook ten aanzien van de verkoop van de goodwill slaagt dus het beroep op artikel 42 Fw.

De rechtbank spreekt in het onderhavige vonnis (nog) geen veroordeling uit tot teruglevering van de vordering op Meenz en de goodwill. Wel laat de rechtbank zich uit over de waarde van de goodwill. Volgens de rechtbank kan niet worden aangenomen dat die echt € 200.000 waard was. De rechtbank begroot de waarde op € 20.000.

Ten aanzien van de aansprakelijkstelling van de bestuurders ex artikel 2:248 BW overweegt de rechtbank dat er niet voldoende reden is om aan te nemen dat in deze casus niet aan de boekhoudplicht is voldaan. De bestuurders hebben betoogd dat het faillissement van Flex Company, anders dan de curator stelde, niet is veroorzaakt door de overeenkomst van 29 juni 2018, maar doordat Flex Company al langere tijd financieel niet erg sterk was en vervolgens in 2018 twee belangrijke klanten wegvielen. De curator heeft dat niet goed kunnen weerleggen. Nog los van de vraag of hetgeen de curator aan de bestuurders verwijt gekwalificeerd kan worden als kennelijk onbehoorlijk bestuur, is dus naar het oordeel van de rechtbank in ieder geval niet (voldoende) aannemelijk dat er causaal verband is tussen het volgens de curator verwijtbare handelen en het faillissement van Flex Company. Daarop strandt volgens de rechtbank de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering.[2]

Wenk

In de bovenstaande samenvatting zijn niet alle discussiepunten tussen de curator en de gedaagden besproken. Er was ook onenigheid over de waarde van de aan LeNroy verpande en in de overeenkomst van 29 juni 2018 betrokken inventaris en voorraad en over de vraag of de volgens de akte van 1 november 2017 door LeNroy overgenomen vordering op Flex Company wel rechtsgeldig gecedeerd is. Daar debatteren partijen op een latere roldatum nog over voort.

Ook hebben gedaagden zich in deze zaak nog beroepen op verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging ex artikel 42 Fw, maar daar maakte de rechtbank korte metten mee. Flex Company was immers pas op 28 augustus 2018 failliet verklaard en de curator behield zich bij brief van 21 augustus 2021 het recht om artikel 42 Fw in te roepen expliciet voor, om vervolgens binnen zes maanden te dagvaarden. Daarmee was de curator ruim op tijd met zijn stuiting. De verjaringstermijn van een artikel 42 Fw-vordering kan immers zeker niet vóór de faillietverklaring gaan lopen, maar gaat ook niet meteen vanaf de dag van de faillietverklaring van start (HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:153, r.o. 5.11 en 5.12). Bepalend is immers het moment waarop de curator de benadeling van de schuldeisers daadwerkelijk heeft ontdekt.

I.F.M. Lakwijk, juli 2023

[1] Aan de vraag of een rekening-courantverhouding een soort rechtsverhouding is waar vorderingen überhaupt uit kunnen 'voortvloeien' met de voor (stille) verpanding vereiste

rechtstreeksheid, gaat de rechtbank voorbij.

[2] Omdat er in dit vonnis nog punten zijn waarover partijen zich nader mogen uitlaten of bewijs mogen leveren, wordt de vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid nog niet daadwerkelijk afgewezen. Zo wordt vermeden dat de appèltermijn voor die beslissing eerder gaat lopen dan voor de punten waarover partijen nog verder moeten debatteren in eerste aanleg.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 05-07-2023

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2023:4754

Zaaknummer: C/02/395275 / HA ZA 22-109 (T)

Rechters: Hermans

Advocaten: S. Lagidse, S.A.C.R. Wahlbrinck en J. Slager

Wetsartikelen: 42 Fw, 54 Fw, 2:248 Fw, 2:10 BW en 3:239 BW

RECHTSPRAAK

Curatoren niet aansprakelijk voor lange duur faillissement

Lange duur faillissement en gebrek aan inkomen tijdens faillissement leidt niet tot aansprakelijkheid van curatoren. De verwijten die de curatoren worden gemaakt zijn grotendeels veroorzaakt door het eigen handelen van failliet.

Onderwerp van deze procedure is de aansprakelijkstelling van twee curatoren door een voormalig failliet. De failliet verwijt de curatoren – die elkaar hebben opgevolgd – dat zij zijn faillissement te lang hebben opengehouden, hebben aangestuurd op een bevel tot bewaring, eraan hebben bijgedragen dat hij geen inkomen had, geen vrij te laten bedrag ('vtlb') hebben laten vaststellen, leugenachtige verklaringen hebben afgelegd en onjuiste en incomplete faillissementsverslagen hebben opgemaakt. De failliet heeft de curatoren aansprakelijk gesteld voor de schade die hij door hun handelen heeft geleden, nader op te maken bij staat.

In eerste aanleg zijn de vorderingen van de failliet afgewezen. Het gerechtshof 's-Hertogenbosch behandelt de verwijten één voor één en concludeert aan de hand van de *Maclou*-norm en het arrest *Prakke/Gips* dat van aansprakelijkheid geen sprake is.

Ten aanzien van het aansturen op een bevel tot bewaring oordeelt het hof dat de toenmalige curator de rechter-commissaris volledig en juist heeft geïnformeerd over de gronden voor een bevel tot bewaring. Het hof oordeelt daarbij dat failliet herhaaldelijk toezeggingen over het aanleveren van informatie en het inleveren van zijn auto niet nakwam. De medische situatie van failliet was (ook) geen reden om af te zien van het verzoek om een bevel tot bewaring. Het hof oordeelt dat niet gebleken is dat de medische situatie in de weg stond aan het nakomen van de informatie- en mededelingsplicht. Daarbij neem het hof in acht dat failliet tijdens een faillissementsverhoor onvoorwaardelijke toezeggingen deed voor het aanleveren van stukken en informatie. Het hof overweegt verder nog dat failliet in hoger beroep had kunnen komen van de beschikking tot inbewaringstelling.

Dat de curatoren het bevel tot bewaring in stand lieten, kan hun ook niet verweten worden naar het oordeel van het hof, aangezien failliet het naliet zijn informatie- en mededelingsplicht na te komen. Met name ten aanzien van zijn inkomen en zijn administratie

heeft failliet ondanks vele verzoeken steeds niet voldoende informatie gegeven. Aangezien een bevel tot bewaring een dwangmiddel is om een failliet aan zijn verplichtingen als failliet te laten voldoen, was het geoorloofd het bevel te laten voortduren.

Met het gegeven dat failliet lange tijd niet aan zijn verplichtingen voldeed, is het verwijt dat de curatoren zijn faillissement hebben laten voortduren ook van tafel.

Voor het niet laten vaststellen van een vtlb oordeelt het hof dat failliet dit aan zichzelf te wijten heeft gehad; hij leverde steeds geen informatie aan zodat geen berekening kon worden gemaakt.

Dat failliet enige tijd verstoken is geweest van een (pensioen)inkomen kan de curatoren volgens het hof ook niet worden verweten. Ook daarvan ligt de oorzaak bij failliet zelf nu de reden daarvan is dat hij niet aan zijn meldplicht voldeed en er geen sprake van is geweest dat betalingen zijn gestaakt door toedoen van de curatoren.

Dat tot slot de curatoren leugenachtig zouden hebben verklaard, is niet vast komen te staan. Het enige verwijt dat hun kan worden gemaakt is dat zij in de faillissementsverslagen wel hebben gemeld dat strafrechtelijke aangifte is gedaan, maar niet dat er vrijspraak is gevolgd. Dat verwijt leidt echter niet tot schending van de *Macclou*-norm en het hof wijst er nog op dat failliet zelf had kunnen verzoeken om een dergelijke melding in het verslag op te nemen, maar dat niet heeft gedaan.

W.T.N. Vlasveld, juli 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-06-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:1833

Zaaknummer: 200.298.690_01

Rechters: H.A.G. Fikkers, N.W.M. van den Heuvel en R.W. Karskens

Advocaten: B.H.A. Augustin en E.A.L. van Emden

Wetsartikelen: 87 Fw, 88 Fw, 105 Fw, 20 Fw en 21 Fw

RECHTSPRAAK

Aanbod aan een curator onder het Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB

De bank heeft tijdens faillissement een aanbod aan de curator gedaan onder het Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB. De curator heeft het aanbod niet geaccepteerd. Er is dus over het aanbod van de bank geen overeenstemming bereikt en de curator heeft om die reden geen vordering op de bank die voortvloeit uit het aanbod.

Deutsche Bank Nederland N.V. (de bank) heeft financieringen verstrekt aan een vennootschap, waarbij rentederivaten werden gebruikt. De vennootschap is op 27 november 2014 failliet verklaard. Na uitwinning van zekerheden bedraagt de vordering van de bank nog € 145.057,78. Dit bedrag wordt op 31 augustus 2015 door de bank afgeboekt.

Bij brief van 10 augustus 2016 heeft de bank de curator van de vennootschap geïnformeerd over een herbeoordeling van de rentederivaten. Daarbij heeft de bank medegedeeld dat vanwege een terug te betalen tussentijdse verhoging van de renteopslag een bedrag van € 46.776,71 zou worden verrekend met haar vordering op vennootschap.

Op 19 december 2016 is de definitieve versie van het UHK (Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB) vastgesteld. Bij brief van 15 februari 2017 heeft de bank de vennootschap medegedeeld dat zij onder het UHK viel en dat de bank zou onderzoeken of de vennootschap recht heeft op vergoeding. Bij brief van 3 september 2018 heeft de bank de curator geïnformeerd over de compensatie volgens het UHK.

Bij brief van 7 november 2018 heeft de curator aan de bank medegedeeld dat hij het voorstel accepteert, maar niet de verrekening. Bij e-mail van 30 november 2018 heeft de bank aan de curator medegedeeld dat het aanbod niet € 171.967,02 bedraagt, maar € 24.661,06, en dat geen sprake is van verrekening. De bank heeft in de e-mail tevens meegedeeld dat zij vaststelt dat de curator dit aanbod niet heeft aanvaard. Bij de brief van 7 januari 2019 heeft de bank aan de curator bevestigd dat het aanbod definitief is vervallen.

De curator vordert in eerste aanleg onder meer voor recht te verklaren dat het aanbod zich niet verdraagt met het UHK en de bank te veroordelen aan de curator alsnog een aanbod te doen dat zich wel verdraagt met het UHK.

De rechtbank is van oordeel dat de curator het aanbod van de bank op grond van het UHK niet heeft aanvaard, zodat geen schikking tot stand is gekomen en de bank niet gehouden is een nieuw aanbod te doen.

De curator heeft in hoger beroep gevorderd het vonnis het vernietigen en zijn vorderingen alsnog toe te wijzen.

Het hof oordeelt dat de curator uit de brief van 20 november 2017 had kunnen en moeten opmaken dat het aanbod inhield dat de berekende vergoeding zou worden verminderd met de eerder toegekende compensatie en dat de openstaande schuld aan de bank in mindering zou worden gebracht op het bedrag. Hierdoor zou alleen het restant nog uitbetaald worden. Dat dit het daadwerkelijke aanbod was, heeft de bank bovendien bevestigd bij e-mail van 30 november 2018.

Volgens het hof stond het de bank vrij om een aanbod te doen en het stond de curator vrij om het aanbod wel of niet te aanvaarden. De curator heeft het aanbod niet aanvaard. De curator verlangde het uitbetalen van het bedrag van € 171.967,02, maar dat heeft de bank nooit aangeboden. Door het niet-aanvaarden van het aanbod van de bank, is het aanbod vervallen. Er is dus over het aanbod van de bank geen overeenstemming bereikt en de curator heeft om die reden geen vordering op de bank die voortvloeit uit het aanbod. Het hof bekrachtigt het vonnis.

Het hof wijst op dezelfde datum arrest in een zaak over hetzelfde onderwerp waarbij dezelfde advocaten zijn betrokken (ECLI:NL:GHAMS:2023:1161). De partijen zijn verschillend: waar het in de hiervoor besproken uitspraak ging om een failliete BV, gaat het hier om een failliete VOF. De wederpartij is ABN AMRO. De uitspraak van het hof komt op hetzelfde neer. In aanvulling op het voorgaande overweegt het hof dat, indien sprake zou zijn van verrekening, de bank op grond van artikel 53 Fw bevoegd zou zijn de vergoeding op basis van het UHK te verrekenen met een openstaande schuld. De vordering van de bank is ontstaan voor faillissement. De vergoeding op basis van het UHK is tijdens faillissement ontstaan, maar vloeit voort uit rentederivaten die voor faillissement zijn afgesloten. De vergoeding vloeit dus voort uit handelingen die voor de failliet verklaring met de failliet zijn verricht.

A.M.H. Nolte, juli 2023

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-05-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:1162

Zaaknummer: 200.297.063/01

Rechters: W.J.J. Los, R.M. de Winter en D. Busch

Advocaten: A.J. Tekstra en A.J. Haasjes

Wetsartikelen: 53 Fw

RECHTSPRAAK

Verlenging afkoelingsperiode en afwijzing aspectenverzoek WHOA

Het gaat hier in een WHOA-procedure om de behandeling van een verzoek tot verlenging van de eerder afgekondigde afkoelingsperiode en een artikel 378-verzoek. Dit aspectenverzoek ziet op de vraag of de afrekening van de NOW-steun, die vermoedelijk leidt tot een kleine vordering op het UWV, buiten de akkoordprocedure mag worden gehouden.

De rechtbank heeft een afkoelingsperiode gelast, ingaande 9 december 2022, voor de duur van drie maanden. De rechtbank verlengt de afkoelingsperiode met de gevraagde twee maanden omdat de omstandigheden die ten grondslag hebben gelegen aan de afkondiging van de afkoelingsperiode zich nog steeds voordoen. Op grond van artikel 376 lid 5 Fw kan de afkoelingsperiode worden verlengd als er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord.

Wat betreft het aspectenverzoek overweegt de rechtbank dat met behulp van artikel 378 Fw gedurende het traject van aanbidding van een akkoord duidelijkheid kan worden verkregen over de slagingskansen daarvan. Daarbij gelden echter twee belangrijke beperkingen. In de eerste plaats ten aanzien van de zogenoemde ambtshalve weigeringsgronden (art. 384 lid 2 Fw). Over de toepassing van de ambtshalve weigeringsgronden kan de rechtbank weliswaar ook zonder dat sprake is van een (voorzienbaar) geschil voorshands een oordeel geven, maar daarbij past het voorbehoud dat de indringendheid waarmee de rechtbank later bij de homologatie van een akkoord de ambtshalve weigeringsgronden toetst, mede afhankelijk is van de mate waarin het akkoord door de stemming wordt gelegitimeerd. Wanneer goed geïnformeerde schuldeisers, bij een redelijke klassenindeling, in een ruime meerderheid voor het akkoord stemmen, zal de rechtbank in beginsel minder snel gebruikmaken van de ambtshalve weigeringsgronden. De rechtbank zal het akkoord echter kritischer toetsen aan de ambtshalve weigeringsgronden wanneer schuldeisers niet (voldoende) geïnformeerd zijn, de klassenindeling niet redelijk is, of het akkoord blijkens een stemming weinig steun krijgt van

de schuldeisers.

In de tweede plaats geldt een beperking ten aanzien van het voorshands oordelen over de niet-ambtshalve weigeringsgronden (art. 384 lid 3 en 4 Fw). Alleen daadwerkelijk gerezen geschillen of geschillen die op basis van de te stellen omstandigheden redelijkerwijs zijn te voorzien kunnen worden voorgelegd aan de rechtbank.

De rechtbank overweegt dat onvoldoende duidelijk is hoe verzoekster aan haar informatieverplichting wil voldoen. Ook is nog geen sprake van een (voorzienbaar) geschil. Als het UWV zijn vordering op verzoekster tijdens faillissement niet mag verrekenen met het bedrag dat is verschuldigd aan verzoekster leidt dat tot een fors bedrag voor de boedel dat in beginsel toekomt aan de Belastingdienst. Met de Belastingdienst is hierover nog geen overleg gevoerd. De rechtbank kan daarom de gestelde vraag niet beantwoorden en wijst het verzoek af.

J. van den Dolder, juli 2023

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 10-03-2023

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2023:1075

Zaaknummer: FT RK 22/953, 23/171

Rechters: P.J. Neijt, K.M. van Hassel en C.A.M. de Bruijn

Advocaten: A.W. de Man, M. Anneveld en P. van Dongen

Wetsartikelen: 376 Fw en 378 Fw

RECHTSPRAAK

Schadevergoeding verschuldigd wegens onterechte aanvraag faillissement

Verweerster is schadevergoeding verschuldigd aan eiser vanwege een onterechte aanvraag van het faillissement. De schade die is geleden door misgelopen omzet is niet concreet vast te stellen en wordt geschat.

In een tussenvonnis heeft de rechtbank overwogen dat verweerster onrechtmatig heeft gehandeld door ten onrechte het faillissement van eiser aan te vragen. Deze uitspraak gaat over de door verweerster aan eiser te vergoeden schade die eiser door de onterechte faillissementsaanvraag heeft geleden.

Eiser stelt dat hij door de faillissementsaanvraag tot op de dag van vandaag klanten misloopt als gevolg van blijvende mededelingen over het faillissement op verschillende bronnen op het internet. Eiser onderbouwt zijn schadebegroting met jaarcijfers. Verweerster stelt onder meer dat een terugloop in het aantal klanten van eiser in de jaren 2020-2022 voornamelijk te maken had met de COVID-19 pandemie.

De rechtbank overweegt dat voor de berekening van de schade van eiser een vergelijking dient te worden gemaakt tussen de feitelijke inkomenssituatie van eiser na de faillietverklaring en het inkomen dat eiser in de hypothetische situatie zonder het faillissement zou hebben verworven. De stelplicht en bewijslast van het bestaan en de omvang van de schade rusten in beginsel op eiser. Aan eiser mogen in dit verband echter geen strenge eisen worden gesteld; het is immers verweerster die aan eiser de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied.

Niet in geschil is dat het faillissement van eiser invloed kan hebben gehad op de aanwas aan nieuwe klanten, omdat informatie over het faillissement op internet te vinden was en is, hetgeen op potentiële klanten van eiser een afschrikwekkend effect kan hebben gehad. Partijen verschillen van mening over de omvang van die invloed. De rechtbank beoordeelt voorts verschillende omstandigheden en stellingen van partijen, zoals hoe lang eiser nog door

zou werken, de invloed van de COVID-19 pandemie en de vergelijking van de jaarcijfers. De rechtbank concludeert dat de toerekenbare schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. De rechtbank schat daarom de schade.

Het beroep door verweerster op eigen schuld aan de zijde van eiser faalt. Het hof heeft geoordeeld dat verweerster het faillissement onbevoegdelijk heeft uitgelokt en onder die omstandigheden is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van eigen schuld aan de zijde van eiser. Verweerster wordt veroordeeld in de proceskosten.

Verweerster heeft op haar beurt haar advocaat in vrijwaring opgeroepen. In het tussenvonnis heeft de rechtbank overwogen dat de advocaat aansprakelijk is omdat niet de zorgvuldigheid is betracht die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat mag worden verwacht. De advocaat heeft bij akte aangevoerd dat op een aantal punten verweer gevoerd zou moeten worden. Dat verweer is gevoerd, maar afgewezen. De advocaat wordt daarom in de vrijwaringszaak veroordeeld tot betaling van de schade die verweerster (in de hoofdzaak) lijdt doordat zij schadevergoeding aan eiser (in de hoofdzaak) moet betalen.

D.R.C. Smit, juli 2023.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 26-04-2023

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2023:4672

Zaaknummer: C/02/370723 / HA ZA 20-195 (E)

Rechters: De Graaf

Advocaten: C.A. Mascini, R. Kuiper en R. Bosman

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid stichtingsbestuurder: geen disculpatie omdat de bestuurder zich ten onrechte niet met het bestuur van de stichting bemoeide

Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat de enige appellerende bestuurder van een failliete stichting niet kan worden gedisculpeerd. Volgens het hof heeft hij niet tijdig maatregelen genomen om toe te zien op de andere bestuurder en het voorkomen van de nadelige gevolgen van diens handelen.

Stichting Infinity Ventures ('de stichting') hield zich bezig met budgetbeheer en schuldbemiddeling. Het bestuur van de stichting bestond uit zoon, moeder (als secretaris) en schoonvader (als penningmeester). Voor het budgetbeheer werden op naam van cliënten 'beheerrekeningen' geopend, waarbij de zoon werd gemachtigd om namens de cliënten van de beheerrekeningen betalingen te verrichten.

Van januari 2014 tot en met januari 2018 zijn gelden van de beheerrekeningen overgemaakt naar de bankrekening van de stichting. Deze gelden werden grotendeels gebruikt voor de bedrijfsvoering van de stichting. Schoonvader is hier in oktober 2017 achter gekomen en heeft vervolgens aangifte gedaan tegen de zoon en is samen met moeder in november 2017 uitgeschreven als bestuurder. Op 23 januari 2018 is de stichting failliet verklaard.

De curator heeft alle bestuurders op basis van artikel 2:9 BW aansprakelijk gehouden voor het tekort in het faillissement. Zo voldeed de administratie niet aan de minimale eisen van artikel 2:10 BW en heeft het bestuur geen maatregelen getroffen toen bleek dat de lasten van de stichting de inkomsten overstegen. In plaats daarvan heeft het bestuur (of in ieder geval de zoon) geld overgeboekt van de beheerrekeningen van cliënten. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator toegewezen. Schoonvader is de enige van de bestuurders die tegen dit vonnis in hoger beroep is gekomen. Schoonvader doet daarbij met name een beroep op disculpatie.

Het hof oordeelt dat schoonvader zich ten onrechte niet met het bestuur heeft bemoeid.

Schoonvader heeft zelf verklaard dat hij inhoudelijk geen bemoeienis wilde met de stichting en enkel de salarisadministratie deed en de jaarrekeningen opstelde op basis van de door de zoon aangeleverde gegevens. Dit blijkt, aldus het hof, ook uit het feit dat er geen bestuursvergaderingen zijn geweest en dat schoonvader geen toegang had tot de administratie en/of bankrekening. Dit is niet veranderd nadat de DNB in 2014 aan de stichting een last onder dwangsom opgelegde in verband met de ongeoorloofde vermenging van gelden van cliënten op de bankrekening van de stichting, en ook niet nadat schoonvader erachter kwam dat de bank niet wilde meewerken aan het openen van beheerrekeningen voor de cliënten omdat de stichting niet aangesloten was bij een erkende brancheorganisatie voor professionele bewindvoerders. Ook toen de zoon geen gegevens voor de jaarrekening over 2015 wilde aanleveren, liet schoonvader dat gaan. Al met al komt het hof tot de conclusie dat schoonvader niet tijdig maatregelen heeft genomen om toe te zien op het doen en nalaten van de zoon en het voorkomen van de nadelige gevolgen daarvan.

Dat schoonvader aangifte deed in oktober 2017 nadat hij erachter kwam dat de zoon ongeoorloofde overboekingen deed, doet niet af aan wat voor oktober 2017 van schoonvader had mogen verwacht, aldus het hof. Daarmee faalt het beroep op disculpatie. Ook door het hof wordt schoonvader dus aansprakelijk gehouden.

S. Zonneveld, juli 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 04-07-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:5653

Zaaknummer: 200.310.907/01

Rechters: W.F. Boele, M. Aksu en G.J.M. Verburg

Advocaten: I.P. van Rossen en N. Noordmans

Wetsartikelen: 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Executiegeschil en werking artikel 69 Fw

Er is geen grond voor schorsing van de tenuitvoerlegging van een ontruimingsarrest. Een gebod ex artikel 69 Fw tot ontbinding koopovereenkomst leidt niet op zichzelf tot ontbinding of een ontbindingsbevoegdheid.

Opnieuw een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank te Gelderland in een van vele procedures over de pogingen van de failliete voormalig Eurocommerce-topman Ger Visser en zijn partner om de executie van zijn woonhuis tegen te houden.

Het processuele geheel begon met een bodemprocedure waarin het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden de partner van Visser bij in kracht van gewijsde gegaan arrest van 6 april 2021 heeft veroordeeld om op straffe van een dwangsom mee te werken aan de verkoop en ontruiming van de woning binnen twee dagen nadat het arrest zou zijn betekend. Nadat op 15 februari 2023 een koopovereenkomst tussen de boedel en een derde was getekend en de curator niet met een Visser gezinde bieder in zee ging, hebben Visser en zijn echtgenote de rechter-commissaris op 17 februari 2023 op de voet van artikel 69 Fw verzocht de curator te gebieden de koopovereenkomst te ontbinden en alsnog aan de andere bieder te verkopen. Dat verzoek is bij beschikking van 20 februari 2023 afgewezen. Visser en zijn partner zijn daarvan in hoger beroep gekomen. Hangende het hoger beroep hebben zij de curator in kort geding gedagvaard om de tenuitvoerlegging van het arrest van 6 april 2021 te schorsen en hebben zij onmiddellijke voorzieningen gevorderd van een strekking gelijk aan de verzoeken in de 69-procedure. Die vorderingen heeft de voorzieningenrechter afgewezen (Rb. Gelderland 16 maart 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:1401), waarover INS 2023-0086. Ook hiertegen hebben Visser en zijn partner hoger beroep ingesteld, waarop ten tijde van de onderhavige uitspraak nog niet is beslist. Op 26 april 2023 is vervolgens de beschikking van de rechter-commissaris van 20 februari 2023 in de 69-procedure vernietigd en de curator alsnog geboden om de koopovereenkomst te ontbinden. Door de curator hiertegen ingesteld cassatieberoep is nog aanhangig.

In de onderhavige kortgedingprocedure hebben Visser en zijn partner met de beschikking van

26 april 2023 in de hand opnieuw gevorderd dat de tenuitvoerlegging van het arrest van 6 april 2023 wordt geschorst en de curator wordt verboden om in verband met de koopovereenkomst verdere executiehandelingen te verrichten. Die vorderingen zijn bij verstekvonnis van 1 mei 2023 toegewezen. De ontbindingsbrief van de curator aan de koper, die op 4 mei 2023 op het verstekvonnis volgde, is door de koper beantwoord met een kortgedingprocedure tot nakoming. De curator heeft tegen het verstekvonnis verzet ingesteld, daarin de vorderingen van Visser en zijn partner bestreden en in reconventie op zijn beurt schorsing van de tenuitvoerlegging van de beschikking van 26 april 2023, alsmede ontruiming gevorderd.

Aldus lag aan de voorzieningenrechter opnieuw de vraag voor of er tegen de achtergrond van het toetsingskader van HR 22 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4575 (*Ritzen/Hoekstra*) grond voor schorsing bestond. Dat de curator bij beschikking van 26 april 2023 is geboden de koopovereenkomst te ontbinden, is volgens de rechtbank geen reden tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het ontruimingsarrest. Die beschikking op zichzelf heeft niet de ontbinding van de koopovereenkomst tot gevolg noch biedt zij daarvoor grondslag. Een rechtsgeldig gesloten overeenkomst kan volgens vaste rechtspraak niet over de band van artikel 69 Fw worden ongedaan gemaakt. Met artikel 69 Fw kunnen ook geen bevoegdheden worden gecreëerd die de curator niet zelf reeds had. (Zie voor een en ander ook de gelijktijdige uitspraak van de voorzieningenrechter in het kort geding van de koper tegen de curator, waarbij laatste tot nakoming is veroordeeld (Rb. Gelderland 30 juni 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:3739).) Ook overigens is volgens de rechtbank geen sprake van een klaarblijkelijke feitelijke of juridische misslag of de dreiging van een tijdelijke noodtoestand aan de zijde van de Vissers (r.o. 6.5-6.8), zodat de rechtbank hun schorsingsvorderingen als gevolg van het verzet alsnog heeft afgewezen.

Omdat de beschikking van 26 april 2023 niet de ontbinding van de koopovereenkomst tot gevolg heeft gehad of kunnen hebben en de curator in het parallelle kort geding jegens de koper tot nakoming is veroordeeld, heeft de rechtbank de reconventionele vordering van de curator tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de beschikking ter voorkoning van discussie toegewezen (r.o. 7.1-7.2). Omdat voorts het ontruimingsarrest van 6 april 2021 alleen tegen de partner van Visser is gewezen, wordt ook de ontruimingsvordering van de curator ten behoeve van de uitvoering van de koopovereenkomst toegewezen (r.o. 7.3).

J.O. Bijloo, juli 2023

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 30-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2023:3738

Zaaknummer: C/05/419767 / KG ZA 23-170

Rechters: S. Kropman

Advocaten: M.M. van der Marel en J.J.P.T. van Summeren

Wetsartikelen: 69 Fw