

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 21, 2015

Nummer 21, 2015

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. drs. K.H. Boonzaaijer en mr. E.H. Leemreis.

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:1846](#) 02-07-2015

Onderhoudsbedrijf S.A.S. B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2015:5479](#) 30-06-2015

Bautec

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:4360](#) 24-06-2015

Stichting Woningstichting Rentree

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:4479](#) 11-06-2015

X/Y

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:3099](#) 03-06-2015

Atropa/Curator

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:4345](#) 27-05-2015

Ballast Nedam Parking B.V.

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2015:1413](#) 25-03-2015

Bribus

RECHTSPRAAK

Onderhoudsbedrijf S.A.S. B.V.

In deze zaak heeft Onderhoudsbedrijf SAS ('SAS') het besluit tot ontbinding van de onderneming middels turboliquidatie (artikel 2:19 lid 4 BW) genomen ná indiening van het verzoek tot faillietverklaring van SAS. SAS komt op tegen het vonnis waarin zij failliet is verklaard door te betogen dat de algemene vergadering SAS (bij besluit) heeft ontbonden, terwijl er ten tijde van dat besluit geen bekende baten aanwezig waren, zodat SAS van rechtswege opgehouden is te bestaan, en een niet langer bestaande rechtspersoon kan niet failliet worden verklaard tenzij is gebleken van baten ten tijde van het ontbindingsbesluit, wat volgens haar niet het geval is. Het hof beoordeelt de zaak 'ex nunc' en vindt dat in hoger beroep summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden die het voldoende aannemelijk maken dat er mogelijke baten zijn. Daarbij wijst het hof op het verslag van de curator waaruit blijkt dat SAS heeft nagelaten de jaarrekeningen binnen de in artikel 2:394 BW bedoelde termijn openbaar te maken, hetgeen meebrengt dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Hoewel de aan de curator in het faillissement toekomende vordering op grond van artikel 2:248 BW strikt genomen geen bate van de vennootschap is maar een bate voor de boedel, dient het begrip bate ruim te worden uitgelegd, aldus het hof.

De feiten in deze zaak zijn als volgt. Bij vonnis van 21 mei 2015 is Onderhoudsbedrijf S.A.S. B.V. ('SAS') in staat van faillissement verklaard, van welk vonnis SAS in hoger beroep is gekomen met het verzoek dit vonnis te vernietigen. Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor

de Bouwnijverheid, Stichting opleidings- en ontwikkelingsfonds voor de Bouwnijverheid, en Stichting Aanvullingsfonds voor de Bouwnijverheid ('Fondsen') hebben hiertegen een verweerschrift ingediend.

In het bestreden vonnis overweegt de rechtbank – kort samengevat – dat het verzoek tot faillietverklaring van SAS in april 2015 bij de rechtbank is ingediend. Medio mei 2015 is bij de KvK opgave gedaan dat SAS is ontbonden en opgehouden te bestaan omdat er geen bekende baten meer aanwezig waren. Tegen het verzoek tot faillietverklaring heeft SAS zich verweerd met de stelling dat de onderneming bij besluit van medio mei 2015 is ontbonden en dat een niet meer bestaande rechtspersoon niet failliet kan worden verklaard, tenzij de aanvrager van het faillissement kan aantonen dat er nog baten zijn, wat volgens haar niet het geval is.

De rechtbank gaat hierin niet mee en overweegt daartoe dat het besluit tot ontbinding in dit geval ná indiening van het faillissementsverzoek is genomen. Dat komt – aldus de rechtbank – op het eerste gezicht onzorgvuldig voor, nu uit de faillissementsaanvraag blijkt dat er meerdere schuldeisers zijn die onbetaald zijn gebleven, hetgeen vragen oproept over de werkwijze van het bestuur. Een curator kan onderzoeken of (bijvoorbeeld) sprake is van een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid, en nagaan of de vennootschap nog actief bezat ten tijde van de indiening van het faillissementsverzoek en wat daarmee is gebeurd. Vervolgens heeft de rechtbank geoordeeld dat summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de Fondsen en van het bestaan van feiten en omstandigheden die aantonen dat SAS in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen, waarop zij SAS failliet heeft verklaard.

Door SAS wordt aangevoerd dat de algemene vergadering SAS (bij besluit) heeft ontbonden, terwijl er ten tijde van dat besluit geen bekende baten aanwezig waren, zodat SAS van rechtswege opgehouden is te bestaan, en een niet langer bestaande rechtspersoon kan niet failliet worden verklaard tenzij is gebleken van baten ten tijde van het ontbindingsbesluit (HR 27 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1631, NJ 1995/579 (*Adjuncten Properties/Söderqvist*)).

Het hof overweegt eerst dat de beoordeling in hoger beroep in beginsel 'ex nunc' plaatsvindt. Zoals ook partijen tot uitgangspunt nemen kan een ontbonden besloten vennootschap, die bij gebrek aan baten dadelijk heeft opgehouden te bestaan, ingevolge voormeld arrest van de Hoge Raad in staat van faillissement worden verklaard zonder dat eerst heropening van de vereffening op de voet van het bepaalde in artikel 2:23c BW plaatsvindt. In dat geval moet de rechtspersoon geacht worden ter afwikkeling van het faillissement te zijn blijven bestaan.

Volgens het hof is in hoger beroep summierlijk gebleken van feiten en omstandigheden die het voldoende aannemelijk maken dat er mogelijke baten zijn. Daarbij wijst het hof op het

verslag van de curator waaruit blijkt dat SAS heeft nagelaten de jaarrekeningen binnen de in artikel 2:394 BW bedoelde termijn openbaar te maken, hetgeen meebrengt dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

Hoewel de aan de curator in het faillissement toekomende vordering op grond van artikel 2:248 BW strikt genomen geen bate van de vennootschap is maar een bate voor de boedel, dient het begrip bate ruim te worden uitgelegd, aldus het hof. Ten overvloede wordt nog in aanmerking genomen dat, hoewel door SAS is betoogd dat er geen bekende baten aanwezig waren en zijn, zij dat niet heeft kunnen onderbouwen aan de hand van een deugdelijke administratie.

Het voorgaande leidt ertoe dat het hof het bestreden vonnis bekrachtigt.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 02-07-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:1846

Zaaknummer: 200.170.373/01

Rechters: M.C.M. van Dijk, H.J. Vetter en H. Mollema-de Jong

Advocaten: J.C. Debije en E.T. van den Hout

Wetsartikelen: 1 Fw en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Bautec

Eiser vordert in kort geding betaling van de bestuurder van de vennootschap waarop hij een vordering heeft, welke vordering reeds eerder door de kantonrechter is toegewezen. Eiser baseert zijn vordering op onrechtmatige daad en stelt dat er sprake is van betalingsonwil bij gedaagde, die enig bestuurder en aandeelhouder is van de reeds veroordeelde vennootschap onder verwijzing naar HR 3 april 1992 (Van Waning/Van der Vliet). De Hoge Raad heeft in dit arrest duidelijk uiteengezet dat degene die volledige zeggenschap heeft over de nalatige vennootschap, aannemelijk dient te maken dat de vennootschap niet in staat is te betalen. Gedaagde heeft de volledige zeggenschap over de nalatige vennootschap. Er was geen sprake van betalingsonmacht: de vennootschap floreerde niet, maar boekte wel een redelijke omzet. Zonder nadere toelichting van gedaagde, die evenwel ontbreekt, moet er voorshands van worden uitgegaan dat er sprake was van betalingsonwil aan de zijde van gedaagde. Nu gedaagde de volledige zeggenschap heeft over de nalatige vennootschap en er bij gedaagde sprake was van betalingsonwil, is hij als enig bestuurder van de vennootschap op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk.

Bij vonnis in kort geding van de kantonrechter van de Rechtbank Limburg van 25 augustus 2014 is het Duitse Unternehmersgesellschaft Bautec UG ('Bautec') veroordeeld om onder andere aan eiser een bedrag te betalen ter zake van achterstallig loon. Grondslag voor de vorderingen van eiser in dat kort geding was dat Bautec als werkgever van eiser tekort was geschoten in de nakoming van de verplichting tot (volledige) betaling van het loon van eiser. Niet in geschil is dat ten tijde van het wijzen van dat vonnis in kort geding tussen eiser en Bautec, gedaagde (een oom van eiser) enig bestuurder van Bautec was. In het onderhavige

geding staat vast dat de arbeidsovereenkomst tussen eiser en Bautec nog steeds bestaat en dat eiser vanaf 18 april 2013 ziek is gemeld. Sinds die datum heeft hij geen werkzaamheden meer voor Bautec verricht. Alhoewel eiser daartoe pogingen heeft ondernomen, is het tot op het moment van de mondelinge behandeling van dit geding niet gelukt om het vonnis van 25 augustus 2014 te executeren.

Eiser vordert in onderhavig kort geding om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, gedaagde te veroordelen om binnen twee dagen na het wijzen van vonnis tegen bewijs van kwijting aan eiser te betalen € 60.684,90 aan hoofdsom vermeerderd met de buitengerechtelijke kosten en de wettelijke rente over die bedragen sinds de dag der dagvaarding. De kortgedingrechter komt na een optelsom tot een gevorderd bedrag van € 55.231,11. Kort gezegd, stelt eiser dat er sprake is van betalingsonwil.

Eiser heeft ter onderbouwing van zijn vorderingen verwezen naar HR 3 april 1992 (*Van Waning/Van der Vliet*). Gedaagde is enig bestuurder van Bautec en heeft de volledige zeggenschap over Bautec. Degene die volledige zeggenschap over de nalatige vennootschap heeft, dient op grond van voormeld arrest aannemelijk te maken dat de vennootschap niet in staat is te betalen. Eiser wijst erop dat betalingsonmacht namelijk niet per definitie betalingsonwil uitsluit. Nu gedaagde niet heeft aangetoond dat er sprake is van betalingsonmacht van de vennootschap, mag verondersteld worden dat beschikbare gelden van de vennootschap niet zijn aangewend om het loon van eiser te voldoen. Er is dus sprake van betalingsonwil bij gedaagde, aldus eiser. Vanwege die betalingsonwil bij gedaagde is hij als degene die de volledige zeggenschap heeft over de nalatige vennootschap Bautec op grond van onrechtmatige daad jegens eiser aansprakelijk. Gedaagde voert verweer.

In het arrest HR 3 april 1992, waarop eiser zich heeft beroepen, stond niet ter discussie dat de bestuurder die volledige zeggenschap heeft over de vennootschap, slechts aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad indien er bij hem sprake is van betalingsonwil, en niet reeds bij betalingsonmacht van de vennootschap. De Hoge Raad heeft in dit arrest duidelijk uiteengezet dat degene die volledige zeggenschap heeft over de nalatige vennootschap, aannemelijk dient te maken dat de vennootschap niet in staat is te betalen. Door gedaagde is – behoudens het hiervoor verworpen verweer – niet weersproken dat hij de volledige zeggenschap over Bautec heeft. Van volledige zeggenschap is volgens de annotatie van J.M.M. Maeijer bij bovengenoemd arrest sprake indien hij enig bestuurder is en alleen de aandelen houdt. De voorzieningenrechter onderschrijft die visie en maakt die tot de zijne. Voorshands is voldoende aannemelijk dat gedaagde – in ieder geval op 27 maart 2015 om 09.26 uur – enig bestuurder was van Bautec en alle aandelen van deze vennootschap hield.

Ter zitting heeft de voorzieningenrechter gedaagde herhaaldelijk gevraagd waarom het loon

van eiser niet door Bautech werd uitbetaald. Gedaagde heeft daar geen duidelijk antwoord op gegeven. In ieder geval heeft hij wel gesteld dat er géén sprake was van betalingsonmacht bij Bautech: de vennootschap floreerde niet, maar boekte wel een redelijke omzet. Dat Bautech wegens betalingsonmacht niet in staat was om het loon van eiser te betalen is derhalve niet door gedaagde gesteld. Zonder nadere toelichting van gedaagde, die evenwel ontbreekt, moet er voorshands van worden uitgegaan dat er sprake was van betalingsonwil aan de zijde van gedaagde. Nu gedaagde de volledige zeggenschap heeft over de nalatige vennootschap en er bij gedaagde sprake was van betalingsonwil, is hij als enig bestuurder van de vennootschap Bautech op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk. Gedaagde is mitsdien aansprakelijk voor de schade die eiser door dit onrechtmatig handelen heeft geleden.

De conclusie uit het vorenstaande is dat een bedrag van € 55.231,11 zal worden toegewezen, aangezien eiser zijn vordering op gedaagde voorshands voldoende aannemelijk heeft gemaakt. Bij het toe te wijzen bedrag aan hoofdsom is de voorzieningenrechter uitgegaan van de correcte optelsom.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 30-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2015:5479

Zaaknummer: C-03-206710-KG ZA 15-266

Rechters: A.J. Henzen

Advocaten: R.W.J.L. Loonen en P.J.C. Bolton

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Woningstichting Rentree

De bestuurder van de stichting Woningstichting Rentree is op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk voor de door Rentree en haar dochtervennootschap geleden schade als gevolg van zijn handelwijze als bestuurder van Rentree en indirect bestuurder van die dochtervennootschap. De rechtbank is van oordeel dat de verplichting van de bestuurder tot schadevergoeding aanzienlijke gematigd dient te worden omdat het opleggen van een verplichting tot volledige vergoeding van de schade van Rentree (ter hoogte van ruim 8,5 miljoen euro) tot kennelijke onaanvaardbare gevolgen zal leiden. In dit verband vindt de rechtbank het ook nog van belang dat de bestuurder heeft onderbouwd dat hij nauwelijks inkomen en vermogen heeft. Alle omstandigheden van het geval leiden ertoe dat de rechtbank bij de matiging aansluiting zoekt bij de hoogte van de verzekeringsdekking (van € 2.270.000).

De feiten in deze zaak zijn als volgt. De stichting Woningstichting Rentree ('Rentree') heeft een verklaring voor recht gevorderd dat X ('gedaagde') op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk is voor de door Rentree en haar dochtervennootschap geleden schade als gevolg van zijn handelwijze als bestuurder van Rentree en indirect bestuurder van die dochtervennootschap. Uit het tussenvonnis van 17 december 2014 ('tussenvonnis') volgt dat deze door Rentree gevorderde verklaring voor recht kan worden toegewezen.

In het tussenvonnis heeft de rechtbank voorlopig geoordeeld dat de verplichting van gedaagde tot schadevergoeding voor aanzienlijke matiging in aanmerking komt omdat het opleggen van een verplichting tot volledige vergoeding van de schade van Rentree (ter hoogte van € 8.839.346,24) tot kennelijke onaanvaardbare gevolgen zou leiden. De rechtbank heeft ook overwogen dat de vermindering van de verplichting tot schadevergoeding mede afhankelijk is van het antwoord op de vraag of gedaagde voor aansprakelijkheid is verzekerd en, zo ja, tot

welk bedrag.

Gedaagde voert aan dat hij van plan is om hoger beroep in te stellen tegen het oordeel van de rechtbank en verzoekt om bij matiging van zijn schadevergoedingsverplichting rekening te houden met de te maken kosten van het hoger beroep. Rentree stelt zich primair op het standpunt dat gezien de ernst van de verwijten geen sprake zou moeten zijn van vergaande matiging van de op gedaagde rustende verplichting tot vergoeding van haar schade.

De rechtbank maakt haar voorlopige oordeel dat de verplichting van gedaagde tot vergoeding van de schade van Rentree aanzienlijk moet worden gematigd tot haar definitieve oordeel. In dit verband vindt zij het ook nog van belang dat gedaagde na het tussenvonnis nader heeft onderbouwd dat hij nauwelijks inkomen en vermogen heeft. Alle omstandigheden leiden ertoe dat de rechtbank bij de matiging aansluiting zoekt bij de hoogte van de verzekeringsdekking. Onder de dekking van de verzekering valt nu nog een bedrag van € 2.270.000. Met inachtneming hiervan veroordeelt de rechtbank gedaagde tot betaling van € 2.270.000 aan Rentree, te vermeerderen met de proceskostenveroordelingen.

Ten slotte overweegt de rechtbank dat het gevolg van een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde veroordeling tot (in dit geval) vergoeding van schade is dat de veroordeelde verplicht is dit bedrag onmiddellijk te betalen en de wederpartij, bij uitblijven van betaling, bevoegd is executiemaatregelen tot inning daarvan te nemen. Het instellen van hoger beroep schort de bevoegdheid tot executie op, tenzij de veroordelingen tot betaling uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

De rechtbank ziet in dit geval aanleiding om het vonnis slechts gedeeltelijk uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Hoewel niet zeker is dat gedaagde in hoger beroep zal gaan heeft hij het voornemen daartoe wel geuit, terwijl de kosten daarvan aanzienlijk zullen zijn. Aangezien gedaagde voldoende heeft onderbouwd dat hij nauwelijks inkomen en vermogen heeft zou een betaling door zijn verzekeraar van het volledige onder de polis gedekte bedrag van € 2.270.000 aan Rentree kort na het wijzen van dit vonnis gedaagde ernstig belemmeren in zijn recht om in hoger beroep te gaan, aldus de rechtbank. Bovendien is volgens de rechtbank niet gebleken dat Rentree, die beschikt over een vermogen van vele miljoenen, onevenredig zwaar wordt getroffen wanneer de rechtbank in het voordeel van gedaagde rekening houdt met de mogelijke kosten van een eventueel hoger beroep.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 24-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:4360

Zaaknummer: C-16-343892 - HA ZA 13-350

Rechters: J.K.J. van den Boom, S.H. Gaertman en P.J. Neijt

Advocaten: N.E. Bobbert en A. Hendrikse

Wetsartikelen: 2:9 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Een holdingvennootschap die zich beperkte tot het houden van aandelen in het kapitaal van en het voeren van directie over een failliet verklaarde vennootschap is ontbonden middels turboliquidatie (artikel 2:19 lid 4 BW). Na twee jaar verzoekt een schuldeiser alsnog tot faillietverklaring van die holdingvennootschap, omdat de bestuurders van de holdingvennootschap aansprakelijk zouden zijn vanwege het niet deponeren van jaarrekeningen en er dus sprake is van een bate. De rechtbank stelt vast dat ontbinding van verweerster een faillissement niet in de weg staat wanneer voldoende aannemelijk is dat er nog baten zijn. De rechtbank acht echter aannemelijk dat het faillissement van de dochtervennootschap een belangrijke oorzaak is van een eventueel faillissement van de holding en niet het niet deponeren van de jaarrekeningen. Bij een late faillissementsaanvraag als in dit geval, nu de aanvraag wordt gedaan twee jaar na de ontbinding, mag verwacht worden dat door de verzoekster reële baten aannemelijk gemaakt worden. De enkele stelling dat de curator in zijn onderzoek deze reële baten zal vinden is hiervoor niet voldoende. Ook is van belang dat ook het salaris van de curator volgens verzoekster afhangt van de uitkomst van haar eigen onderzoek. Er is geen aanbod gedaan om de werkzaamheden door middel van een boedelkrediet voor te financieren. Het belang van de verzoekster weegt niet op tegen het belang van de benoemen curator om zo veel mogelijk gevrijwaard te blijven van onverhaalbare kosten.

Verweerster is opgericht in 2003 en zij is in maart 2013 ontbonden omdat er geen bekende baten meer aanwezig waren. De activiteiten van verweerster hebben zich beperkt tot het

houden van alle aandelen in het kapitaal van en het voeren van de directie over X B.V. ('X'). X is in december 2011 failliet verklaard. Wegens gebrek aan voldoende baten om de faillissementskosten te voldoen is het faillissement opgeheven op grond van artikel 16 Fw. Volgens de curator van X is aan de boekhoudplicht voldaan.

Verweerster heeft de aandelen in X in maart 2003 overgenomen van verzoekster. De verschuldigde koopsom is omgezet in een rentedragende lening met een looptijd tot 31 december 2010. Terugbetaling zou geschieden vanaf april 2009. In het kader van een herfinanciering door bedrijf Y is de lening omgezet in een achtergestelde lening. Zowel de schuld aan bedrijf Y als de schuld aan verzoekster van € 350.000 blijft onbetaald. De laatst gedeponeerde jaarrekening van verweerster betreft het boekjaar 2010. De rechtbank stelt vast dat ontbinding van verweerster een faillissement niet in de weg staat wanneer voldoende aannemelijk is dat er nog baten zijn.

Verzoekster beweert dat summierlijk is gebleken dat verweerster baten heeft, en verzoekt tot faillietverklaring. Er zou een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid jegens de bestuurders van verweerster bestaan. Er zijn vanaf 2011 geen jaarstukken meer gepubliceerd en dat zou onbehoorlijke taakvervulling tot gevolg hebben, welke wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Daarnaast stelt verzoekster dat zij belang heeft bij het faillissement van de verweerster. Verzoekster stelt als grote financier onvoldoende geïnformeerd te zijn over het besluit tot ontbinding. Het zou volgens haar goed zijn als een curator de stand van activa en passiva ten tijde van de ontbinding onderzoekt.

Namens verweerster is verklaard dat er geen baten beschikbaar waren ten tijde van de ontbinding. Verweerster was bestuurder en enig aandeelhouder van X en deze is wel failliet verklaard. De curator van X heeft geen aanleiding gezien tot bestuurdersaansprakelijkheid. De jaarstukken van 2010 zijn niet meer gepubliceerd omdat de accountant niet meer kon worden betaald.

De rechtbank oordeelt dat niet summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden die het bestaan van een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid voldoende aannemelijk maken. Er zijn door verweerster voldoende feiten en omstandigheden gesteld op basis waarvan het vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW kan worden weerlegd. Uit de afgesloten lening blijkt dat verweerster zich verbonden had geen andere activiteiten te ontplooiën dan het beleid over X. Na faillissement van X viel de enige activiteit weg. Verweerster heeft aannemelijk gemaakt dat faillissement van X en niet het niet tijdig deponeren van de jaarstukken een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

Tevens stelt de rechtbank vast dat verzoekster geen rechtens te honoreren belang heeft bij

haar verzoek. Er is niet aannemelijk gemaakt dat de bestuurders van X, die al een forse schuld hebben aan Bedrijf Y, reëel verhaal bieden voor de vordering. Daarnaast is het verzoek tot faillietverklaring pas twee jaar na ontbinding gedaan. Wanneer er een zeer geruime tijd is gelegen tussen de ontbinding en het verzoek tot faillietverklaring, mag worden verwacht dat aanwezige baten feitelijk worden onderbouwd. Stellen dat een curator dit zal uitzoeken volstaat niet. Ook is van belang dat ook het salaris van de curator volgens verzoekster afhangt van de uitkomst van haar eigen onderzoek. Er is geen aanbod gedaan om de werkzaamheden door middel van een boedelkrediet voor te financieren. Het belang van de verzoekster weegt niet op tegen het belang van de benoemen curator om zo veel mogelijk gevrijwaard te blijven van onverhaalbare kosten. De rechtbank wijst het verzoek tot faillietverklaring af.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:4479

Zaaknummer: C/16/390715 / FT RK 15/863

Rechters: M. Bas en M.H.F. van Vugt

Advocaten: E.R. Jonker

Wetsartikelen: 1 Fw

RECHTSPRAAK

Atropa/Curator

Schuldeiser in faillissement stelt de curator q.q. en pro se aansprakelijk op de grond dat zij geen betaling in het faillissement ontvangt. In het faillissement heeft de curator, samen met onder meer de bank en de Ontvanger, de activa verkocht aan een externe partij. De koopsom voor die activa is daarbij bepaald op het bedrag dat is vereist om aan de preferente schuldeisers 80% en aan de concurrente schuldeisers 40% van hun schuldvorderingen te betalen. Aan deze verkoop hebben ook de indirect aandeelhouders van de vennootschap meegewerkt. Een aan een van deze aandeelhouders gelieerde vennootschap – Atropa – heeft een vordering ingediend ter verificatie voor een bedrag van circa € 950.000. Na betwisting door de curator is deze vordering in een renvooiprocedure alsnog door het hof toegekend. De curator heeft de afrekening van de koopsom en de uitkering aan schuldeisers echter plaats doen vinden, zonder dat met de vordering van Atropa rekening is gehouden. Aangezien in rechte is vast komen te staan dat Atropa geen afstand heeft gedaan van haar rechten (zij was – kort gezegd – immers zelf géén partij bij de koopovereenkomst), had de curator met de vordering van Atropa rekening moeten houden. Atropa was de enige schuldeiser die geen aanspraak maakte op een uitkering op basis van de regeling tot betalen van de schuldeisers. Volgens Atropa is dit in strijd met beginsel paritas creditorum, artikel 3:277 BW en het systeem van de Faillissementswet. De rechtbank wijst onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 16 december 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BU4204, Prakke/Gips) de vordering toe en acht de curator zowel q.q. als pro se aansprakelijk.

Pharma Bio-Research International B.V. ('PBR') en Pharma Sciences International B.V. ('PSI') zijn onderdeel van een groep vennootschappen die actief was op het gebied van geneesmiddelenonderzoek. PBR heeft drie dochtervennootschappen. De aandelen van PBR worden gehouden door Pharma Bio Research Group B.V. ('PBRG'), waarvan aandeelhouder 1 en aandeelhouder 2 aandeelhouder waren. Aandeelhouder 2 was ook aandeelhouder van PSI.

Aandeelhouder 2 is tevens enig aandeelhouder van Atropa. Atropa heeft op 30 september 1998 een geldlening verstrekt aan PSI ter hoogte van fl. 2.000.000. Op 25 juni 1999 hebben PBR en PSI surseance van betaling aangevraagd. Deze is ook verleend, maar op 6 juli 1999 ingetrokken. PSI, PBR en de drie dochtervennootschappen van PBR zijn op dezelfde dag in staat van faillissement verklaard.

Tijdens de surseance van betaling is ter realisatie van een doorstart onderhandeld met externe partij Trimoteur Holding B.V. ('Trimoteur'). Hieruit is een tweetal overeenkomsten tot stand gekomen. Op 2 juli 1999 hebben aandeelhouder 1 en aandeelhouder 2 de aandelen in PBRG aan Trimoteur verkocht. Op 5/6 juli 1999 is een overeenkomst tot stand gekomen tussen Trimoteur, ABN AMRO Bank, de Belastingdienst en de curator op grond waarvan de activa van de failliete vennootschappen aan Trimoteur zijn verkocht. Deze overeenkomst is op 22 juli 1999 neergelegd in een akte. In deze akte is opgenomen dat de koopsom van de activa gelijk is aan het bedrag dat is vereist om aan de preferente schuldeisers van Pharma 80% en aan de concurrente schuldeisers 40% van hun schuldvorderingen te betalen.

Atropa heeft een vordering uit hoofde van geldlening ter verificatie aangemeld in het faillissement van PSI. Deze vordering is door de curator betwist en er is een renvooiprocedure gevolgd. Bij eindvonnis van 30 augustus 2006 heeft de rechtbank bepaald dat de vordering van Atropa als concurrente vordering ter hoogte van € 949.183,89 in het faillissement van PSI wordt toegelaten. Dit eindvonnis van de rechtbank is in zoverre bekrachtigd door een arrest van het toenmalige Gerechtshof Leeuwarden. Atropa heeft er vervolgens bij de curator op aangedrongen dat hij Trimoteur aanspreekt tot betaling van haar vordering. Omdat Trimoteur betaling heeft geweigerd, heeft de curator Trimoteur gedagvaard en betaling gevorderd van 40% van de geverifieerde vordering van Atropa. Bij vonnis van 20 oktober 2010 heeft de toenmalige Rechtbank Utrecht Trimoteur en PBR veroordeeld tot betaling van elk € 189.836,80 vermeerderd met rente. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft bij arrest van 23 juli 2013 het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vordering van de curator alsnog afgewezen.

Atropa heeft als enige schuldeiser van de failliete vennootschappen geen betaling van Trimoteur ontvangen in overeenstemming met de overeenkomst van 22 juli 1999. De boedel van PSI biedt daarnaast geen uitzicht op een uitkering. Atropa heeft vervolgens bij brieven van

12 november 2010 en 2 juli 2013 de curator aansprakelijk gesteld voor de schade die zij lijdt doordat zij geen betaling heeft of zal ontvangen. De curator heeft de aansprakelijkheid van de hand gewezen.

Atropa vordert betaling van € 379.673,56 vermeerderd met rente en kosten. Zij stelt daartoe, samengevat weergegeven, het volgende. In de overnameovereenkomst is bepaald dat Trimoteur ten titel van de koopsom voor de immateriële activa de preferente en concurrente schuldeisers respectievelijk 80% en 40% van hun vordering zou betalen. Met het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden is echter komen vast te staan dat Atropa buiten deze regeling valt. Omdat daarnaast de boedel van PSI Atropa geen enkel uitzicht op een uitkering biedt, heeft dit ertoe geleid dat Atropa als enige schuldeiser geen uitkering heeft ontvangen. Door voor deze wijze van afwikkeling van de faillissementen te kiezen heeft de curator in strijd gehandeld met het beginsel paritas creditorum, artikel 3:277 BW en het systeem van de Faillissementswet. Hieruit volgt dat de curator aansprakelijk is jegens Atropa voor de schade die Atropa lijdt. Die schade laat zich volgens Atropa begroten op 40% van haar vordering, het bedrag dat zij zou hebben ontvangen als zij had meegedeeld in de getroffen regeling.

Het verweer van de curator strekt ertoe om Atropa niet-ontvankelijk te verklaren, althans de vordering af te wijzen. De curator voert daartoe, samengevat weergegeven, het volgende aan. Atropa heeft afstand gedaan van haar vordering ex artikel 6:60 BW en op het recht om een beroep te doen op artikel 3.2 van de overeenkomst van 22 juli 1999. Bovendien zou met het samenstel van de aandelenovereenkomst en de koopovereenkomst zijn beoogd een uitputtende regeling voor alle schuldeisers te treffen. De overeenkomst was ook voor alle betrokkenen gunstig: Atropa zou haar vordering niet betaald krijgen, maar daar stond tegenover dat de aandeelhouders een positief belang in de nieuwe onderneming konden krijgen. Daarnaast werden aandeelhouder 1 en aandeelhouder 2 gevrijwaard van een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. De curator mocht ervan uitgaan dat Trimoteur bij de onderhandelingen voor aandeelhouder 1 en aandeelhouder 2 optrad. Het had op de weg van Atropa gelegen om aan te geven dat haar vordering moest meedelen in de regeling en dat heeft zij echter nagelaten. De curator voert ook aan dat Atropa geen vordering meer heeft omdat zij zich al heeft verhaald op aan haar verstrekte zekerheden. Aandeelhouder 2 heeft in ruil voor de lening intellectueel eigendom in PSI verkregen. Dit volgt uit de overeenkomst van geldlening, de aandelenovereenkomst en uit een faxbrief van Trimoteur aan aandeelhouder 2. De curator betwist dat hij onrechtmatig heeft gehandeld, omdat hij – in overeenstemming met artikel 3:277 lid 2 BW – bij overeenkomst is afgeweken van artikel 3:277 lid 1 BW. De curator betwist ook de gestelde schade. Als de activa niet aan Trimoteur was verkocht, hadden de concurrente crediteuren geen betaling ontvangen. Als de vordering had meegedeeld in de regeling was er hooguit ruimte geweest voor de betaling van 26% van de vordering. Atropa had

daarnaast, als achtergestelde crediteur, hoe dan ook geen uitkering uit de boedel ontvangen. De curator voert ook aan dat de vordering van Atropa is verjaard ex artikel 3:310 BW en hij betwist de gevorderde buitengerechtelijke incassokosten.

De rechtbank behandelt eerst het beroep van de curator op verjaring. Krachtens artikel 3:310 lid 1 BW verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de aansprakelijke persoon bekend is geworden, en in ieder geval door verloop van twintig jaar na de schadeveroorzakende gebeurtenis. De rechtbank oordeelt dat Atropa definitief met de schade en de aansprakelijke persoon bekend is geworden op de dag dat het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden uitspraak heeft gedaan, dat wil zeggen op 23 juli 2013. Omdat er nog geen vijf jaar is verlopen sinds deze dag, is de vordering van Atropa niet verjaard.

Over de vraag of de curator aansprakelijk is voor de schade die Atropa stelt te hebben geleden wordt als volgt overwogen. De rechtbank beoordeelt als eerste of het verweer van de curator tot de conclusie moet leiden dat Atropa geen vordering meer heeft op PSI. Dit verweer kent twee onderdelen, namelijk de stelling dat Atropa afstand heeft gedaan van haar vordering en van het recht om zich op het bepaalde in de koopovereenkomst te beroepen, en het verweer dat de vordering is voldaan. Het eerste verweer beoordeelt de rechtbank tegen de achtergrond van de renvooiprocedure. In die procedure heeft het toenmalige Gerechtshof Leeuwarden op 8 juli 2009 arrest gewezen. Artikel 236 Rv brengt met zich dat de beslissingen in dat arrest met betrekking tot de rechtsbetrekking in geschil in de onderhavige procedure bindende kracht hebben. Het hof heeft het verweer van de curator dat Atropa afstand heeft gedaan van haar vorderingsrecht verworpen. Op grond hiervan stuit dit verweer in de onderhavige procedure af op artikel 236 Rv. Volgens de rechtbank geldt dit ook voor het verweer dat Atropa afstand heeft gedaan van het recht om zich op het bepaalde in de koopovereenkomst te beroepen. Aan dit verweer heeft de curator namelijk dezelfde feiten ten grondslag gelegd.

Het tweede verweer onderbouwt de curator door te stellen dat de vordering van Atropa is voldaan doordat PSI intellectueel eigendom aan aandeelhouder 2 heeft overgedragen. De curator verwijst hierbij naar een faxbrief waarin staat dat aandeelhouder 2 PSI een lening verstrekt en dat zij 'in ruil voor de lening' intellectueel eigendom van PSI in eigendom verwerft. Op de faxbrief staat met de hand 'concept' geschreven. De intellectuele eigendom is volgens de curator vervolgens weer door aandeelhouder 2 via haar vennootschap aan Trimoteur overgedragen. Atropa heeft vervolgens een kopie van een brief in het geding gebracht waarvan zij stelt dat het de definitieve versie van de faxbrief betreft. In deze brief is de passage dat aandeelhouder 2 de intellectuele eigendom verwerft in ruil voor de geldlening niet opgenomen. De curator heeft niet weersproken dat de door Atropa in het geding gebrachte fax de definitieve versie van de brief betreft en is niet ingegaan op de betekenis van

die brief voor zijn verweer. De rechtbank is dan ook van oordeel dat het verweer van de curator op dit punt reeds hiermee niet kan slagen.

Op grond van het bovenstaande neemt de rechtbank aan de Atropa een vordering heeft in het faillissement van PSI. Derhalve gaat de rechtbank over tot beoordeling van de vraag of de curator onrechtmatig heeft gehandeld jegens Atropa doordat zij geen betaling ontvangt. Het verwijt dat Atropa de curator maakt, is gelegen in de wijze waarop hij het faillissement van PSI heeft afgewikkeld. De vraag of een curator q.q. aansprakelijk is, moet worden beantwoord aan de hand van de maatstaven van artikel 6:162 BW. Er moet dus sprake zijn van een onrechtmatige daad die aan de curator kan worden toegerekend.

In het arrest van de Hoge Raad van 19 april 1996 (ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou*)) is overwogen, samengevat weergegeven, dat het voor de aansprakelijkheid van een curator pro se bepalend is of is gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. De rechtbank verwijst hierbij naar hetgeen is overwogen in het arrest van de Hoge Raad van 16 december 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BU4204 (*Prakke/Gips*)). Hier bepaalde de Hoge Raad dat de rechter bij toepassing van bovenstaande Maclou-norm de vraag dient te beantwoorden of, uitgaande van bedoelde vrijheid, een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht, in de gegeven omstandigheden in redelijkheid tot de desbetreffende gedragslijn zou hebben kunnen komen.

De rechtbank stelt tegen deze achtergrond voorop dat een curator ingevolge artikel 68 Fw belast is met het beheer en de vereffening van de failliete boedel en dat hij die taak in de eerste plaats ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers verricht, maar ook dat hij heeft acht te slaan op belangen van maatschappelijke aard. Bij het beheer en de afwikkeling van een faillissement moet de curator de rechtmatige aanspraak van de schuldeisers respecteren: de schuldeisers hebben op grond van de Faillissementswet en artikel 3:277 BW recht op een uitkering naar hun rang. Dit geldt ongeacht of de vordering een achtergestelde vordering betreft. Met het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden is komen vast te staan dat Atropa als enige schuldeiser in het faillissement van PSI geen betaling heeft of zal ontvangen. Deze situatie is het directe gevolg van het feit dat Atropa buiten de regeling van artikel 3.2. van de overeenkomst is gebleven. Er is niets aangevoerd dat de conclusie kan rechtvaardigen dat dit de curator, die wordt geacht op te treden namens *alle* schuldeisers, niet kan worden toegerekend. Het verweer van de curator dat Atropa afstand heeft gedaan van haar vordering stuit af op artikel 236 Rv. Hetzelfde geldt voor zover de curator aanvoert dat separate afspraken met aandeelhouder 2 zijn gemaakt. De toenmalige Rechtbank Assen heeft dit niet bewezen geacht. Ook kan de curator niet worden gevolgd in het verweer dat hij erop mocht vertrouwen dat de vordering van Atropa door de partijen bij de overeenkomst zou worden

meegenomen. In dat verweer maakt de curator ten onrechte geen onderscheid tussen Atropa, aandeelhouder 2 en de verschillende hoedanigheden van aandeelhouder 2. Daarnaast is het niet te verenigen met de stellingen van de curator dat het 'voor alle partijen duidelijk was dat de overeenkomst Atropa geen recht gaf op een uitkering' en dat dat voor hem ook 'logisch' was.

De rechtbank oordeelt dan ook dat de curator in strijd met artikel 3:277 BW en de Faillissementswet heeft gehandeld en dat hem dit toegerekend kan worden. De curator heeft hiermee onrechtmatig jegens Atropa gehandeld ex artikel 6:162 BW, zodat hij q.q. aansprakelijk is jegens Atropa. De curator is daarnaast naar het oordeel van de rechtbank pro se aansprakelijk. De curator heeft met zijn handelwijze namelijk niet gehandeld zoals mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Redengevend is dat de curator heeft gehandeld in strijd met de voor de afwikkeling van het faillissement geldende regels zodat hem op dit punt geen beleidsvrijheid toekwam.

Dan komt de rechtbank toe aan de omvang van de schade. De vergelijking van deze feitelijke situatie met de hypothetische situatie die zou bestaan als Atropa was meegenomen in de regeling uit de koopovereenkomst, leidt tot de conclusie dat zij schade lijdt ter hoogte van 40% van haar vordering. Het verweer van de curator gaat ervan uit dat in de hypothetische situatie geen overeenkomst tot stand was gekomen die de concurrente crediteuren recht zou geven op betaling van 40% van hun vordering. Dit wordt echter op geen enkele wijze onderbouwd. De curator stelt enkel dat hij samen met de kopers op basis van een crediteurenlijst heeft berekend dat er fl. 7.500.000 nodig was om de regeling na te kunnen komen. Hieruit volgt echter niet dat als de vordering van Atropa was meegenomen bij de berekening van de te betalen koopsom, er geen regeling tot stand was gekomen of een regeling op grond waarvan een lager percentage aan Atropa was uitgekeerd. Hiermee is onvoldoende weersproken dat de koopsom hoger was geweest en ook Atropa 40% van haar vordering had ontvangen. Het verweer van de curator is dan ook onvoldoende gemotiveerd. De rechtbank wijst de door Atropa gevorderde hoofdsom toe te vermeerderen met wettelijke rente. De gevorderde buitengerechtelijke incassokosten zullen worden afgewezen, omdat deze door de curator gemotiveerd worden betwist. De curator q.q. en pro se zullen als de in het ongelijk gestelde partij hoofdelijk in de kosten van de procedure worden veroordeeld.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 03-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:3099

Zaaknummer: C/19/102899 / HA ZA 14-14

Rechters: S. Dijkstra

Advocaten: R.F. Feenstra

Wetsartikelen: 6:162 BW en 3:277 BW

RECHTSPRAAK

Ballast Nedam Parking B.V.

BNP heeft een samenwerkingsovereenkomst gesloten met MPS tot het oprichten van een vof. MPS gaat echter failliet. De curatoren verkopen alle activa en activiteiten van (onder meer) MPS aan Eiseres. Eiseres vordert in kort geding onder meer dat BNP bevolen wordt om een deel van de administratie van de vennootschap over te leggen. De voorzieningenrechter overweegt dat ook in het onderhavige geval geldt dat voortzetting van de vennootschap met diens rechtsopvolger slechts aan de orde is, indien dat tussen de vennoten is overeengekomen. In casu is daar echter geen sprake van. Eiseres is derhalve geen vennoot van de vennootschap geworden, zodat zij geen rechten kan ontlenen aan de vennootschapsovereenkomst of de door haar gestelde hoedanigheid van vennoot.

Op 15 juni 2010 heeft Ballast Nedam Parking B.V. ('BNP') een 'Samenwerkingsovereenkomst Modulaire Garages' gesloten met Integrated Steel Beams B.V. ('MPS', naar de nadien gehanteerde statutaire naam: Modulair Parking Systems B.V.). Deze overeenkomst strekte tot het oprichten van een vof ('de vennootschap') en zal hierna worden aangeduid als: 'de vennootschapsovereenkomst'. Op 10 oktober 2013 is MPS in staat van faillissement verklaard. Op 16 oktober 2013 hebben de curatoren van MPS alle activa en activiteiten van (over onder meer) MPS verkocht aan Eiseres.

Eiseres vordert samengevat – na eisiwijziging – onder meer dat BNP wordt bevolen om een deel van administratie van de vennootschap te overleggen. Ter onderbouwing van haar vordering tot overlegging van diverse bescheiden uit de administratie van de vennootschap heeft Eiseres in de kern aangevoerd dat zij daarop recht heeft op basis van (i) haar hoedanigheid van opvolgend vennoot van de vennootschap en (ii) haar hoedanigheid van deelgenoot in de ongebonden gemeenschap die na de ontbinding van de vennootschap is ontstaan. Zij baseert deze hoedanigheden op het feit dat zij middels de koopovereenkomst alle

activa van MPS heeft gekocht.

De voorzieningenrechter overweegt het als volgt. Een vof is een overeenkomst, die door de inhoud van die overeenkomst, het Wetboek van Koophandel en het gewone civiele recht wordt geregeerd. Dit betekent dat een vennoot zijn rechtsverhouding tot zijn medevennoten alleen met medewerking van die medevennoten kan overdragen aan een derde (artikel 6:159 BW). Ook in een geval als het onderhavige, waarbij de overdragende vennoot failliet is gegaan en de vennootschap van rechtswege is ontbonden (artikel 16 WvK jo. artikel 7A:1683 BW), geldt dat voortzetting met diens rechtsopvolger slechts aan de orde is, indien dat tussen de vennoten is overeengekomen. In de onderhavige vennootschapsovereenkomst is geen bepaling opgenomen over voortzetting van de vennootschap met een derde. Evenmin is gebleken dat BNP als enig overblijvende vennoot op enig moment na het faillissement van MPS heeft ingestemd met vervanging van MPS door Eiseres als vennoot. Dit leidt tot conclusie dat Eiseres geen vennoot van de vennootschap is geworden, zodat zij geen rechten kan ontlenen aan de vennootschapsovereenkomst of de door haar gestelde hoedanigheid van vennoot, en dus ook niet op die grond recht heeft op overlegging van een deel van de administratie van de vennootschap.

Door ontbinding van een vof gaat de gebonden gemeenschap van het vermogen van de vennootschap over in een bijzondere ongebonden gemeenschap als bedoeld in titel 7 van Boek 3 BW. Vraag is evenwel of de curatoren van MPS na de ontbinding wel over het aandeel van MPS in de gemeenschap hebben kunnen beschikken en deze aan Eiseres hebben kunnen overdragen. In artikel 3:191 lid 1 BW is bepaald dat een deelgenoot beschikkingsbevoegd is, tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit. Uit de parlementaire geschiedenis met betrekking tot deze bepaling blijkt dat de wetgever bij deze uitzondering met name het oog heeft gehad op de vereffening van een ontbonden vennootschap waarvan de zaken de eerste tijd vaak niet anders dan door de gezamenlijke deelgenoten kunnen worden afgewikkeld. Ook in de literatuur wordt in overwegende mate aangenomen dat een deelgenoot in een gemeenschap van een ontbonden vof niet zelfstandig bevoegd is tot vervreemding van zijn aandeel daarin, omdat anders een behoorlijke vereffening in het belang van de vennootschapscrediteuren en de gewezen vennoten zelf zou worden verstoord. De voorzieningenrechter sluit zich hierbij aan. Dit betekent dat de curatoren van MPS het aandeel van MPS in de gemeenschap van de ontbonden vennootschap niet rechtsgeldig aan Eiseres hebben kunnen overdragen en dat Eiseres dus ook geen deelgenoot in die gemeenschap is geworden. Ook aan deze door Eiseres gestelde hoedanigheid kan zij derhalve geen recht ontlenen op overlegging van een deel van de administratie van de vennootschap.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 27-05-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:4345

Zaaknummer: C-16-390076 – KG ZA 15-245

Rechters: R.J. Verschoof

Advocaten: A.A. Boot en P.C. Tennekes

Wetsartikelen: 15 WvK, 16 WvK, 3:189 BW, 3:191 lid 1 BW, 6:159 BW, 7A:1655 BW en 7A:1683 BW

RECHTSPRAAK

Bribus

Bedrijf X is failliet gegaan nadat – kort gezegd – haar enige opdrachtgever besloot om zelf de opdrachten uit te voeren. De curator beweert dat bestuurders van X wisten dan wel behoorden te weten dat de opdrachtenstroom zou uitvallen en dat daarom gedane winst- en agio-uitkeringen vernietigd horen te worden. De bestuurders en aandeelhouders van X stellen, als gedaagden, dat ten tijde van de uitkeringen helemaal niet duidelijk was dat de opdrachtenstroom zou ophouden. Er waren exclusiviteitsafspraken. De rechter stelt vast dat de curator niet voldaan heeft aan haar stelplicht omdat deze de stellingen van de gedaagden slechts in algemene bewoordingen betwist, dat de curator niet voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de uitkeringen een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement en dat onvoldoende is gesteld dat bij de uitkeringen het faillissement en het tekort met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien.

De curator is op 1 mei 2012 benoemd bij faillissement van bedrijf X. Gedaagde A B.V. ('A') is aandeelhouder en bestuurder van bedrijf X. Gedaagde B B.V. ('B') is de moederverenootschap van A. De uiteindelijke aandeelhouders van A en B zijn C en D. C voerde feitelijk de directie over X. X hield zich bezig met het aanbrengen en renoveren van keukens en het verrichten van onderhoud en service. De enige opdrachtgever was Bribus B.V. In de jaren 2010 en 2011 is besloten de winsten over 2009 en 2010 en de agio uit te keren aan gedaagde A. Deze uitkering bedroeg 1 miljoen euro. De curator van bedrijf X vordert vernietiging van de besluiten tot uitkering en veroordeling van A tot terugbetaling van het uit onverschuldigde betaling ontvangen bedrag van 1 miljoen euro. Voorts vordert de curator een verklaring voor recht dat alle gedaagden onbehoorlijk bestuur hebben gepleegd c.q. onrechtmatig hebben gehandeld en hoofdelijke veroordeling van de gedaagden tot betaling van de totale schuldenlast.

De curator stelt dat gedaagden al vanaf 2008 wisten dat Bribus de werkzaamheden in eigen hand wilde gaan nemen en dat het gedaagden in elk geval in 2010 duidelijk had moeten zijn dat er geen werkzaamheden meer uitbesteed zouden worden en dat dus de grootste opdrachtgever zou wegvallen. Gedaagden wisten, althans behoorden te weten, dat benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn van de uitkering. Ook is er onrechtmatig gehandeld door A omdat zij als enig aandeelhouder in haar rol van bestuurder onvoldoende rekening heeft gehouden met de belangen van de overige crediteuren. Daarnaast zou er sprake van onbehoorlijk bestuur zijn omdat A alle medewerking heeft verleend aan de enorme beperking van de liquiditeitspositie van X.

Gedaagden stellen dat sinds 1992 exclusiviteit gold tussen Bribus en X. De samenwerking stond niet op papier, alles ging in goed vertrouwen. Er zou vóór maart 2011 nooit een aanwijzing zijn geweest van het voornemen tot verandering van de samenwerking bij Bribus. In maart 2011 is Bribus gaan praten over een overname van X. Er is beloofd een bod uit te brengen, maar uiteindelijk werd X verrast doordat Bribus een nieuwe dochteronderneming voor service oprichtte. Bribus heeft daarna verzekerd dat het door zou gaan met de samenwerking met X en de exclusiviteitsafspraken zijn nooit opgezegd. Tot december 2011 heeft X orders van gangbare hoogte van Bribus ontvangen, maar daarna liepen deze terug. Gedaagden stellen dat Bribus op onrechtmatige wijze de ondernemingsactiviteiten van X heeft overgenomen, omdat zij werknemers van X heeft overgenomen zonder het opzeggen van de exclusiviteitsafspraken. De curator heeft volgens gedaagden niet aan de stelplicht voldaan en gedaagden behoorden niet te weten dat benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn van de uitkeringen.

De rechter stelt vast dat de curator de door gedaagde uitvoerig geschetste feiten en omstandigheden slechts in algemene bewoordingen heeft betwist. Hij heeft aldus niet voldaan aan zijn stelplicht. De curator heeft ook onvoldoende gesteld dat ten tijde van de handeling het faillissement en haar tekort met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien. Voor het besluit tot uitkering van 22 juni 2011 is het vermoeden van artikel 43 Fw geheel weerlegd. Er waren nog onderhandelingen met betrekking tot een overname en de exclusiviteitsafspraken golden nog. Het enkele feit dat achteraf opgestelde current ratio's laag waren ten tijde van de uitkering is onvoldoende om dit tegen te spreken.

Wat betreft bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW of aansprakelijkheid van aandeelhouders, geldt op grond van vaste jurisprudentie dat er sprake kan zijn van aansprakelijkheid wanneer bestuurders er ernstig rekening mee moeten houden dat de vennootschap na uitkering van dividend en agio niet in staat zal zijn al haar crediteuren te voldoen. Ook moet er een causaal verband zijn tussen de uitkering en het faillissement. De rechter stelt vast dat niet van iedere uitkering vóór het faillissement kan worden gezegd dat

deze een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De curator heeft niet aannemelijk gemaakt dat dit wel zo is. Ook is door de curator niet voldoende betwist dat gedaagden niet konden weten en ook geen rekening hoefden te houden met het feit dat Bribus alle werkzaamheden bij X weg zou halen. De vordering van de curator wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 25-03-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2015:1413

Zaaknummer: C-08-150970

Rechters: M.H.S. Lebens-De Mug, J. van der Hulst en J.N. Bartels

Advocaten: M.W.G. Versendaal en D. Warnink