

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 34, 2013

Nummer 34, 2013

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:4020](#) 03-09-2013

Mw. X / Varde Investments (Ireland) Ltd.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:4010](#) 03-09-2013

X/Curator Groep B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:5989](#) 13-08-2013

Napa BV / Exploitatiemaatschappij X BV en Y

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2013:1991](#) 21-08-2013

Curator/A c.s. en B Beheer

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:3659](#) 10-07-2013

X, A en B/Y

RECHTSPRAAK

X/Curator Groep B.V.

Een vennootschap betaalt in opdracht van een bestuurder in het zicht van het faillissement een aantal vorderingen die bestuurder heeft op de vennootschap. Het hof oordeelt deze betalingen, gelet op een aantal omstandigheden, als zodanig selectief dat die betalingen als onrechtmatig worden benoemd

X is via zijn holding bestuurder en enig aandeelhouder van Groep B.V. Groep B.V. en X hebben een rekening-courant verhouding. De curator stelt dat Groep B.V. in opdracht van X kort voor het op 22 augustus 2008 uitgesproken faillissement van Groep B.V. € 114.500 heeft overgemaakt zonder geldige juridische grondslag, dus onverschuldigd. Subsidiair stelt de curator dat X dit bedrag van € 114.500 aan hem dient terug te betalen omdat sprake is van selectieve betalingen omdat Groep B.V. in opdracht van X kort voor het faillissement van Groep B.V. deze betalingen aan hem heeft verricht terwijl crediteuren die niet tot de groep van X behoorden, niet zijn betaald dan wel substantieel minder geld hebben ontvangen. De rechtbank heeft in haar vonnis waarvan beroep de vordering op de subsidiaire grondslag toegewezen, van oordeel zijnde dat X een onrechtmatige daad heeft gepleegd omdat hij, kort gezegd, de schuldeisers van Groep B.V. ongelijk heeft behandeld (zie HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727 (Coral/Stalt)).

Het hof overweegt als volgt. X heeft gewezen op de betalingen zoals die blijken uit het rekeningoverzicht. De inhoud van dat door X overgelegde overzicht is niet door de curator betwist, zodat het hof uitgaat van de juistheid van de daarin vermelde gegevens. Uit dit overzicht blijkt naar het oordeel van het hof dat X kort voor het faillissement van Groep B.V. substantiële bedragen aan zichzelf heeft overgemaakt in verhouding tot de betalingen aan andere crediteuren, terwijl de schuldenpositie enorm was. Uit de vastgestelde feiten (X wist op 22 juni 2008 dat Groep B.V. naar het einde ging blijkens het overgelegde rekeningoverzicht van de bankrekening van Groep B.V.) trekt het hof de conclusie dat X zich schuldig heeft gemaakt aan onrechtmatige selectieve betaling doordat hij Groep B.V. vanaf 22 juni 2008 opdracht heeft gegeven om in totaal € 74.500 aan hem zelf over te maken aan huurpenningen, ruim 86% van de totale huurvordering. Daarmee heeft X veel meer ontvangen dan welke

crediteur in die periode heeft ontvangen, terwijl is gesteld noch gebleken dat de betaling van deze huurpenningen van voldoende groot bedrijfsbelang was om X dermate te bevoordelen. Daar waar niet is gebleken dat X voor 22 juni 2008 voldoende zeker wist dat Groep B.V. naar het einde ging, en de twee betalingen van voor 22 juni 2008 in totaal € 40.000 bedroegen, terwijl op dat moment reeds een bedrag van € 120.000 aan huurpenningen inclusief de huur van juni 2008 opeisbaar was, kan niet worden geoordeeld dat die betalingen zodanig selectief waren dat zij als onrechtmatig moeten worden gekwalificeerd. Nu X overigens geen verweren tegen de bedragen heeft gevoerd, is de vordering toewijsbaar tot € 74.500.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 03-09-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:4010

Zaaknummer: HD 200.082.611/01

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Mw. X / Varde Investments (Ireland) Ltd.

Gebondenheid aan verbindendverklaarde WCAM-overeenkomst staat. Berekening van de resterende termijnen (uit hoofde van de Profit Effect-overeenkomst) bij beëindiging van de overeenkomst door Dexia

In 1998 is mevrouw X met een rechtsvoorganger van Dexia Nederland N.V. (Dexia) een effectenlease-overeenkomst aangegaan. Deze overeenkomst, contract 1, is drie jaar later, in 2001, geëindigd. In 2000 is mevrouw X met Dexia nog een effectenlease-overeenkomst aangegaan, genaamd Profit Effect (contract 2). Dexia heeft de overeenkomst in verband met een betalingsachterstand van mevrouw X in 2003 beëindigd. Mevrouw X was ten tijde van het aangaan respectievelijk het opstellen van voormelde effectenlease-overeenkomsten gehuwd met de heer Y, haar inmiddels ex-echtgenoot. Y heeft bij aan Dexia gerichte brieven bezwaar gemaakt tegen de (automatische) incasso uit hoofde van contract 2. Het Hof Amsterdam heeft bij beschikking van 25 januari 2007 (ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033) de tussen Dexia en een aantal belangenorganisaties gesloten WCAM-overeenkomst verbindend verklaard voor de kring van gerechtigden als bedoeld in artikel 2 van die overeenkomst. In deze beschikking is bepaald binnen welke termijn na de bekendmaking de gerechtigden konden laten weten niet gebonden te willen zijn aan de verbindendverklaring als bedoeld in artikel 7:908 lid 2 BW. Gezien de datum van bekendmaking diende de zogeheten opt-outverklaring vóór 1 augustus 2007 bij de in de WCAM-overeenkomst aangewezen notaris te worden afgelegd. Dexia heeft haar vorderingen op X aan Varde gecedeerd, hetgeen ook is medegedeeld aan X. Varde heeft X in rechte betrokken en gevorderd X te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 9.647,91. X heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

De kantonrechter heeft in zijn vonnis de conclusies van de deskundige overgenomen en bewezen geacht dat X de effectenlease-overeenkomst van 13 januari 2000 met Dexia is aangegaan. De kantonrechter heeft voorts geoordeeld dat niet is gebleken dat Y tijdig de nietigheid van de overeenkomst heeft ingeroepen en dat aldus vaststaat dat de overeenkomst in stand is gebleven. Y heeft niet tijdig een opt-outverklaring afgelegd bij de notaris. De kantonrechter heeft de vordering toegewezen.

Het hof overweegt dat in artikel 14.1 van de verbindendverklaarde WCAM-overeenkomst is bepaald dat gerechtigden aan Dexia kwijting verlenen ter zake van alle vorderingen die voortvloeien uit of verband houden met de geldigheid, het aangaan en de uitvoering van effectenlease-overeenkomsten en de wijze waarop voor dergelijke overeenkomsten reclame is gemaakt of anderszins het aangaan daarvan is bevorderd, ongeacht de aard en grondslag van dergelijke vorderingen. Het Hof Amsterdam heeft in zijn beschikking van 25 januari 2007 ter zake overwogen dat uit artikel 14 van de WCAM-overeenkomst volgt dat als eenmaal de WCAM-overeenkomst verbindend is geworden de beleggers en hun eega's die niet zijn uitgestapt óók hun vorderingen in verband met overeenkomsten die reeds door een buitengerechtelijke verklaring van de belegger of zijn eega zijn vernietigd, hebben prijsgegeven. De WCAM-overeenkomst is immers een vaststellingsovereenkomst en dus een overeenkomst waarbij de partijen ter beëindiging van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar binden aan een vaststelling van hetgeen tussen hen rechtens geldt, welke vaststelling bestemd is om ook te gelden voor zover zij mocht afwijken van de tevoren bestaande rechtstoestand (art. 7:900 lid 1 BW). Ten aanzien van de vraag of de effectenlease-overeenkomst voor de verbindendverklaring van de WCAM-overeenkomst rechtsgeldig is vernietigd, bestond tussen partijen onzekerheid in de zin van artikel 7:900 lid 1 BW. Deze onzekerheid was vatbaar voor beëindiging door een vaststellingsovereenkomst, tot welke categorie overeenkomsten de WCAM-overeenkomst gerekend moet worden. Nu X en/of Y, die naar in rechte vaststaat zich niet op de voet van artikel 7:908 lid 2 BW aan de verbindendverklaring van de WCAM-overeenkomst hebben onttrokken, als gerechtigden gelden in de zin van die overeenkomst, zijn zij hieraan gebonden. Dit betekent dat de vordering van Varde uit hoofde van de WCAM-overeenkomst in beginsel toewijsbaar is (vgl. HR 28 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5822). De laatste grief richt zich tegen de toewijzing van de door Varde gevorderde hoofdsom. Varde wordt in de gelegenheid gesteld haar beweegredenen toe te lichten waar zij (althans) Dexia de resterende termijnen contant heeft gemaakt en niet, zoals X aangeeft, de kortingsregeling in artikel 2 van de effectenlease-overeenkomst, heeft toegepast. Om redenen van efficiency zal Varde reeds een alternatieve berekening dienen op te stellen waarbij wordt uitgegaan van bedoelde kortingsregeling.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 03-09-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:4020

Zaaknummer: HD 200.105.570/01

Wetsartikelen: 7:900 lid 1 BW en 7:908 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Curator/A c.s. en B Beheer

(Indirect en feitelijke) bestuurders hebben onrechtmatig gehandeld wegens het in ontvangst nemen van betalingen door de failliete vennootschap terwijl zij op de hoogte waren van de financiële situatie van deze vennootschap. Selectieve betaling

In de zaak 12-164

In deze zaak staat een aantal betalingen centraal die de gefailleerde vennootschap heeft verricht in de periode kort voor het faillissement. De betalingen zijn te onderscheiden in betalingen aan A c.s. en betalingen aan B Beheer B.V. Alle betalingen zijn door de gefailleerde vennootschap met A als indirect bestuurder verricht. De curator stelt dat A c.s. onrechtmatig heeft gehandeld jegens de schuldeisers door kort voor het faillissement betalingen aan hemzelf en aan hem of zijn familie gelieerde vennootschappen te verrichten en andere schuldeisers met een hogere of gelijke rangorde onbetaald te laten.

De rechtbank concludeert dat de gefailleerde vennootschap ten tijde van de betalingen in ernstige moeilijkheden verkeerde en dat de feitelijke activiteiten vrijwel geheel tot stilstand waren gekomen. Voorts blijkt uit onder meer het verhoor van A dat A c.s. in die periode bekend was met deze slechte financiële positie. Het bestuur van de gefailleerde vennootschap had serieus rekening moeten houden met een op korte termijn naderend faillissement. In deze situatie dient er dan ook van uit te worden gegaan dat A c.s. door het verrichten van betalingen aan bepaalde schuldeisers in beginsel onrechtmatig heeft gehandeld jegens de overige schuldeisers met een hogere of gelijke rangorde. Met de curator is de rechtbank van oordeel dat A c.s. geen feiten heeft aangedragen die de betalingen aan A c.s. rechtvaardigen.

B Beheer B.V. is als grootaandeelhouder van A Vastgoed B.V. eveneens aan te merken als een aan de gefailleerde vennootschap gelieerde crediteur. Aan dit feit kent de rechtbank in zoverre beslissende betekenis toe, dat de betreffende betalingen de schijn tegen hebben. Dat B Beheer B.V. ten behoeve van de gefailleerde vennootschap een bedrag van € 12.646 aan de Belastingdienst heeft voldaan om het bodembeslag opgeheven te krijgen, vormt geen rechtvaardiging van de betalingen door de gefailleerde vennootschap aan B Beheer B.V.

Het voorgaande betekent dat het verrichten van de hiervoor genoemde betalingen moet worden aangemerkt als onrechtmatig handelen van de (indirect) bestuurders, te weten A c.s. ten opzichte van de benadeelde schuldeisers.

In (voorwaardelijke) reconventie beroept A c.s. zich op verrekening. De rechtbank oordeelt dat het honoreren van het beroep op verrekening in strijd is met het rechtsoordeel in conventie.

In de zaak 12-267

In deze zaak staan de betalingen centraal die de gefailleerde vennootschap aan B Beheer B.V. met een totaalbedrag van € 12.646 heeft verricht. De curator betoogt ook hier dat het in ontvangst nemen van de betalingen door B Beheer B.V. onrechtmatig is. B Beheer B.V. heeft hiermee immers geprofiteerd van het onrechtmatig handelen van de bestuurder(s) van de gefailleerde vennootschap.

Het staat buiten kijf dat B Beheer B.V. een aan de gefailleerde vennootschap gelieerde vennootschap is en dat de statutair bestuurder van B Beheer B.V., B, grote invloed had op en wetenschap had van het wel en wee van de gefailleerde vennootschap. De stelling dat de positie van B binnen de gefailleerde vennootschap vergelijkbaar was met die van indirect bestuurder A en dat B eveneens als (feitelijk) bestuurder van de gefailleerde vennootschap kan worden aangemerkt, is niet door B Beheer B.V. bestreden. B Beheer B.V. wist als grootaandeelhouder van A Vastgoed B.V. van de slechte financiële situatie van de gefailleerde vennootschap ten tijde van de betalingen. Desondanks heeft B Beheer B.V. de betalingen van de gefailleerde vennootschap in ontvangst genomen en heeft zij daarvan ten opzichte van de overige schuldeisers geprofiteerd. Het in ontvangst nemen van de betalingen en het bewust profiteren van het onrechtmatig handelen van A c.s. moet, mede gelet op de genoemde invloed van B, het feit dat hij tevens als (feitelijk) bestuurder van de gefailleerde vennootschap is te beschouwen en de genoemde wetenschap van de slechte financiële situatie van de gefailleerde vennootschap, als onrechtmatig handelen van B Beheer B.V. ten opzichte van de benadeelde schuldeisers worden aangemerkt.

In reconventie gaat het om de vraag of sprake is van een rechtsgeldige verpanding van de activa en toekomstige vorderingen van de gefailleerde vennootschap aan B Beheer B.V. De rechtbank beantwoordt deze vraag ontkennend.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 21-08-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2013:1991

Zaaknummer: C/07/199301 C/07/203946

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Napa BV / Exploitatiemaatschappij X BV en Y

Napa is niet geslaagd in het leveren van bewijs dat de wederpartij bij de verkoop van het aandelenpakket onjuiste informatie heeft verstrekt of dat wederpartij toen wist dat de financiële situatie van Dox slecht was. De op die stellingen gebaseerde vorderingen moeten worden afgewezen

Het hof verwijst naar en blijft bij zijn tussenarrest van 15 januari 2013. Het hof heeft Napa, de kopende partij, toegelaten te bewijzen dat Y, de verkopende partij, onjuiste informatie heeft verstrekt, te weten dat de balans een getrouw en actueel beeld gaf van de financiële toestand van Dox, een vennootschap naar Tsjechisch recht, en dat Dox in staat was 'de eigen broek op te houden', alsmede feiten en omstandigheden waaruit volgt dat Y en/of Exploitatiemaatschappij X BV al voor het sluiten van de koopovereenkomst wist(en) of behoorde(n) te weten dat de financiële situatie van Dox slecht was. Napa heeft daartoe drie getuigen doen horen. Het hof stelt ten aanzien van de waardering van het bewijs voorop dat V, als bestuurder van Napa, als partijgetuige is aan te merken. Dat brengt met zich dat zijn getuigenverklaring alleen bewijs in het voordeel van Napa kan opleveren indien zij strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs. Daarvan is alleen sprake indien aanvullende bewijzen voorhanden zijn die zodanig sterk zijn en zodanig essentiële punten betreffen dat zij de partijgetuigenverklaring voldoende geloofwaardig maken. In deze zaak is geen sprake van dergelijke aanvullende bewijzen. Uit de getuigenverklaringen van Y en B (destijds bestuurder en medeaandeelhouder van Dox), zoals hierboven samengevat weergegeven, kan niet worden afgeleid dat Y heeft gezegd dat de balans van 31 maart 2008 een getrouw en actueel beeld gaf van de financiële toestand van Dox en dat Dox in staat was de eigen broek op te houden. Evenmin kan daaruit worden afgeleid dat Y (of X BV) al voor het sluiten van de koopovereenkomst wist of behoorde te weten dat de financiële situatie van Dox slecht was. Dat laatste wordt overigens ook door V niet met voldoende duidelijkheid/zekerheid verklaard. Ook overigens bevat het dossier geen aanvullende bewijzen die de verklaring van V voldoende geloofwaardig maken. Nu niet is komen vast te staan dat X tijdens de bespreking van 11 augustus 2008 onjuiste informatie heeft verstrekt dan wel informatie heeft verzwegen,

moeten de op die stelling gebaseerde primaire en subsidiaire vorderingen worden afgewezen. De aanvullende vordering van Napa dat voor recht wordt verklaard dat X BV de schulden van Dox, welke hun oorsprong vinden voor 11 augustus 2008, voor haar rekening neemt, wordt eveneens afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 13-08-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:5989

Zaaknummer: 200.058.877

Wetsartikelen: 3:44 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

X, A en B/Y

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van het feit dat gedaagden bij het aangaan van hun vaststellingsovereenkomst wisten of moesten weten dat de vennootschap die verplichting niet kon nakomen; deskundigenbenoeming ten aanzien van de ten gevolge van de onrechtmatige daad geleden schade

In de onderhavige uitspraak staat de vraag centraal of A en B onrechtmatig jegens eiseres hebben gehandeld bij het aangaan van een vaststellingsovereenkomst namens de vennootschap X waarvan zij bestuurder waren, terwijl zij wisten of moesten weten dat die vennootschap de overeenkomst niet zou kunnen nakomen. Eiseres stelt dat nu zij, wanneer zij zou hebben geweten dat de vennootschap de vaststellingsovereenkomst niet zou kunnen nakomen, zij de vaststellingsovereenkomst niet zou hebben gesloten, maar beslag zou hebben gelegd op een perceel, in eigendom van X, waaruit zij haar vordering zou hebben kunnen verhalen.

A en B betwisten dat zij wisten of moesten weten dat X de vaststellingsovereenkomst niet zou kunnen nakomen en betwisten eveneens dat eiseres door het toch aangaan van de vaststellingsovereenkomst schade zou hebben geleden. Het eerstgenoemde verweer is echter onvoldoende onderbouwd. De rechtbank is van mening dat het feit dat X in het geheel niet op de vaststellingsovereenkomst heeft afgelost, maar dat dit door derden is gedaan, er genoegzaam op duidt dat X zelf niet in staat was om te betalen en A en B hebben op geen enkele wijze toegelicht dat, en op grond waarvan, zij ten tijde van het sluiten van de vaststellingsovereenkomst de verwachting hadden en mochten hebben dat dit anders zou worden.

De rechtbank sluit niet uit dat eiseres schade heeft geleden door in plaats van beslag te leggen, de vaststellingsovereenkomst te sluiten. De rechtbank gaat er voorlopig van uit dat indien eiseres ten tijde, maar in plaats van de vaststellingsovereenkomst tot beslaglegging zou zijn overgegaan, dit tot executie per 31 december 2010 (iets meer dan een jaar na het sluiten van de vaststellingsovereenkomst) had kunnen leiden, dan wel, afhankelijk van eventueel op dat

moment aanwezige overwaarde, extern gefinancierde vrijwillige (deel)betaling. Om te kunnen bepalen waartoe executie voor eiseres had kunnen leiden, dient naar het voorlopige oordeel van de rechtbank onder meer deskundigenonderzoek plaats te vinden naar de executie- en onderhandse verkoopwaarde van het perceel per 31 december 2010. De zaak wordt naar de rol verwezen om partijen de gelegenheid te geven zich uit te laten over het aantal en de kwalificaties van de te benoemen deskundigen, de aan deze te stellen vragen, de partijen die de kosten van de deskundigen moeten bevoorschotten en, indien partijen het daarover alsdan onderling eens mochten zijn geworden, hun eventuele gezamenlijke voordracht van een bepaalde deskundige.

Tot slot voert eiseres aan dat de vennootschap op een gegeven moment over krediet heeft kunnen beschikken voor verdere afbetaling, maar dat het aan betalingsonwil van gedaagden is te wijten dat daarvan niet ten behoeve van eiseres gebruik is gemaakt. De rechtbank zal gedaagden in de gelegenheid stellen zich hierover nader uit te laten.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 10-07-2013

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:3659

Zaaknummer: C/16/326272 / HA ZA 12-892

Wetsartikelen: 6:162 BW