Overzicht rechtspraak faillissementsrecht april-juni 2015

prof. mr. A.W. Jongbloed

HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1473

Moment toetsing bij hoger beroep tegen vonnis op verzet; behoorlijke oproeping schuldenaar?

3.4.2 Uit de door het hof vastgestelde gang van zaken blijkt dat de advocaat van [verweerster], na HSK bij brief van 8 juli 2004 een conceptverzoekschrift te hebben toegezonden met de mededeling dat dit, bij uitblijven van betaling, bij de rechtbank zou worden ingediend, HSK bij exploot van 22 juli 2014 heeft doen oproepen tegen de zitting van 2 september 2014 te 10.00 uur om alsdan te worden gehoord op het verzoekschrift tot faillietverklaring. HSK heeft in hoger beroep, onweersproken, aangevoerd dat bij het oproepingsexploot bedoeld conceptverzoekschrift aan HSK is betekend en dat in het exploot naar dat stuk werd verwezen met de woorden:

'een verzoekschrift waarmee requirant(e) zich heeft gewend tot de rechtbank Noord-Nederland'

Eveneens staat vast dat het verzoekschrift eerst op 20 augustus 2014 ter griffie is ingekomen.

3.4.3 Indien [verweerster] voorafgaand aan het uitbrengen van het exploot van de zijde van de rechtbank reeds was meegedeeld tegen welke datum, welk tijdstip en op welke wijze HSK diende te worden opgeroepen – hetgeen het hof (in rov. 3.6), afleidt uit de enkele omstandigheid dat die gegevens overeenstemmen met het moment waarop de behandeling daadwerkelijk heeft plaatsgevonden – heeft de rechtbank derhalve die mededeling gedaan voordat het verzoekschrift was ingediend. Dat staat op gespannen voet met art. 1.1.4.3 van het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken (Stcrt. 2009, nr. 53) dat luidt als hiervoor in 3.2 (in rov. 3.6 van het hofarrest) vermeld en dat is opgenomen in de afdeling (1.1.4) getiteld 'Behandeling van het verzoek', hetgeen impliceert dat sprake is van een verzoek en – gelet op art. 5 lid 1 Fw – dus van een ingediend verzoekschrift. Een dergelijke gang van zaken is bovendien niet zonder risico's voor de verweerder. Deze handelwijze brengt immers mee dat de verweerder gedurende enige tijd – in het onderhavige geval gedurende meer dan vier weken – in de veronderstelling verkeert dat de aanvrage van het faillissement op een bepaalde dag zal worden behandeld, zonder dat bij de rechtbank die aanvrage bekend is. Daardoor kunnen misverstanden rijzen zoals die volgens HSK in dit geval zijn opgetreden en wordt het de verweerder onmogelijk gemaakt op enigerlei wijze met de rechtbank over de zaak te communiceren, bijvoorbeeld om een aanhouding van de behandeling te verzoeken.

3.4.4 Mocht (de advocaat van) [verweerster] op eigen gezag, dus zonder voorafgaande mededeling daaromtrent van de rechtbank, dag en uur van de zitting in het exploot hebben opgenomen, dan verdient opmerking dat voormeld voorschrift uit het toepasselijke procesreglement de tijdsvolgorde aangeeft van mededeling door de rechtbank en oproeping door de verzoeker, zodat de oproeping reeds op die grond niet behoorlijk is geweest.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zp Leeuwarden 16 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3252

Tijdens procedure geraken beide partijen in de schuldsanering. Het geschil betreft een vordering tot betaling geldsom. De rechtbank had op grond van artikel 29 Fw de procedure moeten schorsen.

4.3 Het hof overweegt dat ingevolge art. 313 Fw de artikelen 25 tot en met 31 Fw overeenkomstig van toepassing zijn op de wettelijke schuldsaneringsregeling. Art. 28 Fw regelt op welke wijze gehandeld dient te worden wanneer rechtsvorderingen als bedoeld in art. 25 Fw aanhangig zijn die tegen de schuldenaar zijn ingesteld. De rechtbank heeft, mede gezien de bestreden beschikking, deze weg gevolgd.

4.4 Het hof is evenwel van oordeel dat het verzoek van de man zoals neergelegd in diens akte van 14 maart 2013 een rechtsvordering behelst die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben in de zin van art. 26 Fw, omdat het bedoelde verzoek uitsluitend ziet op een veroordeling van de vrouw tot betaling van een geldsom. Ingevolge het bepaalde in art. 29 jo 313 Fw wordt een geding dat aanhangig is tegen een schuldenaar, voor wat betreft vorderingen als bedoeld in art. 26 Fw, van rechtswege geschorst op het moment dat op de schuldenaar de wettelijke schuldsaneringsregeling van toepassing wordt verklaard.

4.5 De rechtbank heeft echter, nadat de man ter zitting van 14 oktober 2013 had meegedeeld dat de wettelijke schuldsaneringsregeling op de vrouw van toepassing was verklaard, niet geconstateerd dat het geding in ieder geval voor wat betreft de in de akte van 14 maart 2013 genoemde vorderingen, overeenkomstig het bepaalde in art. 29 jo 313 Fw was geschorst. De rechtbank heeft daarom in strijd met het bepaalde in die artikelen de eindbeschikking van 14 februari 2014 gegeven, waarin de

TvCu_2015_03.indb 115 17/07/2015 14:32:45

vrouw is veroordeeld tot betaling van een geldsom aan de man.
4.6 Bij de beantwoording van de vraag of de vrouw kan worden ontvangen in het door haar tegen de beschikking van 14 februari 2014 ingestelde hoger beroep neemt het hof in aanmerking dat de artikelen 25 tot en met 31 jo art. 313 Fw geen regeling bevatten ter zake van de vraag wie van de zijde van de vrouw, als schuldenaar/saniet, in hoger beroep kan komen tegen de beschikking die is gegeven in de tussen de man en de vrouw gevoerde procedure en waaraan een proces-verloop als voormeld is voorafgegaan. Het hof ziet daarom aanleiding om aansluiting te zoeken bij de algemeen voor verzoekschriften geldende regel van art. 358 lid 2 Rv. Daarin is bepaald dat tegen een gegeven eindbeschikking hoger beroep kan worden ingesteld door de oorspronkelijk verzoeker en de in die procedure verschenen belanghebbenden en dus in casu ook door de vrouw. Het hof acht de vrouw daarom ontvankelijk in het door haar ingestelde hoger beroep, daargelaten de vraag of de bewindvoerder ook in hoger beroep zou kunnen komen van de bestreden beschikking.
4.7 Voor zover is beoogd dat (ook) de bewindvoerder als procespartij in hoger beroep zou komen tegen de beschikking van 14 februari 2014, blijkt naar het oordeel van het hof uit het beroepschrift niet voldoende dat mr. Flantua het hoger beroep (mede) als procesgemachtigde van de bewindvoerder heeft ingesteld. De zinsnede in het beroepschrift, dat het beroepschrift mede namens de bewindvoerder, dan wel met diens instemming is ingesteld, is daarvoor niet voldoende. Mr. Flantua heeft ook niet ondubbelzinnig gesteld dat zij als procesgemachtigde namens de bewindvoerder optreedt.
4.8 Aangezien art. 29 Fw van openbare orde is, zijn alle proceshandelingen die sedert 26 april 2013 hebben plaatsgehad met betrekking tot de vordering van de man die strekken tot voldoening van een verbintenis uit de boedel in de zin van art. 26 Fw, van rechtswege nietig en van onwaarde. De bestreden beschikking is evenwel niet van rechtswege nietig; gelet op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen kan de nietigheid van de beschikking slechts geldend worden gemaakt door aanwending van een rechtsmiddel. Het hof zal ter zake doen wat de rechtbank had behoren te doen.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zp Leeuwarden 21 april 2015, ECLI:NL:GHARL: 2015:2874

Nadat in eerste aanleg bij eindvonnis de (geld) vordering van eiseres is afgewezen, gaat de oorspronkelijk gedaagde partij failliet. Daarna stelt de oorspronkelijk eiseres hoger beroep in tegen de curator. Tussen partijen ontstaat onder verwijzing naar HR 16 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH007 een dispuut over de werking van art. 29 Fw. Het hof oordeelt dat appellant ontvankelijk is in het hoger beroep maar dat het systeem van de faillissementswet (in het bijzonder art. 29 Fw) meebrengt dat het geding vervolgens op de eerstdienende dag wordt geschorst om de curator in de gelegenheid te stellen de verificatie van de vordering die voldoening uit de boedel beoogd te betwisten. Het hof gaat ook in op de vraag op welk moment de curator uiterlijk moet betwisten. Maatgevend is het systeem van het faillissementsrecht, zodat de curator uiterlijk bij de eventueel te houden verificatievergadering kenbaar moet maken of hij wenste te betwisten.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 april 2015, ECLI:NL: GHSHE:2015:1629

Vernietiging van faillissement nu gefailleerde niet (meer) verkeert in de staat te zijn opgehouden met betalen, de verzoeker van het faillissement het faillissement niet meer verzoekt en ook de curator instemt met een vernietiging van het faillissement.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zp Leeuwarden 12 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3424

Hoger beroep tegen curator van gefailleerde rechtspersoon. Faillissement uitgesproken nadat zaak in eerste aanleg in staat van wijzen was. Schorsing van rechtswege op grond van art. 29 Faillissementswet. Verstekverlening tegen de curator wordt ongedaan gemaakt.
4.4. De vraag is vervolgens of het geding tussen appellante en de curator zonder meer kan worden voortgezet na de faillietverklaring. Het hof verwijst in dit verband naar het arrest van 23 september 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BQ8092), waarin de Hoge Raad onder meer overwoog:
'3.4 Het stelsel van de Faillissementswet houdt, voor zover hier van belang, het volgende in. Vorderingen die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben, kunnen gedurende het faillissement op geen andere wijze worden ingesteld dan door aanmelding ter verificatie (art. 26 F.). Zij kunnen worden betwist door de curator en door de andere schuldeisers (art. 112 en 119 lid 1 F.). Worden zij betwist, dan volgt verwijzing naar de rechtbank op de voet van art. 122 lid 1 F. In de hiermee aanhangig gemaakte procedure staat de schuldeiser wiens vordering betwist wordt, tegenover de curator en/of andere schuldeiser(s) die de betwisting doen, als wederpartij.
De regel van art. 26 F. geldt ook als de vordering die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel heeft, ten tijde van de faillietverklaring al in een geding aan de rechter is voorgelegd. Het geding wordt dan geschorst, om alleen te worden voortgezet indien de verificatie van de vordering wordt betwist (art. 29 F.). In dat laatste geval vindt volgens art. 122 lid 1 F. geen verwijzing plaats, omdat het geding al aanhangig is.
Op grond van art. 29 F. wordt in dat geval het geding tegen de betrokken schuldeiser voortgezet door degenen die de betwisting doen, dus de curator en/of een of meer van de andere schuldeisers. Deze neemt of nemen het geding over als wederpartij van de betrokken schuldeiser.
Een uitzondering op de schorsing van art. 29 F. geldt wanneer vóór de faillietverklaring de stukken van het geding al aan de rechter zijn overgelegd voor het geven van een beslissing (art. 30 lid 1 F.). Indien de rechter in dat geval geen einduitspraak doet, maar een tussenuitspraak, is art. 29 F. alsnog van toepassing en wordt het geding dus alsnog overeenkom-

TvCu_2015_03.indb 116 17/07/2015 14:32:46

stig het artikel geschorst, met de daarin genoemde, hiervoor omschreven gevolgen.
De uitspraak waartoe de hiervoor genoemde procedures leiden, is, indien eenmaal onherroepelijk, bindend voor de boedel en voor alle betrokkenen bij het faillissement, op dezelfde wijze als een voor het faillissement gedane en onherroepelijk geworden uitspraak. Het bestaan en de omvang van de vordering staan door die uitspraak vast. Opmerking verdient dat art. 29 en 30 F. ook van toepassing zijn in een aanhangig hoger beroep en een aanhangig cassatieberoep en dat het vorenstaande dan eveneens geldt. Voorts verdient opmerking dat na het uitspreken van het faillissement door de curator een rechtsmiddel kan worden aangewend tegen een uitspraak waarvan de termijn voor het instellen van dat rechtsmiddel nog niet is verstreken. (...)'
4.5. Ook in de onderhavige zaak geldt dat de vordering van appellante moet worden ingediend ter verificatie, terwijl gesteld noch gebleken is dat een verificatievergadering heeft plaatsgevonden. Hieruit volgt dat de in 4.4 opgeworpen vraag ontkennend moet worden beantwoord. Met toepassing van art. 29 Fw oordeelt het hof in dit geval dan ook dat het geding vanaf het moment dat het weer aanhangig is geworden - derhalve met ingang van 31 juli 2013 - van rechtswege is geschorst, om alleen dan te worden voortgezet indien de verificatie van de vordering wordt betwist.
4.6. Hoewel op zich terecht is geconstateerd dat de curator zich niet had gesteld, had dit niet tot verlening van het verstek mogen leiden, gelet op de schorsing van het geding. De verstekverlening tegen de curator zal derhalve ongedaan worden gemaakt. In het dictum zal voorts, onder aanhouding van iedere verdere beslissing, tot uitdrukking worden gebracht dat het geding is geschorst.
4.7. Ter voorlichting van partijen merkt het hof nog op dat de memorie van grieven, die is genomen ter rolle van 31 maart 2015, gelet op de op dat moment van kracht zijnde schorsing in beginsel als een nietige proceshandeling heeft te gelden, tenzij partijen na hervatting van het geding deze proceshandeling met wederzijds goedvinden aanmerken als een geldige.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 mei 2015, ECLI: NL:GHSHE:2015:1681

Betalingen aan volgens curator feitelijk bestuurder kort voor faillissement. Geen sprake van pauliana in de zin van art. 42 en/of art. 47 Fw. Evenmin sprake van onrechtmatige betalingen.
4.6.2. (...) De wetgever heeft in art. 47 Fw voor een nauwkeurig omschreven situatie een uitzondering gemaakt op het uitgangspunt dat betalingen verricht ter voldoening aan een rechtsplicht onaantastbaar behoren te zijn. Dit uitgangspunt heeft als gedachte dat de schuldeiser, die over zijn belangen dient te waken, zijn rechten juist moet kunnen uitoefenen als hij ze het meeste nodig heeft, dus bijvoorbeeld bij een dreigend faillissement van zijn schuldenaar. De uitzondering dient restrictief te worden opgevat. Voor de aanwezigheid van overleg is vereist dat sprake is van daadwerkelijke samenspanning, dus dat bij de schuldeiser en bij de schuldenaar het oogmerk bestond om juist deze schuldeiser te bevoordelen boven andere schuldeisers. Het enkele feit dat schuldenaar en schuldeiser bij de betaling wisten dat andere schuldeisers zouden worden benadeeld, is onvoldoende om deze samenspanning aan te nemen (zo onder meer HR 1 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4134).
Voor zover de curator ook in dit hoger beroep heeft willen stellen dat geïntimeerde als crediteur heeft samengespannen met [bestuurder] als directeur van [Beheer] Beheer heeft hij die stelling, bezien in het licht van de schriftelijke verklaring van [bestuurder], onvoldoende onderbouwd. [bestuurder] heeft immers in zijn schriftelijke verklaring (door de curator overgelegd als productie 8 bij akte inbreng producties d.d. 17 juni 2011) vermeld dat hij niet wist dat er in de weken voor het faillissement € 169.381,35 is voldaan en dat die betalingen hem zeer verbazen. De voor een succesvol beroep op art. 47 Fw noodzakelijke daadwerkelijke samenspanning is dan ook niet te vinden in enig overleg tussen geintimeerde en directeur [bestuurder].
4.6.3.1 Ook indien bij een beroep op art. 47 Fw sprake is van het feit dat crediteur en debiteur als het ware één zijn, zoals de curator hier stelt wat betreft [Associates] en [Beheer] Beheer (hetgeen geïntimeerden overigens betwisten), volgt uit dat enkele feit nog niet dat de onderhavige betalingen voortkomen uit 'daadwerkelijke samenspanning om [Associates] te begunstigen boven andere schuldeisers'. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig, alleen al om te voorkomen dat het restrictieve uitgangspunt dat hiervoor is vermeld, te zeer wordt uitgehold. Een andere opvatting zou er toe kunnen leiden dat betalingen aan bijvoorbeeld de 'directeur-management B.V.' van de latere failliet gedaan in het zicht van het faillissement te eenvoudig binnen het bereik van art. 47 Fw zouden kunnen worden gebracht. Die bijkomende omstandigheden kunnen onder meer bestaan uit versnelde betalingen zonder enige noodzaak waarbij het overgrote deel van de beschikbare saldi is gebruikt terwijl andere crediteuren niet zijn betaald en/of de omstandigheid dat die betreffende betalingen zijn verricht op een wijze die niet gelijk is aan de wijze waarop normaliter betalingen werden verricht.
4.6.3.2 De curator heeft wat dit betreft gewezen op een drietal volgens hem bijkomende omstandigheden. Zo heeft hij aangevoerd dat het grootste deel van de crediteuren niet meer werd betaald en ook niet meer betaald kon worden. Het hof stelt voorop dat dit op zich zelf niet ongebruikelijk is in het zicht van een faillissement. De curator heeft hierbij verder nagelaten om concreet inzage te verschaffen in de cijfers en de crediteuren, zodat niet kan worden vastgesteld dat een voldoende groot deel van de door het [Beheer] concern gedane betalingen slechts zag op de onderhavige betalingen. Geïntimeerden hebben wat dit betreft bovendien onbetwist gesteld dat de Rabobank als voorwaarde aan het verstrekken van verdere financiering in juni 2009 (zie r.o. 4.1 sub n) de voorwaarde verbond dat [Associates] zou voortgaan met de optimalisering

TvCu_2015_03.indb 117 17/07/2015 14:32:46

van het ERP-systeem omdat dit van essentieel belang was voor de herstructurering van de onderneming. [Associates] heeft hierbij aangegeven dat de liquiditeitskrapte bij het [Beheer] concern niet mocht leiden tot het onbetaald blijven van de facturen van [Associates] (nr. 14 conclusie van antwoord). Daarmee hebben die betalingen niet zozeer het doel gehad om [Associates] boven andere schuldeisers te begunstigen, maar waren die betalingen noodzakelijk omdat anders de geldschieter niet meer bereid was om nog meer geld in het [Beheer] concern te stoppen. Het hof merkt hierbij ook nog op dat hier kennelijk sprake is geweest van overleg tussen [Beheer] Beheer en de Rabobank, die als crediteur kennelijk van mening was dat in elk geval een andere crediteur betaald moest worden in het belang van de redding van [Beheer] Beheer.

De curator heeft verder aangevoerd dat, kort gezegd, bijna geen enkele factuur in één betaling is voldaan. Er zijn telkens meerdere betalingen gedaan voordat een factuur volledig was betaald. De curator heeft volstaan met die enkele mededeling. In zijn toelichting op grief 3 heeft hij wat dit betreft het vermoeden geuit dat kennelijk is gekeken naar welke financiële ruimte er was, waarna die is benut. Hiermee heeft hij echter onvoldoende toegelicht en/of verklaard waarom dit een bijzondere bijkomende omstandigheid vormt. Een dergelijke verklaring is noodzakelijk alleen al omdat uit de stukken blijkt dat het doen van deelbetalingen niet uitzonderlijk was (zie onder meer r.o. 4.1 sub m en r, en ook de door de curator bij memorie van grieven overgelegde productie 4 voor zover inhoudende dat [voorm. medewerker Rabobank] laat weten 5.000,- te hebben ontvangen, maar dat nog 9.700,- moet worden overgemaakt (e-mailbericht van 15 juli 2009 13:25).

Als derde omstandigheid heeft de curator aangevoerd dat een factuur is betaald door een buitenlandse concernvennootschap en door die vennootschap is verrekend met [Beheer] S-Air B.V. (zie nr. 50 conclusie van repliek in conventie). Deze wijze van vermogensverschuiving kan vallen onder art. 47 Fw. In het onderhavige geval kan deze betaling echter niet als voldoende bijzondere omstandigheid worden gezien, alleen al niet omdat uit de inhoud van de door de curator overgelegde producties 48 en 49 blijkt dat er meer van dit soort transacties plaatsvonden binnen het [Beheer] concern.

Eén en ander moet verder worden bezien in het licht van het feit dat in de periode waarin de facturen van [Associates] zijn betaald, ook andere crediteuren zijn betaald zoals de werknemers, maar ook personen die met faillissementsaanvragen dreigden of dergelijke aanvragen indienden (zie r.o. 4.1 sub m, r en s). Het overgrote deel van de facturen van [Associates] is verder in die zin bijzonder omdat zij betrekking hebben op werkzaamheden die reeds lang voor de indiening daarvan waren verricht, terwijl [Beheer] Beheer zelf om facturatie heeft gevraagd. Directeur [bestuurder] schrijft immers in zijn verklaring (door de curator overgelegd als productie 8 bij akte inbreng producties d.d. 17 juni 2011) dat geïntimeerde nadat hij enige tijd werkzaam was geweest voor het [Beheer] concern nog geen facturen had gestuurd, waarop hij, [bestuurder], geïntimeerde in januari 2009 heeft aangesproken. Verder heeft [bestuurder] in zijn net genoemde verklaring geschreven dat de paraaf op de facturen van [Associates] op die van hem lijkt, zodat in die zin niet van onregelmatigheden is gebleken. Tenslotte leidt het hof uit het feit dat de Rabobank op 24 juni 2009 nog bereid was om € 450.000,- als extra financiering te verschaffen, af dat het faillissement minder onafwendbaar was dan de curator thans, wetende dat het faillissement is uitgesproken, stelt. Het ligt immers niet voor de hand dat de Rabobank een dergelijk bedrag ter beschikking stelt als het faillissement inderdaad toen al onafwendbaar was. Het enkele feit dat daartegenover zekerheden zijn verstrekt doet daar, alleen al gelet op de eventuele moeite die het kost om dergelijke zekerheden uit te winnen, onvoldoende aan af.

Al met al kan het hof dan ook niet tot de conclusie komen dat de betalingen aan [Associates] het gevolg zijn geweest van overleg tussen laatstgenoemde en [Beheer] Beheer, dat ten doel heef gehad om geïntimeerde Asociates door die betalingen boven andere schuldeisers te begunstigen in de zin van art. 47 Fw. Dit betekent dat grief 2 faalt. De curator heeft niet, in elk geval niet voldoende specifiek bewijs aangeboden van betwiste relevante feiten die, als zij zouden komen vast te staan, tot een ander oordeel zouden leiden, zodat het hof aan het bewijsaanbod van de curator voorbij gaat.

4.7.1. In zijn derde grief, gericht tegen de afwijzing van de vordering op grond van art. 6:162 BW, stelt de curator aan de orde dat de handelwijze van geïntimeerden juist vanuit de positie waarin zij opereerden onrechtmatig is. Er is sprake van bijzondere omstandigheden, aldus de curator, zoals de hiervoor genoemde. Bijzondere omstandigheden zijn verder gelegen in het feit dat [Associates] een voorkeursbehandeling heeft gekregen terwijl de financiële situatie dramatisch was en het faillissement onafwendbaar (zie nr. 36 memorie van grieven). Andere bijzondere omstandigheden zijn gelegen in de positie van geïntimeerde als financieel bestuurder en (feitelijk) leidinggevende van [Beheer] Beheer en indirect bestuurder van [Associates], in het vlak voor het faillissement factureren van de vanaf augustus 2008 verrichte werkzaamheden, het tijdstip van betalingen van de facturen en de wijze van betaling van deze facturen.

4.7.2. Het hof stelt voorop dat er geen algemene regel bestaat die voorschrijft dat een debiteur gehouden is al zijn crediteuren naar evenredigheid van hun vorderingen te betalen. Wel kunnen er bijzondere omstandigheden zijn die met zich brengen dat alhoewel er (nog) geen sprake is van een situatie waarin de paritas creditorum in acht moet worden genomen, selectieve betaling aan een of enkele crediteuren tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan leiden. De curator heeft, zoals uit r.o. 4.7.1 blijkt, een aantal volgens hem aanwezige bijzondere omstandigheden gesteld. Wat dat betreft is het hof, anders dan de curator, van oordeel dat ten tijde van de onderhavige betalingen nog niet

TvCu_2015_03.indb 118 17/07/2015 14:32:46

kan worden gesteld dat het faillissement van [Beheer] Beheer onafwendbaar was. Zo verstrekte de Rabobank op 24 juni 2009 nog een extra financiering van € 450.000,-, terwijl ervan mag worden uitgegaan dat de Rabobank middels de heren [vertegenwoordiger Rabobank], [financieel adviseur] en [voorm. medewerker Rabobank] niet alleen op de hoogte was van de mogelijke kansen die er nog bestonden voor [Beheer] Beheer, maar ook van het in de eerste week van juni 2009 gebleken verlies over 2008 van € 1.690.395,-. Geïntimeerden hebben verder onbetwist gesteld dat er omstreeks eind juni 2009 nog steeds gesprekken werden gevoerd met partijen over overname van (delen van) het [Beheer] concern.
4.7.3. De door de curator gestelde voorkeursbehandeling blijkt naar het oordeel van het hof slechts relatief juist te zijn: zo zijn de werknemers nog (gedeeltelijk) betaald tot en met juni 2009 terwijl, uitgaande van de stelling van de curator, de positie van geïntimeerde in [Beheer] Beheer ook 'werknemerachtige trekken' kende. Vaststaat eveneens dat er ook nog betalingen zijn verricht aan andere crediteuren (zie onder meer r.o. 4.1 sub m en s en de bij dupliek door geïntimeerden overgelegde producties 17, 18 en 19), zodat niet kan worden gesteld dat slechts [Associates] werd betaald. Wat dit betreft heeft de curator nagelaten om een duidelijk overzicht te geven van opeisbare vorderingen die in de periode juni-juli 2009 wel of juist niet zijn voldaan. Voor zover [Associates] al een voorkeursbehandeling kreeg, vond die haar grond in het door geïntimeerden onbetwist aangevoerde feit dat de werkzaamheden van geïntimeerden van groot belang waren voor [Beheer] Beheer (zie onder meer nr. 58 e.v. dupliek geïntimeerden), mede in verband met de overnamegesprekken omdat alleen geïntimeerde voldoende inzicht had in de financiële situatie van het [Beheer] concern. Het hof weegt verder mee dat de curator niet heeft betwist dat de door de Rabobank verstrekte additionele financiering van € 450.000,- is verstrekt onder de voorwaarde dat [Associates] haar werkzaamheden zou voortzetten (zie nr. 14 conclusie van antwoord geïntimeerden) terwijl aan [Associates] een aanzienlijk lager bedrag, € 169.381,35, is uitbetaald (r.o. 4.1 sub q). Verder weegt het hof zwaar mee dat het overgrote deel van de aan [Associates] verrichte betalingen betrekking had op door haar verrichte werkzaamheden van ver voor de dag waarop het faillissement is uitgesproken (21 juli 2009), terwijl is gesteld noch gebleken dat er andere nog onbetaalde crediteuren waren die hun diensten evenzo ver voor 21 juli 2009 hadden verricht. Al met al komt het hof dan ook tot het oordeel dat ook als de andere door de curator gestelde bijzondere omstandigheden aanwezig zijn, geïntimeerden voldoende vaststaande feiten en omstandigheden hebben aangevoerd die maken dat zij niet kunnen worden aangesproken uit onrechtmatige daad. Het hof kan daarmee het antwoord op onder meer de vraag of geïntimeerde al dan niet moet worden aangemerkt als financieel bestuurder en (feitelijk) leidinggevende van [Beheer] Beheer in het midden laten. Dit betekent dat ook de derde grief van de curator faalt.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 mei 2015, ECLI: NL: GHSHE:2015:1702

Faillissementspauliana. Vernietiging cessie c.q. bewaring gelden van latere failliet door derde ter betaling van schulden van de failliet. Afdracht aan curator. Verrekening met gebruikelijk loon opdrachtnemer.
3.7.2. (...) Het hof overweegt daartoe als volgt.
De wettelijke bevoegdheid van art. 42 en 47 Fw is aan de curator gegeven om in bepaalde situaties bepaalde rechtshandelingen te vernietigen. Het doel van de uitoefening van deze bevoegdheid is het nadeel, dat de boedel door de rechtshandeling heeft opgelopen, ongedaan te maken (art. 51 Fw). Dat doel wordt niet bereikt indien de wederpartij van de schuldenaar zijn uit art. 51 Fw voortvloeiende verplichting tot terugbetaling aan de boedel zou kunnen verrekenen met vorderingen die hij op de failliet stelt te hebben.
In deze procedure dient tot uitgangspunt dat de tussen [geïntimeerde sub 1] en [failliet] gesloten overeenkomst tot cessie paulianeus was en om die reden terecht is vernietigd door de curator (r.o. 3.5.3). [geïntimeerde sub 1] heeft door deze paulianeuze cessie de vordering van [failliet] op de verkoper van de villa overgenomen. Zeer kort daarna heeft de verkoper van de villa het bedrag van € 350.000,= aan [geintimeerde sub 1] betaald waardoor de verbintenis van de verkoper tot betaling teniet is gegaan. Als gevolg van de cessie is het bedrag van € 350.000,- niet in het vermogen van [failliet] terecht gekomen. Nu de curator de cessie heeft vernietigd dient [geintimeerde sub 1] aan de boedel terug te geven hetgeen door de cessie uit het vermogen van [failliet] is geraakt, zijnde de vordering op de verkoper van de villa. Deze vordering kan echter niet meer teruggeven worden omdat de verbintenis door betaling aan [geïntimeerde sub 1] teniet is gegaan. Gelet daarop treedt de waarde van de prestatie daarvoor in de plaats (art. 6:210 lid 2 BW). Volgens zijn eigen stellingen heeft [geïntimeerde sub 1] een bedrag van € 350.000,- ontvangen. Voorts heeft [geïntimeerde sub 1] aangevoerd dat hij het bedrag niet hoeft terug te geven voor zover hij recht heeft op vergoeding van loon en kosten. Hij heeft het bedrag derhalve onder zich verkregen ter verrekening.
Ten slotte heeft het hof voorshands vastgesteld dat de curator terecht de vernietiging heeft ingeroepen van de cessie op grond van art. 42 Fw, waaraan de curator onder meer ten grondslag heeft gelegd dat benadeling van de schuldeisers het gevolg moest zijn. Onder deze omstandigheden staat het [geïntimeerde sub 1] niet vrij zijn vordering op de failliet te verrekenen met zijn schuld aan de boedel.
Gelet hierop faalt het verrekeningsverweer.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zp Leeuwarden 28 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3849 Vervolg op HR 16 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:87).

De curator maakt in deze misbruik van zijn uit art. 58 Fw voortvloeiende bevoegdheid om de bank (de hypotheekhouder) een termijn te stellen om tot uit-

TvCu_2015_03.indb 119 17/07/2015 14:32:46

oefening van zijn rechten over te gaan. De bank behoudt haar positie als separatist. Beschikking van de rechter commissaris waarin de curator werd verboden de woning op te eisen en te verkopen wordt bekrachtigd.

Gerechtshof Amsterdam 2 juni 2015, ECLI:NL: GHAMS:2015:210

Leegstandschade door verhuurder geclaimd onder bankgarantie. Bank heeft vordering uit contragarantie verrekend met creditsaldo van failliet. Per saldo komt leegstandschade ten laste van de boedel en dit is strijdig met doel en strekking van art. 39 Fw.

Gerechtshof Amsterdam 2 juni 2015, ECLI:NL: GHAMS:2015:2101

Faillissementsaanvrage afgewezen. Onvoldoende gebleken dat V&D thans sprake is van een situatie van opgehouden te betalen.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 juni 2015, ECLI: NL:GHSHE:2015:2114

Recht van verzet van niet gehoorde schuldenaar (art. 8 Fw) en/of van belanghebbende (art. 10 Fw); hoger beroep van niet gehoorde belanghebbende niet-ontvankelijk

Nu vaststaat dat RGH op de faillissementsaanvraag niet is gehoord, heeft zij op grond van het art. 8 lid 2 Faillissementswet (hierna: Fw) het recht van verzet (bij de rechtbank), waarvan zij ook gebruik heeft gemaakt. In het geval dat RGH zou dienen te worden aangemerkt als een (derde) belanghebbende - hetgeen naar het oordeel van het hof overigens niet uit de stukken blijkt terwijl daartoe evenmin argumenten zijn aangereikt - staat voor haar eveneens slechts het recht van verzet (bij de rechtbank) open en wel op grond van art. 10 lid 1 Fw. De conclusie is dan ook dat RGH niet ontvankelijk dient te worden verklaard in het door haar ingestelde hoger beroep.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 juni 2015, ECLI: NL: GHSHE:2015:2261

Tien-jaarstermijn voor nieuw WSNP verzoek: de omstandigheid dat appellanten geen invloed hebben kunnen uitoefenen op de datum waarop de slotuitdelingslijst verbindend is geworden, betekent nog niet dat een dwingendrechtelijke bepaling als bedoeld in 288 lid 2 Fw opzij kan worden gezet.

Rechtbank Den Haag 12 september 2014 RBDHA:2014:15476

Verzoek omzetting op grond van art. 15b Fw ongegrond nu huisgenoot (minderjarige dochter) brief in ontvangst heeft genomen.

Rechtbank Den Haag 17 september 2014, ECLI:NL: RBDHA:2014:16693

Berekening van schade uit de gederfde winst veroorzaakt door onrechtmatig beslag en onrechtmatige executie van een kort geding vonnis (en arrest) en daaropvolgend faillissement na vernietiging van het octrooi in bodemprocedure.

4.14. Veap heeft gesteld dat de onrechtmatige executie door [A] heeft geleid tot het faillissement van Pewe en daarmee tot schade bestaande uit gederfde winst in de periode nà het faillissement van 31 december 2004. Veap suggereert met haar betoog dat het causaal verband – in de zin van condicio sine qua non-verband – tussen die executiemaatregelen en de gestelde schade reeds vaststaat. [A] heeft het condicio sine qua non-verband gemotiveerd betwist en aangevoerd dat (kort gezegd) de overlevingskansen van Pewe, gelet op haar financiële situatie en bedrijfsvoering, ook zonder de onrechtmatige executie nihil waren. [A] verbindt daaraan de conclusie dat Pewe zich hoe dan ook geen positie op de markt voor gordelcabines had kunnen verwerven.

4.15. De rechtbank is van oordeel dat in dit geval de leer van de proportionele benadering uitkomst biedt (zie Hoge Raad 31 maart 2006, LJN AU6092, NJ 2011/250, *Nefalit/C.* en 24 december 2010, LJN BO1799, NJ 2011/251, *Fortis/B.*). Immers er bestaat onzekerheid over het bewijs van het oorzakelijk verband, omdat de schade bestaande uit de gederfde winst nà de datum van het faillissement kan zijn veroorzaakt (i) hetzij door de executiemaatregelen van [A], (ii) hetzij door een voor risico van Pewe komende omstandigheid, namelijk de reeds bestaande slechte financiële situatie, (iii) hetzij door een combinatie van oorzaken.

4.16. Niet valt uit te sluiten dat de onrechtmatige executie door [A] een belangrijke oorzaak van het faillissement van Pewe is geweest. In 2002 draaide Pewe bijna geen verlies meer en leek zij even 'break even' te draaien. In 2003 is de financiële situatie van Pewe weer verslechterd, het jaar waarin [A] tot handhaving van haar octrooi overging. Anderzijds was de financiële positie van Pewe van het begin af aan zwak en werd ook in 2002 bij lange na geen winst gemaakt. Vast staat voorts dat een volgend bedrijf van de oprichter van Pewe ([C]) in 2007 failliet is verklaard. Om die reden is ook niet uit te sluiten dat zonder de handhaving door [A] van haar octrooi Pewe eveneens failliet zou zijn gegaan. Met betrekking tot de financiële positie van Pewe en de toekomstvooruitzichten stelt de rechtbank op basis van het E&Y-rapport en het rapport van Zuijderwijk, alsmede de reacties daarop van Mossel en Joling, en van Veap ter comparitie, het volgende vast. Vast staat dat de solvabiliteit van Pewe er ultimo 2002 niet rooskleurig voor stond. Het eigen vermogen van Pewe was ultimo 2002 € 296.000 negatief op een balanstotaal van € 483.000 (een negatieve solvabiliteit van 61%). Veap heeft echter voldoende onderbouwd dat de liquiditeitspositie van Pewe (net) voldoende aan de maat was om wellicht te kunnen overleven. De kredietfaciliteit bij ABN AMRO was zo ingericht dat er een basiskrediet van € 295.000 was (dat altijd beschikbaar was), te verhogen met 70% van de debiteuren van [C] en Pewe. Dit alles is door [A] niet weersproken. Door [A] is evenmin weersproken dat Pewe niet als enige kon worden aangesproken op de terugbetaling van die kredietfaciliteit, maar dat de aan haar gelieerde moeder- en zustervennootschappen tevens hoofdelijk aansprakelijk waren. Voor wat betreft de vooruitzichten, overweegt de rechtbank dat Veap voldoende heeft onderbouwd dat niet valt uit te

TvCu_2015_03.indb 120 17/07/2015 14:32:46

sluiten dat zij op basis van de bestaande financiële positie de mogelijkheden had kunnen benutten om gordelframes op de markt te brengen.
4.10. De rechtbank schat de waarschijnlijkheid dat Pewe ook zonder onrechtmatige executiemaatregelen van [A] failliet was gegaan in op 50%, zodat de schade die voor rekening van Pewe blijft, proportioneel is aan de waarschijnlijkheid dat die schade is veroorzaakt door aan Pewe zelf toe te rekenen omstandigheden. Volgens vaste rechtspraak moet het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid terughoudend worden toegepast. De rechtbank is van oordeel dat in dit concrete geval de toepassing gerechtvaardigd is, gelet op het feit dat [A] haar octrooi heeft gehandhaafd en executiemaatregelen heeft genomen op basis van een in kort geding in stand gebleven octrooi dat in een latere bodemprocedure is vernietigd, waardoor de productiemogelijkheden van Pewe voor een bepaalde periode volledig zijn komen stil te liggen, terwijl de door Pewe gevorderde schade in dit verband bestaat uit gederfde winst.

Rechtbank Rotterdam 24 februari 2015 RBROT:2015:3426

Verzet van vennoot van vof ongegrond. Uit het verzoekschrift is gebleken dat ook ten aanzien van opposant het faillissement is verzocht. Aan de voorwaarden van faillietverklaring is voldaan. HR 6 februari 2015 biedt geen aanknopingspunten voor door opposant daaraan gegeven uitleg.
Bij vonnis van 3 februari 2015 is opposant in staat van faillissement verklaard. Het verzetschrift is op 17 februari 2015 ter griffie ontvangen zodat opposant tijdig verzet heeft ingesteld en daarom kan worden ontvangen.
De rechtbank is van oordeel dat uit het verzoekschrift -voldoende duidelijk- is gebleken dat geopposeerde ook ten aanzien van opposant het faillissement heeft verzocht.
De rechtbank dient vervolgens te onderzoeken of ten aanzien van opposant aan de voorwaarden van faillietverklaring is voldaan. Daarbij mag rekening gehouden worden met alle feiten en omstandigheden zowel ten tijde van de zitting van 3 februari 2015 alsmede met de feiten die zich na deze zitting hebben voorgedaan.
De rechtbank is van oordeel dat het vorderingsrecht van geopposeerde op opposant voldoende aannemelijk is. Tegenover de onderbouwing daarvan door geopposeerde met facturen, specificaties, een proces-verbaal van een minnelijke regeling, waarbij opposant partij was, en een beroep op art. 18 WvK staat het door opposant ingebrachte beroep op verrekening met een op geen enkele wijze onderbouwde tegenvordering.
Ook is naar het oordeel van de rechtbank voldoende gebleken van feiten en omstandigheden die aantonen dat opposant verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen. Immers gebleken is dat in het faillissement van de VOF een preferente vordering van de fiscus is ingediend van in totaal € 41.607,-- en een vijftal concurrente vorderingen van in totaal € 15.147,48. Daarnaast zijn door de curator in de faillissement van de VOF alsmede in het faillissement van opposant (faillissements-)kosten gemaakt. Niet is aangevoerd of gebleken dat opposant over voldoende privévermogen beschikt om de schulden in de VOF, waaronder begrepen de faillissementskosten, te voldoen.
Ten overvloede merkt de rechtbank op dat het arrest van de Hoge Raad van 6 februari 2015 (ECLI:NL:HR:2015:251) geen aanknopingspunten biedt voor de uitleg die opposant daaraan gegeven heeft. Bovendien is deze in strijd met de vaste rechtspraak ten aanzien van de toetsing na onder meer verzet.
De rechtbank is daarom van oordeel dat voldoende is gebleken van feiten en omstandigheden die aantonen dat opposant verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen.

Rechtbank Midden-Nederland, zp Utrecht 25 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1800

Geen actieve inning door curator van (mogelijk) stil verpande vorderingen of anderszins onrechtmatig handelen door de curator, afwijzing vorderingen stil pandhouder.
4.9. De rechtbank overweegt dat de stellingen van eiseres tekort schieten voor wat betreft het verwijt dat zij de curator maakt, te weten dat de curator wist dat sprake was van een telefonisch openbaar gemaakt pandrecht toen zij de brief van 12 maart 2013 verstuurde aan debiteuren van [bedrijf 1]. Zo heeft eiseres niet gesteld dat zij de curator op enig moment heeft verteld dat zij haar pandrecht telefonisch heeft medegedeeld aan debiteuren van [bedrijf 1]. Evenmin heeft eiseres gesteld dat de curator dit anderszins had moeten of kunnen weten. Bovendien zijn de stellingen van eiseres op dit punt niet consistent. Zo heeft eiseres ter comparitie verklaard dat zij tijdens de eerste bespreking met de curator op 26 februari 2013 melding heeft gemaakt aan de curator van haar *stil* pandrecht en dat zij tot incasso wilde overgaan. Eiseres heeft daarbij niet verklaard dat zij de curator tijdens dit of een later gevoerd gesprek heeft geïnformeerd dat zij haar pandrecht telefonisch heeft medegedeeld aan debiteuren van [bedrijf 1]. Ook uit de opstelling van eiseres in het overleg met de curator over de inning van de (mogelijk) onder het pandrecht vallende facturen, kon de curator niet afleiden dat eiseres zich op het standpunt stelde dat zij al mededeling van haar pandrecht had gedaan aan debiteuren van [bedrijf 1]. Bovendien blijkt uit de door eiseres overgelegde verklaring van RIVM, dat door RIVM wordt betwist dat zij een dergelijke telefonische mededeling heeft ontvangen. Voorts staat in de fax van 25 februari 2013 die de advocaat van [bedrijf 1] aan de rechtbank stuurde in verband met de faillissementsaanvraag van [bedrijf 1], dat de vorderingen van [bedrijf 1] op debiteuren zijn verpand aan de Friesland bank en wordt evenmin melding gemaakt van een openbaar gemaakt pandrecht van eiseres op deze vorderingen. Ten slotte vordert eiseres in deze procedure een verklaring voor recht dat door debiteuren is betaald ten gevolge van actieve inning door de curator, nadat eiseres aan de curator had medegedeeld dat zij haar pandrecht ging

TvCu_2015_03.indb 121 17/07/2015 14:32:46

uitwinnen en gaan ook de overige vorderingen uit van dit gestelde onrechtmatig handelen door de curator. Daarmee legt eiseres niet aan haar vordering ten grondslag dat [bedrijf 1] en na haar faillissement de curator niet inningsbevoegd was vanwege een al voor faillissement openbaar gemaakt pandrecht. Afgaande op de door eiseres ingestelde vorderingen en de door haar genoemde grondslag, gaat eiseres kennelijk uit van een stil pandrecht. Zij heeft dit pandrecht pas per e-mail van 2 april 2013 met als bijlage een brief gedateerd op 31 maart 2013 openbaar gemaakt en de curator hiervan op diezelfde datum in kennis gesteld. De curator mocht er dan ook tot 2 april 2013 vanuit gaan dat eiseres tot 2 april 2013 stil pandhouder was en dat [bedrijf 1] vanaf 26 februari 2013 weliswaar tot inning wenste over te gaan maar nog geen mededeling aan debiteuren had gedaan van haar pandrecht.

4.10. Dit heeft tot gevolg dat de curator zich bevoegd mocht achten om voldoening van door de gefailleerde stil verpande vorderingen te eisen en betaling van die vorderingen in ontvangst te nemen, maar zij mocht tegelijkertijd de rechten van eiseres als stil pandhouder niet frustreren. Gelet op dit laatste, diende de curator elke verdere activiteit achterwege te laten welke gericht is op inning ten behoeve van de boedel van de verpande vorderingen, om eiseres in staat te stellen tot inning over te gaan, zoals zij aan de curator had medegedeeld te willen gaan doen. De curator had de mogelijkheid aan eiseres een termijn te stellen voor de uitoefening van haar rechten als stil pandhouder ex art. 58 Faillissementswet, maar de curator heeft van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt en was hiertoe ook niet verplicht.

4.11. De curator heeft bij brief van 12 maart 2013 facturen verstuurd aan debiteuren van [bedrijf 1]. Indien er van wordt uitgegaan dat sprake is van een rechtsgeldig gevestigd stil pandrecht, dan zien de facturen die betrekking hebben op de periode kort voor faillissement op aan eiseres stil verpande vorderingen. Zonder bijkomende omstandigheden, is het versturen van deze facturen op te vatten als een actieve inning door de curator en een frustratie van de pandrechten van [bedrijf 1], die de curator had laten weten zelf tot inning te willen overgaan. Op de facturen staat immers het bankrekeningnummer van [bedrijf 1] vermeld, niet zijnde het bankrekeningnummer van eiseres. Dit heeft – zonder andersluidende betalingsinstructie – tot gevolg dat de ontvanger van de factuur zal betalen aan de failliet en niet aan de stil pandhouder (niet zijnde de bank waar dit rekeningnummer wordt gehouden). Het versturen van de factuur is dan ook een activiteit, gericht op inning van de verpande vorderingen, waarvan de curator zich in beginsel had dienen te onthouden, ook al was de curator hiertoe op dat moment wel bevoegd.

4.12. Echter, gegeven de navolgende omstandigheden, is de conclusie gerechtvaardigd dat de curator de pandrechten van eiseres in dit specifieke geval toch niet heeft gefrustreerd en niet onrechtmatig gehandeld heeft.

4.13. De curator heeft aan [A], zijnde de indirect bestuurder van zowel [bedrijf 1] als eiseres gevraagd om facturen op te stellen, zowel met betrekking tot onder het pandrecht vallende vorderingen als voor werkzaamheden verricht door [bedrijf 1] na haar faillissement (die derhalve niet onder het pandrecht vallen, daarover zijn partijen het eens). Deze zijn door of vanwege [A] opgesteld en door [A] aan de curator op 7 maart 2013 ter beschikking gesteld. Op alle facturen heeft [A] het bankrekeningnummer van [bedrijf 1] vermeld. Eiseres, althans [A], heeft met de curator overleg gevoerd over een doorstart waarbij door de curator onderhanden werk zou worden overgedragen aan eiseres. De idee van partijen was om de incasso van debiteuren op zo kort mogelijke termijn te laten plaatsvinden om betalingen veilig te stellen, zo leidt de rechtbank althans af uit de door partijen overgelegde stukken. De curator zou de ontvangen bedragen separeren zolang zij de pandrechten van eiseres nog in onderzoek had, zo was het voorstel van de curator (zie punt 2.6 van dit vonnis). Hieruit had eiseres moeten begrijpen dat deze separatie beëindigd kon worden door de curator, indien zij na onderzoek van mening was dat eiseres geen rechtsgeldig pandhouder was. Niet gesteld of gebleken is dat eiseres hiertegen heeft geprotesteerd.

4.14. Partijen zijn in overleg getreden over de inhoud van een gezamenlijk te versturen brief bij de facturen, maar zijn het over de inhoud ervan niet eens geworden. Uit het door de curator overgelegde concept van de tekst dat vanwege eiseres is voorgesteld, blijkt dat het eiseres hierbij ging om het bekendmaken aan debiteuren dat er een doorstart zou komen en niet om de ontvangst van betalingen onder haar pandrecht (zie punt 2.7 van dit vonnis). In haar voorstel voor de tekst, heeft eiseres geen betalingsinstructie gegeven en wordt geen melding gemaakt van een aan haar toekomend pandrecht. De rechtbank leidt hieruit af dat eiseres akkoord is gegaan met het versturen door de curator van de facturen die (mogelijk) onder haar pandrecht vielen en dat zij er ook mee akkoord ging dat betaald zou worden aan [bedrijf 1], conform het op de facturen vermelde bankrekeningnummer danwel dat deze ontvangen bedragen op de boedelrekening zouden worden gesepareerd tot de curator haar onderzoek had afgerond. De curator heeft ook aldus gehandeld: zij heeft geen betalingsinstructie bij de factuur gedaan en heeft er niet op aangedrongen dat uitsluitend bevrijdend betaald kon worden aan [bedrijf 1] of de boedelrekening. Dit laatste heeft zij alleen gedaan ten aanzien van de aparte factuur die zag op tijdens het faillissement door [bedrijf 1] verrichte werkzaamheden. Afgaande op hetgeen door de curator in punt 3.40 van haar conclusie van antwoord is gesteld, heeft de curator de bedragen inmiddels overgemaakt naar de boedelrekening maar gesepareerd, conform de initiële afspraak tussen partijen. Ondertussen heeft de curator haar onderzoek naar de vermeende pandrechten van eiseres als ook naar mogelijke onrechtmatigheden voortgezet en is zij van mening dat zij niet tot af-

TvCu_2015_03.indb 122 17/07/2015 14:32:46

dracht van ontvangen gelden gehouden kan worden.
4.15. Het stond ondertussen eiseres ook na 12 maart 2013 nog steeds vrij om aan debiteuren van [bedrijf 1] mededeling te doen van haar pandrecht en zij was hiertoe ook in staat omdat eiseres over alle informatie betreffende debiteuren van [bedrijf 1] beschikte. Zij had hiervoor geen nadere informatie nodig van de curator. Eiseres heeft bij e-mail van 2 april 2013, met als bijlage een brief gedateerd op 31 maart 2013 mededeling gedaan van haar pandrecht en zij heeft de curator hiervan op 2 april 2013 in kennis gesteld. Vanaf dat moment was de curator niet langer inningsbevoegd. Niet gesteld is door eiseres dat de curator nadien ten aanzien van de in punt 3.1 onder I genoemde debiteuren tot actieve incasso is overgegaan, zodat van een onrechtmatig handelen van de curator geen sprake is. De door eiseres overgelegde correspondentie van latere datum ziet niet op deze debiteuren.
4.16. De stelling van eiseres dat uit de faillissementsverslagen blijkt dat de curator contact heeft onderhouden met debiteuren van [bedrijf 1] is niet nader uitgewerkt, evenmin zijn door eiseres verslagen overgelegd, zodat de rechtbank aan deze stelling voorbij gaat gelet op de betwisting ervan door de curator.
4.17. De conclusie is dan ook dat de curator niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens eiseres door op 12 maart 2013 facturen te versturen aan de in punt 3.1 I genoemde debiteuren van [bedrijf 1] die onder het (vermeende) pandrecht van eiseres vallen en dat eiseres derhalve op die grond geen concurrente boedelvordering heeft, nog daargelaten de vraag of deze in dat geval superpreferent is en voor dient te gaan op het salaris van de curator. Anders dan door eiseres is gesteld, kan uit de brief van 12 maart 2013 geen actieve inning worden afgeleid, omdat in deze brief geen betalingsinstructie is gegeven door de curator ten aanzien van de facturen die (mogelijk) onder het pandrecht van eiseres vallen en [A], tevens indirect bestuurder van eiseres nauw betrokken was bij het opstellen van de facturen en deze zonder enig voorbehoud aan de curator ter beschikking heeft gesteld en daarop het rekeningnummer van [bedrijf 1] heeft vermeld. Eiseres wist bovendien dat de curator deze facturen zou gaan versturen en eiseres heeft daaraan meegewerkt en niet tegen geprotesteerd. Omdat de vorderingen van eiseres onder punt 3.1 I en II uitgaan van een onrechtmatig handelen van de curator, terwijl dit niet is komen vast te staan, worden deze afgewezen.
4.18. Ditzelfde geldt voor de gevorderde schadevergoeding (zie punt 3.1 onder III van dit vonnis), nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet: ook deze vordering wordt door eiseres gegrond op onrechtmatig handelen vanwege dezelfde actieve inning terwijl dit niet is komen vast te staan. Indien en voor zover eiseres haar schadevergoeding eveneens grondt op onrechtmatig handelen ten aanzien van andere debiteuren dan die genoemd in punt 3.1 onder I in dit vonnis, waaronder [bedrijf 3], Ahold en [C], geldt dat eiseres haar stelling onvoldoende heeft onderbouwd. Zij heeft volstaan met de overlegging van correspondentie ten aanzien van deze debiteuren, maar heeft (nagenoeg) geen uitleg bij deze stukken gegeven, ook niet ter comparitie. Weliswaar blijkt uit deze stukken dat de curator aan deze debiteuren heeft voorgesteld dat zij bevrijdend kunnen betalen aan de curator waarbij de curator deze debiteuren vrijwaart tegen claims van eiseres, maar zonder nadere toelichting is dit onvoldoende om onrechtmatig handelen van de curator aan te nemen. Deze correspondentie lijkt een antwoord te geven op de onduidelijkheid die bij deze debiteuren is ontstaan over aan wie zij bevrijdend kunnen betalen.
4.19. Eiseres heeft geen onderbouwing gegeven voor het in punt 3.1 onder IV gevorderde verbod, inhoudende dat de curator wordt verboden op enigerlei wijze debiteuren van vorderingen die onder het pandrecht van eiseres vallen te bewegen de vordering te voldoen aan de curator. Kennelijk gaat ook deze vordering ervan uit dat de curator onrechtmatig gehandeld heeft, zodat in dat geval recht en belang bestaat bij een verbod op een eventueel verder onrechtmatig handelen. Onrechtmatig handelen ten aanzien van de in punt 3.1. onder I genoemde debiteuren is niet komen vast te staan en voor het overige heeft eiseres haar vordering onvoldoende onderbouwd. Het gevorderde verbod wordt dan ook afgewezen.

Rechtbank Rotterdam 1 april 2015, ECLI:NL: RBROT:2015:2405

In escrow gestorte bedragen. Faillissement van partij die bedrag in escrow heeft gestort. Is failliet bevoegd tot instructie aan de escrow-agent tot vrijgave van het saldo? Zijn curatoren gehouden tot instructie aan de escrow-agent?
4.10. De vraag die vervolgens moet worden beoordeeld is in hoeverre WFCC althans in haar plaats Curatoren gehouden zijn tot instructie aan de escrow agent tot uitbetaling van (een deel van) het saldo op de escrow-rekening.
4.11. Tussen partijen is in geschil of WFCC bevoegd is ondanks haar faillissement een dergelijke instructie te geven aan de escrow agent. De Gemeente betoogt dat het een bevoegdheid betreft die bij WFCC is blijven rusten, nu het saldo op de escrow-rekening niet tot het vermogen van WFCC behoort en WFCC ook geen begunstigde kan zijn of worden van het saldo. Dit betoog wordt verworpen. Krachtens art. 23 Fw verliest WFCC van rechtswege het beheer en de beschikking over haar tot het faillissement behorend vermogen. Tot dit vermogen behoort, zoals hierna nader aan de orde zal komen, een voorwaardelijke vordering tot uitkering op de escrow agent. Dat brengt mee dat WFCC niet bevoegd is een instructie te geven aan de escrow agent tot uitkering van het saldo op de escrow-rekening aan de Gemeente. Het geven van een dergelijke instructie leidt er immers toe dat de voorwaarden verbonden aan de vordering (van WFCC) op de escrow agent niet vervuld worden, hetgeen tot gevolg heeft dat de vordering voor (de boedel van) WFCC verloren gaat. De instructiebevoegdheid ten aanzien van het bedrag in escrow is zo bezien bij uitstek een daad van

TvCu_2015_03.indb 123 17/07/2015 14:32:46

beheer, waartoe WFCC als gevolg van het faillissement niet meer bevoegd is. Door als uitgangspunt te nemen dat aan die voorwaarden niet voldaan kan worden (omdat het saldo aan de Gemeente moet worden uitgekeerd) en de instructiebevoegdheid om die reden aan WFCC is blijven toekomen, miskent de Gemeente dat dit in het kader van art. 23 Fw niet bepalend is. De Gemeente verwart de vraag ten aanzien van het beheer van de boedel met de (inhoudelijke) vraag of het bedrag in escrow in de boedel valt. Voor zover er derhalve al een gehoudenheid zou zijn tot instructie aan de escrow agent, betreft het een verplichting van Curatoren.

4.12. Dat betekent dat de primaire vordering van de Gemeente moet worden afgewezen. Dit betreft (in overwegende mate) de vordering tegen WFCC tegen wie verstek is verleend. Zoals hierna aan de orde zal komen zal de (subsidiaire) vordering tegen de Gemeente worden toegewezen. Toewijzing van de primaire vordering op de grond dat deze de rechtbank niet onrechtmatig of ongegrond voorkomt naast toewijzing van de subsidiaire vordering zou ertoe (kunnen) leiden dat een tegenstrijdige instructie wordt gegeven aan de escrow agent. Om die reden is een jegens alle partijen gelijke beslissing in dit geval noodzakelijk. De rechtbank is daarom van oordeel dat de vordering tegen WFCC rechtens niet toewijsbaar is.

4.13. Bij beoordeling van de vraag of Curatoren zijn gehouden tot instructie aan de escrow agent tot vrijgave van (een deel van) het saldo aan de Gemeente is het volgende van belang. De escrow overeenkomst bepaalt dat uitbetaald wordt na een schriftelijke kennisgeving die door de Gemeente, de Staat en WFCC is opgemaakt en ondertekend. Tussen Partijen staat niet (langer) ter discussie dat de Staat met de Gemeente van mening is dat het saldo op de escrow-rekening geheel aan de Gemeente moet worden vrijgegeven. Het gaat er dus om of ook Curatoren gehouden zijn tot een dergelijke instructie aan de escrow agent. Daarbij is uitgangspunt de in de escrow overeenkomst vastgelegde bedoeling van partijen dat goedkeuring tot uitbetaling, in de vorm van een gezamenlijke instructie, niet op onredelijke gronden onthouden mag worden. Ten aanzien van de vraag of Curatoren gehouden zijn tot (medewerking aan) voornoemde gezamenlijke instructie is bepalend de SOK en de wijze waarop partijen daar tot het faillissement van WFCC uitvoering aan hebben gegeven.

4.14. Uit het in zoverre niet betwiste betoog van de Gemeente volgt dat de Gemeente derden opdracht gaf tot uitvoering van de werkzaamheden die in de verschillende fasen verricht moesten worden, zonder dat voor iedere (afzonderlijke) opdracht aan derden goedkeuring moest worden gegeven door de Stuurgroep. Na afloop van een jaar werd aan de hand van een door de Gemeente opgesteld kostenoverzicht afgerekend in die zin, dat door de Gemeente, de Staat en WFCC een instructie werd gegeven aan de escrow agent tot vrijgave van een bedrag aan de Gemeente. De Staat en WFCC waren daarbij in de gelegenheid het kostenoverzicht van de Gemeente te controleren aan de hand van de onderliggende facturen. De werkwijze tussen partijen was derhalve kennelijk aldus dat (vooraf) toestemming werd gegeven tot uitvoering van een concrete fase, waarmee in beginsel ook goedkeuring bestond voor het maken van kosten in het kader van de uitvoering van de betreffende fase, terwijl (eventueel) achteraf werd gecontroleerd of de gefactureerde bedragen kosten betroffen die waren gemaakt in het kader van de uitvoering van de betreffende fase. Gelet op het gegeven dat de Stuurgroep toestemming had gegeven voor de uitvoering van fase 1 en fase 2 betekent deze feitelijke gang van zaken dat voor zover kosten zijn gemaakt in het kader van de uitvoering van die fasen, deze kosten in beginsel voor 2/3 deel ten laste van de escrow-rekening kunnen worden gebracht en Curatoren in beginsel gehouden zijn dienovereenkomstig instructie aan de escrow agent te geven. Voor zover Curatoren zouden betogen dat voorwaarde voor vrijgave uit de escrow-rekening is dat de Stuurgroep vooraf akkoord is gegaan met iedere uitgave ten laste van het budget wordt dit betoog dan ook verworpen.

4.15. Curatoren betogen dat het door de Gemeente verstrekte kostenoverzicht onvoldoende inzicht geeft in de vraag in hoeverre de daarin opgenomen kosten op de uitvoering van fase 1 en fase 2 zien. Dit betoog wordt verworpen. Ter comparitie is van de zijde van de Gemeente naar voren gebracht dat reeds tweemaal is afgerekend op basis van kostenoverzichten die vergelijkbaar zijn met het thans door de Gemeente overgelegde kostenoverzicht, en dat aan die kostenoverzichten de facturen ten grondslag liggen die de Gemeente in de betreffende periode aan derden heeft voldaan. Gelet op voornoemde bestaande werkwijze tussen partijen en de wijze waarop daarbij tot nu toe is afgerekend, had het op de weg van Curatoren gelegen om bij de Gemeente de onderliggende facturen op te vragen, om zodoende hun verweer op dit punt nader te onderbouwen. Daar hebben zij kennelijk geen aanleiding toe gezien. Dat brengt mee dat dit verweer als onvoldoende gemotiveerd zal worden gepasseerd.

4.16. Nu 2/3 deel van de voor de uitvoering van fase 1 en fase 2 gemaakte kosten meer bedraagt dan het saldo op de escrow-rekening, vloeit uit het voorgaande voort dat Curatoren in beginsel gehouden zijn tot instructie aan de escrow agent tot vrijgave van het saldo op de escrow-rekening aan de Gemeente. Hierna zal aan de orde komen dat het feit dat WFCC in staat van faillissement verkeert er niet toe leidt dat de Gemeente geen aanspraak kan maken op vrijgave van het saldo.

4.17. Curatoren betogen dat aan toewijzing van de vordering het faillissement van WFCC in de weg staat, en wel om twee redenen. In de eerste plaats omdat de escrow overeenkomst, als overeenkomst van lastgeving, door het faillissement van WFCC is geëindigd (art. 7:422 BW), met als gevolg dat de boedel afdracht van het saldo op de escrow-rekening kan vorderen, en de andere partijen bij de SOK hun vordering ter verificatie moeten indien. Zij stellen in dat verband dat zij het recht hebben te kiezen of zij de SOK al dan niet nakomen, en dat zonder dit keuzerecht afbreuk zou worden gedaan aan de

TvCu_2015_03.indb 124 17/07/2015 14:32:46

paritas creditorum. In de tweede plaats – en subsidiair – betogen Curatoren dat voor zover al een bedrag vanaf de escrow-rekening aan de Gemeente betaald kan worden, de kosten die verband houden met werkzaamheden verricht na het faillissement niet ten laste van de gelden in escrow kunnen worden gebracht.

4.18. Ter beoordeling van het primaire standpunt van Curatoren moet de escrow overeenkomst worden uitgelegd. Die uitleg gaat aan de hand van het Haviltex-criterium. Het betreft een escrow-rekening die op naam van de escrow agent is gesteld. Partijen zijn met elkaar overeengekomen (zie art. 1b van de Algemene Escrow Voorwaarden) dat 'het juridisch eigendom met betrekking tot de Gelden in Escrow berust bij de Escrow Agent'. Na de storting van het bedrag op de escrow-rekening was dit bedrag dus geen onderdeel meer van het vermogen van WFCC; hiervoor in de plaats is gekomen een voorwaardelijke vordering tot uitkering van het saldo op de escrow agent. Deze afzondering van het gestorte bedrag uit het vermogen van WFCC was ook blijkens (artikelen 9.4-9.6 van) de SOK de uitdrukkelijke bedoeling van partijen.

Ook de andere partijen bij de escrow overeenkomst (de Gemeente en de Staat) kregen vanaf het moment van storting een voorwaardelijke vordering op de escrow agent. Het is ook (slechts) deze voorwaardelijke vordering (maar dan die van WFCC) die in de boedel van WFCC valt. Pas als de voorwaarde is vervuld is de escrow agent gehouden tot uitbetaling van (een deel van) het saldo aan de betreffende partij. In faillissement wordt dat niet anders; anders dan Curatoren betogen is er ook in geval van faillissement van één van de partijen pas recht op afgifte van het saldo van de escrow-rekening als de voorwaarde is vervuld. Zoals hiervoor aan de orde is gekomen is van vervulling van die voorwaarde ten aanzien van WFCC geen sprake, maar is integendeel de voorwaarde ten gunste van de Gemeente vervuld. De escrow agent zal om die reden conform de voorwaarden van de escrow overeenkomst, na gezamenlijke instructie van partijen (die Curatoren niet op onredelijke gronden mogen weigeren) het saldo van de escrow-rekening aan de Gemeente moeten uitbetalen. De door Curatoren aan de orde gestelde kwestie dat sprake is van een lastgevingsovereenkomst die door het faillissement van WFCC is geëindigd is daarbij niet van belang. De situatie in goederenrechtelijke zin wijzigt daardoor immers niet; die blijft aldus, dat de escrow agent rechthebbende is van de vordering op de bank ter hoogte van het saldo op de escrow-rekening, en dat partijen een voorwaardelijke vordering hebben op de escrow agent. In de boedel blijft slechts vallen een voorwaardelijke vordering op de escrow agent. Hierop stuit het betoog van Curatoren af.

4.19. Curatoren hebben nog betoogd dat het hen vrij zou staan niet mee te werken aan de instructie aan de escrow agent, omdat zij het recht hebben overeenkomsten niet na te komen. Dat is niet juist. Het faillissement leidt niet tot wijziging van de verbintenissen die voortvloeien uit de escrow overeenkomst en uit de daaraan ten grondslag liggende overeenkomsten. Curatoren hebben uit hoofde van die escrow overeenkomst niet meer dan een voorwaardelijke vordering op de escrow agent. Zij hebben niet de bevoegdheid om het recht op uitkering aan de Gemeente te frustreren door niet mee te werken aan de (voor vrijgave verplichte) gezamenlijke instructie aan de escrow agent. Partijen zijn integendeel met elkaar overeengekomen dat die instructie niet op onredelijke gronden geweigerd mag worden. Een weigering tot medewerking is in dit geval onredelijk, nu het gevolg van die weigering niet kan zijn dat het bedrag in escrow alsnog aan de boedel toevalt. Het standpunt van Curatoren, dat zij aan een en ander niet gebonden zouden zijn, komt in strijd met het beginsel dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten en wordt derhalve verworpen.

4.20. Ook de tweede pijler van het betoog van Curatoren faalt. De voorwaarde voor uitbetaling is, zoals hiervoor aan de orde kwam, een beslissing van de Stuurgroep tot uitvoering van fase 1 en fase 2. Niet ter discussie staat dat die beslissing, genomen op 19 oktober 2012, bevoegdelijk is genomen. Niet van belang is dus het standpunt van Curatoren dat WFCC tijdens een nadien op 23 november 2012 gehouden vergadering onbevoegdelijk is vertegenwoordigd. Dat een deel van de werkzaamheden voor fase 2 is uitgevoerd na het faillissement van WFCC heeft, anders dan Curatoren betogen, niet tot gevolg dat de kosten in verband met die vordering alleen langs de weg van verificatie vergoed kunnen worden. WFCC miskent met dit betoog dat de Gemeente niet een vordering tot betaling van die kosten heeft op WFCC, maar een (voorwaardelijke) vordering op de escrow agent.

4.21. Curatoren hebben overigens nog betoogd dat de kosten gemaakt na het faillissement van WFCC niet ten laste van de escrow-rekening kunnen worden gebracht, omdat inmiddels geen sprake meer is van samenwerking en WFCC en haar crediteuren op geen enkele manier profiteren van de herinrichting. Curatoren gronden dit betoog kennelijk op art. 6:248 lid 2 BW. Gegeven het feit dat partijen in 2004 op schrift afspraken hebben gemaakt over de herontwikkeling, waarbij uitgegaan werd van een intensieve samenwerking tussen de betrokken partijen en partijen hebben afgesproken een bedrag voor deze herontwikkeling te reserveren en reeds vanuit het vermogen van WFCC te verplaatsen naar een escrow- rekening, en dat deze partijen vervolgens ook daadwerkelijk tot die herontwikkeling zijn overgegaan, waarbij de Gemeente veel kosten heeft gemaakt (mede) in de veronderstelling dat zij, zoals was overeengekomen, 2/3 deel daarvan vergoed zou krijgen uit de escrow-rekening, valt niet in te zien waarom de door Curatoren genoemde omstandigheden zouden meebrengen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat de Gemeente dat deel van die kosten ook daadwerkelijk vergoed krijgt.

Samenvatting; toewijsbaarheid van de vorderingen in conventie en in reconventie

4.22. Uit het voorgaande volgt dat de primaire vordering van de Gemeente zal worden afgewezen. De

TvCu_2015_03.indb 125 17/07/2015 14:32:46

subsidiaire vordering is toewijsbaar, inclusief de daarin opgenomen – op art. 3:300 BW gegronde – vordering dit vonnis in de plaats te laten treden van de vereiste medewerking van Curatoren, voor zover Curatoren die medewerking zouden weigeren. De vordering in reconventie zal worden afgewezen, nu deze erop neerkomt dat (een deel van) het saldo op de escrow-rekening aan de boedel toekomt.

Rechtbank Limburg, zp Maastricht 8 april 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:2947

Rechtbank vernietigt faillissement wegens fout in oproepingsexploot: de schuldenaar was voor een verkeerde vestiging van de rechtbank opgeroepen.

Rechtbank Oost-Brabant, kantonrechter 's-Hertogenbosch 30 april 2015, ECLI:NL: RBOBR:2015:2672 (Faillissement Lips)

Het geschil betreft een vordering van de curatoren tot betaling van huur uit hoofde van huurovereenkomst die gesloten is tussen failliet en diens partner. De partner doet een beroep op verrekening. Zij stelt daartoe een tegenvordering te hebben uit hoofde van een afspraak met de failliet dat deze 100% draagplichtig is voor de kosten van de gemeenschappelijke huishouding, waaronder de huur. Zij krijgt de bewijsopdracht van die afspraak. Het beroep op opschorting en huurprijsvermindering wordt afgewezen

vermenging

4.3. Gedaagde heeft zich primair beroepen op vermenging van haar huurschuld jegens [failliet] met de huurschuld die [failliet] heeft als gevolg van diens draagplicht. Zij heeft daartoe het volgende gesteld. [failliet] en gedaagde hebben conform hun contractuele regeling, zoals die is neergelegd in de notariële akte van de samenlevingsovereenkomst van 2011 en de daaraan voorafgaande onderhandse samenlevingsovereenkomsten in onderling overleg bepaald dat [failliet] 100% draagplichtig is voor de kosten van de gemeenschappelijke huishouding. Daaronder vallen de kosten van de gemeenschappelijke woning en dus ook de door gedaagde te betalen huur van de woning. Dit zijn [failliet] en gedaagde (zoals dat gaat bij levenspartners) mondeling overeengekomen. Toen bleek dat een faillissement voorhanden was, vonden [failliet] en gedaagde het raadzaam om hun jarenlange praktijk vast te leggen. Zodoende hebben zij de Verklaring (aangehaald onder r.o. 2.8.) opgesteld. Hoewel [failliet] en gedaagde in de Verklaring van verrekening spreken, hebben zij hier geen juridische verrekening bedoeld in de zin van art. 6:127 BW maar vermenging in de zin van art. 6:161 BW. Dit zou evident blijken uit hetgeen zij in de derde alinea hebben vermeld: '*gedaagde en [failliet] stellen voorts vast, dat op grond van de Huurovereenkomst verschuldigde huurtermijnen door gedaagde c.q. het gemeenschappelijk huishouden niet feitelijk zijn betaald aan [failliet]. Immers, gegeven de op [failliet] rustende draagplicht zou dit hebben geïmpliceerd dat [failliet] periodiek een bedrag gelijk aan de huurtermijnen zou hebben moeten bijdragen aan de kosten van de gemeenschappelijke huishouding, om die bedragen vervolgens retour te ontvangen als betaling van de huurtermijnen (die kwalificeren als kosten van de gemeenschappelijke huishouding).*' [failliet] en gedaagde zeggen in de Verklaring dat schuldeiser [failliet] op grond van de huurovereenkomst en schuldenaar [failliet] op grond van de overeengekomen draagplicht in een en dezelfde hand zijn. Dit levert vermenging op, aldus gedaagde.

4.4. Ingevolge het bepaalde in art. 6:161 lid 1 BW gaat een verbintenis teniet door vermenging, wanneer door overgang van de vordering of de schuld de hoedanigheid van schuldeiser en die van schuldenaar zich in één persoon verenigen. Blijkens de stellingen van gedaagde is er echter van meet af aan sprake geweest van twee verbintenissen: de ene betreft de verbintenis van [failliet] jegens gedaagde tot volledige voldoening van de kosten van de gemeenschappelijke huishouding, waaronder de kosten van de gemeenschappelijke woning, uit hoofde van de overeengekomen draagplicht, en de andere betreft de verbintenis van gedaagde jegens [failliet] tot betaling van de huur uit hoofde van de huurovereenkomst. Gesteld noch gebleken is dat sprake is geweest van overgang van (een van) deze verbintenissen. Met de Curatoren is de kantonrechter dan ook van oordeel dat van vermenging in de zin van art. 6:161 lid 1 BW geen sprake is.

verrekening

4.5. Ten aanzien van het subsidiaire beroep dat gedaagde op verrekening heeft gedaan, overweegt de kantonrechter als volgt. Verrekening is een wijze van tenietgaan van verbintenissen – en wel van over en weer teniet gaan van schulden- die het gevolg is van de omstandigheid dat twee personen elkaars schuldenaar zijn. Op grond van het bepaalde in art. 6:127 BW heeft een schuldenaar de bevoegdheid tot verrekening, wanneer hij een prestatie te vorderen heeft van dezelfde wederpartij, die prestatie beantwoordt aan zijn schuld, hij bevoegd is de schuld te betalen en hij eveneens bevoegd is de betaling van zijn vordering af te dwingen. Wanneer een schuldenaar die de bevoegdheid tot verrekening heeft, aan zijn schuldeiser verklaart dat hij zijn schuld met een vordering verrekent, gaan beide verbintenissen tot hun gemeenschappelijk beloop teniet.

Wanneer door een der partijen een beroep op verrekening wordt gedaan, worden beide vorderingen geacht te zijn vernietigd op het ogenblik waarop zij als compensabele vorderingen tegenover elkaar kwamen te staan.

4.6. Gedaagde heeft in dit verband gesteld dat zij en [failliet] vanaf het begin van hun samenleving constant zijn overeengekomen dat [failliet] 100% draagplichtig is voor de kosten van de gemeenschappelijke huishouding. Dit houdt tevens een verbintenis van [failliet] jegens haar in om de kosten van de gemeenschappelijke huishouding, waaronder de huur van de gemeenschappelijke woning, te voldoen. Met die verbintenis heeft zij haar verbintenis tot betaling van huur jegens [failliet] verrekend, aldus haar betoog.

4.7. De Curatoren hebben gemotiveerd betwist dat gedaagde en [failliet] een dergelijke afspraak hebben gemaakt. Zij hebben daartoe allereerst gewezen op de inkomens-en vermogenspositie van ge-

TvCu_2015_03.indb 126 17/07/2015 14:32:46

daagde welke ten opzichte van [failliet] veel rianter was dan gedaagde heeft willen doen voorkomen. Er was, kort gezegd, geen sprake van een situatie waarin gedaagde geen inkomen en vermogen had, en [failliet] wel. Zij wijzen in dit verband op de tussen [failliet] en gedaagde bestaande rekening-courant verhouding waaruit blijkt dat gedaagde in februari 2010 een bedrag van € 7.132,084,- op [failliet] te vorderen had, terwijl uit het verloop van de rekening-courant verhouding blijkt dat [failliet] hierop tot 31 december 2012 een bedrag van € 5.530.384,- afgelost had. Bovendien is gedaagde directrice van een aantal rechtspersonen en secretaris van een andere rechtspersoon. Een aantal van deze rechtspersonen heeft een groot eigen vermogen. Daarbij komt dat de financiële situatie van [failliet] nagenoeg uitgehold is. De Curatoren wijzen op de schenking van het Zwitserse woonhuis van [failliet] aan diens kinderen in 2012 en de notariële akte van 19 december 2012 waarbij de door [failliet] gehouden certificaten van aandelen in het [failliet]-concern tegen betaling van € 18,00 worden overgedragen aan stichtingen die aan [failliet], gedaagde en/of hun kinderen zijn gelieerd.

Een dergelijke afspraak strookt volgens de Curatoren ook niet met de (totstandkoming van) de samenlevingsovereenkomst van 7 februari 2011, waarin in de considerans is opgenomen dat [failliet] en gedaagde het contract beoogden aan te gaan omdat zij alle eerder gesloten overeenkomsten welke aansloten op de onderling gemaakte en vastgelegde afspraken wilden samenvoegen. Indien zij daadwerkelijk reeds vanaf de datum van de huurovereenkomst of zelfs daarvoor de afspraak zouden hebben gemaakt dat [failliet] alle kosten van de huishouding zou dragen, had het voor de hand gelegen dat zij deze afspraak in het nadien gesloten samenlevingscontract hadden neergelegd. Nu partijen dit niet hebben gedaan, moet worden geconcludeerd dat zij deze afspraak dan kennelijk ook niet hebben gemaakt.

4.8. Op grond van de hoofdregel van art. 150 Rv rust op gedaagde, die zich beroept op de rechtsgevolgen van haar stelling dat zij en [failliet] vanaf het begin van hun samenleving constant zijn overeengekomen dat [failliet] 100% draagplichtig is voor de kosten van de gemeenschappelijke huishouding, de bewijslast daarvan.

de Verklaring

4.9. Gedaagde heeft ten bewijze van haar stelling een beroep gedaan op de Verklaring. Deze kwalificeert als een onderhandse akte in de zin van art.156 lid 1 jo. lid 3 Rv., en levert ingevolge het bepaalde in art. 157 lid 2 Rv. tussen partijen dwingend bewijs op van de waarheid van die verklaring. Nu de Curatoren bewijsrechtelijk gelijk staan met de failliet, betekent dit dat de Verklaring tevens dwingendrechtelijke bewijskracht heeft ten aanzien van de Curatoren. Dit alles aldus gedaagde.

4.10. De Curatoren hebben hier tegen in gebracht dat zij sterk het vermoeden hebben dat [failliet] en gedaagde met het opstellen van de Verklaring enkele dagen voor het faillissement de bestaande huurschuld hebben willen wegpoetsen met een – zeer dubieuze- vordering die gedaagde jegens [failliet] zou hebben. Zij hebben dan ook terecht op grond van art. 42 Fw en art. 47 Fw. de Verklaring vernietigd, aldus hun betoog.

4.11. De kantonrechter oordeelt daarover als volgt. Op grond van art. 42 Fw. kan de curator ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de failliet vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan deze bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, door een buitengerechtelijke verklaring vernietigen. De rechtshandelingen waarvan de Curatoren met een beroep op de faillissementspauliana de vernietiging hebben ingeroepen bestaan in hun visie uit de in de Verklaring geformuleerde afspraken omtrent draagplicht en verrekening. Hierin volgt de kantonrechter hen echter niet. In de Verklaring kan immers niet meer gelezen worden dan dat deze een vastlegging beoogt te behelzen van naar visie van [failliet] en gedaagde reeds lang gemaakte afspraken, en kan niet worden opgevat als overeenkomst waarin nieuwe verbintenissen in het leven worden geroepen. De Verklaring is dan als zodanig ook niet op te vatten als een rechtshandeling. Nu van een rechtshandeling geen sprake is, kan ook de vernietiging daarvan niet worden ingeroepen.

Art. 47 Fw is evenzeer geschreven voor rechtshandelingen, zij het verplichte, en is daarom evenmin van toepassing.

4.12. Overigens, voorzover de inhoud van de Verklaring wel zou kunnen worden opgevat als een rechtshandeling, is het aantasten van het beroep op verrekening niet mogelijk met een beroep op de pauliana. Aan vernietiging op grond van de pauliana staat bloot elke rechtshandeling die de failliet vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht (indien tevens aan het vereiste van [wetenschap van] benadeling is voldaan). De verrekening is echter niet een rechtshandeling van [failliet]. Het is gedaagde die tot verrekening overgaat; enige rechtshandeling van [failliet] is daarvoor niet vereist. Verrekening is immers een bevoegdheid van de schuldenaar, een contractuele afspraak is daarvoor niet vereist. Art. 6:127 BW vereist niet dat schuldeiser en schuldenaar overeenkomen dat vordering en schuld verrekend worden; voldoende is dat gedaagde verklaart dat zij haar schuld verrekent met de vordering op [failliet] (zie daarover nog hierna). Aan het vereiste van art. 42 Fw, dat sprake is van een onverplichte rechtshandeling van de *failliet*, is dus niet voldaan. Evenmin valt deze verklaring aan te tasten op grond van het bepaalde in art. 47 Fw. Door de Curatoren is immers gesteld dat het hier gaat om een *onverplichte* rechtshandeling, welk onverplicht karakter door gedaagde erkend is.

4.13. Iets anders is dat de Curatoren met een beroep op de pauliana de Verklaring hadden kunnen vernietigen op grond van de omstandigheid dat [failliet] met het vastleggen van de door [failliet] en gedaagde gestelde afspraken een onderhandse akte met dwingende bewijskracht in het leven heeft willen roepen. Dit is als zodanig wel aan te merken als een rechtshandeling. Blijkens de brief van 10 febru-

TvCu_2015_03.indb 127 17/07/2015 14:32:46

ari 2014 waarin zij de pauliana hebben ingeroepen (aangehaald in r.o. 2.10) hebben zij echter niet op die grond de vernietiging gebaseerd.
4.14. Het vorenstaande betekent echter nog niet dat de rechter verplicht is de inhoud van de Verklaring als waar aan te nemen. Op grond van het bepaalde in art. 151 lid 2 Rv staat ook tegen dwingend bewijs tegenbewijs vrij. Dit tegenbewijs kan de rechter al geleverd achten op grond van in het proces gebleken feiten en/of omstandigheden. Met de Curatoren is de kantonrechter van oordeel dat gelet op de bijzondere wijze van totstandkomen van de Verklaring, slechts enkele dagen voor het faillissement opgesteld door de failliet en diens partner, reeds voldoende ontzenuwd is dat inhoud daarvan voor waar moet worden aangenomen. Daarmee is het tegenbewijs geleverd en rust op gedaagde de volle bewijslast van de door haar gestelde afspraak. Gedaagde zal daarom tot het bewijs daarvan worden opgedragen.

Rechtbank Overijssel, zp Almelo 6 mei 2015, ECLI: NLRBOVE:2015:2322

Niet-ontvankelijk in de eigen aangifte tot faillissement: wie is bestuurder?
Uit het uittreksel van het Handelsregister van de Kamer van Koophandel blijkt niet dat in het bestuur van Infra Totaal is voorzien.
Uit het aandeelhoudersregister is gebleken dat verzoeker en de heer [betrokkene] enig aandeelhouders zijn van Infra Totaal.
Uit het aandeelhoudersbesluit van 28 april 2015 blijkt dat de aandeelhouders op die dag hebben besloten het faillissement van Infra Totaal aan te vragen. Voorts staat vermeld dat verzoeker deze handeling zal verrichten. De considerans van het besluit luidt als volgt:
'Na indringende kennisneming van de financiële situatie van Infra Totaal B.V. en na intensief beraad, waarbij alle denkbare opties over het commerciële perspectief op de korte termijn zijn verkend is het voorstel om per 6 mei 2015 de rechtbank te verzoeken om de vennootschap op eigen aangifte in staat van faillissement te verklaren. De heer verzoeker zal deze handeling verrichten.'
Art. 16 lid 1 van de statuten van Infra Totaal bepaalt dat het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap.
Art. 16 lid 4 van de statuten van Infra Totaal voorziet in het bestuur van Infra Totaal bij ontstentenis of belet van haar directie:
'Ingeval van ontstentenis of belet van een bestuurder blijven de overige bestuurders met het bestuur belast. Bij ontstentenis of belet van alle bestuurders berust het bestuur van de vennootschap tijdelijk bij één door de algemene vergadering daartoe aangewezen persoon. De algemene vergadering heeft het recht om ook ingeval van ontstentenis of belet van één of meer, doch niet alle bestuurders, een persoon als bedoeld in de vorige zin, aan te wijzen die alsdan mede met het bestuur is belast.'
Ter zitting heeft de rechtbank verzoeker gevraagd naar de persoon van de laatst ingeschreven bestuurder. Verzoeker heeft verklaard dat hij en [betrokkene] gezamenlijk bestuurders waren van Infra Totaal. Verzoeker heeft zich per 31 januari 2014 laten uitschreven als bestuurder van Infra Totaal. Het is verzoeker, ondanks het feit dat hij [betrokkene] op de aandeelhoudersvergadering van 28 april 2015 heeft gesproken, niet bekend of [betrokkene] is uitgetreden als bestuurder. Verzoeker heeft ter zitting verklaard dat hij niet als tijdelijk bestuurder is aangewezen.
De rechtbank heeft de behandeling van de zitting vervolgens gesloten.
De rechtbank is van oordeel dat Infra Totaal bij de aangifte van haar faillissement niet bevoegd is vertegenwoordigd en zal haar dan ook niet-ontvankelijk verklaren in het verzoek.
De rechtbank overweegt daartoe dat het ten tijde van het aandeelhoudersbesluit tot eigen aangifte en op het moment van de eigen aangifte niet duidelijk was wie bestuurder is van Infra Totaal. In de algemene vergadering van aandeelhouders is niet een persoon als bedoeld in art. 16 lid 4 van de statuten van Infra Totaal aangewezen. De passage in het aandeelhoudersbesluit dat verzoeker deze handeling zal verrichten kan, zoals verzoeker ook ter zitting heeft verklaard, niet worden aangemerkt als een dergelijk besluit. Daarmee staat vast dat Infra Totaal niet rechtsgeldig kon worden vertegenwoordigd door verzoeker.

Rechtbank Overijssel, zp Almelo 11 mei 2015 RBOVE:2015:2323

Rechtbank overweegt prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voor te leggen.
Kan een curator worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van art. 10 lid 1 Fw en kan de curator gelet op zijn neutrale en onafhankelijke rol in verzet komen tegen een faillissementsvonnis waarbij hij constateert dat er geen actief is of actief valt te verwachten?

Rechtbank Rotterdam 13 mei 2015, ECLI:NL: RBROT:2015:3375

Schuldeiser dient zelf aanspraak te maken op rente; curator heeft daarbij geen verantwoordelijkheid. Niet aannemelijk geworden dat over vordering op schuldenaar uit 1987 rente liep.
3.6.1. Hier is het recht van toepassing zoals dat gold in juni 1987.
3.6.2. De enkele indiening van een concurrente vordering in een faillissement doet geen aanspraak tot vergoeding van rente over die vordering ontstaan. Dat volgt uit de artikelen 110, lid 1 (oud) Fw in samenhang met 128 (oud) Fw (die dezelfde bewoordingen hebben als de huidige artikelen 110 en 128 Fw). Een schuldeiser zal bij indiening van zijn vordering bij de curator in het faillissement aanspraak op rente moeten maken, wil rente voor verificatie in aanmerking kunnen komen.
Voor zover de schuldeiser geen aanspraak heeft op rente ingevolge overeenkomst (of daarop toepasselijke algemene voorwaarden) of een sommatie- en aanzeggingsbrief, dient de schuldeiser alsnog een sommatie- en aanzeggingsbrief aan (de curator in het faillissement van) de gefailleerde te sturen.

TvCu_2015_03.indb 128 17/07/2015 14:32:46

3.6.3. Uit de bewoordingen van de brief van 1 juni 1987, waarmee eiser haar vordering in faillissement gedaagde I indiende, blijkt niet dat eiser aanspraak maakte op enige rentevergoeding. Die brief kan niet worden aangemerkt als een sommatie- en aanzeggingsbrief overeenkomstig art. 1286, lid 3 (oud) BW, al was het maar omdat die brief geen renteaanzegging bevat.
Gesteld noch gebleken is dat eiser later gedurende faillissement gedaagde I wel een sommatie- en renteaanzeggingsbrief aan (de curator in het faillissement van) gedaagde heeft gestuurd, die aan de vereisten van art. 1286 lid 3 (oud) BW voldoet.
Daarom moet de conclusie zijn dat over de door eiser in faillissement gedaagde I ingediende vordering geen rente is gaan lopen.
3.6.4. Anders dan eiser betoogt, heeft de indiening van een vordering in een faillissement niet hetzelfde rechtsgevolg als het in rechte vorderen als bedoeld in art. 1286, lid 3 (oud) BW.
De omstandigheid dat in art. 26 (oud) Fw (dat dezelfde bewoordingen heeft als het huidige art. 26 Fw) is voorzien dat gedurende het faillissement elke rechtsvordering, ook die tegen de gefailleerde, op geen andere wijze kan worden ingesteld dan door aanmelding bij de curator ter verificatie, heeft evenmin hetzelfde rechtsgevolg als het in rechte vorderen als bedoeld in art. 1286, lid 3 (oud) BW, omdat de regeling van art. 26 (oud) Fw beperkt is tot (rechts) vorderingen die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben. Immers, zoals hiervoor gezegd, komt ingevolge art. 128 (oud) Fw rente over een concurrente vordering lopende gedurende het faillissement niet voor verificatie in aanmerking, zodat zodanige rentevordering niet de voldoening uit de faillissementsboedel ten doel heeft.
De omstandigheid dat ingevolge art. 121, lid 4 (oud) Fw (dat dezelfde bewoordingen heeft als het huidige art. 121 lid 4 Fw) de formele erkenning van een vordering kracht van gewijsde heeft in het faillissement, maakt het vorenstaande evenmin anders. In dit geval is, immers, in faillissement gedaagde I slechts de hoofdsom van de vordering van eiser ingediend ter verificatie en vervolgens erkend.

Rechtbank Overijssel, zp Almelo 20 mei 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2912

Het wegsluizen van de revenuen is een bedrieglijke schijnvertoning met als eerste doel die gelden buiten het zicht en bereik van de crediteuren te houden en in later stadium evenzo aan het zicht van de curator te onttrekken. Door mede te werken aan deze constructie is gedaagde sub 1 ter zake medepleger / medeplichtig. De rechtbank is van oordeel dat gedaagde sub 1 door het verlenen van haar medewerking aan deze wegsluisconstructie onrechtmatig heeft gehandeld.

Rechtbank Limburg, zp Maastricht, 21 mei 2015, ECLI:NL: RBLIM:2015:4247

Rechtbank verklaart advocatenkantoor failliet ondanks verweer omtrent bevoegdheid
2.4. Schuldenaar heeft zich op het standpunt gesteld dat, gelet op het bepaalde in art. 3 lid 1 Insolventieverordening (hierna: IVO) de rechtbank Limburg onbevoegd is om van het verzoek kennis te nemen nu - kortweg - haar centrum van voornaamste belangen ten tijde van het indienen van het onderhavig verzoek was gelegen in België, meer in het bijzonder te Riemst. Schuldeiser heeft zulks bestreden en heeft betoogd dat wat de bevoegdheid betreft aangeknoopt dient te worden bij de in Maastricht en aldus in Nederland gelegen statutaire zetel.
2.5. Ingevolge het bepaalde in art. 3 lid 1 IVO zijn de rechters van de lidstaat waar het centrum van voornaamste belangen is gelegen, bevoegd de insolventieprocedure te openen. Bij vennootschappen en rechtspersonen wordt, zolang het tegendeel niet bewezen is, de plaats van de statutaire zetel vermoed het centrum van voornaamste belangen te zijn. Dat vermoeden kan worden weerlegd, indien aan de hand van objectieve, voor derden verifieerbare factoren, wordt aangetoond dat het werkelijke centrum van belangen zich in een andere lidstaat bevindt. Het centrum van de voornaamste belangen dient overeen te komen met de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die daardoor als zodanig voor derden herkenbaar is.
2.6. Nu schuldenaar, zoals door haar zelf naar voren is gebracht, sedert geruime tijd in het geheel geen economische activiteiten meer ontplooit, noch in Nederland, noch in België dan wel elders binnen een EU-lidstaat of daarbuiten, oordeelt de rechtbank dat er geen sprake meer is van een daadwerkelijk functionerend centrum van haar voornaamste belangen. Mitsdien kan als zodanig alleen haar statutaire zetel gelden. Met deze opvatting is de rechtszekerheid in het economisch verkeer, waaraan schuldenaar immers niet meer deelneemt, het beste gediend. Nu de statutaire zetel van schuldenaar is gelegen in Maastricht acht de rechtbank Limburg zich bevoegd om van het verzoek kennis te nemen. De enkele omstandigheid dat de vereffeningsactiviteiten in België plaatsvinden, kan daaraan niet afdoen.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, zp Breda 21 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:3321

Verzet tegen faillietverklaring ex art 10 Fw door curator op grond van misbruik van recht omdat er niets te vereffenen valt en er geen behoefte bestaat aan de inzet van de bijzondere bevoegdheden van een curator.
Het verzet wordt ongegrond verklaard omdat de gefailleerde enig aandeelhouder is van twee werkmaatschappijen en deze aandelen in potentie een bepaalde waarde vertegenwoordigen, en er sprake is van een debiteurenvordering in de werkmaatschappijen waarvan de opbrengst op basis van een managementovereenkomst als managementfee ten goede komt aan gefailleerde. Het doen van eigen aangifte van het faillissement levert in deze situatie geen misbruik van recht op.

TvCu_2015_03.indb 129 17/07/2015 14:32:47

Rechtbank Limburg, zp Roermond 26 mei 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:4331

Verzet tegen faillissement ontvankelijk. Het faillissement van een aandeelhouder tevens vereffenaar van een BV heeft niet tot gevolg dat de curator in diens faillissement van rechtswege in diens plaats treedt. De faillissementsaanvraag door de curator van die BV geldt daarom niet als een eigen aanvraag.

Rechtbank Oost-Brabant, zp 's-Hertogenbosch 3 juni 2015, ECLI:NL: RBOBR:2015:3337

De vraag of het beding tot niet-overdraagbaarheid in algemene voorwaarden respectievelijk overeenkomst goederenrechtelijke werking heeft wordt ontkennend beantwoord. De uitlegregel uit HR Coface/Intergamma is ook van toepassing als het beding in de overeenkomst zelf is opgenomen.

4.2. (...) Vooropgesteld wordt dat partijen op grond van art. 3:83 lid 2 BW ten aanzien van vorderingsrechten de overdraagbaarheid kunnen uitsluiten. Als zij daartoe overgaan heeft een dergelijk beding werking jegens derden, in die zin dat een beding als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW niet leidt tot beschikkingsonbevoegdheid van de crediteur, maar tot niet-overdraagbaarheid van de vordering zelf, wat ongeldigheid van een overdracht in strijd met dat beding tot gevolg heeft (HR 17 januari 2003 NJ 2004, 281, Oryx/Van Eesteren).

4.3. De te beantwoorden vraag is hoe het beding van art. 8.6 van de ECT-inkoopvoorwaarden en het beding van art. 21.1 en 21.2 in Temporary Labor Agreement moeten worden uitgelegd. Daarbij heeft te gelden dat art. 8.6 van de ECT-inkoopvoorwaarden is aan te merken als een algemene voorwaarde, terwijl het beding van art. 21.1 en 21.2 in Temporary Labor Agreement in de overeenkomst zelf is opgenomen.

In HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682 Coface/Intergamma is de uitlegregel verwoord in het geval het beding in algemene voorwaarden was opgenomen. Een beding dat naar zijn aard mede bestemd is om de rechtspositie van derden te beïnvloeden die de bedoeling van contracterende partijen niet kennen, en dat ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen, dient te worden uitgelegd naar objectieve maatstaven, met inachtneming van de Haviltexmaatstaf. Als uitgangspunt bij uitleg van bedingen die de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluiten, moet worden aangenomen dat zij uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben, tenzij uit de - naar objectieve maatstaven uit te leggen - formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW is beoogd.

De rechtbank zal deze uitlegregel op dezelfde wijze toe te passen in het geval het beding in de overeenkomst zelf is opgenomen. De reden voor een uitleg naar objectieve maatstaven is immers niet primair gelegen in het feit dat het beding in algemene voorwaarden is opgenomen, maar in het feit dat het overdrachtsverbod is bestemd de rechtspositie van derden (zoals toekomstige cessionarissen en pandhouders) te beïnvloeden door aan de vordering de eigenschap van niet-overdraagbaarheid te geven.

De toe te passen geobjectiveerde uitlegregel brengt mee dat de door de curator gestelde omstandigheid dat Van Lanschot er zelf van uitging dat het beding goederenrechtelijke werking had is - voor zover al juist - voor de beantwoording van deze vraag niet relevant is.

Rechtbank Midden-Nederland, zp Utrecht 11 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4479

Als summierlijk blijkt van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn, kan het faillissement van verweerster worden uitgesproken, ook al is verweerster ontbonden. In dat geval moet verweerster immers geacht worden ter afwikkeling van het faillissement te zijn blijven bestaan.

De rechtbank is in casu van oordeel dat niet summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden die het bestaan van de gestelde bate uit een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid voldoende aannemelijk maken. Voorts is de rechtbank van oordeel dat verzoekster geen rechtens te honoreren belang heeft bij haar verzoek.

TvCu_2015_03.indb 130 17/07/2015 14:32:47