

gendeel, zoals ook uit deze uitspraak volgt, geeft de rangregeling een effectieve en efficiënte basis voor beslechting van een concursus.

mr. C.R. Zijderfeld
advocaat bij Houthoff te Amsterdam

70

Curator dwaalt bij verkoop deelneming in geliquideerd bedrijf

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp
Leeuwarden
20 oktober 2020, zaaknr. 200.249.305/01,
ECLI:NL:GHARL:2020:8480
(mr. Zandbergen, mr. Mulder, mr. Vlaanderen-Schüttenhelm)
Noot mr. J.M. van den Berg

Dwaling. Curator verkoopt activa waaronder aandelen in geliquideerd Zweeds bedrijf, waarna hij die aandelen ook aan ander verkoopt (en levert). Curator komt ter zake van de eerste verkoop een beroep toe op dwaling met betrekking tot de waarde van de aandelen. Eerste koper heeft geen recht op levering aandelen of recht op vervangen-de schadevergoeding.

[BW art. 3:51 lid 3, 3:52 sub c, 6:228 lid 1
aanhef en onder b]

Appellante is geslaagd in het opgedragen bewijs van haar stelling dat de curator de aandelen aan haar heeft verkocht. De rechtsoverheid tot vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling is weliswaar verjaard, maar de curator komt hierop nog wel een beroep toe als verweer tegen de vordering van appellante. Een beroep in rechte op een dergelijke vernietigingsgrond kan immers te allen tijde worden gedaan ter afwering van een op de rechtshandeling steunende vordering (art. 3:51 lid 3 BW). Dat is hier aan de orde. De curator heeft aangevoerd dat hij de overeenkomst met appellante niet (zo) had gesloten wanneer A (bestuurder van appellante en voormalig bestuurder van failliet) hem had meegedeeld dat failliet na de liquidatie van (thans) WSWK nog een vordering op B (bestuurder van WSWK) meende te hebben

op grond van haar deelneming. Dit verweer van de curator heeft de strekking dat hij de activa met inbegrip van de aandelen bij een juiste voorstelling van zaken niet voor € 4.000 zou hebben verkocht. Dat verweer treft doel: appellante heeft zelf aangevoerd dat A na liquidatie van (thans) WSWK al jaren op betaling van medeaandeelhouder B wachtte. Uit zijn eigen vordering blijkt dat hij de waarde van die vordering nu schat op de prijs die B uiteindelijk voor de aandelen heeft betaald (€ 25.000). Uit de getuigenverklaringen, het faillissementsverslag en de koopprijs, beoordeeld in hun onderlinge verband, wordt duidelijk dat hierover indertijd is gesproken, en dat de curator van A heeft begrepen dat de aandelen na liquidatie waardeloos waren. Daarom wordt aangenomen dat hem dat door A is meegedeeld, althans dat de curator dit uit diens uitlatingen heeft afgeleid. Omdat A echter naar eigen zeggen al enkele jaren op betaling van een uitkering op de aandelen wachtte, maar dat niet aan de curator heeft verteld, is hij tekortgeschoten in een op hem rustende informatieplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1 aanhef en onder b BW. Niet is aangevoerd, en nergens blijkt ook uit, dat deze dwaling voor rekening van de curator hoort te blijven. De consequentie van het gegronde beroep op dwaling is, dat appellante geen aanspraak op levering van de aandelen kon maken, en dus ook niet het recht heeft om in plaats daarvan schadevergoeding te vorderen.

WK Holding BV te Zwolle,
appellante,
advocaten: mr. A.P.C. Houben en mr. M.A. Vlas,
tegen
mr. E.A.M. Claassen te Zwolle, in haar hoedanigheid van curator in het faillissement van IFÖ Kampri Export BV,
geïntimeerde,
advocaat: mr. T.H.I.M. Pierik.

(...; red.)

2. Waar gaat de zaak over?

2.1. Deze procedure draait om de vraag of bij de verkoop door de curator aan WK Holding van activa van het failliete IFÖ Kampri Export (Ifo) was inbegrepen de deelneming in de Zweedse vennootschap WSWK Teknik AB (WSWK). De achtergrond van die discussie is de volgende.

2.2. [A] ([A]) is bestuurder van WK Holding en was tot 2005 indirect bestuurder van Ifo.

2.3. Op 10 mei 2011 is mr. Claassen aangesteld als curator in het faillissement van Ifo dat toen is uitgesproken.

2.4. Op 2 december 2011 heeft de curator de rechter-commissaris machtiging gevraagd voor de verkoop van de activa van Ifo aan WK Holding voor € 4.000,-. Hij schrijft in zijn verzoek dat het [A] met name te doen is om het immaterieel actief, en dat Ifo feitelijk al in 2009 is ontmanteld: onder meer de vestiging in Zweden is destijds geliquideerd, waarbij alle activa verkocht is. Op faillissementsdatum was er feitelijk geen actief meer: “De heer [A] wil in de toekomst wellicht nog een keer een onderneming in dezelfde branche openen in Zweden. In verband daarmee wil hij zich alsdan graag kunnen profileren als de onderneming welke het actief van [Ifo] heeft overgenomen, en dan met name de handelsnaam.”

2.5. Op 12 december 2011 heeft WK Holding een koopovereenkomst met de curator gesloten waarin staat: “1.1 De curator verklaart te verkopen, gelijk de overnemer verklaart van de curator te kopen het volledige actief van Ifo, dat voornamelijk, doch niet uitsluitend, bestaat uit een adresbestand, verlopen patenten, projectinformatie en tekeningen, technische knowhow, handelsnaam, prospects, foldermateriaal, alsmede alle overige goederen hoe ook genaamd. Al deze goederen gezamenlijk zullen worden aangeduid als ‘de activa.’ (...) 1.3 De koopprijs voor de activa bedraagt € 4.000,= (...)”.

2.6. In de jaarrekening 2009 van Ifo is op pagina 12 onder het kopje “andere deelnemingen” de volgende post opgenomen:

31-12-2009 31-12-2008

Intermatic Storkök te Zweden (50%) € 63.305
€ 63.305

2.7. De naam van Intermatic Storkök was ten tijde van de overeenkomst gewijzigd in WSWK Techniek. De curator was daarvan niet op de hoogte.

2.8. Op 29 januari 2013 heeft de heer [B], bestuurder van WSWK, aan de curator laten weten dat Ifo als houder van 50% van de aandelen WSWK geregistreerd stond en dat hij geïnteresseerd was in overname van die aandelen. Dat heeft ertoe geleid dat in 2015 tussen de curator en [B] overeenstemming is bereikt over de verkoop van deze aandelen aan [B]. Op 24 april 2017 zijn die aan [B] overgedragen, tegen betaling van € 25.000,-.

2.9. WK Holding heeft gevorderd dat de curator wordt veroordeeld tot betaling van € 22.500,-, te vermeerderen met rente en kosten, omdat de curator de aandelen al eerder aan hem had verkocht; die waren begrepen in de verkochte activa van Ifo. De gevorderde hoofdsom is de door [B] betaalde koopprijs, verminderd met 10% op grond van de separatistenregeling. De kantonrechter heeft deze vordering afgewezen, nadat WK Holding in de gelegenheid was gesteld te bewijzen dat zij tijdens de onderhandelingen met de curator de aandelen in Intermatic Storkök of WSWK ter sprake heeft gebracht, dat zij heeft meegedeeld dat zij niet wist wat de status van die aandelen was en dat zij de aandelen wenste over te nemen. Volgens de kantonrechter is WK Holding niet in dat bewijs geslaagd.

2.10. De strekking van de grieven van WK Holding is, dat een bewijsopdracht aan de curator had moeten worden gegeven in plaats van aan haar en dat WK Holding afgezien daarvan haar stellingen wel heeft bewezen. De kantonrechter had volgens WK Holding bovendien gevolgen moeten verbinden aan het feit dat de curator niet op de comparitie was verschenen.

3. Wat is het oordeel van het hof?

Een vraag vooraf: wat is de grondslag van de vordering? En wat betekent dat voor de bewijslast?

3.1. WK Holding voert aan dat de curator de aandelen aan haar heeft verkocht en dat zij die vervolgens aan [B] heeft verkocht, “op grond waarvan haar de koopprijs die de heer [B] heeft betaald minus 10% op grond van de separatistenregeling (derhalve € 22.500,00) toekomt”. Dat is echter onverenigbaar met het vaststaande feit dat de betaling van [B] aan de curator strekte tot voldoening van de koopprijs die [B] met de curator was overeengekomen. Op grond van wat verder vaststaat, legt het hof de vordering daarom zo uit, dat deze strekt tot betaling van vervangende schadevergoeding. Aangevoerd wordt immers dat de curator de aandelen aan WK Holding heeft verkocht en dus aan haar had moeten leveren. Het gaat in dit geschil om betaling van de waarde van die aandelen, nu aan die leveringsplicht niet is voldaan, de overeenkomst niet is ontbonden en door WK Holding ook geen levering meer wordt gevraagd. De stelplicht en bewijslast van de stelling van WK Holding dat de curator de aandelen aan haar heeft verkocht, rusten op de schouders

van WK Holding. Omdat de curator deze verkoop gemotiveerd heeft bestreden, heeft de kantonrechter aan WK Holding terecht bewijs van haar stellingen op dit punt opgedragen. Dat bewijs komt erop neer dat de deelneming van Ifo in WSWK was begrepen in de activa van Ifo die WK Holding van de curator heeft gekocht. Ook is juist dat getuige Kamphuis wel, en de curator niet als partijgetuige in de zin van de wet is aangemerkt.

Het niet verschijnen van de curator op de zitting

3.2. De curator is niet verschenen op de comparitie van 26 oktober 2017. Volgens WK Holding heeft de kantonrechter daar ten onrechte geen consequenties aan verbonden (artikel 22 Rv): “door niet te verschijnen heeft de curator onvoldoende inlichtingen gegeven en onvoldoende gesteld om tot bewijs toegelaten te worden.”

3.3. Het hof verwerpt die klacht. Het enkele feit dat de curator niet op de zitting is verschenen, hoeft in zijn nadeel geen gevolgen te hebben voor de stelplicht of de bewijslastverdeling. Er zijn ook geen bijzondere omstandigheden aangevoerd die dat wel zouden rechtvaardigen. Integendeel, de curator heeft juist duidelijk gemaakt dat hij door een andere zitting op hetzelfde moment verhinderd was. WK Holding heeft dat niet bestreden. Zijn afwezigheid kan de curator daarom niet worden verweten.

De bewijswaardering

3.4. In afwijking van het door de curator toegezonden concept, spreekt de overeenkomst op verzoek van mr. Vles niet meer over “immaterieel actief” maar “alle goederen” en “het volledig actief”. Met deze herziene redactie werd voor beide partijen duidelijk dat de gehele actiefzijde van de balans onder de overeenkomst zou vallen. Zoals de curator ook duidelijk was, stond op de balans van 2009 aan deze actiefzijde de deelneming van Intermatic Storkök (50%). Volgens [A] heeft hij tegen de curator gezegd dat hij ook dit onderdeel [de deelneming] wilde overnemen: “ik heb aangegeven dat ik alle activa van de balans wilde overnemen en dat deze activa ook zijn besproken. (...) Ik ging ervan uit dat de deelneming uitgekeerd moest worden (...) Ik wist wel dat het om een dubieuze post ging. (...) Zoals ik al eerder heb verklaard, wachtte ik al drie of vier jaar op betaling.” Mr. Vles heeft dat bevestigd: “De deelneming van Intermatic Storkök is zeker besproken (...) Tijdens het gesprek heeft de curator gevraagd naar de

deelneming en hoe het bedrag moest worden geïd. Ik had mij niet van tevoren verdiept in de specifieke posten op de balans. [A] heeft in het gesprek aangegeven dat hij niet wist hoe de deelneming moest worden gewaardeerd. [A] heeft toen uitgelegd hoe zijns inziens de post moest worden bekeken. (...) Ik wist dat [A] alle activa wilde overnemen en dat dat de insteek was van het gesprek. (...) Bij mijn weten is dit ook zo besproken tussen [A] en de curator, maar ik weet niet meer in welke letterlijke bewoordingen dat is gegaan tijdens dat gesprek. (...) [A] heeft gezegd dat het bedrijf in Zweden inactief was, ik weet niet in hoeverre dit is toegelicht door [A] (...) U vraagt mij of [A] expliciet heeft gezegd dat hij de deelneming of de aandelen wilde overnemen tijdens het gesprek, hierop antwoord ik bevestigend. Zijn insteek was dat hij alles wilde en hij zou dan later wel bekijken wat hij ermee zou doen.”

3.5. De kern van deze verklaringen is, dat de aandelen uitdrukkelijk deel uitmaakten van de koop.

3.6. De curator heeft verklaard dat het [A] erom te doen was Ifo te kopen, omdat hij in de toekomst een onderneming in het buitenland wilde starten. Het zou dan handig zijn als hij die handelsnaam kon gebruiken. Volgens hem is tijdens de besprekingen ook de balans van Ifo op tafel gekomen en heeft hij vragen gesteld over de deelneming. Die zouden volgens [A] waardeloos zijn (de onderneming was geliquideerd). De curator: “Als [A] gevraagd zou hebben om de deelneming over te nemen, dan had dat vragen bij mij opgeroepen omdat volgens hem de aandelen waardeloos waren. Ik zou dan meteen gedacht hebben dat de aandelen dus niet waardeloos waren. (...) Aandelen uit een boedel kunnen niet zomaar verkocht worden, daarvoor heb ik allerlei extra informatie nodig (zoals het blokkeringsrecht, volstorting en de aanbiedingsplicht) en een machtiging van de rechter-commissaris.”

3.7. Deze verklaring van de curator komt erop neer dat hem is verteld dat de deelneming waardeloos was, omdat de onderneming was geliquideerd. Er valt niet uit op te maken dat die aandelen niet in de verkoop betrokken waren, of dat met [A] ten aanzien van die verkoop enige voorwaarde is overeengekomen, zoals de toestemming van de rechter-commissaris. De lage koopprijs wijst ook niet in die richting, al kan die er wel een indicatie voor zijn dat de curator de waarde van de aandelen heeft onderschat. De vraag of dat van belang is, komt hierna bij zijn beroep op dwaling

aan de orde. Op deze plaats moet de conclusie eerst zijn dat WK Holding is geslaagd in het opgedragen bewijs van haar stelling dat de curator de aandelen aan haar heeft verkocht.

Het beroep op dwaling

3.8. De curator heeft zich op dwaling beroepen. Dat verweer strandt volgens de kantonrechter op verjaring (artikel 3:52 sub c BW). Omdat de grieven van WK Holding met betrekking tot de bewijswaardering doel treffen, moet het hof dat verweer ook beoordelen.

3.9. Anders dan de kantonrechter, is het hof van oordeel dat de rechtsvordering tot vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling weliswaar is verjaard, maar dat de curator hierop nog wel een beroep toekomt, als verweer tegen de vordering van WK Holding. Een beroep in rechte op een dergelijke vernietigingsgrond kan immers te allen tijde worden gedaan ter afwering van een op de rechtshandeling steunende vordering (artikel 3:51 lid 3 BW). Dat is hier aan de orde.

3.10. De curator heeft aangevoerd dat hij de overeenkomst met WK Holding niet (zo) had gesloten wanneer [A] hem had meegedeeld dat Ifo na de liquidatie van (thans) WSWK nog een vordering op [B] meende te hebben op grond van haar deelneming. Dit verweer van de curator heeft de strekking dat hij de activa met inbegrip van de aandelen bij een juiste voorstelling van zaken niet voor € 4.000,- zou hebben verkocht. Dat verweer treft doel: WK Holding heeft zelf aangevoerd dat [A] na liquidatie van (thans) WSWK al jaren op betaling van mede-aandeelhouder [B] wachtte ("Ik ging ervan uit dat de deelneming uitgekeerd moest worden"). Uit zijn eigen vordering blijkt dat hij de waarde van die vordering nu schat op de prijs die [B] uiteindelijk voor de aandelen heeft betaald (€ 25.000,-). Uit de getuigenverklaringen, het faillissementsverslag en de koopprijs, beoordeeld in hun onderlinge verband, wordt duidelijk dat hierover indertijd is gesproken, en dat de curator van [A] heeft begrepen dat de aandelen na liquidatie waardeloos waren. Het hof neemt daarom aan dat hem dat door [A] is meegedeeld, althans dat de curator dit uit diens uitlatingen heeft afgeleid. Omdat [A] echter naar eigen zeggen al enkele jaren op betaling van een uitkering op de aandelen wachtte, maar dat niet aan de curator heeft verteld, is hij tekortgeschoten in een op hem rustende informatieplicht als bedoeld in artikel 6:228 lid 1 aanhef en onder b BW.

3.11. Niet is aangevoerd, en nergens blijkt ook uit, dat deze dwaling voor rekening van de curator hoort te blijven. De consequentie van het gegronde beroep op dwaling is, dat WK Holding geen aanspraak op levering van de aandelen kon maken, en dus ook niet het recht heeft om in plaats daarvan schadevergoeding te vorderen.

3.12. De conclusie luidt dat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd. WK Holding zal in de proceskosten worden veroordeeld, aan de zijde van de curator in hoger beroep begroot op: (...; red.)

De beslissing

Het hof bekrachtigt de vonnissen van de kantonrechter van de rechtbank Overijssel in Zwolle van 21 november 2017 en 24 juli 2018 en veroordeelt WK Holding in de kosten van het hoger beroep. Tot aan deze uitspraak worden die kosten (...; red.). Ten aanzien van de proceskostenveroordeling is deze uitspraak uitvoerbaar bij voorraad. Wat verder is gevorderd, wordt afgewezen.

NOOT

1. De uitspraak gaat over de verkoop door de curator van het actief van een failliet verklaarde vennootschap en (i) de vraag welke vermogensbestanddelen voorwerp van de verkoop zijn geweest en (ii) over de vraag of dwaling door de curator ten aanzien van de waarde van de verkochte aandelen voor zijn rekening komt.
2. Ifo is op 10 mei 2011 failliet verklaard. A is bestuurder van WK Holding en was tot 2005 indirect bestuurder van Ifo. Uit een eerder vonnis van de kantonrechter (ECLI:NL:RBOVE:2017:4490) blijkt dat vanaf 2005 de kinderen van A indirect bestuurders zijn geweest van Ifo. Ifo hield 50% van de aandelen in het Zweedse WSWK. De curator heeft "alle goederen" van Ifo verkocht aan WK Holding voor een koopprijs van € 4.000. Ten tijde van de onderhandeling over de koopovereenkomst heeft A aan de curator meegedeeld dat Ifo in 2009 in feite al was ontmanteld en dat als onderdeel daarvan de vestiging in Zweden was geliquideerd waarbij alle activa van WSWK zijn verkocht, althans is bij de curator de indruk ontstaan dat de aandelen waardeloos waren. De levering van de aandelen aan WK Holding heeft niet plaatsgevonden. B, bestuurder en mede-aandeelhouder van WSWK, heeft aan de curator ge-

meld dat hij geïnteresseerd was in de overname van de aandelen in WSWK. De curator heeft de WSWK-aandelen aan B verkocht en geleverd voor een koopprijs van € 25.000.

3. WK Holding vordert in deze procedure schadevergoeding. De curator verweert zich daartegen door enerzijds te betwisten dat de aandelen in WSWK onderdeel waren van de koopovereenkomst en anderzijds een beroep op dwaling.

4. WK Holding is in eerste aanleg bij tussenvonnis veroordeeld bewijs te leveren van het feit dat tijdens de onderhandelingen met de curator de aandelen in WSWK ter sprake zijn gekomen. Dat zou de stelling van WK Holding bewijzen dat de koopovereenkomst daadwerkelijk op alle goederen en het gehele actief van Ifo zag en niet, zoals de curator heeft gesteld, slechts op een gedeelte van het actief en dan met name de handelsnaam. Op WK Holding rust de stelplicht en de bewijslast dat de curator de aandelen in WSWK heeft verkocht aan WK Holding.

5. Ondanks dat de koopovereenkomst expliciet bepaalt dat alle goederen en het volledig actief onderdeel waren van de transactie, heeft de kantonrechter geconcludeerd dat WK Holding niet is geslaagd in het bewijs dat de aandelen onderdeel waren van de verkoop. Ik heb er moeite mee om een dergelijk expliciete bepaling zo beperkt uit te leggen nu die tot stand is gekomen na onderhandelingen tussen professionele partijen, in geval van WK Holding met de assistentie van een advocaat. De problematiek kan volgens mij beter worden opgelost langs de lijn van dwaling, zoals het hof dat wel doet. Wat hier van zij, in hoger beroep concludeert het hof na een korte bespreking van het bewijs ten aanzien van de totstandkoming van de overeenkomst dat de aandelen in WSWK wel degelijk deel uitmaakten van de verkoop. Dat lijkt me de juiste conclusie.

6. Het hof komt daardoor, anders dan de kantonrechter, toe aan het beroep van de curator op dwaling. De curator beroept zich in rechte verwerend op dwaling en een verwerend beroep is niet aan verjaring onderhevig (art. 3:51 lid 3 BW).

7. Doorslaggevend voor het dwalingsverweer van de curator acht het hof dat A heeft nagelaten de curator te vertellen dat Ifo sinds 2009 in verband met de liquidatie van WSWK een vordering meende te hebben op B. Het hof constateert dat WK Holding kennelijk de waarde van die liquidatie-uitkering gelijk schat aan de € 25.000 die B aan de curator heeft betaald voor de aandelen.

Uit het arrest blijkt niet expliciet dat B deze koopprijs heeft bedoeld als alternatief voor de liquidatie-uitkering, maar het is voorstelbaar dat B in ieder geval niet meer voor de aandelen in WSKW over zou hebben dan de verwachte liquidatie-uitkering op de aandelen.

8. Het hof rondt af met de conclusie dat, omdat A al enkele jaren op betaling van een uitkering op de aandelen wachtte, maar dat niet aan de curator heeft verteld, WK Holding tekort is geschoten in een op haar rustende informatieplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b BW. Als gevolg daarvan kan WK Holding geen aanspraak maken op levering van de aandelen en dus ook niet op vervangende schadevergoeding.

9. Het is jammer dat het hof haar arrest niet uitgebreider motiveert omdat de huidige casus ziet op het vrij zeldzame geval van dwaling door een verkoper die handelde in hoedanigheid van curator. Als men langer stilstaat bij de figuur van verkopersdwaling, ontkomt men niet aan het klassieke arrest *De Kantharos van Stevensweert* (HR 19 juni 1959, *NJ* 1960/59). Daarin oordeelde de Hoge Raad dat vernietiging van een verkoop op grond van dwaling over het algemeen niet door de verkoper gevorderd kan worden op de enkele grond dat de verkochte zaak een eigenschap blijkt te bezitten waar de verkoper niet van wist. De verkoper geeft door te verkopen namelijk naar verkeersopvattingen de kans prijs dat de zaak achteraf eigenschappen blijkt te bezitten die hij op het moment van de verkoop niet kon vermoeden. Dit is alleen anders als vernietiging van de overeenkomst door bijzondere nevenomstandigheden wordt gerechtvaardigd, zoals bijvoorbeeld het bestaan van een mededelingsplicht van de koper.

10. In het huidige geval is inderdaad sprake van bijzondere nevenomstandigheden. Ten eerste is de bestuurder van de gefailleerde vennootschap op grond van art. 105 jo 106 Fw verplicht, gevraagd en ongevraagd, inlichtingen te verschaffen aan onder andere de curator (HR 15 februari 2002, «JOR» 2002/91 (*Van der Werf*)). De curator is voor de informatievergaring omtrent de staat van de boedel weliswaar mede afhankelijk van A, althans zijn kinderen, in hoedanigheid van (voormalig indirect) bestuurder van Ifo, maar zoals ik al eerder heb betoogd, rust op de verkopende curator een zekere onderzoeksplicht (J.M. van den Berg, 'De verkopende (beoogd) curator en zijn mededelingsplicht', *FIP* 2016/168). Ik zou me-

nen dat enig onderzoek naar de waarde van de aandelen in WSWK binnen de reikwijdte van die onderzoeksplicht valt. In dit geval zou dat onderzoek in ieder geval moeten bestaan uit het bevragen van de statutair bestuurder van lfo. In ieder geval heeft een gesprek met A plaatsgevonden, maar daarbij is de curator niet juist of niet volledig geïnformeerd.

11. Bovendien rust op de statutair bestuurder van de gefailleerde vennootschap een bijzondere zorgplicht die in dit geval zou hebben ingehouden dat de bestuurder de curator op zijn minst had moeten informeren over de verwachte liquidatie-uitkering. Zie over de bijzondere zorgplicht ook HR 11 februari 2011, «JOR» 2011/114, m.nt. Van Andel (*Ontvanger/Wesselman*), waarin een statutair bestuurder van een failliete vennootschap een partij tegels overnam van de curator voor € 250.000 om de tegels direct door te verkopen aan een derde voor € 800.000. In dat geval werd aangenomen dat dergelijk handelen van de bestuurder zelfs onrechtmatigheid kan opleveren. In de huidige casus ontbreekt het sterke speculatieve karakter en kon WK Holding de aandelen niet direct doorverkopen tegen een veel hogere prijs, dus de vergelijking gaat wat dat betreft mank, maar de bijzondere zorgplicht van de bestuurder ten opzichte van de curator en de schuldeisers in het faillissement is wel van toepassing. Hoewel A in de jaren voorafgaand aan het faillissement van lfo niet zelf bestuurder was, maar zijn kinderen het (indirect) bestuur van lfo vormden, vormt A's betrokkenheid bij lfo een belangrijke omstandigheid die in de context van deze zaak zou moeten worden meegewogen.

mr. J.M. van den Berg
advocaat HVG Law

71

Faillissement voormalig (indirect) bestuurder van vastgoedfonds staat niet in de weg aan gijzeling

Gerechtshof Amsterdam
28 oktober 2020, zaaknr. 200.284.288/01,
ECLI:NL:GHAMS:2020:2928
(mr. Melissen, mr. Lewin, mr. Klomp)
Noot mr. W.J.B. van Nielen

Voormalig (indirect) bestuurder van vastgoedfonds veroordeeld tot informatieverschaffing op straffe van gijzeling ex art. 585 Rv. Bestuurder wordt daarna persoonlijk failliet verklaard. Uitsluiting van lijfswang ex art. 33 Fw maakt gijzeling ten aanzien van verplichtingen die de boedel niet raken, niet onmogelijk. Gijzeling staat niet in de weg aan de mogelijkheid dat de curator van de bestuurder hem in gijzeling laat nemen ex art. 87 Fw. Verwijzing naar HR 13 oktober 1989, NJ 1989/987 (Hutter/De Groot).

[Fw art. 33, 87; Rv art. 585]

Het beroep van appellant op art. 33 Fw faalt. Appellant is uit hoofde van zijn functie als voormalig (indirect) bestuurder van EREF III veroordeeld tot het verschaffen van informatie over financiële gegevens over EREF III. In HR 13 oktober 1989, NJ 1989/987 (Hutter/De Groot) staat het volgende: "Het doel van het faillissement is het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te vereffenen. De werking van het faillissement is dan ook beperkt tot het vermogen van de schuldenaar, zoals blijkt uit de vermelde wettelijke bepalingen en de uitwerking daarvan in de overige bepalingen van de Faillissementswet. Het in art. 33 lid 1 omtrent lijfswang bepaalde moet in overeenstemming met die beperkte werking van het faillissement worden uitgelegd. Het vindt zijn verklaring in de omstandigheid dat de schuldenaar de ten laste van zijn in het faillissement vallend vermogen komende verplichtingen niet meer kan voldoen, zodat dwang tegen zijn persoon in zoverre geen zin heeft. (...). De wetsgeschiedenis bevat geen aanknopingspunt