

grond waarvan de rechtbank het NBI berekent op € 1716,= per maand. Deze berekening en conclusie is het eerste opmerkelijke punt in deze uitspraak. Immers, daar waar de rechtbank het NBI (en daarmee de behoefte van de jongste kinderen) hier berekent op € 1716,= (uitgaande van het huidige inkomen van de man), berekent de rechtbank het NBI van de man in het kader van zijn draagkracht op € 2114,= per maand. De rechtbank overweegt namelijk in het kader van de draagkracht van de man dat hij nog steeds zou moeten kunnen interen op de door hem in 2006 ontvangen ontbindingsvergoeding:

“De rechtbank is derhalve van oordeel dat de man ten minste gedurende (€ 26.786,14 : € 323,=) bijna 83 maanden, derhalve bijna 7 jaar, in staat moet worden geacht zijn huidige inkomen aan te vullen tot het niveau van de jaargave 2006. De rechtbank gaat er daarom vanuit dat de man tot ongeveer eind 2015 een inkomen zal hebben van € 35.634,= bruto per jaar”.

Mijns inziens rechtvaardigt het vorenstaande de vraag waarom de rechtbank niet bij de berekening van de behoefte van de jongste kinderen eveneens is uitgegaan van het aangevulde inkomen.

Na de berekening van het NBI van het huidige gezin van de man, wordt het netto besteedbaar inkomen gecorrigeerd met de bijdrage die de man betaalt aan kinderalimentatie omdat dit bedrag niet ten goede komt aan de welstand van zijn huidige gezin. Vervolgens concludeert de rechtbank dat de behoefte van kind 1 en 2 (€ 325,08 per kind per maand in 2013) aantoonbaar afwijkt van de behoefte van kind 3 en 4 (€ 259,55 per kind per maand in 2013). Aldus overweegt de rechtbank dat de draagkracht van de man naar rato van de behoefte van de kinderen verdeeld zal moeten worden.

Bij de berekening van de draagkracht van de man valt op dat de rechtbank de door de man in 2006 ontvangen ontbindingsvergoeding meeneemt in de vaststelling van zijn inkomen. Zoals hiervoor is weergegeven, gaat de rechtbank ervan uit dat de man zijn inkomen tot eind 2015 aan kan vullen.

Vervolgens wordt de draagkracht van de man in 2013 en 2014 berekend; voor de bedragen wordt verwezen naar de beschikking. Alvorens te bepalen op welke wijze de draagkracht van de man over de vier kinderen dient te worden verdeeld, berekent de rechtbank eerst in welke verhouding de man ten opzichte van zijn huidige echtgenote dient bij te dragen in de kosten van de jongste kinderen. Deze overweging van de rechtbank roept de vraag op waarom eerst deze verhouding ten opzichte van de jongste kinderen berekend dient te worden. Wat maakt dat het berekenen van het aandeel van de man in deze kosten vóór gaat ten opzichte van het berekenen van het aandeel van de man in de kosten van de oudere kinderen? Voorts wordt uit de berekening van de rechtbank maar weer eens duidelijk dat de bijdrage van de man in de kosten van kind 1 en 2 niet alleen afhankelijk is van zijn keuze om een nieuw gezin te stichten, maar ook afhankelijk is van het inkomen van zijn nieuwe echtgenote.

De rechtbank berekent vervolgens de draagkracht van de man en verdeelt deze naar rato over de kinderen. Vervolgens berekent de rechtbank in welke verhouding het eigen aandeel in de kosten van de kinderen tussen partijen moet worden verdeeld. Hiervoor wordt verwezen naar de beschikking. Bij de berekening van de bijdrage van de man in de kosten van de kinderen valt voorts op dat de rechtbank in het geheel geen overweging heeft gewijd aan de zorgkorting. Komt de man hiervoor niet in aanmerking of is de rechtbank deze vergeten?

T.C.P. Christoph
Zon Familierecht Groep

Ondernemingsrecht

85

Hof Den Haag
11 februari 2014, nr. 200.139.266/01
ECLI:NL:GHDHA:2014:345
(mr. Van Coevorden, mr. Voorwinden, mr. Van Baal)
Noot R.A. Wolf

Vernietiging faillissement. Bestuurdersaansprakelijkheid.

Vernietiging faillissement omdat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de curator.

[BW art. 2:248 lid 1, 2:403]

Het hof is van oordeel dat in deze procedure niet summierlijk kan worden vastgesteld dat Tellus op één of meer van de gestelde gronden een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid op Fenna heeft. Zo al juist is dat het vermoeden van art. 2:248 lid 1 BW van toepassing is – dit is in geschil nu door Fenna wordt gesteld dat de vrijstelling van art. 2:403 BW van toepassing is – dan kan dit vermoeden mogelijk worden weerlegd. In dat kader is van belang dat door Fenna ter zitting onweersproken is gesteld dat het jaar 2011 voor Tellus een positief resultaat heeft laten zien, terwijl in het verslag van de curator van Fenna is te lezen dat de directie van Tellus een “onbesuisde groei van kosten, met name de kosten van het personeel” als oorzaak van het verlies (van circa € 3 mln.) over 2012 zag, en dat problemen met Google – die de overeenkomst beëindigde nadat de betalingsachterstand was opgelopen tot € 2,3 mln. – hebben geleid tot een terugval naar 10% van de oorspronkelijke maandomzet in 2013. Daar komt bij dat Fenna – naast de toepasselijkheid van het vermoeden van art. 2:248 lid 1 BW – ook de gestelde paulianeuze transacties en de onrechtmatige doorstart inhoudelijk en (uitgebreid) gemotiveerd heeft bestreden, terwijl niet op voorhand kan worden gezegd wie het gelijk in deze aan zijn zijde heeft. Daarbij wordt voorts overwogen dat de vraag kan worden gesteld of de betrokkenheid van [bestuurder] bij bedoelde transacties en doorstart in CTD, indien paulianeus en/of onrechtmatig, tot aansprakelijkheid van Fenna moet leiden. Zonder nader feitenonderzoek en eventuele bewijslevering, waarvoor binnen deze faillissementsprocedure geen ruimte is, laat zich niet vaststellen – ook niet in de zin van een summierlijk blijken – dat de door de curator van Tellus gestelde vorderingen bestaan. Een en ander dient naar het oordeel van het hof in een bodemprocedure, waarin is voorzien in de nodige waarborgen met de mogelijkheid van bewijslevering, te worden onderzocht en beoordeeld.

Fenna Holding BV, gevestigd te Rotterdam, appellante,
hierna te noemen: Fenna,
advocaat: mr. M.M. Tuijtel te Rotterdam,
tegen

Mr. J.G. Princen q.q., in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Tellus BV, kantoorhoudende te Rotterdam, geïntimeerde,
hierna te noemen: de curator van Tellus,
advocaat: mr. A.J.M. Roos te Rotterdam.

Hof:*Het geding*

Bij vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 19 december 2013 is Fenna op verzoek van de curator van Tellus in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. R. Kruidijk tot rechter-commissaris en met aanstelling van mr. M. Windt, advocaat te Rotterdam, als curator. Bij verzoekschrift, ingekomen ter griffie van het hof op 23 december 2013, is Fenna van dit vonnis in hoger beroep gekomen en heeft zij het hof verzocht dit vonnis te vernietigen.

Bij faxberichten van 31 januari en 4 februari 2014 heeft Fenna nadere producties overgelegd. Bij brief van 20 januari 2014 heeft de curator van Tellus een verzoekschrift (aangeduid als 'memorie van antwoord') met producties ingediend. De curator van Fenna heeft bij faxbericht van 3 februari 2014 verslag uitgebracht aan het hof.

De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 4 februari 2014. Verschenen zijn:

– namens Fenna de heer [bestuurder], bijgestaan door mrs. M.M. Tuijtel en W. Buikstra;

– namens de curator van Tellus mrs. A.J.M. Roos en V. Terlouw;

– de curator van Fenna, mr. M. Windt.

De advocaten van partijen hebben zich bediend van aan het hof overgelegde pleitnota's.

Beoordeling van het hoger beroep

1. In het bestreden vonnis heeft de rechtbank het volgende overwogen.

De curator van Tellus heeft gesteld dat de jaarrekening van Tellus eerst op 15 maart 2013 en daarmee – gezien het bepaalde in artikel 2:394 BW – te laat is gedeponereerd. Fenna kan geacht worden ontslagen te zijn van haar publicatieplicht indien voldaan is aan de voorwaarden van artikel 2:403 en dan met name sub f BW, te weten dat Tellus Holding BV schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van Tellus voortvloeiende schulden. Deze verklaring is eerst op 31 augustus 2012 gedeponereerd. In deze 403-verklaring is geen ingangsdatum vermeld, zodat de dag waarop de aansprakelijkstelling bij het handelsregister wordt neergelegd de ingangsdatum van de aansprakelijkstelling zal zijn. Daarmee staat voor de rechtbank vast dat de jaarrekening van Tellus te laat is gedeponereerd. Ingevolge artikel 2:248 lid 2 BW wordt vermoed dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, indien niet is voldaan aan de verplichten van artikel 2: 394 BW en dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Iedere bestuurder is ingevolge artikel 2:248 lid 1 BW jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort in het faillissement, indien het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Gelet daarop wordt Fenna door de curator van Tellus terecht aansprakelijk gehouden voor het tekort in het faillissement. Dat tekort wordt begroot op € 3,68 mln. Daaraan doet volgens de rechtbank niet af dat deze vordering in rechte nog niet vaststaat. Nu het vorderingsrecht van de curator van Tellus summierlijk vaststaat, behoeven de andere gestelde vorderingen ter zake paulianeuze handelingen, onrechtmatige doorstart en 'oppompen' van cijfers geen bespreking.

Voorts heeft de rechtbank overwogen dat aan het pluraliteitsvereiste is voldaan, omdat Fenna ook schulden heeft aan een of meer andere schuldeisers. Zo staan de schulden aan de Belastingdienst en de verhuurder van het bedrijfspand genoegzaam vast en is niet aannemelijk geworden dat deze al wel betaald zouden zijn. De betwisting door Fenna van de schuld aan de verhuurder van ruim € 208.000,- is door de rechtbank verwor-

pen. Een andere gestelde steunvordering kan onbesproken blijven. De rechtbank heeft vervolgens geconcludeerd dat Fenna verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen en heeft het faillissement van Fenna uitgesproken.

2. De grieven van Fenna strekken ertoe de zaak in volle omvang aan het hof voor te leggen.

3. Uit de reactie van de curator van Fenna blijkt dat hij geneigd is aan te nemen dat Fenna op dit moment in de faillissements-toestand verkeert vanwege de combinatie van het ontbreken van iedere vorm van liquiditeit, kortlopende schulden, substantiële claims en aansprakelijkstellingen en de ontbrekende dekking voor de gemaakte faillissementskosten.

4. Ter zitting van het hof hebben partijen en de curator hun standpunten toegelicht.

5. Op basis van de aan het hof overgelegde stukken en het verhandelde ter zitting overweegt het hof als volgt.

6.1. Fenna was tot 28 november 2013 zelfstandig bevoegd bestuurder van Tellus. Enig aandeelhouder en bestuurder van Fenna is de heer [bestuurder] (hierna: [bestuurder]). Volgens de curator van Tellus heeft Tellus een vordering op Fenna op grond van bestuurdersaansprakelijkheid.

De curator van Tellus stelt dat de jaarrekening van Tellus over het jaar 2011 niet, althans te laat is gedeponereerd, zodat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur van Fenna, waarbij het aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Tellus. In dat kader is een beroep gedaan op artikel 2:248 lid 1 BW. Voorts wijst de curator van Tellus op een drietal transacties die Tellus door toedoen van [bestuurder] is aangegaan met zustervenootschappen. Het betreft onverplichte rechtshandelingen die hebben geleid tot benadeling van de schuldeisers van Tellus. Op grond van artikel 43 lid 1 sub 6 Fw wordt de wetenschap van benadeling bij Tellus en de zustervenootschappen bekend verondersteld. Deze rechtshandelingen zijn paulianeus. Ook zijn de activiteiten van Tellus door toedoen van [bestuurder] doorgestart in een andere vennootschap, CTD. Voor deze doorstart was een vergoeding aan Tellus verschuldigd, maar er is niets aan Tellus ter zake betaald. Dat is onrechtmatig. Daarnaast is gebleken dat – eveneens door toedoen van [bestuurder] – de omzet en de debiteurenpost van Tellus door kunstgrepen veel te hoog zijn gewaardeerd (de cijfers zijn 'opgepompt'), aldus nog steeds de curator van Tellus.

6.2. Het hof is van oordeel dat in deze procedure niet summierlijk kan worden vastgesteld dat Tellus op één of meer van de gestelde gronden een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid op Fenna heeft. Zo al juist dat het vermoeden van artikel 2:248 lid 1 BW van toepassing is – dit is in geschil nu door Fenna wordt gesteld dat de vrijstelling van artikel 2:403 BW van toepassing is – dan kan dit vermoeden mogelijk worden weerlegd. In dat kader is van belang dat door Fenna ter zitting onweersproken is gesteld dat het jaar 2011 voor Tellus een positief resultaat heeft laten zien, terwijl in het verslag van de curator van Fenna is te lezen dat de directie van Tellus een "onbesuisde groei van kosten, met name de kosten van het personeel" als oorzaak van het verlies (van circa € 3 mln.) over 2012 zag, en dat problemen met Google – die de overeenkomst beëindigde nadat de betalingsachterstand was opgelopen tot € 2,3 mln. – hebben geleid tot een terugval naar 10% van de oorspronkelijke maandomzet in 2013. Daar komt bij dat Fenna – naast de toepasselijkheid van het vermoeden van artikel 2:248 lid 1 BW – ook de gestelde paulianeuze transacties en de onrechtmatige doorstart inhoudelijk en (uitgebreid) gemotiveerd heeft bestreden, terwijl niet op voorhand kan worden gezegd wie het gelijk in deze aan zijn zijde heeft. Daarbij wordt voorts overwogen dat de vraag kan worden gesteld of de betrokkenheid van [bestuurder] bij bedoelde transacties en doorstart in

CTD, indien paulianus en/of onrechtmatig, tot aansprakelijkheid van Fenna moet leiden. Zonder nader feitenonderzoek en eventuele bewijslevering, waarvoor binnen deze faillissementsprocedure geen ruimte is, laat zich niet vaststellen – ook niet in de zin van een summierlijk blijken – dat de door de curator van Tellus gestelde vorderingen bestaan. Een en ander dient naar het oordeel van het hof in een bodemprocedure, waarin is voorzien in de nodige waarborgen met de mogelijkheid van bewijslevering, te worden onderzocht en beoordeeld.

7. Reeds omdat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de curator van Tellus kan het bestreden vonnis niet in stand blijven en zal het worden vernietigd. De curator van Tellus zal in de faillissementskosten worden veroordeeld. Om de omvang daarvan vast te stellen dient de curator van Fenna het hof binnen één week na datum van dit arrest een specificatie te verstrekken van de faillissementskosten overeenkomstig het daarvoor op www.rechtspraak.nl beschikbare model (excel-bestand). De beslissing over de faillissementskosten zal in verband hiermee worden aangehouden.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 19 december 2013,
- wijst het verzoek tot faillietverklaring ten aanzien van Fenna af,
- houdt de beslissing over de vaststelling van de faillissementskosten aan,
- bepaalt dat de griffier van dit hof onverwijld kennis geeft van deze uitspraak aan de griffier van de Rechtbank Rotterdam.

NOOT

1. In dit arrest gaat het om de vernietiging van een faillissement, omdat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de schuldeiser die het faillissement heeft aangevraagd (art. 6 lid 3 Fw). Tellus BV ('Tellus') is in staat van faillissement verklaard. Enig bestuurder van Tellus is Fenna Holding BV ('Fenna'). De heer X is enig bestuurder en aandeelhouder van Fenna. Volgens de curator van Tellus heeft Tellus een vordering op Fenna op grond van (i) bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:248 lid 1 BW, (ii) paulianus handelen, omdat Tellus onverplicht drie transacties is aangegaan met zustervenootschappen, welke transacties tot benadeling van de schuldeisers van Tellus hebben geleid (art. 42 j° 43 lid 1 sub 6 Fw), (iii) een onrechtmatige doorstart van de activiteiten van Tellus in een andere vennootschap. Voor deze doorstart is een vergoeding aan Tellus verschuldigd, die onbetaald is gelaten, en (iv) een onjuiste en onrechtmatige voorstelling van zaken, bestaande uit het 'oppompen' van de omzet en de debiteurenpost van Tellus door middel van kunstgrepen. De heer X heeft telkens een en ander bewerkstelligd of was daarbij betrokken, aldus de curator.

2. De rechtbank heeft het faillissement reeds vanwege de vordering wegens bestuurdersaansprakelijkheid uitgesproken. Zij overwoog dat deze vordering van Tellus summierlijk vaststaat. Daaraan doet niet af dat die vordering niet in rechte vaststaat. De overige vorderingen behoeven volgens de rechtbank daarmee geen bespreking. Zij overwoog tevens dat sprake is van pluraliteit van schuldeiser, bestaande uit een vordering van de fiscus en van de verhuurder van het bedrijfspand. Tot slot concludeerde de rechtbank dat Fenna in een toestand van opgehouden te betalen verkeerde.

3. Fenna stelt tijdig hoger beroep in. Het hof komt tot een andere conclusie dan de rechtbank en vernietigt het faillissement. Er kan niet summierlijk worden vastgesteld dat Tellus op één of meer

van de gestelde gronden een vordering op Fenna heeft. Volgens het hof is nader feitenonderzoek en eventuele bewijslevering nodig. Daarvoor is binnen deze faillissementsprocedure geen ruimte. Daarom laat zich niet vaststellen – ook niet in de zin van een summierlijk blijken – dat de door de curator van Tellus gestelde vorderingen bestaan. Een en ander dient naar het oordeel van het hof in een bodemprocedure, waarin is voorzien in de nodige waarborgen met de mogelijkheid van bewijslevering, te worden onderzocht en beoordeeld. Het wettelijke vermoeden van art. 2:248 lid 1 en 2 BW kan mogelijk worden weerlegd. Ook de gestelde paulianeuze transacties en de onrechtmatige doorstart heeft Fenna inhoudelijk en (uitgebreid) gemotiveerd bestreden, terwijl niet op voorhand kan worden gezegd wie het gelijk in deze aan zijn zijde heeft, aldus het hof. Tot slot overweegt het hof dat de vraag kan worden gesteld of de betrokkenheid van de heer X bij de transacties en de doorstart, voor zover die paulianus en/of onrechtmatig zouden zijn, tot aansprakelijkheid van Fenna leidt.

4. De regel van art. 6 lid 3 Fw dat ook, naast dat sprake moet zijn van een toestand dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen, van de vordering van de schuldeiser summierlijk moet zijn gebleken, houdt in dat naar het bestaan van die vordering enig onderzoek moet worden gedaan en niet in het midden gelaten kan worden (HR 22 augustus 1997, *NJ* 1997/664, r.o. 3.3 en HR 7 maart 2014, *NJ* 2014/155, r.o. 3.4.1). Algemeen wordt aangenomen dat met "summierlijk" wordt bedoeld dat de regels van civiel bewijsrecht niet gelden en dat de vordering na een kort, eenvoudig onderzoek moet blijken. (M.A.L.M. Willems, *Tekst & Commentaar Insolventierecht*, art. 6 Fw, aant. 4, Deventer: Kluwer en R.J. van Galen, *Groene Serie Faillissementswet*, art. 6 Fw, aant. 6, Deventer: Kluwer. Kritisch over deze 'summierlijkheid': R.J. van Galen, 'Enkele procedurele opmerkingen over het faillissement', *WPNR* 2001/6463, p. 905-906). Aan het weerwer van de schuldenaar tegen het vorderingsrecht worden dezelfde eisen gesteld (MvT, *Van der Feltz I*, p. 270). Niet vereist is dat het vorderingsrecht opeisbaar is of haar omvang vaststaat (HR 7 december 1990, *NJ* 1991/216). Zie over voorgaande verder met verwijzingen naar literatuur en rechtspraak A-G Spier in sub 2.2.1-2.5 van zijn conclusie bij Hoge Raad 26 augustus 2013, *NJ* 2003/693 en, zeer recent, A-G Van Peurse in sub 2.7-2.10 van zijn conclusie bij HR 7 maart 2014, *NJ* 2014/155.

5. De motivering van het hof in r.o. 6.2 ligt in lijn met de hiervoor aangehaalde literatuur en jurisprudentie. In die motivering is de toevoeging van het hof "ook niet in de zin van een summierlijk blijken" ten aanzien van de overweging dat "zonder nader feitenonderzoek en eventuele bewijslevering, waarvoor binnen deze faillissementsprocedure geen ruimte is, laat zich niet vaststellen – ook niet in de zin van een summierlijk blijken – dat de door de curator van Tellus gestelde vorderingen bestaan" essentieel. Uit het voorgaande volgt immers dat de regels van civiel bewijsrecht niet gelden. Die toevoeging houdt (dus) verband met de eis dat de vordering na een kort, eenvoudig onderzoek moet blijken.

6. Het arrest laat de hoge mate van vrijheid van de beoordeling door de rechter of sprake is van summierlijk vaststaan van het vorderingsrecht van de schuldeiser zien. Het hof oordeelde daarvoor anders dan de rechtbank. Dat feitelijke oordeel kan niet in cassatie worden getoetst (HR 26 augustus 2013, *NJ* 2003/693, r.o. 3.2).

R.A. Wolf
TeekensKarstens advocaten notarissen
Universiteit Leiden
Universiteit Maastricht (ICGI)