

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 12, 2019

Nummer 12, 2019

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. H.J. de Kloe, mr. E. Ayerdem, mr. R.J.H. Berghuis, mr. J.O. Bijloo, mr. S.J. van den Boogert, mr. H. Boven, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. C.M.A. Knoben, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.IJ. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:1580](#) 11-10-2019

Lips/Stadig q.q. en Schreurs q.q.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:1494](#) 04-10-2019

Radioloog/Curatoren Ruwaard van Putten

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:1489](#) 04-10-2019

Pluvezo/X

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:2487](#) 01-10-2019

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:7733](#) 24-09-2019

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:7801](#) 24-09-2019

Mobile Services B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2019:10476](#) 09-10-2019

GB Vastgoed/Lisman q.q.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:7743](#) 25-09-2019

Metaag/X

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2019:9579](#) 11-09-2019

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2019:3558](#) 31-07-2019

Rabobank/X

Antillen

[Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, ECLI:NL:OGEAC:2019:217](#) 04-10-2019

[Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba, ECLI:NL:OGHACMB:2019:170](#) 03-09-2019

DB AG Dublin ACF Aggregator Solutions/IIG Trade Opportunities Fund

Uitspraken zonder ECLI

- onbekend -

X en De Vijf Muskietiers/Schreurs q.q. en Stadig q.q.

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Pluvezo/X

De vraag die voorligt, is of een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering is verjaard. De Hoge Raad casseert, onder meer omdat het hof ten onrechte niet is ingegaan op de stelling van eiser dat een (vermeende stuitings)brief uit september 2008 gelezen moet worden in het licht van een eerdere e-mail die evident betrekking had op een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering.

Verweerder 1 in cassatie is een holdingvennootschap ('de holding') waarvan de andere verweerder in cassatie enig bestuurder was ('verweerder'). In 1995 heeft de holding alle aandelen in Pluvezo B.V. overgenomen van een van de zonen van verweerder. De holding werd daarnaast enig bestuurder van Pluvezo. Pluvezo was een lege vennootschap en werd overgenomen als vehikel om alle aandelen over te nemen in een vennootschap waarin een pluimveebedrijf werd gedreven. In 1997 zijn alle aandelen in Pluvezo verkocht en geleverd aan Florama N.V., een vennootschap naar Belgisch recht.

In 2003 heeft Pluvezo een lening van een miljoen euro verstrekt aan vennootschap B, een vennootschap waarvan alle aandelen (indirect) worden gehouden door twee zoons van verweerder. Begin 2004 is de holding ontslagen als bestuurder van Pluvezo. Sindsdien was Florama enig bestuurder van Pluvezo. In 2006 heeft vennootschap B € 500.000 afgelost op de door Pluvezo verstrekte lening. In 2007 is vennootschap B failliet verklaard. In het faillissement zijn geen uitkeringen gedaan aan Pluvezo.

In april en september 2008 heeft de indirect bestuurder van Pluvezo verweerder bij e-mail en brief verzocht hem en Pluvezo schadeloos te stellen voor de ongesecureerde lening die verweerder zonder toestemming van de aandeelhouders heeft verstrekt aan vennootschap B. In september 2013 heeft Pluvezo de holding aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:9 BW voor de schade die is geleden doordat een deel van de lening niet is terugbetaald. Verweerder werd aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:11 BW. De rechtbank en het hof hebben de vorderingen van Pluvezo afgewezen, omdat de vorderingen zouden zijn verjaard. Naar het

oordeel van de rechtbank en het hof kan de brief uit september 2008 niet gekwalificeerd worden als stuitingshandeling.

De Hoge Raad casseert, omdat de e-mail uit april 2008 evident betrekking had op een vordering wegens onbehoorlijk bestuurder. Het hof had in moeten gaan op de stelling van Pluvezo dat de brief uit september 2008, waarin verweerder verzocht werd aan zijn verplichtingen te voldoen, gelezen moet worden in het licht van de e-mail uit april 2008. In cassatie wordt ook opgekomen tegen het oordeel van het hof dat de holding niet hoefde te begrijpen dat Pluvezo een vordering op haar meende te hebben wegens onbehoorlijk bestuur, omdat de correspondentie slechts aan verweerder was gericht en niet aan de holding. Ook deze klacht slaagt. Naar het oordeel van de Hoge Raad is het hof ten onrechte niet ingegaan op de stelling van Pluvezo dat de e-mail uit april 2008 voor zowel de holding als verweester was bedoeld en dat zij dit ook zo hebben begrepen. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch en verwijst het geding naar het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

H.J. de Kloe, oktober 2019

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 04-10-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:1489

Zaaknummer: 18/02341

Rechters: A.M.J. van Buchem-Spapens, G. Snijders, M.J. Kroeze en C.E. du Perron

Advocaten: R.P.J.L. Tjittes, J.W. de Jong en M.A.J.G. Janssen

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:11 BW en 3:317 BW

RECHTSPRAAK

Mobile Services B.V.

Vordering van curator van de gefailleerde vennootschap tegen haar voormalige bestuurders tot betaling van het bedoeltekort wegens gebrekkige boekhouding. Anders dan de rechtbank wijst het hof de vordering toe.

Mobile Services B.V. ('Mobile Services'), een bedrijf dat gespecialiseerd was in het leggen van snelle internetverbindingen, is in 2005 opgericht door vier partijen. Zij waren alle vier (indirect) bestuurder van Mobile Services. Informeel (dus niet statutair) hadden zij een onderlinge taakverdeling gemaakt. Een van hen ('de Voorzitter') had de dagelijkse leiding, en ontving daarvoor ook een hoge managementvergoeding.

Omstreeks 2010 gaat het financieel slecht met Mobile Services en krijgen de vier aandeelhouders/bestuurders onderling onenigheid over het te voeren bestuursbeleid. Medio 2010 roept de Voorzitter het personeel bij elkaar om hen mee te delen dat de onderneming financieel in zwaar weer verkeert. Dit vormt een van de aanleidingen voor de overige aandeelhouders/bestuurders om als aandeelhouders te besluiten de Voorzitter als bestuurder te schorsen (en vermoedelijk later te ontslaan). Vanaf de schorsing wordt de administratie van Mobile Services overgenomen door een derde partij. Een jaar later gaat Mobile Services failliet.

De curator stelt onder andere dat de boekhouding van Mobile Services niet voldoet aan de eisen van artikel 2:10 BW, en dat de overgebleven bestuurders (dus met uitzondering van de Voorzitter) op grond van artikel 2:248 lid 2 jo. lid 1 BW aansprakelijk zijn voor het boedeltekort. In eerste aanleg vangt de curator bot. Weliswaar is de rechtbank van oordeel dat de boekhouding niet aan de eisen van artikel 2:10 BW voldoet, maar zij is tevens van oordeel dat de bestuurders voldoende hebben weerlegd dat die schending in belangrijke mate heeft bijgedragen aan het faillissement.

Het hof gaat gestructureerd te werk. Allereerst bekijkt het of artikel 2:10 BW inderdaad geschonden is. De overgebleven bestuurders betwisten dit, maar het hof merkt op dat de gebrekkige boekhouding in de conclusie van antwoord van de overgebleven bestuurders

eigenlijk met zoveel woorden wordt erkend. Zo staat in hun CvA dat de boekhouding lacunes bevatte, een vertekend beeld van de onderneming gaf en een grote chaos was. Het hof stelt hierom schending van artikel 2:10 BW, en daarmee een onbehoorlijke taakvervulling, vast.

Vervolgens gaat het hof in op de vraag of de overgebleven bestuurders het vermoeden uit artikel 2:248 lid 2 BW kunnen ontzenuwen. Zij hebben aangevoerd dat de Voorzitter vlak voor zijn vertrek het gehele werkkapitaal van de onderneming naar zichzelf heeft overgemaakt. Het hof merkt echter op dat alle partijen, met zijn vieren, op dat moment bestuurder waren. Indien één bestuurder iets doet dat het faillissement veroorzaakt, dan is dit de verantwoordelijkheid van het gehele bestuur als collectief. Om diezelfde reden slaagt een beroep op de disculpatieregel van artikel 2:248 lid 3 BW ook niet. Ook al was de Voorzitter feitelijk verantwoordelijk voor de slechte boekhouding van Mobile Services, alle partijen waren op dat moment bestuurder en dus collectief verantwoordelijk voor de boekhouding. Een informele taakverdeling doet daaraan niets af.

Het hof voegt daaraan toe dat schending van artikel 2:10 BW inhoudt dat de onbehoorlijke taakvervulling over de *gehele linie* vaststaat, en dus niet beperkt is tot het eventuele wegsluizen van werkkapitaal door een medebestuurder. Bovendien hebben de overgebleven bestuurders niet gesteld wat zij hebben gedaan om de gevolgen van dat wegsluizen te verminderen.

Het hof wijst de vordering van de curator toe, het beroep van de overgebleven bestuurders op disculpatie faalt en zij zijn hoofdelijk volledig aansprakelijk voor het boedeltekort. Het hof ziet onvoldoende aanleiding over te gaan tot matiging.

S.L. Haanschoten, oktober 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:7801

Zaaknummer: 200.224.235/01

Rechters: L. Janse, J. Smit en P. Roorda

Advocaten: D.M. Schipper en L.T. Lonis

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

DB AG Dublin ACF Aggregator Solutions/IIG Trade Opportunities Fund

IIG Trade Opportunities Fund N.V. in hoger beroep alsnog failliet verklaard.

Drie in Ierland geregistreerde investeringsfondsen hebben het faillissement aangevraagd van IIG Trade Opportunities Fund N.V. (hierna: IIG TOF). De investeringsfondsen houden aandelen in IIG TOF en hadden in 2007 een beroep gedaan op een statutair recht op terugkoop van hun aandelen door IIG TOF (redemption) tegen een vooraf vastgestelde 'redemption price'. IIG TOF weigert de redemption price te betalen met een beroep op opschorting, omdat zij sedert 2008 in een onveranderde 'state of emergency' zou verkeren. Zij neemt ditzelfde standpunt in tegenover enkele andere aandeelhouders, die door de drie verzoekers als houders van steunvorderingen zijn aangevoerd.

Het hof haalt aan dat IIG TOF zelf te kennen heeft gegeven dat zij bezig is om delen van haar vermogen te liquideren. Mede in het licht daarvan overweegt het hof dat het beroep op de opschorting van de aandelenterugkoopverplichting wegens een sinds 2008 onveranderde 'state of emergency' onvoldoende door IIG TOF is onderbouwd, althans, dat de argumentatie van IIG TOF zoveel vragen oproept dat dit wordt gepasseerd. Het hof concludeert dat voldoende aannemelijk is dat verzoekers (en de houders van de aangevoerde steunvorderingen) met hun aanspraak op de 'redemption price' een opeisbare vordering hebben.

Vervolgens komt het hof toe aan de vraag of IIG TOF verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. Het hof overweegt dat het vermogen van IIG TOF zichtbaar steeds verder terugloopt en dat zij naar eigen zeggen bezig is om vermogen te liquideren, zonder dat daartoe een aandeelhoudersbesluit is genomen. Uit de in het geding gebrachte (jaar)stukken en cijfers blijkt niet dat IIG TOF aan andere schuldeisers dan verzoekers nog wel betaald heeft. De enige betalingen waarvan is gebleken, waren aan gelieerde entiteiten, waarbij door IIG TOF niet is toegelicht op welke verplichtingen die betalingen betrekking hadden. Gezien het voorgaande acht het hof het van belang dat het faillissement wordt uitgesproken, zodat de

aan te stellen curator erop kan toezien dat het resterende vermogen op een juiste wijze wordt verdeeld.

Uit de uitspraak van het hof lijkt tevens te volgen dat IIG TOF nog als verweer heeft aangevoerd dat in Curaçao geen activa (te verwerven) zijn, zodat om die reden het uitspreken van faillissement zinloos zou zijn. Dit is volgens het hof geen reden om van een faillissement af te zien. Het is aan de curator om te onderzoeken tot welk punt het doorzetten van het faillissement zinvol is.

Wenk

De uitspraak van het faillissement van IIG TOF trekt enige media-aandacht, omdat IIG TOF voorkomt in nieuwsberichten over de in moeilijkheden verkerende Girobank. In of omstreeks 2010 is een meerderheidsbelang in Girobank in handen gekomen van IIG TOF. Girobank staat sinds 2013 onder toezicht van de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten. In augustus 2019 berichtte het Antilliaans Dagblad dat Girobank in New York een procedure aanhangig heeft gemaakt tegen de UBO's van de IIG Groep. Girobank beschuldigt hen ervan dat zij het meerderheidsbelang in Girobank zouden hebben misbruikt om in samenwerking met de toenmalige directeuren van Girobank fraude te plegen.

I.F.M. Lakwijk, oktober 2019

Instantie: Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba

Datum uitspraak: 03-09-2019

ECLI: ECLI:NL:OGHACMB:2019:170

Zaaknummer: CUR201900079 en CUR2019H00104

Rechters: F.W.J. Meijer, E.A. Saleh en M.W. Scholte

Advocaten: E.R. de Vries, R.M. Bottse en E. Bokkes

Wetsartikelen: 1 Fw BES

RECHTSPRAAK

Lips/Stadig q.q. en Schreurs q.q.

Artikel 224 Rv (zekerheidsstelling proceskosten) van overeenkomstige toepassing bij verzoek in de zin van artikel 69 Fw.

Deze zaak betreft een van de vele uit het faillissement van Roger Lips, thans woonachtig in de Verenigde Arabische Emiraten (Dubai). De failliet heeft op de voet van artikel 69 Fw enkele verzoeken aan de rechter-commissaris gedaan, welke verzoeken door de rechter-commissaris zijn afgewezen. Het beroep van de verzoeker werd ongegrond verklaard. Inmiddels is de zaak bij de Hoge Raad beland.

De curatoren verzoeken op de voet van artikel 414 Rv jo. 224 Rv verzoeker te veroordelen om zekerheid te stellen voor de proceskosten van het geding in cassatie. Artikel 224 Rv maakt deel uit van de regeling voor de dagvaardingsprocedure (Titel 2 Boek 1 Rv), maar de Hoge Raad overweegt dat de strekking van deze bepaling is 'te voorkomen dat een in het gelijk gestelde gedaagde wordt geconfronteerd met oninbaarheid van een proceskostenveroordeling als gevolg van het ontbreken van de mogelijkheid tot tenuitvoerlegging daarvan in het land waar de eiser zijn woonplaats heeft'. Uit die strekking volgt, aldus nog steeds de Hoge Raad, dat artikel 224 Rv van overeenkomstige toepassing is op andere op geschilbeslechting gerichte procedures dan de dagvaardingsprocedure. Artikel 224 Rv is derhalve van (overeenkomstige) toepassing in een procedure die volgt op een verzoek als bedoeld in artikel 69 Fw. Zie r.o. 3.2.2.

Artikel 224 Rv benoemt enkele situaties waarin geen verplichting tot het stellen van zekerheid bestaat. Geen van die situaties is van toepassing. Er bestaat geen internationale regeling op grond waarvan een proceskostenveroordeling in de Verenigde Arabische Emiraten ten uitvoer zou kunnen worden gelegd (sub a, b). Voorts is niet redelijkerwijs aannemelijk dat verhaal voor een proceskostenveroordeling in Nederland mogelijk zal zijn (sub c). Zie r.o. 3.3.2. Tot slot heeft de verzoeker onvoldoende onderbouwd dat door het verplichten van een zekerheidsstelling zijn effectieve toegang tot de rechter wordt belemmerd (sub d), nu hij geen inzicht heeft gegeven in zijn financiële positie. Zie r.o. 3.3.3.

Onvoldoende weersproken is tot slot de stelling van de curatoren dat verzoeker 'zich in het

algemeen onttrekt aan zijn verplichtingen uit de Faillissementswet'. De Hoge Raad oordeelt dat het verzoek van de curatoren moet worden toegewezen.

O. Oost, oktober 2019

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 11-10-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:1580

Zaaknummer: 18/05373

Rechters: E.J. Numann, mr. drs. F.J.P. Lock, T.H. den Tanja-van Broek, C.E. du Perron en C.H. Sieburgh

Advocaten: J. van Weerden en M.A.J.G. Janssen

Wetsartikelen: 224 Rv en 69 Fw

RECHTSPRAAK

Het gerecht in eerste aanleg van Curaçao spreekt op verzoek van de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten het faillissement uit van een Antiliaanse bank. Gedurende de van toepassing verklaarde noodregeling is komen vast te staan dat sprake is van een zwaar negatief vermogen.

De Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten (hierna: 'CBCS') oefent het prudentieel toezicht van De Nederlandse Bank op kredietinstellingen in Caribisch Nederland uit. CBCS heeft de bankvergunning van de Antilliaanse bank Banco del Orinoco N.V. (hierna: 'BDO') ingetrokken. CBCS heeft vervolgens het gerecht in eerste aanleg van Curaçao gevraagd om een noodregeling in de zin van de Landsverordening houdende regels inzake het toezicht op het bank- en kredietwezen (hierna: 'de LTBK') uit te spreken ten aanzien van BDO, omdat het belang van de gezamenlijke crediteuren van BDO een noodregeling zou vorderen.

Ter staving van haar verzoek bracht CBCS – kort gezegd – naar voren dat BDO haar bedrijfsvoering niet op orde heeft, anti-witwas- en antiterrorismeregelgeving overtreedt, aanwijzingen van CBCS niet opvolgt en CBCS heeft misleid door vervalste documenten te gebruiken om haar financiële positie aan te tonen. Om aan te geven dat de belangen van de schuldeisers van BDO in het geding waren, heeft CBCS er onder andere op gewezen dat een aanzienlijk aantal rekeninghouders procedeerde en/of procedeert tegen BDO om de beschikking te krijgen over de aan hen toekomende gelden. Op 5 september 2019 heeft het gerecht in eerste aanleg het verzoek van CBCS gehonoreerd en de noodregeling op BDO van toepassing verklaard (zie ECLI:NL:OGEAC:2019:179).

Op 27 september 2019 vraagt CBCS het faillissement van BDO aan. Zij is daartoe gehouden op grond van artikel 37 lid 1 LTBK. Dat artikel bepaalt dat CBCS het faillissement van BDO dient aan te vragen wanneer het duidelijk is dat BDO een negatief eigen vermogen heeft en het beoogde doel van de noodregeling niet is bereikt of niet meer kan worden bereikt. Die situatie is aan de orde omdat CBCS na de van toepassing verklaring van de noodregeling (slechts) enkele honderdduizenden guldens vermogen traceerde, terwijl er meer dan 1,5 miljard gulden aan verplichtingen uitstaan. Het gerecht in eerste aanleg spreekt daarom het faillissement van

BDO uit. Dat nog sprake is van een beroep van BDO tegen het intrekken van haar bankvergunning kan daaraan niets veranderen.

Het gerecht in eerste aanleg overweegt overigens niets over de doeleinden van de noodregeling en het al dan niet bereiken daarvan. Aangezien wordt overwogen dat ook de lopende (boedel)verplichtingen niet konden worden voldaan, lijkt ieder doel van de noodregeling onhaalbaar te zijn.

W.T.N. Vlasveld, oktober 2019

Instantie: Gerecht in eerste aanleg van Curaçao

Datum uitspraak: 04-10-2019

ECLI: ECLI:NL:OGEAC:2019:217

Zaaknummer: Cur201903648

Rechters: P.E. de Kort

Advocaten: R.B. van Hees

Wetsartikelen: 28 LTBK, 33 LTBK en 37 LTBK

RECHTSPRAAK

Onrechtmatige daad van een aandeelhouder door het overdragen van zijn aandelen aan een katvanger. De aandeelhouder is aansprakelijk omdat deze zich onvoldoende de gerechtvaardigde belangen van de schuldeisers van de vennootschap heeft aangetrokken.

Appellant is directeur-groootaandeelhouder (de DGA) van een uitzendbureau. Het uitzendbureau valt onder de werkingssfeer van verschillende cao's. Geïntimeerde is een stichting (de Stichting) met als taak het toezien op een correcte naleving van een aantal cao's. Het uitzendbureau heeft deze niet goed nageleefd, waarop de Stichting het uitzendbureau heeft gesommeerd een bedrag van ruim € 30.000 aan achterstallige salarissen te betalen en medewerking te verlenen aan een hercontrole. Echter, voordat hieraan wordt voldaan draagt de DGA zijn aandelen (via zijn vennootschap) voor slechts € 1.000 over aan een nieuwe bestuurder (de Katvanger). Het uitzendbureau annuleert de hercontrole en weigert verdere medewerking te verlenen. De Stichting brengt annuleringskosten in rekening en legt het uitzendbureau een forfaitaire schadevergoeding op. Na de bestuurswissel wordt niets meer van het uitzendbureau vernomen.

In eerste aanleg vordert de Stichting dat de DGA, het uitzendbureau en de Katvanger worden veroordeeld tot betaling van de achterstallige salarissen, de annuleringskosten en de forfaitaire schadevergoeding. Volgens de Stichting is de DGA op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk nu hem als bestuurder een ernstig verwijt treft voor overtreding van de cao-bepalingen. Hij had immers moeten toezien op de naleving daarvan. Daarnaast zou de DGA onrechtmatig jegens de Stichting hebben gehandeld door het overdragen van de bestuurstaken in het zicht van de hercontrole zonder zeker te stellen dat deze doorgang zou vinden. De kantonrechter volgt het betoog van de Stichting en veroordeelt de DGA tot betaling van het door de Stichting gevorderde.

De DGA komt in hoger beroep tegen het vonnis van de kantonrechter.

Het gerechtshof oordeelt – anders dan de kantonrechter – dat het enkel niet-naleven door de vennootschap van de cao, dan wel het niet-zorgdragen voor tijdige salarisbetalingen onvoldoende is voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid.

Het gerechtshof verduidelijkt dat het verkopen van aandelen geen bestuurshandeling is en dat het verwijt aan de DGA buiten het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid valt. Het hof beoordeelt vervolgens naar de gewone regels van onrechtmatige daad of de DGA jegens de Stichting aansprakelijk is. Het hof komt tot de conclusie dat dit het geval is, nu deze zijn aandelen aan de Katvanger heeft overgedragen zonder zich daarbij voldoende de belangen van de Stichting aan te trekken. Daarbij speelt een rol dat de DGA al geruime tijd wist dat de cao's niet correct waren nageleefd en dat de afwijkingen zouden moeten worden gecorrigeerd. Ook is van belang dat de DGA geen onderzoek heeft gedaan naar de koper, terwijl uit een eenvoudig onderzoek op internet al zou blijken dat de koper bekendstond als katvanger in vele faillissementen. De DGA had in het belang van de schuldeisers van het uitzendbureau nader onderzoek moeten doen naar de gegoedheid van de Katvanger. De DGA had – in plaats van de aandelen te verkopen – maatregelen moeten treffen of op zijn minst de Stichting moeten waarschuwen.

Op het betoog van de DGA dat hij niet aansprakelijk is omdat sprake was van betalingsonmacht bij het uitzendbureau, oordeelt het gerechtshof dat vrijwel alle informatie met betrekking tot de financiële positie van het uitzendbureau zich in het domein van de DGA bevindt. Tegen die achtergrond oordeelt het hof dat hetgeen de DGA ter onderbouwing van de betalingsonmacht heeft ingebracht te summier en niet concludent is.

V.G.M. Leferink, oktober 2019

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 01-10-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:2487

Zaaknummer: 200.217.090

Rechters: J.A. van Dorp, M. Flipse en M.J. van Cleef-Metsaars

Advocaten: O. Arslan en J. van der Voet

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Ongerechtvaardige verrijking/onrechtmatige daad door mee te werken aan een paulianeuze handeling.

Een vennootschap leent een som geld aan een man uit hoofde van een geldleningsovereenkomst. De man koopt kort daarop een woning, gefinancierd met een hypothecaire lening. De man laat de woning grondig verbouwen en verkoopt deze twee jaar later aan zijn vrouw voor een veel lager bedrag dan de werkelijke waarde. Vervolgens faillieert de man. De vennootschap stelt dat de man een groot deel van het geleende geld in de verbouwing heeft gestoken en spreekt de vrouw aan op grond van ongerechtvaardigde verrijking. De vennootschap onderbouwt deze vordering met de stelling dat zij zich niet meer kan verhalen op de (overwaarde van de) woning en de vrouw ten koste van haar is verrijkt door het huis voor een laag bedrag te verwerven.

De rechtbank wijst de vorderingen af, omdat de verrijking gerechtvaardigd wordt door de koopovereenkomst en de veronderstelde bevoordelingsbedoeling die aanwezig werd geacht bij het getrouwde stel. Ook het feit dat de verbouwing mede is gefinancierd met het geld dat de vennootschap had geleend, betekent volgens de rechtbank nog niet dat de vrouw daardoor minder voor de woning behoefde te betalen dan zonder de geldlening het geval zou zijn geweest.

Ook in hoger beroep sneuvelt de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking. Volgens het hof is geen sprake van verarming bij de vennootschap, omdat zij niet is verarmd door het feit dat zij geld aan de man heeft geleend. De schade van de vennootschap vindt haar omstandigheid in het feit dat haar vordering onbetaald is gebleven. Dit is veroorzaakt doordat de man meer schulden is aangegaan dan zijn vermogenspositie rechtvaardigde, waardoor hij insolvent is gebleken. Ten aanzien van het causaal verband oordeelt het hof dat het feit dat er tussen de man en vrouw een vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden weliswaar aan het onbetaald laten van de vordering kan hebben bijgedragen, maar dat dit niet noodzakelijkerwijs het geval behoeft te zijn geweest. De vermogensverschuiving ten gunste van de vrouw kan dus niet als enige (directe of indirecte) oorzaak voor het onbetaald blijven van de vordering worden aangewezen, waardoor er geen sprake is van een causaal verband tussen de verrijking en de gestelde verarming.

De vennootschap heeft in hoger beroep haar stelling uitgebreid door ook nog aan te voeren dat de vrouw onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door mee te werken aan de overdracht van de woning tegen een te lage prijs, hetgeen paulianeus is. De vennootschap roept echter niet de vernietiging van de koop tussen de man en vrouw in op grond van artikel 3:45 BW. Omdat niet vast is komen te staan dat de vrouw ervan op de hoogte was dat de man in financiële moeilijkheden verkeerde en meerdere schuldeisers had die door de verkoop benadeeld zouden worden, wijst het hof ook deze vordering van de hand.

S.E. Streng, oktober 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:7733

Zaaknummer: 200.241.374

Rechters: I. Brand, B.J. Engberts en E.C. Rozeboom

Advocaten: J.T. Stekelenburg en E.F. Muller

Wetsartikelen: 6:212 BW, 6:162 BW en 3:45 BW

RECHTSPRAAK

Rabobank/X

Vernietiging borgtochtovereenkomst ex artikel 1:89 BW wegens ontbrekende toestemming echtgenote en afwijzing bestuurdersaansprakelijkheidsclaim wegens selectieve betalingen in het zicht van faillissement.

In deze uitspraak heeft de Rechtbank Overijssel de buitengerechtelijke vernietiging van een borgtochtovereenkomst bevestigd en de bestuurdersaansprakelijkheidsclaim van Rabobank tegen de waarborg als (indirect) bestuurder wegens door hem verrichte betalingen in het zicht van faillissement afgewezen.

De waarborg, gedaagde in deze procedure, heeft op 31 augustus 2012 samen met een *joint venture partner* via hun beider houdstermaatschappijen 3BG Holding B.V. ('3BG') opgericht ten behoeve van de aankoop van het volledige aandelenkapitaal in T.E.J.O. Groothandel in Vleesproducten B.V. ('TEJO'). De aandelenoverdracht heeft plaatsgevonden op 8 oktober 2012. 3BG is op diezelfde datum als bestuurder van TEJO aangetreden. Om de aandelenkoop te financieren, het bestaande krediet van TEJO te herfinancieren en werkkapitaal beschikbaar te krijgen zijn 3BG en TEJO eveneens op 8 oktober 2012 met Rabobank twee kredietovereenkomsten aangegaan, in het kader waarvan gedaagde zich voor een maximum van € 150.000 borg heeft gesteld. Op 30 augustus 2016 zijn TEJO en 3BG op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard. Rabobank heeft gedaagde onder de borgtocht aangesproken, waarna de echtgenote van gedaagde op grond van artikel 1:89 BW de vernietiging van de borgstelling heeft ingeroepen op de grond dat zij voor het aangaan daarvan geen toestemming had gegeven. Rabobank vordert in deze procedure van gedaagde betaling onder de borgstelling en vergoeding van schade die zij heeft geleden doordat gedaagde tot kort voor het faillissement met 3BG en TEJO nog trekkingen onder de kredietfaciliteit heeft gedaan.

De eerste vraag die bij de rechtbank voorlag, was of gedaagde op grond van artikel 1:88 BW voor de borgstelling de toestemming van zijn echtgenote nodig had. Daarvoor is van belang of gedaagde kwalificeert als DGA in de zin van artikel 1:88 lid 5 BW en of de kredietovereenkomsten zijn aangegaan ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van

3BG en TEJO. Op de eerste vraag antwoordt de rechtbank bevestigend dat gedaagde indirect – dat maakt voor toepassing van het toestemmingsvereiste van artikel 1:88 BW niet uit (vgl. HR 26 januari 2008, *NJ* 2007/74) – samen met zijn partner al vóór de verkrijging van de aandelen in TEJO bestuurder en aandeelhouder van 3BG was en hij TEJO bovendien ten tijde van het sluiten van de kredietovereenkomsten met Rabobank in het kader van de aandelenverpanding als bestuurder heeft vertegenwoordigd (r.o. 4.3-4.4). De vraag rest dan of de borgstelling heeft plaatsgevonden in de normale bedrijfsuitoefening van 3BG of TEJO. De rechtbank hanteert daarvoor als maatstaf of de rechtshandeling waarvoor de borgtocht wordt verstrekt tot de normale, gebruikelijke bedrijfshandelingen behoort; niet voldoende is dat die rechtshandelingen normale bedrijfshandelingen begunstigen dan wel daarvoor gebruikelijke voorwaarden schept. Gezien de genoemde doelen van de kredietfaciliteiten meent de rechtbank dat het aangaan daarvan niet valt onder de normale bedrijfsuitoefening van artikel 1:88 lid 5 BW en de echtgenote van gedaagde de borgstelling derhalve succesvol heeft vernietigd. Daaraan doet niet af dat gedaagde door ondertekening van de kredietdocumentatie uitdrukkelijk heeft verklaard te handelen in de normale bedrijfsuitoefening. Zou zo'n bepaling werking toekomen, dan zou dat een onaanvaardbare aantasting zijn van de bescherming die artikel 1:88 BW echtgenoten biedt.

De bestuurdersaansprakelijkheidsvordering tegen gedaagde wordt voorts door de rechtbank getoetst langs de lat van de arresten *Beklamel* en *Ontvanger/Roelofsen* (HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521 resp. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZo758). De rechtbank acht gedaagde niet aansprakelijk voor de bestreden betalingen die hij kort voor faillissement nog namens 3BG en/of TEJO heeft gedaan door onder de kredietfaciliteit te trekken, omdat deze hebben plaatsgevonden om te voorkomen dat de onderneming meteen te gronde zou gaan en onduidelijk is of gedaagde ten tijde van die betalingen met de overstand onder het krediet bekend was. Van bewuste benadeling was derhalve geen sprake, waardoor van een ernstig persoonlijk verwijt geen sprake is en ook deze vordering wordt afgewezen.

J.O. Bijloo, oktober 2019

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 31-07-2019

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2019:3558

Zaaknummer: C/o8/218192 HA ZA 18/241

Rechters: M.L.J. Koopmans

Advocaten: F.J. Laagland en T.J. Schölvink

Wetsartikelen: 1:88 BW, 1:89 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Radioloog/Curatoren Ruwaard van Putten

Persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator: toepassing van de Maclou-norm.

Persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator: welke norm dient te worden toegepast? Dat is de vraag die in de onderhavige zaak centraal staat (zie overigens ook ECLI:NL:HR:2019:1492 voor dezelfde rechtsvraag in dezelfde zaak, maar dan ten aanzien van een uroloog in plaats van een radioloog). Op 24 juni 2013 is het Ruwaard van Puttenziekenhuis failliet verklaard, hetgeen destijds breed werd uitgemeten in de media. Niet alleen omdat het het eerste Nederlandse ziekenhuis was dat in meer dan twintig jaren failliet werd verklaard, maar ook omdat het faillissement werd voorafgegaan door een zogenoemde pre-pack. Toen (en nu nog steeds) kent de pre-pack geen wettelijke basis (al is het wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I – hetwelk codificatie van de pre-pack beoogt – wel reeds enige tijd aanhangig). Dat leidt tot rechtsonzekerheden, waarvan onderhavige zaak een uitstekend voorbeeld is.

Een praktijkvennootschap van een vrijgesteld medisch specialist voor radiologie (hierna: de bv) oefende sinds 1989 haar praktijk uit in het Ruwaard van Puttenziekenhuis op grond van een toelatingsovereenkomst. Deze overeenkomst bepaalde onder andere dat de medisch specialist recht heeft op goodwill ten aanzien van de in het ziekenhuis verrichte werkzaamheden. Wegens financiële tegenslagen heeft het bestuur van het Ruwaard van Puttenziekenhuis op 5 juni 2013 de rechtbank verzocht een beoogd curator aan te wijzen teneinde in relatieve rust en op voortvarende wijze een eventuele doorstart vanuit een faillissement voor te bereiden. De rechtbank heeft het verzoek gehonoreerd, met de aanwijzing dat het doel van deze pre-pack was het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en het beperken van maatschappelijke schade.

Tijdens de pre-pack zijn door de benoemde beoogd curatoren gesprekken gevoerd met twee overnamekandidaten. Uiteindelijk hebben zij op 24 juni 2013 overeenstemming bereikt met Spijkenisse Medisch Centrum BV over een doorstarttransactie. De schriftelijke overeenkomst is op 1 juli 2013 getekend. Het Medisch Centrum heeft van de curatoren de activa gekocht voor

een bedrag van € 6 miljoen. In de koopovereenkomst zijn de activa gedefinieerd als immateriële activa, inventaris en voorraad. De immateriële activa zijn op hun beurt gedefinieerd als handelsnamen en domeinnamen van het Ruwaard van Puttenziekenhuis, het recht om in de plaats te treden ter zake van licenties, vergunningen en overeenkomsten waarbij het Ruwaard van Puttenziekenhuis partij is alsmede de (overige) goodwill. De overdracht heeft volgens de overeenkomst voor zover mogelijk zowel economisch als juridisch plaatsgevonden per 24 juni 2013, 0.00 uur.

Aan de medisch specialist voor radiologie is op 26 juni 2013 bericht dat Spijkenisse Medisch Centrum BV geen gebruik zal maken van zijn diensten, terwijl ook de curatoren (voorheen de beoogd curatoren) in het faillissement van het Ruwaard van Puttenziekenhuis op 2 juli 2013 hebben bericht dat zij de lopende overeenkomsten geen gestand wensen te doen.

De bv vordert in onderhavige zaak dat de curatoren worden veroordeeld tot betaling uit hoofde van onrechtmatige daad van ruim € 2,5 miljoen (bestaande uit onder meer gedeerde goodwill en inkomsten). Aan deze vordering wordt ten grondslag gelegd dat de curatoren persoonlijk aansprakelijk zijn, op de grond dat zij jegens de bv onrechtmatig hebben gehandeld, zowel gedurende de pre-packprocedure als daarna in faillissement.

Het middel in cassatie richt zich tegen de overweging van het hof dat de Maclou-norm (een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht; ECLI:NL:HR:1996:ZC2047) zich ook leent voor vaststelling van aansprakelijkheid van beoogd curatoren tijdens een pre-packprocedure, zij het rekening houdend met de eigen taakuitoefening van de beoogd curatoren. De Hoge Raad overweegt dat bij gebreke van een wettelijke regeling de positie en taken van de beoogd curator ten eerste worden bepaald door de opdracht van de rechtbank die de beoogd curator aanwijst, alsmede door de aanwijzingen van die de rechtbank of van een daartoe aangewezen beoogd rechter-commissaris. Ten tweede komt volgens de Hoge Raad betekenis toe aan de Praktijkregels beoogd curator die zijn opgesteld door INSOLAD. Ten slotte is het van belang dat de werkzaamheden van een beoogd curator dienen ter voorbereiding van een voortvarende en efficiënte afwikkeling van het nog uit te spreken faillissement, hetgeen meebrengt dat de beoogd curator zich moet laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, daarbij rekening houdend met maatschappelijke belangen. Volgens de Hoge Raad strookt met het voorgaande om voor de beoordeling van het handelen van de beoogd curator wat betreft de vraag naar persoonlijke aansprakelijkheid aansluiting te zoeken bij de Maclou-norm. Bij toepassing van deze norm komt, in voorkomend geval, betekenis toe aan hetgeen de curator in de fase voorafgaand aan het faillissement als beoogd curator heeft gedaan en nagelaten en aan de kennis die hij in die hoedanigheid heeft verworven. Dit lijkt mij niet alleen aan te sluiten bij de praktijk waarin de

positie van de beoogd curator eigenlijk niets anders is dan het voorportaal van zijn toekomstige benoeming als curator, maar ook bij de mogelijke toekomstige wettelijke basis voor de pre-pack (uit Kamerstukken blijkt immers dat ook de minister geen reden ziet om voor de beoogd curator een ander aansprakelijkheidsregime te hanteren dan voor de curator in faillissement; *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 6, p. 24-25).

S. Renssen, oktober 2019

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 04-10-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:1494

Zaaknummer: 18/00867

Rechters: C.A. Streefkerk, M.V. Polak, M.J. Kroeze, mr. drs. F.J.P. Lock en C.H. Sieburgh

Advocaten: B.I. Kraaiipoel, T.T. van Zanten en I.M.A. Lintel

Wetsartikelen: 68 Fw

RECHTSPRAAK

GB Vastgoed/Lisman q.q.

Renvooiprocedure, omzetting geldlening in informeel kapitaal. Achtergestelde lening of agioreserve? Omzetting agioreserve in geldlening toegestaan? Nietigheid in verband met artikel 2:216 BW (oud), dwingende bewijskracht notariële akte wordt gepasseerd.

In een renvooiprocedure wenst eiser te worden erkend als schuldeiser, met een vordering van ruim € 184.000. De curator betwist de stellingen van de eiser. Daarbij zijn de volgende feiten van belang.

In 2004 is een vordering op de latere failliet uit hoofde van een lening omgezet in, zoals partijen dat noemden, 'informeel kapitaal'. In de omzettingsakte is opgenomen dat de lening 'kwalificeert als kapitaal', en dat 'rente slechts verschuldigd is' als de schuldenaar 'winst genereert'. Voorts is de hoofdsom en rente achtergesteld bij alle andere schulden. De jaarrekening 2004 vermeldt daarom: 'Per 31 december 2004 is de lening omgezet in een agiostorting op aandelen'. In de jaarrekeningen 2005-2008 is de post steeds weergegeven als 'agiostorting' met telkens dezelfde omvang. In de jaarrekening 2009 is de post agiostorting op nihil gesteld, maar is een achtergestelde lening ter hoogte van hetzelfde bedrag opgenomen. De jaarrekeningen 2004-2009 zijn vrijwel allemaal getekend door X, die zowel bestuurder is van de schuldenaar, alsook van de schuldeiser.

De jaarrekening 2010 vermeldt dat in de jaarrekening 2004 'fundamentele fouten' staan. In de toelichting staat dat in de jaarrekening 2004 een agiostorting is weergegeven, maar dat 'in 2010 is gebleken dat het de bedoeling van partijen is geweest om de lening om te zetten in een achtergestelde lening en dat er geen sprake was van een agioreserve'.

In 2011 erkent de schuldenaar in een notariële akte dat hij het bedrag uit hoofde van de lening verschuldigd is. Vervolgens vindt regelmatig gedeeltelijke aflossing plaats. De schuldenaar is in 2013 gefailleerd.

De curator betwist de vordering, omdat naar zijn oordeel een uitkering van een agioreserve heeft plaatsgevonden, terwijl die uitkering niet voldeed aan het destijds geldende artikel 2:216

BW (oud). Omzetting van de reserve in een geldlening was dan ook nietig, aldus de curator.

De rechtbank beoordeelt allereerst of er sprake was van een (achtergestelde) lening, dan wel van een agioreserve. De rechtbank acht van belang dat X vrijwel alle jaarrekeningen vanaf 2004 heeft ondertekend, zodat partijen er klaarblijkelijk voor gekozen hebben om het bedrag als agioreserve te kwalificeren. De correctie als vermeld in de jaarrekening van 2010 acht de rechtbank niet overtuigend, omdat verschillende jaren expliciet de kwalificatie 'agioreserve' is gehanteerd in de jaarrekening. Om te aanvaarden dat die kwalificatie onjuist was, is meer nodig, aldus de rechtbank, die voorts overweegt dat de jaarrekeningen waren samengesteld door een deskundige accountant.

Vervolgens beoordeelt de rechtbank of het mogelijk was om de agioreserve in 2009 uit te keren, door deze om te zetten in een lening. Daarvoor verwijst zij naar het destijds geldende artikel 2:216 BW (oud), op basis waarvan uitkeringen alleen konden plaatsvinden, voor zover er sprake was van vrije reserves en een positief eigen vermogen. De curator heeft aangetoond dat de schuldenaar reeds in 2009 een negatief eigen vermogen kende, zodat uitkering van de agioreserve nietig was.

Dan gaat de rechtbank nog in op de notariële akte. De schuldeiser heeft betoogd dat de inhoud van de jaarrekeningen niet relevant is, omdat in de notariële akte – met dwingende bewijskracht – is erkend dat de schuldenaar het bedrag verschuldigd was. De curator werpt tegen dat het in casu gaat om een rechtsgevolg dat 'niet ter vrije bepaling van partijen staat', in welk geval de dwingende bewijskracht niet op zou gaan. De rechtbank oordeelt dat de vastlegging van de lening direct terug te voeren is op de agioreserve. Een leningsovereenkomst die de strekking heeft een niet-uitkeerbare agioreserve om te zetten en aldus te onttrekken aan het eigen vermogen, dient volgens de rechtbank dan ook eveneens als nietig te worden gekwalificeerd.

Volgt afwijzing van de vordering en veroordeling van eiser in de proceskosten.

Wenk

De lening is blijkens de uitspraak een aantal malen overgedragen (steeds binnen de groep, voor zover valt na te gaan). Daardoor is het feitencomplex enigszins ingewikkeld en vallen in de uitspraak namen van diverse partijen. Voor de beoordeling lijkt dat alles evenwel – zo volgt uit de uitspraak – van ondergeschikt belang.

Opvallend is overigens dat uit de feiten blijkt dat het eigen vermogen van de schuldenaar in 2009 € 172.000 negatief was (ro. 4.8). De hoogte van de agioreserve (in 2009 als achtergestelde lening gekwalificeerd), bedroeg € 326.000. Uit de uitspraak blijkt niet of

partijen gedebatteerd hebben over de vraag of er niet een deel had mogen worden uitgekeerd, maar wellicht had dat gekund.

A.D. van Dalen, oktober 2019

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 09-10-2019

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2019:10476

Zaaknummer: C/09/552877 / HA ZA 18-521

Rechters: H.J. Vetter

Advocaten: S.C. Krekel en M.T.J. Wilmer

Wetsartikelen: 2:216 BW (oud) en 157 lid 2 Rv

RECHTSPRAAK

X en De Vijf Muskietiers/Schreurs q.q. en Stadig q.q.

Een vordering tot ontslag van instantie ex artikel 27 lid 2 Fw mag onder omstandigheden worden afgewezen. Het in deze procedure gestelde belang bij de vordering tot ontslag van instantie was dat bij voortzetting van de procedure geen verhaal mogelijk is van een eventuele proceskostenveroordeling ten laste van de gefailleerde. Dat belang ontvalt echter aan de vordering indien de gefailleerde conform haar aanbod alsnog zekerheid stelt voor een eventuele proceskostenveroordeling. De Hoge Raad stelt haar daartoe in de gelegenheid.

Dit tussenarrest behandelt het verzoek tot ontslag van instantie ex artikel 27 lid 2 Fw van de curatoren van de heer A, die op 16 april 2013 in staat van faillissement is verklaard. De feiten volgen uit het tussenarrest van de Hoge Raad van 30 november 2018 (ECLI:NL:HR:2018:2220). Eiseres tot cassatie, mevrouw B, is gehuwd met A. Samen met de andere eiseres tot cassatie, Stichting De Vijf Muskietiers, stelt zij dat zij in 2009 met pandrecht gedekte vorderingen heeft verkregen op A. De curatoren van A hebben op 7 mei 2013 een termijn ex artikel 58 Fw van zeven dagen gesteld om tot uitwinning van het pandrecht over te gaan. In deze procedure vorderen B en De Vijf Muskietiers een verklaring voor recht dat de curatoren geen beroep toekomt op het verstrijken van die termijn, omdat die onredelijk kort zou zijn. Nadat de rechtbank de vordering had toegewezen, is deze in hoger beroep alsnog afgewezen. B en De Vijf Muskietiers zijn in cassatie gegaan. Nog voor de uitspraak in het hoger beroep is B toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling en enige tijd daarna failliet verklaard, met aanstelling van een van de curatoren van A als curator.

In het eerder genoemde tussenarrest is op verzoek van de curatoren het geding tussen hen en B geschorst, teneinde hun de gelegenheid te geven om de curator van B in het geding op te roepen. Laatstgenoemde is niet verschenen, waarna de curatoren ontslag van instantie hebben verzocht.

De Hoge Raad stelt bij de beoordeling van die vordering de uitgangspunten uit zijn eerdere rechtspraak, in het bijzonder HR september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5543, voorop. Artikel 27 lid 2 Fw dwingt niet tot toewijzing van een vordering tot ontslag van instantie. De rechter mag deze vordering onder omstandigheden afwijzen. In dat geval wordt het geding buiten bezwaar van de boedel voortgezet. De vordering kan in elk geval worden afgewezen indien toewijzing in strijd komt met de eisen van een goede procesorde. Daarnaast dient een belangenafweging te worden gemaakt. Het belang van de partij die in eerste aanleg gedaagde is of was, zal in de regel erin bestaan dat bij voortzetting van de procedure geen verhaal mogelijk is van een proceskostenveroordeling ten laste van de inmiddels gefailleerde eiser. Voor de gefailleerde bestaat het belang in het verkrijgen van een beslissing over het materiële geschil en, in hogere instantie, het voorkomen dat een uitspraak uit eerdere instantie, waarbij zijn vordering is afgewezen, in kracht van gewijsde gaat.

De vordering van de curatoren komt volgens de Hoge Raad niet op de eerste grond in aanmerking voor afwijzing, omdat gesteld noch gebleken is dat toewijzing in strijd komt met de eisen van de goede procesorde. De curatoren hebben geen ander belang aan hun vordering ten grondslag gelegd dan het belang om niet voort te procederen zonder de mogelijkheid om een proceskostenveroordeling te verhalen. Dit belang ontvalt echter aan de vordering indien B zekerheid stelt voor die proceskosten conform het aanbod dat zij daartoe had gedaan. Hoewel zij dat al eerder had kunnen doen, ziet de Hoge Raad aanleiding om haar de gelegenheid te geven alsnog zekerheid te (doen) stellen tot een bedrag van € 3.750, namelijk het bedrag aan proces- en nakosten waartoe zij in de onderhavige cassatieprocedure zou kunnen worden veroordeeld. De Hoge Raad houdt de behandeling van het schorsingsincident vervolgens vier weken aan om partijen in de gelegenheid te stellen zich uit te laten of de bedoelde zekerheid is gesteld.

J.H.M. van de Wiel, oktober 2019

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

Bank merkt het faillissement van haar klant niet op, zodat de bankrekening in gebruik blijft om frauduleus verkregen gelden weg te sluizen. Geen causaal verband tussen de handelingen van de bank en de schade, omdat de gelden bij opheffing van de bankrekening op een andere wijze buiten bereik van de schuldeisers zouden zijn gehouden.

B.V. X exploiteerde een beleggingsonderneming en verkocht telefonisch obligaties. De drijvende kracht achter deze onderneming (de heer A) was geen statutair bestuurder van B.V. X. In totaal heeft B.V. X een bedrag van € 2.600.000 aan gelden aangetrokken. Op 8 maart 2017 is B.V. X in staat van faillissement verklaard. Op dat moment bleek dat er een bedrag van € 1.800.000 aan ingelegde gelden was verdwenen. Enkele natuurlijke personen worden hiervoor strafrechtelijk vervolgd. Bij de zoektocht naar de verdwenen gelden bleek dat circa € 700.000 is overgemaakt naar een bankrekening die B.V. Y bij Knab aanhield. B.V. Y werd indirect bestuurd door de heer A. De vennootschap is op 20 oktober 2015 failliet verklaard en het faillissement is 15 juli 2016 opgeheven bij gebrek aan baten. De bankrekening bij Knab tijdens het faillissement en ook daarna blijft echter bestaan en wordt onder meer gebruikt om geld van B.V. X naar derden weg te sluizen. Knab heeft het faillissement (en de afwikkeling daarvan) niet opgemerkt en de curator wist niet dat B.V. Y over een bankrekening beschikte. Op verzoek van de curator in het faillissement van B.V. X is het faillissement van B.V. Y opnieuw uitgesproken. De tweede curator van B.V. Y heeft een schikking bereikt met Knab. In het kader van deze schikking heeft Knab het bedrag dat tot de opheffing van het faillissement op de bankrekening is ontvangen, betaald aan de boedel van B.V. Y.

De curator van B.V. X stelt in de onderhavige procedure dat Knab onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van B.V. X (en subsidiair jegens B.V. X zelf) en aansprakelijk is voor de geleden schade. Hij stelt dat Knab de schade had kunnen voorkomen door de toestand van B.V. Y tijdig op te merken. Knab heeft niet voldaan aan de op haar rustende zorgvuldigheidsverplichtingen, aldus de curator. Bij de beoordeling stelt de rechtbank voorop dat voor vestiging van aansprakelijkheid een condicio sine qua non-verband nodig is. Hierover overweegt de rechtbank dat de curator niet aannemelijk heeft kunnen maken dat, ook al had Knab bij het uitspreken of opheffen van het faillissement de Knab-

rekening opgeheven of geblokkeerd, daarmee de schade bij de schuldeisers van B.V. X dan wel bij B.V. X zelf was voorkomen. Bij blokkering van de betreffende bankrekening had B.V. X de gelden wel op een andere wijze buiten bereik van haar schuldeisers gehouden. Hieruit volgt dat een condicio sine qua non-verband tussen het gestelde onrechtmatige handelen en de door (de schuldeisers van) B.V. X geleden schade ontbreekt. De vorderingen van de curator worden afgewezen.

M.M. Eveleens-van der Zwaag, oktober 2019

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 11-09-2019

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2019:9579

Zaaknummer: C/09/564489 / HA ZA 18-1224

Rechters: A.C. Bordes

Advocaten: J.S. Staijen en F.M.A. 't Hart

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Metaag/X

Overgaan tot turboliquidatie betekent niet zonder meer dat het bestuur weet of behoort te weten dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen kan voldoen en geen verhaal biedt voor de daaruit voortvloeiende schade. Dit levert dan ook niet zonder meer een ernstig verwijt op.

Metaag levert personeel op het gebied van staalverwerking. Tussen Metaag en een scheepsbouwer zijn twee achtereenvolgende Service Agreements tot stand gekomen op grond waarvan Metaag zich verbond om onder andere laswerkzaamheden te verrichten op een door de scheepsbouwer uit te voeren project. In beide overeenkomsten is een clausule opgenomen waarin partijen verklaren niet in (formele dan wel informele) vereffening te verkeren. Metaag heeft de scheepsbouwer aansprakelijk gesteld voor het onbetaald laten van een aantal facturen. De algemene vergadering van de scheepsbouwer heeft echter een besluit tot ontbinding genomen en de scheepsbouwer is opgehouden te bestaan omdat er geen bekende baten meer aanwezig waren (een zogeheten 'turboliquidatie').

Metaag stelt de bestuurders van de scheepsbouwer aansprakelijk op grond van artikel 6:162 BW. De bestuurders zouden ten tijde van het aangaan van de tweede Service Agreement hebben geweten dan wel hebben behoren te weten dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de daaruit voortvloeiende schade (Beklamel-aansprakelijkheid). Volgens de rechtbank heeft Metaag echter geen feiten of omstandigheden aangevoerd om dit standpunt te onderbouwen. De rechtbank volgt Metaag ook niet in haar betoog dat de bestuurders een ernstig verwijt gemaakt kan worden omdat zij tijdens schikkingsonderhandelingen ruim na het aangaan van de Service Agreements zouden hebben geweten dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Evenmin hebben de bestuurders volgens de rechtbank in strijd gehandeld met de in de Service Agreements opgenomen clausule dat geen van de partijen in een (formele dan wel informele) vereffening verkeert, zodat de bestuurders ook uit dien hoofde geen ernstig verwijt treft. Volgens de rechtbank zag de desbetreffende bepaling op de situatie ten tijde van het aangaan van de

overeenkomst en was geen sprake van een voortdurende verplichting.

Metaag doet ook een beroep op het Ontvanger/Roelofsen-criterium. Zij stelt dat de bestuurders hebben bewerkstelligd dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan geleden schade door (1) tot turboliquidatie over te gaan terwijl er nog baten waren; en (2) selectieve betalingen te doen. De baten van de scheepswerf zouden bestaan uit een vordering op de bestuurders wegens bestuurdersaansprakelijkheid, een vordering op een derde en een vordering op Metaag zelf.

Het overgaan tot turboliquidatie kan volgens de rechtbank al niet tot bestuurdersaansprakelijkheid leiden omdat de algemene vergadering het ontbindingsbesluit neemt en niet de bestuurders. Bovendien kan ook na een turboliquidatie een verzoek tot heropening van de vereffening worden gedaan, waardoor de turboliquidatie er op zichzelf niet toe leidt dat de schuldenaar niet aan zijn verplichtingen kan voldoen en geen verhaal biedt. Het verwijt dat sprake zou zijn van selectieve betalingen is volgens de rechtbank onvoldoende onderbouwd. Dit maakt dat de vorderingen van Metaag worden afgewezen. Ten overvloede overweegt de rechtbank nog dat de stelling van Metaag dat de vennootschap na ontbinding nog over (potentiële) baten beschikte niet aannemelijk is geworden.

J.F. Fliek, oktober 2019

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 25-09-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:7743

Zaaknummer: C/10/569546 / HA ZA 19-223

Rechters: C.M.E. van der Hoeven

Advocaten: G.A.M.F. Spera en J.P. Hellinga

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:19 lid 4 BW