

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 02, 2019

Nummer 2, 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. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. G.P. van Hooft, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.I.J. 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:2019:36](#) 11-01-2019

X te Dubai/Dekkers q.q.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2018:2220](#) 30-11-2018

Stichting De Vijf Muskietiers c.s./Curatoren

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:5184](#) 11-12-2018

curator/X

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:9490](#) 30-10-2018

Appellanten/Curator

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:6261](#) 19-12-2018

Openbaar Ministerie/X

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:5864](#) 05-12-2018

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2018:5725](#) 28-11-2018

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:10936](#) 22-11-2018

Camper Bouw Holland BV

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:10921](#) 01-11-2018

Arcis Bouw Group BV

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2018:4364](#) 24-10-2018

Van Gessel q.q./X

RECHTSPRAAK

X te Dubai/Dekkers q.q.

De Hoge Raad overweegt dat, mede gelet op de strekking van artikel 224 lid 1 Rv, deze bepaling ten aanzien van zekerheidstelling voor proceskosten van overeenkomstige toepassing is indien een derde op grond van artikel 10 Fw in verzet komt tegen de faillietverklaring van een ander.

Dekker, curator in het faillissement van LCG Canada Financial products 1 B.V., heeft op de voet van artikel 224 Rv bij de Hoge Raad een incidenteel verzoek tot zekerheidstelling voor de proceskosten ingediend. De verzoekster tot cassatie is indirect bestuurder en aandeelhouder van LCG en is woonachtig in Dubai. Volgens de curator biedt verzoekster geen verhaal in Nederland. Volgens verzoekster tot cassatie mist artikel 224 Rv om verschillende redenen toepassing. Zo zou verzoekster geen vorderingen hebben ingesteld of zijn tussengekomen, zoals artikel 224 Rv eist, maar is zij in verzet gekomen tegen de faillietverklaring op grond van artikel 10 Fw. Ook zou verzoekster niet aangemerkt moeten worden als persoon zonder woonplaats of gewone verblijfplaats in de zin van artikel 224 Rv omdat ze bestuurder is van LCG Canada, dat haar statutaire vestigingsplaats in Nederlands heeft.

De Hoge Raad ziet weinig in de bezwaren van verzoekster en beveelt dan ook dat verzoekster zekerheid stelt voor een bedrag van € 3.500 voor de proceskosten. De Hoge Raad overweegt daartoe dat het feit dat verzoekster bestuurder is van LCG Canada niet afdoet aan het feit dat ze geen woonplaats of gewone verblijfplaats in Nederland heeft. Voorts overweegt de Hoge Raad dat, mede gelet op de strekking van artikel 224 lid 1 Rv, deze bepaling van overeenkomstige toepassing is indien een derde op grond van artikel 10 Fw in verzet komt tegen de faillietverklaring van een ander.

A.L. Jonkers, januari 2019

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 11-01-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:36

Zaaknummer: 18/02704

Rechters: C.A. Streefkerk, A.M.J. van Buchem-Spapens, M.V. Polak, T.H. den Tanja-van Broek en H.M. Wattendorf

Advocaten: J. van Weerden en N.E. Groeneveld-Tijssens

Wetsartikelen: 224 Rv en 10 Fw

RECHTSPRAAK

Overdracht van een gedeelte van de vorderingen heeft tot gevolg dat het aan de vorderingen verbonden recht van borgtocht met hypotheek (slechts) voor een evenredig deel mee overgaan.

Rabohypotheekbank NV en Coöperatieve Rabobank Randmeren UA (hierna: Rabobank) hebben hun vordering op Marvada BV, Marvada Technisch Beheer BV en X (hierna: Marvada c.s.) overgedragen aan GPS Nunspeet Holding BV (hierna: GPS). Tot zekerheid voor de nakoming van de schulden van Marvada cs heeft Y (enig aandeelhouder en bestuurder van Marvada BV) een borgtocht tot een bedrag van € 500.000 afgegeven. Ter zekerheid voor deze borgtocht heeft Y een tweede recht van hypotheek gevestigd op zijn woonhuis. Marvada BV is vervolgens failliet verklaard. Circa acht maanden na de faillietverklaring laten GPS, Z en Y in een notariële akte van cessie vastleggen dat GPS de rechten voortvloeiende uit een borgtochtovereenkomst waarin de door Y afgegeven borgtocht zou zijn vastgelegd, overdraagt aan Z.

Y gaat over tot verkoop van zijn huis. Omstreeks deze periode laten GPS, Y en Z in een notariële akte van rectificatie de partijbedoeling van de eerdere akte van cessie vastleggen, namelijk het overdragen van de restvordering ter hoogte van € 500.000 van GPS op Marvada BV aan Z met de daaraan verbonden nevenrechten van borgstelling en tweede hypotheek.

Na aflossing van de eerste hypotheekhouder resteert nog een bedrag van € 261.982,82. Dit bedrag is op grond van een overeenkomst tussen Z en de curator in depot geplaatst bij een notaris. In deze procedure staat de vraag centraal wie van partijen recht heeft op (welk gedeelte van) dit bedrag. De rechtbank stelt eerst vast dat de restvordering van GPS op Marvada BV ter hoogte van € 500.000 bij de notariële akte van rectificatie rechtsgeldig aan Z is overgedragen. De rechtbank overweegt vervolgens dat dit niet tot gevolg heeft dat Z met de overdracht van de restvordering het volledige borgtochtrecht met hypotheek heeft verworven. De vorderingen op Marvada BV zijn slechts gedeeltelijk aan Z overgedragen, hetgeen betekent dat het aan die vorderingen verbonden recht van borgtocht met hypotheekrecht (slechts) voor een evenredig deel mee is overgegaan. De rechtbank verwijst naar de toelichting op artikel 6:142 BW in de parlementaire geschiedenis waarin het volgende is vastgelegd: 'Indien de

vordering slechts voor een gedeelte overgaat op een nieuwe schuldeiser, gaan de in het eerste lid genoemde rechten en voorrechten ook slechts voor hetzelfde breukdeel over, tenzij anders is overeengekomen.' Z maakt dientengevolge onder de borgtocht slechts naar rato van de hoogte van de aan haar overgedragen vorderingen aanspraak op het depottegoed. De rest van het bedrag komt aan de curator toe, omdat in de depotovereenkomst is bepaald dat het depotbedrag alleen mag worden uitbetaald aan Z en/of de curator.

J.C.L. Verheijden, januari 2019

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 28-11-2018

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2018:5725

Zaaknummer: NL18.3938

Rechters: O. Nijhuis

Advocaten: W.E.M. Klostermann en E.J. Kuper

Wetsartikelen: 6:142 BW

RECHTSPRAAK

Overname van een noodlijdende kalvermesterij vindt achteraf geen doorgang wegens ongeldigverklaring door een door de Ondernemingskamer aangestelde tijdelijk bestuurder. Aandeelhouder vordert afgeleide schade van deze tijdelijk bestuurder wegens de misgelopen winstuitkeringen die in de overnameovereenkomst waren afgesproken. De rechtbank wijst de vordering af gelet op de omstandigheden van het geval. Hierbij spelen de tijdsdruk waaronder de tijdelijk aangestelde bestuurder moest handelen, de sfeer van wantrouwen binnen de onderneming en de onregelmatige onttrekkingen door de eiser voorafgaand aan zijn schorsing als bestuurder een rol. De rechtbank veroordeelt de eiser in de proceskosten.

Twee broers zijn strafrechtelijk veroordeeld voor het gebruik van verboden middelen in de door hen gedreven vof. Hierdoor is besloten de onderneming in te brengen in een nieuw opgerichte bv. Door een onderlinge ruzie waren de broers niet in staat gezamenlijk leiding te geven aan de bv, waardoor de financiële situatie verslechterde. Naar het beleid en de gang van zaken binnen de onderneming is door de Ondernemingskamer bij wijze van onmiddellijke voorziening een onderzoek gelast. Daarnaast is een tijdelijk bestuurder aangesteld. Deze tijdelijk bestuurder is onmiddellijk begonnen met het onderzoeken van een mogelijke verkoop van de onderneming. Uiteindelijk is de onderneming ook verkocht. In de verkoopovereenkomst was een beding overeengekomen dat een van de twee broers, aandeelhouder van de bv, recht zou hebben op 25% van de winst gedurende vijf jaar na de verkoop van de onderneming. Dit bleek op de nodige bezwaren te stuiten, waardoor de overname uiteindelijk geen doorgang vond. De bv is een week na het bekend worden van het afhaken van de koper failliet verklaard. De eiser vordert als aandeelhouder een schadevergoeding voor de ongeldigverklaring door de gedaagde van de in eerste instantie geaccepteerde bieding op de onderneming, als gevolg waarvan de vennootschap is gefailleerd.

De vordering van de eiser tot vergoeding van afgeleide schade (aandeelhoudersschade) kan niet slagen. Voor aansprakelijkheid van een derde voor aandeelhoudersschade is schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm door die derde tegenover de aandeelhouder(s) van de vennootschap vereist. Dit geldt ook als die derde bestuurder van de vennootschap is. Als dit het geval is, is de bestuurder alleen aansprakelijk indien de bestuurder van die schending een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dit moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval.

De rechtbank laat in het midden of de gedaagde een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden. Ook als hiervan wordt uitgegaan, kan gedaagde van die schending geen ernstig verwijt worden gemaakt. Dit komt door het volgende. Toen overeenstemming is bereikt over de overname, stonden alle lichten hiervoor op groen. Feitelijk was de onderneming zelfs al overgenomen, omdat de productiefabriek onder de hoede stond van de medewerkers van de overnemende partij. Door het afspreken van de sidedeal met betrekking tot de winstgerechtigdheid van 25% gedurende vijf jaar na de overname, waardoor een van de broers veel meer geld aan de overname zou overhouden dan de ander, heeft de gedaagde een groot risico genomen. Bij het afspreken van deze sidedeal was de gedaagde echter niet op de hoogte van sidedeal II, als gevolg waarvan door de overnemer een extra vergoeding van een half miljoen euro aan de eiser zou worden betaald. Toen de gedaagde dit ter ore kwam, heeft hij de prijs van de overname verhoogd met nagenoeg hetzelfde bedrag. Van het verhogen van deze prijs valt de gedaagde echter geen ernstig verwijt te maken. Dit komt onder meer door de tijdsdruk waaronder de gedaagde stond, de nijpende financiële situatie waarin de gedaagde als bestuurder werd aangesteld en de relatief kleine prijsverhoging (van € 15.550.000 naar € 16.000.000). Daar komt nog bij dat de andere bestuurders, de twee broers, het niet eens konden worden over de te kiezen overnemende partij, waardoor een sfeer van wantrouwen werd gecreëerd en de overname werd bemoeilijkt. Verder werd de gedaagde geconfronteerd met onregelmatige onttrekkingen aan het vermogen van de bv door de eiser, verricht korte tijd voor zijn schorsing als bestuurder door de Ondernemingskamer. Een deel van deze onttrekkingen bleek naderhand ook paulianeus te zijn. In het licht van deze omstandigheden werd de gedaagde door de Ondernemingskamer feitelijk in een wespennest gearachuteerd, waarin snel handelen was geboden. De gedaagde valt in die omstandigheden geen ernstig verwijt te maken.

De rechtbank wijst de vorderingen af en veroordeelt de eiser in de proceskosten.

S. Verhoeven

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 05-12-2018

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:5864

Zaaknummer: C/16/443929 / HA ZA 17-632

Rechters: F.C. Burgers, J.K.J. van den Boom en J.C. van Eijk-Graveland

Advocaten: H.M. van Eerten, E.H. Bakker en M. Wolters

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Openbaar Ministerie/X

Oplegging bestuursverbod op verzoek van het Openbaar Ministerie.

Belanghebbende is als bestuurder en/of aandeelhouder betrokken geweest bij 109 rechtspersonen, waarvan een groot deel is geliquideerd dan wel failliet is verklaard. De failliete rechtspersonen waarvan de belanghebbende bestuurder was, zijn nog in afwikkeling. De curatoren hebben melding gemaakt van een gebrekkige administratie. Het Openbaar Ministerie (OM) ziet in de belanghebbende een veelpleger van faillissementsfraude. Volgens het OM moet hem een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt van de faillissementen in kwestie, en het OM wil voorkomen dat de belanghebbende als bestuurder van andere rechtspersonen nog meer schade berokkent. Belanghebbende is niet in de procedure verschenen. De rechtbank schorst de belanghebbende als bestuurder van de rechtspersonen als genoemd in het verzoek van het OM. Daarnaast legt de rechtbank een bestuursverbod op van vijf jaar ex artikel 106a Fw, op straffe van een dwangsom van € 10.000 per overtreding, met een maximum van € 100.000. De belanghebbende wordt veroordeeld in de proceskosten.

S. Verhoeven

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 19-12-2018

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:6261

Zaaknummer: C/16/467266 / HA RK 18-283

Rechters: R.J. Verschoof

Advocaten: J.C.G. van der Wulp

Wetsartikelen: 106 e.v. Fw

RECHTSPRAAK

Camper Bouw Holland BV

Faillissementsverzoek. Vorderingsrecht summierlijk gebleken. Niet vereist dat steunvordering opeisbaar is.

Verzoekers hebben met Camping Bouw Holland BV (hierna: Camping Bouw) een aannemingsovereenkomst gesloten voor de realisatie van een camperopbouw. Deze is gebrekkig gerealiseerd, en vervolgens heeft Camping Bouw geweigerd de gebreken te verhelpen. De verzoekers hebben de aannemingsovereenkomst ontbonden en schadevergoeding gevorderd. Deze schadevergoedingsvordering is door het Gerechtshof Den Haag toegewezen. Door verzoekers is gesteld dat er sprake is van een steunvordering van de Rabobank en een lening, verstrekt door de zus van de verweerster aan Camping Bouw. Deze laatste vordering is door betalingen aanzienlijk geslonken en zal voor het resterende niet worden opgeëist. Verweerster verklaart dat de vordering van de verzoekers niet kan worden betaald en dat getracht is een regeling te treffen. Het is niet vereist dat een steunvordering opeisbaar is, waardoor de rechtbank van oordeel is dat er sprake is van een faillissementstoestand. Dat de vennootschap haar verplichtingen aan Rabobank nakomt en dat betalingen zijn verricht op de vorderingen van de zus van verweerster waardoor deze zijn geslonken, doet aan het oordeel van de rechtbank niet af. De rechtbank verklaart Camper in staat van faillissement.

S. Verhoeven

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 22-11-2018
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:10936
Zaaknummer: 18.536 RK
Rechters: W.J. Geurts-de Veld
Advocaten: Y.A. Mijhad
Wetsartikelen: 6 Fw

RECHTSPRAAK

Arcis Bouw Group BV

De rechter-commissaris heeft toestemming gegeven tot het aangaan van een schikking na ingewonnen deskundig advies.

De curator van het gefailleerde ARCIS Bouw Groep vordert een geldbedrag van Hornbach Bouwmarkt, als gevolg van een geschil over een aannemingsovereenkomst en werkzaamheden voor het realiseren van een bedrijfshal. Partijen zijn, na comparitie, in overleg getreden om een schikking te beproeven. De curator heeft melding gemaakt van een instemming van Hornbach om bijna de helft van het in eerste instantie door de curator gevorderde bedrag te betalen. Voor onderhavige situatie, waarover een beschikking moet worden genomen door de rechter-commissaris, is van belang het antwoord op de vraag of er doorgeprocedeerd moet worden, of dat de schikking moet worden bewerkstelligd. De deskundige betoogt dat het voortzetten van de procedure nog vrij veel onzekerheden kent, en neemt ook mee dat de proceskosten aanzienlijk zullen zijn. Daarom adviseert hij te schikken. Volgens andere belanghebbenden is de procedure haalbaar, en zij zijn daarom van mening dat de procedure tegen Hornbach dient te worden voortgezet. De rechter-commissaris lijkt het aangaan van de schikking de beste optie. Er komt een aanzienlijk bedrag in de boedel, het oplopen van de faillissementskosten wordt vermeden en een uitdeling aan de concurrente schuldeisers wordt mogelijk gemaakt. De curator krijgt daarom krachtens artikel 104 Fw toestemming om de schikking met Hornbach aan te gaan.

S. Verhoeven

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 01-11-2018
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:10921
Zaaknummer: 14.255 RK
Rechters: C. de Jong
Advocaten: S. Visser
Wetsartikelen: 104 Fw

RECHTSPRAAK

curator/X

Aansprakelijkheid van het bestuur en de directeur als feitelijk beleidsbepaler van de stichting in faillissement wegens het aangaan van financiële verplichtingen namens de stichting waarvan voorzienbaar was dat deze niet gedekt zouden kunnen worden.

'Hoge bomen vangen veel wind', een toepasselijk gezegde wat deze zaak betreft. Zelfs wanneer men niet als statutair bestuurder van een rechtspersoon is benoemd, kan men door de touwtjes in handen te nemen aansprakelijk worden gehouden als ware men een bestuurder. Het betreft in deze een basisschool waarbij kinderen door middel van iPads meer vrijheid krijgen hun eigen lesprogramma samen te stellen, vormgegeven in een stichting. Geïntimideerden 1 (de voorzitter), 2 (de penningmeester) en 3 (de secretaris) vormden het bestuur van de stichting. Geïntimideerde 4, niet als statutair bestuurder benoemd, nam een belangrijke rol in: hij was als directeur van de stichting aangesteld. Allen verrichtten hun werkzaamheden onbezoldigd. De directeur heeft teneinde in aanmerking te komen voor rijksbekostiging een aanvraag voor subsidie ingediend bij de gemeente. Deze werd afgewezen, omdat de aanvraag niet voldeed aan de wettelijke vereisten. Vervolgens is getracht om voor de basisschool de experimenteerstatus te verkrijgen. Ook dit mocht niet baten, op 26 augustus 2013 werd meegedeeld dat de basisschool deze status niet zou krijgen. Ter financiering is door de Rabobank een bankgarantiefaciliteit ad € 50.000 verstrekt, zonder bedongen zekerheden. Het bestuur van de stichting heeft besloten om geen ouderbijdrage te verplichten, maar een vrijwillige variant in het leven te roepen van € 165 per jaar. Vanwege het mislukken van het verkrijgen van subsidies is de stichting op 13 mei 2014 op eigen aangifte failliet verklaard.

De in het faillissement benoemde curator heeft vervolgens het bestuur alsmede de directeur van de stichting aansprakelijk gehouden voor het bedrag van het boedeltekort. Aan zijn vordering heeft de curator ten grondslag gelegd dat het bestuur en de directeur als feitelijk beleidsbepalers van de stichting op grond van artikel 2:9 BW en/of artikel 6:162 BW aansprakelijk zijn voor de schade die de stichting heeft geleden doordat zij de stichting onbehoorlijk bestuurd hebben althans op die wijze onrechtmatig hebben gehandeld jegens de stichting. Daartoe stelt de curator dat geïntimideerden verplichtingen zijn aangegaan waarvan

bij gebrek aan inkomsten voorzienbaar was dat deze niet konden worden nagekomen. In eerste aanleg trok de curator echter aan het kortste eind: de rechtbank wees de vorderingen van de curator in het eindvonnis van 15 maart 2017 af en veroordeelde hem in de proceskosten. Volgens de rechtbank kon het bestuur van de stichting een onvoldoende ernstig verwijt worden gemaakt van zijn handelen om tot aansprakelijkheid wegens onbehoorlijk bestuur te concluderen.

In hoger beroep gaat het hof in op de vraag of de directeur van de stichting als feitelijk beleidsbepaler kan worden aangemerkt, alvorens over te gaan tot het vraagstuk inzake bestuurdersaansprakelijkheid. Tot slot behandelt het hof de door bestuurders aangevoerde disculpatieverweren.

Volgens het hof kan de directeur wel degelijk als feitelijk beleidsbepaler worden aangemerkt. Het initiatief tot oprichting van de stichting alsook de business case zijn afkomstig van de directeur. Het feit dat de business case geheel is opgesteld door de directeur bevestigt dat hij een bepalende invloed heeft gehad op de totstandkoming van het beleid van de stichting ten aanzien van de oprichting, de activiteiten en financiering van de basisschool. Bovendien was het de directeur die de contacten met de gemeente heeft onderhouden over het stichten van de school en de aanvraag voor opname in het plan van scholen. Daarnaast heeft hij het initiatief genoemd om de spreken tijdens de vergadering van de gemeenteraad, waar hij zich heeft geafficheerd als initiatiefnemer van de school. Volgens het hof gaat het hier steeds om contacten en initiatieven die van strategische betekenis zijn geweest voor de stichting en de school. De directeur trad hierbij niet slechts als woordvoerder van de stichting op, maar het initiatief tot het ontplooiën van deze voor de toekomst van de school belangrijke activiteiten heeft voornamelijk bij hem gelegen, aldus het hof. Dat de directeur zijn werkzaamheden onbezoldigd heeft verricht, doet niets af aan het feit dat hij als feitelijk beleidsbepaler kan worden aangemerkt. Het hof neemt het feit dat hij deze positie binnen de stichting heeft gehad in aanmerking bij de beoordeling van de gestelde aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW en het bestuur en de directeur worden vervolgens gezamenlijk behandeld als het bestuur c.s. wat betreft het vraagstuk inzake bestuurdersaansprakelijkheid.

Het hof stelt voorop dat voor bestuurdersaansprakelijkheid vereist is dat het bestuur een ernstig verwijt kan worden gemaakt, hetgeen dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Volgens het hof is het bestuur c.s. vanaf begin juni 2013 namens de stichting financiële verplichtingen aangegaan, terwijl op het moment van aangaan daarvan bekend was dat de school in elk geval in het schooljaar 2013/2014 niet voor bekostiging door de overheid in aanmerking zou komen, en de aangegane verplichtingen wel al in diezelfde periode tot grote uitgaven zouden leiden. Daarnaast waren inkomsten uit andere bronnen bij het aangaan van deze verplichtingen zo onzeker dat het bestuur c.s.

daarvan niet de reële verwachting heeft kunnen hebben dat deze in toereikende mate de aangegane financiële verplichtingen zouden dekken. Daarmee was het voor het bestuur c.s. voorzienbaar dat de stichting de aangegane verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Volgens het hof had van het bestuur c.s. in dit opzicht meer inzicht en een grotere zorgvuldigheid verwacht mogen worden, temeer nu bekostiging door de overheid was misgelopen vanwege het ontbreken van een leerlingenprognose en de daarmee gepaard gaande onzekerheid over voldoende instroom. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat de aard van de activiteiten van de stichting – het verzorgen van primair onderwijs – zich niet verdraagt met het nemen van grote financiële risico's zoals in deze genomen door het bestuur. Het bestuur heeft daarmee onbehoorlijk bestuurd terwijl hem hiervan een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hetzelfde geldt ten aanzien van de directeur, die een voorname rol heeft vervuld als feitelijk beleidsbepaler.

De voorzitter en de penningmeester hebben vervolgens gepoogd zichzelf te disculperen van aansprakelijkheid. De voorzitter heeft daartoe aangevoerd dat hij actief naar sponsors heeft gezocht en zich actief jegens crediteuren heeft opgesteld. Het mocht niet baten; het hof is van oordeel dat deze activiteiten onverlet laten dat het bestuur de financiële verplichtingen is aangegaan waarvoor de voorzitter van het bestuur volledig verantwoordelijk was. De penningmeester heeft daarentegen aangevoerd dat hij slechts uit noodzaak en tijdelijk als penningmeester zou deelnemen in het bestuur, en dat zijn kwaliteiten niet lagen op het financiële vlak. Ook hij wordt niet in het gelijk gesteld door het hof: een bestuurder kan zich ter disculpatie niet beroepen op het feit dat hij het inzicht en de bekwaamheid miste die van een bestuurder redelijkerwijs kan worden verwacht. De aanvaarding van de positie als bestuurder brengt immers met zich dat de bestuurder er in deze zin voor instaat dat hij op zijn taak berekend is.

Kortom, een overwinning voor de curator. Wat betreft de door de curator gestelde schade bestaande uit het boedeltekort stelt het hof echter de curator niet geheel in het gelijk. Faillissementskosten zoals het salaris van de curator zijn geen kosten die de stichting heeft gemaakt noch kosten die de stichting gehouden is te vergoeden aan de curator of aan derden. Van schade geleden door de stichting is dus geen sprake.

S. Renssen

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 11-12-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:5184

Zaaknummer: 200.218.097_01

Rechters: H.A.G. Fikkers, E.H. Schulten en S.C.H. Molin

Advocaten: A.J.C.L. Pals-Rubbens, J.M. van Gool, P.A. Visser en D.D. Versluis

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Van Gessel q.q./X

Echtgenote van failliet komt geen terugneemrecht toe op grond van artikel 61 lid 4 Fw (oud).

Eiser is op 12 december 2017 benoemd tot curator ('de curator') van de persoonlijk failliet verklaarde ('de gefailleerde'). In februari 2018 bleek al dat het boedeltekort bijna € 10 miljoen is. Gefailleerde is al sinds 1978 in gemeenschap van goederen getrouwd met zijn echtgenote, de gedaagde in deze procedure. In 1984 hebben gefailleerde en zijn echtgenote een huis aangekocht, welk huis in de gemeenschap van goederen viel.

In 2008 hebben gefailleerde en zijn echtgenote huwelijkse voorwaarden gesloten met algehele uitsluiting van de huwelijksgoederengemeenschap. Uit artikel 1:93 BW volgt dat bij huwelijkse voorwaarden uitdrukkelijk kan worden afgeweken van de bepalingen van de wettelijke gemeenschap van goederen. Bij die verdeling heeft de echtgenote het eigendom van de woning, het eigendom van een auto en de saldi van drie bankrekeningen toebedeeld gekregen. Aan gefailleerde is de op de woning rustende hypotheekschuld toebedeeld.

Daags na het faillissement heeft de curator aan de echtgenote medegedeeld dat haar geen terugneemrecht toekomt op grond van artikel 61 lid 1 Fw (oud) jo. artikel 61 lid 4 Fw (oud). De curator nam daarbij aan dat de echtgenote de woning niet met eigen middelen heeft gefinancierd, althans niet voor meer dan 50% met eigen middelen.

In de onderhavige procedure vordert de curator een aantal verklaringen voor recht. Zo vordert de curator een verklaring voor recht dat het woonhuis, de auto en de saldi van de drie bankrekeningen deel uitmaken van de failliete boedel en dat de echtgenote deze niet mag terugnemen. Daarnaast vordert de curator voor recht te verklaren dat het faillissement het gehele vermogen van gefailleerde en zijn echtgenote omvat, behoudens de vermogensbestanddelen waarvan de echtgenote heeft kunnen aantonen dat zij deze op grond van artikel 61 Fw (oud) kan terugnemen.

Uit artikel 61 lid 1 Fw (oud) vloeit voort dat de echtgenote van de gefailleerde alle goederen terugneemt die hem (of haar) toebehoren en niet in de huwelijksgemeenschap vallen. Uit

artikel 61 lid 4 Fw (oud) vloeit voort dat de goederen, volgend uit belegging of wederbelegging van gelden aan de echtgenote van de gefailleerde buiten de gemeenschap vallende, door de echtgenoot worden teruggenomen mits de belegging of wederbelegging in geval van geschil door voldoende bescheiden ten genoegen van de rechter wordt bewezen.

De rechtbank moet aldus beoordelen of de echtgenote van gefailleerde een terugneemrecht toekomt ten aanzien van het woonhuis, de auto en de saldi op de drie bankrekeningen. De rechtbank haakt bij haar beoordeling aan bij het uitgangspunt van de Faillissementswet bij artikel 61 Fw (oud). Volgens de rechtbank is het uitgangspunt dat goederen die aan beide echtgenoten toebehoren in de faillissementsboedel vallen. Tussen gefailleerde en zijn echtgenote bestaat geen huwelijksgemeenschap, gezien de huwelijkse voorwaarden. Nu de echtgenote in beginsel alle goederen die haar toebehoren kan terugnemen, maar de curator met vrucht een beroep kan doen op de bepaling van artikel 61 lid 4 Fw, rust op de echtgenote een bewijsopdracht.

Op de belegging/wederbelegging is artikel 1:95 lid 1 BW van toepassing. Dat betekent dat de niet-failliete echtgenote dient aan te tonen dat de zaken voor meer dan de helft met eigen middelen zijn gefinancierd. Het gaat daarbij om het moment van verkrijgen.

Ten aanzien van de woning overweegt de rechtbank dat de woning is gefinancierd met een hypotheek. De financiering vond dus plaats met vreemd vermogen en niet met eigen middelen. Gelet daarop komt de echtgenote geen recht op terugnemings toe. Ten aanzien van de auto overweegt de rechtbank hetzelfde. De echtgenote heeft niets dan wel onvoldoende gesteld over de hoogte van de koopsom van de auto en zij heeft niet onderbouwd dat zij de auto voor de helft uit eigen middelen zou hebben betaald. Ten aanzien van de banksaldi heeft de echtgenote niet voldoende kunnen bewijzen wat de herkomst van die saldi is. Ook is niet komen vast te staan dat die saldi tot stand zijn gekomen met (de helft van haar) eigen vermogen. De vorderingen van de curator zijn dan ook toewijsbaar.

F. van Tilburg

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 24-10-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2018:4364

Zaaknummer: C/19/121937 / HA ZA 18-36

Rechters: L. Groefsema

Advocaten: B.M.J. Pelzer en W.H. Bussink

Wetsartikelen: 61 Fw (oud)

RECHTSPRAAK

Stichting De Vijf Muskietiers c.s./Curatoren

In dit geschil tussen de curatoren en pandhouders over de termijnstelling van artikel 58 Fw is een van de pandhouders (uiteindelijk) failliet verklaard. De curatoren hebben schorsing verzocht. De Hoge Raad overweegt dat hiermee een vordering als bedoeld in artikel 25 lid 1 en 27 lid 1 Fw aan de orde is, zodat daarmee aan de voorwaarden voor schorsing als bedoeld in artikel 27 Fw is voldaan. Artikel 27 Fw biedt de wederpartij van een failliet zonder meer het recht schorsing van de procedure te vorderen om de curator in het geding te roepen. Een afweging van belangen in verband met een eventuele zekerheidsstelling voor de proceskosten (art. 224 Rv) voor de wederpartij, komt pas aan de orde indien de curator zou beslissen de procedure niet over te nemen en de wederpartij om ontslag van instantie verzoekt.

Het gaat in dit schorsingsincident om de volgende feiten. Eiseres in cassatie A is gehuwd met betrokkene B, die op 16 april 2013 persoonlijk failliet is verklaard. Tevens eiseres in cassatie De Vijf Muskietiers behartigt de financiële belangen van de vijf kinderen van A en B. In deze zaak hebben eiseressen zich jegens de curatoren van B (verweerders in cassatie) op het standpunt gesteld dat zij in 2009 vorderingen van ruim € 1,7 miljoen respectievelijk bijna € 1 miljoen op B hebben verkregen en dat deze door pandrecht zijn gedekt. De curatoren hebben eiseressen voor de uitoefening van hun pandrechten op 7 mei 2013 een termijn gesteld als bedoeld in artikel 58 Fw van zeven dagen. Dat is voor eiseressen aanleiding geweest deze procedure te starten.

Nadat in deze procedure hoger beroep is ingesteld is (eiseres) A toegelaten tot de schuldsaneringsregeling. De toepassing daarvan is tussentijds beëindigd, waarna A met ingang van 8 september 2018 persoonlijk failliet is verklaard. Om die reden hebben de curatoren onder verwijzing naar de toen nog voor A geldende schuldsaneringsregeling, op 8 juni 2018 op

grond van artikel 313 lid 1 Fw in verbinding met artikel 27 lid 1 Fw verzocht om het geding in cassatie te schorsen teneinde in de gelegenheid te worden gesteld om de bewindvoerder van A tot overneming van het geding op te roepen. Zij hebben daarbij aangekondigd dat zij ontslag van instantie zullen vragen indien de bewindvoerder van A het geding in cassatie niet overneemt. Voor het geval geen ontslag van instantie volgt, hebben de curatoren verklaard zich het recht voor te behouden om op de voet van artikel 224 Rv zekerheidsstelling te vorderen van A voor de proceskosten in cassatie.

A heeft in het incident primair als verweer gevoerd dat zij de verpande vorderingen bij akte van cessie van 11 september 2014, dus voordat de schuldsaneringsregeling op haar van toepassing was verklaard, heeft overgedragen aan de stichting Prato. A stelt dat zij dus niet namens zichzelf procedeert, maar namens de cessionaris, Prato. Op haar beurt vordert Prato zich als cessionaris te mogen voegen (art. 217 Rv e.v. Rv). Voor het overige beroept A zich op misbruik van bevoegdheid wegens het schorsingsverzoek.

De Hoge Raad stelt voorop dat van misbruik van de bevoegdheid tot het verzoeken van schorsing als bedoeld in artikel 27 Fw geen sprake is. Het enkele feit dat de curatoren al tijdens de appelprocedure wisten dat A tot de schuldsaneringsregeling was toegelaten, maar toen geen schorsing hebben gevraagd, is daartoe onvoldoende.

Ten aanzien van het schorsingsverzoek overweegt de Hoge Raad verder dat zelfs al zou sprake zijn van de door A gestelde cessie van vorderingen, daarmee nog niet is gegeven dat A deze procedure voert als lasthebber van Prato. De curatoren hebben, naast het bestaan van de gestelde cessie, ook het bestaan van een lastgeving betwist. Nu A daarvan geen bewijsstukken heeft overgelegd, kan het bestaan van de gestelde lastgeving niet worden aangenomen (vgl. o.m. HR 16 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2112, r.o. 5.2.3). Dat betekent dat A voor eigen rekening is blijven procederen.

Nu het in dit geding gaat om een vordering als bedoeld in artikel 25 lid 1 en 27 lid 1 Fw, is daarmee aan de voorwaarden voor schorsing als bedoeld in artikel 27 Fw voldaan. De mededeling van A dat Prato bereid is om zekerheid te stellen voor de proceskosten doet daaraan niet af. Afgezien van het feit dat, zoals hiervoor is overwogen, niet is komen vast te staan dat A lasthebber is van Prato en een dergelijk aanbod namens Prato kan doen, biedt artikel 27 Fw de wederpartij van een failliet zonder meer het recht schorsing van de procedure te vorderen om de curator in het geding te roepen. Een afweging van belangen in verband met een eventuele zekerheidsstelling voor de proceskosten komt pas aan de orde indien de curator van A zou beslissen de procedure niet over te nemen en de curatoren om ontslag van instantie verzoeken. Het schorsingsverzoek wordt dan ook toegewezen. Het verzoek tot voeging wordt buiten behandeling gelaten.

M. Verdonk

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 30-11-2018

ECLI: ECLI:NL:HR:2018:2220

Zaaknummer: 18/01575

Rechters: J. Numann, G. Snijders, T.H. den Tanja-van Broek, M.J. Kroeze en H.M. Wattendorff

Advocaten: C.S.G. Janssens en M.A.J.G. Janssen

Wetsartikelen: 27 lid 1 Fw, 313 lid 1 Fw en 58 Fw

RECHTSPRAAK

Appellanten/Curator

Het verkopen van de aandelen aan een katvanger, wetende dat die niet serieus van plan is de onderneming voort te zetten, en dit met de uitsluitende bedoeling om de onderneming van haar schuldenlast te bevrijden en deze in ander verband voort te zetten, is niet in het belang van de vennootschap en vormt kennelijk onbehoorlijk bestuur.

De curator, geïntimeerde, verwijt appellanten dat zij als bestuurders c.q. feitelijk beleidsbepalers de later gefailleerde vennootschap kennelijk onbehoorlijk bestuurd hebben door de aandelen, op een moment dat het niet goed ging met de onderneming, aan een katvanger te verkopen.

Het hof onderschrijft deze stelling. Volgens het hof moet bij gebrek aan tegenbewijs de conclusie zijn dat appellanten ten tijde van de verkoop van de aandelen wisten dat de koper niet serieus van plan was om de onderneming voort te zetten. Reeds de omstandigheden dat de koper (een werkloze jonge man van 23) zich niet in de administratie heeft verdiept, niet heeft geïnformeerd naar de omvang van de schulden en niet met het management en/of de werknemers heeft gesproken, wijzen daarop. Uit niets blijkt dan ook welk belang deze koper erbij zou kunnen hebben om een onderneming over te nemen met een hoge schuldenlast, waarin bovendien te weinig werk voorhanden was voor de aanwezige werknemers. Dat hij gezegd zou hebben zelf werk te hebben voor de werknemers, maakt dat niet anders, omdat daarmee niet is verklaard waarom hij ook de schulden mee over zou willen nemen. Daar komt dan nog bij dat ook drie andere vennootschappen door appellanten op dezelfde wijze zijn verkocht aan dezelfde bemiddelaar, die daarna failliet zijn gegaan.

Het aldus verkopen van de aandelen in een vennootschap aan een katvanger, met de uitsluitende bedoeling om de onderneming van haar schuldenlast te bevrijden en deze in ander verband voort te zetten, is naar het oordeel van het hof dan ook evident niet in het belang van de vennootschap en vormt daarom kennelijk onbehoorlijk bestuur. Ten aanzien van de vraag of dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, stelt het hof voorop dat het niet nakomen van de boekhoudplicht (art. 2:10 BW) het wettelijk vermoeden voor dat causale

verband oplevert, en dat het wegsluizen van het actief van de vennootschap, onder achterlating van de schulden, eveneens onmiskenbaar een oorzaak van faillissement vormt (art. 2:248 lid 2 BW).

Met betrekking tot de boekhouding verwerpt het hof het standpunt van appellanten dat uit de stellingen van de curator volgt dat hij bij het faillissement de administratie heeft aangetroffen en dat dit ook dwingend volgt uit de notariële koopakte (art. 157 lid 1 Rv). De curator heeft die stelling voldoende gemotiveerd bestreden door aan te geven en ter comparitie in hoger beroep nader te verklaren dat de administratie door de FIOD en hemzelf weliswaar enigszins is gereconstrueerd, maar dat deze in ieder geval niet bij de faillietverklaring voorhanden was en nog steeds hiaten vertoont. Onder meer die verklaringen kunnen bijdragen aan het ontzenuwen van de dwingende bewijskracht van de akte (art. 151 lid 2 Rv). Daarnaast moet volgens het hof geconcludeerd worden dat appellanten activa (opdrachten en gelden) van de vennootschap hebben weggesluisd, terwijl de kosten bij de gefailleerde bleven. Dit evident onbehoorlijke bestuur heeft vanzelfsprekend in ernstige mate bijgedragen aan het faillissement. Het bewijsaanbod van appellanten ter zake van externe factoren die ten grondslag liggen aan het faillissement wordt om die reden gepasseerd. Het is voor aansprakelijkheid van bestuurders noodzakelijk (maar ook voldoende) dat aannemelijk is dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 30-10-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:9490

Zaaknummer: 200.206.456

Rechters: L.M. Croes, R.A. van der Pol en A.S. Gratama

Advocaten: D.F. Briedé en T. van Dijken

Wetsartikelen: 2:248 lid 2 BW en 2:10 BW