

**JOR 2014/122 Hoge Raad, 24-01-2014 Bestuurdersaansprakelijkheid, Verbod van financiële steunverlening, Overgangsrecht Flex-BV, Door vennootschap aan bestuurder verstrekte lening was gefinancierd met vreemd vermogen en was derhalve niet van invloed op haar eigen vermogen, Lening niet door het verbod van art. 2:207c lid 2 BW getroffen, Art. 2:248 lid 1 BW brengt mee dat de rechter dient na te gaan of het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is, Daarvoor is onvoldoende dat een handeling die kennelijk onbehoorlijk bestuur oplevert, als een voorwaarde voor het faillissement is te beschouwen, De verjaringstermijn van de faillissementspauliana ingevolge art. 3:52 lid 1, aanhef en onder c, BW begint pas te lopen op het moment dat de curator de benadeling heeft ontdekt, Vernietiging en verwijzing, Cassatie van Hof Leeuwarden 31 juli 2012, «JOR» 2013/34, m.nt. Bartman**

Wetsbepaling(en):

BW BOEK 2 artikel 207C, BW BOEK 2 artikel 248, BW BOEK 3 artikel 52

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:HR:2014:153, OR-Updates.nl 2014-0039 , Bb 2014/79.1, JONDR 2014/227, JIN 2014/36, NJ 2014/177, NJB 2014/256, RI 2014/41, RvdW 2014/193

**JOR 2014/122, Hoge Raad, 24-01-2014, ECLI:NL:HR:2014:153, ECLI:NL:PHR:2013:1116, 12/05250 (annotatie)**

---

### Inhoudsindicatie

Bestuurdersaansprakelijkheid, Verbod van financiële steunverlening, Overgangsrecht Flex-BV, Door vennootschap aan bestuurder verstrekte lening was gefinancierd met vreemd vermogen en was derhalve niet van invloed op haar eigen vermogen, Lening niet door het verbod van art. 2:207c lid 2 BW getroffen, Art. 2:248 lid 1 BW brengt mee dat de rechter dient na te gaan of het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is, Daarvoor is onvoldoende dat een handeling die kennelijk onbehoorlijk bestuur oplevert, als een voorwaarde voor het faillissement is te beschouwen, De verjaringstermijn van de faillissementspauliana ingevolge art. 3:52 lid 1, aanhef en onder c, BW begint pas te lopen op het moment dat de curator de benadeling heeft ontdekt, Vernietiging en verwijzing, Cassatie van Hof Leeuwarden 31 juli 2012, «JOR» 2013/34, m.nt. Bartman

---

### Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

---

### Gegevens

<b>Instantie</b>	Hoge Raad
<b>Datum uitspraak</b>	24-01-2014, 25-10-2013
<b>Publicatie</b>	JOR 2014/122 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 5, 2014
<b>Annotator</b>	• <a href="#">mr. S.C.M. van Thiel</a>

<b>ECLI</b>	ECLI:NL:HR:2014:153, ECLI:NL:PHR:2013:1116
<b>Zaaknummer</b>	12/05250, 12/05250 <ul style="list-style-type: none"> <li>• ECLI:NL:HR:2014:153</li> <li>• JIN 2014/36 met annotatie van J. van der Kraan</li> <li>• NJB 2014/256</li> <li>• RvdW 2014/193</li> <li>• NJ 2014/177</li> </ul>
<b>Overige publicaties</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• JONDR 2014/227</li> <li>• RI 2014/41</li> <li>• JWB 2014/68</li> <li>• Bb 2014/79.1</li> <li>• ECLI:NL:PHR:2013:1116</li> </ul>
<b>Rechtsgebied</b>	Ondernemingsrechtpraktijk
<b>Rubriek</b>	Ondernemingsrecht <ul style="list-style-type: none"> <li>• mr. Bakels</li> <li>• mr. Van Buchem-Spapens</li> </ul>
<b>Rechters</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• mr. Heisterkamp</li> <li>• mr. Drion</li> <li>• mr. Snijders</li> </ul>
<b>Partijen</b>	<p>1. Sansto BV te Beesel,  2. P.W.M. Sanders te Horst aan de Maas,  eisers tot cassatie,  verweerders in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,  advocaat: mr. P.A. Fruytier,  tegen  J.J. Reiziger te Haren,  in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Magista BV,  verweerder in cassatie,  eiser in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,  advocaat: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk.</p>
<b>Regelgeving</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• BW Boek 2 - 207c</li> <li>• BW Boek 2 - 248</li> <li>• BW Boek 3 - 52</li> </ul>

## Samenvatting

---

Bij de beoordeling van het onderdeel wordt vooropgesteld dat art. 2:207c lid 2 BW met ingang van 1 oktober 2012 is vervallen (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht). Art. V.1.1 Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht brengt in verbinding met art. 81 lid 3 Ow BW mee dat de door Magista aan Sansto verstrekte lening met ingang van 1 oktober 2012 niet langer op de voet van art. 2:207c lid 2 BW (in verbinding met art. 3:40 lid 2 BW) kan worden vernietigd indien alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op de nietigheid hadden kunnen beroepen, de handeling voordien als geldig hebben aangemerkt. Aan deze zojuist genoemde voorwaarde is niet voldaan. Art. 2:207c lid 2 BW dient dus in dit cassatieberoep te worden toegepast.

Het cassatieonderdeel treft doel. Het hof heeft miskend dat de door de bank aan Magista verstrekte hypothecaire lening en het krediet in rekening-courant zijn aan te merken als vreemd vermogen van Magista. Noch het aangaan van die lening en dat krediet, noch de wijze waarop het aldus verkregen vreemde vermogen door Magista is aangewend, was daarom van invloed op de omvang van het eigen vermogen van Magista. Het oordeel van het hof dat het bedrag van het aldus verkregen vreemde

vermogen in mindering diende te worden gebracht op het eigen vermogen van Magista, is dus onbegrijpelijk gemotiveerd.

Art. 2:207c lid 2 BW houdt in dat de vennootschap (in dit geval: Magista) leningen met het oog op het nemen of verkrijgen van aandelen in haar kapitaal slechts mag verstrekken tot ten hoogste het bedrag van de uitkeerbare reserves. Onderdeel 1.2 doet een beroep op door Sansto en haar enig aandeelhouder en bestuurder Sanders aangevoerde stellingen die erop neerkomen dat de onderhavige (door)lening niet door het verbod van art. 2:207c lid 2 BW werd getroffen, gezien de omvang van de uitkeerbare reserves van Magista. Het hof heeft deze essentiële stellingen niet kenbaar in zijn oordeel betrokken, zodat ook onderdeel 1.2 gegrond is.

De cassatieklachtonderdelen 2.1 en 2.2 treffen eveneens doel. Het hof heeft terecht als uitgangspunt genomen dat de kern van het geschil de vraag is of Sansto BV als bestuurder van Magista BV haar taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement van Magista. Stelplicht en bewijslast van de daaraan ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden rusten ingevolge art. 150 Rv op de curator. Ter bestrijding van hetgeen de curator in dat verband heeft gesteld, hebben Sansto en haar enig aandeelhouder en bestuurder Sanders onder meer aangevoerd dat de (door)lening van het door Magista van de bank geleende bedrag onverbrekkelijk samenhangt met de overige elementen van de onderhavige aandelentransactie, waardoor de vermogens- en liquiditeitspositie van Magista juist werd versterkt. Door te oordelen dat Sansto en Sanders de stelplicht en bewijslast droegen van hun standpunt, heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Onderdeel 4 bestrijdt met name het oordeel van het hof dat het aannemelijk is dat het onbehoorlijke bestuur van Sansto over Magista een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement van Magista, zulks in weerwil van het feit dat de lening van Magista aan Sansto niet direct de oorzaak is geweest van het faillissement van Magista. Door te overwegen dat deze lening het mogelijk heeft gemaakt dat Sansto door verrekening in rekening-courant aanzienlijke bedragen aan Magista heeft onttrokken, waardoor het vermogen van Magista onaanvaardbaar is uitgehold, hetgeen kan worden aangemerkt als een belangrijke oorzaak van het faillissement, heeft het hof art. 2:248 lid 1 BW miskend. Het onderdeel slaagt. Art. 2:248 lid 1 BW brengt mee dat de rechter dient na te gaan of het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Daarvoor is onvoldoende dat een handeling die kennelijk onbehoorlijk bestuur oplevert, als een voorwaarde voor het faillissement is te beschouwen.

In het incidentele cassatieberoep heeft de curator aangevoerd dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat het beroep van Sansto en Sanders op verjaring van de bevoegdheid tot vernietiging op grond van de actio pauliana, slaagt. Rechtsvorderingen tot vernietiging van een rechtshandeling verjaren ingevolge art. 3:52 lid 1, aanhef en onder c, BW in geval van benadeling: drie jaren nadat de benadeling is ontdekt. Deze bepaling bestrijkt mede de vernietiging wegens benadeling op de voet van art. 42 en 47 Fw. Zij strookt met het uitgangspunt dat een verjaringstermijn met betrekking tot een bevoegdheid tot vernietiging niet eerder gaat lopen dan vanaf het moment waarop degene die tot vernietiging bevoegd is, daadwerkelijk over deze bevoegdheid beschikt. De aan het oordeel van het hof, dat de onderhavige verjaringstermijn zonder meer begon te lopen daags nadat het faillissement van Magista was uitgesproken, ten grondslag liggende rechtsopvatting is blijkens het hiervoor overwogene onjuist.

Het hof heeft ook van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven als het heeft miskend dat een beroep in rechte op een vernietigingsgrond als geregeld in art. 3:51 lid 3 BW, vormloos is.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het gerechtshof en verwijst het geding naar het Gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing.

---

## Uitspraak

---

### *Conclusie Advocaat-Generaal*

---

(mr. Timmerman)

## *1. Feiten*

---

1.1. Magista B.V. (hierna: Magista) te Roden hield zich bezig met het ontwerpen, produceren en verkopen van archief- en opslagsystemen voor bedrijven. De aandelen in Magista werden gehouden door Whittan Storage Systems Limited (verder te noemen Whittan).

1.2. Whittan heeft in april 2005 de aandelen Magista voor een bedrag van € 500.000,- verkocht aan Sansto. De overdracht van de aandelen heeft plaatsgevonden op 14 april 2005. De economische overdracht van de onderneming van Magista heeft plaatsgevonden per 1 april 2005 in verband met het feit dat het boekjaar van Magista liep van 1 april tot en met 31 maart.

1.3. Sansto is vanaf 14 april 2005 bestuurder van Magista. Sanders is enig aandeelhouder en bestuurder van Sansto.

## *Vrij uitkeerbare reserves*

---

1.4. Bij gelegenheid van de verkoop van de aandelen Magista hebben Whittan en Whittan Netherlands B.V. een schuld van Magista aan hen van € 2.371.000,- kwijtgescholden.

1.5. Op 12 april 2005 hebben L.P.M.L. Mulder en drs. P.L.C.M. Janssen als accountants verbonden aan het kantoor Ernst & Young Accountants (verder gezamenlijk aan te duiden als Ernst & Young) een brief gestuurd aan Sansto met de volgende inhoud:

“Op uw verzoek bevestigen wij in het kader van de door u beoogde overgang van Magista B.V. te Roden als volgt. Het eigen vermogen van Magista B.V. per 31 maart 2004, ontleend aan de gedeponeerde jaarrekening over het verslagjaar 2003/2004 waarbij KPMG Accountants N.V. een goedkeurende accountantsverklaring heeft verstrekt, bedraagt € 295.000,- en is als volgt samengesteld:

	€
Geplaatst kapitaal	1.361.000
Herwaarderingsreserve	814.000
Overige reserves (1.880.000)	
Eigen vermogen per 31 maart 2004	295.000

In het kader van de beoogde overname heeft de huidige aandeelhouder toegezegd een lening groot € 2.371.000 te zullen kwijtschelden. Over het jaar 2004/2005 bedraagt het resultaat volgens intern door Magista B.V. opgestelde cijfers positief € 47.000.

Uitgaand van voornoemd resultaat over 2004/2005, de kwijtschelding van de lening van de huidige aandeelhouder en de jaarlijkse realisatie van de herwaarderingsreserve is het eigen vermogen van Magista B.V. volgens de op dit moment beschikbare informatie op 31 maart 2005 als volgt samengesteld:

€

Geplaatsd kapitaal	1.361.000
Herwaarderingsreserve	784.000
Overige reserves (vrij uitkeerbaar)	568.000
Eigen vermogen per 31 maart 2005	2.713.000

Voor de goede orde maken wij u er op attent dat het in deze vermogensopstelling meegenomen resultaat over 2004/2005 van positief € 47.000 is ontleend aan voorlopige cijfers, waarop door ons geen accountantscontrole is toegepast. Het is niet uit te sluiten dat het definitieve resultaat over 2004/2005 positief dan wel negatief kan afwijken van dit voorlopige resultaat.”

1.6. Rabobank heeft in april 2005 in het kader van de overname van Magista door Sansto aan Magista een bedrag van € 1.150.000,- ter beschikking gesteld in de vorm van een lening van € 650.000,- en een krediet in rekening-courant van € 500.000,-. Als zekerheid voor de terugbetaling van het totale bedrag is onder meer een recht van hypotheek gevestigd op het bedrijfspand van Magista te Roden en heeft Sansto een bankborgtocht van € 250.000,- aan Rabobank verstrekt.

1.7. In de “Verdere uitwerking financieringsvoorstel”<sup>1</sup> is het volgende vermeld:

“Krediet in rekening-courant van € 500.000,-

De Coöperatieve Rabobank (...) verstrekt het krediet (hoofdelijk) aan, en de bank houdt in dat kader een rekening-courant aan voor:

Magista B.V.

(...)”

1.8. Het door Rabobank verstrekte krediet van € 500.000,- is gebruikt voor de betaling van de koopsom van de aandelen aan Whittan. Rabobank heeft dit bedrag rechtstreeks gestort op de rekening van de notaris die de overdrachtsakte van de aandelen heeft gepasseerd.

1.9. In de rekening-courantverhouding die tussen Magista en Sansto is gecreëerd is een bedrag van € 500.000,- opgenomen ten laste van Sansto als lening voor de voldoening van de koopsom van de aandelen.

1.10. Uit de jaarrekening over het boekjaar 2004/2005 blijkt dat Magista een verlies heeft geleden van € 261.000,-.

### ***Managementvergoeding en -kosten***

---

1.11. Magista als opdrachtgever en Sansto als opdrachtnemer hebben op 14 april 2005 een managementovereenkomst gesloten, waarbij Sansto zich heeft verplicht managementwerkzaamheden voor Magista te verrichten tegen een vergoeding van € 1.000,- per maand gebaseerd op een gemiddelde aanwezigheid van Sanders in Roden van één dag per week. Deze overeenkomst is van kracht geweest van 14 april 2005 tot 1 oktober 2005.

1.12. Op 26 oktober 2005 zijn Magista en Sansto een “Aanvulling op de Managementovereenkomst d.d. 14 april 2005” overeengekomen waarbij de opdracht aan Sansto met ingang van 1 oktober 2005 is uitgebreid en de managementvergoeding is bepaald op € 4.000,- per maand, exclusief btw, uit te betalen

in 12 gelijke termijnen. Deze vergoeding is gebaseerd op de beschikbaarheid van Sanders van minimaal vier dagen per week, waarvan ten minste twee à drie dagen per week in Roden.

1.13. Magista en Sansto hebben een nieuwe managementovereenkomst gesloten,<sup>2</sup> gedateerd 10 maart 2006 en ingaande 1 april 2006, waarbij Sansto als directeur wordt belast met het bestuur en beheer van Magista (artikel 2.1.). Voor deze werkzaamheden zijn Magista en Sansto een managementvergoeding overeengekomen van € 48.000,- per jaar, exclusief btw, welke vergoeding direct per 1 april 2006 is verschuldigd (artikel 3.1.). Maatregelen die een extra inspanning en expertise vragen van Sansto, zoals reorganisaties en herstructureringen vallen buiten de hiervoor bedoelde werkzaamheden (artikel 2.3.). Voor de uitvoering van dergelijke maatregelen ontvangt Sansto een vergoeding van 2,5 maal de jaarlijkse vergoeding van € 48.000,-, eveneens direct per 1 april 2006 verschuldigd (artikel 3.2.). De opdracht is verleend voor onbepaalde tijd en kan door ieder der partijen worden opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van ten minste zes maanden (artikel 1.2.). Indien de overeenkomst eindigt wegens opzegging door Magista, zal Magista aan Sansto een beëindigingsvergoeding betalen, die het product bedraagt van het aantal volledige jaren dat deze en voorafgaande overeenkomsten hebben geduurd maal de op het moment van jaarlijkse beëindiging geldende jaarlijkse fee, met een minimum van de fee over 1 jaar en ten hoogste de fee over twee jaren (artikel 9.2.).

1.14. Op 28 maart 2007 heeft Sansto aan Magista een factuur gestuurd voor een bedrag van € 120.000,- exclusief btw (€ 142.800,- inclusief btw) voor aanvullende managementkosten voor het boekjaar 2006-2007 in verband met herstructurering en reorganisatie van Magista (factuur 501/4).

1.15. Op 1 april 2007 heeft Sansto aan Magista een factuur gestuurd voor een bedrag van € 48.000,- exclusief btw, zijnde € 57.120,- inclusief btw, ter zake van de managementvergoeding over de periode april 2007 tot en met maart 2008 (factuur 501/7, aanvankelijk genummerd 501/5).

1.16. Eveneens op 1 april 2007 heeft Sansto aan Magista een factuur gestuurd voor een bedrag van € 120.000,- exclusief btw, zijnde € 142.800,- inclusief btw, voor aanvullende managementkosten in verband met herstructurering en reorganisatie van Magista in het boekjaar 2007-2008 (factuur 501/6).

1.17. Op 9 november 2007 heeft Sansto aan Magista een eindafrekening gestuurd in verband met de opzegging van de managementovereenkomst door Magista per 31 augustus 2007 voor een bedrag van € 109.480, inclusief btw. Daarbij is onder meer een vergoeding voor de opzegtermijn van zes maanden van € 24.000,- exclusief btw, en een beëindigingsvergoeding van € 96.000,- exclusief btw in rekening gebracht (factuur 2007-501/11).

1.18. In een e-mail van H. Zaaijer, een voormalig werknemer van Magista, aan C. Glas, een medewerker van de curator, van 21 november 2007, 11:11 uur, is het volgende opgenomen:

“Reorganisatie 2006

Het voorbereiden van de reorganisatie 2006, de besprekingen met werkgevers organisatie en vakbonden, het maken van de financiële plannen, gesprekken met de werknemers etc. zijn door mij gebeurd in de periode begin april tot en met juni 2006. In deze periode heb ik daar gemiddeld 1,5 dag per week aan gewerkt, dus in totaal ongeveer 20 dagen. (...)”

1.19. In een mail van Zaaijer aan Glas van 21 november 2007, 11:21 uur, is het volgende vermeld:

“De werkzaamheden na juni 2006 zijn zeer minimaal geweest, alleen nog vervolgesprekken met vakbonden (evaluatie). Naar mijn mening heeft Sanders ongeveer dezelfde tijd besteed als mijzelf, het kan een aantal dagen meer zijn omdat ik niet bij alle gesprekken met Boels en Sanders was!”

1.20. In de door Ernst & Young opgestelde jaarrekening van Magista over het boekjaar 2005-2006 (p. 2) is vermeld:

“Sedert 14 april 2005 maakt Magista B.V. deel uit van de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting met als hoofd Sansto B.V.

(...)

Belastbaar bedrag vanaf 14 april 2005 (...) (716540)

(...)

De over de periode 14 april 2005 tot en met 31 maart 2006 toegerekende vennootschapsbelasting bedraagt € 179.000 en is in rekening-courant met Sansto verrekend.”

1.21. Op 31 maart 2006 is onder de noemer “Vordering Vpb ivm FE” in de rekeningcourant een vordering van Magista op Sansto van € 179.000,- opgenomen. Het saldo op de rekening-courant bedroeg per 31 maart 2006 € 703.000,- ten gunste van Magista. In de door Ernst & Young goedgekeurde balans is onder de noemer Financiële vaste activa (2) een vordering van € 703.000,- op Sansto opgenomen. Uit de toelichting op deze balanspost blijkt dat Magista en Sansto een rente van 5% zijn overeengekomen.

1.22. Sansto heeft op enig tijdstip na 31 maart 2006 de in de rekening-courant opgenomen vordering van Magista ter zake van vennootschapsbelasting ten bedrage van € 179.000,- afgeboekt.

1.23. Sansto heeft op 9 februari 2007 en 30 maart 2007 bedragen van respectievelijk € 100.000,- en € 10.000,- overgeboekt naar een bankrekening van Magista, welke bedragen op het saldo van de rekening-courant in mindering zijn gebracht.

1.24. Magista is op 10 juli 2007 door de rechtbank Assen in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. H.J. de Ruijter tot curator, die inmiddels is opgevolgd door mr. J.J. Reiziger.

## ***2. Procesverloop***

---

2.1. Bij inleidende dagvaarding van 28 april 2009 heeft de curator Sansto en Sanders gedagvaard voor de rechtbank Assen.

Primair vorderde hij hoofdelijke veroordeling van Sansto en Sanders tot betaling aan hem van een bedrag van € 550.000,-, zijnde het tekort in de boedel van Magista. Daartoe stelde hij dat de lening van Magista aan Sansto van € 500.000,- nietig, dan wel vernietigbaar is op grond van art. 2:207c lid 2 BW. Tevens was de liquiditeitspositie van Magista door de verstrekking van deze lening zodanig afgenomen dat het faillissement van Magista naar zijn mening uiteindelijk onafwendbaar was. Volgens de curator is er dan ook sprake van onbehoorlijk bestuur en zijn Sansto en Sanders op grond van art. 2:248 BW hoofdelijk aansprakelijk voor het volledige tekort in het faillissement.

Subsidiair vorderde de curator terugbetaling door Sansto van de lening van € 500.000,-, vermeerderd met wettelijke rente en zonder verrekening van mogelijk door Magista aan Sansto verschuldigde management fees. De managementovereenkomsten op basis waarvan de management fees zijn voldaan zijn, zo stelt de curator, als paulianeus te beschouwen, althans de betalingen van de management fees zijn als onrechtmatige, selectieve betalingen aan te merken.

Meer subsidiair vorderde de curator dat Sansto uit hoofde van de rekening-courant verhouding die bestond tussen Magista en Sansto een bedrag van € 436.400,- aan de curator dient te betalen.

2.2. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen en hem veroordeeld in de kosten van de procedure. Daartoe overwoog zij dat Sansto en Sanders er ten tijde van het aangaan van de lening van € 500.000,- van uit mochten gaan dat de vrij uitkeerbare reserves van Magista € 568.000,- bedroegen, zodat art. 2:207c BW aan het vertrekken van die lening niet in de weg stond. Ook was de rechtbank van oordeel dat de curator onvoldoende had gesteld om aan te nemen dat het bestuur van Magista voorzorg of kon voorzien dat de lening een zodanige onttrekking aan de liquiditeit van Magista was dat daarmee een faillissement onafwendbaar zou zijn. Tot aansprakelijkheid op grond van 2:248, 2:9 en 6:162 BW kwam de rechtbank daarom niet. Ten aanzien van de vorderingen uit rekening courant tussen Magista en Sansto, de Vpb-vordering, de stelling dat Sansto en Sanders paulianeus hadden gehandeld, dat selectief was betaald en dat de in de managementovereenkomst opgenomen beëindigingsregeling niet rechtsgeldig is, oordeelde de rechtbank dat de curator onvoldoende had gesteld.

2.3. De curator is, onder aanvoering van veertien grieven, van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het hof Leeuwarden, onder wijziging en vermeerdering van zijn eis. De grieven hadden de strekking het geschil in volle omvang aan het hof voor te leggen.<sup>3</sup>

De curator vorderde vernietiging van het vonnis en hoofdelijke veroordeling van Sansto en Sanders tot betaling van

- € 502.875,- terzake de lening met afsluitprovisie (te verminderen met de door Sansto betaalde bedragen van € 100.000,- en € 10.000,-);
- € 179.000,- vermeerderd met wettelijke rente vanaf 31 maart 2005 terzake de ten onrechte weg geboekte Vpb-vordering;
- (voor zover dan nog aanwezig) het restant van het tekort in de boedel van Magista, nader op te maken bij staat, ex art. 2:248 lid 5 BW;
- de kosten van de procedure in beide instanties, waaronder begrepen de kosten van de gelegde beslagen.

2.4. Bij arrest van 31 juli 2012 heeft het hof het vonnis waarvan beroep vernietigd. Het hof veroordeelde Sansto en Sanders hoofdelijk om aan de curator te betalen een bedrag van € 262.475,- vermeerderd met wettelijke rente vanaf 1 april 2006, alsmede om aan de curator te voldoen het resterende boedeltekort, nader op te maken bij staat. Ook veroordeelde het hof Sanders en Sansto in de kosten van beide instanties. Het meer of anders gevorderde wees het hof af.

Aan dit oordeel legde het hof ten grondslag dat art. 2:207c BW te dezen van toepassing is, nu Sansto niet mede geldnemer is in het door de Rabobank verstrekte krediet. Nu de accountantsverklaring van 12 april 2005 is gebaseerd op door Sansto en Sanders verstrekte incomplete gegevens (de twee dagen later bij de Rabobank af te nemen lening van € 1.150.000 werd niet vermeld), kan daaraan niet de betekenis worden gegeven die Sansto en Sanders wensen. Die lening wel meenemend, komen de relevante reserves op 12 april 2005 uit op een negatief bedrag van € 629.000,-.

De vraag of het handelen van Sansto en Sanders als onbehoorlijk bestuur moet worden aangemerkt, beantwoordde het hof gezien het voorgaande bevestigend. Door aldus ten onrechte een schuld van € 500.000,- in rekening-courant te scheppen, heeft Sansto zichzelf in een positie gebracht dat zij in staat was door middel van verrekening van haar vorderingen op Magista die vorderingen bij voorrang boven andere schuldeisers in te vorderen. Van die mogelijkheid heeft zij royaal gebruik gemaakt door naast de herstructureringsvergoeding over 2006-2007 en de reguliere vergoeding over 2007-2008 ook nog eens een opzegtermijn van zes maanden en een beëindigingsvergoeding te incasseren. Daar komt nog bij dat zij van haar positie gebruik heeft gemaakt om ten onrechte de post ter zake van de vennootschapsbelasting te schrappen en een bedrag af te boeken waar zij in het geheel geen aanspraak op kon maken, de herstructureringsvergoeding over 2007-2008.

Het hof achtte aannemelijk dat het onbehoorlijke bestuur van Sansto over Magista een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement van Magista. Gelet op het tijdsverloop tussen de lening van

Magista aan Sansto en het faillissement mag het verstrekken van de lening dan wel niet direct de oorzaak zijn geweest van het faillissement, maar de in rekening-courant geboekte lening heeft het wel mogelijk gemaakt dat Sansto in 2007 aanzienlijke bedragen, deels ook nog eens zonder grond, aan Magista heeft onttrokken door deze in mindering te brengen op de rekening-courant. Daardoor is het vermogen van Magista op onaanvaardbare wijze uitgehold, hetgeen kan worden aangemerkt als een belangrijke oorzaak van het faillissement. Sansto is daarom ex art. 2:248 BW aansprakelijk voor het boedeltekort in het faillissement van Magista; Sanders is dat ex art. 2:248 jo 2:11 BW.

2.5. Sansto en Sanders zijn tijdig<sup>4</sup> van dit arrest in cassatie gekomen. De curator heeft geconcludeerd tot verwerping van onderdelen 2 tot en met 6 van het cassatiemiddel; met betrekking tot onderdeel 1 van het cassatiemiddel refereert de curator zich aan het oordeel van de Hoge Raad. De curator heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld; Sansto en Sanders concluderen tot verwerping van dit beroep.

### ***3. Bespreking van het principaal cassatieberoep***

---

3.1. Het cassatieberoep bestaat uit één cassatiemiddel met zes onderdelen.

3.2. Onderdelen 1 en 2 lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

Onderdeel 1 komt op tegen rechtsoverwegingen 37, 38 en 61, die luiden als volgt:

“37. Het staat vast dat op 14 april 2005 de jaarrekening over het boekjaar 2004-2005 nog niet beschikbaar was. Derhalve dient, zoals partijen terecht hebben gesteld, de jaarrekening over het boekjaar 2003-2004, aangevuld met actuele gegevens betreffende het boekjaar 2004-2005, de gemaakte afspraken over de kwijtschelding van de schuld van Magista door Whittan en de financiering door Rabobank tot uitgangspunt voor de beoordeling van de hoogte van de vrij uitkeerbare reserves te worden genomen.

38. Naar het oordeel van het hof kan aan de verklaring van Ernst & Young niet de betekenis worden toegekend die Sansto en Sanders daar aan toegekend willen zien. Het betreft geen accountantsverklaring op basis van onderzoek van de boeken van Magista door Ernst & Young zelf, maar een verklaring die vooral is gebaseerd op door Sansto en Sanders zelf verstrekte gegevens. Ernst & Young hebben ook uitdrukkelijk een voorbehoud gemaakt ten aanzien van de begrote winst over het boekjaar 2004-2005.

Voorts hebben Sansto en Sanders blijkbaar geen compleet beeld geschetst aan Ernst & Young door geen melding te maken van de lening van € 1.150.000,- die Magista bij gelegenheid van de overdracht van de aandelen zou sluiten bij Rabobank.

Uit de jaarrekening 2003-2004 blijkt dat het eigen vermogen van Magista per 31 maart 2004 € 295.000,- bedroeg en er geen vrij uitkeerbare reserves beschikbaar waren. Bij gelegenheid van de aandelenoverdracht per 14 april 2005 heeft Whittan een bedrag van € 2.371.000,- aan Magista kwijtgescholden. Per dezelfde datum heeft Magista € 1.150.000,- van Rabobank geleend. Hierdoor is de vermogenspositie verbeterd met € 1.221.000,-. Het eigen vermogen bedroeg dan ook geen € 2.713.000,- zoals Ernst & Young heeft becijferd, maar (€ 295.000,- + € 1.221.000,- =) € 1.516.000. Bij een dergelijk eigen vermogen komen, uitgaande van een geplaatst kapitaal van € 1.361.000,-, een herwaarderingsreserve van € 784.000,- en een geprognoseerd resultaat over het boekjaar 2004-2005 van € 47.000,-, de overige reserves uit op een bedrag van negatief € 629.000,-. Dat betekent dat er in het geheel geen vrij uitkeerbare reserve ter beschikking was op 14 april 2005, zodat het Magista niet was toegestaan een lening van € 500.000,- te verstrekken aan Sansto ter verkrijging door Sansto van de aandelen Magista.

(...)

61. De vraag of het handelen van Sansto en in het verlengde daarvan van Sanders als onbehoorlijk bestuur moet worden bestempeld beantwoordt het hof bevestigend.

Daarbij zijn de volgende feiten en omstandigheden van belang.

Door met Magista een lening te sluiten van € 500.000,- ten behoeve van de aankoop van de aandelen Magista heeft Sansto bewust gehandeld in strijd met artikel 2:207c lid 2 BW.

Het verweer van Sansto en Sanders dat er sprake was van een packagedeal en dat Rabobank geen lening van € 650.000,- aan Magista zou hebben verstrekt, wanneer de lening van € 500.000,- ten behoeve van de overdracht van de aandelen niet zou hebben plaatsgevonden (punt 43 e.v. memorie van antwoord), slaagt niet. Zij hebben deze stelling op geen enkele wijze onderbouwd. In het bijzonder is niet aannemelijk geworden dat Rabobank niet bereid zou zijn geweest enkel de lening van € 650.000,- aan Magista te verstrekken, gezien ook het feit dat het bedrijfspand van Magista tot dat moment nog niet met hypotheek was belast.

Zou Magista geen lening zijn aangegaan voor de aankoop van de aandelen dan zou de schuldenpositie van Magista € 500.000,- gunstiger zijn geweest. Zou Magista dit bedrag wel hebben geleend, maar niet hebben doorgeleend aan Sansto, dan zou de liquiditeitspositie van Magista belangrijk zijn verbeterd.

Daarnaast acht het hof van belang dat Sansto door aldus ten onrechte een schuld van € 500.000,- in rekening-courant te scheppen, zichzelf in een positie heeft gebracht dat zij in staat was door middel van verrekening van haar vorderingen op Magista die vorderingen bij voorrang boven andere schuldeisers van Magista in te vorderen. Van die mogelijkheid heeft zij royaal gebruik gemaakt door naast de herstructureringsvergoeding over 2006-2007 en de reguliere vergoeding over 2007-2008 ook nog eens een opzegtermijn van zes maanden en een beëindigingsvergoeding te incasseren.

Daar komt nog bij dat zij van haar positie gebruik heeft gemaakt om ten onrechte de post ter zake van de vennootschapsbelasting te schrappen en een bedrag af te boeken waar zij in het geheel geen aanspraak op kon maken, de herstructureringsvergoeding over 2007-2008.”

3.3. Het onderdeel komt op tegen het oordeel van het hof dat Sansto bewust in strijd heeft gehandeld met art. 2:207c lid 2 BW door met Magista een lening aan te gaan van € 500.000,- ten behoeve van de aankoop van de aandelen Magista (subonderdeel 1.1), alsmede tegen het oordeel dat Magista's vrije reserves in werkelijkheid € 629.000,- negatief waren (subonderdeel 1.2). Het hof ziet er volgens het onderdeel aan voorbij dat de lening van Rabobank aan Magista van in totaal € 1.150.000,- geldt als vreemd vermogen (of schuld in de zin van art. 2:364 lid 4 en 2:375 BW) van Magista. Noch het aangaan van die lening noch de wijze waarop het door die lening verkregen vermogen binnen de onderneming wordt aangewend heeft (daarom) (op zichzelf) invloed op de omvang van het eigen vermogen van de onderneming die de lening aangaat (Magista) en is (dus) evenmin (zonder meer) van (negatieve) invloed op de omvang van (de in gevolge art. 2:373 sub f en g BW van het eigen vermogen onderdeel uitmakende) overige (vrij uitkeerbare) reserves. Het feit dat het aangetrokken vreemd vermogen wordt aangewend ten behoeve van een lening aan een derde (Sansto) (en het geleende bedrag direct aan de verantwoordelijk notaris wordt betaald) doet daaraan (dus ook) niet af. Als gevolg daarvan ontstaat immers een even grote (zo niet grotere) – met vreemd vermogen gefinancierde – vordering op die derde. Onjuist, althans onbegrijpelijk, is het feit dat het hof de geprognosticeerde winst van € 47.000,- niet bij de vaststelling van de vrij uitkeerbare reserves heeft betrokken. Daarmee ziet het hof eraan voorbij dat die winst ten gunste komt van het eigen vermogen en dus een verhoging van het eigen vermogen (en daarmee de vrij uitkeerbare reserves) tot gevolg heeft, althans zou hebben. Als gevolg van de kwijtschelding van de schuld van € 2.371.000,- en de geprognosticeerde winst van € 47.000,- beschikte Magista volgens het onderdeel per 31 maart 2005 over vrij uitkeerbare reserves van (€ 295.000 + € 2.371.000,-) –/– (€ 1.361.000,- –/– 784.000,-) = € 521.000,- exclusief geprognosticeerde winst en (€ 521.000,- + € 47.000,- =) € 568.000,- inclusief geprognosticeerde winst (zoals Ernst & Young met juistheid heeft berekend), zodat art. 2:207c lid 2 BW niet aan Magista's lening van € 500.000,- aan Sansto in de weg stond.

3.4. Onderdeel 2 bestrijdt het oordeel van het hof in r.o. 61 dat Magista's liquiditeitspositie belangrijk zou zijn verbeterd als Magista het van de Rabobank geleende bedrag van € 500.000,- niet had doorgeleend aan Sansto; alsmede het oordeel dat het verweer van Sansto dat sprake was van een

'package deal' en dat Rabobank geen lening van € 650.000,- aan Magista zou hebben verstrekt, wanneer de lening van € 500.000,- ten behoeve van de overdracht van de aandelen niet zou hebben plaatsgevonden niet slaagt, omdat (i) Sansto c.s. die stelling op geen enkele wijze heeft onderbouwd en (ii) in het bijzonder niet aannemelijk is geworden dat Rabobank niet bereid zou zijn geweest enkel de lening van € 650.000,- aan Magista te verstrekken.

3.5. Het steunverbod voor BV's per 1 oktober 2012 is komen te vervallen.<sup>5</sup> Volgens het overgangsrecht<sup>6</sup> is de transactie vanaf die datum niet meer aantastbaar als alle belanghebbenden haar voordien als geldig hebben aangemerkt. Dat is in deze zaak niet aan de orde: de inleidende dagvaarding dateert van 28 april 2009. Het hof heeft de vrije reserves van Magista op het moment van aangaan van de lening berekend in r.o. 38, waarbij het hof de geprognoseerde winst over 2004-2005 van € 47.000,- expliciet meeneemt in de overwegingen. Voor zover onderdeel 1 klaagt dat het hof de geprognoseerde winst niet bij de vaststelling heeft betrokken, mist het feitelijke grondslag.

3.6. Het hof maakt Sansto in r.o. 38 drie verwijten maakt. In de eerste alinea oordeelt het hof dat aan de verklaring van Ernst & Young geen betekenis toekomt waar het de winstprognose over 2004-2005 betreft, nu het accountantskantoor hiermee niets anders heeft gedaan dan de cijfers gebruiken die door Sansto waren aangereikt. In de tweede alinea oordeelt het hof dat Sansto het accountantskantoor geen compleet beeld heeft verschaft, nu de bij de overdracht te sluiten lening van € 1.150.000,- niet in de berekening is meegenomen. In de derde alinea berekent het hof op basis van de hem bekende gegevens de ten tijde van de overdracht binnen Magista beschikbare vrije reserves. Tegen de eerste twee verwijten richt onderdeel 1 geen klachten. Vast staat dat Ernst & Young de winstprognose over 2004-2005 niet heeft gecontroleerd en Sansto het accountantskantoor niet over de te nemen lening heeft ingelicht. De klacht tegen de derde alinea van r.o. 38 slaagt.

3.7. De door de Rabobank verstrekte hypothecaire lening en het krediet in rekening-courant zijn aan te merken als vreemd vermogen; het aangaan en besteden van die leningen heeft op de balans inderdaad geen effect op het eigen vermogen. Het direct aftrekken van het bedrag van de twee leningen van het eigen vermogen, zoals het hof in r.o. 38 heeft gedaan, is onjuist. Het oordeel van het hof dat art. 2:207c BW is geschonden, is daarom onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd.

3.8. Onderdeel 2 betoogt dat Rabobank het bedrag van € 500.000,- slechts verstrekte in het kader van de aandelenovername en dat die lening zonder de aandelenovername niet zou zijn verstrekt. Sansto stond deels voor die lening garant, en Whittan schold de schuld van Magista aan haar à € 2.317.000,- kwijt. Het verkrijgen van de lening bij de Rabobank hield volgens het onderdeel dus onverbreeklijk verband met de aandelenovername, zodat Sansto c.s. niet onafhankelijk van de aandelenovername en de daarmee gepaard gaande financieringsconstructie kan worden verweten het bedrag van € 500.000,- ten koste van Magista's liquiditeitspositie te hebben 'doorgeleend' (subonderdeel 2.1). Het hof zou niet op begrijpelijke wijze gerepsondeerd op Sansto c.s.' in MvA par. 43 ontwikkelde betoog, althans heeft het een onbegrijpelijke uitleg gegeven aan de processtukken (subonderdeel 2.2).

3.9. Ook het tweede onderdeel treft doel. In cassatie staat weliswaar niet vast dat de kwijtschelding van de schuld bij Whittan niet ook langs andere weg dan de onderhavige constructie had kunnen worden bereikt, maar in confesso is dat de kwijtschelding plaatsvond in het kader van de aandelenovername. Het hof heeft de invloed van het achterwege blijven van de aandelenovername voor de vermogenspositie van Magista – en dan voornamelijk het achterwege blijven van de kwijtschelding van de schuld à € 2.371.000,- – niet kenbaar in zijn oordeel betrokken. Zulks kennelijk in navolging van Grief IV, waar de curator er (kennelijk) van uitgaat dat Magista de lening met de Rabobank ook zonder bedoelde kwijtschelding onder dezelfde voorwaarden had kunnen afsluiten, zij het onder verlaging van het geleende bedrag met € 500.000,-. De bewijslast van het feit dat de onderhavige lening niet in het belang van de vennootschap was, rust op de curator. De stelling van Sansto<sup>7</sup> dat de overname van de aandelen met bijbehorende kwijtschelding van de schuld à € 2.371.000,- de vermogenspositie en continuïteit van Magista ten goede is gekomen, is ter zake doend en niet op voorhand ongeloofwaardig. Het hof had deze stelling daarom in zijn oordeel moeten betrekken.

3.10. Onderdeel 3 komt op tegen het oordeel van het hof omtrent de verrekening in rekening-courant van de herstructureringswerkzaamheden in 2007/2008. Het hof overwoog hierover het volgende:

“50. Wat betreft de in de rekening-courant tussen Magista en Sansto geboekte vergoeding voor herstructureringskosten van € 120.000,-, exclusief btw, oftewel € 142.800,-, inclusief btw over het boekjaar 2007-2008 stelt het hof vast dat partijen van mening verschillen over de vraag of in het boekjaar 2007-2008 nog wel reorganisatiewerkzaamheden hebben plaatsgevonden. Sansto en Sanders hebben aangevoerd dat Sanders in 2007 herstructureringswerkzaamheden heeft verricht, zoals als een ‘bespreking met adviseurs, overleg Metaalunie, overleg Cordis, FNV en CNV, intern overleg, opstellen stukken, bepaling strategie, mogelijkheden en overleg met gemeente en financiers’.

De curator heeft onder verwijzing naar de verklaringen van Zaaijer (hiervoor aangehaald in de rechtsoverwegingen 23 en 24) en diverse facturen van een door Sansto en Sanders geraadpleegde adviseur, een accountant en een advocaat (productie 6 bij de conclusie van antwoord) die Sansto en Sanders hebben overgelegd ter ondersteuning van hun standpunt dat deze facturen terecht in de rekening-courant met Magista zijn opgenomen, benadrukt dat in 2007 geen herstructureringswerkzaamheden meer zijn uitgevoerd; de reorganisatie was in 2006 voltooid.

51. Naar het oordeel van het hof duiden de verklaringen van Zaaijer er inderdaad op dat in het boekjaar 2007-2008 geen herstructureringswerkzaamheden hebben plaatsgevonden.

52. Het hof stelt vast dat de factuur van Markoen aan Sansto van 4 juli 2007 betrekking heeft op advies- en begeleidingswerkzaamheden over het jaar 2006.

Dat de gesprekken zijn gegaan over de ontwikkelingen bij Magista over de periode 1 januari 2007 tot en met 30 juni 2007 wil niet zeggen dat er in die periode ook een herstructurering bij Magista is uitgevoerd.

Uit de factuur van Ernst & Young aan Hovuma Magazijnstellingen B.V. (eveneens een aan Sansto gelieerde onderneming) van 27 april 2007 blijkt niet dat de werkzaamheden mede de herstructurering van Magista betroffen en ook niet dat het zou gaan om een herstructurering in het boekjaar 2007-2008.

De factuur van Markoen van 23 maart 2007 is gericht aan Sansto en betreft uitsluitend in 2006 verrichte werkzaamheden.

De factuur van Boels Zander Advocaten aan Sansto van 6 september 2007, met specificatie (productie 4 bij memorie van antwoord) heeft betrekking op overleg en correspondentie met Sanders. Uit niets blijkt dat dit (uitsluitend) Magista betrof, terwijl een deel van de werkzaamheden bovendien ook nog eens na het faillissement van Magista heeft plaatsgevonden.

Uit de factuur van Boels Zander van 21 augustus 2005, met specificatie (productie 5 bij memorie van antwoord), blijkt zonder nadere toelichting, die niet is gegeven, evenmin dat het gaat om werkzaamheden voor Magista, laat staan herstructureringswerkzaamheden.

Ook uit de factuur van Boels Zander van 10 juli 2007, met specificatie (productie 6 bij memorie van antwoord) blijkt niet van herstructureringswerkzaamheden als bedoeld in de managementovereenkomst. Overleg met de curator kan bezwaarlijk als zodanig worden aangeduid.

Waar de facturen van Boels Zander aan Sansto van 12 mei 2006 en 17 mei 2005 betrekking op hebben is niet duidelijk, omdat geen specificatie is bijgevoegd. In elk geval kunnen ze geen betrekking hebben op herstructureringswerkzaamheden in het boekjaar 2007-2008 nu deze facturen al in 2005 en 2006 zijn verzonden.

Samengevat duidt geen enkele factuur er op dat in het boekjaar 2007-2008 een reorganisatie bij Magista heeft plaatsgevonden.

53. Naar het oordeel van het hof heeft de curator met de verklaringen van Zaaijer en de bespreking van de hiervoor genoemde facturen de stelling van Sansto en Sanders dat Sanders in het boekjaar 2007-2008 herstructureringswerkzaamheden voor Magista heeft verricht gemotiveerd betwist. In het licht van deze gemotiveerde betwisting hebben Sansto en Sanders op wie op grond van de hoofdregel van bewijsrecht neergelegd in artikel 150 Rv de bewijslast rust van hun stelling, deze stelling niet voldoende met relevante feiten en omstandigheden onderbouwd, zodat aan bewijslevering niet wordt toegekomen. De enkele vermelding in de urenverantwoordingsstaat van Sanders (productie 8 bij conclusie van antwoord) van een aantal besprekingen met FNV/CNV en FME zegt zonder nadere toelichting niets. Dit kan net zo goed betrekking hebben op de reguliere bedrijfsvoering.

Daarom moet worden geoordeeld dat Sansto ten onrechte met betrekking tot het boekjaar 2007-2008 een bedrag van € 142.800,- voor herstructureringswerkzaamheden in de rekening-courant met Magista heeft geboekt.

54. Uit de zojuist besproken facturen blijkt evenmin dat Sansto kosten heeft gemaakt en betaald die ten laste van Magista kunnen worden gebracht. Het hof zal met deze facturen, die wel zijn opgenomen in de door Sansto opgestelde staat van de rekening-courant, maar niet in het door de curator gemaakte overzicht daarvan, dan ook geen rekening houden.”

3.11. Het onderdeel betoogt dat het hof met zijn oordeel in r.o. 53 (jo. r.o. 61) dat op Sansto c.s. de stelplicht en bewijslast rust van haar stelling dat in het boekjaar 2007-2008 herstructureringswerkzaamheden zijn verricht, de curator Sansto c.s.’ stelling voldoende heeft betwist en Sansto c.s. haar stelling niet met voldoende feiten en omstandigheden heeft onderbouwd, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting voor zover het hof dit oordeel in r.o. 61 (laatste alinea) mede aan zijn kennelijk onbehoorlijk bestuur-oordeel ten grondslag heeft gelegd. Sansto c.s.’ stelling dat in 2007-2008 wel herstructureringswerkzaamheden zijn uitgevoerd vormde in dat kader immers (enkel) een betwisting van de stelling van de curator dat sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur wegens onder meer het ten onrechte factureren van herstructureringswerkzaamheden voor het boekjaar 2007-2008 (subonderdeel 3.1). Voor zover het hof het voorgaande niet heeft miskend, heeft het hof met zijn oordeel dat Sansto c.s. haar stelling niet met voldoende relevante feiten en omstandigheden heeft onderbouwd, zodat aan bewijslevering niet wordt toegekomen te hoge eisen gesteld aan Sansto c.s.’ betwistingslast ter zake. Het hof had Sansto c.s. in dat kader daarom ten minste moeten toelaten tot het algemene in CvA par. 134 en MvA par. 174 gedane (tegen)bewijsaanbod van die stellingen (subonderdeel 3.2)

3.12. Inzet van onderhavige procedure is steeds geweest de vraag of Sansto als bestuurder van Magista haar taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement van Magista. In dit kader heeft de curator aangevoerd dat de vorderingen van Magista uit hoofde van de overeenkomst van lening tussen Magista en Sansto kort voor faillissement grotendeels zijn verrekend met “onverklaarbare en ongerechtvaardigde” management- en beëindigingsvergoedingen; zulks uit hoofde van een door Sanders als bestuurder van beide vennootschappen gesloten overeenkomst uit 2006 (MvG, nr. 4). De curator heeft de verschuldigdheid in algemene zin en per factuur betwist (MvG, nr. 47-52).

De stelling van Sansto c.s. dat de vergoedingen niet onverklaarbaar en ongerechtvaardigd zijn verrekend, is derhalve een betwisting van een door de curator ter onderbouwing van het gestelde kennelijk onbehoorlijk bestuur aangevoerde omstandigheid. Het hof staat in r.o. 50, 51 en 52 uitgebreid stil bij de gedetailleerde stellingen van de curator en de bewijsmiddelen waarop hij deze baseert; het hof legt deze vervolgens naast de door Sansto c.s. aangevoerde stellingen en oordeelt dat de stellingen van Sansto c.s. niet aan de stellingen van de curator afdoen. Kennelijk en niet onbegrijpelijk was het hof van oordeel dat de nadere onderbouwing van de facturen in de sfeer van Sansto lag, nu zij de facturen had verzonden en de gestelde werkzaamheden zou hebben uitgevoerd danwel betaald. Hetgeen Sansto c.s. bij MvA nr. 62-65 aanvoerde, is door het hof in r.o. 50-53 gewogen en weerlegd; er bleven geen stellingen over die (indien bewezen) tot een ander oordeel zouden kunnen leiden. Aldus begrepen is het oordeel dat de stellingen van Sansto c.s. onvoldoende met relevante feiten en omstandigheden zijn onderbouwd zodat aan bewijslevering niet wordt toegekomen, niet onbegrijpelijk. Het onderdeel faalt.

3.13. Onderdeel 4 komt op tegen het oordeel van het hof dat aannemelijk is dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Het onderdeel richt klachten tegen de volgende rechtsoverweging:

“62. Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of het aannemelijk is dat het onbehoorlijke bestuur van Sansto over Magista een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement van Magista.

Het hof beantwoordt die vraag eveneens bevestigend. Gelet op het tijdsverloop tussen de lening van Magista aan Sansto en het faillissement mag het verstrekken van de lening dan wel niet direct de oorzaak zijn geweest van het faillissement, de in rekening-courant geboekte lening heeft het wel mogelijk gemaakt dat Sansto in 2007 aanzienlijke bedragen, deels zonder grond, aan Magista heeft onttrokken door deze in mindering te brengen op de rekening-courant. Daardoor is het vermogen van Magista op onaanvaardbare wijze uitgehold, hetgeen kan worden aangemerkt als een belangrijke oorzaak van het faillissement.

Dat daarnaast andere factoren een rol hebben gespeeld, zoals het zich ontwikkelen van de markt voor volumeopdrachten naar een vechtersmarkt, het uitoefenen van een voorkeursrecht door de gemeente Roden, een productieoverschot in de branche, de opkomst van de lage lonen landen, een sterke terugval van overheidsopdrachten, minder behoefte aan kast- en opbergruimte als gevolg van digitalisering en vertraging in de uitvoering van een door de stad Keulen aan Magista GmbH verstrekte opdracht, mag zo zijn, de uitholling van het vermogen van Magista is eveneens een belangrijke oorzaak van het faillissement. Daarbij laat het hof nog in het midden dat Sansto en Sanders de hiervoor genoemde factoren niet nader hebben uitgewerkt en onderbouwd.”

3.14. Subonderdeel 4.1 betoogt dat het hof met dit oordeel miskent dat art. 2:248 lid 1 BW vereist dat aannemelijk is dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement vormt. Onvoldoende is dus dat de het kennelijk onbehoorlijk bestuur constituerende omstandigheden daarvoor (althans grotendeels) enkel een voorwaarde hebben gevormd. Het antwoord op de vraag of aannemelijk is of de het kennelijk onbehoorlijk bestuur constituerende omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest, mag niet geïsoleerd van de overige (door de bestuurder aangevoerde) omstandigheden die aan het faillissement hebben bijgedragen worden beoordeeld. De vraag of het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is, is immers mede afhankelijk van de mate waarin andere omstandigheden hebben bijgedragen aan het faillissement en daarmee de bijdrage van het kennelijk onbehoorlijk bestuur aan het faillissement mede bepalen.

3.15. Dit subonderdeel slaagt. Art. 2:248, lid 1 BW vereist dat de rechter nagaat of kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is. In het licht hiervan is het onvoldoende dat het hof een factor die volgens het hof kennelijk onbehoorlijk bestuur oplevert als voorwaarde voor het faillissement beschouwt.

3.16. De overige subonderdelen van onderdeel 4 kunnen buiten bespreking blijven, omdat deze ervan uitgaan dat subonderdeel 4.1. niet slaagt.

3.17. Onderdeel 5 komt op tegen de hoofdelijke veroordeling van Sansto en Sanders. Subonderdelen 5.1 en 5.2 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Subonderdeel 5.1 betoogt dat het hof door Sanders mede hoofdelijk te veroordelen tot betaling van de resterende rekening-courantschuld (r.o. 62 en dictum) heeft miskend dat een (geldleen)overeenkomst of rekening-courantverhouding slechts verbintenissen schept tussen degenen die bij die (geldleen)-overeenkomst of rekening-courant partij zijn. Voor zover het hof het voorgaande niet heeft miskend, heeft het zijn oordeel volgens subonderdeel 5.2 onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd, althans de grenzen van de rechtsstrijd overtreden, nu (i) het hof nergens heeft vastgesteld dat Sanders partij was bij de rekening-courantverhouding of de tussen Magista en Sansto tot stand gekomen (geldleen)overeenkomst, (ii) het hof in r.o. 10 zelf heeft vastgesteld dat de rekening-courantverhouding (enkel) tussen Magista en Sansto is gecreëerd en (iii) tussen partijen in confesso is dat de lening door Magista enkel aan Sansto is verstrekt.

3.18. De subonderdelen berusten op een onjuiste lezing van het arrest en falen. Uit r.o. 32 en 61-62 blijkt duidelijk dat het hof Sansto c.s. aansprakelijk acht uit hoofde van kennelijk onbehoorlijk bestuur, en niet uit hoofde van de (geldleen)overeenkomst of rekening-courantverhouding met de Rabobank.

3.19. Ook subonderdelen 5.3 en 5.4 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Subonderdeel 5.3 betoogt dat voor zover het hof Sanders en Sansto op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur heeft veroordeeld in een reeds bij voorbaat begroot/geraamd gedeelte van het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan (“het tekort”), heeft het hof miskend dat art. 2:248 BW een veroordeling in zo’n bij voorbaat begroot/geraamd bedrag – behoudens voor zover het een matiging ten opzichte van het globaal bekende tekort op de voet van lid 4 betreft – niet toestaat.

Subonderdeel 5.4 klaagt tenslotte dat voor zover het hof wel (terecht) een deel van het te verwachten tekort reeds bij voorbaat heeft toegewezen, het hof in ieder geval ten onrechte niet heeft gerespondeerd op Sansto c.s.’ verzoek tot matiging op de voet van art. 2:248 lid 4 BW van het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn wegens de wijze waarop de curator het faillissement heeft afgewikkeld. Sansto c.s. heeft in eerste aanleg verzocht de aansprakelijkheid voor het boedeltekort in ieder geval te matigen, omdat (i) debiteur Axos € 248.000,- aan Magista verschuldigd was en de curator met Axos een regeling tegen finale kwijting heeft getroffen zonder zich er bij Sansto c.s. van te vergewissen of Axos’ verweer dat de vordering oninbaar was juist was, terwijl Axos voldoende middelen had om de vordering volledig te voldoen, (ii) de curator de onderneming van Magista verliesgevend heeft voortgezet en het niet redelijk is dit verlies voor rekening van Sansto c.s. te laten komen, nu zij daarvoor niet verantwoordelijk is en die verliezen niet kan hebben veroorzaakt, (iii) de curator het boedelactief niet-rentedragend op de faillissementsrekening heeft laten staan en daardoor heeft verzuimd een zo hoog mogelijk rendement te realiseren, (iv) de curator Magista’s aandelen in Magista GmbH aan Van Keulen Interieurbouw heeft overgedragen onder de voorwaarde dat Magista GmbH een opstaande vordering van Magista zou betalen, terwijl Magista GmbH net een omvangrijke order ter waarde van +/- € 1.600.000,- had binnengehaald, een banksaldo had van € 500.000,- en de waarde van aandelen hoger was dan de betaalde vordering en (v) door deze keuzes het tekort hoger is dan nodig was geweest.

3.20. De klachten falen. In r.o. 65 en het dictum overweegt en oordeelt het hof over het boedeltekort als volgt:

“65. Daarnaast zal het hof Sansto en Sanders voor het geval het boedeltekort het bedrag van € 262.475,-, zal overschrijden (naar een voorlopige schatting van de curator bedraagt het boedeltekort circa € 550.000,-) op grond van artikel 2:248 lid 5 BW veroordelen tot betaling van het resterende tekort nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

(...)

De beslissing

Het gerechtshof:

vernietigt het vonnis van de rechtbank van 25 augustus 2010;

veroordeelt Sansto en Sanders hoofdelijk, in die zin dat wanneer de een betaalt de ander zal zijn bevrijd, tot betaling aan de curator van een bedrag van € 262.475,-, vermeerderd met de overeengekomen rente van 5% vanaf 1 april 2006 tot de dag der algehele voldoening;

veroordeelt Sansto en Sanders hoofdelijk, in die zin dat wanneer de een betaalt de ander zal zijn bevrijd, tot betaling aan de curator van het resterende boedeltekort nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

(...)”

Het hof acht derhalve aannemelijk dat er na betaling van de € 262.475,- een boedeltekort zal resteren, en veroordeelt Sansto c.s. tot betaling van dat tekort met rente aan de curator. Het betreft hier derhalve de vestiging van de aansprakelijkheid; de omvang van de aansprakelijkheid kan in de schadestaatprocedure nog worden gematigd op grond van het vierde lid van art. 2:248 BW. Mij is geen rechtsregel bekend die aan deze wijze van veroordelen in de weg staat; het onderdeel noemt die overigens ook niet.

3.21. Onderdeel 6 betoogt dat met het slagen van (een van de) in middelonderdeel 1-5 geformuleerde klachten ook de in r.o. 66 gemotiveerde proceskostenveroordeling niet in stand kan blijven, terwijl het slagen van (een van de) in middelonderdeel 1-4 geformuleerde klachten eveneens r.o. 63 en r.o. 65 vitiëert.

3.22. De klachten slagen. Met het slagen van onderdelen 1, 2 en 4 is de grondslag aan het oordeel omtrent de kennelijke onbehoorlijkheid van het door Sansto c.s. gevoerde bestuur en de vestiging van de aansprakelijkheid van Sansto komen te ontvallen.

#### ***4. Bespreking van het incidenteel cassatieberoep***

---

4.1. Nu het principaal cassatieberoep gedeeltelijk slaagt, is de voorwaarde voor behandeling van het incidenteel cassatieberoep vervuld. Het incidenteel cassatiemiddel bestaat uit zes onderdelen. Onderdeel 1 komt op tegen het oordeel dat Magista en Sansto een nieuwe managementovereenkomst hebben gesloten, gedateerd 10 maart 2006 en ingaande 1 april 2006. Het hof overweegt hierover aldus:

“14. Magista en Sansto hebben een nieuwe managementovereenkomst gesloten, gedateerd 10 maart 2006 en ingaande 1 april 2006, waarbij Sansto als directeur wordt belast met het bestuur en beheer van Magista (artikel 2.1.). Voor deze werkzaamheden zijn Magista en Sansto een managementvergoeding overeengekomen van € 48.000,- per jaar, exclusief btw, welke vergoeding direct per 1 april 2006 is verschuldigd (artikel 3.1.). (...)

(...)

42. De curator heeft met een beroep op artikel 42 van de Faillissementswet (de actio Pauliana) de vernietiging ingeroepen van de managementovereenkomst van 10 maart 2006, voor zover daarin is voorzien in een vergoeding voor herstructureringswerkzaamheden van € 120.000,- exclusief btw en een beëindigingsvergoeding van € 96.000,- exclusief btw. Volgens hem heeft Magista de overeenkomst onverplicht gesloten en wist zij dat haar schuldeisers daardoor zouden worden benadeeld. Met dat oogmerk is naar de opvatting van de curator de managementovereenkomst van 10 maart 2006 ook niet op die datum opgesteld, maar pas in een veel later stadium in het zicht van het faillissement. Het aangaan van verplichtingen van deze omvang moest in deze situatie wel voorzienbaar tot ernstige financiële problemen leiden, aldus de curator. Daarnaast heeft de curator met een beroep op artikel 47 Faillissementswet de vernietiging ingeroepen van de betalingen door Magista van de managementvergoedingen in maart en april 2007 door middel van boeking in de rekening-courant met Sansto. Volgens de curator hebben Sansto en Sanders, daarbij mede optredend als bestuurder van Magista, het doel gehad zich door die betalingen te begunstigen boven andere schuldeisers.”

4.2. Het onderdeel klaagt dat het hof, door als vaststaand feit aan te nemen dat Magista en Sansto een nieuwe managementovereenkomst hebben gesloten gedateerd 10 maart 2006 en ingaande 1 april 2006, onvoldoende gerespondeerd op het betoog van de curator dat deze managementovereenkomst in werkelijkheid niet tot stand is gekomen. Voor zover het hof het betoog van de curator aldus heeft opgevat dat deze overeenkomst wel tot stand is gekomen, maar op een later tijdstip dan 10 maart 2006, namelijk in het zicht van het faillissement (zie r.o. 42, derde volzin) heeft het hof een onbegrijpelijke uitleg gegeven aan de stellingen van de curator. De curator heeft aangevoerd dat de managementovereenkomst niet heeft bestaan en daarom geen titel kan opleveren voor verrekening van aanvullende management fees en beëindigingsvergoedingen. Om deze reden kunnen ook r.o. 42 tot en met 60 niet in stand blijven, voor zover het hof op die plaats (impliciet) heeft geoordeeld dat de managementovereenkomst, gedateerd 10 maart 2006 en ingaande 1 april 2006, in werkelijkheid tot stand

is gekomen c.q. weliswaar niet op 10 maart 2006 maar wel in het zicht van het faillissement tot stand is gekomen.

4.3. Anders dan de curator bij MvG<sup>8</sup> heeft betoogd, is de managementovereenkomst een onderhandse akte met dwingende bewijskracht tussen Magista en Sansto. Het aan art. 123 Fw ten grondslag liggende beginsel dat de curator in een faillissement met betrekking tot bewijs en bewijslastverdeling dezelfde positie inneemt als de gefailleerde ten opzichte van zijn wederpartij had of zou hebben gehad, brengt mee dat de managementovereenkomst ook tussen Sansto en de curator dwingende bewijskracht heeft.<sup>9</sup> Tegen de juistheid van de inhoud van een onderhandse akte staat tegenbewijs open. De curator heeft bij MvG nr. 127 aangeboden te bewijzen dat de overeenkomst gedateerd 10 maart 2006 bij Magista niet bekend was. Hoewel een ander oordeel denkbaar was geweest, is niet onbegrijpelijk dat het hof blijkens r.o. 14 (impliciet) heeft geoordeeld dat dit feit – zelfs indien bewezen – aan de dwingende bewijskracht van de akte niet zou afdoen, ook niet in combinatie met de omstandigheid dat Sansto de reeds op 1 april 2006 opeisbare vorderingen pas op 28 maart 2007 heeft ingediend.<sup>10</sup> Dit betekent dat het onderdeel faalt.

4.4. Onderdeel 2 klaagt dat het hof met de overweging dat Sansto en Sanders primair hebben gesteld dat het beroep op vernietiging op grond van de actio Pauliana is verjaard en dat dit beroep op verjaring slaagt, hetzij een onbegrijpelijke uitleg heeft gegeven aan de stellingen van Sansto en Sanders, dan wel blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Sansto en Sanders hebben aangevoerd dat het beroep op vernietigbaarheid van de managementovereenkomst gedateerd 10 maart 2006 op grond van art. 42 Fw is verjaard. Sansto en Sanders hebben volgens het onderdeel echter niet aangevoerd dat het beroep op vernietiging van de verrekeringen op grond van art. 47 Fw is verjaard. Voor zover het hof heeft geoordeeld dat Sansto en Sanders wél hebben aangevoerd dat het beroep op vernietiging van de verrekeringen op grond van art. 47 Fw is verjaard, heeft het hof een onbegrijpelijke uitleg gegeven aan de stellingen van Sansto en Sanders. Voor zover het hof heeft geoordeeld dat het hem vrij stond ook het beroep van de vernietiging van de verrekeringen op grond van art. 47 Fw te beoordelen, ook al hebben Sansto en Sanders slechts aangevoerd dat het beroep op vernietigbaarheid van de managementovereenkomst gedateerd 10 maart 2006 op grond van art. 42 Fw is verjaard, heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof heeft in dat geval miskend dat de rechter het middel van verjaring niet ambtshalve mag toepassen en dat degene die zich op verjaring beroept met voldoende duidelijkheid dient aan te geven op welke verjaring hij het oog heeft, wil dit beroep kunnen slagen (HR 29 december 1995, NJ 1996, 418).

4.5. Het onderdeel slaagt. Sansto c.s. heeft bij MvA nr. 106 e.v. gerespondeerd op Grief VIII, waarin de curator een beroep deed op art. 42 Fw. In nr. 106 heeft Sansto c.s. een beroep gedaan op verjaring van de rechtsvordering op grond van art. 42 Fw. Dat het beroep op verjaring specifiek op dit wetsartikel ziet, blijkt uit de bewoordingen van nr. 107 MvA. Bij MvA nr. 119 e.v. heeft Sansto c.s. gerespondeerd op Grief IX, waarin de curator een beroep op art. 47 Fw. In dit kader heeft Sansto c.s. geen beroep gedaan op verjaring, zodat het hof daaraan inderdaad niet had mogen toekomen (art. 3:322 lid 1 BW).

4.6. Onderdeel 3 komt op tegen het oordeel van het hof in r.o. 44 dat het beroep van Sansto c.s. op verjaring slaagt. Het hof overweegt hierover het volgende:

“43. Sansto en Sanders hebben primair gesteld dat het beroep op vernietiging op grond van de actio Pauliana is verjaard, nu dit beroep eerst bij memorie van grieven is gedaan.

44. Naar het oordeel van het hof slaagt dit beroep op verjaring, nu het faillissement op 10 juli 2007 is uitgesproken en de curator de vernietiging van de managementovereenkomst van 10 maart 2006, onderscheidenlijk van de betalingen in maart en april 2007 eerst bij memorie van grieven van 19 juli 2011 heeft ingeroepen. Dat is ruimschoots na het verstrijken van de in artikel 3:52 lid 1 aanhef en onder d BW genoemde termijn van 3 jaren.

De enkele opmerking in de inleiding van de dagvaarding in eerste aanleg dat de managementovereenkomst op basis waarvan de managementfees zijn voldaan paulianeus is kan niet worden aangemerkt als een beroep op vernietiging, nog daargelaten dat de curator niet concreet heeft benoemd welke managementovereenkomst hij heeft bedoeld. De desbetreffende passages in de

comparitie-aantekeningen (de punten 28 en 29) van de curator ten behoeve van de comparitie in eerste aanleg kunnen hem evenmin baten, want ook hier is geen concrete vordering tot vernietiging van de managementovereenkomst aan verbonden.

De curator heeft verder gesteld dat hij de vernietiging van de managementovereenkomst ook al eerder buiten rechte bij brief van 10 juli 2010 heeft ingeroepen. Het hof stelt vast dat deze brief niet in het geding is gebracht, zodat de juistheid van de stelling van de curator niet valt te verifiëren. Daarom zal aan deze stelling worden voorbij gegaan.”

Volgens het onderdeel heeft het hof miskend dat de verjaringstermijn van de faillissementspauliana ingevolge artikel 3:52 lid 1 aanhef en onder c BW pas begint te lopen op het moment dat de curator de benadeling heeft ontdekt. De bepaling van artikel 3:52 lid 1 aanhef en onder d BW is niet van toepassing op de faillissementspauliana. Voor zover het hof dit een en ander niet heeft miskend, is zijn oordeel onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet te begrijpen dat de curator geacht kan worden de benadeling reeds op de datum van de faillietverklaring te hebben ontdekt en het hof heeft ook overigens niet voldoende gemotiveerd dat de curator de benadeling heeft ontdekt op een tijdstip dat gelegen meer dan drie jaar vóór 19 juli 2011, de datum van de memorie van grieven.

4.7. Art. 3:52 BW luidt als volgt:

1. Rechtsvorderingen tot vernietiging van een rechtshandeling verjaren:

a. in geval van onbekwaamheid: drie jaren nadat de onbekwaamheid is geëindigd, of, indien de onbekwame een wettelijke vertegenwoordiger heeft, drie jaren nadat de handeling ter kennis van de wettelijke vertegenwoordiger is gekomen;

b. in geval van bedreiging of misbruik van omstandigheden: drie jaren nadat deze invloed heeft opgehouden te werken;

c. in geval van bedrog, dwaling of benadeling: drie jaren nadat het bedrog, de dwaling of de benadeling is ontdekt;

d. in geval van een andere vernietigingsgrond: drie jaren nadat de bevoegdheid om deze vernietigingsgrond in te roepen, aan degene aan wie deze bevoegdheid toekomt, ten dienste is komen te staan.

2. Na de verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging van de rechtshandeling kan deze niet meer op dezelfde vernietigingsgrond door een buitengerechtelijke verklaring worden vernietigd.

4.8. Onderdeel 3 slaagt. De toelichting van de Minister op art. 3:52 lid 1 sub c BW beantwoordt de voorliggende vragen uitputtend:

“Met betrekking tot de pauliana-actie, die valt onder onderdeel c van het eerst lid, zal het tijdstip, waarop de verjaring een aanvang neemt, niet voor alle crediteuren gelijk zijn. Het zal ervan afhangen, op welk tijdstip een crediteur voor zich zelf de ontdekking van de benadeling heeft gedaan. Het lijkt niet noodzakelijk dit uitdrukkelijk in de bepaling neer te leggen.”<sup>11</sup>

Voor het ingaan van de verjaringstermijn is dus slechts de daadwerkelijke ontdekking van de benadeling relevant; een eventueel ‘behoren te ontdekken’ is niet aan de orde.<sup>12</sup> Omtrent het moment waarop Magista danwel haar curator van de benadeling op de hoogte is geraakt, heeft het hof niets overwogen.

4.9. Onderdeel 4 komt op tegen de oordelen in r.o. 44 dat de enkele opmerking in de inleiding van de inleidende dagvaarding dat de managementovereenkomst op basis waarvan de managementfees zijn voldaan paulianeus is, niet kan worden aangemerkt als een beroep op vernietiging, nog daargelaten dat

de curator niet concreet heeft benoemd welke managementovereenkomst hij heeft bedoeld; alsmede dat de desbetreffende passages in de comparitieaantekeningen (de punten 28 en 29) van de curator ten behoeve van de comparitie in eerste aanleg kunnen de curator evenmin kunnen baten, omdat ook hier geen concrete vordering tot vernietiging van de managementovereenkomst aan is verbonden.

4.10. Subonderdeel 4a klaagt dat het hof door aldus te overwegen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof heeft miskend dat het beroep in rechte op vernietigbaarheid van een rechtshandeling op grond van de faillissementspauliana op grond van art. 3:51 lid 1 BW vormvrij is en dat voor het aanvaarden van een beroep op de faillissementspauliana niet nodig is dat de curator een vordering tot vernietiging instelt.

Subonderdeel 4b betoogt dat voor zover het hof dit niet heeft miskend, het een onbegrijpelijke uitleg aan de stellingname van de curator in de inleidende dagvaarding heeft gegeven, althans de stellingname van de curator in nr. 21 van de inleidende dagvaarding over het hoofd heeft gezien. Op die plaats stelt de curator met zoveel woorden dat beëindigingsregeling in de managementovereenkomsten “gelet op de benadeling van de overige crediteuren en de wetenschap van deze benadeling bij Sansto en Magista paulianus en vernietigbaar is.” Deze stelling heeft de curator herhaald ter gelegenheid van de comparitie van partijen op 22 juni 2010. In de inleidende dagvaarding vordert de curator terugbetaling van de schuld van Sansto uit de rekening-courantverhouding met Magista, onder andere bestaande uit de beëindigingsvergoeding van € 96.000,- exclusief btw, zijnde € 114.240,- inclusief btw, op de grond dat Sansto dat bedrag op grond van de vernietigbare beëindigingsregeling ten onrechte op haar rekening-courantschuld aan Magista in mindering had gebracht.

Aldus heeft de curator in de inleidende dagvaarding voldoende duidelijk een beroep in rechte op de faillissementspauliana gedaan en daarmee de verjaring op grond van art. 3:316 lid 1 BW gestuit. Sansto en Sanders hebben blijkens hun verweer bij CvA goed begrepen dat de curator in de dagvaarding een beroep in rechte op de faillissementspauliana doet. Het was Sansto en Sanders blijkens hun verweer bij CvA (nr. 68) bovendien van meet af aan duidelijk dat de curator beroep doet op de vernietigbaarheid van de beëindigingsregeling in de managementovereenkomst gedateerd 10 maart 2006. De overweging van het hof dat de curator niet concreet heeft benoemd welke managementovereenkomst hij heeft bedoeld, vormt in het licht daarvan geen toereikende motivering van zijn aanvaarding van het beroep op verjaring voor zover het de vernietigbaarheid van de beëindigingsregeling in de managementovereenkomst gedateerd 10 maart 2006 betreft.

Subonderdeel 4c klaagt dat het hof op rechtens onjuiste gronden (namelijk dat een op vernietiging gericht vordering vereist zou zijn, zie subonderdeel a), althans zonder toereikende motivering, het beroep op verjaring heeft gehonoreerd voor zover het om de managementvergoedingen gaat. In de inleidende dagvaarding vordert de curator terugbetaling van de schuld van Sansto uit de lening van € 500.000,- c.q. de rekening-courantverhouding met Magista, onder andere bestaande uit de ten onrechte in verrekening gebrachte managementvergoedingen, op de grond dat Sansto dat bedrag op grond van de vernietigbare managementovereenkomsten ten onrechte op haar schuld uit de genoemde lening c.q. rekening-courantschuld aan Magista in mindering heeft gebracht. De curator heeft bovendien ter gelegenheid van de comparitie van partijen op 22 juni 2010 uitdrukkelijk aangevoerd dat de afspraak tot extra betaling van (twee keer) € 142.800,- paulianus is.

4.11. Rechterlijke vernietiging van rechtshandelingen wordt geregeld in art. 3:51 BW. Deze bepaling luidt aldus:

1. Een rechterlijke uitspraak vernietigt een rechtshandeling, doordat zij een beroep in rechte op een vernietigingsgrond aanvaardt.

2. Een rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling wordt ingesteld tegen hen die partij bij de rechtshandeling zijn.

3. Een beroep in rechte op een vernietigingsgrond kan te allen tijde worden gedaan ter afwering van een op de rechtshandeling steunende vordering of andere rechtsmaatregel. Hij die dit beroep doet, is

verplicht om zo spoedig mogelijk daarvan mededeling te doen aan de partijen bij de rechtshandeling die niet in het geding zijn verschenen.

4.12. De Hoge Raad heeft reeds in 1996<sup>13</sup> geoordeeld dat de opvatting dat art. 3:51 BW een afzonderlijke bij dagvaarding in te leiden procedure eist, onjuist is. Aan het beroep in rechte op een vernietigingsgrond worden geen nadere eisen gesteld. Het beroep kan – met inachtneming van de regels van een goede procesorde – worden gedaan in elk stadium van de procedure. Subonderdeel 4a slaagt dus, waardoor subonderdeel 4b geen behandeling meer hoeft. De vraag is vervolgens of de curator een voldoende duidelijk en voldoende onderbouwd beroep heeft gedaan op de vernietigbaarheid van de managementovereenkomst uit 2006 (subonderdelen 4c en 4d). De curator verwijst ter onderbouwing van zijn bevestigende antwoord op deze vraag naar nr. 21 en 34-35 uit de inleidende dagvaarding:

“21. Tevens betwist de Curator de rechtsgeldigheid van de beëindigingsregeling zoals deze is opgenomen in de managementovereenkomsten. Bij het uitspreken van het faillissement worden alle lopende verplichtingen op korte termijn beëindigd. De reden is in alle gevallen het faillissement, hetgeen in het geval van Sansto altijd zal leiden tot verschuldigdheid van de vergoeding. Vanwege het feit dat Sansto zowel namens Magista als zichzelf handelde wordt zij door deze regeling in geval van een faillissement altijd bevoordeeld boven de andere crediteuren doordat zij een hogere vordering verkrijgt. De situatie verschilt niet van die aan de orde was in het arrest van de Hoge Raad inzake Van Gelder Papier.<sup>14</sup> Er is sprake van een ongeoorloofde doorbreking van de paritas creditorum, althans is deze regeling gelet op de benadeling bij Sansto en Magista paulianeus en vernietigbaar.

(...)

34. Indien en voor zover geoordeeld mocht worden dat het niet aannemelijk is dat het onbehoorlijk bestuur van Sansto/Sanders en belangrijke oorzaak is van het faillissement dan stelt de Curator zich op het standpunt dat Sansto/Sanders gehouden is om het bedrag van de lening zonder recht op verrekening met managementfees terug te betalen.

35. Als gesteld is de lening van Magista aan Sansto/Sanders nietig c.q. vernietigbaar. De nietigheid c.q. de vernietigbaarheid zorgt voor een vordering van Magista op Sansto strekkende tot terugbetaling van de lening. Omdat er toch al door Sansto moest worden (terug)betaald, zou beargumenteerd kunnen worden dat dit niets aan de bestaande situatie zou veranderen. Evenwel stelt de Curator zich op het standpunt dat deze vordering niet verrekend kan worden met door Magista mogelijk aan Sansto verschuldigde managementfees.”

alsmede naar de aantekeningen zijdens de curator voor de comparitie van 22 juni 2010:<sup>15</sup>

“28. Tot slot is reeds gesteld door de curator dat hij de afspraak inhoudende de extra betaling van € 142.800 (voor de goede orde: allebei de keren) en de beëindigingsregeling paulianeus vindt. Voorzover de verrekening geacht moet worden te hebben plaatsgevonden, vordert de curator die bedragen terug op basis van art. 42 Fw. Alsdan is er geen discussie over de toepassing van art. 51 Fw.

29. Aan de eisen van art. 42 Fw wordt voldaan. Uit de managementovereenkomst blijkt niet dat er zondermeer een verplichting was tot betaling van de extra fee (zie art. 2.3). Dat moest op dat moment overeen gekomen worden. Dat was in maart/april 2007 een onverplichte afspraak. Die afspraak leidt evident tot benadeling van de crediteuren en art. 43 Fw geeft de wetenschap aan de zijde van Sansto.”

4.13. Voorshands zijn de geciteerde stellingen bezwaarlijk anders op te vatten dan als een beroep op de pauliana ten aanzien van die managementovereenkomsten die hebben geleid tot de twee extra betalingen van € 142.800,-. Uit de conclusie van antwoord (nr. 56-64 over de doorbreking van de paritas creditorum en 65-73 over art. 42/47 Fw) blijkt dat Sansto c.s. de stellingen van de curator in de dagvaarding ook aldus heeft opgevat. In hoger beroep (MvG nr. 68, 110c+d, 114) heeft de curator ook gespecificeerd dat de verrekeningen voortvloeiend uit de overeenkomst met datum 10 maart 2006 paulianeus (art. 42 en/of 47 Fw) zijn. Het oordeel van het hof in r.o. 44 dat in de dagvaarding geen beroep op vernietiging is te lezen, alsmede dat de curator niet concreet heeft benoemd welke managementovereenkomst hij heeft

bedoeld, kan ik daarom zonder nadere toelichting – die ontbreekt – niet volgen. Ook subonderdeel 4c slaagt.

4.14. Subonderdeel 4d betoogt dat ook de overwegingen aan het slot van r.o. 44 geen toereikende motivering zijn van de aanvaarding van het beroep op verjaring door het hof. Het hof overweegt dat de curator heeft gesteld dat hij de vernietiging van de managementovereenkomst ook al eerder buiten rechte bij brief van 10 juli 2010 heeft ingeroepen. Het hof stelt vast dat deze brief niet in het geding is gebracht, zodat de juistheid van de stelling van de curator niet valt te verifiëren. Daarom gaat het hof aan deze stelling voorbij. Het hof heeft er klaarblijkelijk aan voorbij gezien dat de curator bij pleidooi in appel verduidelijkt heeft dat de buitengerechtelijke vernietiging van de managementovereenkomst die ten grondslag ligt aan de managementvergoeding 2007 is geschied bij brief van 2 juli 2010 (i.p.v. de bij MvG, nr. 77, per abuis vermelde datum van 10 juli 2010). Het hof heeft niet vastgesteld dat Sansto en Sanders deze stellingname van de curator bij pleidooi hebben bestreden. Het hof had in het licht daarvan als vaststaand feit moeten aannemen dat de bedoelde managementovereenkomst buitengerechtelijk is vernietigd bij brief van 2 juli 2010. Het hof heeft art. 149 Rv geschonden door dat niet te doen. Daarnaast heeft het hof ten onrechte, althans zonder enige motivering, gepasseerd het voldoende specifieke en ter zake doende aanbod om door het horen van Mr Eshuis als getuige te bewijzen dat de brief van 2 juni 2010 is verzonden.

4.15. Voor zover deze klacht na het slagen van subonderdelen 4a en 4c nog behandeling behoeft, faalt zij. De curator heeft bij memorie van grieven een beroep gedaan op de buitengerechtelijke vernietiging van onderhavige managementovereenkomst bij brief van 10 juli 2010, op grond van de pauliana. Sansto c.s. heeft bij memorie van antwoord, nr. 106, op deze stelling gereageerd: “dit schrijven – dat niet als productie in het geding is gebracht – heeft Sansto c.s. nimmer bereikt”. Bij pleidooi heeft de curator gesteld dat bedoelde brief van 2 juli 2010 is, en dat zij door mr. Eshuis is verzonden aan Sanders en mr. Eikendal; de advocaat van de curator had de brieven bij zich en heeft aangeboden ze aan het hof te tonen. Uit de beschrijving van de procedure onderaan p. 2 van het bestreden arrest maak ik op dat de brieven niet zijn overgelegd (zij bevonden zich ook niet tussen de voor pleidooi overgelegde stukken). Uit de gedingstukken blijkt niet dat Sansto c.s. er tijdens de pleitzitting bij het hof ondubbelzinnig mee heeft ingestemd dat de brief alsnog in de rechtsstrijd zou worden betrokken. De regels van een goede procesorde brengen mee dat de rechter eerst bij pleidooi gestelde feiten ter zijde kan laten op de grond dat de tegenpartij daarop niet meer voldoende heeft kunnen reageren of dat zij een nader onderzoek nodig zouden maken waarvoor het betreffende geding geen gelegenheid meer biedt.<sup>16</sup>

De curator wilde niet vóór maar tijdens pleidooi een nieuw feit, neergelegd in een nieuwe productie overleggen, welk feit en welke productie nadere bewijslevering nodig zouden maken waarvoor gezien de stand van het geding geen ruimte meer was – zeker nu het feit en de productie al eerder aan de curator bekend hadden kunnen zijn. Van Sansto c.s. kon redelijkerwijze niet worden verwacht dat zij daar ter plekke adequaat op zou reageren, noch heeft zij hierop gereageerd. Dit alles brengt mee dat het hof aan het door de curator gestelde nieuwe feit en de aangeboden productie voorbij mocht gaan.

4.16. Onderdeel 5 is gericht tegen r.o. 45, waar het hof overweegt:

“45. De curator heeft zijn stelling dat de betaling door Magista aan Sansto van de managementvergoedingen in maart en april 2007 ten opzichte van de overige schuldeisers een onrechtmatige daad is als bedoeld in artikel 6:162 BW niet (voldoende) onderbouwd, zodat het hof die stelling zal passeren.”

Deze overweging is volgens het onderdeel onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd, omdat de curator zijn beroep op onrechtmatige daad heeft onderbouwd met de stelling dat Sansto en Sanders (de laatste mede optredend namens Magista) het doel hebben gehad zich door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen, hetgeen paulianeus is in de zin van art. 47 Fw en bovendien een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW oplevert. In dat kader heeft de curator aangevoerd dat de situatie bij Magista al vanaf de aandelenoverdracht in 2005 (en ook daarvoor al) zeer slecht was, gelet op de twee reorganisaties in korte tijd die volgens Sansto en Sanders noodzakelijk waren, dat de betalingen hebben plaats gevonden tussen vennootschappen met dezelfde aandeelhouder/bestuurder en gesteld noch

gebleken is waarom er voor Magista een dringende reden bestond om opeens, ruim drie maanden voor het faillissement, de vorderingen van Sansto boven die van andere schuldeisers te voldoen.

Voorzover het hof heeft geoordeeld dat deze omstandigheden, indien juist, geen onrechtmatige daad opleveren, is zijn oordeel rechtens onjuist. Het hof heeft miskend dat als feitelijk juist is de stelling van de curator dat Sansto en Sanders in hun hoedanigheid van (indirect) bestuurder van Magista in overleg met zichzelf Magista opeisbare schulden hebben laten voldoen, met als oogmerk zichzelf boven andere schuldeisers te begunstigen, zij onrechtmatig hebben gehandeld ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers van Magista.

4.17. De beknoptheid van de bestreden overweging is waarschijnlijk ingegeven door het oordeel van het hof dat de managementovereenkomsten geldig zijn (r.o. 41-44) en verrekening in rekening-courant mogelijk was (r.o. 47); deze punten staan door het slagen van onderdelen 2, 3 en subonderdelen 4a en 4c weer open. Het onderdeel slaagt. De curator heeft bij dagvaarding (nr. 5 en 37) summier gesteld dat de betaling van de managementfees gezien de omstandigheden als onrechtmatige selectieve betaling is aan te merken. Bij memorie van grieven heeft hij deze stelling in nr. 89 (en 110d en 114) aangevuld met de stelling dat “uit het geheel van de feiten zoals hiervoor reeds uitvoerig beschreven kan worden afgeleid, althans vermoed dat Sansto/Sanders (de laatste mede optredend namens Magista) in de zin van art. 47 Fw op dat moment het doel hebben gehad zich ten door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen waardoor – en de curator beroept zich daar ook uitdrukkelijk op – deze betalingen kunnen worden vernietigd. Een en ander levert tevens een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW op.”

Daarbij wees de curator in nr. 90 specifiek op de financiële situatie van Magista al geruime tijd zeer slecht was, dat de betalingen tussen vennootschappen met dezelfde aandeelhouder/bestuurder plaatsvonden en de omstandigheid dat gesteld noch gebleken is waarom er voor Magista opeens drie maanden voor het faillissement dringend aanleiding bestond om de vorderingen van Sansto boven die van andere schuldeisers te voldoen. Ook beriep de curator zich op een door de Hoge Raad<sup>17</sup> in een vergelijkbare casus gewezen arrest, waaruit voortvloeit dat het feit dat de rechtshandeling is verricht tussen vennootschappen met dezelfde aandeelhouder of bestuurder kan bijdragen tot de omkering van de bewijslast ten aanzien van het oogmerk tot benadeling van schuldeisers resp. de voor art. 47 Fw benodigde samenspanning.

Dit beroep van de curator op art. 6:162 BW is m.i. voldoende concreet om niet afgedaan te kunnen worden met de enkele opmerking dat het niet (voldoende) is onderbouwd.

4.18. Onderdeel 6 komt op tegen het oordeel van het hof in r.o. 55 dat Sansto recht heeft op de beëindigingsvergoeding van € 96.000,- exclusief btw, zijnde € 114.240,- inclusief btw uit hoofde van de managementovereenkomst gedateerd 10 maart 2006. De rechtsoverweging luidt:

“55. Na het faillissement van Magista heeft de curator de managementovereenkomst van 10 maart 2006 opgezegd. Sansto heeft daarop de in de overeenkomst opgenomen beëindigingsvergoeding van € 96.000,-, exclusief btw, zijnde € 114.240,-, inclusief btw, bij de curator in rekening gebracht en zich beroepen op verrekening met de vordering die Magista in rekening-courant nog had op Sansto.

De curator heeft aangevoerd dat de beëindigingsregeling de paritas creditorum doorbreekt, omdat ze in geval van faillissement altijd tot bevoordeling boven andere crediteuren leidt. Volgens de curator verschilt deze situatie niet wezenlijk van de situatie die aan de orde was in het arrest van de Hoge Raad van 12 januari 1990, LJN: AC2325, NJ 1990, 662 (Van der Kooi/curatoren Van Gelder Papier).

Het hof onderschrijft die opvatting niet. Het was Sansto toegestaan met Magista een beëindigingsvergoeding overeen te komen bij opzegging van de overeenkomst. Daarnaast is Sansto bevoegd een vordering op Magista op grond van artikel 53 Faillissementswet te verrekenen met vorderingen van Magista op haar. De in het arrest van de Hoge Raad van 12 januari 1990 beschreven casus verschilt van de onderhavige zaak, omdat het in die zaak een arbeidsovereenkomst betrof, ten aanzien waarvan de wetgever in artikel 40 Faillissementswet een bijzondere regeling heeft getroffen.”

's Hofs oordeel is volgens het onderdeel onvoldoende gemotiveerd. Het hof heeft niet gerepsondeerd op de stelling van de curator dat het beroep op de beëindigingsregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, omdat zij de paritas creditorum doorbreekt en omdat zij overeen is gekomen tussen vennootschappen met dezelfde aandeelhouder/bestuurder. Voor zover het hof heeft geoordeeld dat deze omstandigheden een beroep op art. 6:248 lid 2 BW niet kunnen dragen, is zijn oordeel rechtens onjuist.

4.19. Het hof is aan beoordeling van deze stelling niet met zoveel woorden toegekomen, nu het van oordeel was dat de managementovereenkomst rechtsgeldig was gesloten en dat de mogelijkheid van beroep op art. 42 en/of 47 Fw van de curator was verjaard. Uitgaande van de geldigheid van de overeenkomst, bracht art. 53 Fw mee dat Sansto ook tijdens het faillissement van Magista de vergoedingen voor de managementwerkzaamheden nog mocht verrekenen (r.o. 47). Nu de geldigheid van de overeenkomst van 10 maart 2006 en het slagen van het beroep op verjaring door Sansto c.s. in de procedure na verwijzing weer ter beoordeling voorliggen, zullen ook het beroep van de curator op de doorbreking van de paritas en het beroep op art. 6:248 lid 2 BW opnieuw beoordeeld moeten worden.

---

### *Conclusie*

---

De conclusie strekt – zowel in het principaal als in het incidenteel cassatieberoep – tot vernietiging en verwijzing.

---

### *Hoge Raad*

---

(...; red.)

### *3. Uitgangspunten in cassatie*

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Magista B.V. (hierna: Magista) te Roden hield zich bezig met het ontwerpen, produceren en verkopen van archief- en opslagsystemen voor bedrijven. De aandelen in Magista werden gehouden door Whittan Storage Systems Limited (hierna: Whittan).

(ii) Whittan heeft in april 2005 de aandelen Magista voor een bedrag van € 500.000,-- verkocht aan Sansto.

De overdracht van de aandelen heeft plaatsgevonden op 14 april 2005. De economische overdracht van de onderneming van Magista heeft plaatsgevonden per 1 april 2005 in verband met het feit dat het boekjaar van Magista liep van 1 april tot en met 31 maart.

(iii) Sansto is vanaf 14 april 2005 bestuurder van Magista. Sanders is enig aandeelhouder en bestuurder van Sansto.

(iv) Bij gelegenheid van de verkoop van de aandelen Magista hebben Whittan en Whittan Netherlands B.V. een schuld van Magista aan hen van € 2.371.000,-- kwijtgescholden.

(v) Rabobank heeft in april 2005 in het kader van de overname van Magista door Sansto aan Magista een bedrag van € 1.150.000,-- ter beschikking gesteld in de vorm van een lening van € 650.000,-- en een krediet in rekening-courant van € 500.000,--. Als zekerheid voor de terugbetaling van het totale bedrag is

onder meer een recht van hypotheek gevestigd op het bedrijfspand van Magista te Roden. Voorts heeft Sansto een bankborgtocht van € 250.000,- aan Rabobank verstrekt.

(vi) Het door Rabobank verstrekte krediet van € 500.000,- is gebruikt voor de betaling van de koopsom van de aandelen aan Whittan. Rabobank heeft dit bedrag rechtstreeks gestort op de rekening van de notaris die de overdrachtsakte van de aandelen heeft gepasseerd.

(vii) In de rekening-courantverhouding die tussen Magista en Sansto in het leven is geroepen is een bedrag van € 500.000,- opgenomen ten laste van Sansto als lening voor de voldoening van de koopsom van de aandelen.

(viii) Uit de jaarrekening over het boekjaar 2004/2005 blijkt dat Magista een verlies heeft geleden van € 261.000,-.

(ix) Magista als opdrachtgever en Sansto als opdrachtnemer hebben op 14 april 2005 een managementovereenkomst gesloten, waarbij Sansto zich heeft verplicht managementwerkzaamheden voor Magista te verrichten tegen een vergoeding van € 1.000,- per maand gebaseerd op een gemiddelde aanwezigheid van Sanders in Roden van één dag per week. Deze overeenkomst is van kracht geweest van 14 april 2005 tot 1 oktober 2005.

(x) Op 26 oktober 2005 zijn Magista en Sansto een "Aanvulling op de Managementovereenkomst d.d. 14 april 2005" overeengekomen waarbij de opdracht aan Sansto met ingang van 1 oktober 2005 uitgebreid en de managementvergoeding is bepaald op € 4.000,- per maand, exclusief btw, uit te betalen in 12 gelijke termijnen. Deze vergoeding is gebaseerd op de beschikbaarheid van Sanders van minimaal vier dagen per week, waarvan ten minste twee à drie dagen per week in Roden.

(xi) Magista en Sansto hebben een nieuwe managementovereenkomst gesloten, gedateerd 10 maart 2006 en ingaande 1 april 2006, waarbij Sansto als directeur wordt belast met het bestuur en beheer van Magista (art. 2.1). Voor deze werkzaamheden zijn Magista en Sansto een managementvergoeding overeengekomen van € 48.000,- per jaar, exclusief btw, welke vergoeding direct per 1 april 2006 is verschuldigd (art. 3.1). De overeenkomst bevatte bovendien een nadere bepaling voor het geval Sansto extra inspanningen zou doen en expertise ter beschikking zou stellen. Zij bevatte daarnaast bepalingen inzake de opzegbaarheid van de overeenkomst en de dan door Magista verschuldigde beëindigingsvergoeding.

(xii) Op 28 maart 2007 heeft Sansto aan Magista een factuur gestuurd voor een bedrag van € 120.000,- exclusief btw (€ 142.800,- inclusief btw) voor aanvullende managementkosten voor het boekjaar 2006-2007 in verband met herstructurering en reorganisatie van Magista (factuur 501/4).

(xiii) Op 1 april 2007 heeft Sansto aan Magista een factuur gestuurd voor een bedrag van € 48.000,- exclusief btw, zijnde € 57.120,- inclusief btw, ter zake van de managementvergoeding over de periode april 2007 tot en met maart 2008 (factuur 501/7, aanvankelijk genummerd 501/5). Eveneens op 1 april 2007 heeft Sansto aan Magista een factuur gestuurd voor een bedrag van € 120.000,- exclusief btw, zijnde € 142.800,- inclusief btw, voor aanvullende managementkosten in verband met herstructurering en reorganisatie van Magista in het boekjaar 2007-2008 (factuur 501/6).

(xiv) Op 9 november 2007 heeft Sansto aan Magista een eindafrekening gestuurd in verband met de opzegging van de managementovereenkomst door Magista per 31 augustus 2007 voor een bedrag van € 109.480,-, inclusief btw. Daarbij is onder meer een vergoeding voor de opzegtermijn van zes maanden van € 24.000,- exclusief btw, en een beëindigingsvergoeding van € 96.000,- exclusief btw in rekening gebracht (factuur 2007-501/11).

(xv) In de door Ernst & Young opgestelde jaarrekening van Magista over het boekjaar 2005-2006 (p. 2) is vermeld:

“Sedert 14 april 2005 maakt Magista B.V. deel uit van de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting met als hoofd Sansto B.V.

(...)

Belastbaar bedrag vanaf 14 april 2005 (...) (716540)

(...)

De over de periode 14 april 2005 tot en met 31 maart 2006 toegerekende vennootschapsbelasting bedraagt € 179.000 en is in rekening-courant met Sansto verrekend.”

(xvi) Op 31 maart 2006 is onder het kopje “Vordering Vpb ivm FE” in de rekeningcourant een vordering van Magista op Sansto van € 179.000,-- opgenomen. Het saldo op de rekening-courant bedroeg per 31 maart 2006 € 703.000,-- ten gunste van Magista. In de door Ernst & Young goedgekeurde balans is onder de noemer Financiële vaste activa (2) een vordering van € 703.000,-- op Sansto opgenomen. Uit de toelichting op deze balanspost blijkt dat Magista en Sansto een rente van 5% zijn overeengekomen.

(xvii) Sansto heeft op enig tijdstip na 31 maart 2006 de in de rekening-courant opgenomen vordering van Magista ter zake van vennootschapsbelasting ten bedrage van € 179.000,-- afgeboekt.

(xiii) Sansto heeft op 9 februari 2007 en 30 maart 2007 bedragen van respectievelijk € 100.000,-- en € 10.000,-- overgeboekt naar een bankrekening van Magista, welke bedragen op het saldo van de rekening-courant in mindering zijn gebracht.

(xix) Magista is op 10 juli 2007 door de rechtbank Assen in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. H.J. de Ruijter tot curator, die inmiddels is opgevolgd door mr. J.J. Reiziger (hierna ook: de curator).

3.2.1. De curator heeft in dit geding de volgende, samengevat weergegeven, vorderingen ingesteld.

Primair vorderde hij hoofdelijke veroordeling van Sansto en Sanders tot betaling aan hem van het tekort in de boedel van Magista ten belope van € 550.000,--. Daartoe stelde hij dat de lening van Magista aan Sansto van € 500.000,-- nietig, dan wel vernietigbaar is op grond van art. 2:207c lid 2 BW. Tevens was de liquiditeitspositie van Magista door de verstrekking van deze lening zodanig verslechterd dat daardoor het faillissement van Magista uiteindelijk onafwendbaar was. Daarom is sprake van onbehoorlijk bestuur en zijn Sansto en Sanders op grond van art. 2:248 BW hoofdelijk aansprakelijk voor het volledige tekort in het faillissement van Magista.

Subsidiar vorderde de curator dat Sansto zou worden veroordeeld tot terugbetaling van de lening van € 500.000,--, vermeerderd met wettelijke rente en zonder verrekening van mogelijk door Magista aan Sansto verschuldigde managementfees. De managementovereenkomsten op basis waarvan deze fees zijn voldaan zijn immers als paulianeus te beschouwen. Zou dit niet het geval zijn, dan zijn de betalingen van de managementfees als onrechtmatige selectieve betalingen aan te merken.

Meer subsidiair vorderde de curator dat Sansto wordt veroordeeld tot terugbetaling van haar schuld in rekening-courant aan Magista ten belope van € 436.400,--.

3.2.2. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen.

De curator heeft in appel onder wijziging van zijn eis vernietiging van het vonnis van de rechtbank gevorderd, en hoofdelijke veroordeling van Sansto en Sanders tot betaling van – € 502.875,-- ter zake van de lening met afsluitprovisie (te verminderen met de door Sansto betaalde bedragen van € 100.000,-- en € 10.000,--);

– € 179.000,-- vermeerderd met wettelijke rente ter zake van de ten onrechte afgeboekte vordering ter zake van vennootschapsbelasting;

– (voor zover dan nog aanwezig) het bedrag van het tekort in de boedel van Magista, nader op te maken bij staat, op de voet van art. 2:248 lid 5 BW.

3.2.3. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd. Het veroordeelde Sansto en Sanders hoofdelijk om aan de curator te betalen een bedrag van € 262.475,-- met rente, alsmede om aan de curator het resterende boedeltekort te voldoen, nader op te maken bij staat. Het meer of anders gevorderde is afgewezen.

3.2.4. Het hof overwoog dat de kern van het geschil de vraag is of Sansto als bestuurder van Magista haar taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement van Magista. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, dienen verschillende deelvragen aan de orde te worden gesteld. De eerste vraag is of het Magista, gelet op art. 2:207c BW, was toegestaan de lening van € 500.000,-- aan Sansto te verstrekken voor de koop van de aandelen-Magista (rov. 32).

Art. 2:207c BW is in het onderhavige geval van toepassing, in aanmerking genomen dat Sansto niet mede geldnemer is ter zake van het door Rabobank verstrekte krediet (rov. 35). Nu de accountantsverklaring van 12 april 2005 is gebaseerd op door Sansto en Sanders verstrekte incomplete gegevens (de twee dagen later met Rabobank gesloten lening van € 1.150.000,-- werd niet vermeld), kan daaraan niet de betekenis worden gegeven die Sansto en Sanders wensen. Die lening wel meenemend, komen de relevante reserves op 12 april 2005 uit op een negatief bedrag van € 629.000,-- (rov. 38).

In dit licht dient het handelen van Sansto en Sanders als onbehoorlijk bestuur te worden aangemerkt. Door aldus ten onrechte een schuld van € 500.000,-- in rekening-courant in het leven te roepen, heeft Sansto zichzelf in een positie gebracht dat zij in staat was door verrekening haar vorderingen op Magista bij voorrang boven andere schuldeisers voldaan te krijgen. Van die mogelijkheid heeft zij royaal gebruik gemaakt door naast de herstructureringsvergoeding over 2006-2007 en de reguliere vergoeding over 2007-2008 ook nog eens een opzegtermijn te bedingen van zes maanden en een beëindigingsvergoeding te incasseren. Daarbij komt dat zij van haar positie gebruik heeft gemaakt om ten onrechte de post ter zake van de vennootschapsbelasting te schrappen en een bedrag af te boeken waarop zij in het geheel geen aanspraak kon maken, namelijk een herstructureringsvergoeding over de jaren 2007-2008 (rov. 61).

Het is aannemelijk dat het onbehoorlijke bestuur van Sansto over Magista een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement van Magista. Gelet op het tijdsverloop tussen de lening van Magista aan Sansto en het faillissement, is het verstrekken van de lening weliswaar niet direct de oorzaak geweest van het faillissement, maar de in rekening-courant geboekte lening heeft het wel mogelijk gemaakt dat Sansto in 2007 aanzienlijke bedragen – ten dele ook nog eens zonder grond – aan Magista heeft onttrokken door deze in mindering te brengen op de rekening-courant. Daardoor is het vermogen van Magista op onaanvaardbare wijze uitgehold, hetgeen kan worden aangemerkt als een belangrijke oorzaak van het faillissement. Dat daarnaast andere factoren een rol hebben gespeeld mag zo zijn, maar de uitholling van het vermogen van Magista is eveneens een belangrijke oorzaak van het faillissement (rov. 62). Sansto is daarom op de voet van art. 2:248 BW aansprakelijk voor het boedeltekort in het faillissement van Magista. Sanders is daarvoor eveneens aansprakelijk, en wel op de voet van art. 2:248 in verbinding met art. 2:11 BW (rov. 63).

3.2.5. Ten aanzien van de omvang van de schadeplichtigheid van Sansto en Sanders heeft het hof geoordeeld dat met name van belang is of zij zich met recht hebben beroepen op verrekening van de tegenvordering die Sansto stelt te ontfemen aan de managementovereenkomst van 10 maart 2006 met de hiervoor in 3.1 onder (viii) bedoelde vordering van Magista op Sansto uit geldlening (rov. 14). Het heeft voorts geoordeeld dat de bevoegdheid van de curator deze managementovereenkomst te vernietigen op grond van de actio pauliana, is verjaard (rov. 43). De stelling van de curator dat de betaling door Magista aan Sansto van de managementvergoedingen in maart en april 2007 ten opzichte van de overige schuldeisers onrechtmatig was, is niet (voldoende) onderbouwd (rov. 45). Voorts was het Sansto

toegestaan met Magista een beëindigingsvergoeding overeen te komen bij opzegging van de overeenkomst, en de desbetreffende vordering op Magista te verrekenen met de vorderingen van Magista op haar (rov. 55).

#### *4. Beoordeling van het middel in het principale beroep*

4.1. Onderdeel 1.1 komt op tegen het oordeel van het hof in rov. 38 dat Sansto bewust in strijd heeft gehandeld met art. 2:207c lid 2 BW door met Magista een lening aan te gaan van € 500.000,-- ten behoeve van de aankoop van de aandelen Magista, en tegen het oordeel dat Magista's vrije reserves in werkelijkheid € 629.000,-- negatief waren.

4.2. Bij de beoordeling van het onderdeel wordt vooropgesteld dat art. 2:207c lid 2 BW met ingang van 1 oktober 2012 is vervallen (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, Stb. 2012, 299 en 301).

Art. V.1.1 Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht brengt in verbinding met art. 81 lid 3 Ow BW mee dat de door Magista aan Sansto verstrekte lening met ingang van 1 oktober 2012 niet langer op de voet van art. 2:207c lid 2 BW (in verbinding met art. 3:40 lid 2 BW) kan worden vernietigd indien alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op de nietigheid hadden kunnen beroepen, de handeling voordien als geldig hebben aangemerkt. Aan deze zojuist genoemde voorwaarde is niet voldaan. Art. 2:207c lid 2 BW dient dus in dit cassatieberoep te worden toegepast.

4.3. Het onderdeel treft doel. Het hof heeft miskend dat de hiervoor in 3.1 onder (vi) vermelde, door Rabobank aan Magista verstrekte, hypothecaire lening en het krediet in rekening-courant zijn aan te merken als vreemd vermogen van Magista. Noch het aangaan van die lening en dat krediet, noch de wijze waarop het aldus verkregen vreemde vermogen door Magista is aangewend, was daarom van invloed op de omvang van het eigen vermogen van Magista. Het oordeel van het hof dat het bedrag van het aldus verkregen vreemde vermogen ten belope van in totaal € 1.150.000,-- in mindering diende te worden gebracht op het eigen vermogen van Magista, is dus onbegrijpelijk gemotiveerd.

4.4. Volgens onderdeel 1.2 is onjuist, althans onbegrijpelijk, dat het hof de geprognosticeerde winst van € 47.000,-- niet bij de vaststelling van de vrij uitkeerbare reserves heeft betrokken. Hetzelfde geldt voor de kwijtschelding van de hiervoor in 3.1 onder (iv) vermelde schuld van € 2.371.000,--. Zouden deze beide posten wel in de beoordeling zijn betrokken, dan beschikte Magista per 31 maart 2005 over vrij uitkeerbare reserves van € 568.000,-- inclusief geprognosticeerde winst, zodat art. 2:207c lid 2 BW niet aan Magista's lening van € 500.000,-- aan Sansto in de weg stond, aldus nog steeds het onderdeel.

4.5. Bij de beoordeling van het onderdeel dient tot uitgangspunt dat art. 2:207c lid 2 BW, voor zover thans van belang, inhoudt dat de vennootschap (in dit geval: Magista) leningen met het oog op het nemen of verkrijgen van aandelen in haar kapitaal slechts mag verstrekken tot ten hoogste het bedrag van de uitkeerbare reserves.

Het onderdeel doet een beroep op door Sansto en Sanders aangevoerde stellingen die erop neerkomen dat de onderhavige (door)lening niet door het verbod van art. 2:207c lid 2 BW werd getroffen, gezien de omvang van de uitkeerbare reserves van Magista. Het hof heeft deze essentiële stellingen niet kenbaar in zijn oordeel betrokken, zodat ook onderdeel 1.2 gegrond is.

4.6. Onderdeel 2.1 keert zich tegen het oordeel van het hof in rov. 61 dat Magista's liquiditeitspositie belangrijk zou zijn verbeterd als Magista het van Rabobank geleende bedrag van € 500.000,-- niet had doorgeleend aan Sansto. Onderdeel 2.2 bestrijdt als onbegrijpelijk gemotiveerd de verwerping van het verweer van Sansto dat sprake was van een 'packagedeal' en dat Rabobank geen lening van € 650.000,-- aan Magista zou hebben verstrekt wanneer de lening van € 500.000,-- ten behoeve van de overdracht van de aandelen niet zou hebben plaatsgevonden.

4.7. De onderdelen treffen doel. Het hof heeft terecht (en in cassatie niet bestreden) in rov. 32 van zijn arrest tot uitgangspunt genomen dat de kern van het geschil de vraag is of Sansto als bestuurder van Magista haar taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement van Magista. Stelplicht en bewijslast van de daaraan ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden rusten ingevolge art. 150 Rv op de curator. Ter bestrijding van hetgeen de curator in dat verband heeft gesteld, hebben Sansto en Sanders onder meer aangevoerd dat de (door)lening van het door Magista van Rabobank geleende bedrag onverbrekkelijk samenhangt met de overige elementen van de onderhavige aandelentransactie, waardoor de vermogens- en liquiditeitspositie van Magista juist werd versterkt. Zij hebben zich in dit verband met name op het volgende beroepen:

– de hiervoor in 3.1 onder (iv) vermelde omstandigheid dat Whittan en Whittan Netherlands B.V. bij gelegenheid van de verkoop van de aandelen Magista aan Sansto een schuld van Magista aan hen van € 2.371.000,-- hebben kwijtgescholden, en

– de hiervoor in 3.1 onder (vi) vermelde omstandigheid dat Sansto zich voor een bedrag van € 250.000,-- borg heeft gesteld tegenover Rabobank voor de nakoming van de verplichtingen van Magista.

Door uitsluitend de (door)lening van € 500.000,-- in zijn oordeel te betrekken en niet de daarmee samenhangende voordelen van de aandelentransactie voor de vermogens- en liquiditeitspositie van Magista, heeft het hof zijn oordeel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd.

4.8. De onderdelen 3.1 en 3.2 zijn gericht tegen het oordeel van het hof over de verrekening in rekening-courant van de door Sansto of Sanders in de jaren 2007-2008 ten behoeve van Magista verrichte herstructureringswerkzaamheden (zie hiervoor in 3.1 onder (xiv)). De curator heeft aangevoerd dat de vordering van Magista op Sansto tot terugbetaling van de hiervoor in 3.1 onder (vii) bedoelde (door)lening grotendeels is verrekend met “onverklaarbare en ongerechtvaardigde” management- en beëindigingsvergoedingen. De curator heeft de verschuldigdheid daarvan betwist en heeft daartoe in de kern aangevoerd dat in de jaren 2007-2008 niet of nauwelijks herstructureringswerkzaamheden hebben plaatsgevonden.

Het hof heeft de curator in dit betoog gevolgd en heeft resumerend overwogen:

“52. (...) Samengevat duidt geen enkele factuur er op dat in het boekjaar 2007-2008 een reorganisatie bij Magista heeft plaatsgevonden.

53. Naar het oordeel van het hof heeft de curator met de verklaringen van Zaaijer en de bespreking van de hiervoor genoemde facturen de stelling van Sansto en Sanders dat Sanders in het boekjaar 2007-2008 herstructureringswerkzaamheden voor Magista heeft verricht gemotiveerd betwist. In het licht van deze gemotiveerde betwisting hebben Sansto en Sanders op wie op grond van de hoofdregel van bewijsrecht neergelegd in artikel 150 Rv de bewijslast rust van hun stelling, deze stelling niet voldoende met relevante feiten en omstandigheden onderbouwd, zodat aan bewijslevering niet wordt toegekomen. De enkele vermelding in de urenverantwoordingsstaat van Sanders (productie 8 bij conclusie van antwoord) van een aantal besprekingen met FNV/CNV en FME zegt zonder nadere toelichting niets. Dit kan net zo goed betrekking hebben op de reguliere bedrijfsvoering.

Daarom moet worden geoordeeld dat Sansto ten onrechte met betrekking tot het boekjaar 2007-2008 een bedrag van € 142.800,- voor herstructureringswerkzaamheden in de rekening-courant met Magista heeft geboekt.

54. Uit de zojuist besproken facturen blijkt evenmin dat Sansto kosten heeft gemaakt en betaald die ten laste van Magista kunnen worden gebracht. Het hof zal met deze facturen, die wel zijn opgenomen in de door Sansto opgestelde staat van de rekening-courant, maar niet in het door de curator gemaakte overzicht daarvan, dan ook geen rekening houden.”

De onderdelen klagen onder meer dat het hof in rov. 53 ten onrechte heeft overwogen dat op grond van art. 150 Rv op Sansto en Sanders de bewijslast rust van hun stellingen.

4.9. Deze klacht treft doel. Zoals hiervoor in 4.7 is overwogen, heeft het hof terecht geoordeeld dat de kern van het geschil de vraag is of Sansto als bestuurder van Magista haar taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement van Magista. Stelplicht en bewijslast van de daaraan ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden rusten ingevolge art. 150 Rv op de curator. Op de curator rust ook de bewijslast van de aan zijn vordering ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden die door Sansto en Sanders zijn betwist. Het hof heeft niet aan zijn oordeel ten grondslag gelegd dat Sansto en Sanders deze betwisting onvoldoende hebben gemotiveerd, maar heeft als uitgangspunt genomen dat zij de stelplicht en bewijslast droegen van hun desbetreffende standpunt. Aldus heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

De overige klachten van de onderdelen behoeven geen behandeling.

4.10. Onderdeel 4, dat – onder 4.1-4.6 – een reeks klachten bevat, bestrijdt met name het oordeel van het hof in rov. 62 dat het aannemelijk is dat het onbehoorlijke bestuur van Sansto over Magista een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement van Magista, zulks in weerwil van het feit dat de lening van Magista aan Sansto niet direct de oorzaak is geweest van het faillissement van Magista. Door te overwegen dat deze lening het mogelijk heeft gemaakt dat Sansto in 2007 door verrekening in rekening-courant aanzienlijke bedragen aan Magista heeft onttrokken, waardoor het vermogen van Magista onaanvaardbaar is uitgehold, hetgeen kan worden aangemerkt als een belangrijke oorzaak van het faillissement, heeft het hof art. 2:248 lid 1 BW miskend, aldus nog steeds het onderdeel.

4.11. Het onderdeel slaagt. Art. 2:248 lid 1 BW brengt mee dat de rechter dient na te gaan of het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Daarvoor is, anders dan het oordeel van het hof inhoudt, onvoldoende dat een handeling die kennelijk onbehoorlijk bestuur oplevert, als een voorwaarde voor het faillissement is te beschouwen.

4.12. De onderdelen 5.1-5.4 betreffen kort gezegd de veroordeling van Sanders tot betaling van de resterende schuld van Sansto in rekening-courant. De onderdelen klagen primair dat die veroordeling onbegrijpelijk is, nu Sanders geen partij is bij die rekening-courantverhouding.

Deze klacht is gegrond. Uit het bestreden arrest valt niet op te maken op welke grond het hof Sanders, die geen partij was bij de rekening-courant-verhouding, medeaansprakelijk heeft geoordeeld voor deze schuld.

De overige klachten van de onderdelen behoeven geen behandeling.

4.13. Onderdeel 6 is gericht tegen de door het hof uitgesproken veroordeling van Sansto en Sanders tot voldoening van het boedeltekort en van de proceskosten. Aangezien de klachten tegen de daaraan ten grondslag liggende oordelen doel treffen, geldt hetzelfde voor deze voortbouwende klacht.

## *5. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep*

5.1. Uit hetgeen in het principale beroep is overwogen volgt dat de voorwaarde waaronder het incidentele beroep is ingesteld, is vervuld.

5.2. Onderdeel 1 komt op tegen de vaststelling door het hof in rov. 14, en de daarop voortbouwende overwegingen in rov. 42-60, dat Magista en Sansto een nieuwe managementovereenkomst hebben gesloten, gedateerd op 10 maart 2006 en ingaande 1 april 2006. De curator heeft echter aangevoerd dat deze managementovereenkomst in werkelijkheid niet tot stand is gekomen. Aldus heeft de curator het

standpunt van Sansto en Sanders bestreden dat de schuld van Sansto aan Magista tot terugbetaling van het aan haar geleende bedrag van € 500.000,- (zie hiervoor in 3.1 onder (viii)) al geheel of ten dele was tenietgegaan door verrekening met de bedragen die Magista aan Sansto was verschuldigd ingevolge deze managementovereenkomst. Het onderdeel klaagt dat het hof deze stelling van de curator onvoldoende gemotiveerd heeft verworpen.

5.3. Het onderdeel is gegrond. De curator heeft in zijn memorie van grieven nrs. 38-63, onder aanvoering van een achttal specifiek toegelichte omstandigheden van het geval, een uitvoerig betoog gehouden van de door het onderdeel gestelde strekking en in die memorie onder nr. 127 een specifiek bewijsaanbod gedaan. In dit licht heeft het hof een onbegrijpelijk gemotiveerd oordeel gegeven door het bestaan van deze managementovereenkomst aan te merken als een tussen partijen vaststaand feit. In verband met het bewijsaanbod doet hieraan niet af dat de curator ten onrechte (zie HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4112, NJ 1990/323) ook heeft aangevoerd dat de tussen Magista en Sansto opgemaakte, en namens hen ondertekende, onderhandse akte waarin het bestaan van deze overeenkomst werd vermeld, tegen hem geen dwingende bewijskracht heeft.

5.4. Onderdeel 2 is met een rechts- en motiveringklacht gericht tegen rov. 43, waarin het hof heeft geoordeeld dat de bevoegdheid van de curator de managementovereenkomst van 10 maart 2006 te vernietigen “op grond van de actio pauliana”, is verjaard. Sansto en Sanders hebben echter volgens het onderdeel alleen met betrekking tot het beroep van de curator op art. 42 Fw een verjaringsverweer gevoerd, en dus niet ook met betrekking tot zijn beroep op art. 47 Fw.

5.5.1. In hoger beroep heeft de curator met grief VIII aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen, kort gezegd, dat de curator in dit verband geen beroep op de actio pauliana heeft gedaan. Ter uitwerking van deze grief beriep de curator zich in de nrs. 77 en 78 van de memorie van grieven uitsluitend op art. 42 Fw. Een beroep op art. 47 Fw werd in dit verband niet gedaan, noch uitdrukkelijk, noch impliciet. Grief IX richtte zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de curator evenmin heeft geëxpliciteerd waarom sprake zou zijn geweest van selectieve onrechtmatige betalingen. De curator beriep zich in dat verband onder nr. 89 van de memorie van grieven uitdrukkelijk mede op art. 47 Fw.

5.5.2. In hun memorie van antwoord hebben Sansto en Sanders alle grieven afzonderlijk besproken. Bij de bespreking van grief VIII, onder het kopje ‘pauliana’, hebben zij in nr. 106 een beroep gedaan op verjaring. In de memorie van antwoord nr. 102 hebben zij gesteld:

“Voor zover de rechtsvordering tot vernietiging van de managementovereenkomst op grond van artikel 42 Fw niet is verjaard, kan de Curator daarop een beroep doen en zal moeten worden beoordeeld of aan de vereisten van artikel 42 Fw is voldaan.”

Bij de bespreking van grief VIII is noch uitdrukkelijk, noch impliciet, melding gemaakt van art. 47 Fw.

Bij de bespreking van grief IX, onder het kopje ‘selectieve betaling’, zijn Sansto en Sanders echter (in hun memorie van antwoord nrs. 123 en 124) wél ingegaan op de betekenis die volgens hen in dit verband toekomt aan art. 47 Fw.

5.6. Het hof heeft in rov. 42 van zijn arrest overwogen, kort gezegd, dat de curator zowel een beroep heeft gedaan op art. 42 Fw als op art. 47 Fw, en heeft in rov. 43-44 zonder nader onderscheid overwogen dat het beroep van Sansto en Sanders op verjaring van de bevoegdheid tot vernietiging op grond van de actio pauliana, slaagt. Dit oordeel kan niet anders worden verstaan dan dat het zowel het beroep van de curator op op art. 42 Fw, als op art. 47 Fw betreft.

5.7. Aldus heeft het hof, zoals het onderdeel terecht aanvoert, hetzij zijn oordeel onbegrijpelijk gemotiveerd, hetzij blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Het bestreden oordeel is onbegrijpelijk gemotiveerd indien het hof in de gegeven omstandigheden in het hiervoor in 5.5.2 samengevat weergegeven betoog van Sansto en Sanders mede een beroep heeft gelezen op verjaring van de bevoegdheid tot vernietiging die de curator naar zijn stelling op de voet van art. 47

Fw ten dienste stond. Dit betoog laat geen andere lezing toe dan dat het beroep op verjaring uitsluitend de bevoegdheid van art. 42 Fw betrof.

Het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting indien het van oordeel was dat het middel van verjaring door de rechter ambtshalve mag worden toegepast. Het staat immers de rechter niet vrij ambtshalve te onderzoeken of een ingestelde rechtsvordering, dan wel een aan een procespartij ten dienste staande bevoegdheid (zoals in dit geval: tot vernietiging van een rechtshandeling op de voet van art. 47 Fw), door verjaring is tenietgegaan (vgl. HR 29 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1943, NJ 1996/418).

Het onderdeel treft dus doel.

5.8. Onderdeel 3 is eveneens gericht tegen het hiervoor in 5.6 weergegeven oordeel van het hof dat het beroep van Sansto en Sanders op verjaring van de bevoegdheid tot vernietiging op grond van de actio pauliana, slaagt.

Het onderdeel voert aan dat dit oordeel niet alleen op de door onderdeel 2 aangevoerde gronden geen stand kan houden, maar ook omdat het hof heeft miskend dat de verjaringstermijn van de faillissementspauliana ingevolge art. 3:52 lid 1, aanhef en onder c, BW pas begint te lopen op het moment dat de curator de benadeling heeft ontdekt. Zou het hof dit niet hebben miskend, dan is zijn oordeel onbegrijpelijk gemotiveerd. Zonder toelichting valt immers niet in te zien dat de curator geacht kan worden de benadeling te hebben ontdekt op de datum van de faillietverklaring, althans op een datum die meer dan drie jaar is gelegen voor het nemen van de memorie van grieven, aldus nog steeds het onderdeel.

5.9. Ondanks het slagen van onderdeel 2 heeft de curator belang bij onderdeel 3 omdat onderdeel 2 uitsluitend is gericht tegen het oordeel van het hof over de verjaring van de bevoegdheid tot vernietiging van de managementovereenkomst van 10 maart 2006 op de voet van art. 47 Fw. Het oordeel dat de bevoegdheid van de curator tot vernietiging van deze overeenkomst op de voet van art. 42 Fw is verjaard, is door onderdeel 2 niet bestreden.

5.10. Het hof heeft als volgt overwogen:

“43. Sansto en Sanders hebben primair gesteld dat het beroep op vernietiging op grond van de actio Pauliana is verjaard, nu dit beroep eerst bij memorie van grieven is gedaan.

44. Naar het oordeel van het hof slaagt dit beroep op verjaring, nu het faillissement op 10 juli 2007 is uitgesproken en de curator de vernietiging van de managementovereenkomst van 10 maart 2006, onderscheidenlijk van de betalingen in maart en april 2007 eerst bij memorie van grieven van 19 juli 2011 heeft ingeroepen. Dat is ruimschoots na het verstrijken van de in artikel 3:52 lid 1 aanhef en onder d BW genoemde termijn van 3 jaren.

De enkele opmerking in de inleiding van de dagvaarding in eerste aanleg dat de managementovereenkomst op basis waarvan de managementfees zijn voldaan paulianeus is kan niet worden aangemerkt als een beroep op vernietiging, nog daargelaten dat de curator niet concreet heeft benoemd welke managementovereenkomst hij heeft bedoeld. De desbetreffende passages in de comparitie-aantekeningen (de punten 28 en 29) van de curator ten behoeve van de comparitie in eerste aanleg kunnen hem evenmin baten, want ook hier is geen concrete vordering tot vernietiging van de managementovereenkomst aan verbonden.

De curator heeft verder gesteld dat hij de vernietiging van de managementovereenkomst ook al eerder buiten rechte bij brief van 10 juli 2010 heeft ingeroepen. Het hof stelt vast dat deze brief niet in het geding is gebracht, zodat de juistheid van de stelling van de curator niet valt te verifiëren. Daarom zal aan deze stelling worden voorbij gegaan.”

5.11. Rechtsvorderingen tot vernietiging van een rechtshandeling verjaren ingevolge art. 3:52 lid 1, aanhef en onder c, BW in geval van benadeling: drie jaren nadat de benadeling is ontdekt. Deze bepaling bestrijkt mede de vernietiging wegens benadeling op de voet van de art. 42 en 47 Fw. Zij strookt met het uitgangspunt dat een verjaringstermijn met betrekking tot een bevoegdheid tot vernietiging niet eerder gaat lopen dan vanaf het moment waarop degene die tot vernietiging bevoegd is, daadwerkelijk over deze bevoegdheid beschikt (zie de opmerkingen van de regeringscommissaris, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 236).

5.12. De rechtsklacht van het onderdeel is gegrond.

Rov. 44, eerste alinea, van het bestreden arrest kan niet anders worden verstaan dan dat het hof van oordeel was dat de onderhavige verjaringstermijn zonder meer begon te lopen daags nadat het faillissement van Magista (op 10 juli 2007) was uitgesproken. De hieraan ten grondslag liggende rechtsopvatting is blijkens het hiervoor in 5.11 overwogene onjuist.

5.13. Onderdeel 4, dat onder a-d diverse klachten bevat, is gericht tegen hetgeen het hof heeft overwogen in zijn hiervoor in 5.10 aangehaalde rov. 44, tweede alinea, van het bestreden arrest.

De onderdelen 4a en 4b zijn gericht tegen de overweging van het hof dat de enkele opmerking in de inleiding van de dagvaarding in eerste aanleg dat de managementovereenkomst op basis waarvan de managementfees zijn voldaan, paulianus is, niet kan worden aangemerkt als een beroep op vernietiging. De daardoor voorgedragen klachten treffen doel.

5.14.1. Het hof heeft van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven als het heeft miskend dat een beroep in rechte op een vernietigingsgrond als geregeld in art. 3:51 lid 3 BW, vormloos is (zie HR 25 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2182, NJ 1997/68 en de daarin in rov. 3.3 aangehaalde vindplaatsen in de parlementaire geschiedenis).

5.14.2. Als het hof van de juiste rechtsopvatting is uitgegaan heeft het een onbegrijpelijk gemotiveerd oordeel gegeven. De inleidende dagvaarding bevat immers onder meer de volgende passage:

“5. Voorts heeft de curator geconstateerd dat (...) de managementovereenkomst op basis waarvan de managementfees zijn voldaan (door middel van verrekening) paulianus is (...).”

Hierop hebben Sansto en Sanders in hun conclusie van antwoord nrs. 65-73 onder het kopje ‘pauliana’ gereageerd. Zij hebben daarin onder meer opgemerkt:

“65. De Curator heeft ook gesteld dat de beëindigingsregeling paulianus is. Een onderbouwing hiervan heeft de Curator nagelaten behalve dat hij heeft gesteld dat de beëindigingsregeling benadelend is voor de overige crediteuren.”

Met deze laatste passage (“behalve dat ...”) die niet staat in de inleidende dagvaarding nr. 5, doelden Sansto en Sanders kennelijk op de volgende passage uit die dagvaarding:

“21. Tevens betwist de curator de rechtsgeldigheid van de beëindigingsregeling zoals deze is opgenomen in deze managementovereenkomsten. (...) deze regeling [is] gelet op de benadeling van de overige crediteuren en de wetenschap van deze benadeling bij Sansto en Magista paulianus en vernietigbaar.”

Mede in het licht van de wijze waarop Sansto en Sanders de hiervoor aangehaalde passage uit de dagvaarding, nr. 5, hebben opgevat, waardoor deze passage onderdeel ging uitmaken van het partijdebat, is het oordeel van het hof dat zij valt aan te merken als een “enkele opmerking”, onbegrijpelijk. In het licht van de wijze waarop zij door Sansto en Sanders is opgevat, is het oordeel van het hof dat zij niet kan worden aangemerkt als een (voldoende duidelijk gedaan) beroep op vernietiging, eveneens onbegrijpelijk.

5.14.3. Aan zijn door de onderdelen 4a en 4b met succes bestreden oordeel dat de curator geen beroep heeft gedaan op vernietiging van de managementovereenkomst omdat deze als paulianus is aan te merken, heeft het hof – in zijn visie ten overvloede – nog toegevoegd:

“nog daargelaten dat de curator niet concreet heeft benoemd welke managementovereenkomst hij heeft bedoeld.”

Ook deze overweging wordt door onderdeel 4b terecht als onbegrijpelijk bestempeld, in aanmerking genomen dat Sansto en Sanders in hun conclusie van antwoord nr. 68 hebben aangevoerd:

“Dat zowel bij Sansto als Magista wetenschap van deze benadeling aanwezig zou zijn geweest op het moment van het aangaan van de managementovereenkomst ligt nog minder voor de hand. Dat zou immers betekenen dat zowel Sansto als Magista op 10 maart 2006 wetenschap moet hebben gehad van het feit dat het faillissement van Magista onvermijdelijk was. (...)”

Deze passage laat geen andere uitleg toe dan dat Sansto en Sanders het beroep van de curator op de pauliana hebben opgevat als betrekking hebbend op de managementovereenkomst van 10 maart 2006.

5.15. Het slagen van de onderdelen 4a en 4b brengt mee dat onderdeel 4c geen behandeling behoeft.

5.16. Onderdeel 4d keert zich tegen de hiervoor in 5.10 aangehaalde rov. 44, derde alinea, van het bestreden arrest. Het onderdeel kan niet tot cassatie leiden.

Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de daardoor naar voren gebrachte klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5.17. Onderdeel 5 bestrijdt met een motiveringsklacht hetgeen het hof in rov. 45 heeft overwogen, te weten:

“De curator heeft zijn stelling dat de betaling door Magista aan Sansto van de managementvergoedingen in maart en april 2007 ten opzichte van de overige schuldeisers een onrechtmatige daad is als bedoeld in artikel 6:162 BW niet (voldoende) onderbouwd, zodat het hof die stelling zal passeren.”

5.18. Deze overweging wordt door het onderdeel op goede gronden als onbegrijpelijk aangemerkt. De in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.17 geciteerde passages uit de processtukken van de curator laten geen andere lezing toe dan dat de curator zijn beroep op onrechtmatige daad alleszins toereikend had toegelicht.

5.19. Onderdeel 6 bestrijdt het oordeel van het hof in rov. 55, waarin kort gezegd is overwogen dat het Sansto was toegestaan met Magista een beëindigingsvergoeding overeen te komen bij opzegging van de overeenkomst en de desbetreffende vordering op Magista te verrekenen met vorderingen van Magista op haar. Het onderdeel verwijt het hof niet te hebben geoordeeld over de stelling van de curator dat het beroep op de beëindigingsregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, omdat zij de paritas creditorum doorbreekt en omdat zij is overeengekomen tussen vennootschappen met dezelfde aandeelhouder/bestuurder.

5.20. Het onderdeel is terecht voorgedragen omdat het hof de desbetreffende essentiële stellingen van de curator ten onrechte niet in zijn oordeel heeft betrokken.

## *6. Beslissing*

De Hoge Raad:

*in het principale en het incidentele beroep:*

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Leeuwarden van 31 juli 2012;

verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

*in het principale beroep:*

veroordeelt de curator in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Sansto en Sanders begroot op € 6.204,35 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris;

*in het incidentele beroep:*

veroordeelt Sansto en Sanders in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de curator begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris.

## Noot

---

1. Dit arrest van de Hoge Raad is het vervolg op het arrest van het Hof Leeuwarden 31 juli 2012, «JOR» 2013/34, m.nt. Bartman met betrekking tot het failliete Magista BV, producent van archief- en opslagsystemen. De belangrijkste feiten staan in r.o. 3.1 opgesomd. De acties van de curator zijn vooral gericht op de lening van € 500.000 die Magista aan Sansto BV heeft verstrekt voor de financiering van de koopsom voor de aandelen in Magista toen Sansto deze kocht van de Engelse Whittan Storage Systems Ltd. Volgens de curator was het verstrekken van deze lening in strijd met het (inmiddels vervallen) verbod op financiële steunverlening voor de BV, art. 2:207c BW, en heeft de bestuurder van Magista, Sansto, zich hiermee schuldig gemaakt aan kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:248 lid 1 BW. Na een verloren strijd bij de rechtbank, won de curator in hoger beroep. Het hof veroordeelde Sansto en haar bestuurder Sanders om het saldo van de lening terug te betalen en om het eventueel resterende boedeltekort aan te zuiveren. In cassatie blijft er van het arrest van het hof echter niet veel over: nagenoeg alle klachten in het principaal én incidenteel beroep worden gegrond verklaard. Dat is vrij uitzonderlijk.

2. Art. 2:207c BW is door de inwerkingtreding van de Flex BV-wet op 1 oktober 2012 komen te vervallen. Redres dient sindsdien plaats te vinden via de algemene regels van bestuurdersaansprakelijkheid, waaronder art. 2:248 BW. Voor de NV bestaat het financiële steunverbod echter nog wel, waarmee de onderhavige uitspraak relevant blijft voor de praktijk.

3. Strijd met art. 2:207c BW leidt tot een nietige rechtshandeling. Art. V.1 van de Invoeringswet Flex BV bepaalt dat art. 81 Overgangswet NBW in dat geval overeenkomstig van toepassing is: de nietige rechtshandeling wordt bij inwerkingtreding met terugwerkende kracht onaantastbaar. Dat geldt echter niet als een belanghebbende zich voordien op de ongeldigheid van de rechtshandeling heeft beroepen (art. 81 lid 3 Overgangswet NBW). In de onderhavige zaak had de curator zich ruim vóór 1 oktober 2012 op de ongeldigheid van de rechtshandeling beroepen. Net als de rechtbank en het hof past de Hoge Raad daarom terecht art. 2:207c BW toe (r.o. 4.2).

4. Het bedrag dat Magista aan haar toekomstige aandeelhouder Sansto leende, had Magista op haar beurt van Rabobank geleend. Rabobank verkreeg als zekerheid onder meer een hypotheekrecht op het bedrijfspand van Magista. Het gaat hier om een zogenoemde doorleenconstructie uit Muller/Rabobank (HR 7 mei 2004, «JOR» 2004/161, m.nt. Bartman). Een BV mag (mocht) zekerheden verstrekken voor een door haar aangetrokken lening waarna die gelden binnen de grenzen van lid 2 van art. 2:207c BW geheel of gedeeltelijk aan een derde worden doorgeleend ter financiering van de aankoop van aandelen in de BV. De BV mag (mocht) op grond van lid 2 slechts tot een bedrag van maximaal de uitkeerbare reserves aan de derde (door)lenen. Volgens de curator had Magista onvoldoende uitkeerbare reserves voor de (door)lening aan Sansto. Het hof ging hierin mee, maar maakte daarbij een fout. Bij de berekening van het eigen vermogen (en dus ook de uitkeerbare reserves) van Sansto, bracht het hof de

lening van Rabobank ten laste van het eigen vermogen (r.o. 38). Ten onrechte, want het aangaan van een lening heeft in principe geen effect op het eigen vermogen omdat tegenover die schuld voor een gelijk bedrag een bezitting ontstaat, het geleende bedrag. Het eigen vermogen (= bezittingen –/– schulden) blijft gelijk. De motiveringsklacht van Sansto treft terecht doel (r.o. 4.3).

5. Voorts klaagde Sansto dat het hof bij de beoordeling van de uitkeerbare reserves niet de geprognosticeerde winst van Magista had betrokken. Ook deze klacht is gegrond (r.o. 4.5). De overweging van de Hoge Raad dat het hof ook de kwijtschelding van de substantiële vordering op Magista door de verkopende aandeelhouder Whittan niet in de berekening van de uitkeerbare reserves heeft betrokken (r.o. 4.5), lijkt op een vergissing te berusten. Het hof had deze kwijtschelding, die deel uitmaakte van de ‘package deal’ met betrekking tot de verkoop, wel in de berekening van de uitkeerbare reserves betrokken (r.o. 38 hof), en terecht. Een 207c-vraagstuk moet holistisch worden onderzocht: alle handelingen die met de transactie verband houden, moeten als één geheel worden beschouwd (zie mijn annotatie bij «JOR» 2013/169). Dat geldt ook voor de berekening van de uitkeerbare reserves. In het verlengde van deze klacht lag de klacht van Sansto dat het hof de voor Magista gunstige aspecten van de ‘package deal’ niet heeft betrokken in zijn beoordeling of het verstrekken van de lening een daad van kennelijk onbehoorlijk bestuur door Sansto vormde. Ook deze klacht treft doel (r.o. 4.7).

6. Een ander noemenswaardig aspect van dit arrest is de behandeling van de vraag of het verstrekken van de lening aan Sansto een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest in de zin van art. 2:248 lid 1 BW. Het hof overwoog dat de lening weliswaar niet direct het faillissement van Magista heeft veroorzaakt, maar wel tot onaanvaardbare uitholling van haar vermogen heeft geleid en voegde daaraan toe: *“Dat daarnaast andere factoren een rol hebben gespeeld, zoals [A, B en C] mag zo zijn, de uitholling van het vermogen van Magista is eveneens een belangrijke oorzaak van het faillissement.”* (r.o. 62 hof). De klacht die Sansto hiertegen richtte (onderdeel 4.1), begrijp ik als volgt: Het hof kon niet beoordelen of het verstrekken van de lening een belangrijke oorzaak van het faillissement was, zonder de andere aangevoerde oorzaken te beoordelen. De Hoge Raad lijkt Sansto hierin te volgen: de enkele constatering dat de handeling (het verstrekken van de lening) een voorwaarde voor het faillissement is geweest, is onvoldoende. Er moet dus meer zijn dan een enkel *conditio sine qua non*-verband. Dit is in lijn met bijvoorbeeld de conclusie van A-G Langemeijer bij HR 12 juli 2013 (RI 2013/100, par. 2.9), Hof Amsterdam 10 november 1997 («JOR» 1997/128), Rechtbank Den Haag 3 februari 1999 («JOR» 1999/243) en Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 458. Het hof dient te onderzoeken of de handeling een *belangrijke* oorzaak van het faillissement is geweest. Dat kan volgens mij slechts door de gevolgen van de lening af te zetten tegen die van de andere aangevoerde oorzaken van het faillissement. Het hof liet deze andere oorzaken echter geheel onbesproken. De Hoge Raad treedt hier op tegen wat Bartman eerder “causaliteitsverwatering” heeft genoemd («JOR» 2013/34). Dat er niet licht met de voorwaarde ‘een belangrijke oorzaak van het faillissement’ mag worden omgesprongen, doet recht aan de zware sanctie waartoe art. 2:138/248 BW leidt.

7. Tot slot belicht ik uit de behandeling van het incidenteel beroep r.o. 5.11, waarin de Hoge Raad overweegt dat de rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling op grond van art. 42 en 47 Fw (faillissementspauliana) wordt beheerst door art. 3:52 lid 1 BW aanhef en onder c. De verjaringstermijn van dergelijke vorderingen (drie jaren) vangt aan vanaf het moment waarop de curator de paulianeuze handelingen heeft ontdekt, niet vanaf de datum van het faillissement. Dat was al duidelijk uit de parlementaire geschiedenis (TK 1958-1959, 3770, nr. 4, p. 10) maar gaat in de praktijk kennelijk toch wel eens mis.

mr. S.C.M. van Thiel, advocaat bij De Breij Evers Boon

## Voetnoten

---

<sup>1</sup>  
productie 1 bij conclusie van antwoord, p. 6 (A-dossier, stuk 2).

<sup>2</sup>  
Dit feit wordt vastgesteld in r.o. 14 van het bestreden arrest, waartegen onderdeel 1 van het voorwaardelijk incidenteel cassatiemiddel tegen opkomt.

3

Bestreden arrest, r.o. 31. Tegen dit oordeel wordt in cassatie niet opgekomen.

4

De cassatiedagvaarding is uitgebracht op 30 oktober 2011.

5

Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, Stb. 2012, 299 en 301.

6

Art. V.1.1 Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht jo art. 81 Ow NBW.

7

MvA, nr. 40-48, m.n. nr. 47.

8

MvG, nr. 65.

9

HR 6 oktober 1989, ZC4112 (NJ 1990/323 m.nt. J.B.M. Vranken); G.R. Rutgers (Burgerlijke Rechtsvordering) art. 157, aant. 11.

10

Stelling curator, MvG nr. 62.

11

Voorlopig Verslag, TK 1958-1959, 3770, nr. 4, p. 10; zie ook Hijma (T&C BW) art. 3:52, aant. 3; Verbeek (Vermogensrecht) art. 52, aant. 8.

12

HR 8 juli 2011, LJN BQ5068 (NJ 2013/256 m.nt. Jac. Hijma) met verwijzing naar HR 24 januari 2003, LJN AF0694 (NJ 2003/300) ziend op art. 3:310 BW.

13

HR 25 oktober 1996, LJN ZC2182 (NJ 1997, 68).

14

HR 12 januari 1990, NJ 1990/662 (= noot 6 inleidende dagvaarding, A-dossier, Stuk 1a).

15

Comparitie-aantekeningen mr. Eshuis, A-dossier, Stuk 4.

16

Vaste rechtspraak, HR 30 januari 2004, LJN AM2312 (NJ 2008, 536 m.nt. E. Verhulp).

17

HR 7 maart 2003, LJN AF1881 (NJ 2003, 429).