

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 13, 2015

Nummer 13, 2015

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. drs. K.H. Boonzaaijer en mr. E.H. Leemreis.

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:2403](#) 31-03-2015

X/Y

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:602](#) 24-03-2015

X/Y

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:460](#) 20-01-2015

X/Y

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2014:4441](#) 25-11-2014

X/Y

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2013:5386](#) 20-08-2013

X c.s./Van Leuveren en Aukema qq

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:2449](#) 01-04-2015

Dumo/HDI Gerling

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:2399](#) 25-03-2015

X/Y

RECHTSPRAAK

Dumo/HDI Gerling

Bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering. Het gaat in deze zaak om de vraag of eiser aanspraak heeft op uitkering onder een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering. Uit de feiten blijkt dat sprake is geweest van een doelbewuste constructie om eigen vennootschappen te laten profiteren van het op onrechtmatige wijze afhandig maken van (potentiële) klanten van een derde. Volgens de rechtbank is sprake geweest van opzet op de schade in de zin van de polis, zodat het beroep op de uitsluitingsclausule van de verzekeraar slaagt en eiser geen aanspraak aan de onderhavige verzekering kan ontlenen.

Het gaat in deze zaak om de vraag of eiser in zijn hoedanigheid van bestuurder en/of medebeleidsbepaler van Dumo Beheer B.V. ('Eiser') aanspraak heeft op uitkering onder de tussen Dumo Beheer B.V. ('Dumo') en HDI Gerling Verzekeringen N.V. ('HDI') gesloten bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering ter zake van schadevergoeding die Eiser mogelijk aan Sator Holding B.V. en Nipparts B.V. ('Sator c.s.') moet betalen.

Sator c.s. hebben Eiser aangesproken, omdat twee van hun (voormalige) bestuurders – ('Persoon 1' en 'Persoon 2') – in samenwerking met Eiser en Dumo ('Eisers') stelselmatig en structureel en daarmee onrechtmatig het duurzame bedrijfsdebet van Sator c.s. hebben afgebroken en hen aldus op onrechtmatige wijze hebben beconcurrereerd.

De vaststaande feiten blijken uit het tussenvonnis van de Rechtbank Midden-Nederland in de procedure tussen Sator c.s. en (onder meer) Eisers, en luiden, kort gezegd, als volgt. Persoon 1 heeft ten onrechte potentiële klanten van Nipparts doorgezet naar twee (indirect) door Eiser bestuurdde vennootschappen, te weten Molco en DSP, bij welke vennootschappen Persoon 1 een financieel belang had. Persoon 1 is voor de als gevolg hiervan door Nipparts geleden schade aansprakelijk, zowel op grond van bestuurdersaansprakelijkheid als in zijn hoedanigheid van werknemer. Ook Persoon 2 is hiervoor op beide gronden aansprakelijk,

omdat zij van het doorzetten van potentiële klanten op de hoogte was en wist of behoorde te weten dat dit nadelig voor Nipparts zou kunnen zijn, terwijl zij tegen het handelen van Persoon 1 geen actie heeft ondernomen. Het voorgaande geldt ook voor het aandragen door Persoon 1 van bestaande klanten van Nipparts aan een (indirect) door Eiser, Persoon 1 en Persoon 2 beheerste vennootschap.

HDI doet een beroep op de in de polisvoorwaarden opgenomen uitsluitingsgronden en naar het oordeel van de rechtbank slaagt dat beroep. In het tussenvonnis is overwogen dat, gelet op de formulering van de opzetclausule in de polis, slechts sprake is van opzet indien de verzekerde de toegebrachte schade heeft beoogd of zich ervan bewust was dat de schade het gevolg van zijn handelen zou zijn. De in het onderhavige geval vaststaande feiten kunnen volgens de rechtbank tot geen andere conclusie leiden dan dat sprake is geweest van een doelbewuste constructie – anders gezegd: een ‘opzetje’ – om (onder andere) Molco en DSP te laten profiteren van het op onrechtmatige wijze afhandig maken van (potentiële) klanten van Sator c.s. Als vaststaand moet dan ook worden aangenomen dat Eiser zich bewust is geweest van het feit dat zijn gedragingen, indien die het beoogde resultaat zouden hebben, zouden leiden tot schade van Sator c.s. Dat betekent dat sprake is geweest van opzet op de schade in de zin van de polis, zodat het beroep op de uitsluitingsclausule slaagt.

Op grond van de polisvoorwaarden is sprake van een afzonderlijke uitsluitingsgrond indien de aanspraken van de derde voortvloeien uit handelingen door of namens de rechtspersoon waardoor een of meer verzekerden en/of derden (indirect) persoonlijk zijn bevoordeeld dan wel zulks is beoogd. Uit de in dit geval vaststaande feiten volgt naar het oordeel van de rechtbank dat met de door Eiser verrichte handelingen in elk geval indirect werd beoogd om (onder anderen) Persoon 1 en Persoon 2 persoonlijk te bevoordelen. Zij hadden immers, als gevolg van hun belangen in Molco, ASP en ACP, persoonlijk financieel belang bij een verbetering van de marktpositie van genoemde vennootschappen, die van de handelingen van Eiser het beoogde gevolg zou zijn. Daarmee staat vast dat met die handelingen in elk geval een indirecte persoonlijke bevoordeling van Persoon 1 en Persoon 2 werd beoogd. Dat is voldoende voor een geslaagd beroep op de onderhavige uitsluitingsgrond.

Nu sprake is van twee toepasselijke uitsluitingsgronden, die ieder voor zich aan dekking in de weg staan, luidt de conclusie dat Eiser geen aanspraak aan de onderhavige verzekering kan ontlenen. Dat betekent dat ook ten aanzien van Dumo als verzekeringnemer geen grond bestaat om tot enigerlei uitkering onder de verzekering over te gaan.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 01-04-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:2449

Zaaknummer: C/10/442108 / HA ZA 14-51

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve betaling. Onder verwijzing naar HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627 overweegt het hof dat een bestuurder i.c. enkel aansprakelijk kan zijn als hem ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. In het onderhavige geval zou van aansprakelijkheid van Beheer en/of Y sprake kunnen zijn indien zij als bestuurder respectievelijk middellijk bestuurder van X hebben bewerkstelligd of toegelaten dat de door hen bestuurde vennootschap een eerder door haar aangegane overeenkomst niet nakomt en daardoor aan de wederpartij van de vennootschap schade berokkent. Niet is komen vast te staan dat sprake is van door Beheer en/of X bewerkstelligde of toegelaten betalingsonwil zijdens X. Weliswaar zijn na 31 januari 2012 nog verschillende betalingen gedaan door X, maar daar staat volgens het hof tegenover dat ook andere crediteuren niet geheel zijn voldaan en dat de aandeelhouders met een verlies zijn geconfronteerd. Met name is niet komen vast te staan dat appellante is benadeeld ten opzichte van het andere personeelslid van X. Het hof overweegt voorts nog dat het beginsel van de paritas creditorum vóór faillissement niet een zodanig absolute werking toekomt als appellante ingang wil doen vinden.

Onderhavige zaak speelt tussen appellante en drie geïntimeerden (hierna: X, Y en Beheer). Appellante verzoekt het hof het vonnis van de rechtbank te vernietigen en – kort gezegd – alsnog toe te wijzen: een geldsom wegens achterstallig loon, opgebouwde vakantietoeslag en vakantie-uren vermeerderd met rente en kosten, te voldoen door geïntimeerden.

Y is bestuurder en enig aandeelhouder van Beheer. Beheer is de bestuurder en 25 procent

aandeelhouder van X, die een onderneming heeft gedreven. Appellante was sinds 1 april 2011 in dienst van X als barista. Wegens tegenvallende resultaten worden eind januari 2012 de ondernemingsactiviteiten stopgezet. De personeelsleden zijn op 30 januari 2012 ingelicht over de beëindiging van het bedrijf. Appellante is met ingang van die datum vrijgesteld van werk. Appellante heeft een nieuwe baan gevonden en zij heeft het dienstverband met X per e-mail van 16 februari 2012 opgezegd met ingang van 8 februari 2012. X heeft het loon van appellante betaald tot en met de maand januari 2012. Appellante heeft verzocht om ook het loon over 1 tot en met 7 februari 2012 aan haar uit te betalen, plus de vakantietoeslag en het loon over niet opgenomen vakantiedagen. Volgens Y (namens X) was dit (nog) niet mogelijk. Verdere betalingen van zijn – ondanks diverse sommaties daartoe – uitgebleven. De rechtbank heeft de vorderingen van appellante toegewezen jegens X en afgewezen jegens Beheer en Y. In de kern genomen strekken de grieven van appellante ertoe dat de vordering niet alleen ten aanzien van X, maar ook ten aanzien van Beheer en Y (en naar het hof begrijpt: hoofdelijk) had moeten worden toegewezen.

Onder verwijzing naar HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627 overweegt het hof dat een bestuurder i.c. enkel aansprakelijk kan zijn als hem ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. In het onderhavige geval zou van aansprakelijkheid van Beheer en/of Y sprake kunnen zijn indien zij als bestuurder respectievelijk middellijk bestuurder van X hebben bewerkstelligd of toegelaten dat de door hen bestuurd vennootschap een eerder door haar aangegane overeenkomst niet nakomt en daardoor aan de wederpartij van de vennootschap schade berokkent. Het zal volgens het hof van de concrete omstandigheden van dit geval afhangen of het aan de (middellijk) bestuurder te maken verwijt voldoende ernstig is om hem persoonlijk aansprakelijk te houden, daarbij wijzend op HR 18 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4873.

Appellante stelde dat door toedoen van Beheer en Y onder andere zij niet is betaald, maar de huur en een ontbindingsvergoeding van een andere werknemer wel. Appellante heeft de vorderingen die door X betaald zijn die niet preferent waren aan haar vordering – en daarmee schending van de paritas creditorum zouden opleveren – gespecificeerd. Vanwege de gemotiveerde betwisting en het vervolgens niet nader onderbouwen door appellante, komen voornoemde betalingen niet vast te staan. Niet is komen vast te staan dat sprake is van door Beheer en/of X bewerkstelligde of toegelaten betalingsonwil zijdens X. Weliswaar zijn na 31 januari 2012 nog verschillende betalingen gedaan door X, maar daar staat volgens het hof tegenover dat ook andere crediteuren niet geheel zijn voldaan en dat de aandeelhouders met een verlies zijn geconfronteerd. Met name is niet komen vast te staan dat appellante is benadeeld ten opzichte van het andere personeelslid van X. Het hof overweegt voorts nog dat het beginsel van de paritas creditorum vóór faillissement niet een zodanig absolute werking

toekomst als appellante ingang wil doen vinden. De slotsom luidt dat niet komt vast te staan dat Beheer en/of Y een persoonlijk en ernstig verwijt treft op grond waarvan zij naast X hoofdelijk aansprakelijk zijn te houden voor de loonvordering c.a. van appellante. Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 31-03-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:2403

Zaaknummer: 200.145.491-01

Rechters: A.M. Koene, J.H. Kuiper en K.E. Mollema

Advocaten: R.J. van Wolferen en H.A.A. Voermans

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

De curator in het faillissement van Uitzendbureau Kamer B.V. vordert betaling van het boedeltekort en voert daartoe aan dat de jaarrekeningen te laat zijn gedeponerd. De bestuurder doet een beroep op artikel 2:248 lid 2 BW, waarin is bepaald dat een onbelangrijk verzuim niet in aanmerking wordt genomen. De rechtbank is van oordeel dat geen sprake is van een onbelangrijk verzuim, omdat het overstappen naar een andere accountant die vervolgens constateert dat ten onrechte te weinig loonbelasting is afgedragen een bestuurder niet disculpeert nu aannemelijk is dat reeds voordien de termijn voor deponering was verstreken. Zelfs indien ervan zou worden uitgegaan dat de termijn nog liep op het moment dat de onvolkomenheid werd ontdekt en de bestuurder om die reden het deponeren van de jaarrekeningen heeft opgeschort, leidt dit niet tot een ander oordeel, aldus de rechtbank.

Het gaat in deze zaak om het volgende. Eiser is curator in het faillissement van Uitzendbureau Kamer B.V. ('Curator'). Uitzendbureau Kamer B.V. ('Uitzendbureau Kamer') hield zich bezig met het uitoefenen van een uitzendbureau, beheer en beleggen. Seka Holding B.V. ('Seka Holding') was bestuurder en enig aandeelhouder van Uitzendbureau Kamer. Gedaagde 2 en gedaagde 3 zijn bestuurders van Seka Holding. Gedaagde 4 is bestuurder en enig aandeelhouder van gedaagde 4 Holding. Gedaagde 5 is bestuurder en enig aandeelhouder van gedaagde 5 Holding.

Gedaagden zullen hierna gezamenlijk Seka Holding c.s. genoemd worden. De vordering van de curator luidt, kort gezegd, Seka Holding c.s. te veroordelen tot betaling van het boedeltekort in het faillissement van Uitzendbureau Kamer. Volgens de curator is Seka Holding op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk voor het boedeltekort omdat Seka Holding haar taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke

oorzaak van het faillissement is.

De curator heeft daartoe aangevoerd dat bepaalde jaarrekeningen te laat zijn gedeponereerd. Voorts heeft de curator aangevoerd dat de administratie van Seka Holding niet het vereiste inzicht in de zin van artikel 2:10 BW verschaft. Nu Seka Holding c.s. niet heeft betwist dat de jaarrekeningen te laat zijn gedeponereerd staat vast dat Seka Holding niet heeft voldaan aan haar verplichting tot tijdige openbaarmaking van de jaarrekening (art. 2:394 BW). Indien het bestuur hieraan niet heeft voldaan, staat ingevolge artikel 2:248 BW vast dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Seka Holding c.s. heeft aangevoerd dat voor de te late deponering van de jaarrekeningen een legitieme reden bestaat. Overleg met de Belastingdienst over een door de nieuwe accountant van Uitzendbureau Kamer geconstateerd verzuim van de voormalig accountant heeft geleid tot een vaststellingsovereenkomst. De nieuwe accountant heeft in overleg met de Belastingdienst de correcte jaarstukken opgesteld. Seka Holding c.s. stelt gewacht te hebben met deponering van de jaarrekeningen totdat die een getrouw beeld van de onderneming zouden geven. De rechtbank begrijpt dit verweer als een beroep op artikel 2:248 lid 2, waarin is bepaald dat een onbelangrijk verzuim niet in aanmerking wordt genomen.

In zijn arrest HR 1 november 2013 (ECLI:NL:HR:2013:1079) heeft de Hoge Raad overwogen dat van een onbelangrijk verzuim als bedoeld in artikel 2:248 lid 2 BW sprake is indien het niet-voldoen aan de verplichtingen als bedoeld in dat artikellid in de omstandigheden van het geval niet erop wijst dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Dit is met name het geval indien voor het verzuim een aanvaardbare verklaring bestaat. Indien het, zoals in dit geval, gaat om een overschrijding van de termijn van artikel 2:394 lid 3 BW voor openbaarmaking van de jaarrekening, geldt dat het antwoord op de vraag of een overschrijding als een onbelangrijk verzuim kan gelden, afhangt van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid, waarbij opmerking verdient dat hogere eisen moeten worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is en dat stelplicht en bewijslast op de aangesproken bestuurder rusten (HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189).

De rechtbank is van oordeel dat in dit geval geen sprake is van een onbelangrijk verzuim. Op basis van verklaringen oordeelt de rechtbank dat het overstappen naar een andere accountant die vervolgens constateert dat ten onrechte te weinig loonbelasting is afgedragen, een bestuurder niet disculpeert omdat aannemelijk is dat reeds voordien de termijn voor deponering was verstreken.

Ten overvloede overweegt de rechtbank dat, zelfs indien de termijn nog liep op het moment dat de onvolkomenheid werd ontdekt en de bestuurder om die reden het deponeren van de jaarrekeningen heeft opgeschort, dat niet leidt tot een ander oordeel. Gelet op de lange duur van de termijnoverschrijding dienen aan de redenen voor deze overschrijding strenge eisen te worden gesteld. Het bestuur is verantwoordelijk voor het naleven van de publicatieplicht. Eventuele tekortkomingen van de voormalig accountant van Uitzendbureau Kamer komen voor rekening van de bestuurder. Dat Seka Holding c.s. wenste te wachten met het deponeren van jaarrekeningen totdat die een getrouw beeld van de onderneming zouden geven doet daar niet aan af.

Voorts heeft Seka Holding c.s. volgens de rechtbank niet aannemelijk gemaakt dat andere feiten of omstandigheden dan haar kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement van Uitzendbureau Kamer zijn geweest. Seka Holding is op grond van artikel 2:248 lid 1 BW en haar bestuurders gedaagde 2 tot en met 5 zijn op grond van artikel 2:248 lid 1 BW jo. 2:11 BW hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort in het faillissement van Uitzendbureau Kamer.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 25-03-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:2399

Zaaknummer: C/10/449830 / HA ZA 14-460

Rechters: A.A. Muilwijk-Schaaïj

Advocaten: P.A. de Lange en A.J. van Steensel

Wetsartikelen: 2:10 BW, 2:11 BW, 2:248 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Nu niet is voldaan aan de publicatieplicht (art. 2:394 BW), staat (ingevolge art. 2:248 BW) vast dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement van Verify Europe is geweest. Ter weerlegging van het wettelijk vermoeden wijst geïntimeerde als bestuurder van Verify Europe op twee ‘andere belangrijke oorzaken’ van het faillissement, te weten (i) het vertrek van twee belangrijke werknemers en (ii) de hoge vaste kosten van Verify Europe. Het hof komt tot de conclusie dat deze ‘andere oorzaken’ zowel afzonderlijk als gezamenlijk het oordeel rechtvaardigen dat het vermoeden dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement is ontzenuwd.

De curator in de faillissementen van de vennootschappen Verify International B.V., Verify Europe B.V. en Verify Nederland B.V. heeft bij het Hof Amsterdam, verkort weergegeven, gevorderd om geïntimeerde als bestuurder van Verify Europe te veroordelen tot betaling van het tekort in de faillissementen van de Verify-vennootschappen. Na bekrachtiging van het bestreden vonnis door het Hof Amsterdam heeft de curator beroep in cassatie ingesteld. De Hoge Raad heeft het arrest van het Hof Amsterdam vernietigd en de zaak ter verdere behandeling en beslissing verwezen naar het Gerechtshof Den Haag. In dit geding is slechts aan de orde de vordering van de curator voor zover gebaseerd op de overschrijding van de publicatietermijn voor de jaarstukken.

De jaarstukken van Verify Europe zijn ruim zes maanden te laat gepubliceerd. Van een onbelangrijk verzuim is naar het oordeel van het hof geen sprake. De Hoge Raad heeft in cassatie overwogen dat het bij een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:248 leden 1 en 2 BW gaat om de taakvervulling van het bestuur als orgaan van de

vennootschap. Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een onbelangrijk verzuim, wordt dus de mate waarin ieder der bestuurders aan het kennelijk onbehoorlijk bestuur door het te laat publiceren van een jaarrekening hebben bijgedragen niet in de beoordeling betrokken.

Gelet op de aanzienlijke overschrijding van de publicatietermijn is de verklaring van geïntimeerde dat hij zich niet ervan bewust was dat de jaarstukken nog niet waren gepubliceerd, onvoldoende om te kunnen oordelen dat sprake is van 'onbelangrijk verzuim'. Het lag op de weg van het bestuur zich ervan te vergewissen dat de jaarstukken tijdig zouden worden gedeponneerd. De veronderstelling dat de verantwoordelijkheid voor publicatie van de jaarrekening niet op het bestuur rustte omdat Verify Europe als een min of meer 'lege' vennootschap is overgenomen, is misplaatst en rechtvaardigt dan ook niet de stelling dat van een onbelangrijk verzuim sprake was, aldus het hof.

Nu de grief slaagt, wordt door het hof opnieuw beoordeeld de vordering van de curator jegens geïntimeerde als bestuurder van Verify Europe uit hoofde van artikel 2:248 BW. Nu het bestuur van Verify Europe niet heeft voldaan aan zijn publicatieplicht, geldt ingevolge artikel 2:248 lid 2 dat vaststaat dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat vermoed wordt dat de onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement van Verify Europe is geweest. Geïntimeerde kan als aangesproken bestuurder dit vermoeden weerleggen door aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

Ter weerlegging van het wettelijk vermoeden heeft geïntimeerde gewezen op twee 'andere belangrijke oorzaken' van het faillissement, te weten (i) het vertrek van twee belangrijke werknemers, en (ii) de hoge vaste kosten van Verify Europe. Volgens het hof heeft de curator niet bestreden dat het vertrek van twee werknemers als een belangrijke oorzaak van het faillissement van Verify Europe kan worden beschouwd. Voorts heeft geïntimeerde door te wijzen op het structurele hoge vaste kostenniveau van de onderneming die werd geëxploiteerd door de Verify-vennootschappen, gewezen op 'een andere belangrijke oorzaak' die het faillissement heeft doen intreden, aldus het hof. Volgens het hof heeft de curator niet deugdelijk onderbouwd aangevoerd dat geïntimeerde als bestuurder specifiek ter zake van het laten ontstaan en/of laten voortbestaan van structureel te hoge kosten een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten.

Het hof gaat voorbij aan de stelling dat geïntimeerde zich niet kan beroepen op het hoge kostenniveau van de vennootschap als 'een andere belangrijke oorzaak' van het faillissement van Verify Europe omdat daarmee een beroep wordt gedaan op een oorzaak die (deels) samenhangt met gevoerd bestuursbeleid. Weliswaar heeft de Hoge Raad in zijn arrest

Koster/Van Nie q.q. (ECLI:NL:HR:1988:AD0329) beslist dat het bepaalde in artikel 2:248 lid 2 BW meebrengt dat ieder der bestuurders zijn taak ‘ook voor het overige’ kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, maar dat betekent niet dat ook voor alle door het bestuur verrichte bestuurshandelingen afzonderlijk onweerlegbaar vermoed moet worden dat sprake is geweest van een kennelijke onbehoorlijke taakvervulling. Dit wettelijke vermoeden geldt slechts voor het gevoerde bestuur als geheel. Een andere opvatting zou verhinderen dat een bestuurder een ‘andere belangrijke oorzaak’ voor het faillissement kan aanwijzen – zoals in dit geval het hoge kostenniveau – die verband houdt met gevoerd bestuursbeleid, terwijl ter zake van deze gestelde ‘andere belangrijke oorzaak’ geen sprake is geweest van een onbehoorlijke taakvervulling.

De conclusie is dat de twee door geïntimeerde beschreven ‘andere oorzaken’ voor het faillissement van Verify Europe zowel afzonderlijk als gezamenlijk het oordeel rechtvaardigen dat het vermoeden dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement is ontzenuwd. Het bestreden vonnis wordt door het hof bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 24-03-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:602

Zaaknummer: 200.151.506-01

Rechters: H. Vetter, H.J.M. Burg en A.J.P. Schild

Advocaten: E.T. Meijer, M.M. Stolp en J. Wind

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Na ontbinding van de aanneemovereenkomst wegens tekortkoming van de aannemer (een CV) stelt de opdrachtgever (X) onder meer de beherend vennoot en de feitelijk leidinggevende/gevolmachtigde van de CV aansprakelijk. De vordering jegens de beherend vennoot van de CV wordt toegewezen met aanvulling van de rechtsgrondslag. Op grond van artikel 19 lid 1 WvK zijn beherende vennoten van rechtswege hoofdelijk verbonden voor alle schulden van hun CV. Dit betekent in het onderhavige geval dat de Britse Ltd. als beherend vennoot aansprakelijk is voor alle schulden van de Nederlandse CV. Dat de Ltd. mogelijk reeds ontbonden is, doet aan die aansprakelijkheid niet af. Voor de beantwoording van de vraag of een partij als feitelijk leidinggevende/volledig gevolmachtigde (en tevens bestuurder van de beherend vennoot) naast de CV aansprakelijk is voor de geleden schade, zoekt het hof aansluiting bij het criterium voor de aansprakelijkheid van bestuurders van een besloten vennootschap, in dit geval HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZo758 (Ontvanger/Roelofsen).

De (Nederlandse) commanditaire vennootschap WR ('WR') is op 26 mei 2010 opgericht met het (Britse) Minturn ('Minturn') als beherend vennoot en met Y als volledig gevolmachtigde met de persoonlijke titel van 'Directeur'. Y is tevens bestuurder van Minturn.

Tussen X en WR is op 11 november 2010 een overeenkomst van aanneming van werk gesloten voor een bedrag van € 28.730. De werkzaamheden betroffen onder meer het realiseren van een aanbouw. Begin januari 2011 heeft X aan WR tevens opdracht gegeven tot meerwerk (een aantal installatiewerkzaamheden) ten bedrage van circa € 5000.

In de eerste helft van 2011 hebben partijen contact gehad over door X gestelde tekortkomingen

en onvolkomenheden in het werk. X heeft in augustus 2011 een bouwkundig rapport laten opstellen door een deskundige, waarin vermeld staat dat het gezien de bouwkundige staat van de aanbouw wordt aanbevolen om de aanbouw af te breken en door een deskundig aannemer opnieuw te laten opbouwen. X heeft vervolgens WR, Minturn en Y aansprakelijk gesteld voor de door haar geleden en te lijden schade.

Bij brief van 31 oktober 2011, gericht aan WR, heeft X de overeenkomsten ontbonden.

X heeft in eerste aanleg gevorderd: een verklaring voor recht dat de overeenkomsten tussen partijen zijn ontbonden; de hoofdelijke veroordeling van WR, Minturn en Y tot terugbetaling van € 32.845 ter uitvoering van de door de ontbinding ontstane ongedaanmakingsverbintenis en tot betaling van € 57.825 zijnde de gemiddelde aanneemkosten voor herstel en vernieuwing van de opgedragen werkzaamheden en tot betaling van de overige schade, vast te stellen in een schadestaatprocedure.

De vorderingen jegens Y en Minturn heeft X gebaseerd op onrechtmatige daad. Volgens X zijn Y en Minturn als feitelijk leidinggevende respectievelijk bestuurder náást WR aansprakelijk voor de door de wanprestatie en daaropvolgende ontbinding geleden schade.

De rechtbank heeft voor recht verklaard dat de overeenkomsten tussen X en WR ontbonden zijn. Ook de overige vorderingen van X zijn jegens WR toegewezen. De vorderingen tegen Minturn en Y zijn afgewezen, omdat zij geen partij waren bij de gesloten overeenkomsten, respectievelijk omdat X naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende had gesteld om te kunnen oordelen dat WR geen verhaal zal bieden voor de ten gevolge van de wanprestatie door X geleden schade en dat Y en Minturn dit wisten of redelijkerwijs hebben horen te begrijpen.

Uit de door X aangevoerde grieven begrijpt het hof dat X wenst dat de hierboven weergegeven vorderingen alsnog integraal worden toegewezen jegens alle door haar in eerste instantie gedagvaarde partijen. Het hof zal zich uitsluitend buigen over de vorderingen jegens Y en Minturn. Het hof overweegt ambtshalve dat de Nederlandse rechter ten aanzien van de vorderingen van X jegens Minturn op grond van artikel 24 van Brussel I (verordening (EG) nr. 44/2001) bevoegd is, nu Minturn in eerste aanleg is verschenen en de bevoegdheid van de Nederlandse rechter niet heeft betwist. De toepasselijkheid van het Nederlandse recht staat in appèl niet ter discussie.

De vordering van X jegens Minturn zal het hof toewijzen met aanvulling van de rechtsgrondslag. Op grond van artikel 19 lid 1 WvK zijn beherende vennoten van rechtswege hoofdelijk verbonden voor alle schulden van hun commanditaire vennootschap. Dit betekent in het onderhavige geval dat het Britse Minturn als beherend vennoot aansprakelijk is voor

alle schulden van de Nederlandse commanditaire vennootschap WR. Dat Minturn mogelijk reeds ontbonden is, doet aan de aansprakelijkheid niet aan af.

Voor de beantwoording van de vraag of Y als feitelijk leidinggevende/volledig gevolmachtigde van de CV en tevens bestuurder van de beherend vennoot naast WR aansprakelijk is voor de door X geleden schade, zoekt het hof aansluiting bij het criterium voor de aansprakelijkheid van bestuurders van een besloten vennootschap. Degene die als bestuurder of feitelijk leidinggevende van een besloten vennootschap namens die vennootschap heeft gehandeld kan op grond van onrechtmatige daad voor de schulden van de besloten vennootschap aansprakelijk worden gehouden, indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt (zie o.a. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*) en HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204 (*X/Maas qq*)). Hiervan kan sprake zijn indien de bestuurder bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden.

X voert aan dat WR geen verhaal biedt voor de vorderingen van X op WR. In de stellingen van X kan voorts (met enige welwillendheid) worden gelezen dat X tevens betoogt dat Y ten tijde van het aangaan van de overeenkomsten wist althans redelijkerwijs moet hebben begrepen dat WR geen verhaal zou bieden voor die vorderingen. X ziet er daarbij echter aan voorbij dat WR zich jegens X destijds contractueel verbonden heeft tot de uitvoering van aannemingswerkzaamheden en niet tot betaling van een geldsom. X heeft niet gesteld, laat staan onderbouwd, dat Y bij het aangaan van de overeenkomsten reeds wist dan wel redelijkerwijs moet hebben begrepen dat WR toerekenbaar tekort zou schieten in de nakoming van de aannemingswerkzaamheden. Weliswaar was de kwaliteit van het werk in de ogen van de deskundige van X dermate ondeugdelijk dat X de aanbouw weer heeft laten afbreken, en is de wijze van behandeling van de klachten door Y niet zoals een professioneel aannemer betaamt, doch X heeft onvoldoende gesteld om aan te nemen dat Y persoonlijk aansprakelijk is voor deze toerekenbare tekortkomingen van WR.

Het hof komt tot de slotsom dat het appèl slaagt voor zover het de vorderingen jegens Minturn betreft en dat het appèl faalt voor het overige. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd voor zover dit is gewezen tussen X enerzijds en Minturn anderzijds en het hof zal in zoverre opnieuw recht doen.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 20-01-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:460

Zaaknummer: 200.117.429-01

Rechters: E.M. Dousma-Valk, M.E. Honée en M.W.D. van der Burg

Advocaten: J. Postma

Wetsartikelen: 6:162 BW en 19 lid 1 WvK

RECHTSPRAAK

X/Y

Bestuurdersaansprakelijkheid, Beklamel-norm en verzwaarde stelplicht. Het hof neemt, evenals de kantonrechter, een verzwaarde stelplicht aan. Het hof vangt aan met de Beklamel-norm (HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521), daarbij verder verwijzend naar HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZo758 (Ontvanger/Roelofsen) en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627. Evenals de kantonrechter hanteert het hof een verzwaarde stelplicht ten laste van appellant, omdat de BV zich in die periode in 'zwaar weer' bevond. De leveranties vonden plaats kort voor en zelfs op de dag waarop namens de BV het faillissement is aangevraagd. Appellant faalt in het voldoende gemotiveerd betwisten van het onrechtmatig handelen.

Appellant ('X') is enig bestuurder en enig aandeelhouder van Internationaal Transportbedrijf appellant & Zn. BV ('de BV'). Op grond van een overeenkomst uit 2001 heeft DCB Energy BV (geïntimeerde, hierna: 'DCB Energy') brandstofpasjes afgegeven aan de BV, waarmee de chauffeurs in dienst van de BV brandstof konden tanken. Geleverde brandstof werd na het tanken door DCB Energy gefactureerd aan de BV. De in de periode van 11 juni 2013 tot en met 21 juni 2013 afgenomen brandstof (€ 14.741) is onbetaald gebleven. Op 25 juni 2013 is de BV op eigen aangifte – d.d. 21 juni 2013 – failliet verklaard. De curator verwacht geen uitkering aan DCB Energy te kunnen doen.

X is in eerste aanleg – voor zover relevant – veroordeeld tot betaling van de hoofdsom (€ 14.741). De kantonrechter heeft geoordeeld dat X onrechtmatig heeft gehandeld, in welk verband hij overwoog dat X een persoonlijk ernstig verwijt was te maken, hoewel X betwistte dat hij wist of behoorde te weten dat de BV haar verplichtingen tegenover DCB Energy niet zou kunnen nakomen en de BV geen verhaal zou bieden. De kantonrechter, die in dat verband overwoog dat gebleken was dat de continuïteit van de BV geen 'rustig bezit' was, oordeelde dat

X heeft nagelaten zijn verweer 'handen en voeten' te geven. In appèl gaat het om de vraag of X in de periode van 11 juni tot 21 juni 2013 wist dan wel behoorde te weten dat de vennootschap de daaruit voortvloeiende verplichtingen niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden voor de daardoor ontstane schade.

Het hof vangt aan met de Beklamel-norm (HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521), daarbij verder verwijzend naar HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*) en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627. Het hof merkt op dat de Beklamel-norm ook toepassing kan vinden in gevallen waarin in het kader van een voortdurende (raam-)overeenkomst verplichtingen ontstaan door nieuwe deelleveranties, op initiatief van de rechtspersoon.

Evenals de kantonrechter hanteert het hof een verzwaarde stelplicht ten laste van X, omdat de BV zich in die periode in 'zwaar weer' bevond, hetgeen volgens het hof onderscheiden moet worden van HR 10 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1393 (*Romme/Bakker*). X voerde onder andere aan dat concrete afspraken waren gemaakt met vijf grote klanten om de openstaande facturen te voldoen, om zo de liquiditeitspositie te verbeteren. X heeft zowel de klanten als de omvang van de betalingsverplichtingen niet geconcretiseerd. Het hof concludeert uiteindelijk dat onduidelijk is gebleven wat het vertrouwen rechtvaardigde dat de BV aan haar betalingsverplichtingen, onder andere aan DCB Energy, zou kunnen voldoen. Omdat als vaststaand geldt dat er al geruime tijd sprake was van liquiditeitsproblemen, en het verweer van X geen aanknopingspunt bevat voor de vaststelling van een peildatum op basis waarvan kan worden geoordeeld wanneer rechtmatig handelen is omgeslagen in onrechtmatig handelen, moet het er in de gegeven omstandigheden voor worden gehouden dat van onrechtmatig handelen van X al sprake was vanaf 11 juni 2013. Het hof laat het vonnis van de kantonrechter in stand.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 25-11-2014

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2014:4441

Zaaknummer: 200.144.780-01

Rechters: D.A. Schreuder, H.J. Vetter en C.J. Verduyn

Advocaten: W. Th. van Dijk en E.G. Karel

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X c.s./Van Leuveren en Aukema qq

De direct bestuurder van een beheervennootschap en indirect bestuurder van werkmaatschappijen slaagt er niet in het vermoeden te ontzenuwen dat zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van de faillissementen is geweest. Curatoren stellen dat hoge managementvergoedingen een belangrijke oorzaak van de faillissementen zijn geweest. Het argument dat de managementvergoedingen in rekening-courant met Holding zijn geboekt en derhalve geen negatieve invloed hebben gehad op de cashflow of de liquiditeit van de betrokken vennootschap(pen) gaat volgens het hof niet op. Disculpatieverweer slaagt niet, nu de gestelde omstandigheid dat de bestuurder volledig arbeidsongeschikt was, op zichzelf niet afdoet aan de verantwoordelijkheid voor een deugdelijk bestuur, ook wat betreft de toekenning van managementvergoedingen. Disculpatieverweer echtgenote van bestuurder gaat wel op.

Bij vonnissen van 30 maart 2006, althans 6 april 2006, zijn de vennootschappen die deel uitmaakten van de Zuid-Hollandse Glascentrale groep in staat van faillissement verklaard. De groep bestond uit werkmaatschappijen, een beheervennootschap ('Beheer' en samen met de werkmaatschappijen: 'de Groep') en een holdingvennootschap ('Holding'). De aandelen van Holding werden gehouden door appellant en zijn broer ('Broer'), die op 2 mei 2008 is overleden. In de loop der jaren zijn de Broer en appellant statutair bestuurder geweest van één of meer werkmaatschappijen en/of Beheer. Volgens curatoren hebben de neef, de Broer en de echtgenote van appellant ('Appellante'), als feitelijk bestuurder gefungeerd. Bestuurder heeft sinds (omstreeks) 1996 de dagelijkse leiding van de Groep gekregen. De curatoren achten de genoemde personen wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur, althans anderszins onrechtmatig handelen, aansprakelijk voor het boedelttekort in de faillissementen van de Groep.

De rechtbank heeft bij het bestreden vonnis appellant, Broer, Bestuurder en Appellante als

bestuurders hoofdelijk aansprakelijk geacht voor het totale tekort in de faillissementen en hen dienovereenkomstig veroordeeld, zij het dat de aansprakelijkheid van Appellante is gematigd tot 14% van het faillissementstekort.

Wat betreft de vordering tegen appellant overweegt het hof dat hij in de hierna aangeduide perioden statutair bestuurder van de eveneens hierna genoemde vennootschappen is geweest: van 1 september 1980 tot 23 maart 2005 tezamen met Broer statutair bestuurder van de werkmaatschappijen, en van 1 november 2005 statutair bestuurder van Beheer. Als zodanig was hij in die periode tevens indirect bestuurder van de werkmaatschappijen.

Tussen appellant en de curatoren staat in deze zaak vast dat Beheer met betrekking tot de boekjaren 2003 en 2004 niet (op deugdelijke wijze) aan haar publicatieplicht heeft voldaan. Appellant heeft niet gemotiveerd betwist dat ook de werkmaatschappijen wat betreft het boekjaar 2004 in strijd met hun publicatieplicht hebben gehandeld.

Op grond van artikel 2:248 lid 2 BW volgt uit het voorafgaande dat het bestuur van Beheer (dat vanaf 1 november 2005 door appellant werd gevoerd) en de besturen van de werkmaatschappijen (waarvan hij direct of indirect deel uitmaakte) hun taak onbehoorlijk hebben vervuld en dat wordt vermoed dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van de desbetreffende faillissementen is. De zesde grief van appellant is gebaseerd op de stelling dat hij het hiervoor weergegeven vermoeden heeft ontzenuwd.

Het hof herhaalt het criterium van Hoge Raad 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773 (*Blue Tomato*). Omtrent het in dit verband toe te passen criterium wordt overwogen dat een redelijke uitleg van artikel 2:248 lid 2 BW meebrengt dat voor het ontzenuwen van het daarin neergelegde vermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten en omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Stelt de bestuurder daartoe een (van buiten komende) andere oorzaak en wordt de bestuurder door de curator verweten dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zal de bestuurder (tevens) feiten en omstandigheden moeten stellen en zo nodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Als hij daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator op de voet van het eerste lid van artikel 2:248 BW aannemelijk te maken dat nochtans de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Het hof stelt voorop dat het ingevolge artikel 2:248 lid 6 BW moet gaan om onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het desbetreffende faillissement.

Appellant heeft als andere oorzaken van de faillissementen aangevoerd omzetsdaling,

ongunstige marktontwikkelingen, contante inkoopkortingen en onbehoorlijk werknemerschap. Het hof overweegt dat, nu de curatoren stellen dat hoge managementvergoedingen een belangrijke oorzaak van de faillissementen zijn geweest, onderzocht zal worden of hetgeen appellant heeft aangevoerd het oordeel rechtvaardigt dat de besturen van de betrokken vennootschappen, waarvan hij in de aangeduide periode deel heeft uitgemaakt, op het onderdeel van de managementvergoedingen hun taak naar behoren hebben vervuld, en die vergoedingen geen belangrijke oorzaak van de faillissementen zijn.

Vaststaat dat binnen de periode van drie jaren voorafgaande aan de onderhavige faillissementen, meer concreet in 2003, als managementvergoedingen een totaalbedrag van € 696.511 ten laste van de werkmaatschappijen en/of Beheer en ten gunste van Holding is gebracht, dat het resultaat van de groep (steeds exclusief Holding) – rekening houdende met die kosten – over dat jaar (circa) € 414.199 negatief was, hetgeen wil zeggen dat zonder die managementvergoedingen het resultaat positief zou zijn geweest, en dat door dit verlies het negatieve eigen vermogen van de groep is opgelopen tot € 1.176.499, althans een bedrag in die orde van grootte. Vaststaat tevens dat door managementvergoedingen de resultaten van de groep ook in voorafgaande jaren negatief zijn geweest.

Appellant heeft het door curatoren aangevoerde onvoldoende gemotiveerd bestreden. Uit de stellingen van appellant volgt niet dat de genoemde zeer aanzienlijke managementvergoedingen – anders dan de curatoren hebben aangevoerd – in juridisch of economisch opzicht voor de betrokken besturen onvermijdelijke uitgaven van de desbetreffende vennootschappen vormden. Het verlies in 2003 was dus louter het gevolg van de niet noodzakelijke managementvergoedingen. Daarmee faalt het beroep van appellant op de andere omstandigheden. Die omstandigheden – wat daarvan ook moge zijn – hebben immers niet tot negatieve bedrijfsresultaten geleid. Zij noopten bij zorgvuldig bestuur wel tot terughoudendheid met de toekenning van managementvergoedingen, hetgeen niet is geschied.

Het argument van appellant dat de managementvergoedingen in rekening-courant met Holding zijn geboekt en derhalve geen negatieve invloed hebben gehad op de cashflow of de liquiditeit van de betrokken vennootschap(pen) gaat niet op omdat vaststaat dat de bank die aan de groep krediet had verleend het krediet heeft ingetrokken, onder meer op grond van het bestaan van een fors negatief eigen vermogen van Beheer en de werkmaatschappijen, en omdat de bedoelde schuld in rekening-courant niet was achtergesteld ten opzichte van de schulden aan de bank. Appellant heeft het hiervoor aangeduide vermoeden derhalve niet ontzenuwd, althans de stelling van de curatoren dat de managementvergoedingen van onbehoorlijk bestuur getuigen en een belangrijke oorzaak van de faillissementen zijn, niet deugdelijk betwist.

Appellant voert als grief aan dat hij zich op de disculpatiegrond van artikel 2:248 lid 3 BW kan beroepen. Hij voert daartoe – door het hof samengevat – de volgende argumenten aan. Appellant wist niet, noch behoorde te weten, dat Beheer er slecht voor stond, omdat hij vanaf 16 november 1998 volledig arbeidsongeschikt was, en daardoor tot 1 november 2005 niet als bestuurder heeft gefunctioneerd. Daarnaast mocht hij aannemen dat Bestuurder het concern wilde kopen, en op die grond mocht hij menen dat Bestuurder – die immers inzicht in de financiële positie had – terecht toekomst in het concern zag. De managementvergoedingen zijn vanaf 2005 stopgezet, dat is dus vóór zijn aantreden per 1 november 2005 als bestuurder van Beheer geschied. Hij had geen invloed op de uitkering van managementvergoedingen. De managementvergoedingen zijn door Beheer en niet door de werkmaatschappijen (aan Holding) gedaan. Daarnaast voert appellant in dit kader aan dat de managementvergoedingen (voor het grootste deel) zijn geboekt in rekening-courant met Holding, waardoor die vergoedingen geen negatieve invloed heeft gehad op de cashflow of de liquiditeit van het bedrijf. Dit argument is hiervoor reeds besproken en weerlegd.

Voor een steekhoudend beroep op dergelijke disculpatie is vereist dat de bestuurder stelt, en in voorkomend geval bewijst, dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur (waarvan hij deel heeft uitgemaakt) niet aan hem is te wijten en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

De gestelde omstandigheid dat appellant vanaf 16 november 1998 volledig arbeidsongeschikt was, doet op zichzelf niet af aan de verantwoordelijkheid voor een deugdelijk bestuur, ook wat betreft de toekenning van managementvergoedingen. Hetgeen appellant over (de merites van) diens arbeidsongeschiktheid heeft aangevoerd, houdt niet in dat hij in de eerste periode – in het bijzonder in 2003 – niet in staat is geweest om zich over de hoofdzaken van de gang van zaken van de vennootschappen waarvan hij bestuurder was op de hoogte te stellen en niet in staat is geweest om in geval de ontwikkelingen van die vennootschappen – al dan niet wegens banden met andere vennootschappen van de groep – zorgwekkend waren, noodzakelijke maatregelen te nemen, of als hij daar niet toe in staat was, als bestuurder terug te treden om zich vanaf dat moment van zijn verantwoordelijkheden te ontdoen. Dit te meer nu appellant zich vanaf 1 november 2005 wel in staat achtte om Beheer te besturen. Het beroep op arbeidsongeschiktheid kan appellant derhalve niet baten.

De stelling van appellant dat hij geen invloed had op de vaststelling van de managementvergoedingen, is onvoldoende gemotiveerd. Bij het ontbreken van concrete stellingen die tot die conclusie voeren, valt niet in te zien dat in geval appellant zich daarvoor in de in redelijkheid van hem te vergen wijze als medeverantwoordelijk bestuurder had ingespannen, hij die managementvergoedingen niet had kunnen voorkomen of redresseren. Evenmin valt vanwege het ontbreken van een motivering van de kant van appellant niet in te

zien dat de managementvergoedingen uitsluitend een aangelegenheid waren van Beheer (dat in de onderhavige eerste periode niet mede door appellant werd bestuurd) en hij als bestuurder van de aangeduide werkmaatschappijen – welke werkmaatschappijen de inkomsten zullen hebben gegenereerd waaruit de mede voor appellant bestemde managementvergoedingen bekostigd werden – daarop geen invloed kon uitoefenen. Volgens het hof kan appellant zich op deze gronden als bestuurder van de aangeduide werkmaatschappijen niet disculperen.

Vanwege de – appellant bekende – verwevenheid van die werkmaatschappijen met de andere tot de groep behorende vennootschappen, met name wat betreft de kredietverstrekking door de bank, wist of behoorde appellant als bestuurder van de werkmaatschappijen te weten dat de managementvergoedingen tot het faillissement van alle onderdelen van de groep – dus ook Beheer – konden leiden. Zulks staat er aan in de weg dat Appellant zich als bestuurder van Beheer met toepassing van artikel 2:248 lid 3 BW, althans voor aansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW kan disculperen.

Nu uit het voorafgaande volgt dat Appellant zich niet kan disculperen, behoeven de overige in dit verband door hem aangevoerde argumenten niet te worden besproken.

Het verweer van Appellant dat het bedrag waarvoor hij aansprakelijk is met toepassing van artikel 2:248 lid 4 BW dient te worden verminderd of gematigd, waarbij hij zich beroept op dezelfde argumenten die hij aan zijn disculpatie-verweer ten grondslag heeft gelegd, welke blijkens het hiervoor overwogene falen, gaat niet op.

Omtrent de aansprakelijkheid van Appellante overweegt het hof het volgende. Appellante is nooit statutair bestuurder van een van de failliet verklaarde vennootschappen geweest. Volgens de curatoren is zij wel in de periode dat haar echtgenoot appellant statutair bestuurder van Beheer was feitelijk bestuurder van Beheer (en daarmee indirect feitelijk bestuurder van de werkmaatschappijen) geweest. Appellante voert als verweer aan dat zij zich op grond van artikel 2:248 lid 3 BW kan disculperen.

Anders dan de rechtbank, acht het hof dat verweer gegrond. Daarbij is van betekenis dat de curatoren als voornaamste oorzaak van de faillissementen de managementvergoedingen noemen. Deze vergoedingen waren op het moment dat Appellante met haar werkzaamheden voor de groep aanving al een feit. Voor de eerdere besluitvorming daaromtrent heeft zij geen enkele verantwoordelijkheid gehad.

In deze situatie en gelet op hetgeen Appellante omtrent haar functioneren heeft gesteld, had het op de weg van de curatoren gelegen om het verweer van Appellante te weerleggen met argumenten die ten minste aannemelijk maken dat Appellante als feitelijk bestuurder

verwijtbaar zodanige steken heeft laten vallen dat als gevolg daarvan de faillissementen (mede) zijn ontstaan, althans het boedeltekort onnodig is vergroot. Dergelijke argumenten ontbreken. Meer in het bijzonder valt niet in te zien dat Appellante als feitelijk bestuurder van Beheer in staat was, of zich in staat had moeten achten, om te bevorderen dat Holding haar vordering jegens Beheer zou achterstellen, of ten behoeve van de bank zekerheid zou verstrekken.

De vordering van de curatoren jegens Appellante zal worden afgewezen, de veroordeling van appellant zal wat betreft het tekort in de faillissementen in wezen worden bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 20-08-2013

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2013:5386

Zaaknummer: 200.096.588/01

Rechters: E.J. van Sandick, J.H.W. de Planque en H.Th. Bouma

Advocaten: L. Daum en M. Hoving

Wetsartikelen: 2:248 lid 3 BW