

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 18, 2015

Nummer 18, 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:2015:3910](#) 02-06-2015

Appellant/Arwo

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:2008](#) 26-05-2015

X/Westerhof q.q.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:3379](#) 12-05-2015

Zen c.s./Modena Beheer

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:2828](#) 21-04-2015

Sortiva/X

Rechtbank

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2015:3578](#) 03-06-2015

Dermatologen Catharina Ziekenhuis

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:2549](#) 03-06-2015

Ontbonden vennootschap onder firma AB

RECHTSPRAAK

Ontbonden vennootschap onder firma AB

Vennoten A en B hebben samen een onderneming gedreven. In een tussenvonnis bij de rechtbank is de vennootschap onder firma ontbonden. A gaat verder als eenmanszaak. Er is onenigheid over de waarde van de onderneming per ontbindingsdatum en dus over de vergoeding die B moet ontvangen voor overbedeling van A. De rechter stelt vast dat firmanten resultaatgenieters zijn en geen werknemers. Een vordering van firmanten op grond van loon uit arbeid kan niet slagen. De rechter bepaalt dat de verhouding tussen partijen door maatstaven van redelijkheid en billijkheid beheerst wordt. In dit geval heeft de deskundige bij waardering de toekomstperspectieven van de onderneming te positief voorgesteld en zou de daaruit voortvloeiende vergoeding aan B een lonend bedrijf onmogelijk maken. De rechter ziet aanleiding om de onderneming op een lager bedrag te waarderen dan door de deskundige is becijferd.

Eiser ('A') en gedaagde ('B') hebben samen een vennootschap onder firma ('vennootschap') gedreven. A was verantwoordelijk voor zorg, B voor wonen. Per 1 augustus 2011 is slechts het deel van de onderneming dat ziet op zorg voortgezet. De rechtbank heeft bij tussenvonnis van juli 2013 beslist dat de vennootschap per 1 augustus 2011 is ontbonden en dat de onderneming in zijn geheel zal worden toegedeeld aan A. Een deskundigenonderzoek is gelast ter beantwoording van de vraag welk bedrag aan B toekomt in verband met overbedeling van A.

De deskundige heeft de waarde van de onderneming op 1 augustus 2011 bepaald door de op dat moment te verwachten kasstromen te verdisconteren. B heeft hier recht op de helft van deze waarde. A is van mening dat de in de waardering opgenomen managementvergoeding voor zijn werkzaamheden te laag is. Hij heeft in het verleden meer verdiend. B is het niet eens met het feit dat de deskundige geen rekening houdt met de door hem verrichte arbeid ten dienste van de onderneming van augustus 2011 tot en met juni 2012. Ook heeft B er bezwaar

tegen dat winst gemaakt in deze periode niet gedeeld wordt.

De rechter neemt de conclusies van de deskundige over. Voor berekening van de managementvergoeding is beloning als resultaatgenieter in het verleden niet relevant. Bij het waarderen van een onderneming dient rekening gehouden te worden met een marktconforme arbeidsvergoeding. Ook de arbeidsvergoeding voor B wordt niet toegewezen op de grond dat vennoten resultaatgenieters zijn en geen werknemers. Bij het verdisconteren van de verwachte kasstromen wordt er al rekening gehouden met te verwachten winst en er kan dus geen sprake zijn van een aparte arbeidsvergoeding of winstdeling.

A stelt dat het deskundigenrapport bij de waardering per augustus 2011 ten onrechte uitgaat van in 2011 bestaande verwachtingen ten aanzien van toekomstige ontwikkelingen in de zorg. De gedane groeiaannames kunnen volgens A nu beoordeeld worden als onrealistisch en onhaalbaar. De rechter stelt vast dat in ECLI:NL:HR:2004:AN8172 de Hoge Raad bepaald heeft dat bij waardering rekening gehouden dient te worden met de rechtsverhouding van deelgenoten die wordt beheerst door maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Deze uitleg staat een waardering in de weg die voortzetting van een lonend bedrijf onmogelijk maakt. Het is voor A onhaalbaar om de door de deskundige berekende uitkoopsom te voldoen. De rechter ziet, gezien de feiten en omstandigheden, aanleiding om de onderneming op een lager bedrag te waarderen dan door de deskundige is becijferd. Hierdoor komt de vergoeding voor overbedeling van A ook lager uit. De rechter verklaart de vennootschap per 1 augustus 2011 ontbonden en veroordeelt A wegens overbedeling tot betaling aan B.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 03-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:2549

Zaaknummer: C-17-122458 - HA ZA 12-307

Rechters: J.A. Werkema

Advocaten: R.H. Knegtering en N.E. Koelemaij

Wetsartikelen: 3:12 BW

RECHTSPRAAK

Dermatologen Catharina Ziekenhuis

Aansprakelijkheid in persoon volgens het Spaanse Villa-arrest? Bestuurdersaansprakelijkheid. Vier dermatologen eisen schadevergoeding van de voorzitter van de raad van bestuur van de stichting die het Catharina Ziekenhuis exploiteert. De rechtbank oordeelt op grond van verschillende feiten dat het 'zonneklaar' is dat gedaagde bij de door eisers aan hem verweten gedragingen steeds opgetreden is in zijn hoedanigheid als voorzitter van de raad van bestuur. Er is geen sprake van een situatie als in het Spaanse villa-arrest. De door eisers gestelde feiten en omstandigheden oordeelt de rechtbank onvoldoende dan wel onvoldoende zwaarwegend om bestuurdersaansprakelijkheid zoals die 'omarmd' is in de jurisprudentie aan te nemen. De rechtbank oordeelt dat het ziekenhuis kennelijk voor de handelwijze heeft gekozen om te vermijden dat medewerkers uit andere media dan de interne voorgelicht worden over ingrijpende ontwikkelingen rondom de dermatologen-maatschap. De beschuldigingen die gedaan zijn, waren volgens de rechtbank voldoende onderbouwd met rapporten en de weergave was niet onvolledig. Ten slotte: de beslissing van het ziekenhuis om niet over te gaan tot het doen van een strafrechtelijke aangifte tegen één of meer eisers behoort volgens de rechtbank tot de beleidsvrijheid die het ziekenhuis toekomt.

Eisers, vier in totaal, zijn dermatoloog. Zij waren tot 17 mei 2013 werkzaam in het Catharina Ziekenhuis in Eindhoven ('het ziekenhuis'); dit ziekenhuis wordt geëxploiteerd door de Stichting Catharina Ziekenhuis, van welke stichting gedaagde de voorzitter van de raad van bestuur is.

Naar aanleiding van intern onderzoek wordt wegens een reeks feiten besloten om de toelatingsovereenkomsten met eisers te beëindigen – onder meer wegens het buiten weten van de financiële afdeling factureren op briefpapier van het ziekenhuis met vermelding van het rekeningnummer van de maatschap zonder deugdelijke administratie te voeren. De beëindiging heeft geleid tot diverse arbitrale vonnissen van het Scheidsgerecht Gezondheidszorg. Het scheidsgerecht heeft in het eindvonnis van 31 december 2013 eisers in zoverre ongelijk gegeven, dat het de opzegging in stand heeft gelaten. Wel heeft het in conventie geoordeeld dat een vergoeding naar billijkheid op zijn plaats is, zeer kort gezegd omdat de raad van bestuur van het ziekenhuis heeft bijgedragen aan escalatie van het geschil, welke escalatie zij had kunnen en moeten voorkomen. Eisers hebben de vonnissen van het scheidsgerecht voorgelegd aan de Rechtbank Midden-Nederland met als inzet om deze vonnissen te vernietigen. Bij beslissing van 24 december 2014 heeft deze rechtbank die vordering van eisers afgewezen. Deze gang van zaken heeft tot veel publicaties en persberichten geleid. Over enkele uitlatingen is vervolgens weer geprocedeerd, waarbij rectificatie werd gevorderd en een verbod aan het ziekenhuis om zich opnieuw op soortgelijke wijze over eisers uit te laten, hetgeen in kort geding en in hoger beroep is toegewezen.

In onderhavig geding wordt primair schadevergoeding gevorderd op grond van onrechtmatige daad van gedaagde in persoon, waarbij door eisers aansluiting wordt gezocht bij het *Spaanse villa*-arrest (HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881) en subsidiair als grondslag externe bestuurdersaansprakelijkheid wegens de gedane uitlatingen over de voorgenomen beëindiging van de toelatingsovereenkomsten.

De rechtbank oordeelt op grond van verschillende feiten – onder andere dat de tekst van het persbericht en de videoboodschap goedkeuring had van de voltallige raad van bestuur, dat de tekst is opgesteld door een communicatiemedewerker en dat gedaagde als het gezicht van het ziekenhuis de meest aangewezen persoon was om deze boodschappen te verkondigen – dat het 'zonneklaar' is dat gedaagde bij de door eisers aan hem verweten gedragingen steeds opgetreden is in zijn hoedanigheid als voorzitter van de Raad van Bestuur. Er is daarom geen sprake van een situatie als in het *Spaanse villa*-arrest.

Onder verwijzing naar de geldende jurisprudentie op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid (expliciet naar HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628) overweegt de rechtbank ten aanzien van de subsidiaire grondslag dat enkel onder bijzondere omstandigheden, naast aansprakelijkheid van het ziekenhuis, ook ruimte is voor aansprakelijkheid van een bestuurder. Aansprakelijkheid kan slechts worden aangenomen als hem persoonlijk een ernstig verwijt te maken valt van een eventueel door het ziekenhuis gepleegde onrechtmatige daad. Deze door eisers gestelde feiten en omstandigheden oordeelt de rechtbank echter onvoldoende dan wel onvoldoende zwaarwegend.

De rechtbank oordeelt dat het ziekenhuis kennelijk voor de handelwijze heeft gekozen om te vermijden dat medewerkers uit andere media dan de interne voorgelicht worden over ingrijpende ontwikkelingen rondom de dermatologen-maatschap. De beschuldigingen die gedaan zijn, waren volgens de rechtbank voldoende onderbouwd met rapporten en de weergave was niet onvolledig. Ten slotte: de beslissing van het ziekenhuis om niet over te gaan tot het doen van een strafrechtelijke aangifte tegen één of meer eisers behoort volgens de rechtbank tot de beleidsvrijheid die het ziekenhuis toekomt. De rechtbank wijst de vorderingen af als ongegrond.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 03-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2015:3578

Zaaknummer: C/02/277309 / HA ZA 14-121

Advocaten: H.A.J. Stollenwerck en F.A.M. Knuppe

RECHTSPRAAK

Appellant/Arwo

Vordering omtrent het opheffen van een executoriaal beslag op een auto die in gebruik is bij de (indirect) bestuurder. Hierbij werd de vraag beantwoord of het aannemelijk is dat de auto waarop beslag is gelegd aan een ander dan de geëxecuteerde toebehoort en of eiseres daarop een recht geldend kan maken dat de executant moet eerbiedigen. Deze vraag wordt door het hof bevestigend beantwoord.

Op 29 mei 2013 is persoon 1 op vonnis van de Rechtbank Gelderland veroordeeld om aan appellant een bedrag van € 45.000 te betalen vermeerderd met rente. Bij arrest van dit hof van 13 mei 2014 is voornoemd vonnis van de rechtbank vernietigd en is persoon 1 in de plaats daarvan veroordeeld tot maandelijkse betaling aan appellant van minimaal € 250 tot een maximum van € 15.000. Op 4 december 2013 is op verzoek van appellant ten laste van persoon 1 executoriaal verhaalsbeslag gelegd op een personenauto BMW X6 ('de auto'). Persoon 1 is bestuurder van een vennootschap en die vennootschap is weer bestuurder en enig aandeelhouder van Arwo. De vennootschap is bovendien in staat van faillissement verklaard.

Het geschil gaat om de vordering van Arwo tot opheffing van het door appellant ten laste van persoon 1 gelegde executoriaal beslag op de auto. Dit beslag ziet op de executie van het bovengenoemde vonnis van 29 mei 2013. Omdat Arwo zich als derde tegen deze executie verzet, dient Arwo op grond van artikel 438 lid 5 Rv zowel de executant (appellant) als de geëxecuteerde (persoon 1) te dagvaarden. Hoewel persoon 1 niet door Arwo is gedagvaard zal het hof daaraan geen gevolgen verbinden. Er is aan de strekking van artikel 438 lid 5 Rv voldaan omdat voldoende blijkt dat persoon 1 zich achter de vordering van Arwo schaart. Het hof merkt in dit opzicht op dat persoon 1 indirect bestuurder is van Arwo, en dat Arwo wordt vertegenwoordigd door persoon 1, die bovendien in persoon ter zitting van de voorzieningenrechter is verschenen. Geen van partijen is hierdoor in haar belangen geschaad. De voorzieningenrechter heeft de vordering van Arwo toegewezen. Hiertoe heeft de voorzieningenrechter overwogen dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat de auto in

eigendom toebehoort aan persoon 1 in privé en dat kan worden aangenomen dat Arwo op korte termijn de eigendom van de auto zal verkrijgen. Appellant heeft tegen deze beslissing zes grieven gericht.

Het hof gaat eerst kort in op het belang van appellant in hoger beroep. Uit de stellingen volgt namelijk dat de auto na opheffing van het beslag door de voorzieningenrechter door Arwo aan een derde is verkocht. Als de auto ook is geleverd ontbeert appellant bij zijn hoger beroep in zoverre een belang dat, ook indien het vonnis van de voorzieningenrechter zou worden vernietigd, de rechtstoestand van het beslagen goed in de periode tussen de opheffing en de vernietiging moet worden geëerbiedigd; de koper kan de verkregen eigendom van de auto dan aan appellant tegenwerpen. Appellant stelt echter evenwel belang te hebben bij zijn hoger beroep, onder meer vanwege de in eerste aanleg uitgesproken proceskostenveroordeling. Het hof zal derhalve onderzoeken of de vordering door de voorzieningenrechter terecht is toegewezen.

De eerste grief betreft het standpunt dat de voorzieningenrechter heeft nagelaten een aantal belangrijke feiten op te nemen. Het hof wijst erop dat de rechter niet alle vaststaande feiten dient te vermelden, maar alleen de gestelde en de niet of niet voldoende gemotiveerde betwiste feiten die relevant zijn voor de te nemen beslissing. Bovendien heeft het hof nu zelfstandig de feiten vastgesteld. Derhalve behoeft deze grief geen verdere bespreking meer.

In de tweede grief stelt appellant dat er geen sprake is van spoedeisendheid. Deze grief faalt, gelet op het feit dat een vordering strekkende tot het voorkomen van de uitvoering van een executoriaal beslag naar zijn aard voldoende spoedeisend is voor beslissing in kort geding. Dat Arwo niet eerder maatregelen heeft getroffen doet, zeker zolang niet daadwerkelijk tot de verkoop van de auto was overgegaan, niet af aan het spoedeisende karakter van de vordering.

Ook de derde grief faalt, inhoudende dat Arwo niet-ontvankelijk was wegens het faillissement van haar moedermaatschappij en bestuurder. De gefailleerde moedervereniging blijft het bestuur van de dochter uitoefenen en wordt hierbij vertegenwoordigd door het bevoegde orgaan. Het faillissement doet namelijk niet af aan de handelingsbevoegdheid en vertegenwoordigingsbevoegdheid.

Het hof stelt dat de voorzieningenrechter het verweer van appellant dat de dagvaarding onduidelijk zou zijn, tevens zijn vierde grief, terecht heeft verworpen. Hierbij acht het hof van belang dat uit de mogelijkheid dat de dagvaarding onjuistheden bevat of de feiten onvolledig weergeeft niet is gebleken dat appellant daardoor in zijn mogelijkheden tot het voeren van verweer is beperkt.

De grieven vijf en zes richten zich tot slot tegen inhoudelijke overwegingen van de

voorzieningenrechter die tot de conclusie hebben geleid dat het beslag opgeheven dient te worden.

Het hof overweegt daarover het volgende. Het gaat er bij de beoordeling van de vordering van Arwo om of voldoende aannemelijk is dat de auto waarop beslag is gelegd aan een ander dan de geëxecuteerde toebehoort en of Arwo daarop een recht geldig kan maken dat appellant moet eerbiedigen. Tussen partijen staat in ieder geval vast dat persoon 1 niet de eigenaar van de auto is. Ook appellant gaat er, gelet op de pleitnota, in eerste aanleg en de memorie van grieven van uit dat hetzij de leasemaatschappij, hetzij – inmiddels – Arwo of een derde koper eigenaar is van de auto. Arwo heeft bovendien voldoende aannemelijk gemaakt dat de auto in bezit was van Daimler door het in geding brengen van de factuur van BMW-specialist Rap en de financiële leaseovereenkomst, waarvan de inhoud niet of onvoldoende gemotiveerd is betwist. De suggestie van appellant dat de auto niettemin van persoon 1 zelf was, mist grond. De omstandigheid dat persoon 1 de auto feitelijk gebruikte, in correspondentie over 'mijn auto' spreekt en uit eigen middelen op de auto zou hebben aanbetaald is daartoe onvoldoende.

Omdat er geen grief is gericht tegen de vaststelling door de voorzieningenrechter van het feit dat de auto bij de RDW op naam is gesteld gaat ook het hof daarvan uit. Daarnaast is uit stukken voldoende aannemelijk geworden dat Arwo met betrekking tot de auto een gebruiksrecht had en dat Arwo, na voldoening aan de uit de leaseovereenkomst voortvloeiende verplichtingen de eigendom van de auto verkreeg. Hieruit volgt dat persoon 1 ten tijde van de beslaglegging geen eigenaar was van de auto en dat Arwo op de auto rechten kon doen gelden. De vordering tot opheffing van het beslag is derhalve terecht toegewezen en de grieven 5 en 6 missen doel.

Tot slot wijst het hof erop dat de producties ten behoeve van het pleidooi in hoger beroep niet op een juiste wijze in de procedure zijn gebracht, omdat partijen van pleidooi hebben afgezien. Voor zover dat echter anders zou zijn, en die stukken wel als processtukken zouden kunnen worden aangemerkt, geven de producties zonder nadere toelichting geen aanleiding voor andere conclusies. Het bestreden vonnis wordt dan ook bekrachtigd en appellant zal worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 02-06-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:3910

Zaaknummer: 200.151.210

Rechters: M.B. van den Beekhoven Boezem, mr. drs. F.J.P. Lock en D. Stoutjesdijk

Advocaten: J. van Haar

Wetsartikelen: 502 Rv en 438 lid 5 Rv

RECHTSPRAAK

X/Westerhof q.q.

Bestuurdersaansprakelijkheid. Het hof overweegt dat voldaan is aan de voor artikel 2:138 BW relevante publicatieplichten, zelfs indien niet is gebleken van een nederlegging van de jaarrekening ten kantore van het handelsregister, aangezien wel sprake is geweest van een effectieve openbaarmaking. Er is daarom sprake van een onbelangrijk verzuim. Het enkele feit dat Aino aan het hoofd stond van een aantal dochtervennootschappen brengt volgens het hof nog niet mee dat de administratie van Aino, naast een redelijk inzicht in haar eigen vermogenspositie, tevens een voldoende betrouwbaar inzicht in het vermogen en resultaat van haar dochtermaatschappijen zou moeten geven. Aan welke eisen enige specifieke administratie moet voldoen, hangt af van de omstandigheden van het geval. De bestuurder heeft de holdingvennootschap en de curator in reconventie aangesproken op de grond dat zij hem (tijdens de surseance van betaling) hadden behoren te waarschuwen voor het aflopen van de BCA-verzekering. Voor wat betreft de kwalificatie van een dergelijke vordering verwijst het hof naar HR 19 april 2013 (Koot Beheer/Tideman q.q., ECLI:NL:HR:2013:BY6108) en bespreekt het ‘toedoen criterium’. Naar het oordeel van het hof levert het nalaten van de vennootschap om de bestuurder van het aflopen van de BCA-verzekering in kennis te stellen en hem te wijzen op de mogelijkheid van verlenging van de uitlooptermijn tegen een aanvullende premie geen handelen op dat op grond van het bepaalde in artikel 249 lid 1 sub 3 Fw als handelen van de curator heeft te gelden.

Aino NV (‘Aino’) functioneerde als de holding van een groep van vennootschappen en is op 2

juni 2000 ontstaan door fusie van twee ondernemingen. Aino was vanaf 5 juni 2000 beursgenoteerd. Het bestuur van Aino werd gevormd door appellant (voorzitter) en de heren A en B (beide afkomstig van een van de gefuseerde partijen). Appellant is op enig moment met de commissarissen overeengekomen dat hij zou vertrekken op het moment dat een opvolger voor hem gevonden zou zijn. Rond 1 juni 2002 is ook hij formeel afgetreden als bestuurder.

De jaarrekeningen van de tot de Aino-groep behorende vennootschappen werden geconsolideerd opgemaakt (art. 2:403 lid 1 sub c BW). Aino was hoofdelijk aansprakelijk voor de uit rechtshandelingen van de dochtervennootschappen voortvloeiende schulden (art. 2:403 lid 1 sub f BW). De (geconsolideerde) jaarrekening van Aino over 2001, het laatste volledige boekjaar vóór de faillietverklaring, was voorzien van een goedkeurende accountantsverklaring van KPMG Accountants N.V. De resultaten van de groep ontwikkelden zich zodanig dat aan Aino op 27 september 2002 surseance van betaling werd verleend en dat zij op 14 november 2002 failliet werd verklaard. Ook dochtervennootschappen van Aino zijn failliet verklaard. De jaarrekening 2000 van Aino is volgens de regels van Euronext openbaar gemaakt. De jaarcijfers 2000 van Aino zijn verder bekendgemaakt in een persbericht van 6 maart 2001. Er is geen registratie van enige deponering van deze jaarrekening ten kantore van het handelsregister als voorgeschreven in artikel 2:394 BW.

De curator vorderde in conventie primair een verklaring voor recht dat appellant wegens onbehoorlijk bestuur aansprakelijk is voor het tekort in faillissement (door de curator begroot op circa € 23,7 miljoen), en (meer) subsidiair verklaringen voor recht dat appellant als bestuurder van Aino jegens de boedel persoonlijk aansprakelijk is op grond van artikel 2:9 BW respectievelijk artikel 6:162 BW.

Appellant heeft de vorderingen in conventie gemotiveerd betwist en in reconventie veroordeling van Aino en de curator gevorderd tot vergoeding van de schade die hij heeft geleden en nog zal lijden doordat Aino en de curator hebben verzuimd om tijdig uitloop van de BCA-polis te kopen c.q. appellant tijdig te waarschuwen dat de termijn voor het kopen van uitloop zou verstrijken.

De rechtbank heeft in het tussenvonnis van 28 november 2012 geoordeeld dat sprake is van het (niet-weerlegbare) vermoeden dat appellant als bestuurder van Aino zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en het (weerlegbare) vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling van appellant als bestuurder van Aino een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (art. 2:138 lid 2). Het debat tussen partijen of appellant ook zijn administratieplicht van artikel 2:10 of artikel 2:395 BW niet was nagekomen behoeft daarmee volgens de rechtbank verder geen bespreking.

In reconventie heeft de rechtbank appellant niet-ontvankelijk verklaard in zijn vordering voor zover deze mede tegen Aino was ingesteld omdat Aino in conventie geen procespartij was.

De rechtbank overwoog dat de curator aansprakelijk kon worden gehouden voor enig aan Aino in de periode van de surseance als onrechtmatig te verwijten handelen of nalaten en dat het zonder meer onzorgvuldig is als een curator met de aansprakelijkstelling van een bestuurder wacht totdat de uitlooptermijn van de verzekering is verstreken. Volgens de rechtbank had de curator zijn bevinding dat appellant aansprakelijk zou kunnen worden gehouden voor het faillissementstekort eerder aan hem moeten meedelen. Indien appellant schade heeft ondervonden doordat de curator die mededeling heeft nagelaten, dient deze volgens de rechtbank als boedelschuld aan hem te worden vergoed. De rechtbank heeft de zaak vervolgens naar de rol verwezen.

Zowel appellant als de curator heeft in appèl grieven gericht tegen het tussenvonnis. Appellant komt op tegen het oordeel van de rechtbank dat het niet-deponeren van de jaarrekening niet als een onbelangrijk verzuim kan worden bestempeld. De curator bestrijdt onder meer het oordeel van de rechtbank dat appellant ter zake het niet-gedeponeerd zijn van de jaarrekening 2001 geen tekortkoming kan worden verweten. Het hof acht de grief van appellant gegrond.

Zoals A-G Timmerman in zijn conclusie voor HR 20-10-2006, ECLI:NL:PHR:2007:BA6773 (*Van Schilt*) heeft opgemerkt, is de achtergrond voor het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW (in casu: art. 2:138 lid 2 BW) gelegen in de ervaring dat zowel het niet-naleven van de administratieplicht als het niet-correct publiceren van de jaarrekening wijzen op andere tekortkomingen (van het bestuur) die vaak neerkomen op onregelmatigheden. Naar het oordeel van het hof moet tegen die achtergrond worden gezien of en in hoeverre sprake is van een zodanige schending van de publicatieverplichting dat deze het dubbele bewijsvermoeden van artikel 2:138 BW (het onweerlegbare vermoeden dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en het weerlegbare vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement) rechtvaardigt. Naar appellant terecht stelt, is het belang van de publicatieplicht gelegen in het feit dat het bestuur door publicatie van de jaarrekening ook naar buiten toe inzicht geeft in het financiële reilen en zeilen van de onderneming en in het gevoerde bestuur. Naar het oordeel van het hof is in dit geval, waarin weliswaar niet is gebleken van een nederlegging van de jaarrekening ten kantore van het handelsregister maar waarin wel een effectieve openbaarmaking heeft plaatsgevonden, van een schending van de publicatieplicht geen sprake. Voor zover het bestuur al kan worden verweten dat de publicatie niet op de in artikel 2:394 lid 1 BW bepaalde wijze heeft plaatsgehad, beroept appellant er zich terecht op dat dit in de gegeven omstandigheden (wel tijdige en zelfs effectievere publicatie) een onbelangrijk verzuim betreft dat voor de toepasselijkheid van artikel 2:138 lid 2 BW buiten beschouwing moet worden gelaten.

Met de rechtbank acht het hof terecht dat de curator het niet-gedeponneerd zijn van de jaarrekening 2001 als grondslag voor zijn beroep op toepasselijkheid van artikel 2:138 lid 2 BW heeft laten varen na het verweer van appellant, dat hij al ruim voor het verstrijken van de termijn voor publicatie van die jaarrekening geen bestuurder meer was en Aino bovendien vóór het verstrijken van die termijn is gefailleerd. De stelling van de curator dat appellant zijn opvolger zou hebben moeten attenderen op het feit dat de jaarrekening 2001 nog niet was vastgesteld en nog zou moeten worden gepubliceerd, is voor de vraag of appellant zelf als bestuurder heeft voldaan aan zijn publicatieplicht niet relevant.

Volgens het hof heeft de rechtbank ten onrechte geconcludeerd dat de vraag of appellant een schending van zijn boekhoudplicht kan worden verweten geen bespreking meer behoeft, in het geval al geconcludeerd is dat de dubbele bewijsvermoedens van toepassing zijn wegens een schending van de publicatieplicht.

Met betrekking tot de omvang van de boekhoudplicht heeft de rechtbank verwezen naar HR 10 januari 1990, *NJ* 1960/466 (*Ogem*) en Hof 's Hertogenbosch 13 juli 2004, *JOR* 2004/292 (*Van Gils*). Anders dan de rechtbank, oordeelt het hof dat de curator in het faillissement van Aino appellant alleen kan aanspreken voor een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling als bestuurder van Aino. Voor de vraag of appellant als bestuurder van Aino heeft voldaan aan zijn verplichting uit artikel 2:10 BW geldt eveneens dat het hier gaat om de administratie van Aino. Ingevolge artikel 2:10 BW houdt die administratieplicht in dat zodanige aantekeningen moeten worden gehouden dat daaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen van Aino kunnen worden gekend. Artikel 2:10 BW geeft geen regels voor de wijze waarop de administratie moet worden gevoerd. Uit jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat de administratie zodanig moet zijn dat men snel inzicht kan verkrijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en dat deze posities en stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie. Anders dan de rechtbank overweegt, brengt het enkele feit dat Aino aan het hoofd stond van een aantal dochtervennootschappen nog niet mee dat de administratie van Aino, naast een redelijk inzicht in haar eigen vermogenspositie, tevens een voldoende betrouwbaar inzicht in het vermogen en resultaat van haar dochtermaatschappijen zou moeten geven. Aan welke eisen enige specifieke administratie moet voldoen, hangt af van de omstandigheden van het geval.

Gelet op het hiervoor overwogene slagen de grieven van appellant in het principaal appel, zo overweegt het hof, voor zover daarin wordt opgekomen tegen het gewicht dat de rechtbank toekent aan de positie van Aino als moedervennootschap (ook in het licht van de door haar afgegeven 403-verklaring) voor de aan de administratie van Aino te stellen eisen. De administratie van Aino dient te voldoen aan het vereiste dat die administratie een redelijk

inzicht geeft in de vermogenspositie van Aino. Uit het feit dat voor Aino jaarrekeningen over 2000 en 2001 zijn vastgesteld die van een goedkeurende verklaring van de accountant zijn voorzien, lijkt voorshands te kunnen worden geconcludeerd dat ten behoeve van die jaarrekeningen een voldoende administratie voorhanden is geweest. Het hof voegt hieraan toe dat de vraag of een bestuurder aan zijn administratieverplichting heeft voldaan, losstaat van de vraag of de administratie wellicht beter en/of anders had kunnen worden gevoerd.

Voor het geval de rechtbank na terugverwijzing alsnog tot de conclusie zou komen dat er voldoende grond is voor het bewijsvermoeden van artikel 2:138 lid 2 BW, herhaalt het hof de in HR 30 november 2007 (*NJ* 2008/91, *Blue Tomato*) gegeven norm voor het ontzenuwen van dat vermoeden. Appellant stelt volgens het hof terecht dat met de in het tussenvonnis van 28 november 2012 gegeven bewijsopdracht een zwaardere bewijslast op hem wordt gelegd dan met voormelde arresten van de Hoge Raad in overeenstemming is. De negatieve marktontwikkelingen zijn door de curator als zodanig niet betwist. Tegenover de stellingen van de curator behoefde van appellant niet meer te worden verlangd dan dat hij feiten en omstandigheden stelt en aannemelijk maakt waaruit blijkt dat hij niet heeft nagelaten op de negatieve marktontwikkelingen in te spelen, althans dat hem op dat punt geen onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten.

Met het door hem omtrent een niet-gerealiseerde fusie met een ander bedrijf gestelde, beroept appellant zich volgens het hof er feitelijk op dat hij met die fusie het hoofd heeft proberen te bieden aan de zware economische omstandigheden. Die door appellant gestelde omstandigheid kan betrokken worden bij het aannemelijk maken door appellant dat de zware economische omstandigheden een hem niet te verwijten belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

Ten slotte gaat het hof in op de door de curator gerichte grief tegen het oordeel van de rechtbank in reconventie. Het gaat daarbij onder andere in op de stelling van de curator dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat een curator onzorgvuldig handelen moet worden verweten als hij met aansprakelijkstelling van een bestuurder wacht tot de uitlooptermijn van de aansprakelijkheidspolis is verstreken.

Met betrekking tot de kwalificatie van de (eventuele) schadevordering als boedelschuld verwijst het hof naar HR 19 april 2013 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*, ECLI:NL:HR:2013:BY6108). Het hof bespreekt het 'toedoen criterium'. Naar het oordeel van het hof betreft het door appellant aan Aino verweten handelen (het nalaten om hem van het aflopen van de BCA-verzekering in kennis te stellen en hem te wijzen op de mogelijkheid van verlenging van de uitlooptermijn tegen een aanvullende premie) geen handelen dat op grond van het bepaalde in artikel 249 lid 1 sub 3 Fw als handelen van de curator heeft te gelden. Verder stelt de curator

aldus het hof terecht dat, waar hem in zijn hoedanigheid geen onrechtmatig handelen kan worden verweten, van een boedelschuld op die grond evenmin sprake kan zijn. De curator stelt terecht dat appellant wegens het door hem gestelde onrechtmatig handelen van Aino hooguit een concurrente vordering op de schuldenaar (Aino) heeft die hij ter verificatie in het faillissement zal kunnen indienen.

Naar het oordeel van het hof stelt de curator verder terecht dat aan Aino niet zonder meer valt toe te rekenen dat zij na het verlenen van de surseance van betaling geen contact met appellant heeft opgenomen over het aflopen van de BCA-polis. Of en in hoeverre Aino dat verwijt kan worden gemaakt zal afhangen van alle omstandigheden van het geval.

Met betrekking tot het handelen van de curator overweegt het hof ten slotte dat uit de overwegingen van de rechtbank in het tussenvonnis niet kan worden geconcludeerd dat de rechtbank daarin zou eisen dat een ontijdige aansprakelijkstelling of aankondiging daarvan zou mogen worden verwacht. Het hof leest daarin niet meer dan dat van een curator mag worden verwacht dat hij niet onnodig wacht met een aansprakelijkstelling en/of aankondiging daarvan en dat hij daarbij, indien mogelijk, rekening houdt met aan hem bekende belangen van de aan te spreken bestuurder, zoals diens belang om tegen enige aanspraak nog verweer te kunnen voeren onder de dekking van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering. Over de vraag of de curator in dit geval enig onzorgvuldig handelen moet worden verweten heeft de rechtbank zich in voormelde rechtsoverweging nog niet concreet en definitief uitgelaten.

Op grond van het hiervoor overwogene vernietigt het hof het tussenvonnis van 28 november 2012 in de hoofdzaak in conventie en in reconventie en verwijst de zaak terug ter verdere beslissing met inachtneming van dit arrest.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 26-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:2008

Zaaknummer: HD 200.124.464_02

Rechters: J.A.M. van Schaik-Veltman, C.W.T. Vriezen en H.R. Quint

Advocaten: M.H.J. van Manen en V.H.B. Kruit

Wetsartikelen: 2:138 BW, 2:10 BW, 2:394 BW en 249 lid 1 sub 3 Fw

RECHTSPRAAK

Zen c.s./Modena Beheer

Bestuurdersaansprakelijkheid. Toepassing van de norm gegeven in HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZo758 (Ontvanger/Roelofsen). Appellante in het incidenteel hoger beroep wist bij het aangaan van een overeenkomst van koopoptie en geldlening van de weinig rooskleurige financiële toestand van geïntimeerden in het incidenteel hoger beroep, maar dit heeft haar daarvan niet weerhouden. Appellante kan die financiële situatie thans niet aan geïntimeerden tegenwerpen. Omdat appellanten op dat punt niet minder wisten dan geïntimeerden, is er aldus het hof niet aan de Beklamel-norm voldaan en is er geen sprake van bestuurdersaansprakelijkheid.

In het principaal hoger beroep zullen appellanten gezamenlijk ('Zen c.s.') en ieder afzonderlijk Zen, A en B worden genoemd. Geïntimeerde in het principaal hoger beroep is Modena ('Modena'), een beheermaatschappij. Zen richt zich op de bemiddeling bij handel, huur of verhuur van onroerend goed. Sinds begin 2005 is B enig aandeelhouder en bestuurder van Zen. A, haar zoon, is procuratiehouder met volledige volmacht van Zen. A is in maart 2005 in privé failliet gegaan.

Modena is door veilingkoop op 3 juni 2005 eigenaar geworden van de tot die datum aan A toebehorende woning. Zen wilde deze woning kopen, maar kon hiervoor – ondanks het aanbod van Modena om garant te staan voor de geldlening – geen financiering krijgen. Zen en Modena zijn vervolgens een overeenkomst van koopoptie aangegaan. De tussen partijen gesloten overeenkomst van koopoptie houdt in dat Zen de woning van Modena kan kopen voor een vaste prijs, dat Zen een gebruiksrecht tegenover Modena op de woning verkrijgt en dat Zen aan Modena een maandelijks gebruikvergoeding betaalt met ingang van augustus 2005.

Na 1 augustus 2005 heeft de toenmalige echtgenote van A de woning gehuurd van Zen. Op 1

november 2007 heeft Zen een huurovereenkomst gesloten met A op basis waarvan A vanaf dat moment de woning ging huren tegen betaling van een huurprijs van € 350 per maand. Op 21 juni 2006 zijn partijen een leningsovereenkomst overeengekomen, inhoudende dat Modena € 40.000 aan Zen leende tegen een rente van 1% per maand. De lening van € 40.000 is verrekend met een bedrag van € 7700, zijnde de op dat moment door Modena opeisbare gebruiksvergoeding op basis van de overeenkomst van koopoptie. Door deze verrekening heeft Zen alle op 21 juni 2006 verschuldigde maar nog niet voldane betalingen uit hoofde van de overeenkomst van koopoptie voldaan.

Uiteindelijk heeft Zen de in de overeenkomst van koopoptie overeengekomen maandelijkse gebruiksvergoeding en de rente onder de leningsovereenkomst voldaan tot (afgerond) eind 2006. Sinds dat moment heeft Zen geen vergoeding/rente meer aan Modena betaald.

Modena heeft in eerste aanleg in conventie de ontbinding van de overeenkomst van koopoptie en de veroordeling van Zen c.s. om de woning te ontruimen gevorderd. Voorts heeft Modena in eerste aanleg in conventie de hoofdelijke veroordeling van Zen c.s. gevorderd tot betaling van de verschuldigde gebruiksvergoeding en tot terugbetaling van de lening.

Zen c.s. heeft in eerste aanleg in reconventie gevorderd, samengevat, primair een verklaring voor recht dat de overeenkomst van koopoptie ex artikel 6:258 BW met ingang van 1 november 2005 is ontbonden. Subsidiair heeft Zen c.s. gevorderd dat de overeenkomst van koopoptie met terugwerkende kracht tot 3 oktober 2005 zal worden gewijzigd door de gebruiksvergoeding te verminderen tot nihil. Meer subsidiair heeft Zen c.s. de veroordeling van Modena gevorderd tot betaling aan haar van de door Zen gederfde huuropbrengsten.

De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis van 15 mei 2013 in conventie de huurovereenkomst ontbonden, met veroordeling van Zen en A tot ontruiming van de woning. Daarnaast is Zen daarin veroordeeld tot betaling aan Modena van de maandelijkse huur, de gebruiksvergoeding en terugbetaling van de lening, vermeerderd met de overeengekomen 1% rente. In reconventie heeft de kantonrechter de vorderingen van Zen c.s. afgewezen.

Het principaal hoger beroep van Zen c.s. wordt door het hof verworpen omdat geen grieven zijn geformuleerd tegen het bestreden vonnis.

In het incidenteel hoger beroep klaagt Modena dat de kantonrechter in conventie de vorderingen tot hoofdelijke veroordeling van B en A tot betaling aan haar van de achterstallige huur en de geldlening niet heeft toegewezen. Modena betoogt dat toewijzing van deze vorderingen alsnog gerechtvaardigd is. Volgens haar is sprake van aan hen toe te rekenen bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Modena stelt daartoe dat A door B als procuratiehouder van Zen is aangesteld en dat zij heeft toegelaten dat A Zen de

overeenkomst met betrekking tot de woning en de leningsovereenkomst met Modena heeft doen sluiten, alsmede dat Zen de woning aan A heeft doorverhuurd voor een aanmerkelijk lagere huurprijs dan de tussen Modena en Zen overeengekomen vergoeding, terwijl Zen een besloten vennootschap was zonder eigen vermogen die geen activiteiten ontplooid en A gefailleerd was.

Het hof overweegt dat het in deze zaak gaat om de benadeling van een schuldeiser van Zen, Modena, door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van haar vorderingen op Zen. Bij een benadeling van een schuldeiser van een vennootschap kan, naast de aansprakelijkheid van de vennootschap, ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in artikel 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Als maatstaf geldt in de onder (i) bedoelde gevallen of de betrokken 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, en in de onder (ii) bedoelde gevallen of het handelen of nalaten als bestuurder van de betrokken vennootschap ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*) en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627 (*RCI*)).

Volgens het hof staat vast dat Modena door veilingkoop de woning van A heeft gekocht en dat zij de overeenkomst met koopoptie met Zen is aangegaan, omdat Zen – ondanks het aanbod van Modena om garant te staan voor de geldlening – geen financiering voor de woning kon krijgen en Modena Zen in staat wilde stellen om uiteindelijk de woning te kopen. Modena wist dus bij het aangaan van de overeenkomst van koopoptie van de weinig rooskleurige financiële toestand van A en de financieel beperkte positie van Zen. Daarnaast wist Modena bij de totstandkoming van de leningsovereenkomst met Zen dat de financiële situatie van A noch Zen was verbeterd. Op 21 juni 2006 is de betalingsachterstand van Zen uit hoofde van de overeenkomst van koopoptie immers direct verrekend met de door Modena verstrekte geldlening. De financiële positie van A en Zen heeft Modena er niet van weerhouden de overeenkomst van koopoptie en – later – de leningsovereenkomst met Zen aan te gaan, zodat zij die financiële situatie thans niet aan B en A kan tegenwerpen. Dit kan niet tot de conclusie leiden dat B en A reeds bij het aangaan van de overeenkomsten wisten dan wel redelijkerwijs

moesten weten dat Zen de verplichtingen niet zou kunnen nakomen, althans dat zij op dit punt meer wisten dan Zen. Hierbij wordt ook betrokken dat vaststaat dat Zen de betalingsverplichtingen uit hoofde van de overeenkomst van koopoptie tot november 2006 en de betalingsverplichtingen op grond van de geldlening tot december 2006 is nagekomen, terwijl Zen eerst per 1 november 2007 de woning aan A is gaan verhuren tegen een maandelijkse huurprijs van € 350. Modena heeft voor het overige ook niet nader gemotiveerd onderbouwd dat B dan wel A nakoming hebben gefrustreerd of zich ten opzichte van Modena zodanig onzorgvuldig hebben gedragen dat hen daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Nu Modena niet nader heeft geconcretiseerd op welke feitelijke gedragingen van B en A zij de hoofdelijke aansprakelijkheid baseert, heeft zij onvoldoende gesteld om persoonlijke aansprakelijkheid van B en A aan te nemen. De grief faalt dan ook.

In het incidenteel hoger beroep moeten de bestreden vonnissen worden bekrachtigd en zal het na eisvermeerdering gevorderde worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:3379

Zaaknummer: 200.130.555

Rechters: L.F. Wiggers-Rust, S.B. Boorsma en J.G.J. Rinkes

Advocaten: M.P.Ph. M Weerts en J.P. van Rossum

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Sortiva/X

Het hof stelt vast dat vier tot zes weken voor de eigen aanvraag van het faillissement bestellingen zijn geplaatst en dat Auba toen al bijna 16 maanden liquiditeitsproblemen had. Gedurende die periode ontstonden er betalingsachterstanden jegens Sortiva. Dat X op de hoogte was van die betalingsproblematiek blijkt uit schriftelijke correspondentie en uit zijn stelling bij zijn memorie van antwoord dat hij – vanwege de problemen – Auba privé financieel heeft ondersteund. Het hof concludeert dat X bij het plaatsen van de bestellingen wist of behoorde te begrijpen dat Sortiva daarvoor onbetaald zou blijven en dus schade zou lijden. Voorts geldt dat het enkele feit dat X de bestellingen niet persoonlijk heeft geplaatst, niet afdoet aan voormelde aansprakelijkheid. X heeft niet gesteld dat hij niet op de hoogte was van de onderhavige bestellingen – zijn uit de stukken blijken de bemoeienis met de betalingen doet volgens het hof zelfs het tegendeel vermoeden.

Sortiva deed sinds 2010 geregeld zaken met Auba Kunststof Recycling B.V. ('Auba'). Auba's bestuurder en enig aandeelhouder was tot januari 2013 Vennootschap A, waarvan geïntimeerde ('X') bestuurder en enig aandeelhouder is. In januari 2013 zijn de aandelen in Auba overgedragen aan M.M.D. Beheer B.V. (hierna: "MMD"), waarvan X (ook) enig aandeelhouder was, en is X bestuurder van Auba geworden. In maart 2013 heeft Auba een aantal bestellingen geplaatst bij Sortiva, op grond waarvan Sortiva diverse opgewerkte afval-/kunststoffen heeft geleverd. Deze leveranties zijn onbetaald gebleven. Op 17 april 2013 is Auba op eigen aangifte failliet verklaard.

Sortiva stelt X aansprakelijk voor de schade die zij heeft geleden doordat Auba tot vlak voor het faillissement orders heeft geplaatst bij Sortiva, terwijl X wist, althans redelijkerwijs behoorde te begrijpen, dat de vennootschap niet aan haar betalingsverplichtingen zou kunnen

voldoen en geen verhaal zou bieden voor de ten gevolge van die wanprestatie te lijden schade. Daarvan valt X volgens Sortiva persoonlijk een ernstig verwijt te maken. In eerste aanleg is de vordering afgewezen wegens gebrek aan voldoende onderbouwing.

Het hof geeft allereerst het standaard Beklamel-criterium weer, zoals dat in de jurisprudentie is ontwikkeld, hetgeen erop neerkomt dat voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennootschap hogere eisen gelden dan in het algemeen het geval is en dat voor die aansprakelijkheid – kort gezegd – vereist is dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou lijden.

Het hof stelt vast dat vier tot zes weken voor de aanvraag van het faillissement bestellingen zijn geplaatst en dat Auba toen al bijna 16 maanden liquiditeitsproblemen had. Gedurende die periode ontstonden er betalingsachterstanden jegens Sortiva. In 2012 heeft Sortiva, vanwege het liquiditeitstekort bij Auba, verschillende betalingen ontvangen van derden voor schulden van Auba. Dat X op de hoogte was van die betalingsproblematiek blijkt uit schriftelijke correspondentie en uit zijn stelling bij zijn memorie van antwoord dat hij – vanwege die problemen – Auba privé financieel heeft ondersteund. Uit het faillissementsverslag blijkt een bestaand passief van € 1.567.552 tegenover een actief van € 97.000. Vaststaat ook dat de kortlopende schulden al vanaf 2011 waren opgelopen, dat het eigen vermogen al vanaf 2011 negatief was en dat ook de resultaten in 2012 slecht waren.

Het hof concludeert dat X bij het plaatsen van de bestellingen wist of behoorde te begrijpen dat Sortiva daarvoor onbetaald zou blijven en dus schade zou lijden. X verweerde zich onder andere met de stelling dat de aandelenoverdracht in januari 2013 heeft plaatsgevonden met de kennis over de financiële situatie van de vennootschap van dat moment. Het hof meent echter, gelet op de in artikel 2:10 BW neergelegde administratieverplichting en op de activa-passivaverhouding, dat dit een onvoldoende betwisting oplevert van de door Sortiva gestelde wetenschap aan de zijde van X. Voorts geldt dat het enkele feit dat X de bestellingen niet persoonlijk heeft geplaatst, niet afdoet aan voormelde aansprakelijkheid. X heeft niet gesteld dat hij niet op de hoogte was van de onderhavige bestellingen – zijn uit de stukken blijkende bemoeienis met de betalingen doet volgens het hof zelfs het tegendeel vermoeden. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en wijst de vordering alsnog toe.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-04-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:2828

Zaaknummer: 200.145.842

Rechters: H.C. Frankena, L.J. de Kerpel-van Poel en J.H. Lieber

Advocaten: S. Hartog en A. Bunge

Wetsartikelen: 6:162 BW