

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 20, 2017

Nummer 20, 2017

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:2017:6886](#) 08-08-2017

Noordzee Expedities

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:3520](#) 08-08-2017

Appellant/mr. Luchtman q.q. en mr. Louwerier q.q. (2)

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:3508](#) 08-08-2017

Appellant/mr. Luchtman q.q. en mr. Louwerier q.q. (2)

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:3521](#) 08-08-2017

Appellant/ mr. Luchtman q.q. en mr. Louwerier q.q. (1)

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:6372](#) 25-07-2017

Inbreng bouwproject in vennootschap (2)

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:5845](#) 10-08-2017

Elliot c.s. / AkzoNobel

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2017:7803](#) 09-08-2017

mr. Saes q.q./gedaagden

Annotatie

[De curator, het boedeltekort en de schade van de rechtspersoon](#)

F. Ortiz Aldana en J. van Bakkum

ANNOTATIE

De curator, het boedeltekort en de schade van de rechtspersoon

F. Ortiz Aldana en J. van Bekkum

Tussen artikel 2:9 en artikel 2:248 BW bestaan aanmerkelijke verschillen. Met name wordt op beide gronden iets anders gevorderd. Curatoren zouden de artikel 2:9 BW-vordering veel meer dan op dit moment gebruikelijk is als een zelfstandige vordering naast artikel 2:248 BW moeten behandelen. Dat voorkomt de potentiële verwaarlozing van een belangrijk boedelactief.

1 Inleiding

Wanneer een rechtspersoon faillieert, doet de curator in het kader van de hem opgedragen taak tot beheer en vereffening van de boedel (art. 68 van de Faillissementswet (Fw)) onderzoek naar de wijze waarop de rechtspersoon voorafgaand aan het faillissement is bestuurd.^[1] Als er naar het oordeel van de curator sprake is van onbehoorlijk bestuur, dan zijn er, afhankelijk van de feiten en omstandigheden, verschillende soorten vorderingen die de curator kan instellen. De vordering die door de curator waarschijnlijk het meest wordt gebruikt, is de vordering van de boedel^[2] op grond van artikel 2:138/248 van het Burgerlijk Wetboek (BW).^[3] Op die grondslag kan de curator het boedeltekort van de bestuurders vorderen als er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en aannemelijk is dat dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Als een curator een vordering instelt op grond van artikel 2:248 BW beroept hij zich vaak subsidiair op artikel 2:9 BW. Het valt ons in de praktijk op dat curatoren hierbij geregeld het boedeltekort vorderen op grond van artikel 2:9 BW, zonder specifiek te beargumenteren welke schade de gefailleerde rechtspersoon als gevolg van de gestelde inbreuk op artikel 2:9 BW heeft geleden. Curatoren gaan daarmee voorbij aan het zelfstandige karakter van de vordering ex artikel 2:9 BW^[4] naast de vordering ex artikel 2:248 BW. Daardoor wordt de vordering ex artikel 2:9 BW door curatoren niet optimaal benut.

In dit artikel lichten wij toe dat de vordering ex artikel 2:9 BW een zelfstandig karakter heeft naast artikel 2:248 BW (par. 2), waarom de omvang van het boedeltekort niet relevant is voor een vordering ex artikel 2:9 BW (par. 3), welke schade op grond van artikel 2:9 BW kan worden

gevorderd (par. 4) en hoe de vordering ex artikel 2:9 BW zich in de praktijk verhoudt tot de vordering ex artikel 2:248 BW (par. 5).

2 Het zelfstandige karakter van artikel 2:9 BW naast artikel 2:248 BW

2.1 Verschillende 'onbehoorlijk bestuur'-maatstaven

Artikel 2:9 BW schrijft voor dat iedere bestuurder is gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Bestuurders dienen zich daarbij te richten naar het belang van de rechtspersoon.[5] De Hoge Raad heeft bepaald dat als er sprake is van 'ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur', de rechtspersoon van de bestuurders op grond van artikel 2:9 BW de schade kan vorderen die hij dientengevolge heeft geleden.[6] In faillissement wordt de rechtspersoon daarbij door de curator vertegenwoordigd. Op grond van artikel 2:248 BW geldt dat als er sprake is van 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' waarvan aannemelijk is dat het een belangrijke oorzaak is van het faillissement, de curator namens de boedel het boedeltekort kan vorderen van de bestuurders. Lid 8 van artikel 2:248 BW bevestigt dat de curator daarnaast de mogelijkheid heeft om op grond van artikel 2:9 BW te ageren.

Er staan dus twee typen 'onbehoorlijk bestuur' naast elkaar: 'ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur' en 'kennelijk onbehoorlijk bestuur'. Er is pas sprake van 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zo zou hebben gehandeld.[7] De Hoge Raad noemt deze negatief geformuleerde maatstaf strenger dan de maatstaf die hij aanlegt bij 'ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur'.[8] Daar hanteert de Hoge Raad de positief geformuleerde maatstaf of de bestuurder heeft gehandeld zoals mag worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.[9] De Hoge Raad vult de verschillende typen 'onbehoorlijk bestuur' dus verschillend in. Wij zijn er echter niet mee bekend dat dit in de praktijk tot wezenlijk andere uitkomsten leidt. De dominante opvatting in de literatuur is dat beide typen 'onbehoorlijk bestuur' inhoudelijk niet verschillen.[10] Artikel 2:9 BW ontleent het zelfstandig karakter naast de vordering ex artikel 2:248 BW ons inziens dus niet zozeer aan de invulling van de verschillende typen 'onbehoorlijk bestuur' door de Hoge Raad.

2.2 Verschillende vorderingen

Kenmerkender dan het verschil in de 'onbehoorlijk bestuur'-maatstaf is het verschil van wat gevorderd kan worden op grond van artikel 2:9 BW respectievelijk artikel 2:248 BW. Op grond van artikel 2:248 lid 1 BW kan het boedeltekort worden gevorderd. Deze vordering is erop gericht om alle *crediteuren* van de rechtspersoon schadeloos te stellen in het faillissement. Op grond van artikel 2:9 BW daarentegen kan de schade worden gevorderd die de *rechtspersoon* heeft geleden.[11] Deze vordering is er dus op gericht om de rechtspersoon schadeloos te

stellen, zowel in als buiten faillissement. In paragraaf 3 t/m 5 werken wij dit verschil verder uit.

2.3 Overige verschillen

Het zelfstandig karakter van artikel 2:9 BW naast artikel 2:248 BW blijkt uit nog meer verschillen tussen beide artikelen. Naast de twee verschillen die hiervoor al zijn besproken, zetten wij de belangrijkste verschillen op een rij in tabel 1.[12]

Tabel 1

Art. 2:9 BW-vordering

Geen verband met het intreden van het faillissement vereist Geen wettelijke bewijsvermoedens Niet beperkt tot gedragingen drie jaar voorafgaand aan faillissement Kan enkel tegen statutaire bestuurders worden ingesteld Voor cessie vatbaar[1] Verjaring begint reeds voor faillissement te lopen[2] en loopt door tot een halfjaar nadat de bestuurder is afgetreden (art. 3:320 jo. art. 3:321 lid 1 sub d BW) Een aan de bestuurder verleende decharge heeft in beginsel[3] het beoogde effect Verrekening door de bestuurder is in faillissement mogelijk op grond van art. 53 Fw en buiten faillissement in beginsel ook op grond van art. 6:127 e.v. BW Klachtplicht art. 6:89 BW mogelijk van toepassing[4] Wettelijke rente kan worden gevorderd Matiging mogelijk indien toekenning volledige schadevergoeding tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden (art. 6:109 BW)

Art. 2:248 BW-vordering

Het onbehoorlijk bestuur dient een (van de) belangrijke oorzaak (oorzaken) van het faillissement te zijn[5] Als art. 2:10 BW (administratieplicht) of art. 2:394 BW (deponeringsplicht) is geschonden, is er sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement (lid 2) Beperkt tot gedragingen drie jaar voorafgaand aan het faillissement (lid 6)[6] Kan ook tegen feitelijk beleidsbepalers worden ingesteld (lid 7) Niet voor cessie vatbaar[7] Verjaringstermijn van vijf jaar begint te lopen nadat de curator met de schade en de daarvoor aansprakelijke bestuurder(s) bekend is geworden Een aan de bestuurder verleende decharge kan hem niet baten (lid 6) Verrekening door de bestuurder is niet mogelijk[8] Klachtplicht art. 6:89 BW waarschijnlijk niet van toepassing Er kan geen wettelijke rente worden gevorderd[9] Matiging mogelijk op drie limitatieve gronden: (1) aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling, (2) de andere oorzaken van het faillissement en (3) de wijze waarop het

faillissement is afgewikkeld (lid 4)

Noten bij tabel

[1] Hof Den Haag 6 april 1999, JOR 1999/142 (Verto/Drenth).

[2] De in art. 3:310 lid 1 BW bedoelde verjaringstermijn begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde bekend is geworden met de schade en de aansprakelijke persoon. Deze eis houdt volgens vaste rechtspraak in dat de benadeelde – dat is bij de art. 2:9 BW-vordering de vennootschap – daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen. Daarvan zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon.

[3] Het zal afhangen van de reikwijdte van de dechargeverklaring. Zie HR 25 juni 2010, NJ 2010/373 (De Rouw/Dingemans q.q.).

[4] Zie Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, JOR 2013/237 (Landis) en Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198. Vgl. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600. In tegengestelde zin: Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, JOR 2015/94 (Maessen en Hermesen q.q./Van Loon c.s.) en Rb. Zeeland-West-Brabant 14 september 2016, RO 2016/68 (Ebcon Holding). Kritisch: Kroeze & Wezeman 2015, p. 12.

[5] HR 24 januari 2014, NJ 2014/177 (Magista BV). Vgl. J.E. Brink-van der Meer, Artikel 2:138-248 BW: een loterij? Recente ontwikkelingen in jurisprudentie, TvI 2009/26.

[6] Die termijn kan langer zijn wanneer het onbehoorlijk bestuur in de periode voorafgaand aan de driejaarstermijn plaatsvond en dat onbehoorlijk bestuur niet is geheeld in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement, zie Rechtbank Arnhem 18 april 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA5588, r.o. 4.3: ‘(...) dat het in de driejaarsperiode laten voortbestaan van een manco, dat voordien is ontstaan door onbehoorlijk bestuur, op zichzelf als een daad van onbehoorlijke taakvervulling kan worden beschouwd.’

[7] HR 7 september 1990, NJ 1991/52 (Den Toom/De Kreek). Hetzelfde geldt overigens voor de tegen een bestuurder ingestelde Peeters/Gatzen-vordering, zie HR 24 april 2009, JOR 2010/22 (Dekker q.q./Lutèce).

[8] HR 18 september 2009, JOR 2010/29 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (Stichting Derdengelden Simon), r.o. 3.4.

[9] Rb. Rotterdam 20 januari 2010, JOR 2010/212, r.o. 2.5: ‘(...) Het boedeltekort bestaat uit het

verschil tussen de overige baten enerzijds en het totaal van de boedelschulden en de concurrente en preferente schulden anderzijds. In de definitieve afrekening is dit het bedrag dat [gedaagde] dient te voldoen. Als hij daarnaast rente zou moeten betalen over de periode tot aan de vaststelling van het boedeltekort, dan zou het resultaat zijn dat [gedaagde] uiteindelijk meer dan het tekort moet voldoen en zou er bij betaling een overschot in het faillissement kunnen resteren. Hiervoor is de regeling van artikel 2:248 BW niet bedoeld.'

2.4 Tussenconclusie

De vordering ex artikel 2:9 BW heeft een zelfstandig karakter naast de vordering ex artikel 2:248 BW. Het (al dan niet subsidiair) instellen van een vordering ex artikel 2:9 BW naast een vordering ex artikel 2:248 BW vergt dus een zelfstandige analyse van de curator.

3 Het boedeltekort is niet relevant voor een vordering ex artikel 2:9 BW

De wetgever heeft voor een vordering ex artikel 2:248 BW de schade die het gevolg is van onbehoorlijk bestuur gefixeerd op het boedeltekort, om het de curator makkelijker te maken.[13] Het boedeltekort is het verschil tussen de waarde van de activa en de passiva in de faillissementsboedel. Mits de passiva de activa overstijgen, komt dat verschil kort gezegd overeen met het totaal van de ingediende vorderingen van de crediteuren van de failliet die niet kunnen worden voldaan uit het gerealiseerde boedelactief.[14]

Voor de schade van de rechtspersoon zoals bedoeld in artikel 2:9 BW kan de curator niet volstaan met het vorderen van het boedeltekort. Deze schade dient te worden vastgesteld door een vergelijking te maken tussen de daadwerkelijke financiële positie van de rechtspersoon en de financiële positie die de rechtspersoon zou hebben gehad in de hypothetische situatie dat het ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur niet zou hebben plaatsgevonden.[15] Ten behoeve van een vordering ex artikel 2:9 BW zal de curator dus moeten stellen wat in de hypothetische situatie de waarde zou zijn geweest van (specifieke delen van) de activa en de passiva van de failliet en zal de curator dat moeten vergelijken met de daadwerkelijke waarde van diezelfde (specifieke delen van de) activa en passiva. Kortom, de curator moet in dit verband een vergelijking maken tussen twee balansen: de daadwerkelijke balans en een hypothetische balans. Dat is dus een andere vergelijking dan de vergelijking tussen de activa en de passiva binnen één en dezelfde daadwerkelijke balans, die moet worden gemaakt om het boedeltekort vast te stellen. Die interne vergelijking binnen de daadwerkelijke balans is niet relevant in het kader van artikel 2:9 BW.

Het kan natuurlijk voorkomen dat uit de hiervóór omschreven vergelijking tussen de daadwerkelijke en de hypothetische balans blijkt dat het verschil tussen die twee balansen (de schade van de rechtspersoon) gelijk is aan het verschil tussen de activa en de passiva binnen

de daadwerkelijke balans (het boedeltekort). Dit betekent echter niet meer dan dat de curator in zo'n geval op grond van artikel 2:9 BW een schadebedrag kan vorderen dat gelijk is aan het boedeltekort.[16] Het laat onverlet dat de omvang van het boedeltekort zelf niet relevant is voor de begroting van de schade die op grond van artikel 2:9 BW kan worden gevorderd.

De Rechtbank Oost-Brabant zag dit goed in haar vonnis van 20 maart 2016:

‘Verder geldt dat ook in geval zou moeten worden aangenomen dat de onbehoorlijke taakvervulling ex artikel 2:9 BW tot het faillissement van X heeft geleid, het op de weg van de curator had gelegen een vergelijking te maken tussen de vermogenstoestand van X voorafgaande aan de onbehoorlijke taakvervulling en de vermogenstoestand die tot het faillissement heeft geleid. Het verschil zou de schade (kunnen) zijn, en dus niet zomaar het tekort in het faillissement. Met de vordering van het tekort miskent de curator dat het bij 2:9 BW gaat om een schadevordering van de rechtspersoon tegen het bestuur/een bestuurder en niet om de afwikkeling van een faillissement. Hierop stuit de primaire[17] vordering van de curator ex artikel 2:9 BW reeds af.’[18]

Kortom, curatoren kunnen op grond van artikel 2:9 BW niet het boedeltekort vorderen. Zij kunnen vergoeding van de schade vorderen die door de rechtspersoon is geleden. Die schade dient de curator te begroten door een vergelijking te maken tussen het vermogen van de rechtspersoon in de daadwerkelijke situatie en het vermogen in de hypothetische situatie dat het ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur niet zou hebben plaatsgevonden. Dit zal niet in alle gevallen eenvoudig zijn.

Dat het (al dan niet subsidiair) vorderen van het boedeltekort op grond van artikel 2:9 BW gedoemd is te mislukken, vindt in zoverre bevestiging in de jurisprudentie, dat wij na uitgebreid onderzoek slechts één geval hebben gevonden waarin zo'n vordering is toegewezen. De betreffende uitspraak werpt echter geen ander licht op voormelde conclusie.

De uitspraak betreft het recente vonnis inzake Schreurs q.q./Schoolbestuurder.[19] Daarin werd een schoolbestuurder door de curator op grond van artikel 2:300a jo. artikel 2:138 BW en artikel 2:9 BW aansprakelijk gehouden voor het boedeltekort. De curator stelde dat de school failleerde als gevolg van door de bestuurder gepleegde ontuchtige handelingen.[20] De curator gaf over de verhouding van de door hem gehanteerde grondslagen voor de vordering aan dat:

‘(...) de opbouw van de vordering in primair (artikelen 2:300a en 2:138 BW) en subsidiair (artikel 2:9 BW) niet dwingend is bedoeld voor de beoordeling door de rechtbank. De vordering als geheel strekt tot een veroordeling van [gedaagde] tot vergoeding van het boedeltekort. Voor de daartoe te volgen juridische redenering staat het de rechtbank vrij de haars inziens meest passende en meest proceseconomische oplossing te kiezen.’

De rechtbank overwoog – kort gezegd – dat de bestuurder de betreffende stichtingen met zijn handelen (ontucht met minderjarige leerlingen) had blootgesteld aan een groot continuïteitsrisico, met als direct en voor de bestuurder voorzienbaar gevolg dat toen dit bekend werd alle activiteiten (en inkomstenbronnen) van de stichtingen stopten, wat al snel leidde tot een faillissement. Volgens de rechtbank kon de bestuurder daarvan een ernstig verwijt worden gemaakt. Dat oordeel lijkt ons juist en, gelet op de omstandigheden, bevredigend.

Op basis van dit oordeel kon ons inziens het boedeltekort op grond van de primaire vordering van de curator ex artikel 2:300a jo. artikel 2:138 BW worden toegewezen. De rechtbank wees het boedeltekort echter toe op grond van artikel 2:9 BW. De rechtbank licht die keuze niet toe. Het lijkt ons, gelet op wat wij hiervóór hebben betoogd, onjuist. Bij toewijzing van de vordering ex artikel 2:9 BW diende de rechtbank de door de rechtspersoon geleden schade te begroten door de daadwerkelijke financiële positie van de stichtingen te vergelijken met de financiële positie in de hypothetische situatie dat de bestuurder geen ontuchtige handelingen had gepleegd. In die hypothetische situatie waren de activiteiten van de betreffende scholen niet gestopt en waren de inkomsten van de rechtspersoon niet opgedroogd, aldus de rechtbank. De schade van de rechtspersoon bestond in dit geval dus uit de misgelopen inkomsten over toekomstige jaren. Het boedeltekort is niet relevant. Het is zelfs denkbaar dat de curator iets heeft laten liggen door enkel het boedeltekort te vorderen. In een geval als dit zou het immers goed kunnen dat de rechtspersoon méér inkomsten is misgelopen dan dat hij crediteuren onbetaald heeft gelaten. In dat geval zou de schade van de rechtspersoon het boedeltekort overstijgen.

4 De schade die de curator ex artikel 2:9 BW kan vorderen

De vraag welke schade de curator ex artikel 2:9 BW kan vorderen, hangt af van het specifieke ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur dat zich feitelijk heeft voorgedaan. De mogelijke feitelijke omstandigheden zijn legio. Wij zullen niet proberen alle mogelijkheden in kaart te brengen. Wel wijzen wij erop dat vermogensschade zowel geleden verlies als gederfde winst omvat (art. 6:96 lid 1 BW).

Het vorderen van vergoeding voor geleden verlies op grond van artikel 2:9 BW zal vaak voor de hand liggen. Een veelvoorkomende variant van ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur is bijvoorbeeld het doen van privéonttrekkingen door de bestuurder. De hiervóór bedoelde vermogensvergelijking leidt er dan toe dat het saldo van de onttrekkingen door de curator als schade van de rechtspersoon bij de bestuurder kan worden gevorderd.

Een voorbeeld hiervan is de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van de Hoge Raad van 25

juni 2010.[21] De curator vorderde in deze zaak op grond van artikel 2:9 BW en op grond van artikel 6:162 BW terugbetaling van (1) door de bestuurder gedane geldopnamen in privé ten laste van de gefailleerde vennootschap en (2) door de vennootschap aan de bestuurder betaalde facturen voor niet-verrichte werkzaamheden (spookfacturen). Het als gevolg daarvan door de rechtspersoon geleden verlies werd door het hof toegewezen op grond van artikel 2:9 BW.[22]

Naast het vorderen van geleden verlies is het voor de curator interessant om te bezien of ook gederfde winst kan worden gevorderd. In de situatie dat een rechtspersoon is gefailleerd en er naar het oordeel van de curator sprake is van ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur, kan het immers goed zijn dat het onbehoorlijk bestuur het faillissement heeft veroorzaakt en dat daardoor toekomstige winsten zijn gederfd. Dat was bijvoorbeeld het geval in de hiervoor besproken zaak Schreurs q.q./Schoolbestuurder. Als de ontuchtige handelingen niet hadden plaatsgevonden, had de school mogelijk nog tientallen jaren haar activiteiten kunnen voortzetten en daarmee winst kunnen maken.

In hoeverre gederfde winst voor vergoeding in aanmerking komt, zal afhangen van het antwoord op de vraag in hoeverre de gederfde winst als een gevolg van het ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur kan worden toegerekend (art. 6:98 BW). De mate van voorzienbaarheid van de gederfde winst ten tijde van het ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur zal daarbij een rol spelen. Voor zover de omvang van de gederfde winst niet nauwkeurig kan worden vastgesteld – en dat zal vaak het geval zijn –, kan deze worden geschat (art. 6:97 BW). De rechter dient daarbij te motiveren hoe hij de schade heeft geschat,[23] maar aan die motivering worden geen hoge eisen gesteld.[24]

De praktijk zal moeten uitwijzen of rechters in voorkomende gevallen bereid zijn gederfde winst toe te wijzen op grond van artikel 2:9 BW. Wij kunnen ons voorstellen dat rechters daarmee terughoudend zullen zijn. Maar voor curatoren is het in ieder geval interessant om gederfde winst te vorderen. Het is goed denkbaar dat die schade het boedeltekort overstijgt. Het instellen van een dergelijke vordering kan dan voor de curator aanmerkelijke meerwaarde hebben naast de vordering ex artikel 2:248 BW, zowel qua potentiële opbrengst als wat betreft de onderhandelingspositie jegens de bestuurder.

5 De relatie tussen de vordering ex artikel 2:9 en artikel 2:248 BW in de praktijk

Het voorgaande leidt ons tot de conclusie dat curatoren er goed aan doen een vordering ex artikel 2:9 BW zelfstandig te behandelen naast een vordering ex artikel 2:248 BW. Niet alleen verschillen beide grondslagen op wezenlijke punten van elkaar, de vordering ex artikel 2:9 BW kan de vordering ex artikel 2:248 BW ook overstijgen.

Wij zouden zelfs nog een stap verder willen gaan. In feite moet de rechter altijd eerst oordelen over de vordering ex artikel 2:9 BW, voordat hij oordeelt over een vordering ex artikel 2:248 BW. De rechter kan het boedeltekort ex artikel 2:248 BW namelijk pas begroten nadat op de artikel 2:9 BW-vordering is beslist en het resultaat van de incasso daarvan bekend is. Lukt het de curator om met een vordering ex artikel 2:9 BW een bedrag in de boedel te krijgen, dan neemt daarmee het boedeltekort immers af (doordat het actief in de boedel is verhoogd).[25] De vorderingen ex artikel 2:9 BW en ex artikel 2:248 BW zijn dus tot op zekere hoogte communicerende vaten.

Dit laatste betekent overigens dat als de vordering ex artikel 2:9 BW de vordering ex artikel 2:248 BW niet overstijgt en beide voor toewijzing in aanmerking komen, de vordering ex artikel 2:9 BW – los van eventuele verschillen (zie par. 2) – geen meerwaarde heeft voor de curator. Echter, of dit zo is, weet de curator pas achteraf, en niet al op het moment dat de curator de bestuurder(s) aansprakelijk stelt of de dagvaarding uitbrengt. Het mogelijke gebrek aan meerwaarde doet er dus niet aan af dat curatoren er goed aan doen de vordering ex artikel 2:9 BW zelfstandig te behandelen naast de vordering ex artikel 2:248 BW.

Relevant is nog dat wanneer de schade van de rechtspersoon hoger is dan het boedeltekort, en die schade met succes door de curator op grond van artikel 2:9 BW wordt geïncasseerd, er een overschot achterblijft in de boedel. Dat overschot komt dan in beginsel toe aan de aandeelhouders (art. 2:23b lid 1 BW). Voor dat geval hebben Kroeze en Wezeman[26] zich de vraag gesteld of de curator ook de (financiële) belangen van de aandeelhouder(s) moet behartigen door naast de vordering ex artikel 2:248 BW ook de vordering ex artikel 2:9 BW in te stellen.[27] Dit kan de curator immers met weinig extra inspanning bewerkstelligen, aldus Kroeze en Wezeman, terwijl de aandeelhouders zelf voor afgeleide schade geen rechtstreekse vergoeding van de bestuurder(s) kunnen vorderen.[28] Wij denken dat dit vooral een theoretische discussie is, omdat, zoals gezegd, in de praktijk voorafgaand aan een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure niet bekend zal zijn of er daadwerkelijk een overschot in de boedel zal vloeien. Dit hangt van veel factoren af, zoals of de vordering ex artikel 2:9 BW zal worden toegewezen, wat de omvang van de begrote schade is, of de rechter de schadevergoedingsverplichting zal matigen, de mate van verhaal die mogelijk is op de bestuurder(s), of tussentijds een schikking zal worden bereikt, enzovoort. Kortom, de curator zal meestal pas achteraf, nadat de vordering(en) ex artikel 2:9 BW is (zijn) geïncasseerd, weten of er een overschot in de boedel terecht zal komen en of hij mede heeft opgetreden in het belang van de aandeelhouders. Tot die tijd is het in het belang van de schuldeisers om de vordering ex artikel 2:9 BW, net als elk ander boedelactief, te gelde te maken (art. 68 jo. art. 176 Fw).[29]

6 Conclusie

In dit artikel hebben wij uiteengezet dat de vordering ex artikel 2:9 BW een zelfstandig karakter heeft naast artikel 2:248 BW. Curatoren zouden artikel 2:9 BW niet slechts als subsidiaire grondslag naast artikel 2:248 BW in stelling moeten brengen, omdat tussen beide grondslagen aanmerkelijke verschillen bestaan, en met name omdat op beide gronden iets anders wordt gevorderd. Een vordering ex artikel 2:248 BW strekt ertoe de schuldeisers schadeloos te stellen door aanzuivering van het boedeltekort. Een vordering ex artikel 2:9 BW heeft als doel om de rechtspersoon schadeloos te stellen door deze in de vermogenstoestand te brengen die hij zou hebben gehad als het ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur niet zou hebben plaatsgevonden. Bovendien is denkbaar dat op grond van artikel 2:9 BW, met name vanwege gederfde winst, een hoger bedrag kan worden gevorderd dan op grond van artikel 2:248 BW. Ten slotte kan het boedeltekort pas worden vastgesteld nadat het resultaat van de incasso van een toegewezen vordering ex artikel 2:9 BW bekend is.

Er is dus alle reden voor curatoren om de vordering ex artikel 2:9 BW veel meer dan op dit moment gebruikelijk is als een zelfstandige vordering naast artikel 2:248 BW te behandelen. Dat voorkomt de potentiële verwaarlozing van een belangrijk boedelactief.

Noten

[1] De curator zal over de bevindingen uit zijn onderzoek jegens de toezichthoudend rechter-commissaris moeten rapporteren, wat in de praktijk gebeurt in standaard faillissementsverslagen (art. 73a Fw) onder het kopje 'rechtmatigheid', zie bijlage A-2 bij de Recofa-richtlijnen (www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Recofa-richtlijnen-voor-faillissementen-en-surseances-van-betaling.pdf).

[2] Zie HR 18 september 2009, JOR 2010/29 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (Stichting Derdengelden Simon), r.o. 3.4: 'De aansprakelijkheid van bestuurders ingevolge de artt. 2:138 en 2:248 BW is geen aansprakelijkheid jegens de gefailleerde vennootschap maar een aansprakelijkheid jegens de boedel.'

[3] In het navolgende zullen wij voor het gemak de vorderingen ex art. 2:138/248 BW aanduiden als de vordering ex art. 2:248 BW, omdat deze grondslag (voor de BV) in de praktijk het meest wordt gebruikt.

[4] Zie over dat zelfstandige karakter uitgebreid M.J. Kroeze & J.B. Wezeman, De curator en interne aansprakelijkheid, in: De gereedschapskist van de curator (INSOLAD Jaarboek 2015), Deventer: Wolters Kluwer, p. 1-22.

[5] Zie bijv. voor de NV art. 2:129 lid 5 BW, voor de BV art. 2:239 lid 5 BW en voor stichtingen impliciet art. 2:298 BW. Vgl. art. 9 lid 3, tweede volzin, in het wetsvoorstel bestuur en toezicht

rechtspersonen, te raadplegen via:

www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/06/13/wetsvoorstel-bestuur-en-toezicht-rechtspersonen.

[6] HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 (Staleman/Van de Ven).

[7] HR 8 juni 2001, NJ 2001/454 (Panmo).

[8] HR 3 april 2003, JOR 2003/134 m.nt. Borrius (Skipper Club), r.o. 3.5; zie ook par. 7 van de noot.

[9] HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 (Staleman/Van de Ven), r.o. 3.3.1.

[10] Zie hierover Asser 2-I* De rechtspersoon, 2015/208, Toepassing maatstaf ernstig verwijt bij externe aansprakelijkheid: 'De benadering van de Hoge Raad sluit aan bij art. 2:138/2:248 BW, waarin immers sprake is van een externe aansprakelijkheid, maar als maatstaf geldt "kennelijk onbehoorlijk bestuur", een maatstaf die m.i. niet wezenlijk verschilt van de ernstig verwijt maatstaf.' Zie ook recent L. Timmerman, Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid, WPNR 2016/7105, p. 324-330. Vgl. Parl. Gesch. Kamerstukken II 1980/81, 16631, 3, p. 3-4: 'In de voorgestelde artikelen wordt aansluiting gezocht bij artikel 8 Boek 2 BW, waar het grondbeginsel van de bestuurdersaansprakelijkheid is geformuleerd als een gehoudenheid van het bestuur tegenover de rechtspersoon "tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak".'

[11] Parl. Gesch. Kamerstukken I 2010/11, 31763, C, p. 6: 'Voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW is voorts vereist dat het onbehoorlijke bestuur leidt tot schade voor de vennootschap.'

[12] Vgl. T.T. van Zanten & B.F. Assink, Art. 2:9 BW in faillissement: tijd voor herwaardering!, TvI 2008/25.

[13] Parl. Gesch. Kamerstukken II 1980/81, 16631, 3, p. 3-4: '(...) dat de curator een bijna onvervulbare bewijslast heeft. Hij moet aantonen dat "de toestand der vennootschap" te wijten is aan de "grove schuld of grove nalatigheid" van de bestuurder die hij wil aanspreken en hij moet bovendien de omvang aantonen van de schade, die daardoor is veroorzaakt. (...) Om de wettelijke regeling meer effect te doen hebben, is verbetering daarvan noodzakelijk. (...) De curator behoeft voorts alleen [nog] aan te tonen hoe groot het tekort is. Van hem wordt niet – zoals in de huidige artikelen – het vaak niet eenvoudige bewijs van de omvang van de door de tekortkoming ontstane schade verlangd [curs. en toevoeging; FOA & JvB].'

[14] Een voorbeeld van hoe het boedeltekort dient te worden berekend, is te vinden in Rb.

Midden-Nederland 16 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5964, r.o. 4.10 e.v.

[15] HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0539. Zie in het kader van art. 2:9 BW in dezelfde zin Van Zanten en Assink, die hebben bepleit dat bij een art. 2:9 BW-vordering de schadevergoeding dient te leiden tot 'herstel van de balans in de oorspronkelijke toestand' (Van Zanten & Assink 2008).

[16] Waarbij het boedeltekort wordt berekend exclusief eventuele geïnde bedragen op grond van de art. 2:9 BW-vordering.

[17] De rechtbank schrijft 'primair', maar bedoelt 'subsidiar', zie r.o. 2.7.7.6.

[18] Rb. Oost-Brabant (zittingsplaats Den Bosch) 30 maart 2016, JOR 2016/153, r.o. 2.9.

[19] Rb. Oost-Brabant 28 december 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:7243.

[20] Wij laten hier buiten beschouwing of dit handelen in de hoedanigheid van bestuurder betrof.

[21] HR 25 juni 2010, JOR 2010/227 (De Rouw/Dingemans q.q.).

[22] Zie concl. A-G, 2.5 e.v. Het hof wees de vordering ex art. 6:162 BW af, omdat niet was gesteld noch was gebleken dat de schuldeisers van de vennootschap ten gevolge van de onttrekkingen en de spookfacturen waren benadeeld. Geen van de schuldeisers uit de periode dat de verweten gedragingen plaatsvonden, had in het faillissement een vordering ingediend (concl. A-G, 2.1-2.4). Deze zaak laat dus niet alleen zien dat een curator op grond van art. 2:9 BW geleden verlies van de rechtspersoon kan vorderen, maar ook duidelijk het verschil tussen de door de rechtspersoon zelf geleden schade (ex art. 2:9 BW) en de door de schuldeisers geleden schade (in casu op grond van art. 6:162 BW, maar net zo goed ook op grond van art. 2:248 BW).

[23] HR 25 oktober 2002, NJ 2003/171 m.nt. MS (Verhoeven c.s./Lammers c.s. en Gemeente Heeze-Leende/Lammers c.s.).

[24] HR 17 februari 2006, RvdW 2006/205 (Royal & Sun Alliance c.s./Polygram).

[25] Dit geldt ook in het geval de aansprakelijk gestelde bestuurder een tegenvordering (denk aan salaris of managementfee die de bestuurder nog tegoed heeft, of voorgeschoten kosten) met de schuld ex art. 2:9 BW aan de rechtspersoon in verrekening brengt. In dat geval neemt het boedeltekort immers ook af (doordat het passief in de boedel is verlaagd).

[26] Kroeze & Wezeman 2015, p. 1-22.

[27] De Rechtbank Midden-Nederland stelde zelfs de vraag of de curator überhaupt schade kan vorderen die het boedeltekort overstijgt. Zie Rb. Midden-Nederland 29 augustus 2013, JOR 2013/237 (Landis), r.o.12.2: 'De hoogte van de schade die een gevolg is van de schending van artikel 2:9 BW is nog volstrekt onduidelijk. Bovendien zal in de schadestaatprocedure moeten worden beslist *over de vraag of de curatoren in dit geval de schade die uitstijgt boven het tekort kunnen vorderen* [curs. FOA & JvB].' Naar onze mening moet deze vraag zonder meer bevestigend worden beantwoord. Een 2:9-vordering is een actief van de boedel. Er is geen reden waarom de curator dat actief niet ten volle zou kunnen te gelde maken, net als ieder ander actief.

[28] HR 2 december 1994, NJ 1994/288 (Poot/ABP).

[29] Tenzij de curator op de voet van art. 176 lid 2 Fw van de rechter-commissaris toestemming verkrijgt om een bepaald boedelactief niet te (hoeven) vereffenen.

RECHTSPRAAK

Elliot c.s. / AkzoNobel

AkzoNobel. Twee aandeelhouders verzoeken in kort geding een machtiging tot de bijeenroeping van een bava over het ontslag van de voorzitter van de RvC. De voorzieningenrechter acht het verzoek te voorbarig, aangezien het vooruitloopt op een reeds uitgeschreven bava waarin de toelichting op het door de RvC gehouden toezicht en het beleid van het bestuur aan de orde zullen komen, en wijst het verzoek om die reden af.

Een branchegenoot van Akzo Nobel N.V. ('AkzoNobel'), PPG Industries Inc. ('PPG') heeft tweemaal een voorstel gedaan om alle aandelen in AkzoNobel over te nemen. Beide voorstellen zijn door AkzoNobel afgewezen. Enkele aandeelhouders van Akzonobel, waaronder Elliot International L.P. ('Elliot'), hebben bij brief ('shareholders request') aan het bestuur en raad van commissarissen ('RvC') van AkzoNobel verzocht een buitengewone aandeelhoudersvergadering ('bava') bijeen te roepen. Deze groep aandeelhouders vertegenwoordigden op dat moment 10% van het geplaatste kapitaal en verzochten het ontslag van de voorzitter van de RvC te agenderen. AkzoNobel heeft beide verzoeken afgewezen. In dit kort geding verzoeken Elliot en verschillende vennootschappen naar buitenlands recht behorende bij de York Capital Group ('York') een machtiging tot de bijeenroeping van een bava, met als agendapunt het ontslag van de voorzitter van de RvC. Elliot en York stellen dat zij daartoe bevoegd zijn op grond van artikel 2:110 BW en 2:111 BW omdat zij 10% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen en omdat zij een redelijk belang hebben.

De voorzieningenrechter merkt op dat enkele dagen voor de behandeling, AkzoNobel gedeeltelijk aan de wens van Elliot en York heeft voldaan door een bava uit te schrijven zonder het gevraagde agendapunt. Het verzoek zal daarom behandeld worden als een verzoek ná deze aangezegde bava. De voorzieningenrechter stelt voorop dat Elliot en York ontvankelijk zijn omdat zij aan de 10%-grens voldoen. Dat dit ten tijde van het shareholders request niet zo was maakt dit niet anders, de wet stelt geen eisen aan de samenstelling van de groep aandeelhouders die een machtiging verzoekt. Ook de stelling van AkzoNobel dat de

motivering van het shareholders request anders was dan de motivering van het machtigingsverzoek en dat daarom eerst een nieuw shareholders request moet plaatsvinden gaat niet op. Het vereiste dat het verzoek eerst aan het bestuur en de RvC moet worden voorgelegd is enkel om de vennootschap zelf in de gelegenheid te stellen zonder rechterlijke tussenkomst aan het verzoek te voldoen.

De voorzieningenrechter oordeelt dat voor de beoordeling of een redelijk belang bij de verzochte machtiging bestaat, de belangen van de verzoekers enerzijds en die van de vennootschap anderzijds tegen elkaar worden afgewogen, en dat dit geen summiere toetsing is. De voorzieningenrechter gaat niet mee in het standpunt van Elliot en York dat het afleggen van verantwoording door bestuurders en commissarissen enkel op een zinvolle wijze kan worden afgedwongen als ook het ontslag van de bestuurder of commissaris is geagendeerd. Elliot heeft gesteld dat het afleggen van verantwoording en het ontslagbesluit niet uit elkaar kunnen worden getrokken en dat zij geen vertrouwen heeft in de afloop van de bava, zodat een nieuwe vergadering moet worden gepland. AkzoNobel heeft aangevoerd dat eerst verantwoording moet worden afgelegd en pas daarna kan worden gezien of ontslag aan de orde is, waarbij aandeelhouders voorafgaand aan de vergadering al stemmen. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat een besluit over een sanctie als ontslag in stemming wordt gebracht nadat verantwoording is afgelegd en discussie daarover heeft plaatsgevonden. Deze discussie zal op de eerste volgende bava plaatsvinden, het verzoek van Elliot en York is dan ook te voorbarig. AkzoNobel en haar stakeholders hebben groot belang bij een zorgvuldig en doordacht besluitvormingsproces. Er is niet voldoende concreet gemaakt welk relevant belang Elliot en York hebben om nu al een nieuwe bava vast te leggen.

De voorzieningenrechter wijst het verzoek af.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 10-08-2017

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:5845

Zaaknummer: C/13/632043 / KG RK 17-1284 MV/MV

Rechters: M.W. van der Veen

Advocaten: J.W. de Groot en M.H.C. Sinninghe Damsté

Wetsartikelen: 2:110 BW en 2:111 BW

RECHTSPRAAK

mr. Saes q.q./gedaagden

Vordering van eiser, de curator, tegen gedaagden, de gewezen bestuurders van een gefailleerde holdingvennootschap, tot betaling van het bedoeltekort wegens schending van de boekhoudplicht en het niet tijdig openbaar maken van de jaarrekening. Toewijzing; privébetalingen van zakelijke rekening en zakelijke betalingen van privérekening.

Gedaagde sub 1 en zijn echtgenote gedaagde sub 2 (de 'Bestuurders') waren bestuurders van Holding B.V., een vennootschap die zich het verzorgen van begrafenissen en crematies tot doel stelt en zich volgens haar doelomschrijving tevens manifesteert als financiële holding en beheermaatschappij. In 2012 is het door de vennootschap gehuurde pand en het aldaar opgeslagen inventaris afgebrand en is gedaagde sub 1 ziek geworden. Bij vonnis van 19 juli 2016 is de Holding in staat van faillissement verklaard. De curator heeft geconstateerd dat de Bestuurders zakelijke en privé geldstromen niet gescheiden hebben gehouden en dat de Bestuurders zich schuldig hebben gemaakt aan het verrichten van selectieve betalingen.

In de onderhavige procedure vordert de curator onder meer een verklaring voor recht dat de Bestuurders hun taak onbehoorlijk hebben vervuld en dat zij aansprakelijk zijn voor het boedeltekort, alsmede veroordeling van de Bestuurders tot betaling van het boedeltekort, op te maken bij staat. De curator heeft daartoe gesteld dat het bestuur niet aan de boekhoudplicht (art. 2:10 BW) heeft voldaan en vanaf 2010 diverse jaarrekeningen niet openbaar heeft gemaakt (art. 2:394 BW). De Bestuurders hebben hun taak daardoor onbehoorlijk vervuld en deze onbehoorlijke taakvervulling wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Ook jegens de Holding zouden de Bestuurders hun taak onbehoorlijk hebben vervuld. De Bestuurders hebben verweer gevoerd en gesteld dat een rechtspersoon in beginsel zelf aansprakelijk is voor haar schulden (art. 2:5 BW) en de boekhoud- en openbaarmakingsplicht niet zijn geschonden, althans dat de daaruit voortvloeiende onbehoorlijke taakvervulling geen belangrijke oorzaak van het faillissement oplevert.

De rechtbank overweegt ten eerste dat artikel 2:5 BW voor de onderhavige procedure niet

relevant is, nu in deze bepaling enkel is bepaald dat een rechtspersoon vermogensrechtelijk gelijkgesteld wordt aan een natuurlijk persoon. Vervolgens overweegt de rechtbank dat in ieder geval de jaarrekeningen vanaf 2010 niet tijdig openbaar gemaakt en de verplichtingen van de Holding niet enkel uit de boekhouding van de Holding en zonder kennis van de boekhouding van de bestuurders kunnen worden gekend, nu de bestuurders privébetalingen van de zakelijke rekening en zakelijke betalingen van de privérekening hebben gedaan. Daarmee staat volgens de rechtbank vast dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling en vermoed wordt dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Van een gering verzuim in de zin van lid 2 is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake. De stellingen van de Bestuurders dat andere feiten of omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling belangrijke oorzaken van het faillissement zijn geweest, acht de rechtbank onvoldoende (met stukken) geadstrueerd. De gestelde brandschade, de verslechterde gezondheid van een van de bestuurders en het vestigen van een concurrent in de omgeving, waardoor de omzet is teruggelopen volgt de rechtbank dan ook niet. De rechtbank komt tot de slotsom dat de bestuurders hun taak onbehoorlijk hebben vervuld, hetgeen een belangrijke oorzaak van het faillissement oplevert. Het bestuur is daarom aansprakelijk voor het boedeltekort, waarvan de hoogte in de schadestaatprocedure zal worden vastgesteld.

De rechtbank wijst de vorderingen toe.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 09-08-2017

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2017:7803

Zaaknummer: C/03/225838 / HA ZA 16-549

Rechters: R. Kluin

Advocaten: E.P.B. Moors en H.G.M. Hilken

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

RECHTSPRAAK

Appellant/mr. Luchtman q.q. en mr. Louwerier q.q. (2)

Vordering van de curatoren van een gefailleerde beleggingsmaatschappij tegen haar voormalige bestuurders tot betaling van het gehele boedeltekort, onder meer wegens onrechtmatig 'piramideren'. Het hof bekrachtigt de veroordeling in eerste aanleg op grond van een schending van de publicatieplicht en wijst een beroep op matiging af. Samenhang met ECLI:NL:GHSHE:2017:3521 (OR 2017-0225).

Appellant ('A') en Bestuurder¹ ('B') vormden het bestuur van X Beheer B.V. ('X'). De AFM heeft in een door haar uitgebracht rapport bekend gemaakt dat het vermoeden bestaat dat X onrechtmatig tegenover haar obligatiehouders handelt door een oneerlijke handelspraktijk te verrichten, en door de FIOD-ECD is een strafrechtelijk onderzoek uitgevoerd tegen A en B. Begin april 2009 wordt de jaarrekening van X over boekjaar 2007 gepubliceerd en een maand later wordt het faillissement van X uitgesproken. In een later stadium heeft een verificatievergadering plaatsgevonden en in dat kader zijn een groot aantal crediteuren geverifieerd tot een totaalbedrag van € 33 mio.

In eerste aanleg hebben de curatoren A en B in rechte betrokken en onder meer gevorderd A en B te veroordelen tot betaling van het bedoeltekort en van een voorschot van € 3 mio. De rechtbank heeft geoordeeld dat A en B jegens de boedel van X hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:248 BW voor het gehele boedeltekort, omdat de termijnoverschrijding met betrekking tot de publicatie van de jaarrekening 2007 niet aangemerkt kon worden als een onbelangrijk verzuim in de bestuurlijke taakvervulling, maar het gevorderde voorschot afgewezen. A is tegen het vonnis van de rechtbank in hoger beroep gekomen.

Het hof stelt vast dat de termijn voor de openbaarmaking van de jaarrekening 2007 met 2 maanden en 3 dagen is overschreden en stelt de vraag aan de orde of deze termijnoverschrijding een onbelangrijk verzuim oplevert. A voert onder meer aan dat de Belastingdienst een onderzoek had ingesteld en dat er met de AFM een discussie liep waardoor de jaarrekening niet tijdig was gepubliceerd. Het hof komt tot de conclusie dat in de

omstandigheden van dit geval door A geen aanvaardbare verklaring is gegeven voor de termijnoverschrijding. Dit betekent, aldus het hof, dat vaststaat dat A zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

A doet voorts een beroep op matiging en voert daartoe aan dat hij onvoldoende inkomen en vermogen heeft om aan een veroordeling ten gunste van de boedel te voldoen. Het hof wijst dit af, omdat zich geen in artikel 2:248 lid 4 BW genoemde grond voordoet. Nu matiging ook ambtshalve kan geschieden, geeft het hof als zijn oordeel dat hij in de feiten en omstandigheden van dit geval daarvoor geen aanleiding ziet.

Het hof veroordeelt A en B hoofdelijk tot betaling aan de boedel van X van een bedrag van € 3 mio bij wijze van voorschot op het boedeltekort en bekrachtigt het bestreden vonnis voor het overige.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 08-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:3508

Zaaknummer: 200.179.483_01

Rechters: J.A.M. van Schaik-Veltman, H.A.G. Fikkers en D.A.E.M. Hulskes

Advocaten: M.A.J. Kemps en B.J.M.P. Cremers

Wetsartikelen: 2:248 lid 2 BW en 2:394 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

Appellant/ mr. Luchtman q.q. en mr. Louwerier q.q. (1)

Vordering van de curatoren van een gefailleerde beleggingsmaatschappij tegen een voormalige bestuurder tot betaling van het gehele boedeltekort, onder meer wegens onrechtmatig 'piramideren'. Het hof acht de bestuurder aansprakelijk wegens het hanteren van een onjuist bedrijfsmodel en wijst een beroep op matiging toe gelet op de korte duur van het bestuurderschap. Samenhang met ECLI:NL:GHSHE:2017:3520 (OR 2017-0229) en ECLI:NL:GHSHE:2017:3508 (OR 2017-0230).

Appellant ('A') vormde tot en met oktober 2006 het bestuur van X Beheer B.V. ('X'). De AFM heeft in een door haar uitgebracht rapport bekendgemaakt dat het vermoeden bestaat dat X onrechtmatig tegenover haar obligatiehouders handelt door een oneerlijke handelspraktijk te verrichten, en door de FIOD-ECD is een strafrechtelijk onderzoek uitgevoerd tegen A. Begin april 2009 is de jaarrekening van X over boekjaar 2007 gepubliceerd en een maand later is het faillissement van X uitgesproken. Kort daarna is bij vonnis van januari en april 2010 geoordeeld dat sprake is van overtredingen van de veroordelingen als gevolg waarvan dwangsommen zijn verschuldigd, welke vonnissen bij arrest van mei 2012 zijn bekrachtigd. Daarop hebben de curatoren aan A brieven verzonden die een mededeling bevatten dat curatoren de verjaring van de verbeurde dwangsommen (wederom) stuiten. In een later stadium heeft een verificatievergadering plaatsgevonden en in dat kader zijn een groot aantal crediteuren geverifieerd tot een totaalbedrag van € 33 mio.

In eerste aanleg hebben de curatoren A in rechte betrokken en gevorderd om bij vonnis te verklaren voor recht dat A | als (formeel/feitelijk) bestuurder | jegens de boedel van X hoofdelijk aansprakelijk is op grond van de artikelen 2:248 en/of 6:162 en/of 2:9 BW, alsmede dat hij uit dien hoofde jegens de boedel van X hoofdelijke aansprakelijk is voor het boedeltekort. A heeft in reconventie gevorderd om te verklaren dat de verbeurde dwangsommen zijn verjaard.

De rechtbank heeft in conventie de vorderingen van de curatoren tegen A afgewezen, omdat de rechtbank | gelet op de onderbouwing door curatoren | van uit is gegaan dat A slechts (formeel) bestuurder was tot en met oktober 2006, en dat het te laat publiceren van de jaarrekening niet ziet op de bestuursperiode van A. In reconventie is de vordering van A afgewezen, omdat de opgelegde dwangsommen niet zijn verjaard.

Ten aanzien van de artikel 6:162 BW-vordering oordeelt het hof dat de curatoren gemotiveerd hadden moeten stellen op grond waarvan zij in de gegeven omstandigheden bevoegd zijn tot het instellen van een Peeters/Gatzen-vordering, hetgeen zij hebben nagelaten. De vordering van de curatoren op grond van artikel 2:9 BW wordt eveneens afgewezen, omdat zij niet hebben gesteld waarom X zelf schade heeft geleden als gevolg van het handelen van A, en welke schade dat is.

Het hof oordeelt dat aannemelijk is dat het faillissement 2,5 jaar na het einde van het bestuurderschap van A een direct gevolg is van het reeds tijdens (de relevante periode van) het bestuurderschap van A gehanteerde (en daarna voortgezette) onjuiste bedrijfsmodel. Dit moet in 2006 voor A te voorzien zijn geweest, en als bestuurder is A hiervoor aansprakelijk.

Ten aanzien van het matigingsverzoek oordeelt het hof dat A gedurende de relevante periode van 3 jaar voor het faillissement iets meer dan 4 maanden (formeel) bestuurder van X is geweest. Gelet op deze korte periode is het hof van oordeel dat de aansprakelijkheid van A dient te worden bepaald op 10% van het uiteindelijk boedeltekort.

In lijn met eerdere uitspraken tussen partijen, oordeelt het hof dat de dwangsomvorderingen en de gestelde verbeurde dwangsommen als gevolg van de gestelde overtredingen door A van de aan hem opgelegde geboden niet zijn verjaard.

Het hof veroordeelt A tot betaling van 10% van het boedeltekort en van een voorschot van € 300.000.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 08-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:3521

Zaaknummer: 200.182.256_01

Rechters: J.A.M. van Schaik-Veltman, H.A.G. Fikkers en D.A.E.M. Hulskes

Advocaten: J.E.C. Reuser en B.J.M.P. Cremers

Wetsartikelen: 2:248 lid 1 BW, 2:248 lid 4 BW en 2:248 lid 6 BW

RECHTSPRAAK

Appellant/mr. Luchtman q.q. en mr. Louwerier q.q. (2)

Vordering van de curatoren van een gefailleerde beleggingsmaatschappij tegen haar voormalige bestuurders tot betaling van het gehele boedeltekort, onder meer wegens onrechtmatig 'piramideren'. Het hof bekrachtigt de veroordeling in eerste aanleg op grond van een schending van de publicatieplicht en wijst een beroep op matiging af. Samenhang met ECLI:NL:GHSHE:2017:3521 (OR 2017-0225).

Appellant ('A') en Bestuurder¹ ('B') vormden het bestuur van X Beheer B.V. ('X'). De AFM heeft in een door haar uitgebracht rapport bekend gemaakt dat het vermoeden bestaat dat X onrechtmatig tegenover haar obligatiehouders handelt door een oneerlijke handelspraktijk te verrichten, en door de FIOD-ECD is een strafrechtelijk onderzoek uitgevoerd tegen A en B. Begin april 2009 wordt de jaarrekening van X over boekjaar 2007 gepubliceerd en een maand later wordt het faillissement van X uitgesproken. In een later stadium heeft een verificatievergadering plaatsgevonden en in dat kader zijn een groot aantal crediteuren geverifieerd tot een totaalbedrag van € 33 mio.

In eerste aanleg hebben de curatoren A en B in rechte betrokken en onder meer gevorderd A en B te veroordelen tot betaling van het bedoeltekort en van een voorschot van € 3 mio. De rechtbank heeft geoordeeld dat A en B jegens de boedel van X hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:248 BW voor het gehele boedeltekort, omdat de termijnoverschrijding met betrekking tot de publicatie van de jaarrekening 2007 niet aangemerkt kon worden als een onbelangrijk verzuim in de bestuurlijke taakvervulling, maar het gevorderde voorschot afgewezen. A is tegen het vonnis van de rechtbank in hoger beroep gekomen.

Het hof stelt vast dat de termijn voor de openbaarmaking van de jaarrekening 2007 met 2 maanden en 3 dagen is overschreden en stelt de vraag aan de orde of deze termijnoverschrijding een onbelangrijk verzuim oplevert. A voert onder meer aan dat de Belastingdienst een onderzoek had ingesteld en dat er met de AFM een discussie liep waardoor de jaarrekening niet tijdig was gepubliceerd. Het hof komt tot de conclusie dat in de

omstandigheden van dit geval door A geen aanvaardbare verklaring is gegeven voor de termijnoverschrijding. Dit betekent, aldus het hof, dat vaststaat dat A zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

A doet voorts een beroep op matiging en voert daartoe aan dat hij onvoldoende inkomen en vermogen heeft om aan een veroordeling ten gunste van de boedel te voldoen. Het hof wijst dit af, omdat zich geen in artikel 2:248 lid 4 BW genoemde grond voordoet. Nu matiging ook ambtshalve kan geschieden, geeft het hof als zijn oordeel dat hij in de feiten en omstandigheden van dit geval daarvoor geen aanleiding ziet.

Het hof veroordeelt A en B hoofdelijk tot betaling aan de boedel van X van een bedrag van € 3 mio bij wijze van voorschot op het boedeltekort en bekrachtigt het bestreden vonnis voor het overige.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 08-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:3520

Zaaknummer: 200.178.281_01

Rechters: J.A.M. van Schaik-Veltman, H.A.G. Fikkers en D.A.E.M. Hulskes

Advocaten: B.G. Arends en B.J.M.P. Cremers

Wetsartikelen: 2:248 lid 2 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Noordzee Expedities

Dit geschil ziet op de datum van ontbinding van de VOF en de wijze van vereffening van het vennootschapsvermogen. Het hof heeft de in een door partijen gesloten vaststellingsovereenkomst opgenomen datum gevolgd en de tegen de wijze van vereffening aangevoerde bezwaren afgewezen.

Partijen hebben op 5 december 2008 Noordzee Expedities VOF opgericht. De VOF was eigenaar van één schip. Kort na de oprichting is onenigheid ontstaan tussen partijen. Appellant was gehouden arbeid, kennis en vlijt in te brengen, maar heeft na mei 2009 geen werkzaamheden verricht. Op dat moment was de samenwerking de facto beëindigd. Partijen hebben vervolgens een bespreking gehad met de boekhouder van de VOF en een fiscalist, waarna een vaststellingsovereenkomst is opgesteld ten aanzien van de beëindiging van de VOF. Appellant heeft daarna geïntimeerde een factuur gestuurd voor door hem verrichte werkzaamheden. Het schip is tot slot met instemming van partijen verkocht in 2013. In eerste aanleg vorderde geïntimeerde kort gezegd betaling ten aanzien van het negatieve kapitaal in de vennootschap. De rechtbank heeft de vordering toegewezen en de vorderingen in reconventie van appellant afgewezen. Het geschil in hoger beroep ziet op de datum van ontbinding en de wijze van vereffening van het vennootschapsvermogen.

Ten aanzien van de datum van ontbinding oordeelt het hof dat voldoende is komen vast te staan dat partijen zijn overeengekomen de VOF per 1 april 2009 te ontbinden. Dit blijkt uit de vaststellingsovereenkomst. Appellant heeft daartegen nooit bezwaar gemaakt, pas in eerste aanleg. Daarnaast verwijst appellant naar een andere datum, maar dat gesprek vond plaats vóór de bespreking met de boekhouder. Tevens heeft appellant zelf een factuur gestuurd voor de periode van april 2009.

Ten aanzien van de vereffening van het vennootschapsvermogen oordeelt het hof als volgt. De grief die zich richt op de overweging van de rechtbank dat bij het vaststellen van de uittredesom geen rekening gehouden zal worden met een vergoeding voor arbeidsuren, faalt. Appellant voerde aan dat op grond van de vennootschapsakte eerst een arbeidsbeloning op

basis van gewerkte uren aan de vennoten wordt toegekend en daarna de overwinst bij helfte wordt verdeeld. Het hof oordeelt echter dat appellant onvoldoende heeft onderbouwd dat de inbreng van arbeid door beide vennoten aanleiding geeft tot een andere verdeling van het vennootschapsvermogen dan 50/50.

Appellant heeft verder aangevoerd dat geïntimeerde gehouden is de factuur voor door appellant verrichte werkzaamheden moet betalen. Nu echter de vordering verjaard is, en niet concreet is gesteld dat appellant de verjaring heeft gestuit, faalt ook deze grief.

Voorts voert appellant aan dat de rechtbank bij de berekening van de uittredesom is uitgegaan van een verkeerd bedrag aan goodwill en een te lage waarde van het schip. De grief faalt omdat appellant zijn stelling van de waarde van goodwill niet deugdelijk heeft onderbouwd en ten tijde van de verkoop van het schip partijen een zo hoog mogelijk opbrengst wilden en op dat moment geen hogere prijs gerealiseerd kon worden.

Het hof wijst de vorderingen van appellant af en bekrachtigt de vonnissen van de rechtbank (met een kleine wijziging van de hoogte van de te betalen som door appellant).

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 08-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:6886

Zaaknummer: 200.159.198/01

Rechters: M.M.A. Wind, I.F. Clement en A. van Hees

Advocaten: J. Faas en T.E. Heslinga

Wetsartikelen: 3:316 BW

RECHTSPRAAK

Inbreng bouwproject in vennootschap (2)

Vervolg op OR Updates 2016-0275. In dit eindarrest acht het hof appellanten niet geslaagd in het tegenbewijs tegen het vermoeden dat alle risico's verbonden aan een gezamenlijk bouwproject dat in een afzonderlijke vennootschap is ingebracht, uitsluitend bij diezelfde vennootschap zijn ondergebracht.

Appellante sub 1 ('A') en geïntimeerde ('B') hebben besloten om voor gezamenlijke rekening een bouwproject te ontwikkelen en uit te voeren. De werkzaamheden zouden voornamelijk worden verricht door appellante sub 2 (dochtervennootschap van A). A en B hebben op enig moment hun bouwproject ingebracht in de vennootschap X. Beide oprichters werden statutair bestuurder en namen elk vijftig procent van de aandelen. Omdat X in de beginfase nog geen inkomsten had, hebben A en B aan X kort na haar oprichting voor de aanloopkosten elk een of meer gelijke geldleningen verstrekt, welke leningen X kort erna heeft terugbetaald. Op het bouwproject is uiteindelijk een verlies van ten minste € 216.864 geleden. B heeft haar vijftig procent aandelen in X aan een derde verkocht en is afgetreden als bestuurder. X is in wezen insolvent en heeft geen nieuwe of andere activiteiten ontwikkeld.

In de onderhavige procedure vorderen appellanten dat B wordt veroordeeld tot betaling van de helft van het verlies. Daaraan leggen zij ten grondslag dat het uitgangspunt van de tussen partijen gemaakte afspraken – een samenwerkingsovereenkomst of een afspraak om het bouwproject voor gezamenlijke rekening uit te voeren en bij te storten – was dat de aandeelhouders jegens elkaar (op grond van de goede trouw) verschuldigd waren om bij te dragen in het verlies. De rechtbank heeft de vordering afgewezen.

Bij tussenarrest van 25 oktober 2016 (ECLI:NL:GHARL:2016:8589; OR 2016-0275) heeft het hof overwogen dat het uitgangspunt is dat de oprichters/aandeelhouders er in beginsel van uit zullen gaan en er op mogen vertrouwen dat met het inbrengen van het bouwproject in een vennootschap ook alle risico's exclusief hierin zijn ondergebracht, zoals B bij wege van bevrijdend verweer heeft aangevoerd, tenzij partijen uitdrukkelijk anders zijn overeengekomen, zoals appellanten aanvoeren. Het hof heeft appellanten toegelaten tot het

tegenbewijs tegen het vermoeden dat B er bij de oprichting van X van is uitgegaan en er op mocht vertrouwen dat daarmee ook alle risico's van het gezamenlijke bouwproject exclusief werden ondergebracht in X. Wat betreft de tegenbewijsopdracht aan appellanten is van belang dat bestuurder van B, als directeur enig aandeelhouder van B, op wie de bewijslast rust, partijgetuige is, zodat zijn getuigenverklaring onderworpen is aan de beperkingen van artikel 164 lid 2 Rv.

In het onderhavige eindarrest overweegt het hof dat bij de bewijsopdracht is gebleken dat men is uitgegaan van winst en niet van verlies. Daarnaast worden als redenen voor het oprichten van X genoemd risicoafschrijving alsmede het fiscaal gunstige vennootschapstarief van 20% in plaats van 50%. De oprichting van X is vrij snel en terloops gegaan en de achtergrond daarvan hebben partijen niet echt besproken. Het hof oordeelt derhalve dat appellanten er niet in zijn geslaagd om de gestelde afwijkende afspraak te bewijzen en daarmee het vermoeden te ontzenuwen.

Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-07-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:6372

Zaaknummer: 200.167.499

Rechters: A.W. Steeg, S.M. Evers en D. Stoutjesdijk

Advocaten: J.J. Degenaar en M.R. Vossen

Wetsartikelen: 150 Rv, 151 Rv, 164 lid 2 Rv en 6:162 BW