

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 17, 2023

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2023:971](#) 23-06-2023

Sibema c.s./Oud-bestuurder Eurocommerce Recreatie B.V.

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:1645](#) 11-07-2023

Bestuurdersaansprakelijkheid; geen ernstig verwijt van bestuurders vanwege de samenwerking tussen (de aandeelhouder van) eisers en gedaagden

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:2520](#) 21-03-2023

Black Forest Invest B.V. c.s./Gooisch Invest B.V. c.s. en MID Healthcare B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2023:4681](#) 26-07-2023

Gorissen q.q./Bestuurders van Coöperatie Kunstcollectief Heerlen U.A.

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2023:4202](#) 05-07-2023

Rompelberg q.q./Bestuurders kraamzorgorganisatie

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:3268](#) 21-06-2023

Curator/Bestuurders failliete zorgonderneming

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:2417](#) 07-06-2023

Samsen q.q./((Middelrijk) bestuurders ClickConcepts B.V. (in faillissement)

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:1523](#) 03-05-2023

Ortiz Aldana q.q./Bestuurder en zijn opvolger van een failliete vennootschap

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2022:8628](#) 23-12-2022

Rechtbank beperkt in een WHOA-traject de rechten van aandeelhouders tot schorsing en ontslag van de RvC en het bestuur

RECHTSPRAAK

Sibema c.s./Oud-bestuurder Eurocommerce Recreatie B.V.

De kopers van aandelen in een vennootschap stellen de oud-bestuurder van de verkoper persoonlijk aansprakelijk voor de schade die zij hebben geleden als gevolg van de schending van enkele garantie- en vrijwaringsbedingen in de koopovereenkomst. De rechtbank en het hof oordelen dat de vordering is verjaard op grond van de korte verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW. In cassatie klagen de kopers over het oordeel van het hof over het moment waarop zij bekend raakten met hun schade en de daarvoor aansprakelijke persoon, de verwerping door het hof van hun beroep op de langere verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 4 BW en het onbesproken laten door het hof van hun beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. A-G Lindenberg concludeert dat de vordering inderdaad al is verjaard en dat een beroep op artikel 3:310 lid 4 BW – op grond van het overgangsrecht dat gold bij inwerkingtreding van dat artikel – aan de kopers niet toekomt, omdat de vordering al was verjaard op grond van het toen geldende verjaringsregime, toen artikel 3:310 lid 4 BW in werking trad. De Hoge Raad wijst, in lijn met de conclusie van de A-G, alle cassatiemiddelen af, verwerpt het cassatieberoep en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 RO.

Feiten

Nadat Blaimont B.V. ('Blaimont') en Eurocommerce Robex Groep B.V. ('EC Robex') in december 2000 vastgoed verkopen aan F.N.I. Holding B.V. ('FNI'), ontstaat een conflict. FNI stelt EC Robex in juli 2004 aansprakelijk, welke aansprakelijkheid door de Eurocommerce Groep ('EC Groep') in oktober 2004 van de hand wordt gewezen.

In maart 2006 koopt Sibema Limburg B.V. ('Sibema') samen met een andere vennootschap ('A') (tezamen: 'Sibema c.s.') alle aandelen in Blaimont van Eurocommerce Recreatie B.V. ('EC Recreatie'), behorend tot de EC Groep. In de koopovereenkomst is onder meer opgenomen (i) een vrijwaring van de kopers voor schulden die voortvloeien uit handelingen die Blaimont tot het moment van de aandelenoverdracht heeft verricht, (ii) een garantie dat de verkoper aan zijn informatieplicht heeft voldaan en (iii) een garantie dat door of tegen Blaimont geen gerechtelijke of arbitrale procedure aanhangig is gemaakt en daarvan geen aankondiging is gedaan. De aandelen in Blaimont worden op 20 juli 2006 aan Sibema c.s. geleverd.

Op 12 juli 2006 schrijft FNI opnieuw enkele vennootschappen van de EC Groep aan, waaronder Blaimont. Vervolgens start FNI in januari 2007 een procedure tegen Blaimont. Blaimont wordt in juli 2012 veroordeeld tot betaling van schadevergoeding, op te maken bij staat. De verschillende vennootschappen van de EC Groep zijn op dat moment inmiddels gefailleerd. In februari 2018 wordt uitspraak gedaan in de schadestaatprocedure. Daarna wordt ook Blaimont, op eigen verzoek, failliet verklaard.

In mei 2018 stellen Sibema c.s. de (indirect) bestuurder van EC Recreatie ten tijde van de koopovereenkomst ('Oud-bestuurder') persoonlijk aansprakelijk voor de schade die zij hebben geleden vanwege de schending van de garantiebepalingen in de koopovereenkomst. Het meest verstrekkende verweer van de Oud-bestuurder is dat de vorderingen van Sibema c.s. zijn verjaard. Zowel de rechtbank als het hof (zie OR 2021-0390) oordelen dat de vorderingen intussen zijn verjaard en wijzen de vorderingen af. Sibema c.s. gaan in cassatie.

Cassatieklachten

Het cassatiemiddel omvat zeven onderdelen. Onderdeel 1 is gericht tegen het oordeel van het hof dat Sibema c.s. al vanaf de ontvangst van de dagvaarding in januari 2007 bekend zijn geraakt met hun schade veroorzaakt door de gestelde schending van de mededelingsplicht door EC Recreatie. Onderdeel 2 is gericht tegen het oordeel dat Sibema c.s. uiterlijk op 17 juli 2012 bekend raakten met de 'door hen overigens aan hun vordering ten grondslag gelegde schade'. Onderdeel 3 bestrijdt het oordeel dat de aansprakelijkheid van de Oud-bestuurder niet kan worden gegrond op het tekortschieten van de Eurocommerce vennootschappen in de nakoming van het vrijwaringsbeding in 2012. Onderdeel 4 is gericht tegen het oordeel dat Sibema c.s. er terecht op wijzen dat zij ten minste ermee bekend raakten dat A als aansprakelijke persoon kon worden aangemerkt op het moment dat zij bekend raakten met de brief van 13 juli 2004. Met onderdeel 5 bestrijden Sibema c.s. het oordeel dat Sibema c.s. een nader onderzoek hadden moeten instellen naar mogelijke aansprakelijkheid van de bestuurder(s) van EC Recreatie toen zij kennis kregen van de tegen Blaimont begonnen procedure. Onderdeel 6 is gericht tegen de verwerping door het hof van het beroep

van Sibema c.s. op artikel 3:310 lid 4 BW en onderdeel 7 klaagt dat het hof het beroep van Sibema c.s. op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid onbesproken heeft gelaten.

Conclusie A-G Lindenberg

Ten aanzien van de eerste vijf onderdelen concludeert A-G Lindenberg samengevat dat het hof terecht geoordeeld heeft dat de verjaring begin 2007 is aangevangen, omdat (i) Sibema c.s. door de dagvaarding van Blaimont door FNI bekend raakten met de schade en de schending van de mededelingsplicht door EC Recreatie, (ii) de informatie over de Oud-bestuurder als voor die schade aansprakelijk te stellen persoon zich in 2007 reeds in het domein van Sibema c.s. bevond en (iii) van hen enig onderzoek kon worden gevergd naar de gedragingen van de handelende bestuurder. Voorts concludeert de A-G dat Sibema c.s. geen belang hebben bij behandeling van het zesde onderdeel, nu de vordering reeds was verjaard op het moment van inwerkingtreding van artikel 3:310 lid 4 BW en dit artikel derhalve toepassing mist. Ten aanzien van het zevende onderdeel concludeert de A-G dat het niet onbegrijpelijk is dat het hof in de stellingen van Sibema c.s. kennelijk geen beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid heeft gelezen en dat het arrest van het hof op dit punt dan ook niet onvoldoende gemotiveerd is. De A-G concludeert tot afwijzing van het cassatieberoep.

Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad komt tot het oordeel dat de cassatieklachten niet kunnen leiden tot vernietiging van het arrest van het hof en verwerpt het cassatieberoep onder verwijzing naar artikel 81 RO.

L.L. Bakker, augustus 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 23-06-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:971

Zaaknummer: 22/00546

Rechters: C.E. Du Perron, H.M. Wattendorff en G.C. Makkink

Advocaten: B.M.H. Fleuren en F.J. Fernhout

Wetsartikelen: 6:162 BW, 3:310 lid 1 BW en 3:310 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Black Forest Invest B.V. c.s./Gooisch Invest B.V. c.s. en MID Healthcare B.V.

Een vennootschap heeft drie aandeelhouders. Als een van die aandeelhouders wordt veroordeeld tot betaling van een groot bedrag aan een derde, draagt hij zijn aandelen over aan een stichting waarvan een medeaandeelhouder bestuurder wordt. Het doel is om te voorkomen dat die derde verhaal kan nemen op de door de veroordeelde aandeelhouder gehouden aandelen in het kapitaal van de vennootschap. Vervolgens zetten de twee medeaandeelhouders, waaronder de bestuurder van de stichting, door hen verstrekte leningen aan de vennootschap om in aandelenkapitaal, waarbij het bedrag van de nominale waarde van de aandelen aanmerkelijk wordt verlaagd. Het belang van de aandeelhouder (thans gehouden door de stichting) verwatert daardoor aanzienlijk, zonder dat daarvoor een objectieve noodzaak bestaat. De stichting wordt vervolgens op eigen aangifte failliet verklaard. De aandeelhouder stelt de bestuurder van de stichting aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad. De rechtbank wijst de vordering af vanwege onvoldoende motivering, maar het hof wijst de vordering toe. Het hof stelt vast dat er ten tijde van de omzetting van de leningen en de kapitaalvermindering geen nieuw geld beschikbaar kwam voor de vennootschap. Zonder andere redenen bestond hierdoor volgens het hof geen objectieve noodzaak voor de omzetting van de leningen in aandelenkapitaal en de daaropvolgende kapitaalvermindering, terwijl het belang van de stichting daardoor zou verwateren, hetgeen weerslag zou hebben op de positie van de aandeelhouder voor wie de aandelen door de stichting werden gehouden. Ook voor de eigen aangifte tot faillissement van de

stichting bestond volgens het hof geen objectieve rechtvaardiging. Het hof komt tot de conclusie dat de bestuurder van de stichting onrechtmatig jegens de aandeelhouder heeft gehandeld, maar de aandeelhouder heeft nog niet aannemelijk gemaakt dat hij daardoor schade heeft geleden. De aandeelhouder wordt daarom door het hof in de gelegenheid gesteld om de hoogte van de door hem geleden schade bij akte te onderbouwen.

Appellant sub 1 ('Bestuurder BFI') is bestuurder van appellant sub 2, Black Forest Invest B.V. ('BFI'). Geïntimeerde sub 1 ('Bestuurder Gooisch Invest') is bestuurder van geïntimeerde sub 2, Gooisch Invest B.V. ('Gooisch Invest'). BFI en Gooisch Invest zijn samen met Nijlandia Holding N.V. ('Medeaandeelhouder') een samenwerking aangegaan in verband met het oprichten en exploiteren van meerdere tandartspraktijken. Partijen hebben daartoe geïntimeerde sub 3, MID Healthcare B.V. ('MID') opgericht. BFI en Gooisch Invest bezitten ieder 33,3% van de aandelen in MID.

Bestuurder BFI en BFI ('BFI c.s.') worden jegens een derde crediteur in rechte veroordeeld tot betaling van een fors bedrag. Op basis van extern advies wordt de Stichting Continuïteit MID Healthcare ('de Stichting') opgericht. De aandelen van BFI in het geplaatste kapitaal van MID worden aan de Stichting overgedragen, zodat daarop geen verhaal mogelijk is door de crediteur van BFI. Gooisch Invest wordt bestuurder van de Stichting. De Stichting blijft de koopprijs voor de aandelen van BFI in het kapitaal van MID schuldig in de vorm van een lening. BFI krijgt als zekerheid voor de terugbetaling van deze lening een pandrecht op de aandelen in MID.

Gooisch Invest en de Medeaandeelhouder hebben beiden geld aan MID geleend. Deze leningen worden later omgezet in aandelenkapitaal, waarbij de nominale waarde van de aandelen bij akte van statutenwijziging wordt afgewaardeerd van € 1 naar € 0,05 ('de Herstructurering'). Het aandelenbelang van de Stichting in MID is hierdoor verwaterd. De Stichting wordt vervolgens op eigen aangifte failliet verklaard.

BFI c.s. stellen de Bestuurder Gooisch Invest en Gooisch Invest ('Gooisch Invest c.s.') aansprakelijk voor onder meer de door hen geleden schade ten gevolge van de Herstructurering. De rechtbank Midden|Nederland wijst deze vordering af wegens een gebrek aan onderbouwing. BFI c.s. gaan in hoger beroep. Het hof oordeelt anders. Het hof overweegt dat een bestuurder aansprakelijk kan zijn indien de bestuurder heeft bewerkstelligd of

toegelaten dat de rechtspersoon haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt en de bestuurder daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van (in dit geval) de Stichting tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade (*Ontvanger/Roelofsen*).

Het hof stelt vast dat MID ten tijde van de Herstructurering reeds over het geld in verband met de leningen van Gooisch Invest en de Medeaandeelhouder beschikte en er door het omzetten van deze leningen in aandelenkapitaal geen nieuw geld beschikbaar kwam. Zonder andere redenen bestond hierdoor geen objectieve noodzaak voor de Herstructurering, terwijl het belang van de Stichting daardoor zou verwateren (hetgeen weerslag zou hebben op het pandrecht en de positie van BFI). Ook voor de eigen aangifte tot faillissement van de Stichting bestond geen objectieve rechtvaardiging. Door namens de Stichting aan de Herstructurering mee te werken, hebben Gooisch Invest c.s. ernstig verwijtbaar onrechtmatig jegens BFI c.s. gehandeld.

Volgens het hof is de dientengevolge geleden schade niet gelijk aan de prijs waarvoor de aandelen van BFI in het kapitaal van MID zijn overgedragen aan de Stichting. Mede door de verslechterde financiële positie van MID zullen BFI c.s. de geleden schade nader moeten onderbouwen. Het hof stelt hen in de gelegenheid de schade bij akte nader te onderbouwen en verschaft BFI c.s. op verzoek ex artikel 843a Rv inzage in diverse financiële documenten en bescheiden.

B.J. Hermans, augustus 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-03-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:2520

Zaaknummer: 200.304.076/01

Rechters: M.M. Lorient, M.W. Zandbergen en M. Wolters

Advocaten: V.H. Jurgens en B.P. van Overeem

Wetsartikelen: 6:162 BW en 843a Rv

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid; geen ernstig verwijt van bestuurders vanwege de samenwerking tussen (de aandeelhouder van) eisers en gedaagden

Twee personen werken samen in meerdere projecten voor het verkrijgen en exploiteren van hotels. Zij gebruiken daarbij hun eigen vennootschappen voor het bereiken van persoonlijk gewin. Een van hen financiert de projecten en zet op een gegeven moment de financiering stop. Als gevolg daarvan wordt de ander gedwongen financiering te regelen vanuit zijn eigen vennootschappen en kunnen die vennootschappen niet meer aan hun verplichtingen voldoen jegens de vennootschappen van degene die de projecten voorheen financierde. Laatstgenoemde vennootschappen stellen de ander en zijn medebestuurder van zijn vennootschappen hiervoor persoonlijk aansprakelijk. Zowel de rechtbank als het hof wijzen deze vordering af. Het hof baseert dit oordeel op het feit dat beide personen hun vennootschappen puur als instrument hebben gebruikt voor persoonlijk gewin, zonder zich te laten leiden door overwegingen van enig vennootschappelijk belang. Binnen de samenwerking heeft de ene partner een machtspositie als gevolg van de door hem geregelde financiering. Volgens het hof was voor hem voorzienbaar dat het stopzetten van de financiering de ander in een riskante positie zou brengen en was het dus kennelijk een bewuste keuze geweest om de ander in die riskante positie te brengen. Het was voor de financierende partner te voorzien dat de ander financiering nodig zou hebben. Aan die ander valt dan ook naar het oordeel van het hof geen persoonlijk ernstig verwijt te maken. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Twee personen, [naam 1] ('de Financier') en [geïntimeerde 1] ('de Partner') werken middels hun respectievelijke vennootschappen samen in meerdere projecten met betrekking tot het verkrijgen en exploiteren van hotels. Deze projecten worden gefinancierd via meerdere vennootschappen waarover de Financier zeggenschap heeft. De financiering betreft ook juridische procedures die klaarblijkelijk (met derden) moesten worden gevoerd over de eigendom van bepaalde hotels. In het kader van de samenwerking verlenen de aan de Financier gelieerde vennootschappen een lening aan de vennootschappen waarover de Partner controle heeft en wordt er een huurovereenkomst gesloten. Op enig moment bericht de Financier aan de Partner dat hij de financiering van de projecten en de procedures stopzet. De Partner heeft daarop financiering uit zijn eigen vennootschappen aangetrokken om de juridische procedures te kunnen voortzetten. Als gevolg daarvan kunnen de vennootschappen van de Partner hun verplichtingen jegens de vennootschappen van de Financier niet meer nakomen.

De vennootschappen van de Financier stellen de bestuurders van de vennootschappen van de Partner persoonlijk aansprakelijk. De bestuurders zijn de Partner en een andere persoon, [geïntimeerde 2], (tezamen 'de Bestuurders'). De rechtbank wijst de vorderingen van de vennootschappen van de Financier af, waarop deze in hoger beroep gaan.

De vennootschappen van de Financier verwijten de Bestuurders niet te hebben gehandeld in het belang van hun bedrijf door gelden uit het bedrijf aan te wenden voor het betalen van juridische adviseurs. Het betreft daarbij (deels) gelden uit de lening die door de vennootschappen van de Financier zijn verstrekt. De vennootschappen van de Financier vorderen vergoeding van de schade die zij lijden, doordat de verplichtingen uit hoofde van de lening en de huurovereenkomst niet zijn nagekomen. De Bestuurders zouden kort gezegd onrechtmatig jegens de vennootschappen van de Financier hebben gehandeld.

Volgens de Bestuurders is 'het grotere plaatje' van belang. Het hof gaat daarin mee. Volgens het hof is de context van wezenlijke betekenis. Het hof overweegt dat het een samenwerking van de Financier en de Partner betreft waarbij beiden hun diverse vennootschappen puur als instrument hebben gebruikt voor persoonlijk gewin. Daarbij ziet het hof geen verschil tussen de handelwijze van de Financier en die van de Partner. Volgens het hof hebben geen van beiden zich op enig moment laten leiden door overwegingen van enig vennootschappelijk belang. Binnen de samenwerking tussen de Financier en de Partner heeft de Financier een machtspositie als gevolg van de door hem geregelde financiering. Het hof ziet aanleiding om te concluderen dat de Financier de financiering van de projecten heeft beëindigd in de cruciale fase van een van de projecten. Voor de Financier en zijn vennootschappen was het volgens het hof voorzienbaar dat het stopzetten van de financiering de Bestuurders (waaronder de Partner) in een riskante positie zou brengen. Volgens het hof was het kennelijk

een bewuste keuze van de Financier en zijn vennootschappen geweest om de beide Bestuurders in die riskante positie te brengen. Ook hebben zij redelijkerwijze kunnen voorzien dat de Partner de juridische procedures niet zomaar kon opgeven zonder ernstig financieel nadeel en dat de Partner dus elders financiering voor de juridische procedures moest vinden.

Het hof concludeert op basis van het voorgaande dat de Bestuurders niet een voldoende ernstig persoonlijk verwijt valt te maken om te oordelen dat de Bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld jegens de vennootschappen van de Financier. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

A.M. Dumoulin-Siemens, augustus 2023

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 11-07-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:1645

Zaaknummer: 200.297.720/01

Rechters: W.J.J. Los, J.W.M. Tromp en Y. Steeg-Tijms

Advocaten: R.A.J. Zomer en T.E. Hovius

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Ortiz Aldana q.q./Bestuurder en zijn opvolger van een failliete vennootschap

De curator van een failliete vennootschap stelt de bestuurders aansprakelijk ex artikel 2:248 BW wegens schending van de administratie- en publicatieplicht, fraude met NOW-voorschotten en bevoordeling van zichzelf ten koste van andere schuldeisers. Hoewel de bestuurder aanvoert dat de coronapandemie het faillissement heeft veroorzaakt, gaat de rechtbank hier niet in mee omdat de vennootschap voorafgaand aan de pandemie al grote schuldposities had. De bestuurder wordt bovendien ook aansprakelijk gehouden voor de periode na zijn aftreden, omdat zijn opvolger een stroman was en de oorspronkelijke bestuurder zonder inmenging van zijn opvolger het beleid bepaalde. De rechtbank verklaart voor recht dat de bestuurder aansprakelijk is wegens onbehoorlijk bestuur en veroordeelt hem tot betaling van het boedeltekort. De bestuurder roept zijn opvolger in vrijwaring op en stelt dat hij medeaansprakelijk is. De rechtbank erkent dit gedeeltelijk, maar oordeelt dat het onbehoorlijke bestuur met name plaatsvond tijdens het bestuur van de bestuurder. Een beroep van de opvolger op een taakverdeling mag hem niet baten, omdat een taakverdeling hem niet kan ontslaan van de verplichting om de kerntaken van het bestuur te vervullen. De rechtbank veroordeelt de opvolger tot betaling van 25% van het boedeltekort aan de oorspronkelijke bestuurder.

Achtergrond

In 2021 is een besloten vennootschap failliet verklaard ('de Vennootschap'). Vanaf de

oprichting tot 28 december 2020 was de enige aandeelhouder de enige bestuurder van de Vennootschap ('de Bestuurder'). Na zijn aftreden bleef hij als enige bestuurder van een stichting nog tot 31 december 2020 indirect bestuurder van de Vennootschap. Na 31 december 2020 is het bestuur van de stichting aan een ander overgedragen ('de Opvolger'). De Vennootschap hield zich bezig met detachering van personeel aan een restaurant dat is gevestigd in een bedrijfspand waarvan de Bestuurder eigenaar is.

De curator heeft na het faillissement van de Vennootschap geconstateerd dat de administratie van de Vennootschap niet op orde is. Er zijn ook geen jaarrekeningen van de Vennootschap gedeponneerd sinds de oprichting. De curator stelt dan ook dat de administratie- en publicatieplicht is geschonden door de Bestuurder. Volgens de curator staat daarmee vast dat er sprake is van een kennelijke onbehoorlijke taakvervulling, waarvan wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Daarnaast voert de curator aan dat de Bestuurder niet heeft voldaan aan diens inlichtingen- en medewerkingsplicht, dat de Bestuurder bewust schulden is aangegaan zonder de intentie deze terug te betalen, dat hij heeft gefraudeerd met NOW-voorschotten van de Vennootschap en dat hij zichzelf heeft bevoordeeld door de NOW-voorschotten aan zichzelf uit te keren. Volgens de curator is het bestuur vervolgens overgedragen aan een stroman die geen verhaal biedt. De Bestuurder zou na de bestuursoverdracht nog steeds de feitelijke macht uitoefenen over de Vennootschap, waardoor de Bestuurder, na zijn aftreden als bestuurder, kwalificeert als feitelijk beleidsbepaler.

De Bestuurder wordt door de curator aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort van de Vennootschap op grond van artikel 2:248 BW. Ook vordert de curator van de Bestuurder terugbetaling van een bedrag dat onverschuldigd door de Vennootschap aan de Bestuurder zou zijn betaald, voorafgaand aan het faillissement en wordt een bestuursverbod gevorderd. De Bestuurder heeft zijn Opvolger in vrijwaring opgeroepen. Volgens de Bestuurder heeft de schending van de administratie- en publicatieplicht ook plaatsgevonden in de periode waarin zijn Opvolger bestuurder was. Bovendien zou zijn Opvolger überhaupt geen uitvoering hebben gegeven aan zijn bestuurstaken.

Beoordeling

De rechtbank beoordeelt de zaak en wijst de vorderingen op grond van artikel 2:248 BW toe. Op grond van het zevende lid wordt iemand die het beleid van de vennootschap heeft bepaald, als ware hij bestuurder, gelijkgesteld aan een bestuurder voor de toepassing van dit artikel. De rechtbank oordeelt dat de Bestuurder na zijn aftreden kwalificeert als feitelijk beleidsbepaler, omdat hij de dagelijkse leiding over de Vennootschap behield zonder enige inmenging van zijn Opvolger. De administratie- en publicatieplicht zijn bovendien geschonden in de drie

jaren voorafgaand aan het faillissement. Zoals uit eerdere jurisprudentie volgt, moet het bestuur van een vennootschap een administratie voeren die snel inzicht geeft in de schuldenaren- en schuldeiserspositie. De administratie van de Vennootschap voldeed hier niet aan. De rechtbank oordeelt dat hierdoor een vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur bestaat.

Hoewel de Bestuurder beweert dat de coronapandemie de oorzaak van het faillissement is, oordeelt de rechtbank dat dit onvoldoende aannemelijk is gemaakt. De Vennootschap had immers al schulden en onverhaalbare vorderingen vóór de pandemie. De NOW-voorschotten tijdens de crisis hebben er juist voor gezorgd dat de Vennootschap weer voldoende middelen had om haar schulden te kunnen betalen, evenals andere bedrijven in de branche. De Bestuurder had moeten toelichten waarom andere bedrijven in dezelfde branche met NOW-voorschotten de crisis wel hebben kunnen overleven en de Vennootschap juist niet.

Wat betreft de vrijwaringszaak geldt dat de Bestuurder betoogt dat zijn Opvolger medeaansprakelijk is voor het kennelijk onbehoorlijk bestuur dat heeft geleid tot het faillissement van de Vennootschap. De Opvolger beroept zich op disculpatie vanwege een taakverdeling die destijds was gemaakt. Zijn taak was immers slechts gericht op schuldsanering en administratie, terwijl de Bestuurder verantwoordelijk was voor het kennelijk onbehoorlijk bestuur. De rechtbank wijst het beroep op disculpatie af en houdt de Opvolger medeaansprakelijk. De rechtbank benadrukt dat uit vaste rechtspraak volgt dat bestuurders een gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen en een taakverdeling – waarvan overigens volgens de rechtbank ook niet vaststaat dat de Bestuurder en de Opvolger die overeen zijn gekomen – een bestuurder niet ontslaat van de kerntaken van het bestuur. Nu het onbehoorlijk bestuur echter vooral plaatsvond tijdens de bestuursperiode van de Bestuurder, matigt de rechtbank het bedrag waarvoor de Opvolger aansprakelijk wordt gehouden tot 25% van het boedeltekort.

De rechtbank verklaart voor recht dat de Bestuurder zijn taak als (voormalig) bestuurder en feitelijk beleidsbepaler onbehoorlijk heeft vervuld en dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement, waardoor hij aansprakelijk is voor het boedeltekort, en veroordeelt de Bestuurder tot vergoeding van het boedeltekort, nader op te maken bij staat. De rechtbank veroordeelt in de vrijwaringszaak de Opvolger tot betaling van 25% van het boedeltekort aan de Bestuurder.

J. Bruinsma, augustus 2023

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 03-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2023:1523

Zaaknummer: C/16/532866 / HA / ZA 22-13

Rechters: J.A. Schuman

Advocaten: M.C.G. Derksen, J.J. Degenaar en S.K. Tuithof

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

**Samsen q.q./ (Middellijk) bestuurders ClickConcepts B.V.
(in faillissement)**

De curator van een failliete vennootschap spreekt de bestuurder en middellijk bestuurder van de failliete vennootschap aan voor het faillissementstekort wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur. De curator doet dat wegens schending van de boekhoudplicht en de publicatieplicht. Daarnaast stelt de curator de bestuurder en middellijk bestuurder aansprakelijk omdat de bestuurder met de overdracht van de activa van drie dochtervennootschappen paulianeus zou hebben gehandeld ex artikel 2:248 lid 9 BW. De verhaalsmogelijkheden van de curator zouden daarmee bewust zijn verminderd. De rechtbank stelt de curator in het gelijk met betrekking tot het kennelijk onbehoorlijk bestuur. Naar het oordeel van de rechtbank heeft het bestuur niet voldaan aan de boekhoud- en publicatieplicht en niet aannemelijk gemaakt dat andere feiten en omstandigheden dan het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Het bewijsvermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, is daardoor niet ontzenuwd. De rechtbank wijst de vordering ten aanzien van de bestuurderspauliana af omdat, anders dan de curator stelde, wel degelijk een marktconforme prijs is betaald voor de overgedragen activa en er bovendien geen sprake was van handelen van de bestuurder maar van handelen van zijn dochtervennootschappen.

Achtergrond en vorderingen

ClickConcepts B.V. ('ClickConcepts') is een vennootschap die zich bezighield met het ontwerpen en onderhouden van websites. Later is ClickConcepts zich gaan richten op de handel in keukens en sanitair. De enig middellijk aandeelhouder is [Partij B] ('de Aandeelhouder'), via zijn vennootschap ClickGroup Holding B.V. ('ClickGroup Holding'). Naast zijn belang in ClickConcepts voert de Aandeelhouder via ClickGroup Holding drie tandartsenpraktijken in drie verschillende vennootschappen ('de Oude Tandartsvennootschappen').

Op enig moment wordt het faillissement van ClickConcepts uitgesproken. Kort na het faillissement van ClickConcepts richt de Aandeelhouder een nieuwe vennootschap, [Partij D B.V.], op ('de Nieuwe Vennootschap'), waarbij de schoonzus van de Aandeelhouder als bestuurder wordt aangesteld. Later wordt de vrouw van de Aandeelhouder tot bestuurder van de Nieuwe Vennootschap benoemd. Ook worden drie nieuwe vennootschappen opgericht als dochtermaatschappijen van de Nieuwe Vennootschap ('de Nieuwe Tandartsvennootschappen'). Kort daarna worden de patiëntenbestanden van de drie tandartsenpraktijken verkocht en overgedragen door de Oude Tandartsvennootschappen aan de Nieuwe Tandartsvennootschappen. Zeven maanden later roept de curator die het faillissement van ClickConcepts afwikkelt de vernietiging in van de rechtshandelingen tot overdracht van de tandartspraktijken van de Oude Tandartsvennootschappen aan de Nieuwe Tandartsvennootschappen.

Daarnaast verricht ClickConcepts in de periode voorafgaand aan het faillissement via verschillende bankoverboekingen betalingen aan een vennootschap die onder de naam KeukenSaniDeal handelt en waarvan de Aandeelhouder ook enig aandeelhouder is. Ook van deze betalingen roept de curator de vernietiging in.

De curator vordert bij de rechtbank i) een verklaring voor recht dat de Aandeelhouder en ClickGroup Holding als (middellijk) bestuurders hun taken kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement en ii) de hoofdelijke veroordeling van de Aandeelhouder en ClickGroup Holding tot betaling van het bedrag in het tekort in het faillissement.

Ten aanzien van het verplaatsen van de tandartspraktijken vordert de curator i) een verklaring voor recht dat de Aandeelhouder, ClickGroup Holding en de vrouw van de Aandeelhouder onrechtmatig hebben gehandeld jegens de boedel/de gezamenlijke schuldeisers van ClickConcepts door de tandartspraktijken over te dragen aan de Nieuwe Tandartsvennootschappen en de Oude Tandartsvennootschappen financieel leeg te trekken en ii) de Aandeelhouder, ClickGroup Holding en de vrouw van de Aandeelhouder hoofdelijk te veroordelen tot betaling van de door de boedel/de gezamenlijke schuldeisers van de failliet

geleden schade, omdat sprake is van groepsaansprakelijkheid in de zin van artikel 6:166 BW. Volgens de curator heeft de Aandeelhouder samengespannen met zijn vrouw en zijn vennootschappen door een sterfhuiskonstructie op te zetten met als enig doel de verhaalsmogelijkheden van de curator op de (middellijk) bestuurders van de failliete ClickConcepts zoveel mogelijk te frustreren. De curator stelt dat de tandartspraktijken feitelijk om niet zijn overgedragen.

Oordeel rechtbank

In haar beoordeling van de vorderingen die de curator heeft ingesteld, begint de rechtbank met de vorderingen die zien op de bestuurdersaansprakelijkheid van de Aandeelhouder en ClickGroup Holding op grond van artikel 2:248 BW.

De rechtbank stelt voorop dat wordt vermoed dat sprake is van onbehoorlijk bestuur, omdat is komen vast te staan dat het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 2:10 BW (de boekhoudplicht) en 2:394 BW (de publicatieplicht). Voorafgaand aan het faillissement was de kasadministratie namelijk niet goed bijgewerkt en niet juist en een aantal jaarrekeningen waren niet of niet tijdig gepubliceerd. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat de Aandeelhouder er niet in is geslaagd om aannemelijk te maken dat andere feiten en omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Het argument dat het faillissement is veroorzaakt door te lage verkoopopbrengsten, te hoge kosten en te lage marges kan hem niet baten, nu dit argument naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende is onderbouwd. De Aandeelhouder heeft ter zitting bovendien zelf ook onder meer 'de slordigheid' als oorzaak van het faillissement genoemd en ook dat hij als statutair bestuurder achteraf gezien kritischer had moeten zijn ten aanzien van het handelen van de bedrijfsleider.

Verder overweegt de rechtbank dat de curator terecht heeft aangevoerd dat de juistheid van de door de Aandeelhouder gestelde faillissementsoorzaak vanwege de gebrekkige administratie niet valt te controleren. Dit leidt ertoe dat de rechtbank ervan uitgaat dat de geconstateerde onbehoorlijke taakvervulling inderdaad een belangrijke oorzaak van het faillissement is en dat ClickGroup Holding op grond van artikel 2:248 lid 1 BW aansprakelijk is voor het faillissementstekort. Als bestuurder van ClickGroup Holding is ook de Aandeelhouder op grond van artikel 2:11 BW aansprakelijk te houden voor het faillissementstekort, aldus de rechtbank.

Ten aanzien van het verplaatsen van de tandartspraktijken komt de rechtbank tot het oordeel dat hiermee niet onrechtmatig is gehandeld, noch dat sprake is van bestuurderspauliana in de zin van artikel 2:248 lid 9 BW.

Redengevend voor dat oordeel is dat de Aandeelhouder en zijn vrouw naar het oordeel van de

rechtbank het betoog van de curator gemotiveerd hebben weersproken. De rechtbank oordeelt dat er wel degelijk een marktconforme prijs voor de praktijken is betaald, nu er een bedrag van € 30 per actieve patiënt is voldaan. Daarbij hebben zij onder meer aangevoerd dat de waarde van de patiëntenbestanden wordt gedrukt door het feit dat er een tekort aan tandartsen is en een overschot aan patiënten. Aldus is naar het oordeel van de rechtbank niet komen vast te staan dat de praktijken om niet zijn overgedragen en wordt deze vordering van de curator afgewezen.

De rechtbank verklaart voor recht dat de Aandeelhouder en ClickGroup Holding als (middellijk) bestuurders van ClickConcepts B.V. hun taken kennelijke onbehoorlijk hebben vervuld en dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is en dat zij vanwege die onbehoorlijke taakvervulling hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het tekort in het faillissement van ClickConcepts. De rechtbank veroordeelt hen hoofdelijk tot betaling van het tekort in het faillissement van ClickConcepts.

A. El Allaoui, augustus 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 07-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:2417

Zaaknummer: C/08/280901 / HA ZA 22-160

Rechters: J.N. Bartels

Advocaten: M. Loef, W.A. van Overbeek de Meyer en N.J. Damstra

Wetsartikelen: 2:10 BW, 2:11 BW, 2:248 BW, 6:166 BW, 2:394 BW en 2:248 lid 9 BW

RECHTSPRAAK

Rechtbank beperkt in een WHOA-traject de rechten van aandeelhouders tot schorsing en ontslag van de RvC en het bestuur

Een vennootschap die een WHOA-akkoord voorbereidt, verzoekt om het treffen van een voorziening op grond van artikel 379 Fw, met als doel te voorkomen dat de aandeelhouders hun stemrecht uitoefenen, met name om één of meer bestuurders of commissarissen te schorsen, ontslaan of benoemen. De aandeelhouders zijn het niet eens met het ingezette herstructureringstraject en willen de voorzitter van de RvC ontslaan. De rechtbank bepaalt dat de aandeelhouders gedurende het akkoordtraject geen commissaris of bestuurder mogen schorsen, vervangen of ontslaan.

Een vennootschap die een WHOA-akkoord voorbereidt, verzoekt om het treffen van een voorziening op grond van artikel 379 Fw met als doel te voorkomen dat de aandeelhouders hun stemrecht uitoefenen, met name om één of meer bestuurders of commissarissen te schorsen, ontslaan of benoemen. Naar de mening van de vennootschap belemmeren de aandeelhouders de aanbidding van het akkoord omdat zij het niet eens zijn met het traject dat is ingezet en menen dat zij onvoldoende informatie ontvangen van de schuldenaar. De aandeelhouders hebben recent twee nieuwe leden toegevoegd aan de RvC en aangekondigd de voorzitter van de RvC te ontslaan. De aandeelhouder meent dat de aandeelhouders het traject niet mogen belemmeren. Dit volgt uit de herstructureringsrichtlijn en diverse bepalingen in de Faillissementswet.

De aandeelhouders menen dat de voorzitter van de RvC in strijd handelt met de governanceregels die gelden binnen de schuldenaar, omdat hij samen met de CFO de CEO buitenspel zou zetten. Die mogelijkheid bestaat, omdat de voorzitter van de RvC een doorslaggevende stem heeft als de stemmen in het bestuur staken. Verder menen de aandeelhouders dat zij onvoldoende informatie ontvangen en vragen zij zich af of het

voorgestelde herstructureringsplan leidt tot een levensvatbare onderneming. De aandeelhouders willen de governance herstellen. Zij menen daarom dat het verzoek moet worden afgewezen.

De Monitoring Committee, bestaande uit een aantal financiers, ondersteunt het verzoek van de schuldenaar. De financiers onderhandelen met de schuldenaar om de onderneming van de schuldenaar te redden, maar de aandeelhouders willen een bestuurscrisis creëren om te voorkomen dat het bestuur een besluit neemt over het herstructureringsplan. De Monitoring Committee verzoekt op grond van artikel 376 lid 9 Fw jo. artikel 379 Fw aanvullend om aanwijzing van een observator. De Monitoring Committee stelt dat zij hiertoe bevoegd is, omdat de financiers worden geraakt door een afgekondigde afkoelingsperiode. Het aanstellen van een observator is vanwege het handelen van de aandeelhouders noodzakelijk ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers.

De rechtbank overweegt dat het op grond van artikel 379 Fw mogelijk is wijzigingen aan te brengen in de vennootschapsrechtelijke structuur als dit noodzakelijk is om de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te waarborgen tijdens de akkoordprocedure. Een van die wijzigingen is het beperken van aandeelhoudersbevoegdheden. De rechtbank ziet aanleiding hiertoe over te gaan. De voorzitter van de RvC heeft niet in strijd gehandeld met de geldende governance binnen de vennootschap. Op grond van zogenoemd 'Management By Laws' heeft de voorzitter van de RvC een beslissende stem als de stemmen in het bestuur staken. Overigens blijkt ter zitting dat de CEO het eens is met het ingezette herstructureringstraject, zodat geen sprake is van het buitenspel zetten van de CEO. Ontslag van de voorzitter van de RvC, die goed is ingewerkt, zou leiden tot aanzienlijke vertraging van het traject. Niet ondenkbaar is dat ontslag van de voorzitter uiteindelijk zou leiden tot een faillissement. Het is in het belang van de schuldeisers dat het traject zonder vertraging wordt voortgezet. De rechtbank bepaalt daarom dat de aandeelhouders gedurende de akkoordprocedure geen leden van de RvC of het bestuur mogen schorsen, benoemen of ontslaan.

Vanwege de gespannen verhoudingen tussen partijen stelt de rechtbank ambtshalve een observator aan.

H.J. de Kloe, augustus 2023

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 23-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2022:8628

Zaaknummer: 403955 HO RK 22/663

Rechters: M.D.E. Leppens, A.E. de Vos en I.C. Prenger-de Kwant

Advocaten: B.W.G. van der Velden, G.Á.C. Orban, F.C. Perrick, S. Jansen, J.R. Berkenbosch, G. te Winkel, S.C. Pepels, M.L. Man en B. van Hooijdonk

Wetsartikelen: 376 lid 9 Fw en 379 Fw

RECHTSPRAAK

Curator/Bestuurders failliete zorgonderneming

De curator stelt de directe en indirecte bestuurder van een failliete zorgonderneming aansprakelijk op de voet van artikel 2:248 BW en artikel 2:9 BW en stelt tevens tegen de indirecte bestuurder een vordering samenhangend met gesteld paulianeus handelen in. De rechtbank wijst de vorderingen toe vanwege onweersproken schending van de administratieplicht en onterechte onttrekkingen. De bestuurders worden tevens veroordeeld tot terugbetaling van dividend vanwege een ongeldig dividendbesluit.

Een bv die een zorgonderneming exploiteerde, is failliet verklaard. De curator stelt de directe en indirecte bestuurder aansprakelijk op de voet van artikel 2:248 BW en artikel 2:9 BW en stelt tevens tegen de indirecte bestuurder een vordering samenhangend met gesteld paulianeus handelen in.

Deze vorderingen worden toegewezen door de rechtbank. Aan de bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen is ten grondslag gelegd dat de administratieplicht is geschonden en dat grote betalingen aan de bestuurders zelf zijn gedaan. Nu deze stellingen onweersproken zijn gebleven, leidt dit tot aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:248 BW en artikel 2:9 BW. De rechtbank verklaart aldus en veroordeelt de bestuurder tot betaling van het boedeltekort, dat voorlopig wordt begroot op € 117.528,62. De indirect bestuurder heeft voorts bevestigd dat bepaalde bedragen door hem in privé zijn opgenomen en aan de boedel moeten worden terugbetaald. De rechtbank verklaart dat deze betalingen paulianeus zijn verricht en veroordeelt de indirect bestuurder tot het terugbetalen van deze bedragen.

Interessant is dat de bestuurders hebben verklaard dat een genomen dividendbesluit niet rechtsgeldig is genomen. Dit is verrekend in de rekening-courant en leidt ertoe dat de direct bestuurder € 442.592 verschuldigd is aan de bv en de indirect bestuurder € 442.789. Ook tot betaling hiervan worden de bestuurders veroordeeld.

Denkelijk leidt voldoening aan deze laatste veroordelingen ertoe dat er geen boedeltekort

meer bestaat.

Redactie, augustus 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 21-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:3268

Zaaknummer: C/08/292903 / HA ZA 23-90

Rechters: A.M. van Diggele

Advocaten: R.A.M. Koolen

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:9 BW en 42 Fw

RECHTSPRAAK

Gorissen q.q./Bestuurders van Coöperatie Kunstcollectief Heerlen U.A.

Het Hof 's-Hertogenbosch heeft eerder twee bestuurders van een coöperatie veroordeeld tot betaling van het boedeltekort wegens onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:138 lid 2 BW. In de daaropvolgende schadestaatprocedure komen de omvang van het tekort en eventuele matiging aan bod. De bestuurders voeren meerdere matigingsgronden aan, zowel collectieve als individuele, die grotendeels falen.

Inleiding

In een eerdere procedure heeft het Hof 's-Hertogenbosch twee oud-bestuurders van Coöperatie Kunstcollectief Heerlen U.A. ('Kunstcollectief') hoofdelijk veroordeeld tot betaling van het boedeltekort in het faillissement van Kunstcollectief, wegens onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:138 lid 2 BW. Zie OR 2019-0154. De omvang van het tekort en eventuele matiging komen aan bod in de onderhavige schadestaatprocedure.

De bestuurders voeren allereerst verweren tegen (i) het feit dat de hoogte van de vordering van de curator nog niet definitief vaststaat, (ii) tegen de hoogte van twee ingediende vorderingen en (iii) tegen de hoogte van het salaris van de curator. De rechtbank gaat enkel mee met de bestuurders ten aanzien van de hoogte van één (boete)vordering, die de curator niet nader heeft onderbouwd.

Collectieve matiging

Vervolgens betogen de bestuurders collectieve matiging wegens de geringe ernst van de onbehoorlijke taakvervulling en de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld. De rechtbank ziet geen reden voor matiging wegens de gestelde geringe ernst van de onbehoorlijke taakvervulling, onder verwijzing naar het oordeel van het hof: er is sprake van een ernstige schending van de boekhoudplicht, en er is niet gebleken van een van buiten komende oorzaak.

Matiging wegens de wijze van afwikkeling moet volgens de bestuurders worden toegewezen, omdat de curator geen bezwaar heeft gemaakt nadat de gemeente een uitgekeerde subsidie terugvorderde na het faillissement. De rechtbank oordeelt, weer met verwijzing naar het oordeel van het hof, dat het aan de beoordeling van de curator is (in samenspraak met de rechter-commissaris) of het in het belang van de boedel is om bezwaar te maken. Daarnaast konden bestuurders zelf bezwaar maken tegen het terugvorderingsbesluit. Er is daarmee geen reden voor collectieve matiging.

Individuele matiging

De bestuurders betogen ieder ook een individuele matiging, omdat zij niet over de gehele periode van het bestaan van Kunstcollectief bestuurder zijn geweest en andere bestuurders volgens het hof ook hun taken onbehoorlijk vervuld hebben. Ook dit ziet op de subsidie van de gemeente, die in deelbetalingen is voldaan. De rechtbank oordeelt dat voor één bestuurder geldt dat de curator niet heeft betwist dat € 75.000 van de subsidie al was uitgegeven toen hij bestuurder werd. De rechtbank matigt de aansprakelijkheid voor deze bestuurder dan ook met € 75.000. Voor de andere bestuurder geldt juist dat deze niet heeft aangevoerd dat het bedrag van € 25.000 dat niet tijdens zijn bestuursperiode werd uitgekeerd, ook al voor zijn bestuursperiode volledig was besteed. Hij blijft dan ook aansprakelijk voor het gehele tekort.

De andere redenen van matiging worden niet besproken omdat zij niet onder de limitatieve gronden voor matiging vallen. De bestuurders worden tezamen hoofdelijk veroordeeld voor een bedrag van ruim € 85.000, vermeerderd met de nog vast te stellen salarisbeschikkingen. De tweede bestuurder wordt daarnaast veroordeeld voor het bedrag van € 75.000.

S. Zonneveld, augustus 2023

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 26-07-2023

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2023:4681

Zaaknummer: C/03/291856 / HA ZA 21-241

Rechters: I.M. Etman

Advocaten: J.T.J. Gorissen en S.X.J. Zuidema

Wetsartikelen: 2:138 BW

RECHTSPRAAK

Rompelberg q.q./Bestuurders kraamzorgorganisatie

De curator stelt de directe en indirecte bestuurder van een inmiddels failliete vennootschap die activiteiten zou verrichten op het gebied van kraamzorg aansprakelijk voor het boedeltekort in het faillissement. De rechtbank oordeelt dat de bestuurders inderdaad aansprakelijk zijn, omdat zij ervoor hebben gekozen om met de ondernemingsactiviteiten te starten terwijl zij wisten of behoorden te weten dat de vennootschap in ieder geval in de eerste vijf maanden niet met haar inkomsten aan haar essentiële verplichtingen zou kunnen voldoen en er geen andere dekking voor deze verplichtingen was. Deze verplichtingen bestonden met name uit betaling van loon aan de drie werknemers die de vennootschap in dienst heeft genomen.

Inleiding

Gedaagden zijn de directe en indirecte bestuurder en enig aandeelhouder van een vennootschap, die door hen op 8 januari 2019 is opgericht, die diensten zou verrichten op het gebied van kraamzorg. Daartoe zijn drie medewerkers in dienst genomen vanaf 1 februari 2019 met arbeidsovereenkomsten voor één jaar en minimaal 120 uur per maand. Al op 28 februari 2019 wilde de bestuurder deze arbeidsovereenkomsten al vergaand in duur beperken wegens verwachte verliezen. De werknemers hebben zich daartegen verzet, de bestuurder heeft de arbeidsovereenkomsten opgezegd en de medewerkers zijn naar de kantonrechter gestapt. Al voor de uitspraak van de kantonrechter, op 17 mei 2019, heeft de vennootschap een eigen faillissementsaangifte gedaan. In faillissement vormen naast de kosten van de curator in feite enkel de loonvorderingen van de medewerkers (via het UWV) het boedeltekort.

De curator stelt zowel de bv als directe bestuurder als de indirecte bestuurder aansprakelijk voor het boedeltekort, primair op grond van artikel 2:248 BW en subsidiair op grond van artikel 2:9 BW.

Onbehoorlijk bestuur

De rechtbank oordeelt dat van een redelijk handelend bestuurder mag worden verwacht dat deze, voorafgaand aan het gaan voeren van ondernemingsactiviteiten middels de rechtspersoon, een adequate inschatting heeft gemaakt van de benodigde liquide middelen en zich ervan heeft vergewist dat deze, in ieder geval in de opstartfase, voorhanden zijn. In de opstartfase van de onderneming gaat het er daarbij om dat, als wordt of moet worden voorzien dat de benodigde liquiditeit niet onmiddellijk uit de inkomsten kan worden verkregen, daarvoor een andere voorziening is getroffen. Dit betreft niet de kwestie van winst of verlies draaien (dus wat de verhouding is tussen de opbrengsten en de kosten) maar of de met de operationele activiteiten gemoeide uitgaven kunnen worden betaald uit de inkomsten en/of andere bronnen.

Volgens de rechtbank had de bestuurder de ondernemingsactiviteiten niet moeten laten starten omdat op basis van de eigen prognoses een startfinanciering niet mogelijk was en evenmin bereidheid bestond om zelf financiële dekking te bieden. Ook het feit dat enkel vast personeel kon worden aangenomen, waardoor onverantwoorde loonkosten ontstonden, had de bestuurder anders moeten doen besluiten. Bij het starten van de activiteiten wist of kon de bestuurder weten dat de onderneming in ieder geval in de eerste vijf maanden niet met haar inkomsten aan haar essentiële verplichtingen kon voldoen. De rechtbank leunt sterk op de combinatie van gebrek aan liquiditeit en vaste loonkosten, omdat de bestuurder wist of had kunnen weten dat het tijdelijk onbetaald laten van de loonkosten geen optie zou zijn. De uitvoering van de ondernemingsactiviteiten was immers volledig afhankelijk van de uitvoering van de werkzaamheden door de werknemers. De bestuurder mocht er dan ook niet op vertrouwen dat het liquiditeitstekort zou kunnen worden overbrugd door niet-essentiële lasten later te betalen. Dat blijkt ook wel uit het feit dat de rechtbank voorbijgaat aan het verweer dat een voorziening was getroffen middels een overeenkomst met een kraamzorgorganisatie op grond waarvan de werknemers konden worden uitgeleend. Deze overeenkomst is aangegaan na de opzegging aan de medewerkers en uit niets blijkt dat de bestuurder het uitlenen ter sprake heeft gebracht. Zou dat inderdaad al kunnen, dan geldt dat de bestuurder deze mogelijkheid niet heeft overwogen en eerst de arbeidsovereenkomsten met de medewerkers heeft opgezegd. Ook dat ziet de rechtbank als onbehoorlijk bestuur.

Belangrijke oorzaak

De rechtbank acht aannemelijk dat hierin ook een belangrijke oorzaak van het faillissement is gelegen, temeer omdat er geen andere schulden waren. De bestuurder verweert zich met de stelling dat de oorzaak gelegen is in het disfunctioneren van de medewerkers en de onmogelijkheid om ander personeel te vinden. Die stelling doet volgens de rechtbank niet af

aan het feit dat de activiteiten zijn gestart zonder deugdelijke financiering voor het kenbare liquiditeitstekort. Bovendien, ook al zouden de medewerkers disfunctioneren, dan was er nog steeds onvoldoende geld om de lasten te betalen. Het disfunctioneren is ook tegenstrijdig met verklaringen van de bestuurder. De rechtbank meent dat juist het handelen van de bestuurder ertoe heeft geleid dat de medewerkers niet meer beschikbaar waren voor de activiteiten, terwijl deze cruciaal waren voor het voortbestaan van de onderneming.

Vervolgens gaat de rechtbank voorbij aan het beroep op matiging van de bestuurder. De bestuurder slaagt wel in het verzet tegen de vordering van de curator om het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. De rechtbank stelt vast dat de boedel leeg is, waardoor aan de zijde van de bestuurder sprake is van een restitutierisico. Rest de rechtbank de bestuurder te veroordelen op grond van artikel 2:248 BW.

J.E. van Nuland, augustus 2023

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 05-07-2023

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2023:4202

Zaaknummer: C/03/310809 / HA ZA 22-475

Rechters: B.R.M. de Bruijn

Advocaten: T.J.A. Caron en C.A. Mascini

Wetsartikelen: 2:248 BW