

## Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 02, 2014

Nummer 2, 2014

*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:2013:9959](#) 31-12-2013

Stichting De Wieden II

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:9958](#) 31-12-2013

Stichting De Wieden I

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:9960](#) 31-12-2013

Stichting De Wieden III

#### Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:10377](#) 20-12-2013

Cycas/Afrimex

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:7229](#) 18-12-2013

Werknemers / X

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:10573](#) 11-12-2013

Belamio/Ushant

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:10378](#) 11-12-2013

Windt q.q./Dovenno

RECHTSPRAAK

## Stichting De Wieden I

***Aansprakelijkheid van een bestuurder van een stichting actief op het gebied van welzijnswerk (leren en opleiding voor personen met een afstand tot de arbeidsmarkt). Er was van meet af aan sprake van een verliesgevende exploitatie zonder deugdelijke begroting en zonder dat sprake was van financiële dekking voor de daardoor ontstane tekorten of een reëel vooruitzicht op een dergelijke dekking. Desondanks heeft de bestuurder samen met twee andere bestuurders de exploitatie gestart en deze gedurende enige tijd voortgezet. In het daarop volgende faillissement van de stichting heeft de curator de bestuurders aansprakelijk gesteld. Het hof heeft de bestuurders veroordeeld tot schadevergoeding wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur***

Op 14 oktober 2008 is Stichting De Wieden (de stichting) opgericht. X vormde samen met Y de raad van toezicht van de stichting. Het bestuur van de stichting bestond uit twee bestuurders, onder wie Z. De stichting heeft ten doel de ontwikkeling en uitvoering van activiteiten gericht op de persoonlijke ontwikkeling van kinderen, jongeren en jongvolwassenen en andere doelgroepen met een afstand tot de arbeidsmarkt. De stichting trachtte dat doel te verwezenlijken door het opzetten, in stand houden en exploiteren als leer-werkcentrum van het voormalige gemeentehuis te Wanneperveen, de voormalige supermarkt Veneweg en een voormalig woonhuis te Sint Jansklooster. Op verzoek van Z is de stichting op 21 juli 2009 in staat van faillissement verklaard, waarbij de curator is benoemd ter afwikkeling van het faillissement. De curator heeft naast X ook Y en Z in rechte betrokken op dezelfde grondslagen en met gelijkluidende vorderingen. De curator heeft onder meer gevorderd een verklaring voor recht dat X, Y en Z onrechtmatig hebben gehandeld en hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:300a jo. 2:138, 2:149 en 2:9 BW en/of 6:162 BW en hen hoofdelijk te veroordelen tot betaling van de door Stichting en/of haar schuldeisers geleden schade. De rechtbank heeft deze vorderingen gedeeltelijk toegewezen en verklaard dat X, Y en Z hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:300a jo. 2:138 BW voor de door de stichting en/of haar schuldeisers

geleden schade. Partijen in onderhavige procedure zijn de curator en X.

Het hof overweegt als volgt. X betoogt dat de stichting weliswaar vennootschapsbelastingplichtig was, maar dat daaruit niet volgt dat op de gefailleerde stichting artikel 2:138 BW van toepassing is. Artikel 2:300a BW verklaart artikel 2:138 BW van toepassing op (de bestuurders van) stichtingen die aan de heffing van vennootschapsbelasting (Vpb) zijn onderworpen. Daarbij gaat het er niet om of van een stichting daadwerkelijk Vpb wordt geheven, maar of zij onder de betreffende fiscale regeling valt. Of dat het geval is, is geregeld in artikel 1 t/m 6 Wet Vpb 1969. Nu X heeft erkend dat de stichting belastingplichtig is, faalt de grief. Volgens de curator is X aan te merken als feitelijk beleidsbepaler en is hij op grond van artikel 2:138 lid 7 BW gelijk te stellen met een bestuurder in de zin van dat artikel. X stelt dat hij niet -bestuurlijk heeft gehandeld. Volgens X beperkte hij zich tot het houden van toezicht, vooral op Z als directeur. De stelling van de curator dat X handelde als ware hij bestuurder is volgens het hof toereikend onderbouwd. X heeft de grenzen van het houden van toezicht overschreden. Hij nam deel aan beleidsvorming en beslissingen en gaf daaraan (ook jegens derden) uitvoering. Daarbij wijzen de overgelegde stukken erop dat X zichzelf, in weerwil tot wat hij thans ingang wil doen vinden, zag als onderdeel van het stichtingsbestuur en dat hij als feitelijk beleidsbepaler van de stichting actief was. X heeft nog aangevoerd dat hij pas als feitelijk bestuurder kan worden aangemerkt indien hij met terzijdestelling van de formele bestuurder Z het beleid binnen de stichting zou hebben bepaald. Dit betoog faalt. Ook in de situatie dat sprake is van een formele bestuurder die mede het beleid bepaalt, kan sprake zijn van feitelijk bestuur door een (door de formele bestuurder gedoogde) derde die feitelijk mede het beleid bepaalt als ware hij bestuurder. In dat geval is ook die derde aansprakelijk als bestuurder op grond van artikel 2:138 lid 7 BW (HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1231 en HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4508). De grieven falen. X komt verder op tegen het oordeel van de rechtbank dat sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Kennelijk onredelijk bestuur in de zin van artikel 2:138 BW en 2:248 BW doet zich slechts voor als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld (HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053). Het hof overweegt dat X, Y en Z van start zijn gegaan met een project (de winkel) waarvoor geen deugdelijke begroting voorhanden was en waarbij van meet af aan sprake was van meer kosten dan baten. De enkele verwachting dat dekking zou worden verkregen is onvoldoende. X, Y en Z hebben toegelaten dat gedurende circa acht maanden de schulden toenamen, terwijl deze voorzienbaar niet konden worden voldaan uit de exploitatie en zekerheid voor het overige ontbrak. Uiteraard is het een bestuurder toegestaan enig risico te aanvaarden bij het exploiteren van zijn onderneming, maar het door de stichting gevoerde beleid leidde voorspelbaar tot het oplopen van de schulden en het uiteindelijk onbetaald blijven daarvan. De grieven falen. X heeft zich nog beroepen op disculpatie op grond van artikel 2:138 lid 3 BW. Het betoog van X komt erop

neer dat hij samen met Y meende dat het verantwoord was door te gaan omdat op den duur wel fondsen door derden zouden worden verstrekt terwijl de exploitatie niet langer verliesgevend zou zijn. Dit betoog kan niet slagen. Starten zonder financiële dekking en desondanks doorgaan met de verliesgevende exploitatie is nu juist een verwijt dat de bestuurders (terecht) wordt gemaakt. Het besluit de winkel te sluiten kwam te laat om in de weg te staan aan bestuurdersaansprakelijkheid. X heeft tot slot nog een beroep gedaan op de aan de rechter toekomende matigingsbevoegdheid van artikel 2:138 lid 4 BW. Het hof ziet geen grond om tot een matiging van aansprakelijkheid te komen. Het hof ziet evenmin aanleiding de bijdrage van X aan het bestuur als minder vergaand of minder zwaar te beoordelen dan die van Y en Z.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 31-12-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2013:9958

**Zaaknummer:** 200.103.756/01

**Wetsartikelen:** 2:300a BW, 2:138 BW, 2:149 BW, 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

## Stichting De Wieden II

***Aansprakelijkheid van een bestuurder van een stichting actief op het gebied van welzijnswerk (leren en opleiding voor personen met een afstand tot de arbeidsmarkt). Er was van meet af aan sprake van een verliesgevende exploitatie zonder deugdelijke begroting en zonder dat sprake was van financiële dekking voor de daardoor ontstane tekorten of een reëel vooruitzicht op een dergelijke dekking. Desondanks heeft de bestuurder samen met twee andere bestuurders de exploitatie gestart en deze gedurende enige tijd voortgezet. In het daarop volgende faillissement van de stichting heeft de curator de bestuurders aansprakelijk gesteld. Het hof heeft de bestuurders veroordeeld tot schadevergoeding wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur***

Op 14 oktober 2008 is Stichting De Wieden (de stichting) opgericht. X vormde samen met Y de raad van toezicht van de stichting. Het bestuur van de stichting bestond uit twee bestuurders, onder wie Z. De stichting heeft ten doel de ontwikkeling en uitvoering van activiteiten gericht op de persoonlijke ontwikkeling van kinderen, jongeren en jongvolwassenen en andere doelgroepen met een afstand tot de arbeidsmarkt. De stichting trachtte dat doel te verwezenlijken door het opzetten, in stand houden en exploiteren als leer-werkcentrum van het voormalige gemeentehuis te Wanneperveen, de voormalige supermarkt Veneweg en een voormalig woonhuis te Sint Jansklooster. Op verzoek van Z is de stichting op 21 juli 2009 in staat van faillissement verklaard, waarbij de curator is benoemd ter afwikkeling van het faillissement. De curator heeft naast X ook Y en Z in rechte betrokken op dezelfde grondslagen en met gelijkluidende vorderingen. De curator heeft onder meer gevorderd een verklaring voor recht dat X, Y en Z onrechtmatig hebben gehandeld en hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:300a jo. 2:138, 2:149 en 2:9 BW en/of 6:162 BW en hen hoofdelijk te veroordelen tot betaling van de door Stichting en/of haar schuldeisers geleden schade. De rechtbank heeft deze vorderingen gedeeltelijk toegewezen en verklaard dat X, Y en Z hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:300a jo. 2:138 BW voor de door de stichting en/of haar schuldeisers

geleden schade. Partijen in onderhavige procedure zijn de curator en Y.

Het hof overweegt als volgt. Volgens de curator is Y aan te merken als feitelijk beleidsbepaler en is hij op grond van artikel 2:138 lid 7 BW gelijk te stellen met een bestuurder. Y stelt dat hij niet bestuurlijk heeft gehandeld. Y benadrukt dat slechts Z als bestuurder handelde.

De curator heeft zijn stelling dat Y handelde als ware hij bestuurder volgens het hof toereikend onderbouwd. Y heeft de grenzen van het houden van toezicht overschreden. Hij vormde mede het beleid, nam beslissingen en gaf daaraan (ook jegens derden) uitvoering. Dat Y stelt dat Z bestuurlijke taken verrichtte doet daaraan niet af. Waar het om gaat is of (ook) Y bestuurlijke taken verrichtte. Dat laatste staat voldoende vast. De grieven falen. Of in een bepaalde situatie sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur moet door de rechter naar redelijkheid en billijkheid, met inachtneming van de concrete omstandigheden van het geval, worden beantwoord. Kennelijk onredelijk bestuur in de zin van artikel 2:138 en 2:248 BW doet zich slechts voor als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld (HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053). Dat Y niet heeft besloten Z te ontslaan, mist relevantie nu de rechtbank de aansprakelijkheid van onder meer Y niet heeft gebaseerd op zijn aansprakelijkheid als toezichthouder maar op zijn aansprakelijkheid als bestuurder (art. 2:138 in samenhang met art. 2:300a BW). Dat Y is aan te merken als (feitelijk) bestuurder heeft het hof hiervoor al geoordeeld. De vraag of Y daarbij zijn eigen belang heeft laten prevaleren boven dat van de stichting mist relevantie voor de beoordeling van zijn aansprakelijkheid. Voor het antwoord op de vraag of zijn bestuurlijk handelen kennelijk onbehoorlijk was, is niet relevant welke drijfveren Y tot dat gedrag brachten. Y heeft verder betoogd dat het handelen van Y en X niet de belangrijkste oorzaak van het faillissement was maar dat die oorzaak de aanvraag van het faillissement door Z was. Artikel 2:138 BW stelt als vereiste voor de aansprakelijkheid van de bestuurders van de rechtspersoon dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement was. Met de oorzaak van het faillissement in artikel 2:138 BW is uiteraard niet de aanvraag daarvan bedoeld, maar de feiten en omstandigheden die tot die aanvraag aanleiding hebben gegeven. Z heeft het faillissement pas aangevraagd nadat hij al meerdere maanden geen salaris ontving van de stichting, terwijl hij pas een uitkering van het UWV kon krijgen na faillietverklaring van de stichting. De oorzaak van het faillissement is derhalve gelegen in de bestaande tekorten waarvoor geen dekking bestond en zoals hiervoor is overwogen, is het ontstaan daarvan toe te rekenen aan onder meer Y. De grief faalt. Van iedere bestuurder mag waakzaamheid worden verwacht ten aanzien van bestuursverplichtingen op het financiële vlak. Dat geldt temeer als, zoals hier het geval is, de bestuurders bekend waren met een verliesgevende situatie die zij uit de bestaande middelen niet konden opvangen, terwijl ook de exploitatie zelf geen aanleiding gaf tot optimisme. Het hof ziet geen aanleiding tot disculpatie van Y.

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 31-12-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2013:9959

**Zaaknummer:** 200.103.850 /01

**Wetsartikelen:** 2:300a BW, 2:138 BW, 2:149 BW, 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

## Stichting De Wieden III

***Aansprakelijkheid van een bestuurder van een stichting actief op het gebied van welzijnswerk (leren en opleiding voor personen met een afstand tot de arbeidsmarkt). Er was van meet af aan sprake van een verliesgevende exploitatie zonder deugdelijke begroting en zonder dat sprake was van financiële dekking voor de daardoor ontstane tekorten of een reëel vooruitzicht op een dergelijke dekking. Desondanks heeft de bestuurder samen met twee andere bestuurders de exploitatie gestart en deze gedurende enige tijd voortgezet. In het daarop volgende faillissement van de stichting heeft de curator de bestuurders aansprakelijk gesteld. Het hof heeft de bestuurders veroordeeld tot schadevergoeding wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur***

Op 14 oktober 2008 is Stichting De Wieden (de stichting) opgericht. X vormde samen met Y de raad van toezicht van de stichting. Het bestuur van de stichting bestond uit twee bestuurders, onder wie Z. De stichting heeft ten doel de ontwikkeling en uitvoering van activiteiten gericht op de persoonlijke ontwikkeling van kinderen, jongeren en jongvolwassenen en andere doelgroepen met een afstand tot de arbeidsmarkt. De stichting trachtte dat doel te verwezenlijken door het opzetten, in stand houden en exploiteren als leer-werkcentrum van het voormalige gemeentehuis te Wanneperveen, de voormalige supermarkt Veneweg en een voormalig woonhuis te Sint Jansklooster. Op verzoek van Z is de stichting op 21 juli 2009 in staat van faillissement verklaard, waarbij de curator is benoemd ter afwikkeling van het faillissement. De curator heeft naast X ook Y en Z in rechte betrokken op dezelfde grondslagen en met gelijkluidende vorderingen. De curator heeft onder meer gevorderd een verklaring voor recht dat X, Y en Z onrechtmatig hebben gehandeld en hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:300a jo. 2:138, 2:149 en 2:9 BW en/of 6:162 BW en hen hoofdelijk te veroordelen tot betaling van de door stichting en/of haar schuldeisers geleden schade. De rechtbank heeft deze vorderingen gedeeltelijk toegewezen en verklaard dat X, Y en Z hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:300a jo. 2:138 BW voor de door de stichting en/of haar schuldeisers



geleden schade. Partijen in onderhavige procedure zijn de curator en Z.

Het hof overweegt dat Z bewust de exploitatie van de winkel heeft doen beginnen en deze heeft voortgezet, wetend dat enige vorm van dekking voor daaruit voortvloeiende verliezen ontbrak. Hij is van start gegaan met een project (de winkel) zonder deugdelijke begroting, bekend met doorlopende verliezen en wetende dat daarvoor geen dekking bestond. Naar het oordeel van het hof had geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld. Z doet een beroep op disculpatie op grond van artikel 2:138 lid 3 BW. Hij stelt dat hij binnen de stichting, naast X en Y, geen bestuurlijke rol van betekenis vervulde. Het hof ziet geen aanleiding om, gezien het verweten bestuurlijk handelen, de rol die Z heeft gespeeld als minder zwaar te beoordelen dan die van X en/of Y. Z doet ten slotte een beroep op de matigingsbevoegdheid in de zin van artikel 2:138 lid 4 BW. Het hof ziet (thans) geen grond tot een matiging van aansprakelijkheid. Het door Z genoemde uitbreken van de economische crisis versterkt het verwijt dat de onderneming is gestart met een negatieve exploitatie en zonder dekking, wat in een tijd van ongunstige economische ontwikkelingen riskanter is dan in een gunstig economisch klimaat. Bedacht dient daarbij te worden, dat gesteld noch gebleken is dat met de exploitatie van de winkel is begonnen voorafgaand aan de crisis en dat door de daarop volgende ongunstige economische ontwikkelingen de exploitatie van de winkel is mislukt. Toezeggingen door derden tot het verlenen van steun zijn onvoldoende onderbouwd en ook niet anderszins aannemelijk gemaakt.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 31-12-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2013:9960

**Zaaknummer:** 200.103.850 /01

**Wetsartikelen:** 2:300a BW, 2:138 BW, 2:149 BW, 2:9 BW en 6:162 BW

## RECHTSPRAAK

### Cycas/Afrimex

***In casu is er sprake van een turboliquidatie. De vordering op grond van onrechtmatige daad wordt echter afgewezen, omdat in het onderhavige geval onvoldoende is komen vast te staan dat de vordering zou zijn voldaan indien de vennootschap op een correcte wijze zou zijn vereffend***

Y is directeur van de Oegandese vennootschap Cycas International Ltd. ('Cycas'). Cycas verleent in Afrika diensten voor buitenlandse ondernemingen die zaken willen doen met Oegandese ondernemers. R, S en X hebben de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Afrimex Foods B.V. ('Afrimex') opgericht. Afrimex verhandelde producten afkomstig uit Oeganda.

Cycas heeft een maandelijkse vergoeding van € 3000 bij Afrimex in rekening gebracht in verband met de (onder)huur van een pakhuis met koeling en kantoorruimte in Oeganda. Deze facturen zijn onbetaald gebleven.

In artikel 27 van de statuten van Afrimex is, voor zover rechtens relevant, vermeld: '4. Tenzij de algemene vergadering anders besluit of de wet anders bepaalt, treden de directeuren als vereffenaars van het vermogen van de ontbonden vennootschap op'.

In het handelsregister van de Kamers van Koophandel is geregistreerd dat Afrimex met ingang van 1 mei 2009 is opgeheven, omdat geen bekende baten meer aanwezig zijn. Cycas heeft haar vordering aan Y gecedeerd.

De rechtbank oordeelt als volgt.

Y stelt daartoe dat R en S in artikel 27 van de statuten als vereffenaars zijn aangewezen en dat zij in hun hoedanigheid van vereffenaar onrechtmatig hebben gehandeld. De rechtbank stelt voorop dat in het onderhavige geval niet is uitgesloten dat de bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld door Afrimex conform het bepaalde in artikel 2:19 lid 4 BW wegens gebrek aan baten te ontbinden. Nu de wet in het geval dat een rechtspersoon wegens gebrek aan

baten met inachtneming van artikel 2:19 BW wordt ontbonden (turbo-liquidatie) niet voorschrijft dat rekening en verantwoording dient te worden afgelegd en/of een slotbalans dient te worden gedeponereerd, kan aan schuldeisers het zicht worden ontnomen op hun verhaalspositie. Dit klemmt temeer, omdat in het onderhavige geval Afrimex sinds haar oprichting nimmer jaarrekeningen heeft gedeponereerd. Ieder inzicht in de financiële huishouding van Afrimex ontbreekt daardoor.

Hoewel niet is uitgesloten dat de bestuurders in casu onrechtmatig hebben gehandeld door naar een turbo-liquidatie van Afrimex toe te werken, is de vordering van Y niet toewijsbaar. Dit is gelegen in het feit dat onvoldoende is komen vast te staan dat deze handelwijze tot gevolg heeft gehad dat de vordering van Y/Cycas onbetaald is gebleven, met andere woorden of de onrechtmatige gedraging *conditio sine qua non* was voor de gestelde schade.

Uitgangspunt in het recht is, dat alleen die schade behoeft te worden vergoed indien met een redelijke mate van waarschijnlijkheid is komen vast te staan dat de schade die door een gebeurtenis waarvoor hij aansprakelijk is, is veroorzaakt.

In het onderhavige geval is onvoldoende komen vast te staan dat de vordering zou zijn voldaan indien Afrimex op een correcte wijze zou zijn vereffend. In dat kader verwerpt de rechtbank de stelling van Y dat de schade had kunnen worden voorkomen, indien Afrimex niet zonder vereffening wegens gebrek aan baten (art. 2:19 lid 4 BW) zou zijn ontbonden. Ervan uitgaande dat de vordering niet uit het resterende vennootschapsvermogen van Afrimex zou kunnen zijn voldaan, ligt het in de gegeven omstandigheden voor de hand dat het faillissement van Afrimex had behoren te worden aangevraagd. Onzeker is echter hoe dit faillissement voor Y zou zijn uitgekapt en of (een gedeelte van) de vordering aan Y zou zijn uitgekeerd. Voor zover Y heeft betoogd dat een faillissement via artikel 2:248 lid 2 BW zou hebben geleid tot aansprakelijkheid van de bestuurder(s), overweegt de rechtbank dat het haar bij de vaststelling van het causaal verband en de omvang van de schade niet vrijstaat om in zulk een vergaande mate vooruit te lopen op de uitkomst van een eventueel door de curator aan te spannen procedure op grond van het bepaalde in artikel 2:248 BW.

Nu onzeker is of de gevorderde schade het resultaat is van het (onrechtmatig) handelen van [gedaagden] of dat deze schade ook in het geval dit handelen achterwege zou zijn gebleven, zou zijn opgetreden, dient de vordering te worden afgewezen.

De rechtbank stelt vast dat partijen twisten over de vraag of zij zijn overeengekomen dat Afrimex een vergoeding van € 3000 diende te betalen. Partijen hebben daartoe diverse mailberichten in het geding gebracht en debatteren over de vraag of er daadwerkelijk een overeenkomst tussen hen tot stand is gekomen. Nu het op het moment van de ontbinding van

Afrimex nog ongewis was of op Afrimex voormelde betalingsverplichting rustte, is het onder die omstandigheden niet onbegrijpelijk dat Afrimex de facturen die aan de vordering ten grondslag liggen, destijds niet had voldaan. De vorderingen van Y ten aanzien van R en S zullen worden afgewezen.

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 20-12-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2013:10377

**Zaaknummer:** C/10/401869 / HA ZA 12-436

**Wetsartikelen:** 2:19 BW en 2:248 BW

## RECHTSPRAAK

### **Werknemers / X**

***X, de bestuurder van BV 1, kan een ernstig persoonlijk verwijt worden gemaakt, omdat hij heeft bewerkstelligd dat BV 1 niet aan haar verplichtingen tot afdracht van pensioenpremies heeft voldaan en er bovendien geen reserves werden aangehouden die een correcte pensioenopbouw konden waarborgen***

X is bestuurder van BV 1. X is tevens bestuurder en enig aandeelhouder in BV 2, die alle aandelen in BV 1 houdt. BV 1 is op 20 april 2007 failliet verklaard. Eisers in het onderhavige geschil zijn oud-werknemers van BV 1. Eisers vorderen een verklaring voor recht dat X onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld door te bewerkstelligen of toe te laten dat BV 1 de (op het loon ingehouden) pensioenpremies niet aan een pensioenverzekering of pensioenfonds heeft afgedragen. Hierdoor is een pensioengat ontstaan, waarvan de eisers menen dat X die schade dient te vergoeden.

Het staat vast dat BV 1 in de jaren 2001 tot en met 2007 niet volledig aan haar verplichting tot een afdracht van de pensioenpremies ten behoeve van eisers heeft voldaan. Voor de vraag of X hiervoor aansprakelijk is, komt het erop aan of het handelen of nalaten van X ten opzichte van eisers in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem persoonlijk 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 redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen (Hoge Raad 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758).

De rechtbank komt tot de conclusie dat X persoonlijk heeft bewerkstelligd dat BV 1 niet aan haar verplichtingen tot afdracht van pensioenpremies heeft voldaan, terwijl BV 1 daartoe wel in staat was. Daarnaast had X geen pensioenreservering die een correcte opbouw van het pensioen van de werknemers van BV 1 waarborgden. Daarmee staat vast dat X jarenlang de

rechten en belangen van eisers bij een correcte en volledige pensioenopbouw heeft veronachtzaamd. Daarbij overweegt het hof dat de pensioenpremie wel werd ingehouden op het loon van eisers maar, aangezien deze inhouding niet werd afgedragen, de gelden feitelijk werden ingezet voor de bedrijfsbelangen van BV 1. De rechtbank is van mening dat deze handelwijze kwalificeert als een ernstig persoonlijk verwijt van X.

De primaire schadevordering van eisers wordt afgewezen, omdat deze onvoldoende onderbouwd is. X heeft de berekeningen die ten grondslag liggen aan de subsidiaire vordering van eisers niet betwist, maar aangevoerd dat hij niet gehouden zou zijn tot vergoeding van tekort aan pensioenopbouw over de bepaalde periode. De rechtbank is van mening dat dit verweer niet opgaat, zodat de subsidiaire vordering wordt toegewezen.

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 18-12-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2013:7229

**Zaaknummer:** C-16-320568 HA ZA 12-334

**Wetsartikelen:** 6:162 BW

RECHTSPRAAK

## **Windt q.q./Doven**

***Selectieve betaling. In het onderhavige geval staat de vraag centraal of de bestuurder van een vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld door een aantal betalingen aan specifieke schuldeisers te verrichten. In dit geval stond het de bestuurder niet vrij om die betalingen te verrichten omdat zij hierdoor de kans heeft vergroot dat de vennootschap haar schulden aan andere crediteuren niet zou kunnen voldoen. De bestuurder treft een persoonlijk ernstig verwijt, met name omdat het betalingen betreft waarvan zijzelf indirect beter werd en waardoor de broer van haar bestuurder werd bevoordeeld, terwijl vaststaat dat de vennootschap nog tal van andere schuldeisers had. Van een statutair bestuurder mag worden verwacht dat hij of zij rekening houdt met de financiële situatie van de vennootschap om de mogelijkheden van de crediteuren om betaling door deze vennootschap te verkrijgen***

VIP Montage B.V. is bij vonnis van 29 juni 2010 in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. M. Windt tot curator. Doven hield de aandelen in VIP. De aandelen in Doven werden gehouden door de Stichting Administratiekantoor Doven. X bezat alle certificaten van de aandelen in Doven. Doven was tevens enig statutair bestuurder van VIP, en X was bestuurder van de Stichting en van Doven.

In de twee maanden voorafgaand aan het faillissement zijn diverse betalingen van de bankrekeningen van VIP verricht. De voornoemde betalingen zijn betalingen van VIP aan Doven, aan de Belastingdienst en aan de broer van X. Tussen VIP en Doven bestond een managementovereenkomst op grond waarvan Doven gerechtigd was tot een vergoeding voor de verrichte directiewerkzaamheden. VIP en Doven vormden een fiscale eenheid zodat zij beide jegens de Belastingdienst hoofdelijk verbonden waren voor de betaling van de verschuldigde omzetbelasting en de broer van X verhuurde een auto aan VIP, zodat VIP aan

hem huur was verschuldigd.

De curator vordert een verklaring voor recht dat de betalingen op grond van artikel 6:162 BW onrechtmatig zijn verricht door Dovenio in haar hoedanigheid van bestuurder van VIP jegens de gezamenlijke schuldeisers van VIP en dat deze bestuurdersaansprakelijkheid, gebaseerd op grond van artikel 2:11 BW, hoofdelijk uitstrekt tot X. De curator vordert tevens dat Dovenio en X hoofdelijk zullen worden veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 36.664,54.

De curator stelt dat VIP zich in een zodanig slechte financiële situatie bevond dat het Dovenio als statutair bestuurder van VIP niet meer vrijstond met voorrang zichzelf te betalen, te bevoordelen (betaling aan de Belastingdienst) of de broer van X te betalen. Volgens de curator had Dovenio de paritas creditorum in acht moeten nemen en zelf het faillissement moeten aanvragen.

Dovenio heeft verstek laten gaan maar X weerspreekt de argumenten van de curator gemotiveerd. Hij voert onder andere aan dat de pauliana een lex specialis is, die gaat voor de vordering uit onrechtmatige daad. Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad 'Van Dooren q.q./ABN AMRO I' stelt X dat de vordering uit onrechtmatige daad enkel bestaanbaar is als niet aan de pauliana-vereisten is voldaan. Om die reden is X van mening dat de curator niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Daarnaast stelt X dat de curator geen Peeters q.q./Gatzen-vordering toekomt, omdat er geen sprake is van een opdracht van gezamenlijke schuldeisers op grond van artikel 68 lid 1 Faillissementswet.

De rechtbank is van oordeel dat het beroep op niet-ontvankelijkheid geen doel treft en overweegt daartoe dat X niet de ontvanger is van de betalingen van de VIP. Dat betekent dat de curator zijn vordering jegens X niet kan baseren op pauliana. Dovenio heeft wel betalingen ontvangen, maar heeft verstek laten gaan, zodat de aangevoerde verweren niet namens haar zijn gevoerd. De rechtbank overweegt dat de curator op grond van de Peeters q.q./Gatzen-jurisprudentie slechts bevoegd is om een vordering op grond van onrechtmatige daad in te stellen indien sprake is van een algemene schuldeisersbenadeling. Het is volgens de rechtbank duidelijk dat de onrechtmatige daad-vordering van de curator namens alle schuldeisers is ingesteld.

De rechtbank overweegt dat het Dovenio niet vrijstond om betalingen aan specifieke schuldeisers te verrichten omdat zij hierdoor de kans heeft vergroot dat VIP haar schulden aan andere crediteuren niet zou kunnen voldoen (ten aanzien van de laatste betalingen geldt dat X heeft erkend dat hij als bestuurder van Dovenio zes dagen voor de behandeling van het faillissementsrekest de oproepingsbrief van de rechtbank heeft ontvangen.) Dovenio treft als bestuurder persoonlijk ernstig verwijt, met name omdat het betalingen betreft waarvan zijzelf



indirect beter werd en waardoor de broer van haar bestuurder werd bevoordeeld, terwijl vaststaat dat VIP nog tal van andere schuldeisers had. Van een statutair bestuurder mag worden verwacht dat hij rekening houdt met de financiële situatie van de vennootschap om de mogelijkheden van de crediteuren om betaling door deze vennootschap te verkrijgen.

X stelt onder andere dat er pas sprake kan zijn van bestuurdersaansprakelijkheid als de eventuele acties van de curator op grond van een faillissementspauliana jegens de ontvangers van de gewraakte betalingen zouden falen. De rechtbank oordeelt dat dit niet volgt uit het systeem van de wet en dat het de curator vrijstaat ervoor te kiezen de bestuurder uit hoofde van onrechtmatige daad aan te spreken en de schade van de boedel op hem te verhalen.

Een en ander leidt tot de conclusie dat alle betalingen onrechtmatig zijn verricht, dat Dovenon en X op grond van artikel 6:162 juncto 2:11 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de terugbetaling van die bedragen.

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 11-12-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2013:10378

**Zaaknummer:** C/10/419615 HA ZA 13-242

**Wetsartikelen:** 6:162 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

## **Belamio/Ushant**

### ***Aandeelhoudersovereenkomst. Bewijswaardering bij geldleenovereenkomst***

In de Aandeelhoudersovereenkomst van 1 maart 2012 hebben de aandeelhouders in ZP Service, waaronder Belamio, Ushant en bedrijf 1, afgesproken dat ieder 'tot een maximaal bedrag van € 60.000 kapitaal in ZP Service en PA BV inbrengt, in de vorm van aandelenkapitaal dan wel een achtergestelde geldlening'. In de overeenkomst van geldlening van januari 2012 tussen Belamio als geldverschaffer en Ushant en H als geldnemers is onder meer het volgende bepaald: 'De schuldenaar kan over de lening beschikken voor de financiering van een kapitaalstorting in ZP Service BV dan wel ZP PA BV.'. In de Beëindigingsovereenkomst, waarin de voorwaarden voor beëindiging van de samenwerking tussen de vier aandeelhouders in ZP Service is geregeld en die ook door Belamio en Ushant is ondertekend, is onder meer bepaald 'Partijen komen overeen dat H zijn gehele aandelenpakket in ZP service zal overdragen aan ZP service B.V., of een nader door ZP service aan te wijzen (rechts)persoon. De stortingsplicht van H van de aanvullende financiering ten bedrage komt te vervallen door uitvoering van deze aandelenoverdracht. Voor het overige ontstaat door deze overeenkomst een finale kwijting tussen H/Ushant en ZP service B.V. Dit laat onverlet de bilaterale schuldverhouding tussen Belamio BV en H'.

Ushant heeft haar aandelenpakket in ZP Service conform de Beëindigingsovereenkomst overgedragen. Belamio heeft het door haar gestelde bedrag van € 60.000 niet aan Ushant of H betaald en het evenmin als één bedrag aan ZP Service of ten behoeve van laatstgenoemde voor Ushant betaald. In het tussenvonnis heeft de rechtbank, met toepassing van de hoofdregel van artikel 150 Rv, Belamio opgedragen te bewijzen dat Belamio een bedrag van € 60.000 onder de overeenkomst van geldlening aan Ushant ter beschikking heeft gesteld door dat bedrag in enkele bedragen in 2012 aan of ten behoeve van ZP Service te betalen bij wijze van voldoening van de verplichting van Ushant tot inbreng in ZP Service.

De rechtbank oordeelt als volgt. Gegeven de afspraak in de Aandeelhoudersovereenkomst en mede gelet op het bepaalde in de artikelen 2:191 en 191a (oud) BW, diende Ushant het bedrag van 'maximaal' € 60.000 in beginsel in geld te storten op de bankrekening van ZP Service.

Ingevolge artikel 6:30 lid 1 BW kan een ander (hier: Belamio) dan de schuldenaar (hier: Ushant) de verbintenis van de schuldenaar ten opzichte van de schuldeiser (hier: ZP Service) voldoen en wordt met die betaling de schuldenaar gekweten, mits die ander bij zodanige betaling zich ervan bewust is dat de verbintenis rust op de schuldenaar, een ander dan hemzelf, en hij beoogt de verbintenis van die schuldenaar te voldoen (vgl.: TM. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 158; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1 2012/199 e.v.).

Betaling door een derde (hier: Belamio) van een schuld van een ander (hier: Ushant) aan de schuldeiser (hier: ZP Service) kan ook geschieden in de vorm dat de derde een schuld van de schuldeiser aan een vierde partij voldoet. Bij zodanige betaling voor de schuldeiser aan een vierde partij is in feite sprake van ‘dubbele’ betaling voor een ander en zal het minder duidelijk zijn of de derde die betaling verrichtte ter kwijting van de schuld van de schuldenaar aan de schuldeiser.

Het gaat hier om bewijslevering van de stelling van Belamio, een rechtspersoon, dat zij aan ZP Service, ook een rechtspersoon, of aan een vierde partij ten behoeve van ZP Service, betalingen tot het bedrag van € 60.000 heeft verricht ter voldoening aan de stortingsverplichting van Ushant, ook een rechtspersoon, als aandeelhouder van ZP Service. Bij handelingen tussen rechtspersonen mag er in beginsel van worden uitgegaan dat schriftelijk wordt gehandeld.

Uit de stellingen van Belamio en uit een aantal niet bestreden bescheiden blijkt dat Belamio vóór november 2012 diverse betalingen heeft verricht aan en ten behoeve van ZP Service. Met die betalingen bedoelde Belamio, onder meer aan haar eigen stortingsplicht, die van bedrijf 1 en die van Ushant te voldoen. Uit de enkele omstandigheid dat Belamio aan of voor ZP Service betalingen deed, kan derhalve niet worden afgeleid dat zij die betalingen ter delging van de schuld van Ushant aan ZP Service verrichtte.

Tussen partijen is niet in geschil dat de administratie van ZP Service in 2012 werd gevoerd door of onder verantwoordelijkheid van R, de bestuurder en aandeelhouder van Belamio. Van Belamio mocht worden verwacht dat voor zover zij met haar betalingen aan of ten behoeve van ZP Service beoogde op de schuld van Ushant te betalen, zij daarvan schriftelijk liet blijken. Derhalve diende Belamio bij betalingen op de schuld van Ushant aan ZP Service en/of aan Ushant/mede te delen dat zij voor Ushant betaalde. Op een storting na, kan uit de gedane betalingen niet worden afgeleid dat Belamio de stortingsverplichtingen van Ushant is nagekomen.

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 11-12-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2013:10573

**Zaaknummer:** C/10/417841 / HA ZA 13-158

**Wetsartikelen:** 6:119 BW en 150 Rv