

Voorvoemde aspecten zijn onderbelicht in het arrest van het hof. Het hof oordeelt dat niet kan worden gezegd dat het handhaven van het eerder genomen besluit van 1 april 2011 niet kan worden beschouwd als een rechtsgeldig besluit tot ontslag van de bestuurder. Uit rechtsoverweging 7.7.3 lijkt te volgen dat het hof meent dat de vergadering van 5 april als een aandeelhoudersvergadering zou kunnen worden beschouwd, nu een vertegenwoordiger van de enig aandeelhouder en de bestuurder zelf aanwezig waren.

In het midden wordt gelaten of dit aandeelhoudersbesluit binnen of buiten vergadering is genomen. Nu een en ander heeft plaatsgevonden in 2011 is het oude recht van toepassing. Art. 2:225 BW (oud) heelde het ontbreken van een oproeping, mits er met algemene stemmen een besluit wordt genomen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is. Dat was hier het geval. Sinds 1 oktober 2012 bepaalt art. 2:225 BW dat een wettig besluit alleen kan worden genomen, mits alle vergadergerechtigden ermee hebben ingestemd dat de besluitvorming plaatsvindt en de bestuurders en de commissarissen voorafgaand aan de besluitvorming in de gelegenheid zijn gesteld om advies uit te brengen. Het was maar zeer de vraag of de bestuurder in deze kwestie daaraan zou hebben meegewerkt.

Op het schenden van de hoorplicht dan wel het adviesrecht gaat het hof niet in. Dit terwijl de bestuurder heeft aangegeven dat hij niet is gehoord en de enig aandeelhouder dit heeft betwist. De voorzieningenrechter vond dit aspect wel relevant en oordeelde dat in de in het geding gebrachte stukken onvoldoende steun te vinden was voor de stelling dat de bestuurder was gehoord en een rechtsgeldige ontslagbeslissing was genomen. Het hof houdt het bij de overweging dat de bestuurder aanwezig was op de desbetreffende vergadering, maar gaat verder niet in op de vraag in hoeverre de bestuurder zich over het voornemen tot dat ontslag heeft kunnen uitlaten. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat het hof dit meningsverschil tussen partijen en het oordeel daarover het bestek van het kort geding te buiten vond gaan. De bestuurder ontvangt nog een vergoeding met betrekking tot de niet in acht genomen opzegtermijn. Of al het procederen de moeite waard is geweest, is overigens nog maar de vraag, nu uit het arrest volgt dat de vennootschap een lege vennootschap was. De reden voor ontslag was immers ook het ontbreken van financiële middelen...

E.A. van de Kuilen
AKD

62

Hof Arnhem-Leeuwarden
4 februari 2014, nr. 200.083.520-01
ECLI:NL:GHARL:2014:750
(mr. Zandbergen, mr. Janse, mr. Van der Pol)
Noot R.A. Wolf

Aansprakelijkheid vereffenaars. Voldoende ernstig persoonlijk verwijt.

Omdat op de vereffenaar dezelfde aansprakelijkheid rust als op een bestuurder mag naar het oordeel van het hof naar analogie van HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 alleen dan worden aangenomen dat de vereffenaar jegens de schuldeiser van de ontbonden rechtspersoon onrechtmatig heeft gehandeld waar hem een voldoende ernstig verwijt treft.

[BW art. 2:9, 2:23, 2:23a, 2:23c, 2:374; WvK art. 32]

Op grond van het bepaalde in art. 2:23a lid 1 BW geldt dat iedere vereffenaar dezelfde bevoegdheden, plichten en aansprakelijkheid heeft als een bestuurder, voor zover deze verenigbaar zijn met zijn taak als vereffenaar, tenzij de statuten anders bepalen. Vereffening houdt in dat de activa van de ontbonden rechtspersoon (en c.v.) te gelde worden gemaakt en dat schulden van de rechtspersoon worden betaald. Ten aanzien van schuldeisers zullen vereffenaars zorgvuldig te werk moeten gaan, en een tekortschieten van de vereffenaars in een behoorlijke behartiging van de belangen van de schuldeisers kan tegenover hen onrechtmatig zijn. Gelet op het feit dat op de vereffenaar dezelfde aansprakelijkheid rust als op een bestuurder mag naar het oordeel van het hof naar analogie van HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 rov. 3.5 alleen dan worden aangenomen dat de vereffenaar jegens de schuldeiser van de ontbonden rechtspersoon (en vennootschap) onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Naar het oordeel van het hof valt [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] daarvan ook een voldoende ernstig verwijt te maken. Door na te laten aangifte tot faillietverklaring te doen, hebben zij zichzelf als debiteuren van [aannemersbedrijf] immers bevoordeeld omdat zij buiten een faillissement niet zouden worden aangesproken ter zake van de inlossing van hun schuld van € 261.917,- aan [aannemersbedrijf], met mogelijke benadeling van [appellant] als voorzienbaar gevolg. In die situatie bleef [appellant] immers geheel onbetaald, terwijl een faillissement in beginsel zou hebben betekend dat de curator de vordering van [aannemersbedrijf] op [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] zou hebben moeten innen. De daarmee gerealiseerde bate zou vervolgens – indien er geen bevoorrechte schuldeisers zijn, hetgeen niet is gesteld – gelijkelijk, pondspondsgewijs, zijn verdeeld over het gezamenlijke bedrag van de concurrente schuldeisers. Voor zover bekend zijn dat alleen [vader van geïntimeerden] en [appellant]. De opvatting van [geïntimeerde 2] dat [appellant] niet is benadeeld omdat hetgeen door [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] op hun schuld zou worden terugbetaald vervolgens volledig aan [vader van geïntimeerden] zou worden doorbetaald is daarmee onjuist. De enkele stelling van [geïntimeerde 2] dat de vorderingen van [aannemersbedrijf] op Arie en [geïntimeerde 1] (volledig) 'oninbaar' zijn en dat inlossing van

die schuld 'eenvoudigweg niet mogelijk is' (memorie van antwoord in principaal appel, tevens memorie van grieven in incidenteel appel sub 49) passeert het hof bij gebreke van een voldoende concrete onderbouwing daarvan, bijvoorbeeld aan de hand van financiële gegevens.

[appellant], wonende te [woonplaats],
appellant in het principaal hoger beroep,
geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg: eiser,
hierna: [appellant],
advocaat: mr. J.H. Mastenbroek, kantoorhoudend te Groningen,
tegen
1 [geïntimeerde 1], wonende te [woonplaats],
hierna: [geïntimeerde 1],
in eerste aanleg: gedaagde
niet verschenen,
2. [geïntimeerde 2], wonende te [woonplaats],
hierna: [geïntimeerde 2],
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,
appellant in het incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg: gedaagde,
advocaat: mr. P.P.R. Hoekstra, kantoorhoudend te Groningen.

Hof:

1 Het geding in eerste aanleg

In eerste aanleg is geprocedeerd en beslist zoals weergegeven in de vonnissen van 5 december 2007 en 27 oktober 2010 van de rechtbank Groningen.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure is als volgt:
– de dagvaarding in hoger beroep d.d. 26 januari 2011,
– het aan [geïntimeerde 1] verleende verstek,
– de memorie van grieven,
– de memorie van antwoord in principaal appel, tevens van grieven in incidenteel appel (met producties) van de zijde van [geïntimeerde 2],
– de memorie van antwoord in incidenteel appel (met producties).
2.2 Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.
2.3 De vordering in hoger beroep van [appellant] luidt: "dat het gerechtshof het door de rechtbank Groningen op 27 oktober 2010 tussen partijen gewezen vonnis vernietigt en opnieuw recht doende bij arrest, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad: Geïntimeerde veroordeelt aan appellant tegen behoorlijk bewijs van kwijting wegens schadevergoeding te betalen de som van € 33.780,57, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 7 juli 2000, althans vanaf de dag der dagvaarding tot op de dag der algehele voldoening, met veroordeling van geïntimeerden in de kosten van deze procedure in beide instanties, de beslagkosten daaronder begrepen."
2.4 De vordering van [geïntimeerde 2] luidt: "dat het het gerechtshof moge behagen, zonodig onder aanvulling en/of verbetering van de gronden, te bevestigen het vonnis van de Rechtbank te Groningen d.d. 5 december 2007, waarvan beroep, met veroordeling van [appellant] in de kosten in beide instanties."

3 De feiten

3.1. De volgende feiten zijn tussen partijen niet in geschil.
3.2. Aannemersbedrijf [aannemersbedrijf] (hierna: [aannemersbedrijf]) had ten doel het uitoefenen van een aannemers-

bedrijf. Commanditaire vennoten waren de broers [geïntimeerde 2] en [geïntimeerde 1]. De beherend vennoot was [beherend vennoot] (hierna: [beherend vennoot]). [geïntimeerde 2] en [geïntimeerde 1] waren enig aandeelhouders van [beherend vennoot].

3.3 Bij scheidsrechterlijk (deel)vonnis van 14 april 2004 is [aannemersbedrijf] alsmede haar beherend vennoot [beherend vennoot] veroordeeld om aan [appellant] te betalen een bedrag van € 8500,= te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 7 juli 2000.

3.4. Op 10 juni 2004 is de naam van [aannemersbedrijf] gewijzigd in Timmerwerkplaats Groningen CV (om reden van leesbaarheid zal het hof hierna de naam '[aannemersbedrijf]' aanhouden).

3.5 Op 22 juni 2004 is de naam van [beherend vennoot] gewijzigd in De Gladiol Groningen BV (om reden van leesbaarheid zal het hof hierna de naam '[beherend vennoot]' aanhouden).

3.6. Op 29 november 2004 heeft [beherend vennoot] als beherend vennoot van [aannemersbedrijf] het besluit genomen tot ontbinding van [aannemersbedrijf], waarna deze vennootschap in liquidatie is getreden.

3.7. Eveneens op 29 november 2004 hebben [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] als aandeelhouders van [beherend vennoot] het besluit genomen tot ontbinding van deze vennootschap.

3.8. Bij scheidsrechterlijk eindvonnis van 27 september 2005 zijn [aannemersbedrijf] en [beherend vennoot] veroordeeld tot betaling aan [appellant] van een bedrag van € 11.180,37 te vermeerderen met de wettelijke rente hierover met ingang van 7 juli 2000 tot aan de dag der algehele voldoening, alsmede een bedrag van € 14.100,20 te vermeerderen met de wettelijke rente over € 4880,19 met ingang van 7 juli 2000 tot aan de dag der algehele voldoening.

3.9. De rechtsgrond van de veroordeling was een toerekenbare tekortkoming van [aannemersbedrijf] c.q. [beherend vennoot] bij de uitvoering van de aannemingsovereenkomst die gesloten was met [appellant], in verband met de bouw van een bedrijfs-hal voor [appellant].

3.10. Het als productie 4 bij de inleidende dagvaarding overgelegde uittreksel uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel voor Noord-Nederland van 17 oktober 2012 vermeldt 16 februari 2005 als tijdstip van het einde van de liquidatie en [geïntimeerde 1] als vereffenaar van [beherend vennoot] sinds 29 november 2004 en als bewaarder van boeken en bescheiden sinds 16 februari 2005.

3.11. Op de bij het handelsregister gedeponeerde staat van rekening en verantwoording van [beherend vennoot] d.d. 15 december 2004 is als enig actief vermeld "deelnemingen in groepsmaatschappijen ad € 18.403,="". Op de passiefzijde is vermeld "geplaatst kapitaal € 18.151,=" en "overige reserves – € 678,=" en "schulden aan leveranciers en handelskredieten € 1,=" en "schulden aan groepsmaatschappijen € 929,="". De vordering van [appellant] is niet vermeld.

3.12. [aannemersbedrijf] en [beherend vennoot] hebben niet voldaan aan de onder 3.3. en 3.8. genoemde veroordelingen jegens [appellant].

3.13. Bij vonnis van de rechtbank Groningen van 16 augustus 2006 is het verzoek van [appellant] strekkende tot faillietverklaring van [aannemersbedrijf] en [beherend vennoot] afgewezen. Daartoe overwoog de rechtbank, voor zover van belang: 'De rechtbank is van oordeel dat niet summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden die aannemelijk maken dat er nog baten zijn. Een deelneming in een groepsmaatschappij, in casu een ontbonden commanditaire vennootschap, noch een eventuele persoonlijke aansprakelijkheid van de vereffenaar jegens de schuldeisers, kunnen als zodanig worden beschouwd. Ook

overigens is het bestaan van een bate niet aannemelijk geworden. Daarnaast is de rechtbank niet gebleken van pluraliteit van schuldeisers.’

3.14. Bij arrest van 3 februari 2009 heeft het (voormalige) hof Leeuwarden met betrekking tot de in de onderhavige procedure ingestelde incidentele vordering van [appellant] strekkende tot openlegging van stukken door [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] op de voet van artikel 162 Rv als volgt beslist: ‘vernietigt het vonnis van de rechtbank Groningen van 5 december 2007, voor zover gewezen in het incident;

en opnieuw rechtdoende:

beveelt [geïntimeerden] tot openlegging dan wel overlegging van een afschrift van de volgende bescheiden van De Gladiol Groningen BV en Timmerwerkplaats Groningen CV aan [appellant], binnen veertien dagen na het wijzen van dit arrest:

– de jaarrekeningen over de jaren 2001, 2002, 2003 en 2004;
– het grootboek inclusief rekenschema en kolommenbalans over dezelfde vier jaren;

– bankafschriften van rekeningen over de genoemde vier jaren;
– kasboeken over de genoemde vier jaren;

wijst de incidentele vordering jegens [geïntimeerde 2] af.’

3.15. De als productie 9 bij conclusie van repliek door [appellant] overgelegde balans per 31 december 2003 van [aannemersbedrijf] vermeldt de volgende passiva:

‘EIGEN VERMOGEN 31 december 2003 31 december 2002
kapitaal de heer [geïntimeerde 2] -188.390 – 167.163
kapitaal de heer [geïntimeerde 1] – 91.942 -88.197
kapitaal [geïntimeerden] 18.403 17.817
-261.929

LANGLOPENDE SCHULDEN 107.010

KORTLOPENDE SCHULDEN

schulden aan groepsmaatschappijen 54.186

rekening-courant de heer [aannemersbedrijf] 100.721

overige schulden en overlopende

passiva 681’

4 Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

4.1. [appellant] vordert betaling van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] van een bedrag van € 33.780,57 vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 7 juli 2000, zijnde de som van de onder 3.3. en 3.8. genoemde bedragen waartoe [aannemersbedrijf] en [beherend vennoot] door het scheidsgerecht van Arbitrage voor de Bouw jegens [appellant] zijn veroordeeld. Het betreft de schade die [appellant] stelt te lijden doordat zijn vordering op de ontbonden vennootschappen [aannemersbedrijf] en [beherend vennoot] oninbaar zijn gebleken. [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] zijn als vereffenaars opgetreden van de ontbonden vennootschappen. Zij hebben in die hoedanigheid volgens [appellant] zijn belangen als crediteur van [aannemersbedrijf] en [beherend vennoot] verwaarloosd en hen treft daarvan een persoonlijk verwijt, (a) omdat zij inbreuk hebben gemaakt op het vermogensrecht van [appellant] als schuldeiser door bij de liquidatie geen rekening te houden met zijn vordering, maar zichzelf als aandeelhouder wel te betalen, (b) zij hebben als liquidateur in strijd met een wettelijke plicht gedragen door ten onrechte geen faillissement aan te vragen (artikel 2:23a lid 4 BW) en (c) zij hebben zich meer in het algemeen gedragen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, door het doelbewust daarop aan te sturen dat een ‘lege’ BV als beherend vennoot achterbleef. Gelet daarop houdt [appellant] [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] op de grondslag van een onrechtmatige daad aansprakelijk voor de schade die hij lijdt als gevolg van het feit dat zijn vordering jegens [aannemersbedrijf] en [beherend vennoot] oninbaar is gebleken.

4.2. De rechtbank heeft bij het bestreden eindvonnis de vordering van [appellant] afgewezen. Daartoe oordeelde zij als volgt: ‘[aannemersbedrijf] is op 29 november 2004 ontbonden. In het kader van deze ontbinding diende te worden overgegaan tot vereffening, waarbij lopende zaken moesten worden afgewikkeld; vorderingen behoorden te worden geïnd; schulden te worden betaald en voor zover nodig of wenselijk dienden activa van de vennootschap te gelde worden gemaakt. Het resterende saldo diende te worden verdeeld. In het onderhavige geval heeft geen vereffening plaatsgevonden en is ook geen vermogen geliquideerd. Het betoog van gedaagden dat vereffening achterwege kon blijven omdat er maar een crediteur was die volgens hen geen belang had bij vereffening, verwerpt de rechtbank. Al in 2000, derhalve vier jaar voor ontbinding van de vennootschap had eiser een vordering tegen [aannemersbedrijf] (en [beherend vennoot]) aanhangig gemaakt bij de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven. Op het moment dat [aannemersbedrijf] werd ontbonden lag er inmiddels een scheidsrechtelijk tussenvonnis op basis waarvan [aannemersbedrijf] gehouden was een bedrag aan eiser te voldoen. Eiser had derhalve ten tijde van de ontbinding van [aannemersbedrijf] reeds een vordering op de vennootschap, ook al stond de exacte hoogte van de vordering nog niet vast. In dat licht bezien konden gedaagden als vereffenaars niet stil blijven zitten. Van hen mocht in de gegeven omstandigheden worden verwacht dat zij de vorderingen van [aannemersbedrijf] – waaronder de vorderingen die de vennootschap had ter hoogte van circa € 280.000,= – zo spoedig mogelijk zou innen, danwel over de (on)inbaarheid daarvan verantwoording af zouden leggen. Als aan gedaagden vervolgens zou zijn gebleken dat de schulden de baten vermoedelijk zouden overtreffen, dan had zij aangifte tot faillietverklaring van [aannemersbedrijf] behoren te doen. Door een en ander na te laten hebben gedaagden, in hun hoedanigheid van vereffenaars, de belangen van eiser veronachtzaamd en hebben zij onrechtmatig jegens eiser gehandeld. De vraag is evenwel of eiser schade heeft geleden als gevolg van deze onrechtmatigheid. De bewijslast van de gestelde schade en het causale verband tussen de onrechtmatige gedraging en de gepretendeerde schade (eiser vordert gedaagden te veroordelen tot betaling van het volledige bedrag dat [aannemersbedrijf] en [beherend vennoot] aan eiser dienden te voldoen op basis van de scheidsrechtelijke vonnissen van 14 april 2004 en 27 april 2005) rust op eiser. Eiser heeft inzage gehad in de boeken van [aannemersbedrijf] en [beherend vennoot] maar desondanks in het geheel niet onderbouwd dat en in hoeverre hij schade heeft geleden door toedoen van gedaagden, terwijl dit wel van hem verwacht mocht worden. Eiser heeft naar het oordeel van de rechtbank dan ook onvoldoende gesteld om toegelaten te kunnen worden tot bewijslevering dat, als de tekortkoming van gedaagden wordt weggedacht, hij zijn vordering op [aannemersbedrijf] (al dan niet ten dele) had kunnen innen. Het voorgaande leidt ertoe dat de vordering van eiser zal worden afgewezen.’

5 De beoordeling van het hoger beroep

In het principaal en in het incidenteel appel

5.1. De grieven I, III en IV in het principaal appel keren zich tegen de afwijzing van de vordering op de grond dat [appellant] onvoldoende heeft gesteld om toegelaten te worden tot het bewijs van de schade en het causaal verband met het onrechtmatig handelen van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2]. Met Grief II wordt betoogd dat [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] (tevens) op grond van bestuurdersaansprakelijkheid aansprakelijk zijn voor de schade.

5.2. Grief A in het incidenteel appel keert zich tegen de vaststelling door de rechtbank in het tussenvonnis van 5 december 2007 (rov. 3.2.) dat [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] als vereffenaars van [aannemersbedrijf] en [beherend vennoot] zijn opgetreden. Grief B in het incidenteel appel keert zich, kort samengevat, tegen het oordeel van de rechtbank dat [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] als vereffenaars onrechtmatig hebben gehandeld jegens [appellant]. Het hof vindt, gelet op het door partijen gevoerde debat over de aansprakelijkheid van vereffenaars, aanleiding eerst de beide grieven in het incidenteel appel te bespreken.

5.3. Volgens grief A is alleen [geïntimeerde 1] benoemd tot vereffenaar van [beherend vennoot], hetgeen volgens [geïntimeerde 2] blijkt uit het onder 3.10. genoemde uittreksel uit het handelsregister. Alleen [geïntimeerde 1] heeft zich volgens [geïntimeerde 2] beziggehouden met de vereffening van [beherend vennoot] en [aannemersbedrijf], waarvan [geïntimeerden] de beherend vennoot was. Daaromtrent oordeelt het hof als volgt.

5.4. Ingevolge artikel 32 K geldt dat, tenzij bij het vennootschapscontract anders is bepaald, bij ontbinding van de c.v. de vereffening van de boedel geschiedt door de beherend vennoot of de beherende vennoten. De beherend vennoot van [aannemersbedrijf] was [beherend vennoot]. Nu is gesteld noch gebleken dat bij het vennootschapscontract anders is bepaald, geldt [beherend vennoot] als vereffenaar van de boedel van [aannemersbedrijf]. [beherend vennoot] is eveneens ontbonden en wel krachtens besluit van 29 november 2004 van haar beide aandeelhouders [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2]. Voor zover de rechter geen andere vereffenaars heeft benoemd en de statuten geen andere vereffenaars aanwijzen, worden de bestuurders vereffenaars van de ontbonden rechtspersoon (artikel 2:23 lid 1 BW). Blijkens artikel 1 van de slotbepalingen van de als productie 3 bij de memorie van antwoord in het incidenteel appel overgelegde oprichtingsakte van [beherend vennoot] van 5 juli 1994, zijn [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] tot directeuren van [beherend vennoot] benoemd. Volgens artikel 21 lid 1 van die statuten geschiedt bij ontbinding van de vennootschap de vereffening door de directie. Bij de eveneens als productie 3 bij de memorie van antwoord in het incidenteel appel overgelegde akte van statutenwijziging van 22 juni 2004 is artikel 21 lid 1 ongewijzigd gebleven, maar ontbreekt de laatste pagina met de ‘slotbepalingen’, zodat het hof niet kan vaststellen of zich daarin ten opzichte van de oprichtingsakte van 5 juli 1994 wijzigingen hebben voorgedaan wat betreft de directie. Meer in het bijzonder dient het hof te kunnen vaststellen of niet alleen [geïntimeerde 1] maar ook [geïntimeerde 2] op 29 november 2004 (nog) bestuurder was van [beherend vennoot]. Indien dat het geval is volgt uit artikel 2:23 lid 1 BW dat [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] beiden als de vereffenaars hebben te gelden van [beherend vennoot] (en indirect van [aannemersbedrijf]), nu is gesteld noch gebleken dat de rechter andere vereffenaars heeft benoemd of de statuten uitsluitend [geïntimeerde 1] als vereffenaar aanwijzen. Aan de enkele omstandigheid dat het uittreksel uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel voor Noord-Nederland van 17 oktober 2012 uitsluitend [geïntimeerde 1] vermeldt als vereffenaar van [beherend vennoot] komt, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, geen beslissende betekenis toe.

5.5. Naast het feit van de ontbrekende laatste pagina is het zo dat [geïntimeerde 2] nog niet op de bij memorie van antwoord in het incidenteel appel overgelegde producties heeft kunnen reageren. Een rolverwijzing kan evenwel achterwege blijven, gelet op het navolgende. De door grief A in het incidenteel appel aan de orde gestelde vraag of naast [geïntimeerde 1] ook [geïntimeerde 2] op 29 november 2004 (nog) bestuurder (en daarmee ver-

effenaar) was van [beherend vennoot] kan in het midden blijven gelet op de hierna volgende beslissing in het principaal appel. Het hof gaat er bij het navolgende veronderstellenderwijs vanuit dat [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] beiden als vereffenaars moeten worden aangemerkt.

5.6. Met betrekking tot de vraag naar de aansprakelijkheid van vereffenaars – grief B in het incidenteel appel – wordt door het hof het volgende vooropgesteld.

5.7. Op grond van het bepaalde in artikel 2:23a lid 1 BW geldt dat iedere vereffenaar dezelfde bevoegdheden, plichten en aansprakelijkheid heeft als een bestuurder voor zover deze verenigbaar zijn met zijn taak als vereffenaar, tenzij de statuten anders bepalen. Vereffening houdt in dat de activa van de ontbonden rechtspersoon (en c.v.) te gelde worden gemaakt en dat schulden van de rechtspersoon worden betaald. Ten aanzien van schuldeisers zullen vereffenaars zorgvuldig te werk moeten gaan, en een tekortschieten van de vereffenaars in een behoorlijke behartiging van de belangen van de schuldeisers kan tegenover hen onrechtmatig zijn. Gelet op het feit dat op de vereffenaar dezelfde aansprakelijkheid rust als een bestuurder mag naar het oordeel van het hof naar analogie van HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006, 659 rov. 3.5 alleen dan worden aangenomen dat de vereffenaar jegens de schuldeiser van de ontbonden rechtspersoon (en vennootschap) onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in artikel 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

5.8. Het onder 4.1. (a) genoemde verwijt berust op de stelling dat aan [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] als aandeelhouders het op de staat van rekening en verantwoording van [beherend vennoot] d.d.

15 december 2004 als actief vermelde bedrag van € 18.403,= ter zake van “deelnemingen in groepsmaatschappijen” als batig saldo is uitgekeerd, terwijl [appellant] als concurrent crediteur onbetaald is gebleven. [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] hebben dat in de conclusie van antwoord gemotiveerd bestreden. Zij voeren aan (conclusie van antwoord sub 9 – 17) dat deze € 18.403,= slechts een deelneming betrof van [beherend vennoot] in [aannemersbedrijf] en dat, nu [beherend vennoot] geen baten meer had, deze deelneming van [beherend vennoot] in [aannemersbedrijf] per saldo niets waard is en geen werkelijk uitkeerbare bate betrof. In deze context hebben [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] erop gewezen dat de rechtbank in het onder 3.13. vermelde vonnis, waarbij het verzoek van [appellant] tot faillietverklaring [aannemersbedrijf] en [beherend vennoot] werd afgewezen, oordeelde dat een deelneming in een groepsmaatschappij niet kan worden aangemerkt als een ‘bate’. [appellant] is daarop bij repliek noch in appel bij memorie van antwoord in incidenteel appel ingegaan, en daaraan verbindt het hof de gevolgtrekking dat [appellant] dit verwijt niet langer handhaaft, althans dat hij dit verwijt niet voldoende (gemotiveerd) heeft onderbouwd tegenover hetgeen daartegen door [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] als verweer is aangevoerd.

5.9. Het onder 4.1. (c) genoemde verwijt heeft [appellant], na gemotiveerde betwisting door [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] bij conclusie van antwoord (sub 29.-32.), nadien evenmin van een concrete onderbouwing voorzien – hetgeen wel op zijn weg had gelegen – en kan dus evenmin worden gehonoreerd.

5.10. Volgens het onder 4.1 (b) genoemde verwijt hadden [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] als vereffenaars op grond van artikel 2:23a lid 4 BW het faillissement van de ontbonden rechtspersoon ([beherend vennoot]) en vennootschap ([aannemersbedrijf]) moeten aanvragen, voor zover de schulden de baten zouden overtreffen.

5.11. Volgens [geïntimeerde 2] was ten tijde van de ontbinding 'nog geenszins zeker' dat de schulden de baten zouden overtreffen, maar dat is niet de juiste maatstaf. Op grond van artikel 2:23a lid 4 BW doet de vereffenaar aangifte tot faillietverklaring als blijkt dat de schulden de baten 'vermoedelijk' zullen overtreffen. Die situatie doet zich volgens [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] niet voor. Sterker: er waren volgens hen in het geheel geen baten, voor welk geval artikel 2:19 lid 4 BW bepaalt dat de rechtspersoon direct ophoudt te bestaan en het niet meer tot een vereffening komt. Ter onderbouwing van dat standpunt hebben zij bij dupliek en [geïntimeerde 2] in de memorie van grieven in incidenteel appel, zakelijk weergegeven, het volgende aangevoerd.

5.12. Toen [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] de onderneming van hun vader, [vader van geïntimeerden] (hierna: [vader van geïntimeerden]), overnamen (in de BV/CV constructie), zaten er in die onderneming al aanzienlijke schulden. Om fiscale redenen is er bij de overname voor gekozen om die schulden op naam van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] te zetten. Deze schulden zijn vervolgens betaald via de onderneming, waardoor [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] dezelfde bedragen aan [aannemersbedrijf] verschuldigd waren. Hierdoor waren [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] direct bedragen verschuldigd aan [aannemersbedrijf], zonder dat zij daarvan ook maar een euro cash hadden ontvangen. Zodra winst gemaakt zou worden en aan de commandieten – [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] – zou worden uitgekeerd, zouden deze van [vader van geïntimeerden] c.q. de onderneming overgenomen schulden door verrekening weer verdwijnen. Via hun kapitaalrekeningen hebben [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] onttrekkingen gedaan, nu zij geen salaris ontvingen. Daardoor is het saldo van de kapitaalrekeningen in negatieve zin toegenomen. De onderneming maakte weinig winst, en om de vennootschap draaiend te houden heeft [vader van geïntimeerden] in totaal € 261.917,= in de vennootschap gestopt. Daartoe wordt verwezen naar de onder 3.15. genoemde balans van [aannemersbedrijf] per 31 december 2013, waaruit volgens [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] meer specifiek blijkt dat [vader van geïntimeerden] via [beherend vennoot] een bedrag van € 107.010,= (langlopend) heeft geleend aan [aannemersbedrijf], eveneens via [beherend vennoot] een bedrag van € 54.186,= (kortlopend) heeft geleend aan [aannemersbedrijf] en tot slot via een rekening-courant nog een bedrag van € 100.721,= aan [aannemersbedrijf] heeft geleend.

5.13. De juistheid van dit betoog is door [appellant] in appel niet (gemotiveerd) weersproken, zodat het hof daarvan dient uit te gaan. Verder staat vast (rov. 3.15) dat [aannemersbedrijf] op 31 december 2002 op [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] vorderingen had in verband met een negatief saldo van de kapitaalrekeningen ter grootte van € 88.197,= respectievelijk € 167.163,=, en dat deze vorderingen per 31 december 2003 in verband met onttrekkingen € 91.942,= respectievelijk € 188.390,= bedroegen. In totaal zijn [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] een bedrag van € 280.332,= aan [aannemersbedrijf] verschuldigd. Blijkens de onder 3.15. genoemde balans per 31 december 2003 moet dat bedrag worden verminderd met de deelneming van [beherend vennoot] in het kapitaal van [aannemersbedrijf] ten bedrage van € 18.403,=, hetgeen tussen partijen evenmin een punt van geschil vormt. Aldus resteert een schuld van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] aan de ontbonden vennootschap [aannemersbedrijf] van € 261.929,=.

5.14. Gelet op het feit dat op de datum van ontbinding (29 november 2004) de schuld van [aannemersbedrijf] en [beherend vennoot] aan [appellant] reeds € 8500,= te vermeerderen met de wettelijke rente bedroeg en dat zij er, in aanmerking geno-

men de vordering van [appellant] in de arbitrale procedure, rekening mee moesten houden dat die schuld nog groter zou worden (uiteindelijk bedroeg deze € 33.780,57 te vermeerderen met de wettelijke rente) moet de conclusie zijn dat de schulden (€ 261.917,= aan [vader van geïntimeerden] en € 8500,= vermeerderd met wettelijke rente aan [appellant]) de baten (€ 261.929,= in verband met de vordering op [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2]) vermoedelijk zouden (gaan) overtreffen. Dat betekent dat de vereffenaar(s) op de voet van artikel 2:23a lid 4 BW aangifte tot faillietverklaring hadden moeten doen. De uitzondering aan het slot van artikel 2:23a lid 4 BW doet zich niet voor, nu weliswaar naar gesteld [vader van geïntimeerden] wel instemde met het niet innen van de vorderingen op [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2], maar de bekende schuldeiser [appellant] niet naar zijn mening daarover is gevraagd. De laatste termijn bouwsom van € 11.500,= die [appellant] nog moest voldoen telt niet mee, omdat dit bedrag als gevolg van het geding beroep op opschorting door [appellant] (arbitraal vonnis 14 april 2004 rov. 63.) niet opeisbaar was. In zoverre zijn [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] als vereffenaars tekort geschoten in de behoorlijke behartiging van de belangen van [appellant] als schuldeiser van [aannemersbedrijf] en [beherend vennoot].

5.15. Naar het oordeel van het hof valt [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] daarvan ook een voldoende ernstig verwijt te maken. Door na te laten aangifte tot faillietverklaring te doen, hebben zij zichzelf als debiteuren van [aannemersbedrijf] immers bevoordeeld omdat zij buiten een faillissement niet zouden worden aangesproken ter zake van de inlossing van hun schuld van € 261.917,= aan [aannemersbedrijf], met mogelijke benadeling van [appellant] als voorzienbaar gevolg. In die situatie bleef [appellant] immers geheel onbetaald, terwijl een faillissement in beginsel zou hebben betekend dat de curator de vordering van [aannemersbedrijf] op [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] zou hebben moeten innen. De daarmee gerealiseerde bate zou vervolgens – indien er geen bevoorrechte schuldeisers zijn, hetgeen niet is gesteld – gelijkelijk, pondspondsgewijs, zijn verdeeld over het gezamenlijke bedrag van de concurrente schuldeisers. Voor zover bekend zijn dat alleen [vader van geïntimeerden] en [appellant]. De opvatting van [geïntimeerde 2] dat [appellant] niet is benadeeld omdat hetgeen door [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] op hun schuld zou worden terugbetaald vervolgens volledig aan [vader van geïntimeerden] zou worden doorbetaald is daarmee onjuist. De enkele stelling van [geïntimeerde 2] dat de vorderingen van [aannemersbedrijf] op Arie en [geïntimeerde 1] (volledig) 'oninbaar' zijn en dat inlossing van die schuld 'eenvoudigweg niet mogelijk is' (memorie van antwoord in principaal appel, tevens memorie van grieven in incidenteel appel sub 49) passeert het hof bij gebreke van een voldoende concrete onderbouwing daarvan, bijvoorbeeld aan de hand van financiële gegevens.

5.16. Grief B in het incidenteel appel kan dus niet slagen, omdat de vereffenaar(s) jegens [appellant] onrechtmatig heeft (hebben) gehandeld.

5.17. Het voorgaande betekent naar het oordeel van het hof nog niet dat [appellant] uiteindelijk ook daadwerkelijk schade heeft geleden als gevolg van het onrechtmatig handelen van vereffenaar(s). De omstandigheid dat [aannemersbedrijf] en [beherend vennoot] beide zijn ontbonden en vereffend staat er immers geenszins aan in de weg dat [appellant] nogmaals hun faillissement aanvraagt, en in dat faillissement zijn concurrente vordering ter verificatie indient (vgl. de route van HR 27 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1631 en HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4096 met noot [naam] in JBPr 2013, 52). Blijkens hetgeen hiervoor onder 5.14. is overwogen staan de ba-

ten wel vast terwijl ook is voldaan aan het vereiste van pluraliteit van schuldeisers (te weten [vader van geïntimeerden] en [appellant]). Bovendien kan [appellant] als opgekomen schuldeiser op de voet van artikel 2:23c BW om heropening van de vereffening verzoeken, nu immers is gebleken van een bate. Bij dit alles betreft het hof dat [appellant] niet heeft aangevoerd dat een faillissement van [aannemersbedrijf] en [beherend vennoot] dan wel een verzoek tot heropening van de vereffening voor hem nu ongunstiger zou uitpakken dan in 2006.

5.18. De grieven I en IV in het principaal appel falen derhalve. Grief III in het principaal appel – waarin de rechtbank wordt verweten dat zij de bewijslast ter zake van het causaal verband tussen het onrechtmatig handelen en de schade niet heeft omgedraaid – behoeft, gelet op het voorgaande, geen bespreking.

5.19. In het kader van grief II in het principaal appel – die een vermeerdering van de grondslag van de vordering inhoudt, namelijk bestuurdersaansprakelijkheid – heeft [appellant] Arie en [geïntimeerde 1] enerzijds het verwijt gemaakt dat zij als bestuurders aanzienlijke bedragen aan [aannemersbedrijf] hebben onttrokken, en anderzijds dat zij voor het tijdvak 2000 – 2004 geen enkele voorziening ex artikel 2:374 BW hebben getroffen voor de (mogelijk) negatieve uitkomst van de arbitrageprocedure. Het hof oordeelt daarover als volgt. De onder 3.15. vermelde onttrekkingen dateren van ruim voor het eerste scheidsrechterlijk (deel)vonnissen van 14 april 2004 en kunnen reeds daarom niet als een onrechtmatige daad jegens [appellant] worden aangemerkt. Ook het op artikel 2:374 BW geformuleerde verwijt kan niet slagen. [appellant] vorderde in de arbitrale procedure van [aannemersbedrijf] en [beherend vennoot] een bedrag van f 415.874,21 te vermeerderen met aanvullende schadevergoeding nader op te maken bij staat. Daarvan is uiteindelijk door arbiters slechts een bedrag van € 33.780,57 inclusief € 14.100,20 ter zake van proceskosten toegewezen. Gelet daarop kan zonder nadere onderbouwing – die niet wordt gegeven – niet worden gezegd dat een redelijk handelend bestuurder een verplichting jegens [appellant] als ‘waarschijnlijk of als vaststaand’ had moeten beschouwen en daarvoor op de balans een voorziening had moeten opnemen, noch daargelaten de vraag of dat had betekend dat een bedrag ter grootte van die voorziening dan ook daadwerkelijk voor [appellant] beschikbaar zou zijn geweest. Ook in zoverre is van een onrechtmatige daad van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] geen sprake.

5.20. Ook grief II in het principaal appel faalt.

5.21. Het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd. Aan het bewijsaanbod van [appellant] wordt voorbijgegaan omdat geen feiten en omstandigheden zijn aangevoerd die aan het voorgaande kunnen afdoen. Als de in het ongelijk gestelde partij dient [appellant] te worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep (1 punt tarief III). De kosten van het incidenteel appel komen niet ten laste van [geïntimeerde 2]. Naar vaste jurisprudentie kan de omstandigheid dat [geïntimeerde 2] in eerste aanleg gevoerde verweren in de vorm van een incidenteel hoger beroep onder de aandacht van het hof heeft gebracht, niet ertoe leiden dat verwerping van die verweren – en dientengevolge de verwerping van het incidenteel hoger beroep – [geïntimeerde 2] op een kostenveroordeling komt te staan (vgl. HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB4977).

De beslissing

Het gerechtshof, recht doende in hoger beroep, bekrachtigt de vonnissen van de rechtbank Groningen van 5 december 2007 en 27 oktober 2010, veroordeelt [appellant] in de kosten van het hoger beroep, zowel in het principaal als in het incidenteel appel, aan de zijde van [geïntimeerde 2] begroot op € 666,= voor verschotten en op

€ 1158,= voor salaris advocaat overeenkomstig het liquidatietaarif,

NOOT

1. In dit arrest staat de aansprakelijkheid van vereffenaars van een ontbonden besloten vennootschap centraal. Vereenvoudigd weergegeven, gaat het om het volgende. Timmerwerkplaats Groningen CV voert een aannemersbedrijf. Haar commanditaire vennoten zijn twee broers. De beherend vennoot is De Gladiool Groningen BV. Van deze BV zijn de twee broers enig aandeelhouder. Op 29 november 2004 heeft De Gladiool Groningen BV een besluit tot ontbinding genomen van Timmerwerkplaats Groningen CV. Diezelfde dag hebben de twee broers als aandeelhouders een besluit tot ontbinding van De Gladiool Groningen BV genomen. Op grond van arbitrale vonnissen, daterend deels voor en deels na deze besluiten tot ontbinding, zijn Timmerwerkplaats Groningen CV en De Gladiool Groningen BV gehouden een bedrag van circa € 34.000,= te voldoen aan een schuldeiser op grond van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een aannemingsovereenkomst gesloten tussen Timmerwerkplaats Groningen CV, als aannemer, en de schuldeiser, als opdrachtgever. Volgens opgave bij de Kamer van Koophandel is de liquidatie op 16 februari 2005 geëindigd en is een van de broers als vereffenaar opgetreden en bewaarder van de boeken en bescheiden van de BV. Op de bij het handelsregister gedeponeerde rekening en verantwoording is de vordering van de schuldeiser niet vermeld. Aan de arbitrale vonnissen is niet voldaan.

2. De schuldeiser vordert in deze procedure betaling van het openstaande bedrag van circa € 34.000,= van de beide broers. De rechtbank heeft de vordering afgewezen. Het hof bekrachtigt het vonnis. Het hof oordeelt dat de beide broers onrechtmatig jegens de schuldeiser hebben gehandeld, maar dat niet is komen vast te staan dat de schuldeiser daadwerkelijk schade heeft geleden als gevolg van dit handelen. Aan de overige grieven in principaal en incidenteel appel komt het hof daarom niet toe.

3. Allereerst bespreek ik het onrechtmatig handelen. In r.o. 5.7 geeft het hof de maatstaf voor de aansprakelijkheid van een vereffenaar. Art. 2:23a lid 1 BW bepaalt dat een vereffenaar dezelfde bevoegdheden, plichten en aansprakelijkheid als een bestuurder heeft, voor zover deze verenigbaar zijn met zijn taak als vereffenaar. Statutair kan hiervan worden afgeweken. Een BV wordt ontbonden door een besluit van de algemene vergadering. De BV blijft na ontbinding voortbestaan voor zover dit tot vereffening van haar vermogen nodig is. Anders gezegd: als er op het moment van ontbinding nog baten zijn. De BV houdt op te bestaan op het tijdstip waarop de vereffening eindigt (art. 2:19 BW). De wet regelt niets over de wijze van vereffening. Het hof merkt (terecht, zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997, nr. 166a) op dat vereffening inhoudt dat de activa van de ontbonden rechtspersoon (en haar deelneming: de CV) te gelde worden gemaakt en dat schulden van de rechtspersoon worden betaald. Ten aanzien van schuldeisers zullen vereffenaars zorgvuldig te werk moeten gaan, en een tekortschieten van de vereffenaars in een behoorlijke behartiging van de belangen van de schuldeisers kan tegenover hen onrechtmatig zijn (zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 21 januari 1999, «JOR» 1999/100 en Ktr. Haarlem 29 juni 2005, «JOR» 2005/235, m.nt. C.J. Groffen). Schuldeisers van de BV kunnen van de vereffenaars betaling verlangen van hun vorderingen, voor zover het vermogen van de BV dit toelaat (zie over ontbinding en vereffening M.Y. Nethe, *Ontbinding en vereffening van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2013). Wat betreft de aansprakelijkheid legt het hof vervolgens de link met het arrest *Ontvanger/Roelofsen* (HR 8 december 2006,

ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, *NJ* 2006/659 en «JOR» 2007, 38, r.o. 3.5) en overweegt dat, gelet op het feit dat op de vereffenaar dezelfde aansprakelijkheid rust als op een bestuurder, alleen dan kan worden aangenomen dat de vereffenaar jegens de schuldeiser van de ontbonden vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het gaat in dit geval om de tweede categorie van aansprakelijkheid, zoals genoemd in het *Ontvanger/Roelofsen*-arrest, namelijk de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder – naast de aansprakelijkheid van de vennootschap – die heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt, waardoor een schuldeiser wordt benadeeld door het onbetaald en onverhaald blijven van diens vordering.

4. In r.o. 5.14 en 5.15 concludeert het hof vervolgens tot aansprakelijkheid. Met inachtneming van de vordering van de schuldeiser (in ieder geval het deel van de vordering dat op grond van het arbitrale vonnis voor de datum van het ontbindingsbesluit vaststond) moesten beide broers ermee rekening houden dat de schulden vermoedelijk de baten zouden (gaan) overtreffen. De vereffenaars hadden aldus op de voet van art. 2:23a lid 4 BW het faillissement van De Gladiol Groningen BV moeten aanvragen. Dat is geen discretionaire bevoegdheid. Nu zij dit hebben nagelaten, zijn de beide broers tekortgeschoten in de behoorlijke behartiging van de belangen van de schuldeiser. De strekking van art. 2:23a lid 4 BW is dat een faillissement betere waarborgen biedt voor (onder meer) het *paritas creditorum* van art. 3:277 BW. De curator ziet daarop immers toe. Terecht overweegt het hof in r.o. 5.15 conform deze strekking en de afwikkeling ingeval van faillissement dat door na te laten aangifte tot faillietverklaring te doen, de broers zichzelf als debiteuren van Timmerwerkplaats Groningen CV hebben beoordeeld. Buiten faillissement zouden zij niet worden aangesproken ter zake van de inlossing van hun schuld aan Timmerwerkplaats Groningen CV, met mogelijke benadeling van de schuldeiser als voorzienbaar gevolg omdat hij geheel onbetaald bleef. In een faillissement zou de curator de vordering van Timmerwerkplaats Groningen CV op de beide broers hebben moeten innen. De daarmee gerealiseerde bate zou vervolgens – indien er geen bevoorrechte schuldeisers zijn, hetgeen niet is gesteld – gelijkelijk, pondspondsgewijs, zijn verdeeld over het gezamenlijke bedrag van de concurrente schuldeisers. Voor zover bekend zijn dat alleen de vader van de beide broers en de schuldeiser, aldus het hof.

5. Ook de navolgende feiten leiden naar mijn mening reeds tot aansprakelijkheid. Op de datum van het ontbindingsbesluit van 29 november 2004 was in ieder geval een deel van de vordering van de schuldeiser door middel van een arbitraal deelvonnis d.d. 14 april 2004 toegewezen, terwijl – zo maak ik uit dit arrest op – ermee rekening moest worden gehouden dat bij arbitraal eindvonnis het restant van de vordering (ook) zou worden toegewezen. Dat restant is bij eindvonnis d.d. 27 september 2005 toegewezen. Uit de bij het handelsregister gedeponeerde staat van rekening en verantwoording d.d. 15 december 2004 is de vordering van de schuldeiser niet vermeld, terwijl die vordering aldus bekend en deels toegewezen was. In plaats daarvan stelden de broers dat er geen baten waren, zodat conform art. 2:19 lid 4 BW de BV direct ophoudt te bestaan en vereffening niet aan de orde is (r.o. 5.11). Die stelling strookt niet met het feit dat de broers daarvan conform art. 2:19 lid 4 BW geen opgave in het handelsregister hebben gedaan. Dit alles levert reeds een toerekenbare tekortkoming op, zo lijkt mij, omdat de belangen

van de schuldeisers niet zijn behartigd en een – kennelijk bewuste – onjuiste opgave in het handelsregister is gedaan.

6. Dan het oordeel van het hof dat niet is komen vast te staan dat de schuldeiser daadwerkelijk schade heeft geleden als gevolg van het onrechtmatig handelen van de vereffenaars (r.o. 5.17). Dat oordeel leidt, ondanks de aansprakelijkheid van beide broers, tot afwijzing van de vordering van de schuldeiser. Het hof betreft daarin dat de omstandigheid dat Timmerwerkplaats Groningen CV en De Gladiol Groningen BV beide ontbonden en vereffend zijn, er niet aan in de weg staat dat de schuldeiser nogmaals hun faillissement aanvraagt, en in dat faillissement zijn concurrente vordering ter verificatie indient. Daarbij verwijst het hof naar HR 27 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1631, *NJ* 1995/579, m.nt. Ma (*Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.*) en HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4096, *NJ* 2013/338, «JOR» 2013, 236, m.nt. C.J. Groffen, omdat de baten vaststaan (vgl. HR 11 oktober 1991, *NJ* 1992/132, m.nt. Ma) en ook voldaan is aan het vereiste van pluraliteit van schuldeisers, te weten (i) de vader van de broers die een vordering heeft op De Gladiol Groningen BV en (ii) de schuldeiser zelf. Daarnaast kan de schuldeiser heropening van de vereffening ex art. 2:23c BW verzoeken, omdat van een bate gebleken is, aldus het hof. Kennelijk realiseert het hof zich dat dit oordeel weer een procedure voor de schuldeiser met zich zal brengen. Het hof betreft daarom, zo lees ik het arrest, bij dit oordeel dat schuldeiser niet heeft aangevoerd dat een faillissement van Timmerwerkplaats Groningen CV en De Gladiol Groningen BV dan wel een verzoek tot heropening van de vereffening voor hem nu ongunstiger zou uitpakken dan in 2006. Het hof houdt aldus terecht vast aan een afwijking van de vereffening door een curator in faillissement dan wel door een door de rechtbank benoemde vereffenaar. Bij dat laatste ligt het immers voor de hand dat bij een verzoek tot heropening van de vereffening de schuldeiser in dit geval de rechtbank tevens zal verzoeken een vereffenaar te benoemen, niet zijnde de twee broers.

7. Vanuit juridisch oogpunt een uitspraak die in lijn is met eerdere jurisprudentie (zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 22 november 2005, «JOR» 2006/118, m.nt. Dings), doch die voor de schuldeiser onbevredigend zal zijn, mede gelet op de eerdere procedures die zijn gevoerd (zie r.o. 3.13 en 3.14), de kosten die daarmee gepaard zullen zijn gegaan en, in dat kader, de relatief geringe hoogte van de vordering van de schuldeiser.

R.A. Wolf
TeekensKarstens advocaten notarissen
Universiteit Leiden
Universiteit Maastricht (ICGI)