

alleen hem rechtstreeks of middellijk ten goede komen en een verrekenbeding is overeengekomen dat ook ondernemingswinsten omvat, dan worden de gereserveerde winsten, voor zover in het maatschappelijk verkeer als redelijk beschouwd (HR 2 maart 2001, NJ 2001/584), eveneens in aanmerking genomen bij de vaststelling van de verrekenplicht op grond van lid 4. Deze bepaling is echter van regelend recht, zodat partijen hiervan – ook impliciet – kunnen afwijken (HR 3 september 2010, NJ 2011/5).

16. In dit geval zijn de huwelijkse voorwaarden opgesteld in 1995. De regeling van art. 1:141 BW is pas op 1 september 2002 in de wet opgenomen. De rechtspraak over het niet nagekomen periodiek verrekenbeding moest op dat moment nog grotendeels worden ontwikkeld.

17. Uit de tekst van de huwelijkse voorwaarden in combinatie met de brief van de notaris heeft de rechtbank reeds afgeleid dat het niet de bedoeling van partijen is geweest om tot periodieke verrekening van gereserveerde winsten over te gaan. Met dit in het achterhoofd en de wetenschap dat partijen op dat moment nog geen weet hadden van de latere rechtsontwikkeling op dit gebied, komt de rechtbank tot het oordeel dat partijen impliciet een afwijkende regeling hebben getroffen in die zin dat zij de werking van art. 1:141 lid 4 BW hebben willen uitsluiten.

18. De vrouw heeft onvoldoende gesteld om te kunnen oordelen dat het naar de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de man vasthoudt aan de beperkte uitleg van het verrekenbeding.

19. De rechtbank was mogelijk tot een ander oordeel gekomen als de vrouw had aangetoond dat de man jarenlang genoeg nam met een ongebruikelijk laag inkomen, door de winst niet uit te keren maar in het bedrijf te reserveren terwijl daar uit bedrijfseconomisch oogpunt geen redenen voor waren.

L. van Straten
Centrum Advocaten

Ondernemingsrecht

199

Gerechtshof Den Haag
18 augustus 2015, nr. 200.135.585/01
ECLI:NL:GHDHA:2015:2232
(mr. Burg, mr. Olthof, mr. Coster)
Noot R.A. Wolf

Bestuurdersaansprakelijkheid. Weerleggen bewijsvermoeden art. 2:248 lid 2 BW.

Van kennelijk onbehoorlijk bestuur als bedoeld in art. 2:248 lid 1 BW kan slechts worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben (HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, Panmo).

[BW art. 2:248 lid 1 en 2]

Het hof stelt voorop dat van kennelijk onbehoorlijk bestuur als bedoeld in art. 2:248 lid 1 BW slechts kan worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben (HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, Panmo). Aangezien art. 2:248 BW beoogt schuldeisers te beschermen, ligt in deze maatstaf besloten dat aan de bestuurder een ernstig verwijt gemaakt moet kunnen worden van onverantwoordelijk handelen met de wetenschap – objectief te bepalen – dat schuldeisers door dat handelen zouden worden benadeeld. De stelplicht en bewijslast rust in dit verband op de curator.

Uit de door [appellant] gegeven schets van het [... concern] blijkt dat sprake was van een groep vennootschappen waartussen vele operationele verbanden bestonden. Daarnaast was sprake van een grote mate van financiële verwevenheid tussen de vennootschappen als gevolg van het feit dat beschikbare liquiditeiten door de ene vennootschap aan andere groepsvennootschappen werden uitgeleend (zonder zekerheidstelling), met als doel om vanuit het totaal gezien een zo optimaal mogelijke situatie te bewerkstelligen. De curator heeft deze feiten niet dan wel onvoldoende gemotiveerd betwist en grotendeels zelfs erkend.

Het feit dat een bestuurder van een concern dit in wezen runt alsof het één onderneming is, en in dat kader liquiditeiten door de ene vennootschap zonder zekerheidstelling worden uitgeleend aan andere groepsvennootschappen, betekent op zich genomen – zonder bijkomende bijzondere omstandigheden – nog niet dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de hiervoor omschreven zin. Dit kan evenwel anders komen te liggen als de bestuurder weet, of behoort te weten, dat de uitlenende vennootschap of de vennootschap waaraan wordt uitgeleend in zwaar weer komt te verkeren (en redelijkerwijs geen reëel zicht is op verbetering).

Tegenover het uitgebreid toegelichte, met stukken onderbouwde verweer dat [appellant] in de procedure in hoger beroep naar voren heeft gebracht, heeft de curator zijn stelling dat wel sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:248 lid 1 BW onvoldoende nader gesubstantieerd. [appellant] heeft in hoger beroep voldoende aannemelijk gemaakt dat hij er redelijkerwijs van uit mocht gaan, toen Culi-d'Or het vrije deel van de koopsom mede in haar eigen belang aan andere concernvennootschappen uitlenende (zonder zekerheidstelling), dat de reorganisatie van het [... concern], waarbij de activiteiten die het zwaarst door de explo-

sieve prijsverhoging van botervet waren geraakt werden afgestoten, ertoe zou leiden dat de gebakgroep van het [...] concern], inclusief Culi-d'Or, zou kunnen voortbestaan. Het hof tekent hierbij aan dat een bestuurder in beginsel een behoorlijk ruime beoordelingsmarge toekomt, aangezien inherent aan ondernemen is dat risico's worden genomen. De omstandigheid dat achteraf bezien de reorganisatie er niet toe heeft geleid dat Culi-d'Or het heeft gered, maakt het voorgaande niet anders. Het hiervoor overwogene betekent dat [appellant] – anders dan de curator stelt – op het moment dat hij een deel van de verkoopopbrengst van de activa van Culi-d'Or uitleende aan andere concernvennootschappen er redelijkerwijs niet van uit hoefde te gaan dat de schuldeisers van Culi-d'Or door zijn handelen zouden worden benadeeld. Gelet daarop levert hetgeen de curator heeft aangevoerd geen kennelijk onbehoorlijk bestuur op in de zin van art. 2:248 lid 1 BW. Het is vervolgens aan [appellant] om het vermoeden dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Culi-d'Or te ontzenuwen. Hiertoe dient hij aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

[naam],

wonende te [woonplaats],

appellant,

hierna te noemen: [appellant],

advocaat: mr. G.A.J. Boekraad te Amsterdam,

tegen

Mr. Hendrik Jan Daniël ter Waarbeek, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Culi-d'Or B.V.,

kantoorhoudende te Velp,

geïntimeerde,

hierna te noemen: de curator,

advocaat: mr. H.J.D. ter Waarbeek te Velp.

Hof:

Het geding

Bij exploit van 6 juni 2013 is [appellant] in hoger beroep gekomen van een door de rechtbank Den Haag, team handel, tussen partijen gewezen vonnis van 13 maart 2013. Bij memorie van grieven met producties heeft [appellant] 18 grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord met producties heeft de curator de grieven bestreden. Partijen hebben op 7 april 2015 de zaak doen bepleiten, de curator door hemzelf en [appellant] door mr. Boekraad, beiden aan de hand van overgelegde pleitnotities. Bij die gelegenheid heeft [appellant] een akte uitlating producties tevens akte overlegging 6 producties genomen. Ten slotte hebben partijen de stukken overgelegd en is arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

1. Het hof gaat uit van de volgende feiten:

1.1 Culi-d'Or maakte deel uit van het [...] concern], bestaande uit ongeveer 35 vennootschappen. [appellant] was enig (middellijk) bestuurder en aandeelhouder van Culi-d'Or en van de andere vennootschappen van dit concern.

1.2 Naast Culi-d'Or behoorden onder meer de volgende vennootschappen tot het [...] concern]: [bedrijf] (hierna: [M]), producent van room ten behoeve van de gebakdivisie van het [...] concern], [bedrijf] (hierna: [H]), producent van taarten, [bedrijf] (hierna: [DS]), onder meer producent van klein gebak dat zij ook zelf verkocht aan vliegtuigmaatschappijen, [BT] B.V. (hierna: [BT]), binnen het [...] concern] (onder meer) verantwoordelijk voor de inkoop van alle oliën en vetten benodigd voor het vervaardigen van gebakproducten, en [...] Holding] B.V. (hierna: [...] Holding]).

1.3 Culi-d'Or hield zich bezig met de productie van slagroomsoesjes en éclairs (hierna: de soesjesactiviteiten), welke producten voor een groot deel uit slagroom bestaan. Daarnaast verzorgde Culi-d'Or de export van de taarten van [H] en het klein gebak van [DS], en verzorgde zij de verkoop van deze producten aan Lidl in Nederland (hierna: de verkoopactiviteiten).

1.4 In het kader van een reorganisatie van het [...] concern] zijn [M] en de soesjesactiviteiten van Culi-d'Or verkocht aan het Belgische bedrijf N.V. Ficaf (hierna: Ficaf). Partijen hebben in april/mei 2009 een akkoord bereikt. In juli 2009 zijn gebouwen, machines en inventaris, deels toebehorend aan Culi-d'Or en deels aan [M], overgedragen aan Ficaf tegen voldoening van een bedrag van € 12.467.500,-. Op diezelfde datum hebben partijen een onderhandse overeenkomst gesloten waarin aan Ficaf het recht werd verleend om de productieactiviteiten van [M] en de soesjesactiviteiten van Culi-d'Or te kopen. Ficaf heeft eind 2009 te kennen gegeven dat zij dit optierecht wenste uit te oefenen. De productieactiviteiten van [M] en de soesjesactiviteiten van Culi-d'Or zijn per 1 januari 2010 naar Ficaf overgegaan. In verband daarmee heeft Ficaf nog een aanvullend bedrag betaald.

1.5 Naar rato van de hen toebehorende activa, is een deel van de totale verkoopopbrengst toegerekend aan Culi-d'Or en een deel aan [M]. Een deel van het aan Culi-d'Or toekomende bedrag is in mei en juni 2009 doorgeleend aan andere vennootschappen van het [...] concern].

1.6 Nadat de soesjesactiviteiten per 1 januari 2010 waren overgedragen, heeft Culi-d'Or haar verkoopactiviteiten voortgezet.

1.7 Op 12 oktober 2010 heeft de rechtbank Rotterdam Culi-d'Or failliet verklaard, met de benoeming van geïntimeerde tot curator. Bij vonnis van 1 november 2010 heeft de rechtbank het verzet van [appellant] tegen de faillietverklaring afgewezen.

1.8 Daarna zijn verschillende andere vennootschappen behorend tot het [...] concern] failliet verklaard, waaronder [DS] (op 9 november 2010) en [H] (op 10 maart 2011).

1.9 De jaarrekeningen van Culi-d'Or over 2006, 2007 en 2008 zijn tijdig gepubliceerd. Deze jaarrekeningen zijn niet voorzien van een accountantsverklaring en niet is vermeld waarom de accountantsverklaring ontbreekt.

2. In eerste aanleg heeft de curator – samengevat – het volgende gevorderd:

primair

1. verklaring voor recht dat [appellant] zijn taak als bestuurder van Culi-d'Or in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement, althans in een nader door de rechtbank vast te stellen periode, kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld in de zin van zowel artikel 2:248 lid 1 als artikel 2:248 lid 2 BW en dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Culi-d'Or;

2. veroordeling van [appellant] tot betaling van het bedrag van het tekort in het faillissement van Culi-d'Or zoals bedoeld in artikel 2:248 lid 1 BW, nader op te maken bij staat;

3. verklaring voor recht dat [appellant] zijn taak als bestuurder van Culi-d'Or in de periode voorgaand aan het faillissement niet behoorlijk heeft vervuld in de zin van artikel 2:9 BW en uit dien hoofde aansprakelijk is voor de schade die Culi-d'Or dientengevolge heeft geleden;

4. veroordeling van [appellant] tot betaling van de onder 3. bedoelde schade, nader op te maken bij staat;

5. verklaring voor recht dat [appellant] in de zin van artikel 6:162 BW onrechtmatig heeft gehandeld jegens de schuldeisers van Culi-d'Or en uit dien hoofde aansprakelijk is voor de schade die de schuldeisers van Culi-d'Or dientengevolge hebben geleden;

6. veroordeling van [appellant] tot betaling van de onder 5. bedoelde schade, nader op te maken bij staat;

7. veroordeling van [appellant] tot betaling van een bedrag van € 5.000.000,= als voorschot op de hiervoor onder 2, 4, en 6 bedoelde schade;

subsidiair

8. veroordeling van [appellant] tot betaling van een bedrag van € 6.158.562,21, te vermeerderen met rente.

3. De rechtbank heeft geoordeeld dat [appellant] zijn taak als bestuurder van Culi-d'Or kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dat aannemelijk is dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement van Culi-d'Or, een en ander zoals bedoeld in artikel 2:248 lid 1 BW. De rechtbank heeft [appellant] in verband daarmee veroordeeld tot betaling van een bedrag gelijk aan het boedeltekort, nader op te maken bij staat, en van een voorschot daarop van € 5.000.000,=.

4. [appellant] is tegen deze beslissing van de rechtbank in beroep gekomen. In hoger beroep vordert [appellant] – kort gezegd – dat het hof het vonnis van de rechtbank vernietigt, de vorderingen van de curator alsnog afwijst en de curator veroordeelt om aan [appellant] als boedelschuld terug te betalen al hetgeen [appellant] op grond van het vonnis van de rechtbank aan de curator heeft voldaan, met veroordeling van de curator in de proceskosten in beide instanties. [appellant] heeft met zijn grieven en de toelichting daarop het geschil in volle omvang aan het hof voorgelegd.

Artikel 2:248 lid 1 BW

5. De curator stelt zich op het standpunt dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur door [appellant] in de zin van artikel 2:248 lid 1 BW. Daarbij maakt de curator [appellant] in de kern het volgende verwijt. [appellant] heeft als (middellijk) bestuurder van Culi-d'Or in 2009 een groot deel van de verkoopopbrengst van de activa van Culi-d'Or doorgeleend aan andere concernvennootschappen zonder daarvoor zekerheden te vragen, op een moment dat hij wist, althans had behoren te weten, dat Culi-d'Or niet meer levensvatbaar was. [appellant] kon en mocht er niet van uitgaan dat Culi-d'Or, na het afstoten van de soesjesactiviteiten, als verkoopmaatschappij voor de producten van [H] en [DS] winstgevend zou zijn. Bij die stand van zaken had [appellant] als bestuurder de belangen van de externe schuldeisers van Culi-d'Or in acht moeten nemen door de verkoopopbrengst van de activa in Culi-d'Or te houden of door bij het uitlenen van de gelden aan andere concernvennootschappen in ieder geval solide zekerheden te verlangen, zodat als er dan werd uitgeleend, terugbetaling van die gelden in ieder geval gewaarborgd was. In de gegeven omstandigheden had [appellant] als bestuurder van Culi-d'Or de belangen van de andere vennootschappen van het concern niet mogen stellen boven die van de externe schuldeisers van Culi-d'Or, aldus nog steeds de curator.

6. [appellant] heeft bij memorie van grieven zijn standpunt inhoudende dat geen sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur uitgebreid toegelicht en met stukken onderbouwd. Hij heeft in dit verband – samengevat – het volgende aangevoerd:

6.1 Voor de gebakgroep van het [...] concern] was 2006 het meest succesvolle jaar ooit. Vanaf mei 2007 kregen Culi-d'Or en de rest van het [...] concern] echter onverwacht te maken met explosief gestegen grondstofprijzen van botervet (de belangrijkste grondstof voor slagroom), onder meer wegens het wegvallen van subsidies voor dit product. Daardoor liepen de marges op de producten van met name Culi-d'Or (slagroomsoesjes en éclairs) en [M] (slagroom) sterk terug, aangezien de hogere kostprijs niet kon worden doorberekend aan de afnemers in

verband met langlopende contracten waarbij de prijs vast lag. Als gevolg daarvan ontstond in de loop van 2008 liquiditeitskrapte bij Culi-d'Or en [M]. In verband met het voorgaande heeft [appellant] eind 2008 het besluit tot reorganisatie van het [...] concern] genomen. Belangrijkste onderdeel van deze reorganisatie was de verkoop van de activiteiten van [M] en de soesjesactiviteiten van Culi-d'Or. Het lag voor de hand om deze activiteiten af te stoten omdat de marge op slagroom, slagroomsoesjes en éclairs zo goed als helemaal was verdwenen.

6.2 In april/mei 2009 is met Ficaf overeenstemming bereikt over de verkoop van [M] en van de soesjesactiviteiten van Culi-d'Or. Ficaf heeft uiteindelijk een bedrag van totaal ruim € 15.515.610,= betaald: € 12.467.500,= voor de per 17 juli 2009 geëffectueerde overdracht van gebouwen, inventaris en machines van [M] en Culi-d'Or, en € 3.048.110,= voor de overdracht van de productie van [M] en Culi-d'Or (voorraden en goodwill, en de aan de productieactiviteiten verbonden werknemers) die per 1 januari 2010 is geëffectueerd. Een groot deel van de totale koopsom, te weten € 11.214.150,=, is besteed aan betaling van schulden die voldaan moesten worden om de verkochte zaken onbezwaard aan Ficaf te kunnen leveren (te weten de schuld aan Fortis Bank die een hypotheekrecht op de onroerende zaken had die toebehoorden aan [M] en de schuld aan de Belastingdienst die (bodem)beslag had gelegd op bepaalde aan Culi-d'Or en [M] toebehorende roerende zaken) dan wel aan de betaling van eigen schuldeisers van [M] en Culi-d'Or. Culi-d'Or heeft daarnaast een bedrag van € 4.274.597,= doorgeleend aan andere concernvennootschappen. Het grootste deel daarvan (ca. € 3.000.000,=) is uitgeleend in mei en juni 2009, uit het door Ficaf als vooruitbetaling op de koopsom verstrekte bedrag.

6.3 Het doorlenen van de gelden aan andere concernvennootschappen was niet alleen in het belang van die vennootschappen, maar ook van Culi-d'Or zelf. Dit heeft alles te maken met de operationele verwevenheid tussen Culi-d'Or en de rest van het concern: de activiteiten van Culi-d'Or waren – zowel vóór als na de transactie met Ficaf – in belangrijke mate afhankelijk van die van de andere groepsvennootschappen waaraan zij het vrije deel van de koopsom heeft uitgeleend. Zo is een groot deel van het vrij beschikbare bedrag, namelijk bijna € 1.900.000,=, in het voorjaar van 2009 doorgeleend aan [BT], zodat die haar schuldeiser [...] kon voldoen. [...] was een van de belangrijkste leveranciers van grondstoffen voor de gebakgroep. Zou deze partij haar leveranties staken, dan zou Culi-d'Or de productie van slagroomsoesjes en éclairs niet hebben kunnen voortzetten (welke productie zij tot 1 januari 2010 nog heeft voortgezet, totdat Ficaf van haar optierecht gebruik maakte en de soesjesactiviteiten overnam). Daarnaast waren ook [H] (taarten) en [DS] (klein gebak) voor hun productie hiervan afhankelijk. Voortzetting van de productie van [H] en [DS] was voor Culi-d'Or van belang in verband met haar verkoopactiviteiten, die zij na de reorganisatie zou blijven voortzetten. Het beeld dat [appellant] de belangen van Culi-d'Or zou hebben achtergesteld bij die van het concern is derhalve niet juist: die belangen liepen parallel.

6.4 Dat het uitlenen van de gelden door Culi-d'Or aan andere concernvennootschappen zonder zekerheidstelling geschiedde, was geen uitzonderlijke constructie. Binnen het [...] concern] was het gebruikelijk dat liquiditeiten die in de ene vennootschap (tijdelijk) over waren, zonder zekerheden ter beschikking werden gesteld van andere vennootschappen. In mei/juni 2009, toen het grootste deel van de vrije verkoopopbrengst van de activa van Culi-d'Or werd uitgeleend aan andere [appellant] vennootschappen, was er geen aanleiding om – in afwijking van de binnen het concern gebruikelijke gang van zaken – die liquiditeiten niet uit te lenen of om bij het uitlenen daarvan zekerheden te eisen. [appellant] verwachtte en mocht

de gerechtvaardigde verwachting hebben dat door de reorganisatie de problemen het hoofd konden worden geboden, waardoor Culi-d'Or en de andere vennootschappen van het [... concern] zouden kunnen voortbestaan. Op het moment van doorlezen was noch het faillissement van Culi-d'Or noch dat van andere vennootschappen van het [... concern] met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien. De opgestelde prognoses voor Culi-d'Or en andere concernvennootschappen voor de periode na de reorganisatie lieten zien dat de verwachting gerechtvaardigd was dat het [... concern], inclusief Culi-d'Or, in afgeslankte vorm levensvatbaar was. Dat Culi-d'Or en verschillende andere [appellant] vennootschappen het uiteindelijk toch niet hebben gered, was te wijten aan externe omstandigheden waarvan de structurele effecten pas duidelijk werden na de reorganisatie (o.a. excessieve concurrentie van Maître Paul, halvering van de export naar de VS door koersval van de dollar, onverwachte problemen bij zustervennootschappen van Culi-d'Or). Dat Culi-d'Or op het moment van uitlenen van de gelden (mei/juni 2009) niet op de rand van faillissement verkeerde, blijkt ook uit het feit dat 96% van de op dat moment bestaande (externe) schulden van Culi-d'Or in de periode tot aan het faillissement op van 12 oktober 2010 nog gewoon zijn voldaan.

7. Het hof stelt voorop dat van kennelijk onbehoorlijk bestuur als bedoeld in artikel 2:248 lid 1 BW slechts kan worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben (HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, Panmo). Aangezien artikel 2:248 BW beoogt schuldeisers te beschermen, ligt in deze maatstaf besloten dat aan de bestuurder een ernstig verwijt gemaakt moet kunnen worden van onverantwoordelijk handelen met de wetenschap – objectief te bepalen – dat schuldeisers door dat handelen zouden worden benadeeld. De stelplicht en bewijslast rust in dit verband op de curator.

8. Uit de door [appellant] gegeven schets van het [... concern] blijkt dat sprake was van een groep vennootschappen waartussen vele operationele verbanden bestonden. Daarnaast was sprake van een grote mate van financiële verwevenheid tussen de vennootschappen als gevolg van het feit dat beschikbare liquiditeiten door de ene vennootschap aan andere groepsvennootschappen werden uitgeleend (zonder zekerheidstelling), met als doel om vanuit het totaal gezien een zo optimaal mogelijke situatie te bewerkstelligen. De curator heeft deze feiten niet dan wel onvoldoende gemotiveerd betwist en grotendeels zelfs erkend.

9. Het feit dat een bestuurder van een concern dit in wezen runt alsof het één onderneming is, en in dat kader liquiditeiten door de ene vennootschap zonder zekerheidstelling worden uitgeleend aan andere groepsvennootschappen, betekent op zich genomen – zonder bijkomende bijzondere omstandigheden – nog niet dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de hiervoor omschreven zin. Dit kan evenwel anders komen te liggen als de bestuurder weet, of behoort te weten, dat de uitlenende vennootschap of de vennootschap waaraan wordt uitgeleend in zwaar weer komt te verkeren (en redelijkerwijs geen reëel zicht is op verbetering).

10. Tegenover het uitgebreid toegelichte, met stukken onderbouwde verweer dat [appellant] in de procedure in hoger beroep naar voren heeft gebracht, heeft de curator zijn stelling dat wel sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:248 lid 1 BW onvoldoende nader gesubstantieerd. [appellant] heeft in hoger beroep voldoende aannemelijk gemaakt dat hij er redelijkerwijs van uit mocht gaan, toen Culi-d'Or het vrije deel van de koopsom mede in haar eigen belang aan andere concernvennootschappen uitleende (zonder zekerheidstelling), dat de reorganisatie van het [... concern], waarbij de activiteiten

die het zwaarst door de explosieve prijsverhoging van botervet waren geraakt werden afgestoten, ertoe zou leiden dat de gebakgroep van het [... concern], inclusief Culi-d'Or, zou kunnen voortbestaan. Het hof tekent hierbij aan dat een bestuurder in beginsel een behoorlijk ruime beoordelingsmarge toekomt, aangezien inherent aan ondernemen is dat risico's worden genomen. De omstandigheid dat achteraf bezien de reorganisatie er niet toe heeft geleid dat Culi-d'Or het heeft gered, maakt het voorgaande niet anders. Het hiervoor overwogene betekent dat [appellant] – anders dan de curator stelt – op het moment dat hij een deel van de verkoopopbrengst van de activa van Culi-d'Or uitleende aan andere concernvennootschappen er redelijkerwijs niet van uit hoefde te gaan dat de schuldeisers van Culi-d'Or door zijn handelen zouden worden benadeeld. Gelet daarop levert hetgeen de curator heeft aangevoerd geen kennelijk onbehoorlijk bestuur op in de zin van artikel 2:248 lid 1 BW.

Artikel 2:248 lid 2 BW

11. De curator heeft ter onderbouwing van zijn primaire vordering ook een beroep gedaan op artikel 2:248 lid 2 BW, daartoe onder meer aanvoerend dat het bestuur van Culi-d'Or niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit artikel 2:394 BW. Culi-d'Or heeft haar jaarrekeningen immers niet voorzien van een accountantsverklaring en heeft niet vermeld waarom deze verklaring ontbreekt.

12. Vast staat dat Culi-d'Or in de jaren voorafgaand aan het faillissement wel haar jaarrekeningen over 2006, 2007 en 2008 heeft gepubliceerd, maar dat deze niet zijn voorzien van de vereiste accountantsverklaring en dat niet is vermeld waarom deze verklaring ontbreekt. Daarmee heeft Culi-d'Or de verplichting ex artikel 2:394 lid 4 BW (juncto artikel 2:392 BW) geschonden. Anders dan [appellant] betoogt, valt onder het niet-voldoen aan de verplichtingen uit artikel 2:394 BW als bedoeld in art. 2:248 lid 2 BW ook het niet voldoen aan de in art. 2:394 lid 4 BW verplicht gestelde accountantsverklaring of mededeling waarom deze ontbreekt (HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, Van Schilt/Jansen, r.o. 4.4.1).

13. [appellant] heeft voorts aangevoerd dat het ontbreken van de accountantsverklaring en van een mededeling waarom deze ontbreekt dan in ieder geval moet worden aangemerkt als een onbelangrijk verzuim als bedoeld in de laatste zin van artikel 2:248 lid 2 BW. Hij heeft hiertoe aangevoerd dat de (tijdig) gepubliceerde jaarcijfers correct zijn in die zin dat ze zijn gebaseerd op de administratie van Culi-d'Or die op haar beurt ruimschoots voldoet aan de eisen die de wet daaraan stelt. De curator heeft weersproken dat de administratie van Culi-d'Or klopt en heeft voorts betoogd dat de intercompany vorderingen hadden moeten worden afgewaardeerd. De gepubliceerde gegevens zijn derhalve niet correct, aldus de curator.

14. Op grond van vaste rechtspraak geldt dat wanneer is komen vast te staan dat de gepubliceerde gegevens correct zijn, het enkele verzuim de accountantsverklaring (of een mededeling waarom deze ontbreekt) te publiceren onder omstandigheden als een onbelangrijk verzuim kan gelden (HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, Van Schilt/Jansen, r.o. 4.4.3). Het hof overweegt dat in het midden kan blijven of de gepubliceerde cijfers correct zijn en zo ja, of daarmee in dit geval het ontbreken van de accountantsverklaring en van de mededeling waarom deze ontbreekt als een onbelangrijk verzuim moet worden aangemerkt. Immers, ook als zou komen vast te staan dat geen sprake is van een onbelangrijk verzuim, zou het beroep van de curator op artikel 2:248 lid 2 BW uiteindelijk falen op grond van het volgende.

15. Als er vanuit wordt gegaan dat geen sprake is van een onbelangrijk verzuim, staat op grond van artikel 2:248 lid 2 BW vast

dat het bestuur van Culi-d'Or zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Culi-d'Or. Het is vervolgens aan [appellant] om het vermoeden dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Culi-d'Or te ontzenuwen. Hiertoe dient hij aanneemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

16. [appellant] heeft aangevoerd dat externe factoren een belangrijke oorzaak van het faillissement van Culi-d'Or zijn geweest. In dit verband heeft [appellant] gewezen op de enorme prijsstijging van de grondstof voor de productie van slagroom als gevolg van het wegvallen van het aanbod van gesubsidieerd botervet, welke prijsstijging niet kon worden doorberekend aan haar afnemers gegeven de vaste prijzen in langlopende contracten, waardoor de marges en het bedrijfsresultaat van Culi-d'Or onder druk kwamen te staan. Hiernaast was sprake van een zware en voortdurende prijsconcurrentie van Maître Paul, die voor de reorganisatie al een rol speelde en die na de reorganisatie – tegen de verwachting in – alleen maar heviger werd en die langer duurde dan voorzien. Door deze concurrentie werden de omzet en marges van Culi-d'Or (en van de hele gebakgroep van het [... concern]), zowel in Nederland als in de rest van Europa negatief beïnvloed. Daarnaast hadden ongunstige koersontwikkelingen van het Britse pond en de Amerikaanse dollar een negatieve invloed op omzet en marges. Verder is van belang dat zich bij een aantal zustervenootschappen van Culi-d'Or specifieke problemen voordeden. Zo leed [BT] circa € 2.500.000,= aan schade doordat een buitenlandse afnemer in het voorjaar van 2009 in strijd met gemaakte afspraken een partij margarine niet afnam, welke schade niet op deze afnemer verhaald kon worden. Daarnaast raakte [DS] plotseling Emirates Airlines als klant kwijt en verloor zij als gevolg van de crisis een groot deel van haar marge en omzet bij andere luchtvaartmaatschappijen. Een en ander heeft eraan bijgedragen dat de na de reorganisatie opnieuw ontstane problemen niet meer konden worden opgevangen door onderlinge financiering binnen het concern. [appellant] heeft het voorgaande bij memorie van grieven en tijdens het pleidooi uitvoerig toegelicht en heeft een en ander op vele punten onderbouwd met concrete stukken.

17. De curator heeft hiertegenover naar het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd weersproken dat de samenloop van bovengenoemde oorzaken van het faillissement zich heeft voorgedaan. Evenmin heeft de curator gesteld dat [appellant] als bestuurder van Culi-d'Or een verwijt kan worden gemaakt van het intreden van (de samenloop van) die oorzaken, in de zin dat hij heeft nagelaten het intreden daarvan te voorkomen. Gelet op het voorgaande heeft [appellant] naar het oordeel van het hof het vermoeden van artikel 248 lid 2 BW weerlegd door aanneemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak zijn geweest van het faillissement van Culi-d'Or.

18. Het voorgaande leidt er alles bij elkaar genomen toe dat geen sprake is van aansprakelijkheid op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur als bedoeld in artikel 2:248 BW.

Artikel 2:9 en 6:162 BW

19. De curator heeft zijn primaire vorderingen ook gegrond op bestuurdersaansprakelijkheid uit artikel 2:9 BW en 6:162 BW. Daarbij baseert hij zich op hetzelfde feitencomplex als dat waarop hij zijn vordering ex artikel 2:248 lid 1 heeft gegrond.

20. Het hof overweegt dat zowel voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW als van artikel 6:162 BW is vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden ge-

maakt. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen (zie r.o. 10), is van een ernstig verwijt geen sprake. Dit betekent dat ook de vorderingen gebaseerd op deze grondslagen niet slagen.

Schuldoverneming/subrogatie

21. Subsidiair vordert de curator betaling door [appellant] van een bedrag van € 6.158.562,21, te vermeerderen met rente. Dit heeft in de eerste plaats betrekking op het bedrag van € 4.500.000,= dat in april/mei 2009 door Ficaf aan [appellant] privé was geleend en dat in juli 2009 door Culi-d'Or, met rente van € 54.657,60, aan Ficaf is terugbetaald door "verrekening" met de door Ficaf aan Culi-d'Or te betalen koopsom voor de activa van Culi-d'Or. Volgens de curator is sprake van schuldoverneming in de zin van artikel 6:155 BW, waardoor de schuld van Ficaf aan Culi-d'Or tot betaling van de koopsom tot een bedrag van € 4.500.000,= (plus rente) is overgegaan op [appellant], danwel van (contractuele) subrogatie in de zin van artikel 6:150 sub d BW, waardoor de vordering van Ficaf op [appellant] van € 4.500.000,= (plus rente) is overgegaan op Culi-d'Or. Gevolg is dat [appellant] een bedrag van € 4.554.657,60, vermeerderd met rente aan Culi-d'Or dient te betalen. Daarnaast ziet de subsidiaire vordering op een door Fortis aan [appellant] verstrekte lening van € 1.603.907,61 die in juli 2009 door Culi-d'Or is terugbetaald uit de verkoopopbrengst van de activa van (onder meer) Culi-d'Or. Deze vordering van Fortis op [appellant] is gelet op artikel 6:150 lid d BW eveneens krachtens subrogatie overgegaan op Culi-d'Or. Dat [appellant] het bedrag van totaal € 6.158.562,21 (deels) zou hebben doorgeleend aan vennootschappen van het [... concern], betekent niet dat hij niet gehouden zou zijn tot terugbetaling van deze bedragen aan Culi-d'Or, aldus nog steeds de curator.

22. [appellant] heeft de volgende toelichting gegeven bij de door Ficaf aan [appellant] verstrekte lening van € 4.500.000,=. Voor dat de levering van de gebouwen, machines en inventaris van Culi-d'Or en [M] aan Ficaf op 17 juli 2009 daadwerkelijk plaatsvond, was deze een aantal keren uitgesteld. Daardoor kwam de geplande reorganisatie van het [... concern] in gevaar. Omdat dringend liquide middelen nodig waren, hebben Culi-d'Or en [M] voorgesteld dat Ficaf een deel van de koopsom vooruit zou betalen. Ficaf was daartoe alleen bereid als de vooruitbetaling vorm werd gegeven als een lening aan [appellant] in privé, die bij levering van de gebouwen en machines zou worden verrekend met de verschuldigde koopsom. Doordat [appellant] in privé formeel als leningnemer zou optreden, had Ficaf de zekerheid dat zij, in geval de transactie onverhoopt niet zou worden afgerond, het vooruitbetaalde bedrag als lening van [appellant] kon opeisen; [appellant] had zich ertoe verplicht om bij een toerekenbare tekortkoming onder deze overeenkomst van geldlening zijn aandelen in [appellant] Gebak Groep B.V. aan Ficaf over te dragen. De lening van € 4.500.000,= is daarop verstrekt: € 2.000.000,= op 29 april 2009 en € 2.500.000,= op 29 mei 2009. Deze bedragen zijn geheel doorgeleid naar het [... concern]. Dit gebeurde boekhoudkundig via [... Holding], aangezien de afspraak binnen het concern was dat de privé financieringen door [appellant] via [... Holding] zouden lopen. In verband hiermee is het bedrag van € 4.500.000,= in rekening-courant geboekt als vordering van [appellant] op [... Holding]. Bij de levering van de gebouwen, machines en inventaris op 17 juli 2009 is het aan [appellant] geleende geld (plus rente) verrekend met de door Ficaf verschuldigde koopsom, zoals ook blijkt uit de nota van afrekening van de notaris (productie 36 bij memorie van grieven). Daarna is de rekening-courant vordering van [appellant] op [... Holding] met een bedrag van € 4.500.000,= verminderd. Het feit dat € 4.500.000,= van de van Ficaf ontvangen koopsom via [... Holding] aan het [... con-

cern] ter beschikking is gesteld, heeft erin geresulteerd dat Culi-d'Or een vordering ter grootte van dit bedrag heeft op [... Holding]. [appellant] heeft de boekhoudkundige verwerking van de hiervoor beschreven constructie en het doorsluizen van de formeel aan [appellant] verstrekte gelden naar de vennootschappen van het [... concern] met stukken onderbouwd. De curator heeft deze met stukken onderbouwde toelichting van [appellant] niet, althans niet voldoende gemotiveerd betwist. Het hof zal dan ook uitgaan van deze gang van zaken.

23. Voor overgang van een schuld in de zin van artikel 6:155 BW is vereist dat sprake is van wilsovereenstemming tussen de schuldenaar (Ficaf) en de derde die de schuld overneemt ([appellant]), en van toestemming van de schuldeiser (Culi-d'Or). Uit de hiervoor geschetste gang van zaken blijkt dat partijen de lening van Ficaf aan [appellant] beschouwden als een vooruitbetaling van een deel van de koopsom met de zekerheid voor Ficaf dat zij zich op [appellant] zou kunnen verhalen als de transactie onverhoopt niet door zou gaan, dat Ficaf deze vooruitbetaling door middel van verrekening in mindering zou brengen op de later door haar aan Culi-d'Or te betalen koopsom – hetgeen ook is gebeurd – en dat [appellant] de door Ficaf aan hem verstrekte gelden via [... Holding] ter beschikking heeft gesteld aan het [... concern] dat de liquiditeiten nodig had vooruitlopend op de definitieve transactie met Ficaf. Tegen deze achtergrond kan de door partijen gehanteerde constructie – zoals [appellant] ook heeft aangevoerd – niet worden aangemerkt als schuldoverneming: Ficaf had niet de bedoeling om haar schuld aan Culi-d'Or te laten overnemen door [appellant], [appellant] had niet de bedoeling om in privé een schuld over te houden aan de transactie tussen Culi-d'Or, [M] en Ficaf, en niet kan worden volgehouden dat Culi-d'Or ermee heeft ingestemd dat [appellant] de schuld van Ficaf aan haar voor een bedrag van (in hoofdsom) € 4.500.000,= overnam. Gelet op het voorgaande komt het hof tot het oordeel dat geen sprake is schuldoverneming als bedoeld in artikel 6:155 BW.

24. Voor overgang van een vordering op grond van artikel 6:150 onder d BW is vereist dat sprake is van een overeenkomst tot subrogatie tussen de derde die de vordering voldoet (Culi-d'Or) en de schuldenaar ([appellant]), en dat de schuldeiser (Ficaf) de overeenkomst tot subrogatie op het moment van de voldoening kende of hem van die overeenkomst kennis is gegeven. Gelet op de hiervoor beschreven achtergrond en uitwerking van de constructie rond de lening van Ficaf aan [appellant], past een kwalificatie als (contractuele) subrogatie naar het oordeel van het hof niet. Niet duidelijk is uit welke feiten of gedragingen de door de curator gestelde impliciete overeenkomst tot subrogatie tussen Culi-d'Or en [appellant] zou moeten blijken, temeer nu uit het hiervoor beschrevene volgt dat [appellant] noch in privé noch als bestuurder van de betrokken vennootschappen de bedoeling heeft gehad een schuld aan de transactie met Ficaf over te houden – waarbij nog komt dat de vooruitbetaling door Ficaf meteen (boekhoudkundig via [... Holding]) ter beschikking is gesteld aan de vennootschappen van het [... concern], zodat er ook geen bedrijfsmatige redenen waren om dit bedrag uiteindelijk ten laste van [appellant] te laten komen. Reeds om deze reden gaat de stelling van de curator niet op.

25. Het voorgaande brengt mee dat Culi-d'Or wat betreft de door Ficaf aan [appellant] verstrekte lening van € 4.500.000,= geen vordering heeft op [appellant].

26. Ten aanzien van de vordering van Fortis Bank op [appellant] van € 1.603.907,61, die op 17 juli 2009 uit de verkoopopbrengst van de activa van [M] en Culi-d'Or is voldaan, heeft [appellant] de volgende toelichting gegeven. Dit bedrag was aan [appellant] privé verstrekt, maar is door hem geheel in het [... concern] gestoken. In verband daarmee is de vordering van [appellant] op

[... Holding] met dit bedrag toegenomen. Omdat Fortis als zekerheid voor deze aan [appellant] verstrekte lening een hypothecaire inschrijving had op het onroerend goed van [M] dat aan Ficaf werd overgedragen, diende deze lening bij de overdracht van dit onroerend goed te worden afgelost. Daarop is de rekening-courant vordering van [appellant] op [... Holding] met dit bedrag verminderd. Culi-d'Or heeft als gevolg van het voorgaande een vordering van € 1.603.907,61 op [... Holding] gekregen, omdat uit een deel van de haar toekomende koopsom een lening is afgelost die via [... Holding] ten behoeve van het concern is aangewend. [appellant] heeft de boekhoudkundige verwerking van het voorgaande en de terbeschikkingstelling van de door Fortis aan [appellant] verstrekte gelden aan het [... concern] met stukken onderbouwd. De curator heeft deze met stukken onderbouwde toelichting van [appellant] niet, althans niet voldoende gemotiveerd betwist, zodat het hof zal uitgaan van deze gang van zaken.

27. Ook ten aanzien van deze lening van € 1.603.907,61 is het hof van oordeel dat geen sprake is van contractuele subrogatie als bedoeld in artikel 6:150 onder d BW. Feiten of omstandigheden waaruit kan volgen dat sprake is van een overeenkomst van subrogatie tussen Culi-d'Or en [appellant] zijn door de curator niet (voldoende) gesteld. Daarbij komt dat de lening van [appellant] bij Fortis volledig ten behoeve van het concern aangewend, zodat er ook geen enkele bedrijfsmatige reden was om de aflossing van de lening op enige wijze voor rekening van [appellant] in privé te laten komen, bijvoorbeeld door Culi-d'Or in de rechten van Fortis te laten subrogeren.

28. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat ook de subsidiaire vordering moet worden afgewezen.

1249

Slotsom

29. De slotsom is dat het vonnis van de rechtbank wordt vernietigd en dat zowel de primaire als de subsidiaire vorderingen van de curator worden afgewezen. De curator heeft nog bewijs aangeboden, maar nu zijn stellingen, tegen de achtergrond van de gemotiveerde betwisting ervan, onvoldoende zijn onderbouwd, wordt aan bewijs niet toegekomen.

30. De curator zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten in eerste aanleg en in hoger beroep

Beslissing

Het hof

– vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 13 maart 2013;

en opnieuw recht doende:

– wijst de vorderingen van de curator af;

– veroordeelt de curator in de kosten van het geding in eerste aanleg, aan de zijde van [appellant] begroot op € 1414,= voor griffierecht en € 9633,= voor salaris van de advocaat, en in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van [appellant] tot op heden begroot op € 92,82 aan exploitkosten, € 1553,= voor griffierecht en € 13.740,= voor salaris van de advocaat;

– veroordeelt de curator om aan [appellant] als boedelschuld terug te betalen al hetgeen [appellant] op grond van het vonnis van de rechtbank Den Haag van 13 maart 2013 aan de curator heeft voldaan;

– verklaart de voorgaande veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. In dit arrest staat de bestuurdersaansprakelijkheid van Bernard Brinkers centraal. Brinkers was enig (middellijk) bestuurder en aandeelhouder van Culi-d'Or en van een groot aantal andere vennootschappen, die als concern met elkaar verbonden waren. Culi-d'Or produceerde slagroomsoesjes en éclairs, exporteerde taarten en klein gebak van andere vennootschappen in het concern en verkocht slagroomproducten aan Lidl.

2. Tot het concern behoorde onder meer een producent van room voor de gebakdivisie (hierna: Room), een producent van taarten en een producent van klein gebak. Weer een andere vennootschap was verantwoordelijk voor de inkoop van alle oliën en vetten benodigd voor het vervaardigen van gebakproducten. In het kader van een reorganisatie van het concern zijn in juli 2009 en januari 2010 door middel van een activa-passiva-transactie in twee tranches de soesjesactiviteiten van Culi-d'Or, de gebouwen, machines en inventaris (deels toebehorend aan Culi-d'Or en deels aan Room) en de productieactiviteiten van Room verkocht aan het Belgische N.V. Ficaf (hierna: Ficaf). De koopsom bedroeg circa € 12,5 miljoen. Later heeft Ficaf nog een aanvullend bedrag voldaan. Naar rato van de hen toebehorende activa is van de totale verkoopopbrengst een deel aan Culi-d'Or en een deel aan Room toegerekend. Een deel van het aan Culi-d'Or toekomende bedrag is in mei en juni 2009 doorgeleend aan andere vennootschappen van het concern. In oktober 2010 is Culi-d'Or in staat van faillissement verklaard. Daarna volgden verschillende andere vennootschappen van het concern. De jaarrekeningen van Culi-d'Or over 2006, 2007 en 2008 zijn tijdig gepubliceerd. Deze jaarrekeningen zijn echter niet voorzien van een accountantsverklaring. Er is niet vermeld waarom de vereiste accountantsverklaring ontbreekt.

3. De curator stelt Brinkers aansprakelijk en vordert voor recht te verklaren dat Brinkers zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld, in de zin van art. 2:248 lid 1, 2:248 lid 2, 2:9 en 6:162 BW. Hij vordert betaling van het tekort, de schade die Culi-d'Or respectievelijk de schade die de schuldeisers van Culi-d'Or hebben geleden, telkens nader op te maken bij staat. Hij vordert tevens een voorschot van € 5 miljoen hierop. In deze noot ga ik in op de grondslag van art. 2:248 lid 1 en 2 BW. De grondslagen van art. 2:9 en 6:162 BW laat ik onbesproken (zie r.o. 19 en 20).

4. De curator legt aan zijn vorderingen het volgende ten grondslag. Brinkers heeft als (middellijk) bestuurder van Culi-d'Or een groot deel van de verkoopopbrengst van de activa van Culi-d'Or doorgeleend aan andere concernvennootschappen zonder daarvoor zekerheden te vragen, op een moment dat hij wist, althans behoorde te weten, dat Culi-d'Or niet meer levensvatbaar was. Brinkers kon en mocht er niet van uitgaan dat Culi-d'Or, na het afstoten van de soesjesactiviteiten, als verkoopmaatschappij voor de producten van twee andere concernvennootschappen winstgevend zou zijn. Hij had de belangen van de externe schuldeisers van Culi-d'Or in acht moeten nemen door de verkoopopbrengst van de activa in Culi-d'Or te houden en de belangen van de andere vennootschappen van het concern niet mogen stellen boven die van de externe schuldeisers van Culi-d'Or.

5. De rechtbank heeft geoordeeld dat Brinkers zijn taak als bestuurder van Culi-d'Or ex art. 2:248 lid 1 BW kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dat aannemelijk is dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement van Culi-d'Or. Op dat oordeel kom ik terug. Brinkers stelt hoger beroep in.

6. Het hof is van oordeel dat er geen sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid in de zin van art. 2:248 lid 1 BW (r.o. 10). Het hof neemt in r.o. 7 de maatstaf uit het *Panmo*-arrest

(HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, *NJ* 2001/454, r.o. 3-7) als uitgangspunt. Van kennelijk onbehoorlijk bestuur als bedoeld in art. 2:248 lid 1 BW slechts kan worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben. Art. 2:248 BW beoogt schuldeisers te beschermen. In deze maatstaf ligt besloten dat aan de bestuurder een ernstig verwijt gemaakt moet kunnen worden van onverantwoordelijk handelen met de wetenschap – objectief te bepalen – dat schuldeisers door dat handelen zouden worden benadeeld. Meer recent heeft de Hoge Raad deze hoge drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid nog eens uit de doeken gedaan (HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, *NJ* 2015/21, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Hezemans/Tulip Air*)).

7. Het oordeel van het hof is sterk verweven met de feiten (zie r.o. 8, 9 en 10). Het komt erop neer dat de curator niet aan zijn stelplicht en bewijslast heeft voldaan, gelet op de gemotiveerde betwisting door Brinkers in hoger beroep. Tussen de concernvennootschappen bestonden vele operationele verbanden en een grote mate van financiële verwevenheid doordat liquiditeiten door de ene vennootschap aan andere groepsvennootschappen zonder zekerheidstelling werden uitgeleend. Het doel was voor het concern een zo optimaal mogelijke situatie te bewerkstelligen. Het feit dat een bestuurder van een concern dit in wezen runt alsof het één onderneming is, en in dat kader liquiditeiten door de ene vennootschap zonder zekerheidstelling worden uitgeleend aan andere groepsvennootschappen, betekent op zich genomen – zonder bijkomende bijzondere omstandigheden – nog niet dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Dit kan evenwel anders komen te liggen als de bestuurder weet, of behoort te weten, dat de uitlenende vennootschap of de vennootschap waaraan wordt uitgeleend in zwaar weer komt te verkeren (en redelijkerwijs geen reëel zicht is op verbetering), aldus het hof in r.o. 9. Daarnaast overweegt het hof in r.o. 10 dat Brinkers voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij er redelijkerwijs van uit mocht gaan dat de reorganisatie van het concern ertoe zou leiden dat de gebakgroep van het concern, inclusief Culi-d'Or, zou kunnen voortbestaan. Op het moment dat hij een deel van de verkoopopbrengst van de activa van Culi-d'Or aan andere concernvennootschappen uitleende, hoefde Brinkers er redelijkerwijs niet van uit te gaan dat de schuldeisers van Culi-d'Or door zijn handelen zouden worden benadeeld, aldus het hof. In deze rechtsoverweging komt ook de maatstaf uit het *Panmo*-arrest en de daaropvolgende rechtspraak naar voren. Een bestuurder komt in beginsel een behoorlijk ruime beoordelingsmarge toe. Aan ondernemen is inherent dat risico's worden genomen. *Hindsight bias* bij de beoordeling of sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid moet worden vermeden.

8. Wat te vinden van dit oordeel? Het gaat in dit geval om de vraag of de verkoopopbrengst van gezonde onderdelen van het concern kunnen worden aangewend om zwakkere onderdelen te financieren. Het belang van het concern staat tegenover het belang van de schuldeisers van de vennootschap. De benadering van de rechtbank spreekt mij meer aan (ECLI:NL:RBDHA:2013:8336, zie r.o. 4.2-4.4). De rechtbank concludeerde tot bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:248 lid 1 BW, omdat de bestuurder het primaire belang van de verkopende vennootschap Culi-d'Or BV en haar schuldeisers ten onrechte heeft achtergesteld bij de belangen van het concern als geheel (zie HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4804, *NJ* 2002/94, m.nt. Ma, «JOR» 2002/2, m.nt. Bartman (*Juno*)). Het gaat hier om de toetsingsnorm voor het bestuur van de *dochtervennootschap* Culi-d'Or (S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2013, p. 29). De rechtbank overwoog dat de bestuurder in de gegeven

omstandigheden rekening mocht houden met het concernbelang (de herstructurering en de redding daarvan). Geen redelijk denkend en redelijk handelend bestuurder van Culi-d'Or BV zou het "kroonjuweel" Culi-d'Or BV echter hebben "leeggetrokken" door de verkoopopbrengst grotendeels te besteden aan andere concernvennootschappen en hun schuldeisers zonder te waarborgen dat Culi-d'Or BV zonder achterlating van schuldeisers zou worden vereffend en ontbonden, of bij voortzetting van bedrijfsactiviteiten in sterk afgeslankte vorm in ieder geval ruim voldoende geld in kas hield of afdoende zekerheden had om aan haar verplichtingen jegens haar schuldeisers te kunnen (blijven) voldoen. In plaats daarvan echter bedroeg de schuldpositie van Culi-d'Or op de faillissementsdatum ruim € 1,4 miljoen aan 58 externe concurrente handelscrediteuren en (in ieder geval) ruim € 1 miljoen aan preferente crediteuren, aldus de rechtbank. De rechtbank rekent het de bestuurder aan dat hij zijn "pareltje" Culi-d'Or BV dus als "geldgever" en "bank van lening" van het concern gebruikt en "het ene gat met het andere gat vulde" zonder afdoende waarborgen voor de oude en nieuwe schuldeisers van de verkoper Culi-d'Or BV. De bestuurder heeft zeer waardevolle activa van ruim € 13,5 miljoen van en bestemd voor Culi-d'Or BV zonder behoorlijke zekerheid ingeruild voor een feitelijk waardeloze papieren vordering van ruim € 10,8 miljoen op insolvent gebleken groepsvennootschappen, waaronder ruim € 9,3 miljoen op de lege *intercompany banker*, aldus de rechtbank.

9. Waarom viel het oordeel in hoger beroep anders uit dan in eerste aanleg? Uit het arrest van het hof meen ik te mogen afleiden dat de bestuurder in hoger beroep (beter) gemotiveerd de stellingen van de curator heeft betwist. De bewijslast van een 248 lid 1-vordering ligt op de curator. Het hof heeft, kennelijk naar aanleiding van het (beter) gevoerde verweer, nadruk gelegd op de "bijkomende bijzondere omstandigheden" en de vraag of de bestuurder weet, of behoort te weten, dat de uitlenende vennootschap of de vennootschap waaraan wordt uitgeleend in zwaar weer komt te verkeren (en er redelijkerwijs geen reëel zicht is op verbetering), in het kader van de maatstaf van het ernstig persoonlijk verwijt dat een bestuurder bij kennelijk onbehoorlijk bestuur moet worden gemaakt wil sprake zijn van aansprakelijkheid. Dat neemt niet weg dat het oordeel van het hof in hoge mate met de feiten verweven is en dat dit oordeel naar mijn mening in hoger beroep wederom in het nadeel van de bestuurder had kunnen (en wellicht: mogen) uitvallen.

10. De bestuurder ontspringt ook de dans van de bestuurdersaansprakelijkheid in de zin van art. 2:248 lid 2 BW. Hij ontzenuwt het vermoeden dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hij heeft aannemelijk gemaakt dat andere feiten of omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Deze externe factoren, die de curator onvoldoende heeft betwist, waren kort gezegd: (i) de enorme prijsstijging van de grondstof voor de productie van slagroom, (ii) het wegvallen van het aanbod van gesubsidieerd botervet, (iii) het niet kunnen doorberekenen van deze prijsstijgingen aan afnemers wegens de vaste prijzen in langlopende contracten, (iv) het – als gevolg hiervan – onder druk komen te staan van marges en het bedrijfsresultaat, (v) zware en voortdurende concurrentie van Maître Paul, (vi) ongunstige wisselkoersontwikkelingen en (vii) specifieke problemen bij enkele zustervenootschappen van Culi-d'Or.

11. Waarom deed het bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW opgeld? Het hof stelde vast dat Culi-d'Or in de jaren voorafgaand aan het faillissement haar jaarrekeningen over 2006, 2007 en 2008 tijdig heeft gepubliceerd, maar dat deze niet zijn voorzien van de vereiste accountantsverklaring of mededeling waarom deze ontbreekt. Daarmee heeft Culi-d'Or de verplichting van art. 2:394 lid 4 jo. 2:392 BW geschonden. Uit het *Van Schilt/Jansen-*

arrest (HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, NJ 2007/2, m.nt. Ma, r.o. 4.4.1) volgt dat onder het niet-voldoen aan de verplichtingen uit art. 2:394 BW als bedoeld in art. 2:248 lid 2 BW ook valt het niet voldoen aan de in art. 2:394 lid 4 BW verplicht gestelde accountantsverklaring of de afwezigheid van een mededeling waarom deze ontbreekt. Anders gezegd, art. 2:248 lid 2 BW ziet op alle verplichtingen voortvloeiende uit art. 2:394 BW. De bestuurder had aangevoerd dat het ontbreken van de accountantsverklaring en van een mededeling waarom deze ontbreekt, kan worden aangemerkt als een onbelangrijk verzuim, omdat de (tijdig) gepubliceerde jaarcijfers correct zijn. De jaarcijfers zijn gebaseerd op de administratie van Culi-d'Or. Die administratie voldoet aan de eisen die de wet daaraan stelt. Ook hier verwijst het hof naar het *Van Schilt/Jansen*-arrest (r.o. 4.4.3): wanneer is komen vast te staan dat de gepubliceerde gegevens correct zijn, kan het enkele verzuim de accountantsverklaring (of een mededeling waarom deze ontbreekt) te publiceren onder omstandigheden als een onbelangrijk verzuim gelden. Het hof komt echter niet aan de beantwoording van deze vraag toe, omdat het vanwege de hiervoor genoemde externe oorzaken niet tot vaststelling van aansprakelijkheid komt.

12. In deze noot zoom ik tot slot in op het aspect van de accountantsverklaring en de mededeling waarom deze ontbreekt. Art. 2:394 lid 1 BW verplicht de rechtspersoon tot openbaarmaking van de jaarrekening binnen acht dagen na de vaststelling. Op grond van art. 2:392 lid 1 BW moet het bestuur een aantal "overige gegevens" aan de jaarrekening en het jaarverslag toevoegen. Sub a vermeldt de accountantsverklaring (als bedoeld in art. 2:393 lid 5 BW) of een mededeling waarom deze ontbreekt. De rechtspersoon geeft opdracht tot onderzoek van de jaarrekening aan de accountant. De accountant geeft de uitslag van zijn onderzoek weer in een verklaring volgens een van de typen van art. 2:393 lid 6 BW. Niet alle rechtspersonen moeten een accountantsverklaring bij de jaarrekening voegen. Bijvoorbeeld de vrijstelling van accountantscontroleplicht voor rechtspersonen met klein jaarrekeningregime (art. 2:396 lid 7 BW), voor rechtspersonen waarop het groepsregime van toepassing is (art. 2:403 lid 3 BW) of toepassing van het bankengroepsregime (art. 2:425 BW). De jaarrekening kan niet worden vastgesteld, indien het daartoe bevoegde orgaan geen kennis heeft kunnen nemen van de verklaring van de accountant, die aan de jaarrekening moest zijn toegevoegd, tenzij onder de overige gegevens een wettige grond wordt meegedeeld waarom de verklaring ontbreekt (art. 2:393 lid 7 BW).

13. Hoe verhoudt zich de mededeling van ontbreken in art. 2:393 lid 1 sub a BW tot de "wettige grond" van art. 2:393 lid 7 BW? In de literatuur wordt aangenomen dat daarmee hetzelfde bedoeld wordt (Th.S. Ijsselmuiden, *GS Rechtspersonen*, art. 2:392 BW, aant., 6, Deventer: Kluwer). Feitelijk kan daaronder alleen overmacht worden geschaard (H. Beckman, *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:393 BW, aant. C9; H.K.O. Reimers, *GS Rechtspersonen*, art. 2:393 BW, aant. 8.3, Deventer: Kluwer; en Asser, 2-1* 2015/552), omdat indien sprake is van een vrijstelling als bedoeld in art. 2:396 lid 7, 2:403 lid 3 of 2:425 BW er geen accountantscontrole ex art. 2:393 BW vereist is.

14. Indien alleen een vorm van overmacht als mededeling voor het ontbreken van de accountantsverklaring heeft te gelden, dan is vervolgens de vraag wanneer in dat geval sprake is van een onbelangrijk verzuim in de zin van art. 2:248 lid 2 BW en indachtig het *Van Schilt/Jansen*-arrest. Een mededeling van een vorm van overmacht is immers altijd wel te doen. Bijvoorbeeld, de accountant was wegens persoonlijke omstandigheden niet in gelegenheid de accountantsverklaring definitief te maken en te ondertekenen, brand, ICT-problemen of andere calamiteiten.

15. Vaak zal er aan de zijde van de accountant een inhoudelijke

reden zijn waarom hij zijn verklaring niet wenst af te geven. Dat roept vragen op, zoals of de jaarrekening in dat geval kan worden vastgesteld en of het bestuur een mededeling van "overmacht" kan doen om aan het eventuele bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW ingeval van faillissement te ontkomen. Dat laatste lijkt niet voor de hand te liggen, omdat indien de accountant geen verklaring wenst af te geven het de vraag is of de gepubliceerde gegevens correct zijn. Is dat niet het geval, dan kan het enkele verzuim de accountantsverklaring (of een mededeling waarom deze ontbreekt) te publiceren niet onder omstandigheden als een onbelangrijk verzuim gelden. Niet uit te sluiten is dat er ten minste enig verband tussen het ontbreken van de accountantsverklaring en de juistheid van de cijfers is. Anders gezegd, de mededeling waarom de accountantsverklaring ontbreekt zal om een uitzonderlijke (overmacht)situatie moeten gaan. De verdere beantwoording van deze vragen gaat echter de mogelijke omvang van deze noot te buiten.

R.A. Wolf
Steins Bisschop & Schepel Advocaten
Universiteit Leiden
Universiteit Maastricht (ICGI)

200
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 29 september 2015, nr. HD 200.114.832/02 ECLI:NL:GHSHE:2015:3744 (mr. Van Craaikamp, mr. Louwerse, mr. Dorhout-Mees) Noot E. Baghery
Aansprakelijkheid van bestuurders.
Bestuurdersaansprakelijkheid buiten faillissement voor schade van onbetaald gebleven crediteur.
[BW art. 2:9, 2:11]

Bij het beoordelen van de vorderingen neemt het hof tot uitgangspunt dat bij benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaald blijven van diens vordering naast de aansprakelijkheid van de vennootschap ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond kan zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld, waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Als maatstaf geldt in de onder (i) bedoelde gevallen of de betrokken bestuurder bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, en in de onder (ii) bedoelde gevallen of het handelen of nalaten als bestuurder van de betrokken bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt (HR 8 december 2006, NJ 2006/659, [X.]). De aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon

rust tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is (art. 2:11 BW).

In de zaak van
[appellante] BV,
gevestigd te [vestigingsplaats 1],
appellante,
hierna aan te duiden als [appellante],
advocaat: mr. R.A. Jong te [plaats],
tegen
1. [geïntimeerde] Antiek BV,
gevestigd te [vestigingsplaats 2],
2. [geïntimeerde],
zonder bekende woonplaats,
geïntimeerden,
hierna samen aan te duiden als [geïntimeerden],
niet verschenen in hoger beroep, verstek verleend,
als vervolg op het door het hof gewezen tussenarrest van 10 maart 2015 in het hoger beroep van het door de rechtbank Oost-Brabant, locatie 's-Hertogenbosch, onder nummer 190150/HA ZA 09-641 gewezen vonnis van 7 maart 2012 (en de tussenvonnissen die daaraan vooraf gingen) tussen [appellante] als eiseres en [geïntimeerden] als gedaagden.

Hof:

(...; Red.)

5 Het tussenarrest

Bij genoemd tussenarrest heeft het hof [appellante] in de gelegenheid gesteld om de memorie van grieven met eiswijziging bij exploit aan [geïntimeerden] kenbaar te maken. Het hof heeft iedere verdere beslissing aangehouden.

6 Het verdere verloop van de procedure

Bij akte na tussenarrest heeft [appellante] een kopie van het exploit van betekening aan [geïntimeerde] Antiek B.V. en van het exploit van betekening aan [geïntimeerde] in het geding gebracht als ook een kopie van het bewijs van publicatie van laatstgenoemd exploit in het Brabants Dagblad. [appellante] heeft uitspraak gevraagd.

Het hof constateert dat [geïntimeerden] het verstek niet hebben gezuiverd, maar dat de eiswijziging nu kan worden toegestaan. Het hof zal recht doen op de gewijzigde eis.

7 De verdere beoordeling

De relevante feiten

7.1. In deze zaak gaat het om het volgende.

a. In 1997 zijn de heer [mede-oprichtende bestuurder] (de 100% DGA van [appellante] BV, hierna [mede-oprichtende bestuurder]) en de heer [geïntimeerde] (de 100% DGA van [geïntimeerde] Antiek BV, hierna: [geïntimeerde]) samen gaan handelen in beelden en ornamenten afkomstig uit China. Op 27 januari 1999 is door hun vennootschappen opgericht de besloten vennootschap [vennootschap] BV, waarin de beide oprichters ieder voor 50% deelnamen in het aandelenkapitaal en bij de oprichting tot bestuurder werden benoemd. Genoemde handel in beelden en ornamenten is daarin ondergebracht. De handel werd gedreven vanuit het perceel van [geïntimeerde] Antiek BV.
b. Naast ieders deelname in het aandelenkapitaal stelden de aandeelhouders elk in de vorm van geldleningen in rekening-courant liquiditeiten aan [vennootschap] BV ter beschikking, ieder omstreeks f 500.000,= onder meer ter financiering van