

bevatten om als (toereikende) 403-verklaring te kunnen kwalificeren.

Het hof komt in onderhavig arrest met een nogal gekunstelde beredenering. De failliete vennootschap in kwestie had tweemaal een aansprakelijkheidsverklaring gedeponereerd die als 403-verklaring moest doorgaan. De eerste verklaring was gedeponereerd op 14 april 2000 en luidde (geanonimiseerd) als volgt:

“Moedervenootschap X verklaart zich hiermede tot wederopzegging hoofdelijk aansprakelijk voor de uit de met ingang van heden aangegane rechtshandelingen van Dochtervenootschap Y voortvloeiende schulden in de zin van art. 403, lid 1, sub f van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.” Op 7 mei 2009 is deze (vermeende) 403-verklaring ingetrokken.

Op 1 september 2009 werd vervolgens opnieuw een aansprakelijkheidsverklaring gedeponereerd die voor 403-verklaring moest doorgaan. Deze verklaring bevatte exact dezelfde tekst, maar dan met ingangsdatum 1 september 2009. De aansprakelijkheid van de moedervenootschap gold op basis van deze verklaring derhalve voor rechtshandelingen van de dochter voor zover de dochtervenootschap die rechtshandelingen had verricht op 1 september 2009 of daarna.

In rechtsoverweging 3.5.8. overweegt het hof dat *“een redelijke uitleg van art. 2:403 lid 1 aanhef en sub f BW, welke aansluit bij het doel van de publicatieplicht als bedoeld in art. 2:394 BW, met zich meebrengt dat voor het verkrijgen van vrijstelling van de verplichting om een jaarrekening over jaar N te publiceren, ten minste noodzakelijk is dat de ‘403’-verklaring betrekking heeft op schulden, aangegaan of anderszins ontstaan in het gehele jaar N.”* Hiermee geeft het hof aan dat een temporele beperking zou zijn toegelaten, voor zover die beperking niet verder gaat dan de eerste dag van het boekjaar waarop de vrijstelling voor het eerst werd toegepast; zolang alle schulden voortvloeien uit rechtshandelingen die zijn verricht gedurende het boekjaar waarvoor de vrijstelling wordt toegepast, is het voldoende. Aldus het hof.

Voor de boekjaren 2007 en 2008 werd gebruikgemaakt van de aansprakelijkheidsverklaring die was gedeponereerd op 14 april 2000. Ook deze aansprakelijkheidsverklaring bevatte dus een temporele beperking. Of dit is toegelaten, lost het hof op met een andere beredenering. Zie voor de toelaatbaarheid van de toepassing van de vrijstelling op basis van een aansprakelijkheidsverklaring met een temporele beperking voor de boekjaren 2007 en 2008 rechtsoverweging 3.5.10.: *“3.5.10. Wat de jaarrekeningen van [B.V.] met betrekking tot de boekjaren 2007 en 2008 betreft: Voor deze jaren zou eveneens aan de orde gesteld kunnen worden de vraag of de ‘403’-verklaring zoals afgegeven tot vrijstelling van de verplichting tot publiceren leidde. De curator wijst erop dat met name schuldeisers van vóór die eerste ‘403’-verklaring – zoals reeds langer in dienst zijnde werknemers – niet zouden kunnen profiteren van de dekking onder de verklaring van 14 april 2000. Het hof gaat hieraan voorbij. De afgegeven verklaring gold in elk geval reeds vele jaren, ruimschoots van voor de aanvang van 2007. Daarmee is aan de beschermingsgedachte van crediteuren welke zowel aan art. 2:394 BW als aan art. 2:403 BW ten grondslag ligt voldaan.”*

De gekunstelde benadering van het hof was niet nodig geweest en is ook niet juist. Het had veel strakker en eenvoudiger gekund en gemoeten. Het hof had simpelweg aan het vereiste van art. 2:403 lid 1 sub f BW kunnen en moeten toetsen. Een redelijke wetsinterpretatie leidt niet tot een ander oordeel. In tegendeel.

J. van der Kraan
Loyens & Loeff N.V.

8

Gerechtshof Den Haag
17 oktober 2017, nr. 200.201.971/02
ECLI:NL:GHDHA:2017:2857
(mr. Joustra, mr. Van Dijk, mr. Reurich)
Noot R.A. Wolf

Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement. Schending administratie- en publicatieplicht.

Directeur-grotaandeelhouder verkoopt haar aandelen in de BV aan een katvanger. Geen sprake van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9, 2:248 en/of 6:162 BW wegens motiveringsverzuim van de curator. Wel aansprakelijkheid op grond van onbehoorlijke taakvervulling wegens het niet nakomen van de publicatieplicht.

[BW art. 2:9, 2:248 lid 2 6:162]

Het hof stelt het volgende voorop. [geïntimeerde] in haar hoedanigheid van aandeelhoudster van [X holding] had in beginsel de vrijheid om het besluit te nemen haar aandelen in die vennootschap (en daarmee ook de dochtervenootschap [X beheer]) te verkopen aan een willekeurige koper zonder dat op haar de verplichting rustte om nadere inlichtingen in te winnen over de persoon van de koper en diens motieven voor de koop. Het is aan de curator om te stellen, en zo nodig te bewijzen dat [geïntimeerde] in haar hoedanigheid van aandeelhoudster van de aandelen in [X holding] onrechtmatig heeft gehandeld jegens de crediteuren van Foodmix en dat dit handelen heeft geleid tot schade ter hoogte van het (door de curator gevorderde) boedeltekort in Foodmix. De curator heeft gesteld dat [geïntimeerde] wist of kon weten dat zij de aandelen in [X holding] aan een katvanger verkocht en dat het – zo begrijpt het hof – maatschappelijk onzorgvuldig (in de zin van art. 6:162 BW) was om tot een dergelijke transactie over te gaan. Het hof overweegt hierover als volgt. De curator heeft geen feiten of omstandigheden gesteld op grond waarvan kan worden aangenomen dat [geïntimeerde] ten tijde van de verkoop ervan op de hoogte was dat zij te maken had met een katvanger. Voorts rustte op [geïntimeerde] in beginsel niet de verplichting om onderzoek te doen naar de persoon van de koper van de aandelen (die zij niet kende en ook nimmer had ontmoet) of om te controleren of het nieuwe adres voor [X holding] en [X beheer] een bestaand adres was. De curator heeft onvoldoende omstandigheden aangevoerd op grond waarvan van [geïntimeerde] een dergelijk onderzoek wel kon worden verwacht. Dit geldt ook voor de omstandigheid dat [geïntimeerde] de aandelen in [X holding] zonder due diligence-onderzoek voor een bedrag van € 1,= heeft verkocht, terwijl deze vennootschap een schuld aan de fiscus had. Dat het bedrag van € 1,=, met de toezegging van de koper dat hij de belastingschulden zou voldoen, in dit geval geen reële tegenprestatie is geweest heeft de curator niet gesteld en het is ook niet gebleken. Daarbij betreft het hof dat het in het maatschappelijk verkeer niet ongebruikelijk is dat vennootschappen met schulden worden opgekocht vanwege de daarin aanwezige compensabele verliezen, een praktijk die op zichzelf niet onwettig of onrechtmatig is. De curator heeft ook niet gesteld dat in [X holding] en [X beheer] geen compensabele verliezen aanwezig waren. Het hof komt op grond van het vorenstaande tot de conclusie dat de rechtbank terecht de aansprakelijkheid van [geïntimeerde] voor zover gebaseerd op onrechtmatig handelen als (verkopend) aandeelhoudster, heeft afgewezen.

Op [geïntimeerde] in haar hoedanigheid van bestuurder rustte op grond van art. 2:9 BW de verplichting tot een behoorlijke taakvervulling. Op grond van art. 2:248 BW is een bestuurder in het geval van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in geval van faillissement aansprakelijk voor het boedelttekort van de failliete vennootschap. Naar het oordeel van het hof heeft de curator niet concreet toegelicht welke verplichtingen [geïntimeerde] als bestuurder kennelijk onbehoorlijk heeft geschonden in verband met de verkoop van de aandelen in [X holding], alsmede waarom dit zou moeten leiden tot aansprakelijkheid voor het boedelttekort van Foodmix. De conclusie is dat het hoger beroep faalt voor zover de curator [geïntimeerde] op deze grondslag aansprakelijk houdt.

Het niet nakomen van de publicatieplicht bekend dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling. Er wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:248 lid 2 BW). [geïntimeerde] heeft aangevoerd dat het hier een onbelangrijk verzuim betreft. Volgens haar ging het bij de jaarstukken over 2011 om de overschrijding van de termijn met slechts zestien dagen. Dit werd veroorzaakt door omstandigheden gelegen in de risicosfeer van de boekhouder. De curator heeft dit niet weersproken, zodat het hof de overschrijding van de termijn niet in aanmerking zal nemen. (vgl. HR 1 november 2013, NJ 2014/7)

Voor jaarstukken over 2012 geldt dat deze moesten worden gepubliceerd in 2013, toen [geïntimeerde] al geen bestuurder meer was. Daarnaast ligt in de stellingen van [geïntimeerde] besloten dat zij van mening is dat het niet nakomen van de publicatieplicht geen belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Ook dit verweer slaagt. Uit de vaststaande feiten volgt dat het faillissement van Foodmix is veroorzaakt doordat de feitelijke bestuurders op enig moment na de overdracht van de aandelen zijn gestopt met het betalen van de schuldeisers.

mr. M.M.E. van Veen-Oudenaarden, q.q. als curator in het faillissement van Foodmix International B.V., wonende te Den Haag, appellante,
hierna te noemen: de curator,
advocaat: mr. K.C. Mensink te Den Haag,
tegen
[geïntimeerde], wonende te [woonplaats],
geïntimeerde,
hierna te noemen: [geïntimeerde],
niet verschenen.

Hof:

1 Het verloop van het geding

1.1 Bij exploit van 15 maart 2016 is de curator in hoger beroep gekomen van een vonnis van 3 februari 2016 van de rechtbank Den Haag, voor zover tussen partijen geweest. Bij memorie van grieven heeft de curator drie grieven tegen dat vonnis aangevoerd en toegelicht en producties overgelegd.

1.2 [geïntimeerde] is niet verschenen. Tegen haar is verstek verleend.

1.3 Appellant heeft arrest gevraagd.

2 Inleiding op het hoger beroep

2.1 De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.11 een aantal feiten vastgesteld. Daartegen zijn geen grieven gericht of bezwaren ingebracht, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan. Met grief 1 heeft de curator aangevoerd dat de feitenvaststelling van de rechtbank onvolledig is. Het hof zal bij de beoordeling van het hoger beroep rekening houden met hetgeen de curator in de toelichting op deze grief heeft aangevoerd.

2.2 Het gaat in deze zaak om het volgende.

i) [geïntimeerde] was tot 25 september 2012 enig aandeelhouder van [X holding] B.V. (hierna: [X holding]). [X holding] B.V. was de enig aandeelhoudster en bestuurster van [X beheer] B.V. (hierna: [X beheer]) De vennootschappen hielden zich – blijkens het uittreksel uit het handelsregister – bezig met het verlenen van diensten op het gebied van acquisitie en administratie ten behoeve van de verzorging, bezorging en distributie van poststukken, alsmede koeriersdiensten en vrachtdiensten.

ii) [geïntimeerde] heeft medio 2012 de heer [Y] en zijn bedrijf “Bedrijf in Nood” benaderd om een koper te vinden voor de vennootschappen. Via [Y] is er een koper, [Z], gevonden.

iii) Bij notariële akte van 25 september 2012 heeft [geïntimeerde] alle aandelen in [X holding] B.V. verkocht en geleverd aan [Z]. De koopprijs van de aandelen bedroeg € 1,=, te vermeerderen met de blijkens de balans van [X holding] B.V. bestaande vordering in rekening-courant op [geïntimeerde] en een schuld aan de belastingdienst. De koopprijs is ten tijde van de overdracht ten dele voldaan door rechtstreekse betaling van het bedrag van € 1,= door [Z] aan [geïntimeerde] en voor het resterende deel door overneming van de rekening-courantschuld.

iv) In de notariële akte is voorts bepaald dat [Z] direct na ondertekening bestuurder van de vennootschap wordt en dat [geïntimeerde] wordt ontslagen en gedechargeerd voor het gevoerde beleid.

v) De naam van [X holding] is op 11 april 2013 gewijzigd in Foodmix Holding B.V. en de naam van [X beheer] in Foodmix International B.V. (hierna: Foodmix).

vi) Na de overdracht van de aandelen is Foodmix zich gaan bezig houden met de in- en verkoop van kippenvlees. Op 21 mei 2013 is Foodmix door de rechtbank Den Haag failliet verklaard.

2.3 De curator is van mening dat sprake is van (kort gezegd) onbehoorlijk bestuur bij Foodmix, dan wel van onrechtmatig handelen van [geïntimeerde] en heeft [geïntimeerde] gedagvaard. De curator heeft – voor zover in hoger beroep nog van belang – ook [bestuurder 1] en [bestuurder 2] gedagvaard in hun hoedanigheid van feitelijk bestuurders van Foodmix sinds 25 september 2012.

2.4 De curator heeft – na wijziging van eis en voor zover in hoger beroep nog van belang – gevorderd:

1. Een verklaring voor recht dat [bestuurder 1], [bestuurder 2] en [geïntimeerde] hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van de artikelen 2:248 jo. 2:8 jo. 2:9 jo. 2:10 jo. 2:11 jo. 6:162 BW voor het tekort in het faillissement van Foodmix.

2. Hoofdelijke veroordeling van [bestuurder 1], [bestuurder 2] en [geïntimeerde] tot betaling van het bedrag van de schulden in het faillissement van Foodmix voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, nader op te maken bij staat.

3. Hoofdelijke veroordeling van [bestuurder 1], [bestuurder 2] en [geïntimeerde] tot betaling van een voorschot op het onder 2) gevorderde van € 80.000,=.

2.5 Ten aanzien van [bestuurder 1] en [bestuurder 2] heeft de rechtbank in het bestreden vonnis geoordeeld dat zij zijn aan te merken als feitelijk bestuurders van Foodmix. [bestuurder 1] heeft met behulp van katvanger [Z] Foodmix aangekocht en heeft zich na de aankoop samen met [bestuurder 2] schuldig gemaakt aan de oplichting van twee kippenvleesleveranciers van Foodmix. De rechtbank heeft voor recht verklaard dat [bestuurder 1] en [bestuurder 2] op grond van artikel 2:248 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het tekort in het faillissement van Foodmix dat betrekking heeft op de schulden die zijn ontstaan in de periode vanaf 25 september 2012. Verder heeft de rechtbank [bestuurder 1] en [bestuurder 2] onder meer veroordeeld tot betaling van deze schulden voor zover deze niet door vereffening

fening van de overige aan de periode vanaf 25 september 2012 toe te rekenen baten kunnen worden voldaan, alsmede tot betaling van het gevorderde voorschot van € 80.000,=.

2.6 De curator heeft [geïntimeerde] drie verwijten gemaakt:

1. [geïntimeerde] heeft een grote rekening courant vordering op vennootschappen van haar echtgenoot, [...], laten ontstaan, terwijl zij wist of had moeten weten dat deze vorderingen nooit terugbetaald zouden kunnen worden. Om die reden is er volgens de curator sprake van een tegenstrijdig belang als bedoeld in artikel 2:256 BW, hetgeen het handelen van [geïntimeerde] onrechtmatig maakte.

2. De wijze waarop [geïntimeerde] Foodmix van de hand heeft gedaan, te weten verkoop aan een dubieuze koper, is in strijd met een behoorlijke taakvervulling van [geïntimeerde] als bestuurder. [geïntimeerde] had beter onderzoek moeten doen naar degenen die Foodmix zouden overnemen. De curator heeft aangevoerd dat dit onbehoorlijke taakvervulling is en dat deze handelwijze in belangrijke mate heeft bijgedragen aan het faillissement van Foodmix. [geïntimeerde] heeft jegens de schuldeisers van Foodmix onrechtmatig gehandeld.

3. [geïntimeerde] heeft haar publicatieplicht geschonden omdat zij de jaarrekening van 2010 te laat heeft gedeponereerd. Ook verwijt de curator haar dat zij geen administratie heeft overgelegd en haar bewaarplicht als bedoeld in artikel 2:10 lid 3 BW heeft geschonden.

2.7 [geïntimeerde] heeft het volgende aangevoerd. De bedrijfsactiviteiten van de vennootschappen zijn beëindigd rond 2001. Er resteerden toen nog slechts rekening-courantschulden. Daarnaast is er op enig moment een schuld betreffende de vennootschapsbelasting ontstaan. Volgens [geïntimeerde] had zij ter zake van de vennootschappen jaarlijks ongeveer € 7000,= aan kosten, zonder dat er inkomsten tegenover stonden. De belastingschuld kon niet worden voldaan, omdat de vennootschappen geen activiteiten meer verrichtten en er geen inkomsten meer waren. Op enig moment heeft [geïntimeerde] vernomen dat er een markt bestaat voor de verkoop van vennootschappen met fiscaal compensabele verliezen, zoals aanwezig in [X holding] en [X beheer]. [geïntimeerde] is vervolgens in contact gekomen met [Y], op wie zij vertrouwde en aan wie zij het zoeken naar een koper heeft uitbesteed. Dat de koper een katvanger was en dat de vennootschappen na de verkoop misbruikt zijn voor oplichting, kon [geïntimeerde] niet weten. In reconventie heeft [geïntimeerde] de opheffing van de ten laste van gedaagden gelegde beslagen gevorderd.

2.8 De rechtbank heeft de onder 2.6 genoemde verwijten ongegrond geacht en heeft de gevorderde verklaring voor recht en de betalingsvordering jegens [geïntimeerde] afgewezen. De reconventionele vordering heeft de rechtbank toegewezen. Voorts is de curator veroordeeld in de kosten van de procedure aan de zijde van [geïntimeerde].

3 Beoordeling van het hoger beroep

3.1 In hoger beroep heeft de curator geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden vonnis, tot toewijzing van haar vorderingen en tot afwijzing van de vorderingen van [geïntimeerde], met veroordeling van [geïntimeerde] in de kosten van beide instanties. Met de grieven 2 en 3 bestrijdt de curator het oordeel van de rechtbank dat niet is komen vast te staan dat er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling. Volgens de curator kunnen aan [geïntimeerde] een drietal verwijten worden gemaakt (vgl. rov. 2.6).

Vordering op [...] Holding B.V. en Mailmission B.V.

3.2 Ten eerste verwijt de curator [geïntimeerde] dat zij een grote rekening-courantvordering op vennootschappen van haar echt-

genoot heeft laten ontstaan zonder hiervoor zekerheid te bedingen. Het is voor de curator niet duidelijk waarom er destijds vanuit [X beheer] grote bedragen zijn overgemaakt naar [...] Holding B.V. en Mailmission B.V. De vennootschappen van [geïntimeerde] zijn immers al lange tijd niet meer actief en dat zelfde geldt voor de vennootschappen van haar echtgenoot. De curator houdt het er voor dat geen sprake is van zakelijke leningen. Als gevolg van het handelen van [geïntimeerde] heeft de curator geen administratie waaruit de achtergrond van deze vorderingen volgt. Het ligt volgens de curator op de weg van [geïntimeerde] om aan te tonen dat de leningen wel zakelijk waren.

3.3 Het hof overweegt hierover als volgt. Het ligt op de weg van de curator om te stellen en zo nodig te bewijzen dat ter zake van deze vorderingen sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. De omstandigheid dat de curator geen administratie heeft waardoor zij het gestelde onbehoorlijke bestuur moeilijk nader kan onderbouwen, maakt dat niet anders. De stellingen van de curator zijn onvoldoende om aan te nemen dat er ter zake van de rekening-courantschulden op [...] Holding B.V. en Mailmission B.V. sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Dat de curator niet weet welke zakelijke afwegingen destijds zijn gemaakt, betekent nog niet dat het op de weg van [geïntimeerde] ligt om hierover een nadere toelichting te geven. Daarbij acht het hof van belang dat het klaarblijkelijk gaat om vorderingen die geruime tijd vóór het faillissement van Foodmix zijn ontstaan en dat de schulden daarna zijn ontstaan, zodat [geïntimeerde] bij het uitlenen van de gelden geen rekening behoefde te houden met opeisbare verplichtingen.

Verkoop van aandelen aan [Z]

3.4 De curator heeft ter zake van haar stelling dat [geïntimeerde] kan worden verweten dat zij de aandelen in Foodmix aan [Z] heeft verkocht (het tweede verwijt), het volgende aangevoerd. Er bestaat een grote groep beroepsfraudeurs die zich bezig houdt met het opkopen van slecht lopende rechtspersonen om daarmee oplichting, flessentrekkerij en/of belastingfraude te plegen en de rechtspersoon vervolgens leegt te trekken. Met het leegtrekken verdwijnt het verhaalsvermogen van de slachtoffers en andere schuldeisers. Deze wijze van fraude kan enkel plaatsvinden omdat de oplichters daartoe in staat worden gesteld door derden. Daarbij gaat het niet alleen om verkopende aandeelhouders, maar ook om de bestuurders en notarissen die aan het verlijden van de akten van aandelenoverdracht (aan de oplichters) hun medewerking verlenen. Deze gang van zaken heeft zich ook voorgedaan bij Foodmix.

3.5 Verder voert de curator aan dat [geïntimeerde] via internet in contact zou zijn gekomen met [Y], die vervolgens het zoeken naar een koper en alle onderhandelingen voor zijn rekening zou hebben genomen. [geïntimeerde] zou de formele koper, [Z], nooit in levende lijve hebben ontmoet en zij heeft ook geen enkel onderzoek naar hem gedaan. [Z] was in werkelijkheid slechts een katvanger. Van [geïntimeerde] mocht worden verwacht dat zij onderzoek had gedaan naar de persoon van de koper en dat zij ervan had afgezien de vennootschap aan [Z] te verkopen. Daarbij betreft de curator dat [geïntimeerde] vlak voor de overdracht van de aandelen het vestigingsadres van de vennootschap gewijzigd heeft in Voordijk 249 te (2993 BB) Barendrecht. Dit adres bestaat echter helemaal niet meer. Het is een frauduleus adres waarop veel failliete ondernemingen staan geregistreerd. Met een zoekopdracht via Google had [geïntimeerde] dit kunnen achterhalen, aldus de curator.

3.6 De curator trekt uit het voorafgaande de conclusie dat [geïntimeerde] had behoren te begrijpen dat er een aanmerkelijke kans was dat Foodmix misbruikt zou gaan worden. Het is de wettelijke taak van een bestuurder om bij zijn bestuurshande-

len rekening te houden met de belangen van alle stakeholders bij de vennootschap, waaronder de crediteuren. Die taak eindigt niet bij de verkoop van (de aandelen in) de vennootschap. Volgens de curator had [geïntimeerde] moeten begrijpen dat er eigenlijk geen valide redenen konden zijn om een technisch failliete vennootschap over te nemen. Haar wens om de vennootschap niet langer zelf voort te zetten, betekent nog niet dat zij de belangen van de (crediteuren van de) vennootschap kon veronachtzamen. [geïntimeerde] kan zich niet verschuilen achter [Y] of de notaris. Het was haar verantwoordelijkheid als bestuurder om onderzoek te doen naar (de bedoelingen van) [Z].

3.7 Het hof stelt het volgende voorop. [geïntimeerde] in haar hoedanigheid van aandeelhoudster van [X holding] had in beginsel de vrijheid om het besluit te nemen haar aandelen in die vennootschap (en daarmee ook de dochtervennootschap [X beheer]) te verkopen aan een willekeurige koper zonder dat op haar de verplichting rustte om nadere inlichtingen in te winnen over de persoon van de koper en diens motieven voor de koop. Het is aan de curator om te stellen, en zo nodig te bewijzen dat [geïntimeerde] in haar hoedanigheid van aandeelhoudster van de aandelen in [X holding] onrechtmatig heeft gehandeld jegens de crediteuren van Foodmix en dat dit handelen heeft geleid tot schade ter hoogte van het (door de curator gevorderde) boedeltekort in Foodmix.

3.8 De curator heeft gesteld dat [geïntimeerde] wist of kon weten dat zij de aandelen in [X holding] aan een katvanger verkocht en dat het – zo begrijpt het hof – maatschappelijk onzorgvuldig (in de zin van artikel 6:162 BW) was om tot een dergelijke transactie over te gaan. Het hof overweegt hierover als volgt. De curator heeft geen feiten of omstandigheden gesteld op grond waarvan kan worden aangenomen dat [geïntimeerde] ten tijde van de verkoop ervan op de hoogte was dat zij te maken had met een katvanger. Voorts rustte op [geïntimeerde] in beginsel niet de verplichting om onderzoek te doen naar de persoon van de koper van de aandelen (die zij niet kende en ook nimmer had ontmoet) of om te controleren of het nieuwe adres voor [X holding] en [X beheer] een bestaand adres was. De curator heeft onvoldoende omstandigheden aangevoerd op grond waarvan van [geïntimeerde] een dergelijk onderzoek wel kon worden verwacht. Dit geldt ook voor de omstandigheid dat [geïntimeerde] de aandelen in [X holding] zonder due diligence onderzoek voor een bedrag van € 1,- heeft verkocht, terwijl deze vennootschap een schuld aan de fiscus had. Dat het bedrag van € 1,-, met de toezegging van de koper dat hij de belasting schulden zou voldoen, in dit geval geen reële tegenprestatie is geweest heeft de curator niet gesteld en het is ook niet gebleken. Daarbij betreft het hof dat het in het maatschappelijk verkeer niet ongebruikelijk is dat vennootschappen met schulden worden opgekocht vanwege de daarin aanwezige compensabele verliezen, een praktijk die op zichzelf niet onwettig of onrechtmatig is. De curator heeft ook niet gesteld dat in [X holding] en [X beheer] geen compensabele verliezen aanwezig waren. Het hof komt op grond van het vorenstaande tot de conclusie dat de rechtbank terecht de aansprakelijkheid van [geïntimeerde] voor zover gebaseerd op onrechtmatig handelen als (verkopend) aandeelhoudster, heeft afgewezen.

3.9 Op [geïntimeerde] in haar hoedanigheid van bestuurder rustte op grond van artikel 2:9 BW de verplichting tot een behoorlijke taakvervulling. Op grond van artikel 2:248 BW is een bestuurder in het geval van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in geval van faillissement aansprakelijk voor het boedeltekort van de failliete vennootschap. Naar het oordeel van het hof heeft de curator niet concreet toegelicht welke verplichtingen [geïntimeerde] als bestuurder kennelijk onbehoorlijk heeft geschonden in verband met de verkoop van de aandelen in [X

holding], alsmede waarom dit zou moeten leiden tot aansprakelijkheid voor het boedeltekort van Foodmix. De conclusie is dat het hoger beroep faalt voor zover de curator [geïntimeerde] op deze grondslag aansprakelijk houdt.

Schending administratie en publicatieplicht

3.10 Ter zake van het derde verwijt, de schending van de administratie- en publicatieplicht, heeft de curator allereerst aangevoerd dat [geïntimeerde] de boekhoudplicht als bedoeld in artikel 2:10 BW geschonden heeft door de administratie af te geven aan een malafide persoon. Bij de overdracht van een vennootschap blijft de oude bestuurder verantwoordelijk voor afgifte van de administratie, indien de nieuwe aandeelhouder/bestuurder een katvanger blijkt te zijn. Deze klacht faalt. [geïntimeerde] heeft terecht aangevoerd dat zij bij de verkoop van de aandelen de administratie heeft mogen afgeven aan de nieuwe eigenaar. De omstandigheid dat de koper – later – een katvanger blijkt te zijn, maakt dat niet anders.

3.11 Voorts heeft de curator in het kader van het derde verwijt aangevoerd dat [geïntimeerde] in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement de jaarrekeningen van 2011 en 2012 niet binnen de wettelijk voorgeschreven termijn als bedoeld in artikel 2:394 BW heeft gedeponereerd. Er is daarom sprake van onbehoorlijke taakvervulling en er geldt een wettelijk vermoeden dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (artikel 2:248 BW). Dit vermoeden wordt niet ontzenuwd door de stelling van [geïntimeerde] dat het faillissement in overwegende mate is veroorzaakt door de onbehoorlijke taakvervulling van [Z], [bestuurder 1] en [bestuurder 2]. Immers, het ligt nu juist aan [geïntimeerde] dat zij de controle over [X beheer]/Foodmix hebben gekregen, aldus de curator.

3.12 Het hof oordeelt als volgt. Het niet nakomen van de publicatieplicht bekend dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling. Er wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement (artikel 2:248 lid 2 BW). [geïntimeerde] heeft aangevoerd dat het hier een onbelangrijk verzuim betreft. Volgens haar ging het bij de jaarstukken over 2011 om de overschrijding van de termijn met slechts zestien dagen. Dit werd veroorzaakt door omstandigheden gelegen in de risicosfeer van de boekhouder. De curator heeft dit niet weersproken, zodat het hof de overschrijding van de termijn niet in aanmerking zal nemen. (vgl. HR 1 november 2013, NJ 2014, 7) Voor jaarstukken over 2012 geldt dat deze moesten worden gepubliceerd in 2013, toen [geïntimeerde] al geen bestuurder meer was. Daarnaast ligt in de stellingen van [geïntimeerde] besloten dat zij van mening is dat het niet nakomen van de publicatieplicht geen belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Ook dit verweer slaagt. Uit de vaststaande feiten volgt dat het faillissement van Foodmix is veroorzaakt doordat de feitelijke bestuurders op enig moment na de overdracht van de aandelen zijn gestopt met het betalen van de schuldeisers.

Slotsom

3.13 De slotsom is dat de grieven falen. Het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd. Het algemene bewijsaanbod van de curator dient als te vaag – nu het onvoldoende duidelijk is betrokken op voldoende geconcretiseerde stellingen – dan wel niet ter zake dienende – nu geen feiten zijn gesteld die, indien bewezen, tot andere oordelen aanleiding geven – te worden gepasseerd. Bovendien voldoet het niet aan de in hoger beroep aan een bewijsaanbod te stellen eisen.

4 Beslissing

Het hof:

– bekrachtigt het bestreden vonnis.

NOOT

1. Dit arrest gaat over de aansprakelijkheid van een DGA die zijn aandelen in zijn vennootschap verkoopt aan een derde. Korte tijd daarna gaat de vennootschap failliet en schuldeisers van de vennootschap blijven onbetaald achter. De vraag is of in dat geval de DGA aansprakelijk jegens die schuldeisers is, en zo ja, op welke grond? Is er sprake van bestuurdersaansprakelijkheid? Of is sprake van 'aandeelhouders'-aansprakelijkheid?

2. De feiten zijn als volgt. De DGA was enig aandeelhouder van Holding B.V. (hierna: Holding). Holding was enig aandeelhouder en bestuurder van X beheer B.V. (hierna: Beheer). Deze vennootschappen hielden zich bezig met het verlenen van diensten op het gebied van acquisitie en administratie ten behoeve van de distributie en bezorging van poststukken en met koeriers- en vrachtdiensten. De DGA heeft medio 2012 de heer Y en diens bedrijf 'Bedrijf in Nood' benaderd om een koper te vinden voor Holding en Beheer. Via Y is er een koper, Z, gevonden. Op 25 september 2012 heeft de DGA zijn aandelen in Holding verkocht en geleverd aan Z. De koopprijs van de aandelen bedroeg € 1,=, inclusief de rekening-courantvordering van Holding op de DGA en een schuld aan de fiscus. De koopprijs is voldaan door betaling van het bedrag van € 1,= door Z aan de DGA en voor het resterende deel door overneming van de rekening-courantschuld. In de notariële akte van levering van de aandelen is bepaald dat op datum levering (i) de DGA wordt ontslagen en gedechargeerd voor het gevoerde beleid en (ii) Z bestuurder van de vennootschap wordt. De naam van Holding is op 11 april 2013 gewijzigd in Foodmix Holding B.V. en de naam van Beheer in Foodmix International B.V. (hierna: Foodmix). Na de overdracht van de aandelen is Foodmix zich gaan bezighouden met de in- en verkoop van kippenvlees. Op 21 mei 2013 is Foodmix failliet verklaard.

3. De curator van Foodmix maakt de DGA een aantal verwijten, zie r.o. 2.6 van het arrest. In deze noot concentreer ik mij op het verwijt dat de DGA ter zake van de aandelentransactie aansprakelijk zou zijn. De curator stelt dat de wijze waarop de DGA Foodmix van de hand heeft gedaan, namelijk verkoop aan een dubieuze koper, in strijd is met een behoorlijke taakvervulling van de DGA als bestuurder. De DGA had (beter) onderzoek moeten doen naar Z, een katvanger. Deze onbehoorlijke taakvervulling en handelwijze heeft in belangrijke mate bijgedragen aan het faillissement van Foodmix. De DGA heeft jegens de schuldeisers van Foodmix onrechtmatig gehandeld, aldus de curator. Ik verwijs naar r.o. 3.4 tot en met 3.6 waar de stellingen van de curator nader zijn weergegeven.

4. Als verweer heeft de DGA gesteld dat de bedrijfsactiviteiten van Holding en Beheer rond 2001 zijn beëindigd. Er reesterden toen nog slechts rekening-courantschulden. Daarnaast is er op enig moment een Vpb-schuld ontstaan. Volgens de DGA waren de kosten van Holding en Beheer jaarlijks ongeveer € 7000,= zonder dat daar inkomsten tegenover stonden. De belastingschuld kon daarom niet worden voldaan. De DGA vernam dat er een markt bestaat voor de verkoop van vennootschappen met fiscaal compensabele verliezen, zoals aanwezig in Holding en Beheer. De DGA is in contact gekomen met Y. De DGA vertrouwde Y en verzocht Y een koper te zoeken. Dat Z een katvanger was en dat de vennootschappen na de verkoop voor oplichting misbruikt zouden worden, wist de DGA niet, aldus het verweer.

5. De rechtbank heeft de vordering van de curator afgewezen. Ook het hof doet dat.

6. Het hof neemt als uitgangspunt (zie r.o. 3.7) dat de DGA in zijn hoedanigheid van aandeelhouder van Holding in beginsel de vrijheid had om het besluit te nemen zijn aandelen in die

vennootschap (en daarmee ook Beheer) te verkopen aan een willekeurige koper zonder dat op hem de verplichting rustte om nadere inlichtingen in te winnen over de persoon van de koper en diens motieven voor de koop. Dit uitgangspunt bevat twee onderdelen: (i) de vrijheid tot verkoop van aandelen en (ii) de onderzoeksplicht naar de (potentiële) koper. Ik kom op deze onderdelen terug.

7. Het hof overweegt in r.o. 3.7 terecht dat de stelplicht en bewijslast op de curator rust, waar het gaat om de stelling dat de DGA in zijn hoedanigheid van aandeelhouder van Holding onrechtmatig heeft gehandeld jegens de crediteuren van Foodmix en dat dit handelen heeft geleid tot schade ter hoogte van het gevorderde boedeltekort in Foodmix.

8. Allereerst gaat het hof in op de onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW als grondslag voor de aansprakelijkheid van de DGA (r.o. 3.8). Volgens het hof heeft de curator geen feiten of omstandigheden gesteld op grond waarvan kan worden aangenomen dat de DGA ten tijde van de verkoop ervan op de hoogte was dat hij te maken had met een katvanger. Ook had volgens het hof de DGA in beginsel niet de verplichting om onderzoek te doen naar de persoon van de koper van de aandelen of om te controleren of het nieuwe adres voor Holding en Beheer een bestaand adres was. De curator heeft onvoldoende omstandigheden aangevoerd op grond waarvan de DGA een onderzoek had moeten doen. De omstandigheid dat de DGA de aandelen in Holding zonder due diligence-onderzoek voor een bedrag van € 1,= heeft verkocht, terwijl deze vennootschap een schuld aan de fiscus had, is volgens het hof niet een omstandigheid die tot een onderzoek voor de DGA had moeten leiden. Het hof overweegt ook dat (i) het niet ongebruikelijk is dat vennootschappen met schulden worden opgekocht vanwege de daarin aanwezige compensabele verliezen en (ii) deze praktijk op zichzelf niet onwettig of onrechtmatig is.

9. Ik kom terug op het uitgangspunt van het hof (zie sub 6). Het eerste onderdeel daarvan is de vrijheid tot verkoop van aandelen. Dat onderschrijf ik. Ik ben het alleen niet eens met het hof waar het hof deze vrijheid plaatst in de hoedanigheid van aandeelhouder. Eerder heb ik betoogd dat in gevallen als deze geen sprake kan zijn van aandeelhoudersaansprakelijkheid, omdat de verkoop van aandelen in een vennootschap een vermogensrechtelijke transactie is en geen sprake is van een gedraging in hoedanigheid van aandeelhouder, waarbij de aan de aandelen verbonden rechten worden uitgeoefend (R.A. Wolf, 'Over overdracht van aandelen door de DGA, faillissement van de vennootschap en onbetaalde crediteuren. Bestuurders- of aandeelhoudersaansprakelijkheid?', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2016-2017*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 141, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 271-304. Zie over deze problematiek ook: V. van Vegchel, 'Onrechtmatige verkoop van bv-aandelen door schending onderzoeksplicht: bestuurlijke tekortkoming of aandeelhoudersgedraging?', *O&F* 2015-3, p. 36-49 en C.M. Hilverda, 'Beroepsfraude via aankoop bijna failliete BV: mogelijkheden aanpak aankoper, faciliterende verkoper en notaris', *Tvl* 2016/5). Het hof neemt naar mijn mening de eventuele aansprakelijkheid van de DGA in hoedanigheid van aandeelhouder ten onrechte tot uitgangspunt (vgl. M.H.C. Sinninghe Damsté & B. Kemp, 'Aansprakelijkheid van aandeelhouders: another view of the cathedral', *Ondernemingsrecht* 2017/177, afl. 14, p. 661, r.k.).

10. Het tweede onderdeel van het uitgangspunt van het hof is de onderzoeksplicht naar de (potentiële) koper. Het hof overweegt in r.o. 3.7 "zonder dat op haar de verplichting rustte om nadere inlichtingen in te winnen over de persoon van de koper en diens motieven voor de koop". In r.o. 3.8 komen woorden van gelijke

strekking terug. In die laatste overweging komt door plaatsing van de woorden “in beginsel” direct voor een mogelijke onderzoeksplicht naar mijn mening beter en terecht tot uitdrukking dat onder omstandigheden een onderzoeksplicht voor de verkopende aandeelhouder kan worden aangenomen.

11. De grondslag van de secundaire aansprakelijkheid van de verkopende aandeelhouder jegens de crediteuren is de onrechtmatige daad. Deze daad wordt ingevuld door een zorgvuldigheidsverplichting die deze aandeelhouder jegens de crediteur in acht moet nemen. Het gaat daarbij om de secundaire aansprakelijkheid van de verkopende aandeelhouder jegens een crediteur. Eerder schreef ik dat een verkopend aandeelhouder, die de feitelijke macht in een vennootschap bezit, in voorkomend geval een zorgvuldigheidsverplichting jegens crediteuren van de vennootschap heeft. Deze zorgvuldigheidsverplichting bestaat erin dat hij bij verkoop van zijn aandelen in de vennootschap aan een derde zich de belangen van de crediteuren moet aantrekken als sprake is van voorzienbare benadeling van de crediteuren. Deze voorzienbare benadeling houdt in dat de aandeelhouder op moment van overdracht van zijn aandelen aan een derde wist of behoorde te weten dat die derde vervolgens zodanig zal handelen of nalaten dat voorzienbaar is dat schuldeisers van de vennootschap zullen worden benadeeld. Er rust op de verkopende aandeelhouder in dat kader een onderzoeksplicht. Door na te laten onderzoek te doen naar de identiteit van de koper en de plannen van de koper met de vennootschap en de door haar gedreven onderneming, heeft de verkopend aandeelhouder de voorzienbare benadeling aanvaard. Wordt deze zorgvuldigheidsverplichting niet nagekomen en komt de vennootschap binnen afzienbare tijd haar verplichtingen jegens haar crediteuren niet na, dan heeft de voormalig aandeelhouder jegens de crediteuren van de vennootschap onrechtmatig gehandeld en is hij aansprakelijk voor de door de crediteuren als gevolg daarvan geleden schade (zie voor dit alles: Wolf 2017, p. 298-299). Ik formuleerde ook een feiten- en omstandigheden-catalogus ter nadere invulling van de hiervoor genoemde zorgvuldigheidsverplichting (zie Wolf 2017, p. 299-303).

12. Een aantal feiten en omstandigheden uit deze catalogus noemt het hof in r.o. 3.8, zoals hiervoor besproken. Ik denk dat het hof ook langs een andere en kortere weg tot afwijzing van de vordering gebaseerd op onrechtmatige daad had kunnen komen. Ik lees de feiten als volgt. Uit r.o. 2.7 en r.o. 2.2 volgt dat er elf jaar tussen de beëindiging van de bedrijfsactiviteiten van Holding en Beheer en de verkoop en levering van de aandelen zit. De enige schuldeiser in die periode was de fiscus en er waren compensabele verliezen. Eerst na verkoop en levering van de aandelen zijn nieuwe en totaal andere bedrijfsactiviteiten opgestart en nieuwe schuldeisers van (daarna) Foodmix ontstaan. De nieuwe bestuurder van Foodmix heeft die activiteiten opgestart en heeft de rechtshandelingen verricht die tot nieuwe schulden hebben geleid. De lange periode van inactiviteit en het feit dat de DGA niets met de nieuwe en andere bedrijfsactiviteiten en schulden van doen heeft gehad, maken naar mijn mening reeds dat tot afwijzing van de vordering gebaseerd op onrechtmatige daad gekomen had kunnen worden.

13. In r.o. 3.9 refereert het hof aan de behoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 en 2:248 BW. Aan een inhoudelijke beoordeling van deze gronden komt het hof niet toe, omdat het van oordeel is dat de curator niet aan zijn stelplicht heeft voldaan. De curator heeft niet toegelicht welke verplichtingen de DGA als bestuurder kennelijk onbehoorlijk heeft geschonden in verband met de verkoop van de aandelen in Holding en waarom dit zou moeten leiden tot aansprakelijkheid voor het boedeltkort van Foodmix. Ook op deze gronden wordt de vordering van de curator afgewezen.

14. Ik heb eerder betoogd dat en waarom in een situatie zoals in dit arrest aan de orde is er geen sprake kan zijn van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9, 2:248 en/of 6:162 BW. In lagere rechtspraak wordt bestuurdersaansprakelijkheid in gevallen als deze op die gronden met enige regelmaat, en naar mijn mening dus ten onrechte, aangenomen (zie Wolf 2017, p. 274-290, waar een aantal uitspraken van lagere rechters wordt besproken. In gelijke zin: M.H.C. Sinninghe Damsté & B. Kemp, ‘Aansprakelijkheid van aandeelhouders: another view of the cathedral’, *Ondernemingsrecht* 2017/177, afl. 14, p. 661, r.k.). Gelet op r.o. 3.7 van het hof over mogelijke aandeelhoudersaansprakelijkheid is het de vraag of het hof de gedraging van de DGA in het licht van bestuurdersaansprakelijkheid zou hebben geplaatst.

R.A. Wolf

UdinkSchepel Advocaten, Universiteit Leiden en Maastricht University (ICGI)

9
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, nr. 200.154.123/01 ECLI:NL:GHSHE:2017:4751 (mr. Van Rijkom, mr. De Haan, mr. Van der Steenhoven) Noot P.J. Peters en F. el Houzi
Arbeidsrecht. Statutair bestuurder. Uitleg beëindigingsovereenkomst. Aansprakelijkheid bestuurder. Haviltex-maatstaf.
Geschil tussen woningcorporatie en voormalig directeur-bestuurder over financiële afwikkeling van het dienstverband. De in de beëindigingsovereenkomst opgenomen finale kwijting omvat bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW.
[BW art. 2:9]

49

Partijen twisten over de uitleg van bepalingen van de beëindigingsovereenkomst. Het hof stelt voorop dat de uitleg van de beëindigingsovereenkomst dient te geschieden aan de hand van de zogenoemde Haviltex-maatstaf. Beslissend is de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (vgl. ECLI:NL:HR:2015:3303, r.o. 3.3.3).

WSG baseert haar vorderingen in hoger beroep (uitsluitend) op bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW – en niet (tevens) op art. 7:661 BW (aansprakelijkheid werknemer) zoals in eerste aanleg. WSG maakt een onderscheid tussen de beëindiging van het bestuurderschap van [geïntimeerde] en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Volgens WSG is de functie van directeur-bestuurder van [geïntimeerde] reeds bij de brief van 29 maart 2011 beëindigd en betreft de beëindigingsovereenkomst slechts het einde van de arbeidsovereenkomst tussen [geïntimeerde] en WSG. WSG beoogde met de beëindigingsovereenkomst slechts tot een regeling te komen van de wederzijdse rechten en plichten die met (het verbreken van) de arbeidsovereenkomst alléén verband hielden, en de strekking van de finale kwijting dan ook evenzeer beperkt tot de arbeidsrechtelijke verhouding tussen WSG en [geïntimeerde]. WSG beroept zich in dit verband op getuigenverklaringen van (oud) RvT