

403-verklaring zelf. Wat een 403-verklaring in een concreet geval inhoudt, dient vastgesteld te worden door uitleg van de betreffende verklaring (zie HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, NJ 2002/447, r.o. 3.4.2-3.4.6 (Akzo Nobel/ING Bank)).

15. Ervan uitgaande dat de door Coltex Retail Group afgegeven 403-verklaring ook de met Erjeebee V en XXIV afgesloten huurovereenkomsten dekt, hebben Erjeebee V en XXIV een rechtstreekse zelfstandige vordering op Coltex Retail Group verkregen. Die vordering wordt door de splitsing niet aangetast (vgl. HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, NJ 2015/255).

Met de splitsing is de 403-verklaring 'ingetrokken'. Coltex Retail Group kan, mits aan de voorwaarden van art. 2:404 BW wordt voldaan, de overblijvende aansprakelijkheid beëindigen. Uit het arrest blijkt dat Coltex Retail Group dat laatste ruim een jaar na de splitsing heeft gedaan. Erjeebee V en XXIV hebben daartegen geen verzet aangetekend.

Die beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid berust op een afzonderlijke beslissing van Coltex Retail Group. Wellicht dat het hof dat bedoelde aan te geven in plaats van te verwijzen naar een intrekking van de 403-verklaring.

M.C. Schepel
Steins Bisschop & Schepel B.V.

196

Gerechtshof Den Haag
12 juli 2016, nr. 200.142.704/01
ECLI:NL:GHDHA:2016:1935
(mr. Damsteegt-Molier, mr. Van der Ven, mr. Limborgh)
Noot M. Poelsema

Aansprakelijkheid bestuurder vennootschap jegens onbetaalde schuldeiser.

Aansprakelijkheid afgewezen. Geen nieuwe verplichtingen aangegaan op moment dat duidelijk was dat de vennootschap niet langer aan haar verplichtingen kon voldoen.

[BW art. 6:162]

1260

In de kern maakt *Staffable c.s.* [geïntimeerde] drie verwijten. In de eerste plaats dat [geïntimeerde] heeft bewerkstelligd of toegelaten dat *EnC c.s.* jegens *Staffable c.s.* verplichtingen is aangegaan op een moment dat het hem als bestuurder van die vennootschappen bekend was of had moeten zijn dat *EnC c.s.* die verplichtingen niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de diensgevolge door *Staffable c.s.* te lijden schade. In de tweede plaats dat [geïntimeerde] bij de verdeling van de opbrengst van *HnM* heeft bewerkstelligd of toegelaten dat crediteuren selectief zijn betaald. Ten derde verwijt *Staffable c.s.* [geïntimeerde] dat hij heeft nagelaten de vennootschappen te besturen. Bij de beoordeling van deze verwijten wordt het volgende voorop gesteld.

Beoordeeld moet worden of *Staffable c.s.* de schade die zij lijdt doordat *EnC c.s.* geen verhaal (meer) biedt voor de vorderingen die *Staffable c.s.* op deze vennootschappen heeft, kan verhalen op [geïntimeerde] als (indirect) bestuurder van deze vennootschappen. Er kan grond zijn voor aansprakelijkheid van de (indirect) bestuurder van de vennootschap voor deze schade, maar alleen dan, als hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, ter zake een voldoende

ernstig verwijt kan worden gemaakt. De maatstaf daarbij is of het handelen of nalaten van [geïntimeerde] ten opzichte van *Staffable c.s.* in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Daarvan zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat [geïntimeerde] wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschappen tot gevolg zou hebben dat dezen hun verplichtingen niet zouden nakomen en ook geen verhaal zouden bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Ook kan, als de bestuurder weet of moet weten dat een faillissement onafwendbaar is, het voldoen van één of meer bepaalde schuldeisers jegens de overige schuldeisers onrechtmatig zijn als voor die betalingen geen rechtvaardiging te geven is. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden aangenomen. Dit alles geldt ook voor een indirect bestuurder. Verwezen wordt naar HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*) en naar HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204, NJ 2014/325.

1. Projectburo *Staffable B.V.*, gevestigd te Maastricht,
2. Projectburo *Staffable Detachering B.V.*, gevestigd te Maastricht,
3. *Cuise B.V.*, gevestigd te Maastricht,
4. *Mise en Place Den Haag B.V.*, gevestigd te Maastricht,
5. *Mise en Place Enschede B.V.*, gevestigd te Maastricht,
6. *Mise en Place Nijmegen B.V.*, gevestigd te Maastricht,
7. *Mise en Place Amsterdam B.V.*, gevestigd te Maastricht,
8. *House of Kent B.V.*, gevestigd te Rotterdam, appellanten, hierna te noemen: *Staffable c.s.*, advocaat: mr. N.P.F.E. van der Peet te Maastricht, tegen [geïntimeerde], wonende te Lisse, geïntimeerde, hierna te noemen: [geïntimeerde], advocaat: mr. M. Cota te Den Haag.

Hof:

Het geding

Bij exploit van 12 maart 2013 is *Staffable c.s.* in hoger beroep gekomen van drie door de rechtbank Den Haag tussen partijen gewezen vonnissen van 27 april 2011, 12 december 2012 en 6 februari 2013.

Bij memorie van grieven met producties heeft *Staffable c.s.* tien grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord heeft [geïntimeerde] de grieven bestreden. Vervolgens heeft [geïntimeerde] een akte overlegging producties genomen en *Staffable c.s.* een akte. Tenslotte hebben beide partijen een antwoordakte genomen.

Vervolgens hebben partijen de stukken overgelegd en arrest gevraagd.

*Beoordeling van het hoger beroep**Feiten*

1. De rechtbank heeft de tussen partijen vaststaande feiten opgesomd. Grief I klaagt erover dat de rechtbank daarbij de rol van [geïntimeerde] te beperkt heeft weergegeven. De grief kan op zichzelf niet tot vernietiging van het vonnis leiden, omdat geen rechtsregel de rechter verplicht uitsluitend feiten op te nemen die dragend zijn voor de tussen partijen te nemen beslissing en evenmin om alle feiten op te nemen. De weergave van de feiten dient slechts als schets van de feitelijke achtergrond van het geschil. Overigens zal hierna worden vastgesteld dat [geïntimeerde] tot 1 juni 2010 bestuurder was van EnC Group B.V. (hierna: EnC).

2. Het gaat in deze zaak om het volgende.

2.1 Staffable c.s. behoort tot c.q. is gelieerd aan het Mise-en-Place-concern, een personeelsbureau, gespecialiseerd in de horeca- en gastvrijheidsbranche.

2.2 EnC is een holdingmaatschappij, opgericht op 13 mei 2008. De aandelen in EnC worden gehouden door [geïntimeerde] en door zijn zoon (hierna: [zoon]), ieder 50%.

2.3 EnC is houder van 100% van de aandelen in HnM Café B.V. (hierna: HnM), opgericht op 16 februari 2007, en van 1/3 van de aandelen in Stichting Administratiekantoor aandelen M'n Eks (hierna: de Stak), opgericht op 2 december 2008. De Stak houdt alle aandelen in M'n Eks B.V. (hierna: M'n Eks), opgericht op 2 december 2008. De aandeelhouders van de Stak zijn naast EnC (houder van 1/3 van de aandelen) de heer [betrokkene 1] (1/3) en de heer [betrokkene 2] (1/3). De heren Pannevis en Van Santvoort zijn werkzaam bij Staffable c.s.

2.4 EnC is (enig) bestuurder van de Stak en HnM; de Stak is (enig) bestuurder van M'n Eks. EnC werd vanaf de oprichting tot 1 juni 2010 bestuurd door [geïntimeerde] en [zoon]; sinds 1 juni 2010 is [zoon] (enig) bestuurder van EnC.

2.5 Rond de datum van oprichting van de Stak en M'n Eks is een intensieve(re) samenwerking ontstaan tussen Staffable c.s. enerzijds en (onder andere) HnM en M'n Eks anderzijds, waarbij personeelsleden in dienst van Staffable c.s. werden ingeleend door HnM respectievelijk M'n Eks. In dat kader zijn personeelsleden die voorheen werkzaam waren bij HnM overgenomen door en op de loonlijst gezet van Staffable c.s.; ten aanzien van M'n Eks is vanaf de start van de onderneming personeel ingeleend bij Staffable c.s.

2.6 Op 12 november 2009 is namens aan de ene kant Mise en Place Euro B.V., Staffable Payroll B.V., Staffable Detachering B.V., Cuise B.V. en House of Kent B.V. als "schuldeiser" en aan de andere kant EnC, vertegenwoordigd door [zoon] als "schuldenaar" een Schuldbekentenis ondertekend. Hierin staat onder meer:

"Aanleiding:

– Schuldeiser heeft diensten geleverd aan schuldenaar en heeft daarvoor facturen verstuurd. (...)

– Schuldenaar heeft de bij deze diensten behorende facturen nog niet betaald.

– Er is reeds eerder een betalingsregeling tussen partijen overeengekomen die niet door schuldenaar is nagekomen.

– In totaal betreft de openstaande vordering per heden € 151.642,47.

– Daar waar schuldenaar wordt genoemd wordt tevens bedoeld de schuldenaren individueel op persoonlijke titel.

Partijen komen thans het volgende overeen:

Schuldenaren stellen zich hoofdelijk aansprakelijk voor de totaal openstaande vorderingen ten bedrage van € 151.642,47. (...)"

2.7 Op 18 november 2009 is tussen Staffable Detachering B.V.

en EnC een Akte van verpanding van roerende goederen opge maakt, waarbij EnC zich verbindt aan Staffable Detachering B.V. te verpanden (onder meer) (toekomstige) roerende zaken van EnC, dit tot meerdere zekerheid van alle huidige en toekomstige vorderingen van Staffable Detachering B.V. op EnC.

2.8 De samenwerking tussen Staffable c.s. en HnM en M'n Eks is geëindigd eind 2009; vanaf dat moment werd geen personeel meer ingeleend bij Staffable c.s. Rond die tijd is ook M'n Eks gesloten en zijn (op 1 december 2009) de activiteiten van HnM verkocht.

2.9 Op 21 februari 2010 is met betrekking tot de in de Schuldbekentenis (zie onder 2.6) genoemde vordering een Vaststellingsovereenkomst gesloten. In deze vaststellingsovereenkomst staan EnC, HnM, M'n Eks, Ondernemerscafé Den Haag B.V. (een door [zoon] bestuurde rechtspersoon), [zoon] en [geïntimeerde] vermeld als Schuldenaren en Staffable c.s. als Schuldeisers. De overeenkomst is ondertekend door [zoon] namens de als Schuldenaren genoemde vennootschappen en namens zichzelf. De overeenkomst is niet ondertekend door [geïntimeerde]. In de overeenkomst staat onder meer:

"Nemen het volgende in aanmerking: (...)

3. Schuldeisers hebben een lening verstrekt en diensten en/of producten geleverd aan Schuldenaren. Voor de levering van diensten en/of producten hebben Schuldeisers facturen verstuurd.

4. De facturen zijn niet binnen de overeengekomen termijn betaald, zodat Schuldenaren in verzuim zijn. Schuldeisers hebben uit hoofde van de lening en deze facturen in hoofdsom opeisbaar te vorderen in totaal € 143.755,95 ('de Vordering'). (...)

5. Schuldeisers en Schuldenaren hebben de vordering besproken in welk kader onder meer een akte van verpanding en een schuldbekentenis is opgesteld. (...)

7. Schuldenaren zijn niet in staat om de Vordering dadelijk en ineens te voldoen, reden waarom zij om uitstel van betaling respectievelijk een betalingsregeling hebben verzocht. (...)

Verklaren het volgende te zijn overeengekomen: (...)

1.1 Ondergetekenden stellen vast dat de Vordering per heden beloopt € 146.597,95 welk bedrag als volgt is samengesteld:

a. € 143.755,95 hoofdsom inclusief rente

b. € 2842,= buitengerechtelijke kosten.

1.2 Ondergetekenden komen overeen dat over de op € 146.597,95 vastgestelde Vordering de wettelijke handelsrente verschuldigd is met ingang van heden. (...)

2.1 Schuldenaren verplichten zich hoofdelijk om de Vordering (...) in twaalf (12) maandelijkse termijnen van € 12.500,= te voldoen. De eerste termijn van minimaal € 12.500,= moet zijn voldaan vóór 1 maart 2010. (...)

3.1 Tot zekerheid voor de nakoming door Schuldenaren van de verplichtingen voortvloeiende uit deze vaststellingsovereenkomst:

– zullen Schuldenaren ten gunste van Schuldeisers een pandrecht vestigen op de aan hen in eigendom toebehorende vorderingen (handelsdebiteuren en eventuele andere vorderingen), inventaris en rollend materieel. (...)

– zal [[zoon]] ten gunste van Schuldeisers een hypotheekrecht vestigen op de aan hen in eigendom toebehorende woning (...)."

Diezelfde dag is een pandakte opgemaakt. In de pandakte zijn dezelfde partijen genoemd als in de Vaststellingsovereenkomst; ook de pandakte is wel ondertekend door [zoon] maar niet door [geïntimeerde]. De akte is op 26 februari 2010 geregistreerd.

2.10 HnM is op 10 augustus 2010 op verzoek van Staffable c.s. in staat van faillissement verklaard. Zowel M'n Eks als EnC zijn op verzoek van Staffable c.s. op 31 mei 2011 in staat van faillisse-

ment verklaard. Binnen M'n Eks werden reeds sinds 26 januari 2010 geen activiteiten meer uitgevoerd.

Vordering, vonnis, grieven

3. Staffable c.s. heeft bij inleidende dagvaarding van 22 juli 2010 (samengevat) gevorderd:

– veroordeling van [geïntimeerde] tot betaling aan Staffable c.s. van € 146.597,95, vermeerderd met wettelijke handelsrente vanaf 21 februari 2010;

– veroordeling van [geïntimeerde] tot betaling aan Staffable c.s. van € 3000,=, vermeerderd met wettelijke handelsrente vanaf 26 april 2010,

– veroordeling van [geïntimeerde] tot betaling aan Staffable c.s. van € 2842,= aan buitengerechtelijke kosten, vermeerderd met wettelijke rente,

– veroordeling van [geïntimeerde] in de proceskosten, inclusief de beslagkosten en nakosten.

In reconventie vorderde [geïntimeerde] opheffing van het door Staffable c.s. op zijn woning gelegde beslag.

3.1 Staffable c.s. heeft aan de vordering ten grondslag gelegd dat [geïntimeerde] als bestuurder van EnC (en daarmee indirect bestuurder van HnM en (via de Stak) M'n Eks) onrechtmatig heeft gehandeld jegens Staffable c.s. als schuldeiser van EnC, HnM en M'n Eks (hierna: EnC c.s.). Volgens Staffable c.s. is [geïntimeerde] op die grond aansprakelijk voor de schade die Staffable c.s. als gevolg daarvan lijdt, bestaande uit het bedrag van de openstaande vordering op EnC c.s. van € 146.597,95 en de door die vennootschappen verschuldigde buitengerechtelijke kosten van € 300,=.

Staffable c.s. heeft voorts betoogd dat [geïntimeerde] misbruik heeft gemaakt van wanprestatie door tot meerdere zekerheid van een vordering van [geïntimeerde] op [zoon] een hypotheekrecht te laten vestigen op de woning van [zoon] terwijl hij wist dat [zoon] zich reeds jegens Staffable c.s. had verbonden tot de vestiging van een hypotheekrecht op zijn woning. Staffable c.s. stelt dat zij hierdoor schade heeft geleden, bestaande uit de buitengerechtelijke en gerechtelijke kosten die zij heeft moeten maken om haar rechten ten opzichte van [geïntimeerde] geldend te maken, te weten € 2842,= aan buitengerechtelijke kosten en de proceskosten.

3.2 Bij het bestreden eindvonnis heeft de rechtbank in conventie [geïntimeerde] veroordeeld in de kosten die Staffable c.s. heeft gemaakt in verband met het ten laste van [geïntimeerde] gelegde beslag en de vordering voor het overige afgewezen. In reconventie heeft de rechtbank de vordering afgewezen. De rechtbank heeft overwogen – samengevat –:

– dat geen grond bestaat voor aansprakelijkheid van [geïntimeerde] als bestuurder jegens Staffable c.s.;

– dat [geïntimeerde] onrechtmatig heeft gehandeld jegens Staffable c.s. door de vestiging van het hypotheekrecht op de woning van [zoon] en uit dien hoofde aansprakelijk is voor de dientengevolge door Staffable c.s. geleden schade. De rechtbank heeft daarbij de kosten van het gelegde beslag ad € 1738,73 toegewezen en de gevorderde buitengerechtelijke kosten afgewezen;

– dat het beslag op de woning van [geïntimeerde] inmiddels is doorgehaald zodat [geïntimeerde] geen belang meer heeft bij de vordering in reconventie.

3.3 Staffable c.s. vordert in hoger beroep vernietiging van de bestreden vonnissen (het hof begrijpt: in conventie) en toewijzing van de oorspronkelijke vordering van Staffable c.s. Zij richt zich met de eerste negen grieven tegen het oordeel van de rechtbank ten aanzien van de bestuurdersaansprakelijkheid; met de tiende grief bestrijdt zij het oordeel van de rechtbank met betrekking tot de buitengerechtelijke kosten. Hoewel in de appeldag-

vaarding ook wordt opgekomen tegen het tussenvonnis van 12 december 2012 begrijpt het hof uit hetgeen Staffable c.s. in de memorie van grieven heeft aangevoerd dat het niet haar bedoeling is het tussenvonnis van 12 december 2012 in het hoger beroep te betrekken.

3.4 [geïntimeerde] heeft de grieven weersproken.

Bestuurdersaansprakelijkheid

4. De grieven (II tot en met IX) die zich richten tegen het oordeel van de rechtbank ten aanzien van de gestelde bestuurdersaansprakelijkheid lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

4.1 In de kern maakt Staffable c.s. [geïntimeerde] drie verwijten. In de eerste plaats dat [geïntimeerde] heeft bewerkstelligd of toegelaten dat EnC c.s. jegens Staffable c.s. verplichtingen is aangegaan op een moment dat het hem als bestuurder van die vennootschappen bekend was of had moeten zijn dat EnC c.s. die verplichtingen niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de dientengevolge door Staffable c.s. te lijden schade. In de tweede plaats dat [geïntimeerde] bij de verdeling van de opbrengst van HnM heeft bewerkstelligd of toegelaten dat crediteuren selectief zijn betaald. Ten derde verwijt Staffable c.s. [geïntimeerde] dat hij heeft nagelaten de vennootschappen te besturen. Bij de beoordeling van deze verwijten wordt het volgende voorop gesteld.

4.2 Beoordeeld moet worden of Staffable c.s. de schade die zij lijdt doordat EnC c.s. geen verhaal (meer) biedt voor de vorderingen die Staffable c.s. op deze vennootschappen heeft, kan verhalen op [geïntimeerde] als (indirect) bestuurder van deze vennootschappen. Er kan grond zijn voor aansprakelijkheid van de (indirect) bestuurder van de vennootschap voor deze schade, maar alleen dan, als hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in artikel 2:9 BW, terzake een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. De maatstaf daarbij is of het handelen of nalaten van [geïntimeerde] ten opzichte van Staffable c.s. in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Daarvan zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat [geïntimeerde] wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschappen tot gevolg zou hebben dat dezen hun verplichtingen niet zouden nakomen en ook geen verhaal zouden bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Ook kan, als de bestuurder weet of moet weten dat een faillissement onafwendbaar is, het voldoen van een of meer bepaalde schuldeisers jegens de overige schuldeisers onrechtmatig zijn als voor die betalingen geen rechtvaardiging te geven is. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden aangenomen. Dit alles geldt ook voor een indirect bestuurder. Verwezen wordt naar HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006, 659 (Ontvanger/Roelofsens) en naar HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204, NJ 2014, 325.

4.3 Ten aanzien van het eerstgenoemde verwijt wordt het volgende overwogen.

4.3.1 De (intensieve) samenwerking tussen partijen is gestart eind 2008. Uit de stellingen van partijen moet worden afgeleid dat de resultaten van HnM en M'n Eks reeds vanaf het tweede kwartaal 2009 verslechterden. Staffable c.s. heeft echter onvoldoende gesteld om aan te nemen dat de situatie reeds op dat moment dermate slecht was dat voorzienbaar was dat HnM en M'n Eks (toekomstige) verplichtingen niet zouden kunnen nakomen. [geïntimeerde] heeft onweersproken gesteld dat hij in die periode investeringen heeft gedaan om meer klanten te trekken, zoals het bouwen van een rokersruimte en het aan-

brengen van dubbele beglazing om geluidshinder te voorkomen, zodat life muziek kon worden gemaakt in de cafés. Gelet op die pogingen om voor EnC c.s. het tij te keren had van Staffable c.s. mogen worden verwacht dat zij nader uiteen had gezet waarom reeds op dat moment voorzienbaar was dat de verplichtingen van EnC c.s. niet zouden kunnen worden nagekomen, hetgeen Staffable c.s. heeft nagelaten. Voor zover EnC c.s. in die periode verplichtingen is aangegaan jegens Staffable c.s. leidt dat derhalve (reeds op die grond) niet tot aansprakelijkheid van [geïntimeerde].

4.3.2 Naar het oordeel van het hof moet het in ieder geval voor [zoon] in juni 2009 duidelijk zijn geweest dat EnC c.s. haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Zoals [geïntimeerde] heeft gesteld had [zoon] investeringen gedaan ten behoeve van het evenement Roze Zaterdag, dat in juni 2009 zou plaatsvinden, in de verwachting dat dit evenement zou leiden tot een verbetering van de resultaten bij HnM en M'n Eks. Toen dit evenement geen doorgang vond als gevolg van de weersomstandigheden werd wederom een groot verlies geleden. Op grond van dit verlies, gevoegd bij de toch al slechte resultaten van de ondernemingen, moet worden aangenomen dat [zoon] als (indirect) bestuurder van de cafés behoorde te weten dat de positie van EnC c.s. dermate slecht was, dat zij haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Of, gelet op het terzake door [geïntimeerde] gevoerde verweer dat zijn zoon hem onjuiste financiële gegevens heeft verschaft, ook [geïntimeerde] op dat moment behoorde te weten dat EnC c.s. haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen kan in het midden blijven, omdat het verwijt dat Staffable c.s. [geïntimeerde] maakt om de hierna te bespreken reden geen doel treft.

4.3.3 [geïntimeerde] heeft (voor het eerst ter comparitie in eerste aanleg, zie onderaan bladzijde 4 van het proces-verbaal) gesteld dat vanaf juni 2009 de reeds jegens Staffable c.s. bestaande schuld niet is toegenomen, omdat vanaf dat moment de van Staffable c.s. af te nemen diensten geheel vooruit werden betaald. De rechtbank heeft in r.o. 4.2 van het tussenvonnissen van 27 april 2011 ook vastgesteld dat vanaf juni 2009 van bevoorschotting sprake was. Staffable c.s. heeft weliswaar een grief gericht tegen deze overweging, maar deze grief richt zich slechts tegen het oordeel van de rechtbank dat uit het systeem van bevoorschotting volgt dat Staffable c.s. het risico van betalingsonmacht onderkende – en dus niet tegen het oordeel dat vanaf juni 2009 uitsluitend diensten zijn verleend tegen betaling van voorschotten. Uit het vonnis van de rechtbank moet worden afgeleid dat Staffable c.s. zich in de procedure in eerste aanleg op het standpunt heeft gesteld dat deze bevoorschotting niet 100% was; uit de processtukken volgt dit echter niet. In hoger beroep heeft Staffable c.s. dit standpunt niet herhaald, laat staan nader onderbouwd dat de jegens Staffable c.s. bestaande schuld na juni 2009 is toegenomen. Uitgangspunt bij de beoordeling is dan ook dat er na juni 2009 geen nieuwe schulden van EnC c.s. jegens Staffable c.s. zijn ontstaan, omdat alle vanaf dat moment van Staffable c.s. afgenomen diensten geheel vooruit werden betaald. Daarvan uitgaande valt niet in te zien waarom sprake zou zijn van een door [geïntimeerde] bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van EnC c.s. die tot gevolg had dat dezen hun verplichtingen niet zouden nakomen en ook geen verhaal zouden bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Reeds om die reden treft het verwijt van Staffable c.s. geen doel. Daaraan doet niet af dat, zoals Staffable c.s. in dit kader naar voren heeft gebracht, in november 2009 een schuldbekentenis is ondertekend en in februari 2010 een vaststellingsovereenkomst is getekend. Uit de formulering van beide documenten kan niet worden afgeleid dat deze (mede) zien op de betaling van na juni 2009 ontstane vorderingen op EnC c.s.

Uit de stellingen van Staffable c.s. kan evenmin worden afgeleid dat hierin ook nieuwe (na juni 2009 ontstane) schulden zijn betrokken. Dit klemmt te meer nu uit de in genoemde documenten vermelde openstaande bedragen valt af te leiden dat de openstaande hoofdsom in de periode november 2009 tot februari 2010 is afgenomen, hetgeen zich – zonder nadere toelichting, die ontbreekt – slecht verhoudt met het ontstaan van nieuwe schulden. Het lag, mede in het licht van hetgeen hiervoor is overwogen over het systeem van bevoorschotting na juni 2009, op de weg van Staffable c.s. dit nader te onderbouwen. Bij gebreke daarvan moet ook op dit punt worden aangenomen dat geen sprake is van het aangaan van nieuwe verplichtingen, zodat ook op dit punt geen specifiek verwijt aan [geïntimeerde] kan worden gemaakt. Een uitzondering geldt voor de akte van verpanding. Gesteld noch gebleken is echter dat de in die akte opgenomen verplichting tot verpanding niet is nagekomen; op 26 februari 2010 is een pandakte geregistreerd, waarmee het pandrecht tot stand is gekomen (artikel 3:237 BW). Dat pandrecht is weliswaar later tot stand gekomen dan partijen (op 18 september 2009) hadden voorzien, maar [geïntimeerde] heeft onbetwist gesteld dat de omvang van de zekerheden in de tussentijd niet is gewijzigd, zodat hieruit geen schade kan zijn voortgevloeid.

4.4 Het tweede verwijt betreft de verdeling van de opbrengst van de verkoop van HnM. HnM is in december 2009 verkocht; de opbrengst bedroeg € 75.000,=. Staffable c.s. heeft betoogd dat van deze opbrengst niets aan haar is toegekomen. In eerste aanleg en bij memorie van antwoord heeft [geïntimeerde] dat in algemene zin betwist en gesteld dat aan Staffable c.s. uit die verkoopopbrengst een bedrag van € 12.000,= is betaald. Staffable c.s. heeft in eerste aanleg en bij memorie van grieven betwist dat aan haar een bedrag is betaald. Bij Akte overlegging producties heeft [geïntimeerde] zijn stelling dat een bedrag van € 12.000,= is betaald onderbouwd aan de hand van bankafschriften van MySUIT B.V. MySUIT B.V. is een aan [zoon] gelieerde vennootschap. Uit de bankafschriften volgt dat op 4 december 2009 een bedrag van € 7495,= aan Staffable c.s. is betaald en op 24 december 2009 een bedrag van € 2500,=. Bij Antwoordakte heeft Staffable c.s. niet langer betwist dat uit hoofde van de verkoop van de activiteiten van HnM een bedrag aan haar is betaald, maar heeft zij [geïntimeerde] vervolgens verweeten dat niet conform het bepaalde in artikel 2:23 e.v. BW is ver-effend althans dat, nu de opbrengsten van HnM onvoldoende waren om de schuldeisers te voldoen, ten onrechte niet conform het bepaalde in artikel 2:23a lid 4 BW het faillissement van HnM is aangevraagd. Zij heeft in die akte voorts betoogd dat ook uitgaande van deze betalingen sprake is van selectieve betaling, nu uit het faillissementsverslag volgt dat alle schuldeisers zijn voldaan met uitzondering van de fiscus, de bank en Staffable c.s. Aan het betoog in de Antwoordakte zal voorbij worden gegaan. Van Staffable c.s. mocht worden verlangd dat zij in de memorie van grieven niet alleen de bezwaren tegen de beslissingen van de rechtbank had aangevoerd, maar ook de nieuwe feiten en stellingen naar voren bracht waarop zij zich in appel mede wenste te beroepen. Er is geen reden een uitzondering te aanvaarden op deze in beginsel strakke regel. Het gaat hier niet om een pas na memorie van grieven nieuw gebleken feit. Staffable c.s. mag er immers ook voordien mee bekend worden geacht dat een bedrag van € 7495,= en € 2500,= aan haar is betaald. Ook al in eerste aanleg was van de zijde van [geïntimeerde] naar voren gebracht dat (wel degelijk) een betaling aan Staffable c.s. had plaatsgevonden, waarbij Staffable c.s. heeft volstaan met een betwisting van die stelling. Dat het bewijs van deze betaling eerst na het indienen van de memorie van antwoord in het geding is gebracht brengt niet mee dat die

betaling als zodanig een nieuw gebleken omstandigheid is. Ook dit verwijt treft derhalve geen doel.

4.5 Wat het derde verwijt betreft heeft Staffable c.s. betoogd dat [geïntimeerde] EnC c.s. feitelijk niet heeft bestuurd. Staffable c.s. heeft er daarbij op gewezen dat geen jaarrekeningen zijn gepubliceerd, dat [geïntimeerde] heeft nagelaten te bewerkstelligen dat EnC c.s. haar contractuele verplichtingen is nagekomen, waaronder de verplichting een pandrecht te vestigen, dat hij geen controle heeft uitgeoefend op de financiële positie van de vennootschappen en dat hij niet heeft aangestuurd op een oplossing in verband met de problemen rond de vaststellingsovereenkomst. Dit verwijt kan reeds niet tot aansprakelijkheid leiden omdat gesteld noch gebleken is dat en waarom de verwen handelwijze van [geïntimeerde] tot de door Staffable c.s. gestelde schade heeft geleid. In het midden kan blijven of [geïntimeerde] in dit verband een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

4.5.1 Staffable c.s. heeft niet naar voren gebracht dat en waarom zij in verband met het niet publiceren van jaarrekeningen door EnC c.s. schade heeft geleden. Dat de rechtbank in een op artikel 2:248 BW gegronde vordering van de curator in het faillissement van EnC c.s. tot aansprakelijkheid van [geïntimeerde] is gekomen maakt dit niet anders. Het toetsingskader van artikel 2:248 BW is immers (op dit punt) wezenlijk anders dan dat van artikel 6:162 BW.

4.5.2 Wat de verplichting betreft om een pandrecht te vestigen geldt hetzelfde. Van de zijde van [geïntimeerde] is onbetwist naar voren gebracht dat ook als eerder een pandrecht was verstrekt er onvoldoende middelen waren om tot voldoening van de vordering te komen en dat de omvang van de zekerheden ongewijzigd is gebleven tussen 18 september 2009 en 26 februari 2010, zodat de feitelijke situatie waarin Staffable c.s. zich thans bevindt dezelfde is als in het geval de vaststellingsovereenkomst direct was geëffectueerd. Van Staffable c.s. had mogen worden verwacht dat zij uiteen had gezet waarom zij (desondanks) schade heeft geleden als gevolg van de vertraagde vestiging van het pandrecht.

4.5.3 Ten aanzien van het verwijt dat [geïntimeerde] onvoldoende controle heeft uitgeoefend op de financiële positie van de vennootschappen wordt het volgende overwogen. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat de schade van Staffable c.s. was voorkomen als [geïntimeerde] controle had uitgeoefend (althans, gelet op het door [geïntimeerde] gevoerde verweer: had kunnen uitoefenen) op de (juiste) financiële gegevens van de vennootschappen. Zoals hiervoor is overwogen was de prognose van de vennootschappen tot juni 2009 niet dermate slecht dat voorzienbaar was dat de vennootschappen hun (toekomstige) verplichtingen niet zouden kunnen nakomen. Dat is gewijzigd in juni 2009, maar zoals hiervoor aan de orde kwam is uitgangspunt bij de beoordeling dat de vennootschappen vanaf dat moment alleen nieuwe verplichtingen zijn aangegaan jegens Staffable c.s. tegen vooruitbetaling. Ook als [geïntimeerde] derhalve inzicht had gehad in de (juiste) financiële gegevens van EnC c.s. was de schade dus ontstaan. Om dezelfde reden gaat niet op het verwijt dat [geïntimeerde] (bij voldoende inzicht in de financiële gegevens van de vennootschap) reeds in juni 2009 het faillissement van EnC c.s. had kunnen en moeten aanvragen, omdat daarmee zou zijn voorkomen dat de schulden aan Staffable c.s. opliepen. Nu uitgangspunt is dat na juni 2009 geen nieuwe schulden zijn ontstaan, valt niet in te zien welke schade Staffable c.s. heeft geleden doordat [geïntimeerde] niet reeds in juni 2009 het faillissement van EnC c.s. heeft aangevraagd, wat van dit verwijt overigens ook zij.

4.5.4 Wat ten slotte het aansturen op een oplossing betreft geldt

dat Staffable c.s. niet heeft uiteengezet waar dit, gelet op de penibele situatie waarin EnC c.s. zich ten tijde van de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst bevond, toe had geleid wat de schade van Staffable c.s. betreft.

4.6 Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee dat de vordering van Staffable c.s. voor zover deze is gegrond op bestuurdersaansprakelijkheid zal worden afgewezen. Aan het subsidiaire verweer van [geïntimeerde] (dat de vaststellingsovereenkomst, de schuldbekentenis en de pandakte nietig zijn) wordt dus niet toegekomen.

Buitengerechtelijke kosten

5. Grief X richt zich tegen het oordeel van de rechtbank ten aanzien van de buitengerechtelijke kosten.

5.1 Zoals hiervoor aan de orde kwam heeft de rechtbank geoordeeld dat [geïntimeerde] is gehouden aan Staffable c.s. te vergoeden de schade die zij lijdt doordat [geïntimeerde] een hypotheekrecht heeft doen inschrijven op de woning van [zoon]. Deze schade betrof volgens Staffable c.s. de kosten die zij heeft moeten maken om haar rechten ten opzichte van [geïntimeerde] geldend te maken, enerzijds bestaande uit de buitengerechtelijke kosten en anderzijds uit de gerechtelijke kosten. De rechtbank heeft alleen de gevorderde gerechtelijke kosten (gedeeltelijk) toegewezen; ten aanzien van de buitengerechtelijke kosten heeft de rechtbank overwogen dat de gestelde kosten niet met bewijsstukken zijn onderbouwd en Staffable c.s. bovendien niet heeft uiteengezet welk deel van de gevorderde kosten betrekking heeft op het buiten rechte ongedaan maken van het hypotheekrecht van [geïntimeerde] op de woning van [zoon]. Met grief X komt Staffable c.s. op tegen dit oordeel.

5.2 Staffable c.s. heeft gesteld dat zij [geïntimeerde] buitengerechtelijk meerdere malen heeft verzocht en gesommeerd het hypotheekrecht uit te schrijven. Zij verwijst daarbij naar overgelegde stukken, maar tussen de producties bevindingen zich geen aanmaningen ten aanzien van de uitschrijving van het hypotheekrecht, althans daar wordt door Staffable c.s. niet specifiek naar verwezen. Reeds om die reden moet de vordering worden afgewezen.

Slot

6. Het bovenstaande brengt mee dat de grieven falen. Het bestreden eindvonnis dient te worden bekrachtigd. Staffable c.s. heeft in hoger beroep geen voldoende concrete feiten te bewijzen aangeboden die – indien zij zouden komen vast te staan – met betrekking tot het bovenstaande tot een ander oordeel zouden kunnen leiden. Het bewijsaanbod van Staffable c.s. moet dan ook worden gepasseerd. Daar in het bestreden tussenvonnis van 27 april 2011 geen te executeren beslissingen zijn opgenomen, zal het hof ten aanzien van dat vonnis in het dictum geen beslissing opnemen. Staffable c.s. zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van de procedure in hoger beroep.

Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis in conventie van de rechtbank Den Haag, team handel van 6 februari 2013;
- veroordeelt Staffable c.s. in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde

NOOT

Geïntimeerde en zijn zoon houden ieder vijftig procent van de aandelen in EnC, die op haar beurt honderd procent van de aandelen in HnM houdt en een derde van de certificaten van

aandelen in M'n Eks. EnC is bestuurder van de STAK en HnM, terwijl EnC vanaf de oprichting tot 1 juni 2010 werd bestuurd door geïntimeerde en zijn zoon. Sinds 1 juni 2010 is de zoon enig bestuurder van EnC.

In de periode van eind 2008 tot eind 2009 hebben HnM en M'n Eks gebruikgemaakt van de personeelsdiensten van Staffable c.s., maar zij hebben de facturen die daarvoor tot juni 2009 zijn verstuurd onbetaald gelaten. Vanaf juni 2009 is op basis van vooruitbetaling gewerkt. De zoon ondertekent namens EnC onder andere nog een schuldbekentenis (12 november 2009) en namens EnC c.s. een vaststellingsovereenkomst (21 februari 2010) in verband met die openstaande bedragen. Staffable c.s. vordert van geïntimeerde als (indirect) bestuurder betaling van de door EnC c.s. onbetaald gelaten bedragen op basis van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW. De rechtbank wees de vordering af. In hoger beroep maakt Staffable c.s. geïntimeerde in de kern drie verwijten:

- (1) dat geïntimeerde heeft bewerkstelligd of toegelaten dat EnC c.s. jegens Staffable c.s. verplichtingen is aangegaan op een moment dat het hem als bestuurder van die vennootschappen bekend was of had moeten zijn dat EnC c.s. die verplichtingen niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de dientengevolge door Staffable c.s. te lijden schade;
- (2) dat geïntimeerde bij de verdeling van de opbrengst van HnM heeft bewerkstelligd of toegelaten dat crediteuren selectief zijn betaald;
- (3) dat geïntimeerde heeft nagelaten de vennootschappen te besturen.

Het hof overweegt dat de verwijten alleen tot aansprakelijkheid kunnen leiden als de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Deze overwegingen van het hof zijn in lijn met het arrest van de Hoge Raad over de aansprakelijkheid van een indirect bestuurder op grond van art. 6:162 BW van 23 mei 2014 (NJ 2014/325). Het hof verwijst ook expliciet naar dat arrest. De Hoge Raad oordeelde in dat arrest dat de aansprakelijkheid van de indirect bestuurder moet worden beoordeeld aan de hand van de criteria uit *Ontvanger/Roelofsen* (HR 8 december 2006, NJ 2006/659). De verwijten treffen echter geen doel.

Het hof oordeelt ten aanzien van het eerste verwijt:

- (1) dat het aangaan van verplichtingen door EnC c.s. in de periode tot juni 2009 niet tot aansprakelijkheid leidt van geïntimeerde omdat niet is gebleken dat in die periode voorzienbaar was dat EnC c.s. haar verplichtingen niet zouden kunnen nakomen (r.o. 4.3.1.);
- (2) dat vanaf juni 2009 het voor de zoon wel voorzienbaar was dat de verplichtingen niet zouden kunnen worden nagekomen (r.o. 4.3.2); maar dat
- (3) of dat voor geïntimeerde ook zo was in het midden kan blijven, omdat vanaf juni 2009 alleen op basis van vooruitbetaling werd gecontracteerd (r.o. 4.3.3). Met andere woorden: de verplichtingen die vanaf juni 2009 werden aangegaan, werden nagekomen zodat over die periode geen schade is ontstaan. Om die reden oordeelt het hof: *“Daarvan uitgaande valt niet in te zien waarom sprake zou zijn van een door [geïntimeerde] bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van EnC c.s. die tot gevolg had dat dezen hun verplichtingen niet zouden nakomen en ook geen verhaal zouden bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Reeds om die reden treft het verwijt van Staffable c.s. geen doel”*. Het feit dat in november 2009 en in februari 2010 nog een schuldbekentenis en een vaststellingsovereenkomst zijn ondertekend, doet daaraan volgens het hof niet af nu daarin geen nieuwe (na juni 2009 ontstane) schulden zijn betrokken. Dat oordeel lijkt mij juist. Weliswaar heeft een aantal nieuwe vennootschappen zich verbonden voor de nakoming van de vaststellingsovereenkomst en is door die vennootschappen feitelijk een nieuwe verplichting

aangegaan, maar vanuit Staffable c.s. bezien ging het dus inderdaad niet om nieuwe schulden.

Over het eerste en het derde verwijt valt nog het een en ander op te merken. Het eerste verwijt van Staffable c.s. is een mix van het eerste criterium (*Beklamel*; het aangaan van verplichtingen namens de vennootschap terwijl de bestuurder weet of behoort te weten dat de vennootschap daaraan niet kan voldoen) en het tweede criterium (het bewerkstelligen of toelaten van een handelwijze van de vennootschap terwijl de bestuurder wist of behoorde te weten dat die tot gevolg zou hebben dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden voor de daardoor ontstane schade) uit het arrest *Ontvanger/Roelofsen*. Het verwijt lijkt daarmee vlees noch vis. Immers, voor aansprakelijkheid op basis van het *Beklamel*-criterium is nodig dat geïntimeerde heeft gehandeld namens EnC c.s. bij het aangaan van de verplichtingen en dat verwijt wordt niet gemaakt. Voor aansprakelijkheid op grond van het tweede criterium is nodig dat sprake is van een handelwijze van de vennootschap waardoor aangegane verplichtingen niet worden nagekomen. Het verwijt is echter niet dat geïntimeerde een handelwijze heeft bewerkstelligd of toegelaten waardoor de reeds aangegane verplichtingen met Staffable c.s. niet worden nagekomen, maar dat de verplichtingen überhaupt door EnC c.s. ten opzichte van Staffable c.s. zijn aangegaan. Wellicht valt het verwijt daarmee onder de restcategorie uit het arrest: *“Er kunnen zich ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen”*. Zie hiervoor r.o. 3.5 in *Ontvanger/Roelofsen*. Het is mijns inziens dus nog maar de vraag of het verwijt (zou het al terecht zijn gemaakt) wel als een *ernstig persoonlijk* verwijt had kunnen worden gekwalificeerd in de zin van *Ontvanger/Roelofsen*.

Het derde verwijt houdt kort gezegd in dat geïntimeerde feitelijk niet heeft bestuurd. Er wordt gewezen op het niet-publiceren van jaarrekeningen, het niet-bewerkstelligen van nakoming van contractuele verplichtingen, het niet-aansturen op een oplossing en het niet-uitoefenen van controle op de financiële positie van de vennootschappen. Dit verwijt treft ook geen doel volgens het hof omdat niet gesteld of gebleken is dat en waarom dit tot de door Staffable c.s. gestelde schade heeft geleid. Het hof komt daarom al niet toe aan de vraag of geïntimeerde hiervan een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Zou het hof die vraag wel hebben moeten beantwoorden, dan acht ik de kans nog niet groot dat geïntimeerde op deze grondslag een ernstig verwijt kon worden gemaakt. Het niet-(tijdig) publiceren van jaarrekeningen leidt er immers in de bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure in faillissement toe dat de onbehoorlijke taakvervulling vaststaat en dat wordt vermoed dat deze een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Deze regeling geldt niet in het kader van een aansprakelijkheidsprocedure ex art. 6:162 BW. Daarnaast geldt dat reeds in 1999 door de Hoge Raad met zo veel woorden is bepaald dat het enkele feit dat een bestuurder er niet op toeziet dat deze haar betalingsverplichtingen jegens haar schuldeisers nakomt nog geen bestuurdersaansprakelijkheid oplevert. Zie hiervoor HR 8 januari 1999, NJ 1999/318.

M. Poelsema
Nysingh advocaten-notarissen N.V.