

**JIN 2012/139, Rechtbank 's-Hertogenbosch, 20-06-2012,
ECLI:NL:RBSHE:2012:BW8955 BW8973, 232198 HA ZA 11-1079
(annotatie)**

Instantie: Rechtbank 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 20-06-2012
Publicatie: JIN 2012/139 (Sdu Jurisprudentie in Nederland), aflevering 7, 2012
Annotator: <ul style="list-style-type: none">• M.C. van Rijswijk
ECLI: ECLI:NL:RBSHE:2012:BW8973
Zaaknummer: 232198 HA ZA 11-1079
LJN: LJN:ECLI:NL:RBSHE:2012:BW8955, LJN:BW8973
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none">• JOR 2012/282 met annotatie van mr. drs. C.J. Groffen• RO 2012/66• JONDR 2012/1033• JONDR 2012/1244
Rechtsgebied: Ondernemingsrecht
Rubriek: Ondernemingsrecht
Rechters: <ul style="list-style-type: none">• mr. Bogaerts
Partijen: Raoul van den Berg Jeths in hoedanigheid van curator in het faillissement van Nieuwerkerk Install BV, wonende te Eindhoven, eiser, advocaat mr. F.M.A. Rooijackers te Eindhoven, tegen 1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Innovent Holding BV, 2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [gedaagde 2], beide gevestigd te [woonplaats], gedaagden, niet verschenen, en 3. [gedaagde sub 3], wonende te [woonplaats], gedaagde,

advocaat mr. J. van Boekel te Tilburg.

Partijen zullen hierna “de curator”, “Innovent Holding”, “[x] Holding” en “[x]” worden genoemd.

Regelgeving:

- **BW Boek 2 - 180**
- **BW Boek 2 - 248**
- **BW Boek 2 - 394**

Inhoudsindicatie

Bestuurdersaansprakelijkheid, Niet volstorten van aandelen vennootschap, Ongeoorloofd kasrondeje

Ga direct naar

- **Samenvatting**
- **Uitspraak**
- **Noot**

Samenvatting

In casu is niet voldaan aan de stortingsplicht omdat het gestorte bedrag nog vóór de oprichtingsdatum van de vennootschap volledig is teruggestort op de rekening van de enig aandeelhouder die het bedrag eerst enkele dagen daarvoor had gestort.

Bestuurder [x] voert als verweer aan dat wel is voldaan aan de stortingsplicht en beroept zich hierbij op het zogenaamde Biggles-arrest van de Hoge Raad van 18 november 1988 (NJ 1989/699) en op een uitspraak van Rechtbank Almelo van 8 juni 2011 (**LJN BR1493**). [x] stelt dat door de failliet destijds op zakelijke gronden een lening is verstrekt aan [x] Holding voor een bedrag van € 18.000,=. Door de terugboeking van € 18.000,= is volgens hem een vordering ontstaan op [x] Holding, die beide vennootschappen als rekening-courantverhouding ook in de boeken hebben verantwoord. [x] stelt dat deze rekening-courantverhouding met [x] Holding niet meer op de balans van de failliet over het boekjaar 2009 staat vermeld, omdat [x] Holding zijn schuld aan de failliet uit deze rekening-courantverhouding in 2011 heeft verrekend met Innovent Holding, waardoor de failliet een vordering heeft gekregen op Innovent Holding in plaats van op [x] Holding.

De rechtbank stelt vast dat het gestorte bedrag nog vóór de oprichtingsdatum van de vennootschap volledig is teruggestort op de rekening van de enig aandeelhouder die het bedrag eerst enkele dagen daarvoor had gestort. Niet duidelijk is in hoeverre de

op te richten vennootschap na de terugstorting nog over het geld kon beschikken. Uit de terugboeking “conform opdracht” blijkt niet dat het ging om een lening. Uit de door [x] overgelegde jaarstukken van de verschillende vennootschappen blijkt ook niet dat de terugboeking van het stortingsbedrag is gedaan ten titel van een op zakelijke voorwaarden overeengekomen lening. Wat die zakelijke voorwaarden inhielden, is door [x] ook niet gesteld. Zo is niet bekend of renteafspraken zijn gemaakt en of rentebetalingen ook hebben plaatsgevonden. De rechtbank is gelet op dit alles van oordeel dat niet is voldaan aan de stortingsplicht en dat [x] Holding daarom als bestuurder naast de failliet hoofdelijk aansprakelijk is ex art. 2:180 lid 2 sub b BW.

Uitspraak

Rechtbank:

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnissen van 7 september 2011
- het proces-verbaal van comparitie van 21 november 2011
- de akte van de curator genomen op 7 december 2011
- de akte van [x] genomen op 21 december 2011

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

Bij de beoordeling van deze zaak kan worden uitgegaan van de volgende vaststaande feiten.

2.1. De heer S.W. [x] (hierna: [x]) is bestuurder en enig aandeelhouder van de in juli 2005 opgerichte vennootschap [x] Holding BV (hierna: [x] Holding).

2.2. [x] Holding heeft een bedrijf opgericht onder de naam Innovent, welk bedrijf montagewerkzaamheden uitvoert in het kader van luchtbehandeling. Innovent richtte zich op het uitvoeren van werkzaamheden in het zuiden van het land. Voor uitbreiding van de werkzaamheden in het westen van het land heeft [x] Holding

besloten een nieuwe vennootschap op te richten, te weten Innovent Luchttechniek West BV

2.3. Op 7 februari 2008 heeft [x] Holding een bedrag van € 18.000,= overgemaakt op de rekening van Innovent Luchttechniek West BV i.o. onder vermelding van “kapitaalstorting”. Op 11 februari 2008 is dit bedrag teruggestort op de rekening van [x] Holding onder vermelding van “conform uw opdracht”.

2.4. Op 3 maart 2008 is de nieuwe vennootschap Innovent Luchttechniek West BV opgericht met [x] Holding als bestuurder en enig aandeelhouder.

2.5. Op 13 maart 2009 zijn alle aandelen van Innovent Luchttechniek West BV overgedragen aan Innovent Holding BV (hierna: Innovent Holding). [x] Holding is bestuurder gebleven van de nieuwe vennootschap.

2.6. Innovent Holding heeft als enig bestuurder [x] Holding en als enig aandeelhouder de Stichting Administratiekantoor Innovent Holding.

2.7. Op 1 oktober 2010 heeft voor Innovent Luchttechniek West BV een statutenwijziging plaatsgevonden en is de naam ervan gewijzigd in Nieuwerkerk Install BV.

2.8. Op 3 januari 2011 heeft Nieuwerkerk Install BV de jaarrekeningen over de boekjaren 2008 en 2009 gedeponeed.

2.9. Op 4 januari 2011 is op eigen aangifte van Nieuwerkerk Install BV (hierna: de failliet) het faillissement uitgesproken van deze vennootschap en is mr. R. van den Berg Jeths benoemd tot curator in dit faillissement.

2.10. Op 23 maart 2011 heeft de curator toestemming van de rechter-commissaris verkregen om gedaagden in rechte te betrekken.

3. De vorderingen

3.1. De curator vordert in de dagvaarding om bij vonnis, zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. Innovent Holding en [x] Holding hoofdelijk te veroordelen om aan de curator te voldoen een bedrag van € 18.000,=;

2. [x] Holding en [x] hoofdelijk te veroordelen om aan de curator te voldoen een bedrag van € 49.802,54;

3. gedaagden te veroordelen in de proceskosten.

3.2. In zijn akte van 7 december 2011 geeft de curator aan zijn eis sub 2 te willen vermeerderen tot een bedrag van € 121.050,91.

3.3. Innovent Holding en [x] Holding zijn in deze procedure niet verschenen en hebben dus geen verweer gevoerd.

3.4. [x] heeft verweer gevoerd.

4. De beoordeling

Verstek en verweer

4.1. In deze zaak is sprake van drie gedaagden waarvan één in het geding is verschenen. Aan de twee niet verschenen gedaagden is verstek verleend.

4.2. Ingevolge artikel 140 lid 2 Rv wordt in zo'n geval één vonnis gewezen, dat als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd. De ratio van dit artikel is dat tegenstrijdige vonnissen ten aanzien van een zelfde rechtsbetrekking worden voorkomen. Dit betekent niet dat een door de verschenen gedaagde gevoerd (en door de rechter aanvaard) verweer mede ten gunste moet strekken van de niet verschenen gedaagden. Dit is alleen het geval indien sprake is van een zogenoemde processueel ondeelbare rechtsbetrekking, waarbij het noodzakelijk is dat de beslissing ten opzichte van alle gedaagden gelijk luidt. Zie in dit verband het arrest van de Hoge Raad van 28 mei 1999 (NJ 2000,290).

4.3. In het onderhavige geval is naar het oordeel van de rechtbank van een processueel ondeelbare rechtsbetrekking geen sprake. Afwijzing van de vordering tegen de ene gedaagde en toewijzing van de vordering tegen de andere levert in dit geval geen tegenstrijdige vonnissen op ten aanzien van een zelfde rechtsbetrekking. De rechtbank zal de vorderingen van de curator jegens de niet verschenen partijen daarom beoordelen aan de hand van de toetsingsmaatstaf zoals die geldt voor verstekzaken en kan daarbij geen rekening houden met hetgeen door de wel verschenen partij [x] als verweer is aangevoerd.

Vordering sub 1

4.4. De curator vordert van Innovent Holding en [x] Holding een bedrag van € 18.000,= ten titel van volstorting van de aandelen van de failliet.

4.5. Voor wat betreft enig aandeelhouder Innovent Holding baseert de curator deze vordering op artikel 2:193 BW en voor wat betreft voormalig enig aandeelhouder [x] Holding op de artikelen 2:193 j° 2:199 BW. Volgens de curator is niet voldaan aan de stortingsplicht ex artikel 2:178 lid 2 BW. Hij stelt daartoe dat sprake is geweest van een ongeoorloofd kasrondje, waarbij een bedrag van € 18.000,= ten titel van volstorting van de aandelen is gestort door de toenmalige aandeelhouder [x] Holding, waarna dit zelfde bedrag vervolgens binnen enkele dagen is teruggestort op de rekening van [x] Holding, zodat de failliet het gestorte bedrag niet daadwerkelijk tot haar beschikking heeft gehad. De curator doet een beroep op de arresten van de Hoge Raad van 24 maart 2000 (NJ 2000/354) en 11 juli 2003 (NJ 2003/630).

4.6. Innovent Holding en [x] Holding zijn niet verschenen en hebben (dus) geen verweer gevoerd tegen deze vordering.

4.7. De rechtbank stelt vast dat het gestorte kapitaalbedrag vrijwel direct na storting weer is teruggestort op de rekening van de aandeelhouder en dat niet duidelijk is waarom dit bedrag is teruggestort en in hoeverre de vennootschap in oprichting nog aanspraak kon maken op dit bedrag. Daarom staat niet vast dat het gestorte kapitaal daadwerkelijk aan de vennootschap in oprichting ter beschikking is gesteld, zoals volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad wel is vereist. De vordering sub 1 komt de rechtbank dan ook niet onrechtmatig of ongegrond voor en zal worden toegewezen als hierna weergegeven bij de beslissing.

Vordering sub 2

4.8. De curator vraagt om hoofdelijke veroordeling van [x] Holding en [x] tot betaling van een bedrag ter hoogte van het tekort in het faillissement.

4.9. In de dagvaarding stelt de curator dat het zou gaan om een bedrag van € 49.802,54. In zijn akte van 7 december 2011 stelt de curator dat het boedeltekort € 123.877,72 bedraagt. Na vermindering van dit bedrag met vorderingen van De Lage Landen BV en de Rabobank vordert de curator na vermeerdering van eis een bedrag van € 121.050,91.

4.10. Volgens de curator is [x] Holding als bestuurder van de failliet hoofdelijk aansprakelijk jegens de boedel voor de schulden van de failliet. Op grond van artikel 2:180 lid 2 sub b BW wegens schending van de stortingsverplichting, maar ook op

grond van artikel 2:248 BW wegens schending van de artikelen 2:394 en 2:10 BW. De curator stelt dat niet is voldaan aan de deponeringsplicht van artikel 2:394 BW nu de jaarrekening over het boekjaar 2008 pas op 3 januari 2011 is gedeponereerd. Volgens de curator is ook niet voldaan aan de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW. Doordat de namen van de verschillende groepsmaatschappijen erg op elkaar lijken, is het volgens hem niet eenvoudig om de concernverhoudingen vast te stellen en om te bepalen welke rechten en verplichtingen de failliet heeft. De curator sluit niet uit dat andere (werk)maatschappijen de activiteiten van de failliet voortzetten en onderhanden werk van de failliet afmaken. Verder meent de curator dat de failliet in haar jaarrekening een onjuist beeld geeft van haar vermogenssituatie, nu het gestorte kapitaal ad € 18.000,= daarin wel staat vermeld terwijl het feitelijk niet beschikbaar is gesteld. Deze schendingen leveren volgens de curator een onweerlegbaar vermoeden op dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en deze onbehoorlijke taakvervulling wordt volgens hem vermoed een belangrijke oorzaak te zijn geweest van het faillissement.

4.11. Volgens de curator is [x] – als de natuurlijke persoon achter de rechtspersoon [x] Holding – op grond van artikel 2:11 BW naast [x] Holding op de hiervoor jegens [x] Holding ingeroepen gronden aansprakelijk voor het boedeltekort.

4.12. [x] Holding is niet verschenen en heeft (dus) geen verweer gevoerd tegen deze vordering.

4.13. [x] heeft wel verweer gevoerd.

De rechtbank oordeelt als volgt.

[x] Holding

4.14. Bij akte van 7 december 2011 heeft de curator aangegeven vordering sub 2 te willen wijzigen in die zin dat hij een (veel) groter bedrag vordert. Gesteld noch gebleken is dat de curator deze eisenwijziging tijdig bij exploitatie aan de niet verschenen partij [x] Holding kenbaar heeft gemaakt overeenkomstig het bepaalde in artikel 130 lid 3 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Rv). Deze eisenwijziging tegen [x] Holding kan om deze reden niet worden toegestaan.

4.15. Vaststaat dat de jaarrekening van de failliet over het boekjaar 2008 pas op 3 januari 2011 openbaar is gemaakt door deponering bij het handelsregister. De termijn voor openbaarmaking voorgeschreven in artikel 2:394 lid 3 BW is derhalve met bijna een jaar overschreden. Deze termijnoverschrijding kan hier niet worden aangemerkt

als een onbelangrijk verzuim in de taakvervulling van [x] Holding als bestuurder. Rechtens staat dan ook vast dat [x] Holding haar taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld. Deze onbehoorlijke taakvervulling wordt ingevolge artikel 6:248 lid 2 BW vermoed een belangrijke oorzaak te zijn van het faillissement. Tot weerlegging van dit vermoeden is niets aangevoerd nu [x] Holding niet in de procedure is verschenen. [x] Holding is daarom op grond van het bepaalde in artikel 2:248 lid 1 j° 2:394 BW aansprakelijk voor het tekort in het faillissement. De overige aangevoerde grondslagen voor aansprakelijkheid behoeven dan ook geen beoordeling.

4.16. De vordering sub 2 jegens [x] Holding tot het in de dagvaarding gevorderde bedrag van € 49.802,54 komt de rechtbank gelet op het voorgaande niet onrechtmatig of ongegrond voor en zal daarom worden toegewezen als hierna weergegeven bij de beslissing.

[x]

4.17. De eiszijziging van de curator kan voor wat betreft [x] wel worden toegestaan. De eiszijziging houdt verband met het feit dat het tekort in het faillissement volgens de curator een veel groter bedrag belooft dan eerder (per abuis) is gevorderd. De curator baseert zich hierbij op de reeds bij dagvaarding als productie 5 overgelegde crediteurenlijst. Deze lijst bevat een overzicht van erkende preferente schuldvorderingen (totaal € 51.425,95), van erkende concurrente schuldvorderingen (totaal € 65.817,53), en van boedelvorderingen (totaal € 6634,24), welke vorderingen bij elkaar opgeteld een bedrag belopen van € 123.877,72. De eiszijziging is weliswaar substantieel te noemen in die zin dat een aanmerkelijk hoger bedrag wordt gevorderd, maar de juridische en feitelijke grondslag van de vordering is niet gewijzigd en niet gezegd kan worden dat de eiszijziging [x] belemmert in zijn verdediging of leidt tot een ongewenste vertraging van de procedure. Van strijd met de goede procesorde, zoals door [x] is bepleit, is naar het oordeel van de rechtbank dan ook geen sprake.

4.18. [x] erkent dat voor zover er aansprakelijkheid rust op [x] Holding als bestuurder van de failliet, die aansprakelijkheid ingevolge artikel 2:11 BW tevens hoofdelijk op hem rust, nu hij immers bestuurder is van [x] Holding. Het verweer van [x] houdt dan ook in dat van aansprakelijkheid van [x] Holding geen sprake is.

4.19. Bij de beoordeling van de vordering van de curator jegens [x] Holding heeft de rechtbank de aansprakelijkheid van laatstgenoemde vastgesteld. Dit betekent niet dat bij de beoordeling van de vordering van de curator jegens [x] die aansprakelijkheid van [x] Holding ook reeds vaststaat. Zoals ook aan de orde is geweest onder 4.2 en

4.3 van dit vonnis is in dit geval geen sprake van een processueel ondeelbare rechtsbetrekking en kan het dus zo zijn dat ten aanzien van [x] Holding en [x] verschillende beslissingen worden genomen voor wat betreft de aansprakelijkheid van [x] Holding, wanneer het verweer van [x] daartoe aanleiding geeft.

4.20. De rechtbank begrijpt dat [x] in zijn conclusie van antwoord het verweer heeft willen voeren dat [x] Holding niet de bestuurder was en/of is van de failliet. De rechtbank neemt echter aan dat [x] dit verweer niet langer handhaaft, nu hij in zijn akte van 21 december 2011 niet terugkomt op de eerder door hem aangevoerde argumenten maar hij daarentegen aanvoert dat hij heeft willen betogen dat niet Van Vught Holding BV bestuurder is van de failliet maar [x] Holding BV (zonder de letter 'h'). De rechtbank neemt dan ook als vaststaand aan dat [x] Holding bestuurder was en is van de failliet.

Artikel 2:180 lid 2 sub b BW

4.21. De vordering van de curator is onder meer gebaseerd op artikel 2:180 lid 2 sub b BW. Ingevolge dit artikel zijn bestuurders van een vennootschap, indien niet aan de stortingsplicht is voldaan, naast de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor rechtshandelingen van de vennootschap.

4.22. [x] voert als verweer aan dat wel is voldaan aan de stortingsplicht en beroept zich hierbij op het zogenaamde Biggles-arrest van de Hoge Raad van 18 november 1988 (NJ 1989/699) en op een uitspraak van rechtbank Almelo van 8 juni 2011 (LJN BR1493). [x] stelt dat door de failliet destijds op zakelijke gronden een lening is verstrekt aan [x] Holding voor een bedrag van € 18.000,=. Door de terugboeking van € 18.000,= is volgens hem een vordering ontstaan op [x] Holding, die beide vennootschappen als rekening-courantverhouding ook in de boeken hebben verantwoord. [x] stelt dat deze rekening-courantverhouding met [x] Holding niet meer op de balans van de failliet over het boekjaar 2009 staat vermeld, omdat [x] Holding zijn schuld aan de failliet uit deze rekening-courantverhouding in 2011 heeft verrekend met Innovent Holding, waardoor de failliet een vordering heeft gekregen op Innovent Holding in plaats van op [x] Holding.

4.23. De rechtbank stelt vast dat het gestorte bedrag nog vóór de oprichtingsdatum van de vennootschap volledig is teruggestort op de rekening van de enig aandeelhouder die het bedrag eerst enkele dagen daarvoor had gestort. Niet duidelijk is in hoeverre de op te richten vennootschap na de terugstorting nog over het geld kon beschikken. Uit de terugboeking "conform opdracht" blijkt niet dat het ging om

een lening. Uit de door [x] overgelegde jaarstukken van de verschillende vennootschappen blijkt ook niet dat de terugboeking van het stortingsbedrag is gedaan ten titel van een op zakelijke voorwaarden overeengekomen lening. Wat die zakelijk voorwaarden inhielden is door [x] ook niet gesteld. Zo is niet bekend of renteafspraken zijn gemaakt en of rentebetalingen ook hebben plaatsgevonden. De rechtbank is gelet op dit alles van oordeel dat niet is voldaan aan de stortingsplicht en dat [x] Holding daarom als bestuurder naast de failliet hoofdelijk aansprakelijk is ex artikel 2:180 lid 2 sub b BW.

4.24. Het is juist, zoals door [x] naar voren is gebracht, dat de aansprakelijkheid van artikel 2:180 lid 2 sub b BW niet ziet op het tekort in het faillissement, maar alleen op verbintenissen die door rechtshandelingen in het leven zijn geroepen. De aansprakelijkheid ziet dus niet tevens op verplichtingen die voortvloeien uit de wet, ook niet als die wettelijke verplichting op haar beurt het gevolg is van een rechtshandeling. De rechtbank verwijst in dit verband naar het arrest van de Hoge Raad van 4 oktober 1996 ([LJN ZC2160](#)). [x] Holding is daarom als bestuurder op grond van artikel 2:180 lid 2 sub b BW niet hoofdelijk aansprakelijk voor de preferente schuldvorderingen tot een bedrag van € 51.425,95.

Artikel 2:248 lid 2 BW

4.25. De vordering van de curator is tevens gebaseerd op artikel 2:248 lid 2 BW.

4.26. De rechtbank kan op basis van wat de curator daartoe aanvoert niet komen tot het oordeel dat niet is voldaan aan de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW. Dat de administratie niet eenvoudig te doorgronden is omdat de namen van de groepsmaatschappijen op elkaar lijken, en dat het misschien wel zo is dat andere (werk)maatschappijen de activiteiten van de failliet voortzetten, is daarvoor onvoldoende. Dat niet duidelijk is onder welke voorwaarden het stortingsbedrag van € 18.000,= is terugbetaald aan [x] Holding betekent nog niet dat de jaarrekening van de failliet een onjuist beeld geeft van haar vermogenssituatie.

Wel staat vast dat de failliet de openbaarmakingstermijn van artikel 2:394 lid 3 BW heeft overschreden door haar jaarrekeningen over de boekjaren 2008 en 2009 pas daags voor het faillissement, te weten op 3 januari 2011, te deponeren bij het handelsregister. Voor wat betreft het boekjaar 2008 betekent dat een overschrijding van de voorgeschreven termijn van bijna een jaar. Een dergelijke termijnoverschrijding kan volgens vaste jurisprudentie niet worden aangemerkt als een onbelangrijk verzuim. Rechtens staat dan ook vast dat [x] Holding haar taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld. Deze onbehoorlijke taakvervulling wordt

ingevolge artikel 6:248 lid 2 BW vermoed een belangrijke oorzaak te zijn van het faillissement. Voor het weerleggen van het in artikel 2:248 lid 2 BW neergelegde vermoeden dient [x] aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling door [x] Holding een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. In dit verband is door [x] aangevoerd dat het tot een faillissement is gekomen door het ontbreken van voldoende opdrachten (door de economische omstandigheden) en door het vertrek van een aantal medewerkers die de kar moesten trekken. In de conclusie van antwoord heeft [x] aangeboden deze stellingen terzake de omstandigheden die tot het faillissement hebben geleid te bewijzen. Omdat [x] zijn stellingen op dit punt op geen enkele wijze heeft onderbouwd, ook niet in zijn akte van 21 december 2011, zal de rechtbank het bewijsaanbod van [x] passeren. Dit betekent dat de rechtbank het er voor houdt dat het onbehoorlijk bestuur van [x] Holding een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. [x] Holding is daarom aansprakelijk voor het tekort in het faillissement.

Aansprakelijkheid van [x]

4.27. Gezien het voorgaande luidt de conclusie dat [x] als bestuurder van [x] Holding hoofdelijk aansprakelijk is voor het boedeltekort ingevolge artikel 2:11 BW, in samenhang met de artikelen 2:248 en 2:394 BW. Voor een deel van het boedeltekort, te weten dat deel dat bestaat uit verplichtingen uit verrichte handelingen, is [x] tevens hoofdelijk aansprakelijk ingevolge artikel 2:11 BW en artikel 2:180 lid 2 sub b BW.

Hoogte van het boedeltekort

4.28. De curator vordert een bedrag van € 121.050,91, te weten het totaal van de schuldvorderingen zoals vermeld in het door de curator als productie 5 overgelegde overzicht (€ 123.877,72) minus de daarop vermelde vorderingen van De Lage Landen BV (€ 2783,=) en de Rabobank (€ 43,81) omdat deze reeds werden voldaan.

4.29. [x] voert verweer tegen de hoogte van dit bedrag. Hij voert aan dat de vorderingen uit hoofde van lease niet toewijsbaar zijn omdat de leasemaatschappijen ook op de holding kunnen vorderen en omdat [x] middels één van zijn vennootschappen de lopende lease heeft voortgezet. Hij voert verder aan een verrekenbare vordering te hebben op de oud verhuurder wegens ongerechtvaardigde verrijking ter hoogte van gedane investeringen in het huurpand.

4.30. De rechtbank overweegt dat voor zover er vorderingen op de failliet zijn die door de crediteuren van die vorderingen ook op de holding kunnen worden verhaald,

dit nog niet betekent dat die vorderingen geen deel uitmaken van het boedeltekort en dat [x] daarvoor niet aansprakelijk zou zijn. Voor het overige acht de rechtbank de stellingen van [x] te vaag en te weinig onderbouwd om te kunnen dienen als gemotiveerde betwisting van het door de curator berekende boedeltekort.

4.31. [x] voert ook als verweer aan dat BTW geen schade vormt en dus in mindering op de vordering moet worden gebracht. Dit verweer slaagt niet want de aansprakelijkheid van artikel 2:248 BW ziet niet op door het faillissement veroorzaakte schade, maar op het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. De bestuurders zijn dus aansprakelijk voor het bedrag dat nodig is om de in het faillissement opgekomen schuldeisers integraal te voldoen, ongeacht de aard van de schulden.

Matiging

4.32. De rechtbank ziet in de omstandigheden van het onderhavige geval geen aanleiding om gebruik te maken van de haar in artikel 2:248 lid 4 BW gegeven bevoegdheid tot matiging van het bedrag waarvoor [x] Holding – en dus ook [x] – aansprakelijk is, waar door [x] om is verzocht.

Conclusie

vordering sub 1

4.33. Innovent Holding en [x] Holding zullen als aandeelhouders van de failliet hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van € 18.000,= ten titel van volstorting van de aandelen van de failliet.

Vordering sub 2

4.34. Van Vught Holding zal, als bestuurder van de failliet, worden veroordeeld tot betaling aan de curator van het boedeltekort tot het in de dagvaarding gevorderde bedrag van € 49.802,54. [x] zal, als bestuurder van Van Vught Holding, worden veroordeeld tot betaling aan de curator van het boedeltekort tot het na eisvermeerdering gevorderde bedrag van € 121.050,91. Tot het bedrag van € 49.802,54 betreft het hier een hoofdelijke verbondenheid voor een zelfde schuld.

Proceskosten

4.35. Gedaagden zullen, als de in het ongelijk gestelde partijen, in de proceskosten

worden veroordeeld.

4.36. De totale kosten aan de zijde van de curator worden tot op heden begroot op:

- dagvaarding € 88,31
- overige exploitkosten € 0,=
- griffierecht € 1400,= (waarvan € 812,= na eisvermeerdering)
- getuigenkosten € 0,=
- deskundigen € 0,=
- overige kosten € 0,=
- salaris advocaat € 3552,50 (2,5 punten × tarief € 1421,=)

Totaal € 5040,81

4.36. Nu twee van de drie gedaagden niet in de procedure zijn verschenen zal de rechtbank de kosten splitsen naar de verschillende gedaagden, en bij de verdeling van de kosten over de gedaagden ook rekening houden met de hoogte van de toegewezen bedragen. De rechtbank komt dan naar redelijkheid tot een volgende verdeling:

- Innovent Holding € 830,=
- [x] Holding € 1180,=
- [x] € 3030,81 + € 5040,81

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. veroordeelt Innovent Holding en [x] Holding hoofdelijk om aan de curator te betalen een bedrag van € 18.000,= (achttienduizend euro),

5.2. veroordeelt [x] Holding en [x] hoofdelijk om aan de curator te betalen een bedrag

van € 49.802,54 (negenenveertigduizend achthonderdtwee euro en vierenvijftig cent),

5.3. veroordeelt [x] om aan de curator te betalen een bedrag van € 71.248,37 (eenenzeventigduizend tweehonderdachtenveertig euro en zevenendertig cent),

5.4. veroordeelt Innovent Holding om aan de curator te betalen een bedrag van € 830,= ter zake van de proceskosten,

5.5. veroordeelt [x] Holding om aan de curator te betalen een bedrag van € 1180,= ter zake van proceskosten,

5.6. veroordeelt [x] om aan de curator te betalen een bedrag van € 3030,81 ter zake van de proceskosten,

5.7. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.8. wijst het meer of anders gevorderde af.

Noot

In deze procedure wordt de bestuurder van een failliete vennootschap door de curator aangesproken wegens het niet-volstorten van de aandelen en wegens onbehoorlijke taakvervulling. Bij de beoordeling van de vorderingen wordt door de rechtbank, in lijn met staande jurisprudentie, een oordeel gegeven dat alleszins is te billijken. Daarbij heeft de rechtbank nog een aantal overwegingen omtrent wat volgens haar rechtens is wanneer de bestuurder-rechtspersoon verstek laat gaan, terwijl de achterliggende bestuurder-natuurlijk persoon wél in het geding verschijnt. Ik twijfel of die overwegingen juist zijn.

X is bestuurder en enig aandeelhouder van X Holding BV (X Holding). Op enig moment heeft X Holding besloten Innovent Luchttechniek West BV op te richten. Op 7 februari 2008 heeft X Holding daartoe € 18.000,= overgemaakt op de rekening van Innovent Luchttechniek West BV i.o. onder vermelding van "kapitaalstorting". Op 11 februari 2008 is dit bedrag vervolgens teruggestort op de rekening van X Holding onder vermelding van "conform uw opdracht". Eerst een aantal weken daarna is Innovent Luchttechniek West BV opgericht met X Holding als enig bestuurder en aandeelhouder en nog weer later zijn alle aandelen van Innovent Luchttechniek West BV overgedragen aan Innovent Holding BV (Innovent Holding). X Holding is daarbij bestuurder van Innovent Luchttechniek West BV gebleven. Uiteindelijk wordt Innovent Luchttechniek West BV (inmiddels genaamd: Nieuwerkerk Install BV) op eigen

aanvraag failliet verklaard. Daags daarvoor is haar jaarrekening 2008 bijna een jaar te laat gedeponneerd. De curator vordert vervolgens (i) hoofdelijke veroordeling van Innovent Holding en X Holding tot betaling van € 18.000,= en (ii) hoofdelijke veroordeling van X Holding en X tot betaling van het faillissementstekort. Alleen X verschijnt in de procedure en voert verweer. Volgens de curator is niet voldaan aan de minimale stortingsplicht van art. 2:178 lid 2 BW en zijn Innovent Holding als aandeelhouder en X Holding als voormalig aandeelhouder aldus (hoofdelijk) gehouden om € 18.000,= te voldoen. Vervolgens zijn naar de mening van de curator X Holding als bestuurder en X als indirect bestuurder (de laatste ex art. 2:11 BW) hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort. Op grond van art. 2:180 lid 2 BW wegens schending van dezelfde stortingsplicht en op grond van art. 2:248 BW o.a. wegens schending van de publicatieplicht (art. 2:394 BW), aldus nog steeds de curator.

Alleen X verschijnt en verweert zich tegen zowel het niet-voldaan zijn van de minimale stortingsplicht van art. 2:178 lid 2 BW als de aansprakelijkheid ex art. 2:248 BW. De rechtbank beoordeelt daarom allereerst of het verweer van X mede ten gunste moet strekken van de niet-verschenen gedaagden. De vraag komt op omdat ingevolge art. 140 lid 2 Rv door het verschijnen van X tussen alle partijen één vonnis wordt gewezen, dat (ook jegens de niet-verschenen gedaagden) als een vonnis op tegenspraak moet worden beschouwd. Gezien dit uitgangspunt dient het verweer van de wel verschenen gedaagde(n) mede ten gunste te strekken van de niet-verschenen gedaagde(n), indien er sprake is van een processueel ondeelbare rechtsbetrekking. Er is sprake van een processueel ondeelbare rechtsbetrekking indien het, gezien de rechtsbetrekking tussen partijen, noodzakelijk is dat de beslissing ten opzichte van alle gedaagden hetzelfde luidt (HR 28 mei 1999, *NJ* 2000, 290, m.nt. J.B.M. Vranken). De vraag naar de processuele ondeelbaarheid van de rechtsbetrekking speelt ook bij de *exceptio plurium litis consortium*; het verweer tegen toewijzing van de eis omdat eiser de vordering niet alléén had moeten instellen, maar tezamen met een of meer anderen, of niet tegen gedaagde alléén, maar tegen een of meer anderen. De vraag is niet in algemene zin te beantwoorden. Steeds zijn de bijzondere omstandigheden van het geval doorslaggevend (HR 23 april 1999, *NJ* 2000, 288 en HR 21 mei 1999, *NJ* 2000, 291, beide eveneens m.nt. J.B.M. Vranken). In het algemeen kan wel gezegd worden dat processuele ondeelbaarheid zelden zal voorkomen, omdat de beslissing meestal niet noodzakelijkerwijs voor alle gedaagden hetzelfde moet luiden (zie HR 27 juni 1975, *NJ* 1976, 62 voor een geval waarin processuele ondeelbaarheid wel werd aangenomen). De rechtbank komt tot het oordeel dat er in casu géén sprake is van een processueel ondeelbare rechtsbetrekking. Volgens de rechtbank omdat afwijzing van de vordering tegen de

ene gedaagde en toewijzing van de vordering tegen de anderen in dit geval geen tegenstrijdige vonnissen op zouden leveren ten aanzien van eenzelfde rechtsbetrekking (zie r.o. 4.3). Ik denk dat de rechtbank hier een onjuiste maatstaf hanteert en twijfel of haar oordeel juist is. De rechtbank had mijns inziens moeten beoordelen of de beslissing ten aanzien van de aansprakelijkheid van X noodzakelijkerwijs hetzelfde moet zijn als de beslissing omtrent de aansprakelijkheid van Innovent Holding en X Holding. Omdat X (indirect) enig bestuurder is van zowel Innovent Holding als X Holding zal zijn onrechtmatige of rechtmatige handelen worden toegerekend aan deze vennootschappen. Aldus lijkt mij sprake van een situatie waarin de beslissing omtrent de aansprakelijkheid van X noodzakelijkerwijs hetzelfde moet zijn als de beslissing omtrent de aansprakelijkheid van Innovent Holding en X Holding en dus sprake van een processueel ondeelbare rechtsbetrekking. Naar mijn mening had het verweer van X daarmee mede ten gunste moeten strekken van Innovent Holding en X Holding.

Anders dus de rechtbank die het verweer van X tegen het niet-voldaan zijn van de minimale stortingsplicht van art. 2:178 lid 2 BW en de aansprakelijkheid ex art. 2:248 BW, niet meeneemt in haar beoordeling van de aansprakelijkheid van Innovent Holding en X Holding. De curator vordert de minimale stortingsplicht van Innovent Holding op grond van art. 2:193 BW (de minimale stortingsplicht is als kwalitatieve verplichting mee overgegaan op Innovent Holding als verkrijger van de aandelen) en van voormalig enig aandeelhouder X Holding op grond van art. 2:193 j° 2:199 BW (na overdracht van de aandelen blijft de vorige aandeelhouder in beginsel voor de storting hoofdelijk aansprakelijk). De rechtbank gaat vervolgens mee met de stelling van de curator dat het gestorte kapitaal niet daadwerkelijk aan de vennootschap ter beschikking is gesteld en wijst de vordering jegens Innovent Holding en X Holding toe (r.o. 4.5). Ten aanzien van de vordering tot betaling van het boedeltekort op grond van art. 2:248 BW, stelt de rechtbank vast dat de jaarrekening 2008 i.s.m. art. 2:394 lid 3 BW bijna een jaar te laat is gedeponereerd, dat dit niet kan worden beschouwd als een onbelangrijk verzuim en dat onbehoorlijke taakvervulling daarmee vaststaat. Omdat X Holding niet is verschenen (en de rechtbank het verweer van X in deze niet mede ten gunste van X Holding betreft), is niets aangevoerd om het vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW te weerleggen en is X Holding daarom volgens de rechtbank aansprakelijk voor het boedeltekort (r.o. 4.15). De rechtbank wijst derhalve ook deze vordering toe. Zowel de vordering jegens Innovent Holding als de vorderingen tegen X Holding worden derhalve toegewezen, zonder dat het verweer van X daarbij een rol speelt.

X verweert zich wél tegen het niet-voldaan zijn aan de stortingsplicht met een beroep

op het Biggles-arrest van de Hoge Raad van 18 november 1988 (*NJ* 1989, 699, m.nt. J.M.M. Maeijer) en op een uitspraak van de Rechtbank Almelo van 8 juni 2011 (**LJN BR1493**). X stelt in lijn met deze uitspraken dat door de failliet destijds aan X Holding op zakelijke gronden een lening is verstrekt voor een bedrag van € 18.000,=. Hoewel in het Biggles-arrest nog gesanctioneerd, zou het spoedig teruglenen van de gelden aan degene die heeft gestort (het zgn. 'kasrondje') dikwijls tot het oordeel dienen te leiden dat niet aan de stortingsplicht is voldaan. Temeer indien het teruglenen heeft plaatsgevonden vóór de oprichting (zoals in casu). Uit het arrest Bas-C (gewezen na het Biggles-arrest) lijkt namelijk te volgen dat teruglenen vóór oprichting in alle gevallen tot gevolg heeft dat geen sprake is van een reële storting, zelfs als de teruglening plaatsvindt op zakelijke en marktconforme condities (HR 11 juli 2003, *NJ* 2003, 630, m.nt. J.M.M. Maeijer (Bas-C)). Ná oprichting kan de aanwezigheid van dergelijke condities wél redengevend zijn om aan te nemen dat ondanks teruglenen toch sprake is van een reële storting (Hof Amsterdam 28 maart 1996, *NJ* 1997, 333 (Van der Wal/Van den End) en in deze zin ook Rb Almelo 8 juni 2011, **LJN BR1493**). De rechtbank is klaarblijkelijk van mening dat e.e.a. ook het geval kan zijn bij teruglenen vóór oprichting, maar komt tot het oordeel dat X niet aannemelijk heeft gemaakt dat daadwerkelijk sprake is van zakelijke en marktconforme condities (r.o. 4.23). De rechtbank is gelet op dit alles van oordeel dat niet is voldaan aan de stortingsplicht en dat X Holding (en daarmee X) als bestuurder naast de failliet hoofdelijk aansprakelijk is ex art. 2:180 lid 2 sub b BW. Wel volgt de rechtbank X in zijn verweer dat de aansprakelijkheid van art. 2:180 lid 2 sub b BW niet ziet op het tekort in het faillissement, maar alleen op verbintenissen die door rechtshandelingen in het leven zijn geroepen. De aansprakelijkheid ziet dus niet tevens op verplichtingen die voortvloeien uit de wet, ook niet als die wettelijke verplichting op haar beurt het gevolg is van een rechtshandeling. De rechtbank verwijst in dit verband naar het arrest van de Hoge Raad van 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 187, m.nt. J.M.M. Maeijer. X Holding (en daarmee X) is daarom als bestuurder op grond van art. 2:180 lid 2 sub b BW niet hoofdelijk aansprakelijk voor de preferente schuldvorderingen (r.o. 4.24). Ook dit kan de pijn voor X echter niet verzachten; de rechtbank oordeelt namelijk dat X Holding (en daarmee X) op grond van art. 2:248 BW alsnog aansprakelijk is voor het gehele faillissementstekort. In dit kader schenkt de rechtbank wel aandacht aan X's pogingen om het bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW te weerleggen. X stelt daartoe dat het faillissement is veroorzaakt door het ontbreken van voldoende opdrachten (door de economische omstandigheden) en door het vertrek van een aantal belangrijke medewerkers. Het door hem gedane bewijsaanbod wordt echter gepasseerd, omdat X zijn stellingen naar de mening van de rechtbank niet (voldoende) heeft onderbouwd (r.o. 4.26).

Hoewel ik denk dat het verweer van X bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van Innovent Holding en X Holding wél een rol had moeten spelen, was het oordeel omtrent de aansprakelijkheid van Innovent Holding en X Holding daarmee niet anders uitgevallen. Het verweer van X faalt immers.

M.C. van Rijswijk, Griph advocaten
