

JOR 2012/166

Rechtbank Rotterdam

15 februari 2012, HA ZA 11-990; LJN BV6382.

(mr. Van Rijen)

Combi International BV te Raamsdonkveer,
eiseres in conventie,
verweerster in voorwaardelijke reconventie,
advocaat: mr. J.G.L. Dorrestein,
tegen

1. W. Woortman Beheer BV te Rotterdam,
2. P. Woortman Beheer BV te Rotterdam,
3. P. Woortman te Rotterdam,
4. W. Woortman te Rotterdam,
gedaagden in conventie,
eisers in voorwaardelijke reconventie,
advocaat: mr. J. Kneppelhout.

Onrechtmatigheid van dividend- en agiobesluit
door aandeelhouders jegens schuldeiser van
vennootschap, Benadeling verkoper in
verhaalsmogelijkheden door onttrekken van
liquiditeiten, Ontvankelijkheid, Stelplicht en
bewijslast, Verwijzing naar HR 21 december
2001, «JOR» 2002/37, m.nt. NEDF onder «JOR»
2002/38; HR 8 november 1991, NJ 1992, 174,
m.nt. Ma en HR 6 februari 2004, «JOR» 2004/67,
m.nt. Van den Ingh, Tussenvonnis

[BW Boek 2 - 216; BW Boek 6 - 162]

» Samenvatting

Eiseres (in conventie) stelt, kort gezegd, dat gedaagden (in conventie) jegens haar onrechtmatig hebben gehandeld. Het dividend- en agiobesluit heeft tot gevolg gehad dat failliet geen verhaal meer biedt voor de vorderingen van eiseres op grond van de met haar tot stand gekomen koopovereenkomst. Eiseres kan in haar vorderingen worden ontvangen. Deze richten zich tegen gedaagden en strekken ertoe dat de rechtbank oordeelt dat het dividend- en agiobesluit jegens haar onrechtmatig is omdat dit haar beperkt in haar verhaalsmogelijkheden. Het gaat hier aldus om een aanspraak tot schadevergoeding van eiseres als (mogelijk) benadeelde schuldeiser jegens derden (gedaagden) waardoor een verstoring van de paritas creditorum zich niet kan voordoen (zie HR 21 december 2001, «JOR» 2002/37, m.nt. NEDF onder «JOR» 2002/38 (Lunderstädt/Kok)).

Aldus is niet relevant welk standpunt de curator inneemt over de rechtsgeldigheid van het dividend- en agiobesluit. Evenmin kan worden geoordeeld dat eiseres feitelijk een vordering uit “Pauliana” uitoefent die enkel aan de curator toekomt.

Op grond van het voormelde Nimox-arrest (HR 8 november 1991, NJ 1992, 174, m.nt. Ma) maar ook op grond van het arrest Reinders Didam Beheer c.s./Gunning q.q. (HR 6 februari 2004, «JOR» 2004/67, m.nt. Van den Ingh) zijn aandeelhouders en bestuurders (in casu gedaagden) uit hoofde van onrechtmatige daad jegens een crediteur van de vennootschap aansprakelijk indien zij er ernstig rekening mee moeten houden dat de vennootschap na de uitkering van dividend en agio niet in staat zal zijn al haar crediteuren (volledig) te voldoen. Eiseres beroept zich op onrechtmatige daad en vult het relativiteitsbeginsel in met de norm die blijkt uit art. 2:216 BW. Inderdaad is het zo dat dit artikel ziet op bescherming van de crediteuren en niet specifiek op bescherming van een individuele crediteur. Dat neemt echter niet weg dat een individuele crediteur zich in het kader van het relativiteitsbeginsel kan beroepen op deze norm, nu immers duidelijk is dat deze ertoe strekt (mede op grond van voormelde arresten) dat geen onttrekkingen worden gedaan als de crediteuren hierdoor kunnen worden geschaad. Gedaagden voeren aan dat eiseres slechts stelt dat het dividend- en agiobesluit jegens haar onrechtmatig is omdat de koopovereenkomst nog diende te worden nagekomen en dat nakoming hierdoor onvoorstelbaar is. Eiseres heeft hiermee wel voldaan aan haar stelplicht. Immers, duidelijk is dat aan failliet een bedrag van meer dan € 2,45 miljoen is onttrokken als gevolg van het dividend- en agiobesluit terwijl de betalingsverplichtingen onder de koopovereenkomst nog dienden te worden nagekomen. Beoordeeld dient te worden of en in hoeverre failliet, gegeven het dividend- en agiobesluit, in staat zou zijn geweest bij correcte levering van het bestelde schip door eiseres aan haar betalingsverplichtingen te voldoen. Nu eiseres heeft voldaan aan haar stelplicht, maar in bewijsnood verkeert, zullen gedaagden worden belast met dit bewijs.

[beslissing/besluit](#)

» Uitspraak

(...; red.)

2. De feiten

2.1. De besloten vennootschap Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. heeft twee aandeelhouders en bestuurders, te weten gedaagden sub 1 en 2. Gedaagden sub 3 en 4 zijn statutaire bestuurders en enige aandeelhouders van gedaagden sub 1 en 2.

2.2. Op 6 juli 2007 is tussen Combi als verkoper en Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. als koper een koopovereenkomst gesloten betreffende een dubbelschroef container motorvrachtschip type Combi Twin (verder: de koopovereenkomst). De contractprijs bedraagt € 2.450.000,00, exclusief BTW.

2.3. Kort na 19 januari 2009 heeft Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. aan ieder van haar aandeelhouders een dividend van € 300.000,00 uitgekeerd. Verder is toen aan W. Woortman Beheer B.V. de agioreserve op de aandelen van € 1.451.340,00 uitgekeerd. Aan P. Woortman Beheer B.V. is een agioreserve op de aandelen van € 407.463,00 uitgekeerd. Deze uitbetalingen worden verder aangeduid als “het dividend- en agiobesluit”.

2.4. Bij kort geding vonnis van deze rechtbank d.d. 12 november 2009 is Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. veroordeeld om binnen vijf dagen na betekening van het vonnis het schip af te nemen tegen betaling aan Combi van € 3.001.180,00 en is zij veroordeeld in de proceskosten. Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. heeft geen gehoor gegeven aan deze veroordeling en is tegen dit vonnis in hoger beroep gegaan.

2.5. Bij brief van de Rabobank d.d. 6 april 2010 wordt het volgende aan Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. bericht:

“In 2007 hebben wij, na de verkoop van uw vorige motorschip, contact gehad over de mogelijkheden tot de financiering van één of twee 135 meter schepen. Op basis van de gegevens die ons toen ter beschikking stonden hebben wij u destijds mondeling aangegeven voor de aankoop van de schepen een financiering te kunnen verstrekken. Hierbij was het uitgangspunt dat één schip bestemd was voor de handel.

Ook de financiële en juridische herstructurering van Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. stond voor ons een financiering niet in de weg. Middels leningovereenkomst d.d. 27 januari 2009 hebben uw holdings immers aangegeven de middelen aan de werkmaatschappij beschikbaar te willen stellen.

Sinds het begin van de economische crisis zijn zaken in de binnenvaart echter drastisch gewijzigd. Hierbij speelt dat de desbetreffende casco's veel later dan gepland zijn afgeleverd en dat deze casco's niet voldoen aan uw eisen.

Hoewel de opnametermijn van onze in 2007 mondeling toegezegde financiering inmiddels verstreken is en wij u reeds vorig jaar hebben aangegeven dat financiering niet meer mogelijk is willen wij u hierbij bevestigen hetgeen wij u reeds eerder hebben laten weten, namelijk dat financiering van één of twee schepen niet meer tot de mogelijkheden behoort.

De redenen hiervoor zijn de volgende:

– Ten gevolge van de crisis zijn de marktwaarden van schepen enorm gedaald. Rekening houdende met de actuele waarde van schepen is uw procentuele eigen vermogen sterk gedaald.

– De vrachtprijzen zijn eveneens sterk verminderd. Uitgaande van de huidige vrachtprijzen bent u niet in staat de verplichte aflossingen bij de bank volledig te voldoen.

Het spijt ons u niet beter te kunnen berichten.”

2.6. Op 20 juli 2010 is Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard. Vanwege haar faillietverklaring is het hoger beroep tegen het kort geding vonnis geschorst.

3. De vordering in conventie

Combi vordert dat gedaagden bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis, hoofdelijk, zodanig dat de een betaalt de ander zal zijn gekweten, worden veroordeeld tot betaling van:

a. een bedrag van € 3.001.180,00 aan hoofdsom,

b. een bedrag van € 5.500,00 exclusief BTW aan buitengerechtelijke incassokosten,

c. de wettelijke rente over het sub a vermelde bedrag vanaf 12 november 2009 tot aan de dag der algehele voldoening,

d. een bedrag van € 1.104,50 aan beslagkosten,

e. de proceskosten, de nakosten inbegrepen.

4. De voorwaardelijke vordering in reconventie

De voorwaardelijke vordering in reconventie luidt als volgt:

“dat het Uw rechtbank behage om op voorwaardelijke eis van Gedaagden, derhalve indien en voor zover sprake zal zijn van inhoudelijke beoordeling van de grondslag van de vordering van Combi welke wordt gevormd door de (al dan niet gegronde) oorspronkelijke vordering, een verklaring voor recht voor uit te spreken inhoudende dat:

1. Combi niet naar behoren heeft gepresteerd in de uitvoering van de overeenkomst met SVBW;

2. Combi het faillissement van SVBW in overwegende mate heeft veroorzaakt door ten onrechte nakoming te vorderen van SVBW;

3. Combi onrechtmatig heeft gehandeld jegens gedaagden door op pretense gronden een vordering tegen hen te entameren, bij herhaling beslag te leggen en Gedaagden op die wijze financieel te verlammen;

4. Combi als zodanig schade heeft berokkend bij Gedaagden, welke schade zich (als nader op te maken bij staat) voor vergoeding door Combi leent.”

5. De verweren in reconventie en in reconventie

Partijen concluderen over en weer tot afwijzing van de vorderingen van de andere partij(en), dan wel tot niet-ontvankelijkverklaring, met veroordeling van de eisende partij(en) in de proceskosten.

6. De beoordeling in conventie en in reconventie

6.1. Combi stelt, kort gezegd, dat Woortman c.s. jegens haar onrechtmatig hebben gehandeld. Het dividend- en agiobesluit heeft tot gevolg gehad dat Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. geen verhaal meer biedt voor de vorderingen van Combi op grond van de met haar tot stand gekomen koopovereenkomst.

6.2. Partijen discussiëren over de vraag of Combi in haar vordering kan worden ontvangen. De rechtbank zal hierop eerst ingaan.

Stellingen Woortman c.s. omtrent de ontvankelijkheid van Combi in conventie

6.3. Kort en zakelijk weergegeven verweren Woortman c.s. zich in conventie als volgt. Aan Combi komt de door haar ingestelde vordering niet toe. Uit het arrest van de Hoge Raad inzake Lunderstadt/Kok (21 december 2001, LJN AD2684 («JOR» 2002/37, m.nt. NEDF onder «JOR» 2002/38; *red.*)) volgt dat een vordering als de onderhavige alleen mogelijk is indien er geen gevaar voor verstoring van de paritas creditorum in het faillissement van Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. bestaat. In het onderhavige geval is daarvan wel sprake; indien de vorderingen van Combi gegrond zouden worden verklaard dan is de curator in het faillissement van Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. gehouden de dividend- en agiobesluiten te vernietigen. In dat geval moet op grond van artikel 51 Fw aan de curator worden betaald, maar op grond van het te wijzen vonnis dus ook aan Combi. Feitelijk oefent Combi een “vordering uit hoofde van Pauliana” uit, op welk vlak de curator exclusief bevoegd is.

6.4. Een andere reden om een exclusieve bevoegdheid van de curator aan te nemen is dat Combi, in het kader van haar vordering uit onrechtmatige daad, zich erop beroept dat Woortman c.s. de norm van artikel 2:216 lid 3 BW hebben geschonden. Deze norm strekt echter niet ter bescherming van een individuele schuldeiser, maar ziet op bescherming van de gezamenlijke schuldeisers. Verwezen wordt naar het arrest van de Hoge Raad inzake Nimox/Van

den End qq (8 november 1991, LJN:ZC0401) waaruit dit volgt.

6.5. Verder is van belang (r.o. 3.3.5 van het arrest Nimox/Van den End qq) dat er geen sprake van is dat de door Combi ingestelde vordering zich zou lenen voor verificatie in het faillissement van Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. Zij heeft immers hoger beroep ingesteld tegen het voormelde kort geding vonnis. Dit hoger beroep is door haar faillietverklaring geschorst. Omdat er geen sprake is van een bodemprocedure mag er in deze procedure niet vanuit worden gegaan dat de vordering van Combi op Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. vaststaat. Evenmin leent deze procedure zich ertoe, nu deze wordt gevoerd tussen Combi en Woortman c.s., om enige beslissing te nemen die feitelijk neerkomt op een verificatie in het faillissement van Scheepvaartbedrijf Woortman B.V.

6.6. Op grond van deze argumenten stellen Woortman c.s. dat Combi in haar vorderingen niet-ontvankelijk dient te worden verklaard.

Stellingen Combi omtrent haar ontvankelijkheid in conventie

6.7. Kort en zakelijk weergegeven stelt Combi het volgende over de ontvankelijkheid van haar vorderingen in conventie. Haar vorderingen vormen geen doorbreking van de paritas creditorum. Het arrest Lunderstadt/Kok staat daaraan niet in de weg, met name nu de Hoge Raad heeft overwogen onder 3.4.5. dat het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement met zich kan brengen dat eerst op de vorderingen van de curator wordt beslist en daarna op de vorderingen van de individuele schuldeiser, indien en voorzover zij beiden zich beroepen op hetzelfde feitencomplex. Een en ander is van belang nu de curator zich in stilzwijgen hult aangaande de rechtsgeldigheid van het dividend- en agiobesluit. Daarop kan Combi niet blijven wachten. Overigens: indien Woortman c.s. naar aanleiding van deze procedure enig bedrag aan Combi zouden betalen strekt dit in mindering op de vordering van Combi in het faillissement.

6.8. Uit het arrest Lunderstadt/Kok volgt dat de norm van artikel 2:216 lid 3 BW strekt tot bescherming van de individuele crediteur. Er is voorts geen enkele regel die voorschrijft dat de

rechtsverhouding tussen Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. en Combi uitsluitend kan worden beoordeeld in een procedure tussen die twee partijen. In de onderhavige procedure kan daarover een oordeel worden gegeven dat niet zonder meer betekenis heeft voor de rechtsverhouding tussen (de curator in het faillissement van) Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. en Combi. Overigens is Combi van oordeel dat het kort geding vonnis voor de beoordeling in deze zaak doorslaggevend moet zijn.

Overwegingen rechtbank over ontvankelijkheid van Combi in haar vorderingen in conventie

6.9. De rechtbank oordeelt dat Combi in haar vorderingen kan worden ontvangen. Deze richten zich tegen Woortman c.s. en strekken ertoe dat de rechtbank oordeelt dat het dividend- en agiobesluit jegens haar onrechtmatig is omdat dit haar beperkt in haar verhaalsmogelijkheden. Het gaat hier (zie Lunderstadt/Kok) aldus om een aanspraak tot schadevergoeding van Combi als (mogelijk) benadeelde schuldeiser jegens derden (Woortman c.s.) waardoor een verstoring van de paritas creditorum zich niet kan voordoen. Aldus is niet relevant welk standpunt de curator inneemt over de rechtsgeldigheid van het dividend- en agiobesluit. Evenmin kan worden geoordeeld dat Combi feitelijk een vordering uit "Pauliana" uitoefent die enkel aan de curator toekomt. Indien op enig moment sprake mocht zijn van samenloop met een rechtsvordering van de curator dan dient daarvoor dan een oplossing te worden bedacht.

6.10. De kwestie van de reikwijdte van artikel 2:216 lid 3 BW en de vraag of en hoe in deze procedure moet worden geoordeeld over de overeenkomst tussen Combi en Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. zien niet op de ontvankelijkheid. Hierop zal de rechtbank later ingaan.

Het dividend- en agiobesluit; standpunt Woortman c.s.

6.11. Kort en zakelijk weergegeven verweren Woortman c.s. zich, naast voormelde brief van de Rabobank, onder verwijzing naar de navolgende stukken als volgt. Uit de notulen van de algemene vergadering van aandeelhouders van 19 januari

2009 blijkt dat Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. aan ieder van de aandeelhouders een dividend van € 300.000,00 uitkeert.

6.12. Uit de notulen van de algemene vergadering van aandeelhouders van Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. van 19 januari 2009 blijkt het volgende:

“Het voorstel houdt in het terugbetalen van het agioreserve per 31 december 2008 op de aandelen A, welke aandelen geplaatst zijn bij W. Woortman Beheer B.V. De omvang van het agioreserve op de aandelen A bedroeg op 31 december 2008 een bedrag van € 1.451.340,00.

Het voorstel houdt mede in het terugbetalen van het agioreserve per 31 december 2008 op de aandelen B, welke aandelen geplaatst zijn bij P. Woortman Beheer B.V. De omvang van het agioreserve op de aandelen B bedroeg op 31 december 2008 een bedrag van € 407.463,00.”

6.13. Tijdens deze vergadering is het voorstel aangenomen en vervolgens is het uitgevoerd.

6.14. Op 27 januari 2009 is tussen gedaagden in conventie 1 en 2 (“Partijen A en B”) enerzijds en Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. (“Partij C”) anderzijds een overeenkomst tot stand gekomen. In de considerans van deze overeenkomst wordt het dividend- en agiobesluit aangehaald en vervolgens:

– Dat Partij C op 5 juli 2007 met Combi International B.V. een overeenkomst heeft afgesloten ter verwerving van een dubbelschroef container motorvrachtschip, hierna te noemen Peter I.

– Dat partij C op 10 januari 2008 met Combi International B.V. een overeenkomst heeft afgesloten ter verwerving van een dubbelschroef container motorvrachtschip, hierna te noemen Peter II.

– Dat partij C op 20 december 2007 met Smits Machinefabriek en Scheepsreparatie B.V. een overeenkomst heeft gesloten ter afbouw van Peter I en Peter II.

– Dat partij A en B bereid zijn tot een bedrag van in totaal Euro 2.458.803 te financieren;

– Dat partijen thans de voorwaarden voor voormelde gedeeltelijke financiering schriftelijk wensen vast te leggen.”

6.15. Woortman c.s. stellen dat er sprake was van een herstructurering van de onderneming Van Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. Met voormelde overeenkomst van 27 januari 2009 en de mogelijkheid van aanvullende financiering door de Rabobank had zij de koopovereenkomst wel degelijk kunnen nakomen.

Het dividend- en agiobesluit; standpunt Combi

6.16. Combi wijst, ter onderbouwing van haar vorderingen, op het volgende. Ten tijde van het dividend- en agiobesluit was bij Woortman c.s. uiteraard bekend dat Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. haar verbintenissen op grond van de Koopovereenkomst diende na te komen. Combi begrijpt niet hoe dat kan als het leeuwendeel van het vermogen van Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. aan haar aandeelhouders wordt uitgekeerd. In dat kader is van belang dat zij de authenticiteit van de notulen en de overeenkomst van 27 januari 2009 betwist. Nergens blijkt dat deze stukken op de daarop vermelde data zijn opgesteld. Feit is verder dat Combi blijft zitten met haar vordering inzake de Koopovereenkomst terwijl het schip, in cascovorm, niet afgenomen wordt, hetgeen tot grote schade leidt.

Het dividend- en agiobesluit; overwegingen rechtbank

6.17. De rechtbank overweegt het volgende. Op grond van het voormelde Nimox-arrest maar ook op grond van het Reinders-Didamarrest (HR 6 februari 2004, LJN AO3045 («JOR» 2004/67, m.nt. Van den Ingh; *red.*)) zijn aandeelhouders en bestuurders (in casu Woortman c.s.) uit hoofde van onrechtmatige daad jegens een crediteur van de vennootschap aansprakelijk indien zij er ernstig rekening mee moeten houden dat de vennootschap na de uitkering van dividend en agio niet in staat zal zijn al haar crediteuren (volledig) te voldoen.

6.18. Combi beroept zich op onrechtmatige daad en vult het relativiteitsbeginsel in met de norm die blijkt uit artikel 2:216 BW. Inderdaad is het

zo, zoals Woortman c.s. aanvoeren, dat dit artikel ziet op bescherming van de crediteuren en niet specifiek op bescherming van een individuele crediteur. Dat neemt echter niet weg dat een individuele crediteur zich in het kader van het relativiteitsbeginsel kan beroepen op deze norm, nu immers duidelijk is dat deze ertoe strekt (mede op grond van voormelde arresten) dat geen onttrekkingen worden gedaan als de crediteuren hierdoor kunnen worden geschaad.

6.19. Woortman c.s. voeren aan dat Combi slechts stelt dat het dividend- en agiobesluit jegens haar onrechtmatig is omdat de Koopovereenkomst nog diende te worden nagekomen en dat nakoming hierdoor onvoorstelbaar is. De rechtbank oordeelt dat Combi hiermee wel heeft voldaan aan haar stelplicht. Immers, duidelijk is dat aan Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. een bedrag van meer dan 2,45 miljoen euro is onttrokken als gevolg van het dividend- en agiobesluit terwijl de betalingsverplichtingen onder de Koopovereenkomst nog dienden te worden nagekomen. In dit verband is van belang dat van Combi, qua stelplichten, bezwaarlijk meer kan worden verlangd nu zij immers niet over meer informatie beschikt. De informatie over de redenen en achtergronden van het dividend- en agiobesluit en de daarmee verband houdende gestelde reorganisatie is immers aanwezig bij Woortman c.s. en niet bij Combi.

6.20. Beoordeeld dient te worden of en in hoeverre Scheepvaartbedrijf Woortman B.V., gegeven het dividend- en agiobesluit, in staat zou zijn geweest bij correcte levering van het bestelde schip door Combi aan haar betalingsverplichtingen te voldoen. Nu Combi heeft voldaan aan haar stelplicht maar in bewijsnood verkeert zal de rechtbank Woortman c.s. belasten met dit bewijs, zulks op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 150 Rv.

6.21. Indien Woortman c.s. slaagt in dit bewijs kan niet worden geoordeeld dat ten tijde van het dividend- en agiobesluit zij er ernstig rekening mee moesten houden dat de vennootschap na de uitkering niet in staat zou zijn al haar crediteuren (volledig) te voldoen en moet de vordering van Combi worden afgewezen.

6.22. Als Woortman c.s. niet slaagt in dit bewijs staat vast dat het dividend- en agiobesluit jegens

Combi onrechtmatig is en komt de rechtbank toe aan de beoordeling van de stellingen van partijen over de Koopovereenkomst. Het gaat dan met name over de vraag wie van partijen in verzuim is geraakt, de causaliteit tussen de tekortkoming en de gestelde schade alsmede de omvang van de schade en de hoogte van de individuele schadeposten. Daarbij is onder andere relevant dat het casco zich in de macht van Combi bevindt en waarde vertegenwoordigt.

6.23. Anders dan Combi bepleit is het niet zo dat het kort geding vonnis van 12 september 2009 doorslaggevend is. Dit is een voorlopig oordeel waaraan geen precedentwaarde toekomt. De rechtbank moet in deze procedure zelfstandig beoordelen of en in hoeverre Combi door het dividend- en agiobesluit schade heeft ondervonden. Het antwoord op die vraag moet worden gevonden door te onderzoeken of Scheepvaartbedrijf Woortman B.V. uit hoofde van de Koopovereenkomst enig bedrag aan Combi is verschuldigd.

6.24. Alvorens Woortman c.s. tot bewijslevering toe te laten zal de rechtbank met partijen van gedachten wisselen in het kader van een comparitie van partijen. Deze zal zien op het verdere verloop van de procedure. De rechtbank zal een schikking beproeven.

7. De beslissing

De rechtbank

laat Woortman c.s. toe tot het bewijs dat, gegeven het dividend- en agiobesluit, zij bij correcte levering van het schip door Combi op grond van de koopovereenkomst aan haar betalingsverplichtingen jegens Combi had kunnen voldoen,

(...; red.)

houdt iedere verdere beslissing aan.

» Noot

1. Dat lichtvaardige uitkering van formeel vrije reserves aanleiding kan geven tot aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders, moge inmiddels bekend zijn (zie bijv. de noot van Bier bij Rb. Amsterdam 21 april

2010, «JOR» 2011/1 (*Idee BV*)). Ook indien een uitkering conform art. 2:216 BW geschiedt, bestaat de mogelijkheid dat de daarbij betrokken aandeelhouders en/of bestuurders kunnen worden aangesproken op grond van art. 6:162 BW, 2:9 BW en 2:138/248 BW en/of dat de rechtshandeling voor vernietiging in aanmerking komt op grond van de (faillissements)pauliana. Het wetsvoorstel flex-BV voegt daar nog een bijzondere, interne aansprakelijkheidsregeling voor bestuurders en aandeelhouders in art. 2:216 lid 3 BW aan toe. Bij al deze vormen van aansprakelijkheid gaat het in de kern om de vraag of de bij de uitkering betrokken bestuurders en/of aandeelhouders onvoldoende rekening hebben gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de vennootschapscrediteuren, doordat zij ten tijde van de uitkering wisten of er ernstig rekening mee moesten houden dat de vennootschap daarna niet in staat zou zijn haar opeisbare verplichtingen te voldoen. Het hierboven afgedrukte vonnis illustreert de lastige vragen die rijzen bij een mogelijke samenloop van genoemde rechtsfiguren.

2. In de onderhavige zaak ging Woortman BV over tot een omvangrijke uitkering van vrije reserves aan haar twee indirecte aandeelhouders/bestuurders (de gebroeders Woortman), nadat zij met Combi BV een koopovereenkomst had gesloten ter zake van een containerschip. Enige tijd na de uitkering ontstaat een geschil over het bestelde schip en wordt Woortman BV in kort geding tot afname en betaling van het schip veroordeeld. Woortman BV geeft geen gehoor aan dit vonnis en gaat daartegen in beroep. Als daarna haar bank laat weten dat financiering door de crisis niet meer mogelijk is, ziet Woortman BV zich genoodzaakt haar faillissement aan te vragen. Uit het vonnis en de gepubliceerde faillissementsverslagen blijkt dat de curator van Woortman BV de vordering van Combi betwist en al enige tijd onderzoekt of de uitkering aan de gebroeders ongeoorloofd was. Combi neemt daarom het heft in eigen hand en spreekt op grond van onrechtmatige daad de gebroeders Woortman aan. Deze stellen zich op het standpunt dat Combi niet ontvankelijk is nu Combi feitelijk een “vordering uit pauliana” uitoefent die enkel aan de curator toekomt. Toewijzing van de vordering zou daarom de *paritas creditorum* verstoren. De rechtbank verwerpt (terecht) dit betoog onder verwijzing naar het arrest inzake *Lunderstädt/De Kok* (HR 21 december 2001, «JOR» 2002/37, m.nt. NEDF

onder «JOR» 2002/38, *TvI* 2002, 173, m.nt. Van Koppen), waarin ons hoogste rechtscollege oordeelde dat de bevoegdheid van de curator om namens de crediteuren een derde aan te spreken vanwege diens onrechtmatig handelen jegens de gezamenlijke crediteuren, er niet aan in de weg staat dat individuele crediteuren van de failliet tegen deze derde ageren op grond van hetzelfde feitencomplex.

3. Daarmee rijst evenwel de vraag naar de omvang van de door Combi geleden schade, indien geoordeeld zou worden dat de uitkering jegens haar onrechtmatig was. Deze schade is niet zonder meer gelijk aan het onbetaald gebleven deel van haar vordering en evenmin gelijk aan het bedrag van de onttrekking. De door de gebroeders Woortman aan Combi toegebrachte schade bestaat uit het verschil tussen hetgeen Combi thans uit de boedel zal ontvangen en hetgeen zij zou hebben ontvangen indien de litigieuze uitkering niet zou hebben plaatsgehad; deze schade is dus in zekere zin een afgeleide van de verhouding tussen Combi en de vennootschap. Om de omvang van de schade te kunnen bepalen, is ten eerste een oordeel vereist over het bestaan en de omvang van de vordering van Combi op Woortman BV. De gebroeders hebben aangevoerd dat de onderhavige procedure zich niet leent voor een dergelijke beslissing; deze zou moeten worden genomen in een renvooiprocedure tussen de vennootschap en Combi. De rechtbank oordeelt echter dat zij zelfstandig dient te beoordelen of en in hoeverre Woortman BV enig bedrag aan Combi verschuldigd is. Dat lijkt mij op zichzelf juist. Vergelijk r.o. 3.3.5 van HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174, m.nt. Ma (*Nimox/Van den End q.q.*) waarin de Hoge Raad oordeelde dat ook buiten een renvooiprocedure geoordeeld kan worden over de status van een vordering in het faillissement. Men zij echter bedacht op de complexe vraagstukken die zich aandienen indien in de renvooiprocedure anders over de vordering van Combi zou worden geoordeeld dan in de onderhavige procedure.

4. Ook indien de rechtbank zelfstandig oordeelt dat Combi een vordering op de vennootschap heeft, zal de (definitieve) omvang van de schade pas met zekerheid kunnen worden vastgesteld nadat het faillissement is afgewikkeld en vaststaat hoeveel Combi op haar vordering zal ontvangen (of zou hebben ontvangen indien haar vordering was geverifieerd – zie hierboven). Mocht de

curator de mening van Combi delen dat de dividenduitkering ongeoorloofd was, dan kan hij ook zelf daartegen opkomen met de faillissementspauliana of een *Peeters/Gatzen*-vordering. Indien causaal verband tussen de uitkering en het faillissement kan worden bewezen, bestaat voor de curator tevens de mogelijkheid om de gebroeders Woortman – in hun hoedanigheid van bestuurder – voor het gehele tekort in faillissement aan te spreken op grond van art. 2:248 BW (zie HR 6 februari 2004, «JOR» 2004/67, m.nt. Van den Ingh (*Reinders/Didam*)). Spreekt de curator met succes de gebroeders Woortman aan (en vindt hij verhaal), dan is daarmee de door Combi geleden schade ongedaan gemaakt zodat zij niets meer te vorderen heeft van de gebroeders Woortman. Het ligt daarom voor de hand dat, mocht de curator tevens ageren tegen de gebroeders Woortman, de rechtbank eerst op de vordering van de curator beslist (zie *Lunderstädt/De Kok*, r.o. 3.4.5). De door Combi tegen de gebroeders Woortman geëntameerde procedure heeft derhalve vooral betekenis indien de curator geen (succesvolle) stappen onderneemt tegen de gebroeders Woortman of in de renvooiprocedure de vordering van Combi op Woortman BV niet wordt geverifieerd. Dit leidt echter tot het ongerijmde, maar niet onmogelijke resultaat, dat in de relatie Combi tot Woortman BV, Combi niet als crediteur wordt beschouwd, maar in de relatie Combi tot de gebroeders Woortman wel. Of een rechter bij het vaststellen van de uiteindelijke schade weer uit een dergelijke spagaat zou weten te komen, dient te worden gezien.

5. Nu ik geen inzage heb in de processtukken past mij hier enige terughoudendheid, maar ik merk op dat de rechtbank in r.o. 6.19 vrij soepel omgaat met de op Combi rustende stel- en bewijsplichten. Volgens de rechtbank heeft Combi louter gesteld dat op het moment van uitkering voor de gebroeders Woortman duidelijk moet zijn geweest dat op de vennootschap nog immer de verplichting tot nakoming van de uit de koopovereenkomst voortvloeiende verbintenissen rustte en dat zij “niet begrijpt hoe dat kan als het leeuwendeel van het vermogen van Woortman aan haar aandeelhouders wordt uitgekeerd”. De rechtbank oordeelt dat Combi hiermee voldoende heeft gesteld omtrent de onrechtmatigheid van de uitkering, omdat van Combi “bezwaarlijk meer kan worden verlangd nu zij immers niet over meer informatie beschikt”. Met toepassing van

art. 150 Rv belast de rechter daarom de gebroeders Woortman met de bewijslast om aan te tonen dat de BV gegeven de uitkering in staat zou zijn geweest om aan haar betalingsverplichtingen te voldoen. Had Combi echter niet meer feiten moeten stellen? Dat een omvangrijke dividenduitkering plaatsvindt op een moment dat er nog schulden zijn, is geenszins voldoende voor aansprakelijkheid. De crux van de aansprakelijkheidsvraag is gelegen in de (deels geobjectiveerde) wetenschap van betrokkenen ten tijde van de uitkering. Had Combi daarom niet ten minste moeten stellen dat ten tijde van de uitkering de gebroeders Woortman er ernstig rekening mee moesten houden dat de vennootschap daarna niet in staat zou zijn al haar crediteuren te voldoen, gezien de gevolgen van de uitkering voor de vermogenspositie van de vennootschap? Vergelijk HR 2 juni 2006, *RvdW* 2006, 542 (81 RO) en Hof 's-Hertogenbosch 20 september 2011, LJN BT2730. In allebei deze zaken werd een *Beklamel*-vordering afgewezen omdat weliswaar het nodige was gesteld ter zake van de vermogenspositie van de vennootschap ten tijde van de litigieuze transactie, maar – mede in het licht van de gevoerde verweren – onvoldoende was gesteld omtrent de wetenschap van de aangesproken bestuurders.

6. Of de gebroeders Woortman op het moment van de uitkering er ernstig rekening mee moesten houden dat de vennootschap niet tot nakoming van haar verplichtingen uit de koopovereenkomst in staat zou zijn, is op basis van het onderhavige vonnis niet te zeggen. Bij de beantwoording van deze kernvraag lijkt mij een relevant – doch zeker niet doorslaggevend – gegeven dat de bank van Woortman BV zich ná de litigieuze uitkering nog bereid heeft verklaard over te gaan tot financiering van het schip. Kennelijk meende de bank op dat moment nog dat de vennootschap ondanks de uitkering tot nakoming van haar verplichting jegens haar in staat zou zijn. Uiteraard dient daarbij wel in aanmerking te worden genomen in hoeverre de bank zich bij financiering gedekt zou weten door zekerheden.

7. Tot slot nog een opmerking inzake dividend en pauliana: in de recente Memorie van Antwoord bij de flex-BV heeft de minister gesuggereerd dat de in art. 2:216 lid 3 BW geïntroduceerde restitutieplichting voor aandeelhouders een *lex specialis* van de (faillissements)pauliana betreft en het derhalve “in de rede ligt” dat de curator op grond van deze bijzondere bepaling tegen een

benadelende uitkering ageert (*Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, C). Deze redenering gaat wat kort door de bocht. Een uitkeringsbesluit betreft een onverplichte rechtshandeling om niet zodat dit op grond van art. 42 Fw kan worden vernietigd indien het bestuur van de vennootschap wetenschap van benadeling heeft (zo is zeer recentelijk nog bevestigd in Hof Arnhem 27 maart 2012, HA ZA 08-1438, in r.o. 4.26 (nog niet gepubliceerd); zie ook R.J. de Weijs & J. Barneveld, 'Aantasting van dividend in schijnbaar complexe transacties', *TvI* 2010-7, p. 38-47). Anders dan voor aansprakelijkheid ex het voorgestelde art. 2:216 lid 3 BW is voor vernietiging op grond van art. 42 Fw geen wetenschap van de aandeelhouder vereist. Nu bestuurders doorgaans beter op de hoogte (behoren te) zijn van de financiële positie van de vennootschap, zullen aandeelhouders eerder tot restitutie kunnen worden aangesproken op grond van art. 42 Fw dan op grond van het voorgestelde art. 2:216 lid 3 BW. Daar komt nog eens bij dat de wetenschap van het bestuur wordt vermoed aanwezig te zijn geweest indien de vennootschap binnen een jaar na de uitkering faillieert (art. 45 Fw). De behoefte (en de mogelijkheid) om een uitkering aan te tasten op grond van de pauliana blijft kortom ook onder een flexibel BV-recht bestaan (zo ook Schutte-Veenstra in *Ondernemingsrecht* 2012/35).

mr. J. Barneveld, promovendus/docent
Universiteit van Amsterdam