

**JOR 2013/96**

**Rechtbank Den Haag**

9 januari 2013, HA ZA 12-622.

( mr. Bus )

A.R.M. Berntsen q.q. te Alphen aan den Rijn,  
in zijn hoedanigheid van curator in het  
faillissement van Aannemersbedrijf Hans  
van Noorden BV,

eiser,

advocaat: mr. L. Daum,

tegen

1. Hans van Noorden Holding BV te  
Zevenhoven,

2. J.C.H. van Noorden te Zevenhoven,

gedaagden in conventie,

eisers in reconventie,

advocaat: mr. R.A.M. Schram.

Dividendbesluit niet in strijd met art. 2:216  
BW, Vrije winstreserve kon worden  
uitgekeerd, Vrije winstreserve kan uit meer  
dan de liquide middelen van een  
vennootschap bestaan, “Omzetting”  
dividenduitkering in een lening is  
toegestaan, Aandeelhouder benadeelde  
crediteuren met dividenduitkering (Nimox),  
Tevens sprake van onbehoorlijke bestuur  
en dat is belangrijke oorzaak van het  
faillissement

[BW Boek 2 - 216; BW Boek 2 - 248; BW  
Boek 6 - 162; Fw - 42]

## » **Samenvatting**

De curator van Aannemersbedrijf HvN stelt  
enig aandeelhouder HvN Holding en de  
bestuurder van deze beide  
vennootschappen (Van Noorden)  
aansprakelijk in verband met een  
dividendbesluit en de hierop gebaseerde  
dividenduitkeringen. De curator stelt dat  
het dividendbesluit nietig is omdat het in  
strijd is met art. 2:216 BW (oud). De  
rechtbank overweegt daarover als volgt. Op  
grond van genoemd artikel zoals dat luidde

tot 1 oktober 2012, is een vennootschap  
gerechtigd winst uit te keren voor zover het  
eigen vermogen groter is dan het gestorte  
en opgevraagde deel van het kapitaal,  
vermeerderd met de reserves die krachtens  
de wet of de statuten moeten worden  
aangehouden. De jaarrekening 2008 was op  
18 juni 2010 al vastgesteld, zodat  
Aannemersbedrijf HvN op grond van art.  
2:216 BW gerechtigd was de vrije  
winstreserve per 31 december 2008 uit te  
keren. Dat de vrije winstreserve per 31  
december 2008 op die datum niet volledig  
beschikbaar was in liquide middelen,  
betekent niet dat de in de jaarrekeningen  
2008 en 2009 vastgestelde vrije  
winstreserve onjuist is. Vrije winstreserve  
kan uit meer dan de liquide middelen van  
een vennootschap bestaan. Dat het  
dividendbesluit op grond van het sinds 1  
oktober 2012 geldende vennootschapsrecht  
nietig zou zijn, doet niet ter zake, omdat het  
oude art. 2:216 BW van toepassing is op  
het onderhavige besluit.

Daarnaast stelt de curator dat de door HvN  
Holding c.s. gestelde “omzetting” van de  
dividenduitkering in een lening, in strijd is  
met de statuten van Aannemersbedrijf  
HvN. In de statuten staat echter niets over  
de vorm waarin uitgekeerd kan worden. De  
wet schrijft ook niet voor dat omzetting  
alleen zou mogen als dat uitdrukkelijk in de  
statuten is vermeld en uitkering anders  
alleen in liquide middelen zou kunnen.

Voor aansprakelijkheid op grond van  
onrechtmatige daad (zie ook Nimox/Van  
den End q.q.) van HvN Holding is vereist  
dat HvN Holding een zorgplicht jegens de  
crediteuren van Aannemersbedrijf HvN  
heeft geschonden. Daarvan kan sprake zijn  
indien HvN Holding inzicht in en  
zeggenschap over het beleid van  
Aannemersbedrijf HvN had, dat zij zich  
intensief en indringend met  
Aannemersbedrijf HvN heeft bemoeid,  
althans de macht had in te grijpen op grond  
van de inrichting van het concern, of enig  
bestuurder was. Daarnaast dient de

benadeling van de crediteuren van Aannemersbedrijf HvN redelijkerwijs voorzienbaar te zijn geweest voor HvN Holding. Deze zorgplicht ontstaat pas op het moment dat bij de aandeelhouder het inzicht behoorde te bestaan dat zijn handelwijze niet (langer) geoorloofd was. Dat moment moet aan de veilige kant gesteld worden, derhalve ten gunste van HvN Holding (Sobi/Hurks, «JOR» 2002/38, m.nt. NEDF en m.nt. Bartman).

In het onderhavige geval bemoeide HvN Holding zich actief met het beleid van Aannemersbedrijf HvN.

Met betrekking tot de vereiste voorzienbaarheid van benadeling overweegt de rechtbank als volgt. Uit de door de curator gestelde feiten en omstandigheden blijkt dat Aannemersbedrijf HvN in 2010 en 2011 verlies leed en niet in staat was tot een uitkering van het vastgestelde dividend aan HvN Holding. In die gehele periode was de marktsituatie in de bouwsector bovendien niet goed.

Naar het oordeel van de rechtbank is sprake van een situatie waarin (aan de veilige kant ingeschat) redelijkerwijs te voorzien was dat Aannemersbedrijf HvN naast haar liquiditeit ook een aanzienlijk deel van het bankkrediet diende te gebruiken voor deze aflossingen. Gezien de moeilijke marktomstandigheden was immers te voorzien dat meer debiteuren van Aannemersbedrijf HvN niet of niet tijdig zouden betalen. Met de betalingen aan HvN Holding was geen continuïteitsbelang van Aannemersbedrijf HvN gediend.

Onder de hiervoor beschreven omstandigheden heeft HvN Holding haar zorgplicht jegens de crediteuren van Aannemersbedrijf HvN geschonden door de betalingen van 9 september 2011 en 7 oktober 2011 uit te laten voeren of die niet tegen te houden, ondanks haar intensieve bemoeienis met Aannemersbedrijf HvN.

Zij heeft daarmee onrechtmatig gehandeld jegens de gezamenlijke crediteuren van Aannemersbedrijf HvN en is aansprakelijk voor de daardoor ontstane schade. Ook is sprake van onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:248 BW.

Daarbij merkt de rechtbank nog op dat ter zitting is gebleken dat Van Noorden niet of nauwelijks kennis had van de financiële positie van Aannemersbedrijf HvN. Dit complete gebrek aan inzicht in de financiën van Aannemersbedrijf HvN vormt eveneens een onbehoorlijke vervulling door Van Noorden van zijn taak als enig bestuurder van de vennootschap. Het bestuur van de vennootschap kan het financiële reilen en zeilen van die vennootschap niet volledig overlaten aan adviseurs.

De dividenduitkeringen zijn naar het oordeel van de rechtbank dan ook indirect de belangrijkste oorzaak van het faillissement. Een redelijk handelend bestuurder had er op dat moment rekening mee moeten houden dat de onderneming het krediet in de nabije toekomst nodig zou hebben ter verzekering van de continuïteit.

In het licht van de hiervoor geschetste omstandigheden, zijn de slechte economische omstandigheden en het uitblijven van betalingen door debiteuren weliswaar mede oorzaak van het faillissement, maar vormt de onbehoorlijke taakvervulling door Van Noorden een belangrijker oorzaak van het faillissement. Van Noorden is daarom aansprakelijk voor het tekort in het faillissement van Aannemersbedrijf HvN.

[beslissing/besluit](#)

## » Uitspraak

(...; *red.*)

### ***2. De feiten***

2.1. Op 14 februari 2012 is het faillissement van Aannemersbedrijf Hans van Noorden B.V. (hierna: Aannemersbedrijf HvN) uitgesproken, waarbij de curator is benoemd.

2.2. Enig aandeelhouder van Aannemersbedrijf HvN is HvN Holding.

2.3. Van Noorden is enig bestuurder van Aannemersbedrijf HvN en van HvN Holding.

2.4. Aannemersbedrijf HvN was een aannemersbedrijf met circa 22 werknemers. Vanaf medio 2005 had Ron Woudenberg (hierna: Woudenberg) de dagelijkse leiding van Aannemersbedrijf HvN. Van Noorden werkte daarna nog wel voor de onderneming, maar hield zich niet langer bezig met de primaire ondernemingsactiviteiten. HvN Holding ontving een managementvergoeding van € 90.000,- per jaar voor de werkzaamheden van Van Noorden.

2.5. Het pand waarin Aannemersbedrijf HvN haar onderneming dreef, huurde zij van Van Noorden voor een huur van € 80.000,- per jaar.

2.6. In 2008 heeft HvN Holding een lening verstrekt aan Aannemersbedrijf HvN van € 285.000,-. Daarbij is overeengekomen dat de lening in zijn geheel opeisbaar werd op 18 november 2013.

2.7. Op 18 juni 2010 is een aandeelhoudersvergadering van Aannemersbedrijf HvN gehouden waarin door de aandeelhouder, HvN Holding, is besloten een dividend uit te keren van € 411.159,- (hierna: 'het dividendbesluit'). In het aandeelhoudersbesluit is vermeld dat dat bedrag de vrije winstreserve per 1 januari 2009 vormde. Uitkering van dit bedrag door middel van overboeking van liquide middelen heeft niet plaatsgevonden. In een aandeelhoudersvergadering van 4 november 2011 is besloten dit bedrag te

corrigeren tot € 371.861,- in verband met het in 2010 door Aannemersbedrijf HvN geleden verlies.

2.8. Per 31 december 2010 bedroeg de totale schuld van Aannemersbedrijf HvN aan HvN Holding € 700.000,- volgens de jaarrekening 2010. In de jaarrekening is dit onder 'langlopende schulden' als volgt verantwoord:

"Lening Hans van Noorden Holding B.V.	31-12-2010	31-12-2009
Stand per 1 januari	285.000	285.000
Verstrekt	415.000	
	-	
Langlopend deel per 31 december	- 700.000	285.000

De lening is aangegaan voor de duur van vijf jaren en zal na afloop daarvan ineens in zijn geheel worden afgelost op 13 november 2013. Als zekerheid zal op eerste verzoek van de vennootschap een pandrecht met een zo hoog mogelijke rang worden verleend op de aangehouden deposito's. Er is een rente van 4% op jaarbasis overeengekomen."

2.9. Aannemersbedrijf HvN heeft op 26 augustus 2011 twee betalingen van ieder € 50.000,- gedaan aan HvN Holding met de omschrijving 'aflossing'. Op 9 september 2011 heeft zij eveneens een betaling gedaan aan HvN Holding van € 50.000,- met de omschrijving 'overboeking' en op 7 oktober een betaling van € 50.000,- met de omschrijving 'aflossing lening'.

2.10. Uit het handelsregister blijkt dat de jaarrekening 2008 van Aannemersbedrijf HvN is vastgesteld op 27 januari 2010 en is gedeponneerd op 9 maart 2010.

2.11. Tussen Aannemersbedrijf HvN en Van Noorden heeft in 2011 een activa transactie plaatsgevonden, waarbij Van Noorden een aantal zaken van

Aannemersbedrijf HvN heeft gekocht. In een factuur gedateerd op 1 juli 2011 is voor deze koop een prijs van € 137.688,- (inclusief BTW) in rekening gebracht.

2.12. In de periode tussen 24 februari 2012 en medio april 2012 is de digitale boekhouding van Aannemersbedrijf HvN die zich ten tijde van het faillissement bevond op het netwerk van de onderneming verloren gegaan.

2.13. M. Admiraal, medewerker van Technofarm Computers, heeft in juni 2012 getracht de digitale administratie te herstellen. In een verklaring van 19 juni 2012 schrijft hij dat de administratie verloren lijkt te zijn gegaan doordat de data van de periode tussen 23 juni 2009 en 13 april 2012 zijn overschreven met een back-up bestand uit 2009. Volgens Admiraal was de back-up waarmee de administratie is overschreven opgeslagen op een ongebruikelijke plaats in het computersysteem, van waaruit het mogelijk was de administratie in korte tijd met het back-up bestand uit 2009 te overschrijven.

2.14. De curator heeft op 26 april 2012 beslag laten leggen op een woning en het bedrijfspand die aan Van Noorden in eigendom toebehoren.

2.15. Daarnaast heeft de curator op 26 april 2012 derdenbeslag gelegd onder de Coöperatieve Rabobank Groene Hart Noord U.A. en de ING Bank N.V., ten laste van HvN Holding.

### **3. Het geschil**

#### ***In conventie***

3.1. De curator vordert na eiswijziging – samengevat – dat de rechtbank bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

3.1.1. primair: HvN Holding en Van Noorden hoofdelijk veroordeelt om aan de

boedel te betalen een bedrag van € 595.000,-, te vermeerderen met wettelijke rente;

3.1.2. subsidiair: voor recht verklaart dat Van Noorden zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld in de zin van artikel 2:9 BW en Van Noorden veroordeelt om aan de boedel te betalen € 200.000,-, te vermeerderen met wettelijke rente;

en voorts:

3.1.3. voor recht verklaart dat Van Noorden zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld en dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement;

3.1.4. Van Noorden veroordeelt tot betaling van het tekort in het faillissement van HvN B.V., nader op te maken bij staat;

3.1.5. Van Noorden veroordeelt om aan de boedel de goederen te retourneren die hij op 1 juli 2011 heeft overgenomen van HvN B.V., op straffe van een dwangsom;

3.1.6. Van Noorden veroordeelt om aan de boedel te betalen € 137.688,00, te vermeerderen met wettelijke rente;

3.1.7. HvN Holding c.s. veroordeelt tot betaling van de proceskosten, waaronder de beslagkosten, vermeerderd met de wettelijke rente en de nakosten.

3.2. De curator legt aan zijn vorderingen jegens HvN Holding het volgende ten grondslag. De curator beroept zich in de eerste plaats op de vernietiging van het dividendbesluit van 18 juni 2010 en de dividenduitkeringen die Aannemersbedrijf HvN op basis daarvan in 2010 en 2011 aan HvN Holding heeft gedaan, op grond van artikel 42 Faillissementswet (Fw). Dat dividendbesluit en die uitkeringen vormen volgens de curator onverplichte rechtshandelingen, waardoor de overige crediteuren zijn benadeeld. Voor zover er

betalingen zijn gedaan aan HvN Holding uit hoofde van leningsovereenkomsten, waren die vorderingen niet opeisbaar, zodat eveneens sprake is van onverplichte rechtshandelingen. Het besluit tot uitkering van dividend is bovendien nietig omdat het in strijd is met artikel 2:216 Burgerlijk Wetboek (BW). Voorts heeft HvN Holding volgens de curator onrechtmatig gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers. Door het laten uitbetalen van dividend in een situatie dat de onderneming van Aannemersbedrijf HvN verlieslatend was en er onvoldoende vrije winstreserves waren om tot uitkering over te kunnen gaan, heeft HvN Holding een zorgplicht jegens de schuldeisers van Aannemersbedrijf HvN geschonden. De curator beroept zich daarbij op het arrest Nimox/Van den End q.q. (HR 8 november 1991, LJN ZC0401).

3.3. Aan zijn vorderingen jegens Van Noorden legt de curator het volgende ten grondslag. Van Noorden heeft zijn taak als bestuurder volgens de curator niet behoorlijk vervuld, door niet te voldoen aan de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW, door niet te voldoen aan de publicatieplicht van artikel 2:394 BW en door dividend- en andere uitkeringen aan HvN Holding en zichzelf te doen terwijl Aannemersbedrijf HvN aanzienlijk verlies leed. Dit is een belangrijke oorzaak van het faillissement. Op grond van artikel 2:248 BW is Van Noorden daardoor aansprakelijk voor het boedeltekort. Subsidiair beroept de curator zich er op dat Van Noorden zijn taak als bestuurder op grond van artikel 2:9 BW onbehoorlijk heeft vervuld, door € 200.000,- aan Aannemersbedrijf HvN te onttrekken, zodat hij dat bedrag aan de curator dient te vergoeden. De curator beroept zich daarnaast op de vernietiging van de activatransactie van 1 juli 2011 op grond van artikel 42 en 43 Fw. Voor zover die transactie rechtsgeldig zou zijn, stelt hij ook dat Van Noorden de betaling van de koopprijs voor de activa niet mocht

verrekenen met vorderingen van HvN Holding op Aannemersbedrijf HvN, op grond van artikel 54 Fw.

3.4. HvN Holding c.s. voert gemotiveerd verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

### ***In reconventie***

3.5. HvN Holding c.s. vordert – samengevat – verklaringen voor recht dat:

- de curator is tekortgeschoten in zijn taak om als goed curator te functioneren door de boekhouding verloren te laten gaan;
- de curator onrechtmatig heeft gehandeld jegens HvN Holding c.s. door zich niet als een goed curator te gedragen en de boekhouding verloren te laten gaan;
- de curator onrechtmatig heeft gehandeld door roerende zaken die in eigendom waren bij HvN Holding c.s. aan derden te verkopen en over te dragen.

Voorts vorderen zij veroordeling van de curator tot vergoeding van de schade die HvN Holding c.s. lijden door dat onrechtmatig handelen, nader op te maken bij staat. Daarnaast vorderen HvN Holding c.s. opheffing van de door de curator ten laste van HvN Holding c.s. gelegde beslagen, op straffe van een dwangsom van € 1.500,- per dag. Tot slot vorderen HvN Holding c.s. veroordeling van de curator in de proceskosten.

3.6. HvN Holding c.s. leggen aan hun vorderingen ten grondslag dat de curator gehouden is jegens de gezamenlijke schuldeisers van Aannemersbedrijf HvN de boekhouding in stand te houden. Doordat de boekhouding verloren is gegaan, heeft de curator die zorgplicht geschonden. Daardoor heeft hij tevens onrechtmatig jegens HvN Holding c.s. gehandeld, waardoor HvN Holding c.s. schade lijden.

HvN Holding c.s. wordt daardoor geschaad in haar bewijspositie in deze procedure en de afwezigheid van de administratie zou tot schade voor de failliete boedel kunnen leiden door problemen in de verhouding tot de belastingdienst en debiteuren, aldus HvN Holding c.s..

Daarnaast heeft de curator zich zaken toegeëigend en aan derden verkocht die eigendom waren van HvN Holding c.s., waaronder een stofzuiger. Daardoor heeft hij eveneens onrechtmatig gehandeld.

Tot slot heeft de curator onrechtmatige beslagen gelegd onder HvN Holding c.s., omdat zijn vorderingen niet toewijsbaar zijn.

3.7. De curator voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### ***4. De beoordeling***

##### ***In conventie***

##### ***Aansprakelijkheid HvN Holding***

##### ***Dividendbesluit en betalingen in strijd met 42 Fw?***

4.1. Om voor vernietiging op grond van artikel 42 Fw in aanmerking te komen, dient er sprake te zijn van een rechtshandeling die (a) onverplicht is verricht en waarvan (b) de schuldenaar bij het verrichten wist of behoorde te weten dat benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn. De curator stelt dat er bij de uitkeringen door Aannemersbedrijf HvN aan HvN Holding sprake is van een aantal verschillende rechtshandelingen die aan beide criteria voldoen. De rechtbank zal dat per gestelde rechtshandeling nagaan.

4.2. Tussen partijen is in geschil of er op 18 juni 2010 een uitkering van het dividend heeft plaatsgevonden door omzetting

daarvan in een lening van HvN Holding aan Aannemersbedrijf HvN. Volgens HvN Holding c.s. is het dividend uitgekeerd door middel van 'omzetting' in een overeenkomst van geldlening en is er vervolgens in 2010 en 2011 afbetaald op die lening. Voor het huidige geschil tussen partijen maakt het echter niet of er aan de betalingen aan HvN Holding waartegen de curator zich verzet, nu een verbintenis tot dividenduitkering of een verbintenis tot afbetaling van een lening ten grondslag lag. Daarvoor is het volgende redengevend.

4.2.1. Door het dividendbesluit heeft HvN Holding een opeisbare vordering op Aannemersbedrijf HvN gekregen tot uitkering van het dividend. Daar vloeit uit voort dat nakoming van die verbintenis door Aannemersbedrijf HvN geen onverplichte rechtshandeling is. De curator heeft betoogd dat met de uitsluiting van verplichte rechtshandelingen in artikel 42 Fw is beoogd andere schuldeisers dan aandeelhouders te beschermen. Die beperkte bedoeling van de wetgever is echter niet in de wet tot uitdrukking gebracht. Zij kan dus niet tot gevolg hebben dat bij vorderingen van een aandeelhouder zomaar aan het in de wet verankerde vereiste van een onverplichte rechtshandeling voorbij gegaan zou kunnen worden.

4.2.2. Indien Aannemersbedrijf HvN en HvN Holding inderdaad zijn overeengekomen dat het dividend is betaald door 'omzetting' in een lening aan Aannemersbedrijf HvN, zoals HvN Holding stelt, geldt het volgende. Die lening is direct opeisbaar, tenzij partijen anders zouden zijn overeengekomen. De curator stelt dat dat laatste het geval is, omdat dat is vermeld in de in 2.8 geciteerde passage in de jaarrekening 2010. HvN Holding c.s. hebben daartegen gemotiveerd aangevoerd dat deze passage in de jaarrekening een fout is, die het gevolg is van het feit dat voor deze schuld aan HvN Holding het zelfde grootboeknummer is

gebruikt als voor de lening van € 285.000,-, waarvoor wel voorwaarden aan de opeisbaarheid zijn gesteld. Voorts is blijkens de verklaringen van Van Noorden ter comparitie geen sprake geweest van uitdrukkelijke en gedetailleerde afspraken over de voorwaarden voor de ‘omzetting’. Als er al een overeenkomst van lening tot stand is gekomen, is dan ook onvoldoende onderbouwd dat die niet direct opeisbaar zou zijn. De rechtbank gaat er dan ook vanuit dat er sprake is van een onverplichte rechtshandeling, zodat hetgeen hiervoor in 4.2.1 is overwogen ook voor de afbetaling op de lening geldt.

4.3. De curator heeft ook nog gesteld dat Aannemersbedrijf HvN onverplichte afbetalingen heeft gedaan op de in 2.6 beschreven lening van € 285.000,-. Uit het door de curator in het geding gebrachte rapport van BDO (productie 22) blijkt echter dat onduidelijk is of er ook op die lening is afgelost. Weliswaar volgt uit de saldibalans per 31 december 2011 dat dat wel is gebeurd, maar op basis van de door BDO gecontroleerde mutaties zou er per 31 december 2011 nog een schuld aan HvN Holding zijn van € 350.000,-. Daaruit volgt dat alleen op de opeisbare vordering van de dividenduitkering is afgelost. Dat er ook is afgelost op de niet-opeisbare lening van € 285.000,- kan dan ook niet worden vastgesteld. Om die reden faalt het beroep van de curator op de vernietiging van rechtshandelingen waarmee zou zijn afgelost op de niet-opeisbare lening van € 285.000,-.

4.4. Het dividendbesluit van 18 juni 2010 en de door HvN Holding c.s. gestelde overeenkomst van lening van diezelfde datum zijn wel aan te merken als onverplichte rechtshandelingen van HvN Holding. Deze rechtshandelingen zijn echter meer dan een jaar voor faillissement uitgevoerd, zodat de curator ten aanzien daarvan geen beroep kan doen op artikel 43 Fw. Ten aanzien van die rechtshandelingen geldt dat de curator onvoldoende

aannemelijk heeft gemaakt dat Aannemersbedrijf HvN al in juni 2010 de vereiste wetenschap van benadeling van de crediteuren had of behoorde te hebben. Op dat moment was er weliswaar sprake van een verliessituatie, maar de situatie was niet zo dat een faillissement van Aannemersbedrijf HvN in juni 2010 met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien. In 2009 was er immers nog winst gemaakt, van een lege orderportefeuille was in 2010 evenmin sprake en er was nog voldoende liquiditeit doordat het dividendbesluit nog niet tot uitkering van liquide middelen had geleid. De situatie was op dat moment niet rooskleurig, maar de enkele kans dat de crediteuren zullen worden benadeeld is onvoldoende om de vereiste wetenschap vast te kunnen stellen. Ook ten aanzien van het dividendbesluit en de gestelde overeenkomst van geldlening is derhalve niet voldaan aan de vereisten van artikel 42 Fw.

### ***Nietigheid dividendbesluit op grond van 2:216 BW?***

4.5. De curator stelt daarnaast dat het dividendbesluit nietig is omdat het in strijd is met artikel 2:216 BW (oud). De rechtbank overweegt daarover als volgt. Op grond van genoemd artikel zoals dat luidde tot 1 oktober 2012, is een vennootschap gerechtigd winst uit te keren voor zover het eigen vermogen groter is dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal, vermeerderd met de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden. De jaarrekening 2009 van Aannemersbedrijf HvN is door een register-accountant goedgekeurd. Uit die jaarrekening blijkt dat de vrije winstreserve per 31 december 2008 € 411.159,- bedroeg. De rechtbank gaat er dan ook van uit dat de vrije winstreserve zoals vastgesteld in de jaarrekening 2008 hetzelfde bedrag is. De jaarrekening 2008 was op 18 juni 2010 al vastgesteld, zodat Aannemersbedrijf HvN op grond van artikel 2:216 BW gerechtigd

was de vrije winstreserve per 31 december 2008 uit te keren. Dat de vrije winstreserve per 31 december 2008 op die datum niet volledig beschikbaar was in liquide middelen, betekent niet dat de in de jaarrekeningen 2008 en 2009 vastgestelde vrije winstreserve onjuist is. Vrije winstreserve kan uit meer dan de liquide middelen van een vennootschap bestaan. Dat het dividendbesluit op grond van het sinds 1 oktober 2012 geldende vennootschapsrecht nietig zou zijn, doet niet ter zake, omdat het oude artikel 2:216 BW van toepassing is op het onderhavige besluit.

4.6. Daarnaast stelt de curator dat de door HvN Holding c.s. gestelde ‘omzetting’ van de dividenduitkering in een lening, in strijd is met de statuten van Aannemersbedrijf HvN. In die statuten staat echter niets over de vorm waarin uitgekeerd kan worden. De wet schrijft ook niet voor dat omzetting alleen zou mogen als dat uitdrukkelijk in de statuten is vermeld en uitkering anders alleen in liquide middelen zou kunnen.

4.7. Voorts stelt de curator dat het dividendbesluit nietig is omdat het in feite een interim-dividend besluit betreft, terwijl de statuten van Aannemersbedrijf HvN geen interim-dividend uitkering toestaan. De curator betoogt daartoe dat het dividendbesluit is genomen terwijl de jaarrekening 2009 nog niet was vastgesteld, zodat van een definitief dividendbesluit geen sprake kan zijn. Hij verliest daarbij uit het oog dat de vrije winstreserve per 1 januari 2009 ook volgt uit de jaarrekening 2008. Die jaarrekening was al wel vastgesteld op 18 juni 2010. Het betoog van de curator faalt om die reden.

### ***Onrechtmatige daad***

4.8. De curator beroept zich voorts op de onrechtmatige daad onder verwijzing naar het arrest Nimox/Van den End q.q. Hij stelt daartoe dat HvN Holding de crediteuren heeft benadeeld door een dividendbesluit te

nemen waarmee alle vrije reserves verdwenen, op een moment dat Aannemersbedrijf HvN verlies leed en er onvoldoende liquiditeit was om het dividend uit te keren. Voorts voert de curator daartoe aan dat het dividend vervolgens daadwerkelijk is uitgekeerd aan HvN Holding, doordat in 2010 en 2011 telkens liquide middelen van Aannemersbedrijf HvN zijn gebruikt voor gedeeltelijke afbetalingen aan HvN Holding.

4.9. Voor aansprakelijkheid van HvN Holding op deze grond is vereist dat HvN Holding een zorgplicht jegens de crediteuren van Aannemersbedrijf HvN heeft geschonden. Daarvan kan sprake zijn indien HvN Holding inzicht in en zeggenschap over het beleid van Aannemersbedrijf HvN had, dat zij zich intensief en indringend met Aannemersbedrijf HvN heeft bemoeid, althans de macht had in te grijpen op grond van de inrichting van het concern, of enig bestuurder was (vergelijk conclusie A-G bij HR 12 augustus 2008, LJN BD7596, Van Dusseldorp/Coutts). Daarnaast dient de benadeling van de crediteuren van Aannemersbedrijf HvN redelijkerwijs voorzienbaar te zijn geweest voor HvN Holding. Deze zorgplicht ontstaat pas op het moment dat bij de aandeelhouder het inzicht behoorde te bestaan dat zijn handelwijze niet (langer) geoorloofd was. Dat moment moet aan de veilige kant vastgesteld worden, derhalve ten gunste van HvN Holding (arrest Sobi/Hurks II, HR 21 december 2001, NJ 2005, 96).

4.10. In het onderhavige geval bemoeide HvN Holding zich actief met het beleid van Aannemersbedrijf HvN. Dit gebeurde onder meer doordat er wekelijks liquiditeitsoverzichten van de hele groep werden gemaakt, die door Van Noorden voor gezien werden getekend. Daarbij vulde HvN Holding herhaaldelijk tijdelijk liquiditeitstekorten van Aannemersbedrijf HvN aan. Bovendien had HvN Holding



haar eigen bestuurder, Van Noorden, ook als bestuurder van Aannemersbedrijf HvN benoemd. HvN Holding bemoeide zich derhalve intensief met het beleid van Aannemersbedrijf HvN.

4.11. Met betrekking tot de vereiste voorzienbaarheid van benadeling overweegt de rechtbank als volgt. Uit de door de curator gestelde feiten en omstandigheden blijkt dat Aannemersbedrijf HvN in 2010 en 2011 verlies leed en niet in staat was tot een uitkering van het vastgestelde dividend aan HvN Holding. In die gehele periode was de marktsituatie in de bouwsector bovendien niet goed.

4.12. Na juni 2011 is Aannemersbedrijf HvN haar bankkrediet structureel gaan gebruiken, onder andere voor de betalingen aan HvN Holding op 26 augustus 2011 van € 100.000,-, op 9 september 2011 van € 50.000,- en op 7 oktober 2011 van € 50.000,-. De betalingen van 26 augustus 2011 hebben de omschrijving ‘aflossing’, die van 9 september 2011 ‘overboeking’ en de betaling van 7 oktober 2011 de omschrijving ‘aflossing lening’. Blijkens de wekelijkse liquiditeitsoverzichten uit die periode, werden die betalingen in mindering gebracht op de lening van HvN Holding. De rechtbank merkt deze betalingen dan ook aan als aflossingen op de vordering uit dividenduitkering danwel (de omzetting daarvan in een) geldlening en niet, zoals HvN Holding heeft betoogd, betalingen ter saldering van een rekening-courant verhouding tussen Aannemersbedrijf HvN en HvN Holding.

4.13. Naar het oordeel van de rechtbank is van een situatie waarin (aan de veilige kant ingeschat) redelijkerwijs te voorzien was dat Aannemersbedrijf HvN failliet zou gaan pas sprake vanaf het moment dat Aannemersbedrijf HvN naast haar liquiditeit ook een aanzienlijk deel van haar bankkrediet diende te gebruiken voor deze aflossingen. Gezien de moeilijke

marktomstandigheden was immers te voorzien dat meer debiteuren van Aannemersbedrijf HvN niet of niet tijdig zouden betalen. Voor de vaste kosten, zoals salarisbetalingen aan werknemers, zou in dat geval het bankkrediet aangesproken moeten worden. Als het maximum daarvan bereikt zou worden, zouden er onmiddellijk liquiditeitsproblemen ontstaan, waardoor de onderneming niet langer gecontinueerd zou kunnen worden. Door het bankkrediet niet voor dat doel achter de hand te houden, maar te gebruiken voor aflossing van een lening van HvN Holding, was redelijkerwijs te voorzien dat de overige crediteuren benadeeld zouden worden.

4.14. Volgens de door de curator als productie 46 overgelegde liquiditeitsoverzichten is de debetstand op de rekening-courant rekening van Aannemersbedrijf HvN tussen 9 september 2011 en 16 september 2011 opgelopen van € 4.783,80 tot € 60.014,65. Deze verhoging is grotendeels te wijten aan de betaling aan HvN Holding van € 50.000,- op 9 september 2011. Die datum vormt derhalve de peildatum voor de voorzienbaarheid van de benadeling. Op die datum en vervolgens ook op 7 oktober 2011 hebben er betalingen van ieder € 50.000,- plaatsgevonden. Met deze twee betalingen was geen continuïteitsbelang van Aannemersbedrijf HvN gediend. Het verweer van HvN Holding dat de vennootschap ‘lichter’ gemaakt moest worden zodat Woudenberg die kon overnemen, slaagt niet. Gezien het feit dat de aflossingen niet uit vrije reserves voldaan konden worden, zullen de aflossingen niet tot een lagere waarde van de onderneming hebben geleid.

4.15. Onder de hiervoor beschreven omstandigheden heeft HvN Holding haar zorgplicht jegens de crediteuren van Aannemersbedrijf HvN geschonden door de betalingen van 9 september 2011 en 7 oktober 2011 uit te laten voeren of die niet tegen te houden, ondanks haar intensieve

bemoeienis met Aannemersbedrijf HvN. Zij heeft daarmee onrechtmatig gehandeld jegens de gezamenlijke crediteuren van Aannemersbedrijf HvN en is aansprakelijk voor de daardoor ontstane schade.

4.16. De uit het rapport van BDO blijkende overige betalingen door Aannemersbedrijf HvN aan HvN Holding na 9 september 2011, betreffen mutaties waarvan niet valt vast te stellen wat de grondslag is. Die grondslag kan derhalve ook betaling van (een deel van) de managementvergoeding zijn die Aannemersbedrijf HvN aan HvN Holding verschuldigd was. De curator heeft de betaling van die vergoeding echter niet aan de door hem gestelde onrechtmatige daad ten grondslag gelegd. De hiervoor vastgestelde onrechtmatige daad strekt zich dan ook niet uit tot de overige betalingen door Aannemersbedrijf HvN aan HvN Holding na 9 september 2011.

4.17. Uit het voorgaande volgt dat de schade die de gezamenlijke crediteuren hebben geleden, vastgesteld kan worden op het bedrag van de twee betalingen op 9 september 2011 en 7 oktober 2011, van in totaal € 100.000,-. HvN Holding is aansprakelijk voor de vergoeding van dat bedrag. De daarover gevorderde wettelijke rente is toewijsbaar vanaf het moment dat de verbintenis tot schadevergoeding van HvN Holding is ontstaan, te weten vanaf het moment dat de onrechtmatige daad is gepleegd. In het onderhavige geval is derhalve wettelijke rente verschuldigd over € 50.000,- vanaf 9 september 2011 en over de resterende € 50.000,- vanaf 7 oktober 2011.

### ***Aansprakelijkheid Van Noorden***

#### ***Onbehoorlijk bestuur Van Noorden***

4.18. De curator stelt dat Van Noorden zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld en dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Hij beroept zich daarbij primair op het feit dat Van Noorden

niet heeft voldaan aan de publicatieplicht en de boekhoudplicht, zodat op grond van artikel 2:248 lid 2 BW vaststaat dat er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling.

4.19. Vaststaat dat de jaarrekening 2008 niet binnen de in artikel 2:394 BW bepaalde termijn is gepubliceerd. Deze jaarrekening had immers uiterlijk op 31 januari 2010 gepubliceerd moeten zijn, maar dat is pas gebeurd op 9 maart 2010. Van Noorden heeft ten verweere betoogd dat dit een onbelangrijk verzuim is. Of daarvan sprake is hangt af van de aard van het overtreden voorschrift en de, door Van Noorden te stellen en zo nodig te bewijzen, verdere omstandigheden van het geval. Van Noorden betoogt daartoe allereerst dat de overschrijding van de termijn geen oorzaak van het faillissement vormt. Dat er geen oorzakelijk verband is met het faillissement is echter niet relevant voor de vraag of er sprake is van een onbelangrijk verzuim. Ook bij verzuimen die niet onbelangrijk zijn, is immers niet vereist dat die het faillissement tot gevolg hebben om tot aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW te kunnen leiden.

4.20. Van Noorden heeft in dit verband terloops nog gesteld dat de te late publicatie het gevolg was van het feit dat de handelend medewerker van de accountant van Aannemersbedrijf HvN ziek was. Die stelling is echter niet concreet gemaakt of nader onderbouwd. Bovendien blijkt uit de handelsregisterhistorie dat de jaarrekening al in januari 2010 is vastgesteld. Zelfs als de medewerker van het door Aannemersbedrijf HvN ingeschakelde accountantskantoor ziek zou zijn geweest en het niet mogelijk zou zijn geweest een andere accountant in te schakelen, heeft Van Noorden niet duidelijk gemaakt waarom dat in de weg zou staan aan publicatie van de al vastgestelde jaarrekening.

4.21. Nu er geen bijzondere omstandigheden zijn aan te wijzen die de te late publicatie rechtvaardigen, vormt een overschrijding van de publicatietermijn met meer dan een maand geen onbelangrijk verzuim en heeft Van Noorden zijn taak als bestuurder onbehoorlijk vervuld.

4.22. Daarbij merkt de rechtbank nog op dat ter zitting is gebleken dat Van Noorden niet of nauwelijks kennis had van de financiële positie van Aannemersbedrijf HvN. Dit complete gebrek aan inzicht in de financiën van Aannemersbedrijf HvN vormt eveneens een onbehoorlijke vervulling door Van Noorden van zijn taak als enig bestuurder van de vennootschap. Het bestuur van een vennootschap kan het financiële reilen en zeilen van die vennootschap niet volledig overlaten aan adviseurs.

4.23. De onbehoorlijke taakvervulling door Van Noorden wordt wettelijk vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Van Noorden heeft betwist dat dat het geval is. Hij betoogt daartoe dat het faillissement is veroorzaakt door de moeilijke marktomstandigheden in de bouwsector en doordat drie opdrachtgevers niet betaalden, waardoor Aannemersbedrijf HvN in geldnood kwam. Bij opdrachtgever Meco speelde voorts het probleem dat de registratie van de met Meco gemaakte afspraken onvindbaar was, waardoor Meco niet aan die afspraken gehouden kon worden en Aannemersbedrijf HvN niet de van te voren afgesproken vergoeding in rekening kon brengen, aldus Van Noorden. Deze laatste omstandigheid vormt geen externe omstandigheid, zodat deze stelling, als zij juist is, geen tegenbewijs kan vormen tegen het vermoeden van onbehoorlijk bestuur.

4.24. Ten aanzien van de eerste twee omstandigheden die Van Noorden noemt, overweegt de rechtbank als volgt. Deze omstandigheden hebben zonder meer bijgedragen aan het faillissement. Zoals

hiervoor in 4.12 en 4.13 al is overwogen, bevond Aannemersbedrijf HvN zich in het najaar van 2011 echter in een financiële positie waarbij iedere omzetsdaling of liquiditeitsdaling onmiddellijk tot een faillissement kon leiden. De vennootschap had immers geen enkele buffer meer, doordat alle reserves en het krediet van de bank waren gebruikt om het in 2010 vastgestelde dividend uit te keren, althans de lening waarin die uitkering was omgezet af te betalen. De dividenduitkeringen zijn naar het oordeel van de rechtbank dan ook indirect de belangrijkste oorzaak van het faillissement. Op 9 september 2011 was het voor Van Noorden, evenals voor HvN Holding, redelijkerwijs voorzienbaar dat het gebruik van de kredietruimte bij de bank voor aflossing van schulden aan HvN Holding, de continuïteit van Aannemersbedrijf HvN in gevaar bracht. De rechtbank verwijst in dit verband naar hetgeen is overwogen in 4.13 en 4.14. Een redelijk handelend bestuurder had er op dat moment rekening mee moeten houden dat de onderneming het krediet in de nabije toekomst nodig zou hebben ter verzekering van de continuïteit. Als bestuurder van Aannemersbedrijf HvN had het op de weg van Van Noorden gelegen het belang van Aannemersbedrijf HvN te behartigen door haar medewerking aan de aflossingen te weigeren. Gezien het feit dat Van Noorden ook bestuurder en aandeelhouder van HvN Holding was, behoorde dat tot de mogelijkheden.

4.25. Daarnaast is van belang dat Van Noorden als bestuurder van Aannemersbedrijf HvN niet heeft bedongen dat de managementvergoeding die HvN Holding ontving, werd beperkt nadat Van Noorden de dagelijkse leiding aan Woudenberg had overgedragen. Hetzelfde geldt voor de huurvergoeding die blijkbaar niet reëel was. Uit aantekeningen van Van Noorden die de curator in het geding heeft gebracht blijkt immers, dat bij de besprekingen over overname van de onderneming door Woudenberg afspraken

over een reële huurvergoeding dienden te worden gemaakt. Doordat jarenlang een te hoge vergoeding was overeengekomen, heeft Van Noorden de belangen van Aannemersbedrijf HvN onvoldoende behartigd en daarmee zijn taak als bestuurder van Aannemersbedrijf HvN eveneens onbehoorlijk vervuld. Deze vaste kostenposten drukten het resultaat van Aannemersbedrijf HvN structureel en kunnen niet als externe oorzaken worden aangemerkt.

4.26. In het licht van de hiervoor geschetste omstandigheden, zijn de slechte economische omstandigheden en het uitblijven van betalingen door debiteuren weliswaar mede oorzaak van het faillissement, maar vormt de onbehoorlijke taakvervulling door Van Noorden een belangrijker oorzaak van het faillissement. Van Noorden is daarom aansprakelijk voor het tekort in het faillissement van Aannemersbedrijf HvN. Dat er sprake is van een tekort is door de curator voldoende gemotiveerd, zodat de vordering tot voldoening van het tekort, nader op te maken bij staat, toewijsbaar is.

### ***Overige vorderingen jegens Van Noorden***

4.27. Gezien het feit dat de vordering tot veroordeling van Van Noorden in het boedeltekort slaagt, ziet de rechtbank, bij gebreke van een motivering door de curator daarvan, niet in welk belang de curator daarnaast nog heeft bij de overige vorderingen die hij jegens Van Noorden heeft ingesteld. Die zullen derhalve bij gebrek aan belang worden afgewezen.

### ***Proceskosten in conventie***

4.28. HvN Holding c.s. zullen als de in het ongelijk gestelde partij hoofdelijk worden veroordeeld in de proces- en beslagkosten van de curator in de procedure in conventie (...; *red.*).

4.29. De door de curator gevorderde wettelijke rente over de proceskosten vanaf veertien dagen na de datum van dit vonnis is eveneens toewijsbaar. Ook de gevorderde nakosten zullen worden toegewezen.

### ***In reconventie***

#### ***Onrechtmatig handelen curator***

4.30. HvN Holding c.s. hebben gesteld dat zij de curator in verband met het verloren gaan van de boekhouding aanspreken zowel op grond van een persoonlijke aansprakelijkheid als in zijn hoedanigheid van curator van de boedel.

4.31. Met betrekking tot de gestelde persoonlijke aansprakelijkheid geldt dat een gedraging van een curator onrechtmatig kan zijn als hij niet handelt zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht (Maclou-norm, HR 19 april 1996, NJ 1996, 727). HvN Holding c.s. stellen ter onderbouwing van hun vordering slechts dat de boekhouding verloren is gegaan nadat Aannemersbedrijf HvN failliet is gegaan en de boekhouding aan de zorg van de curator was toevertrouwd. Uit die stelling volgt echter geenszins dat de curator heeft gehandeld in strijd met de hiervoor beschreven Maclou-norm. Onbetwist staat vast dat de curator het kantoorpand van Aannemersbedrijf HvN op de datum van het faillissement van nieuwe sloten heeft voorzien, zodat derden alleen met zijn medewerking het pand konden betreden. Ook heeft de curator voldoende onderbouwd dat hij de hardware waarmee de digitale boekhouding toegankelijk was niet heeft verkocht en de licenties voor het gebruik van de boekhoudsoftware heeft verlengd. Met die handelingen heeft de curator voldaan aan hetgeen in redelijkheid van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak

nauwgezet en met inzet verricht, verwacht mag worden. Uit niets blijkt dat het de curator is geweest die de gegevens in de boekhouding heeft gewist of dat het verloren gaan van de administratie aan zijn onzorgvuldigheid te wijten is. Integendeel, uit de in 2.13 beschreven verklaring van Admiraal lijkt te volgen dat iemand met opzet de administratie heeft overschreven met een oude back-up. Gezien het belang dat de curator geacht moet worden te hebben bij de aanwezigheid van de administratie, is door HvN Holding c.s. onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de curator die administratie zelf opzettelijk heeft overschreven. Van schending van een zorgplicht en/of onrechtmatig handelen van de curator is dan ook geen sprake.

4.32. HvN Holding c.s. stellen dat de curator ook in zijn hoedanigheid aansprakelijk is voor het verlies van de boekhouding. Zij voeren echter geen enkele grond aan waarom de boedel in het faillissement van Aannemersbedrijf HvN jegens hen aansprakelijk gehouden zou kunnen worden voor het verlies van de boekhouding. Voorzover HvN Holding c.s. hun vorderingen niet alleen jegens de curator persoonlijk, maar ook in zijn hoedanigheid van curator hebben ingesteld, komen die dan ook niet voor toewijzing in aanmerking.

### ***Toe-eigening goederen***

4.33. De curator heeft de stelling van HvN Holding c.s. dat hij een stofzuiger van hen zou hebben verkocht gemotiveerd betwist aan de hand van foto's, zodat dat niet vaststaat. HvN Holding c.s. heeft haar stelling dat de curator ook nog andere eigendommen van hen heeft verkocht niet nader geconcretiseerd. Van onrechtmatig handelen van de curator door het verkopen van eigendommen van HvN Holding c.s. is dan ook onvoldoende gebleken. De in dit verband gevorderde verklaring voor recht en schadevergoeding zijn dan ook niet toewijsbaar.

### ***Onrechtmatigheid beslagen***

4.34. Uit hetgeen in conventie is overwogen, volgt dat de curator rechtmatig beslag heeft gelegd ten laste van HvN Holding c.s.. De vordering tot veroordeling van de curator tot opheffing van de beslagen wordt daarom eveneens afgewezen.

### ***Proceskosten in reconventie***

4.35. HvN Holding c.s. zullen als in het ongelijk gestelde partij in reconventie worden veroordeeld in de proceskosten (...; *red.*).

## ***5. De beslissing***

De rechtbank

*in conventie*

5.1. veroordeelt HvN Holding om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de boedel in het faillissement van Aannemersbedrijf HvN te voldoen € 100.000,-, te vermeerderen met de wettelijke rente over € 50.000,- vanaf 9 september 2011 en over de resterende € 50.000,- vanaf 7 oktober 2011, tot aan de dag van volledige voldoening;

5.2. veroordeelt Van Noorden tot voldoening van het faillissementstekort, nader op te maken bij staat;

5.3. veroordeelt HvN Holding c.s. hoofdelijk in de beslag- en proceskosten in conventie (...; *red.*);

5.4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.5. wijst het meer of anders gevorderde af;

*in reconventie*

5.6. wijst de vorderingen af;

5.7. veroordeelt HvN Holding c.s. in de kosten van de procedure in reconventie (...; *red.*);

5.8. verklaart de proceskostenveroordeling in reconventie uitvoerbaar bij voorraad.

## » Noot

1. Deze uitspraak van de Rechtbank Den Haag illustreert de complexe wijze waarop de faillissementspauliana en de onrechtmatige daad *ex post* grenzen stellen aan dividenduitkeringen en de terugbetaling van aandeelhoudersleningen. Hoewel de uitkering in de onderhavige casus plaatsvond onder het oude recht, heeft het vonnis tevens betekenis voor de normering van vermogensonttrekkingen door aandeelhouders onder het op 1 oktober jongstleden ingevoerde (flexibele) BV-recht.

2. *De casus.* In juni 2010 nam de enig aandeelhouder van *HvN BV* een besluit tot uitkering van vrije reserves in de zin van art. 2:216 (oud) BW. Het dividend werd niet aan de aandeelhouder betaald, maar in rekening-courant geboekt. De aandeelhouder had de vennootschap reeds eerder een lening verstrekt, zodat de daaruit voortvloeiende verplichting van de vennootschap werd vermeerderd met het bedrag van de uitkering. Pas ruim een jaar later, in augustus, september en oktober 2011, verrichtte de vennootschap een aantal betalingen (van telkens 50.000 euro) aan de aandeelhouder ter aflossing van (een deel van) de openstaande schuld. In februari 2012 faillieerde *HvN BV* vervolgens. De curator in faillissement ageert (onder meer) tegen de aandeelhouder vanwege de uitkering, en beroept zich daarbij zowel op de faillissementspauliana als op de onrechtmatige daad.

3. *Paulianus dividend?* De rechtbank overweegt dat het dividendbesluit in 2010 een onverplichte rechtshandeling in de zin van art. 42 Fw betrof, maar dat de curator

onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat ten tijde van het nemen van dat besluit de benadeling van crediteuren voorzienbaar was. Op het moment van besluitvorming was weliswaar sprake van een verliessituatie, maar het faillissement was nog niet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien, aldus de rechtbank. Nu het besluit evenmin in strijd was met art. 2:216 (oud) BW, blijft het geldig. De curator heeft zijn pijlen tevens gericht op de betalingen in 2011, die slechts een half jaar voor het faillissement plaatsvonden en zijns inziens eveneens dienen te worden aangemerkt als onverplichte rechtshandelingen. De door de aandeelhouder verstrekte lening zou pas opeisbaar worden in 2013, en voor zover de betalingen dienen te worden aangemerkt als aflossingen van de dividendschuld, dienen deze als onverplicht te worden gekwalificeerd, aldus de curator. De rechtbank overweegt echter dat door het geldige dividendbesluit van 2010 een opeisbare vordering van de aandeelhouder op de vennootschap is ontstaan, zodat de betalingen in 2011 als verplichte rechtshandelingen moeten worden aangemerkt, en zij dus niet voor vernietiging op grond van art. 42 Fw in aanmerking komen. Uit het feit dat de rechtbank daaromtrent niets overweegt, leid ik af dat de betalingen evenmin in aanmerking komen voor vernietiging op grond van art. 47 Fw, omdat zij meent dat niet is voldaan aan de (zeer strenge) vereisten die in dat artikel aan de vernietiging van een verplichte rechtshandeling worden gesteld.

4. De benadering van de rechtbank is gelet op de formulering van art. 42 Fw verdedigbaar, maar leidt ertoe dat het voor aandeelhouders mogelijk is om in financieel zonnige tijden “reeds” een dividendbesluit te nemen (ook indien betaalbaarstelling van het dividend op dat moment niet mogelijk is), opdat door middel van *verplichte* rechtshandelingen vermogen aan de vennootschap kan worden

onttrokken indien op een later moment tegenwind opsteekt. Voor zover het niet mogelijk is om vóór faillissement de dividendvordering te doen aflossen, beschikt de aandeelhouder in ieder geval over een concurrente vordering die hij bij de curator ter verificatie kan indienen. Een rationele – of opportunistische? – aandeelhouder kan daarom ieder jaar besluiten tot uitkering van het volledige eigen vermogen van de vennootschap, ongeacht of de vennootschap op dat moment daadwerkelijk in staat is het dividend betaalbaar te stellen, en zodoende zijn *exposure* in een eventueel faillissement aanzienlijk beperken.

5. *Het nieuwe artikel 2:216 BW.* Doet deze problematiek zich onder het nieuwe BV-recht in gelijke mate gevoelen? Art. 2:216 BW schrijft thans voor dat een uitkeringsbesluit van de AV geen gevolgen heeft zolang het bestuur daaraan geen goedkeuring heeft verleend. Het bestuur dient zijn goedkeuring te onthouden indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. In de *Tweede Memorie van Antwoord* heeft de minister uitdrukkelijk overwogen dat bestuurders *op het moment van betaalbaarstelling* de uitkering aan de “uitkeringstest” dienen te onderwerpen, nu zij hoofdelijk aansprakelijk zijn indien de uitkering op dat moment zakt voor de test (*Kamerstukken I* 2011-12, 31 058, nr. E, p. 11-12). Indien het bestuur op het moment van de beoogde betaalbaarstelling op de hoogte is van nieuwe omstandigheden die ertoe leiden dat de vennootschap door de uitkering alsnog in betalingsproblemen komt, dient het af te zien van de uitkering en het eerder genomen goedkeuringsbesluit “te herzien”. Hieruit vloeit voort dat het bestuur “uitsluitend goedkeuring kan verlenen onder de voorwaarde dat op het moment van uitkering de betalingsonmacht zich niet zal voordoen”, aldus de minister. Zie ik het goed, dan zal onder het nieuwe

BV-recht het bestuur zijn (definitieve) goedkeuring aan het uitkeringsbesluit dus moeten onthouden tot het moment van de betaalbaarstelling, zodat nog geen sprake is van afgeronde besluitvorming, en evenmin van een vordering van de aandeelhouder op de vennootschap uit hoofde van het dividend, zolang de daadwerkelijke (betaalbaarstelling van de) uitkering niet heeft plaatsgevonden. Daarnaast voorziet het derde lid van het nieuwe art. 2:216 BW in een terugbetalingsverplichting voor de aandeelhouder die op het moment dat hij de uitkering *ontvangt*, weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap in betalingsproblemen zal geraken. De nieuwe regeling haakt kortom aan bij het moment van de daadwerkelijke (betaalbaarstelling van de) uitkering, en lijkt daarom in de weg te staan aan de hiervoor beschreven praktijk.

6. Daarmee is de kous nog niet af. Want onder het nieuwe BV-recht kan de aandeelhouder de bestuurder wellicht verleiden tot betaalbaarstelling van het dividend zodra het uitkeringsbesluit is genomen, waarna de aandeelhouder het aan hem uitgekeerde bedrag *per direct* (terug)leent aan de vennootschap. In dat geval zou men mogelijk kunnen betogen dat de uitkering niet in strijd was met het nieuwe art. 2:216 BW – en de bestuurders en aandeelhouders op grond van het derde lid van dat artikel dus geen aansprakelijkheidsrisico lopen – omdat door de teruglening de uitkering geen (directe) gevolgen heeft voor de liquiditeitspositie van de vennootschap. Beter verdedigbaar acht ik de zienswijze dat een dergelijke uitkering weldegelijk in strijd is met het nieuwe art. 2:216 BW, indien wordt vastgesteld dat de vennootschap in continuïteitsproblemen zou zijn geraakt als zij op het moment van de besluitvorming *wél* tot uitbetaling van het dividend zou zijn overgegaan (en het uitgekeerde vermogen dus niet was teruggeleend). Latere betalingen ter voldoening van de schuld uit hoofde van

het ongeoorloofde dividend kunnen in dat geval aanleiding geven tot aansprakelijkheid van bestuurders en een restitutieplichting voor de aandeelhouder ex. art. 2:216 lid 3 BW. Daaruit vloeit voort dat in een eventueel faillissement, de vordering van de aandeelhouder – voor zover zij betrekking heeft op het ongeoorloofde dividend – niet voor verificatie in aanmerking komt (strikt genomen wordt dan de dividendschuld verrekend met de vordering van de vennootschap op de aandeelhouder op grond van art. 2:216 lid 3 BW). Naast de mogelijke bescherming die de nieuwe uitkeringsregeling hierdoor biedt, toont het vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage aan dat ook de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW eraan in de weg staat dat aandeelhouders op de hiervoor beschreven wijze te werk gaan.

*7. Onrechtmatig dividend?* De Rechtbank Den Haag oordeelt in de onderhavige zaak dat de verplicht verrichte betalingen in september en oktober 2011 weliswaar niet paulianeus, maar weldegelijk onrechtmatig waren, nu op het moment van de betalingen redelijkerwijs was te voorzien dat de vennootschap failliet zou gaan. Hoewel deze uitkomst mij juist voorkomt, meen ik dat de overwegingen van de rechtbank ter zake van de onrechtmatigheid van de betalingen niet erg zuiver zijn. De jurisprudentie inzake de aansprakelijkheid van aandeelhouders op grond van art. 6:162 BW heeft een zeer contextueel en casuïstisch karakter, maar het is van belang om daarin enige ordening aan te (blijven) brengen. De rechtbank maakt naar mijn idee onvoldoende onderscheid tussen de verschillende verwijten die een aandeelhouder kunnen treffen, terwijl het precieze verwijt bepalend is voor de ontvankelijkheid van de curator, het wetenschapsvereiste voor onrechtmatigheid en de omvang van de schade. Ik licht dit hierna toe.

8. Voor het onderhavige geval is het van belang onderscheid te maken tussen drie verschillende verwijten die een aandeelhouder kunnen treffen. (1) Ten eerste kan een aandeelhouder die zich indringend bemoeit met het beleid van de vennootschap, worden verweten dat hij heeft toegestaan dat de vennootschap nieuwe verplichtingen is blijven aangaan terwijl hij op een zeker (peil)moment moest weten dat de vennootschap deze niet zou kunnen nakomen. Het gaat hier kortom om toepassing van de “*Beklamel*-norm” op nauw bij de vennootschap betrokken aandeelhouders. De aandeelhouder handelt in dit geval onrechtmatig jegens de (nieuwe) crediteuren waarvan de vordering dateert van ná het peilmoment, zodat de curator niet ontvankelijk is, omdat hij niet kan opkomen voor een groep specifieke schuldeisers. (2) Van een geheel andere orde is het verwijt aan de aandeelhouder die vermogen aan de vennootschap heeft onttrokken, bijvoorbeeld door een dividenduitkering, terwijl hij ernstig rekening moest houden met een tekort (zie HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174, m.nt. Ma (*Nimox/Van den End q.q.*)). Van de hiervoor vereiste wetenschap is eerder sprake dan van de wetenschap die noodzakelijk is voor aansprakelijkheid op grond van verwijt 1 (zie *Asser/Maeijer 2-III* 2000, nr. 625). In dit geval benadeelt de aandeelhouder de *gezamenlijke* crediteuren, omdat de vermogensonttrekking resulteert in een vermindering van het eigen vermogen van de vennootschap. Met andere woorden: de integriteit van het verhaalsvermogen van de crediteuren wordt door de onttrekking aangetast. Voor aansprakelijkheid op deze grondslag is niet vereist dat de aandeelhouder nauw betrokken is geweest bij de vennootschap; het stemmen vóór de dividenduitkering in combinatie met de genoemde wetenschap is daarvoor voldoende. De door de crediteuren ten gevolge van de onttrekking geleden schade is in beginsel gelijk aan het nominale bedrag van de onttrekking (tenzij causaal verband bestaat tussen de uitkering



en het faillissement – dan kan de schade hoger zijn). (3) Het derde verwijt dat een aandeelhouder kan worden gemaakt, houdt in dat hij heeft bewerkstelligd of toegestaan dat de vennootschap aan (of ten behoeve van) hem een (opeisbare of niet-opeisbare) schuld heeft voldaan in het zicht van het faillissement (zie HR 12 juni 1998, *NJ* 1998,727 (*Coral-Stalt*)). De voldoening van een reeds bestaande schuld heeft weliswaar geen effect op de omvang van het eigen vermogen van de vennootschap, maar resulteert erin dat de betaalde aandeelhouder/crediteur “voorrang neemt” op de overige (niet betaalde) crediteuren. Anders gezegd: het gaat hier om een doorbreking van de *paritas creditorum*, welke onrechtmatig is jegens de gezamenlijke crediteuren. Nu door de voldoening van een schuld zowel het actief als het passief van de vennootschap vermindert, lijden de gezamenlijke crediteuren daardoor *quoten*-schade; de schade is dus niet noodzakelijkerwijs gelijk aan het bedrag van de verrichte betaling (zie de noot van Van Andel bij «JOR» 2008/170).

9. De Rechtbank Den Haag veegt deze drie verwijten op één hoop, en dat komt de inzichtelijkheid van haar oordeel mijns inziens niet ten goede. De rechtbank merkt op dat de aandeelhouder zich indringend met het beleid van de vennootschap heeft bemoeid en verwijst naar de overweging van de Hoge Raad in het *Sobi-Hurks*-arrest dat het peilmoment niet te vroeg mag worden vastgesteld; maar die zaak ging over een moedervernootschap die toestond dat haar ten dode opgeschreven dochter nieuwe schulden bleef aangaan (verwijt 1). In de onderhavige zaak wordt de aandeelhouder niet verweten dat de vennootschap nieuwe verplichtingen is aangegaan, maar beroept de curator zich op het *Nimox*-arrest, dat zag op een onrechtmatig dividendbesluit (verwijt 2). De rechtbank oordeelt in casu dat het dividendbesluit van 2010 niet onrechtmatig was, omdat ten tijde van het besluit het

faillissement niet voorzienbaar was. De rechtbank lijkt hier ten onrechte het strenge wetenschaps criterium te hanteren dat geldt bij verwijt 1. Ik vraag mij af of ten tijde van het dividendbesluit niet voldaan was aan het lichtere *Nimox*-criterium, nu de rechtbank overweegt dat de vennootschap sinds 2010 verlies leed, niet in staat was om tot de betaalbaarstelling van het vastgestelde dividend over te gaan en men wist dat in 2013 een omvangrijke aandeelhouderslening opeisbaar zou worden. Onder deze omstandigheden is voortzetting van de onderneming niet onrechtmatig, maar is een vermogensonttrekking dat mogelijk wel.

10. Hoe dit ook zij, volgt men de redenering van de rechtbank dat het rechtmatige dividendbesluit een opeisbare – en naar ik aanneem concurrente – vordering van de aandeelhouder op de vennootschap opleverde, dan was in 2011 geen sprake van een onrechtmatige vermogensonttrekking, maar “slechts” van de voldoening van een opeisbare schuld aan de aandeelhouder. Het verwijt aan de aandeelhouder is dus dat hij in 2011 heeft toegestaan dat de vennootschap onrechtmatige selectieve betalingen aan hem heeft verricht; het betreft hier verwijt 3. De rechtbank overweegt dat de door de gezamenlijke crediteuren geleden schade gelijk is aan het nominale bedrag van de onrechtmatige betalingen. Betekent dit dat de aandeelhouder nadat hij deze schade heeft vergoed, zijn (gehele) dividendvordering ter verificatie kan indienen, of meent de rechtbank juist dat de dividendvordering van de aandeelhouder (toch) niet voor verificatie in aanmerking komt?

11. Men kan zich de vraag stellen of het niet vreemd is dat de betalingen in 2011 niet als paulianus, maar wél als onrechtmatig worden aangemerkt. De Hoge Raad heeft immers overwogen dat *slechts onder bijzondere omstandigheden* jegens een schuldeiser van de failliet een

vordering op grond van onrechtmatige daad kan slagen indien ter zake tevergeefs een beroep is gedaan op de pauliana ex. art. 42 of 47 Fw (HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 578 (*Van Dooren q.q./ABN Amro I*). Kennelijk meent de rechtbank, zij het onuitgesproken, dat in het onderhavige geval van de vereiste bijzondere omstandigheden sprake is; maar waarin zijn die dan gelegen? Mijn antwoord zou zijn: in het bijzondere karakter van de schuld die de vennootschap aan de aandeelhouder voldeed. Ik licht dit hierna toe.

12. *Normering van betalingen aan aandeelhouders.* Veel landen voorzien, naast een uitkeringsregeling, tevens in bijzondere regels voor betalingen aan aandeelhouders en andere *insiders*. Zo is in par. 135 van de Duitse *Insolvenzordnung* uitdrukkelijk bepaald dat alle betalingen op aandeelhoudersleningen die een jaar voor faillissement plaatsvonden, in faillissement door de curator kunnen worden vernietigd en teruggevorderd, ook indien ten tijde van de betaling het faillissement van de vennootschap geenszins voorzienbaar was. De Duitse wetgever kiest dus voor een zeer absolute normering van deze – wat hij noemt – “fragwürdige” betalingen. In par. 547 van de Amerikaanse *Bankruptcy Code* wordt tevens een mogelijkheid geboden om betalingen aan *insiders* (zoals aandeelhouders) te vernietigen, maar daarvoor is kort gezegd vereist dat de vennootschap insolvent was op het moment van de betaling en de betaling niet “in the ordinary course of business or financial affairs” is geschied. Nu in het Nederlandse recht een bijzondere regeling voor betalingen aan aandeelhouders ontbreekt, dienen deze te worden genormeerd door het algemene civiele normenkader, zoals hiervoor uiteengezet. Ik zou menen dat men daarbij niet volledig voorbij kan gaan aan het bijzondere karakter dat een betaling aan een aandeelhouder *soms* heeft.

13. In de onderhavige zaak was het bij besluit vastgestelde dividend niet aan de

aandeelhouder betaald, en had dat op het moment van het uitkeringsbesluit ook niet kunnen worden uitbetaald zonder dat de vennootschap daardoor in betalingsproblemen was geraakt. Daarnaast waren geen afspraken gemaakt over de (momenten van) aflossing van de dividendschuld of over een rentevergoeding. Hoewel de dividendschuld aan de aandeelhouder na de besluitvorming civielrechtelijk moest worden aangemerkt als vreemd vermogen, droeg zij materieel het karakter van *risicodragend* vermogen. Dat de schuld opeisbaar was, staat wellicht aan toepassing van art. 42 Fw in de weg, maar doet niets af aan het feit dat de aandeelhouder onrechtmatig handelde door de vennootschap in het zicht van het faillissement een aanzienlijk deel van de schuld te doen aflossen (vergelijk Hoge Raad 9 mei 1986, *NJ* 1986, 792 (*Keulen/BLG*)). Dit had mijns inziens niet anders gelegen als het dividend in 2010 wél betaalbaar was gesteld en per direct was teruggeleend; de in paragraaf 6 beschreven “terugleen-constructie” kan mijns inziens niet verhullen dat de vordering van de aandeelhouder uiteindelijk haar grondslag vond in een onttrekking van risicodragend vermogen. Indien een vennootschap een verplichte betaling doet op een “reguliere” aandeelhouderslening die onder gebruikelijke voorwaarden is verstrekt, en waarvan periodiek een aflossingstermijn opeisbaar wordt, ligt dit anders; in dat geval kan aan de betaling mogelijk geen bijzonder karakter worden toegedicht, omdat zij zich dan niet langer onderscheidt van een betaling aan een externe financier.

14. Nu de kapitaalbescherming door de invoering van de flex-BV per oktober 2012 grotendeels is ontmanteld, zullen vermogensonttrekkingen door aandeelhouders voortaan primair worden genormeerd in het kader van aansprakelijkheidsprocedures tegen aandeelhouders en bestuurders. Het vonnis van de Rechtbank Den Haag biedt een

aardig voorbeeld van de rol en betekenis die de leerstukken van de pauliana en de onrechtmatige daad daarbij kunnen vervullen. Daaruit blijkt dat de leemte die (het soms starre systeem van) de pauliana laat vallen in de crediteurenbescherming bij betalingen aan aandeelhouders, kan worden opgevuld door de flexibele norm van de onrechtmatige daad.

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