

JOR 2013/97

**Rechtbank Midden-Nederland zp
Utrecht**

16 januari 2013, HA ZA 11-85; LJN
BY8377.

(mr. Verschoof)

M. de Vries te Naarden,
in zijn hoedanigheid van curator in het
faillissement van Ceramicas BV,
eiser,
advocaat: mr. M. de Vries,
tegen

1. M.M. Tijhuis, laatstelijk gewoond te
Baarn,
in zijn hoedanigheid van executeur-
testamentair van de nalatenschap van
B.J.H.M. van den Oever,
2. M.M. Tijhuis, laatstelijk gewoond te
Baarn,
gedaagden,
advocaat: mr. E.M. van Zelm.

Nietige dividenduitkering voorafgaand aan
faillissement, Het dividendbesluit is
genomen terwijl er sprake was van een
boedeltekort, Geen vrije reserves (ex 2:216
lid 2 (oud) BW) aanwezig, Geen vereiste
jaarrekening (art. 2:216 lid 3 BW)
opgemaakt en vastgesteld

[BW Boek 2 - 216 (oud)]

» Samenvatting

Het beroep van de curator op de nietigheid
van het dividendbesluit slaagt. Het besluit
is genomen in strijd met het bepaalde in art.
2:216 lid 2 BW (oud, red.). Het staat
immers vast dat sprake is van een
boedeltekort: de fiscus kon en kan niet
betaald worden. Het bestaan van deze
vordering heeft Tijhuis (bestuurder of
beleidsbepaler als ware hij bestuurder)
onvoldoende gemotiveerd bestreden. De
dividenduitkering moet geacht worden ten
laste te zijn gegaan van de, kort gezegd,
vrije reserves als bedoeld in art. 2:216 lid 2

BW, nu Tijhuis geen stellingen heeft
ontwikkeld die inzicht geven in de
vermogenspositie van Ceramicas BV (de
failliete vennootschap) na de
dividenduitkering. Tijhuis moet goed in
staat geacht worden dit inzicht te
verschaffen als administrateur en
belastingadviseur van de vennootschap.
Het verschaffen van dit inzicht was te meer
nodig tegen de achtergrond van de
vaststaande omstandigheden dat de
vennootschap na het overlijden van Van
den Oever (enig aandeelhouder en
bestuurder, red.) bergafwaarts ging, dat de
grootste principaal geen opdrachten meer
gaf, althans geen werk meer genereerde en
dat er nagenoeg geen omzet meer werd
gemaakt. Bovendien geschiedde de
uitkering in strijd met lid 3 van art. 2:216
BW, nu geen jaarrekening was opgemaakt
en Tijhuis niet heeft beweerd dat het ging
om tussentijds dividend.

De rechtbank verklaart voor recht dat de
betaling en het dividendbesluit nietig zijn
op grond van art. 2:216 BW (en art. 42 e.v.
Fw) en stelt vast dat de curator uit hoofde
van onverschuldigde betaling een vordering
heeft.

[beslissing/besluit](#)

» Uitspraak

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Ceramicas B.V., verder Ceramicas,
dreef een onderneming die zich bezighield
met agenturen in aardewerk, glas en
porselein. De enige aandeelhouder en
bestuurder was B.H.J.M. van den Oever.
Tijhuis was voor Ceramicas en voor Van
den Oever privé administrateur en
belastingadviseur.

2.2. Ceramicas had in 2000 aan Van den
Oever een geldlening verstrekt voor de

aankoop van een woning. Deze geldlening is verstrekt onder hypothecair verband.

2.3. Van den Oever is overleden op 3 oktober 2004. In zijn laatste wil heeft hij Tijhuis tot executeur-testamentair van zijn nalatenschap benoemd. Van den Oever heeft twee erfgenamen, zijn toenmalige levenspartner (mevrouw De Vries) en zijn toen nog minderjarige dochter (Jasmijn Koster). In het testament van Van den Oever is opgenomen dat zijn erven niet zonder medewerking van Tijhuis q.q. over goederen in de nalatenschap kunnen beschikken voordat het beheer van de executeur is geëindigd. In de nalatenschap vielen de aandelen Ceramicas. Tijhuis q.q. heeft daarop het stemrecht verkregen.

2.4. Een van de twee werknemers van Ceramicas, verkoopvertegenwoordiger Holtz, is statutair bestuurder van Ceramicas geworden met ingang van 1 december 2004. De andere werknemer, mevrouw Braam was al geruime tijd ziek voorafgaand aan het overlijden van Van den Oever.

2.5. Het woonhuis van Van den Oever is verkocht uit de nalatenschap. Met de opbrengst is de hypothecaire schuld aan Ceramicas ingelost door een bancaire overboeking van het daarmee gemoeide bedrag van toen nog € 236.722,- op 17 maart 2005. Tijhuis heeft aan Holtz gevraagd dit bedrag over te boeken naar de erven van Van den Oever, wat is gebeurd op 21 maart 2005. Holtz heeft verklaard aan de curator dat hij dit heeft gedaan, omdat Tijhuis hem daarom verzocht en zonder zich te verdiepen in de achtergronden van deze betalingsopdracht. Volgens de verklaring van Tijhuis tijdens een faillissementsverhoor in het faillissement van Ceramicas op 13 april 2006 kwam het verzoek tot overboeking voort uit zijn idee. Er was een bedrag aan te verwachten successierecht berekend en 'de vraag was hoe we dit gaan betalen'.

2.6. Op 24 mei 2005 is een algemene vergadering van aandeelhouders van Ceramicas gehouden, waarin alle aandelen waren vertegenwoordigd in de persoon van Tijhuis q.q. Met algemene stemmen is het besluit genomen ten laste van de algemene reserve aan de aandeelhouders een dividend toe te kennen van € 192.000,-. Ook dit was, volgens zijn verklaring tijdens het faillissementsverhoor, het idee van Tijhuis en hing direct samen met hetgeen is genoemd in 2.5.

Het dividendbedrag is na het besluit niet uitgekeerd. De daarover door de aandeelhouders verschuldigde dividendbelasting bedroeg € 48.000,-. Die belasting is door Tijhuis q.q. aan de belastingdienst voldaan op 3 juni 2005.

2.7. Holtz trad af als statutair bestuurder op 15 augustus 2005. Hij is aansluitend opgevolgd door Tijhuis. Tijhuis is teruggetreden als statutair bestuurder op 9 september 2005. Hij is aansluitend opgevolgd door mevrouw M. Vink die naar zeggen van Tijhuis was aangetrokken voor € 100,- per maand om de post te openen en de administratie bij te werken.

2.8. Mevrouw Braam was weliswaar ziek, maar nog steeds in dienst van Ceramicas. Met haar heeft Tijhuis getracht namens Ceramicas een ontslagregeling te treffen. Partijen konden het niet eens worden over de ontslagvergoeding. Het CWI heeft twee keer een ontslagvergunning geweigerd. De kantonrechter is niet ingeschakeld.

2.9. Ceramicas is op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard op 6 december 2005, met benoeming van mr. J.H. Messing tot curator en, opvolgend, met benoeming van de curator als zodanig. Het besluit tot eigen aangifte is genomen op 24 oktober 2005.

2.10. Een schadevergoedingsvordering van mevrouw Braam tegen Tijhuis uit onrechtmatige daad is in twee instanties

afgewezen. In hoger beroep heeft het hof overwogen dat Tijhuis van de overboeking van € 236.722,- en van het dividendbesluit geen ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt, althans heeft mevrouw Braam niet nader toegelicht waarom dit ernstig persoonlijk verwijt aan Tijhuis kan worden gemaakt.

2.11. In het faillissement heeft de fiscus zich als schuldeiser gemeld met vorderingen uit omzetbelasting en vennootschapsbelasting van oorspronkelijk in totaal € 114.358,-. Later zijn de vorderingen uit omzetbelasting verminderd tot nihil en die uit vennootschapsbelasting verminderd naar € 16.305,-. Daarnaast is er nog een vordering van de Postbank in dit faillissement van € 0,41 en mogelijk heeft mevrouw Braam nog een vordering van € 48.871,-, inclusief rente per eind januari 2012, maar deze vordering is betwist door de curator. De boedelkosten bestaan vooral uit het salaris van de curator, dat nog niet is vastgesteld, maar dat door hemzelf wordt begroot op circa € 80.000,- exclusief BTW.

2.12. Tijhuis is overleden op 29 maart 2011. De erven van Tijhuis en de erven van Van den Oever voor wie Tijhuis q.q. optrad, hebben besloten de procedure voort te zetten op naam van Tijhuis pro se en van Tijhuis q.q., onder verwijzing naar de slotzin van art. 225 lid 2 Rv.

3. Het geschil

3.1. Na eisiwijziging bij conclusie van repliek vordert de curator, samengevat:

onderdeel I

voor recht te verklaren, dat de betaling van € 236.722,- en het dividendbesluit, in de gegeven omstandigheden op grond van art. 2:216 BW onverbindend, althans nietig zijn, althans door de curator ex art. 42 e.v. Fw rechtsgeldig zijn vernietigd, althans deze alsnog te vernietigen, zodat de boedel

recht heeft op terugbetaling met wettelijke rente vanaf 21 maart 2005,

onderdeel II

sub 1. en 2. Tijhuis q.q. te veroordelen aan de curator (de boedel) te voldoen primair een voorschot op het bedrag van € 236.722,-, ter grootte van € 95.000,-, subsidiair een bedrag gelijk aan het boedeltekort op te maken bij staat,

sub 3. Tijhuis pro se te veroordelen een bedrag aan de curator (de boedel) te voldoen als nodig is ter delging van het faillissementstekort, nader op te maken bij staat,

onderdeel III

Tijhuis q.q. en Tijhuis pro se in de proceskosten te veroordelen.

3.2. Aan deze vorderingen in onderdeel I en in onderdeel II, sub 1 en sub 2, legt de curator ten grondslag dat Tijhuis q.q. (namens de erven van Van den Oever) uit de nalatenschap dient terug te betalen het daarheen overgeboekte bedrag van € 236.722,-, omdat zowel de overboeking als het daarmee verband houdende dividendbesluit op grond van art. 42 Fw zijn vernietigd en er dus sprake is van onverschuldigde betaling.

Aan zijn vordering in onderdeel II, sub 3, legt de curator ten grondslag dat Tijhuis pro se jegens Ceramicas en dus jegens de boedel primair aansprakelijk is als bestuurder of beleidsbepaler als ware hij bestuurder op grond van art 2:9 BW dan wel art. 2:248 BW, subsidiair aansprakelijk is uit onrechtmatige daad, meer subsidiair uit toerekenbare tekortkoming.

3.3. Tijhuis voert verweer.

4. De beoordeling

4.1. Tjhuis q.q. heeft zich bij dupliek en pleidooi op het standpunt gesteld dat de curator niet ontvangen kan worden in diens vorderingen, omdat hij de erven zelf in rechte had moeten betrekken. De beslissing daarover is al genomen in het incidentele tussenvonnis van 25 januari 2012. Daarop komt de rechtbank niet terug.

4.2. Tjhuis heeft gesteld zich te verzetten tegen de eisenwijziging, maar zijn verweer komt neer op een inhoudelijke bestrijding van de gewijzigde eis, niet van de wijziging zelf. De rechtbank zal daarom op de gewijzigde eis rechtspreken.

4.3. Het beroep van de curator op de nietigheid van het dividendbesluit slaagt. Het besluit is genomen in strijd met het bepaalde in art. 2:216 lid 2 BW. Het staat immers vast dat sprake is van een boedeltekort: de fiscus kon en kan niet betaald worden. Het bestaan van deze vordering heeft Tjhuis onvoldoende gemotiveerd bestreden. Zijn stelling komt erop neer dat de kosten die hij gemaakt heeft in het proces tegen mevrouw Braam ten laste moeten worden gebracht van Ceramicas, waardoor de verschuldigde vennootschapsbelasting tot nihil zou dalen. Zonder nadere toelichting is de stelling van Tjhuis dat deze kosten ‘in principe (...) voor rekening van Ceramicas (komen)’ niet te begrijpen, nu de procedure ter zake waarvan deze kosten zijn gemaakt tegen Tjhuis zelf is gevoerd uit hoofde van onrechtmatige daad. De dividenduitkering moet geacht worden ten laste te zijn gegaan van de, kort gezegd, vrije reserves als bedoeld in art. 2:216 lid 2 BW, nu Tjhuis geen stellingen heeft ontwikkeld die inzicht geven in de vermogenspositie van Ceramicas na de dividenduitkering. Tjhuis moet goed in staat geacht worden dit inzicht te verschaffen als administrateur en belastingadviseur van Ceramicas. Het verschaffen van dit inzicht was te meer nodig tegen de achtergrond van de vaststaande omstandigheden dat Ceramicas na het overlijden van Van den Oever

bergafwaarts ging, dat de grootste principaal geen opdrachten meer gaf, althans geen werk meer gegenereerde en dat er nagenoeg geen omzet meer werd gemaakt.

Bovendien geschiedde de uitkering in strijd met lid 3 van dat wetsartikel, nu geen jaarrekening was opgemaakt en Tjhuis niet heeft beweerd dat het ging om tussentijds dividend.

4.4. Uit 4.3 volgt dat de betaling van 21 maart 2005, ook achteraf bezien, zonder rechtsgrond geschiedde. Deze betaling was daarom onverschuldigd. Op de gronden van 4.3 is deze betaling bovendien nietig wegens strijd met art. 42 e.v. Fw.

De betaling is een rechtshandeling, omdat ermee beoogd werd te voldoen aan een (later) dividendbesluit.

Het betreft bovendien een onverplichte rechtshandeling, omdat het dividendbesluit zelf nietig is wegens strijd met dwingende wetsbepalingen.

De schuldeisers van Ceramicas zijn benadeeld voorzover zij geen uitkering in het faillissement kunnen verwachten. Het nadeel heeft daardoor de omvang van het boedeltekort. Dit boedeltekort bestaat, omdat er nagenoeg geen actief in het faillissement aanwezig is, terwijl het mogelijke passief en de geschatte kosten blijken uit 2.11.

De wetenschap van benadeling wordt vermoed bij Ceramicas aanwezig te zijn geweest, onder meer op de voet van art. 45 Fw. Tjhuis heeft onvoldoende aangevoerd om dit vermoeden te ontcrachten. Het tegendeel is veeleer het geval. Tjhuis kende namelijk de financiële positie van Ceramicas als administrateur en belastingadviseur van Ceramicas. Hij komt niet verder dan de stelling dat ‘de lopende crediteuren’ betaald konden worden. Maar

dat is te mager tegen de achtergrond van de in 4.3 vastgestelde feiten.

Uit de verklaringen van Tijhuis bij het faillissementsverhoor en uit de op dit punt niet voldoende gemotiveerd bestreden stellingen van de curator volgt dat Tijhuis na het overlijden van Van den Oever het beleid in Ceramicas bepaalde, als ware hij bestuurder. De wetenschap van Tijhuis kan dus aan Ceramicas worden toegerekend.

4.5. Uit het voorgaande volgt dat de gevraagde verklaring voor recht kan worden toegewezen. Hetzelfde geldt voor de eis in onderdeel II, sub 1, waarvan de omvang niet of onvoldoende gemotiveerd is betwist door Tijhuis. Aan het subsidiair gevorderde sub 2 komt de rechtbank niet toe.

4.6. In 4.4 is reeds overwogen dat Tijhuis pro se optrad als beleidsbepaler in Ceramicas, als ware hij bestuurder en dat hij wetenschap had van het benadelende effect van de betaling van € 236.722,- ten laste van het vermogen van Ceramicas. Dat tezamen maakt hem pro se aansprakelijk voor de schade die de boedel van Ceramicas van deze handelwijze ondervindt, wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:248 BW. Op grond van dit wetsartikel strekt deze aansprakelijkheid zich uit tot het gehele faillissementstekort.

4.7. Tijhuis q.q. en Tijhuis pro se zullen als de in het ongelijk gestelde partijen in de proceskosten worden veroordeeld. Zij zullen daarbij ieder de helft van de kosten aan de zijde van curator hebben te dragen, nu geen hoofdelijk veroordeling in deze kosten is gevorderd. (...; *red.*)

4.8. De rechter ten overstaan van wie de pleidooien zijn gehouden, heeft dit vonnis niet kunnen wijzen in verband met benoeming elders.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. verklaart voor recht dat de betaling van € 236.722,- en het dividendbesluit van 24 mei 2005 nietig zijn op de voet van het bepaalde in art. 2:216 BW en art. 42 e.v. Fw, zodat de curator (de boedel) uit hoofde van onverschuldigde betaling een vordering heeft op Tijhuis q.q. en Tijhuis pro se van € 236.722,-, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW vanaf 21 maart 2005 tot de dag van betaling,

5.2. veroordeelt Tijhuis q.q. aan de curator te betalen een bedrag van € 95.000,00 (vijfennegentig duizend euro), als voorschot op en onverminderd de aanspraken tot terugbetaling van het in totaal onverschuldigd betaalde bedrag van € 236.722,-,

5.3. veroordeelt Tijhuis pro se, hoofdelijk naast Tijhuis q.q. (de erven), aan de curator (de boedel) te voldoen een zodanig bedrag als nodig is ter delging van het volledige tekort in het faillissement, met inbegrip van de faillissementskosten, welk bedrag nader is op te maken bij staat,

5.4. veroordeelt Tijhuis q.q. en Tijhuis pro se ieder in de helft van de proceskosten (...; *red.*),

5.5. verklaart dit vonnis, met uitzondering van 5.1, tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

» Noot

1. In deze procedure is een curator opgekomen tegen een dividenduitkering aan een aandeelhouder, met een beroep op de faillissementspauliana en art. 2:248 BW. Voor een nadere analyse van de wijze waarop de pauliana en de onrechtmatige daad vermogensonttrekkingen door aandeelhouders normeren, zij men verwezen naar de noot bij het hiervoor afgedrukte vonnis van de Rechtbank Den

Haag («JOR» 2013/96). De onderhavige uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland verdient een korte bespreking, omdat de daarin vervatte overwegingen op punten voor verbetering vatbaar zijn.

2. De casus is – vereenvoudigd weergegeven – als volgt. Ceramicas BV heeft in maart 2005 een omvangrijk bedrag overgeboekt op de rekening van haar twee (feitelijke) aandeelhouders. Twee maanden later wordt door de Algemene Vergadering besloten tot een uitkering aan de aandeelhouders ten laste van de algemene reserves. Na het uitkeringsbesluit wordt geen dividend betaalbaar gesteld, maar wel dividendbelasting voldaan. Kennelijk strekt het uitkeringsbesluit ertoe om de reeds aan de aandeelhouders verrichte betaling van een rechtsgrond te voorzien. Als Ceramicas begin december 2005 faillieert, richt de curator zijn pijlen op de uitkering. Hij vordert een verklaring voor recht dat de betaling van maart 2005 en het dividendbesluit ongeldig zijn, zodat de boedel recht heeft op terugbetaling met wettelijke rente.

3. De rechtbank oordeelt dat het dividendbesluit nietig is (onder meer) vanwege strijd met het bepaalde in art. 2:216 lid 2 (oud) BW, nu de uitkering “geacht [moet] worden ten laste te zijn gegaan van de, kort gezegd, vrije reserves”. Ik neem aan dat hier sprake is van een “slip of the pen”, en dat de rechtbank bedoelt dat de uitkering juist *niet* ten laste van de vrije reserves kon worden gebracht en daarom het besluit ex. art. 2:14 BW nietig is vanwege strijd met art. 2:216 lid 2 (oud) BW. Hoe dit ook zij, de zaak loopt pas echt scheef in de daaropvolgende overwegingen inzake de pauliana. De rechtbank vervolgt dat *de betaling* van maart 2005 onverschuldigd, en bovendien nietig is op grond van art. 42 Fw. De betaling is een rechtshandeling, omdat daarmee “beoogd werd te voldoen aan een (later) [genomen] dividendbesluit”. De rechtbank voegt hier aan toe dat de betaling bovendien een

onverplichte rechtshandeling betreft, “omdat het dividendbesluit zelf nietig is wegens strijd met dwingende wetsbepalingen”. Met toepassing van het bewijsvermoeden van art. 45 Fw oordeelt de rechtbank vervolgens, zij het enigszins impliciet, dat de betaling van het dividend met succes door de curator is vernietigd op grond van de pauliana. Dit lijkt mij niet de juiste benadering. Indien het dividendbesluit nietig of vernietigd is, komt de rechtsgrond aan de betaling te ontvallen; de betaling van het dividend geschiedde daardoor onverschuldigd in de zin van art. 6:203 BW. Aan vernietiging van de betaling op grond van de pauliana komt men in dat geval dus niet toe (zie over het onderscheid tussen een rechtsplicht en een rechtsgrond N.E.D. Faber, *Verrekening*, Deventer: Kluwer 2005, p. 316-317).

4. Volgens de Rechtbank Midden-Nederland zijn de schuldeisers van de vennootschap door het nietige dividendbesluit benadeeld “voorzover zij geen uitkering in het faillissement kunnen verwachten”. Het “nadeel” zou daarom gelijk zijn aan de omvang van het boedeltekort. Dit lijkt wat kort door de bocht. Indien sprake is van een nietige of vernietigde dividenduikering, kan de aandeelhouder worden aangesproken tot teruggave van de door hem ontvangen uitkering (zoals de rechtbank uiteindelijk ook zelf oordeelt in r.o. 5.1). Met dat bedrag is het verhaalsvermogen van de schuldeisers immers verminderd. Het faillissementstekort kan groter, maar ook kleiner zijn dan dat bedrag. Mogelijk neemt de rechtbank met genoemde overweging een voorschot op haar oordeel in r.o. 4.5, dat de vertegenwoordiger van de aandeelhouders tevens optrad als beleidsbepaler van de vennootschap als ware hij bestuurder, wetenschap had van het benadelende effect van de uitkering, en daarom op grond van art. 2:248 BW aansprakelijk is voor het faillissementstekort. Nu zij daaromtrent niets overweegt, lijkt de rechtbank er aan

voorbij te gaan dat voor aansprakelijkheid op laatstgenoemde grondslag de curator aannemelijk dient te maken dat er causaal verband bestaat tussen het kennelijk onbehoorlijk bestuur – in casu de uitkering – en het intreden van het faillissement. Een uitkering impliceert een directe afname van het eigen vermogen van de vennootschap en is daarom in een opvolgend faillissement per definitie benadelend voor haar crediteuren, maar hoeft niet altijd een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. In het licht van de door de rechtbank vastgestelde feiten is niet ondenkbaar dat het faillissement van de vennootschap ook was ingetreden indien de uitkering niet had plaatsgevonden. Had de rechtbank daarom niet uitdrukkelijk moeten ingaan op de causaliteit?

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