

64

Bestuurders niet persoonlijk aansprakelijk voor paulianeuze transactie na advies advocaat

Rechtbank Den Haag
 19 februari 2020, nrs. C/09/527969/HA ZA
 17-250, C/09/548201/HA ZA 18-198,
 ECLI:NL:RBDHA:2020:1464
 (mr. Bordes)
 Noot mr. E.A.L. van Emden

Bestuurdersaansprakelijkheid. Toerekening. Rechtsdwaling.

De rechtbank oordeelt dat de bestuurders van een failliet schoonmaakbedrijf niet persoonlijk aansprakelijk zijn jegens de curator voor, kort gezegd, de gevolgen van een paulianeuze transactie. Voor dat oordeel is vooral redengevend dat de bestuurders naar eigen zeggen handelden op advies van hun advocaat. Daarmee wordt feitelijk een beroep op rechtsdwaling gehonoreerd.

In de hoofdzaak met zaaknummer/rolnummer: C/09/527969/HA ZA 17-250 van: *mr. Luitzen Tjalle van der Sluis*, in hoedanigheid van curator in het faillissement van NoordWest Schoonmaak BV, te Rotterdam, eiser, advocaat: mr. D.J.M. Kulk te Rotterdam, tegen

1. [gedaagde sub A] te [plaats 1], gedaagde, advocaat: voorheen mr. P. Quist te Naaldwijk, gemeente Westland, thans mr. M.W.R. Hoogstraten te Den Haag,
2. [gedaagde sub B] te [plaats 1], gedaagde, advocaat: voorheen mr. P. Quist te Naaldwijk, gemeente Westland, thans mr. M.W.R. Hoogstraten te Den Haag,
3. [BV I] te [plaats 1], gedaagde, niet verschenen,

en in de vrijwaringszaak met zaaknummer/rolnummer C/09/548201/HA ZA 18-198 van:

1. [gedaagde sub A] te [plaats 1],
2. [gedaagde sub B] te [plaats 1], eisers, advocaat: voorheen mr. P. Quist te Naaldwijk, gemeente Westland, thans mr. M.W.R. Hoogstraten te Den Haag, tegen
 1. de maatschap [de maatschap] te [plaats 1],
 2. [gedaagde X] te [plaats 2], gemeente [Gemeente], gedaagden, advocaat: mr. P.J. de Jong Schouwenburg te Amsterdam.

Eiser in de hoofdzaak wordt hierna de curator genoemd, gedaagden onder 1. en 2. in de hoofdzaak en eisers in de vrijwaring gezamenlijk [gedaagde sub A c.s.] en ieder afzonderlijk [gedaagde sub A] en [gedaagde sub B], gedaagde onder 3. [B.V. I], gedaagden in de vrijwaring gezamenlijk [de maatschap c.s.] en gedaagde in de vrijwaring onder 2. [gedaagde X].

1. *De procedure in de hoofdzaak* (...)
2. *De procedure in de vrijwaringszaak* (...)
3. *De feiten*

In de hoofdzaak en in de vrijwaringszaak

- 3.1. Bij vonnis van de rechtbank Rotterdam van 22 november 2016 is NoordWest Schoonmaak B.V. (hierna NoordWest) op eigen verzoek in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. L.T. van der Sluis tot curator. [gedaagde sub A] en [gedaagde sub B] zijn statutair bestuurder van NoordWest. Eerder had NoordWest de naam [B.V. II]
- 3.2. [B.V. I] is een vennootschap die zich onder meer bezig houdt met het uitoefenen van een schoonmaakbedrijf. [gedaagde sub A] en [gedaagde sub B] zijn met ingang van 21 oktober 2016 benoemd tot bestuurders van [B.V. I]. [de Holding] (hierna [de Holding]) is sinds 21 oktober 2016 de enig aandeelhouder van [B.V. I]. [gedaagde sub A], [gedaagde sub B] en [C] (hierna [C]) vormen sinds 25 oktober 2016 het bestuur van [de Holding]. [C] is indirect enig aandeelhouder van [de Holding]. Zij is de dochter van [gedaagde sub A].

3.3. [gedaagde sub A] en [gedaagde sub B] zijn al geruime tijd actief binnen de schoonmaakbranche. Zij waren onder andere (indirect) betrokken bij Coba B.V. (voorheen handelend onder de naam Gemini Schoonmaakservices B.V., hierna Gemini), haar aandeelhouder Gemini Holding B.V. en/of SBK Holding B.V. (handelend onder de naam Gemini DGA B.V., hierna Gemini DGA). De curator van de op 3 september 2013 failliet verklaarde Gemini heeft onderzoek gedaan naar een activa-passiva transactie gesloten tussen Gemini Holding en Gemini DGA, waarbij de opdrachtenportefeuille van Gemini aan Gemini DGA is overgedragen. De curator van Gemini heeft zich op het standpunt gesteld dat de gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld door de activa-passiva transactie en hij heeft onder meer [gedaagde sub A] en [gedaagde sub B] namens de boedel aansprakelijk gesteld. [gedaagde sub A] en [gedaagde sub B] zijn op 16 juni 2016 bij verstek veroordeeld tot het doen van betalingen aan de boedel.

3.4. In september 2016 heeft Rabobank de informele kredietlimiet van NoordWest teruggebracht tot de overeengekomen kredietlimiet. Mede naar aanleiding van dit besluit hebben [gedaagde sub A c.s.] zich beraden over de toekomst van NoordWest. Daarbij is [gedaagde X], partner bij [de maatschap], ingeschakeld om te adviseren. Zowel [gedaagde sub A] als [gedaagde sub B] kenden [gedaagde X] al uit het verleden en hij was eerder als juridisch adviseur opgetreden voor hen en voor NoordWest. Er is met [gedaagde X] onder meer overleg gevoerd over een activa-passiva transactie waarbij de orderportefeuille van NoordWest aan een andere vennootschap zou worden overgedragen.

3.5. Bij e-mail van 5 oktober 2016 heeft [gedaagde X] onder meer het volgende geschreven aan [gedaagde sub A c.s.]:

“Verkoop contracten met betalingsregeling paulianus?”

Ik heb geen uitspraken gevonden waaruit blijkt dat het verkopen van de contracten, waarbij de koopsom wordt betaald door middel van een betalingsregeling paulianus is.

De verkopende partij, of de curator van de verkopende partij, krijgt een vordering op de koper, waardoor er geen sprake is van een wijziging in de vermogenspositie van verkoper. Hierbij ga ik dan wel vanuit dat er voor de contracten een redelijke prijs wordt betaald.

Om elke schijn van benadeling tegen te gaan is het wellicht aan te raden om in het taxatierapport voor de bepaling van de waarde van de contracten op te nemen hoe de marktsituatie is voor de overname voor contracten. Zijn er veel geïnteresseerden die wel meteen de koopprijs kunnen betalen en is dit dan van invloed op de hoogte van de prijs, of zijn er nagenoeg geen geïnteresseerden, zodat verkoop met een betalingsregeling de enige optie is.”

3.6. Op 28 oktober 2016 zijn NoordWest en [B.V. I] een overeenkomst van koop en verkoop aangegaan (hierna de overeenkomst), waarbij NoordWest haar orderportefeuille op grond van artikel 6:159 BW heeft overgedragen aan [B.V. I]. [gedaagde X] heeft de overeenkomst opgesteld voor partijen, waarna [gedaagde sub A] en [gedaagde sub B] nog enkele wijzigingen hebben aangebracht. In de overeenkomst is de koopprijs vastgesteld op een bedrag van € 601.873, welk bedrag in overeenstemming was met een taxatie verricht door een externe adviseur. Voorts is onder het kopje overwegingen in de overeenkomst opgenomen (i) dat de bank in september 2016 heeft besloten de informele kredietlimiet terug te brengen tot de overeengekomen kredietlimiet van € 2.100.000 en dat als gevolg hiervan NoordWest niet meer in staat is aan al haar betalingsverplichtingen te voldoen en (ii) dat NoordWest tot de conclusie is gekomen dat het voortzetten van haar ondernemingsactiviteiten naar verwachting zal leiden tot een verdere teloorgang, waarbij de schulden oplopen en de activa in waarde zullen afnemen, met als gevolg dat de crediteuren zich daar niet meer op kunnen verhalen.

3.7. [B.V. I] heeft bij de overname de koopprijs niet in contanten betaald. Een deel van de koopsom is verrekend met door [B.V. I] van NoordWest overgenomen betalingsverplichtingen (vakantietoeslag € 73.122 en vakantiedagen € 274.706) jegens haar werknemers. Ook zouden door NoordWest al gefactureerde maar door [B.V. I] uit te voeren schoonmaakwerkzaamheden met de koopprijs worden verrekend. Betaling van het restant van de koopprijs, in de overeenkomst berekend op € 168.328, zou geschieden in acht gelijke kwartaaltermijnen waarbij de eerste termijn verschuldigd was op 1 maart 2017. Over dit niet betaalde deel van de koopprijs was [B.V. I] geen rente verschuldigd. Evenmin heeft zij zekerheid gesteld voor de nakoming van de betaling van de restant koopprijs.

3.8. Na het ondertekenen van de overeenkomst is [B.V. I] de orderportefeuille van NoordWest gaan exploiteren. Daarnaast zijn de telefoonnummers van NoordWest omgezet op naam van [B.V. I], heeft [B.V. I] de huurovereenkomst van NoordWest overgenomen, heeft NoordWest haar naam gewijzigd (van DGG Schoonmaak naar NoordWest) en is [B.V. I] haar diensten gaan aanbieden onder de naam die nagenoeg gelijklopend is aan de naam waaronder NoordWest tot dan toe handelde.

3.9. De curator heeft ruim een week na het faillissement in een gesprek met [de toenmalige advocaat], de toenmalige advocaat van [B.V. I], de overeenkomst met een beroep op de Actio Pauliana vernietigd. Bij brief van 1 december 2016 heeft [de toenmalige advocaat] aan de curator geschreven dat [B.V. I] in de vernietiging berust en dat de overeenkomst met terugwerkende kracht niet zal bestaan.

3.10. Na het faillissement van NoordWest heeft de curator geïnteresseerden uitgenodigd om een bod uit te brengen op de orderportefeuille van NoordWest. Daarbij is verzocht om de bieding te splitsen in een vast bedrag en een uitgestelde betaling die betrekking diende te hebben op een percentage van de door de koper gerealiseerde omzet over een bepaalde periode na het verkrijgen van de orderportefeuille. De curator heeft de orderportefeuille van NoordWest verkocht aan vennootschappen behorende tot de CSU-groep (hierna CSU).

3.11. Op 2 december 2016 heeft [B.V. I] een brief gestuurd aan de (voormalig) opdrachtgevers van NoordWest, ondertekend door [gedaagde sub A], waarin [B.V. I] onder meer het volgende heeft geschreven:

“Onze visie van behoud van werkgelegenheid en een persoonlijke relatie met u als opdrachtgever heeft niet de hoogste prioriteit bij de curator. Hij heeft recht op terugvordering van de contracten zoals u het recht heeft te beslissen van welke schoonmaakdienstverlener u een overeenkomst wilt sluiten.

(...)

[B.V. I] zal zelfstandig doorgaan en haar toekomstige relaties op dezelfde wijze omgang zoals u van ons gewend bent.”

3.12. Bij e-mail van 6 december 2016 heeft CSU aan de curator onder meer het volgende geschreven:

“Naar aanleiding van de mailberichten die u ons vanmorgen heeft doen toekomen over de communicatie van de voormalig eigenaren met haar klanten berichten wij u als volgt:

(...)

– Wij gaan er volledig vanuit dat u de door u aangekondigde dagvaarding voor een voorlopige voorziening doorzet

– Het risico om omzetverloop desondanks aanzienlijk groter is dan afgelopen dagen ingeschat en in onze bieding van gisterenavond verwerkt

– Wij nog steeds ons eindbod: 15% van de overgenomen met, te meten na drie maanden, overeind houden,

– Het minimumbedrag in de bieding wel omlaag brengen van € 325.000 naar € 225.000”

3.13. Uit een e-mail van mr. Kulk aan de curator van 7 december 2016 volgt dat mr. Kulk is benaderd door een klant van NoordWest die heeft gemeld dat [gedaagde sub A] hem persoonlijk heeft benaderd met het verzoek de schoonmaakwerkzaamheden onder te brengen bij [B.V. I] en dat hij een afspraak heeft met [gedaagde sub A] en met CSU. Uit de e-mail blijkt verder dat de betreffende klant de schoonmaakwerkzaamheden bij een derde partij wil onderbrengen.

In een e-mail van 8 december 2016 van de curator aan een andere klant van NoordWest heeft de curator gerefereerd aan een mededeling van de betreffende klant inhoudende dat zij recent was benaderd door een zekere heer [...] met het oog op een bespreking met [B.V. I].

In een e-mail van 8 december 2016 van weer een andere klant van NoordWest aan de curator heeft deze klant geschreven dat [B.V. I] op haar verzoek een offerte heeft uitgebracht voor schoonmaakwerkzaamheden maar dat ze ook is benaderd door CSU. Zij heeft de curator om advies gevraagd.

Uit een e-mail van 9 december 2016 van weer een andere klant van NoordWest volgt dat [gedaagde sub A] op 7 december 2016 die klant telefonisch heeft benaderd met de mededeling dat [B.V. I] na 1 januari 2017 zou doorstarten met de op dat moment bestaande bezetting en hem de keus heeft gegeven voor [B.V. I], CSU of een andere partij.

3.14. De curator heeft in december 2016 een kortgeding procedure gestart tegen [gedaagde sub A c.s.] en [B.V. I]. Daags voor de zitting, op 5 januari 2017, hebben partijen een vaststellingsovereenkomst getekend. In deze vaststellingsovereenkomst zijn zij onder meer een

non-concurrentiebeding en een relatiebeding overeengekomen voor de periode tot 30 april 2017. Voorts zijn zij overeengekomen dat [B.V. I] en [gedaagde sub A c.s.] uiterlijk per 11 januari 2017 rekening en verantwoording afleggen onder overlegging van alle relevante bescheiden, aan de hand waarvan de betalingsverplichting van [B.V. I] uit hoofde van artikel 51 Faillissementswet zal worden vastgesteld. Ook zijn zij overeengekomen dat [gedaagde sub A c.s.] en [B.V. I] bij overtreding van de gemaakte afspraken een boete verschuldigd zijn.

3.15. De aandelen in [B.V. I] zijn per 3 februari 2017 overgedragen aan de heer [D] (hierna: [D]). [D] is per dezelfde datum ingeschreven als statutair bestuurder van [B.V. I].

3.16. In het in het kader van het faillissement van NoordWest door de curator opgestelde faillissementsverslag van 18 september 2019 is opgenomen dat CSU in totaal een bedrag van € 470.000 voor de orderportefeuille van NoordWest heeft betaald.

3.17. De deken van de orde van advocaten bij de rechtbank Den Haag heeft op 4 januari 2018 tegen [gedaagde X] ingediende klachten inzake zijn dienstverlening rondom de overeenkomst, grond verklaard.

4. Het geschil

In de hoofdzaak

4.1. De curator vordert, na wijziging van eis, samengevat, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad: *primair ten aanzien van [gedaagde sub A] en [gedaagde sub B]*

de verklaring voor recht dat [gedaagde sub A] en [gedaagde sub B]:

I. in strijd met artikel 2:9 BW hebben gehandeld door het overdragen van activa van NoordWest en het concurreren met NoordWest en dientengevolge hoofdelijk gehouden zijn tot vergoeding van de schade die de boedel in het faillissement van NoordWest lijdt en zal lijden, nader op te maken bij staat, althans in goede justitie te bepalen;

II. in strijd met artikel 2:9 BW hebben gehandeld door het overdragen van activa van NoordWest en het concurreren met NoordWest en de schade als voorschot vast te stellen thans op € 429.767,82;

III. tot op heden niet hebben voldaan aan hun verplichtingen uit hoofde van de Vaststellingsovereenkomst ten aanzien van de rekening en verantwoording en zodoende hoofdelijk gehou-

den zijn de door hun verbeurde dwangsommen van € 1.000 per dag te voldoen, gerekend vanaf 14 januari 2017 tot aan de voldoening van hun verplichtingen uit de vaststellingsovereenkomst; alle van [gedaagde sub A] en [gedaagde sub B] gevorderde bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf datum faillissement en met dien verstande dat hetgeen uit dezelfde hoofde door [B.V. I] wordt voldaan, op de door [gedaagde sub A] en [gedaagde sub B] te betalen bedragen in mindering zal worden gebracht;

subsidiair ten aanzien van [gedaagde sub A] en [gedaagde sub B]

IV. dezelfde vordering als onder I. maar dan grond op strijd met artikel 6:162 BW;

V. dezelfde vordering als onder II. maar dan grond op strijd met artikel 6:162 BW;

primair ten aanzien van [B.V. I]

de verklaring voor recht dat [B.V. I]:

VI. op de in de dagvaarding omschreven gronden op grond van artikel 51 Faillissementswet gehouden is de door haar ontvangen inkomsten die afkomstig zijn van opdrachtgevers van NoordWest te betalen aan de boedel in het faillissement van NoordWest nader op te maken bij staat, althans in goede justitie te bepalen;

VII. op voor omschreven gronden op grond van artikel 51 Faillissementswet gehouden is de door haar ontvangen inkomsten die afkomstig zijn van opdrachtgevers van NoordWest te betalen aan de boedel in het faillissement van NoordWest, de schade als voorschot vast te stellen thans op € 329.767,82;

VIII. in strijd met artikel 6:162 BW heeft gehandeld door het concurreren met NoordWest en de schade als voorschot vast te stellen op € 100.000,=;

IX. tot op heden niet heeft voldaan aan haar verplichtingen uit hoofde van de Vaststellingsovereenkomst ten aanzien van de rekening en verantwoording en zodoende hoofdelijk gehouden is de door haar verbeurde dwangsommen van € 1.000 per dag te voldoen, gerekend vanaf 14 januari 2017 tot aan de voldoening van haar verplichtingen uit de vaststellingsovereenkomst te betalen aan de boedel in het faillissement van NoordWest; alle van [B.V. I] gevorderde bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente en met dien verstande dat hetgeen uit dezelfde hoofde door [gedaagde sub A] en [gedaagde sub B] wordt voldaan, hierop in mindering zal worden gebracht;

subsidiair ten aanzien van [B.V. I]

X. dezelfde vordering als onder VI. maar dan gegrond op strijd met artikel 6:162 BW;

XI. dezelfde vordering als onder VII. maar dan gegrond op strijd met artikel 6:162 BW;
ten aanzien van alle gedaagden

XII. de hoofdelijke veroordeling van gedaagden tot betaling van de proceskosten, de kosten van de beslagen daaronder begrepen, te vermeerderen met nakosten.

4.2. De curator legt aan zijn vorderingen onder I. en II. ten grondslag dat het aangaan van de overeenkomst geen handelen is dat van een redelijk handelend bestuurder die voor zijn taak berekend is mag worden verwacht en dat [gedaagde sub A c.s.] hiervan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het belang van NoordWest was niet gediend met de overeenkomst en dat was voor [gedaagde sub A c.s.] kenbaar. [gedaagde sub A c.s.] hebben er doelbewust voor gekozen om in strijd met het vennootschappelijk belang van NoordWest (nagenoeg) alle activa te vervreemden aan [B.V. I] zonder er daadwerkelijk een betaling tegenover te stellen en/of zekerheden te bieden.

Voorts is het concurreren met de eigen onderneming, NoordWest, door middel van het verrichten van werkzaamheden bij en voor [B.V. I] door [gedaagde sub A c.s.] geen behoorlijke taakvervulling. Op grond van de statuten van NoordWest dienden [gedaagde sub A c.s.] zich te richten naar het belang van NoordWest en dat hebben zij niet gedaan.

Aan de vorderingen onder IV. en V. legt de curator ten grondslag dat het aangaan van de overeenkomst ook een zelfstandig onrechtmatig handelen van [gedaagde sub A c.s.] jegens de boedel is en dat hen een persoonlijk ernstig verwijt treft omdat voor hen voorzienbaar is geweest dat NoordWest als gevolg van de overeenkomst geen verhaal zou bieden voor haar gezamenlijke schuldeisers.

Aan de vorderingen onder VI., VII., VIII., X. en XI. legt de curator ten grondslag dat als gevolg van de vernietiging van de overeenkomst, [B.V. I] in het kader van de ongedaanmakingsverplichting, de bedragen die zij heeft ontvangen van klanten van NoordWest aan NoordWest dient te betalen en dat [B.V. I] onrechtmatig heeft gehandeld jegens NoordWest door met haar te concurreren.

Aan de vorderingen onder III. en IX. legt de curator ten grondslag dat [B.V. I] en [gedaagde sub A c.s.] niet hebben voldaan aan hetgeen is overeen-

gekomen in de vaststellingsovereenkomst van 5 januari 2017.

4.3. [B.V. I] heeft verstek laten gaan. [gedaagde sub A c.s.] voeren verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

In de vrijwaringszaak

4.4. [gedaagde sub A c.s.] vorderen, samengevat, dat:

I. [de maatschap c.s.] hoofdelijk worden veroordeeld om aan [gedaagde sub A c.s.] te betalen al hetgeen waartoe [gedaagde sub A c.s.] in de hoofdzaak mochten worden veroordeeld, inclusief de proceskosten van de hoofdzaak;

II. [de maatschap c.s.] hoofdelijk te veroordelen in de kosten van het geding die van de vrijwaring daaronder mede begrepen;

III. de verklaring voor recht dat [de maatschap c.s.] ernstig toerekenbaar tekort zijn geschoten in de nakoming van contractuele verplichtingen althans jegens [gedaagde sub A] en [gedaagde sub B] onrechtmatig hebben gehandeld en gehouden zijn de dientengevolge door eisers geleden en te lijden schade te vergoeden;

IV. de door [gedaagde sub A] en [gedaagde sub B] geleden schade, mede wegens de aan hen geceerde vorderingsrechten van de inboedel van [B.V. I] bij staat vast te stellen en te vereffenen volgens de wet.

4.5. [gedaagde sub A c.s.] leggen aan hun vordering ten grondslag dat [de maatschap c.s.] [gedaagde sub A c.s.] niet dan wel onvoldoende hebben geadviseerd over de mogelijke negatieve gevolgen van de overeenkomst. [gedaagde sub A c.s.] zijn afgegaan op de advisering van [gedaagde X] en gingen zodoende ervan uit dat de wijze waarop zij de doorstart hebben ingericht een juiste was, niet wetende dat deze handelswijze veel risico's met zich meedroeg. Als [gedaagde sub A c.s.] van de haken en ogen op de hoogte waren geweest, hadden zij deze overeenkomst nooit gesloten.

4.6. [de maatschap c.s.] voeren verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. De beoordeling

In de hoofdzaak

Vorderingen jegens [B.V. I]

5.1. Tegen [B.V. I], die niet in het geding is verschenen, is verstek verleend. Omdat [gedaagde sub A c.s.] wel in het geding zijn verschenen, geldt dit vonnis op grond van het bepaalde in artikel 140 van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) als een vonnis op tegenspraak.

5.2. Artikel 139 Rv bepaalt dat in geval van verstekverlening de vordering van eiser wordt toegewezen, tenzij deze de rechter onrechtmatig of ongegrond voorkomt. Daarbij geldt dat verweren die zijn aangevoerd door de wel verschenen gedaagden niet in het voordeel van de niet verschenen gedaagde(n) werken, tenzij sprake is van een rechtsbetrekking tussen partijen die verplicht tot een voor alle partijen gelijke beslissing (Hoge Raad 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2911). Naar het oordeel van de rechtbank doet deze uitzonderingssituatie zich in dit geval niet voor. De primaire vorderingen jegens [B.V. I], die de rechtbank niet ongegrond of onrechtmatig voorkomen, zullen dan ook worden toegewezen, met uitzondering van de gevorderde verwijzing naar de schadestaat onder VI. De bedragen die [B.V. I] moet terugbetalen aan de boedel betreffen geen schade, zodat de verwijzing naar een schadestaat niet mogelijk is.

5.3. Als de in het ongelijk gestelde partij zal [B.V. I] worden veroordeeld in de proceskosten. Deze worden tot op heden aan de zijde van de curator begroot op een bedrag van € 3.864 voor griffierecht en € 4.000 voor salaris advocaat (2 punten à € 2.000, tarief VI), totaal een bedrag van € 7.864, vermeerderd met de gevorderde wettelijke rente.

5.4. Voor veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze nakosten een executoriale titel oplevert (vergelijk HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011/237). De rechtbank zal, zoals gevorderd, de nakosten begroten in overeenstemming met het daarop toepasselijke liquidatietarief.

Vorderingen jegens [gedaagde sub A c.s.]

Gevolgen Paulianeuze overeenkomst

5.5. Tussen partijen is niet in geschil dat de overeenkomst tussen NoordWest en [B.V. I] een pauli-

aneuze transactie was en dat de curator de overeenkomst om die reden terecht heeft vernietigd. Het gaat in deze procedure om de vraag of [gedaagde sub A c.s.] als bestuurders door (de curator namens) NoordWest en/of haar schuldeisers aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de gevolgen van het sluiten van de overeenkomst. De curator beroept zich in dit verband zowel op artikel 2:9 van het Burgerlijk Wetboek (BW) als op artikel 6:162 BW.

5.6. Aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW kan worden aangenomen indien een bestuurder niet heeft gehandeld zoals van een redelijke handelend bestuurder die voor zijn taak berekend is mag worden verwacht. Daarbij dient de bestuurder van zijn handelen een persoonlijk ernstig verwijt te kunnen worden gemaakt.

Voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van artikel 6:162 BW gelden de volgende normen. In geval van benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering kan volgens vaste rechtspraak, naast de aansprakelijkheid van de vennootschap, mogelijk ook grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt, mits de bestuurder hiervan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of dat het geval is, is afhankelijk van de aard en de ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval.

Voor beide vormen van aansprakelijkheid geldt dus dat [gedaagde sub A c.s.] van hun handelen een persoonlijk ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt.

5.7. [gedaagde sub A c.s.] hebben als bestuurders van NoordWest de overeenkomst getekend en uitgevoerd. Vervolgens hebben zij, nadat de curator de nietigheid van de overeenkomst had ingeroepen, bij monde van hun advocaat in de nietigheid berust. Anders dan de curator, is de rechtbank van oordeel dat hen van dit handelen geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Voor dit oordeel is het volgende redengevend.

5.8. Gelet op de inhoud van en de omstandigheden waaronder de overeenkomst is gesloten lag het voor de hand dat de overeenkomst de toets van de pauliana niet zou doorstaan. Er verdwenen

onverplicht (waardevolle) activa uit het in betalingsmoeilijkheden verkerende NoordWest zonder dat er op dat moment enige bate tegenover stond. Die bate zou pas op zijn vroegst in maart 2017 komen. Tegelijkertijd werd een deel van de koopsom verrekend met verplichtingen zoals vakantiedagen en vakantiegeld die op dat moment nog niet bestonden. Er was na het faillissement slechts een week nodig voor de curator en de op dat moment door [gedaagde sub A c.s.] ingeschakelde advocaat om tot de conclusie te komen dat de transactie paulianeus was. Gelet op dit alles lijkt het gerechtvaardigd om te concluderen dat ook de bestuurders, [gedaagde sub A c.s.], wisten althans hadden moeten weten dat NoordWest in de aanloop naar haar faillissement niet op deze wijze over haar activa kon beschikken. De curator heeft aangevoerd dat dit te meer geldt, nu [gedaagde sub A c.s.] eerder betrokken waren geweest bij een soortgelijke paulianeuze transactie.

5.9. Juist deze eerdere betrokkenheid heeft [gedaagde sub A c.s.] echter doen besluiten om zich te laten adviseren over de (kans van slagen van de) transactie. Zij hebben, al dan niet (mede) namens [B.V. I], in september 2016 het advies ingewonnen van een advocaat, [gedaagde X], die uiteindelijk ook het concept voor de overeenkomst heeft opgesteld. Wat [gedaagde X] exact heeft geadviseerd over de pauliana is onduidelijk gebleven, onder meer omdat [gedaagde X] heeft nagelaten enige advisering van hem ten aanzien van deze risico's schriftelijk te bevestigen.

Wel staat vast wat hij in de e-mail van 5 oktober 2016 heeft geschreven. Uit deze e-mail blijkt alleen dat hij [gedaagde sub A c.s.] erop heeft gewezen dat de overeen te komen koopprijs marktconform moest zijn. Niet blijkt dat hij bij zijn advisering enig voorbehoud heeft gemaakt ten aanzien van de verrekening van de koopprijs met andere verplichtingen of ten aanzien van het uitstellen van de betaling van de koopprijs. Ten aanzien van dit laatste punt heeft hij alleen geschreven dat hij geen jurisprudentie heeft gevonden die het partijen verbiedt om overeen te komen dat de koopprijs pas later wordt betaald. Hij vervolgt dat NoordWest dan wel de curator een vordering krijgt op de koper voor wat betreft de uitgestelde koopprijs "waardoor er geen sprake is van een wijziging in de vermogenspositie van de verkoper". Aldus lijkt zijn advisering gericht te zijn geweest op uitvoering van de transactie. Dit blijkt ook uit het feit dat hij vervolgens de overeenkomst

voor de verkoop van de activa en passiva tussen NoordWest en [B.V. I] heeft opgesteld en NoordWest actief heeft begeleid bij de aanvraag van haar faillissement. De advocaat van [gedaagde sub A c.s.] heeft op dit punt tijdens de comparitie nog onweersproken aangevoerd dat zelfs toen de conclusie werd getrokken dat de overeenkomst paulianeus was, mr. [gedaagde X] zich op het standpunt is blijven stellen dat hij het daar niet mee eens was.

5.10. [gedaagde sub A c.s.] hebben aangevoerd dat zij hebben vertrouwd op het advies van [gedaagde X]. Niet is gesteld of anderszins gebleken dat [gedaagde X] niet als goede advocaat te boek stond. De curator heeft ook overigens geen feiten en/of omstandigheden gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat [gedaagde sub A c.s.] niet op de deskundigheid en daarmee op het advies van [gedaagde X] mochten vertrouwen of aan zijn zorgvuldige taakvervulling moesten twijfelen. Zie hiervoor ook Hoge Raad 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:480.

Gelet op dit een en ander heeft de curator onvoldoende feiten en/of omstandigheden gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat [gedaagde sub A c.s.] van hun handelwijze een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. De inschakeling van [gedaagde X], die juist vanwege zijn specifieke juridische deskundigheid bij de transactie betrokken was, weegt voor het oordeel of [gedaagde sub A c.s.] persoonlijk ernstig verwijtbaar hebben gehandeld, zwaarder dan de omstandigheid dat naderhand over het paulianeuze karakter van de transactie weinig twijfel bestond. Hetgeen op dit punt is besproken tijdens de comparitie van partijen in de vrijwaringsprocedure kan de rechtbank in deze procedure niet meewegen.

5.11. In een enkele zin in de dagvaarding (alinea 54) stelt de curator ook nog dat bij [B.V. I] kennelijk sprake is van de doorgeleiding van gelden waardoor [B.V. I] (mogelijk) niet aan haar verplichtingen tot ongedaanmaking van de overeenkomst kan voldoen, hetgeen is toe te rekenen aan [gedaagde sub A c.s.] omdat zij op dat moment bestuurder waren van [B.V. I]. Deze stelling heeft de curator noch in de dagvaarding noch in de akte wijziging van eis nader uitgewerkt. Tijdens de comparitie van partijen is namens de curator enkel nog gesteld dat [gedaagde sub A c.s.] als bestuurders van [B.V. I] kan worden verweten dat zij deze vennootschap hebben leeggehaald en daarmee de terugbetalingsverplichting van [B.V. I]

hebben gefrustreerd. Nu de curator het bij deze algemene stellingen heeft gelaten, die bovendien door [gedaagde sub A c.s.] zijn betwist, en hij niet nader heeft toegelicht waarom sprake is van de doorgeleiding van gelden, aan wie de gelden zijn doorgeleid en waarom [gedaagde sub A c.s.] hiervan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, zijn de stellingen van de curator ten aanzien van deze grondslag te summier om tot aansprakelijkheid op dit punt te kunnen concluderen.

5.12. De curator heeft tot slot nog aangevoerd dat [gedaagde sub A c.s.] een ernstig verwijt kan worden gemaakt van de omstandigheid dat zij de aandelen in [B.V. I] aan [D] hebben verkocht en zij vervolgens zijn uitgeschreven als bestuurder van [B.V. I]. De curator heeft in dit verband gesteld dat [D] eerder bestuurder dan wel aandeelhouder is geweest van een reeks aan vennootschappen en dat veel van deze vennootschappen inmiddels zijn uitgeschreven uit het handelsregister. Het heeft er volgens de curator dan ook alle schijn van dat [gedaagde sub A c.s.] door het overdragen van de aandelen aan een katvanger hun aansprakelijkheid hebben willen beëindigen dan wel beperken. Tijdens de comparitie van partijen heeft de curator hieraan nog toegevoegd dat deze handelingen kort na het aan de orde stellen van de pauliana en dus met de wetenschap van de betalingsverplichting die door de vernietiging van de overeenkomst is ontstaan hebben plaatsgevonden en dat de vordering van NoordWest op [B.V. I] hiermee illusoir is geworden. Als bestuurders van [B.V. I] hadden [gedaagde sub A c.s.] het in hun macht dat [B.V. I] aan haar terugbetalingsverplichting aan NoordWest kon voldoen. Door af te treden als bestuurders van [B.V. I] kwam deze terugbetalingsverplichting in de knel. Hiervan kan [gedaagde sub A c.s.], die op dat moment ook bestuurders van NoordWest waren, een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt, aldus nog steeds de curator.

5.13. Deze verwijten van de curator richten zich tegen de aandeelhouder van [B.V. I]. De aandeelhouder heeft immers kennelijk besloten de aandelen in [B.V. I] aan een derde te verkopen en het is de aandeelhouder die beslist wie er als bestuurder word(t)en aangesteld. [gedaagde sub A c.s.] waren geen aandeelhouder van [B.V. I], dat was [de Holding]. Zij waren evenmin aandeelhouder van [de Holding], dat was [C]. [gedaagde sub A c.s.] waren wel bestuurder van [de Holding] en moge-

lijk uit dien hoofde betrokken bij de transactie waarbij de aandelen in [B.V. I] zijn verkocht. Dit enkele gegeven is echter onvoldoende voor de conclusie dat [gedaagde sub A c.s.] als bestuurders van [de Holding] mede door hun dubbelrol als gelijktijdige bestuurders van NoordWest jegens NoordWest onrechtmatig hebben gehandeld. De curator heeft geen feiten of omstandigheden gesteld die deze conclusie rechtvaardigen. Ook deze grondslag voor aansprakelijkheid wijst de rechtbank dan ook af.

5.14. Dit een en ander betekent dat de rechtbank [gedaagde sub A c.s.] niet zal veroordelen tot het betalen van schadevergoeding in verband met de totstandkoming en uitvoering van de overeenkomst.

Concurrerende activiteiten

5.15. Voor het handelen tot de datum van de vernietiging van de overeenkomst kan [gedaagde sub A c.s.] geen persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt, nu zij advies hebben ingewonnen van [gedaagde X] en gesteld noch gebleken is dat [gedaagde X] hen op dit punt heeft geadviseerd anders te handelen. Verwezen wordt naar hetgeen onder 5.7. tot en met 5.10. is overwogen.

5.16. Voor de periode na de vernietiging van de overeenkomst beroept de curator zich op een brief van [B.V. I] van 2 december 2016, ondertekend door [gedaagde sub A], op een e-mail van CSU van 6 december 2016 en op vier e-mails tussen 7 en 9 december 2016.

5.17. [gedaagde sub A c.s.] hebben erkend dat zij er verstandig aan zouden hebben gedaan om de brief van 2 december 2016 niet te schrijven. Dat zij ook nadien nog met NoordWest concurrerende activiteiten hebben ondernomen, hebben zij voorts niet voldoende weersproken. Zij hebben enkel aangevoerd dat [gedaagde sub A] in de eerste twee weken van december 2016 is benaderd door klanten van NoordWest die aangaven dat ze niet over wensten te stappen naar CSU. [gedaagde sub A] heeft het er, gelet op zijn (latere) beslissing om uit de schoonmaakbranche te stappen en gelet op de besprekingen met de curator die zijn uitgesproken in de vaststellingsovereenkomst, "bij gelaten". Hiermee is de inhoud van de e-mails van 7 en 9 december 2016, die erop duidt dat [B.V. I], dan wel [gedaagde sub A c.s.] actief klanten van NoordWest heeft benaderd, echter niet weerlegd. De rechtbank concludeert dan ook dat [gedaagde

sub A c.s.] begin december 2016 concurrerende activiteiten hebben ondernomen.

5.18. De curator heeft echter, tegenover het gemotiveerde verweer van [gedaagde sub A c.s.], zijn stellingen dat de boedel van NoordWest als gevolg van het handelen van [gedaagde sub A c.s.] schade heeft geleden, onvoldoende toegelicht. De curator stelt dat de boedel schade heeft geleden omdat CSU minder heeft betaald voor de overname. Hij verwijst hierbij naar de verlaging van de fixed fee. Uit de e-mail van CSU van 6 december 2016 volgt echter dat CSU kennelijk in eerste instantie een bedrag wilde betalen van 15% van een bepaalde omzet met een minimum van € 325.000 en dat zij alleen dit minimum bedrag heeft verlaagd met een bedrag van € 100.000. Uit de e-mail van CSU van 6 december 2016 volgt niet dat zij nog andere wijzigingen in de afspraken heeft willen aanbrengen. Uiteindelijk heeft CSU een bedrag betaald van € 470.000 en dit is meer dan het aanvankelijke minimumbedrag van € 325.000. Op welke wijze de boedel schade heeft geleden tot een bedrag van (in ieder geval) € 100.000 is dan ook niet duidelijk geworden.

5.19. Het kan zo zijn dat CSU door de handelingen van [B.V. I] en mogelijk [gedaagde sub A] na de vernietiging van de overeenkomst omzet is misgelopen en dat daardoor het omzetafhankelijke deel van de koopprijs lager is uitgevallen. De e-mailcorrespondentie die de curator heeft overgelegd bevat echter geen concrete aanwijzingen dat klanten van NoordWest als gevolg van het handelen in die periode van [B.V. I] of [gedaagde sub A c.s.] geen klant zijn geworden bij CSU. Andere feiten of omstandigheden waaruit dit volgt zijn door de curator niet gesteld, terwijl het mede gelet op het tijdsverloop sinds december 2016, op zijn weg had gelegen om meer concreet toe te lichten welke schade NoordWest heeft geleden als gevolg van de concurrerende werkzaamheden. Nu hij dit niet heeft gedaan, zal de rechtbank zijn vordering tot vergoeding van de schade die (de boedel van) NoordWest door onrechtmatige concurrentie heeft geleden als onvoldoende onderbouwd afwijzen. Gelet hierop heeft de curator geen belang bij de door hem gevorderde verklaring voor recht op dit punt.

Rekening en verantwoording

5.20. [B.V. I] en [gedaagde sub A c.s.] enerzijds en de curator anderzijds zijn in de vaststellingsovereenkomst van 5 januari 2017 overeengekomen dat

[B.V. I] en [gedaagde sub A c.s.] uiterlijk op 11 januari 2017 rekening en verantwoording afleggen. De curator stelt zich op het standpunt dat [gedaagde sub A c.s.] met het op 11 januari 2017 ontvangen pdf-bestand getiteld “Opstelling rekening en verantwoording [B.V. I]”, een begeleidend schrijven en de grootboekkaarten en de uitdraai van de winst- en verliesrekening van [B.V. I] niet (volledig) aan deze verplichting heeft voldaan. Volgens hem ontbreken nog verschillende stukken.

5.21. [gedaagde sub A c.s.] hebben weersproken dat zij geen rekening en verantwoording hebben afgelegd. Zij voeren aan dat zij altijd volledige medewerking hebben verleend aan de curator, dat de curator de gehele administratie van [B.V. I] heeft meegenomen en dat de curator de verschuldigdheid van een boete op grond van de vaststellingsovereenkomst eerder niet heeft aangezegd. Tijdens de comparatie van partijen hebben [gedaagde sub A c.s.] dit standpunt herhaald. Zij hebben ook nog verwezen naar hun e-mail van 11 januari 2017 en de stukken die ze met die e-mail hebben overgelegd, waaronder kopieën van bankafschriften, de loonadministratie en een print van de output van de administratie van [B.V. I].

5.22. Tegenover dit verweer van [gedaagde sub A c.s.], heeft de curator zijn standpunt onvoldoende toegelicht. Hij heeft niet nader gespecificeerd welke stukken volgens hem nog ontbreken. Hij heeft ook niet zijn e-mail van 11 januari 2017, waarin hij bij de advocaat van [B.V. I] en [gedaagde sub A c.s.] kenbaar heeft gemaakt wat op dat moment ontbrak, in het geding gebracht. Dat nog stukken ontbreken staat daarom niet vast. Er bestaat naar het oordeel van de rechtbank dan ook geen grond om [gedaagde sub A c.s.] te veroordelen tot betaling van verbeurde dwangsommen. De daartoe strekkende vordering zal worden afgewezen.

Proceskosten

5.23. De curator zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten. Deze worden aan de zijde van [gedaagde sub A c.s.] voornamelijk begroot op € 1.545 aan griffierecht en € 5.160 aan salaris advocaat (2 x € 2.580, tarief VII) totaal € 6.705.

5.24. Voor veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze nakosten een executoriale titel oplevert (vergelijk HR 19 maart 2010,

ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011/237). De rechtbank zal, zoals gevorderd, de nakosten begroten in overeenstemming met het daarop toepasselijke liquidatietarief

In de vrijwaringszaak

5.25. De vorderingen in de hoofdzaak tegen [gedaagde sub A c.s.] worden afgewezen. De vorderingen in vrijwaring van [gedaagde sub A c.s.] voor zover zij betrekking hebben op de veroordeling van [de maatschap c.s.] om aan [gedaagde sub A c.s.] te betalen waartoe [gedaagde sub A c.s.] in de hoofdzaak worden veroordeeld, behoeven daarom niet te worden besproken.

5.26. [gedaagde sub A c.s.] hebben ook vergoeding van de schade gevorderd wegens de aan hen gecedeerde vorderingsrechten van de inboedel van [B.V. I]. [de maatschap c.s.] hebben zich tegen dit gedeelte van de vordering verweerd door erop te wijzen dat deze cessie aan hen niet bekend is, dat deze niet aan hen is medegedeeld en dat zij hiervan ook geen stukken hebben gezien. Mededeling is ook niet meer mogelijk, aldus [de maatschap c.s.], nu de aandelen in [B.V. I] zijn verkocht en [gedaagde sub A c.s.] geen statutair directeur meer zijn.

5.27. Tegenover dit gemotiveerde verweer hebben [gedaagde sub A c.s.] hun stellingen op dit punt onvoldoende toegelicht. Zij hebben ook geen stukken overgelegd waaruit (mededeling van) deze cessie blijkt. Dit betekent dat hun vordering op dit punt zal worden afgewezen.

5.28. [gedaagde sub A c.s.] hebben in de dagvaarding aan al hun vorderingen de advisering van [gedaagde X] inzake de transactie tussen Noord-West en [B.V. I] ten grondslag gelegd. Voor wat betreft de schade die de door hen in de dagvaarding beschreven tekortkoming en het beschreven onrechtmatig handelen als gevolg hebben gehad, stellen zij dat deze bestaat uit hetgeen waartoe [gedaagde sub A c.s.] (en [B.V. I]) zouden worden veroordeeld indien de rechtbank de vordering van de curator toewijst. Voorts stellen zij dat [gedaagde sub A c.s.] ook op andere onderdelen schade lijden. Tussen haken verwijzen zij in een enkele zin naar de door [gedaagde sub A c.s.] "gemaakte en te maken advocaatkosten en door [gedaagde sub A c.s.] gederfde inkomsten en winst et cetera". Zij hebben in de dagvaarding niet nader toegelicht waarom de advisering door [gedaagde X] inzake de overeenkomst heeft geleid tot deze twee schadeposten. [de maatschap c.s.] hebben

zich in de conclusie van antwoord op het standpunt gesteld dat zij zonder verdere specificatie van de gepretendeerde schadeposten moeilijk gemotiveerd kunnen betwisten dat causaal verband bestaat. Bedoeld zal zijn causaal verband tussen de gestelde feitelijke handelingen en de gestelde schade.

5.29. Pas tijdens de comparitie van partijen heeft [gedaagde sub B] op dit punt verteld dat voor hen het belangrijkste is dat aan hen de kans is ontnomen om door middel van een doorstart een hele rendabele onderneming te exploiteren.

5.30. Uit de woorden van [gedaagde sub B] tijdens de comparitie van partijen volgt dat hij pas op dat moment nader heeft toegelicht dat als [gedaagde X] niet fout had geadviseerd, hij en [gedaagde sub A] voor een andere constructie hadden gekozen, een doorstart hadden kunnen maken, € 600.000 aan financiering hadden kunnen ophalen en fluitend winst hadden kunnen maken. De stelling ten aanzien van de advocaatkosten hebben [gedaagde sub A c.s.] niet meer nader toegelicht.

5.31. Voor een verwijzing naar de schadestaat is noodzakelijk dat aannemelijk is geworden dat [gedaagde sub A c.s.] schade hebben geleden. De rechtbank is van oordeel dat [gedaagde sub A c.s.] in de dagvaarding onvoldoende feiten hebben gesteld die het oordeel kunnen dragen dat het aannemelijk is dat [gedaagde sub A c.s.] als gevolg van het handelen van [gedaagde X] schade hebben geleden, anders dan hetgeen waartoe zij door de curator veroordeeld zouden kunnen worden. De goede procesorde verzet zich ertegen dat [gedaagde sub A c.s.] deze feiten pas aandragen tijdens de comparitie van partijen, omdat [de maatschap c.s.] dan onvoldoende in staat zijn hierop te reageren. Dit betekent dat de rechtbank de vordering tot verwijzing naar de schadestaat zal afwijzen.

5.32. Nu niet is komen vast te staan dat aannemelijk is dat [gedaagde sub A c.s.] schade hebben geleden als gevolg van het handelen van [de maatschap c.s.], hebben zij geen belang meer bij hun vordering tot verklaring voor recht dat [de maatschap c.s.] ernstig toerekenbaar zijn tekort geschoten dan wel onrechtmatig hebben gehandeld en gehouden zijn de dientengevolge door eisers geleden en te lijden schade te vergoeden (vergelijk ECLI:NL:HR:2015:760). [gedaagde sub A c.s.] hebben geen feiten en/of omstandigheden gesteld die tot een ander oordeel leiden. Dit betekent dat de rechtbank [gedaagde sub A c.s.] niet-ontvan-

kelijk zal verklaren ten aanzien van de gevorderde verklaring voor recht.

5.33. De rechtbank zal [gedaagde sub A c.s.], als de in het ongelijk gestelde partijen, veroordelen in de kosten van de procedure in vrijwaring. Deze worden aan de zijde van [de maatschap c.s.] voortsnog begroot op € 3.946 aan griffierecht en € 5.160 aan salaris advocaat (2 x € 2.580, tarief VII), totaal € 9.106.

5.34. Voor veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze nakosten een executoriale titel oplevert (vergelijk HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011/237). De rechtbank zal, zoals gevorderd, de nakosten begroten in overeenstemming met het daarop toepasselijke liquidatietarief.

6. De beslissing

De rechtbank:

in de hoofdzaak

6.1. verklaart voor recht dat [B.V. I] op grond van artikel 51 Fw gehouden is de door haar ontvangen inkomsten die afkomstig zijn van opdrachtgevers van NoordWest te betalen aan de boedel in het faillissement van NoordWest, te vermeerderen met de wettelijke rente op grond van artikel 6:119 BW vanaf datum faillissement tot aan de dag van algehele voldoening;

6.2. stelt het voorschot van het in 6.1 bedoelde bedrag vast op € 329.767,82;

6.3. verklaart voor recht dat [B.V. I] in strijd met artikel 6:162 BW heeft gehandeld door te concurreren met NoordWest en stelt de schade als voorschot vast op € 100.000 te vermeerderen met wettelijke rente op grond van artikel 6:119 BW vanaf datum faillissement tot aan de dag van algehele voldoening;

6.4. verklaart voor recht dat [B.V. I] tot op heden niet heeft voldaan aan haar verplichtingen uit hoofde van de vaststellingsovereenkomst ten aanzien van de rekening en verantwoording en zodoende gehouden is de door haar vanaf 14 januari 2017 verbeurde en tot aan de voldoening van die verplichtingen nog te verbeuren dwangsommen van € 1.000 per dag aan de boedel in het faillissement van NoordWest te betalen, te vermeerderen met wettelijke rente op grond van artikel 6:119 BW tot aan de dag van algehele voldoening;

6.5. veroordeelt [B.V. I] in de proceskosten van de curator, aan de zijde van de curator tot op heden begroot op € 7.864 en op € 157 aan nog te maken

nakosten, te vermeerderen met € 82 in geval van betekening, telkens te vermeerderen met de wettelijke rente over voornoemde bedrag te rekenen vanaf 14 dagen na betekening van dit vonnis tot aan de dag der algehele voldoening;

6.6. veroordeelt de curator in de proceskosten van [gedaagde sub A c.s.], aan de zijde van [gedaagde sub A c.s.] tot op heden begroot op € 6.705 en op € 157,= aan nog te maken nakosten, te vermeerderen met € 82,= in geval van betekening, vermeerderd met de wettelijke rente over voornoemde bedragen te rekenen vanaf 14 dagen na betekening van dit vonnis tot aan de dag der algehele voldoening van de proceskosten;

6.7. verklaart de veroordelingen onder 6.1. tot en met 6.6. uitvoerbaar bij voorraad;

6.8. wijst af het meer of anders gevorderde;

in de vrijwaringszaak

6.9. verklaart [gedaagde sub A c.s.] niet-ontvankelijk ten aanzien van de door hen gevorderde verklaring voor recht;

6.10. wijst de vorderingen voor het overige af;

6.11. veroordeelt [gedaagde sub A c.s.] in de proceskosten van [de maatschap c.s.], aan de zijde van [de maatschap c.s.] tot op heden begroot op € 9.106 en op € 157,= aan nog te maken nakosten, te vermeerderen met € 82,= in geval van betekening, vermeerderd met de wettelijke rente over voornoemde bedragen te rekenen vanaf 14 dagen na betekening van dit vonnis tot aan de dag der algehele voldoening van de proceskosten;

NOOT

1. In september 2016 schroeft de bank het krediet van schoonmaakbedrijf NoordWest terug. Het bestuur – bestaande uit A en B – meent dat dit het voortbestaan van NoordWest bedreigt en overweegt om de onderneming via een andere vennootschap voort te gaan zetten. Mede omdat de bestuurders in het verleden bij een andere vennootschap een pauliana-discussie hebben gevoerd, besluiten zij om een advocaat te raadplegen. Wat er precies met deze advocaat wordt besproken, blijft onduidelijk. Wel staat vast dat de advocaat op 5 oktober 2016 mededeelt dat hij geen (pauliana)bezwaar ziet tegen overdracht van de contracten van NoordWest tegen uitgestelde betaling. Aldus geschiedt. Op 21 oktober 2016 worden A en B bestuurders van vennootschap B1. Die vennootschap koopt op 28 oktober

2016 de orderportefeuille van NoordWest. De koopprijs is conform taxatiewaarde, maar er komt geen boter bij de vis. De koopprijs wordt deels verrekend en deels in de toekomst betaalbaar gesteld, zonder dat rentevergoeding of zekerheid wordt bedongen. Op 22 november 2016 faillieert NoordWest. Een week later vernietigt de curator de overeenkomst. B1 berust vrijwel direct in de vernietiging. Daarop verkoopt de curator de orderportefeuille aan een derde. Er ontstaat later nog discussie over al dan niet onrechtmatige concurrentie door A, B en B1 jegens deze koper en de nakoming van een schikking, maar die aspecten laat ik hier buiten beschouwing. Interessant is namelijk vooral het oordeel over de bestuurdersaansprakelijkheid vanwege de paulianeuze verkoop.

2. De vordering van de curator is primair gegrond op art. 2:9 BW en subsidiair op art. 6:162 BW. De voorliggende vraag is of de bestuurders de normen uit deze artikelen toerekenbaar hebben geschonden met de overdracht van de orderportefeuille op de hiervoor beschreven wijze.

3. Voor vestiging van bestuurdersaansprakelijkheid is een normschending vereist. Bij art. 2:9 BW moet sprake zijn van onbehoorlijke taakvervulling jegens de vennootschap (interne aansprakelijkheid). Onder de paraplu van art. 6:162 BW worden diverse vormen van bestuurdersaansprakelijkheid onderscheiden. Categorie 1 is schending van de Beklamel-norm: het aangaan van verplichtingen namens de vennootschap, terwijl de bestuurder geobjectiveerd wist dat de vennootschap de verplichtingen niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden (HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286). Categorie 2 zijn de diverse varianten van verhaalsfrustratie, zoals betalingsonwil (HR 3 april 1992, *NJ* 1992/411 (*Van Waning/Van de Vliet*)), selectieve (non-)betaling (HR 12 juni 1998, *NJ* 1998/727 (*Coral/Stalt*)) en betaling nadat het faillissement onontkoombaar werd (HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73). Voorts is er een niet nader ingevulde (rest)categorie 3. Deze zaak staat in de sleutel van de verhaalsfrustratie. Het overdragen van de activa beperkt immers de mogelijkheid van verhaal op de vennootschap.

4. Voor vestiging van aansprakelijkheid is daarnaast toerekenbaarheid nodig. Bij bestuurdersaansprakelijkheid geldt een verscherpt toerekeningsvereiste, vanwege de eis van ernstige verwijtbaarheid. Die eis volgt ten aanzien van

art. 2:9 BW uit HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360 (*Staleman/Van der Ven*). Voor op art. 6:162 BW gegronde vorderingen volgt de eis uit onder meer HR 18 februari 2000, *NJ* 2000/25 (*Oosterhof*) en HR 8 december 2006, *NJ* 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*). Voor de onrechtmatiggedaadsvordering wordt ook expliciet persoonlijke verwijtbaarheid geëist; bij vorderingen uit art. 2:9 BW volgt het element van de persoonlijke verwijtbaarheid uit de disculpatiemogelijk uit lid 2. 5. De stelplicht en bewijslast van normschending en toerekenbaarheid rusten conform art. 149-150 Rv in beginsel op de curator. Dat neemt de rechtbank in r.o. 5.6 ook tot uitgangspunt.

6. De rechtbank oordeelt eerst met zoveel woorden dat het gewraakte handelen onjuist is. Dat verbaast niet. Men kan twisten of paulianeus handelen door de vennootschap in alle gevallen ook onbehoorlijk of onrechtmatig bestuurshandelen behelst. Hier was het handelen van het bestuur echter evident onzorgvuldig. Het was duidelijk dat de overeenkomst de toets van de pauliana ex art. 42 Fw niet kon doorstaan. Immers, onverplicht werden belangrijke activa van NoordWest overgedragen zonder dat daar daadwerkelijke betaling van een koopprijs tegenover stond. Daarnaast werd de koopprijs deels verrekend met (nog) niet bestaande verplichtingen. Betaling door verrekening kan overigens ook als de tegenprestatie wel bestaat paulianeus zijn (HR 19 december 1992, *NJ* 1993/169). Dit alles geschiedde op het moment dat het bestuur al concreet rekening hield met het faillissement; de beoogde bedrijfsbeëindiging was nota bene in de overeenkomst benoemd. Kortom, een redelijk handelend bestuurder had van het sluiten van deze overeenkomst afgezien.

7. De rechtbank vindt echter dat niet wordt voldaan aan het verhoogde toerekeningsvereiste, inhoudend dat het gewraakte handelen ernstig (persoonlijk) verwijtbaar moet zijn. In r.o. 5.9 e.v. wordt overwogen dat A en B bij hun handelen kennelijk hebben vertrouwd op het advies van de advocaat, terwijl niet is komen vast te staan dat er aanleiding was om aan de deskundigheid van deze advocaat te twijfelen. Hiermee wordt feitelijk een beroep op rechtsdwaling gehonoreerd. 8. Een beroep op rechtsdwaling houdt in dat de normschending verschoonbaar is omdat de dader de relevante norm (rechtsregel) niet kende. Daarmee wordt feitelijk een beroep gedaan op het ontbreken van schuld en wordt in aanvulling

daarop betoogd dat de normschending ook niet naar verkeersopvattingen voor rekening van de dader komt. In het aansprakelijkheidsrecht wordt het beroep meestal verworpen. Zie bijvoorbeeld het Rummikub-arrest (HR 15 november 1996, *NJ* 1998/314), de verjaringsjurisprudentie (HR 26 november 2004, *NJ* 2006/115 (*Bosman*); HR 5 januari 2007, *NJ* 2007/320 (*De Bijenkorf/Boersma*); HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2015) en rechtspraak over overheidsaansprakelijkheid (HR 26 september 1986, *NJ* 1987/253; HR 17 december 1999, *NJ* 2000/88). In deze lijn past ook de asbestjurisprudentie, die inhoudt dat onbekendheid van de werkgever met een specifiek risico en de daarop afgestemde norm niet disculpeert (HR 26 juni 1993, *NJ* 1993/686 (*De Schelde I*); HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999/683 (*De Schelde II*) en HR 17 december 2004, *NJ* 2006/147 (*Hertel/Vander Lugt*). Meer ruimte voor rechtsdwaling leek er in het dwalingsarrest HR 29 september 1995, *NJ* 1998/81 (*ABN/Hendriks*), hoewel die uitspraak ook geïnterpreteerd kan worden als dwaling ter zake van de feiten. Zie over dit leerstuk uitvoeriger *WPNR* 2019/7251.

9. Bij een verhoogde toerekeningsdrempel zal toerekening naar verkeersopvattingen niet mogelijk zijn (HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993/165 (*OvJ*); HR 16 december 2011, *NJ* 2015/515). Er is dan naar haar aard meer ruimte voor een beroep op rechtsdwaling, omdat schuld is benodigd. Bij bestuurdersaansprakelijkheid geldt een aangescherpt schuldvereiste. De eis van ernstige (persoonlijke) verwijtbaarheid impliceert dat de bestuurder redelijkerwijs moet hebben geweten dat zijn handelen onjuist was. De relevantie van de (on)bekendheid van de bestuurder met de geschonden norm werd onderkend in HR 27 februari 2015, *NJ* 2015/240. In die zaak werd een bestuurder aangesproken vanwege handelen in strijd met art. 23 Fw (terugwerkende kracht van het faillissement). Volgens de Hoge Raad was het feit dat de bestuurder de geschonden rechtsregel niet zou kennen, een relevant gezichtspunt. Het verwijzingshof wees de vordering op de bestuurders uiteindelijk wel toe (Hof 's-Hertogenbosch 26 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4138).

10. De rechtbank haalt nog een belastingzaak aan (HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:480). Daarin ging het om de vraag of een bestuurder ex art. 36 Invorderingswet een verwijt kon worden gemaakt van het feit dat (via de belastingadviseur) een onjuiste belastingaangifte was gedaan.

In die context werd overwogen dat de bestuurder in beginsel mag veronderstellen dat de door de vennootschap ingeschakelde belastingadviseur zijn taak correct uitvoert. In dat oordeel ligt mijns inziens echter niet besloten dat toerekening per definitie is uitgesloten indien op advies wordt gehandeld.

11. Een geslaagd beroep op rechtsdwaling vergt niet alleen dat de dader de rechtsregel niet kende, maar ook dat de dader de rechtsregel redelijkerwijs niet behoorde te kennen, derhalve dat de rechtsdwaling verschoonbaar was. Ik denk dat juist bij bestuurdersaansprakelijkheid van zulke verschoonbaarheid niet snel sprake kan zijn. In het oordeel dat de norm is geschonden ligt besloten dat is gehandeld zoals geen enkel redelijk handelend bestuurder in dezelfde situatie had gedaan. Dat impliceert dat sprake is van gedrag waarvan de bestuurder 'op zijn klompen' moest aanvoelen dat het niet betaamde. Dat maakt weer dat bekendheid met de rechtsregel snel verondersteld kan worden.

12. Het is nog wel voor te stellen dat een niet juridisch onderlegde bestuurder de norm uit art. 23 Fw zoals in het arrest uit 2015 aan de orde, niet zou (onder)kennen. Dat hier een norm wordt geschonden, lijkt echter ook voor niet-juristen te verwachten. Mijns inziens kan iedere bestuurder op zijn klompen aanvoelen dat het kort voor faillissement overdragen van relevante activa zonder dat daar daadwerkelijk voor wordt betaald, niet hoort en niet mag. Zo hier al sprake was van rechtsdwaling, dan is deze dus mijns inziens niet eenvoudig als verschoonbaar te duiden.

13. Wat de betrokken advocaat al dan niet zou hebben geadviseerd over de rechtmatigheid van de overeenkomst, lijkt mij dan niet meer zo relevant. De aansprakelijkheid wordt immers juist gevestigd omdat de bestuurder beter had moeten weten en anders had moeten handelen. Logischer lijkt, dat eventueel onjuist advies van de advocaat zich vertaalt in een beroepsaansprakelijkheidsdebat tussen bestuurder en advocaat (dat debat speelde ook in de op dit punt niet inhoudelijk beoordeelde vrijwaringsprocedure). De door de rechtbank gehuldigde opvatting kan voorts tot misbruik leiden. Hier was niet duidelijk wat de advocaat precies geadviseerd had. Een curator kan daar ook moeilijk achter komen, nu de advocaat gezien zijn geheimhoudingsplicht niet mag verklaren over de inhoud van zijn adviezen. De bestuurder kan dan vrij gemakkelijk met

een door hem zelf gemaakte selectie uit berichten van zijn advocaat betogen dat hij conform advies handelde, zonder dat de juistheid van die stelling te verifiëren valt. Het spreekt weinig aan dat dit een disculpatiegrond oplevert, terwijl ook niet geheel logisch lijkt dat een onjuist juridisch advies maakt dat de bestuurder door hem veroorzaakte schade niet hoeft te vergoeden en daardoor ook de advocaat de dans weer zou ontspringen.

Kortom, over het ontbreken van toerekenbaarheid kan in deze zaak anders worden gedacht. Het is wel de vraag of appel de curator (op dit punt) veel zou opleveren. De curator zal bij zowel een op art. 2:9 BW als een op art. 6:162 BW geïndagete vordering het causaal verband en de schade concreet moeten aantonen (art. 6:97-6:98 BW). Het lijkt niet evident dat het sluiten van de overeenkomst als zodanig tot relevante schade geleid heeft, juist waar de overeenkomst kort na faillietverklaring is vernietigd en snel in die vernietiging is berust. De curator heeft mogelijk wat extra kosten moeten maken voor de vernietiging, maar verder is onzeker of het sluiten van de overeenkomst als zodanig schade voor de failliete vennootschap respectievelijk gezamenlijke schuldeisers heeft veroorzaakt.

mr. E.A.L. van Emden
advocaat bij NN Advocaten

65

Skihal op geen enkele grond aansprakelijk voor gevolgen val bezoeker

Rechtbank Limburg zp Maastricht
26 februari 2020, nr. C/03/255171/HA ZA
18-483, ECLI:NL:RBLIM:2020:1759
(mr. Sijmonsma)

Skiongeval. Aansprakelijkheid exploitant.

[BW art. 6:74, 6:162, 6:173, 6:174]

Een bezoeker van indoorskihal SnowWorld neemt het zogenoemde Funpark, een afdaling voor meer gevorderde skiërs, en komt op de daarin aangelegde schans ten val, waarbij hij een dwarslaesie oploopt. Hij stelt SnowWorld aansprakelijk en eist

schadevergoeding. Grondslagen zijn tekortschieten in de nakoming van de overeenkomst, respectievelijk onrechtmatige daad, respectievelijk gebrek product, respectievelijk gebrekkige opstal. De rechter constateert allereerst dat SnowWorld door middel van duidelijk geplaatste en goed leesbare borden heeft gewaarschuwd voor de omstandigheid dat het hier ging om een afdeling voor meer ervaren skiërs. De schans waar het ongeval heeft plaatsgevonden kan niet worden aangemerkt als een speeltoestel in de zin van het Warenwetbesluit attractie- en speeltoestellen (WAS). Er is evenmin sprake van een gebrekkige installatie. Het Funpark hoefde niet anders te worden ingericht dan voor ervaren gebruikers. Bovendien heeft vlak voor het ongeval een wedstrijd plaatsgevonden, waarbij voldaan moest worden aan hoge veiligheidseisen.

Uit de ligging van de schans en de bebording volgt niet dat sprake is van gevaarzetting of van een gevaarlijke schans. Er is voldoende gewaarschuwd. Eiser heeft een eigen verantwoordelijk de waarschuwing op de borden ter harte te nemen. Eiser stelt dat de borden onvoldoende van kleur en lettertype waren en slechts adviezen bevatten in plaats van waarschuwingen. De rechter stelt dat algemeen bekend is dat skiën een gevaarlijke sport is en dat deelnemers zelf in staat zijn hun eigen kunnen in te delen tussen beginnend en gevorderd. De rechtbank oordeelt dat SnowWorld niet is tekortgeschoten in de op haar rustende zorgvuldigheidsverplichtingen aangaande de veiligheid in het Funpark.

Er is geen sprake van onrechtmatige daad, enerzijds omdat de skipistes niet vallen onder de WAS, anderzijds is er geen sprake van strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. De skipistes vormen geen gebrekkige zaak of gebrekkige opstal.

De vordering wordt afgewezen.

[Eiser] te [woonplaats],

eiser,

advocaten: mrs. D.W. Peters en G.J. Gerrits,
tegen

de naamloze vennootschap SnowWorld Leisure
NV te Zoetermeer en Landgraaf,

gedaagde,

advocaten: mrs. N. Dekker en I.P.M. Vado-
kas-Hofmans.