

**JOR 2014/289 Rechtbank Midden Nederland zp Utrecht, 22-01-2014
Bestuurdersaansprakelijkheid, (Indirect) bestuurder heeft verrekening
met ondeugdelijke vorderingen binnen concern bewerkstelligd, Ernstig
verwijt, Aanvang termijn wettelijke rente**

Wetsbepaling(en):

[BW BOEK 2 artikel 9](#)

Ook gepubliceerd in:

[ECLI:NL:RBMNE:2014:175](#), [JONDR 2014/563](#), [OR-Updates.nl 2014-0040](#) , [RO 2014/35](#)

**JOR 2014/289, Rechtbank Midden-Nederland, 22-01-2014,
ECLI:NL:RBMNE:2014:175, C-16-306710 - HA ZA 11-979 en C-16-321290 - HA ZA
12-522 (annotatie)**

Inhoudsindicatie

Bestuurdersaansprakelijkheid, (Indirect) bestuurder heeft verrekening met ondeugdelijke vorderingen binnen concern bewerkstelligd, Ernstig verwijt, Aanvang termijn wettelijke rente

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Gegevens

Instantie	Rechtbank Midden-Nederland locatie Utrecht
Datum uitspraak	22-01-2014
Publicatie	JOR 2014/289 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 11, 2014
Annotator	<ul style="list-style-type: none">• mr. S.C.M. van Thiel
ECLI	ECLI:NL:RBMNE:2014:175
Zaaknummer	C-16-306710 - HA ZA 11-979 en C-16-321290 - HA ZA 12-522 <ul style="list-style-type: none">• ECLI:NL:RBMNE:2014:175• RO 2014/35
Overige publicaties	<ul style="list-style-type: none">• JONDR 2014/563• OR-Updates.nl 2014-0040
Rechtsgebied	Ondernemingsrechtpraktijk
Rubriek	Ondernemingsrecht
Rechters	<ul style="list-style-type: none">• mr. Van den Boom
Partijen	A. in de hoofdzaak met rolnr. HA ZA 11-979: 1. Kroymans Real Estate Lease BV te Houten, 2. Kroymans Lease Holding BV te Houten, eiseressen,

advocaat: mr. H. Pasman,
tegen
1. A.R.M. Stokvis BV te Hilversum,
gedaagde,
advocaat: mr. E.J.P. Schothorst-Gransier,
2. gedaagde sub 2,
gedaagde,
advocaat: mr. C.A.M. Nijhuis,

B. in de vrijwaringszaak met rolnr. HA ZA 12-522:

1. Kroymans Real Estate BV te Houten,
gedaagde in vrijwaring,
advocaat: mr. H. Pasman,
2. Kroymans Lease Holding BV te Houten,
gedaagde in vrijwaring,
advocaat: mr. H. Pasman,
3. gedaagde sub 2,
gedaagde in vrijwaring,
advocaat: mr. C.A.M. Nijhuis,
4. gedaagde in vrijwaring sub 4,
gedaagde in vrijwaring,
advocaat: mr. C.A.M. Nijhuis,
5. gedaagde in vrijwaring sub 5,
gedaagde in vrijwaring,
advocaat: mr. C.A.M. Nijhuis.

• BW Boek 2 - 9

Regelgeving

Samenvatting

Kroymans Real Estate Lease BV (“KREL”), Kroymans Lease Holding BV (“KLH”) en Stokvis BV (“Stokvis”) maakten deel uit van de zogenaamde “Kroymans Groep”. De topholding van de groep was (de later gefailleerde) Kroymans Corporation BV (“KC”). Het bestuur van KREL werd gevoerd door KLH. Gedaagde sub 2 was CFO van KC, en maakte tevens deel uit van de besturen van KLH en Stokvis.

Medio augustus 2008 heeft KC besloten om onroerend goed dat toebehoorde aan Stokvis, via een sale-and-lease-back-constructie over te laten dragen aan KREL. Ter uitvoering van dit besluit heeft KLH in totaal € 12.5 mln aan KREL geleend, welk bedrag KREL heeft doorbetaald aan Stokvis. Nadat KC aan Stokvis liet weten dat deze transactie geen doorgang kon vinden, heeft Stokvis in totaal een bedrag van € 4.5 mln terugbetaald aan KREL, die op haar beurt dit bedrag heeft doorbetaald aan KLH. Kort nadat de door het bankenconsortium aan de groep verstrekte financiering eindigde, heeft gedaagde sub 2 bewerkstelligd dat Stokvis de resterende € 8 mln terugbetaalde aan KC in plaats van aan KREL, en dit verrekend met vorderingen uit hoofde van (aanvullende) voorschotten vennootschapsbelasting die KC zou hebben op KLH. Gedaagde sub 2 was CFO van de moedermaatschappij, zodat op die grond ruime bekendheid verondersteld mag worden met de financiële stand van zaken met betrekking tot de groep en de tot de groep behorende dochtermaatschappijen. Bovendien was gedaagde sub 2 ook (indirect) bestuurder van de dochtermaatschappijen die in de onderhavige procedure een rol spelen, zodat ook in die hoedanigheid de financiële gang van zaken in die dochtermaatschappijen bij hem bekend moet worden geacht.

De rechtbank is van oordeel dat gedaagde sub 2 als indirect bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt ter zake van het niet afwachten van de ontwikkelingen die na 16/17 december 2008 plaatsvonden met betrekking tot de wijziging van de structuur van de groep. Gelet op de aanwijzing van de banken van een ‘restructuring consultant’ moest hij er ernstig rekening mee houden dat de structuur van de groep ingrijpend zou worden gewijzigd, en dat daardoor een wijziging zou kunnen optreden in de

tot dan toe bestaande fiscale eenheid. Door: (i) zonder noodzaak en zonder zwaarwegend belang van KC, (ii) in afwijking van de gebruikelijke gang van zaken, (iii) over te gaan tot het opleggen van aanvullende voorschotten over het jaar 2008 en (iv) al in december 2008 over te gaan tot het opleggen van een aanzienlijk voorschot over 2009 en (v) die voorschotten vervolgens in verrekening te brengen met een bedrag (van € 8 mln) dat aan een van de onder KLH ressorterende dochtermaatschappijen (KREL) toebehoorde, heeft gedaagde sub 2 de belangen van KREL onevenredig geschaad. KREL blijft immers zitten met een schuld aan KLH, bestaande uit het onafgeloste deel van de door KLH aan haar verstrekte lening (met renteverplichting), terwijl dat bedrag ook niet meer op KC verhaalbaar is en Stokvis betaling van € 8 mln aan KREL weigert.

De rechtbank is van oordeel dat gedaagde sub 2 als indirect bestuurder de belangen van KREL onevenredig heeft geschaad, dat hem terzake een ernstig verwijt kan worden gemaakt en dat hij daarmee KREL onbehoorlijk heeft bestuurd. Hij is dan ook aansprakelijk voor de dientengevolge door KREL geleden schade. Aangezien de vordering van KREL op gedaagde sub 2 een vordering tot schadeloosstelling betreft, is voor verschuldigheid van wettelijke handelsrente over dit bedrag geen plaats. Als het mindere is wel de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW toewijsbaar, en wel met ingang van de datum waarop gedaagde sub 2 zijn taak als bestuurder van KREL onbehoorlijk heeft vervuld.

Uitspraak

(...; red.)

3. De feiten

3.1. KREL en KLH maakten tot 20 februari 2009 onderdeel uit van de zogenaamde “Kroymans Groep” (hierna: de groep). De groep bestond uit “leasevennootschappen” (zoals KLH en KREL) en “tradingvennootschappen” (zoals Stokvis). De structuur van de groep zag er als volgt uit:

– topholding van de groep was Kroymans Corporation B.V. (hierna: KC of de moedermaatschappij). Het bestuur van KC werd gevormd door [gedaagde sub 2], [gedaagde in vrijwaring sub 4] en [gedaagde in vrijwaring sub 5].

– KC was 100% aandeelhoudster van Kroymans Nederland B.V. (hierna: KN). Het bestuur van KN werd gevormd door KC, [gedaagde sub 2] en [gedaagde in vrijwaring sub 4].

– KN was 100% aandeelhoudster van KLH en Stokvis. Het bestuur van KLH bestond uit KN en [gedaagde sub 2]; het bestuur van Stokvis uit KN, [gedaagde sub 2], [gedaagde in vrijwaring sub 4] en [A].

– KLH was 100% aandeelhoudster van KREL. Het bestuur van KREL werd gevoerd door KLH.

3.2. Medio augustus 2008 heeft KC besloten om het onroerend goed aan [bedrijfslocatie] te Hilversum, dat toebehoorde aan Stokvis, via een sale- en lease-back-constructie over te laten dragen aan KREL. Ter uitvoering van dit besluit hebben de volgende betalingen plaatsgevonden:

– op 19 augustus 2008 een bedrag van € 10 mln van KLH aan KREL

– op 19 augustus 2008 een bedrag van € 10 mln van KREL aan Stokvis

– op enig moment vóór 1 september 2008 een bedrag van € 2,5 mln van KLH aan KREL

– op 11 september 2008 een bedrag van € 2,5 mln van KREL aan Stokvis.

3.3. Blijkens ‘loan confirmations’ d.d. 1 augustus 2008 en 1 september 2008 heeft KLH de door haar aan KREL betaalde bedragen aan KREL geleend tegen rentepercentages van 6,22% (voor de lening van € 10 mln) en 5,68% (voor de lening van € 2,5 mln).

3.4. In oktober 2008 heeft KC aan Stokvis bericht dat de onder 3.2 bedoelde transactie geen doorgang kon vinden.

3.5. Op 30 oktober 2008 heeft Stokvis aan KREL een bedrag terugbetaald van € 2,5 mln. KREL heeft dit ontvangen bedrag kort daarop doorbetaald aan KLH.

3.6. Op 21 november 2008 heeft Stokvis aan KREL een bedrag betaald van € 2 mln met als omschrijving “aflossing ic lening hoofdsom eur 10 mio, rest 8 mio”. KREL heeft op dezelfde datum dit bedrag doorbetaald aan KLH.

3.7. Op 15 december 2008 eindigde de door een bankenconsortium aan de leasevennootschappen van de groep verleende financiering. Op die datum is een ‘standstill agreement’ gesloten, waarbij de financiering werd verlengd tot 30 januari 2009.

3.8. Op 16 december heeft [gedaagde sub 2] namens KC aan KLH een brief gestuurd met – voor zover relevant – de volgende inhoud:

“(…)

In het kader van de afdracht vennootschapsbelasting verzoek ik de door u de verschuldigde vennootschapsbelasting over de jaren 2007 t/m 2009 af te rekenen met Kroymans Corporation B.V.

Het verschuldigde bedrag is als volgt opgebouwd per jaar:

Afrekening 2007 879.903

Aanvullend voorschot 2008 1.000.000

Voorschot 2009 4.000.000

Totaal 5.879.903

Ik stel voor het bedrag ad. € 5.879.903,- te verrekenen met de reeds openstaande vordering die Kroymans Corporation heeft met Kroymans Lease Holding.

(…)”

3.9. Op 17 december 2008 heeft KC een bedrag van € 2.120.097,-- in rekening-courant geboekt ten laste van KLH met als omschrijving: “nog te verre vpb KLH”.

3.10. Op 17 december 2008 heeft Stokvis aan KC een bedrag betaald van € 8 mln met als omschrijving “terugbetaling restant lening van 10 mio”.

3.11. Op 23 januari 2009 zijn de door KN gehouden aandelen in Stokvis overgedragen aan Citadel Enterprises B.V. De heer[B] is 100% aandeelhouder van deze vennootschap.

3.12. Op 30 januari 2009 is tussen de leasevennootschappen van de groep en het bankenconsortium een ‘standstill extension agreement’ tot stand gekomen.

3.13. Op 20 februari 2009 zijn de door KN gehouden aandelen in KLH overdragen aan de stichting Stichting Administratiekantoor Kroymans Lease Holding. Daardoor werd de fiscale eenheid tussen KC en KLH verbroken.

3.14. Op 20 maart 2009 heeft de rechtbank Amsterdam surséance van betaling verleend aan KC en diverse dochtermaatschappijen. Op 31 maart 2009 is dit omgezet in een faillissement. In april en mei 2009 zijn diverse andere groepsvennootschappen failliet verklaard.

4. Het geschil

In de hoofdzaak

4.1. Primair vordert KREL dat Stokvis en [gedaagde sub 2] hoofdelijk worden veroordeeld om aan haar een bedrag te betalen van € 8.094.669,68, vermeerderd met rente.

Subsidiair (voor zover de vordering van KREL op zowel Stokvis als [gedaagde sub 2] niet integraal wordt toegewezen) vordert KLH dat de rechtbank:

– voor recht verklaart dat Stokvis onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld en aansprakelijk is voor de door KLH geleden schade,

– voor recht verklaart dat Stokvis in haar hoedanigheid van werkgever van [gedaagde sub 2] aansprakelijk is voor diens onrechtmatig handelen en op grond van artikel 6:170 BW aansprakelijk is voor de door KLH geleden schade,

– voor recht verklaart dat [gedaagde sub 2] in strijd heeft gehandeld met artikel 2:9 BW en op die grond aansprakelijk is voor de door KLH geleden schade,

– Stokvis en [gedaagde sub 2] hoofdelijk veroordeelt om aan haar een bedrag te betalen van € 7.120.097,--, vermeerderd met rente.

Primair en subsidiair vorderen KREL en KLH dat Stokvis en [gedaagde sub 2] hoofdelijk veroordeeld worden in de kosten van de procedure, vermeerderd met wettelijke rente.

4.2. Stokvis en [gedaagde sub 2] voeren verweer.

4.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

In de vrijwaringszaak

4.4. Stokvis vordert – samengevat – dat KREL, KLH, [gedaagde sub 2], [gedaagde in vrijwaring sub 4] en [gedaagde in vrijwaring sub 5] hoofdelijk worden veroordeeld om aan Stokvis te betalen al hetgeen waartoe Stokvis in de hoofdzaak mocht worden veroordeeld, inclusief de proceskosten van de hoofdzaak, met veroordeling in de proceskosten en nakosten van de vrijwaringsprocedure. Voorts vordert zij dat het te wijzen vonnis wordt gewaarmerkt als Europese Executoriale Titel (EET).

4.5. KREL/KLH en [gedaagden in vrijwaring c.s.] voeren separaat verweer.

4.6. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. De beoordeling

In de hoofdzaak

De vordering van KREL op [gedaagde sub 2]

Artikel 2:9 BW

5.1. Bij de beoordeling van deze vordering komt het aan op de tekst van artikel 2:9 BW zoals deze luidde voor 1 januari 2013, ten tijde van de aan [gedaagde sub 2] als (indirect) bestuurder verweten gedragingen. Deze tekst luidde aldus: “Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkring van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk terzake van een tekortkoming, tenzij deze niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen ervan af te wenden.”

5.2. Van onbehoorlijke taakvervulling als bestuurder als bedoeld in artikel 2:9 BW en van daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap, is eerst sprake indien in de taakuitoefening onmiskenbaar wordt tekortgekomen, dat wil zeggen wanneer geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – zo gehandeld zou hebben als de in geding zijnde bestuurder. Aldus moet hem van de verweten gedraging een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt. Of dat het geval is dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

5.3. Ter onderbouwing van haar primaire vordering heeft KREL aangevoerd dat [gedaagde sub 2] zijn taak als indirect bestuurder van KREL onbehoorlijk heeft vervuld door:

- a. voor het aangaan van de transactie met betrekking tot de [bedrijfslocatie] tussen KREL en Stokvis (alsmede voor de in dat kader afgesloten geldleningen) geen goedkeuring te vragen en te verkrijgen van de algemene vergadering van aandeelhouders van KREL, van de algemene vergadering van aandeelhouders van Stokvis en van de financierende banken,
- b. door het overeengekomen bedrag voor de aanschaf van het betreffende onroerend goed (€ 12,5 mln) al aan Stokvis te verstrekken voordat het goed was overgedragen en door voor het ter beschikking stellen van dat bedrag geen rente in rekening te brengen,
- c. door een deel van het hiervoor bedoelde bedrag (€ 8 mln) door Stokvis niet aan KREL terug te laten betalen maar aan de moedermaatschappij, en dit bedrag vervolgens te verrekenen met een ondeugdelijke vordering van de moedermaatschappij op KLH ter zake van voorschotten op verschuldigde vennootschapsbelasting,
- d. door na verbreking van de fiscale eenheid tussen KLH en de moedermaatschappij niet voor terugbetaling van de voorgeschoten vennootschapsbelasting zorg te dragen,
- e. door voormelde handelingen te verrichten “met verschillende petten op” en geen maatregelen te nemen om het daarbij bestaande tegenstrijdig belang op te lossen.

5.4. Volgens KREL heeft zij ten gevolge van het onbehoorlijk bestuur schade geleden ter hoogte van € 8 mln, omdat de moedermaatschappij na het samenstel van de onder 5.3 weergegeven handelingen failliet is verklaard en het gelet op de stand van de boedel uitgesloten is dat zij nog een deel van haar concurrente vordering op de moedermaatschappij betaald zal krijgen. Voorts is zij opgezegd met een niet solvabele debiteur, Stokvis, die – met de stelling dat zij al bevrijdend heeft betaald – niet bereid is tot terugbetaling van het geleende bedrag van € 8 mln. Tenslotte is KREL van mening dat [gedaagde sub 2] – ook als de onder c) bedoelde verrekening rechtsgeldig zou zijn – bij Stokvis rente in rekening had moeten brengen voor de periode dat KREL het bedrag van € 12,5 mln aan Stokvis ter beschikking stelde. Volgens haar had Stokvis over het uitgeleende bedrag primair de wettelijke handelsrente moeten betalen

(over € 4,5 mln resulterend in een bedrag van € 94.669,68) althans subsidiair de rentepercentages die zijn overeengekomen tussen KREL en KLH over de geleende gelden.

5.5. De rechtbank stelt voorop dat in het kader van de onderhavige procedure alleen die verwijten aan het adres van [gedaagde sub 2] relevant zijn die in causaal verband (kunnen) staan met de schade waarvoor KREL vergoeding vordert. Wat ook zij van de wijze van totstandkoming van de transactie met betrekking tot de [bedrijfslocatie] en de ter zake aangegane leningen, een causaal verband met de van [gedaagde sub 2] gevorderde schadevergoeding ontbreekt, omdat vaststaat dat Stokvis haar medewerking aan ongedaanmaking van deze transactie heeft verleend door het in totaal door KREL aan haar betaalde bedrag van € 12,5 mln:

– tot een bedrag van € 4,5 mln rechtstreeks aan KREL terug te betalen, en

– het resterende bedrag van € 8 mln aan de moedermaatschappij van KREL te betalen. Daaruit blijkt dat niet de transactie met betrekking tot [bedrijfslocatie] tot de schade heeft geleid waarvan KREL vergoeding vordert, maar de instructie van de moedermaatschappij aan Stokvis om het resterende bedrag aan haar te betalen en niet aan KREL (het verwijt onder 5.3 sub c). Terzake van dit laatste verwijt is dus wel een causaal verband aanwezig.

5.6. Een causaal verband zou tevens kunnen bestaan tussen de gevorderde schadevergoeding voor zover deze bestaat uit rente, en het verwijt dat [gedaagde sub 2] terzake van de betaling van het bedrag van € 12,5 mln door KREL aan Stokvis geen rente in rekening heeft gebracht (het verwijt onder 5.3 sub b), maar dat kan KREL om een andere reden niet baten. Immers, partijen verschillen niet van mening over het feit dat het uiteindelijk de bedoeling was om met de geldsom van € 12,5 mln het pand aan de [bedrijfslocatie] over te doen dragen van Stokvis aan KREL. In dat licht bezien ligt het eerder voor de hand om het betaalde bedrag aan te merken als een vooruitbetaling op de koopsom (standpunt van [gedaagde sub 2]) dan als een lening (standpunt van KREL). Bij een koopsom zal er doorgaans van het in rekening brengen van rente geen sprake zijn. De omstandigheid dat [gedaagde sub 2] het bedrag al door KREL heeft laten betalen voordat de levering van het pand voltooid was, rechtvaardigt niet de conclusie dat het bedrag in de tussentijd (tot het moment van levering) als een lening moet worden aangemerkt (zoals KREL heeft gesteld) en dat [gedaagde sub 2] een verwijt, laat staan een ernstig verwijt, kan worden gemaakt ten aanzien van het niet in rekening brengen van rente. Temeer nu de transactie plaats zou vinden tussen zustervennootschappen, aangezien daarbij het risico dat uiteindelijk geen levering plaatsvindt (hetgeen doorgaans de reden is voor het uitgangspunt van betaling na levering) veel kleiner is dan bij transacties met derden.

5.7. De omstandigheid dat Stokvis bij de terugbetaling van het bedrag van € 12,5 mln in drie gedeelten mede in de omschrijving heeft opgenomen dat het een terugbetaling van een lening betrof, is onvoldoende om hierin verandering te brengen. De omschrijving is daaraan kennelijk gegeven door de boekhouding van Stokvis, die – bij gebreke van een schriftelijke vastlegging van de titel van de door Stokvis *ontvangen* betalingen – niet geacht kan worden te weten wat de titel voor de *terugbetaling* is. Daarom kan niet te veel gewicht worden toegekend aan de omschrijving die door (de boekhouder van) Stokvis is gegeven aan de betreffende betalingen. Daarbij komt dat aan de betaling door KREL aan Stokvis van een bedrag van € 2,5 mln op 11 september 2008 (onderdeel van het totale bedrag van € 12,5 mln) als omschrijving is vermeld “spoedoverboeking financiering pand”. Deze omschrijving duidt erop dat ook KREL van mening was dat er sprake was van vooruitbetaling van de koopsom en niet van een lening. Ter zake van het aan [gedaagde sub 2] gemaakte verwijt dat geen rente in rekening is gebracht over de aan Stokvis verrichte betalingen komt aan KREL dan ook jegens [gedaagde sub 2] geen recht op schadevergoeding toe.

5.8. Voor zover KREL heeft betoogd dat [gedaagde sub 2] in ieder geval namens KREL jegens Stokvis rente had moeten bedingen op het moment dat (in oktober 2008) duidelijk werd dat de verkoop van het pand niet doorging, en dat hem terzake een ernstig verwijt treft, volgt de rechtbank haar hierin niet. Het terugdraaien van de transactie in oktober 2008 bracht op zichzelf geen verandering in het feit dat de geldsom ter beschikking was gesteld als (vooruitbetaalde) koopsom en niet als lening, en dus lag het ook in dat geval niet voor de hand om namens KREL aan te dringen op het betalen van rente door Stokvis

over de periode dat nog niet tot terugbetaling zou zijn overgegaan. Dat zou alleen anders zijn geweest indien in oktober 2008 al te voorzien zou zijn geweest dat het lange tijd zou duren voordat Stokvis tot terugbetaling zou overgaan. Een dergelijke conclusie is evenwel niet gerechtvaardigd, omdat uit het feit dat Stokvis in de periode tot en met 17 december 2008 de volledige koopsom heeft terugbetaald (weliswaar deels aan de moedermaatschappij van KREL) blijkt dat het de bedoeling was om op korte termijn na het terugdraaien van de transactie tot volledige terugbetaling over te gaan en dat Stokvis daartoe ook in staat was. De conclusie van het voorgaande is dat [gedaagde sub 2] door na te laten om (in oktober 2008) namens KREL rente te bedingen bij Stokvis niet heeft gehandeld op een wijze waarop geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – gehandeld zou hebben.

5.9. Het voorgaande betekent dat vooralsnog alleen de verwijten onder 5.3 sub c) en d) ter beoordeling voorliggen en dus (in concreto) het antwoord op de vraag of [gedaagde sub 2] zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld in de zin van artikel 2:9 BW door:

1) op 16 december 2008 (zie productie 17 bij dagvaarding) aan KLH een afrekening vennootschapsbelasting (hierna ook: Vpb) op te leggen van in totaal € 5.879.904, bestaande uit een afrekening over het jaar 2007 van € 879.9031, een aanvullend voorschot van € 1 mln met betrekking tot 2008 en een voorschot van € 4 mln over 2009,

2) op of omstreeks 16 december 2008 aan Stokvis de instructie te geven dat van het totale door KREL aan haar ter beschikking gestelde bedrag van € 12,5 mln een bedrag van € 8 mln niet aan KREL, maar aan de moedermaatschappij moest worden betaald,

3) op 17 december 2008 een bedrag van € 2.120.097,-- ten laste van KLH in rekening-courant te boeken (productie 18 bij dagvaarding),

4) op 17 december 2008 het van Stokvis ontvangen bedrag van € 8 mln in verrekening te brengen met de som van de onder 1) en 3) bedoelde bedragen,

5) na het verbreken van de fiscale eenheid tussen KLH en de moedermaatschappij op 20 februari 2009 (althans na het moment dat die verbreking voorzienbaar was) niet voor terugbetaling van de voorgesloten Vpb over 2008 en 2009 zorg te dragen.

5.10. De rechtbank constateert dat [gedaagde sub 2] de hiervoor onder 1),3),4) en 5) vermelde handelingen heeft verricht in zijn hoedanigheid van bestuurder van de moedermaatschappij. Partijen verschillen van mening over het antwoord op de vraag of dit ook geldt voor de onder 2) vermelde handeling, dan wel of deze handeling (mede) namens KREL is verricht. Vaststaat tussen partijen dat de betreffende betalingsinstructie door [gedaagde sub 2] mondeling is verricht en dat daarbij niet expliciet is aangegeven namens welke vennootschap hij de instructie gaf, zodat – nu [gedaagde sub 2] (middellijk) bestuurder van beide vennootschappen is – de mogelijkheid bestaat dat de instructie (mede) namens KREL is gegeven. Het antwoord op de vraag namens welke vennootschap [gedaagde sub 2] de instructie heeft gegeven, hangt af van de vraag of Stokvis de instructie als een instructie namens de moedermaatschappij of namens KREL dan wel namens beide heeft opgevat en heeft mogen opvatten.

5.11. Stokvis stelt zich op het standpunt dat zij de instructie van [gedaagde sub 2] als een instructie van KREL heeft opgevat. Naar het oordeel van de rechtbank heeft Stokvis de instructie evenwel in ieder geval mede moeten aanmerken als een instructie die namens de moedermaatschappij werd gegeven. Tussen partijen staat immers vast dat de opdracht tot verkoop van het pand aan [bedrijfslocatie] door Stokvis aan KREL en (nadien) de opdracht tot ongedaanmaking van deze transactie afkomstig was van [gedaagde sub 2] in zijn hoedanigheid van bestuurder van de moedermaatschappij. Bovendien was de betalingsinstructie ingegeven door de wens van de moedermaatschappij om tot verrekening over te gaan met een vordering die zij terzake van voorschotten Vpb stelde te hebben op KLH (de moedermaatschappij van KREL). Zij had daartoe ook al voorbereidingen getroffen (zie onder 5.9 sub 1) en zou na ontvangst van de € 8 mln ook tot uitvoering van de verrekeningshandeling moeten overgaan.

5.12. Het voorgaande laat evenwel onverlet dat Stokvis de instructie van [gedaagde sub 2] tevens heeft mogen beschouwen als een instructie die mede namens KREL werd gegeven. Nu een materieel belang van KREL bij de instructie was betrokken (zij was de vennootschap die jegens Stokvis recht had op terugbetaling van het bedrag van € 8 mln) en de instructie werd gegeven door een persoon ([gedaagde sub 2]) die (mede) middellijk bestuurder van KREL was, mocht Stokvis ervan uitgaan dat de instructie de instemming had van KREL. Temeer nu KREL zich ook bij andere onderdelen van de betreffende transactie aan de [bedrijfslocatie] (verkoop daarvan aan KREL en nadien ongedaanmaking daarvan) steeds heeft gedragen naar de opdrachten die daarover door [gedaagde sub 2] namens de moedermaatschappij zijn gegeven.

5.13. Dit betekent dat – indien [gedaagde sub 2] terzake van het geven van de betalingsinstructie aan Stokvis een ernstig verwijt kan worden gemaakt – hij als (middellijk) bestuurder van KREL daarvoor jegens KREL aansprakelijk is. Dit geldt ook voor de overige onder 5.9 beschreven handelingen van [gedaagde sub 2], die hij namens de moedermaatschappij heeft verricht. Immers, [gedaagde sub 2] moest bij zijn beslissing om het samenstel van handelingen te verrichten als weergegeven onder 5.9 de belangen van KREL als dochtermaatschappij betrekken. Indien hij dat heeft nagelaten en hem terzake een ernstig verwijt kan worden gemaakt, kan hij uit hoofde van onbehoorlijk bestuur van KREL aansprakelijk zijn voor de dientengevolge door KREL geleden schade, omdat hij (mede) bestuurder is van KREL en uit dien hoofde moet waken over de belangen van KREL.

5.14. Voor het antwoord op de vraag of [gedaagde sub 2] ter zake van het samenstel van de onder 5.9 sub 1) tot en met 4) vermelde handelingen een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is met name van belang over welke gegevens [gedaagde sub 2] beschikte ten tijde van deze handelingen (dus op 16 althans 17 december 2008). De rechtbank zal dat in het navolgende vaststellen.

5.15. [gedaagde sub 2] was Chief Financial Officer van de moedermaatschappij, zodat op die grond ruime bekendheid voorondersteld mag worden met de financiële stand van zaken met betrekking tot de groep en de tot de groep behorende dochtermaatschappijen. Bovendien was [gedaagde sub 2] ook (indirect) bestuurder van de dochtermaatschappijen die in de onderhavige procedure een rol spelen, zodat ook in die hoedanigheid de financiële gang van zaken in die dochtermaatschappijen bij hem bekend moet worden geacht.

5.16. De rechtbank neemt, als niet dan wel onvoldoende weersproken, tot uitgangspunt dat de hierna volgende feiten op 16/17 december 2008 bij [gedaagde sub 2] bekend (moeten) zijn geweest:

a. in augustus en september 2008 heeft KLH aan KREL leningen verstrekt (met een rentebetalingverplichting) ter hoogte van in totaal € 12,5 mln ten behoeve van de aankoop (door KREL) van het pand aan [bedrijfslocatie] te Hilversum; KREL heeft zorg gedragen voor doorbetaling van deze geleende bedragen (zonder renteverplichting) aan Stokvis;

b. vanaf (in ieder geval) september 2008 viel de groep onder de afdeling bijzonder beheer van de financierende banken;

c. in september 2008 heeft de moedermaatschappij aan de banken gemeld dat de afgesproken kredietratio's niet gehaald zouden worden;

d. op 22 september 2008 heeft de moedermaatschappij een herstructureringsplan gepresenteerd aan de banken (hierna te noemen: plan A), waarin werd voorgenomen om investeringen in verlieslatende activiteiten te staken of in omvang terug te brengen en onderdelen van de groep te verkopen;

e. medio oktober 2008 heeft de moedermaatschappij aan de fiscus gemeld dat zij de over september verschuldigde afdracht aan BTW, loonheffingen en BPM ad in totaal € 15 mln niet kon voldoen;

f. in oktober 2008 vroegen de financierende banken om aanvullende zekerheden en gaven zij geen toestemming voor de transactie met betrekking tot de [bedrijfslocatie];

g. in het najaar van 2008 hebben de banken plan A afgewezen;

h. op 29 oktober 2008 heeft Kroymans Financial Services B.V. (hierna: KFS), een zustersvennootschap van KREL, een “Businessplan en Budget 2009” opgesteld (productie 11 van [gedaagde sub 2]), waarin werd uitgegaan van een winst voor belastingen in 2008 van de leasevennootschappen van de groep van ongeveer € 11,4 mln en waarin voor 2009 een winst werd geprognosticeerd van € 10,1 mln;

i. op 5 november 2008 hebben de financierende banken aan KLH een “draw stop notice” gestuurd waardoor het haar niet meer was toegestaan om nieuwe ‘term loans’ aan te nemen;

j. op 5 november 2008 heeft de moedermaatschappij aan KFS de opdracht gegeven om voor eind november een nieuw budget, in het kader van een aan de banken te presenteren plan B, te maken waarin op basis van slechter wordende vooruitzichten het resultaat naar beneden zou worden bijgesteld;

k. eind november althans begin december 2008 heeft KFS het herziene budget aan de moedermaatschappij ter beschikking gesteld, waarin werd uitgegaan van een winst voor belastingen in 2008 van de leasevennootschappen van de groep van € 10,7 mln en voor 2009 een winst werd geprognosticeerd van € 6,7 miljoen;

l. in de eerste helft van december heeft KLH aan de banken meegedeeld dat zij niet in staat zou zijn om de verstrekte financiering af te lossen tegen de einddatum van de financiering (15 december 2008);

m. op 10 december 2008 heeft de moedermaatschappij een tweede herstructureringsplan aan de banken gepresenteerd waarbij onderdelen van de groep zouden worden verkocht en activiteiten zouden worden afgestoten (plan B);

n. op 11 december 2008 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen KFS en de moedermaatschappij over de financiële problemen van de groep en over plan B;

o. op 15 december 2008 eindigde de kredietovereenkomst tussen de banken en de leasevennootschappen van de groep, waaronder KREL en KLH, en is een ‘stand still agreement’ tot stand gekomen tussen de leasevennootschappen en de financierende banken, waarin KLH werd verplicht om een ‘restructuring consultant’ aan te stellen en waarin de leasefinanciering werd verlengd voor een periode van anderhalve maand, tot 30 januari 2009.

5.17. Het is met wetenschap van deze feiten dat [gedaagde sub 2] besloten heeft om tot het samenstel van handelingen over te gaan als vermeld onder 5.8 sub 1) tot en met 4). Die handelingen zijn naar het oordeel van de rechtbank om een aantal redenen opvallend te noemen:

– de instructie aan Stokvis tot betaling van het resterende bedrag van € 8 mln aan de moedermaatschappij wordt door [gedaagde sub 2] pas gegeven op of omstreeks 16 december 2008, terwijl al eind oktober 2008 duidelijk was dat de transactie met betrekking tot [bedrijfslocatie] niet doorging;

– op 16 december 2008 wordt over 2008 een aanvullend voorschot Vpb van € 1 mln aan KLH opgelegd, terwijl het jaar 2008 op 16 december 2008 al bijna ten einde was en niet is gebleken dat het binnen de groep gebruikelijk was om na het opleggen van het eerste voorschot, meestal eind januari van een jaar, een aanvullend voorschot in rekening te brengen. [gedaagde sub 2] heeft weliswaar gesteld dat “het ook eerder is voorgekomen” dat er in een jaar een aanvullend voorschot is opgelegd, maar heeft die stelling niet nader geconcretiseerd, zodat de rechtbank daaraan voorbij gaat;

– het opleggen van dit aanvullende voorschot over 2008 was – zo begrijpt de rechtbank – een gevolg van een door [gedaagde sub 2] verwachte mutatie in de voorziening voor latente belastingen. Niet gebleken is echter dat het binnen de groep gebruikelijk was om op een dergelijke mutatie vooruit te lopen en deze al bij wijze van voorschot in rekening te brengen. De door [gedaagde sub 2] gestelde omstandigheid dat

in de afrekening over 2007 wel rekening is gehouden met de mutatie in de voorzieningen voor latente belastingen, kan hem niet baten, omdat het daarbij gaat om een eindafrekening en niet om een voorschot;

– over 2009 wordt op 16 december 2008 een voorschot van € 4 mln in rekening gebracht op basis van de prognose voor de winst van 2009 die is gemaakt in het “Businessplan en Budget 2009” van eind oktober 2008, terwijl vaststaat dat het in de groep gebruikelijk was om het voorschot pas aan het einde van de maand januari van het betreffende jaar op te leggen op basis van een goedgekeurd budgetplan (dat pas op 14 januari 2009 is verschenen), en eind november althans begin december 2008 in opdracht van moedermaatschappij een ‘revised budget’ aan de moedermaatschappij ter beschikking is gesteld waarin wordt uitgegaan van aanzienlijk lagere winstcijfers,

– op 17 december 2008 wordt ten laste van KLH een post van ruim € 2,1 miljoen in rekening-courant geboekt voor (volgens [gedaagde sub 2]) nog te verrekenen vennootschapsbelasting over 2008 en latere jaren, terwijl deze post niet is opgenomen in het overzicht met verschuldigde bedragen aan Vpb dat [gedaagde sub 2] namens de moedermaatschappij bij brief van 16 december 2008 aan KLH heeft verstrekt, en niet gebleken is dat het gebruikelijk was om Vpb via de rekening-courantverhouding in rekening te brengen;

– het opleggen van dit aanvullende voorschot was – zo begrijpt de rechtbank – het gevolg van de bij [gedaagde sub 2] levende verwachting dat op korte termijn fiscale latenties zouden vrijvallen door het uitvoeren van voorgenomen desinvesteringen. Niet gebleken is echter dat het binnen de groep gebruikelijk was om op een dergelijke mutatie vooruit te lopen en bij wijze van voorschot in rekening te brengen. Het vooruitlopen op voorgenomen desinvesteringen lag ook niet voor de hand in de situatie dat de financierende banken herstructureringsplan A van de groep hadden afgewezen, nog geen goedkeuring hadden gegeven aan herstructureringsplan B (welke goedkeuring ook niet zou komen) en zich nog beraadden op de wijze waarop de herstructurering van de groep vorm moest worden gegeven.

– met het toevoegen van deze post van € 2,1 miljoen kwam het totaal van het door KLH aan de moedermaatschappij verschuldigde bedrag aan Vpb precies uit op een bedrag van € 8 mln,

– het moment van het in rekening brengen van de voorschotten aan KLH ter zake van verschuldigde Vpb over de jaren 2008 en 2009 viel vrijwel samen met de instructie van [gedaagde sub 2] aan Stokvis om het resterende bedrag van € 8 mln aan de moedermaatschappij in plaats van aan KREL te betalen,

– de uitgevoerde verrekening zag op een vordering van KREL op de moedermaatschappij van € 8 mln met een schuld van KLH van € 8 mln aan de moedermaatschappij, waardoor formeel niet aan het wederkerigheidsvereiste is voldaan.

5.18. Geconcludeerd kan worden dat [gedaagde sub 2] met het opleggen van de voorschotten Vpb over 2008 en 2009 is afgeweken van hetgeen in de groep gebruikelijk was. Voor deze handelwijze heeft [gedaagde sub 2] geen goede reden gegeven. Hij heeft in dit kader alleen aangevoerd dat het reeds in december in rekening brengen van de voorschotten nodig was “om de kasstromen te optimaliseren”. Dat is te vaag om als deugdelijke onderbouwing voor de afwijking van de gebruikelijke gang van zaken in de groep te kunnen dienen. Naar het oordeel van de rechtbank was een deugdelijke onderbouwing in het onderhavige geval wel van cruciaal belang, omdat in december 2008 nog veel onduidelijk was over de structuur die de groep uiteindelijk zou krijgen, en verwacht moest worden dat die duidelijkheid in januari 2009, het gebruikelijke moment voor het in rekening brengen van een voorschot Vpb, wel zou ontstaan. De door de banken aan de leasevennootschappen verstrekte financiering was bovendien net afgelopen en slechts voor een periode van zes weken verlengd.

5.19. [gedaagde sub 2] heeft weliswaar gesteld dat de situatie niet anders zou zijn geweest indien hij de onder 5.9 sub 1) tot en met 4) bedoelde handelingen in januari 2009 zou hebben verricht, maar de rechtbank volgt hem daarin niet. Op 14 januari 2009 is immers het “Business Continuation Plan” (productie 2 van [gedaagde sub 2]) goedgekeurd, waaruit bleek dat de resultaten van de groep aanzienlijk lager waren dan waarmee [gedaagde sub 2] rekening heeft gehouden bij het vaststellen van de voorschotten over 2008 en 2009. Voorts heeft op 16 januari 2009 de aangewezen ‘restructuring

consultant' (KPMG) haar definitieve advies uitgebracht (zie productie 4 van [gedaagde sub 2]) waarin wordt aanbevolen om de fiscale eenheid tussen de moedermaatschappij en KLH onmiddellijk te verbreken. [gedaagde sub 2] heeft zich niet expliciet uitgelaten over het moment waarop hij met de inhoud van dit advies bekend is geworden. Wel stelt hij dat de beslissing van de banken, blijkende uit de 'standstill extension agreement' van 30 januari 2009 (productie 24 van KREL), om tot verbreking van de fiscale eenheid over te gaan hem pas op 3 februari 2009 bekend is geworden. De rechtbank gaat er evenwel vanuit dat [gedaagde sub 2] wel ruim vóór 3 februari 2009 op de hoogte is geraakt van de inhoud van dit advies. Dat leidt de rechtbank af uit de volgende zinsnede op pagina 3 van het advies:

"The contents of our report have been reviewed on 15 January 2009 by (...) and by Ton [gedaagde sub 2], CFO of Kroymans Corporation, for the purpose of confirming the factual accuracy of this report."

Gelet hierop komt de stelling van [gedaagde sub 2] dat hij verrast werd door het besluit van de financierende banken eind januari 2009 om voor te schrijven dat de fiscale eenheid tussen de moedermaatschappij en de onder KLH vallende vennootschappen zou worden verbroken, ongelooftwaardig voor.

5.20. Door de voorgenomen verbreking van de fiscale eenheid tussen de moedermaatschappij en de vennootschappen die onder KLH vielen, zou KLH weer zelfstandig Vpb-plichtig worden en had de moedermaatschappij geen recht meer op het grootste deel van het over 2009 opgelegde voorschot. Gelet hierop moet worden aangenomen dat [gedaagde sub 2], indien hij zoals gebruikelijk eind januari 2009 het voorschot over het jaar 2009 zou hebben vastgesteld, tot een fractie van het bedrag zou zijn gekomen dat hij in december 2008 aan KLH heeft opgelegd.

5.21. De rechtbank is van oordeel dat [gedaagde sub 2] een ernstig verwijt kan worden gemaakt ter zake van het niet afwachten van de ontwikkelingen die na 16/17 december 2008 plaatsvonden met betrekking tot de wijziging van de structuur van de groep. Gelet op de aanwijzing door de banken van een 'restructuring consultant' (KPMG) moest hij er ernstig rekening mee houden dat de structuur van de groep ingrijpend zou worden gewijzigd, en dat daardoor een wijziging zou kunnen optreden in de tot dan toe bestaande fiscale eenheid. Door:

- zonder noodzaak en zonder zwaarwegend belang van de moedermaatschappij
- in afwijking van de gebruikelijke gang van zaken
- over te gaan tot het opleggen van aanvullende voorschotten over het jaar 2008 en
- al in december 2008 over te gaan tot het opleggen van een aanzienlijk voorschot over 2009 en
- die voorschotten vervolgens in verrekening te brengen met een bedrag (van € 8 mln) dat aan een van de onder KLH ressorterende dochtermaatschappijen (KREL) toebehoorde, heeft [gedaagde sub 2] de belangen van KREL onevenredig geschaad. KREL blijft immers zitten met een schuld aan KLH, bestaande uit het onafgeloste deel van de door KLH aan haar verstrekte lening (met renteverplichting), terwijl dat bedrag ook niet meer op de moedermaatschappij verhaalbaar is en Stokvis betaling van € 8 mln aan KREL weigert.

5.22. Het verwijt is des te ernstiger omdat [gedaagde sub 2] op het moment dat hij ervan uit moest gaan dat de fiscale eenheid tussen de moedermaatschappij en KLH zou worden verbroken (15 januari 2009) en ook op het moment waarop hij naar eigen zeggen wist dat de banken het besluit daartoe hadden genomen (3 februari 2009), geen maatregelen heeft genomen om ervoor te zorgen dat in ieder geval het deel van het voorschot over 2009 dat ten onrechte in verrekening was gebracht, zo spoedig mogelijk aan KREL werd terugbetaald, dan wel dat dit aan KLH werd betaald onder de voorwaarde dat de schuld van KREL aan KLH evenredig werd verminderd. [gedaagde sub 2] heeft nagelaten om hiervoor een reden te geven.

Ook heeft [gedaagde sub 2] geen reden gegeven waarom hij niet al eind oktober 2008 de instructie heeft gegeven aan Stokvis om tot terugbetaling (aan KREL) van het volledige voorgeschoten bedrag van € 12,5 mln over te gaan. Indien hij dat wel zou hebben gedaan, zou KREL thans niet met een onvoldane vordering zitten.

5.23. Het zorgdragen voor tijdige terugbetaling door Stokvis aan KREL van € 8 mln lag met name voor de hand omdat [gedaagde sub 2] er – ook eind 2008 – rekening mee moest houden dat de banken uiteindelijk niet tot verlenging van de financiering zouden overgaan hetgeen onvermijdelijk tot het faillissement van de groep zou leiden. In ieder geval vanaf september 2008 stond de groep onder bijzonder beheer van de betreffende banken, de afgesproken kredietratio's werden niet gehaald en er was betalingsonmacht gemeld aan de fiscus met betrekking tot verschuldigde belasting ter hoogte van € 15 mln. Er was in het laatste kwartaal van 2008 geen sprake van een 'vrijwillige heroriëntatie', zoals [gedaagde sub 2] stelt, maar van een door de financierende banken opgelegde herstructureringsoperatie in het licht van de verslechterende financiële situatie (in september 2008 werd een verlies van de groep over 2008 van € 40 mln begroot). Blijkens het Business Continuationplan van 14 januari 2009, dat was gebaseerd op cijfers die begin december 2008 ter beschikking stonden van de moedermaatschappij, was er sprake van kritieke financiële situatie: uitgegaan werd van een verlies van de groep over 2008 van bijna € 71 mln en werd een verlies over 2009 voorspeld van € 7,5 mln. De rechtbank leidt uit de stellingen van partijen af dat dit verlies over 2009 was gebaseerd op het slagen van de voor 2009 voorgenomen desinvesteringen en dat het verlies dus nog hoger zou worden, indien die desinvesteringen niet zouden slagen (hetgeen uiteindelijk het geval was).

5.24. Anders dan [gedaagde sub 2] stelt heeft hij aan het feit dat aandeelhouder [B] in januari 2009 € 25 mln heeft ingebracht, niet het argument mogen ontlenen dat hij ook toen nog geen rekening heeft hoeven houden met een faillissement van de groep. Immers, deze betaling betrof geen reguliere kapitaalversterking maar strekte ter vergoeding van een tegenprestatie in de vorm van het bieden aan de heer[B] van de mogelijkheid om een aantal renderende vennootschappen uit de groep te halen om deze vervolgens in zijn eigen vennootschap, Citadel, onder te brengen.

Hetzelfde geldt voor de aanvullende financiering die de banken in januari 2009 aan de groep zouden hebben verstrekt. [gedaagde sub 2] heeft over de omvang en bestemming van deze financiering geen concrete informatie verschaft. Volgens Stokvis betreft het een bedrag van € 15 mln dat door de banken aan de over te dragen vennootschappen werd verstrekt, zodat niet valt in te zien hoe de aanvullende financiering voor [gedaagde sub 2] relevant was voor diens inschatting van de kans van overleven van vennootschappen die in de groep zouden achterblijven.

5.25. Naar het oordeel van de rechtbank moest [gedaagde sub 2] op basis van het voorgaande ook al in december 2008 weten dat het voortbestaan van de groep op het spel stond en voorts dat indien hij niet vóór de feitelijke verbreking van de fiscale eenheid tussen de moedermaatschappij en de KLH-vennootschappen zorg zou dragen voor terugbetaling van de ten onrechte in rekening gebrachte voorschotten, het risico aanzienlijk was dat het niet tot een terugbetaling zou komen.

5.26. De rechtbank is op grond van het voorgaande van oordeel dat [gedaagde sub 2] door het samenstel van handelingen als weergegeven onder 5.9 de belangen van KREL onevenredig heeft geschaad, dat hem terzake een ernstig verwijt kan worden gemaakt en dat hij daarmee KREL onbehoorlijk heeft bestuurd. Hij is dan ook aansprakelijk voor de dientengevolge door KREL geleden schade.

5.27. Die schade bestaat uit het verschil tussen de huidige situatie waarin KREL verkeert en de situatie waarin KREL zou hebben verkeerd, indien [gedaagde sub 2] zich niet schuldig zou hebben gemaakt aan onbehoorlijk bestuur. In dat laatste geval zou [gedaagde sub 2] onvoldoende rechtvaardiging hebben gehad voor het geven van een instructie aan Stokvis om het door deze aan KREL nog verschuldigde bedrag van € 8 mln om te leiden naar de moedermaatschappij, en deze instructie dus niet hebben kunnen geven. In een dergelijk geval zou [gedaagde sub 2] de door KLH eventueel wel verschuldigde Vpb (bijvoorbeeld die over 2007, die niet is betwist) of voorschotten daarop rechtstreeks bij KLH in rekening hebben moeten brengen op het daartoe gebruikelijke moment en zou Stokvis de € 8 mln rechtstreeks aan KREL hebben voldaan. De schade van KREL moet dan ook op laatstgenoemd bedrag worden begroot.

5.28. Aangezien de vordering van KREL op [gedaagde sub 2] een vordering tot schadeloosstelling betreft, is voor verschuldigdheid van wettelijke handelsrente over dit bedrag geen plaats. Als het mindere is wel de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW toewijsbaar, en wel met ingang van de datum waarop [gedaagde sub 2] zijn taak als bestuurder van KREL onbehoorlijk heeft vervuld (16 december 2008). De vordering van KREL op [gedaagde sub 2] zal dan ook op die wijze worden toegewezen.

5.29. [gedaagde sub 2] heeft bezwaar gemaakt tegen uitvoerbaar verklaring bij voorraad van het tegen hem te wijzen vonnis, omdat executie van een vonnis met een dergelijk groot financieel belang voor een particulier desastreus en de facto onomkeerbaar is.

5.30. Beoordeeld dient te worden of het belang van KREL bij uitvoering van de veroordeling voordat daarop in hoogste instantie is beslist, zwaarder weegt dan het belang van [gedaagde sub 2] bij behoud van de bestaande toestand. [gedaagde sub 2] heeft niet betwist dat het bedrag dat in deze procedure van hem wordt gevorderd, onder zijn verzekering wordt gedekt, zodat de rechtbank hem niet kan volgen in zijn stelling dat een uitvoerbaarverklaring bij voorraad voor hem tot onomkeerbare gevolgen zal leiden. Hoewel het belang van KREL bij uitvoerbaarverklaring bij voorraad niet zeer zwaarwegend is (nadat zij is 'losgekoppeld' van de groep heeft zij ruim twee jaar gewacht met het instellen van de onderhavige procedure), is het belang van [gedaagde sub 2] bij behoud van de bestaande toestand zo gering, dat de rechtbank het vonnis ten aanzien van hem toch uitvoerbaar bij voorraad zal verklaren.

De vordering van KREL op Stokvis

5.31. Ter onderbouwing van haar primaire vordering op Stokvis heeft KREL aangevoerd dat de voorgenomen aankoop door KREL van het pand aan [bedrijfslocatie] uiteindelijk niet is doorgegaan, dat KREL aan Stokvis terzake een bedrag van € 12,5 mln heeft verstrekt, en dat Stokvis van dat bedrag slechts een bedrag van € 4,5 mln aan KREL heeft terugbetaald.

5.32. Stokvis heeft mede als verweer aangevoerd dat zij op instructie van [gedaagde sub 2] in zijn hoedanigheid van bestuurder van KREL het resterende bedrag van € 8 mln op 17 december 2008 heeft betaald aan de moedermaatschappij, en dat zij daarmee is bevrijd van haar verplichting om dat bedrag aan KREL te betalen. Volgens haar heeft [gedaagde sub 2] haar ter zake ook finale kwijting verleend. Op die finale kwijting kan KREL niet terugkomen.

5.33. Zoals de rechtbank in ro. 5.10 tot en met 5.12 reeds heeft overwogen heeft Stokvis de betalingsinstructie mogen begrijpen als een instructie die (mede) werd gegeven door [gedaagde sub 2] in zijn hoedanigheid van bestuurder van KREL. Dit heeft tot gevolg dat Stokvis dus de toestemming had van KREL om de € 8 mln aan de moedermaatschappij te betalen in plaats van aan KREL zelf alsmede dat zij door daaraan uitvoering te geven jegens KREL bevrijdend heeft betaald. De vordering van KREL op Stokvis is dan ook niet toewijsbaar.

De vordering van KLH op Stokvis

5.34. Aan de vordering van KLH op Stokvis heeft KLH ten grondslag gelegd dat:

1. Stokvis onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door het aan KREL toekomende bedrag van € 8 mln aan de moedermaatschappij te betalen en het daarmee mogelijk te maken dat de moedermaatschappij onjuiste en gefingeerde bedragen aan verschuldigde Vpb-voorschotten bij KLH in rekening bracht en verrekende;

2. Stokvis op grond van artikel 6:170 BW aansprakelijk is voor de schade die [gedaagde sub 2] als haar ondergeschikte door de onder 5.9 vermelde handelingen aan KLH heeft toegebracht.

Ad 1)

5.35. Naar het oordeel van de rechtbank kan de vordering op deze grondslag reeds niet slagen, omdat het vereiste causale verband tussen het gestelde handelen van Stokvis en de beweerdelijk geleden schade ontbreekt. Immers, ook indien Stokvis niet tot betaling van het bedrag van € 8 mln aan de moedermaatschappij was overgegaan (maar deze bijvoorbeeld rechtstreeks aan KREL had voldaan) zou de moedermaatschappij tot het opleggen van de onjuiste Vpb-voorschotten hebben kunnen overgaan. Bovendien is het feit dat de moedermaatschappij (het onterecht opgelegde deel) van de in de verrekening betrokken Vpb-voorschotten (hoogstwaarschijnlijk) niet zal terugbetalen aan KLH geen gevolg van een handeling van Stokvis.

Ad 2)

5.36. Voor aansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW is onder meer vereist dat er een functioneel verband bestaat tussen de fout van de ondergeschikte en de aan deze ondergeschikte opgedragen taak. Daarbuiten vallen derhalve handelingen die [gedaagde sub 2] in zijn hoedanigheid van bestuurder van een andere vennootschap dan Stokvis heeft verricht (de onder 5.9 sub 1), 3), 4) en 5) omschreven handelingen).

Voor zover KLH schade heeft geleden door het feit dat [gedaagde sub 2] namens Stokvis medewerking heeft verleend aan het betalen van het bedrag van € 8 mln aan de moedermaatschappij, geldt – onder verwijzing naar hetgeen onder 5.35 is overwogen – dat het vereiste causaal verband terzake ontbreekt.

De proceskosten van KREL

5.37. [gedaagde sub 2] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van KREL worden veroordeeld. (...; *red.*)

De proceskosten van Stokvis

5.39. In het geschil tussen Stokvis en KREL/KLH zijn laatstgenoemden aan te merken als de in het ongelijk gestelde partij. KLH en KREL zullen dan ook in de door Stokvis gemaakte proceskosten worden veroordeeld. (...; *red.*)

In de vrijwaringszaak

Ten aanzien van [gedaagden in vrijwaring c.s.]

5.41. Voor zover de vrijwaringszaak is gericht tegen [gedaagden in vrijwaring c.s.] is deze op verzoek van partijen verwezen naar de parkeerrol, zodat de zaak in zoverre niet in staat van wijzen is. De rechtbank zal de beslissing dan ook in zoverre aanhouden.

Ten aanzien van KREL en KLH

5.42. Nu de vorderingen van KREL en KLH op Stokvis in de hoofdzaak zijn afgewezen, is de vordering tot vrijwaring niet voor toewijzing vatbaar.

5.43. Stokvis zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van KREL en KLH worden veroordeeld. (...; *red.*)

(...; *red.*)

6. De beslissing

De rechtbank

in de hoofdzaak

6.1. veroordeelt [gedaagde sub 2] om aan KREL te betalen een bedrag van € 8.000.000,00 (acht miljoen euro), vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW met ingang van 16 december 2008 tot de dag van volledige betaling,

6.2. veroordeelt [gedaagde sub 2] in de door KREL ten aanzien van hem gemaakte kosten, (...; *red.*),

6.3. veroordeelt KREL en KLH in de door Stokvis gemaakte kosten, (...; *red.*),

6.4. veroordeelt KREL en KLH, onder de voorwaarde dat zij niet binnen 14 dagen na aanschrijving door Stokvis volledig aan het onder 6.3 bepaalde voldoen, in de na dit vonnis aan de zijde van Stokvis ontstane kosten, (...; *red.*),

6.5. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad,

6.6. wijst het meer of anders gevorderde af,

in de zaak in vrijwaring

6.7. verstaat dat de vordering tot vrijwaring jegens [gedaagde sub 2], [gedaagde in vrijwaring sub 4] en [gedaagde in vrijwaring sub 5] nog geen behandeling behoeft,

6.8. wijst de vordering tot vrijwaring jegens KREL en KLH af,

6.9. veroordeelt Stokvis in de door KREL en KLH gemaakte kosten in de vrijwaringszaak, (...; *red.*),

6.10. verklaart onderdeel 6.9 van dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad,

6.11. houdt de beslissing voor het overige aan.

Noot

1. De Kroymans-groep was een grote speelster in de Nederlandse autobranche. Zij bestond enerzijds uit zogeheten tradingvennootschappen en anderzijds uit leasevennootschappen. Eind 2008 raakte de groep in financiële problemen, wat in maart 2009 leidde tot het faillissement van concernmoeder Kroymans Corporation BV ("KC") en enkele groepsvennootschappen, vooral tradingvennootschappen. De leasevennootschappen zijn kort voor het faillissement uit de groep gehaald door overdracht aan de Stichting Administratiekantoor Kroymans Lease Holding. In deze uitspraak wordt de voormalige CFO van de Kroymans-groep ("X") op grond van art. 2:9 BW aansprakelijk gehouden voor zijn handelen als (indirect) bestuurder van dochtermaatschappij Kroymans Real Estate Lease BV ("KREL"), een van de leasevennootschappen. X was bestuurder van KC en van verschillende groepsvennootschappen, waaronder Kroymans Lease Holding B.V. ("KLH"). KLH was enig aandeelhouder en bestuurder van KREL, dat zich binnen de groep bezig hield met vastgoedleasing. De structuur wordt in r.o. 3.1 in meer detail uiteengezet.

2. De art. 2:9-vordering van KREL was gebaseerd op een ingewikkeld feitencomplex. A.R.M. Stokvis BV ("Stokvis"), één van de tradingvennootschappen van de groep, zou in het kader van een sale and lease back-transactie met KREL onroerend goed aan KREL overdragen. De koopsom bedroeg € 12,5 miljoen. KREL financierde deze koopsom met een lening van haar moeder KLH. Vooruitlopend op de overdracht maakte KREL de koopsom alvast in twee delen aan Stokvis over, in augustus en september 2008. In oktober 2008 besloot concernmoeder KC echter dat de transactie niet door zou gaan. Daardoor

had KREL de € 12,5 miljoen onverschuldigd aan Stokvis betaald. Stokvis betaalde vervolgens in twee delen € 4,5 miljoen aan KREL terug. KREL heeft met dat bedrag de schuld aan haar moeder KLH deels afgelost. Begin december 2008 was Stokvis nog (€ 12,5 miljoen -/- € 4,5 miljoen =) € 8 miljoen aan KREL verschuldigd en KREL eenzelfde bedrag aan haar moeder KLH. Op 16 en 17 december 2008 heeft KC enkele bedragen bij KLH in rekening gebracht in verband met vennootschapsbelasting (Vpb). KC vormde met KLH en andere groepsvennootschappen een fiscale eenheid. Ik begrijp dat KC de door de fiscale eenheid verschuldigde Vpb aan de fiscus betaalde en in dat verband jaarlijks een voorschot van de andere vennootschappen in de fiscale eenheid vorderde voor hun bijdrage aan de Vpb en hun, nadat de Vpb definitief was vastgesteld, eindafrekeningen toezond. KC bracht bij KLH in rekening: (a) € 879.903 in verband met de eindafrekening van de Vpb 2007, (b) € 1 miljoen als een aanvullend voorschot voor de Vpb 2008, (c) € 4 miljoen als voorschot voor de Vpb 2009, en (d) € 2.120.097 in rekening-courant ten laste van KLH voor “nog te verrekenen vpb” (r.o. 3.9). Op of omstreeks 16 december 2008 gaf X de instructie aan Stokvis om de nog verschuldigde € 8 miljoen niet aan KREL maar aan concernmoeder KC te betalen. Stokvis heeft dat op 17 december 2008 gedaan. Vervolgens heeft KC de voormelde Vpb-bedragen, tezamen eveneens € 8 miljoen, verrekend met “*het van Stokvis ontvangen bedrag van € 8 miljoen*” (r.o. 5.9). Hoe KC deze verrekening meende toe te kunnen passen, wordt niet duidelijk. Doordat KC Stokvis niet aan KREL maar aan KC liet betalen, ontstond er een schuld van KC aan KREL van € 8 miljoen. Die schuld verrekende KC met de Vpb-gerelateerde vorderingen op KLH, de moeder van KREL. Hier ontbreekt dus de voor verrekening vereiste wederkerigheid. De rechtbank constateert dit in r.o. 5.17 laatste bullet point. Het is weliswaar mogelijk om bij overeenkomst tussen drie of meer partijen vorderingen te verrekenen zonder wederkerigheid, maar daarvan was hier geen sprake. De schuld van KREL aan KLH van € 8 miljoen bleef na de verrekening juist bestaan en dat terwijl Stokvis zich jegens KREL op het standpunt stelde dat zij bevrijdend had betaald (aan KC) en aan KREL dus niets meer verschuldigd was. Twee maanden later zijn de leasevennootschappen uit de groep gehaald waardoor de fiscale eenheid met KC werd verbroken.

3. KREL stelde in de onderhavige procedure dat de Vpb-vorderingen van KC ondeugdelijk waren. Door (i) Stokvis te instrueren om de € 8 miljoen niet aan KREL maar aan KC te voldoen en (ii) het ontvangen bedrag vervolgens met de ondeugdelijke Vpb-vorderingen op KLH te verrekenen, heeft X het laten gebeuren dat KREL met de schuld van € 8 miljoen aan KLH bleef zitten terwijl Stokvis kon stellen niets meer aan KREL verschuldigd te zijn. Daarbij komt dat X niet heeft geprobeerd om de voorschotten van KLH terug te krijgen toen korte tijd later de fiscale eenheid met KC werd verbroken. KREL meende dat X door dit samenstel van handelingen ernstig verwijtbaar heeft gehandeld als bestuurder van KREL en vorderde dat X de hierdoor geleden schade, € 8 miljoen vermeerderd met rente, aan KREL zou moeten vergoeden.

4. De rechtbank beoordeelt de vordering van KREL jegens X terecht aan de hand van het oude art. 2:9 BW, nu de verweten gedragingen vóór 1 januari 2013 hebben plaatsgevonden. Voor de beoordelingsmaatstaf maakt dit geen verschil omdat de wetgever ook nu het in Staleman/Van der Ven (HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360, m.nt. Ma) geformuleerde criterium “ernstig verwijt” voor ogen heeft (*Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8*). De nadere duiding “*dat wil zeggen wanneer geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – zo gehandeld zou hebben als de in geding zijnde bestuurder*” zal de rechtbank op Laurus hebben gebaseerd (HR 8 april 2005, «JOR» 2005/119, m.nt. Brink). In r.o. 5.9 vat zij de relevante gedragingen van X samen: de instructie aan Stokvis, het in rekening brengen aan KLH van de Vpb-bedragen, de verrekening die in dat verband plaatsvond en de inactiviteit van X nadat de fiscale eenheid was verbroken. De rechtbank staat eerst stil bij de instructie aan Stokvis. Deze gaf X volgens de rechtbank niet alleen als bestuurder van KC, maar ook als bestuurder van KREL (r.o. 5.11). Dit betekent dat indien X ter zake die instructie een ernstig verwijt treft, hij jegens KREL schadeplichtig is. Dat geldt ook voor de andere betrokken gedragingen, al stond daarbij vast dat X deze verrichtte als bestuurder van KC en niet KREL. Ik merk op dat het in concernverband niet vreemd is dat een persoon van meerdere concernvennootschappen bestuurder is. Het kan daardoor voorkomen dat een handeling die hij verricht als bestuurder van een bepaalde concernvennootschap, in dit geval KC, leidt tot aansprakelijkheid als bestuurder van een andere concernvennootschap, in dit geval KREL, indien de handeling voor die laatste vennootschap zeer nadelige gevolgen heeft. Het ernstig verwijt bestaat dan uit een verwaarlozing van de belangen van de benadeelde vennootschap (een nalaten). Een concernvennootschap heeft immers naast het concernbelang ook, in meer of mindere mate, een eigen belang dat bewaakt moet worden (vgl. HR 26 oktober 2001, «JOR» 2002/2, m.nt. Bartman (*Juno*) en

Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, nr. 88). Dat punt komt in r.o. 5.13 mooi tot uiting. Vervolgens inventariseert de rechtbank, in lijn met de omstandighedencatalogus uit Staleman/Van der Ven, “over welke gegevens [X] beschikte ten tijde van deze handelingen”. Daarbij wordt vooropgesteld dat X CFO was van de concernmoeder en bestuurder van de dochtermaatschappijen en uit dien hoofde dus reeds geacht moet worden de financiële gang van zaken bij de dochtermaatschappijen te kennen. In r.o. 5.16 volgt een lange lijst met concretere zaken waarmee X ten tijde van de verweten gedragingen bekend moet zijn geweest. De rechtbank laat op deze manier zien dat zij het handelen van X wil beoordelen naar het moment waarop dit plaatsvond en niet met de wijsheid van achteraf, zulks conform de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever (*Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 10*). Dan wordt duidelijk naar welke kant het balletje in dezen gaat rollen. De rechtbank oordeelt in r.o. 5.17 dat de betrokken handelingen van X in het licht van zijn wetenschap van destijds “opvallend” (lees: verdacht) zijn en motiveert dit in negen bullet points. De meeste aandacht gaat uit naar de Vpb-gerelateerde voorschotten die KC aan KLH in rekening bracht. De rechtbank zegt niet met zoveel woorden dat deze ongegrond waren, maar zij uit wel zeer duidelijke bedenkingen. In het oog springt bijvoorbeeld dat KC door de voorschotten precies € 8 miljoen met KLH kon verrekenen en dat er al in december om voorschotten werd gevraagd, daar waar dat normaal gesproken in januari werd gedaan. Ook wijst de rechtbank op het ontbreken van wederkerigheid bij de verrekening, wat al werd vermeld. De rechtbank concludeert dat X met zijn handelen is afgeweken van wat in de groep gebruikelijk was en dat X daarvoor geen goede reden heeft kunnen geven (r.o. 5.18). Die goede reden had er volgens de rechtbank wel moeten zijn omdat X er in december 2008 ernstig rekening mee moest houden dat de structuur van de groep zou veranderen en daardoor ook een wijziging in de fiscale eenheid zou kunnen optreden. Hier doelt de rechtbank op het feit dat het bankenconsortium dat KLH financierde op 15 december 2008, als voorwaarde voor de verlenging van de financiering tot eind januari 2009 (de financiering was op 10 december 2008 verlopen), had afgedwongen dat KLH een “restructuring consultant” aan zou stellen. X had dus juist reden om de ontwikkelingen in januari 2009 af te wachten. Had hij dat gedaan, dan was het voorschot dat aan KLH in rekening werd gebracht veel geringer geweest omdat in januari 2009 duidelijk zou zijn geworden dat KLH uit de fiscale eenheid met KC zou gaan en dus niet of veel minder aan de VPB zou hoeven bijdragen. X had de ontwikkelingen dus af moeten wachten voordat hij voorschotten zou vragen, maar hij versnelde de voorschotten juist en verrekende deze vervolgens zodanig dat KREL met haar schuld aan KLH bleef zitten. Dat is een zodanige verwaarlozing van de belangen van KREL dat X een ernstig verwijt treft (r.o. 5.21). Daarbij komt dat X, toen korte tijd nadien duidelijk werd dat KLH de fiscale eenheid zou verlaten, geen maatregelen heeft genomen om ervoor te zorgen dat zij de voorschotten retour kreeg (r.o. 5.22), hetgeen temeer klemmt omdat X al vanaf december 2008 wist dat er een aanzienlijk risico was dat KC uiteindelijk niet zou kunnen terugbetalen (r.o. 5.25). X wordt veroordeeld tot schadevergoeding jegens KREL. Die schade bestaat uit € 8 miljoen, het bedrag dat KREL zou hebben ontvangen als X de instructie niet had gegeven en niet had verrekend. Deze schade is definitief in die zin dat KREL dat bedrag niet meer van Stokvis kan verlangen, omdat zij bevrijdend betaalde, en evenmin van KC omdat zij failliet is.

5. Afgaand op (slechts) het vonnis, vind ik deze uitkomst wel begrijpelijk omdat het geheel aan feiten de gedachte wekt dat X de € 8 miljoen bewust naar de concernmoeder heeft omgeleid met als doel om dat bedrag door verrekening met onvoldoende verklaarbare vorderingen bij de concernmoeder te behouden, ten koste van KREL. Wat mij wel opvalt, is dat de rechtbank vooral aandacht heeft voor de vorderingen waarmee werd verrekend en maar nauwelijks voor de ontbrekende wederkerigheid, terwijl dat laatste in mijn ogen evenzeer verwijtbaar is.

mr. S.C.M. van Thiel, advocaat bij De Breij Evers Boon