

**JOR 2015/326 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 11-08-2015
Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, Autonome taak en
verantwoordelijkheid van bestuur na overname vennootschap door
private equity partijen, Geen weerlegging van vermoeden dat
onbehoorlijke taakvervulling belangrijke oorzaak is van faillissement**

Wetsbepaling(en):

[BW BOEK 2 artikel 239](#), [BW BOEK 2 artikel 248](#)

Ook gepubliceerd in:

[ECLI:NL:GHARL:2015:6002](#), [JONDR 2015/1015](#), [INS-Updates.nl 2015-0249](#) , [OR-Updates.nl 2015-0312](#) , [RO 2015/67](#)

**JOR 2015/326, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 11-08-2015,
ECLI:NL:GHARL:2015:6002, 200.151.767/01 (annotatie)**

Inhoudsindicatie

Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, Autonome taak en verantwoordelijkheid van bestuur na overname vennootschap door private equity partijen, Geen weerlegging van vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling belangrijke oorzaak is van faillissement

Ga direct naar

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

Gegevens

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Leeuwarden
Datum uitspraak	11-08-2015
Publicatie	JOR 2015/326 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 12, 2015
Annotator	<ul style="list-style-type: none">• mr. S.C.M. van Thiel
ECLI	ECLI:NL:GHARL:2015:6002
Zaaknummer	200.151.767/01
Overige publicaties	<ul style="list-style-type: none">• ECLI:NL:GHARL:2015:6002• OR-Updates.nl 2015-0312• INS-Updates.nl 2015-0249• RO 2015/67• JONDR 2015/1015
Rechtsgebied	Ondernemingsrechtpraktijk
Rubriek	Ondernemingsrecht
Rechters	<ul style="list-style-type: none">• mr. Janse• mr. Van der Pol

- mr. Vedder

1. X,
2. Y,
appellanten in het principaal hoger beroep,
geïntimeerden in het incidenteel hoger beroep,
hierna gezamenlijk te noemen: X c.s.
advocaat: mr. W.M. Sturms,
Partijen tegen
mr. R.J.L. Gustenhoven q.q. te Leeuwarden,
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,
appellante in het incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg: gedaagde,
hierna: de curator,
advocaat: mr. R. Bremer.

Regelgeving

- BW Boek 2 - 239
- BW Boek 2 - 248 lid 2

Samenvatting

Volgens de voormalig bestuurders X en Y hebben andere oorzaken dan hun onbehoorlijk bestuur de faillissementen van FanoFinefood (en drie Nederlandse dochtervennootschappen) veroorzaakt. Zij stellen dat na de management buy-out in 2001 door de nieuwe aandeelhouders, private equity partijen, is gekozen voor een te zware financiering op basis van zoveel mogelijk vreemd vermogen, die gebaseerd was op te sterke verwachtingen, zowel wat betreft autonome groei als groei door overnames. De groei was echter minder dan verwacht door overnames die verkeerd uitpakten en verslechterende marktomstandigheden.

Het hof oordeelt dat het betoog van de voormalig bestuurders onvoldoende concreet en steekhoudend is ter ontzenuwing van het vermoeden dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. X en Y verliezen uit het oog dat zij als bestuurders de autonome bevoegdheid en taak hebben de vennootschap te besturen (zowel ingevolge het huidige art. 2:239 lid 1 BW als onder vigour van de bepaling zoals die gold voor 1 januari 2013). Gesteld noch gebleken is dat in de statuten is bepaald dat de ava het bestuur aanwijzingen kan geven als bedoeld in art. 2:239 lid 4 BW. Als niet weersproken staat voorts vast dat het bestuur zelf de financieringsovereenkomsten is aangegaan. Het bestuur diende bij het aangaan van de financiering, zoals bij al zijn beslissingen, de belangen van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te dienen (zie het huidige lid 5 van art. 2:239 BW, doch ook vaste rechtspraak onder het voor 1 januari 2013 geldende recht). Dit betekent weliswaar dat het bestuur bij zijn besluitvorming rekening moet houden met de belangen van alle betrokkenen, dus ook met die van de aandeelhouders (HR 13 juli 2007, «JOR» 2007/178, m.nt. Nieuwe Weme (ABNAMro) en HR 9 juli 2010, «JOR» 2012/142, m.nt. Winters (ASMI)), maar vanzelfsprekend niet dat het bestuur zich dient te gedragen als een marionet van die aandeelhouders (vergelijk reeds HR 21 januari 1955, ECLI:NL:HR:1955:AG2033, NJ 1959, 43 (Forumbank)). Als het bestuur zich wel zo laat gebruiken, dan kan het zich daar niet op beroepen ter ontzenuwing van het vermoeden dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Indien het bestuur de wensen van de aandeelhouders niet in het belang van de vennootschap acht, dan dient het in het uiterste geval af te treden. Ook het opstellen van groei doelstellingen valt onder het algemene beleid en de strategie en daarmee onder de verantwoordelijkheid van het bestuur. Indien op dit punt is uitgegaan van te ambitieuze verwachtingen en dit mede de faillissementen heeft veroorzaakt, dan kan dit derhalve niet afdoen aan het vermoeden dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van de faillissementen is geweest.

Dat de gevolgen voor X c.s. verstrekkend en pijnlijk zijn, is onmiskenbaar doch in de gegeven omstandigheden en gezien de ernst van de gebleken feiten (waaronder gepleegde misdrijven) oordeelt

het hof dat een matiging van het bedrag waarvoor zij als bestuurders aansprakelijk zijn hier niet op zijn plaats is.

Uitspraak

(...; red.)

3. De feiten

3.1. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis van 17 maart 2010 onder 2 (2.1 tot en met 2.18) een aantal in deze zaak vaststaande feiten weergegeven. Hieromtrent bestaat geen geschil, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan. Aangevuld met wat in hoger beroep is komen vast te staan, gaat het om het volgende.

3.2. Op 29 oktober 2003 is surséance van betaling verleend aan de besloten vennootschap FanoFineFood B.V. te Oosterwolde (hierna: FanoFineFood), met aanstelling van mr. J.B. Dijkema en mr. R.J.L. Gustenhoven tot bewindvoerders.

3.3. Op 5 december 2003 is de surseance van betaling omgezet in een faillissement. Rond dezelfde datum werden ook drie Nederlandse dochtervennootschappen van FanoFineFood in staat van faillissement verklaard, te weten Profood B.V. te Oldenzaal (hierna: Profood),

Asia Choice B.V. te Oosterwolde (hierna: Asia Choice) en Algemene Broodjescentrale B.V. te Rotterdam (hierna: Algemene Broodjescentrale). In al deze faillissementen zijn mr. J.B. Dijkema en mr. R.J.L. Gustenhoven tot curator benoemd. FanoFineFood was statutair bestuurder van genoemde dochtervennootschappen.

3.4. FanoFineFood exploiteerde tot aan haar faillissement te Oosterwolde een fabriek waar salades, sauzen en broodjes werden geproduceerd en verhandeld. Daarnaast exploiteerde de vennootschap een fabriek te Emmen, waar salades en sauzen werden geproduceerd en verhandeld. Via de verschillende dochtervennootschappen van FanoFineFood werden vergelijkbare werkzaamheden verricht in Oldenzaal en Rotterdam en op diverse locaties in België. Bij FanoFineFood en haar Nederlandse dochters waren ten tijde van de surseance van betaling ongeveer 400 werknemers in dienst.

3.5. FanoFineFood maakte tot april 2001 deel uit van de Koninklijke Smilde Groep. In april 2001 vond er een "Management Buy Out" (hierna: MBO) plaats. Sindsdien werden alle aandelen in het kapitaal van FanoFineFood gehouden door de besloten vennootschap FanoFineFood Holding B.V. De aandelen van deze holding kwamen voor het grootste deel in handen van een "private equity" partij, te weten de commanditaire vennootschap Alpinvest Partners Direct Investments 2000 C.V., hierna: Alpinvest (voorheen genaamd NIB Capital Private Equity Direct Investments 2000 C.V.). Voorts kwam een deel van de aandelen in handen van de besloten vennootschap Koninklijke Smilde B.V. en voor een gedeelte in andere handen, waaronder het vroegere management en het hogere personeel.

3.6. Reeds voor de MBO, vanaf 1 juli 1997, was Y statutair bestuurder van FanoFineFood. Y fungeerde daarbij als algemeen directeur. Na de MBO behield hij deze positie. X was in de periode voor de MBO als controller werkzaam bij FanoFineFood en is per 18 juni 2001 statutair bestuurder geworden van FanoFineFood. X hield zich als financieel directeur voornamelijk bezig met de financiële gang van zaken binnen de onderneming.

3.7. Bij FanoFineFood Holding was een Raad van Commissarissen (RvC) aangesteld. Deze RvC hield mede toezicht op de gang van zaken bij FanoFineFood.

3.8. Naast de twee statutaire bestuurders kende FanoFineFood een managementteam.

3.9. FanoFineFood werd na de MBO gefinancierd door een bankenconsortium, bestaande uit Fortis Bank (Nederland) N.V. te Rotterdam, Commerzbank Nederland N.V. te Amsterdam, de coöperatieve Rabobank Heerenveen U.A. te Heerenveen en Friesland Bank N.V. te Leeuwarden. Fortis Bank (Nederland) N.V. trad op als agent van dit bankenconsortium. In de gesloten financieringsovereenkomsten werden eisen gesteld aan de financiële resultaten van FanoFineFood. Er moesten bepaalde financiële ratio's worden gehaald, bij gebreke waarvan de verstrekte leningen konden worden opgezegd. Op grond van de overeenkomsten moest FanoFineFood iedere maand en ieder kwartaal uitgebreid verslag uitbrengen van haar financiële positie.

3.10. Na de MBO heeft FanoFineFood een tweetal overnames gedaan. In 2001 werden via de Belgische dochter Subliem BVBA de aandelen verworven van Freshcom Food België N.V. (hierna: Freshcom). In 2002 heeft FanoFineFood de aandelen overgenomen van de Algemene Broodjescentrale. Alvorens tot een overname van Freshcom is overgegaan, heeft KPMG een beperkt due diligence onderzoek uitgevoerd en daarvan een stuk genaamd "voorlopige bemerkingen due diligence" uitgebracht. Hierin is onder meer vermeld dat een aantal essentiële gegevens nog niet door Freshcom was verstrekt en dat het rapport om die reden slechts kon worden beschouwd als een voorlopig rapport.

3.11. In de jaarrekening over 2001 is vermeld dat de FanoFineFood-groep in de periode na de MBO (1 mei-31 december 2001) een verlies leed van € 474.000,- bij een netto omzet van € 72.335.000,-. In de voorlopige resultatenverantwoording over 2002 – die ook aan de RvC en het bankenconsortium is gepresenteerd – is vermeld dat de groep over het jaar 2002 een verlies leed van € 1.730.000,00 bij een netto omzet van € 102.013.000,-.

3.12. In het voorjaar van het jaar 2003 vond de controle van de jaarrekening over het jaar 2002 door de externe accountant van de onderneming (KPMG) plaats. In opdracht van de RvC heeft KPMG een vervolgonderzoek gedaan. Als gevolg van dit onderzoek zijn de resultaten over het boekjaar 2002 naar beneden toe bijgesteld. In een brief van KPMG van 21 juli 2003 wordt onder meer het volgende vermeld:

[...]

1.1. Algemeen

Zowel in Nederland als in België zijn de werkzaamheden inzake de controle van de jaarcijfers vrijwel afgerond. Zoals bekend hebben wij u – op grond van de voorlopige uitkomsten van onze controle van de jaarcijfers – moeten informeren, dat wij zijn gestuit op aanwijzingen voor directiefraude in zowel Nederland als België. [...]

Op basis van de thans bekende informatie, zijn een groot aantal noodzakelijke correcties aangebracht in de administraties van de onderscheiden vennootschappen. De effecten daarvan op het jaarresultaat zijn materieel.

Een overzicht van de geconsolideerde balans per 31 december 2002 en van het resultaat over het jaar 2002 uitgaande van hetgeen thans bekend is, treft u aan in bijlage I bij deze brief. Daaruit blijkt dat het groepsresultaat na belastingen ten opzichte van 2001 met ruim € 8 miljoen is gedaald en voorsnog uitkomt op een verlies van € 10,9 miljoen. De belangrijkste oorzaken moeten – wanneer de uitkomsten worden vergeleken met die van 2001 – aan de lastenkant worden gezocht in een stijging van de loonkosten met circa € 2,4 miljoen, een toename van de afschrijvingen met ongeveer € 1 miljoen, een stijging van de overige kosten met circa € 5,7 miljoen en een toename van de rentekosten met ruim € 0,8 miljoen. [...]

De recente gebeurtenissen hebben aan het licht gebracht dat de tussentijds verstrekte informatie niet aan de noodzakelijke betrouwbaarheidscriteria voldeed. De oorzaken zijn voor een deel gelegen in het feit dat gedurende het jaar geen hard closings worden uitgevoerd, waarbij een overall aansluiting met de financiële administratie wordt uitgevoerd. Daarnaast zijn er concrete aanwijzingen dat de hoogste leiding de zaken te rooskleurig voorstelde. Voorts kan worden geconcludeerd dat trends die concreet werden

benoemd in de tussentijdse verslagen (voorbeeld: stijging van de loonkosten) niet hebben geleid tot het tussentijds aanpassen van de forecast voor het gehele jaar. Met andere woorden, de samenhang tussen het verhaal en de trends enerzijds en de financiële vertaling daarvan anderzijds werd verbroken.

Onze ervaringen gedurende de afgelopen weken geven het beeld van een onderneming die beslist in staat moet worden geacht voldoende betrouwbare tussentijdse cijfers op te leveren. De managers van de diverse onderdelen hebben een goed inzicht in de actuele stand van zaken en ook de control functie op de operations (Nederland) fungeert goed. Essentieel blijft uiteindelijk echter het tussentijds vaststellen van aansluiting met de financiële administratie. Dat voorkomt excessen zoals die zich thans hebben voorgedaan. [...]

3.13. Y en X zijn in België vervolgd wegens door hen (mede)gepleegde financiële malversaties. Bij arrest van het Hof van Beroep Antwerpen van 20 november 2013 zijn zij in hoger beroep schuldig verklaard aan het (in de jaren 2002 en 2003) opstellen en gebruiken van valse overeenkomsten, facturen en andere geschriften, met (onder andere) als doel om de financiële situatie van Freshcom rooskleuriger voor te stellen dan deze in werkelijkheid was. Vanwege de overschrijding van de redelijke termijn en het feit dat niet bewezen was dat X en Vissen persoonlijk voordeel hebben nagestreefd, heeft het hof te Antwerpen volstaan met een schuldigverklaring zonder strafoplegging.

3.14. Op 16 juli 2003 zijn Y en X door de RvC als bestuurders van FanoFineFood Holding geschorst. Op 22 juli 2003 zijn zij door de algemene vergadering van aandeelhouders van FanoFineFood als bestuurders van FanoFineFood ontslagen.

3.15. Eind juli 2003 is door het bankenconsortium en Alpinvest een tijdelijke financiering verstrekt aan FanoFineFood met de bedoeling om de nieuwe (interim)directie van FanoFineFood de tijd te geven om een herstructurering/herfinanciering van de onderneming mogelijk te maken. In de maand augustus 2003 werd deze tijdelijke financiering uitgebreid en voor korte tijd verlengd. Nadat gebleken was dat het niet mogelijk was om van alle financieel betrokkenen de noodzakelijke medewerking voor een herstructurering te verkrijgen, is er op 29 oktober 2003 surseance van betaling aangevraagd. De bewindvoerders hebben vervolgens gepoogd om tot een herstructurering/herfinanciering van de onderneming over te gaan. Toen bleek dat dat niet lukte, is een verkooptraject ingezet en is de surseance van betaling omgezet in een faillissement. De onderneming is door middel van een activatransactie vanuit faillissement verkocht.

3.16. Z is gehuwd met Y. Tot 12 juni 2003 bestond tussen hen een huwelijksgoederengemeenschap. Op 12 juni 2003 hebben Y en Z staande huwelijk huwelijkse voorwaarden gemaakt, waarbij de huwelijksgoederengemeenschap is gescheiden en verdeeld. In de huwelijkse voorwaarden is een zogenaamde Dozy-clausule opgenomen met de volgende tekst:

“dat partijen ieder hoofdelijk aansprakelijk blijven voor de schulden die tijdens de huwelijksgemeenschap zijn aangegaan.”

3.17. Per 12 maart 2008 is mr. J.B. Dijkema op eigen verzoek ontslagen als curator van FanoFineFood en Asia Choice. Per 11 maart 2008 is hij op eigen verzoek ontslagen als curator van Profood en op 28 april 2008 door als curator van Algemene Broodjescentrale.

4. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

4.1. De curator heeft X c.s. gedagvaard en gevorderd dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

I. primair:

Y en X hoofdelijk te veroordelen tot betaling van het faillissementstekort in het faillissement van FanoFineFood, Profood, Asia Choice en Algemene Broodjescentrale, nader op te maken bij staat en te

vereffenen volgens de wet, zulks met inbegrip van het aanvullende tekort dat ontstaat indien ter zake de door X c.s. te betalen vergoeding een nadere aanslag inzake de vennootschapsbelasting wordt opgelegd;

en

Y en X hoofdelijk te veroordelen tot betaling van de schade (met inbegrip van de buitengerechtelijke incassokosten) die de vennootschap heeft geleden door het handelen van Y en X, zulks nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 22 juli 2003 tot aan de dag van algehele voldoening;

subsidiair:

Y en X hoofdelijk te veroordelen tot betaling van de schade (met inbegrip van de buitengerechtelijke incassokosten), nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, die FanoFineFood en haar dochtervennootschappen als ook de crediteuren van deze vennootschappen hebben geleden door het onrechtmatig handelen van Y en X, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 22 juli 2003 tot aan de dag van algehele voldoening;

II. Y en X hoofdelijk te veroordelen tot betaling van een voorschot ad € 20.000.000,00 althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag;

III. Y en X hoofdelijk te veroordelen tot betaling van de kosten van deze procedure, de kosten van de gelegde beslagen daaronder begrepen;

IV. Y en X hoofdelijk te veroordelen tot betaling van het nasalaris procureur ad € 131,00 voor zover betaling wordt verkregen zonder dat betekening van het in dezen te wijzen vonnis nodig is, respectievelijk ad € 199,00 voor zover betaling binnen 14 dagen na aanschrijving uitblijft en betekening van het in deze te wijzen vonnis nodig is;

V. primair:

Z hoofdelijk te veroordelen tot betaling van al hetgeen Y uit hoofde van het in dezen te wijzen vonnis gehouden is aan de curator te voldoen;

subsidiair:

voor recht te verklaren dat de curator terecht de vernietiging heeft ingeroepen van de bij notariële akte van 12 juni 2003 opgestelde huwelijkse voorwaarden tussen Y en Z, zodat deze huwelijkse voorwaarden geen werking hebben jegens de curator.

4.2. X, Y en Z hebben ieder afzonderlijk verweer gevoerd.

4.3. De rechtbank heeft, op hierna te bespreken gronden, bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van 17 maart 2010 X, Y en Z hoofdelijk veroordeeld tot betaling aan de curator van het faillissementstekort in het faillissement van FanoFineFood, van Profood, van Asia Choice en van Algemene Broodjescentrale, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet en heeft voorts genoemde personen hoofdelijk veroordeeld tot betaling van een voorschot aan de curator van € 600.000.

Het meer of anders gevorderde is afgewezen.

5. De bespreking van de principale grieven

5.1. Het hof stelt voorop dat in hoger beroep grieven, eisvermeerderingen en uitbreidingen van het verweer behoudens uitzonderingen uitsluitend kunnen plaatsvinden in de eerste conclusie in hoger

beroep (de zogenoemde “in beginsel strakke regel” als bedoeld in onder meer HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8771 en HR 9-12-2011, ECLI:NL:HR:2011:BR2045). Dit betekent dat het hof voorbijgaat aan de nieuwe grieven zoals die door X c.s. zijn aangevoerd bij gelegenheid van de pleidooien en waartegen door de curator bezwaar is aangevoerd (zie met name: pleitnota mr. Sturms, blz. 5, eerste en laatste alinea, blz. 6, eerste twee alinea’s en blz. 7, laatste alinea). Het hof tekent daarbij aan dat namens X c.s. niet (gemotiveerd) is aangegeven dat deze stellingen niet eerder door hen konden worden aangevoerd.

5.2. Door X c.s. zijn geen grieven aangevoerd tegen de volgende oordelen van de rechtbank in het vonnis van 17 maart 2010:

i. X en Y hebben in de periode van drie jaar voorafgaand aan de faillissementen ten aanzien van FanoFineFood, Profood, Asia Choice en Algemene Broodjescentrale niet voldaan aan de op hen als bestuurders rustende verplichtingen ingevolge artikel 2:394 BW (r.o. 4.4.9 zoals gemotiveerd in r.o. 4.4.1 tot en met 4.4.8). Van een onbelangrijk verzuim als bedoeld in de derde volzin van artikel 2:248 lid 2 BW is geen sprake (r.o. 4.4.7).

ii. X en Y hebben in de periode van drie jaar voorafgaand aan de faillissementen voorts niet voldaan aan de op hen als bestuurders van voormelde vennootschappen rustende boekhoudverplichting van artikel 2:10 BW (r.o. 4.7 zoals gemotiveerd in r.o. 4.6.1).

5.3. Het hof begrijpt het oordeel van de rechtbank daarbij aldus dat wat Profood, Asia Choice en Algemene Broodjescentrale betreft de op voormelde oordelen gebaseerde aansprakelijkheid van X en Y ex artikel 2:11 BW is gefundeerd op die van FanoFineFood in haar hoedanigheid van bestuurder van deze dochters.

5.4. Aangezien tegen deze oordelen geen grieven zijn aangevoerd, zal het hof van de juistheid daarvan uitgaan. Nu aldus vaststaat dat het bestuur in de periode van drie jaar voorafgaand aan de faillissementen niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 2:10 BW en 2:394 BW, staat onweerlegbaar vast dat het bestuur in die periode zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Voor de duidelijkheid voegt het hof daaraan toe dat indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn in het tweede lid van artikel 2:248 BW genoemde verplichtingen, zonder meer als vaststaand moet worden aangenomen dat het bestuur zijn taak *ook voor het overige* kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld (HR 20 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0329, NJ 1989, 676).

5.5. Het voorgaande betekent dat X en Y aansprakelijk zijn voor het boedeltkort (artikel 2:248 lid 1 in samenhang met lid 6 BW) tenzij X en Y het vermoeden weerleggen dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

5.6. Een redelijke uitleg van art. 2:248 lid 2 BW brengt mee dat voor het ontzenuwen van het daarin neergelegde vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Stelt de bestuurder daartoe een van buiten komende oorzaak, en wordt de bestuurder door de curator verweten dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zal de bestuurder (tevens) feiten en omstandigheden moeten stellen en zo nodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Als hij daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator op de voet van het eerste lid van art. 2:248 BW aannemelijk te maken dat nochtans de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. (HR 30 november 2007, («JOR» 2008/29, m.nt. Borrius; *red.*), ECLI:NL:HR:2007:BA6773, NJ 2008, 91, Blue Tomato).

5.7. Met hun *eerste grief* betogen X en Y dat andere oorzaken dan hun onbehoorlijk bestuur de faillissementen hebben veroorzaakt. Samengevat stellen zij (onder aanbieding van bewijs) het volgende. Na de MBO in 2001 is door de nieuwe aandeelhouders, private equity partijen, gekozen voor een te

zware financiering op basis van zoveel mogelijk vreemd vermogen, die gebaseerd was op te sterke verwachtingen, zowel wat betreft autonome groei als groei door overnames. De groei was echter minder dan verwacht. De overname door dochter Subliem BVBA van Freshcom pakte verkeerd uit. Hetzelfde geldt voor de overname van Algemene Broodjescentrale. Verder waren de marktomstandigheden verslechterd. Als gevolg van de tegenvallende groei ontstonden liquiditeitsspanningen en waren X en Y gedwongen “crediteuren op te laten lopen”. De zogenoemde fustenvordering van Albert Heijn is daar een voorbeeld van. Dat er bij Freshcom is gepoogd door middel van kasrondjes/carrousel de cijfers te flatteren is op zich volstrekt onjuist geweest, maar daarin lag niet de oorzaak van de faillissementen. Herfinanciering bleek niet mogelijk te zijn.

Het hof stelt voorop dat het vermoeden dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest niet wordt weerlegd door het enkele feit dat ook andere omstandigheden aan het ontstaan van het faillissement hebben bijgedragen. Als gezegd dient aannemelijk te worden gemaakt dat andere feiten of omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Met de curator is het hof van oordeel dat het hiervoor weergegeven betoog van X en Y onvoldoende concreet en steekhoudend is ter ontzenuwing van het vermoeden dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. X en Y verliezen met hun betoog uit het oog dat zij als bestuurders de autonome bevoegdheid en taak hebben de vennootschap te besturen (zowel ingevolge het huidige artikel 2:239 lid 1 BW als onder vigeur van de bepaling zoals die gold voor 1 januari 2013). Gesteld noch gebleken is dat in de statuten is bepaald dat de algemene vergadering van aandeelhouders het bestuur aanwijzingen kan geven als bedoeld in artikel 2:239 lid 4 BW. Als niet weersproken staat voorts vast dat het bestuur zelf de financieringsovereenkomsten is aangegaan. Het bestuur diende bij het aangaan van de financiering, zoals bij al zijn beslissingen, de belangen van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te dienen (zie het huidige vijfde lid van artikel 2:239 BW, doch ook vaste rechtspraak onder het voor 1 januari 2013 geldende recht). Dit betekent weliswaar dat het bestuur bij zijn besluitvorming rekening moet houden met de belangen van alle betrokkenen, dus ook met die van de aandeelhouders (HR 13 juli 2007, («JOR» 2007/178, m.nt. Nieuwe Weme; *red.*), ECLI:NL:HR:2007:BA7972, NJ 2007, 434 ABNAMRO en HR 9 juli 2010, («JOR» 2010/228, m.nt. Van Ginneken; *red.*), ECLI:NL:HR:2010:BM 0976 ASMI), maar vanzelfsprekend niet dat het bestuur zich dient te gedragen als een marionet van die aandeelhouders (vergelijk reeds HR 21 januari 1955, ECLI:NL:HR:1955:AG2033, NJ 1959, 43 Forumbank). Als het bestuur zich wel zo laat gebruiken, dan kan het zich daar niet op beroepen ter ontzenuwing van het vermoeden dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Indien het bestuur de wensen van de aandeelhouders niet in het belang van de vennootschap acht, dan dient het in het uiterste geval af te treden. Ook het opstellen van groeidoelstellingen valt onder het algemene beleid en de strategie en daarmee onder de verantwoordelijkheid van het bestuur. Indien op dit punt is uitgegaan van te ambitieuze verwachtingen en dit mede de faillissementen heeft veroorzaakt, dan kan dit derhalve niet afdoen aan het vermoeden dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van de faillissementen is geweest. Het hof overweegt voorts dat de gestelde verslechtering van de markt door X en Y niet of nauwelijks concreet is onderbouwd. Waar X en Y tijdens de pleidooien nog hebben geciteerd uit het eerste faillissementsverslag (zonder dit als productie in het geding te brengen) is het hof het eens met de curator dat aan dit verslag, uitgebracht ongeveer vier weken na het uitspreken van het faillissement, niet te veel waarde mag worden gehecht waar het betreft de daarin neergelegde voorlopige visie op de oorzaken van het faillissement.

5.8. Wat betreft de overnames kunnen X en Y niet volstaan met de blote stelling dat deze niet goed uitpakt. Ook hier verliezen zij hun eigen aandeel daarin uit het oog. Niet of onvoldoende gemotiveerd weersproken staat in deze context vast dat voorafgaand aan de overname van Freshcom slechts een beperkt due diligence onderzoek heeft plaatsgevonden waarvan de resultaten niet positief waren en dat geen zekerheden zijn gevraagd ter afdekking van de gegeven balansgaranties. Voorts hebben X en Y onvoldoende onweersproken gelaten dat geen aanvullende financiering is aangegaan met het oog op de overnames, dat zij verzuimd hebben de tegenvallende overnames tijdig te melden aan het bankenconsortium en dat zij in plaats daarvan getracht hebben door middel van allerlei kunstgrepen de tegenvallers aan het zicht te onttrekken, getuige onder andere de onregelmatigheden waarvoor zij zijn vervolgd en veroordeeld in België. Voorts zijn zij niet ingegaan op het gestelde in de conclusies van repliek onder 4.6.1 waar de curator heeft opgesomd op welke onderdelen X en Y de RvC onvoldoende hebben ingelicht. Waar X en Y nog hebben aangegeven dat herfinanciering niet mogelijk bleek te zijn

overweegt het hof dat uit het voorgaande volgt dat X en Y zich ter afwering van hun aansprakelijkheid er niet met succes op kunnen beroepen dat de noodzaak tot herfinanciering ontstond, noch daargelaten dat zij niet hebben aangegeven welke pogingen zij hebben gedaan om tot herfinanciering te geraken.

5.9. Voor zover bij gelegenheid van de pleidooien nog nieuwe oorzaken voor de faillissementen zijn gesteld, gaat het hof daaraan voorbij, onder verwijzing naar hetgeen onder 5.1 is overwogen.

5.10. Aangezien X en Y onvoldoende concrete feiten en omstandigheden hebben aangevoerd die, mits door hen aannemelijk gemaakt, het vermoeden kunnen ontzenuwen dat hun onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is geweest voor de faillissementen, passeert het hof hun bewijsaanbod ter zake en faalt de onderhavige grief.

5.11. Met hun *tweede grief* klagen X en Y dat de rechtbank hun beroep op matiging heeft gepasseerd. Het hof overweegt dienaangaande als volgt.

Ingevolge artikel 2:248 lid 4 BW kan de rechter het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld. De rechter kan voorts het bedrag van de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuurder verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaats vond.

X en Y beroepen zich in de toelichting op de grief op de door hen gestelde oorzaken voor het faillissement.

X en Y beroepen zich er voorts op dat zij € 1.000.000,- hebben geleend en zonder enige vorm van zekerheid ter beschikking van de vennootschappen hebben gesteld. Ten slotte hebben X en Y zich erop beroepen dat zij “alles zijn kwijtgeraakt”, meer in het bijzonder dat zij hun aandelenparticipatie zijn kwijtgeraakt.

Bij pleidooi hebben zij aangevoerd dat van zelfverrijking geen sprake is geweest, dat zij niet over enig vermogen beschikken, dat de veroordeling niet in verhouding staat tot het inkomen dat zij bij FanoFineFood genoten, dat zij niet verzekerd zijn voor deze vorm van aansprakelijkheid en dat zij enorm geleden hebben onder deze zaak mede gelet op alle publiciteit en de gezondheidsklachten bij Z.

5.12. Het hof overweegt als volgt. Wat betreft de oorzaken van de faillissementen verwijst het hof naar wat hiervoor is overwogen. In de kern komt dit erop neer dat X en Y in hun perceptie van de feitelijke gebeurtenissen geheel voorbijgaan aan de taak en verantwoordelijkheden die op hen rustten als statutaire bestuurders. Ten aanzien van de lening van 1 miljoen euro hebben X en Y onweersproken gelaten de stelling van de curator (conclusies van repliek 4.2.8, die bevestiging vindt in de door X c.s. overgelegde processen-verbaal van getuigenverhoren die op verzoek van Alpinvest en FanoFineFood Holding hebben plaatsgevonden) dat het doel hiervan niet was om liquiditeit in de vennootschappen te laten vloeien maar om de schijn te wekken dat Willems

5.13. (de voormalige, al dan niet indirecte, aandeelhouder van Freshcom) zijn verplichtingen uit hoofde van de balansgaranties nakwam. Ook hier was dus, net als bij de kasrondjes, sprake van een constructie om de werkelijke feiten te verdoezelen.

Het feit dat de aandelenparticipatie van X en Y verloren is gegaan is inherent aan hun onbehoorlijk bestuur. Ook de overige aandeelhouders zijn daardoor gedupeerd. Of wel of niet van zelfverrijking sprake is geweest, kan het hof niet beoordelen. Het is niet meer dan een kale stelling van X c.s., die door de curator is betwist, onder verwijzing naar (onder meer) een door hem aangetroffen overboeking naar een Zwitserse bankrekening.

Dat de gevolgen voor X c.s. verstrekking en pijnlijk zijn, is onmiskenbaar doch in de gegeven omstandigheden en gezien de ernst van de gebleken feiten (waaronder gepleegde misdrijven) is het hof van oordeel dat een matiging hier niet op zijn plaats is. De grief faalt.

5.14. De *derde en vierde grief* missen zelfstandige betekenis en delen het lot van de eerste twee grieven.

5.15. Door X c.s. is geen grief aangevoerd tegen het oordeel van de rechtbank dat Z gelet op de zogenoemde Dozy-clausule in de huwelijkse voorwaarden zoals die tussen haar en Y zijn overeengekomen jegens de curator hoofdelijk aansprakelijk is voor de onderhavige schuld van Y (r.o. 4.18 van het vonnis van 17 maart 2010), zodat het hof van de juistheid van dit oordeel zal uitgaan. De *vijfde grief* die opkomt tegen de veroordeling van Z bouwt voort op de hiervoor reeds verworpen opvatting dat Y niet aansprakelijk is voor het faillissementstekort. Daarmee mist ook deze grief zelfstandige betekenis en faalt deze om die reden.

5.16. Met de *zesde grief* klagen X c.s. over het feit dat de rechtbank hen tot betaling van de proceskosten zou hebben veroordeeld. Dit heeft de rechtbank nu echter juist niet gedaan, omdat, aldus de rechtbank tot de schulden waarvoor X en Y (na aftrek van de baten) aansprakelijk zijn ook behoren het salaris van de curator en de kosten van gelegde beslagen en nakosten (r.o. 4.19). Voor zover is beoogd tegen dat oordeel van de rechtbank op te komen, mist ook deze grief zelfstandige betekenis, nu ter onderbouwing slechts wordt verwezen naar de eerdere grieven.

De bespreking van de incidentele grieven

5.17. Met zijn *grievens I en II* klaagt de curator dat de rechtbank zijn primaire vordering tot vergoeding van schade wegens handelen in strijd met artikel 2:9 BW heeft afgewezen respectievelijk dat de rechtbank zijn subsidiaire vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad (jegens de vennootschappen) heeft afgewezen.

5.18. De curator laat echter ook in hoger beroep na concreet te onderbouwen dat en welke schade voor de vennootschappen is of zal worden geleden, rekening houdende met de toewijzing van de vordering tot betaling van het volledige faillissementstekort. Bij memorie van antwoord in het incidenteel appel is hierop gewezen. De curator is hier bij gelegenheid van de pleidooien niet meer op ingegaan.

5.19. Met *grief III* klaagt de curator dat de rechtbank niet het volledige door hem gevorderde voorschot van € 20.000.000,- heeft toegewezen. Volgens de curator heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat geen zicht bestaat op de hoogte van de vorderingen na verificatie en heeft zij om die reden ten onrechte het voorschot beperkt tot het verschil tussen de boedelschulden en het boedelactief, resulterend in een voorschot van € 600.000,-. De curator heeft uiteengezet dat in de vier faillissementen voor in totaal € 2.308.766,23 aan boedelschulden is ontstaan, dat in totaal voor een bedrag van € 5.254.724,25 aan preferente schulden is ingediend en in totaal voor een bedrag van € 17.081.725,72 aan concurrente schulden is ingediend. De curator heeft voorts uiteengezet dat het totaal aan ingediende vorderingen in lijn is met en in elk geval niet hoger is dan de bekende schulden van de vennootschappen en dat het er zelfs naar uitziet dat een (groot) deel van de daadwerkelijke schulden niet als zodanig in het faillissement is ingediend. De curator heeft verder aangegeven dat hem van bezwaren tegen de ingediende vorderingen niet is gebleken en dat deze op de in artikel 112 Fw genoemde lijst van voorlopig erkende schuldvorderingen zijn opgenomen. De curator heeft ten slotte uiteengezet dat het totale boedelactief in de vier faillissementen € 1.728.724,90 bedraagt. Dit betekent dat de boedel onvoldoende middelen bevat om de boedelschulden te voldoen, zodat de faillissementen ex artikel 16 Fw zouden moeten worden afgewikkeld, aldus de curator. De curator heeft echter tevens voorgerekend dat indien X c.s. in het faillissement van FanoFineFood een bedrag van € 5.414.309,03 voldoen, de boedelschulden en de preferente vorderingen volledig kunnen worden voldaan, zodat alsdan wel een verificatievergadering plaats zal vinden. Door X c.s. zijn al deze stellingen en rekensommen niet weersproken, zodat het hof van de juistheid daarvan zal uitgaan. Op grond van dit alles zal het hof het gevorderde voorschot toewijzen tot een bedrag van 5 miljoen euro in het faillissement van FanoFineFood. In zoverre zal het bestreden vonnis worden vernietigd.

6. De slotsom in het principaal en incidenteel appel

6.1. Het principaal appel faalt. Het incidenteel appel slaagt in zoverre dat een hoger voorschot, te weten een bedrag van 5 miljoen euro, zal worden toegewezen. X c.s. zullen als de overwegend in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de kosten van zowel het principaal appel (...; *red.*) als het incidenteel appel (...; *red.*).

De beslissing

Het gerechtshof, recht doende in hoger beroep:

verwerpt het principaal appel;

vernietigt, in het incidenteel appel, het vonnis van de (voormalige) rechtbank Leeuwarden van 17 maart 2010 waarvan beroep ten aanzien van onderdeel 5.2 van het dictum en, in zoverre opnieuw recht doende:

veroordeelt X c.s hoofdelijk tot betaling aan de curator van een voorschot in het faillissement van FanoFineFood van € 5.000.000,-;

bekrachtigt dit vonnis voor het overige;

veroordeelt X c.s. in de kosten van het hoger beroep (...; *red.*);

verklaart dit arrest ten aanzien van de daarin vervatte vernietiging en veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Noot

1. FanoFineFood BV (“FFF”) werd in 2001 door middel van een management buy out (“MBO”) aan nieuwe aandeelhouders verkocht, waaronder een private equity-investeerder. In 2003 ging de vennootschap failliet. De curator vordert dat de voormalige bestuurders het boedeltekort vergoeden. De bewijsvermoedens van art. 2:248 lid 2 BW zijn van toepassing. De voormalige bestuurders proberen het vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is, te ontzenuwen. Zij stellen in dat verband onder meer dat de nieuwe aandeelhouders kozen voor een te zware financiering, gebaseerd op te sterke groeiverwachtingen. De Rechtbank Leeuwarden wees de vordering van de curator toe en dat vonnis wordt in het onderhavige arrest door het Hof Arnhem-Leeuwarden bekrachtigd. Het hof pepert de bestuurders in dat zij een eigen verantwoordelijkheid jegens de vennootschap hebben en zich niet als marionet van de aandeelhouders dienen te gedragen.

2. FFF produceerde en verhandelde salades, sauzen en broodjes. In april 2001 vond de MBO plaats waarbij onder meer de private equity-investeerder Alpinvest en het hogere personeel aandeelhouder werden via de nieuw opgerichte houdstermaatschappij FanoFineFood Holding BV (“Holding”). FFF werd na de MBO gefinancierd door een consortium van banken. X was al sinds 1997 bestuurder van FFF en gaf als algemeen directeur leiding aan de onderneming. Y was oorspronkelijk controller binnen de onderneming. Hij werd kort na de MBO tot bestuurder benoemd en werd de financieel directeur van de onderneming. X en Y waren tevens in persoon bestuurder van Holding en Holding had een raad van commissarissen. FFF had ten tijde van de MBO twee Nederlandse dochtervennootschappen. Na de MBO werden er twee overnames gedaan: het Belgische Freshcom en de Algemene Broodjescentrale. X en Y waren via FFF bestuurder van de dochtervennootschappen van FFF. In juli 2003 controleerde KPMG de jaarrekening over 2002 en stuitte daarbij op aanwijzingen van “directiefraude”. De “hoogste leiding” zou zaken in de boeken te rooskleurig hebben voorgesteld. KPMG bracht een groot aantal correcties op de

boekhouding aan met als gevolg dat het verlies over 2002 ruim € 9 miljoen groter bleek te zijn dan het bestuur in de voorlopige cijfers aan de RvC en het bankenconsortium had voorgehouden. Later is gebleken dat de cijfers bij dochter Freshcom door middel van kasrondjes en het opstellen van fictieve facturen waren geflatteerd. X en Y hebben dit in de procedures erkend (r.o. 5.7). Beiden zijn op 22 juli 2003 als bestuurders ontslagen. Eind juli 2003 verstrekten het bankenconsortium en Alpinvest een tijdelijke financiering aan FFF om haar tijd te gunnen om tot een herfinanciering van de onderneming te komen. Dit was kennelijk nodig gelet op de (werkelijke) negatieve resultaten van de onderneming. De pogingen tot herfinanciering mislukten echter. Eind oktober 2003 werd FFF surseance van betaling verleend en begin december 2003 is zij samen met haar Nederlandse dochtervennootschappen failliet verklaard.

3. De curator heeft vervolgens X en Y op grond van art. 2:248 BW aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort (volgens de curator ongeveer € 23 miljoen – r.o. 5.20) en daarbij een beroep op de bewijsvermoedens van lid 2 gedaan. De rechtbank wees de vordering toe (Rechtbank Leeuwarden 17 maart 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BL09768). Zij oordeelde dat de publicatieplicht van art. 2:394 BW is geschonden. FFF had over het boekjaar 2000 geen jaarrekening openbaar gemaakt en de jaarrekening over 2001 werd 49 dagen te laat openbaar gemaakt. De (voormalige) bestuurders hebben hiervoor geen verklaring gegeven en dus is het begrijpelijk dat de rechtbank oordeelt dat hier geen sprake is van een onbelangrijk verzuim als bedoeld in de laatste zin van lid 2 van art. 2:248 BW, vgl. HR 12 juli 2013, «JOR» 2013/300, m.nt. Van An del (Bobo Holding). Voorts is de boekhoudplicht van art. 2:10 BW geschonden. De rechtbank baseerde dit oordeel mede op de bevindingen van KPMG, de kasrondjes en de fictieve facturen. De (voormalige) bestuurders probeerden het vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is, te ontzenuwen met argumenten die zij ook in het hoger beroep aanvoerden en die ik hierna bespreek. Deze argumenten konden echter niet baten. Beiden werden hoofdelijk veroordeeld tot vergoeding van het boedeltekort van FFF en haar Nederlandse dochtervennootschappen. De commissarissen waren in de procedure niet betrokken. Zij ontsprongen de dans omdat de raad van commissarissen zich op het niveau van Holding bevindt en Holding niet failliet ging. Waren zij commissaris op het niveau van FFF geweest, dan hadden de wettelijke vermoedens op grond van de schakelbepaling van art. 2:259 BW ook jegens hen gegolden. Ook materieel had de commissarissen waarschijnlijk kennelijk onbehoorlijke taakvervulling verweten kunnen worden omdat wel duidelijk is dat er onvoldoende toezicht is gehouden op de naleving door het bestuur van de boekhoud- en publicatieplicht (vgl. HR 28 juni 1996, «JOR» 1996/85, m.nt. Van den Ingh (*Bodam Jachtservice*)).

4. In het hoger beroep, dat tot het onderhavige arrest leidde, was het intreden van de bewijsvermoedens geen onderwerp van geschil. Het debat was vooral gericht op de ontzenuwing van het vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Het hof stelt in dat kader de regel uit HR Koster/Van Nie q.q. voorop: het intreden van het eerste (onweerlegbare) bewijsvermoeden van lid 2 betekent dat zonder meer als vaststaand moet worden aangenomen dat het bestuur zijn taak ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld (HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 676, m.nt. Alkema, conform *Kamerstukken I* 1985-1986, 16 631, nr. 27b, p. 11-12). Voorts haalt het hof in r.o. 5.6 de bekende overweging 3.4 uit HR Blue Tomato aan (HR 30 november 2007, «JOR» 2008/29, m.nt. Borrius): voor de ontzenuwing van het tweede (weerlegbare) vermoeden van lid 2 volstaat dat de bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest (afkomstig uit HR 20 oktober 2006, «JOR» 2006/288, m.nt. Borrius (*Van Schilt*)) en indien de bestuurder daarbij op een van buiten komende omstandigheid wijst, en de curator de bestuurder verwijt dat hij het intreden van die oorzaak niet heeft voorkomen, de bestuurder voorts aannemelijk moet maken dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Ik merk op dat een bestuurder bij het aannemelijk maken van een “andere belangrijke oorzaak” zo mogelijk liefst op een van buiten komende omstandigheid wijst, bijvoorbeeld het onverwacht wegvallen van markt vraag, omdat hem dienaangaande meestal geen verwijt zal treffen. Het is echter evengoed mogelijk dat de bestuurder op een “interne” omstandigheid wijst, zoals zeer hoge vaste kosten, en daarbij aannemelijk maakt dat dit feit geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Een voorbeeld waarin dit slaagde, is Hof Den Haag 24 maart 2015, RO 2015/36 (*Verify*).

5. In het onderhavige geval stelden de voormalige bestuurders als “andere belangrijke oorzaak” dat de nieuwe aandeelhouders, waaronder de private equity-investeerder, voor een te zware financiering kozen,

gebaseerd op te sterke groeiverwachtingen. In feite wezen zij daarmee op een van buiten komende oorzaak; het handelen van de nieuwe aandeelhouders. Het hof verwerpt deze stelling resoluut. De bestuurders zijn zelf verantwoordelijk voor de financiering van de vennootschap en zij zijn zelf verantwoordelijk voor het opstellen van de groeidoelstellingen. Het hof pepert de bestuurders het concept van bestuursautonomie flink in en benadrukt dat het bestuur zich vanzelfsprekend niet als een marionet van de aandeelhouders dient te gedragen. Wie zich wél als een marionet laat gebruiken, kan zich daarop niet beroepen ter ontzenuwing van het bewijsvermoeden. Vergelijkbare bewoording kwam ik tegen in Hof 's-Hertogenbosch 11 augustus 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BK5887, waarin de bestuurder zelf stelde een marionet van de aandeelhouder te zijn. De enigszins belerende toon van het hof is te begrijpen. Juist in geval van een MBO, waarbij het bekend is dat de doelvennootschap door het concept van *debt pushdown* met forse financieringslasten wordt opgezaaid, is het geboden dat de bestuurders de belangen van de vennootschap streng bewaken en dat deden de bestuurders in het onderhavige geval juist niet. Terecht merkt het hof op dat indien de aandeelhouder zijn wil maar blijft doordrukken, de bestuurders vervolgens af moeten treden. Dit laat natuurlijk onverlet dat een bemoeizuchtige aandeelhouder, dus ook, of misschien wel juist, een private equity-investeerder onder omstandigheden op grond van lid 7 van art. 2:248 BW als medebeleidsbepaler kan worden aangemerkt en zodoende tot vergoeding van het boedeltekort kan worden veroordeeld (vgl. HR 28 april 2000, «JOR» 200/128 (*Montedison*)). R.o. 5.9 bevat nog een mooi voorbeeld van toepassing van de Blue Tomato-regel; de bestuurders wijzen als “andere belangrijke oorzaak” op het feit dat de overnames van Freshcom en de Algemene Broodjescentrale niet goed uitpakten. De curator stelt vervolgens dat dit deels aan henzelf te wijten is, bijvoorbeeld omdat er slechts beperkt due diligence werd verricht en de tegenvallers niet aan het bankenconsortium werden gemeld en zelfs door kunstgrepen aan het zicht werden onttrokken. De bestuurders hebben dit vervolgens onvoldoende weersproken en dus geldt op grond van Blue Tomato dat het vermoeden niet is ontzenuwd.

6. De eisen die de rechter aan de motivering van de bestuurder ter zake de ontzenuwing stelt, verschilt in de praktijk nogal. Ik vermoed dat rechters het voor alles laten hangen van de ernst van de verwijten die de bestuurder treffen. Langs die lijn moesten de bestuurders in het onderhavige geval, gelet op de geconstateerde boekhoudfraude, verwachten dat er tamelijk hoge eisen aan hun motivering gesteld zouden worden. R.o. 5.8 en 5.9 geven er echter geen blijk van dat de bestuurders de door hen gestelde andere belangrijke oorzaken uitvoerig hebben gemotiveerd. De verslechtering van de markt hebben de bestuurders bijvoorbeeld niet of nauwelijks concreet onderbouwd, zij wezen slechts op het eerste faillissementsverslag, en evenmin hebben zij toegelicht welke pogingen zij hebben gedaan om tot herfinanciering te komen. Op deze manier werd de bekrachtiging van het oordeel in eerste aanleg, dat de bestuurders aansprakelijk zijn voor het boedeltekort, onafwendbaar (r.o. 5.11). Voor het afgewezen beroep op matiging geldt in feite hetzelfde. Art. 2:248 lid 4 BW stelt deze onder meer afhankelijk van de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling en die liet het hof in dit geval zwaar meewegen, terwijl de door de voormalige bestuurders aangevoerde gronden niet overtuigden.

7. Ten slotte behandel ik de aansprakelijkheid van Z, de echtgenote van X. Ook Z wordt hoofdelijk veroordeeld tot vergoeding van het boedeltekort. X en Z waren in juni 2003, kort voor de surseance van betaling, huwelijkse voorwaarden aangegaan met daarin een zogenaamde Dozy-clausule. Op die grond bleef Z hoofdelijk aansprakelijk voor “de schulden die tijdens de huwelijksgemeenschap zijn aangegaan” (r.o. 2.18). De rechtbank overwoog dat de schuld van X, de verplichting tot vergoeding van het boedeltekort, is ontstaan in de periode dat X nog bestuurder van de betrokken vennootschappen was, zodat Z daarvoor hoofdelijk aansprakelijk is (r.o. 4.18.2 vonnis rechtbank). Dit oordeel lijkt mij onjuist. Het is mogelijk verdedigbaar dat een verplichting tot vergoeding van het boedeltekort als een schuld in bedoelde zin kwalificeert nu ook schadevergoedingsvorderingen op grond van art. 6:162 BW als zodanig kwalificeren en algemeen aangenomen wordt dat art. 2:248 BW een verscherpte uitwerking aan art. 6:162 BW geeft. Echter, niet verdedigbaar is dat de schuld op grond van art. 2:248 BW reeds vóór het faillissement kan zijn ontstaan, zoals de rechtbank overweegt. Deze schuld ontstaat pas op het moment van faillissement. Ik wijs op HR 18 september 2009, NJ 2009, 438 (B./Van den End q.q.): “*De aansprakelijkheid van bestuurders ingevolge art. 2:138 en 2:248 BW is geen aansprakelijkheid jegens de gefailleerde vennootschap maar een aansprakelijkheid jegens de boedel. De aansprakelijke bestuurder is geen schuldenaar van de gefailleerde, terwijl zijn schuld bovendien niet vóór de faillietverklaring is ontstaan of voortvloeit uit handelingen door hem vóór de faillietverklaring met de vennootschap verricht, zodat niet is voldaan aan de door art. 53 Fw voor verrekening gestelde*

voorwaarden.” In vergelijkbare zin: Du Perron in zijn annotatie bij HR 3 december 2010, *NJ* 2012, 196. Het is (zeer) ongelukkig dat in het hoger beroep geen grief tegen deze overweging werd gericht (blijkens r.o. 5.16) nu Z daardoor waarschijnlijk aansprakelijkheid had ontlopen.

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