

**JOR 2016/90 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 10-11-2015, 200.141.949/01, 200.141.416/01, ECLI:NL:GHARL:2015:8504**  
**Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen in faillissement, Omvang en reikwijdte van administratieplicht ex art. 2:10 BW, Fysieke deel van administratie – dat door toedoen curator is zoekgeraakt – valt binnen bereik van art. 2:10 BW, Op curator rust bewijslast omtrent ondeugdelijke administratievoering, Nadere vraag aan deskundige of resterende administratie voldoende is voor conclusie dat niet is voldaan aan art. 2:10 BW, Voorts is in 2004 niet voldaan aan openbaarmakingsverplichting, Bestuurders ontzenuwen vermoeden dat deze onbehoorlijke taakvervulling belangrijke oorzaak is van faillissement, Tussenarrest, Vervolg op Rb. Noord-Nederland 4 december 2013, «JOR» 2014/64, m.nt. Van Thiel**

Wetsbepaling(en):

BW BOEK 2 artikel 10, BW BOEK 2 artikel 248, BW BOEK 2 artikel 259, BW BOEK 2 artikel 394

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:GHARL:2015:8504, JONDR 2016/245, INS-Updates.nl 2015-0341 , OR-Updates.nl 2015-0379 , RI 2016/16, RO 2016/10

**JOR 2016/90, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 10-11-2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8504, 200.141.949/01 (annotatie)**

---

### Inhoudsindicatie

Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen in faillissement, Omvang en reikwijdte van administratieplicht ex art. 2:10 BW, Fysieke deel van administratie – dat door toedoen curator is zoekgeraakt – valt binnen bereik van art. 2:10 BW, Op curator rust bewijslast omtrent ondeugdelijke administratievoering, Nadere vraag aan deskundige of resterende administratie voldoende is voor conclusie dat niet is voldaan aan art. 2:10 BW, Voorts is in 2004 niet voldaan aan openbaarmakingsverplichting, Bestuurders ontzenuwen vermoeden dat deze onbehoorlijke taakvervulling belangrijke oorzaak is van faillissement, Tussenarrest, Vervolg op Rb. Noord-Nederland 4 december 2013, «JOR» 2014/64, m.nt. Van Thiel

---

### Ga direct naar

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

---

### Gegevens

<b>Instantie</b>	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Leeuwarden
<b>Datum uitspraak</b>	10-11-2015
<b>Publicatie</b>	JOR 2016/90 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 4, 2016
<b>Annotator</b>	• mr. S.C.M. van Thiel
<b>ECLI</b>	ECLI:NL:GHARL:2015:8504

**Zaaknummer** 200.141.949/01

- ECLI:NL:GHARL:2015:8504
- INS-Updates.nl 2015-0341
- OR-Updates.nl 2015-0379
- RO 2016/10
- JONDR 2016/245

**Overige publicaties**

**Rechtsgebied** Ondernemingsrechtpraktijk

**Rubriek** Ondernemingsrecht

- mr. Van der Pol
- mr. Van Rijssen
- mr. Assink

**Rechters**

In de zaak met rolnummer 200.141.949/01 van:

1. S,  
2. M,  
appellanten,  
hierna gezamenlijk te noemen de bestuurders,  
advocaat: mr. J.H. van der Meulen,  
tegen  
mr. A.J.H. Geense te Oudkerk, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Betelgeuze BV te Leeuwarden,  
geïntimeerde,  
hierna: de curator,  
advocaat: mr. C. Grondsma,

en in de zaak met rolnummer 200.141.416/01 van:

1. W,  
2. D,  
appellanten,  
advocaat: mr. M.J.W. van Ingen,  
tegen:  
mr. A.J.H. Geense te Oudkerk, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Betelgeuze BV te Leeuwarden,  
geïntimeerde,  
hierna: de curator,  
advocaat: mr. C. Grondsma,

**Partijen**

en in de zaak met rolnummer 200.148.715/01 van:

K,  
appellant,  
advocaat: mr. R.S. van der Spek,  
tegen:  
mr. A.J.H. Geense te Oudkerk, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Betelgeuze BV te Leeuwarden,  
geïntimeerde,  
hierna: de curator,  
advocaat: mr. C. Grondsma.

De appellanten W, D en K worden hierna gezamenlijk ook aangeduid als de commissarissen.

**Regelgeving**

- BW Boek 2 - 10
- BW Boek 2 - 248
- BW Boek 2 - 259

## Samenvatting

---

Gelet op de geschetste aard (machinebouw, internationale projecten met een lange looptijd) en omvang (circa 47 medewerkers, gemiddelde jaaromzet € 10 miljoen) van de door Betelgeuze gevoerde onderneming is het hof met de curator van oordeel dat bij de beantwoording van de vraag naar de aan de administratie van Betelgeuze ex art. 2:10 BW te stellen eisen ook aan andere elementen belang toekomt dan (alleen) de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten op enig moment, zoals: (i) de vraag of Betelgeuze beschikte over een intern risico-inventarisatie- en beheersingssysteem; (ii) voor- en nacalculaties; (iii) verwerking van het onderhanden werk in de administratie; en (iv) de jaarrekeningen en begroting. Vaststaat dat een gedeelte van de administratie (de projectadministratie in de vorm van fysieke projectmappen) van Betelgeuze is zoekgeraakt. Nu het hof bij gebreke van die fysieke projectmappen de vraag of deze deel uitmaken van de administratie als bedoeld in art. 2:10 BW niet (meer) zelfstandig kan beoordelen, en door de curator niet met kracht van argumenten is gesteld dat die fysieke projectmappen niet binnen het bereik vallen van art. 2:10 BW, gaat het hof ervan uit dat die vraag bevestigend moet worden beantwoord.

Als uitgangspunt geldt dat in beginsel op de curator de last rust zijn stelling te bewijzen dat de administratie van Betelgeuze niet voldoet aan de daaraan ex art. 2:10 BW te stellen eisen, nu hij zich immers beroept op de rechtsgevolgen daarvan (onder meer in het kader van art. 2:248 BW en art. 2:9 BW). Verder staat vast dat een gedeelte van die administratie, de fysieke projectmappen, ten aanzien waarvan op de curator op grond van art. 92 Fw de plicht rustte zorg te dragen voor een adequate bewaring, is zoekgeraakt. Deze fysieke projectmappen konden daardoor niet in het onderzoek door de deskundige worden betrokken. Dit betekent dat het hof niet in staat is om vast te stellen of de in reactie op het verweer van de bestuurders en de commissarissen betrokken stellingen van de curator dat de gevoerde digitale administratie volledig voorhanden was en dat de fysieke projectmappen geen essentiële gegevens bevatten, juist is. In zoverre realiseert zich dan ook het op de curator rustende bewijsrisico en rijst de vraag of hetgeen resteert – de digitale administratie en de financiële administratie – voldoende is voor de conclusie dat de curator heeft bewezen dat de administratie op de relevante aspecten niet voldoet aan de daaraan ex art. 2:10 BW te stellen eisen.

Voor zover in het betoog van de curator besloten ligt dat in afwijking van de hoofdregel van art. 150 Rv niet hij, maar bestuurders en commissarissen belast moeten worden met het bewijs van hun verweer dat de fysieke projectmappen essentiële informatie bevatten, verwerpt het hof dit betoog. De curator, op wie de bewijslast rust, is door eigen toedoen in een lastige bewijspositie geraakt.

De slotsom luidt dat niet is komen vast te staan dat de administratie van Betelgeuze volledig voorhanden is en dat de fysieke projectmappen geen essentiële informatie bevatten.

De omstandigheid dat de fysieke projectmappen ontbreken, heeft tot gevolg dat voor die onderdelen van het deskundigenrapport ten aanzien waarvan door bestuurders is verwezen naar de (ontbrekende) fysieke projectmappen de grondslag aan het deskundigenonderzoek komt te ontvallen. Dat brengt mee dat in zoverre niet kan worden vastgesteld dat de administratie van Betelgeuze niet voldoet aan de eisen van deugdelijke administratievoering en dat de grondslag van art. 2:248 lid 2 BW in samenhang met art. 2:10 BW moet falen.

Het hof is voornemens de deskundige te vragen een nader rapport uit te brengen omtrent de vraag of de deskundige op basis van de resterende administratie – dat wil zeggen de thans nog voorhanden zijnde digitale administratie en financiële administratie, zonder de fysieke projectmappen – kan beoordelen of de destijds gevoerde administratie, inclusief de niet meer aanwezige fysieke projectmappen, voldoet aan eisen van deugdelijke administratievoering voor een onderneming als Betelgeuze ex art. 2:10 BW.

Voorts stelt het hof vast dat het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit art. 2:394 BW, omdat over 2004 geen accountantsverklaring openbaar is gemaakt. Daarmee staat op grond van art. 2:248 lid 2 BW (onweerlegbaar) vast dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, alsmede dat (weerlegbaar) wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Betelgeuze. De verklaring dat Betelgeuze op grond van art. 2:396 lid 1 BW (“kleine rechtspersoon”) is vrijgesteld van controle door de accountant, is onvoldoende. Betelgeuze behoorde vanaf 2004 tot de categorie ‘middelgrote rechtspersonen van art. 2:397 BW’ en hetgeen door art. 2:392 lid 1 sub a BW in samenhang met art. 2:394 lid 4 BW wordt vereist. Het zoekraken van die fysieke projectmappen heeft in de context van de ontzenuwing van het hiervoor genoemde weerlegbaar vermoeden door de bestuurders en de commissarissen tot gevolg dat zij door toedoen van de curator in een onredelijke zware bewijspositie zijn geraakt. Zij kunnen daardoor immers niet langer aan de hand van die fysieke projectmappen een onderbouwing geven van hun op zich gemotiveerde stelling dat stijgende grondstofprijzen en dalende verkoopprijzen een belangrijke (externe) oorzaak van het faillissement zijn geweest. Nu de curator zijn bewaarplicht heeft geschonden en de bestuurders om die reden niet of in sterk verminderde mate kunnen voldoen aan hun verplichting tot onderbouwing en bewijs van het hier besproken verweer, dienen hun stellingen als in beginsel toereikend te worden beschouwd. Het hof komt tot de slotsom dat de bestuurders erin zijn geslaagd om het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Betelgeuze, te ontzenuwen. Daarmee ontvalt aan de vorderingen van de curator de grondslag van art. 2:248 lid 2 BW in samenhang met art. 2:10 BW en art. 2:394 BW.

Het hof houdt iedere verdere beslissing aan, waaronder die met de betrekking tot de overige grondslagen van art. 2:248 lid 1 BW en art. 2:9 BW in samenhang met art. 2:251 BW en art. 2:259 BW.

---

## Uitspraak

---

(...; red.)

---

### 3. De feiten

---

3.1. De volgende feiten zijn tussen partijen niet in geschil.

3.2. Betelgeuze B.V. (hierna: Betelgeuze) is op 15 juni 2001 ontstaan door naamswijziging van een bestaande besloten vennootschap, Kwaliteitscentrum Nederland Advies & Opleiding B.V., waarvan de aandelen waren aangekocht met het oog op de verzelfstandiging van een bedrijfsonderdeel van TetraPak Tebel B.V. te Leeuwarden (hierna: TetraPak). Betelgeuze heeft bij die verzelfstandiging van dat bedrijfsonderdeel van TetraPak een samenstel van activa (machines, lopende orders, klantenbestand e.d.) overgenomen, alsmede het op die betreffende afdeling van TetraPak werkzame personeel, waaronder de beide bestuurders. Aandeelhouders van Betelgeuze werden bestuurders, toeleveranciers, een participatiemaatschappij en de Stichting Aandelenbeheer Betelgeuze. TetraPak en haar rechtsvoorgangers hielden zich al meer dan honderd jaar bezig met de ontwikkeling, vervaardiging en levering van roestvrijstalen installaties voor de kaasproductie. Vanaf 1994 maakte TetraPak onderdeel uit van het Zweedse TetraPak concern, wereldmarktleider op het gebied van verpakkingsmachines voor de voedingsindustrie.

3.3. Betelgeuze hield zich bezig met het ontwerpen en vervaardigen van kaasbereidingsinstallaties, deels voor en via TetraPak (de zogenaamde “branded products”) en deels via de landenorganisaties van TetraPak in Europa (de zogenaamde ‘mouldhandling’) en incidenteel daarbuiten. Daarnaast heeft Betelgeuze getracht omzet op te bouwen in sectoren waarin geen afhankelijkheid van TetraPak bestond.

3.4. De notarieel verleden akte van statutenwijziging van 15 juni 2001 waarbij Betelgeuze is ontstaan bevat, voor zover van belang, de volgende bepalingen omtrent ‘Bestuur en toezicht op het bestuur’:

‘Artikel 16

1. Het bestuur van de vennootschap is opgedragen aan de directie, bestaande uit een of meer directeuren onder toezicht van een raad van commissarissen, bestaande uit een of meer commissarissen.

2. Het bestuur behoeft de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders voor bestuursbesluiten strekkende tot:

(..)

b. het in gebruik nemen of geven, al dan niet krachtens huur van gebouwen of delen daarvan alsmede het beëindigen van zodanig gebruik;

(...)

o. het aangaan van dadingen, compromissen en akkoorden, het berusten in rechtsvorderingen, tenzij het betreft het nemen van spoedeisende maatregelen;

(...)

p. het jaarlijks vaststellen van het jaarplan en de jaarbudgetten van de vennootschap;

p. in het algemeen het aangaan van alle handelingen, andere dan hiervoor vermeld, waarvan het bedrag of de waarde een bedrag van dertigduizend euro (€ 30.000,00) het jaarplan of jaarbudget overschrijdt.

3. (...)

4. Is een raad van commissarissen ingesteld, dan komen de in de leden 2 en 3 van dit artikel aan de algemene vergadering van aandeelhouders toegekende bevoegdheden uitsluitend aan de raad van commissarissen toe.

5. Het ontbreken van de goedkeuring als in dit artikel bedoeld tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur en de bestuurders echter niet aan.'

3.5. Medio 2002 is een raad van commissarissen ingesteld en werden de (huidige) commissarissen benoemd.

3.6. De gepubliceerde jaarrekeningen van Betelgeuze over de boekjaren 2001 tot en met 2004 lieten positieve resultaten zien, aflopend van € 217.000,- in 2002 tot € 25.000,- in 2004. Aan het eind van het eerste kwartaal 2006 meldden bestuurders aan commissarissen niet in staat te zijn de jaarrekening 2005 op te stellen. Daarop heeft de Raad van Commissarissen in april 2006 de heer Th. Koedooder (hierna: Koedooder) als financieel specialist aangesteld. Van Koedooder bevinden zich de volgende memoranda bij de stukken:

– een 'Memorandum t.b.v. directie en RvC Betelgeuze' van 3 mei 2006;

– een 'Statusmemorandum Betelgeuze' van 29 mei 2006;

– een 'Statusmemorandum Betelgeuze' van 12 juni 2006;

– een 'Memorandum van Bevindingen Betelgeuze' van 10 augustus 2006;

Koedooder presenteerde op 13 juli 2006 een verlies van Betelgeuze over het boekjaar 2005 van € 1.341.000,- en over het eerste halfjaar 2006 van ten minste € 250.000,-. In zijn 'Memorandum van Bevindingen Betelgeuze' van 10 augustus 2006 heeft Koedooder onder meer het volgende geschreven:

### *“Financiële Inrichting en Organisatie*

Betelgeuze werkt, administratief, in een complexe en technische omgeving waarbij projectmatig wordt gewerkt. Begonnen met 21 medewerkers zijn er nu pl. 46 medewerkers. Een adequate en professionele invulling van de financiële functie (boekhouder, controller) heeft niet plaatsgevonden. Het werd opgepakt door de algemeen directeur J. M. Een logistiek projectsysteem (MEP) is aangeschaft en in de loop der tijd geïmplementeerd en (beperkt) ingericht zonder echter de meest elementaire informatie (status OHW, voor- en nacalculatie) direct te kunnen leveren.

(...)

### *Financiële Analyse*

(...)

In 2004 wordt een omzet gerealiseerd van 12.5 mio met een (praktisch) 0 resultaat. In 2005 wordt een omzet gerealiseerd van 8.5 mio (-4 mio vergeleken met 2005) met een bedrijfsresultaat van -€ 1.394.593. Van dit resultaat kan € 517.000,- worden toegewezen aan incidentele resultaten zodat een operationeel resultaat voor 2005 overblijft van plm. € 877.000,-

De totale bedrijfslasten in 2005 zijn 330.000,- hoger dan in 2004. Dit wordt praktisch geheel veroorzaakt door hogere personeelslasten. 6 nieuwe medewerkers zijn aangetrokken en een CAO salarisverhoging is doorgevoerd. Trekt men deze verhoging af van het normale operationele resultaat ad -€ 877.000,- dan blijft een onderdekking over van -€ 547.000,-. Deze trend zet zich voort in 2006.

Nogmaals gezegd, dit laat zich moeilijk uit analyseren in de voor- en nacalculatie. Aanbiedingen op basis van voorcalculaties heeft Betelgeuze niet. Alles wordt aangeboden op basis van begrotingen, gebaseerd op cijfers en aannames uit het verleden. Tetra Tebel heeft in zijn contracten opgenomen dat Betelgeuze een toeslag van 11% mag berekenen op haar inkoopmaterialen en 15% op haar gecalculerde uurtarief.

De negatieve resultaten blijken ook uit de steeds frequentere liquiditeitsspanningen. De bankfaciliteit van 0,6 mio. wordt regelmatig bereikt waardoor betalingen steeds verder worden doorgeschoven. Tevens kan men de conclusie trekken dat er met middelen wordt ‘gesleept’. Termijnen van nieuw uit te voeren projecten worden gebruikt om ‘oude’ crediteuren te betalen. (...)”

3.7. Op 24 juli 2006 verzocht het bestuur aan de huisbankier van Betelgeuze, de Friesland Bank, voor een project in Polen bankgaranties te stellen tot een bedrag van € 900.000,-. Na verstrekking aan de bank van de jaarcijfers over het boekjaar 2005 en het eerste halfjaar 2006 heeft de Friesland Bank op 1 augustus 2006 het bestaande krediet van € 600.000,- opgezegd.

3.8. Nadat op 8 augustus 2006 aan Betelgeuze surseance van betaling is verleend, is Betelgeuze bij vonnis van 14 augustus 2006 in staat van faillissement verklaard met aanstelling van mr. Geense als curator. Ten tijde van de faillietverklaring waren S en M de statutair bestuurders van Betelgeuze. W, D en K waren op dat moment de commissarissen van Betelgeuze.

3.9. Op verzoek van de curator hebben bestuurders kort na de datum van het faillissement de gehele fysiek aanwezige administratie in een aparte kamer ondergebracht, waarvan de sleutel in beheer kwam van de curator. Daarnaast hebben bestuurders de volledige digitale administratie inzichtelijk gemaakt ten behoeve van de curator. Bij e-mail van 12 september 2006 heeft bestuurder M aan mr. Grondsma vijf foto's van administratie toegezonden en daarbij geschreven:

‘Geachte mevrouw Grondsma,

Zoals afgesproken doe ik u hierbij onze “vakantiefoto's” toekomen.’

Bij e-mail van 15 september 2006 heeft bestuurder M aan mr. Grondsma het volgende geschreven:

‘Zoals tijdens uw laatste bezoek besproken, staan alle relevante gegevens van Betelgeuze op de PC die in het kantoor achterblijft. De inloggegevens zijn echter iets aangepast. Deze zijn nu:

gebruikersnaam: rg

wachtwoord: rg

Dit geldt zowel voor de inlog in Windows als voor het inloggen in de diverse applicaties. In principe zijn dan alle gegevens bereikbaar. (...)’

3.10. Bij de stukken bevindt zich een faillissementsverslag, nummer 24 van 30 november 2012 (productie 1 bij conclusie na deskundigenbericht van de bestuurders). Daarin heeft de curator onder meer het volgende geschreven:

‘De deskundige heeft aangegeven inzicht te willen hebben in de administratie van de projecten, zodat van een aantal projecten het boekhoudkundig verloop kan worden beoordeeld. Omdat in de projectadministratie naast de gewerkte uren, de inkoop van materialen, inhuur van derden en dergelijke ook de technische uitwerking met tekeningen en dergelijke staat vermeld, werden de fysieke projectmappen aan de doorstarter ter beschikking gesteld. Deze, Tetrapak Tebel, is sinds de overname van de activa van Betelgeuze een tweetal malen verhuisd met als gevolg dat die fysieke projectadministratie zoek blijkt te zijn geraakt. In de digitale administratie die ten kantore van de curator beschikbaar is, blijkt die projectadministratie niet in voldoende mate voorhanden om de deskundige het inzicht te kunnen geven dat deze verlangd. De digitale projectadministratie blijkt nog wel bij Tetrapak Tebel aanwezig te zijn. Deze is bereid die ter beschikking te stellen voor onderzoek door de deskundige. In een bijeenkomst met de deskundige van 12 mei jl. is besloten dat door een forensisch deskundige van Deloitte die digitale projectadministratie van Tetrapak Tebel wordt overgebracht naar het kantoor van de curator. Dit laatste om er zeker van te zijn dat aan de curator niet het verwijt kan worden gemaakt dat de projectadministratie is of wordt gemanipuleerd.’

3.11. Van de stukken van het dossier maken deel uit de notulen van de eerste vergadering van de raad van commissarissen (van 4 juni 2002) tot en met de achttiende vergadering van de raad van commissarissen (op 4 mei 2006, verlengd op 30 mei 2006). Van zijn negentiende vergadering (op 13 juli 2006, vervolgd op 18 juli 2006) zijn geen notulen gemaakt. Wel zijn er notulen gemaakt van zijn daarop volgende vergadering van 2 augustus 2006.

3.12. De notulen van de vergadering van de raad van commissarissen van 16 augustus 2002 vermelden onder meer het volgende:

‘Enigszins onduidelijk is hoe het Onderhanden Werk op de balans bepaald is. Er is in elk geval geen winststopslag meegenomen. Gezien de grote omvang van deze post spreekt de heer D met de directie af de opbouw van het OHW bij afzonderlijke gelegenheid nog eens met hen door te nemen.’

De notulen van de vergadering van de raad van commissarissen van 21 november 2002 vermelden onder meer het volgende:

‘In de omzet is de mutatie ‘Onderhanden Werk’ vanzelfsprekend meegenomen. Dit is belangrijk omdat het OHW t.o.v. de gefactureerde omzet een aanzienlijke post is. Volgend jaar zal de directie het aandeel OHW in de omzet expliciet in de kwartaaloverzichten tonen.

(...)

De liquiditeit varieert sterk. Twee weken geleden bijvoorbeeld plus € 1 miljoen, nu minus € 0,5 miljoen. Oorzaak hiervan is de grote omvang OHW. De termijnbetalingen van klanten, met name die Tebel,

hebben met elkaar een positief effect op de liquiditeit. Daarnaast is het Eigen Vermogen van Betelgeuze redelijk (15 a 35% van het balanstotaal, afhankelijk van de wijze van opstellen).

(...)

#### *11. Rondvraag/afspraken*

– De heer D zal zijn notitie over het OHW afmaken.’

De notulen van de vergadering van de raad van commissarissen van 13 maart 2003 vermelden onder meer het volgende:

‘De p.m. onderwerpen ‘Berekening OHW’ en ‘evaluatie statutaire bevoegdheden commissarissen’ dienen op een der volgende vergaderingen van de RvC weer op de agenda geplaatst te worden.’

De notulen van de vergadering van de raad van commissarissen van 24 april 2003 vermelden onder meer het volgende:

#### *‘5. Resultaten 1e kwartaal 2003*

De cijfers over het eerste kwartaal zijn nog niet op schrift beschikbaar. Berekend is dat de kwartaalwinst vrijwel gelijk is aan de gemiddelde kwartaalwinst (excl. voorzieningen) over het vorig jaar. M.a.w. de rentabiliteit is gelijk gebleven.

(...)

De notulen van de vergadering van de raad van commissarissen van 30 januari 2004 vermelden onder meer het volgende:

#### *‘3. Binnengekomen mededelingen*

– Door problemen met de berekening van de post ‘Onderhanden Werk’ (OHW) in het vierde kwartaal 2003 liggen er geen stukken – m.n. het financieel kwartaalverslag – van de directie voor. Zie punt 5 van deze notulen.

(...)

#### *5. Voortgangsrapportage Directie – resultaten 4e kwartaal 2003*

(...)

Exacte cijfers kan de directie helaas niet geven. Bij de berekening van de post OHW traden enkele niet-aanmerkelijke en nader te onderzoeken afwijkingen op, die de nauwkeurigheid van de berekening zodanig aantastten dat de directie het niet verantwoord vond op dit moment met resultaatcijfers te komen. Een breuk in de trend van bescheiden, doch positieve kwartaalresultaten wordt echter niet verwacht.

Commissarissen tonen begrip, zijn echter met de situatie niet geheel gelukkig. De directie zet uiteen dat nader onderzoek gedaan zal worden. Aan de juistheid van het medio 2003 geïmplementeerde computersysteem wordt eigenlijk niet getwijfeld. Wel wordt het voor mogelijk gehouden dat op onderdelen het systeem niet geheel juist toegepast wordt en dat er inboekingsfouten gemaakt zijn, ‘menselijke’ fouten derhalve (later zal blijken dat de geconstateerde afwijkingen inderdaad aan beide genoemde factoren te wijten zijn).



Commissarissen komen tot de slotsom dat het (nog) niet nodig is nadere financieel administratieve expertise, bijvoorbeeld in de vorm van een parttime controller, in te schakelen. Mocht het door de directie voorgenomen onderzoek structurele problemen aan het licht brengen, dan dient deze problematiek opnieuw ter tafel gebracht te worden. Voorts spreken commissarissen met de directie af dat deze zo snel mogelijk met informatie komt. Met de gedachte van de directie om na het oplossen van de huidige problemen de inboeking van posten die verband houden met de post OHW en de berekening hiervan in een gedetailleerde procedure vast te leggen stemmen commissarissen graag in.

(...)

De notulen van de vergadering van de raad van commissarissen van 22 april 2004 vermelden onder meer het volgende:

*'3. Binnengekomen mededelingen*

Het resultatenoverzicht vierde kwartaal 2004 (het hof leest: 2003), alsmede de concepten van het jaarverslag 2003 in de jaarrekening 2003 liggen voor, niet echter het resultatenoverzicht 1e kwartaal 2004.

(...)

De notulen van de vergadering van de raad van commissarissen van 3 september 2004 vermelden onder meer het volgende:

*'10. Openstaande onderwerpen*

10A. Onderhanden Werk

De directie verwacht de OHW-positie vanaf eind september op elk gewenst moment automatisch als statusgegeven te kunnen genereren.

(...)

De notulen van de vergadering van de raad van commissarissen van 24 januari 2005 vermelden onder meer het volgende:

*'5. Resultaten 4e kwartaal*

De directie deelt mee dat de rapportage m.b.t. de (voorlopige) kwartaalresultaten over het 4e kwartaal 2004 nog niet beschikbaar is. Naar verwachting zal deze begin februari a.s. ter beschikking komen en worden rondgezonden. Wel is reeds duidelijk dat de in de laatste aandeelhoudersvergadering gegeven schatting zowel voor het vierde kwartaal als het gehele jaar 2004 in stand blijft.

Commissarissen accepteren het niet voorhanden zijn van de voorlopige kwartaalresultaten met enige teleurstelling. Graag hadden zij de eerder door de directie uitgesproken verwachting van herstel van het tegenvallende resultaat over het derde kwartaal in cijfers bewaarheid gezien.

(...)

*13. Onderhanden werk*

De notitie m.b.t. de berekening van het OHW zal zo mogelijk op de volgende vergadering behandeld worden.

(...)

De notulen van de vergadering van de raad van commissarissen van 28 april 2005 vermelden onder meer het volgende:

*'6. Concept-jaarrekening 2004*

(...)

(...) Voorts meldt de directie dat de systematiek van de OHW-berekening is beoordeeld door de accountant en dat deze enkele aanwijzingen heeft gegeven. (...)

*12. Openstaande onderwerpen*

(...)

– OHW: volgende vergadering

(...)

De notulen van de vergadering van de raad van commissarissen van 22 september 2005 vermelden onder meer het volgende:

*'12. Resterende onderwerpen*

In verband met tijdgebrek worden de volgende minder urgente onderwerpen naar een volgende vergadering verschoven:

(...)

– OHW'

De notulen van de vergadering van de raad van commissarissen van 24 januari 2006 vermelden onder meer het volgende:

*'11. Pro memoriepunten*

(...)

*OHW*

Gezien het feit dat nu aan het jaarverslag een goedkeurende verklaring gehecht zal worden, menen commissarissen niet langer naar dit punt behoeven te kijken.'

De notulen van de vergadering van de raad van commissarissen van 30 maart 2006 vermelden onder meer het volgende:

*'3b. Tussentijds contact*

In de weken voorafgaand aan deze vergadering heeft de heer K enkele malen tussentijds contact gehad met de directie. Daarbij bleek hem dat de totstandkoming van de jaarrekening 2005 c.q. de verzameling van gegevens daarvoor op grote, inmiddels als vrijwel onoverkomelijk beschouwde boekhoudkundige problemen was gestuit en dat een spoedige gereedkoming daarvan niet te verwachten viel.

(...)

In tussentijds overleg met de overige commissarissen en de directie werd daarop besloten over te gaan tot het aantrekken van een financieel-administratief specialist op tijdelijke basis. Deze beslissing werd in deze vergadering nog eens bekrachtigd.

#### *8. Jaarrekening 2005*

De vervaardiging hiervan ondervindt thans grote problemen (zie ook punt 3b).

Naar de indruk van de directie heeft de koppeling van het ERP- en het boekhoudsysteem begin 2005 niet op de juiste wijze plaats gevonden (d.w.z. onvolledig). De problemen lijken vooral op te treden in de verwerking van de inkoop/uitbesteding en in de bepaling van de posten Voorraden en Onderhanden Werk. Daarnaast zij er aansluitingsproblemen met het jaar 2004.

(...)

Problemen met het voeren van de financiële administratie en met de daarvan afgeleide rapportage zijn niet geheel nieuw. E.e.a. baart commissarissen grote zorgen. Naar hun indruk tracht de directie te veel zelf te doen. Een reeds lang bij commissarissen bestaande wens tot het aantrekken van een actieve, ervaren, zelfstandige financieel-administratieve kracht van niveau, door de directie te zien als 'Dritte im Bunde', blijft een must.

Vervolgvergadering op 12 april 2006 te Heerenveen

Met onbehagen constateert de RvC dat er nu niet alleen administratieve problemen zijn, maar waarschijnlijk ook een aanzienlijk verlies. (...)

Wel dienen er onmiddellijk maatregelen te worden genomen. In eerste instantie het aantrekken van een interim FA-manager, die mede belast dient te worden met het (helpen) analyseren van de financiële situatie en de achtergronden daarvan.

(...)

na de vergadering wordt door Im-mens BV de heer Th. Koedooder (58) gepresenteerd. (...) In een nabespreking besluit de RvC hem (vanuit de RvC) aan te stellen.

(...)

De notulen van de vergadering van de raad van commissarissen van 4 mei 2006 vermelden onder meer het volgende:

#### *'6. Onderzoek financiële positie en Financiële Administratie*

De taakomschrijving voor de adviseur zoals weergegeven in de notulen van de vorige vergadering is door directie en RvC accoord bevonden en wordt door de heer Koedooder als referentie voor zijn werkzaamheden gebruikt.

Inmiddels heeft laatsgenoemde zich bij de vergadering gevoegd en geeft daartoe verzocht de volgende samenvatting van de voorlopige conclusies:

– De financieel-administratieve functie ontbreekt in het bedrijf en heeft altijd ontbroken

– Bij de vaststelling van de mutaties OHW zijn fouten gemaakt. (De mutatie OHW is in de winst- en verliesrekening 2004 ca. 500.000 hoger opgenomen dan uit de balansen van 2003 en 2004 berekend kan worden. Hierdoor verschijnt in de jaarrekening de berekende winst over 2004 met hetzelfde bedrag hoger. Later zal blijken dat de mutatie OHW in de winst- en verliesrekening over 2003 voor ca. 500.000 lager is opgenomen dan uit de balansen kan worden berekend, waardoor de in de jaarrekening gepresenteerde winst over 2003 ca. 500.000 lager uitviel. Het totaaleffect van beide fouten, een kleinere afwijking in 2002 meegerekend, is overigens vrijwel nul.)

(...)

### *11. Rondvraag*

Op een vraag van de heer K geeft de directie aan zich met de ontstane situatie zeer ongemakkelijk te voelen, grote zorgen om de toekomst van het bedrijf te hebben en zich geconfronteerd te voelen met de eigen tekortkomingen.'

3.13. Ter beoordeling van de vraag of de administratie van Betelgeuze voldeed aan de administratieverplichting van artikel 2:10 BW heeft de rechtbank bij het tussenvonniss van 11 augustus 2010 mr. drs. B.M. Prins RA van PriceWaterhouseCoopers Advisory N.V. tot deskundige benoemd (hierna: de deskundige). Daarin heeft de rechtbank, voor zover van belang, de volgende vragen ter beantwoording aan de deskundige voorgelegd:

#### *'Administratieve organisatie en interne controle*

##### *Administratie algemeen*

1. Op welke wijze voerde Betelgeuze haar (financiële) administratie?
2. Hoe beoordeelt u het inzicht op basis van de administratie in de debiteuren- en crediteurenpositie, de stand van liquiditeiten en de vermogenspositie? Geven debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming een redelijk inzicht in de vermogenspositie?

##### *Interne risicoinventarisatie- en beheersingssysteem*

3. Wat houdt een risicoinventarisatie- en beheersingssysteem in?
4. Is een risicoinventarisatie- en beheersingssysteem voor een bedrijf als Betelgeuze noodzakelijk, en zo ja, waar zou dit systeem (minimaal) uit moeten bestaan?
5. Beschikte Betelgeuze over een adequaat risicoinventarisatie- en beheersingssysteem?

##### *Voor- en nacalculaties*

6. Wat houden voor- en nacalculaties in?
7. Is het gebruik van voor- en nacalculaties voor een bedrijf als Betelgeuze aangewezen?
8. Werden door Betelgeuze (structureel) voor- en nacalculaties gemaakt?
9. Werden de voor- en nacalculaties op de juiste en op adequate wijze toegepast?

##### *Onderhanden werk ("OHW")*

10. Op welke wijze werd het OHW door Betelgeuze verwerkt in haar administratie?
11. Voldeed deze verwerking aan voor een bedrijf als Betelgeuze te stellen eisen?
12. Hoe was de aansluiting tussen de projectadministratie (MEP) en de financiële administratie (Multivers voor Windows)?
13. Was de manier van verwerken van (de mutaties in) het OHW van invloed op het eigen vermogen en het resultaat van Betelgeuze zoals gepresenteerd in de jaarrekeningen?

#### *Jaarrekeningen en begrotingen*

14. Geven de jaarrekeningen 2003 tot en met 2005 van Betelgeuze de resultaten van het eigen vermogen correct weer?
15. Voldeden de begrotingen en prognoses van de jaren 2003 tot en met 2006 aan de daarvoor gestelde eisen?
16. Op welk moment had Betelgeuze in de periode 2002 t/m 2005 redelijkerwijs duidelijk moeten zijn dat er met verlies werd gewerkt?

#### *Geadmistreerde kosten en voorzieningen*

17. Blijkt uit de administratie van Betelgeuze dat de prijzen van voor Betelgeuze relevante grondstoffen zijn gestegen in de periode 2003-2005 (indien en voor zover de prijzen in de betreffende periode zijn gestegen?)
18. Als sprake is geweest van prijsstijgingen van voor Betelgeuze relevante grondstoffen in de periode 2003-2005, in hoeverre hebben die doorgewerkt in de resultaten van de onderneming?
19. Blijkt uit de administratie van Betelgeuze dat in de periode 2003-2005 sprake is geweest van dalende verkoopprijzen en zo ja, in welk marktsegment en in welke omvang?
20. Blijkt uit de administratie van Betelgeuze dat in de periode 2004-2005 sprake is geweest van stijgende loonkosten en zo ja in hoeverre hebben die doorgewerkt in de resultaten van de onderneming?
21. In hoeverre voldeed de voorziening die Betelgeuze had getroffen voor incidentele lasten aan de eisen die gelden voor een onderneming als de onderhavige?

(...)

3.14. Bij brief van 31 augustus 2012 heeft de curator onder meer het volgende geschreven aan mr. Van Rossum, destijds de advocaat van de bestuurders:

‘Kort nadat het faillissement van Betelgeuze was uitgesproken zijn er onderhandelingen gevoerd met Tetrapak Tebel B.V. over verkoop van de activa. Daarbij stond het Tetrapak Tebel B.V. niet voor ogen het onderhanden werk zelf af te maken of door te produceren. Daarvoor werden Kuipers B.V. en Bosgraaf B.V. ingeschakeld. Voor de productie zou gebruik worden gemaakt van de bedrijfsruimte van de failliet. Omdat er dus derden toegang hadden tot die bedrijfsruimte is al in een vroeg stadium op mijn verzoek/in mijn opdracht door uw cliënten ervoor gezorgd dat de gehele administratie in een aparte, afsluitbare ruimte zou worden bewaard en opgeslagen. In de overeenkomst met Betelgeuze B.V. is een bepaling opgenomen dat Tetrapak Tebel B.V. die betreffende ruimte/kamer gedurende maximaal twee jaar vanaf de faillissementsdatum (afsluitbaar) voor de curator ter beschikking heeft. In een bespreking met uw cliënten van 24 augustus 2006 is dezerzijds geïnformeerd naar de stand van zaken met betrekking tot het goed en in afzondering bewaren van de administratie. Uw cliënten hebben toen

meegedeeld dat zowel de digitale als financiële administratie in zijn geheel in de betreffende ruimte stonden opgeslagen en dat zij nog zouden zorgen om het archief ook naar de betreffende ruimte over te brengen. Uw cliënten hebben toen wel vermeld dat de projectadministratie niet naar die ruimte was overgebracht, maar niet dat die projectadministratie belangrijke delen van de financiële administratie zou behelzen en dat deze informatie zou kunnen bevatten die niet ook digitaal beschikbaar was.

Ik handhaaf overigens mijn standpunt dat het volstrekt onaannemelijk is dat de projectadministratie al die gegevens zou hebben bevat, waarvan cliënten thans stellen dat dat zo is.

(...)

Uw cliënten alsmede de heer D hebben eind 2010/begin 2011 op verzoek van de deskundige enige dagen op mijn kantoor ter plaatse waar de administratie van Betelgeuze B.V. was opgeslagen deze geordend op jaartal en soort. Uw cliënten weten dus precies wat er aanwezig is, zowel digitaal als fysiek. Uw cliënt M heeft bovendien voor zichzelf een kopie van de gehele digitale boekhouding behouden.

Nu uw cliënten op mijn verzoek/in mijn opdracht – aan welk verzoek/opdracht zij ook gevolg hebben gegeven – alle van belang zijnde administratieve gegevens hebben verzameld en in een aparte ruimte bijeengebracht, zonder te wijzen op het nu gestelde belang daarbij van de projectadministratie en zonder die projectadministratie daarbij eveneens af te zonderen, dient dat geheel voor eigen rekening te blijven.’

3.15. Het rapport van de deskundige dateert van 8 oktober 2012. De door de rechtbank gestelde vragen zijn daarin, voor zover van belang, als volgt beantwoord:

“3. *Verkregen informatie*

(...)

Deskundige heeft van bestuurders vernomen dat onder meer de volgende gegevens niet (meer) beschikbaar zijn:

a) Specificaties OHW per 3e kwartaal 2003, 1e tot en met 3e kwartaal 2004, 1e tot en met 3e kwartaal 2005 en 1e en 2e kwartaal 2006. Bestuurders merken het volgende op: ‘Hierbij dient aangetekend te worden dat de totale reconstructie ook niet meer mogelijk is vanwege het ontbreken van de fysieke projectadministratie bij de curator. Projectmappen blijken weggegooid te zijn. Curator heeft de fysieke mappen blijkbaar niet veiliggesteld. Deze waren wel aanwezig voor faillissement.’;

b) Fysieke projectadministraties inclusief notities over waardering van het OHW per project. Bestuurders merken het volgende op: ‘Waren ook aanwezig. Zie aanvulling hiervoor.’;

c) Onderbouwingen van diverse specificaties en aansluitingen van het OHW, evenals onderbouwingen voor correctieboekingen op jaareinde.

*Administratie algemeen*

*vraag 2*

*Hoe beoordeelt u het inzicht op basis van de administratie in de debiteuren- en crediteurenpositie, de stand van liquiditeiten en de vermogenspositie? Geven debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming een redelijk inzicht in de vermogenspositie?*

Een debiteurenadministratie dient inzicht te verschaffen in de uitstaande debiteuren op een bepaald moment. Op basis van de informatie uit de debiteurenadministratie dient een onderneming inzicht te hebben in:

- Het totaal van debiteuren te vorderen bedrag;
- De totale vordering per debiteur;
- Een specificatie van de vordering per debiteur naar afzonderlijke facturen;
- Verstuurde creditnota's;
- Vervaldatum en ouderdom per factuur;

(...)

Gelet op bovenstaande documenten was er bij Betelgeuze klaarblijkelijk sprake van een specificatie van de post debiteuren naar klant en factuurniveau en een aparte lijst met een totaalstelling debiteuren. Indien een geïntegreerde lijst bij Betelgeuze ontbrak (specificatie van de post debiteuren met een totaalstelling) kan op voorhand geen verband worden gelegd tussen de individuele debiteurenposities en het totaal van de uitstaande debiteuren op een bepaald moment. De mogelijkheid bestaat dan dat (ongemerkt) de totaalstelling afwijkt van het totaal van individuele vorderingen. Dit komt het inzicht in de debiteurenpositie niet ten goede. Het is deskundige niet bekend in hoeverre Betelgeuze over een geïntegreerde debiteurenlijst beschikte. Volgens bestuurders vormt het blad met totalen een geïntegreerd geheel met de lijst openstaande debiteuren. De totaalstelling zal hierdoor niet afwijken van het totaal van de individuele vorderingen en hierdoor bestond een correct inzicht in de debiteurenpositie, aldus bestuurders.

#### *Crediteurenadministratie*

Een crediteurenadministratie dient inzicht te verschaffen in de uitstaande verplichtingen aan handelscrediteuren op een bepaald moment. De onderneming dient op basis van de informatie uit de crediteurenadministratie inzicht te hebben in:

- Het totaal aan crediteuren te betalen bedrag;
- De totale schuld per crediteur;
- Een specificatie van de schuld per crediteur naar afzonderlijke facturen;
- Ontvangen creditnota's;
- Vervaldatum en ouderdom per te betalen factuur;
- Kredietlimiet.

(...)

Hetgeen is opgemerkt over het inzicht in de debiteurenpositie, is ook van toepassing bij het inzicht in de crediteurenpositie. Het is deskundige niet bekend in hoeverre Betelgeuze over een geïntegreerde crediteurenlijst beschikte. Indien een geïntegreerde lijst bij Betelgeuze ontbrak (specificatie van de post crediteuren met een totaalstelling) kan op voorhand geen verband word gelegd tussen de individuele crediteurenposities en het toaal van uittstaande crediteuren op een bepaald moment. De mogelijkheid bestaat dan dat (ongemerkt) de totaalstelling afwijkt van het totaal van individuele schulden. Dit komt het inzicht in de crediteurenpositie niet ten goede.

Volgens bestuurders vormt het blad met totalen een geïntegreerd geheel met de lijst openstaande crediteuren. De totaalstelling kan hierdoor niet afwijken van het totaal van de individuele schulden en hierdoor bestond een correct inzicht in de crediteurenpositie, aldus bestuurders.

### *De stand van liquiditeiten?*

Inzicht in de huidige stand van liquiditeiten kan worden verkregen door inzage in de bankstanden middels betaalapplicaties of bankafschriften. Betelgeuze beschikte in de administratie over mappen met bankafschriften. Deskundige heeft de bankstanden per begin van elke maand gedurende de periode 2004/2005 genoteerd aan de hand van de bankafschriften (...).

Indien sprake is van potentiële liquiditeitstekorten, is inzicht in de verwachte liquiditeitsontwikkeling van de onderneming van groot belang. In dat geval mag van een onderneming verwacht worden dat periodiek liquiditeitsbegrotingen worden opgesteld.

(...)

Zoals eerder opgemerkt, heeft deskundige met partijen gesproken over de aanwezigheid van liquiditeitsbegrotingen. Bestuurders hebben deskundige verteld dat op regelmatige basis liquiditeitsbegrotingen met een horizon van twee maanden werden opgesteld op basis van verwachte bankstanden, crediteuren en debiteurenposities. Hierbij werden huidige en toekomstige projecten in ogenschouw genomen. Deskundige heeft echter van partijen geen documenten ontvangen waaruit blijkt dat in de periode 2001 en 2006 met regelmaat liquiditeitsbegrotingen werden opgesteld.

Bestuurders hebben deskundige documenten (...) verschaft. Beide documenten hebben dezelfde opzet. (...) Een toelichting bij beide documenten ontbreekt. Document (...) geeft voor twaalf projecten de verwachte kasstroom op weekniveau weer. (...)

Het merendeel van de projecten is niet (op projectniveau) in de liquiditeitsbegroting opgenomen. De liquiditeitsbegroting geeft slechts voor een beperkt aantal projecten alleen de verwachte kasstromen uit inkomsten weer. De uitgaande kasstroom voor projectspecifieke kosten zijn niet in de liquiditeitsbegroting gespecificeerd.

De posten 'diverse open debiteuren' en 'diverse open crediteuren' zijn niet nader gespecificeerd. De horizon van de liquiditeitsbegroting verschilt per post. Een toelichting ontbreekt.

(...)

Tenslotte ontbreekt in de liquiditeitsbegroting de verwachte kasstromen wegens investeringen en de verwachte kasstromen uit hoofde van financiering.

(...)

Deskundige moet constateren geen volwaardige liquiditeitsprognose gezien te hebben.

### *En de vermogenspositie?*

De vermogenspositie van de onderneming bestaat uit het eigen vermogen en lange termijn vreemd vermogen respectievelijk vaste activa en het netto werkkapitaal.

De balans van een onderneming geeft onder de passiva (eigen vermogen en lange termijn vreemd vermogen) de oorsprong weer van het vermogen waarmee de onderneming gefinancierd is. De activa van de balans geven inzicht in welke bedrijfsmiddelen de onderneming het beschikbare vermogen heeft geïnvesteerd (vaste activa en werkkapitaal) en daarmee de opbouw van de vermogenspositie.

(...)



Uit bovenstaande tabel blijkt dat het vermogen van Betelgeuze in de periode 2002-2004 voornamelijk bestond uit netto werkkapitaal en voor slechts een beperkt deel uit vaste activa (maximaal 20%). In 2005 is het netto werkkapitaal negatief.

(...)

Uit bovenstaande tabel blijkt dat het netto werkkapitaal in de periode 2002-2005 voornamelijk bestaat uit de posten OHW, debiteuren, vooruit ontvangen op bestelling en crediteuren. Gedurende de periode 2002-2005 neemt de relatieve omvang van de posten debiteuren en crediteuren af en de omvang van de posten OHW en vooruit ontvangen op bestelling toe.

Kon in 2002 inzicht in het netto werkkapitaal (en daarmee de vermogenspositie van Betelgeuze) vooral verkregen worden door (de juiste) informatie uit de debiteuren- en crediteurenadministratie, vanaf 2003 is het belang van een goed functionerende onderhanden werk projectadministratie in combinatie met inzicht in de post vooruit ontvangen op bestelling essentieel om het juiste inzicht te verkrijgen in de vermogenspositie van de onderneming.

Deskundige heeft op basis van de beschikbare informatie niet kunnen vaststellen dat er sprake was van een onderhanden werk administratie waaruit gedurende het jaar een juist en volledig inzicht werd verkregen in de omvang en samenstelling van het OHW. Thans is slechts fragmentarisch informatie beschikbaar over de cijfermatige opbouw van het onderhanden werk per einde kwartaal gedurende de periode 2002-2005.

Deskundige heeft niet kunnen vaststellen op welke wijze op kwartaalbasis de stand van het onderhanden werk is bepaald. Een gestructureerde samenhang en aansluiting tussen verschillende bronnen (waaronder handmatig opgestelde spreadsheets) lijkt te ontbreken en substantiële bedragen kunnen (achteraf) niet onderbouwd worden. Deskundige heeft geen onderbouwde analyses gekregen van de ontwikkelingen van het OHW in de tijd (bijvoorbeeld per project op kwartaalbasis). Op jaareinde werden omvangrijke mutaties gepleegd op het OHW, zonder dat thans nog onderbouwing voor deze mutaties beschikbaar is. Het (moeten) doen van omvangrijke mutaties op jaareinde wijst erop dat een tijdig inzicht in de omvang, samenstelling en ontwikkeling van het OHW ontbreekt daarmee voor een substantieel het inzicht in de vermogenspositie van Betelgeuze. Dit laatste wordt door bestuurders bestreden; dat er thans geen onderbouwing meer is, wil volgens bestuurders niet zeggen dat die er toen ook niet was.

*Gaven de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en de omvang van de onderneming een redelijk inzicht in de vermogenspositie?*

Verwezen wordt naar de beantwoording van voorgaande vraag.

*Vragen 4 en 5*

*Wat houdt een risicoinventarisatie- en beheersingssysteem in?*

In de kern is een risicoinventarisatie- en beheersingssysteem een samenstel van maatregelen om een ongewenste gebeurtenis af te wenden, tijdig te signaleren en de gevolgen daarvan zoveel mogelijk te beperken.

(...)

*Is een risicoinventarisatie- en beheersingssysteem voor een bedrijf als Betelgeuze noodzakelijk, en zo ja, waar zou dit systeem (minimaal) uit moeten bestaan?*

De activiteiten van Betelgeuze werden gekenmerkt door langdurige en relatief complexe projecten op turn-key basis die deels in het buitenland werden uitgevoerd. Specifieke inherente risico's in dit verband zijn:

– Betelgeuze voerde werkzaamheden op projectbasis uit waarbij projecten naar aard en omvang veelal uniek waren. Het unieke karakter van de projecten maakt een gedetailleerde voorcalculatie van het project noodzakelijk als ook de continue bewaking van de voortgang zodat tijdig zichtbaar wordt als de ontwikkeling van kosten (prijzen van materiaal en arbeidstijd) zullen gaan afwijken van de voorcalculatie;

– Bij werkzaamheden met een projectmatig karakter is de waardering van het onderhanden werk van groot belang. Het unieke karakter van projecten maakt een individuele waardering van de projecten noodzakelijk. Het risico bestaat dat individuele projecten gelet op voortgang en/of daadwerkelijke kostenontwikkeling op een onjuiste wijze gewaardeerd worden;

– De doorlooptijd van projecten kon zich uitstrekken over meerdere jaren. Hiermee werd een juiste afgrenzing van projecten tussen kalenderjaren ten behoeve van de waardering van het OHW op de balans en de mate waarin resultaten als gerealiseerd beschouwd kunnen worden, van groot belang;

– De oplevering van projecten op turn-key basis betekent dat Betelgeuze de verantwoordelijkheid had dat projecten bedrijfsklaar werden opgeleverd. Het risico bij oplevering op basis van turn-key ontstaat indien bij de uitvoering van het project bij de klant blijkt dat de veronderstelde situatie (op grond van bijvoorbeeld interpretatie van contracten) afwijkt van de daadwerkelijke situatie. Indien de daadwerkelijke situatie bij een klant vooraf onvoldoende in kaart is gebracht, kan een dergelijke situatie additionele (onvoorziene) kosten tot gevolg hebben;

– Werkzaamheden vonden grotendeels in Nederland plaats, alleen de assemblage vond bij de klant plaats, waar die zich ook bevond.

Gelet op het vorenstaande dient naar de mening van deskundige het risicoinventarisatie- en beheersingssysteem van Betelgeuze uit ten minste de volgende onderdelen te bestaan:

1. Primaire functiescheidingen tussen beschikkende, bewarende, uitvoerende, registrerende en controlerende functies voor zover de omvang van de organisatie dit toestaat;
2. Resultaten van bedrijfsactiviteiten dienen periodiek getoetst te worden aan normen en richtlijnen zoals de begroting, ondercalculaties, uurtarieven, standaardkostprijzen voor materiaal en gestandaardiseerde werkzaamheden en productonderdelen (vaste onderdelen in elk verkocht product), toegestane verkoopprijzen, kortingsregelingen, etc. Zo dient per order periodiek (bijvoorbeeld per kwartaal) een verschillenanalyse uitgevoerd te worden tussen de voorcalculatie ten tijde van de orderacceptatie en de daadwerkelijke kosten bij afronding van het project.
3. Er dienen procedures te bestaan op grond waarvan werkzaamheden worden uitgevoerd, zoals:
  - a. Inkoop;
  - b. Fabricage (inclusief procedures voor de tijdige vastlegging van man- en machine uren, materiaalverbruik per order, etc.);
  - c. Verkoop (zoals procedures op grond waarvan voorcalculaties dienen te worden opgesteld en orderprijzen berekend dienen te worden);

De procedures geven een beschrijving van de uit te voeren werkzaamheden, de verantwoordelijke functionarissen, de controles op de werkzaamheden en de vastlegging daarvan.

4. Er dienen interne beheersingsmaatregelen te bestaan om het risico op onjuiste, onvolledige of niet tijdige financiële informatie te beperken, zoals:

(...)

Voor de goede orde zij gesteld dat het stelsel in onderling verband gezien adequaat moet zijn en dat naar de mening van deskundige de onderhanden werk administratie bij Betelgeuze van cruciaal belang is.

*Voor- en nacalculaties*

*Vraag 6-9*

*Wat houden voor- en nacalculaties in?*

*Is het gebruik van voor- en nacalculaties voor een bedrijf als Betelgeuze aangewezen?*

Zoals hiervoor is opgemerkt, kan Betelgeuze worden gekenmerkt als een stukproductiebedrijf. Kenmerk van een stukproductiebedrijf is dat bij elke order rekening gehouden wordt met de specifieke situatie bij de klant en specifieke wensen van de klant. Hierdoor is er geen standaard kostprijs voor het eindproduct als geheel aanwezig. Bij het aanvaarden van een nieuwe opdracht (nieuwe verkooporder) dient derhalve een inschatting gemaakt te worden van de te verwachten kosten bij uitvoering van de opdracht. Dit wordt aangeduid met voorcalculatie. Na afloop van de opdracht wordt op basis van de werkelijk bestede middelen (materialen, werkelijke inkooprijzen, bestede arbeidsuren, werkelijke arbeidskosten, etc.) een nacalculatie van een specifieke order opgesteld.

(...)

Gezien de aard van de opdrachten bij Betelgeuze acht deskundige het gebruik van voor- en nacalculaties voor een bedrijf als Betelgeuze noodzakelijk. (...)

Voor de goede orde zij gesteld dat het stelsel in onderling verband gezien adequaat moet zijn en dat naar de mening van deskundige de onderhanden werk administratie bij Betelgeuze van cruciaal belang is.

*Beschikte Betelgeuze over een adequaat risicoinventarisatie- en beheersingssysteem?*

(...)

Zoals eerder opgemerkt acht deskundige de onderhanden werk administratie bij Betelgeuze van groot belang. De hiervoor genoemde vastleggingen van onder meer de voorcalculaties, nacalculaties en verschillenanalyses kunnen een indruk geven van de mate waarin de bestuurders de ontwikkelingen op operationeel en financieel vlak 'in control' hadden.

Bijlagen 19-22 bij de Conclusie van Antwoord van de heren S en M versus mr. Geense betreffen voorbeelden van cijfermatige voor- en nacalculaties. Deskundige heeft bij de nacalculaties geen analyses gezien van de oorzaken van de cijfermatige afwijkingen tussen de voor- en nacalculaties. Ook bij de door deskundige geselecteerde projecten van het OHW (zoals in hoofdstuk 8 zal worden beschreven) ontbreken dergelijke analyses. Bestuurders merken hierover het volgende op: 'Deze voor- en nacalculaties waren uitsluitend bijgevoegd om aan te tonen dat er wel voor- en nacalculaties werden gemaakt. Eventueel bijbehorende analyses werden bewaard in de niet meer beschikbare fysieke projectmappen'.

Deskundige heeft niet kunnen constateren dat periodiek verbandscontroles (bijvoorbeeld tussen boekingen in de voorraadadministratie versus het OHW) plaatsvonden of aansluitingen werden gemaakt tussen grootboek- en subadministraties, evenmin dat audit trails en vastleggingen van voortgangscontroles hebben plaatsgevonden.

(...)

Deskundige is van mening dat uit gevoerde gesprekken en uit de van partijen verkregen documenten niet blijkt dat Betelgeuze beschikte over een adequaat intern risicoinventarisatie- en beheersingssysteem.

Dat het risicoinventarisatie- en beheersingssysteem onvoldoende was, wordt onder meer onderschreven door:

1. Memo van de heer M d.d. 10 mei 2006 (...). Dit memo betreft een taakomschrijving voor de heer Koedooder als ingehuurd financieel deskundige. Het takenpakket betreft onder meer: 'het opsporen van gemaakte fouten' en 'de financieel administratieve organisatie zal (op)nieuw vormgegeven moeten worden, om aan de eisen zoals die aan een organisatie als die van Betelgeuze gesteld worden te kunnen voldoen';

2. De ontdekking door de directie in februari 2006 dat kosten in 2005 al geboekt waren op specifieke grootboekrekeningen maar 'niet in de uitdraai van kosten-cq resultatenoverzichten waren meegenomen' en derhalve niet verwerkt waren in kwartaalrapportages over de eerste drie kwartalen van 2005. Kennelijk zijn gedurende 2005 geen aansluitingen gemaakt tussen (sub) grootboekrekeningen en saldi-balansen. Bestuurders merken hierover op dat de fout door bestuurders is onderkend. Na ontdekking is daar actie op ondernomen aldus bestuurders.

3. De ontdekking in het voorjaar van 2006 dat de mutatie van het onderhanden werk volgens de winst- en verliesrekening over de periode 2003-2005 niet aansluit met de balansmutaties van het onderhanden werk. Achteraf is noch uit de administratie noch uit extracomptabele vastleggingen vast te stellen wat de oorzaak is van deze afwijkingen.

(...)

Deskundige heeft derhalve niet kunnen constateren dat de voor- en nacalculaties en bijbehorende verschillenanalyses op een structurele en consistente wijze plaatsvond (...).

(...)

*Werden de voor- en nacalculaties op de juiste en op adequate wijze toegepast?*

8.3. Werden door Betelgeuze (structureel) voor- en nacalculaties gemaakt?

(...)

Deskundige heeft tijdens gezamenlijke sessies met curator en bestuurders getracht inzicht te verkrijgen in de werking van de projectadministratie, inclusief de mate waarin door Betelgeuze structureel voor- en nacalculaties (middels spreadsheets) werden opgesteld.

(...)

In bovenstaande bijlagen ontbreekt een analyse althans ontbreekt de vastlegging van de oorzaak die leidt tot geconstateerde verschillen. (...)

Naar aanleiding van de hiervoor genoemde bevinding berichten de bestuurders deskundige: 'Deze stukken werden opgeslagen in de fysieke projectmappen, welke bij de curator niet meer aanwezig zijn. Een verschillenanalyse werd niet gemaakt, als de verschillen binnen de bandbreedte van de begroting bleven'.

Uit genoemde bijlagen en elektronische dossiers die deskundige met partijen heeft bekeken (...) blijkt bovendien dat Betelgeuze geen eenduidige format hanteerde voor de voor- en nacalculaties. Deskundige heeft uit gesprekken met partijen vernomen dat elke projectmanager de projectrapportages op een eigen wijze in een spreadsheet vastlegde. Door verschillende formats te hanteren wordt het aggrereren van informatie bemoeilijkt waardoor het inzicht in de productie in het geheel wordt beperkt.

Deskundige heeft derhalve niet kunnen constateren dat de voor- en nacalculaties en bijbehorende verschillenanalyses op een structurele en consistente wijze plaatsvond (...).

Gelet op de toelichting van bestuurders en commissarissen van januari 2011 verwachtte deskundige in de elektronische projectdossiers de volgende documenten aan te treffen:

- a) Begroting (globale voorcalculatie) ten behoeve van offerte;
- b) Contract;
- c) Definitieve voorcalculatie;
- d) Tussentijdse nacalculatie en verschillenanalyse op kwartaalbasis;
- e) Definitieve nacalculatie en verschillenanalyse.

Volgens bestuurders was een contract zelden of nooit digitaal aanwezig omdat de ondertekende versie werd bewaard. Bestuurders merken hierover op: 'Deze werd door ons niet ingescand en was dus alleen fysiek aanwezig'.

#### *Project Kazan-Edelweiss*

Inzake het project Kazan-Edelweiss heeft deskundige met partijen geconstateerd dat er een begroting/voorcalculatie is opgesteld met datum 7 november 2003. Kosten volgens deze voorcalculatie zijn begroot op € 1.082.843.

Een offerte richting klant ontbreekt. (...)

(...)

Tussentijdse rapportages waarbij eventuele bijstellingen van budgetten zijn vastgelegd ontbreken. Deskundige heeft met partijen niet kunnen vaststellen op welke wijze gedurende de looptijd van het project de (tussentijdse) ontwikkelingen verwerkt zijn in het onderhanden werk.

Bestuurders merken naar aanleiding van het voorgaande op: 'Tussentijdse ontwikkelingen die we vastleggen in het OHW is de momentane nacalculatie, opgeslagen in de fysieke projectmappen'.

Evenmin heeft deskundige met partijen kunnen vaststellen hoeveel het definitieve eindresultaat van project Kazan-Edelweiss bedraagt. Volgens bestuurders bevond deze zich in de fysieke map.

(...)

Het is onbekend in hoeverre nadere onderbouwing van bovenstaande cijfers beschikbaar zijn. De digitale projectadministratie die ten aanzien van dit project met partijen is bekeken, bevat geen aanvullende informatie over de stand van het OHW gedurende de looptijd van het project. Kortom, er is onvoldoende informatie beschikbaar om de stand van het OHW van dit project in de loop der tijd te kunnen analyseren. Bestuurders merken op dat de fysieke projectadministratie niet meer bij de curator aanwezig was.

#### *Project Monki*

(...)

Het project Monki is op 12 juni 2006 afgesloten zo begrijpt de deskundige. De nacalculatie en eindafrekening is niet beschikbaar. Bestuurders merken op: ‘althans niet in bezit van curator’.

(...)

Project Monki komt niet voor op de lijst van het OHW uit MEP per 31 december 2005 ofschoon op dat moment, naar deskundige begrijpt, het project nog niet was afgesloten. Evenmin komt het project voor op de lijst van het OHW per 30 juni 2006. Een specificatie van het OHW per 31 maart 2006 ontbreekt.

Ook bij dit project ontbreekt de onderbouwing van genoemde cijfers en is er onvoldoende informatie beschikbaar om de stand van het OHW van dit project in de loop der tijd te kunnen analyseren.

Deskundige heeft voor de twee willekeurig gekozen projecten niet kunnen vaststellen of voorcalculaties en (tussentijdse) nacalculaties juist en adequaat zijn opgesteld. Verschillenanalyses ter onderbouwing van nacalculaties ontbreken. Nu bij beide projecten niet is vast te stellen hoe de definitieve nacalculatie luidt en waardoor verschillen tussen voor- en nacalculatie zijn veroorzaakt (verschillenanalyse), is ten aanzien van deze projecten geen oordeel mogelijk over de juistheid en volledigheid van de voor- en nacalculaties.

(...)

*Onderhanden werk ('OHW')*

*Vragen 10-13*

*Op welke wijze werd het OHW door Betelgeuze verwerkt in haar administratie?*

Volgens bestuurders werd het OHW in principe extra comptabel bepaald waarbij het verschil met de omvang van het OHW van voorgaande periode als correctie op de gefactureerde omzet in de winst- en verliesrekening werd geboekt. Winstneming geschiedde bij oplevering van het werk zo blijkt uit de jaarrekening 2004 van Betelgeuze.

Zoals hiervoor is opgemerkt, werd volgens bestuurders ieder kwartaal de stand van het onderhanden werk berekend in een excel spreadsheet door handmatig gegevens vanuit MEP en Baan en de extra comptabel bijgehouden kosten voor engineering in het spreadsheet te verwerken. De stand van projecten werd vervolgens met de projectleiders besproken en eventueel aangepast. Aan het eind van het jaar werden eventuele mutatieboekingen op het onderhanden werk geboekt.

(...)

*Voldeed deze verwerking aan voor een bedrijf als Betelgeuze te stellen eisen?*

Het ontbreken van een geïntegreerde OHW administratie zoals bij Betelgeuze hoeft niet bezwaarlijk te zijn. Het extracomptabel bepalen van het OHW aan de hand van verschillende bronnen en het boeken van de mutatie op het OHW in de winst- en verliesrekening is een acceptabele wijze van verwerking van het OHW. Het is derhalve niet perse noodzakelijk een geïntegreerde OHW administratie te hebben, ofschoon dit voor het verkrijgen van het inzicht in de OHW positie wel dienstig is.

Indien een geïntegreerde OHW administratie ontbreekt, is een zorgvuldige vastlegging en onderbouwing van de gemaakte boekingen van belang zodat achteraf is na te gaan hoe het OHW op een zeker moment is vastgesteld (vastleggen van een 'audittrail'). Deskundige heeft van partijen, ondanks verzoek daartoe, geen informatie gekregen waaruit een dergelijke trail bij Betelgeuze blijkt.

*Hoe was de aansluiting tussen de projectadministratie (MEP) en de financiële administratie (Multivers voor Windows)?*

(...)

Deskundige heeft niet voor alle kwartalen kwartaalrapportages en specificaties van het onderhanden werk van bestuurders en curator ontvangen. Volgens bestuurders waren specificaties van het OHW per kwartaal 'destijds wel aanwezig en opgeslagen in de projectadministratie. Reconstructie is onmogelijk geworden door het ontbreken van de fysieke projectadministratie in de door de curator veilig gestelde administratie van Betelgeuze'.

Zoals hierna meer in detail zal worden besproken, blijkt nadere onderbouwing van de wel beschikbare specificaties eveneens veelal niet beschikbaar te zijn.

(...)

Volgens bestuurders heeft op kwartaalbasis overleg plaatsgevonden met projectleiders over de stand van het OHW (...). Bestuurders merken hierover het volgende op: 'Bij de besprekingen van het OHW met de projectleiders zijn de notities van die besprekingen bij het desbetreffende project gebleven. Onderbouwing zou alleen mogelijk zijn via de fysieke projectadministratie (niet meer aanwezig bij de curator)'.

Deskundige heeft bij het doornemen van de digitale projectadministratie in het bijzijn van partijen geen enkel document gezien waaruit overleg met projectleiders over de stand van het OHW van projecten blijkt. Noch bestuurders, noch curator hebben deskundige een nadere onderbouwing van (de specificaties van) het OHW kunnen verstrekken. Deskundige heeft bij de geselecteerde projecten (zoals hiervoor beschreven) geen documenten aangetroffen in de digitale projectadministratie waaruit op kwartaalbasis een analyse is gemaakt van de voortgang van het project en de afwijkingen van de voorcalculatie met de (tussentijdse) nacalculatie.

(...)

De post correcties ad € 263.000 ultimo 2003 betreft volgens de spreadsheet diverse prijscorrecties en niet in MEP geboekte posten. Nadere onderbouwing ontbreekt. Bestuurders merken op dat reconstructie op basis van de beschikbare gegevens niet mogelijk is.

Correctie Usmate voorraad ad € 260.000 ultimo 2004 betreft projectspecifieke delen ten behoeve van project Usmate die volgens bestuurders geboekt waren als anonieme voorraad. Een nadere onderbouwing ontbreekt. Bestuurders merken op dat reconstructie op basis van de beschikbare gegevens niet mogelijk is.

De aansluiting tussen de projectadministratie in MEP en de grootboekadministratie (Multivers voor Windows) is achteraf niet meer te reconstrueren en te onderbouwen. Het extracomptabel vaststellen van de omvang van het OHW op basis van meerdere spreadsheets, zonder dat in deze spreadsheets de onderbouwing voor de mutaties voldoende is vastgelegd, heeft ertoe geleid dat achteraf reconstructie en onderbouwing van (de mutaties) OHW niet meer mogelijk is.

*Was de manier van verwerken van (de mutaties in) het OHW van invloed op het eigen vermogen en het resultaat van Betelgeuze zoals gepresenteerd in de jaarrekeningen?*

Het extra comptabel aan het OHW zoals geregistreerd in de projectadministratie MEP toerekenen van bepaalde posten (zoals eigen uren, uren engineering of bepaalde facturen van crediteuren), kan direct invloed hebben op de omvang van het resultaat en daarmee op de omvang van het eigen vermogen.

Bestuurders hebben deskundige echter, ondanks herhaald verzoek, te weinig informatie verschaft over de feitelijke boekingsgang van het OHW om de invloed daarvan op het eigen vermogen en het resultaat te kunnen bepalen.

Naar aanleiding van het voorgaande merken bestuurders op: 'De wijze waarop het OHW werd bepaald en geboekt is besproken en beschreven. De concrete getallen zijn niet meer te reconstrueren.'

#### *Jaarrekeningen en begrotingen*

##### *Vragen 14-16*

*Geven de jaarrekeningen 2003 tot en met 2005 van Betelgeuze de resultaten van het eigen vermogen correct weer?*

Zoals uit bovenstaand overzicht blijkt, bepaalt de post 'Mutatie Onderhanden Werk' in sterke mate de omvang van het resultaat na belastingen. Eerder is al opgemerkt dat bij Betelgeuze in principe de mutatie van het OHW op balansdatum verwerkt werd als een correctie op de netto-omzet in de winst- en verliesrekening. Een dergelijke mutatie heeft, ceteris paribus overige posten van de winst- en verliesrekening, een even grote invloed op het resultaat uit gewone bedrijfsuitoefening voor belastingen.

Deskundige heeft met partijen vastgesteld dat de wijze waarop het onderhanden werk bij Betelgeuze op jaareinde 2003, 2004 en 2005 werd bepaald, niet meer te reconstrueren en te onderbouwen is. Nu deskundige zich geen oordeel kan vormen over de juistheid van de post onderhanden werk, kan deskundige alleen al op grond van het voorgaande niet tot een oordeel komen over de juistheid van het resultaat na bestingen van Betelgeuze in de jaarrekeningen 2003-2005.

(...)

Voor een realistische verwachting over de omzet dient rekening gehouden te worden met de aanwezige orderportefeuille en verwachtingen over nieuwe orders op basis van marktanalyses. De waardering van het onderhanden werk ten opzichte van de waarde van de orders in portefeuille geeft inzicht in de mate waarin voor het komende jaar nog omzet te verwachten is uit de bestaande orders. De omvang van nieuwe orders in het afgelopen jaar in combinatie met verwachte marktontwikkelingen oor het komende jaar (bijstelling naar boven of naar beneden) geeft een beeld van de te verwachten nieuwe omzet. Relevant in dit opzicht zijn ook het aantal uitstaande offertes. Een dergelijke analyse van bestaande orders, aantal uitstaande offertes en nieuw te verwachten orders blijkt niet uit de ter beschikking staande begrotingen en is deskundige ook overigens niet bekend.

*Op welk moment had Betelgeuze in de periode 2002 t/m 2005 redelijkerwijs duidelijk moeten zijn dat er met verlies werd gewerkt?*

(...)

Indien, zoals bestuurders deskundige hebben geïnformeerd, Betelgeuze elk kwartaal de stand van het OHW bepaalde ten behoeve van de kwartaalrapportages en met enige regelmaat liquiditeitsprognoses met een horizon van twee maanden opstelde op basis van verwachte bankstanden, crediteuren en debiteuren posities (...), dan zou in de loop van 2004 de gesignaleerde trends onderwerp van discussie moeten zijn geweest.

Deskundige is niet bekend met de kwartaalanalyse van het OHW of de met regelmaat opgestelde liquiditeitsprognoses. De beschikbare kwartaalrapportages over 2004 en 2005 (...) geven geen informatie over dalende liduiditeitspositie, afnemende debiteuren en OHW standen. Volgens rapportages ontikkelt de omzet zich in lijn met de begroting. Voor de kostenontwikkeling worden bepaalde afwijkingen genoemd (nawerk, inleen van personeel, claims, verkoopkosten) maar vaak met de opmerking dat de afwijkingen nog nader geanalyseerd dienen te worden (of woorden van gelijke strekking).

(...)

#### *Geadmistreerde kosten en voorzieningen*



*Blijkt uit de administratie van Betelgeuze dat de prijzen van voor Betelgeuze relevante grondstoffen zijn gestegen in de periode 2003-2005 (indien en voor zover de prijzen in de betreffende periode zijn gestegen?)*

(...)

Zoals eerder is opgemerkt, hebben bestuurders deskundige geïnformeerd dat de (fysieke) projectadministratie ontbreekt. Partijen hebben in bijzijn van deskundige geconstateerd dat de digitale projectadministratie bij curator niet volledig was. De digitale projectadministratie is later bij Tetra Pak Tebel gekopieerd en alsnog ter beschikking gesteld aan curator. Zoals eerder beschreven, biedt laatstgenoemde digitale projectadministratie onvoldoende informatie ten aanzien van de onderzochte projecten om het verloop van het OHW in de tijd te kunnen analyseren. Daarmee ontbreekt voor deskundige de mogelijkheid om aan de hand van specifieke projecten vast te stellen wanneer prijsstijgingen zijn voorgekomen en in hoeverre dit van invloed is geweest op waardering van het onderhanden werk en het behaalde resultaat. Bovendien beschikt deskundige niet, ondanks verzoeken daartoe, over een specificatie van het OHW op kwartaalbasis met onderbouwing van de cijfers. Het onderwerp prijsstijging komt niet ter sprake in de (summiere) kwartaalrapportages waarover deskundige wel beschikt.

(...)

*Blijkt uit de administratie van Betelgeuze dat in de periode 2003 tot en met 2005 sprake is geweest van dalende verkoopprijzen en zo ja, in welk marktsegment en in welke omvang?*

Dalende verkoopprijzen kunnen geconstateerd worden indien uit opdrachtbevestigingen van vergelijkbare projecten, of projecten met vergelijkbare onderdelen, blijkt dat verkoopprijzen (voor die onderdelen) gedaald zijn.

Door het ontbreken van een gedetailleerde projectadministratie heeft deskundige deze vraag niet kunnen beantwoorden. Deskundige verwijst naar paragraaf 11.1

*Blijkt uit de administratie van Betelgeuze dat in de periode 2004 tot en met 2005 sprake is geweest van stijgende loonkosten en zo ja in hoeverre hebben die doorgewerkt in de resultaten van de onderneming?*

(...)

De jaarrekeningen van Betelgeuze over de jaren 2003 en 2004 en het document 'historisch overzicht' van de heer Koedooder zoals in de processtukken van partijen is opgenomen, geven de volgende stijging weer van de personeelskosten (lonen en salarissen, sociale lasten, pensioenpremies en overige personeelskosten);

(...)"

#### ***4. De vorderingen en de beslissingen in eerste aanleg***

---

4.1. De curator heeft in eerste aanleg gevorderd, zakelijk weergegeven:

a. dat de bestuurders en de commissarissen hoofdelijk worden veroordeeld om aan de curator te betalen het bedrag van de schulden in het faillissement van Betelgeuze, voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

b. dat de bestuurders en de commissarissen hoofdelijk worden veroordeeld om aan de curator te betalen een bedrag van € 800.000,-, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, bij wijze van voorschot op het onder (a) genoemde bedrag;

c. dat de bestuurders en de commissarissen worden veroordeeld in de proceskosten.

4.2. Als grondslagen voor zijn vorderingen heeft de curator aangevoerd dat de bestuurders en de commissarissen hun taak onbehoorlijk hebben vervuld als bedoeld in artikel 2:248 lid 1 en lid 2 BW en artikel 2:9 BW in samenhang met artikel 2:259 BW. Meer in het bijzonder stelt de curator zich wat betreft de bestuurders op het standpunt dat de administratieplicht als bedoeld in artikel 2:10 BW en de plicht tot openbaarmaking van de jaarrekening als bedoeld in artikel 2:394 BW zijn geschonden, een en ander als bedoeld in artikel 2:248 lid 2 BW. De administratieplicht als bedoeld in artikel 2:248 lid 2 BW in samenhang met artikel 2:10 BW is volgens de curator geschonden omdat, kort gezegd, de bestuurders niet te allen tijde de rechten en plichten van Betelgeuze kenden. De openbaarmakingsplicht als bedoeld in artikel 2:248 lid 2 BW in samenhang met artikel 2:394 BW is volgens de curator geschonden doordat de jaarrekeningen weliswaar tijdig zijn gepubliceerd, maar over de jaren 2003 en 2004 nagelaten is de vereiste accountantsverklaring gelijktijdig met de jaarrekeningen te openbaren. De bestuurders en de commissarissen valt voorts onbehoorlijke taakvervulling te verwijten in de zin van artikel 2:9 BW in verbinding met artikel 2:14 BW, artikel 2:15 BW, artikel 2:251 BW en artikel 2:248 lid 1 BW respectievelijk artikel 2:259 BW, aldus de curator. Wat betreft de commissarissen geldt in dit verband volgens de curator dat zij zijn tekort geschoten in hun taak toe te zien op de nakoming van die verplichtingen door het bestuur.

4.3. Nadat de rechtbank bij tussenvonnis van 11 augustus 2010 de deskundige heeft benoemd ter beantwoording van de in rov. 3.10 van dat vonnis genoemde vragen, heeft zij bij eindvonnis van 4 december 2013 de bestuurders en de commissarissen hoofdelijk veroordeeld tot betaling van – kort gezegd – het boedeltekort, bestuurders en commissarissen hoofdelijk veroordeeld om bij wijze van voorschot een bedrag van € 100.000,- aan de curator te betalen, voorts bestuurders hoofdelijk veroordeeld om bij wijze van voorschot aan de curator te betalen een bedrag van € 400.000,- en voorts de bestuurders en de commissarissen veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van de curator begroot op € 89.509,65. Daartoe heeft de rechtbank op basis van het rapport van de deskundige geoordeeld dat de administratie van Betelgeuze niet voldeed aan de daaraan op grond van artikel 2:10 BW te stellen eisen. De rechtbank oordeelde, gelet op dat rapport, dat de administratie van Betelgeuze geen redelijk inzicht bood in haar vermogenspositie en dat daarmee vaststaat dat sprake is van onbehoorlijk bestuur (rov. 2.31). Vervolgens heeft de rechtbank de vraag onder ogen gezien of sprake is geweest van voldoende toezicht en is zij tot het oordeel gekomen dat de bestuurders in de referentieperiode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement zijn tekort geschoten in de naleving van de administratieplicht en dat de commissarissen gedurende die termijn zijn tekort geschoten in hun toezichhoudende taak op de naleving daarvan. Daarmee wordt, aldus de rechtbank, onweerlegbaar vermoed dat de bestuurders en de commissarissen hun taak onbehoorlijk hebben vervuld en wordt – weerlegbaar – vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement (rov. 2.32-2.34). De rechtbank heeft daarop onderzocht of de bestuurders en de commissarissen dit vermoeden hebben weerlegd, door aannemelijk te maken dat andere feiten en omstandigheden dan hun onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest (rov. 2.34-2.41). Nadat de rechtbank oordeelde dat de bestuurders en de commissarissen er niet in zijn geslaagd dat vermoeden te ontzenuwen (rov. 2.40) heeft zij het ‘eigen schuld’ verweer van commissarissen verworpen (rov. 2.42-2.43) en heeft zij het beroep op de matiging van artikel 2:259 BW juncto artikel 2:248 lid 4 BW verwezen naar de schadestaat procedure (rov. 2.46-2.47).

## ***5. De beoordeling van de hoger beroepen***

---

### ***Inleiding***

---

5.1. Het gaat in deze procedure tegen de achtergrond van de vaststaande feiten zakelijk weergegeven om het volgende. Betelgeuze is in 2001 ontstaan uit een afsplitsing van een onderdeel van TetraPak. TetraPak en haar rechtsvoorgangers hielden zich al meer dan honderd jaar bezig met de ontwikkeling, vervaardiging en levering van roestvrijstalen installaties voor kaasproducties. Na de verzelfstandiging is Betelgeuze zich gaan toeleggen op het ontwerpen en het vervaardigen van kaasbereidingsinstallaties, deels voor en via TetraPak (via de landenorganisaties van TetraPak in Europa) en incidenteel daarbuiten.

Bestuurders van Betelgeuze werden M en S, voorheen Manager Assembly en Service respectievelijk Manager Logistics & Procurement bij TetraPak. Medio 2002 is een raad van commissarissen ingesteld en zijn de (huidige) commissarissen benoemd. Nadat de Friesland Bank op 1 augustus 2006 het bestaande krediet van € 600.000,- opzegde na te zijn geconfronteerd met de negatieve jaarcijfers over het boekjaar 2005 en het eerste halfjaar 2006, is op 8 augustus 2006 aan Betelgeuze surseance van betaling verleend. Deze surseance is op 14 augustus 2006 omgezet in een faillissement. Het draait in deze procedure om de door de curator aan de orde gestelde vraag naar de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders en de commissarissen voor het boedeltekort in het faillissement van Betelgeuze op de hiervoor in rov. 4.2 vermelde grondslagen van artikel 2:248 leden 1 en 2 BW in samenhang met artikel 2:10 BW respectievelijk artikel 2:394 BW, artikel 2:9 BW en artikel 2:251 BW en (wat betreft de commissarissen) artikel 2:259 BW. Daartoe heeft de curator, zakelijk weergegeven, de volgende verwijten (inleidende dagvaarding onder 2.1 e.v.) aangevoerd:

– de publicatieplicht van artikel 2:394 BW is geschonden doordat de jaarrekeningen weliswaar tijdig zijn gepubliceerd, maar over de jaren 2003 en 2004 is nagelaten de vereiste accountantsverklaring gelijktijdig met de de jaarrekeningen te publiceren;

– de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW is geschonden;

– de bestuurders en de commissarissen hebben niet voldaan aan het bepaalde in artikel 2:251 lid 2 BW door na te laten de algemene en financiële risico's te inventariseren en een beheers- en risicosysteem op te zetten;

– er is in strijd gehandeld met de statuten door zonder goedkeuring van de raad van commissarissen (a) bedrijfsruimte te huren (artikel 16 lid 2 sub b), (b) een schikking aan te gaan met TetraPak Duitsland (artikel 16 lid 2 sub o), en (c) meer te investeren dan het in (artikel 16 lid 2 sub p van) de statuten genoemde bedrag van € 30.000,-;

– de bestuurders en de commissarissen hebben gehandeld in strijd met artikel 19 lid 2 van de statuten, waarin staat dat een controleopdracht aan de accountant moet worden verleend zodra de wet dit eist;

– Betelgeuze heeft voor de bestuurder S een auto geleasd bij de bestuurder M, handelend onder de naam Meissa. Dat is een tegenstrijdig belang, in welk geval de vennootschap op grond van artikel 17 lid 2 van de statuten vertegenwoordigd had moeten worden door een commissaris, hetgeen is nagelaten.

5.2. De stelling van de curator dat de administratie van Betelgeuze 'in brede zin' op belangrijke onderdelen niet voldeed aan de daaraan te stellen eisen, alsmede dat de bestuurders en de commissarissen uit het verloop van de liquiditeiten al in 2004 hadden moeten afleiden dat sprake was van een zodanige negatieve trend dat ingrijpen geboden was, steunt naar de kern genomen op de volgende feitelijke verwijten, (mede) ontleend aan het rapport van de deskundige (conclusie na deskundigenbericht curator):

– geïntegreerde debiteuren/crediteurenlijsten ontbreken;

– adequate voor- en nacalculaties en bijbehorende verschillenanalyses ontbreken, terwijl die voor een bedrijf als Betelgeuze noodzakelijk zijn;

– liquiditeitsbegrotingen ontbreken;

– Betelgeuze beschikte niet over een adequaat intern risicoinventarisatie- en beheersingssysteem;

– een adequate geïntegreerde onderhandenwerk administratie ('OHW') ontbreekt en ook een zogevuldige vastlegging van het OHW door middel van een zogenaamde audittrail ontbreekt;

- bij gebreke van een goed functionerende OHW projectadministratie ontbreekt voor een substantieel deel het inzicht in de vermogenspositie van Betelgeuze;
- de aansluiting tussen de projectadministratie in MEP en de grootboekadministratie (Multivers voor Windows) is achteraf niet meer te reconstrueren en te onderbouwen. Kwartaalrapportages zijn slechts gedeeltelijk voorhanden, specificaties van het OHW ontbreken. In de spreadsheets is de onderbouwing van de mutaties OHW onvoldoende vastgesteld, als gevolg waarvan reconstructie en onderbouwing van het OHW niet meer mogelijk zijn;
- de begrotingen voldeden niet aan de daaraan te stellen eisen. De begrotingen waren niet realistisch, maar gebaseerd op een gewenste omzet met daarbij behorende kosten en brutomarge;
- aan de hand van het verloop van de liquiditeit en het begroot werkkapitaal hadden de bestuurders en de commissarissen reeds in 2004 moeten constateren dat er met verlies werd gewerkt, althans dat sprake was van belangrijke negatieve trends. Voor 2004 was een resultaat begroot van € 201.000, terwijl het werkelijke resultaat € 25.000 bedroeg, als gevolg van het feit dat de personeelskosten harder stegen dan het resultaat. Die trend heeft zich in 2005 voortgezet. Dit impliceert dat de bestuurders en de commissarissen in overeenstemming daarmee maatregelen hadden moeten nemen, hetgeen zij hebben nagelaten.

5.3. Alvorens in te gaan op de verschillende door de bestuurders en de commissarissen aangevoerde grieven tegen de beide vonnissen van de rechtbank, stelt het hof het volgende voorop.

#### *De kern van artikel 2:248 BW en artikel 2:259 BW*

---

5.4. De aansprakelijkheidsregeling voor bestuurders van artikel 2:248 BW laat zich als volgt samenvatten.

De basis voor de in dit artikel geregelde vorm van bestuurdersaansprakelijkheid is kennelijk onbehoorlijke taakvervulling waarvan aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap. Bij onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:248 leden 1 en 2 BW gaat het om de taakvervulling door het bestuur van de vennootschap. Bij de toepassing van het artikel dient dan ook eerst te worden onderzocht of sprake is geweest van een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Is dat het geval, én is aannemelijk dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap, dan is op grond van artikel 2:248 lid 1 BW bij een meerhoofdig bestuur in beginsel ieder van de individuele bestuurders jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor die onbehoorlijke taakvervulling, waarbij artikel 2:248 lid 1 BW de omvang van deze aansprakelijkheid relateert aan het boedeltekort.

Vgl. HR 1 november 2013, (JOR 2013/336, m.nt. Van Andel (Verify); *red.*), ECLI:NL:HR:2013:1079, NJ 2014/7.

Artikel 2:248 lid 1 BW brengt mee dat de rechter dient na te gaan of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling en of aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (waarvoor onvoldoende is dat een handeling die kennelijk onbehoorlijke taakvervulling oplevert, als een voorwaarde voor het faillissement is te beschouwen), waarbij als uitgangspunt geldt dat stelplicht en bewijslast van de daaraan ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden ingevolge art. 150 Rv op de curator rusten.

Vgl. HR 24 januari 2014, (JOR 2014/122, m.nt. Van Thiel (Sansto/Reiziger q.q.); *red.*), ECLI:NL:HR:2014:153, NJ 2014/177. In algemene zin geldt dat van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:248 BW slechts kan worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben. Vgl. HR 8 juni 2001, (JOR 2001/171 (Panmo); *red.*), ECLI:NL:HR:2001:AB2053, NJ 2001/454. Daarbij dient de rechter alle terzake dienende

omstandigheden van het geval in totaliteit en in onderling verband en samenhang in zijn beoordeling te betrekken.

Vgl. HR 14 oktober 2005, (JOR 2006/61, m.nt. Borrius; *red.*), ECLI:NL:HR:2005:AT6017, NJ 2006/30.

Blijkens de wetgeschiedenis is hierbij meer in het bijzonder gedacht aan handelen of nalaten dat als schuldige verwaarlozing van de bestuurstaak kan worden aangemerkt en is niet bedoeld de bestuurders een verwijt te maken van fouten, misrekeningen of achteraf beschouwd onjuiste beoordelingen in het zakelijke vlak van feiten en omstandigheden die voor het bepalen van het bestuursbeleid van belang zijn. Voor onbehoorlijke taakvervulling als bedoeld in artikel 2:248 BW is méér nodig, in het bijzonder “dat onverantwoordelijk is gehandeld met wetenschap – objectief te bepalen – dat de schuldeisers daarvan de dupe zouden kunnen worden. (...) Van onbehoorlijke taakvervulling is in de gegeven context alleen sprake, wanneer de bestuurders onverantwoordelijk hebben gehandeld of anderszins hun taak hebben verwaarloosd, wetende – of kunnende weten – dat de schuldeisers daarvan uiteindelijk de lasten zouden moeten dragen.” Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 20-21, 34.

Indien de curator erin slaagt aan te tonen dat het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit artikel 2:10 BW en/of artikel 2:394 BW, ter zake waarvan de stelplicht en bewijslast van de daaraan ten grondslag te leggen feiten en omstandigheden ingevolge art. 150 Rv in beginsel op de curator rusten, heeft op grond van artikel 2:248 lid 2 BW te gelden dat onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur (onweerlegbaar) vaststaat en dat (weerlegbaar) wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, met dien verstande dat een onbelangrijk verzuim niet in aanmerking wordt genomen.

Artikel 2:248 lid 2 BW bepaalt dat het niet voldoen aan de administratieplicht van artikel 2:10 BW en/of aan de openbaarmakingsplicht van artikel 2:394 BW onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur oplevert, omdat het niet voldoen aan deze verplichtingen – gelet op het gewicht dat aan de nakoming daarvan toekomt – erop wijst dat het bestuur zijn taak ook voor het overige niet behoorlijk vervult.

Vgl. HR 20 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0329, NJ 1989/676 en HR 12 juli 2013, (JOR 2013/300, m.nt. Van Andel (Bobo Holding/König q.q.); *red.*), ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, NJ 2013/401. Voor het ontzenuwen van dit weerlegbare vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW, indien geactiveerd, volstaat dat de aangesproken bestuurder(s) aannemelijk maakt (maken) dat andere feiten of omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest, in welk geval het op de weg van de curator ligt op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Vgl. HR 20 oktober 2006, (JOR 2006/288, m.nt. Borrius (Van Schilt/Janssen q.q.); *red.*), ECLI:NL:HR:2006:AY7916, NJ 2007/2. Wordt daartoe door de aangesproken bestuurder(s) een van buiten komende oorzaak gesteld, en wordt de bestuurder(s) door de curator verweten te hebben nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zullen door de bestuurder(s) (tevens) feiten en omstandigheden moeten worden gesteld gesteld en zonodig aannemelijk gemaakt waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. In dit laatste geval ligt het dan weer op de weg van de curator op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat nochtans de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Vgl. HR 30 november 2007, (JOR 2008/29, m.nt. Borrius (Blue Tomato); *red.*), ECLI:NL:HR:2007:BA6773, NJ 2008/91.

De bepaling van artikel 2:248 lid 2 BW dat een onbelangrijk verzuim niet in aanmerking wordt genomen, heeft betrekking op de vraag of sprake is geweest van een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, en niet op het aandeel in die onbehoorlijke taakvervulling van de individuele bestuurder. Zoals hiervoor overwogen, bepaalt artikel 2:248 lid 2 BW dat het niet voldoen aan de administratieplicht van artikel 2:10 BW en/of aan de openbaarmakingsplicht van artikel 2:394 BW onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur opleveren/oplevert, omdat het niet voldoen aan deze verplichtingen erop wijst dat het bestuur zijn taak ook voor het overige niet behoorlijk vervult. In dit licht is sprake van een onbelangrijk verzuim als bedoeld in de slotzin van artikel 2:248 lid 2 BW indien het niet voldoen aan die verplichtingen in de omstandigheden van het desbetreffende geval niet erop wijst dat het bestuur zijn

taak onbehoorlijk heeft vervuld. Dit is met name het geval indien voor het verzuim een aanvaardbare verklaring bestaat. De stelplicht en bewijslast van de door de aangesproken bestuurder(s) aan een beroep op een dergelijk onbelangrijk verzuim ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden rusten in beginsel op de aangesproken bestuurder(s). Vgl. HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, NJ 2007/2, HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, NJ 2013/401 en HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079, NJ 2014/7.

In geval van aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW – mogelijk over de band van artikel 2:248 lid 2 BW – biedt artikel 2:248 lid 3 BW een discolpatieregeling voor individuele bestuurders en biedt artikel 2:248 lid 4 BW een matigingsregeling voor de gezamenlijke bestuurders en voor individuele bestuurders.

Vgl. HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079, NJ 2014/7. Blijkens artikel 2:248 lid 7 BW staat een aan de bestuurder verleende kwijting niet in de weg aan het instellen door de curator van de op artikel 2:248 BW gebaseerde vordering.

Met een bestuurder wordt voor de toepassing van artikel 2:248 BW gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder (artikel 2:248 lid 7 BW).

5.5. Wat betreft de aansprakelijkheid van de commissarissen geldt, dat op grond van artikel 2:259 BW het bepaalde in artikel 2:248 BW van overeenkomstige toepassing is ten aanzien van de taakvervulling door de raad van commissarissen. De commissarissen zijn niet zelf gehouden de in artikel 2:248 lid 2 BW bedoelde administratieplicht ex artikel 2:10 BW en openbaarmakingsplicht ex artikel 2:394 BW na te leven, ook niet als het bestuur in de nakoming daarvan tekortschiet, maar het is wel hun taak op de nakoming door het bestuur van die verplichtingen toezicht te houden. Daartoe zullen zij zich door het bestuur moeten laten inlichten en het bestuur met betrekking tot de nakoming van deze verplichtingen moeten adviseren, en zo nodig moeten ingrijpen, bijvoorbeeld door een bestuurder te schorsen of zijn ontslag te bevorderen. Vgl. HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2114, NJ 1997/58.

5.6. Gelet op het bepaalde in artikel 2:248 lid 7 BW is de vordering van de curator tegen de bestuurders en de commissarissen beperkt tot de periode van 3 jaren voorafgaand aan het faillissement van de vennootschap, in casu derhalve tot 14 augustus 2003. Artikel 2:248 BW laat onverlet de bevoegdheid van de curator tot het instellen van een vordering op grond van de overeenkomst met de bestuurder of op grond van artikel 2:9 BW (artikel 2:248 lid 8 BW).

### ***De administratieplicht van artikel 2:10 BW***

---

5.7. Partijen hebben in hun respectieve processtukken gedebatteerd over de precieze inhoud en reikwijdte van de administratieplicht van artikel 2:10 BW, meer in het bijzonder artikel 2:10 lid 1 BW.

5.8. Het hof stelt het volgende voorop.

In artikel 2:10 lid 1 BW is bepaald dat het bestuur van een rechtspersoon verplicht is van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende zijn werkzaamheden, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. Dat de administratie van een rechtspersoon moet worden gevoerd ‘naar de eisen die voortvloeien uit de werkzaamheden van die rechtspersoon’ brengt mee dat de inrichting van de administratie niet voor iedere rechtspersoon aan dezelfde eisen zal hoeven te voldoen. Die eisen hangen mede af van de aard en opzet alsmede de organisatie van de onderneming van de rechtspersoon en haar werkzaamheden.

Vgl. Hof Leeuwarden 3 april 2012, ECLI:GHLEE:2012:BW0725.

In HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994, NJ 1993/713 inzake artikel 2:14 BW (oud), toegepast in de context van een aansprakelijkheidsprocedure op de voet van artikel 2:248 BW, heeft de Hoge Raad niet een van artikel 2:10 BW afwijkende maatstaf geformuleerd maar slechts geoordeeld dat hetgeen de feitenrechter in die zaak omtrent de betekenis van de (deels gelijkkluidende) voorganger van het artikel had overwogen, geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting. In HR 10 oktober 2014, (JOR 2014/327, m.nt. Harmsen; *red.*), ECLI:NL:HR:2014:2932, NJ 2014/456 heeft de Hoge Raad daaraan toegevoegd dat voor het antwoord op de vraag of de administratie voldoet aan de daaraan te stellen eisen, ook andere elementen daarvan van belang kunnen zijn dan de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8067, JOR 2015/32 (m.nt. Holtzer (Meepo/Meefout; *red.*)).

Zoals hiervoor in rov. 5.4 overwogen rusten de stelplicht en bewijslast van de aan schending van artikel 2:10 BW ten grondslag te leggen feiten en omstandigheden ingevolge art. 150 Rv in beginsel op de curator.

5.9. Voor de beantwoording van de vraag wat onder administratie moet worden verstaan kan aansluiting worden gezocht bij de wetsgeschiedenis van – de voorgestelde wijziging van – artikel 2:10 BW:

‘1. (...)

*Lid 1* sluit terminologisch aan bij art. 52 lid 1 AWR zoals voorgesteld in wetsvoorstel 21287. De termen “administratie te voeren” en “de daarbij behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers” moeten ruim worden opgevat. Zie de memorie van toelichting bij het fiscale wetsvoorstel (...). Zij omvatten de drie categorieën van art. 6 WvK; de boeken en bescheiden waarin aantekening is gehouden, de balansen en de brieven etc. In de tekst van art. 2:10 BW lijken slechts twee categorieën te worden onderscheiden, maar aannemelijk is dat onder de bescheiden samenhangend met het “houden van aantekeningen” ook de achterliggende brieven etc. begrepen zijn.

2. Aangezien onder “administratie te voeren” ook het opstellen van een balans en een staat van baten en lasten begrepen is, is de betekenis van *lid 2* vooral in de tijdsbepaling gelegen. Voor de keuze van de term “staat van baten en lasten” zie met Parl. Gesch. Invoeringswet Boek 2, blz. 1107’ (zie: Kamerstukken II 1992/93, 23 024, nr. 3, p. 3)

5.10. De wetgever heeft derhalve in het kader van artikel 2:10 BW aansluiting gezocht bij het fiscale wetsvoorstel 21 287. In de memorie van toelichting bij laatstgenoemd wetsvoorstel is onder meer het volgende vermeld:

‘Het begrip administratie heeft in feite een tweeledig karakter. Enerzijds kan onder administratie worden verstaan het geheel van procedures en technieken, dat gericht is op het verkrijgen, vastleggen, verwerken en verstrekken van informatie. Hiermee wordt aangegeven dat de administratie een proces is dat wordt gevoerd volgens een hieraan ten grondslag liggende systematiek. Deze systematiek behoort als zodanig tot de administratie. Anderzijds is de administratie het produkt van het administratieproces: de informatie van afzonderlijke transacties, bewerkingen, verwerkingen e.d., zoals deze uiteindelijk wordt samengebracht in bij voorbeeld de balans, het grootboek, de verzameling van bijgewerkte voorraadkaarten, de verlies- en winstrekening. De administratie is aldus bezien de weergave van het gevoerde proces in boeken of bescheiden, alsmede op magneetschijven, optische schijven, microfilm e.d.’ (zie: Kamerstukken II 1988/89, 21 287, nr. 3, p. 12).

5.11. De wetgever heeft voorts in het laatstgenoemde wetsvoorstel opgemerkt:

‘Wat in concreto van een justitiabele kan worden gevegd hangt mede af van de aard en omvang van het bedrijf, het beroep of de werkzaamheden van de betrokkene’ (zie: Kamerstukken II 1988/89, 21 287, nr. 3, p. 3).

5.12. In *grief IV* klaagt de commissaris K er in de eerste plaats over dat het de rechtbank niet vrijstond haar definitieve oordeel over de omvang van de administratieverplichting ex artikel 2:10 BW in rov. 4.5

van het tussenvonnis van 11 augustus 2010 in het eindvonnis zodanig aan te passen als zij heeft gedaan (in rov. 2.15). Voorts klaagt hij erover dat de definitie die de rechtbank in rov. 2.15 van het eindvonnis geeft van de administratieverplichting uit hoofde van artikel 2:10 BW niet juist is.

5.13. In het midden kan blijven of deze klachten juist zijn omdat, ook als zij terecht zouden zijn aangevoerd, deze op zichzelf nog niet tot vernietiging van de bestreden vonnissen kunnen leiden. Het hof dient immers zelf de maatstaf te formuleren aan de hand waarvan beoordeeld dient te worden of, zoals de curator heeft betoogd, de administratieverplichting van artikel 2:10 BW is geschonden. Die maatstaf heeft het hof hiervoor in rov. 5.8 aangelegd, waarbij het tevens in rov. 5.9-5.11 heeft overwogen op welke wijze het begrip ‘administratie’ kan worden opgevat. Grief IV van de commissaris K faalt dus. Om dezelfde reden kunnen de *grievens II en V* van de bestuurders niet slagen. *Grief VI* van de commissarissen W en D, waarin zij er over klagen dat de rechtbank bij de toetsing aan artikel 2:10 BW van een te strenge maatstaf is uitgegaan, deelt hetzelfde lot. Hetzelfde geldt voor *grief V*, voor zover daarin wordt geklaagd dat de rechtbank een te strenge maatstaf heeft aangelegd.

5.14. Met *grief II en grief III* klaagt de commissaris K over de in zijn ogen summere en onvolledige (en op onderdelen ten aanzien van het rapport van de deskundige ondeugdelijke) feitenvaststelling door de rechtbank in rov. 2.1 tot en met 2.7 van het tussenvonnis van 11 augustus 2010. Ook *grief I* van de commissarissen W en D klaagt over een (te) summere feitenvaststelling door de rechtbank. Ook deze grieven kunnen niet slagen omdat het hof in hoger beroep de feiten hiervoor in rov. 3.2-3.15 zelf opnieuw heeft vastgesteld. Daarbij is waar nodig op onderdelen rekening gehouden met de bezwaren van de commissarissen, maar geen rechtsregel verplicht het hof als feit vast te stellen al hetgeen de commissarissen W en D in hun tientallen pagina’s beslaande betoog menen dat daaronder behoort.

5.15. Met *grief I* klaagt de commissaris K dat de rechtbank vragen aan de deskundige heeft gesteld ‘die geen betrekking hebben op het bepaalde in artikel 2:10 BW’. Volgens de toelichting is niet juist dat vragen zijn gesteld:

- over het interne risicoinventarisatie- en beheersingssysteem;
- over voor- en nacalculaties;
- over begroting en prognoses.

Daarnaast heeft de rechtbank in de vragen 17-21 (‘geadministreerde kosten en voorzieningen’) onderwerpen aan de orde gesteld, die zijn opgeworpen in het kader van de causaliteitsvraag. *Grief III* van de commissarissen W en D betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen (rov. 2.18 en 2.20 van het eindvonnis) dat, om te voldoen aan de administratieplicht van artikel 2:10 BW, van ‘doorslaggevend belang is dat Betelgeuze beschikte over gedetailleerde voor- en nacalculaties en verschillenanalyses’. Volgens *grief IV* van de commissarissen W en D heeft de rechtbank ten onrechte het al dan niet voorhanden zijn van (volwaardige) liquiditeitsprognoses en begrotingen (kennelijk) meegewogen in haar beoordeling van de administratie van Betelgeuze. Voor het overige is de strekking van *grief V* dat voor de beoordeling van de administratie van een vennootschap ‘in het kader van artikel 2:248 lid 2 juncto artikel 2:10 BW volgens de Hoge raad relevant (zijn)’:

- debiteurenpositie op enig moment;
- crediteurenpositie op enig moment;
- stand van de liquiditeiten.

Ook de bestuurders betogen met *grief III* dat de vragen aan de deskundige alleen betrekking dienen te hebben ‘op de debiteuren- en crediteurenpositie alsmede op de stand van de liquiditeiten’, en dat alle overige aan de deskundige gestelde vragen (3 tot en met 22) ‘niet ter zake’ doen voor de beoordeling of de administratie van Betelgeuze voldeed aan de daaraan op grond van artikel 2:10 BW te stellen eisen. Ook volgens *grief VII* van de bestuurders heeft de rechtbank ten onrechte overwogen (rov. 2.18 van het



eindvonnis) dat van doorslaggevend belang is dat de onderneming beschikte over gedetailleerde voor- en nacalculaties met betrekking tot de afzonderlijke projecten (en verschillenanalyses), alsmede dat de voortgang van de projecten continu bewaakt werd en dat er een goed functionerende OHW projectadministratie voorhanden was.

5.16. Al deze grieven hebben met elkaar gemeen dat zij de vraag aan de orde stellen naar hetgeen in concreto onder de administratie van Betelgeuze begrepen moet worden bij de beantwoording van de vraag welke eisen ex artikel 2:10 BW aan die administratie gesteld worden. De grieven lenen zich voor een gezamenlijke bespreking. Daaromtrent oordeelt het hof als volgt.

5.17. Betelgeuze exploiteerde een onderneming die zich bezig hield met het ontwerpen en vervaardigen van kaasbereidingsinstallaties, deels voor en via TetraPak (de zogenaamde ‘branded products’) en deels via de landenorganisaties van TetraPak in Europa (de zogenaamde ‘mouldhandling’) en incidenteel daarbuiten. Daarnaast heeft Betelgeuze getracht omzet op te bouwen in sectoren waarin geen afhankelijkheid van TetraPak bestond. Betelgeuze werkte uitsluitend in opdracht, het zogenaamde ‘engineering and production on order’. Daarnaast hield de afdeling Productie van Betelgeuze zich bezig met voorkomende montage-, service- en jobbingactiviteiten. Door de aard van de producten en de productie was de omvang van de inkoop en uitbesteding aanzienlijk (zie beleidsplan Betelgeuze 2003-2005, productie 13 bij conclusie van antwoord van de bestuurders). Volgens het door de curator als productie 44 bij conclusie na deskundigenbericht overgelegde rapport van de hand van de bestuurders, genaamd ‘Toelichtingen administratie en bedrijfsvoering Betelgeuze BV van 11 januari 2011’, had Betelgeuze ongeveer honderd projecten per jaar. Het rapport vermeldt onder meer:

‘De projectmatige aanpak werd opgelegd door het feit dat vrijwel geen opdracht of installatie hetzelfde was; hoewel het te ver gaat om elke levering een prototype te noemen, had het daar vaak wel de schijn van. Noch in assemblage en verkoop, noch in inkoop van halffabrikaten (...) was er sprake van een repeterend gebeuren. Van seriefabricage was dan ook geen sprake. E.e.a. was sterk bepalend voor de bedrijfsorganisatie, zowel administratief – de administratie was in verregaande mate ingedeeld naar lopende en afgewerkte projecten – zelfs de assemblagemedewerkers werkten in kleine, flexibele groepen die een project (...) onderhanden namen zodra de halffabrikaten en/of installatiedelen ter plaatse kwamen (...)’

Een en ander brengt mee dat er gereede tijd gelegen was tussen het verstrekken van een opdracht door de klant, de assemblage en de uiteindelijke levering van de machine. Illustratief daarvoor is de geschetste ‘Hoofdstructuur flowchart’ op p. 11 van het rapport ‘Het opzetten van een kwaliteitsmanagementsysteem volgens NEN-EN-ISO 9001:2000’ (productie 29 conclusie van antwoord bestuurders). Uit het hiervoor al genoemde rapport van de bestuurders van 11 januari 2011 leidt het hof af dat de omzet gemiddeld 10 miljoen per jaar bedroeg bij een brutomarge van 22%, en dat er in 2004 47 mensen in het bedrijf werkzaam waren (tegen 26 bij de aanvang in 2001). Gelet op de geschetste aard (machinebouw, internationale projecten met een lange looptijd) en omvang (circa 47 medewerkers, gemiddelde jaaromzet € 10 miljoen) van de door Betelgeuze gevoerde onderneming is het hof met de curator van oordeel dat bij de beantwoording van de vraag naar de aan de administratie van Betelgeuze ex artikel 2:10 BW te stellen eisen ook aan andere elementen belang toekomt dan (alleen) de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten op enig moment, zoals:

- de vraag of Betelgeuze beschikte over een intern risicoinventarisatie- en beheersingssysteem;
- voor- en nacalculaties;
- verwerking van het OHW in de administratie;
- de jaarrekeningen en begroting.

In het licht van het voorgaande gaan de grieven uit van een te beperkte opvatting omtrent de aan de administratie van Betelgeuze ex artikel 2:10 BW te stellen eisen, en moeten zij daarom falen.

## *Het verloren gaan van de ‘fysieke projectmappen’*

---

5.18. In de toelichting op *grief VII* betogen de bestuurders (naar het hof begrijpt: subsidiair) voorts:

- dat Betelgeuze beschikte over gedetailleerde voor- en nacalculaties en verschillenanalyses met betrekking tot de afzonderlijke projecten;
- dat projecten goed werden bewaakt;
- dat een goed functionerende OHW projectadministratie voor handen was,

zodat Betelgeuze aan de vereisten van artikel 2:10 BW heeft voldaan.

Volgens de bestuurders is een deel hiervan terug te vinden in de digitale administratie, maar is een ander groot deel daarvan terug te vinden in de fysieke administratie die door toedoen van de curator niet meer voorhanden is. Een (kern)verweer van de bestuurders tegen de op artikel 2:248 BW in samenhang met artikel 2:10 BW gegronde vorderingen van de curator is (toelichting op de grieven, memorie van grieven onder 9) dat de projectadministratie bestond uit zowel een op fysieke gegevensdragers (ordners) bijgehouden administratie als een digitaal systeem, en dat het één (fysiek) niet compleet was zonder het ander (digitaal). Nu de fysieke gegevensdragers tijdens het beheer daarover door de curator in het ongereede zijn geraakt (‘weggegooid’) kan de curator de bestuurders geen verwijt maken met betrekking tot ‘ontoereikende boekhouding’, aldus de bestuurders. In de (toelichting op de) *grievens IV, VI, VIII, IX, X en XII* van de bestuurders wordt daarop vervolgens voortgebouwd en wordt betoogd dat de bestuurders blijkens het deskundigenrapport de deskundige keer op keer erop hebben gewezen dat de fysieke administratie ontbreekt (memorie van grieven onder 180). Na die betwisting door de bestuurders heeft de curator ‘zijn stellingen feitelijk niet onderbouwd’ zodat volgens de bestuurders ‘de bewijslast op het punt van een falende vervulling van de boekhoudplicht bij de curator’ behoort te liggen (memorie van grieven onder 181).

5.19. In navolging van de bestuurders voeren ook de commissarissen het verweer dat de administratie van het OHW deels in fysieke vorm plaatsvond, dat dit deel van de administratie voorafgaande aan het onderzoek door de deskundige onder verantwoordelijkheid van de curator is verdwenen en dat reeds op die grond niet kan worden geconstateerd dat er geen deugdelijke administratie van (onder meer) het OHW plaatsvond (K: *grievens VII, VIII, IX, X, XI en XII*; W en D: *grievens II (onder 144-145), IV (onder 174), VI (onder 178)*).

5.20. Het volgende staat ter zake vast.

5.21. Op verzoek van de curator hebben de bestuurders kort na de datum van het faillissement, 14 augustus 2006, de gehele fysiek aanwezige administratie in een aparte kamer ondergebracht, waarvan de sleutel in beheer kwam bij de curator. Daarnaast hebben de bestuurders de volledige digitale administratie inzichtelijk gemaakt ten behoeve van de curator. De hiervoor onder de vaststaande feiten (rov. 3.9) vermelde e-mails met foto’s van de bestuurder M aan mr. Grondsma van 12 respectievelijk 16 september 2006 duiden ook daarop. Deze gang van zaken strookt met het bepaalde in artikel 92 Fw, krachtens welke bepaling de curator na het uitspreken van het faillissement de in die bepaling genoemde bescheiden ‘onmiddellijk’ onder zich neemt. Onder ‘bescheiden’ valt ook de administratie van de schuldenaar te begrijpen, alsmede de daarbij behorende boeken en bescheiden zoals weergegeven in artikel 3:15j BW in samenhang met artikel 2:10 BW, derhalve zowel de fysieke administratie als computerbestanden c.q. de digitale administratie. De curator is vervolgens gehouden deze door hem onder zich genomen bescheiden onder zijn bewaring te houden, tenzij de rechter-commissaris een andere wijze van bewaring bepaalt (artikel 102 Fw). Nu het hier de volledige administratie van de failliet (Betelgeuze) betrof lag het op de weg van de curator als bewaarder zorg te dragen voor deugdelijke beveiliging daarvan. Blijkens het (enige in deze procedure overgelegde) faillissementsverslag van de curator, no. 24 van 20 november 2012, behoorden tot de zich onder de curator in bewaring bevindende administratie van Betelgeuze de ‘fysieke projectmappen’ en zijn die fysieke projectmappen door de

curator aan de doorstarter ter beschikking gesteld, omdat daarin naast ‘gewerkte uren, inkoop van materialen, inhuur van derden en dergelijke’ ook de ‘technische uitwerkingen met tekeningen en dergelijke’ stonden vermeld. Die doorstarter was TetraPak, aan wie door de curator activa uit de boedel van Betelgeuze zijn verkocht. Door de curator is niet gesteld dat deze van artikel 92 Fw afwijkende wijze van bewaring van de ‘fysieke projectmappen’ met toestemming van de rechter-commissaris op de voet van artikel 102 Fw heeft plaatsgevonden. Wel stelt de curator (memorie van antwoord in de zaak tegen de commissarissen W en D onder 34) dat ‘met medeweten en instemming van bestuurders’ de fysieke projectmappen aan TetraPak zijn overgedragen. Daargelaten dat de curator dit argument niet bezigt in de memorie van antwoord in de zaak tegen de bestuurders, licht hij niet toe dat, en op grond waarvan, een eventueel ‘medeweten en instemming van de bestuurders’ met overdracht van de fysieke projectmappen aan TetraPak de curator zou ontslaan van zijn uit artikel 92 Fw voortvloeiende verplichtingen als bewaarder daarvan. Kennelijk heeft de curator wel bedongen dat TetraPak de digitale administratie te allen tijde ter beschikking van de curator zou houden (memorie van antwoord in de zaak tegen de bestuurders onder 1.7), maar heeft hij dat niet bedongen waar het betrof de fysieke projectmappen, althans de curator voert niet aan dat hij dat heeft bedongen en de omstandigheid dat de fysieke projectmappen zijn zoekgeraakt duidt er ook niet op dat hij zo een beding heeft gemaakt. TetraPak blijkt tweemaal te zijn verhuisd met als gevolg, zo schrijft de curator in zijn faillissementsverslag, ‘dat die fysieke projectadministratie zoek blijkt te zijn geraakt.’ In de memorie van antwoord (in de zaak tegen de *bestuurders* onder 15, in de zaken tegen de *commissarissen* onder 1.9 respectievelijk 34) heeft de curator daaraan toegevoegd dat de controller van TetraPak naar aanleiding van een op 12 mei 2011 met hem gevoerd telefoongesprek desgevraagd heeft laten weten dat de fysieke projectmappen niet meer aanwezig waren. Het staat gelet op het voorgaande derhalve vast dat de fysieke projectmappen van Betelgeuze, waarvan de curator op de voet van artikel 92 Fw als bewaarder had te gelden en ten aanzien waarvan op hem de plicht rustte te zorgen voor een deugdelijke beveiliging, zijn zoekgeraakt en niet meer boven water zijn gekomen.

5.22. Blijkens het rapport van de door de rechtbank benoemde deskundige, hebben bestuurders regelmatig verwezen naar deze fysieke projectmappen, met name ten aanzien van de volgende aspecten:

- a. vermogenspositie/OHW administratie: randnummers 64, 162, 165, 180 en 181 van het rapport;
- b. intern risicoinventarisatie- en beheersingssysteem: randnummer 89 van het rapport;
- c. voor- en nacalculaties: randnummers 112, 120, 122, 128 en 133 van het rapport.

Naar het hof begrijpt komt het verweer van de bestuurders naar de kern genomen daarop neer – en in het verlengde daarvan dat van de commissarissen – dat ten aanzien van de onder a. tot en met c. genoemde aspecten belangrijke informatie was terug te vinden in de fysieke projectmappen, dat de curator gehouden was deze fysieke projectmappen te bewaren, dat de curator aan deze verplichting niet heeft voldaan, dat zij als gevolg daarvan niet in staat zijn aan de hand van die fysieke projectmappen te onderbouwen dat de administratie van Betelgeuze ten aanzien van de genoemde aspecten voldeed, en dat hen daarom in zoverre niet kan worden verweten dat de administratie niet voldeed aan de daaraan in het kader van artikel 2:10 BW te stellen eisen.

5.23. Volgens de curator moet het verweer van bestuurders (en van commissarissen) als ongelooftwaardig/onjuist worden gepasseerd, samengevat weergegeven op grond van het volgende:

(a) de bestuurders en de commissarissen hebben dit verweer niet eerder in de procedure naar voren gebracht, noch bij de conclusie van antwoord, noch bij conclusie van dupliek of pleidooi;

(b) M heeft ook niet vermeld dat hij over een kopie van de volledige digitale administratie beschikte, nu hij in de ontzichte veronderstelling verkeerde dat de curator de server met alle administratieve gegevens had verkocht. Dat hebben de bestuurders pas bekend nadat hen tijdens het deskundigenonderzoek bekend werd dat de server met de digitale administratie nog bij TetraPak aanwezig was en ter beschikking van de curator werd gesteld;

(c) blijkt het door de bestuurders als productie bij conclusie van antwoord overgelegde rapport van De Valck Business voldeed de administratie aan de voor een bedrijf als Betelgeuze daaraan te stellen eisen. In het rapport wordt ten onrechte gesteld dat de curator de server met met name de projectadministratie MEP zou hebben verkocht. Tegelijkertijd geeft De Valck aan van de bestuurders wel de beschikking te hebben gekregen over uitdraaien uit die administratie. Zouden de bestuurders aan De Valck hebben meegedeeld dat veel essentiële informatie in de fysieke projectmappen werd bijgehouden, die niet meer beschikbaar waren, dan had De Valck dit ongetwijfeld vermeld en had zij geen oordeel kunnen geven;

(d) in het rapport 'Toelichtingen administratie en bedrijfsvoering Betelgeuze BV d.d. januari 2011' wordt met geen woord gerept over essentiële gegevens die uitsluitend beschikbaar zouden zijn in de fysieke projectmappen;

(e) blijkt zijn brief van 31 augustus 2012 aan mr. van Rossum (bijlage 31 deskundigenrapport) heeft de curator in een vroeg stadium met de bestuurders overleg gevoerd over het veilig stellen van de administratie van Betelgeuze, bij gelegenheid waarvan de bestuurders met geen woord hebben gerept van essentiële administratieve gegevens in de fysieke projectmappen. Die brief bevat onder meer de volgende passage:

'In een bespreking met uw cliënten van 24 augustus 2006 is dezerzijds geïnformeerd naar de stand van zaken met betrekking tot het goed en in afzondering bewaren van de administratie. Uw cliënten hebben toen meegedeeld dat zowel de digitale als financiële administratie in zijn geheel in de betreffende ruimte stonden opgeslagen en dat zij nog zouden zorgen om het archief ook naar de betreffende ruimte over te brengen. Uw cliënten hebben toen wel vermeld dat de projectadministratie niet naar die ruimte was overgebracht, maar niet dat die projectadministratie belangrijke delen van de financiële administratie zou behelzen en dat deze informatie zou kunnen bevatten die niet ook digitaal beschikbaar was.

Ik handhaaf overigens mijn standpunt dat het volstrekt onaannemelijk is dat de projectadministratie al die gegevens zou hebben bevat, waarvan cliënten thans stellen dat dat zo is.

Uw cliënten alsmede de heer D hebben eind 2010/begin 2011 op verzoek van de deskundige enige dagen op mijn kantoor ter plaatste waar de administratie van Betelgeuze B.V. was opgeslagen deze geordend op jaartal en soort. Uw cliënten weten dus precies wat er aanwezig is, zowel digitaal als fysiek. Uw cliënt M heeft bovendien voor zichzelf een kopie van de gehele digitale boekhouding behouden.

Nu uw cliënten op mijn verzoek/in mijn opdracht – aan welk verzoek/opdracht zij ook gevolg hebben gegeven – alle van belang zijnde administratieve gegevens hebben verzameld en in een aparte ruimte bijeengebracht, zonder te wijzen op het nu gestelde belang daarbij van de projectadministratie en zonder die projectadministratie daarbij eveneens af te zonderen, dient dat geheel voor hun rekening te blijven.'

(f) voorts wordt erop gewezen dat de bestuurders en de commissarissen telkens wanneer deskundige vragen stelt over onderwerpen die niet uit de administratie kunnen worden afgeleid (zoals bij in randnummer 55 van het rapport) daarvoor wisselende verklaringen geven.

5.24. Tegen het standpunt van de bestuurders en de commissarissen dat kennisname van de fysieke projectmappen van belang is om het OHW te kunnen bepalen pleit volgens de curator voorts nog het volgende:

(a) in de eerste vier maanden na afloop van het boekjaar 2005 concludeerden bestuurders dat een financieel deskundige moet worden aangetrokken omdat zij zelf niet in staat waren overzichtelijke en goed onderbouwde cijfers te presenteren, terwijl de fysieke projectmappen toen nog geheel aanwezig waren;

(b) ook de financieel deskundige Koedooder moet blijken zijn statusmemorandum tot de conclusie komen dat de basisgegevens in grote mate ontbreken terwijl de fysieke projectmappen toen nog wel aanwezig waren;

(c) in de in opdracht van de bestuurders door Bouma RA/RV en De Jong RA op 18 augustus 2008 opgemaakte rapportage wordt met betrekking tot het OHW uitsluitend gesproken over de digitale verwerking daarvan;

(d) in de notulen van de raad van commissarissen vergadering van 23 september 2004 is vermeld: ‘De directie verwacht de OHW-positie vanaf eind september op elk gewenst moment als statusgegeven te kunnen genereren;’

(e) uit de door bestuurder M op 12 september 2006 en 15 september 2006 aan mr. Grondsma gezonden e-mails blijkt dat de volledige administratie is overgedragen aan de curator en dat deze ook volledig is bewaard gebleven. Als er al van belang zijnde stukken zouden zijn in de fysieke projectmappen, dan hebben bestuurders de curator daar niet op gewezen.

5.25. De bestuurders en de commissarissen hebben vervolgens bij pleidooi in hoger beroep hun verweer op het punt van de verloren fysieke projectmappen voldoende (gemotiveerd) gehandhaafd door weerspreking van (onderdelen van) het hiervoor genoemde betoog van de curator dat het verweer van de bestuurders en de commissarissen moet worden gepasseerd (pleitnotities mr. Van der Meulen onder 46 – 58, pleitnotities mr. Van Ingen 1-5). Uit hetgeen in de rov. 3.14 en 5.23 is vermeld maakt het hof op dat de curator een onderscheid maakt in enerzijds de ‘digitale administratie’ en de ‘financiële administratie’ (fysieke ordners) en anderzijds de ‘projectadministratie’ (fysieke projectmappen). Het komt er volgens de curator op neer, zo begrijpt het hof zijn weerspreking van het verweer van de bestuurders en de commissarissen, dat het er voor moet worden gehouden dat de deskundige voor zijn onderzoek heeft beschikt over de *volledige* digitale administratie en financiële administratie, de OHW administratie daaronder begrepen, en dat de verloren gegane fysieke projectmappen (de projectadministratie) *geen essentiële*, van belang zijnde, gegevens meer bevatten. Het hof overweegt dienaangaande als volgt.

5.26. Het hof ziet zich daarmee gesteld voor de vraag of de verloren gegane fysieke projectmappen (de projectadministratie) deel uitmaken van de administratie als bedoeld in artikel 2:10 BW. Nu het hof dat bij gebreke van die fysieke projectmappen niet (meer) zelfstandig kan beoordelen, en door de curator niet met kracht van argumenten is gesteld dat die fysieke projectmappen niet binnen het bereik vallen van artikel 2:10 BW – partijen hebben daarover geen debat gevoerd – gaat het hof ervan uit dat die vraag bevestigend moet worden beantwoord. Het moet er daarom voor worden gehouden dat die fysieke projectmappen binnen het bereik van artikel 2:10 BW vallen.

5.27. Het standpunt van de curator ziet eraan voorbij dat, zoals hiervoor in rov. 5.8 (slot) is overwogen, als uitgangspunt geldt dat in beginsel op de curator de last rust zijn stelling te bewijzen dat de administratie van Betelgeuze niet voldoet aan de daaraan ex artikel 2:10 BW te stellen eisen, nu hij zich immers beroept op de rechtsvolgen daarvan (onder meer in het kader van artikel 2:248 BW en artikel 2:9 BW). Zijn standpunt miskent verder dat een gedeelte van die administratie, de fysieke projectmappen, ten aanzien waarvan op hem op grond van artikel 92 Fw de plicht rustte zorg te dragen voor een adequate bewaring, is zoekgeraakt. Deze fysieke projectmappen konden daardoor niet in het onderzoek door de deskundige worden betrokken. Dit betekent dat het hof niet in staat is om vast te stellen of de in reactie op het verweer van de bestuurders en de commissarissen betrokken stellingen van de curator dat de gevoerde digitale administratie volledig voorhanden was en dat de fysieke projectmappen geen essentiële gegevens bevatten, juist is. In zoverre realiseert zich dan ook het op de curator rustende bewijsrisico en rijst de vraag of hetgeen resteert – de digitale administratie en de financiële administratie – voldoende is voor de conclusie dat de curator heeft bewezen dat de administratie op de relevante aspecten niet voldoet aan de daaraan ex artikel 2:10 BW te stellen eisen, waarover hierna meer.

5.28. Het in rov. 5.23 weergegeven standpunt van de curator dat het verweer van bestuurders ‘vals’ is en als ongeloofwaardig/onjuist terzijde gesteld moet worden, verwerpt het hof. Daargelaten dat de enkele omstandigheid dat bestuurders/commissarissen het belang van de fysieke projectmappen eerst ter gelegenheid van het deskundigenonderzoek ter sprake hebben gebracht nog niet de conclusie rechtvaardigt dat hun opvatting daarover ongeloofwaardig of onjuist is, had in de eerste plaats de curator zelf zich het mogelijke belang van de fysieke projectmappen moeten realiseren, alleen al met het oog op het onderzoek naar de eventueel door hem in te stellen rechtsvorderingen tegen de bestuurders en de

commissarissen. Het had in dat verband te meer op zijn weg gelegen te voorkomen dat de onder zijn bewaring berustende fysieke projectmappen in het ongereede zouden raken. Als hij dat had voorkomen hadden de bestuurders en de commissarissen hun verweer concreet dienen te onderbouwen en had het hof aan de hand van die fysieke projectmappen kunnen vaststellen of deze projectmappen inderdaad, zoals de curator stelt, geen essentiële informatie bevatten zodat het verweer van de bestuurders en de commissarissen zou moeten falen. Indien de curator had voorkomen dat de fysieke projectmappen zouden zoekgeraken, had hij nu niet hoeven te bepleiten dat het hof met terzijde stelling van het verweer van de fictie (al dan niet voorshands) zou moeten uitgaan dat zijn stelling juist is. Gelet op de betrokken belangen van bestuurders en commissarissen zou dat te ver gaan. In het verlengde hiervan leidt ook het in rov. 5.24 samengevat weergegeven standpunt er niet toe dat ervan moet worden uitgegaan dat de digitale administratie volledig was en dat de fysieke projectmappen geen essentiële informatie bevatten. Voor zover in het betoog van de curator besloten ligt dat in afwijking van de hoofdregel van artikel 150 Rv niet hij, maar bestuurders en commissarissen belast moeten worden met het bewijs van hun verweer dat de fysieke projectmappen essentiële informatie bevatten, verwerpt het hof dit betoog. Hier doet zich immers niet de situatie voor dat de partij die op grond van artikel 150 Rv de bewijslast draagt in een onredelijk zware bewijspositie is geraakt door toedoen van de wederpartij (vgl. HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4529). De curator, op wie de bewijslast rust, is door eigen toedoen in een lastige bewijspositie geraakt. Hetgeen door hem voor het overige is aangevoerd (samengevat weergegeven in de rov. 5.23 en 5.24) brengt naar 's hofs oordeel evenmin mee dat de bewijslast op grond van de eisen van de redelijkheid en de billijkheid moet worden omgekeerd. In de omstandigheid dat de bestuurders niet al tijdens een bespreking in augustus 2006 aan de curator hebben meegedeeld dat die fysieke projectmappen belangrijke delen van de financiële administratie zouden behelzen en dat deze informatie zouden kunnen bevatten die niet ook digitaal beschikbaar was, ziet het hof geen grond tot een andere opvatting. Niet valt immers in te zien dat, en op grond waarvan, op de bestuurders toen ter tijd de verplichting rustte de curator daarop in het bijzonder te wijzen, zoals de curator in zijn in rov. 5.23 (e) genoemde brief kennelijk veronderstelt. Daarbij weegt mee dat de bestuurders er niet van hoefden uit te gaan dat een deel van die onder de curator berustende administratie, de fysieke projectmappen, op een later moment verloren zou gaan. Het hof stelt ten slotte vast dat de curator geen specifiek aanbod heeft gedaan te bewijzen dat de digitale administratie volledig is en dat de fysieke projectmappen geen essentiële informatie bevatten, en het hof ziet geen aanleiding om daarvan ambtshalve bewijs op te dragen.

5.29. De slotsom luidt dat niet is komen vast te staan dat de administratie van Betelgeuze volledig voorhanden is en dat de fysieke projectmappen geen essentiële informatie bevatten.

### *Gevolgen voor het deskundigenrapport*

---

5.30. De omstandigheid dat de fysieke projectmappen ontbreken, heeft tot gevolg dat voor die onderdelen van het deskundigenrapport ten aanzien waarvan door bestuurders is verwezen naar de (ontbrekende) fysieke projectmappen – in essentie: de OHW administratie – de grondslag aan het deskundigenonderzoek komt te ontvallen. Dat brengt mee dat in zoverre niet kan worden vastgesteld dat de administratie van Betelgeuze niet voldoet aan de in rov. 5.8 bedoelde maatstaf en dat de grondslag van artikel 2:248 lid 2 BW in samenhang met artikel 2:10 BW moet falen. Daarbij gaat het dan meer specifiek om de volgende onderdelen uit het deskundigenrapport:

- de vermogenspositie/OHW administratie: randnummers 64, 89, 162, 180, 181 en 186 van het deskundigenrapport;
- het intern risicoinventarisatie- en beheersingssysteem: randnummer 89-90 van het deskundigenrapport;
- voor- en nacalculaties: randnummers 112, 120, 122, 128 en 133 van het deskundigenrapport.

5.31. Daarmee ziet het hof zich vervolgens gesteld voor de vraag of op basis van het resterende deel van de administratie van Betelgeuze, derhalve met uitzondering van de fysieke projectmappen, nog beoordeeld kan worden of is voldaan aan de administratieverplichting van artikel 2:10 BW. In verband daarmee is het hof voornemens de deskundige de vraag voor te leggen of de deskundige op basis van de

resterende administratie – dat wil zeggen de thans nog voorhanden zijnde digitale administratie en financiële administratie, zonder de fysieke projectmappen – kan beoordelen of de destijds gevoerde administratie, inclusief de niet meer aanwezige fysieke projectmappen, voldoet aan eisen van deugdelijke administratievoering voor een onderneming als Betelgeuze ex artikel 2:10 BW. Daartoe zal het hof de deskundige verzoeken een nader deskundigenrapport uit te brengen. Op grond van artikel 195 Rv in samenhang met artikel 353 Rv dient het voorschot ter zake van de kosten van de deskundige door de curator te worden gedragen.

### ***De openbaarmakingsplicht van artikel 2:394 BW***

---

5.32. De curator heeft zich wat betreft de grondslag van artikel 2:248 lid 2 BW in samenhang met artikel 2:394 lid 4 BW erop beroepen dat over de jaren 2003 en 2004 accountantscontrole had moeten worden toegepast en dat de verklaring van de accountant bij de jaarrekening had moeten worden gevoegd. Volgens het als productie 2 bij de inleidende dagvaarding gevoegde rapport van accountant T. Prins van Accon had Betelgeuze vanaf 2003 een controleopdracht moeten verstrekken en is volgens de curator, gelet op HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, NJ 2007/2, geen sprake van een onbelangrijk verzuim. Volgens de curator, zo begrijpt het hof, voldeed Betelgeuze in 2003 en 2004 aan de grootte criteria van artikel 2:397 BW ('middelgrote rechtspersoon') zodat over 2003 en 2004 accountantscontrole had moeten worden toegepast en de verklaring bij de te publiceren jaarrekening had moeten worden gevoegd, hetgeen is nagelaten. Op grond van artikel 150 Rv rusten in beginsel op de curator de stelplicht en bewijslast van feiten en omstandigheden waaruit kan volgen dat het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit artikel 2:394 BW (vgl. rov. 5.4).

5.33. Wat betreft de vraag of het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit artikel 2:394 BW omdat, zoals de curator stelt, een accountantsverklaring ontbreekt over 2003 en 2004, overweegt het hof het volgende.

5.34. Artikel 2:394 lid 4 BW luidt, voor zover van belang:

“Gelijktijdig met en op dezelfde wijze als de jaarrekening wordt een in dezelfde taal of in het Nederlands gesteld exemplaar van het jaarverslag en van de overige in artikel 392 bedoelde gegevens openbaar gemaakt. Het voorgaande geldt, behalve voor de in artikel 392 lid 1 onder a, c, f en g genoemde gegevens, niet, (...)”

Artikel 2:392 lid 1 BW luidt, voor zover van belang:

“Het bestuur voegt de volgende gegevens toe aan de jaarrekening en het jaarverslag:

a. de accountantsverklaring, bedoeld in artikel 393 lid 5 of een mededeling waarom deze ontbreekt;

(...)”

Artikel 2:393 lid 5 en lid 6 BW luidt:

“5. De accountant geeft de uitslag van zijn onderzoek weer in een verklaring omtrent de getrouwheid van de jaarrekening. De accountant kan een afzonderlijke verklaring afgeven voor de enkelvoudige jaarrekening en voor de geconslideerde jaarrekening. De accountantsverklaring omvat ten minste:

a. een vermelding op welke jaarrekening het onderzoek betrekking heeft en welke wettelijke voorschriften op de jaarrekening toepasselijk zijn;

b. een beschrijving van de reikwijdte van het onderzoek, waarin ten minste wordt vermeld welke richtlijnen voor de accountantscontrole in acht zijn genomen;

- c. een oordeel of de jaarrekening het vereiste inzicht geeft en aan de bij en krachtens de wet gestelde regels voldoet;
  - d. een verwijzing naar bepaalde zaken waarop de accountant in het bijzonder de aandacht vestigt, zonder een verklaring als bedoeld in lid 6, onderdeel b, af te geven;
  - e. een vermelding van de gebleken tekortkomingen naar aanleiding van het onderzoek overeenkomstig lid 3 of het jaarverslag overeenkomstig deze titel is opgesteld en of de in artikel 392 lid 1, onder b tot en met g, vereiste gegevens zijn toegevoegd;
  - f. een oordeel over de verenigbaarheid van het jaarverslag met de jaarrekening.
6. De accountantsverklaring, bedoeld in lid 5, heeft de vorm van:
- a. een goedkeurende verklaring
  - b. een verklaring met beperking;
  - c. een afkeurende verklaring; of
  - d. een verklaring van oordeelonthouding.

De accountant ondertekent en dagtekent de accountantsverklaring.”

5.35 Artikel 2:396 leden 3-9 BW bevat de zogenoemde ‘vrijstellingen’ voor de kleine rechtspersoon. Wie tot de kleine rechtspersonen wordt gerekend, wordt bepaald aan de hand van lid 1:

“1. De leden 3 tot en met 9 gelden voor een rechtspersoon die op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, heeft voldaan aan twee of drie van de volgende vereisten:

- a. de waarde van de activa volgens de balans met toelichting bedraagt, op de grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs, niet meer dan € 4.400 000;
- b. de netto-omzet over het boekjaar bedraagt niet meer dan € 8.800 000;
- c. het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minder dan 50.”

Artikel 2:396 lid 8 BW bepaalt dat voor de kleine rechtspersoon de openbaarmakingsverplichting van artikel 2:394 BW slechts van toepassing is met betrekking tot een overeenkomstig lid 3 beperkte balans en de toelichting, onder weglating van nadere gegevens over de winst- en verliesrekening en nog een enkel gegeven uit de toelichting (artikel 2:396 lid 8 BW). Zou in de opgemaakte respectievelijk vastgestelde jaarrekening meer informatie zijn opgenomen dan krachtens wettelijke bepalingen ten behoeve van de opgemaakte en/of vastgestelde jaarrekening is vereist, hetzij op grond van de statuten, hetzij op grond van een besluit van de algemene vergadering, dan mag deze meer-informatie in het deponeringsverslag achterwege blijven, gelet op de duidelijke bewoordingen van de toegestane vereenvoudigingsregeling (artikel 2:396 lid 8 BW), tenzij de algemene vergadering anders heeft besloten dan wel de statuten anders voorschrijven. De wettelijk toegestane vorm van het financieel verslag ten behoeve van nederlegging ten kantore van het handelsregister omvat:

– de balans met toelichting op dezelfde wijze vereenvoudigd als voorgeschreven voor de balans met toelichting volgens de opgemaakte respectievelijk vastgestelde jaarrekening (artikel 2:396 lid 8 jo lid 3 BW);



– de toelichting van de jaarrekening met weglating van de nadere gegevens omtrent de winst,- en verliesrekening en met inachtneming van enkele andere vereenvoudigingen met inbegrip van de reeds bij het opmaken respectievelijk vaststellen voorziene vereenvoudigingen.

In het wettelijk deponeringsverslag ontbreken derhalve:

- het bestuursverslag;
- de winst- en verliesrekening met de daarop betrekking hebbende toelichting;
- de overige gegevens.

Uit dit een en ander leidt het hof af dat onder een jaarrekeningregime ex artikel 2:396 lid 8 BW de overige gegevens ex artikel 2:392 BW in beginsel niet (ook) geopenbaard worden als bedoeld in artikel 2:394 BW. Dat artikel 2:392 lid 1 onder a. BW dan niet speelt strookt ook met artikel 2:396 lid 7 BW, waaruit onder meer volgt dat de kleine rechtspersoon – niet zijnde een beleggingsmaatschappij, bank, of verzekeringsmaatschappij (artikel 2:428 lid 1 BW) – zijn jaarrekening niet door een accountant behoeft te laten onderzoeken.

5.36. Artikel 2:397 BW bevat de ‘vrijstellingen’ voor de middelgrote rechtspersoon. Deze bepaling luidt, voor zover van belang:

“1. Behoudens artikel 2:396 gelden de leden 3 tot en met 7 voor een rechtspersoon die op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, heeft voldaan aan twee of drie van de volgende vereisten:

a. de waarde van de activa volgens de balans met toelichting bedraagt, op de grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs, niet meer dan € 17.500.000;

b. de netto-omzet over het boekjaar bedraagt niet meer dan € 35.000.000;

(...)

3. In de winst- en verliesrekening worden de posten genoemd in artikel 377 lid 3, onder a-d en g, onderscheidenlijk lid 4, onder a0c en f, samengetrokken tot een post bruto bedrijfsresultaat; de rechtspersoon vermeldt in een verhoudingscijfer, in welke mate de netto-omzet ten opzicht van die van het vorige jaar is gestegen of gedaald.”

Deze bepaling bevat geen vrijstelling voor de verplichting van artikel 2:394 lid 4 BW in samenhang met 2:392 lid 1 onder a. BW.

5.37. De vraag rijst derhalve of Betelgeuze in de jaren 2003 en 2004 viel in de categorie ‘kleine rechtspersoon’ (artikel 2:396 BW) dan wel ‘middelgrote rechtspersoon’ (artikel 2:397 BW). De curator gaat ervan uit dat de netto-omzet in 2003 bedroeg € 12.218.279 (derhalve meer dan het drempelbedrag van artikel 2:396 lid 1 onder b. BW) en in 2004 € 14.894.005. Tussen partijen is niet in discussie dat de waarde van de activa in beide jaren meer dan € 4.400.000,- bedroeg (het drempelbedrag van artikel 2:396 lid 1 onder a. BW). Het standpunt van de curator komt er aldus op neer dat Betelgeuze in beide boekjaren binnen de reikwijdte viel van artikel 2:397 BW (de ‘middelgrote rechtspersoon’), en derhalve geen vrijstelling had van de verplichting ex artikel 2:392 lid 1 onder a. BW juncto artikel 2:394 lid 4 BW tot openbaarmaking van de accountantsverklaring bedoeld in artikel 2:393 lid 5 BW of een mededeling waarom deze ontbreekt.

5.38. Het verweer van de bestuurders en de commissarissen spitst zich toe op de vraag wat nu precies moet worden verstaan onder het begrip ‘netto-omzet’ als bedoeld in artikel 2:396 lid 1 BW respectievelijk artikel 2:397 lid 1 BW. Daartoe wordt teruggegrepen op artikel 2:377 lid 6 BW.

5.39. Artikel 2:377 BW bevat een zogenoemde ‘categorische kostensplitsing’ (lid 3) en een ‘functionele kostensplitsing’ (lid 4). Deze bepalingen luiden, voor zover van belang, als volgt:

“1. Op de winst- en verliesrekening worden afzonderlijk opgenomen:

(...)

2. De baten en lasten uit de gewone bedrijfsuitoefening worden hetzij overeenkomstig lid 3, hetzij overeenkomstig lid 4 gesplitst.

3. Afzonderlijk worden opgenomen:

a. de netto-omzet;

b. de toe-of afnemering van de voorraad gereed produkt en onderhanden werk ten opzichte van de voorafgaande balansdatum;

(...)

4. Afzonderlijk worden opgenomen:

a. de netto-omzet;

b. de kostprijs van de omzet, met uitzondering van de daarin opgenomen rentelasten, doch met inbegrip van de afschrijvingen en waardeverminderingen;

(...)”

Artikel 2:377 lid 6 BW luidt:

“6. Onder netto-omzet wordt verstaan de opbrengst uit levering van goederen en diensten uit het bedrijf van de rechtspersoon, onder aftrek van kortingen en dergelijke en van over de omzet geheven belastingen.”

5.40. Volgens het verweer van de bestuurders en de commissarissen laat de jaarrekening 2003 van Betelgeuze zien dat onder ‘netto-omzet’ ook is begrepen ‘mutatie onderhanden werk’ en wel (met afgeronde cijfers) als volgt,

Omzet projecten € 6.433

Mutatie OHW € 5.785

Netto omzet €12.218

hetgeen niet strookt met de definitie van de netto-omzet van artikel 2:377 lid 7 BW. Dat betekent, aldus het verweer van de bestuurders en de commissarissen, dat de werkelijke omzet over het boekjaar 2003 € 6.433 bedroeg, en derhalve lag beneden het drempelbedrag voor de kleine rechtspersoon van artikel 2:396 lid 1 onder b. BW. De jaarrekening over het boekjaar 2004 is volgens de commissarissen wel correct, en wel gelegen boven het drempelbedrag van artikel 2:391 lid 1 onder b. BW te weten:

Netto-omzet 2004 € 14.894

Mutatie OHW € 2.339

Dat betekent dat niet is voldaan aan de eis dat ‘gedurende twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata’, is voldaan aan twee van de drie criteria van artikel 2:397 BW. Volgens de commissarissen is daarmee duidelijk dat op zijn vroegst vanaf het boekjaar 2005 Betelgeuze verplicht was zorg te dragen voor een goedkeurende accountantsverklaring (conclusie van antwoord van de commissarissen 125-142/conclusie van antwoord van de bestuurders 212-223).

5.41. Het hof overweegt dienaangaande als volgt. De curator wijst er met juistheid op dat de wet (artikel 2:377 lid 2 BW) de keuzemogelijkheid biedt om de baten en de lasten uit te splitsen hetzij overeenkomstig lid 3, hetzij overeenkomstig lid 4 (repliek curator par. A22, p. 18-21 (wat betreft de bestuurders) en par. B20 p. 47-48 (wat betreft de commissarissen)). Betelgeuze heeft in het boekjaar 2003 gekozen voor de ‘functionele kostensplitsing’ van lid 4 waarin de netto-omzet wordt gepresenteerd inclusief mutaties OHW (€ 12.218), terwijl in het boekjaar 2004 is gekozen voor een ‘categorische kostensplitsing’ van lid 3 waarin de netto-omzet is gepresenteerd exclusief OHW (€ 14.894). Dat strookt ook met het feit dat Betelgeuze in de jaarrekening 2004 de netto-omzet als volgt heeft gedefinieerd:

“De in de winst- en verliesrekening verantwoorde netto-omzet is de opbrengst van het verslag van aan derden in rekenig gebrachte geleverde goederen en verrichte diensten exclusief omzetbelasting, alsmede mutaties in het hw per balansdatum.”

5.42. Het voorgaande brengt mee dat Betelgeuze vanaf het boekjaar 2004 behoorde tot de categorie ‘middelgrote rechtspersonen’ van artikel 2:397 BW, zodat voor haar in dat jaar ex artikel 2:392 lid 1 onder a. BW juncto artikel 2:394 lid 4 BW de verplichting gold tot openbaarmaking van de accountantsverklaring bedoeld in artikel 2:393 lid 5 BW of een mededeling waarom deze ontbreekt.

5.44. Het hof stelt vast dat het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit 2:394 BW, omdat over 2004 niet is voldaan aan de verplichting ex artikel 2:392 lid 1 onder a. BW juncto artikel 2:394 lid 4 BW tot openbaarmaking van de accountantsverklaring bedoeld in artikel 2:393 lid 5 BW of een mededeling waarom deze ontbreekt. Hierbij heeft het hof ook acht geslagen op het standpunt van de bestuurders (pleitnotities eerste aanleg p. 8-10) dat wel is voldaan aan voornoemde verplichting mede te delen waarom de accountantsverklaring ontbreekt, waartoe zij hebben verwezen naar de jaarrekening over het jaar 2004 waarin is vermeld:

“Op grond van artikel 396 lid 1 van Boek 2 BW is de besloten vennootschap vrijgesteld van de verplichting tot controle van de jaarrekening door een accountant. Op grond daarvan is geen opdracht tot accountantscontrole verstrekt. Derhalve ontbreekt een accountantscontrole.”

Dit standpunt kan niet als juist worden aanvaard, gegeven het feit dat Betelgeuze vanaf het boekjaar 2004 behoorde tot de categorie ‘middelgrote rechtspersonen’ van artikel 2:397 BW en hetgeen door artikel 2:392 lid 1 onder a. BW in samenhang met artikel 2:394 lid 4 BW – welke bepalingen toen op Betelgeuze van toepassing waren – wordt vereist.

5.45. Daarmee staat op grond van artikel 2:248 lid 2 BW (onweerlegbaar) vast dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, alsmede dat (weerlegbaar) wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Betelgeuze. Voor dit laatste gelden daarbij, zoals hiervoor in rov. 5.4 is overwogen, de volgende uitgangspunten.

Voor het ontzenuwen van dit weerlegbare vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW volstaat dat de aangesproken bestuurders aannemelijk maken dat andere feiten of omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement van de vennootschap zijn geweest, in welk geval het op de weg van de curator ligt op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Wordt daartoe door de aangesproken bestuurders een van buiten komende oorzaak gesteld, en wordt de bestuurders door de curator verweten te hebben nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zullen door de bestuurders (tevens) feiten en omstandigheden moeten worden gesteld en zonodig aannemelijk gemaakt waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.

In dit laatste geval ligt het dan weer op de weg van de curator op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat nochtans de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

5.46. Ter ontzenuwing van het weerlegbaar vermoeden dat voornoemde onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement van Betelgeuze is, hebben de bestuurders en de commissarissen zich beroepen op de volgende andere (externe) oorzaken dan de onbehoorlijke taakvervulling:

- stijgende grondstofprijzen;
- dalende verkoopprijzen;
- stijgende loonkosten; en
- een drietal incidenten.

(conclusie van antwoord van de commissarissen onder 213-222, dupliek van de commissarissen onder 48-77, pleitnotities van de commissarissen eerste aanleg p. 22-/23).

5.47. In verband daarmee heeft de rechtbank de deskundige ondermeer de volgende vragen gesteld:

‘17. Blijkt uit de administratie van Betelgeuze dat de prijzen van voor Betelgeuze relevante grondstoffen zijn gestegen in de periode 2003-2005 (indien en voor zover de prijzen in de betreffende periode zijn gestegen?)

19. Blijkt uit de administratie van Betelgeuze dat in de periode 2003-2005 sprake is geweest van dalende verkoopprijzen en zo ja, in welk marktsegment en in welke omvang?

20. Blijkt uit de administratie van Betelgeuze dat in de periode 2004-2005 sprake is geweest van stijgende loonkosten en zo ja in hoeverre hebben die doorgewerkt in de resultaten van de onderneming?’

De deskundige heeft deze vragen, voor zover van belang, als volgt beantwoord:

‘Vraag 17: ‘Zoals eerder is opgemerkt, hebben bestuurders deskundige geïnformeerd dat de (fysieke) projectadministratie ontbreekt. Partijen hebben in bijzijn van de deskundige geconstateerd dat de digitale projectadministratie bij curator niet volledig was. De digitale projectadministratie is later bij Tetra Pak Tebel gekopieerd en alsnog ter beschikking gesteld aan curator. Zoals eerder beschreven, biedt laatstgenoemde digitale projectadministratie onvoldoende informatie ten aanzien van de onderzochte projecten om het verloop van het OHW in de tijd te kunnen analyseren. Daarmee ontbreekt voor deskundige de mogelijkheid om aan de hand van specifieke projecten vast te stellen wanneer prijsstijgingen zijn voorgekomen en in hoeverre dit van invloed is geweest op de waardering van het onderhanden werk en het behaalde resultaat. (...)

Vraag 19: ‘Door het ontbreken van gedetailleerde projectadministratie heeft deskundige deze vraag niet kunnen beantwoorden. Deskundige verwijst naarparagraaf 11.1’

Vraag 20: ‘De jaarrekeningen van Betelgeuze over de jaren 2003 en 2004 en het document ‘historisch overzicht’ van de heer Koedooder zoals in de processtukken van partijen is opgenomen, geven de volgende stijging weer van de personeelskosten (lonen en salarissen, sociale lasten, pensioenpremies en overige personeelskosten);’

5.48. De rechtbank heeft vastgesteld dat uit het deskundigenrapport niet blijkt dat het faillissement is veroorzaakt door van buiten komende oorzaken (rov. 2.36 vonnis van 4 december 2013). Wat betreft de hiervoor (rov. 5.46) genoemde ‘incidenten’ oordeelde de rechtbank dat op basis van het

deskundigenrapport niet kan worden vastgesteld dat de incidenten belangrijke oorzaken van het faillissement van Betelgeuze zijn geweest. Verder oordeelde de rechtbank dat uit het deskundigenrapport volgt dat de stijging van loonkosten niet kan worden verklaard vanuit externe omstandigheden (rov. 2.38 vonnis van 4 december 2013) en voorts dat, gelet op de bevindingen van de deskundige, de door de curator aangevoerde stellingen en het ontbreken van een andere onderbouwing aan de zijde van de bestuurders en de commissarissen de bestuurders en de commissarissen onvoldoende feiten en/of omstandigheden hebben aangevoerd om het vermoeden te ontzenuwen dat hun onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Daarmee hebben de bestuurders en de commissarissen niet voldaan aan de op hen rustende stelplicht ten aanzien van het het hen (eventueel) bevrijdende feit dat een andere belangrijke oorzaak aan het faillissement van Betelgeuze ten grondslag ligt, aldus de rechtbank (vonnis van 4 december 2013, rov. 2.40). Daartegen keren zich de *grieven XIV-XIX* van de bestuurders, *grief XVII* van de commissaris K en de *grieven XI en XII* (memorie van grieven p. 87-112) van de commissarissen W en D. Het betoog van de bestuurders houdt naar de kern genomen in dat de 'bestuurders de mogelijkheid is ontnomen om door het overleggen van de fysieke projectadministratie haar stellingen nader te onderbouwen met schriftelijke stukken', dat het de curator is 'onder wiens verantwoordelijkheid deze fysieke projectadministratie is weggemaakt' en dat dit 'onvermijdelijk gevolgen voor zijn bewijslast' heeft, aldus dat de 'gevolgen van het niet voor handen hebben van de fysieke projectadministratie dan voor rekening (dienen) te komen van de curator'.

5.49. Het hof stelt (met de rechtbank) vast dat de deskundige de vraag of in de relevante periode 2003-2005 de grondstofprijzen zijn gestegen en of sprake is geweest van dalende verkoopprijzen niet heeft kunnen beantwoorden vanwege het feit dat de digitale administratie onvoldoende informatie bevat en vanwege het ontbreken van de fysieke projectmappen waarnaar door de bestuurders is verwezen. In de context van het beroep van de curator op schending van de administratieplicht ex artikel 2:10 BW overwoog het hof hiervoor (rov. 5.21) dat de fysieke projectmappen van Betelgeuze, waarvan de curator op de voet van artikel 92 Fw als bewaarder had te gelden en ten aanzien waarvan op hem de plicht rustte te zorgen voor een deugdelijke beveiliging, zijn zoekgeraakt en niet meer boven water zijn gekomen, als gevolg waarvan het hof niet in staat is om vast te stellen of de in reactie op het verweer van de bestuurders en de commissarissen betrokken stelling van de curator dat de digitale administratie volledig was en dat de fysieke projectmappen geen essentiële gegevens bevatten, juist is (rov. 5.27). Het zoekraken van die fysieke projectmappen heeft in de context van de ontzenuwing van het hiervoor (rov. 5.45) genoemde weerlegbaar vermoeden door de bestuurders en de commissarissen tot gevolg dat zij door toedoen van de curator in een onredelijke zware bewijspositie zijn geraakt. Zij kunnen daardoor immers niet langer aan de hand van die fysieke projectmappen een onderbouwing geven aan hun op zich gemotiveerde stelling dat stijgende grondstofprijzen en dalende verkoopprijzen een belangrijke (externe) oorzaak van het faillissement zijn geweest. Nu de curator zijn bewaarplicht heeft geschonden en de bestuurders om die reden niet of in sterk verminderde mate kunnen voldoen aan hun verplichting tot onderbouwing en bewijs van het hier besproken verweer, dienen hun stellingen als in beginsel toereikend te worden beschouwd. De weerspreking daarvan door de curator is in het licht van het vorenstaande ontoereikend, zodat de feiten die de bestuurders aan hun verweer ten grondslag leggen toereikend zijn en vaststaan. Het verweer slaagt derhalve in zoverre.

5.50. De curator heeft de bestuurders verweten te hebben nagelaten het intreden van die externe oorzaken te voorkomen. Wat betreft de stijgende grondstofprijzen heeft hij aangevoerd dat door Betelgeuze conform de metaalunievoorwaarden prijsstijgingen na vier maanden konden worden doorberekend. De bestuurders hadden die voorwaarden moeten aangrijpen om de prijsstijgingen door te berekenen. Het nalaten daarvan levert onbehoorlijke taakvervulling op, aldus de curator. Wat betreft de dalende verkoopprijzen heeft de curator aangevoerd dat de bestuurders 'toch veel eerder en ingrijpender maatregelen hebben moeten nemen, hetgeen zij achterwege hebben gelaten'.

5.51. Wat betreft het verwijt van de curator dat de bestuurders hebben nagelaten stijgende grondstofprijzen door te berekenen conform de metaalunievoorwaarden hebben de bestuurders bij dupliek (297-298) aangevoerd dat bijna 90% van de projecten werd verkocht via de landenorganisatie van TetraPak en dat de voorwaarden werden gedictieerd door TetraPak, uitgaande van vaste projectprijzen. Volgens de bestuurders was van een toepassing van de metaalunievoorwaarden geen sprake en werd daarvan afgeweken indien noodzakelijk, hetgeen een beslissing was in het belang van de vennootschap. Het hof stelt vast dat de curator de juistheid van dat betoog in de memorie van antwoord

niet (gemotiveerd) heeft bestreden, zodat ook het hof daarvan uitgaat. Daarmee hebben de bestuurders naar 's hofs oordeel voldoende aannemelijk gemaakt dat het hen verweten nalaten de stijgende grondstofprijzen door te berekenen onterecht is, nu Betelgeuze voor het grootste deel van de verkopen afhankelijk was van door TetraPak gedicteerde vast projectprijzen, zodat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.

5.52. De commissarissen zijn in de memorie van grieven (onder 223-235) onder verwijzing naar de als productie 24 bij de inleidende dagvaarding overgelegde brief van de commissaris D aan de curator van 13 september 2007, uitgebreid ingegaan op de dalende verkoopprijzen en de oorzaken daarvan, te weten een door Betelgeuze niet beïnvloedbare verslechtering van de markt over de periode 2004-2006, met name wat betreft een door Betelgeuze niet beïnvloedbare substantiële daling van de verkoopprijzen per 'projecteenheid' waardoor in snel tempo het bedrijfsinkomen afnam. Ook de bestuurders zijn op de dalendeverkooopprijzen ingegaan in de memorie van grieven (onder 238-246, onder verwijzing naar de conclusie van dupliek van de commissarissen alinea 53-62 en de conclusie van antwoord van de bestuurders, alinea's 141, 142 en 146). Gelet daarop kon de curator niet volstaan met het kale, in de memorie van antwoord niet onderbouwde, verwijt dat de bestuurders veel eerder en ingrijpender maatregelen hadden moeten treffen zonder specifiek aan te geven waaruit die maatregelen in de gegeven omstandigheden dan zouden hebben moeten bestaan teneinde de daling van de verkoopprijzen – die volgens het verweer van de commissarissen niet beïnvloedbaar was – te keren. Dit verwijt kan derhalve geen grond vormen voor de conclusie dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur.

5.53. Het ligt dan weer op de weg van de curator op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat nochtans de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. In de context van het partijdebat in hoger beroep over het weerlegbare vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW zijn daaromtrent door de curator geen concrete stellingen ontwikkeld.

---

### *Tussenconclusie*

---

5.54. Het voorgaande voert reeds tot de slotsom dat de bestuurders erin zijn geslaagd om het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Betelgeuze, te ontzenuwen. De overige twee in dat verband gestelde, van buiten komende, oorzaken (rov. 5.44) kunnen daarom verder onbesproken blijven. Daarmee ontvalt aan de vorderingen van de curator de grondslag van artikel 2:248 lid 2 BW in samenhang met artikel 2:10 BW en artikel 2:394 BW. De vraag of in verband met artikel 2:394 BW sprake is van een onbelangrijk verzuim (artikel 2:248 lid 2, slot BW) behoeft bij die stand van zaken geen bespreking meer.

5.55. Hiervoor (rov. 5.31) overwoog het hof dat het voornemens is de deskundige te vragen een nader rapport uit te brengen omtrent de vraag of de deskundige op basis van de resterende administratie – dat wil zeggen de thans nog voorhanden zijnde digitale administratie en financiële administratie, zonder de fysieke projectmappen – kan beoordelen of de destijds gevoerde administratie, inclusief de niet meer aanwezige fysieke projectmappen, voldoet aan eisen van deugdelijke administratievoering voor een onderneming als Betelgeuze ex artikel 2:10 BW. De zaak zal naar de rol worden verwezen teneinde partijen de de gelegenheid te geven om bij akte eventuele (aanvullende) vragen aan de deskundige voor te stellen.

5.56. Het hof houdt iedere verdere beslissing aan, waaronder die met de betrekking tot de overige grondslagen van artikel 2:248 lid 1 BW en artikel 2:9 BW in samenhang met artikel 2:251 BW en artikel 2:259 BW.

---

### *De beslissing*

---

Het gerechtshof, recht doende in hoger beroep,

verwijst de zaak naar de rol van dinsdag 8 december 2015 voor het nemen van een akte door alle partijen tot het in rov. 5.55 genoemde doel;

houdt iedere verdere beslissing aan.

## Noot

---

1. Dit arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden is gewezen in het hoger beroep dat de bestuurders en commissarissen van het failliete Betelgeuze BV hebben ingesteld tegen het vonnis van Rb. Noord-Nederland, locatie Leeuwarden 4 december 2013 («JOR» 2014/64). Het gaat om hun (vermeende) aansprakelijkheid op grond van art. 2:248 BW. De rechtbank oordeelde dat de administratie van Betelgeuze op belangrijke delen gebrekkig dan wel onbetrouwbaar was, met als gevolg dat er geen redelijk inzicht in de vermogenspositie van Betelgeuze was en de administratieplicht van art. 2:10 BW daarom was geschonden. Daarmee traden de bewijsvermoedens van art. 2:248 lid 2 BW in. De bestuurders en commissarissen slaagden er niet in om het weerlegbare bewijsvermoeden, dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is, te ontzenuwen. Zij werden veroordeeld tot vergoeding van het boedeltekort, op te maken bij staat en eventueel nog te matigen.

2. In het onderhavige hoger beroep komen de bestuurders en commissarissen vooralsnog (het is een tussenarrest) met de schrik vrij. Het verschil wordt in het hoger beroep gemaakt door de gevolgen die het hof verbindt aan het feit dat het fysieke deel van de projectadministratie door toedoen van de curator is zoekgeraakt. De curator had deze “projectmappen” aan een mogelijke doorstarter ter beschikking gesteld, die vervolgens tweemaal verhuisde en ergens in dat proces zijn de mappen zoekgeraakt. Dit feit had in eerste aanleg reeds enige aandacht gekregen, maar in het hoger beroep maken bestuurders en commissarissen het tot hun kernverweer: zonder het fysieke deel van de projectadministratie is de administratie niet compleet en kan de curator hun dus ook geen verwijt ter zake de administratie maken. De projectadministratie was bij Betelgeuze van groot belang omdat er vrijwel uitsluitend op projectbasis werd gewerkt.

3. In r.o. 5.26 stelt het hof eerst de vraag aan de orde of de projectmappen deel uitmaakten van de administratie in de zin van art. 2:10 BW. Men voelt het antwoord al aankomen: omdat de projectmappen ontbreken kan het hof dit niet beoordelen. Echter, omdat de curator “niet met kracht van argumenten” heeft gesteld dat de projectmappen *niet* binnen de administratie van art. 2:10 BW vallen, houdt het hof het ervoor dat zij *wel* onderdeel daarvan uitmaken. Hierin kan ik mij vinden. Ten eerste ligt de bewijslast van de stelling dat de administratieplicht is geschonden op grond van art. 150 Rv bij de curator, dus ook de bewijslast van de daaraan ten grondslag liggende stelling wat in het betrokken geval onder de administratie moet worden verstaan. Ten tweede moet het begrip administratie breed worden uitgelegd. Dit wordt in de praktijk nog wel eens over het hoofd gezien, bijvoorbeeld in discussies over het recht van bestuurders en commissarissen om de administratie van de failliet in te zien. Het begrip administratie in art. 2:10 BW sluit aan op het begrip administratie in art. 52 Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR), dat blijkens de wetsgeschiedenis breed moet worden uitgelegd (zie ook r.o. 5.9 – 5.11): “Lid 1 [van art. 2:10 BW, SvT] sluit terminologisch aan bij art. 52 lid 1 AWR zoals voorgesteld in wetsvoorstel 21 287. De termen ‘administratie te voeren’ en ‘de daarbij behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers’ moeten ruim worden opgevat; zie de memorie van toelichting bij het fiscale wetsvoorstel[...]. Zij omvatten de drie categorieën van art. 6 WvK: de boeken en bescheiden waarin aantekening is gehouden, de balansen, en de brieven etc. In de tekst van art. 2:10 BW lijken slechts twee categorieën te worden onderscheiden, maar aannemelijk is dat onder de bescheiden samenhangend met het ‘houden van aantekeningen’ ook de achterliggende brieven etc. begrepen zijn.” (Kamerstukken II 1992/93 23 024, nr. 3, p. 3). In de bedoelde memorie van toelichting bij het fiscale wetsvoorstel staat vermeld: “Het begrip administratie heeft in feite een tweeledig karakter. Enerzijds kan onder administratie worden verstaan het geheel van procedures en technieken, dat gericht is op het verkrijgen, vastleggen, verwerken en verstrekken van informatie. Hiermee wordt aangegeven dat de administratie een proces is dat wordt gevoerd volgens een hieraan ten grondslag liggende systematiek. Deze systematiek behoort als zodanig tot de administratie. Anderzijds is de administratie het produkt van het administratieproces: de informatie over afzonderlijke transacties, bewerkingen, verwerkingen e.d., zoals deze uiteindelijk wordt samengebracht in bij voorbeeld de balans, het grootboek, de

*verzameling bijgewerkte voorraadkaarten, de verlies- en winstrekening. De administratie is aldus gezien de weergave van het gevoerde proces in boeken of bescheiden, alsmede op magneetschijven, optische schijven, microfilm e.d.” (Kamerstukken II 1988/89, 21 287, nr. 3, p. 12).* De administratie van art. 2:10 BW omvat dus niet alleen de boekhoudkundige informatie zoals het grootboek en de winst- en verliesrekening maar ook de onderliggende informatie in brede zin. Omdat Betelgeuze vrijwel uitsluitend op projectbasis werkte, is het dus bepaald geen vreemde veronderstelling dat de projectmappen onderdeel van de administratie uitmaakten.

4. De curator heeft betoogd dat het verweer van de bestuurders en commissarissen, dat de projectmappen relevant zijn voor de beoordeling van de administratie, ongeloofwaardig is. Hij voerde in dat kader een reeks argumenten aan (zie r.o. 5.23 – 5.24), bijvoorbeeld dat de bestuurders en commissarissen dit verweer pas in hoger beroep naar voren hebben gebracht. Dat laatste is onjuist. Bestuurders en commissarissen hebben zich in eerste aanleg wel degelijk op de zoekgeraakte projectmappen beroepen, maar de rechtbank vond dit verweer onvoldoende om de stelling van de curator ter zake de administratie te ontkrachten (r.o. 2.23 vonnis rechtbank). Anders dan de rechtbank, oordeelt het hof wél in het voordeel van de bestuurders en commissarissen. Het hof overweegt over het handelen van de curator: *“Het had in dat verband te meer op zijn weg gelegen te voorkomen dat de onder zijn bewaring berustende fysieke projectmappen in het ongerede zouden raken. Als hij dat had voorkomen hadden de bestuurders en de commissarissen hun verweer concreet dienen te onderbouwen en had het hof aan de hand van die fysieke projectmappen kunnen vaststellen of deze projectmappen inderdaad, zoals de curator stelt, geen essentiële informatie bevatten zodat het verweer van de bestuurders en de commissarissen zou moeten falen. Indien de curator had voorkomen dat de fysieke projectmappen zouden zoekgeraken, had hij nu niet hoeven te bepleiten dat het hof met terzijde stelling van het verweer van de fictie (al dan niet voorshands) zou moeten uitgaan dat zijn stelling juist is.”* De verwijtende ondertoon in deze overweging kan ik wel begrijpen. Op basis van het deskundigenrapport (waaruit het hof in de eerste helft van het arrest uitvoerig citeert) lijkt immers duidelijk dat er het nodige aan de administratie van Betelgeuze schortte, maar het gaat te ver om tot dat oordeel te komen zonder eerst het verweer van bestuurders en commissarissen aan de hand van de projectmappen te toetsen en dat is door toedoen van de curator niet meer mogelijk. Het bewijsrisico rust op de curator en dat realiseert zich hier. Dat het bewijsrisico op de curator rust, is te meer rechtvaardig omdat de curator op grond van de Faillissementswet gehouden is om de administratie “dadelijk” onder zich te nemen en deze in bewaring te houden (art. 92 en 102 Fw). Het hof heeft deze verplichtingen ook in zijn overwegingen betrokken (vgl. r.o. 5.21 en 5.27).

5. Doordat de deskundige niet de projectmappen in zijn onderzoek heeft kunnen betrekken, is ook de grondslag aan het deskundigenrapport komen te ontvallen, daar waar de bestuurders en commissarissen in het onderzoek naar de projectmappen hadden verwezen (r.o. 5.30). Dat deden zij ten aanzien van alle belangrijke onderdelen van de administratie; de vermogenspositie en onderhandenwerkadministratie, het interne risico-inventarisatie- en -beheersysteem en de voor- en nacalculaties. Omdat het bewijsrisico bij de curator ligt, had het hof naar mijn opvatting reeds in dit arrest kunnen oordelen dat de curator, doordat een deel van de administratie door zijn toedoen is zoekgeraakt, feitelijk niet meer in staat is het bewijs te leveren van zijn stelling (in mijn woorden: ‘eigen schuld, dikke bult’). Maar het hof wilde kennelijk zo ver (nog) niet gaan. Het hof wil eerst in een nader bericht van de deskundige vernemen of ook *zonder* de projectmappen beoordeeld kan worden of aan de administratieplicht is voldaan. Dat lijkt mij bijna een retorische vraag. De bestuurders en commissarissen hebben de deskundige immers op alle belangrijke onderdelen naar de projectmappen verwezen, die volgens het hof onderdeel uitmaken van de administratie en die er niet meer zijn. Wat kan de deskundige op basis van een dergelijk incomplete administratie dan nog zeggen? Mogelijk speelt hier dat het hof (net als de curator en de rechtbank) er niet van overtuigd is dat de projectmappen zo’n cruciaal onderdeel van de administratie waren als de bestuurders en commissarissen stellen en probeert zij op deze manier alsnog de stelling van de curator aan te kunnen nemen.

6. De curator verwijt de bestuurders en commissarissen voorts dat de jaarrekeningen over 2003 en 2004 door een accountant gecontroleerd hadden moeten worden en dat de accountantsverklaring bij de jaarrekeningen gevoegd had moeten worden. Dit hangt af van de vraag of Betelgeuze in die jaren een kleine of middelgrote rechtspersoon was (art. 2:396/397 BW). Het hof concludeert dat Betelgeuze in 2004 controleplichtig was en de accountantsverklaring bij de jaarrekening had moeten voegen (r.o.



5.44). Daarmee staat volgens het hof op grond van art. 2:248 lid 2 BW vast dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Net als in eerste aanleg hebben de bestuurders en commissarissen als andere oorzaken van het faillissement onder meer gewezen op de stijgende grondstofprijzen, dalende verkoopprijzen en stijgende loonkosten. Voor de rechtbank was dit onvoldoende om het bewijsvermoeden te ontzenuwen. Bij het hof loopt het wederom anders. Het hof behandelt als eerste de grondstofprijzen. Ook op dit punt hadden de bestuurders en commissarissen zich op de projectmappen beroepen, die evenwel zoek zijn geraakt. Het hof overweegt dat zij hierdoor in een onredelijke zware bewijspositie zijn geraakt (r.o. 5.49) en omdat het zoekraken aan de curator te wijten is, wordt de stelling van de bestuurders en commissarissen (de stijgende grondstofprijzen zijn een belangrijke oorzaak van het faillissement) als toereikend beschouwd. Ook hier voelt de curator dus de gevolgen van de zoekgeraakte projectmappen. Daarmee is de kous echter nog niet af. De curator had – à la Blue Tomato (HR 30 november 2007, «JOR» 2008/29, m.nt. Borrius) – de bestuurders en commissarissen voorts verweten dat zij hadden nagelaten de stijgende grondstofprijzen aan de klanten door te berekenen. De bestuurders en commissarissen hebben dit weersproken, een dergelijke doorberekening was niet in het belang van de vennootschap, en dat heeft de curator vervolgens niet meer bestreden. Dit is een mooi praktijkvoorbeeld van een geslaagde ontzenuwing conform de (kat-en-muis-)bewijsregels uit Blue Tomato. Omdat de curator overigens geen concrete verwijten had gemaakt, is er ook van materieel kennelijk onbehoorlijk bestuur, op grond van lid 1 van art. 2:248 BW, geen sprake. Met deze uitkomst hoefde het hof niet in te gaan op de vraag of de betrokken schending van art. 2:394 BW een onbelangrijk verzuim is. Ik ben benieuwd wat dienaangaande het oordeel zou zijn geweest. Het gaat in casu immers niet om een niet tijdig maar een geheel niet voldoen aan art. 2:394 BW (geen controle en geen publicatie controleverklaring). In Van Schilt (HR 20 oktober 2006, «JOR» 2006/288, m.nt. Borrius) heeft A-G Timmerman bepleit dat de “onbelangrijk verzuim”-regeling op dergelijke gevallen geen betrekking heeft (par. 3.23). De Hoge Raad oordeelde echter dat wanneer vast is komen te staan dat de gepubliceerde gegevens correct zijn, het enkele feit dat geen controleverklaring is gepubliceerd onder omstandigheden als een onbelangrijk verzuim kan gelden. In casu was er echter meer aan de hand dan dat enkele feit; er was in het geheel geen controle geweest. Daar staat tegenover dat door het zoekraken van de projectmappen niet meer getoetst kan worden of de gepubliceerde gegevens over 2004 juist waren, en de bestuurders en commissarissen daarom waarschijnlijk het voordeel van de twijfel gegund had moeten worden. Deze ingewikkeldheden verklaren mogelijk de aanpak van het hof om eerst de ontzenuwing te behandelen, daar waar het systematischer zou zijn geweest om eerst te beoordelen of sprake is van een onbelangrijk verzuim.

7. Tot slot wijs ik op r.o. 5.4. e.v., waarin het hof een instructief college over de aansprakelijkheidsregeling van art. 2:138/248 BW geeft. Vrijwel alle relevante rechtspraak van de Hoge Raad passeert de revue. Deze tekst biedt een handzaam overzicht voor de praktijk.

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