

Schade

Het dividend blijkt niet met liquide middelen te zijn uitgekeerd, maar als rekening-courantvordering te zijn geboekt. Gedaagde partijen hebben een opinie van een extern accountant in het geding gebracht, waarin wordt geconcludeerd dat het dividendbesluit alleen effect heeft gesorteerd voor wat betreft de onderlinge verhoudingen tussen de vennootschappen, maar geen consequenties heeft gehad voor de verhaalsmogelijkheden van de Gemeente. Uitgaande van de juistheid van deze opinie lijkt dit een solide gemotiveerd verweer. De Gemeente zal naar verwachting nog een harde dobber hebben aan het bewijzen van haar stelling dat indien het dividendbesluit niet was genomen en voor de Gemeente een afdoende reservering was getroffen, Projecten Wageningen in staat zou zijn geweest de vordering van de Gemeente te voldoen. Schade is een noodzakelijk onderdeel van de aansprakelijkstelling van zowel de aandeelhouder als de bestuurder.

Bewijspositie partijen

Gedaagde partijen betwisten de voorzienbaarheid van het verlies met het argument dat het verlies in 2010 uiteindelijk is terug te voeren op de omstandigheid dat eerst in 2011 een noodzaak tot afboeking werd geconstateerd.

De Gemeente heeft in beginsel de bewijslast van de door haar onderbouwde stelling dat het in 2010 geleden verlies al werd voorzien of voorzien moest worden. Zij draagt het bewijsrisico wanneer deze stelling door gedaagde partijen voldoende gemotiveerd wordt betwist. De rechtbank is klaarblijkelijk van mening dat de Gemeente haar stelling voldoende heeft onderbouwd. De rechtbank biedt gedaagde partijen de helpende hand: zij krijgen gelegenheid hun stelling, dat zij de afwaardering niet hebben voorzien, bij akte nader toe te lichten.

Afronding

De rechtbank benoemt in dit tussenvonnissen nog niet de hiervoor beschreven maatstaven van aansprakelijkheid. Aan de hand van de toelichting van gedaagde partijen moet de rechtbank oordelen of, en zo ja wie van gedaagde partijen en in welke hoedanigheid aansprakelijk kan worden gehouden. Grond voor aansprakelijkheid is kort gezegd dat gedaagde partijen ernstig rekening hadden moeten houden met het in 2010 geleden verlies en met de mogelijkheid dat de Gemeente als gevolg van de uitvoering van het dividendbesluit schade zou lijden. Wordt vervolgd.

A.M. Dumoulin-Siemens
Steins Bisschop & Schepel

110

Rechtbank Gelderland
16 maart 2016, nr. 280601
ECLI:NL:RBGEL:2016:1758
(mr. Meijer, mr. Vaessen, mr. Giessen)
Noot M.C. Schepel

Dividenduitkering. Goedkeuring besluit door bestuur. Aansprakelijkheid middellijk bestuurder. Aansprakelijkheid aandeelhouder.

Geschil over dividenduitkering, die gedaagden als middellijk bestuurders onrechtmatig zouden hebben gedaan. Art. 2:216 BW. Rechtbank oordeelt dat gedaagden bij de goedkeuring van het aandeelhoudersbesluit hebben gehandeld in strijd met art. 2:215 lid 3 BW en dat zij het tekort dat door de uitkering is ontstaan moeten vergoeden. Beroep op finale kwijting faalt, evenals beroep op vrijwaringsbepaling en decharge.

[BW art. 2:215 lid 3, 2:216]

Het dividendbesluit is door PMR en [gedaagde] als middellijk bestuurders goedgekeurd zonder dat een goed inzicht bestond in de cijfers van de onderneming. Dit heeft geleid tot een forse onttrekking van middelen aan de vennootschap. Voorts staat vast dat er nadien veel kosten op de vennootschap afkwamen waarmee geen rekening is gehouden, waarbij ervan kan worden uitgegaan dat die kosten ook nog eens stukken hoger zijn geweest dan PMR en [gedaagde] in deze zaak aanvoeren. Op het moment van overname was een banksaldo van € 155.994,80 beschikbaar. Op basis van de beschikbare cijfers moet het ervoor worden gehouden dat met name de financiële verplichtingen die in het voorjaar van 2013 op de vennootschap afkwamen, hebben geleid tot liquiditeitsproblemen doordat de vennootschap haar opeisbare schulden niet kon blijven betalen, waardoor de vennootschap naar oplossingen heeft moeten zoeken in de vorm van het treffen van betalingsregelingen, het aangaan van een lening en het uitstellen van voor de verdere ontwikkeling van het concept noodzakelijke investeringen. Wanneer de bestuurders een goed en volledig beeld zouden hebben gehad van de financiële positie van de vennootschap, hadden zij redelijkerwijs moeten voorzien dat zich dit probleem zou voordoen. Aldus hebben zij bij de goedkeuring van het aandeelhoudersbesluit gehandeld in strijd met het bepaalde in art. 2:216 lid 3 BW en zijn zij gehouden tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf de dag van uitkering.

701

1. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *World of Walas Europe B.V.*, gevestigd te Heerlen,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Walas Europe B.V.*, gevestigd te Heerlen,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *555 Hudson B.V.*, gevestigd te Heerlen,
4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Carbon6 B.V.*, gevestigd te Heerlen, eiseressen in conventie, verweersters in reconventie,

advocaat mr. M.M.H.J. Rompelberg te Ubachsberg, gemeente Voerendaal,
tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Participatie Management Rotterdam (P.M.R.) B.V.*, gevestigd te Rotterdam,
2. [gedaagde],
wonende te [woonplaats],
gedaagden in conventie,
eisers in reconventie,
advocaat mr. S.M.C. Verheyden te Arnhem.

Eiseressen zullen hierna Walas c.s. worden genoemd en gedaagden zullen worden aangeduid als PMR en [gedaagde].

Rechtbank:

1 De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - het tussenvonnissen van 17 juni 2015
 - het verkorte proces-verbaal van comparitie van 15 september 2015,
 - de akte van World of Walas met producties,
 - de akte van PMR en [gedaagde] met producties.
- 1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. In 2009 is het CBS in Heerlen naar een nieuw kantoorpand verhuisd. Het voormalige CBS-complex, gelegen aan de rand van de binnenstad van Heerlen, is vervolgens leeg komen te staan, waarna de gemeente Heerlen (hierna: de Gemeente) op is zoek gegaan naar een nieuwe bestemming voor het pand. Het complex was eigendom van de rijksoverheid.

2.2. [naam] is de bedenker van het zogenaamde Walas-concept, een idee voor herontwikkeling van stedelijke gebieden. In die hoedanigheid is hij in gesprek geraakt met de Gemeente over de herontwikkeling van het CBS-complex. [naam] heeft vervolgens voor een 'Projectteam CBS' (hierna: het Projectteam) [gedaagde] en Borkens bij het project betrokken. [gedaagde] was op dat moment al bestuurder en enig aandeelhouder van PMR. PMR bestond al sinds 1983.

2.3. De Gemeente had oren naar de plannen het Projectteam. Uiteindelijk is in samenspraak met de Gemeente en de rijksoverheid besloten het CBS-complex te verkopen voor € 464.000,= k.k. met een door de Gemeente aan de koper te verstrekken lening van € 500.000,=. Als koper zou de toen nog op te richten besloten vennootschap Carbon6 gaan fungeren. Vanwege de '(financiële) soliditeit' van de koper, eiste de Gemeente dat een langer bestaande vennootschap de uiteindelijke eigenaar zou worden. Er is daarop door het Projectteam besloten een vennootschapsstructuur op te richten waarbij, kortgezegd, bovenaan PMR zou staan en onderaan Carbon6, met daartussen – van boven naar beneden – de vennootschappen World of Walas, Walas Europe en Hudson, waarbij de bovenliggende vennootschap telkens enig aandeelhouder en bestuurder van de onderliggende vennootschap was. De vennootschappen zijn op 4 mei 2012 opgericht. Daarmee kreeg [gedaagde] als enig aandeelhouder en bestuurder feitelijk zeggenschap over al deze vennootschappen.

2.4. Op 7 mei 2012 heeft [gedaagde] namens Carbon6 als geldnemerster de hiervoor bedoelde leenovereenkomst met de Gemeente gesloten. Het bedrag van € 500.000,= is terug te betalen in zeven jaar tegen een rente van 5%. Tot zekerheid is ten behoeve van de Gemeente een hypotheek verstrekt op het CBS-gebouw en zijn de (nog te ontvangen) huuropbrengsten aan

haar verpand. Ook heeft de bestuurder van Carbon6 zich verplicht om zolang de lening niet is afgelost, geen enkele uitkering te doen aan aandeelhouders of andere winstgerechtigden in het kapitaal van Carbon6.

2.5. Op dezelfde dag is de koopovereenkomst gesloten tussen Carbon6 en de Gemeente.

2.6. De samenwerking tussen [gedaagde] en [naam] in het kader van de exploitatie van het CBS-gebouw liep niet goed, onder andere omdat [gedaagde] in de visie van de andere leden van het Projectteam regelmatig zijn positie als enig aandeelhouder en bestuurder uitnutte. In september 2012 is besloten de samenwerking te beëindigen. Vervolgens eiste het Projectteam van [gedaagde] dat de 'Walas-aandelen' aan het Projectteam zouden worden overgedragen. [gedaagde] stelde zich op het standpunt daar niet toe gehouden te zijn en wenste kort gezegd met rust te worden gelaten. Op grond van deze standpunten hebben beide kampen bij de rechtbank Maastricht in kort geding vorderingen tegen elkaar ingesteld. De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 13 december 2012 de over en weer ingestelde vorderingen afgewezen en daartoe onder meer overwogen dat beide partijen tot elkaar zijn veroordeeld.

2.7. Vervolgens hebben op 30 december 2012 enerzijds [gedaagde], PMR, World of Walas, Walas Europe, Hudson en Carbon6 en anderzijds [naam] en zeven anderen een vaststellingsovereenkomst gesloten, waarin onder meer is opgenomen:

“tussen Partijen zijn zodoende schikkingsonderhandelingen gevoerd die hebben geleid tot overeenstemming over de voorwaarden waaronder Partijen het Geschil definitief en tegen finale kwijting wensen af te wikkelen. Partijen wensen deze voorwaarden, waaronder zij het Geschil definitief en tegen finale kwijting wensen af te wikkelen alsmede hetgeen rechtens vanaf de inwerkingtreding van deze overeenkomst tussen hen geldt, hierbij vast te leggen in deze overeenkomst (de 'Overeenkomst');

KOMEN OVEREEN ALS VOLGT:

1 Finale kwijting

1.1 Ter beëindiging van het Geschil en eventuele andere mogelijke geschillen tussen Partijen alsmede ter voorkoming van eventuele andere (toekomstige) geschillen tussen Partijen bepalen [gedaagde] c.s. en [naam] c.s. hierbij gezamenlijk dat zij niet meer van elkaar te vorderen hebben en/of zullen hebben uit welke hoofde dan ook en verlenen elkander finale en algehele kwijting ter zake iedere (mogelijk) bestaande en/of toekomstige vordering uit welken hoofde dan ook, inclusief maar niet beperkt tot welke direct of indirect verband houden met het Geschil indien en voor zover:

Vervolgens is onder meer vastgelegd dat tegen betaling van een koopprijs van € 600.000,= uiterlijk 1 februari 2013 PMR haar aandelen in World of Walas aan [naam] c.s. zal leveren en dat voor die datum Carbon6 een dividenduitkering van € 250.000,= aan haar aandeelhouder Hudson zal doen, waarna vervolgens de bovenliggende vennootschappen soortgelijke dividendbesluiten nemen, waardoor uiteindelijk de dividenduitkering aan PMR ten goede zal komen. In dat kader hebben [gedaagde] c.s. ook verklaard, zo is vastgelegd, dat buiten het bedrag van € 250.000,= er geen onttrekkingen of afrotingen aan derden van de tegoeden van Carbon6 hebben plaatsgevonden. Voorts is in de overeenkomst geregeld dat de respectievelijke aandeelhouders van de vennootschappen in kwestie via aandeelhoudersbesluiten aan PMR als statutair bestuurder volledige décharge zullen verlenen voor het gevoerde bestuur over de jaren 2012 en 2013. Ook is geregeld dat PMR op de dag van levering van de aandelen zal terugtreden als statutair bestuurder van de Walas-vennootschappen en dat [gedaagde] c.s. uiterlijk op 1 februari 2013 de boekhouding van die vennootschappen

aan [naam] c.s. zal verstrekken. Tot slot is vastgelegd dat partij en afstand doen van hun recht op gehele of gedeeltelijke ontbinding van de vaststellingsovereenkomst alsmede van hun recht tot wijziging of vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling.”

2.8. Nadien is de koopprijs betaald, zijn de aandelen geleverd en is ook zijn de dividendbesluiten genomen en de daarbij behorende dividenduitkeringen gedaan. De aandelen zijn geleverd op 29 januari 2013 aan Borkens Beheer BV, die vervolgens haar naam heeft gewijzigd in World of Walas Europe BV. In de akte van levering heeft Borkens Beheer BV “voor zover nodig” aan de bestuurder van Carbon6, Hudson, Walas Europe en World of Walas “volledige vrijwaring terzake enig tekort dat door voornoemde dividenduitkeringen is/zal ontstaan” verleend.

2.9. Over de afgifte van de boekhouding is een conflict ontstaan, waarbij door de kopende partij tevens is aangevoerd dat de boekhouding en administratie onvolledig waren, mede omdat er geen vastgestelde jaarstukken over 2012 waren. Ondertussen was ook aan het licht gekomen dat [gedaagde] in 2005 persoonlijk bij een faillissement betrokken was en vervolgens op 1 augustus 2006 was toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling, welke op 17 april 2009 met de verlening van een zogenoemde schone lei is afgerond.

2.10. Onder meer stellende dat zij een vordering hebben op PMR en [gedaagde] omdat de dividenduitkering ten onrechte is geschied, hebben Walas c.s. ten laste van PMR en [gedaagde] diverse conservatoire beslagen gelegd. PMR en [gedaagde] hebben vervolgens in kort geding opheffing van die beslagen gevorderd. Daarop hebben Walas c.s. in reconventie betaling van € 250.000,- gevorderd. Bij vonnis van 17 februari 2014 heeft de voorzieningenrechter in conventie de beslagen opgeheven en in reconventie de vordering afgewezen.

2.11. Op 27 augustus 2014 is World of Walas gefuseerd in World of Walas Europe, waarna World of Walas is opgehouden te bestaan.

3 *Het geschil in conventie*

3.1. Walas c.s. vorderen samengevat – de hoofdelijke veroordeling van PMR en [gedaagde] tot betaling van € 250.000,- in verband met de door PMR ontvangen dividenduitkering, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf 29 januari 2013 en tot betaling van € 3025,- wegens buitengerechtigde kosten, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf 16 maart 2015, een en ander met veroordeling van PMR en [gedaagde] in de kosten, nakosten daaronder begrepen.

3.2. PMR en [gedaagde] voeren verweer.

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

in reconventie

3.4. PMR en [gedaagde] vorderen onvoorwaardelijk de veroordeling van Walas c.s. tot betaling van € 34.929,94 wegens kosten van juridische bijstand, en voorts voorwaardelijk, indien de vordering van Walas c.s. in conventie wordt toegewezen, Walas c.s. te veroordelen tot betaling van het bedrag aan [gedaagde] waartoe deze in conventie wordt veroordeeld, een ander te vermeerderen met rente en kosten, nakosten daaronder begrepen.

3.5. Walas c.s. voeren verweer.

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

4 *De beoordeling in conventie*

4.1. Walas c.s. vorderen de veroordeling van PMR en [gedaagde]

tot terugbetaling van € 250.000,- in hun hoedanigheid van bestuurder en daarnaast nogmaals eenzelfde veroordeling in hun hoedanigheid van aandeelhouder. PMR en [gedaagde] hebben er terecht op gewezen dat er slechts één keer een bedrag van € 250.000,- is uitgekeerd. Dat betekent dat de vordering in hoofdsom beperkt dient te blijven tot dat bedrag, zij het dat de vordering (mogelijk) op beide grondslagen beoordeeld zal moeten worden.

4.2. Walas c.s. baseren hun vordering in de eerste plaats op de stelling dat in strijd met het bepaalde in artikel 2:216 BW is besloten tot de dividenduitkering van € 250.000,- uit Carbon6 door de aandeelhouder en goedkeuring daarvan door de bestuurder. Gesteld wordt dat dit jegens de vennootschap zelf onrechtmatig is, omdat het besluit is genomen op basis van onvoldoende financiële informatie, terwijl het ook feitelijk een te zware financiële last was voor Carbon6. Hierdoor is het voortbestaan van de vennootschap en van de onderneming waarvan zij deel uitmaakte, in gevaar gekomen. Volgens Walas c.s. had [gedaagde] als middellijk aandeelhouder het dividendbesluit niet mogen nemen en had hij als middellijk bestuurder dat besluit niet mogen goedkeuren. Door dit toch te doen is jegens de rechtspersoon c.q. rechtspersonen als zodanig onrechtmatig gehandeld.

4.3. Ingevolge artikel 2:216 lid 1 BW is de algemene vergadering van aandeelhouders bevoegd tot het vaststellen van uitkeringen, voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachten de wet of de statuten moeten worden aangehouden. In lid 2 van artikel 2:216 BW is bepaald dat aan een besluit tot uitkering door het bestuur goedkeuring moet worden onthouden wanneer het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen doorgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Uit het bepaalde in het derde lid volgt kort gezegd dat wanneer de vennootschap na de uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, de bestuurder die dat ten tijde van de uitkering wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien, jegens de vennootschap verbonden is tot betaling van het tekort dat door de uitkering is ontstaan.

4.4. Aldus heeft de wetgever het zwaartepunt gelegd bij de bestuurder; de aandeelhouder is slechts gehouden de wettelijke en statutaire reserves in acht te nemen. Dat daar geen rekening mee is gehouden, is in deze zaak niet expliciet gesteld. Volstaan is met de stelling dat de dividenduitkering leidde tot een negatief saldo van de ‘overige reserves’, zonder dat dit aan de hand van cijfers is geconcretiseerd en evenmin duidelijk is gemaakt in hoeverre de wettelijke en statutaire reserves zijn geraakt. Dit had wel van Walas c.s. verwacht mogen worden en daarom passeert de rechtbank deze stelling. Het gaat er in deze zaak dus vooral om of [gedaagde] en PMR op de voet van artikel 2:11 BW als middellijk bestuurders van Carbon6 zijn aan te spreken uit hoofde van artikel 2:216 leden 2 en 3 BW.

4.5. Een correcte uitoefening van de bevoegdheid tot het goedkeuren van een besluit tot dividenduitkering, vereist in de eerste plaats dus inzicht in de financiën van de vennootschap door het bestuur. In dat kader is het volgende van belang. Hier ging het om een vennootschap die ten tijde van het besluit tot dividenduitkering in januari 2013 nog geen jaar bestond. De vennootschap was in mei 2012 opgericht en had als doel het exploiteren van het haar in eigendom toebehorende CBS-complex. Het betrof een groot en verouderd kantoorcomplex, grotendeels gebouwd in 1978 en slechts gedeeltelijk verhuurd, onder andere aan de fiscus. Op het moment dat het dividendbesluit werd genomen, waren er, in tegenstelling tot wat [gedaagde] en PMR hadden gesuggereerd, nog geen jaarstukken. Er was op dat moment slechts een kolommenbalans

beschikbaar. Een kolommenbalans is niet op één lijn te stellen met een jaarrekening, met name niet vanwege het voorlopige karakter. Bovendien is bij een beginnende onderneming vaak nog niet geheel inzichtelijk hoe hoog de daadwerkelijke kosten uitvallen, zodat de openningsbalans gebrekkig kan zijn geweest, waardoor ook de cijfers in de kolommenbalans geen volledig beeld geven. Van de in de overgelegde kolommenbalans gepresenteerde “winst” van bijna € 310.000,= kan dus niet zomaar worden uitgegaan, te minder niet nu niet is gesteld of gebleken dat dit beginnend project op dat moment al zodanige resultaten had laten zien dat zonder meer van ‘liggende gelden’ kon worden uitgegaan. Dat er geen sprake was van een complexe ondernemingsstructuur met moeilijk overzienbare inkomsten- en uitgavenstromen, maakt het voorgaande niet anders. Ook dan geldt dat bestuur en aandeelhouders er rekening mee moesten houden dat hen een volledig overzicht ontbrak vanwege de opstartsituatie waarin de onderneming zich nog bevond. Dan past een prudente houding ten aanzien van besluiten die ertoe strekken middelen aan de onderneming te onttrekken. Voorkomen moet worden dat al in de beginfase liquiditeitsproblemen gaan ontstaan, vooral ook omdat deze een beginnende onderneming die nog geen sterke positie heeft opgebouwd, als een molensteen om de nek kunnen hangen.

4.6. Het betoog van Walas c.s. komt erop neer dat er bij het goedkeuren van het dividendbesluit onvoldoende rekening is gehouden met op dat moment voorzienbare en noodzakelijke uitgaven, zoals verzekeringspremies, nutskosten, belastingen en onderhoudskosten. Daardoor zag de onderneming zich na de dividenduitkering als gevolg van liquiditeitsproblemen genoodzaakt ongunstige betalingsregelingen te treffen en een lening af te sluiten. Bovendien kon deze beginnende onderneming daardoor ook niet de investeringen doen die nodig waren om haar concept vorm te geven, omdat dan het liquiditeitsprobleem nog groter zou zijn geweest.

PMR en [gedaagde] hebben daar tegen ingebracht dat er geen insolventie is gevolgd, dat de inkomsten in de daarop volgende periode zijn gestegen omdat er nieuwe huurders zijn aangekomen, dat de energiekosten konden worden doorbelast aan de huurders en dat de onderhoudskosten voor rekening van een andere vennootschap van [naam] waren (Walas Projects), waar ook de servicekosten die aan de huurders in rekening werden gebracht, binnenkwamen. Daarnaast hebben zij met een beroep op een door henzelf opgesteld cash flowoverzicht (productie 7 bij antwoord in conventie) gesteld dat de inkomsten van de vennootschap ook na het dividendbesluit voldoende zijn geweest om alle lopende verplichtingen te voldoen.

4.7. De rechtbank stelt voorop dat door [gedaagde] en PMR niet is gesteld dat zich bijzondere of onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, waardoor de uitgaven na het dividendbesluit onverwacht hoog zijn uitgevallen. Omdat de door Walas c.s. genoemde uitgaven zijn te beschouwen als normale exploitatiekosten, waarvan de hoogte als zodanig niet expliciet is betwist, hadden ook [gedaagde] en PMR in beginsel met die bedragen rekening moeten houden.

Wat betreft het verweer dat de inkomsten hoger zijn uitgevallen doordat al in januari 2013 nieuwe huurders werden aangetrokken, heeft te gelden dat deze stelling onvoldoende is onderbouwd. Het had op de weg van [gedaagde] en PMR gelegen om concreet aan te geven welke nieuwe huurders zijn aangetrokken en met welke inkomsten ten onrechte geen rekening is gehouden. Als het al zo zou zijn geweest dat er inkomstenstromen zijn verlegd naar andere vennootschappen, zoals wordt gesuggereerd, zou dit aan de hand van gepubliceerde jaarstukken van de verschillende Walas-vennootschappen te achterhalen

moeten zijn geweest. Aan dit verweer moet dan ook voorbij worden gegaan wegens onvoldoende onderbouwing.

Ook aan het betoog dat de energiekosten konden worden doorbelast aan de huurders wordt voorbijgegaan. Uit de stukken blijkt dat die naar rato van het gehuurde werden doorbelast. Aangezien maar een deel van het complex verhuurd was, zal een deel van de nutskosten voor rekening van Carbon6 als eigenaar zijn gebleven. Bovendien moest de energierekening, die over de periode november 2012 tot en met januari 2013 blijkbaar € 133.900,= bedroeg, hoe dan ook door Carbon6 worden voorgeschoten. Gelet op de hoogte van dit bedrag in verhouding tot de totale uitgaven en inkomsten, was een liquiditeitsprobleem niet ondenkbaar en diende hier in de bedrijfsvoering dus ook expliciet rekening mee te worden gehouden.

Via Walas Projects liepen kennelijk de exploitatiekosten (dagelijks beheer, kleinschalig onderhoud en kleine reparaties) alsmede de nuts- en administratiekosten, zo leidt de rechtbank af uit de brief van Walas Projects van 23 november 2012 aan Carbon6, dan nog geleid door [gedaagde]. Dit moest Walas Projects kennelijk bekostigen uit de servicekosten van de huurders. Grootschalig onderhoud moest Carbon6 zelf betalen, zo blijkt ook uit de brief. Op dat moment speelde blijkbaar een dispuut over het niet betalen van die kosten door Carbon6. Blijkbaar werden die kosten volledig doorbelast, hetgeen ook in de rede ligt. Nu PMR en [gedaagde] hier ook niets op hebben afgedaan, kan aan het betoog dat via Walas Projects een kostenstroom liep – ander dan [gedaagde] kennelijk meent – niet de conclusie worden verbonden dat deze kostenposten niet op Carbon6 drukten. Het in dit kader gedane bewijsaanbod wordt als niet ter zake doend gepasseerd.

Tot slot kan aan het gegeven dat er geen faillissement of surseance is gevolgd, anders dan PMR en [gedaagde] kennelijk menen, niet de conclusie worden verbonden dat niet aan de vereisten voor aansprakelijkheid ingevolge 2:216 BW is voldaan. De wet stelt voor aansprakelijkheid van de bestuurder ingevolge artikel 2:216 BW een surseance of faillissement niet als voorwaarde; bepalend is of de vennootschap haar opeisbare schulden kan blijven betalen. Indien er ernstige liquiditeitsproblemen zijn geweest, die het hoofd moest worden geboden, gaan bestuurders dan niet zonder meer vrijuit.

4.8. Ten aanzien van het verweer dat de vennootschap ook na het dividendbesluit voldoende middelen had om aan haar verplichtingen te voldoen, wordt als volgt overwogen. Ten tijde van het dividendbesluit beschikten PMR en [gedaagde] zoals gezegd slechts over de kolommenbalans.

Daarin is een bedrag van € 17.640,11 opgenomen voor Onderhoud gebouwen en € 5264,85 voor Schoonmaakkosten, een bedrag van ruim € 8000,= voor Verzekering gebouwen en een bedrag van ruim € 156.000,= voor Gas, water en elektra. Walas c.s. hebben als productie 48 bij akte na comparitie een overzicht in het geding gebracht van hoe volgens hen de cash flow vanaf november 2012 tot en met mei 2014 feitelijk is verlopen. Daaruit volgt dat alleen al in januari 2013 een bedrag van ruim € 35.000,= is uitgegeven aan onderhoud en exploitatie (waarin blijkbaar ook de schoonmaakkosten grotendeels zijn begrepen), in februari 2013 ruim € 50.000,= en in april 2013 zelfs ruim € 80.000,=. De daadwerkelijke onderhouds- en exploitatiekosten zijn volgens Walas c.s. dus een veelvoud geweest van de in de kolommenbalans opgenomen bedragen van in totaal een kleine € 23.000,= op jaarbasis. Gelet op de omvang en de ouderdom van het gebouw komt dit laatste bedrag de rechtbank ook voor als volstrekt ontoereikend voor de kosten van onderhoud én schoonmaak.

De verzekeringskosten beliepen volgens Walas c.s. eveneens een veelvoud van de in de kolommenbalans begrote € 8000,=:

in maart 2013 is in dat kader ruim € 37.000,= betaald. Ook dit komt als een meer reëel bedrag voor, gelet op de feitelijke situatie.

Eenzelfde beeld komt naar voren ten aanzien van de energiekosten. Alleen al in mei 2013 is daarvoor een bedrag van € 210.591,47 in rekening gebracht, terwijl in februari en april 2013 ook al bedragen respectievelijk € 7405,92 en € 56.015,49 verschuldigd zijn geworden. Deze bedragen staan in sterk contrast met het in de kolommenbalans begrote bedrag van € 156.612,30. Uit hetgeen PMR en [gedaagde] hebben aangevoerd, volgt niet dat de door Walas c.s. gestelde daadwerkelijke energiekosten bezijden de waarheid zijn.

Tot slot is van belang dat in de kolommenbalans blijkbaar geen rekening is gehouden met belastingen, terwijl in het voorjaar van 2013 een bedrag van in totaal ruim € 75.000,= aan WOZ-belasting is opgelegd en er voor de vennootschapsbelasting een aanslag van € 84.500,= is gevolgd. Daar waar PMR en [gedaagde] bij het dividendbesluit uitgingen van een winst van ruim drie ton, had voor hen zonder meer duidelijk moeten zijn dat daarop ook een aanslag vennootschapsbelasting zou volgen voor de vennootschap, waarmee zij rekening hadden moeten houden. Daarbij gaat het niet aan, zoals zij thans doen, dat zij de vennootschap verwijten dat deze de winst waarmee bij het nemen van het dividendbesluit rekening is gehouden, heeft vermeld in haar aangifte vennootschapsbelasting.

4.9. De vraag is vervolgens of het door PMR en [gedaagde] bij antwoord in het geding gebrachte cash flowoverzicht (productie 7) – dat opvallend genoeg weer uitgaat van heel andere bedragen dan de kolommenbalans; zo wordt bijvoorbeeld voor onderhoud en reparatie een bedrag van € 240.000,= op jaarbasis begroot – een ander licht werpt op het voorgaande. Naast het feit dat met een te laag bedrag aan WOZ-belasting rekening is gehouden (slechts € 25.000,= terwijl de aanslag blijkbaar ruim € 75.000,= bedroeg), kan gevoeglijk ervan worden uitgegaan dat ook hierin stelselmatig te lage bedragen zijn opgenomen voor in ieder geval de onderhouds- en energielasten. Wat betreft de onderhoudskosten hebben Walas c.s. onweersproken erop gewezen dat het hier gaat om een groot en verouderd complex, dat onder meer beschikt over 24 liften en 4.000 automatische zonneschermen aan ramen die regelmatig gewassen moeten worden (thans vier keer per jaar), onder meer via een aan het hoofdgebouw aangebracht glasbewassingssysteem dat verouderd is en waarvan de vervanging alleen al tenminste € 132.000,= zal kosten. Kennelijk houden Walas c.s. op basis van de in het eerste jaar gemaakte daadwerkelijke kosten vanaf augustus 2013 rekening met een bedrag van in totaal € 28.100,= per maand aan onderhouds- en exploitatiekosten en wordt gerekend met een reservering van € 20.000,= voor onderhoud en vervanging. Aan het in dit kader gevoerde verweer van PMR en [gedaagde] dat daarmee gegeven is dat het cash flowoverzicht een fictie is zodat daaraan geen betekenis kan worden toegekend, gaat de rechtbank voorbij. Op zichzelf kan met dergelijke vaste bedragen rekening worden gehouden, mits voldoende inzichtelijk is dat deze op reële cijfers zijn gestoeld. Dit laatste is onvoldoende gebleken ten aanzien van het – eveneens fictieve – bedrag van € 20.000,= per maand waarmee PMR en [gedaagde] rekenen. Dit bedrag moet voor ontoereikend worden gehouden. Dat tot slot in de door Walas c.s. naar voren gebrachte bedragen mogelijk een bedrag van ruim € 100.000,= aan vloerbedekking is meegenomen, zoals PMR en [gedaagde] hebben aangevoerd, maakt geen verschil. Voor een exploitant van een kantoorgebouw zijn dat immers niet ongebruikelijke kosten van onderhoud en exploitatie.

Wat betreft de energiekosten tot slot, geldt dat die vanaf februari 2013 tot en met december 2013 door PMR en [gedaagde] in to-

taal zijn begroot op ruim € 370.000,=, terwijl zij in het op dit punt onweersproken overzicht van Walas c.s. in deze periode meer dan € 500.000,= hebben bedragen. Bij deze stand van zaken moet aan het door PMR en [gedaagde] in het geding gebrachte – fictieve – cash flowoverzicht voorbij worden gegaan.

4.10. PMR en [gedaagde] hebben verder tegen de cijfers in het door Walas c.s. overgelegde cash flowoverzicht ingebracht, dat er onvoldoende inzage is gegeven in onderliggende stukken zoals afschriften van bankrekeningen en goedgekeurde jaarstukken over de periode na de overname door Walas c.s. Het gaat hier evenwel om de liquiditeit van Carbon6 in met name het eerste jaar na de overname. Om die te beoordelen is een cash flowoverzicht het geëigende middel. Jaarstukken bieden slechts een momentopname van de positie aan het einde van het boekjaar, terwijl bankafschriften als zodanig onvoldoende inzicht bieden. De in het cash flowoverzicht opgenomen posten zijn naar het oordeel van de rechtbank door Walas c.s. voldoende gestaafd met bewijsstukken.

Ook hebben PMR en [gedaagde] aangevoerd dat het door Walas c.s. opgestelde cash flowoverzicht ook niet kan kloppen omdat daaruit per 31 december 2013 een negatief banksaldo volgt van € 482.419,19, terwijl volgens de gepubliceerde balans sprake is van € 107,= liquiditeiten positief. Ook hierin kan de rechtbank hen niet volgen. Het cash flowoverzicht bevat een volledig overzicht van alle betalingen, inclusief de aflossingen op schulden. De uitkomst daarvan kan negatief zijn, maar daarmee is niet uit te sluiten dat er tegelijkertijd sprake is van een bankrekening met een positief saldo, dat als zodanig in de balans terugkomt onder de vlottende activa. In dat kader hebben PMR en [gedaagde] Walas c.s. ook nog tegengeworpen dat het hiervoor bedoelde negatieve banksaldo van € 482.419,19 zo hoog uitvalt omdat er blijkens de jaarrekening ook nog extra is afgelost op de door de Gemeente verstrekte lening. Daarmee wordt kennelijk bedoeld op de in de balans opgenomen post langlopende schulden die per 31 december 2013 € 357.144,= bedraagt en op diezelfde datum in 2012 nog € 428.572,= bedroeg. Dit betreft blijkbaar de lening van de Gemeente. Volgens het cash flowoverzicht van Walas c.s. heeft Carbon6 in het jaar 2013 alleen in april 2013 afgelost. Aangezien de eerste termijn van de lening vóór 7 mei 2013 moest worden betaald, zal dit de eerste betaling zijn geweest. Dat er extra is afgelost, blijkt verder niet. Uit het feit dat de langlopende schuld in de jaarrekening is geboekt minus één aflossingstermijn, is dit in ieder geval niet af te leiden. De in dat jaar opvallende aflossingstermijn is immers een kortlopende schuld omdat die hetzelfde jaar moet worden betaald.

Wat betreft de liquiditeitspositie hebben PMR en [gedaagde] tevens aangevoerd dat die nadelig is beïnvloed doordat Walas c.s. blijkens de gepubliceerde jaarrekening in de loop van 2013 de post debiteuren met meer dan € 350.000,= hebben laten olopen. Hierdoor wordt de liquiditeit evenwel niet negatief beïnvloed, nu ook de post debiteuren wordt gerekend tot de – voor het bepalen van de liquiditeitspositie wezenlijke – categorie vlottende activa. In zoverre wordt niet afgedaan op het door Walas c.s. overgelegde cash flowoverzicht.

4.11. Op twee punten echter zijn er vraagtekens te zetten bij dat overzicht. In de eerste plaats in verband met het verweer van PMR en [gedaagde] dat het banksaldo op het moment van de dividenduitkering (en dus in wezen het startpunt van de in deze zaak aan de orde zijnde liquiditeitsdiscussie) – dat door Walas c.s. na die uitkering is gesteld op € 122.213,39 – niet correct is. Gesteld wordt dat uit een bij akte na comparitie overgelegde en aan de hand van bankafschriften gemaakte berekening van PMR en [gedaagde] volgt dat vóór de dividenduitkering een bedrag beschikbaar was van € 413.693,60 (vgl. Akte d.d. 11 novem-

ber 2015, onder 13 en productie 10 bij die akte). Wat opvalt is dat nagenoeg hetzelfde bedrag ook staat vermeld in het cash flow-overzicht van Walas c.s. Daar zijn blijkbaar correcties op toegepast, om tot het beschikbare saldo te komen. Naar het oordeel van de rechtbank ligt dat ook in de rede, allereerst omdat daarvan de dividenduitkering van € 250.000,= moet worden afgetrokken. Daarover zijn partijen het ook eens. Volgens de berekening van PMR en [gedaagde] zou er dan sprake zijn geweest van een beginsaldo van € 163.693,60 en niet zoals Walas c.s. stellen van een beginsaldo van € 122.213,39. Er dient naar het oordeel van de rechtbank echter nog een tweede correctie op het door PMR en [gedaagde] berekende saldo worden toegepast omdat daarin ook saldi van andere vennootschappen dan Carbon6 zijn begrepen, te weten Hudson, Walas Europe en World of Walas. Uit een vergelijking van hetgeen Walas c.s. onder 20 bij antwoord in reconventie hebben gesteld en de cijfers die PMR en [gedaagde] in hun berekening in productie 10 bij Akte van 11 november 2015 hebben gebruikt, volgt dat partijen het over die saldi nagenoeg eens zijn: beiden stellen het saldo van Hudson op € 908,75 en dat van Walas Europe op € 6718,70. Alleen over het saldo van World of Walas verschilt men van mening: volgens Walas c.s. bedroeg dat € 75,25 en volgens PMR en [gedaagde] bedroeg dat € 79,15, maar € 3,90 is ook exact het verschil tussen het door PMR en [gedaagde] berekende saldo van € 413.693,60 en het door Walas c.s. in hun cash flow-overzicht gehanteerde beginpunt van € 413.697,50. Aldus volgt uit de door beide partijen gehanteerde cijfers dat het banksaldo van Carbon6 op het moment van overname € 155.994,80 zou moeten hebben bedragen. Hoe Walas c.s. zijn gekomen aan een beginstand van € 122.213,39 per 29 januari 2013 is verder niet uitgelegd, zodat het ervoor moet worden gehouden dat de saldi in het door Walas c.s. overgelegde cash flow-overzicht in ieder geval met een bedrag van € 33.781,41 verhoogd moeten worden.

In de tweede plaats geldt dat PMR en [gedaagde] erop hebben gewezen dat in het door Walas c.s. opgestelde cash flow-overzicht al vanaf februari 2013 grote bedragen zijn opgenomen voor rente en aflossing van een lening van Hout Holding “tbv afkoop”. De achtergrond is hen onbekend, maar vermoed wordt dat dit een lening is waarmee de uitkoopsom voor [gedaagde] is gefinancierd. Gesteld is dat die kosten niet op Carbon6 mogen drukken, met name niet omdat het de wens van [naam] en de zijnen was om [gedaagde] eruit te werken. Uit de stellingen van Walas c.s. is niet met zekerheid af te leiden wat met de onder deze post opgevoerde bedragen is bedoeld. Voor zover hiermee de rente en de aflossing voor de lening is bedoeld die na 29 januari 2013 moest worden afgesloten om de liquiditeitsproblemen het hoofd te bieden, heeft te gelden dat deze post slechts in een cash flow-overzicht als hier aan de orde kan worden opgevoerd, wanneer de daarmee corresponderende lening ook bij de inkomsten wordt opgevoerd. Dat is niet gebeurd. Wanneer het hier gaat om een bedrag dat samenhangt met de “uitkoop” van [gedaagde] – zoals PMR en [gedaagde] opperen – heeft te gelden dat dit niet op Carbon 6 mag drukken. Bij deze stand van zaken moet de conclusie zijn dat met deze post geen rekening kan worden gehouden. In totaal gaat het daarbij tot en met december 2013 om een bedrag van ruim € 160.000,=.

4.12. Aldus moet het door Walas c.s. geproduceerde cash flow-overzicht tot en met december 2013 in ieder geval gecorrigeerd worden met een bedrag van ongeveer € 195.000,=. Dan is er echter in de berekening van Walas c.s. in december 2013 nog steeds sprake van een fors tekort van ongeveer € 287.419,00 (€ 482.419,19 – € 195.000,=). Over alle voorgaande maanden (waarin het bedrag van € 195.000,= steeds lager was vanwege

het oplopen van de post “lening tbv afkoop”) is dat beeld hetzelfde. Pas in maart 2014 – waarbij inmiddels met een bedrag van € 255.000,= moet worden gecorrigeerd – wordt voor het eerst een punt bereikt waarop er in de door de rechtbank gevolgde berekening sprake kan zijn geweest van een positief saldo omdat het tekort volgens Walas c.s. in die maand maar € 212.372,98 bedroeg. Daarna wordt het beeld echter alweer meteen slechter.

4.13. Het voorgaande leidt de rechtbank tot de volgende conclusie. Het dividendbesluit is door PMR en [gedaagde] als middelbaar bestuurders goedgekeurd zonder dat een goed inzicht bestond in de cijfers van de onderneming. Dit heeft geleid tot een forse onttrekking van middelen aan de vennootschap. Voorts staat vast dat er nadien veel kosten op de vennootschap afkwamen waarmee geen rekening is gehouden, waarbij ervan kan worden uitgegaan dat die kosten ook nog eens stukken hoger zijn geweest dan PMR en [gedaagde] in deze zaak aanvoeren. Op het moment van overname was een banksaldo van € 155.994,80 beschikbaar. Op basis van de beschikbare cijfers moet het ervoor worden gehouden dat met name de financiële verplichtingen die in het voorjaar van 2013 op de vennootschap afkwamen, hebben geleid tot liquiditeitsproblemen doordat de vennootschap haar opeisbare schulden niet kon blijven betalen, waardoor de vennootschap naar oplossingen heeft moeten zoeken in de vorm van het treffen van betalingsregelingen, het aangaan van een lening en het uitstellen van voor de verdere ontwikkeling van het concept noodzakelijke investeringen. Wanneer de bestuurders een goed en volledig beeld zouden hebben gehad van de financiële positie van de vennootschap, hadden zij redelijkerwijs moeten voorzien dat zich dit probleem zou voordoen. Aldus hebben zij bij de goedkeuring van het aandeelhoudersbesluit gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 2:216 lid 3 BW en zijn zij gehouden tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf de dag van uitkering.

4.14. Walas c.s. stellen het tekort op de hoogte van de dividenduitkering ad € 250.000,=. Het tekort kan in beginsel lager zijn dan de uitkering. PMR en [gedaagde] hebben de hoogte van het gestelde tekort als zodanig echter niet betwist, zodat ervan moet worden uitgegaan dat het tekort € 250.000,= bedraagt. Aldus is de door Walas c.s. ingestelde vordering wegens handelen in strijd met het bepaalde in artikel 2:216 BW in beginsel toewijsbaar. De overige gronden (handelen in strijd met 2:249 BW en 6:162 BW) behoeven daarmee geen bespreking.

4.15. PMR en [gedaagde] hebben echter tevens erop gewezen dat aan hen in het kader van de koopovereenkomst finale kwijting is verleend en dat Borkens Beheer als koper van de aandelen hen heeft gevrijwaard. Tot slot hebben zij er nog op gewezen dat aan hen als bestuurder door de vennootschappen de charge is verleend.

4.16. Wat betreft de bij de vaststellingsovereenkomst verleende finale kwijting, heeft het volgende te gelden. Bij die overeenkomst waren enerzijds [naam] en zeven anderen betrokken en anderzijds [gedaagde], PMR, World of Walas, Walas Europe, Hudson en Carbon6. [gedaagde] is daarbij opgetreden als vertegenwoordiger van de vijf genoemde rechtspersonen. De overeenkomst strekte onder meer tot de verkoop van de aandelen World of Walas (en daarmee van de drie daaronder hangende vennootschappen) door [gedaagde] c.q. PMR aan [naam] c.s. Ten aanzien van de kwijting is opgenomen dat [gedaagde] c.s. en [naam] c.s. gezamenlijk bepalen “dat zij niets meer van elkaar te vorderen hebben en/of zullen hebben uit welke hoofde dan ook en verlenen elkander finale en algehele kwijting te zake iedere (mogelijk) bestaande en/of toekomstige vordering uit welke hoofde ook”. Deze tekst duidt erop dat de twee “kam-

pen” elkaar over en weer finale kwijting hebben verleend. Hier gaat het erom of daarmee ook het eigen recht van de vennootschappen World of Walas, Walas Europe, Hudson en Carbon6, die dan nog behoren tot het kamp van [gedaagde], om een vordering tegen haar (middellijk) bestuurders en – op dat moment ook – haar vertegenwoordiger [gedaagde] is prijsgegeven. De tekst duidt daar niet op en het ligt ook niet in de rede om aan te nemen dat een (voormalig) bestuurder op deze wijze aan een aansprakelijkheid ingevolge artikel 2:216 BW zou kunnen ontkomen. De vennootschappen hebben in deze immers een eigen belang dat tegenstrijdig is aan dat van haar (middellijk) bestuurders. Tegen die achtergrond kan (i) aan het gegeven dat in de tekst van de vaststellingsovereenkomst ook is vastgelegd dat “de partijen” – waarmee alle betrokkenen zijn aangeduid – het geschil definitief en tegen finale kwijting willen afwikkelen en (ii) aan het gegeven dat het oogmerk van de overeenkomst blijkens het bepaalde onder 1.1 onder het kopje ‘finale kwijting’ is dat men eventuele andere mogelijke c.q. toekomstige geschillen tussen partijen wil voorkomen, niet de conclusie worden verbonden dat de finale kwijting die daadwerkelijk pas in de daarop volgende passage wordt geregeld een veel verdere strekking heeft dan de letterlijke tekst van de overeenkomst doet vermoeden. Als PMR en [gedaagde] dit hadden willen regelen op de wijze zoals thans door hen wordt bepleit, had het op hun weg gelegen om expliciet op te nemen dat World of Walas, Walas Europe, Hudson en Carbon6 geen vordering ex artikel 2:216 BW tegen hen zouden instellen, nog daargelaten of dit, gelet op de regels rond tegenstrijdige belangen, zou hebben gekund.

4.17. Ten aanzien van de door Borkens Beheer verleende vrijwaring, geldt het volgende. Het gaat hier om de tekst in de leveringsakte van 29 januari 2013, waarbij [gedaagde] als vertegenwoordiger van PMR de aandelen die PMR op dat moment houdt in World of Walas heeft geleverd aan Borkens Beheer. In die akte is bepaald:

“Voor zover nodig verleent Koper (= Borkens Beheer; rb) hierbij aan de bestuurder van Carbon6 B.V., 555 Hudson B.V., Walas Europe B.V. en de Vennootschap (= World of Walas; rb), volledige vrijwaring terzake enig tekort dat door voornoemde dividenduitkeringen is/zal ontstaan”

Op het moment dat deze toezegging door Borkens Beheer is gedaan, is [gedaagde] uitsluitend bestuurder van PMR en is PMR op haar beurt bestuurder van World of Walas. Vast staat dat [gedaagde] nimmer bestuurder is geweest van de onderliggende vennootschappen Walas Europe, Hudson of Carbon6. Hij is slechts middellijk bestuurder geweest. [gedaagde] is aldus nimmer gevrijwaard. Wat betreft PMR heeft te gelden dat slechts is toegezegd dat Borkens Beheer nimmer een vordering zal instellen. Het gaat hier echter om een vordering van de vennootschap World of Walas op haar voormalig bestuurder PMR (doordat Carbon6 de bestuurder was van Hudson enz., mist de vrijwaring wat betreft de onderliggende vennootschappen betekenis). Die vordering van World of Walas wordt niet geraakt door de toezegging van de nieuwe aandeelhouder Borkens Beheer dat zij in verband met de dividenduitkering geen vordering zal instellen. Vervolgens is Borkens Beheer weliswaar gefuseerd met World of Walas in 2014, maar uit niets is gebleken dat toen ook het vorderingsrecht dat World of Walas uit hoofde van artikel 2:216 BW had, teniet is gegaan. PMR mocht ook niet verwachten dat dit vorderingsrecht teniet zou gaan op grond van de enkele toezegging die zij in januari 2013 van Borkens Beheer heeft gekregen dat deze vennootschap haar in verband met de dividenduitkering niet zou gaan lastigvallen.

4.18. Tot slot de decharge. Op zichzelf hebben [gedaagde] en PMR daar slechts zijdelings een beroep op gedaan in hun Conclusie van antwoord in conventie en van eis in reconventie on-

der 46. Omdat een decharge in beginsel aan een vordering ingevolge artikel 2:216 lid 3 BW in de weg staat, ziet de rechtbank aanleiding hier expliciet nader op in te gaan.

In de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: *ava*) van 29 januari 2013 van World of Walas, is PMR door de *ava* ontslagen als bestuurder en is aan haar decharge verleend voor het door haar gevoerde bestuur. Dit besluit is het sequel van de besluiten genomen in de *ava*'s van achtereenvolgens Carbon6, Hudson, Walas Europe en World of Walas op diezelfde dag, waarin is besloten tot de in deze procedure gewraakte dividenduitkering van € 250.000,=. Daarin is in strijd met de waarheid telkens vastgelegd dat er jaarrekeningen zijn vastgesteld van de desbetreffende vennootschappen over het boekjaar eindigend op 28 januari 2013. Achter al deze besluiten gaat [gedaagde] schuil als (middellijk) enig bestuurder en enig aandeelhouder. Blijkens de notulen van deze vergaderingen is toen ook telkens door [gedaagde] als enig aandeelhouder aan [gedaagde] als enig bestuurder kwijting verleend voor het in het betreffende boekjaar gevoerde beleid. Daar waar decharge slechts kan worden verleend voor gegevens zoals die uit de jaarrekening blijken of anderszins aan de *ava* bekend zijn en uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat er op 29 januari 2013 niet alleen geen jaarrekeningen waren, maar ook geen reëel beeld bestond van de financiële situatie van met name Carbon6 – de vennootschap die het geld voor de dividenduitkering feitelijk heeft gefourneerd – moet de conclusie zijn dat de decharge op de voet van artikel 2:8 lid 2 BW effect ontbeert omdat dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Bij deze stand van zaken ziet de rechtbank geen aanleiding de vordering vanwege de decharge af te wijzen.

4.19. De conclusie is dat in conventie [gedaagde] en PMR als (middellijk) bestuurders hoofdelijk veroordeeld dienen te worden tot betaling aan Walas c.s. van € 250.000,= in verband met de goedkeuring van een onterechte dividenduitkering. De wettelijke rente daarover is toewijsbaar vanaf het moment van goedkeuring, zijnde 29 januari 2013.

4.20. Walas c.s. vorderen daarnaast een bedrag van € 3025,= wegens buitengerechtigde kosten. Onweersproken is dat er buitengerechtigde werkzaamheden zijn verricht. Omdat het bedrag in overeenstemming is met de daarvoor geldende normen, is het toewijsbaar. De wettelijke rente daarover is overeenkomstig de vordering toewijsbaar vanaf de dag van dagvaarding.

4.21. PMR en [gedaagde] zullen als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de procedure in conventie worden verwezen, nakosten daaronder begrepen.

in reconventie

4.22. In onvoorwaardelijke reconventie vorderen PMR en [gedaagde] de veroordeling van Walas c.s. tot betaling aan hen van € 34.929,21 wegens kosten van juridische bijstand wegens het in strijd met de verleende vrijwaring aanvangen van deze procedure. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat de vrijwaring niet aan de in deze procedure ingestelde vordering in de weg staat. Nu evenmin is gebleken dat Walas c.s. misbruik van recht hebben gemaakt, dienen de kosten van juridische bijstand voor eigen rekening te blijven.

4.23. Omdat in conventie de vordering van Walas c.s. gedeeltelijk wordt toegewezen, is ook de voorwaarde waaronder de voorwaardelijke reconventie is ingesteld, vervuld. Deze vordering strekt ertoe Walas c.s. te veroordelen tot betaling van het bedrag waartoe PMR en [gedaagde] in conventie worden veroordeeld. Op grond van hetgeen in conventie is overwogen, moet deze vordering eveneens worden afgewezen.

4.24. PMR en [gedaagde] zullen als de in het ongelijk gestelde

partij in de kosten van de procedure in reconventie worden verwezen.

5 De beslissing

De rechtbank

in conventie

veroordeelt PMR en [gedaagde] hoofdelijk om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan Walas c.s. te betalen € 250.000,=, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf 29 januari 2013 tot aan de dag van algehele voldoening, veroordeelt PMR en [gedaagde] om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan Walas c.s. te betalen € 3025,= wegens buitengerechtigde kosten, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 16 maart 2015 tot aan de dag van algehele voldoening,

veroordeelt PMR en [gedaagde] in de kosten van de procedure in conventie, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Walas c.s. begroot op € 3948,26 voor verschotten en op € 5000,= voor advocaatkosten, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf acht dagen na betekening van dit vonnis,

in reconventie

wijst het gevorderde af,

veroordeelt PMR en [gedaagde] in de kosten van de procedure in reconventie, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Walas c.s. begroot op € 2000,= voor advocaatkosten, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf acht dagen na betekening van dit vonnis,

in conventie en in reconventie

veroordeelt PMR en [gedaagde] in de na dit vonnis te ontstane kosten, begroot op € 131,= aan salaris advocaat, te vermeerderen met een bedrag van € 68,= aan salaris advocaat en de exploitatiekosten indien PMR en [gedaagde] niet binnen veertien na aanschrijving aan dit vonnis hebben voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf acht dagen na betekening van dit vonnis, verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad, wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

CBS pand

In dit vonnis staat de aansprakelijkheid voor uitkeringen van de middellijk bestuurder, tevens aandeelhouder, op grond van art. 2:216 BW jo. art. 2:11 BW centraal.

Participatie Management Rotterdam (P.M.R.) B.V. ('PMR') heeft afspraken gemaakt met de gemeente Heerlen over de aankoop van het pand waar voorheen het CBS was gevestigd. Voor de aankoop is een structuur opgetuigd, waarbij bovenaan PMR staat en daaronder World of Walas B.V., Walas Europe B.V., 555 Hudson B.V. en, onderaan, CarBon6 B.V. (de laatste vier hierna: 'Walas c.s.').

De enig aandeelhouder van deze vennootschappen is telkens ook de bestuurder van de vennootschap. De bestuurder van PMR, medegegdaagde in deze procedure, had (indirect) zeggenschap over alle vennootschappen (PMR en haar bestuurder hierna tezamen als 'PMR' aan te duiden).

CarBon6 heeft in mei 2012 het pand gekocht.

Er ontstaat onenigheid tussen PMR en het projectteam. Dat leidde in december 2012 tot een vonnis van de Voorzieningenrechter Maastricht («JOR» 2015/53, m.nt. P.H.N. Quist) en vervolgens tot een vaststellingsovereenkomst. Afgesproken wordt dat PMR de aandelen in World of Walas aan het projectteam zal verkopen en dat (vóór de levering) CarBon6 een uitkering zal doen van € 250.000,= aan 555 Hudson en zo

verder naar boven, totdat uiteindelijk een uitkering door World of Walas aan PMR van € 250.000,= plaatsvindt.

De aandelen in World of Walas zijn op 29 januari 2013 geleverd aan Borkens Beheer B.V. (de naam is nadien gewijzigd in World of Walas Europe B.V.). De uitkering heeft vlak vóór die levering plaatsgevonden. World of Walas en World of Walas Europe zijn gefuseerd.

De vordering

Walas c.s. vorderen veroordeling van PMR, in haar hoedanigheid van (middellijk) bestuurder, tot terugbetaling van het bedrag van de uitkering. Daarnaast vorderen zij veroordeling van PMR tot betaling van hetzelfde bedrag in haar hoedanigheid van (middellijk) aandeelhouder van CarBon6.

PMR vordert in (voorwaardelijke) reconventie betaling door Walas c.s. van het bedrag waartoe zij in conventie gerechtigd zullen zijn. De (primaire) grondslag voor de vordering van Walas c.s. is art. 2:216 lid 3 BW. Volgens Walas c.s. had de aandeelhouder van CarBon6 het uitkeringsbesluit niet mogen nemen en had de bestuurder van CarBon6 de uitkering niet mogen goedkeuren.

Partijen

Een vordering op basis van art. 2:216 lid 3 BW is een vordering van de vennootschap op haar bestuurder en/of aandeelhouder. Die vordering kan, gelet op de *Poot/ABP*-doctrine (HR 2 december 1994, *NJ* 1995/288), alleen door CarBon6 worden ingesteld. Nu uit het vonnis niet is gebleken van een specifieke zorgvuldigheidsnorm die jegens de andere Walas-partijen door PMR in acht genomen had dienen te worden, had de rechtbank deze vordering van de andere Walas-partijen dienen af te wijzen.

Aansprakelijkheid bestuurder

De aandeelhouder en bestuurder van CarBon6 is dezelfde vennootschap (555 Hudson). In deze noot stel ik niet aan de orde of 555 Hudson als bestuurder bij het goedkeuringsbesluit een tegenstrijdig belang had en wat daarvan de eventuele gevolgen zijn.

De rechtbank beoordeelt of de (middellijk) bestuurder van CarBon6 wist of redelijkerwijs had behoren te voorzien dat CarBon6 na de uitkering niet zou kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.

De rechtbank constateert dat voor een beoordeling of een uitkering kan worden goedgekeurd in de eerste plaats vereist is dat inzicht in de financiën bestaat. De rechtbank stelt vast dat ten tijde van de uitkering er geen jaarstukken beschikbaar waren. De rechtbank gaat uitvoerig in op de beschikbare financiële gegevens en de mate waarin met voorzienbare noodzakelijke uitgaven rekening is gehouden. Die financiële analyse van de rechtbank is goed te volgen.

De rechtbank komt tot de conclusie dat er voor PMR, als middellijk bestuurder van CarBon6, geen goed inzicht bestond in de cijfers van de onderneming. Wanneer de bestuurder van CarBon6 een goed en volledig beeld zou hebben gehad van de financiële situatie, had zij redelijkerwijs moeten voorzien dat zich liquiditeitsproblemen voor zouden gaan doen. Daarom had de (middellijk) bestuurder van CarBon6 geen goedkeuring aan de uitkering mogen verlenen en is de bestuurder aansprakelijk voor het tekort. Niet betwist is dat het tekort gelijkgesteld kan worden aan het uitgekeerde bedrag.

Ter verdediging heeft PMR gewezen op een aan haar verleende finale kwijting, een vrijwaring en een aan haar verleende decharge. De rechtbank verwerpt deze verweren. Ik ga daar in deze noot niet op in.

Met de constatering van de rechtbank dat PMR in strijd met art. 2:216 BW goedkeuring aan de uitkering door CarBon6 heeft

verleend, heeft de rechtbank kennelijk op de voet van art. 2:11 BW de vordering van Walas c.s. jegens PMR toegewezen.

Verlengde aansprakelijkheid

Een middellijk bestuurder kan alleen op grond van art. 2:11 BW aansprakelijk zijn als vastgesteld is dat de directe bestuurder aansprakelijk is (HR 23 mei 2014, «JIN» 2014/129, *Kok/Maas q.q.*). Dat betekent in dit geval dat PMR alleen aansprakelijk is als vastgesteld is dat 555 Hudson (als bestuurder van CarBon6) aansprakelijk is op grond van art. 2:216 BW. 555 Hudson is niet (als gedaagde) in het geding betrokken om die aansprakelijkheid vast te kunnen stellen. De rechtbank heeft de aansprakelijkheid van 555 Hudson niet vastgesteld en had daarmee PMR niet op grond van art. 2:11 BW aansprakelijk kunnen achten. Walas c.s. hebben zich ook op art. 6:162 BW beroepen, maar aan de beoordeling van die grondslag komt de rechtbank niet toe. De rechtbank zou in deze procedure de aansprakelijkheid van 555 Hudson kunnen afleiden uit de processuele houding van 555 Hudson. 555 Hudson onderschrijft het standpunt van Walas c.s. dat (zij als) de bestuurder van CarBon6 de uitkering niet had mogen goedkeuren. Daarmee heeft 555 Hudson haar eigen aansprakelijkheid op grond van art. 2:216 lid 3 BW aanvaard. Zou de rechtbank de aansprakelijkheid van 555 Hudson als bestuurder hebben vastgesteld, dan is PMR als middellijk bestuurder op grond van art. 2:11 BW hoofdelijk aansprakelijk. Vergelijk het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 22 oktober 2014 («JIN» 2015/59) waar het hof de aansprakelijkheid van de directe bestuurder voldoende kenbaar besloten vond liggen in de stellingen van appellanten. In deze casus kan 555 Hudson de aansprakelijkheid van PMR bewerkstelligen door aansprakelijkheid als bestuurder voor het ten onrechte verlenen van goedkeuring van de uitkering te aanvaarden. PMR heeft bij de verkoop van de aandelen in World of Walas getracht zich tegen die aansprakelijkheid met contractuele afspraken te beschermen, maar zonder succes.

Aansprakelijkheid aandeelhouder

Walas c.s. hebben PMR ook als (middellijk) aandeelhouder van CarBon6 aangesproken. Walas c.s. stellen dat zij in strijd met art. 2:216 BW tot uitkering heeft besloten. De rechtbank overweegt dat met art. 2:216 BW het zwaartepunt is gelegd bij de bestuurder en dat de aandeelhouder slechts gehouden is de wettelijke en statutaire reserves in acht te nemen. Dat daarmee geen rekening gehouden is, is volgens de rechtbank niet door Walas c.s. gesteld. Daarom passeert de rechtbank deze grondslag voor de vordering van Walas c.s. en beoordeelt zij alleen de aansprakelijkheid van PMR als (middellijk) bestuurder van CarBon6. De afwijzing van de aansprakelijkheid van PMR als middellijk aandeelhouder op grond van art. 2:216 BW is terecht, maar niet te baseren op het daarvoor door de rechtbank gegeven argument. Aansprakelijkheid van de aandeelhouder van CarBon6 op grond van art. 2:216 lid 3 BW betekent niet automatisch aansprakelijkheid van PMR. Aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW geldt alleen voor een rechtspersoon als bestuurder en niet voor een rechtspersoon als aandeelhouder. Als 555 Hudson als bestuurder van CarBon6 aansprakelijk is wegens het ten onrechte verlenen van goedkeuring aan de uitkering, is PMR hoofdelijk aansprakelijk op grond van art. 2:11 BW. Bij de aansprakelijkheid van 555 Hudson als aandeelhouder is PMR niet op grond van art. 2:11 BW hoofdelijk aansprakelijk. Walas c.s. kunnen hun vordering jegens PMR als middellijk aandeelhouder niet op art. 2:216 lid 3 jo. 2:11 BW baseren.

Overigens is waarschijnlijk dat 555 Hudson als aandeelhouder van CarBon6 aansprakelijk is op grond van art. 2:216 lid 3 BW. Degene die de uitkering ontvangt, terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, is gehouden tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan. De bestuurder van CarBon6 is ook de aandeelhouder van CarBon6. Als 555 Hudson als bestuurder wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat CarBon6 na de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, dan wist 555 Hudson dat als aandeelhouder van CarBon6 ook.

Ik verwijs daarnaast naar de noot van Quist onder het kortgedingvonnis van december 2012. Hij gaat in zijn noot in op de vraag of de op het oude recht gebaseerde tekst in de statuten van CarBon6 over winstbestemming, na de invoering van de Wet Flex-BV zijn gelding heeft behouden. Quist komt, met goede argumenten, tot de conclusie dat dit het geval is. In de statuten staat dat slechts uitkeringen gedaan kunnen worden voor zover het eigen vermogen groter is dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal (vermeerderd met wettelijke en statutaire reserves). Ook om die reden had de aandeelhouder niet slechts de wettelijke en statutaire reserves in acht te nemen, maar ook het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal.

Walas c.s. hebben gesteld dat de uitkering leidde tot een negatief saldo van de overige reserves. De rechtbank gaat aan die stelling voorbij, omdat deze onvoldoende is geconcretiseerd. Als Walas c.s. bedoeld hebben dat de uitkering tot een negatief eigen vermogen leidde, dan is het uitkeringsbesluit in strijd met de statuten en daarmee nietig. De aandeelhouder zal het uitgekeerde bedrag, als onverschuldigd betaald, hebben terug te betalen. Is het uitkeringsbesluit nietig, dan komt een besluit van de bestuurder tot goedkeuring van de uitkering niet meer aan de orde.

Walas c.s. hebben tweemaal vergoeding van hetzelfde tekort gevorderd: eenmaal van de bestuurder en eenmaal van de aandeelhouder van CarBon6. De rechtbank geeft daarvan aan dat de hoofdsom beperkt dient te blijven tot eenmaal dat bedrag, zij het dat de vordering mogelijk op beide grondslagen beoordeeld zal moeten worden. Dat oordeel is in dit geval juist, omdat bestuurder en aandeelhouder dezelfde zijn. Voor het geval waar bestuurder en aandeelhouder niet dezelfde zijn, wijs ik op het bepaalde in art. 2:216 lid 3 BW waar (kort gezegd) staat dat indien de bestuurder de vordering heeft voldaan, de door de aandeelhouder verschuldigde vergoeding geschiedt aan de bestuurder. In dat geval is sprake van tweemaal een hoofdsom, met twee verschillende partijen die daarop aanspraak hebben.

Reconventie

In (voorwaardelijke) reconventie vordert PMR betaling door Walas c.s. aan haar van het in conventie toegewezen bedrag. Wat de rechtsgrond daarvan is, wordt uit het vonnis niet duidelijk. De rechtbank wijst de reconventionele vordering af. Zij verwijst naar de overwegingen in conventie.

In conventie heeft de rechtbank vastgesteld dat in strijd met art. 2:216 lid 2 BW goedkeuring aan de uitkering door CarBon6 is verleend. De rechtbank heeft op grond daarvan PMR (als middellijk bestuurder) veroordeeld tot betaling van € 250.000,= aan Walas c.s.

De rechtbank overweegt dat niet met zoveel woorden, maar heeft de veroordeling van PMR kennelijk gebaseerd op art. 2:11 BW. Met toepassing van art. 2:11 BW is niet alleen PMR hoofdelijk aansprakelijk, maar ook 555 Hudson (als bestuurder van CarBon6) en de bestuurders van de tussenliggende vennootschappen.

Het kan zijn dat PMR haar (voorwaardelijk) reconventionele vordering heeft gebaseerd op een regresrecht op deze hoofdelijk aansprakelijke partijen. De enkele verwijzing naar de overwegingen in conventie, is voor de afwijzing van de (voorwaardelijk) reconventionele vordering te mager. Op grond van art. 6:10 BW zijn hoofdelijke schuldenaren, ieder voor het gedeelte van de schuld dat hen in de onderlinge verhouding aangaat, verplicht in de schuld bij te dragen. Uit het vonnis valt niet op te maken waarom de rechtbank vindt dat tussenliggende vennootschappen niet in de schuld zouden hoeven bij te dragen.

M.C. Schepel
Steins Bisschop & Schepel

Civiel recht

111
<p>Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/00213 ECLI:NL:HR:2016:663 ECLI:NL:PHR:2015:2413 (mr. Bakels, mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp, mr. Snijders, mr. Polak) (concl. A-G mr. Keus) Noot E.J.H. Zandbergen</p>
<p>Procesrecht. Verjaring/stuiting. Grenzen rechtsstrijd.</p>
<p>De Hoge Raad vernietigt het oordeel van het hof dat de verjaring zou zijn gestuit, nu het hof in strijd met art. 24 Rv de gronden van het verweer heeft aangevuld en daarmee buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden. Verweerster in cassatie had geen beroep op stuiting gedaan.</p>
[Rv art. 24]

Verweerster heeft aan een door eiser bestuurde stichting in 1999 een lening verstrekt met de afspraak dat de eerste tien jaar geen aflossingen zouden plaatsvinden en dat de rente zou worden bijgeschreven. In 2005 zijn door eiser enkele aflossingen op de lening betaald, waarvan de laatste in oktober 2005. In december 2009 vordert verweerster het restant van de lening plus rente op en vervolgens dagvaardt zij eiser en de stichting in maart 2010. Eiser doet een beroep op verjaring omdat verweerster in 2002 zou hebben geweten dat de stichting feitelijk was opgeheven. Verweerster betwist het aanvangsmoment van de verjaringstermijn en stelt dat het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, maar beroept zich niet op stuiting en heeft daar evenmin de feitelijke gronden voor aangedragen. Verweerster heeft wel de betalingen uit 2005 en haar brief uit 2009 in het geding gebracht, maar heeft deze feiten niet aan een stuitingsverweer ten grondslag gelegd. Het hof oordeelt dat met de betalingen in 2005 de vordering is erkend en de verjaring is gestuit, dat verweerster binnen vijf jaar na deze betaling tot dagvaarding is overgegaan en dat de grief van eiser inzake verjaring derhalve faalt. In cassatie grieft eiser tegen dit oordeel omdat het hof zich aan een verboden ambtshalve aanvulling van een verweer en de daarvoor benodigde feitelijke grondslag schuldig heeft gemaakt en het hof daarmee art. 24 Rv heeft geschonden en buiten het rechtsdebat is getreden. De Hoge Raad oordeelt dat deze klacht slaagt. Vaste rechtspraak is dat het de rechter niet vrijstaat zijn beslissing te baseren op rechtsgronden of verweren die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd. Daardoor wordt de wederpartij immers tekortgedaan in haar recht zich daartegen naar behoren te kunnen verdedigen (HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5663, NJ 2006/158).

[Eiser],
wonende te [woonplaats],
eiser tot cassatie,
advocaat: mr. S. Kousedghi,
tegen