

Onbehoorlijk bestuur. Is een beroep op art. 6:89 BW mogelijk ten aanzien van een vordering uit hoofde van art. 2:9 en art. 6:162 BW? (X/Wagemakers q...

Rb. Zeeland-West-Brabant 14-09-2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5790

Instantie	Rechtbank Zeeland-West-Brabant
Datum	14 september 2016
Magistraten	Mrs. P.W.A. van Geloven, R. Combee, M.M. van 't Nedereind
Zaaknummer	C/02/275437 / HA ZA 14/30
Folio weergave	Download gedrukte versie (PDF)
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht Insolventierecht / Faillissement
Brondocumenten	ECLI:NL:RBZWB:2016:7214, Uitspraak, Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 16-11-2016; ECLI:NL:RBZWB:2016:5790, Uitspraak, Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 14-09-2016;
Wetgeving	Art. 2:9, 2:138, 3:310, 3:317, 6:89, 6:162 BW

Essentie

Klachtplicht. Onbehoorlijk bestuur. Onrechtmatige daad. Verjaring.

Is een beroep op art. 6:89 BW mogelijk ten aanzien van een vordering uit hoofde van art. 2:9 en art. 6:162 BW? Zijn de vorderingen op grond van art. 2:138, 2:9 en 6:162 BW verjaard?

Samenvatting

N.V. Ebcon Holding (hierna: Ebcon Holding) en haar dochtermaatschappij N.V. Ebcon Networks (hierna: Ebcon Networks) hielden zich bezig met de handel in componenten voor de telecom-infrastructuur. Eiser 1 en eiser 2 (hierna gezamenlijk: bestuurders) waren bestuurders van Ebcon Holding. Ebcon Holding en Ebcon Networks zijn op 10 juli 2001 failliet zijn verklaard. De (geconsolideerde) jaarrekening van Ebcon Holding over 1997 is op 12 februari 1999 gedeponereerd. Die over 1998 is op 20 juli 2000 gepubliceerd. In het eerste faillissementsverslag van 3 augustus 2001 heeft de (eerste) curator vermeld dat de jaarstukken over 1998 te laat zijn gepubliceerd en de jaarstukken over 1999 voorwaardelijk zijn gepubliceerd. Voorts werd vermeld dat er een onderzoek werd ingesteld naar de (on)behoorlijke taakvervulling en aansprakelijkheid van de bestuurders. Bij brief van 23 maart 2006 heeft de (eerste) curator aan bestuurders bericht dat hij nog niet uitsloot dat hij een vordering terzake van

bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:138 BW zal instellen tegen voormalige bestuurders, beleidsbepalers en/of commissaris omdat aanwijzingen bestonden van onbehoorlijke taakvervulling binnen die vennootschappen. De curator deed daarbij uitdrukkelijk beroep op stuiting van verjaring van eventueel in te stellen rechtsvorderingen tot schadevergoeding voor het tekort van de boedel, zoals bedoeld in art. 2:138 BW. Bij brief van 3 februari 2010 heeft de curator aan bestuurders bericht dat vooralsnog de indruk bestond dat er alle aanleiding en ook voldoende mogelijkheden waren om de bestuurders uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid en/of toerekenbaar onrechtmatig handelen in rechte aan te spreken. Bij brief van 25 september 2013 heeft de curator aan bestuurders bericht dat hij tot de slotsom was gekomen dat de vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid zich uitsluitend tot hen zou dienen te richten. Op 16 december 2013 hebben bestuurders de curator gedagvaard en gevorderd dat van recht wordt verklaard dat de brieven van de curator van 23 maart 2006 en 3 februari 2010 geen stuitende werking hebben gehad, de primaire vordering van de curator jegens hen op grond van art. 2:138 BW is verjaard en de subsidiaire en meer subsidiaire vorderingen op grond van art. 2:9 en 6:162 BW zijn vervallen ingevolge art. 6:89 BW, althans zijn verjaard.

Rb.: In het geval een vordering op onrechtmatige daad is gegrond hangt het af van de feitelijke grondslag die de schuldeiser aan deze vordering ten grondslag legt of art. 6:89 BW van toepassing is. Indien de feitelijke grondslag is dat de schuldenaar een prestatie op grond van een verbintenis, uit overeenkomst of uit andere bron, niet deugdelijk is nagekomen, is art. 6:89 BW van toepassing. Indien de feitelijke grondslag is dat de schuldenaar de op een ieder rustende rechtsplicht heeft geschonden zich jegens derden te onthouden van onrechtmatige gedragingen als bedoeld in art. 6:162 BW, is art. 6:89 BW niet van toepassing. De verplichting tot het naleven van genoemde rechtsplicht vindt niet zijn grondslag in enige verbintenis tussen schuldenaar en schuldeiser, uit welke bron dan ook. Pas door schending van een dergelijke rechtsplicht ontstaat een verbintenis, namelijk de verbintenis tot het betalen van schadevergoeding. De bron van die verbintenis is de wet, art. 6:162 BW. Aan de vordering van de curator uit hoofde van onrechtmatige daad ligt niet feitelijk ten grondslag dat een prestatie van de bestuurders die uit een verbintenis voortvloeit gebrekkig is. De vordering is feitelijk gegrond op schending van voormelde rechtsplicht. Art. 6:89 BW is in dit geval niet van toepassing.

Ook in het geval een vordering op onbehoorlijk bestuur (art. 2:9 BW) is gegrond hangt het af van de feitelijke grondslag die de schuldeiser aan deze vordering ten grondslag legt of art. 6:89 BW van toepassing is. Art. 2:9 lid 1 BW houdt een norm in voor het handelen van een bestuurder van een rechtspersoon, te weten de gehoudenheid tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Art. 2:9 BW is op zichzelf geen bron van een verbintenis tussen bestuurder en rechtspersoon tot het verrichten van een concrete prestatie. Wanneer de schuldeiser aan de vordering op grond van art. 2:9 BW feitelijk ten grondslag legt dat de bestuurder voormelde norm heeft geschonden en dat hem daarvan een ernstig verwijt is te maken, ligt aan de vordering niet feitelijk ten grondslag dat een prestatie van de bestuurder die uit een verbintenis voortvloeit gebrekkig is. De vordering is dan feitelijk gegrond op schending van voormelde op de bestuurder rustende rechtsplicht. Art. 6:89 BW is in dit geval niet van toepassing.

Wat van de bestuurder in het kader van zijn taakvervulling wordt gevegd wordt echter niet alleen bepaald door wat een redelijk denkend bestuurder in gelijke omstandigheden zou doen. Ook de (arbeids)overeenkomst tussen bestuurder en rechtspersoon kan in dit kader relevant zijn. Deze overeenkomst kan een bron van verbintenissen zijn die een bestuurder tot bepaalde concrete prestaties verplicht. Wanneer een schuldeiser aan de op art. 2:9 BW gegronde vordering feitelijk ten grondslag legt dat de bestuurder een dergelijke concrete prestatie niet deugdelijk is nagekomen, is art. 6:89 BW wel van toepassing. De curator beroept zich feitelijk op schending door bestuurders van de met art. 2:9 BW

tot een bestuurder van een rechtspersoon gerichte norm, zonder zich daarbij tevens feitelijk erop te beroepen dat bestuurders een verbintenis die tot een concrete prestatie verplichtte niet deugdelijk c.q. gebrekkig, zijn nagekomen. Art. 6:89 BW is daarom in dit geval niet van toepassing.

Met de brief van 23 maart 2006 heeft de curator een stuitingshandeling als bedoeld in art. 3:317 lid 1 BW verricht. Nu met de brief van 23 maart 2006 binnen vijf jaren na de datum van het faillissement, 10 juli 2001, een stuitingshandeling is verricht, kan een beoordeling van het aanvangstijdstip van de verjaringstermijn achterwege blijven. De verjaringstermijn van een vordering op grond van art. 2:138 BW vangt niet voor de datum van het faillissement aan. Met de brief van 3 februari 2010 is de verjaringstermijn van de vordering op grond van art. 2:138 BW opnieuw gestuit. De periode tot de dagvaarding is vervolgens minder dan vijf jaren. De slotsom is dat de vordering op grond van art. 2:138 BW niet is verjaard. Resteert nog de vraag of de verjaringstermijn van de vorderingen op grond van art. 6:162 BW en 2:9 BW met de brief van 3 februari 2010 tijdig is gestuit. Bestuurders hebben geen feiten en omstandigheden aangevoerd die tot het oordeel kunnen leiden dat de curator al voor 3 februari 2005, zijnde vijf jaren voor de brief van 3 februari 2010, daadwerkelijk in staat was een rechtsvordering op grond van onrechtmatige daad jegens hen in te stellen. Hier prevaleert dan het belang van de curator om niet zodanig in tijd te worden beperkt in de mogelijkheid schadevergoeding te kunnen krijgen dat hem daardoor op onredelijke wijze een mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen wordt ontnomen. De slotsom is dat de vorderingen op grond van art. 6:162 BW en 2:9 BW niet zijn verjaard.

Verwant oordeel

Zie ook:

- HR 12 december 2014, RAV 2015/27, RvdW 2015/66 (*Far Trading/Edco Eindhoven*);
- HR 8 februari 2013, RAV 2013/42, RCR 2013/32, NJ 2014/497, JOR 2013/106, m.nt. Van der Wiel (*Van de Steeg c.s./Rabobank*);
- HR 8 februari 2013, RCR 2013/33 (*Van Lanschot/Grove c.s.*);
- HR 8 februari 2013, RCR 2013/34 (*Kramer/Van Lanschot Bankiers*);
- HR 25 maart 2011, RCR 2011/42, NJ 2013/5 (*Ploum/Smeets II*);
- HR 8 oktober 2010, RAV 2011/3, NJ 2010/545 (*Tan e.a./Forward Business Parks 2000 N.V. e.a.*);
- HR 11 juni 2010, RCR 2010/59, NJ 2010/331 (*Kortenhorst/Van Lanschot*);
- HR 23 november 2007, RvdW 2007/996, NJ 2008/552 (*Ploum/Smeets I*);
- HR 29 juni 2007, NJ 2008/605 (*Amsing/Dijkstra-Post Beheer*);
- HR 29 juni 2007, RAV 2007/26, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*);
- HR 21 april 2006, NJ 2006/272 (*Inno/Gemeente Sluis*);
- Rb. Den Haag 20 april 2011, NJF 2011/22;
- Rb. Zeeland-West-Brabant 5 september 2016, RO 2016/68 (*Ebcon*);
- Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, RO 2015/39, JOR 2015/94, m.nt. De Haan;
- J.B. Huizink, 'Klachtplicht', *Tvl* 2013/37;
- T.S. Jansen, 'Rechtsverwerking naar omstandigheden: art. 6:89 BW', *TOP* 2013/5, p. 167-172;
- *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I** 2012/6.

Zie anders:

- Rb. Amsterdam 11 november 2009, *RO* 2010/4, *JOR* 2010/123, m.nt. Borrius;
- Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, *RO* 2015/20;
- Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *RO* 2013/65, *JOR* 2013/237, m.nt. U.B. Verboom (*Landis*);
- A.J. Rijsterborgh en Z.D. Veldhoen, 'De onwenselijkheid van de toepassing van de klachtplicht uit art. 6:89 BW op vorderingen ex art. 2:9 BW: een dogmatisch en praktisch perspectief', *MvV* 2015, p. 99-105;
- E.A.L. van Emden en M. de Haan, 'Klachtplicht ook bij (zuivere) onrechtmatige daad?', *AV&S* 2013/11;
- *GS Verbintenissenrecht*, 32.7 Onrechtmatige daad bij: Burgerlijk Wetboek Boek 6, Artikel 89.

Wenk

In de onderhavige procedure staan de vorderingen van de curator van Ebcon Holding en Ebcon Networks tegenover de (voormalig) bestuurders op grond van art. 2:9, 2:138 en 6:162 BW centraal. Zowel de toepasselijkheid van de klachtplicht (art. 6:89 BW) op de vorderingen ex art. 2:9 en 6:162 BW, als de verjaring van de vorderingen gestoeld op art. 2:9, 2:138 en 6:162 BW zijn interessante aspecten van deze uitspraak. In deze wenk wordt evenwel alleen aandacht besteed aan de toepasselijkheid van de klachtplicht op de vordering uit hoofde van art. 2:9 BW.

Uit de beschikbare jurisprudentie valt af te leiden dat er in procedures waarin een bestuurder aansprakelijk werd gehouden op grond van art. 2:9 BW nog niet vaak een beroep is gedaan op art. 6:89 BW. De jurisprudentie en literatuur hierover is vrij schaars. Dit terwijl in dergelijke gevallen, waarin hoofdelijke aansprakelijkheid van de aangesproken bestuurder dreigt, een (succesvol) beroep op art. 6:89 BW met het daaraan verbonden vergaande rechtsgevolg van verval van alle rechten en bevoegdheden de moeite waard lijkt. De hamvraag is evenwel of art. 6:89 BW van toepassing is op vorderingen uit hoofde van art. 2:9 BW. Hierover is de jurisprudentie verdeeld.

De Rechtbank Midden-Nederland overwoog in haar uitspraak in de *Landis*-procedure van 19 juni 2013 dat de klachtplicht van art. 6:89 BW van toepassing is op alle verbintenissen (vgl. o.a. HR 8 februari 2013, *NJ* 2014/497 (*Van de Steeg c.s./Rabobank*)). Zij concludeerde vervolgens dat hieruit volgt dat de klachtplicht van art. 6:89 BW ook van toepassing is in het geval van een beroep op onbehoorlijke taakvervulling zoals bedoeld in art. 2:9 BW. Evenwel mocht het beroep op art. 6:89 BW de aangesproken bestuurders en commissarissen in de *Landis*-procedure niet baten. De rechtbank kwam tot de conclusie dat de klacht binnen bekwame termijn ter kennis van de bestuurders en commissarissen was gebracht en zij voorts niet hadden weersproken dat zij door de gehanteerde klachttermijn geen nadeel hadden geleden.

Ook in haar uitspraak van 3 december 2014 kwam de Rechtbank Midden-Nederland tot de conclusie dat de klachtplicht van art. 6:89 BW van toepassing is op vorderingen uit hoofde van art. 2:9 BW, zij het met een iets uitgebreidere motivering. Zij overwoog daartoe dat de vordering uit hoofde van art. 2:9 BW is gegrond in de verbintenis tussen de bestuurders en de vennootschap en dat uit die verbintenis voortvloeit dat het bestuur van de vennootschap aan de bestuurders is opgedragen en tevens dat zij gehouden zijn deze taak behoorlijk te vervullen.

De Rechtbank Zeeland-West-Brabant is evenwel al twee maal tot het oordeel gekomen dat art. 6:89 BW niet van toepassing is op vorderingen uit hoofde van art. 2:9 BW, waaronder in de onderhavige uitspraak. In haar eerdere uitspraak van 5 november 2014 (*RO* 2015/39) oordeelde zij kort samengevat dat art. 2:9 BW slechts een norm inhoudt voor het handelen van de bestuurder bij de vervulling van de

hem opgedragen taak en geen verbintenis en dat eerst door schending van deze norm een (schadevergoedings)verbintenis ontstaat, zodat art. 6:89 BW niet op een vordering uit hoofde van art. 2:9 BW van toepassing is.

In de onderhavige uitspraak brengt de Rechtbank Zeeland-West-Brabant een nuancering aan op haar eerdere oordeel. Deze nuancering lijkt geïnspireerd op hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen ten aanzien van de toepasselijkheid van art. 6:89 BW op vorderingen uit hoofde van onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW, namelijk dat het afhangt van de feitelijke grondslag die de schuldeiser aan zijn vordering ten grondslag legt of art. 6:89 BW van toepassing is (vgl. HR 8 februari 2013, *NJ 2014/497 (Van de Steeg c.s./Rabobank)*, HR 23 november 2007, *NJ 2008/552 (Ploum/Smeets I)* en HR 21 april 2006, *NJ 2006/272 (Inno/Gemeente Sluis)*). Overigens kwam de Rechtbank Zeeland-West-Brabant op basis hiervan eerder in de onderhavige uitspraak tot het oordeel dat aan de vordering van de curator uit hoofde van onrechtmatige daad niet feitelijk ten grondslag ligt dat een prestatie van de aangesproken bestuurders die uit een verbintenis voortvloeit gebrekkig is en 6:89 BW dus niet van toepassing is (vgl. r.o. 3.5.4).

De rechtbank overweegt dat de toepasselijkheid van art. 6:89 BW op vorderingen uit hoofde van art. 2:9 BW (ook) afhangt van de feitelijke grondslag die de schuldeiser aan zijn vordering uit hoofde van onbehoorlijk bestuur ex art. 2:9 BW ten grondslag legt. Art. 2:9 (lid 1) BW houdt immers een norm in voor het handelen van een bestuurder van de rechtspersoon en is op zichzelf geen bron van een verbintenis tussen bestuurder en een rechtspersoon tot het verrichten van een concrete prestatie. Wordt aan de art. 2:9 BW vordering feitelijk ten grondslag gelegd dat de bestuurder in kwestie de norm van behoorlijk bestuur heeft geschonden, ligt daaraan niet ten grondslag dat een prestatie van de bestuurder die uit een verbintenis voortvloeit gebrekkig is en art. 6:89 BW is dan ook niet van toepassing, aldus de rechtbank. Maar wat zou feitelijk aan een art. 2:9 BW vordering ten grondslag kunnen worden gelegd, anders dan (schending van) de in dat artikel neergelegde norm van behoorlijk bestuur? Met andere woorden: op welke art. 2:9 BW vorderingen is art. 6:89 BW dan wél van toepassing? De rechtbank overweegt dienaangaande dat de (arbeids)overeenkomst tussen bestuurder en rechtspersoon in dit kader relevant zijn. Uit deze (arbeids)overeenkomst kunnen namelijk verbintenissen voortvloeien die een bestuurder tot bepaalde concrete prestaties verplicht, aldus de rechtbank (vgl. overigens voor de kwalificatie van de rechtsbetrekking tussen bestuurder en vennootschap als een tweeledige verhouding – de lidmaatschapsverhouding en de contractuele verhouding – de noot van De Haan bij Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, *JOR 2015/94* en het onder 'Zie anders' het vermelde artikel van Rijsterborgh en Veldhoen). Wanneer een schuldeiser aan de op art. 2:9 BW gegronde vordering feitelijk ten grondslag legt dat de bestuurder een dergelijke concrete, uit de (arbeids)overeenkomst voortvloeiende, prestatie niet deugdelijk is nagekomen, is art. 6:89 BW dus wel van toepassing volgens de rechtbank.

De rechtbank overweegt dat de bestuurder zowel in een contractuele, als een vennootschapsrechtelijke verhouding tot de vennootschap staat. De vraag is evenwel of de op dit onderscheid voortbouwende conclusie van de rechtbank juist is, namelijk dat art. 6:89 wél van toepassing is op vorderingen uit hoofde van art. 2:9 BW waaraan de contractuele verhouding feitelijk ten grondslag is gelegd, maar niet op vorderingen uit hoofde van art. 2:9 BW waaraan enkel een onbehoorlijke taakuitoefening ten grondslag wordt gelegd.

Voormeld onderscheid is niet bepalend voor de beoordeling of de klachtplicht van art. 6:89 BW van toepassing is op vorderingen uit hoofde van art. 2:9 BW. Het is (dogmatisch) juister om de klachtplicht van art. 6:89 BW van toepassing te achten op 'alle' art. 2:9 BW vorderingen, ongeacht wat feitelijk aan de vordering ex art. 2:9 BW ten grondslag is gelegd. Uit het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest van de

Hoge Raad volgt immers dat art. 6:89 BW van toepassing is op alle verbintenissen (vgl. HR 8 februari 2013, *NJ* 2014/497, r.o. 4.2.1). Onder verbintenis moet worden verstaan een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens gene tot die prestatie verplicht is (zie *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1** 2012/6). Voor hetgeen als een vermogensrechtelijke betrekking kan worden aangemerkt, is art. 3:6 BW van belang. In dat artikel is bepaald dat vermogensrechten rechten zijn die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel. Art. 3:6 BW geeft derhalve een vrij ruime omschrijving van het begrip vermogensrecht, welke omschrijving bovendien geen uitputtende opsomming geeft van vermogensrechten. Mede gelet hierop kan worden betoogd dat de betrekking tussen de bestuurder en de vennootschap ex art. 2:9 BW als een vermogensrechtelijke betrekking, en derhalve als een verbintenis, te gelden heeft (vgl. Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, *RO* 2015/39). Op grond van deze verbintenis is de bestuurder immers verplicht tot het leveren van een bepaalde prestatie, te weten het (behoorlijk) besturen van de vennootschap waar hij overigens doorgaans voor bezoldigd wordt, en is de vennootschap gerechtigd tot deze prestatie. Nu de aanwezigheid van een verbintenis verondersteld kan worden, kan art. 6:89 BW dan ook van toepassing worden geacht op de (gebrekkige) uitvoering van deze verbintenis. In die zin komen mij de door de Rechtbank Midden-Nederland gegeven oordelen dan ook correcter voor dan de door de Rechtbank Zeeland-West-Brabant gegeven oordelen. Bovendien volgt uit het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest van de Hoge Raad dat uit beleggingsadviesrelaties voortvloeiende verbintenissen onder de werking van art. 6:89 BW vallen, terwijl lastig valt te betogen dat het recht van de cliënt op nakoming van de zorgplicht van de bank een subjectief vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW is, reeds omdat dit nakomingsrecht zich niet als 'goed' laat kwalificeren (HR 8 februari 2013, *NJ* 2014/497, en het artikel van T.S. Jansen, *TOP* 2013/5). Ondanks dat een met een verbintenis verband houdend subjectief vermogensrecht dus ontbrak, heeft de Hoge Raad de bancaire zorgplicht per analogiam binnen de werkingssfeer van art. 6:89 BW gebracht. De aanwezigheid van een subjectief vermogensrecht lijkt derhalve niet altijd doorslaggevend voor de Hoge Raad om een verbintenis in de zin van Titel 1 (Verbintenissen in het algemeen) van Boek 6 BW aan te nemen, waarop art. 6:89 BW van toepassing is. Ook hierom zou, indien de aanwezigheid van een subjectief vermogensrecht niet zou kunnen worden verondersteld, art. 6:89 BW van toepassing kunnen worden geacht op 'alle' vorderingen uit hoofde van art. 2:9 BW.

Het lijkt derhalve wachten op het moment dat de Hoge Raad zich buigt over de vraag of art. 6:89 BW van toepassing is op vorderingen uit hoofde van art. 2:9 BW. Tot dan luidt het devies in zaken waarin een vordering uit hoofde van art. 2:9 BW voorligt en een reëel beroep op art. 6:89 BW mogelijk is: baat het niet, dan schaadt het niet, zeker gelet op de voorliggende hoofdelijke aansprakelijkheid van de aangesproken bestuurder en het vergaande rechtsgevolg van een (succesvol) beroep op art. 6:89 BW van verval van alle rechten en bevoegdheden.

(*Arnout Schennink*)

Partij(en)

1. Eiser 1,
2. Eiser 2, eisers in conventie in de hoofdzaak, verweerders in reconventie in de hoofdzaak, eisers in het incident, adv. mr. J.M.K.P. Cornegoor,

tegen

Mr. drs. Wagemakers, in hoedanigheid van curator in het faillissement van NV Ebcon Holdingen NV Ebcon Networks, gedaagde in conventie in de hoofdzaak, eiser in reconventie in de hoofdzaak, verweerder in het incident, hierna: de curator, adv. mr. drs. E.C.M. Wagemakers.

Uitspraak

Rechtbank, locatie Breda:

I. De procedure

1.1

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het vonnis in incident van 22 juli 2015 en de daarin genoemde stukken
- de conclusie van dupliek in conventie, met producties
- de akte tot wijziging en vermeerdering van eis in reconventie
- het extract uit het audiëntieblad van de rolbehandeling van 21 oktober 2015, waarin is vermeld de beslissing om het verzoek om pleidooi in conventie van eiser 1 en eiser 2 af te wijzen
- de akte uitlating producties in conventie, tevens antwoordakte wijziging eis in reconventie, met producties
- de antwoordakte in conventie

1.2

Ten slotte is vonnis bepaald in het geding in conventie.

1.3

In reconventie ligt uitsluitend de beslissing in verband met de akte tot wijziging en vermeerdering van eis in reconventie voor.

2. Het geschil

In conventie

2.1

Eiser 1 en eiser 2 vorderen, na wijziging van eis, bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad,

- (a) te verklaren voor recht dat de brief van de curator van 23 maart 2006 geen stuitende werking terzake van enige vordering heeft gehad;
- (b) te verklaren voor recht dat de brief van de curator van 3 februari 2010 geen stuitende werking terzake van enige vordering heeft gehad, althans dat die geen stuitende werking heeft gehad met betrekking tot vorderingen die zijn gebaseerd op de stellingen zoals opgenomen in randnummers 17 tot en met 24 CvA/E;
- (c) te verklaren voor recht dat vorderingen van de curator op eisers in conventie in hun hoedanigheid van voormalig bestuurders van N.V. Ebcon Holding in verband met het

- beweerdelijk te laat deponeren van de jaarrekeningen van die vennootschap zijn verjaard;
- (d) te verklaren voor recht dat vorderingen van de curator op eisers in conventie in hun hoedanigheid van voormalig bestuurders van N.V. Ebcon Holding en/of in hun hoedanigheid van voormalig indirect bestuurders van N.V. Ebcon Networks in verband met het beweerdelijk niet nakomen van verplichtingen uit hoofde van art. 2:10 BW door die vennootschappen zijn verjaard;
 - (e) te verklaren voor recht dat vorderingen van de curator op eisers in conventie in hun hoedanigheid van voormalig bestuurders van N.V. Ebcon Holding en/of hun hoedanigheid van voormalig indirect bestuurders van N.V. Ebcon Networks op basis van de stellingen zoals opgenomen in randnummers 17 tot en met 24 CvA/E zijn verjaard;
 - (f) te verklaren voor recht dat alle vorderingen op eisers in hun hoedanigheid van voormalig bestuurders van N.V. Ebcon Holding en/of in hun hoedanigheid van voormalig indirect bestuurders van N.V. Ebcon Networks op basis van art. 6:162 BW zijn vervallen ingevolge art. 6:89 BW;
 - (g) te verklaren voor recht dat de stellingen van de curator in randnummers 18.1, 23 en 24 CVA/E – voor wat randnummer 24 CvA betreft voor zover die stellingen zien op facturen die niet zijn gericht aan N.V. Ebcon Holding – geen vordering op eisers in conventie opleveren die door de curator ingesteld kan worden;
- met veroordeling van de curator in de proceskosten, vermeerderd met wettelijke rente.

In reconventie

2.2

De curator vordert, na wijziging en vermeerdering van eis, bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

Primair:

1. te verklaren voor recht dat het bestuur van Ebcon Holding en/of Ebcon Networks (in de periode voor 10 juli 2010) niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit art. 2:10 BW en/of 2:394 BW en daarom zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Ebcon Holding en/of Ebcon Networks, alsmede te verklaren voor recht dat eiser 1 en eiser 2 op de voet van art. 2:138 lid 2 BW jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het bedrag van de schulden van Ebcon Holding en/of Ebcon Networks, voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan;

althans te verklaren voor recht dat het bestuur van Ebcon Holding en/of Ebcon Networks (in de periode voor 10 juli 2010) zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, op de wijze als vermeld in de conclusie van eis in reconventie en dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Ebcon Holding en/of Ebcon Networks, alsmede te verklaren voor recht dat eiser 1 en eiser 2 op de voet van art. 2:138 lid 1 BW jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het bedrag van de schulden van Ebcon Holding en/of Ebcon Networks, voor zover deze niet door de vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan;

2. eiser 1 en eiser 2 hoofdelijk te veroordelen, des dat de ene betaalt, de andere is bevrijd, tot betaling aan eiser q.q. van een bedrag van € 49.600.000, zijnde het tot op heden bekende tekort in het faillissement van N.V. Ebcon Holding / N.V. Ebcon Networks, voor zover dit tekort niet door vereffening van de overige baten uit de boedel van de gefailleerde vennootschap kan

worden voldaan, vermeerderd met de wettelijke (handels)rente vanaf de faillissementsdatum, althans vanaf de datum van indiening van deze vordering in reconventie, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen datum tot aan de dag der algehele voldoening, alsmede te veroordelen tot betaling van het na heden nog blijvende tekort in voormeld faillissement, een en ander op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, vermeerderd met de wettelijke (handels)rente vanaf de faillissementsdatum, althans vanaf de datum van indiening van deze vordering in reconventie, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen datum tot aan de dag der algehele voldoening,

Subsidiar:

1. te verklaren voor recht dat eiser 1 en eiser 2 als directeur van N.V. Ebcon holding toerekenbaar tekort zijn geschoten in nakoming van de op hen drukkende verplichting ex art. 2:9 BW, een en ander gelet op de feiten en omstandigheden zoals in eis in reconventie aangeduid onder 15.8 en nader uitgewerkt onder punt 16 tot en met 24.
2. eiser sub 1 en eiser 2 hoofdelijk te veroordelen, des dat de ene betaalt, de andere is bevrijd, tot betaling aan eiser q.q. van een bedrag van € 49.600.000, zijnde het tot op heden bekende tekort in het faillissement van N.V. Ebcon Holding / N.V. Ebcon Networks, voor zover dit tekort niet door vereffening van de overige baten uit de boedel van de gefailleerde vennootschap kan worden voldaan, vermeerderd met de wettelijke (handels)rente vanaf de faillissementsdatum, althans vanaf de datum van indiening van deze vordering in reconventie, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen datum tot aan de dag der algehele voldoening, althans te veroordelen tot betaling c.q. vergoeding van de schade die N.V. Ebcon Holding als gevolg van voormelde toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen ex art. 2:9 BW lijdt c.q. heeft geleden, welke schadevergoeding opgemaakt zal worden bij staat en te vereffenen volgens de wet, vermeerderd met de wettelijke (handels)rente vanaf de faillissementsdatum, althans vanaf de datum van indiening van deze vordering in reconventie, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen datum tot aan de dag der algehele voldoening.

Meer subsidiar:

1. te verklaren voor recht dat eiser 1 en eiser 2 als directeuren van N.V. Ebcon Holding toerekenbaar onrechtmatig hebben gehandeld (jegens Ebcon Holding) terzake van het uitvoeren van rechtshandelingen en betalingen zoals omschreven onder punt 23 alsmede 27 in reconventie;
2. eiser 1 en eiser 2 hoofdelijk, althans afzonderlijk, althans gezamenlijk te veroordelen, des dat de ene betaalt de ander is bevrijd, te betalen aan eiser een bedrag van f 27.420.000, althans f 9.728.785, althans f 7.694.518, althans de tegenwaarde in euro's, althans een door de rechtbank in goede justitie te betalen bedrag, althans te veroordelen tot betaling c.q. vergoeding van de schade die N.V. Ebcon Holding, als gevolg van voormeld toerekenbaar onrechtmatig handelen lijdt c.q. heeft geleden, welke schadevergoeding opgemaakt zal worden bij staat en te vereffenen volgens de Wet, vermeerderd met de wettelijke (handels)rente vanaf het tijdstip waarop de desbetreffende bedragen zijn betaald, althans vanaf de datum van het faillissement, althans vanaf de datum van indiening van deze vordering in reconventie, althans vanaf een door de rechtbank in goede justitie te bepalen datum, tot aan de dag der algehele voldoening.
3. te verklaren voor recht dat eiser 1 en eiser 2 als bestuurders van N.V. Ebcon Holding en indirect bestuurders van N.V. Ebcon Networks toerekenbaar onrechtmatig hebben gehandeld jegens N.V. Ebcon Holding en/of N.V. Ebcon Networks terzake van de uitgevoerde betalingen

hiervoor omschreven onder 24 en 28 in reconventie.

4. eiser 1 en eiser 2 hoofdelijk, althans afzonderlijk, althans gezamenlijk te veroordelen, des dat de ene betaalt de ander is bevrijd, tot betaling aan eiser van

—

een bedrag van GBP 400.000, althans de tegenwaarde in euro's, vermeerderd met wettelijke handelsrente vanaf het tijdstip van betaling, zijnde 10 juni 1999, althans vanaf het faillissement, althans vanaf het tijdstip van indiening van deze vordering in reconventie althans vanaf een door de rechtbank in goede justitie te betalen datum, tot aan de dag der algehele voldoening;

—

een bedrag van f 839.883,55, althans de tegenwaarde in euro's, vermeerderd met wettelijke rente, vanaf het tijdstip van betaling van de bedragen, een en ander zoals blijkende uit de laatste pagina van het rapport van Kroll Associates, overgelegd als productie 43, althans vanaf de datum van het faillissement, althans vanaf het tijdstip van indiening van de hier aan de orde zijnde vordering in reconventie, althans vanaf een door de rechtbank in goede justitie te bepalen datum tot aan het tijdstip van algehele voldoening.

—

een bedrag van f 1.150.500, althans de tegenwaarde in euro's, vermeerderd met de wettelijke handelsrente vanaf de datum van het faillissement, althans vanaf het tijdstip van indiening van deze vordering in reconventie, althans vanaf een door de rechtbank in goede justitie te bepalen datum tot aan het tijdstip van algehele voldoening.

5. eiser 1 en eiser 2 te veroordelen hoofdelijk, althans afzonderlijk, althans gezamenlijk, des dat de ene betaalt de ander is bevrijd, in de kosten van dit geding.

3. De beoordeling

3.1

De rechtbank stelt tussen partijen in dit geding de volgende feiten vast.

3.1.1

Per 30 oktober 1998 is B.V. Ebcon Holding activiteiten gaan verrichten, bestaande uit de handel in componenten voor de telecom-infrastructuur. Bestuurders van deze vennootschap waren vanaf dat moment eiser 1 en eiser 2, per 1 april 1999 aangevuld met Y als bestuursvoorzitter.

3.1.2

Per 31 mei 1999 zijn de rechtsvorm en naam van B.V. Ebcon Holding gewijzigd naar N.V. Ebcon Holding. Het bestuur van die vennootschap bestond tot 16 maart 2000 uit eiser 1, eiser 2 en bestuursvoorzitter. Vanaf 16 maart 2000 bestond het bestuur uit eiser 1, eiser 2, bestuurslid 1, bestuurslid 2 en bestuurslid 3.

3.1.3

N.V. Ebcon Holding stond aan het hoofd van een groep vennootschappen. Zij was bestuurder van onder meer N.V. Ebcon Components, die zich bezig hield met handelsactiviteiten en – tot 21 juni 2000 – van N.V. Ebcon Networks, die zich bezig hield met ontwikkelingsactiviteiten. Die vennootschappen waren – op enkele uitzonderingen na – op hun beurt weer (indirect) bestuurder van meerdere

vennootschappen. De achtergrond van deze structuur was de beoogde groei van activiteiten als gevolg van de sterke ontwikkeling die de telecommarkt in 1998 en 1999 doormaakte. De beoogde activiteiten betroffen naast de handel in componenten voor de telecom-infrastructuur ook de aanleg en het beheer van buizenstelsels in Europa ten behoeve van glasvezelkabels.

3.1.4

Op 7 oktober 1999 heeft N.V. Ebcon Holding een overeenkomst met KPN Qwest gesloten waarbij N.V. Ebcon Holding op zich heeft genomen een buizenstelsel in verschillende landen in Europa aan te leggen. De door KPN Qwest te betalen prijs bedroeg (omgerekend) € 131.000.000. De Deutsche Bank heeft ten gunste van KPN Qwest een bankgarantie afgegeven voor een bedrag van € 90.000.000, welk bedrag op een geblokkeerde rekening van die bank is geplaatst. Een bedrag van € 41.000.000 is door KPN Qwest direct ter beschikking van N.V. Ebcon Holding gesteld.

3.1.5

N.V. Ebcon Materials en Muller Travaux Publics et BESIX S.A. (Muller) hebben in december 1998 een samenwerkingsovereenkomst gesloten ten behoeve van de door Muller in het kader van de overeenkomst tussen N.V. Ebcon Holding en KPN Qwest aan te leggen buizen. In de overeenkomst tussen N.V. Ebcon Materials en Muller is opgenomen dat in de door Muller te betalen prijs voor materialen een provisie is opgenomen. De totale provisie bedraagt f 45.700.000 waarvan 40% in N.V. Ebcon Holding is terecht gekomen en 60% (f 27.420.000) niet. Concrete betalingen aan derden betreffen een bedrag van in totaal f 9.728.785. Bij overeenkomst van onbekende datum tussen Ripal B.V. en N.V. Ebcon Holding heeft N.V. Ebcon Holding afstand gedaan van een vordering ten bedrage van f 7.694.518 op Ripal B.V., waar tegenover Ripal B.V. afstand heeft gedaan van haar rechten uit hoofde van twee overeenkomsten inzake profit-sharing met betrekking tot 'het project Frankrijk'.

3.1.6

In een rapport van Kroll Associates UK Ltd. van 10 januari 2001 naar aanleiding van een drietal facturen in de administratie van N.V. Ebcon Holding, te weten van Global Intervention Services Ltd. uit Gibraltar aan N.V. Ebcon Materials, van Jurisconsulting Ltd. uit Engeland aan N.V. Ebcon C&C en van Orbitek International Ltd. uit Engeland aan N.V. Ebcon Materials, is vermeld dat N.V. Ebcon Holding in totaal respectievelijk FF 1.150.500 GBP 400.000 en f 839.883,55 heeft betaald. Deze bedragen zijn bij in het buitenland gevestigde banken met diverse rekeninghouders terecht gekomen.

3.1.7

Begin 2000 bestond bij N.V. Ebcon Holding een grote behoefte aan financiële middelen. Bij brief van 23 maart 2000 heeft de ABN AMRO bank meegedeeld niet bereid te zijn een nieuwe financiering te verstrekken. De bestaande kredietfaciliteit was benut. Op 25 mei 2000 hebben Cantor B.V. en Mercurius B.V. een bedrag van f 50.000.000 ter beschikking gesteld aan N.V. Ebcon Holding en in juli 2000 nog eens een bedrag van f 35.000.000, alles tegen uitgebreide zekerheden. Pogingen om van de Deutsche Bank een financiering te verkrijgen hebben niet tot succes geleid, zo heeft die bank in september 2000 meegedeeld. Cantor B.V. en Mercurius B.V. zijn in verband met het uitblijven van terugbetalingen hun zekerheden gaan uitwinnen.

3.1.8

N.V. Ebcon Holding en N.V. Ebcon Networks zijn bij vonnis van de rechtbank van 10 juli 2001 failliet verklaard, met benoeming van mr. X tot curator, in 2007 opgevolgd door de huidige curator. Er is op het moment van de dagvaarding van de curator sprake van een bedrag van ruim € 49.000.000 aan (post)concurrente crediteuren, € 229.829,46 aan preferente crediteuren en boedelvorderingen, terwijl de boedelrekening op dat moment ongeveer € 400.000 bedraagt.

3.1.9

De (geconsolideerde) jaarrekening van N.V. Ebcon Holding over 1997 is op 12 februari 1999 gedeponneerd. De jaarrekening van N.V. Ebcon Holding over 1998 is op 20 juli 2000 gepubliceerd.

3.1.10

Het eerste faillissementsverslag van 3 augustus 2001 van de (eerste) curator luidt onder meer als volgt.

4.1.4

Zijn de jaarstukken gepubliceerd? (art. 2:248 lid 2 BW) Zo ja, over welk jaar voor het laatst en op welke wijze?

De jaarstukken over 1998 zijn te laat gepubliceerd. De jaarstukken over 1999 zijn voorwaardelijk gepubliceerd (de controlerend accountant wenst op bepaalde onderdelen nog informatie van de directie).

4.2

Wordt een onderzoek ingesteld naar:

- de verplichtingen van de bestuurder ex. artt. 14 en 394 Boek 2 BW en artt. 2:14 en 394 BW en/of art. 6 WvK? ja
- onbehoorlijke vervulling van verplichtingen van bestuurders? ja
- het in rechte betrekken van bestuurders? thans nog prematuur
- verhaalbaarheid op aansprakelijke bestuurders? thans nog prematuur
- voldoende activa om eventueel vorderingen tegen bestuurders in te stellen? thans nog prematuur

(...)

9.4

Aantal en globaal bedrag concurrente crediteuren bedrag: circa f 1.400.000, aantal: circa 50.

Daarnaast is N.V. Ebcon Holding hoofdelijk aansprakelijk voor de vordering van KPNQuest ten bedrage van circa € 28 mio.

(...)

12.

Oorzaken faillissement

Bij het optuigen van de bedrijfsactiviteiten in 1998 bestond een zéér optimistische visie op de toekomstige ontwikkelingen in de markt voor telecommunicatie. Door de onderneming is gepoogd om op grote schaal geld te lenen teneinde in die zich ontwikkelende markt profijtelijke opdrachten te

verwerven. Die profijtelijke opdrachten bleven echter uit, althans bleken minder profijtelijk te zijn dan tegen de achtergrond van de financieringslast wenselijk zou zijn, Nadat verdere financiering bij banken niet in voldoende mate mogelijk bleek, is financiering gezocht bij particuliere investeerders (Mercurius Beleggingsmaatschappij B.V. en Cantor Holding B.V.). De onderneming bleek niet in staat om op adequate wijze te voldoen aan de verplichtingen uit deze (korte termijn) financieringen. De aan deze financiers verstrekte pandrechten op de aandelen in N.V. Components, het bedrijfsonderdeel met redelijk rendement binnen de organisatie, werden op 11 mei 2001 door deze financiers geëffectueerd. De feitelijke afsplitsing van N.V. Components uit de bedrijfsorganisatie had tot gevolg dat N.V. Ebcon Holding geen inkomsten meer ontving, terwijl het lastenpatroon niet aanstonds kon worden afgebouwd. Een substantiële verbetering van de marktomstandigheden voor de telecommunicatiesector was op korte termijn niet voorzien, terwijl de middelen om de financieringstekorten op te vangen ontbraken. De aanvragende schuldeiser (KPNQuest) stelt een vordering te hebben van circa € 28 miljoen op een aantal terzake hoofdelijk verbonden Ebcon-vennootschappen, onder meer ook op het eveneens in staat van faillissement verklaarde N.V. Ebcon Networks. Mede omdat een nadere regeling met betrekking tot deze vordering niet mogelijk bleek, was het faillissement onafwendbaar.”

3.1.11

Bij brief van 23 maart 2006 heeft de (eerste) curator aan eiser 1 en eiser 2 het volgende bericht.

“In mijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van N.V. Ebcon Holding en N.V. Ebcon Networks, beide gevestigd te Breda, vraag ik uw aandacht voor het volgende. Al geruime tijd onderzoek ik bepaalde feiten en omstandigheden met betrekking tot de gang van zaken, voorafgaande aan het faillissement van voornoemde vennootschappen (10 juli 2001). Dat onderzoek is helaas nog niet voltooid. Voor die vertraging zijn diverse redenen aan te voeren, niet in de laatste plaats veroorzaakt door het feit dat ik door verschillende (rechts)personen niet juist en/of volledig ben geïnformeerd. Ik sluit niet uit dat ik een vordering terzake van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:138 BW zal instellen tegen voormalige bestuurders, beleidsbepalers en/of commissaris van de in staat van faillissement verkerende vennootschappen omdat aanwijzingen bestaan van onbehoorlijke taakvervulling binnen die vennootschappen.

In verband met de terzake door de Wet gestelde termijnen, doe ik bij deze – in mijn hoedanigheid van curator van genoemde vennootschappen – een uitdrukkelijk beroep op stuiting van verjaring terzake van eventueel door mij q.q. tegen u in te stellen rechtsovereenkomsten tot schadevergoeding voor het tekort van de boedel, een en ander zoals bedoeld in gemeld art. 2:138 BW. Het recht om die vordering te effectueren wordt door mij q.q. uitdrukkelijk jegens u voorbehouden.”

3.1.12

Bij brieven van 3 februari 2010 en 4 februari 2010 heeft de curator aan respectievelijk eiser 2 en eiser 1 het volgende bericht.

“(…) Door mijn vroegere kantoorgenoot mr X is in de eerste jaren van de faillissementen veel energie gestoken in het trachten te ontrafelen wat precies de gang van zaken is geweest binnen het Ebcon concern in de periode voorafgaande aan het faillissement. Op verzoek van de curator is in 2005 ook een reeks van personen als getuige gehoord. In de gedeponeerde verslagen is vanaf eind 2007/begin 2008 aangegeven dat de curator doende is zich te oriënteren op de vraag of uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid aangesproken zouden kunnen worden de voormalige 6 bestuurders en commissaris van Ebcon Holding alsmede of in dit verband ook aangesproken zouden kunnen worden

enige personen – de heren A en B – die als beleidsbepalende personen binnen NV Ebcon Holding zijn opgetreden. Door mr Arts zijn eertijds aan alle betrokkenen stuitingsbrieven gezonden teneinde te voorkomen dat zodanige vorderingen zouden verjaren.

In de afgelopen maanden heeft ondergetekende tijd gestoken in onderzoek om te bezien of er aanleiding bestaat de leden van het voormalig bestuur, de commissaris alsmede de feitelijke beleidsbepalers uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid en/of terzake van toerekenbaar onrechtmatig handelen in rechte aan te spreken. Teneinde mijn conclusies terzake zo eenduidig mogelijk te formuleren heb ik gemeend de resultaten van dit onderzoek te moeten doen neerslaan in de vorm van een concept dagvaarding, die ik als bijlage hierbij voeg. Tevens voeg ik hierbij de 38 producties waarnaar in bedoelde dagvaarding wordt verwezen.

Ik heb vooralsnog de indruk dat er alle aanleiding en ook voldoende mogelijkheden bestaan voormelde personen, waaronder u, uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid en/of toerekenbaar onrechtmatig handelen in rechte aan te spreken. Voor onderbouwing van dit standpunt moge ik korthedshalve verwijzen naar ingesloten concept dagvaarding met producties.

Ik zend deze conceptdagvaarding met producties thans toe aan alle personen die als gedaagden staan genoemd met het verzoek mij binnen zes weken na heden schriftelijk hun verweer kenbaar te maken, zo mogelijk onderbouwd met schriftelijke stukken ter staving van de feiten waarop zij zich menen te moeten beroepen (...)

3.1.13

Bij brief van 25 september 2013 heeft de curator aan eiser 1 en eiser 2 het volgende bericht.

“(…) Sedert onze correspondentie in 2010 is het stil geworden. Ik nam overigens goede nota van uw brief die u namens uw cliënten de heren eiser 1 en eiser 2 heeft verzonden. Ik heb u geïnformeerd over het feit dat het overleg zich nadien geconcentreerd heeft op de overige bestuursleden alsmede de personen die door mij in een eerder concept van de dagvaarding waren aangemerkt als feitelijke beleidsbepalers. Onderwijl heeft voorts een verificatie plaatsgevonden van alle vorderingen, hetgeen tot enige verificatieprocedures heeft geleid. Deze verificatie is thans afgerond, waarmee in ieder geval de omvang van het bedrag aan crediteuren vaststaat. Tevens is het overleg met de hiervoor vermelde overige bestuursleden en pretense feitelijke beleidsbepalers afgerond. Alles overwegende, ben ik tot een nader standpunt gekomen over de bestuurdersaansprakelijkheid in de betreffende faillissementen, welk standpunt ik heb neergelegd in een volledig gewijzigde nieuwe concept dagvaarding, die ik als bijlage bij dit schrijven voeg (bijlage). Ik ben tot de slotsom gekomen dat de vordering uit hoofde van bestuursaansprakelijkheid zich uitsluitend zou dienen te richten tot uw beide cliënten, alsmede de heer Y. Voor onderbouwing van dit standpunt moge ik korthedshalve verwijzen naar bijgevoegde concept dagvaarding. De bij de dagvaarding behorende producties zal ik u per gewone post toezenden. Ik stel u thans in de gelegenheid om binnen vier weken na heden uw eventuele commentaar op deze concept dagvaarding uit te brengen, in welk geval ik van bedoeld commentaar in de dagvaarding melding zal maken alsmede van mijn reactie daarop. Mocht enige reactie uwerzijds uitblijven dan acht ik mij vrij bedoelde dagvaarding aan u uit te laten brengen. (...)”

3.1.14

Op 16 december 2013 hebben eiser 1 en eiser 2 de curator gedagvaard en bovenvermelde vorderingen ingesteld. Op 19 maart 2014 heeft de curator bij conclusie van eis in reconventie vorderingen jegens eiser 1 en eiser 2 ingesteld, gegrond op bestuurdersaansprakelijkheid.

In reconventie

De beslissing in verband met de akte tot wijziging en vermeerdering van eis in reconventie.

3.2

De vorderingen in conventie vinden hun grondslag in formele verweren tegen de vorderingen in reconventie. Voor de beoordeling van de vorderingen in conventie is daarom noodzakelijk dat de rechtbank beslist wat de inhoud van de vorderingen in reconventie is.

3.3

De door de curator verzochte wijziging/vermeerdering van eis betreft het toevoegen van een nieuwe juridische grondslag, art. 2:9 BW, gebaseerd op reeds aan eiser 1 en eiser 2 uit de processtukken bekende feitelijke gronden, zoals hierboven weergegeven in 2.2., subsidiair, en een geringe aanvulling van de feitelijke grondslag, zoals hierboven weergegeven in 2.2., meer subsidiair sub 3. Eiser 1 en eiser 2 hebben hiertegen geen bezwaar gemaakt. Naar het oordeel van de rechtbank is geen sprake van strijd met een goede procesorde. De aan art. 2:9 BW ten grondslag gelegde feiten zijn voor eiser 1 en eiser 2 niet nieuw, terwijl zij nog in de gelegenheid zijn hun standpunten in deze procedure nader kenbaar te maken. De rechtbank beslist dat de verzochte wijziging/vermeerdering van eis in reconventie wordt toegestaan. Deze eis luidt dan ook zoals hierboven in 2.2. is weergegeven.

In conventie

3.4

In het geding in conventie ligt – ondanks de uitsluitend op art. 6:162 BW gerichte formulering van de vordering in 2.1. sub f – ter beoordeling voor of de curator vanwege schending van de klachtplicht als bedoeld in art. 6:89 BW zijn recht heeft verwerkt de subsidiaire en meer subsidiaire, op art. 2:9 BW respectievelijk art. 6:162 BW gegronde vorderingen in reconventie jegens eiser 1 en eiser 2 in te stellen. Daarbij is in aanmerking genomen dat de motivering van dit verweer in de dagvaarding en in de reactie op de eiswijziging van de curator ook is toegespitst op art. 2:9 BW. De vordering in 2.1. sub f moet dan ook zo worden begrepen dat de curator volgens eiser 1 en eiser 2 de klachtplicht heeft geschonden ten aanzien van de subsidiaire op art. 2:9 BW gegronde vordering en ten aanzien van de meer subsidiaire op art. 6:162 BW gegronde vordering.

Voor alle vorderingen van de curator, gegrond op hetzij art. 2:138 BW, hetzij art. 2:9 BW, hetzij art. 2:162 BW, ligt ter beoordeling voor of die vorderingen zijn verjaard.

Wat betreft de vordering in conventie onder 2.1. sub g geldt dat deze noopt tot beoordeling van het bestaan van een vorderingsrecht van de curator jegens eiser 1 en eiser 2 dat verband houdt met de in 3.1.4. en 3.1.5. vermelde overeenkomsten waarbij KPN Qwest en Muller partij zijn en met de in 3.1.6. vermelde facturen. Ook deze vordering is aan te merken als een verweer tegen de vorderingen van de curator in reconventie. De beoordeling ervan is, anders dan de op rechtsverwerking en verjaring gebaseerde vorderingen, te zeer verweven met de beoordeling van de vorderingen in reconventie. Om die reden houdt de rechtbank de beslissing op deze vordering aan totdat in het geding in reconventie vonnis wordt bepaald.

Rechtsverwerking

3.5

De beoordeling van het beroep op rechtsverwerking is als volgt.

3.5.1

De curator stelt zich op het standpunt dat aan eiser 1 en eiser 2 geen beroep op art. 6:89 BW toekomt als het gaat om vorderingen op grond van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW. Hij bepleit dat art. 6:89 BW alleen van toepassing is in gevallen waarin sprake is van een verplichting tot het leveren van een prestatie die moet leiden tot enige inontvangstneming van een goed of dienst op basis van een aan een persoon toekomend subjectief recht. Het verwijt van de curator aan eiser 1 en eiser 2 dat zij als bestuurders ter zake van hun taakuitoefening onbehoorlijk (art. 2:9 BW) en onrechtmatig (art. 6:162 BW) hebben gehandeld ziet niet op een dergelijke prestatie. De curator verwijst in het kader van de onderbouwing van zijn standpunt onder meer naar een uitspraak van deze rechtbank van 5 november 2014 in de zaak 'Vilenzo' (ECLI:NL:RBZWB:2014:9203).

3.5.2

Eiser 1 en eiser 2 stellen zich op het standpunt dat een beroep op art. 6:89 BW voor alle verbintenissen open staat. Zij verwijzen ter onderbouwing van hun standpunt dat ook voor vorderingen gebaseerd op art. 2:9 BW en 6:162 BW een beroep op art. 6:89 BW open staat naar een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 19 juni 2013 in de zaak 'Landis' (ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225). De uitspraak van deze rechtbank in de zaak 'Vilenzo' miskent naar het oordeel van eiser 1 en eiser 2 het arrest van de Hoge Raad van 11 juni 2010 in de zaak 'X/Y' (ECLI:NL:HR:2010:BL8297). Uit dat arrest volgt dat de klachtplicht ook geldt voor verplichtingen van een beleggingsadviseur jegens zijn cliënt. Het recht van een cliënt op behoorlijke advisering en naleving van de bancaire zorgplicht is geen subjectief vermogensrecht dat voor overdracht en executie vatbaar is of dat in een faillissement ter verificatie kan worden ingediend. Deze rechtbank heeft dan ook volgens eiser 1 en eiser 2 ten onrechte in de zaak 'Vilenzo' voor de toepasselijkheid van art. 6:89 BW de eis gesteld dat sprake is van een subjectief vermogensrecht als voormeld.

3.5.3

Bij de beantwoording van de vraag naar het toepassingsgebied van art. 6:89 BW neemt de rechtbank tot uitgangspunt dat art. 6:89 BW is opgenomen in boek 6, titel 1, afdeling 9 BW dat de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis regelt. Uit art. 6:89 BW volgt dat de schuldeiser geen beroep meer op de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis kan doen wanneer hij – kortgezegd – niet tijdig bij de schuldenaar heeft geprotesteerd op de grond dat diens prestatie waartoe de op deze rustende verbintenis verplichtte gebrekkig is. Art. 6:89 BW is van toepassing op iedere verbintenis die tot een prestatie verplicht. De bron van zo'n verbintenis kan de wet, een overeenkomst of een andere bron van verbintenissen zijn. Uit voormeld arrest van de Hoge Raad van 11 juni 2010 volgt dat de Hoge Raad de overeenkomst – jo art. 7:401 BW en/of art. 6:2 en/of 6:248 BW – tussen klant en professionele dienstverlener als bron ziet voor de verbintenis tot het nakomen van een concrete prestatie door de professionele dienstverlener (in dit geval beleggingsadviseur), onder de noemer 'zorgplicht'. Tot welke concrete prestatie de zorgplicht verplicht wordt bepaald door de omstandigheden van het geval. Art. 6:89 BW is van toepassing geoordeeld omdat sprake was van een verbintenis die tot een prestatie

verplichtte en de vordering was gegrond op de stelling dat die prestatie gebrekkig was.

3.5.4

In het geval een vordering op onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) is gegrond hangt het af van de feitelijke grondslag die de schuldeiser aan deze vordering ten grondslag legt of art. 6:89 BW van toepassing is. Indien de feitelijke grondslag is dat de schuldenaar een prestatie op grond van een verbintenis, uit overeenkomst of uit andere bron, niet deugdelijk is nagekomen, is art. 6:89 BW van toepassing. Indien de feitelijke grondslag is dat de schuldenaar de op een ieder rustende rechtsplicht heeft geschonden zich jegens derden te onthouden van onrechtmatige gedragingen als bedoeld in art. 6:162 BW is art. 6:89 BW niet van toepassing. De verplichting tot het naleven van genoemde rechtsplicht vindt niet zijn grondslag in enige verbintenis tussen schuldenaar en schuldeiser, uit welke bron dan ook. Pas door schending van een dergelijke rechtsplicht ontstaat een verbintenis, namelijk de verbintenis tot het betalen schadevergoeding. De bron van die verbintenis is de wet, art. 6:162 BW. Aan de vordering van de curator uit hoofde van onrechtmatige daad ligt niet feitelijk ten grondslag dat een prestatie van eiser 1 en eiser 2 die uit een verbintenis voortvloeit gebrekkig is. De vordering is feitelijk gegrond op schending van voormelde rechtsplicht. Art. 6:89 BW is in dit geval niet van toepassing.

3.5.5

Ook in het geval een vordering op onbehoorlijk bestuur (art. 2:9 BW) is gegrond hangt het af van de feitelijke grondslag die de schuldeiser aan deze vordering ten grondslag legt of art. 6:89 BW van toepassing is. Art. 2:9 lid 1 BW houdt een norm in voor het handelen van een bestuurder van een rechtspersoon, te weten de gehoudenheid tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Art. 2:9 lid 2 BW doet voor de bestuurder een verbintenis tot het betalen van schadevergoeding aan de rechtspersoon ontstaan in het geval de bestuurder die norm heeft geschonden en hem daarvan een ernstig verwijt te maken valt. Art. 2:9 BW is op zichzelf geen bron van een verbintenis tussen bestuurder en rechtspersoon tot het verrichten van een concrete prestatie. Wanneer de schuldeiser aan de vordering op grond van art. 2:9 BW feitelijk ten grondslag legt dat de bestuurder voormelde norm heeft geschonden en dat hem daarvan een ernstig verwijt is te maken, ligt aan de vordering niet feitelijk ten grondslag dat een prestatie van de bestuurder die uit een verbintenis voortvloeit gebrekkig is. De vordering is dan feitelijk gegrond op schending van voormelde op de bestuurder rustende rechtsplicht. Art. 6:89 BW is in dit geval niet van toepassing.

Wat van de bestuurder in het kader van zijn taakvervulling wordt gevergd wordt echter niet alleen bepaald door wat een redelijk denkend bestuurder in gelijke omstandigheden zou doen. Ook de (arbeids)overeenkomst tussen bestuurder en rechtspersoon kan in dit kader relevant zijn. Deze overeenkomst kan een bron van verbintenissen zijn die een bestuurder tot bepaalde concrete prestaties verplicht. Wanneer een schuldeiser aan de op art. 2:9 BW gegronde vordering feitelijk ten grondslag legt dat de bestuurder een dergelijke concrete prestatie niet deugdelijk is nagekomen, is art. 6:89 BW wel van toepassing.

De curator heeft vooruitlopend op zijn vordering tot wijziging/vermeerdering van eis in de conclusie van dupliek in conventie het volgende aangevoerd.

“De curator stelt zich op het standpunt dat eiser 1 en eiser 2 tegenover Ebcon Holding tekort zijn geschoten in hun verplichting de ieder van hen opgedragen taak als bestuurder op een behoorlijke wijze te vervullen. Ter onderbouwing van dit standpunt verwijst de curator korthedshalve naar het gestelde

onder 15.8 conclusie van eis in reconventie, zoals nader uitgewerkt. De curator stelt vast dat eiser 1 en eiser 2 ter zake een ernstig verwijt kan worden gemaakt, nu zij direct betrokken zijn geweest bij de daar beschreven onjuiste, onrechtmatige en/of dubieuze rechtshandelingen of activiteiten (...)"

De curator beroept zich aldus feitelijk op schending door eiser 1 en eiser 2 van de met art. 2:9 BW tot een bestuurder van een rechtspersoon gerichte norm, zonder zich daarbij tevens feitelijk erop te beroepen dat eiser 1 en eiser 2 een verbintenis die tot een concrete prestatie verplichtte niet deugdelijk c.q. gebrekkig, zijn nagekomen. Art. 6:89 BW is daarom in dit geval niet van toepassing.

Verjaring

3.6

Aan de orde is nu of de rechtstvorderingen van de curator zijn verjaard, zoals eiser 1 en eiser 2 betogen, dan wel of de verjaringstermijn tijdig is gestuit met de brieven van 23 maart 2006 en/of 3/4 februari 2010, zoals de curator betoogt.

3.6.1

De vorderingen van de curator zijn gebaseerd op bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:138 BW (primair), 2:9 BW (subsidiair) dan wel 6:162 BW (meer subsidiair). De vordering op grond van art. 2:138 BW is feitelijk gebaseerd op onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur van N.V. Ebcon Holding en N.V. Ebcon Networks, waar eiser 1 en eiser 2 deel van uitmaakten, vanwege schending van de boekhoud- en/of publicatieplicht. Deze vordering is ook subsidiair feitelijk gebaseerd op onbehoorlijke taakvervulling vanwege het volgende:

- de zeer ontoereikende financiering van de activiteiten van N.V. Ebcon Holding (nr. 17 CVA/E)
- de gang van zaken bij de aandelenemissie van 6 april 1999 (nr. 19 CVA/E)
- door N.V. Ebcon Holding aan Esperan B.V. verstrekte leningen (nr. 20 CVA/E)
- de gang van zaken met betrekking tot het kantoorpand aan het Minervum in Breda (nr. 21 CVA/E)
- de door Y aan N.V. Ebcon Holding in rekening gebrachte bedragen (nr. 22 CVA/E)
- de gang van zaken met betrekking tot overeenkomsten met KPN Qwest en Muller (nr. 23 en 27 CVA/E)
- de betaling van een drietal facturen medio 1999 door N.V. Ebcon Holding (nr. 24 en 28 CVA/E).

De vorderingen op grond van art. 2:9 BW en 6:162 BW zijn niet op meer of andere feitelijke gronden gebaseerd.

3.6.2

Eiser 1 en eiser 2 hebben aan hun beroep op verjaring het volgende ten grondslag gelegd. De verjaringstermijn van de vorderingen van de curator vangt kort na het faillissement van N.V. Ebcon Holding aan. Uit het verslag van de curator van 3 augustus 2001 volgt dat de curator toen bekend was met het feit dat jaarstukken te laat zijn gedeponereerd. Wat betreft de schending van de boekhoudplicht baseert de curator zich op een brief aan hem van 9 oktober 2003 en op onder meer een door Cantor en Mercurius aan de Ondernemingskamer gezonden verzoekschrift. Omdat dit stuk zich in de administratie bevond moet de curator daarmee kort na het faillissement bekend zijn geworden. Uit genoemd faillissementsverslag volgt ook dat de curator toen bekend was met onverantwoord financieringsbeleid.

De gang van zaken rond de aandelenemissie is in 1998 en 1999 in notulen vermeld. De curator moet dus kort na het faillissement hiermee bekend zijn geworden. De kwestie met leningen aan Esperan B.V. is vermeld in een brief van 20 juli 2000 die zich in de administratie bevond. De curator moet daarvan kort na het faillissement kennis hebben genomen. De transacties met betrekking tot het kantoorpand blijken eveneens uit de administratie, zodat hiervoor hetzelfde geldt. Het punt met betrekking tot de kosten van Y is onderwerp van een brief van 26 april 2000 die zich in de administratie bevond. Ook hiervan moet de curator kort na het faillissement kennis hebben genomen. Het (x) contract betreft Ebcon Components dat in die tijd onder controle van A stond. (De curator van) N.V. Ebcon Holding heeft daarom geen vorderingsrecht jegens eiser 1 en eiser 2. Bovendien is dit onderwerp onderdeel van het verzoekschrift aan de Ondernemingskamer dat zich in de administratie bevond, zodat de curator daarmee kort na het faillissement bekend moet zijn geworden. Wat betreft de drie facturen geldt dat deze zich in de administratie bevonden. Deze zouden onmiddellijk de aandacht van de overige bestuurders hebben getrokken. Dat moet dan ook voor de curator gelden, kort na het faillissement. De brief van 23 maart 2006 heeft geen stuitende werking. Met enkel het noemen van de juridische grondslag worden eiser 1 en eiser 2 niet in staat gesteld vast te stellen waartegen zij zich te zijner tijd feitelijk moeten verweren. Er is bij gebreke van de vermelding van een feitelijke grondslag geen sprake van een 'voldoende duidelijke waarschuwing'. Art. 2:138 BW is op zichzelf niet duidelijk. Er zijn vele feitelijke situaties denkbaar die onder art. 2:138 BW vallen. De brief heeft alleen betrekking op gedragingen door Cantor en Mercurius. De gesprekken voor 23 maart 2006 hadden ook op die vennootschappen betrekking. De brief bevat geen aanwijzing dat curator vorderingen tegen eiser 1 en eiser 2 op een andere grondslag wenst in te stellen. De jaarrekeningen over 1997 en 1998 zijn van een B.V. Omdat de curator art. 2:248 BW niet heeft genoemd had hij kennelijk met de brief van 23 maart 2006 niet de bedoeling de verjaringstermijn te stuiten van een vordering die op die jaarrekeningen ziet. De brief noemt niet art. 2:9 BW en art. 6:162 BW dus de brief stuit niet de verjaringstermijn van op deze grondslagen te baseren vorderingen. De brief van 4 februari 2010 heeft evenmin stuitende werking. Met die brief behoudt de curator zich niet ondubbelzinnig het recht voor een vordering tegen eiser 1 en eiser 2 in te stellen. Hij wenst slechts het standpunt van hen te vernemen. De concept dagvaarding van 25 september 2013 bevat maar ten dele dezelfde verwijten zoals die in de concept dagvaarding van 2010 zijn opgenomen. Voor zover de concept dagvaarding van 25 september 2013 nieuwe feitelijke grondslagen bevat is een daarop te baseren rechtsvordering verjaard.

3.6.3

De curator voert aan dat hij niet eerder dan eind 2007, althans niet eerder dan vijf jaar voor de brief van 4 februari 2010, daadwerkelijk in staat was de rechtsvorderingen zoals die in deze procedure aan de orde zijn in te stellen. Om daartoe in staat te zijn is nodig dat de curator over voldoende bekendheid met de relevante feiten beschikt. De curator heeft na het faillissement veel moeite moeten doen om relevante feiten te verzamelen. In 2003 en 2004 heeft hij brieven gestuurd met verzoeken om informatie. Toereikende informatie hebben eiser 1 en eiser 2 niet gegeven. Ook een gesprek met eiser 1 in oktober 2005 heeft die duidelijkheid niet verschaft. Van juli 2005 tot en met december 2005 hebben getuigenverhoren plaatsgehad. In 2006 en 2007 is ook nog getracht informatie van eiser 1 te krijgen. Bovendien geldt dat de curator pas begin 2013 aan de hand van gesprekken met de raadsman van Cantor en Mercurius bekend is geworden met de feiten rondom de overeenkomst met KPN QWest en de overeenkomst met betrekking tot (x) en ook met de feiten rondom de drie facturen. Met de brieven van 23 maart 2006 en 4 februari 2010 is de verjaringstermijn van de rechtsvorderingen

van de curator tijdig gestuit. Het gaat erom dat de brieven een voldoende duidelijke waarschuwing bevatten met betrekking tot het recht tot nakoming dat wordt voorbehouden. De vordering die de curator op het oog heeft moet voldoende duidelijk omschreven zijn zodat eiser 1 en eiser 2 weten waartegen zij zich te zijner tijd moeten verweren. Uit de brief van 23 maart 2006 in combinatie met de gesprekken en/of de correspondentie met eiser 1 en eiser 2 is voldoende duidelijk dat de curator het oog heeft op een vordering op grond van collectief onbehoorlijk bestuur als bedoeld in art. 2:138 BW. Met de brief van 4 februari 2010 en de daarbij gevoegde concept dagvaarding behoudt de curator zich ondubbelzinnig het recht voor vorderingen op grond van art. 2:138 BW en 6:162 BW in te stellen.

3.6.4

Ter beoordeling ligt allereerst voor of en zo ja van welke rechtsvorderingen de verjaringstermijn met de brieven van 23 maart 2006 en 3/4 februari 2010 is gestuit. Ingevolge art. 3:317 lid 1 BW wordt de verjaringstermijn van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis gestuit door een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Een stuitingshandeling dient naar inhoud en strekking een voldoende duidelijke waarschuwing aan de schuldenaar in te houden dat hij ook na het verstrijken van de verjaringstermijn ermee rekening moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal opdat hij zich tegen een mogelijkerwijs alsnog door de schuldeiser in te stellen vordering behoorlijk kan verweren. Aan de mededeling die aan de schuldenaar wordt gedaan kan niet de eis worden gesteld dat deze nauwkeurig de vordering moet omschrijven waarvoor de schuldeiser zich het recht op nakoming voorbehoudt met aanwijzing van de correcte juridische grondslag daarvoor. Voor een voldoende duidelijke waarschuwing is noodzakelijk dat voor de schuldenaar kenbaar is welke vordering is bedoeld. Daartoe is in elk geval vereist dat de vordering zodanig is omschreven dat de schuldenaar daaruit kan begrijpen welk recht op nakoming wordt voorbehouden en waartegen hij zich eventueel heeft te verweren.

3.6.5

De brief van 23 maart 2006 bevat de mededeling dat de curator al geruime tijd onderzoek doet naar de gang van zaken, voorafgaande aan het faillissement op 10 juli 2001 van N.V. Ebcon Holding en N.V. Ebcon Networks. Verder bevat de brief de mededeling dat de curator niet uitsluit en zich uitdrukkelijk het recht voorbehoudt tegen de bestuurders eiser 1 en eiser 2 een vordering terzake van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:138 BW in te stellen omdat aanwijzingen bestaan van onbehoorlijke taakvervulling binnen die vennootschappen. Ook de in te stellen rechtsvordering is benoemd, te weten een 'rechtsvordering tot schadevergoeding voor het tekort van de boedel, een en ander zoals bedoeld in gemeld art. 2:138 BW'. Hiermee is, gelet op de in 3.6.4. weergegeven uitgangspunten, een stuitingshandeling als bedoeld in art. 3:317 lid 1 BW verricht. Aan eiser 1 en eiser 2 wordt een duidelijke waarschuwing gegeven dat zij ook na het verstrijken van de verjaringstermijn ermee rekening moeten houden dat zij de beschikking houden over gegevens en bewijsmateriaal opdat zij zich kunnen verweren tegen een mogelijkerwijs alsnog door de curator in te stellen vordering tot schadevergoeding ter hoogte van het boedeltekort in het faillissement, gegrond op onbehoorlijke taakvervulling als bestuurder als bedoeld in art. 2:138 BW. Een verdere detaillering van de feitelijke grondslag van een in te stellen vordering op grond van art. 2:138 BW is niet nodig. De vermelding dat de feitelijke grondslag 'onbehoorlijke taakvervulling als bestuurder' is en de verwijzing naar art. 2:138 BW, is voldoende concreet. Daarmee is duidelijk dat de gegevens en het bewijsmateriaal waarover de

beschikking moet worden gehouden op het handelen als bestuurder van N.V. Ebcon Holding en N.V. Ebcon Networks ziet.

Nu met de brief van 23 maart 2006 binnen vijf jaren na de datum van het faillissement, 10 juli 2001, een stuitingshandeling is verricht, kan een beoordeling van het aanvangstijdstip van de verjaringstermijn achterwege blijven. De verjaringstermijn van een vordering op grond van art. 2:138 BW vangt niet voor de datum van het faillissement aan.

3.6.6

Wat betreft de vorderingen op grond van onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW en onbehoorlijk bestuur ex art. 2:9 BW geldt het volgende. De brief van 3/4 februari 2010 bevat de mededeling dat de curator alle aanleiding ziet jegens eiser 1 en eiser 2, voormalig bestuurders van N.V. Ebcon Holding en N.V. Ebcon Networks, een rechtsvordering in te stellen op grond van art. 2:138 BW en 6:162 BW op basis van verweten gedragingen in hoedanigheid van bestuur(der) in brede zin. Deze gedragingen zijn concreet benoemd in de bij die brief gevoegde concept dagvaarding. Hiermee is, gelet op de in 3.6.4. weergegeven uitgangspunten, een stuitingshandeling als bedoeld in art. 3:317 lid 1 BW verricht met betrekking tot een vordering op grond van art. 6:162 BW, voor zover deze op handelingen als (voormalig) bestuurder van N.V. Ebcon Holding en N.V. Ebcon Networks ziet. De omstandigheid dat de curator in de huidige dagvaarding aan zijn meer subsidiaire op art. 6:162 BW gegronde vordering nieuwe concrete feitelijke handelingen ten grondslag legt doorkruist niet de stuitende werking van de brief van 3/4 februari 2010. Die brief behelst immers de waarschuwing aan eiser 1 en eiser 2 dat zij er in verband met een vordering op grond van art. 6:162 BW rekening mee moeten houden dat zij de beschikking houden over gegevens en bewijsmateriaal betrekking hebbend op hun handelen als bestuur(der) in brede zin van N.V. Ebcon Holding en N.V. Ebcon Networks. De vordering op grond van art. 2:9 BW is niet op een andere grondslag gegrond dan de vordering op grond van art. 6:162 BW, te weten onbehoorlijk bestuur. De stuitende werking van de brief van 3/4 februari 2010 geldt daarom ook voor de vordering op grond van art. 2:9 BW. Zoals in 3.6.4. is vermeld is niet vereist dat aanstonds de juiste juridische grondslag wordt genoemd, zij het dat een later genoemde grondslag niet als een verrassing mag komen. Dat is hier niet aan de orde.

3.6.7

Met de brief van 3/4 februari 2010 is de verjaringstermijn van de vordering op grond van art. 2:138 BW, die met de brief van 23 maart 2006 is gestuit, opnieuw gestuit. De periode tot de dagvaarding is vervolgens minder dan vijf jaren. De slotsom is dat de vordering op grond van art. 2:138 BW niet is verjaard.

3.6.8

Resteert nog de vraag of de verjaringstermijn van de vorderingen op grond van art. 6:162 BW en 2:9 BW met de brief van 3/4 februari 2010 tijdig is gestuit. Het gaat bij deze vorderingen om rechtsvorderingen tot vergoeding van schade. Een dergelijke rechtsvordering verjaart ingevolge art. 3:310 lid 1 BW door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Stelplicht en bewijslast ten aanzien van de bekendheid rusten in beginsel op eiser 1 en eiser 2 die zich op de rechtsgevolgen van verjaring beroepen. Bij de beoordeling van het verjaringsverweer moet het volgende in aanmerking

worden genomen. De eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon moet worden begrepen als daadwerkelijke bekendheid. (Subjectieve) vermoedens zijn ontoereikend. De verjaringstermijn begint pas te lopen op de dag volgend op die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat was een rechtsvordering tot vergoeding van schade in te stellen. Het gaat bij de korte verjaringstermijn om een afweging van de belangen van de benadeelde, die in tijd wordt beperkt in de mogelijkheid schadevergoeding te kunnen krijgen, en die van de (mogelijke) aansprakelijke persoon, die vanwege zijn bewijspositie en/of verzekeringsdekking belang heeft snel te weten of hij zal worden aangesproken. De bij de korte verjaringstermijn aan te leggen beoordelingsmaatstaf mag niet een zodanige zijn dat de benadeelde daardoor op onredelijke wijze een mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen wordt ontnomen. De beoordeling moet plaatsvinden op basis van alle relevante omstandigheden van het geval.

3.6.9

Eiser 1 en eiser 2 hebben betoogd dat de curator al eerder dan vijf jaren voor de brief van 3/4 februari 2010 bekend was met de feiten die aan de vorderingen op grond van art. 6:162 BW en art. 2:9 BW ten grondslag zijn gelegd. Een vordering op grond van onrechtmatige daad vergt subjectieve bekendheid met concrete feiten, gepleegd door een concrete persoon. Volgens de curator is hij pas begin 2013 aan de hand van gesprekken met de raadsman van de vennootschappen Cantor en Mercurius met de aan deze vorderingen ten grondslag gelegde feiten bekend geworden. In het door eiser 1 en eiser 2 genoemde verzoekschrift van onder meer de vennootschappen Cantor en Mercurius aan de Ondernemingskamer wordt betoogd dat sprake is van wanbeleid door het bestuur van N.V. Ebcon Holding, waarvan eiser 1 en eiser 2 deel uitmaakten. De inhoud van dat verzoekschrift is gericht op het handelen van het bestuur en niet op handelingen van concrete personen. Dat verzoekschrift biedt onvoldoende grond voor het oordeel dat de curator op grond daarvan al, zonder nader onderzoek, daadwerkelijk in staat was een rechtsvordering op grond van onrechtmatige daad jegens eiser 1 en eiser 2 in te stellen. Bovendien blijkt uit de brief van de curator van 23 maart 2006 aan onder meer eiser 1 en eiser 2 niet dat de curator toen al kennis had van dat verzoekschrift. Eiser 1 en eiser 2 hebben geen feiten en omstandigheden aangevoerd die tot het oordeel kunnen leiden dat de curator al voor 3/4 februari 2005, zijnde 5 jaren voor de brief van 3/4 februari 2010, daadwerkelijk in staat was een rechtsvordering op grond van onrechtmatige daad jegens hen in te stellen. Hun stellingen komen er in de kern op neer dat de curator met de aan de vorderingen ten grondslag gelegde feiten bekend behoorde te zijn. Dat is echter niet de aan te leggen maatstaf. De rechtbank ziet geen aanknopingspunten om de curator te vragen zijn stellingen omtrent de bekendheid met de relevante feiten nader te motiveren. Voor omkering van de bewijslast is geen aanleiding. Hier prevaleert dan het belang van de curator om niet zodanig in tijd te worden beperkt in de mogelijkheid schadevergoeding te kunnen krijgen dat hem daardoor op onredelijke wijze een mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen wordt ontnomen. De slotsom is dat de vorderingen op grond van art. 6:162 BW en 2:9 BW niet zijn verjaard.

3.7

De vorderingen onder 2.1. sub a tot en met f worden, gelet op vorenstaande beoordeling, afgewezen.

3.8

De rechtbank houdt de beslissing over de proceskosten aan tot het eindvonnis in conventie en in reconventie.

4. De beslissing

De rechtbank

In conventie

wijst de vorderingen onder 2.1. sub a tot en met f af;

houdt de beslissing op de vordering 2.1. sub g aan om gelijktijdig met de vorderingen in reconventie te worden beslist;

houdt de beslissing over de proceskosten aan;

In reconventie

staat toe dat de eis wordt gewijzigd, aldus dat deze luidt zoals onder 2.2. is weergegeven;

verstaat dat de meest gerede partij zal verzoeken tot voortzetting van de procedure;

houdt iedere verdere beslissing aan.