

van de onderzoeker voor het begin van zijn/haar werkzaamheden zekerheid moet stellen; benoemt mr. J.M. de Jongh tot raadsheer-commissaris, zoals bedoeld in artikel 2:350 lid 4 BW; handhaaft de ter zitting van 29 september 2022 getroffen onmiddellijke voorzieningen; veroordeelt Ministerie van Voedingszaken B.V., [B] en Feltwerk B.V. in de kosten van de procedure tot op heden aan de kant van [A] begroot op € 4.332; verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad; wijst af hetgeen meer of anders is verzocht. Deze beschikking is gegeven door mr. A.W.H. Vink, voorzitter, mr. C.C. Meijer en mr. J.M. de Jongh, raadsheren, en drs. M.A. Scheltema en prof. drs. E. Eeftink RA, raden, in tegenwoordigheid van mr. B.J. Blok, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 23 februari 2023.

RO 2023/49

HOF 'S-HERTOGENBOSCH

14 maart 2023, nr. 200.310.501_01
(Mrs. O.G.H. Milar, R.A. van der Pol, J.N. de Blécourt)

Art. 6:162, 2:9 BW

RI 2023/48

JONDR 2023/491

ECLI:NL:GHSHE:2023:843

Turboliquidatie. Bestuurdersaansprakelijkheid. Betalingsonwil.

Dient de bestuurder, die volledig zeggenschapshouder is, aan te tonen dat sprake was van betalingsonmacht en geen sprake was van betalingsonwil?

Dient de bestuurder, indien sprake was van betalingsonwil, het volledige bedrag van de onbetaald gebleven vordering te vergoeden?

Geïntimeerde richt in mei 2017 een vennootschap op (hierna: de B.V.), waarvan zij enig bestuurder en indirect enig aandeelhouder is. Geïntimeerde richt onopvallend in februari 2019 een nieuwe vennootschap (hierna: de Newco) op, met dezelfde bedrijfsactiviteiten. Appellante heeft tussen medio 2017 en juni 2019 handelswaren geleverd aan de B.V., die de koopprijs daarvan niet heeft voldaan. Geïntimeerde bericht appellante medio 2019 dat alle schuldeisers zouden moeten meewerken door een deel van de vorderingen af te schrijven, om zo een faillissement af te wenden. Geïntimeerde gaat over tot turboliquidatie van de B.V., zonder appellante hierover te informeren. Daarna bericht geïntimeerde appellante dat zij zich zal begeven op een andere markt, maar wel tot een goed einde met de schuldeisers wil komen. Andere schuldeisers worden voldaan, appellante niet. Appellante

houdt geïntimeerde daarop eind 2019 persoonlijk aansprakelijk voor haar onbetaald gelaten vordering van ruim € 33.000. Zij meent dat geïntimeerde onzorgvuldig en onrechtmatig heeft gehandeld. Geïntimeerde blijkt inmiddels met de Newco met succes te ondernemen in dezelfde branche. Appellante stapt naar de rechter. De rechtbank oordeelt dat geïntimeerde onrechtmatig heeft gehandeld, door oneigenlijk gebruik van de turboliquidatie. Zij wijst ruim 30% van de vordering toe op basis van de hypothetische situatie dat er geen turboliquidatie zou hebben plaatsgevonden en er een uitdeling conform ieders rang zou hebben plaatsgevonden. In hoger beroep voert appellante - kort gezegd - aan dat de rechtbank: i) ten onrechte niet heeft onderkend dat de door appellante gestelde feiten en omstandigheden er op neerkomen dat geïntimeerde als bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt; en ii) voor de schadeberekening ten onrechte heeft aangenomen dat, indien geen onterechte turboliquidatie zou hebben plaatsgevonden, de onderneming van de B.V. zou zijn gestaakt en de op dat moment aanwezige baten zouden zijn verdeeld en met een ontoelaatbare aanvulling van de feiten een schatting van de schade heeft gemaakt.

Hof: Naar het oordeel van het hof rechtvaardigen de feiten en omstandigheden het vermoeden, zoals door appellante wordt gesteld, dat geïntimeerde een meer rendabele bedrijfsvoering heeft willen realiseren door de lasten van de onderneming achter te laten in de B.V. en de profijtelijke onderdelen onder te brengen in de Newco. Met die handelwijze heeft geïntimeerde bewerkstelligd dat de haar niet welgevallige schuld van de B.V. onbetaald en onverhaalbaar is gebleven. Hetgeen geïntimeerde zelf ter comparitie heeft verklaard duidt erop dat geïntimeerde wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de door haar hiervoor beschreven handelwijze tot gevolg zou hebben dat de B.V. haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de daardoor veroorzaakte schade. Dat betekent dat haar daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Nu geïntimeerde niets heeft aangevoerd dat het vermoeden kan ontzenuwen acht het hof de grieven gegrond, voorzover deze de klacht inhouden dat de rechtbank ten onrechte alleen de oneigenlijke turboliquidatie onrechtmatig heeft geacht. Geïntimeerde moet in bredere zin worden verweten dat zij als bestuurder de vordering van appellante onbetaald heeft gelaten; dat met andere woorden, sprake is geweest van betalingsonwil. Ook de tegen de beoordeling door de rechtbank van de schade gerichte klachten slagen. In geval van betalingsonwil, waarvan in casu sprake is, bedraagt de schade, zoals appellante stelt, het volledige bedrag van de onvoldane vordering. Appellante stelt eveneens terecht dat het aan de bestuurder, die volledige zeggenschap heeft over een vennootschap, is om aannemelijk te maken

dat de vennootschap niet heeft kunnen betalen en dat de gestelde betalingsonmacht geen oorzaak vindt of gepaard gaat met betalingsonwil. De rechtbank heeft dit onvoldoende onderkend. Voort heeft zij ten onrechte de beperkte, onvolledige en onvoldoende onderbouwde financiële gegevens die door geïntimeerde zijn verstrekt toereikend geacht voor haar oordeel dat bij de B.V. sprake moet zijn geweest van betalingsonmacht. Al het voorgaande leidt ertoe dat geïntimeerde een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt en zij veroordeeld wordt de gehele vordering van appellante te betalen.

Zie ook:

- HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9654, RO 2010/39 (*Zandvliet/ING*);
- HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, RO 2007/12 (*Ontvanger/Roelofs*);
- HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0564, NJ 1992/411 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Waning/Van der Vliet*);
- Hof Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1013, RO 2018/50;
- M.Y. Nethe, 'Turboliquidatie: oorbaar gebruik, abusievelijk gebruik en misbruik', in: *Handboek notarieel ondernemingsrecht, BV en NV, VDHI deel 132-1*, Deventer: Wolters Kluwer, 2016, p. 414-415, 435-436 en 441-442;
- Stb. 2023/243 (Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie).

Wenk:

In deze wenk ga ik in op de vrijwillige ontbinding middels turboliquidatie. In onderhavige zaak is de vennootschapsbestuurder daartoe overgegaan, waarna de vraag is gerezen of de feitelijke vereffening in het zicht van de turboliquidatie op rechtmatige wijze heeft plaats gevonden. Voor zover er op het moment van ontbinding al duidelijk is dat de vereffening niet zal (kunnen) eindigen met een positief resultaat kan gebruik worden gemaakt van turboliquidatie. Art. 2:19 lid 4 BW bepaalt dat een rechtspersoon op het tijdstip van zijn ontbinding ophoudt te bestaan indien en voor zover hij op dat moment geen baten meer heeft. Na turboliquidatie volgt geen vereffening en houdt de vennootschap terstond op te bestaan. Roest wijst er m.i. terecht op dat eigenlijk beter gesproken zou kunnen worden van turbo-ontbinding. Er vindt immers helemaal geen vereffening plaats (Roest, in: *T&C BW*, commentaar op art. 2:19 BW, aant. 5). De bestuurder is (op dit moment) nog niet gehouden om rekening en verantwoording af te leggen (anders dan bij de formele vereffening, vgl. art. 2:23b lid 2 en 4 BW). Enkel het einde van het bestaan van de vennootschap

moet ingeschreven worden in het Handelsregister.

Schuldeisers worden in geval van turboliquidatie vaak pas geconfronteerd met het einde van het bestaan na raadpleging van het handelsregister. En dat levert problemen op bij uitoefening van verhaalsrechten. De schuldenaar is immers opgehouden te bestaan. In onderhavig geval werd appellante, een schuldeiser, ook pas geconfronteerd met de ontbinding na raadpleging van het handelsregister. Appellante meende dat sprake was van een onrechtmatige daad door geïntimeerde. Geïntimeerde bleek in het zicht van de turboliquidatie niet op de juiste wijze de rechtsbetrekkingen te hebben afgewikkeld, waardoor appellante is benadeeld. Geïntimeerde heeft immers kort voor de turboliquidatie de onderneming van de B.V., inclusief de voorraden, verhangen naar de Newco. De kennelijk om niet aan de Newco overgedragen voorraden waren meer waard dan de daaraan verbonden schulden. Geïntimeerde heeft er daarmee voorts voor gezorgd dat er alleen maar schulden overbleven in de vennootschap, waarna hij overging tot ontbinding van de vennootschap middels turboliquidatie. Door die overdracht, waar niet voor betaald is door de Newco; en ook de ontbinding middels turboliquidatie heeft geïntimeerde het verhaal van appellante gefrustreerd en daarmee appellante benadeeld.

Vrijwillige ontbinding biedt in de praktijk ruimte aan bestuurders om alle baten die er zijn binnen de vennootschap, te gelde te maken en met de opbrengst daarvan de schulden zoveel mogelijk af te lossen. Geïntimeerde is daar niet toe overgegaan en heeft misbruik gepleegd door de voorraden die tot baten zouden kunnen leiden weg te sluisen naar de Newco. Geïntimeerde had onder die omstandigheden, waardoor appellante achterbleef met haar vordering, niet tot turboliquidatie mogen overgaan. Er was de facto immers geen sprake van een vennootschap zonder baten. De voorraden kwalificeerden immers als baten. De waarde van die voorraden, waarmee de vordering van appellante zou kunnen worden voldaan, betreft daarmee de schade die appellante heeft geleden door de vermogensonttrekking. Daar komt bij dat uit het arrest volgt dat appellante tot ver na de oprichting van de Newco en kort voor de turboliquidatie handelswaren heeft geleverd aan de B.V. Appellante was over de (voorgenomen) herstructurering van de onderneming naar de Newco niet geïnformeerd. Daardoor is m.i. op zijn minst een scheve voorstelling van de stand van zaken bij de vennootschap aan appellante gepresenteerd. Het hof komt derhalve tot de conclusie dat hier sprake is van de situatie waar-

in de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt, waardoor hem een persoonlijk ernstig verwijt valt te maken (HR 8 december 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AZ0758, RO 2007/12 (*Ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5). Er was in het zicht van de turboliquidatie feitelijk geen sprake van betalingsonmacht, maar van betalingsonwil om de vordering te voldoen. En als er sprake was van betalingsonmacht ten tijde van de turboliquidatie is dat op onrechtmatige wijze veroorzaakt door geïntimeerde. Als sprake is van (niet gemanipuleerde) betalingsonmacht, leidt dat in beginsel tot de conclusie dat de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt te maken valt en hij niet aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad (HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0564, NJ 1992/411 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Waning/Van der Vliet*), r.o. 3.3).

Het is (in beginsel) aan de schuldeiser om te stellen en zo nodig te bewijzen dat sprake is van verhaalsfrustratie door betalingsonwil (ex art. 150 Rv.). En dat blijkt lastig in de praktijk, want de schuldeiser weet – ook niet achteraf – wat er zich in het zicht van de turboliquidatie heeft afgespeeld. De schuldeiser kan door een dergelijke informatieachterstand mogelijk niet (voldoende) onderbouwen of er sprake is van vermogensonttrekking of bijvoorbeeld selectieve betaling in strijd met de *paritas creditorum*. Voorts kan ook het causaal verband tussen de onrechtmatige handeling en de schade ontbreken, voor zover de schuldeiser al de schade kan begroten. Het ontbreken van dergelijke essentialia leidt er weer toe dat er geen hypothetische vermogensvergelijking kan worden gemaakt, waardoor er (mogelijk niet) tot een passende vergoeding kan worden gekomen. Het hof is zich bewust van die informatieachterstand en legt geïntimeerde feitelijk een verzwaarde stelplicht op (in afwijking van art. 150 Rv). Bij betwisting van hetgeen aangevoerd door appellante, is het aan geïntimeerde – zo valt tussen de regels door te lezen – om nadere onderbouwingen in de procedure te overleggen ter motivering van zijn betwisting (r.o. 3.5.3. en 3.5.4.). Geïntimeerde laat na aannemelijk te maken dat geen sprake was van betalingsonwil. Geïntimeerde heeft in dat kader nagelaten de financiële positie, waaruit een eventuele betalingsonmacht zou kunnen volgen, inzichtelijk te maken (vgl. Rb. Den Haag 1 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4354, RO 2019/55, r.o. 4.23). Het hof oordeelt om eerder genoemde redenen dat sprake was van betalingsonwil. Een dag nadat onderhavig arrest was gewezen, wees rechtbank Rotterdam een vonnis waarin zij expliciet overwoog, met verwijzing naar de

nog in werking te treden Tijdelijke Wet transparantie turboliquidatie, dat er onder omstandigheden – lees in geval de schuldeiser een informatieachterstand heeft – een verzwaarde stelplicht rust op de bestuurder ter motivering van zijn betwisting. De voor de onderbouwing relevante gegevens liggen immers in het domein van de bestuurder (Rb. Rotterdam 15 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2334, r.o. 4.11–r.o. 4.18). Het is overigens niet nieuw dat de rechter een verzwaarde stelplicht oplegt aan de turboliquiderende bestuurder (vgl. Hof Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1013, RO 2018/50, r.o. 3.11; en *Kamerstukken II* 2021/22, 36 172, nr. 3 (MvT), p. 9).

De wetgever heeft ondertussen bij besluit van 28 juni 2023 (*Stb.* 2023/244) vastgesteld dat de Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie (*Stb.* 2023/243) in werking treedt met ingang van 15 november 2023. De Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie beoogt onder meer misbruik tegen te gaan en “malafide ontbindingen” effectiever te bestrijden. De wetgever merkt op dat is gebleken dat malafide bestuurders toewerken naar een situatie waarin baten ontbreken op het moment van ontbinding, zodat er overgegaan kan worden tot turboliquidatie zonder dat er verantwoording hoeft te worden afgelegd. Schuldeisers beschikken veelal niet over de informatie om stappen te ondernemen tegen dergelijke bestuurders. Om die reden wordt het bestuur verplicht financiële verantwoording af te leggen over de ontbinding en de eventuele feitelijke vereffening in het zicht daarvan, ook als er geen schulden worden achtergelaten door de beëindigde rechtspersoon (*Kamerstukken II* 2021/22, 36 172, nr. 3 (MvT), p. 1, 2, 5, 7, 9). Dat doet het bestuur door het opmaken van een balans en een staat van baten en lasten met betrekking tot het boekjaar waarin de rechtspersoon is ontbonden en het voorgaande boekjaar als er op het moment van ontbinding over dat jaar nog geen jaarrekening openbaar is gemaakt. Voorts dient het bestuur een beschrijving te geven van: (i) een beschrijving van de oorzaak van het ontbreken van baten op het tijdstip van de ontbinding; (ii) de wijze waarop eventueel de baten van de rechtspersoon te gelde zijn gemaakt en de opbrengsten zijn verdeeld; en (iii) de redenen waarom eventueel een schuldeiser of schuldeisers geheel of gedeeltelijk onbetaald zijn gebleven. Het bestuur dient de financiële verantwoording binnen veertien dagen na de turboliquidatie te deponeren in het handelsregister (art. 2:19b lid 1 (nieuw) BW). Het bestuur dient de schuldeisers van de beëindigde rechtspersoon direct daarna op de hoogte te stellen van voornoemde deponeringen. Bovengenoemde lastenverzwaringen vinden aansluiting bij art.

2:10 lid 2 en 2:394 lid 3 BW en zijn om die redenen acceptabel, ook omdat bovenstaande er toe leidt dat de informatieachterstand van schuldeisers wordt verkleind.

Het hof lijkt appellante te helpen vanwege haar informatieachterstand en oordeelt ook dat bij betalingsonwil de schade in beginsel het volledige bedrag van de onbetaald gebleven vordering bedraagt. Het hof veroordeelt geïntimeerde om die reden de volledige vordering te voldoen. Dat lijkt mij in dit geval, gelet op het uitgangspunt om een vergelijking te maken tussen de werkelijke situatie na het onrechtmatige handelen en de hypothetische situatie zonder het onrechtmatige handelen, niet onjuist. Alleen is uit het arrest niet af te leiden wat de waarde van de om niet overgedragen voorraden was, waardoor niet precies is vast te stellen voor welk bedrag appellante is benadeeld. Ervan uitgaande dat de waarde van de aan Newco overgedragen voorraden de schulden van de B.V. overtrof, waardoor de vordering van appellante zou zijn voldaan, is het oordeel van het hof passend.

M.C. Hoeba

Arrest in de zaak van

[X] Uurwerken B.V. (Handelsnaam: [X] Group), hierna aan te duiden als [appellante], advocaat: mr. M. Drolsbach te Tiel,

tegen

[Geïntimeerde], advocaat: mr. R.M. de Hair te Venlo,

op het bij exploit van dagvaarding van 22 april 2022 ingeleide hoger beroep van de vonnissen van 16 december 2020, 30 juni 2021 en 2 maart 2022, door de Rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats 's-Hertogenbosch, gewezen tussen [appellante] als eiseres en [geïntimeerde] als gedaagde.

Hof:

1 *Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer C/01/354997 / HA ZA 20-90)*

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnissen.

2 *Het geding in hoger beroep*

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- de memorie van grieven tevens wijziging van eis (met producties);
- de memorie van antwoord;

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3 *De beoordeling*

3.1.1. Het gaat in deze zaak om het volgende:

a. [Appellante] heeft als bedrijfsvoering de import, export en (groot)handel in horlogerieën, sieraden en juwelen. Zij verkoopt en levert handelsvoorraden aan detaillisten en winkelbedrijven. [Persoon A] en [persoon B] zijn bestuurders en aandeelhouders van [appellante].

b. Op 8 mei 2017 heeft [geïntimeerde] de besloten vennootschap [xx] Juweliers B.V. (verder: [de B.V.]) opgericht. Tot aan een statutenwijziging per 3 april 2019 was de statutaire naam van deze vennootschap '[xx] Juweliers [Y] B.V.'. [Geïntimeerde] was enig bestuurster van [de B.V.]. Enig aandeelhouder van deze vennootschap was [Y Holding B.V.], waarvan [geïntimeerde] enig bestuurster en aandeelhouder was.

c. [De B.V.] exploiteerde een winkel in juweliersartikelen en uurwerken en verzorgde tevens reparaties van deze artikelen. De winkel was gevestigd in [plaats] aan de [adres]. In het Handelsregister bij de Kamer van Koophandel zijn als activiteiten van de onderneming vermeld: SBI-code: 4777 – winkels in juweliersartikelen en uurwerken en SBI-code: 9525 – Reparatie van uurwerken en juweliersartikelen.

d. [Appellante] heeft vanaf medio 2017 tot en met juni 2019 diverse handelswaren aan [de B.V.] verkocht en geleverd. Per 27 augustus 2019 bedroeg het totale bedrag aan facturen € 93.119,90 waarvan een gedeelte van € 80.997,77 onbetaald is gebleven (prod. 2 inl. dagv.). Na creditering voor teruggenomen handelsvoorraden (d.d. 30 augustus 2019 en 12 september 2019) was [de B.V.] per 16 oktober 2016 per saldo nog een bedrag van € 33.968,74, exclusief rente en kosten, aan [appellante] verschuldigd (prod. 11 inl. dagv.). Betaling van dit bedrag is uitgebleven.

e. Bij email van 26 juli 2019 (prod. 5 inl. dagv.) berichtte [geïntimeerde] namens [de B.V.] aan [persoon B]:

“(…) Via [persoon C] ontving ik een bericht dat u graag een antwoord hebt op het te betalen van de nog openstaande posten. Graag maak ik van deze gelegenheid gebruik dat [persoon C] niet meer onze administrateur is. De afgelopen twee jaren waren niet makkelijk. (...) Helaas zijn we nu op een punt aangekomen dat de schulden te hoog oplopen en ook wij, tegen onze zin in vermoedelijk zullen moeten stoppen met ons bedrijf.

(...) bemoeilijkt ons voortbestaan op een zo dusdanige wijze dat wij hebben besloten de reguliere collecties terug te sturen naar de leverancier.

Een andere oplossing is een direct faillissement aan te vragen maar wij denken dat niemand daar op zit te wachten, en hopen dus op een oplossing in de vorm van directe teruggave van de nog resterende goederen.

In de komende week hoop ik dan ook met jullie tot een vergelijk te komen om deze zaak niet verder te laten escaleren. (...)”

f. [Persoon A] heeft hierop bij email van 29 juli 2019 (prod. 6 inl. dagv.) als volgt gereageerd: "(...) [Persoon B] en ik hebben je email gelezen. (...) Aanstaande woensdag in de ochtend wil ik naar de winkel komen om een gesprek te hebben en kijken hoe we constructief kunnen zijn zodat je een goede juwelierszaak kan opbouwen. [Plaats] heeft ruim plaats voor een middenklasse juwelierszaak die zeker toekomst kan hebben (...)."

g. Bij email van 12 augustus 2019 (prod. 7 inl. dagv.) schreef [persoon A] aan [geïntimeerde]: "(...) Ik was 2 weken terug bij je en toen hebben we afgesproken dat je binnen een paar dagen de voorraadlijst van alles wat je van ons in huis hebt per merk zou sturen (...)."

h. Bij email van 15 augustus 2019 (prod. 8 inl. dagv.) aan [appellante], [persoon B] en [persoon A] schreef [geïntimeerde]:

"Geachte relatie,

In de afgelopen 2 jaar van ons bestaan hebben wij enorm veel geïnvesteerd en een mooie juwelierszaak neergezet. Nu kort na onze start is de markt sterk veranderd. Juist dit is wat ons als echte juwelier nu de das om doet.

Verder gaan met hetgeen wij voor ogen hebben blijkt een foute en onverantwoorde keuze. Niet alleen in financieel opzicht maar ook voor de leverancier en voor ons zelf heeft het geen enkele zin om steeds meer geld bij te moeten leggen om de winkel enigszins draaiend te houden. Dan nog met aanzienlijke en niet te overziene verliezen achter te blijven. (...) doen ons besluiten de collecties te retourneren naar de leverancier. Dit besluit hebben wij genomen om zo tot een aanzienlijke schulden sanering te komen. Onze eerste optie is, het faillissement aan te vragen, maar hopelijk kunnen we dat nog uitstellen hoewel de eerlijkheid noopt te zeggen dat het eigenlijk de enige mogelijkheid is.

Het uitstel gaat alleen als alle leveranciers meewerken en bereid zijn om mogelijk een deel van de vordering mee af te schrijven. Het roer gaat nu definitief om, we gaan terug naar onze roods; het repareren van sieraden en mogelijk fabriceren.

(...)

Wij geven de gelegenheid uw collectie terug te komen halen. Wij verzoeken u een afspraak te maken zodat wij tijdig kunnen zorgen dat uw goederen klaar staan. (...)."

i. Bij email van 21 augustus 2019 (prod. 9 inl. dagv.) bericht [geïntimeerde] als reactie op de email van [persoon A] van 12 augustus 2019:

"Er wordt aan gewerkt."

ii. Op 23 augustus 2019 (prod. 3 inl. dagv.) is bij de Kamer van Koophandel geregistreerd dat [de B.V.] door middel van een turbo-liquidatie per 16 augustus 2019 is ontbonden en is opge-

houden te bestaan. [Y Holding B.V.] is eveneens door middel van een turbo-liquidatie ontbonden per 26 augustus 2019.

iii. Bij email van 26 augustus 2019 (prod. 10 inl. dagv.) schrijft [geïntimeerde] aan [persoon B] en [persoon A]:

"(...) Na lang en goed overwogen te hebben en ook de markt in ogenschouw genomen van de afgelopen maanden c.q. jaar, heb ik toch besloten om op een meer gevraagde markt mij te gaan begeven. Namelijk het fabriceren en repareren van sieraden en horloges. Met enkele deskundige hebben we een nieuwe indeling gemaakt voor de winkel waarin op korte termijn o.a. de werkbank voor in de winkel geplaatst gaat worden. Op dit moment zie ik geen ruimte voor verkoop van vele horloges c.q. sieraden en heb besloten om met de verkoop daarvan te stoppen. Vervolgens heb ik begrepen en van mijn vader vernomen dat hij zich eventueel nog wil inzetten om tot oplossingen te komen. Echter dat is voor mij niet aan de orde. Graag wil ik mijn zaak zelf proberen voort te zetten op een andere boeg en met diverse leveranciers helaas tot een goed einde te komen. (...)"

iv. De advocaat van [appellante] heeft [geïntimeerde] bij brief van 21 november 2019 (prod. 14 inl. dagv.) persoonlijk aansprakelijk gesteld voor het door [de B.V.] onbetaald gelaten schuld van per saldo € 33.968,74, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 30 augustus 2019. De advocaat van [appellante] legt aan die vordering ten grondslag dat [geïntimeerde] persoonlijk onzorgvuldig en onrechtmatig jegens [appellante] heeft gehandeld en oneigenlijk gebruik c.q. misbruik heeft gemaakt van de wettelijke regeling van de turbo-liquidatie. [Geïntimeerde] heeft haar aansprakelijkheid betwist.

v. Op 25 februari 2019 is opgericht de besloten vennootschap [XY B.V.] met als handelsnamen [Atelier] en [XY B.V.]. Enig aandeelhouder en bestuurder van de vennootschap is [geïntimeerde], het vestigingsadres van de onderneming is [adres]. De gegevens van deze vennootschap zijn op 28 februari 2019 in het handelsregister van de Kamer van Koophandel geregistreerd. Als startdatum van de onderneming is geregistreerd: [datum], als activiteiten: SBI-code: 4777 – Winkels in juweliersartikelen en uurwerken en SBI-code: 9525 – reparaties van uurwerken en juweliersartikelen. (prod. 13 inl. dagv.). Het in het uittreksel vermelde mobiele telefoonnummer van de vennootschap is hetzelfde als het in het uittreksel van [de B.V.] (prod. 3 inl. dagv.) genoemde mobiele telefoonnummer.

vi. Op 1 augustus 2020 heeft [geïntimeerde] op haar Facebook pagina bij een foto van het pand aan de [adres] bericht:

"Vandaag 01-08-2020 alweer 3 jaar geopend als 4e generatie!" (prod. 40 bij prod. 1 mvg).

Per 1 mei 2021 heeft [geïntimeerde] een tweede juwelierszaak geopend in een eind 2020 verworven pand aan de [adres 2] te [plaats] (prod. 39 bij prod. 1 mvg en prod. 4 mvg).

3.1.2. [Appellante] heeft in eerste aanleg de veroordeling gevorderd van [geïntimeerde] tot betaling van het bedrag van € 33.968,74, te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 30 augustus 2019. [Appellante] vorderde verder een bedrag van € 1.114,68 aan buitengerechtelijke kosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding, en veroordeling van [geïntimeerde] in de proceskosten en nakosten alsmede de met executie gemoeide afwikkelingskosten. [Appellante] legde aan haar vordering ten grondslag dat [geïntimeerde] zowel op grond van art. 11 van de op de overeenkomst tussen [appellante] en [de B.V.] toepasselijke Algemene Voorwaarden als op grond van aan haar persoonlijk te verwijten onrechtmatig handelen voor het gevorderde bedrag aansprakelijk kan worden gehouden.

3.1.3. Bij het tussenvonnis van 16 december 2020 wees de rechtbank het beroep op artikel 11 van de Algemene Voorwaarden als grondslag af (r.o. 4.4 vs 16 december 2020).

De rechtbank achtte [geïntimeerde] wel persoonlijk aansprakelijk op grond van een haar toe te rekenen onrechtmatige daad. De rechtbank verwierp de door [appellante] gestelde grondslag dat [geïntimeerde] onrechtmatig had gehandeld doordat zij ten tijde van de bestellingen wist of behoorde te weten dat [de B.V.] niet haar betalingsverplichtingen zou kunnen nakomen en daarvoor geen verhaal zou bieden (r.o. 4.13 vs 16 december 2020). De rechtbank achtte wel het standpunt van [appellante] gegrond dat [geïntimeerde] onrechtmatig had gehandeld door als bestuurder van [de B.V.] voor de ontbinding van [de B.V.] oneigenlijk gebruik te hebben gemaakt van de wettelijke regeling van de turboliquidatie (r.o. 4.17 vs 16 december 2020). Volgens de rechtbank diende voor de door [appellante] diens gevolge geleden schade te worden uitgegaan van de situatie waarin [appellante] zou hebben verkeerd indien geen turboliquidatie zou hebben plaatsgevonden en de situatie waarin zij door de turboliquidatie is komen te verkeren (r.o. 4.19 vs 16 december 2020). De rechtbank stelde bij het tussenvonnis van 16 december 2020 [geïntimeerde] in de gelegenheid om bij akte financiële informatie te verstrekken betreffende de financiële situatie van [de B.V.] ten tijde van de turboliquidatie, waaruit kan worden geconcludeerd welke baten er toen waren en welk deel daarvan aan [appellante] ten goede zou zijn gekomen indien geen turboliquidatie had plaatsgevonden.

3.1.4. Bij het tussenvonnis van 30 juni 2021 stelde de rechtbank beide partijen in de gelegenheid om bij nadere akte – zonder producties

– te reageren op elkaars standpunten na het tussenvonnis van 16 december 2020.

3.1.5. Bij het eindvonnis van 2 maart 2022 overwoog de rechtbank dat het na het tussenvonnis van 16 december 2020 alleen nog ging om de door [geïntimeerde] verstrekte financiële informatie ter vaststelling van de door [appellante] ten gevolge van de onterechte turboliquidatie vast te stellen schade. De rechtbank overwoog dat, voor zover [appellante] in haar akte na het tussenvonnis van 16 december 2020 verdere stellingen en nieuwe verwijten had geuit die geen verband hielden met de opdracht in genoemd tussenvonnis, deze door de rechtbank buiten beschouwing werden gelaten (r.o. 2.3 vs 2 maart 2022). De rechtbank herhaalde dat voor de vaststelling van de schade een vergelijking diende te worden gemaakt tussen de situatie waarin [appellante] door de turboliquidatie is komen te verkeren en de situatie waarin zij zou hebben verkeerd indien geen turboliquidatie zou hebben plaatsgevonden (r.o. 2.4 vs 2 maart 2022). De rechtbank nam aan dat, indien geen oneigenlijke turboliquidatie zou hebben plaatsgevonden, de onderneming van [de B.V.] zou zijn gestaakt en het aanwezige actief conform ieders rang onder de crediteuren zou zijn verdeeld (r.o. 2.5 vs 2 maart 2022). De rechtbank is voor de nog aanwezige activa, met inbegrip van een door de rechtbank geschatte goodwill van € 5.000,=, uitgegaan van activa ten bedrage van € 25.488,=. De rechtbank ging verder uit van geen schulden uit geldlening waarmee rekening diende te worden gehouden en een schuld aan openstaande crediteuren van afgerond € 90.577,= (waaronder € 38.000,= ofwel, afgerond 42%, van [appellante]). De rechtbank concludeerde dat bij een verdeling van de baten conform ieders rang aan [appellante] een bedrag van € 10.705,= zou zijn toegekomen. De rechtbank begrootte de schade van [appellante] ten gevolge van het onrechtmatig handelen van [geïntimeerde] op dit bedrag en wees dit bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 30 augustus 2019, toe. De rechtbank wees verder pro rato een bedrag van € 882,05 aan buitengerechtelijke kosten toe, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 22 januari 2020, en veroordeelde [geïntimeerde] in de proceskosten. De rechtbank wees het meer of anders gevorderde af.

3.2.1. [Appellante] is van de vonnissen van de rechtbank in hoger beroep gekomen. Zij heeft tegen die vonnissen 11 grieven aangevoerd. De grieven 1 tot en met 6 zijn gericht tegen het tussenvonnis van 16 december 2020, waarbij grief 3 tevens is gericht tegen de handhaving van het met die grief bestreden oordeel in het eindvonnis. Grief 7 is gericht tegen het tussenvonnis van 30 juni 2021. Met de grieven 8 tot en met 11 wordt opgekomen tegen rechtsoverwegingen en beslissingen in het eindvonnis van 2 maart

2022.concludeert tot bekrachtiging van het eindvonnis voor zover haar vordering daarbij is toegewezen, vernietiging van de bestreden vonnissen voor zover haar vordering niet is toegewezen en in hoger beroep opnieuw aan de orde is gesteld, en tot toewijzing alsnog van het resterende deel van haar vordering (€ 23.263,74 pro resto in hoofdsom, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 30 augustus 2019, en € 232,63 pro resto aan buitengerechtelijke kosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 22 januari 2022).

Zij vordert verder veroordeling van [geïntimeerde] in de proceskosten van beide instanties, met nakosten en vergoeding van executiekosten.

3.2.2. [Appellante] heeft haar vordering in hoger beroep in zoverre gewijzigd dat zij, indien en voor zover het hof niet direct tot een begroting van de door haar geleden schade kan komen, een verklaring voor recht vordert dat [geïntimeerde] onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld en dat de zaak voor de bepaling van de hoogte van de te vergoeden schade wordt verwezen naar de schadestaat procedure.

3.2.3. Het hof zal de grieven hierna deels gezamenlijk bespreken. Het hof zal daarbij de volgende drie aspecten onderscheiden: (i) contractuele aansprakelijkheid als grondslag, (ii) de maatstaf voor en inhoud van het aan [geïntimeerde] persoonlijk te verwijten onrechtmatig handelen en (iii) de hoogte van de daaraan toe te rekenen schade.

3.2.4. De grieven 5 en 7 behelzen enkele processuele bezwaren. Met grief 7 klaagt [appellante] erover dat de rechtbank bij het tussenvonnis van 30 juni 2021 haar het overleggen van verdere producties (37 t/m 42) heeft belet. Deze grief kan onbesproken blijven nu [appellante] de desbetreffende producties in hoger beroep heeft kunnen overleggen, zodat deze en de nadere stellingen van [appellante] alsnog bij de beoordeling zullen worden betrokken. Grief 5 zal bij de inhoudelijke bespreking van de grieven worden betrokken.

contractuele aansprakelijkheid op grond van artikel 11 Algemene Voorwaarden

3.3. In het tussenvonnis van 16 december 2020 (r.o. 4.4) heeft de rechtbank terecht overwogen dat [geïntimeerde] namens [de B.V.] overeenkomsten met [appellante] is aangegaan en namens [de B.V.] de toepasselijkheid van de Algemene Voorwaarden van [appellante] op die overeenkomsten heeft geaccepteerd. De rechtbank heeft eveneens terecht overwogen dat uit het enkele aangaan van die overeenkomsten namens [de B.V.] niet kan worden geconcludeerd dat [geïntimeerde] zich tevens in persoon hoofdelijk naast [de B.V.] jegens [appellante] heeft willen verbinden voor de voor [de B.V.] uit de overeenkomsten voortvloeiende verbintenissen.

Grief 2, waarin [appellante] het oordeel van de rechtbank over de gestelde contractuele aansprakelijkheid afwijst, faalt.

persoonlijk onrechtmatig handelen van [geïntimeerde]

3.4.1. In het tussenvonnis van 16 december 2020 (r.o. 4.5) heeft de rechtbank voor de beoordeling van de vraag of [geïntimeerde] persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden de onbetaald en onverhaalbaar gebleven vordering van [appellante] op [de B.V.] de juiste maatstaf tot uitgangspunt genomen. Die maatstaf is door de Hoge Raad als volgt verwoord in r.o. 3.5 van het arrest van 8 december 2006 in de zaak Ontvanger/X (ECLI:NL:HR:2006:AZ0758):

“(…) Het gaat in een geval als het onderhavige om benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering. Ter zake van deze benadeling zal naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van de degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 18 februari 2000, nr. C98/208, NJ 2000, 295).

Voor de onder (i) bedoelde gevallen is in de rechtspraak de maatstaf aanvaard dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden. In de onder (ii) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist

of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.”

3.4.2. De grieven van [appellante] betreffende haar vordering op grond van een aan [geïntimeerde] persoonlijk te verwijten onrechtmatig handelen komen er naar de kern genomen op neer dat de rechtbank bij de beoordeling onvoldoende acht heeft geslagen op het volledige complex van door [appellante] daarvoor gestelde feiten en omstandigheden. Volgens [appellante] heeft de rechtbank in het bijzonder miskend dat van een staking van de ondernemingsactiviteiten van [de B.V.] in dit geval nu juist geen sprake is geweest. [Geïntimeerde] heeft de in 2017 aan de [adres] te [plaats] geopende juwelierszaak in een aangepaste vorm succesvol voortgezet. Zij heeft dat echter niet gedaan in de bestaande vennootschap maar, hoewel dat voor een koerswijziging niet nodig was, in een nieuw opgerichte vennootschap met dezelfde bedrijfsactiviteiten. Zij heeft de activa en baten van [de B.V.] overgeheveld naar de nieuw opgerichte vennootschap en [de B.V.] met daarin achtergelaten schulden – in hoofdzaak die aan [appellante] – in een sterfhuisconstructie door een oneigenlijke turboliquidatie laten verdwijnen. Zij heeft dat als enig bestuurder van [de B.V.] gedaan buiten [appellante] om en met misleiding van [appellante] en geen rekening gehouden met de te respecteren belangen van [appellante] als schuldeiser. Er is sprake geweest van selectieve betalingen en ongelijke behandeling van gelijk te behandelen schuldeisers. [Geïntimeerde] heeft de paritas creditorum niet gerespecteerd.

3.4.3. Volgens [appellante] is de rechtbank, door niet alle gestelde feiten en omstandigheden voldoende en in onderlinge samenhang bij de beoordeling te betrekken, tot een te beperkte en onjuiste beoordeling gekomen. De rechtbank heeft:

(a) ten onrechte niet onderkend dat de door [appellante] gestelde de feiten en omstandigheden erop neer komen dat *‘[geïntimeerde] als bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt.’* De rechtbank heeft het gestelde onrechtmatig handelen ten onrechte niet aan de hand van dit onderdeel van de maatstaf (onderdeel (ii) van de in r.o. 3.4.1 geciteerde maatstaf) beoordeeld.

(b) voor de schadeberekening ten onrechte aangenomen dat, indien geen onterechte turboliquidatie zou hebben plaatsgevonden, de on-

derneming van [de B.V.] zou zijn gestaakt en de op dat moment aanwezige baten zouden zijn verdeeld en ten onrechte – met een ontoelaatbare aanvulling van feitelijke gronden – een schatting gemaakt die er op neerkwam dat [appellante] daaruit een bedrag van € 10.705,- zou hebben ontvangen.

3.4.4. Het hof acht door de grieven de vordering van [appellante] op grond van aan [geïntimeerde] als bestuurder van [de B.V.] persoonlijk te verwijten onrechtmatig handelen in volle omvang aan zijn oordeel onderworpen. Het hof zal die vordering hierna opnieuw beoordelen en daarbij mede de in hoger beroep verder nog gestelde of nader toegelichte feiten en omstandigheden en nader overgelegde producties betrekken. Verder zal het hof daarbij uitgaan van het door geen van beide partijen in hoger beroep bestreden oordeel van de rechtbank dat [geïntimeerde] voor de ontbinding van [de B.V.] per 26 augustus 2019 oneigenlijk gebruik heeft gemaakt van het instrument turboliquidatie.

3.5.1. [Appellante] stelt terecht dat voor een aanpassing van de bedrijfsvoering van [de B.V.] – concentratie op de fabricage en reparatie van sieraden en horloges – geen nieuwe vennootschap hoefde te worden opgericht. [Geïntimeerde] heeft dat wel gedaan en wel in een al op 24 februari 2019 opgerichte nieuwe vennootschap, die in het Handelsregister is geregistreerd als onderneming in dezelfde categorie bedrijfsactiviteiten (SPI codes 4777 en 9525) als [de B.V.] met een startdatum van 25 februari 2019.

3.5.2. Het hof acht voor de beoordeling verder de volgende, door [appellante] gestelde, door [geïntimeerde] niet of onvoldoende gemotiveerd betwiste en door overgelegde producties gestaafde feiten en omstandigheden van belang:

a. Na de oprichting van een nieuwe vennootschap en een start daarvan op 25 februari 2019 is [de B.V.] blijven voortbestaan.

b. In het winkelpand aan de [adres] worden sinds de opening van de winkel daar in de zomer van 2017 sieraden en horloges verkocht.

c. [Geïntimeerde] beschouwt de winkel aan de [adres] zelf in publicaties daarover als een en dezelfde door haar op 1 augustus 2017 geopende zaak (prod. 1, onderdeel 40, mvg, Facebook-pagina 1-1-2020 en prod. 5 mvg, artikel Brabants dagblad [datum]).

d. [Geïntimeerde] heeft, hoewel zij daartoe naar eigen zeggen begin 2019 de nieuwe vennootschap al had opgericht, pas bij email van 26 augustus 2019 aan [appellante] bericht dat zij had besloten om zich te gaan concentreren op de markt van fabricage en reparatie van horloges en juwelen.

e. [Geïntimeerde] heeft [appellante] op geen enkel eerder moment dan in de email van 26 augustus 2019 verzocht om de nog in haar bezit van [de B.V.] zijnde voorraad terug te nemen;

f. Zij heeft, ondanks een belofte daartoe, [appellante] geen inzicht gegeven in de omvang van die voorraad noch in die van eind juli 2019, waarom [appellante] had verzocht noch in die ten tijde van de oprichting van de nieuwe vennootschap. Zij heeft er voorts geen verklaring voor gegeven waarom zij bij email van 21 augustus 2019 (prod. 9 inl. dagv.) als reactie op de email van [persoon A] van 12 augustus 2019 (inzake de bij [de B.V.] nog aanwezige voorraad van [appellante]) nog berichtte *'Er wordt aan gewerkt'*, terwijl volgens de registratie bij de KvK [de B.V.] al per 16 augustus 2019 was ontbonden en was opgehouden te bestaan.

g. [Geïntimeerde] heeft van andere leveranciers dan [appellante] (Boss, Zinzi) wel de voorraden overgeheveld naar de nieuwe vennootschap.

h. [Geïntimeerde] heeft geen inzicht gegeven in wat er, in de periode dat de twee vennootschappen naast elkaar hebben voortbestaan, in welke vennootschap is gebeurd.

3.5.3. [Geïntimeerde] heeft zelf gesteld (cva 15) dat zij in het voorjaar van 2019 tot de conclusie is gekomen dat de onderneming van [de B.V.] moest worden gestaakt. Dat was ook het moment dat zij de nieuwe vennootschap heeft opgericht. Zij heeft er geen enkele verklaring voor gegeven waarom zij, als zij in februari 2019 al wist dat de onderneming van [de B.V.] moest worden gestaakt, pas in haar email van 26 juli 2019 aan [persoon B] hint op een *mogelijke* noodzaak om met het bedrijf te stoppen en pas bij haar email van 15 augustus 2019 aan [persoon B] en [persoon A] bericht dat zij had besloten de collecties aan de leveranciers te retourneren en hoopte om met de leveranciers tot een schuldsanering te komen. Zij heeft, hoewel de gestelde feiten en omstandigheden daartoe alle reden gaven, noch verklaard waarom een koerswijziging niet binnen [de B.V.] kon worden gerealiseerd noch waarom zij dat, bij haar keuze om dat in een nieuwe vennootschap te doen, niet op dat moment in samenspraak en overleg met de schuldeisers van [de B.V.] tot sanering van [de B.V.] is overgegaan. [Geïntimeerde] heeft, hoewel dat van haar mocht worden verwacht, op geen enkele wijze toegelicht waarom zij na de oprichting van een nieuwe vennootschap tot medio augustus 2019 in de beide vennootschappen tegelijk en buiten [appellante] om zaak is blijven voeren en zij heeft geen enkel inzicht gegeven in wat er in de desbetreffende periode in de twee vennootschappen is gebeurd. Ter comparitie in eerste aanleg verklaarde [geïntimeerde], toen haar werd voorgehouden dat zij met zo weinig informatie kwam, dat er ook weinig informatie was.

3.5.4. Naar het oordeel van het hof rechtvaardigen de door [appellante] gestelde feiten en omstandigheden, bij gebreke van een nadere overtuigende verklaring en uitleg daarvoor van

[geïntimeerde], het vermoeden dat, zoals door [appellante] wordt gesteld, [geïntimeerde] een meer rendabele bedrijfsvoering heeft willen realiseren door de lasten van de onderneming achter te laten in [de B.V.] en de profijtlijke onderdelen onder te brengen in een nieuwe vennootschap en dat zij met haar handelwijze heeft bewerkstelligd dat de haar niet welgevallige schuld van [de B.V.] onbetaald en onverhaalbaar is gebleven. Het hof neemt hierbij mede in aanmerking dat [geïntimeerde] op de comparitie in eerste aanleg zelf heeft verklaard dat *'het kleine beetje actief in [de B.V.]' naar 'de meest urgente crediteuren'* is gegaan en niet heeft betwist dat de voorraden van Boss en Zinzi en de daaraan verbonden schulden – waarvan [appellante] ter comparitie opmerkte dat de waarde van de voorraden de schulden daarvoor overtrof – wel van [de B.V.] naar de nieuwe vennootschap zijn overgegaan. Dat duidt erop dat [geïntimeerde] wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door haar hiervoor beschreven, bewerkstelligde handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Dat betekent dat haar daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

3.5.5. Nu [geïntimeerde] ook na het tussenvonnissen van de rechtbank van 16 december 2020 en in hoger beroep harerzijds niets heeft aangevoerd dat dit vermoeden kan ontzenuwen, acht het hof de grieven van [appellante] gegrond voor zover deze de klacht inhouden dat de rechtbank ten onrechte alleen de oneigenlijke turboliquidatie onrechtmatig heeft geacht. Gelet op het hiervoor overwogene moet [geïntimeerde] in bredere zin worden verweten dat zij als bestuurder van [de B.V.] heeft bewerkstelligd dat [de B.V.] de vordering van [appellante] onbetaald heeft gelaten. Dat, met andere woorden, sprake is geweest van betalingsonwil. De oneigenlijke turboliquidatie is slechts een onderdeel van dat aan [geïntimeerde] als bestuurder van [de B.V.] persoonlijk te verwijten onrechtmatig handelen.

de ten gevolge van het persoonlijk onrechtmatig handelen geleden schade

3.6.1. Het hiervoor overwogene is tevens van belang voor de klachten van [appellante] tegen de beoordeling door de rechtbank van de schade en het daarvoor door de rechtbank gehanteerde uitgangspunt. In geval van betalingsonwil draagt de schade van [appellante], naar zij in grief 11 terecht stelt, het volledige bedrag van haar onvoldaan gebleven vordering (€ 33.968,74).

3.6.2. [Appellante] stelt eveneens terecht dat, indien [geïntimeerde] zich wil beroepen op betalingsonmacht van [de B.V.], het aan haar is dergelijke betalingsonmacht aannemelijk te maken. Het is aan een bestuurder, die volledige

zeggenschap heeft over een vennootschap, om aannemelijk te maken dat de vennootschap niet heeft kunnen betalen en dat de gestelde betalingsonmacht niet haar oorzaak vindt in of gepaard gaat met betalingsonwil. Naar het oordeel van het hof heeft [geïntimeerde] onvoldoende gesteld om te kunnen concluderen dat de schade van [appellante] voor enig deel mede door betalingsonmacht is veroorzaakt. [Appellante] bestrijdt terecht het oordeel van de rechtbank dat een dergelijke conclusie zou kunnen worden verbonden aan de e-mailberichten van [geïntimeerde] van 26 juli 2019, 15 augustus 2019 en 26 augustus 2019 (r.o. 2.5 vs 2 maart 2022).

3.6.3. Bij die conclusie gaat de rechtbank eraan voorbij dat [geïntimeerde] al begin 2019 heeft geconstateerd dat de onderneming in de bestaande opzet niet renderde en de bedrijfsvoering diende te worden aangepast, dat de aangepaste bedrijfsvoering wel rendabel is gebleken en dat [geïntimeerde] niet heeft toegelicht waarom een herstructurering niet in [de B.V.] is/kon worden gerealiseerd. De verklaring van [geïntimeerde], dat in de nieuwe vennootschap een geheel andere onderneming werd gevoerd, staat haaks op de registratie in het Handelsregister van de bedrijfsactiviteit van die vennootschap (dezelfde categorieën als [de B.V.]) en is in tegenspraak met de in r.o. 3.1.1 sub m genoemde feiten en met de email van 26 augustus 2019 (r.o. 3.1.1 sub k), waarin [geïntimeerde] de nieuwe onderneming zelf presenteert als voortzetting van haar zaak 'op een andere boeg'. Als er al een – door [geïntimeerde] niet gestelde – gerechtvaardigde reden zou zijn geweest om de voortzetting van de zaak in een andere opzet in een nieuwe rechtspersoon onder te brengen, zou een sanering van [de B.V.], in overleg met alle schuldeisers, voorafgaande aan de start van de 'nieuwe' onderneming (per 25 februari 2019) voor de hand hebben gelegen. [Geïntimeerde] heeft niet toegelicht waarom zij dat niet heeft gedaan noch enig concreet inzicht gegeven in de liquiditeits- en vermogenspositie van [de B.V.] op dat moment. Bij gebreke van enig deugdelijk, door [geïntimeerde] niet verstrekt, inzicht in de liquiditeits- en vermogensposities van [de B.V.] en de nieuwe vennootschap waarin de onderneming met koerswijziging is voortgezet, is er onvoldoende grond om aan te nemen dat de – na terugname van voorraden resterende – schuld van [appellante] ook (deels) onvoldaan zou zijn gebleven als [geïntimeerde] de koerswijziging binnen [de B.V.] zou hebben gerealiseerd of al begin 2019 tot een sanering van [de B.V.] in overleg met alle schuldeisers zou zijn gekomen. [Geïntimeerde] heeft onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit kan blijken dat de niet betaling en het onverhaalbaar zijn van de schuld van [de B.V.] aan [appellante] niet (geheel) door betalingsonwil is veroorzaakt.

3.6.4. Grief 5 slaagt in zoverre dat de rechtbank bij het tussenvonnis van 16 december 2020 van [geïntimeerde] financiële informatie vroeg betreffende een naar het oordeel van het hof niet relevant moment. Dat laat onverlet dat de ingevolge dat vonnis door [geïntimeerde] bij akte van 13 januari 2021 verstrekte informatie deel uitmaakt van de processtukken, evenals het door [appellante] daartegen gevoerde verweer. De door [geïntimeerde] bij haar akte van 13 januari 2021 verstrekte gegevens leiden het hof niet tot een ander dan het hiervoor in 3.6.3 gegeven oordeel. Naar het oordeel van het hof heeft [geïntimeerde] met die gegevens – voor zover al relevant gezien de voortzetting van de bedrijfsvoering in een nieuw opgerichte vennootschap – evenmin deugdelijke, sluitende informatie verstrekt over de liquiditeits- en vermogenspositie van [de B.V.]. Zij stelde in haar akte alleen dat [de B.V.] verlieslatend was maar gaf geen onderbouwd inzicht in de vermogenspositie van [de B.V.] ten tijde van de oprichting van de nieuwe vennootschap of daarna. Zij vermeldde de opheffing per eind januari 2019 van een rekening van [de B.V.] bij de Rabobank maar legde van de volgens haar daarna nog als enige resterende (ING) rekening alleen een bankafschrift over betreffende de periode 12 tot en met 22 april 2019 (prod. 10). Het betreffende afschrift toont een beginsaldo van € 3.145,41 en resulteert met bijschrijvingen van € 3.112,84 en afschrijvingen van € 7.243,33 in een negatief eindsaldo van € 985,08. Ten aanzien van dat afschrift stelt [appellante] terecht dat daaraan zonder onderliggende informatie geen enkel inzicht kan worden ontleend. Zonder aansluitende afschriften kan bijvoorbeeld niet worden nagegaan of het bedrag van de lening [E] d.d. 26 februari 2019 van € 25.000,= (prod. 7 akte [geïntimeerde] d.d. 13 jan. 2021), dat vóór of uiterlijk 28 februari 2019 op deze ING-rekening zou worden gestort, daadwerkelijk daarop is overgemaakt. Op de comparitie in eerste aanleg heeft [geïntimeerde] verklaard dat de lening niet aan [de B.V.] maar aan de Holding was uitbetaald. Blijkens het afschrift is echter wel de maandaaflossing van de lening ten laste [de B.V.] betaald. [Appellante] heeft verder opgemerkt dat de bijschrijving van in totaal € 3.112,84 in de periode van 12 tot en met 22 april 2019 (ca. een derde van de maand april 2019) discrepantie vertoont met de door [geïntimeerde] in productie 8 bij haar akte genoemde omzet voor de hele maand april 2019 van € 18.729,00 en dat het in totaal afgeschreven bedrag van € 7.243,33 een viertal – voor een zakelijke rekening ongebruikelijke – opnames bij betaalautomaten omvat en afschrijvingen waarvan het de vraag is of deze wel ten laste van [de B.V.] horen te komen. [Geïntimeerde] is op geen van deze opmerkingen ingegaan. Zij heeft geen nadere financieel-administratieve bescheiden overgelegd, die inzicht geven in de daadwerkelijke liquiditeits- en vermogenspositie van [de B.V.], noch

van de – niet relevante – positie van [de B.V.] ten tijde van de oneigenlijke turboliquidatie noch van die ten tijde van de oprichting van de nieuwe vennootschap of van enig daartussen gelegen moment. Bij memorie van antwoord (89) heeft [geïntimeerde] slechts herhaald zij dat zij simpelweg niet over veel stukken beschikte.

3.6.5. Gezien het hiervoor overwogene, treffen de door [appellante] aangevoerde grieven 1, 4, 8, 9 en 10 doel. De rechtbank heeft miskend dat de oneigenlijke turboliquidatie slechts onderdeel uitmaakte van het aan [geïntimeerde] als bestuurder van [de B.V.] persoonlijk verweten onrechtmatig handelen. De rechtbank heeft ten onrechte niet geconcludeerd dat bij [de B.V.] sprake is geweest van betalingsonwil en dat in geval van betalingsonwil de schade in beginsel het volledige bedrag van de onbetaald gebleven vordering bedraagt. De rechtbank heeft onvoldoende onderkend dat het aan de aangesproken bestuurder is om aannemelijk te maken dat de niet-betaling aan betalingsonmacht is te wijten en niet aan betalingsonwil. De rechtbank heeft voorts ten onrechte de beperkte, onvolledige en onvoldoende onderbouwde financiële gegevens die door [geïntimeerde] zijn verstrekt toereikend geacht voor haar oordeel dat bij [de B.V.] sprake is geweest van betalingsonmacht. Dit klempt temeer nu het enkele feit dat een rechtspersoon op enig moment niet over voldoende financiële middelen beschikt om een vordering van een schuldeiser te voldoen, nog niet de conclusie rechtvaardigt dat sprake is geweest van betalingsonmacht en niet van betalingsonwil.

3.6.6. Grief 6, betreffende het als speculatief passeren door de rechtbank (r.o. 4.20 vs 16 december 2020) van de stelling van [appellante] dat [geïntimeerde] in geval van faillissement door de curator in privé aansprakelijk zou zijn gehouden, is voor de nadere beoordeling niet van belang en kan onbesproken blijven. Het hof houdt het er voor dat [appellante] met de verwijzing naar de regeling in art. 2:248 lid 2 BW heeft willen benadrukken dat van de bestuurder van een rechtspersoon mag worden verlangd dat een deugdelijke administratie wordt gevoerd en tijdig jaarrekeningen worden gedeponneerd en dat de consequenties van het ontbreken daarvan in beginsel voor rekening van de bestuurder dienen te komen. Het uitgangspunt dat het aan de bestuurder van een vennootschap is om aannemelijk te maken dat het onbetaald gebleven zijn van de vordering van een schuldeiser aan betalingsonmacht en niet aan betalingsonwil is te wijten, is in lijn met dat standpunt.

conclusie

3.7.1. Het slagen van de grieven zoals hiervoor aangegeven, betekent dat het eindvonnis waarvan beroep dient te worden vernietigd. Het hof zal voor de overzichtelijkheid het eindvonnis in zijn geheel, met de aan dat vonnis vooraf gegane

tussenvonnissen, vernietigen en de vordering van [appellante] alsnog geheel toewijzen. [Geïntimeerde] zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van beide instanties worden verwezen. De mede gevorderde nakosten en wettelijke rente over de proceskosten zullen eveneens worden toegewezen, met dien verstande dat ten aanzien van de wettelijke rente over de proceskosten zal worden bepaald dat deze bij niet voldoening binnen veertien dagen na de uitspraak van dit arrest verschuldigd zal zijn vanaf de vijftiende dag nadien. Het arrest zal op de daartoe door [appellante] gedane vordering uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

3.7.2. De voorwaardelijke wijziging van eis – die het hof overigens niet in strijd met een goede procesorde acht – kan onbesproken blijven.

3.7.3. Aan het aanbod van [geïntimeerde] tot nader bewijs wordt als niet ter zake dienende en/of onvoldoende concreet voorbijgegaan. De specifiek door [geïntimeerde] te bewijzen aangeboden afspraken tussen [de B.V.] en [appellante] en de tussen hen plaatsgevonden gesprekken over de financiële omstandigheden van [de B.V.] zijn niet relevant voor de informatie die van [geïntimeerde] in de onderhavige procedure mag worden verlangd omtrent de liquiditeits- en vermogenspositie van [de B.V.]. De omstandigheid dat [geïntimeerde] op een eerder moment [appellante] inzage heeft aangeboden in financiële gegevens van [de B.V.] en dat [appellante] daarin op dat moment geen interesse heeft getoond, doet er niet aan af dat in deze procedure van [geïntimeerde] een deugdelijk inzicht in de financiële gesteldheid van [de B.V.] mag worden verlangd. [Geïntimeerde] heeft niet betwist dat geen jaarrekeningen voorhanden zijn waaruit die gesteldheid kan blijken en zij heeft daarvoor onvoldoende financiële gegevens en geen deugdelijke administratieve onderbouwing daarvan verstrekt. Zij heeft gesteld over weinig gegevens te beschikken en heeft niet concreet heeft aangegeven van welke ontbrekende en relevante gegevens zij alsnog bewijs zou kunnen bijbrengen.

4 De uitspraak

Het hof:

vernietigt het eindvonnis van 2 maart 2022 en de daaraan voorafgegane tussenvonnissen van 16 december 2020 en 30 juni 2021, en opnieuw rechtdoende:

veroordeelt [geïntimeerde] om aan [appellante] een bedrag van € 33.968,74 te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf 30 augustus 2019 tot aan de dag van voldoening; veroordeelt [geïntimeerde] om aan [appellante] een bedrag van € 1.114,68 aan buitengerechtelijke incassokosten te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel

6:119 BW vanaf 22 januari 2020 tot aan de dag van voldoening; veroordeelt [geïntimeerde] in de proceskosten van het geding in eerste aanleg en in die van het hoger beroep, aan de zijde van [appellante] tot op heden voor de eerste aanleg begroot op € 2.142,89 aan verschotten en € 1.407,50 aan salaris advocaat en in hoger beroep op € 2.135,= aan verschotten en € 1.531,= aan salaris advocaat; veroordeelt [geïntimeerde] in de nakosten, aan de zijde van [appellante] begroot op €157,00 zonder betekening en € 239,00, te vermeerderen met de exploitkosten, indien betekening plaatsvindt; bepaalt dat bij niet voldoening van de proceskosten binnen veertien dagen na deze uitspraak, over de proceskosten de wettelijke rente van art. 6:119 BW verschuldigd zal zijn vanaf de vijftiende dag na deze uitspraak; verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad; wijst af het in hoger beroep meer of anders gevorderde. Dit arrest is gewezen door mrs. O.G.H. Milar, R.A. van der Pol en J.N. de Blécourt en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 14 maart 2023.

RO 2023/50

RECHTBANK DEN HAAG

9 mei 2023, nr. C/09/642737 / KG ZA 23-126
(Mr. H.J. Vetter)

Art. 2:8, 2:244, 6:217 BW

ECLI:NL:RBDHA:2023:6671

Statutair bestuurder. Bindende afspraken Verbod beëindiging managementovereenkomst.

Wie zijn partij bij de overeenkomst die voortvloeit uit de afspraken over opzegging van de managementovereenkomst zoals opgenomen in de Aangevulde Notitie en is er wel sprake van afspraken waaruit afdwingbare verplichtingen voortvloeien?

(De BV's van) eiser (bestuurder 1), zijn broer (bestuurder 3) en zijn neef (bestuurder 2) zijn bestuurders en (voor gelijke delen) aandeelhouders van de holding die enig aandeelhouder is van de werkmaatschappij. Zij werken samen in de bloemengroothandel. Alle drie hebben zij een managementovereenkomst met de holding, waaruit zij inkomen krijgen. De notaris heeft concepten opgesteld voor een aandeelhoudersovereenkomst, waarvan het doel was om duidelijke afspraken te maken over de opbouw van de onderneming en de toekomstige uittreding van eiser en zijn broer. Vervolgens zijn er afspraken gemaakt tussen de drie aandeelhouders, die zijn vastgelegd in de

Aangevulde Notitie. Eén van deze afspraken is dat eiser als bestuurder van de holding zal aan blijven. De aandelen zullen worden geletterd, waarbij iedere letter zijn eigen bestuurder mag benoemen. Voor opzegging van de managementovereenkomst van eiser zal het akkoord van de volledige directie noodzakelijk zijn en de managementovereenkomst zal uitsluitend opzegbaar zijn bij arbeidsongeschiktheid en dringende reden. Een nadere uitwerking van deze afspraken moet nog volgen.

Na de algemene vergadering van de holding heeft de notaris het concept van de aandeelhoudersovereenkomst aangepast. De neef werkt echter niet mee aan de uitwerking van de afspraken. De verhoudingen raken verstoord, omdat de neef – die intussen bestuurder is geworden van de werkmaatschappij – zich steeds meer autoritair is gaan gedragen.

De neef doet een voorstel om uit elkaar te gaan, dat door de eiser wordt geweigerd. Eiser vreest dat hij ontslagen wordt als bestuurder van de holding en dat zijn managementovereenkomst wordt opgezegd. Bij de voorzieningenrechter vordert hij een verbod om een besluit dienaangaande te nemen.

Vzr.: Bestuurder 1 en 2 zijn partij bij de overeenkomst; zij hebben voor overeenstemming getekend. Bestuurder 3 is ook partij; hij was nauw betrokken bij de totstandkoming van de notitie en hij was aanwezig bij algemene vergadering, waarin de Aangevulde Notitie, zoals dat in de notulen is vastgelegd, is gecontroleerd. Hij heeft feitelijk niet de Aangevulde Notitie getekend, maar aangenomen moet worden dat hij met de inhoud daarvan heeft ingestemd en zich daar ook aan heeft willen binden. En zou deze conclusie te ver gaan, dan moet worden aangenomen dat, gelet op de redelijkheid en billijkheid, hij zich overeenkomstig deze afspraken dient te gedragen. De holding is geen partij.

Er is sprake van afspraken waaruit afdwingbare verplichtingen voortvloeien. In de Aangevulde Notitie zijn concrete afspraken gemaakt, en dat geldt zeker voor de afspraken waarvan bestuurder 1 in dit kort geding (in wezen) nakoming verlangt. De Aangevulde Notitie brengt met zich, dat de managementovereenkomst van bestuurder 1 in stand kan blijven (behalve bij arbeidsongeschiktheid of dringende reden).

De voorzieningenrechter zal de vordering die bestuurder 1 c.s. verbiedt de managementovereenkomst met bestuurder 1 op te zeggen (met inachtneming van de uitzonderingen) toewijzen.

In de Aangevulde Notitie staat ook de afspraak dat bestuurder 1 een vetorecht zal hebben over zijn ontslag als bestuurder van de holding. Dit wordt geconcretiseerd door de introductie van letteraandelen en 'letterbestuurders'. Totdat de uitwerking heeft plaatsgevonden, heeft de regel te gelden dat voor ontslag van bestuurder 1 een unaniem besluit van de algemene vergadering nodig is. Er is geen aanleiding voor bestuurder 1 om te