

zieningenrechter gaat ervan uit dat daar ook geen voorziening voor behoeft te worden getroffen, omdat duidelijk is dat [gedaagde] na waardering tot uitkering zal moeten overgaan. Welk belang [eiseres] heeft bij toewijzing van een vordering die ertoe strekt dat er een notaris of een onzijdig persoon wordt benoemd of dat [gedaagde] wordt geboden om mee te werken aan verdeling en toedeling van de gemeenschap van de VOF valt, zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, niet in te zien. Deze vordering zal dus worden afgewezen.

4.9. De vordering sub 3 is ook niet toewijsbaar. Vastgesteld moet worden dat [eiseres] vanaf 1 januari 2023 werkzaamheden heeft verricht ten behoeve van/in opdracht van (de eenmanszaak van) [gedaagde]. [Gedaagde] is gehouden om [eiseres] daarvoor een vergoeding te betalen. [Gedaagde] heeft dat, tot nu toe, ook gedaan en hij heeft toegezegd dat hij de tot op heden gebruikelijke vergoeding ook blijft voldoen zolang [eiseres] haar werkzaamheden blijft verrichten. Dat die vergoeding niet volstaat voor de (na ontbinding van de VOF) door [eiseres] verrichte werkzaamheden en dat dit een bedrag zou moeten zijn van 50% van de winst die de onderneming genereert, kan niet worden vastgesteld in dit kort geding. Overigens is de voorzieningenrechter ook niet gebleken van een spoedeisend belang van [eiseres] bij betaling van een hoger bedrag dan het bedrag dat zij de afgelopen periode heeft ontvangen.

4.10. De vordering sub 4 zal worden afgewezen. Als uitgangspunt heeft te gelden dat verichtingen voorafgaand aan dit geding worden gezien als voorbereiding van de gedingstukken en instructie van de zaak, waarvoor in de proceskostenveroordeling een vergoeding wordt toegekend. De advocaat van [eiseres] heeft met zijn verwijzing naar het aanleggen van een dossier, het aanmanen van [gedaagde] (wat hij volgens de overgelegde stukken één keer heeft gedaan), het corresponderen met zijn cliënt en het hebben van divers telefonisch overleg onvoldoende onderbouwd dat sprake is van afzonderlijk voor vergoeding in aanmerking komende kosten die rechtvaardigen dat er een uitzondering wordt gemaakt op dit uitgangspunt.

4.11. Ten overvloede overweegt de voorzieningenrechter nog het volgende. [Gedaagde] heeft meermaals, tijdens de discussie tussen partijen, kenbaar gemaakt dat hij zich niet gehouden acht een vergoeding wegens goodwill aan [eiseres] te voldoen. Die visie houdt geen stand. In het algemeen zal bij de voortzetting van de onderneming van een vof aan de uittreder diens aandeel in (de waarde van) de winstpotentie van de onderneming verschuldigd zijn, tenzij partijen anders zijn overeengekomen. In dit geval zal het aan de deskundigen zijn de waarde van de winstpotentie, gelet op alle relevante omstandigheden, vast te stellen.

4.12. [Gedaagde] zal, als de overwegend in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding. Onder de proceskosten vallen ook de nakosten die in dit geval afzonderlijk zijn gevorderd. De nakosten worden begroot op het bedrag genoemd in het liquidatietaarif civiel (per 1 februari 2023: € 173,-). In geval van betekening worden een extra bedrag aan salaris (per 1 februari 2023: € 90,-) en de exploitkosten van betekening toegekend. De proceskosten, de nakosten en de exploitkosten dienen te worden betaald binnen veertien dagen na de betekening van dit vonnis. Bij gebreke van tijdige betaling is [gedaagde] de wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten verschuldigd.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1. beveelt [gedaagde] om binnen een week na dagtekening van dit vonnis een deskundige aan te wijzen en er daarna op eerste verzoek aan mee te werken dat zijn deskundige en de door [eiseres] aangewezen deskundige samen een derde deskundige aanwijzen en dat deze drie deskundigen samen de waarde van de onderneming per 31 december 2022 bepalen, een en ander op de wijze zoals beschreven in artikel 14 lid 4 van de vennootschapsovereenkomst, een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 1.000,- per dag tot een maximum van € 50.000,- bij niet nakoming van een van deze verplichtingen;

5.2. veroordeelt [gedaagde] om binnen veertien dagen na de betekening van dit vonnis de kosten van dit geding aan [eiseres] te betalen, tot dusverre aan de zijde van [eiseres] begroot op € 1.522,14, waarvan € 1.079,- aan salaris advocaat, € 314,- aan griffierecht en € 129,14 aan dagvaardingskosten, te vermeerderen met nakosten zoals vermeld in 4.11, en bepaalt dat [gedaagde] bij gebreke van tijdige betaling de wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten verschuldigd is, op de wijze zoals onder 4.11 vermeld;

5.3. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.4. wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.J. Vetter en in het openbaar uitgesproken op 31 juli 2023.

RO 2023/64

RECHTBANK LIMBURG

5 juli 2023, nr. C/03/310809 / HA ZA 22-475
(Mr. B.R.M. de Bruijn)

Art. 2:248 lid 1, lid 4 BW

ECLI:NL:RBLIM:2023:4202

Bestuurdersaansprakelijkheid. Onbehoorlijke taakvervulling. Matiging.

Dient een redelijk handelend bestuurder een inschatting te hebben gemaakt van de benodigde liquide middelen, alvorens hij start met ondernemingsactiviteiten?

New Life Kraamzorg B.V. (New Life) is in januari 2019 opgericht. Gedaagde 1 (Gedaagde) is rechtspersoon-bestuurder en enig aandeelhouder van New Life. Gedaagde 2 is natuurlijk persoon-bestuurder en enig aandeelhouder van Gedaagde. New Life sluit met drie kraamverzorgers arbeidsovereenkomsten per 1 februari 2019 voor de duur van één jaar en voor minimaal 120 uren per maand. Begin maart 2019, enkele dagen na het aflopen van de proeftijd, ontvangen de kraamverzorgers opzeggingen, nadat New Life zonder resultaat heeft geprobeerd de drie arbeidsovereenkomsten te wijzigen. De kraamverzorgers stellen dat de opzeggingen onregelmatig zijn. New Life vraagt daarop haar faillissement aan. In mei 2019 wordt het faillissement uitgesproken. De kantonrechter bevestigt kort daarna in juni 2019 het standpunt van de kraamverzorgers. De schulden in het faillissement betreffen overigens enkel New Life's loondoorbetalingsverplichtingen jegens de kraamverzorgers (en het salaris van de curator). De curator stelt dat Gedaagde onbehoorlijk bestuur kan worden verweten en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van New Life.

Rb.: De rechtbank volgt die stelling van de curator. Zij oordeelt dat van een redelijk handelend bestuurder mag worden verwacht dat deze, voorafgaand aan het voeren van ondernemingsactiviteiten middels de rechtspersoon, een adequate inschatting heeft gemaakt van de benodigde liquide middelen en zich ervan heeft vergewist dat deze, in ieder geval in de opstartfase, voorhanden zijn. Als in de opstartfase wordt of moet worden voorzien dat die liquiditeit niet onmiddellijk uit de inkomsten kan worden verkregen, dan dient daarvoor een andere voorziening getroffen te zijn. Het gaat erom of de met de operationele activiteiten gemoeide uitgaven kunnen worden betaald uit de inkomsten of bronnen. Indien andere voorzieningen – zoals het verkrijgen van (start)financiering of financiële dekking van gelieerde partijen – niet mogelijk zijn, moet de bestuurder besluiten de ondernemingsactiviteiten niet te starten.

Op basis van een eigen prognose wist of behoorde Gedaagde te weten dat New Life in de eerste maanden niet aan haar essentiële verplichtingen zou kunnen voldoen en er geen andere voorzieningen daarvoor zouden zijn. Gedaagde heeft er toch voor gekozen de ondernemingsactiviteiten te entameren. En wordt daarmee terecht verweten dat zij niet heeft gezorgd voor een voldoende financiële basis bij het starten van de ondernemingsactiviteiten van New Life. Dat laatste heeft te gelden als een belangrijk oorzaak van het faillissement. Gedaagden doen overigens tevergeefs een verzoek tot matiging van het bedrag waarover aansprakelijkheid bestaat. Zij zijn wel

succesvol in het verzet tegen de gevorderde uitvoerbaar bij voorraad-verklaring. Indien de curator zou overgaan tot executie en de veroordeling door een hogere rechter zou worden teruggedraaid, dan zouden zij slechts een concurrente boedelvordering hebben. Een dergelijke vordering zou hoogstwaarschijnlijk niet kunnen worden geïnd. Een dergelijke restitutierisico weegt zwaarder dan het gestelde belang van de curator.

Zie ook:

- HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:635, RO 2023/38;
- HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, RO 2022/39;
- HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, RO 2019/14 (Geocopter);
- HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, NJ 2001, 454 (Panmo);
- Hof Amsterdam 14 november 1991, ECLI:NL:GHAMS:1991:AC3872, NJ 1993/18;
- Hof 's-Hertogenbosch 6 december 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:4179;
- Rb. Midden-Nederland 2 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6241, RO 2015/75;
- Rb. Rotterdam 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7549, RO 2020/67.

Wenk:

In deze wenk ga ik in op de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder, indien na oprichting van de vennootschap wordt gestart met ondernemingsactiviteiten terwijl sprake is van een financieel onhoudbare situatie. In onderhavige procedure heeft een dergelijke situatie zich voorgedaan, waarbij de vennootschap (op eigen verzoek) failliet is verklaard. De curator spreekt de bestuurder op basis van art. 2:248 lid 1 BW met succes aan.

Na faillietverklaring is het bestuur aansprakelijk voor het volledige boedeltekort als: (i) hij zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld; en (ii) aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Volgens vaste rechtspraak kan slechts worden gesproken van onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:248 BW als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben. Daarbij dient de rechter het onbehoorlijk bestuur te toetsen aan de omstandigheden van het geval (HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, NJ 2001, 454 (Panmo)). Om voorts te kunnen spreken van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en daarmee onbehoorlijk bestuur, dient de bestuurder ten tijde van de uitvoering objectieve wetenschap te hebben gehad of behoren te hebben gehad van eventuele schuldeisersbenadeling daardoor (Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2018:1139, bij HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, RO 2019/14).

(*Geocopter*), punt 3.19). De Minister van Justitie verwoordde het als volgt: “*Steeds moet het gaan om handelingen die uiteindelijk de schuldeisers duperen. Het besef hiervan moet bij het bestuur aanwezig zijn. De bestuurders zouden dat besef in elk geval moeten hebben gehad bij enig doordenken van hun handelen of hun nalaten*” (*Handelingen II* 1984/85, 16631, p. 6337). Bij mijn weten is de vereiste aanwezigheid van de objectieve wetenschap nog niet bevestigd door Hoge Raad (vgl. HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, *Ondernemingsrecht* 2019/89, m.nt. M.L. Lennarts, p. 495). Wel veelvuldig door verschillende rechtbanken en gerechtshoven (zie M.L. Lennarts, ‘(Waar) hoort voorzienbaarheid van benadeling van schuldeisers thuis in het toetsingskader van art. 2:138/248 BW?’, *Tvl* 2021/9).

De rechtbank Limburg spreekt in haar vonnis niet expliciet over eventuele wetenschap of voorzienbaarheid van benadeling van schuldeisers, die de bestuurder al dan niet zou hebben gehad ten tijde van het aangaan van de arbeidsovereenkomsten met de kraamverzorgers. Zij overweegt het volgende waaruit wel volgt dat er wetenschap of voorzienbaarheid was of had behoren te zijn dat met dergelijk handelen een faillissementssituatie onafwendbaar zou zijn (en impliciet dat daardoor schuldeisers benadeeld zouden kunnen worden). De gedaagde had immers een liquiditeitsbegroting opgesteld, waaruit bleek dat er in de eerste vijf maanden sprake zou zijn van een liquiditeitstekort. Op basis daarvan wist de bestuurder dat New Life de loonkosten niet zou kunnen voldoen. Voorts wist of behoorde de bestuurder te weten dat het tijdelijk onbetaald laten van de loonkosten geen optie zou zijn, omdat de uitvoering van New Life's ondernemingsactiviteiten volledig afhankelijk was van de uitvoering daarvan door de drie kraamverzorgers. Daar komt nog bij dat de bestuurder al vanaf het begin wist dat New Life geen (start)financiering zou verkrijgen. New Life was dus eigenlijk vanaf het begin niet in staat om haar schuldeisers, die overigens enkel de drie kraamverzorgers betroffen, te voldoen.

De rechtbank oordeelt om die redenen dat van een redelijk handelend bestuurder mag worden verwacht dat deze, voorafgaand aan het voeren van ondernemingsactiviteiten middels de rechtspersoon, een adequate inschatting heeft gemaakt van benodigde liquide middelen en zich ervan heeft vergewist dat deze, in ieder geval in de opstartfase, voorhanden zijn. In de opstartfase van de onderneming gaat het er daarbij om dat, als wordt of moet worden voorzien dat de benodigde liquiditeit niet onmiddellijk uit de inkomsten kan worden verkregen, daarvoor

een andere voorziening is getroffen. De rechtbank vervolgt met de overweging dat dit niet de kwestie betreft van verlies of winst draaien maar de vraag of de met de operationele activiteiten gemoeide uitgaven betaald kunnen worden uit de inkomsten of andere bronnen. Anders is een faillissement aanstaande. Deze overweging is begrijpelijk. Het is immers niet ongebruikelijk dat er in de opstartfase van het ondernemen verliezen worden geleden. Die (tijdelijke) verliezen dienen opgevangen te kunnen worden. Ik denk dan aan bronnen zoals een werkkapitaalfinanciering, spaargeld of ander inzetbaar vermogen. Op deze manier kunnen schuldeisers – zoals werknemers en/of toeleveranciers – voldaan blijven worden. Daar komt nog volgens de rechtbank bij dat Gedaagde feitelijk geen voorzieningen heeft getroffen, althans daar geen gebruik van heeft gemaakt. In plaats daarvan heeft hij een evidente fout gemaakt door buiten de proeftijd de arbeidsovereenkomsten onregelmatig op te zeggen. Die fout heeft geleid tot het niet meer beschikbaar zijn van arbeidskrachten, die cruciaal waren voor het voortbestaan van de onderneming.

De rechtbank geeft met voornoemd oordeel een duidelijke richtsnoer mee aan bestuurders van nieuwe ondernemingen. Zij dienen ten aanzien van opstartfase een deugdelijke kosten/baten analyse te hebben gemaakt en zo nodig voldoende liquide middelen aangetrokken of voorhanden te hebben. Indien de vennootschap niet in staat zal zijn haar schulden te voldoen, dienen ondernemingsactiviteiten gepauzeerd te worden. Dat een rechter een bestuurder verantwoordelijk kan houden voor het boedelte kort vanwege feitelijk “*roekeloos, lichtzinnig, onbezonnen en onverantwoordelijk gedrag, [of] gebrek aan capaciteiten die men in redelijkheid aan een bestuurder van een rechtspersoon mag stellen (...)*” (*Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 9, p. 20; HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, *NJ* 2001, 454 (*Panmo*)), is niet nieuw. Zo was eerder sprake van onbehoorlijk bestuur, omdat: (i) de onderneming met te weinig liquide middelen van start was gegaan (Hof Amsterdam 14 november 1991, ECLI:NL:GHAMS:1991:AC3872, *NJ* 1993/18; (ii) de liquide middelen in de opstartfase uitgeput waren en de bestuurder onder meer arbeidsovereenkomsten is aangegaan zonder dat sprake was van (aanvullende) financiering en helder was dat de vennootschap de daaruit voortvloeiende verplichtingen niet zou kunnen nakomen (Rb. Midden-Nederland 2 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6241, *RO* 2015/75; (iii) de financiële positie van de vennootschap vanaf de start ongezond was en leidde tot een faillissement (Rb. Rotterdam 19

augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7549, RO 2020/67; en (iv) bij het starten van een onderneming deugdelijke financiering ontbrak, waarbij van belang was of bij de start van de activiteiten bij de bestuurder bekend was dat, zonder nadere maatregelen, van meet af aan sprake zou zijn van een aanzienlijk liquiditeitstekort en dus van een aanzienlijke financieringsbehoefte (Hof 's-Hertogenbosch 6 december 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:4179).

Gedaagden in onderhavige zaak hebben tevergeefs een beroep op matiging ex art. 2:248 lid 4 eerste volzin BW gedaan. De rechtbank Limburg overweegt terecht dat het bedrag gematigd kan worden, indien dat bedrag de rechter bovenmatig voorkomt, geleet op: (i) de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling; (ii) andere oorzaken van het faillissement; en (iii) de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld. De rechtbank wijst het beroep tot matiging af, omdat de rechtbank oordeelt dat de *primaire* oorzaak voor rekening van de bestuurder komt (cursivering MCH). In dat kader is relevant dat de rechtbank oordeelt dat niet aanmerkelijk is gemaakt dat het disfunctioneren van de (drie) kraamverzorgers (mede) een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. De andere gestelde oorzaak, zoals het tekort aan personeel, wordt zonder nadere motivering afgewezen. Een dergelijke afwijzing is wat mij betreft in elk geval onvoldoende gemotiveerd door de rechtbank, juist omdat art. 2:248 lid 4 BW spreekt over “andere oorzaken van het faillissement” (cursivering MCH). De rechtbank oordeelt terecht dat matiging niet kan, omdat de hoogte van de bij de bepaling van het faillissementstekort betrokken schulden betwist worden. Dit is in lijn met recente arresten van de HR (HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, RO 2022/39; en HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:635, RO 2023/38). Waar de bestuurders in onderhavige zaak evenwel een beroep op hadden kunnen doen, is dat zij geen persoonlijk voordeel hebben genoten als gevolg van de onbehoorlijke taakvervulling. Dat kan, volgens de Hoge Raad, in aanmerking worden genomen bij de beoordeling of de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling aanleiding tot matiging geeft. Omgekeerd ligt het volgens de Hoge Raad voor de hand dat de rechter minder reden voor matiging ziet als blijkt dat de bestuurder van zijn onverantwoordelijk gedrag heeft geprofiteerd (HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:635, RO 2023/38). Daardoor lijkt een hoger beroep in de gegeven omstandigheden niet bij voorbaat kansloos. Onderhavig oordeel wijkt concluderend niet af van eerdere rechtspraak aangaande onderfinanciering. De les is: bestuurder, bezint

eer ge begint. Start niet met ondernemingsactiviteiten, voordat er voldoende liquide middelen zijn om de beginfase te trotseren.

M.C. Hoeba

Vonnis in de zaak van

Mr. M.M.H.J. Rompelberg in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [naam failliet], eiser in conventie, verweerder in reconventie, advocaat mr. T.J.A. Caron te Voerendaal, tegen

1. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [gedaagde in conventie, eiseres in reconventie],
2. [Gedaagde in conventie, eiser in reconventie], advocaat mr. C.A. Mascini te Breda.

Rechtbank, locatie Maastricht:

1 De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - de dagvaarding met producties 1 tot en met 41,
 - de door de curator overgelegde beslagstukken,
 - de conclusie van antwoord tevens houdende de eis in reconventie met productie 1 tot en met 12,
 - de conclusie van antwoord in reconventie met productie 42 tot en met 45,
 - het B-formulier namens de bestuurders waarbij ten behoeve van de mondelinge behandeling producties 13 tot en met 17 zijn overgelegd,
 - het proces-verbaal van mondelinge behandeling van 11 mei 2023,
 - de bij gelegenheid van de mondelinge behandeling door mrs. Caron en Mascini voorgelegde spreekkaantekeningen,
 - de brief van mr. Mascini van 16 mei 2023,
 - de brief van mr. Caron van 16 mei 2023,
 - de reactie per brief van de griffier op voormelde brieven van 17 respectievelijk 22 mei 2023.
- 1.2. Na het sluiten van de mondelinge behandeling is vonnis bepaald.

2 De feiten

- 2.1. Op 8 januari 2019 is de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [naam failliet] (verder: ‘[naam failliet]’) opgericht. Bestuurder en enig aandeelhouder is vanaf de oprichting [gedaagde in conventie, eiseres in reconventie] van wie [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] de enig bestuurder en aandeelhouder is.
- 2.2. De bedrijfsactiviteiten van [naam failliet] bestonden uit het verrichten van diensten op het gebied van kraamzorg. Daartoe zijn drie

kraamverzorgenden per 1 februari 2019 in dienst genomen. Met deze werknemers zijn arbeidsovereenkomsten voor de duur van één jaar en voor minimaal 120 uur per maand overeengekomen.

2.3. Op 28 februari 2019 heeft [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] namens [naam failliet] een e-mail aan de drie werknemers van [naam failliet] gezonden. Daarin stond onder meer het volgende:

'[Naam 1] & [naam 2]

Ik heb gereageerd op de klacht en een bloemetje opgestuurd met een kaartje. Ga er daarmee vanuit dat het is opgelost. (...)

Contracten

Ik heb zelf heel veel vertrouwen in jullie om de toekomst tegemoet te gaan als [naam failliet]. Alles gaat misschien nog niet helemaal perfect, maar daar moeten we aan werken. Jullie hebben op dit moment een contract van 12 maanden. Omdat we op het moment niet heel ver kunnen kijken in de toekomst en in de (tussentijd) verlies draaien, wil ik contract aanpassen van 12 maanden naar 2 maanden vanaf 1 maart 2019. Daarna volgt een contract van 6 maanden en daarna een contract voor onbepaalde tijd. Het bericht volgt vandaag omdat formeel gezien de proeftijd eindigt.'

2.4. Bij e-mailbericht van 1 maart 2019 hebben de werknemers van [naam failliet] aan [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] gemeld niet akkoord te gaan met de aanpassing van hun arbeidsovereenkomst. Daarop heeft [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] namens [naam failliet] per e-mailbericht van 2 maart 2019 het volgende aan de werknemers bericht:

'Omdat er geen overeenstemming is bereikt over de overeenkomst en arbeidsduur vervallen deze van rechtswege per 28 februari 2019.'

Daarop hebben de drie werknemers zich ziek gemeld.

2.5. Op 5 maart 2019 hebben de werknemers een op 28 februari 2019 gedateerde brief van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] namens [naam failliet] ontvangen waarin, met een beroep op de overeengekomen proeftijd van één maand, de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten wordt aangezegd. Volgens de poststempels op de enveloppen, zijn de brieven verstuurd op 4 maart 2019.

2.6. Vervolgens hebben de drie werknemers via hun rechtsbijstandverlener aan [naam failliet] laten weten dat zij zich onder meer op het standpunt stellen dat de opzegging van de arbeidsovereenkomsten vernietigbaar is.

2.7. Op 17 mei 2019 heeft [naam failliet] haar eigen faillissement aangevraagd. Het faillissement is uitgesproken op 21 mei 2019, met aanstelling van de curator tot curator.

2.8. Voorafgaand aan de indiening van de faillissementsaanvraag van [naam failliet] hebben haar werknemers zich tot de kantonrechter gewend met onder andere het verzoek om de opzegging van de arbeidsovereenkomsten te vernietigen. Bij beschikkingen van 4 juni 2019 zijn de verzoeken toegewezen, waarbij de kantonrechter heeft overwogen dat de werknemers geen opzegging binnen de proeftijd hebben ontvangen. Vanwege het faillissement van [naam failliet] is door [naam failliet] geen verweer gevoerd.

2.9. Het totaal van de ingediende vorderingen van de boedel- en faillissementscrediteuren in het faillissement van [naam failliet] bedraagt € 41.351,47 exclusief het salaris van de curator. Het betreft de, deels door het UWV overgenomen, loonbetalingsverplichting jegens de werknemers van [naam failliet], die over de duur van hun dienstverband geen loon hebben ontvangen.

2.10. De curator heeft, na daartoe verkregen verlof, ten laste van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] conservatoir beslag gelegd op een auto, appartementsrecht en bankrekening.

3 *Het geschil in conventie en reconventie*

3.1. De curator vordert in conventie samengevat - dat de rechtbank:

Primair

voor recht verklaart dat de bestuurders hun taken als bestuurders van [naam failliet] in de periode van drie jaren voorafgaand aan het faillissement van [naam failliet] kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van [naam failliet];

Subsidiair

voor recht verklaart dat de bestuurders hun taken als bestuurders van [naam failliet] onbehoorlijk hebben vervuld als bedoeld in artikel 2:9 BW;

Primair en subsidiair

de bestuurders hoofdelijk veroordeelt om aan de curator te betalen:

- een bedrag ter hoogte van het faillissementstekort in het faillissement van [naam failliet],
- € 60.000,00 bij wijze van voorschot op voormelde veroordeling,
- € 1.188,51, te vermeerderen met wettelijke rente, ter zake van buitengerechterlijke incassokosten,
- de proceskosten inclusief beslagkosten, te vermeerderen met wettelijke rente.

3.2. De bestuurders vorderen in reconventie samengevat - veroordeling van de curator om de door hem ten laste van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] gelegde conservatoire beslagen op te heffen op straffe van een dwangsom, met veroordeling van de curator in de proceskosten.

3.3. Partijen voeren verweer tegen de vorderingen van de ander. Op hun stellingen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling in conventie en reconventie

Algemeen

4.1. De curator baseert zijn vorderingen primair op het standpunt dat de bestuurders in de periode dat [naam failliet] heeft bestaan onbehoorlijk bestuur kan worden verweten en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak was van het faillissement van [naam failliet], met als gevolg dat de bestuurders op grond van artikel 2:248 lid 1 (en eventueel lid 2) BW aansprakelijk zijn voor het faillissementsstekort. Vooropgesteld moet worden dat [gedaagde in conventie, eiseres in reconventie] de enige bestuurder is van [naam failliet] dus alleen [gedaagde in conventie, eiseres in reconventie] rechtstreeks kan worden aangesproken op grond van artikel 2:248 BW. De vordering op [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] is echter ook gebaseerd op artikel 2:11 BW waaruit volgt dat als een rechtspersoon-bestuurder (hier: [gedaagde in conventie, eiseres in reconventie]) aansprakelijk is, de natuurlijk persoon-bestuurder van deze bestuurder (hier: [gedaagde in conventie, eiser in reconventie]) hoofdelijk aansprakelijk is. Voor de beoordeling van de toewijsbaarheid van de vorderingen op basis van de primaire grondslag, volstaat dus een onderzoek naar de wijze waarop [gedaagde in conventie, eiseres in reconventie] haar bestuurstaak heeft uitgevoerd.

4.2. Aangezien [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] degene is die, als getrapte bestuurder, feitelijk invulling heeft gegeven aan het bestuurderschap van [gedaagde in conventie, eiseres in reconventie], zien de hierna te bespreken concrete verwijten van de curator op het feitelijke handelen en nalaten van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie]. Waar hierna wordt gesproken over de handelwijze van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] in relatie tot [naam failliet] wordt daarmee dus bedoeld op het handelen van [gedaagde in conventie, eiseres in reconventie] als bestuurder van [naam failliet].

Onbehoorlijk bestuur

4.3. De rechtbank is van oordeel dat [gedaagde in conventie, eiseres in reconventie] inderdaad onbehoorlijk bestuur kan worden verweten en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak was van het faillissement van [naam failliet]. De door de curator aangevoerde feiten en omstandigheden die, tezamen bezien, leiden tot dit oordeel zullen hierna aan de orde komen. Overige door de curator gestelde feiten en omstandigheden alsmede zijn beroep op het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 jo artikel 2:10 BW komen niet aan de orde

omdat dit niet nodig is voor de door de rechtbank te nemen beslissing op de vorderingen van de curator. In het hierna volgende zullen de naar het oordeel van de rechtbank relevante feiten en omstandigheden worden besproken.

4.3.1. De curator stelt dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] er niet voor heeft gezorgd dat er vanaf de aanvang van de ondernemingsactiviteiten - in februari 2019 - voldoende liquide middelen aanwezig waren. [Gedaagde in conventie, eiser in reconventie] heeft geen eigen middelen ingebracht en/of voor een (start)-financiering gezorgd. Daardoor is, aldus de curator, de liquiditeit al direct vanaf aanvang onder druk komen te staan. Daarbij speelt volgens de curator een rol dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] er voor heeft gekozen om de drie werknemers een arbeidsovereenkomst voor de duur van één jaar aan te bieden met een vast aantal uren van 120 per maand. Daarmee drukte op de onderneming voor genoemde periode een niet aan te passen last aan loonkosten. De curator stelt dat [naam failliet] aan de werknemers (aanvankelijk) een nul-urencontract of min-maxcontract had moeten aanbieden, om zodoende de loonkosten beperkt te houden tot de uren waarin de werknemers daadwerkelijk werden ingezet.

Een tekort aan liquiditeit is volgens de curator ook door [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] voorzien omdat de door hem opgestelde liquiditeitsbegroting (productie 25 van de curator) in een deel van het eerste kwartaal van 2019 een negatieve liquiditeit laat zien. Daarbij komt volgens de curator bij dat in de liquiditeitsbegroting ten onrechte geen rekening is gehouden met enkele uitgavenposten, zoals het loon over februari 2019 (omdat eerst vanaf maart het loon in de begroting is opgenomen).

De curator voert verder aan dat, toen inderdaad bleek dat [naam failliet] leed onder een liquiditeitsstekort, [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] niet alsnog heeft gekozen voor het inbrengen van eigen middelen of het op een andere manier bestrijden van het liquiditeitsstekort. Hij heeft, aldus de curator, zijn pijlen gericht op de werknemers en hun arbeidsovereenkomsten onregelmatig opgezegd, met als gevolg dat zij zich ziek hebben gemeld en er geen werkzaamheden door [naam failliet] meer konden worden uitgevoerd.

De slotsom van de curator is dat de handelwijze van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] een aaneenschakeling laat zien van een ondeugdelijke voorbereiding en het nemen van evident verkeerde beslissingen met vergaande gevolgen c.q. het nemen van onnodige en niet te rechtvaardigen (financiële) risico's. Dit leidt de curator tot de conclusie dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling omdat een redelijk denkend bestuurder onder gelijke omstandigheden niet aldus zou hebben gehandeld.

4.3.2. De bestuurders stellen dat het op basis van de prognoses het simpelweg niet mogelijk was om een startfinanciering aan te vragen. Ook is het volgens hen niet verwonderlijk dat een onderneming in de startfase verlies lijdt. Tijdens de mondelinge behandeling is daaraan toegevoegd dat de kraamzorgonderneming van de moeder van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] - [kraamzorgonderneming] - eventuele tijdelijke tekorten zou opvangen.

Ten aanzien van de arbeidsovereenkomsten met de werknemers voeren de bestuurders aan dat men in de slechte (lees: krappe) arbeidsmarkt voor kraamverzorgenden niet hoefde aan te komen met een nul-urencontract. Als [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] niet akkoord zou zijn gegaan met een vaste urenomvang, dan had [naam failliet] volgens de bestuurders waarschijnlijk überhaupt geen werknemers kunnen vinden. Ook zou een dergelijk contract volgens de toepasselijke CAO niet zonder meer zijn toegestaan. Belangrijker nog is dat er voldoende werk was omdat het aanbod van cliënten hoog was en daarmee zekerheid bood van voldoende werk, aldus de bestuurders. Daarbij wijzen de bestuurders erop dat de werknemers een ingeschreven cliëntenlijst meenamen van hun vorige werkgever, zodat aannemelijk was dat er voldoende werk was voor de overeengekomen uren. Ook was het uitlenen van personeel aan een andere kraamzorgorganisatie een reële mogelijkheid. Mede daartoe was een samenwerkingsovereenkomst gesloten met [kraamzorgorganisatie] (productie 3 van de bestuurders).

Ten aanzien van de opzegging van de arbeidsovereenkomsten voeren de bestuurders aan dat dit in ieder geval niet heeft geleid tot het faillissement. Toen de kantonrechter besliste (zie 2.8 hiervoor) was het faillissement immers al uitgesproken. Gegeven het feit dat [naam failliet] geen verweer heeft kunnen voeren in de procedure voor de kantonrechter is het volgens de bestuurders ook maar de vraag of de opzegging onregelmatig was. In ieder geval kan [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] volgens de bestuurders op dit punt geen ernstig verwijt worden gemaakt. Verder stellen de bestuurders dat er werd geklaagd over de werkwijze van de werknemers. Van [naam failliet] kon daarom niet worden gevergd hen in dienst te houden. Verloskundigen zouden niet meer met hen willen samenwerken.

Concluderend stellen de bestuurders dat het faillissement het gevolg was van het disfunctioneren van de werknemers in combinatie met personeelskrapte in de kraamzorgbranche. Het betreft oorzaken die volgens de bestuurders buiten hun macht lagen.

4.3.3. De rechtbank is van oordeel dat van een redelijk handelend bestuurder mag worden verwacht dat deze, voorafgaand aan voeren van ondernemingsactiviteiten middels de rechtspers-

soon, een adequate inschatting heeft gemaakt van de benodigde liquide middelen en zich ervan heeft vergewist dat deze, in ieder geval in de opstartfase, voorhanden zijn. In de opstartfase van de onderneming gaat het er daarbij om dat, als wordt of moet worden voorzien dat de benodigde liquiditeit niet onmiddellijk uit de inkomsten kan worden verkregen, daarvoor een andere voorziening is getroffen. Dit betreft niet de kwestie van winst of verlies draaien (dus wat de verhouding is tussen de opbrengsten en de kosten) maar of de met de operationele activiteiten gemoeide uitgaven kunnen worden betaald uit de inkomsten en/of andere bronnen. Is dat niet het geval dan is een faillissement(ssituatie) immers onafwendbaar.

Indien op basis van de prognoses voor [naam failliet] een (start)financiering niet mogelijk was - zoals de bestuurders stellen - en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] als middellijk bestuurder en aandeelhouder niet bereid of in staat was financiële dekking te (laten) bieden terwijl dat wel nodig was, had [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] moeten besluiten [naam failliet] de ondernemingsactiviteiten niet te laten starten. Voor zover de bestuurders bedoelen te stellen dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] geen keus had omdat er geen financiering te verkrijgen was, wordt die stelling verworpen. [Gedaagde in conventie, eiser in reconventie] had immers onder die omstandigheden de keus om de ondernemingsactiviteiten niet uit te voeren. Datzelfde geldt voor het tegen vaste uren en voor de duur van één jaar aannemen van de werknemers. Als het zo is dat alleen middels het aanbieden van een dergelijk dienstverband personeel te krijgen was - wat de curator overigens betwist - en de daarmee gepaard gaande vaste loonkosten niet verantwoord waren, had [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] moeten besluiten de activiteiten niet te starten. Vast staat dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] er echter voor heeft gekozen om zonder externe financiering en met de bekende loonkosten de activiteiten te gaan uitvoeren.

De rechtbank gaat voorbij aan de stelling van de bestuurders dat zou zijn afgesproken dat [kraamzorgonderneming] tekorten zou opvangen. Deze stelling is tijdens de mondelinge behandeling voor het eerst geponeerd - en dus niet in de correspondentie met de curator voorafgaand aan de procedure noch in de conclusie van antwoord in conventie - en niet nader onderbouwd. Enig bewijs daarvan is niet aangebracht terwijl de curator heeft betwist dat er een dergelijke voorziening was. Daarbij komt dat de curator onweersproken heeft gesteld dat [kraamzorgonderneming] ook feitelijk geen verplichtingen heeft gedragen of overgenomen. Daaraan voegt de rechtbank toe dat dit in ieder geval vaststaat voor de loonkosten, die geheel

onbetaald zijn gebleven en (afgezien van de kosten van de curator) het faillissementstekort opleveren.

Uitgaande van de door [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] opgestelde liquiditeitsbegroting, zou er in maart en april 2019 sprake zijn van een liquiditeitstekort oftewel zou [naam failliet] niet aan haar opeisbare verplichtingen kunnen voldoen. Als onweersproken staat bovendien vast dat over de maand februari 2019 in de liquiditeitsbegroting ten onrechte geen rekening is gehouden met loonkosten, zodat de begroting in ieder geval op dat punt ondeugdelijk was. Een op dat punt correcte begroting zou hebben laten zien dat er in ieder geval ook in februari 2019 een liquiditeitstekort was en dat er een tekort zou blijven tot juli bij een geprognosticeerde omzetverviervoudiging in juni en juli ten opzichte van februari.

De conclusie is dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] ervoor heeft gekozen om met de ondernemingsactiviteiten te starten terwijl hij wist of behoorde te weten dat [naam failliet] in ieder geval in de eerste vijf maanden niet met haar inkomsten aan haar essentiële verplichtingen zou kunnen voldoen en er geen andere dekking voor deze verplichtingen was. Daarmee heeft [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] niet gehandeld zoals van een redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden mocht worden verwacht. Dat de bestuurders stellen dat op basis van het aanbod van cliënten en de door de werknemers meegenomen cliëntenlijst de verwachting bestond dat in de toekomst de inkomsten voldoende zouden zijn voor het voldoen van de lasten, is daarbij niet relevant. Dat doet er immers niet aan af dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] op basis van zijn eigen prognose wist of behoorde te weten dat voordien de situatie van het niet kunnen voldoen van de lasten zou bestaan. Die lasten bestonden voor het grootste deel uit de loonkosten die vast waren vanwege het aard van het dienstverband dat door [naam failliet] aan de werknemers was verleend, hetgeen [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] uiteraard ook wist. Vooruitkijkend wist of behoorde [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] ook te weten dat het tijdelijk onbetaald laten van deze last geen optie zou zijn omdat de uitvoering van de ondernemingsactiviteiten volledig afhankelijk was van de uitvoering van de werkzaamheden door de werknemers. Anders gezegd, [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] mocht er ten tijde van het nemen van de hier besproken beslissing om te starten met de ondernemingsactiviteiten dus niet op vertrouwen dat het liquiditeitstekort zou kunnen worden overbrugd door niet-essentiële lasten later te betalen (dit afgezien van het feit dat er uiteindelijk aan de werknemers niets is betaald).

De bestuurders hebben weliswaar gesteld dat er een voorziening was getroffen middels een overeenkomst met [kraamzorgorganisatie], op grond waarvan dat de werknemers zouden kunnen worden uitgeleend, en de loonkosten via die weg omlaag konden worden gebracht, maar aan die stelling gaat de rechtbank voorbij. Allereerst is daarbij van belang dat vaststaat dat de overeenkomst met [kraamzorgorganisatie] pas is getekend op 15 maart 2019, dus nadat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] de arbeidsovereenkomsten al (onregelmatig) had opgezegd. Dat de overeenkomst eerder is aangegaan hebben de bestuurders gesteld onder verwijzing naar het moment dat de op 15 maart 2019 getekende overeenkomst kennelijk is opgemaakt, namelijk in januari 2019. Zonder verdere toelichting (bijvoorbeeld bestaande uit een verklaring van [kraamzorgorganisatie]), die ontbreekt, kan uit het feit dat een document is opgemaakt in januari niet worden afgeleid dat in die document vervatte overeenkomst alsdan tot stand is gekomen terwijl de ondertekening van het document in maart plaatsvindt. De rechtbank gaat er dus vanuit dat de overeenkomst pas op 15 maart 2019 is gesloten, toen [naam failliet] als gevolg van de opzegging door [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] feitelijk geen personeel meer uit te lenen had. Daarbij komt dat gesteld noch gebleken is dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] op enig moment de uitleen van de werknemers ter sprake heeft gebracht. Enkel staat vast dat hij gepoogd heeft hen akkoord te laten gaan met wijziging van de arbeidsovereenkomst en toen dat niet lukte heeft besloten tot de (onregelmatige) opzegging van de arbeidsovereenkomsten. Dat past niet in het verhaal dat alstoen de overeenkomst met [kraamzorgorganisatie] was gesloten op basis waarvan personeel zou kunnen worden uitgeleend. Van een voorafgaand aan het aangaan van de arbeidsovereenkomsten getroffen voorziening waarmee het risico van de vaste loonkosten is beperkt, is dus niet gebleken. En als die voorziening middels de gestelde overeenkomst toch gold, moet worden vastgesteld dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] een beroep daarop kennelijk niet heeft overwogen. Hij heeft immers onmiddellijk en alleen ingezet op een niet afdwingbare aanpassing van de arbeidsovereenkomsten en toen dat niet lukte beëindiging daarvan. Als zou worden uitgegaan van de stelling van de bestuurders dat de overeenkomst met [kraamzorgorganisatie] al in januari 2019 was gesloten, is het aan [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] ernstig verwijtbaar dat hij daar geen gebruik van heeft gemaakt. Ook dan is er dus sprake van onbehoorlijk bestuur.

Waar het niet zorgen voor een voldoende financiële basis bij het starten van de ondernemingsactiviteiten het aan [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] te maken verwijt is en

de oorzaak van een faillissement per definitie is het niet kunnen voldoen van de schulden (en daarmee het verkeren in de toestand van opgehouden hebben te betalen), is aannemelijk dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement was. In dat kader merkt de rechtbank nog op dat de curator onweersproken heeft gesteld dat er ten tijde van de faillissementsaanvraag geen debiteuren waren en dat [naam failliet] in totaal maar twee facturen heeft verstuurd met een totale omvang van (€ 1.608,95 en € 1.177,01=) € 2.785,96. Alleen al de maandelijks loonkosten bedroegen volgens de begroting van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] € 5.739,90 (volgens de curator waren de werkelijke kosten hoger).

4.3.4. De bestuurders hebben een andere oorzaak voor het faillissement van [naam failliet] gesteld, namelijk het disfunctioneren van de werknemers en de onmogelijkheid om ander personeel te krijgen.

Allereerst moet worden vastgesteld dat het beroep op het disfunctioneren van de werknemers niet afdoet aan de vaststelling dat het starten van de ondernemingsactiviteiten met een kenbaar tekort aan liquiditeit als onbehoorlijk bestuur en oorzaak van het faillissement heeft te gelden. Ook als er over het functioneren van de werknemers geen discussie bestond, was er niet genoeg geld om de lasten te betalen. Volledigheidshalve gaat de rechtbank nog in op de door de bestuurders gestelde alternatieve oorzaak voor het faillissement.

Volgens [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] waren er veel klachten over het functioneren van de werknemers en wilden verschillende verloskundigen hun cliënten niet meer doorverwijzen naar [naam failliet]. De enige onderbouwing van die stelling bestaat uit een reactie op Facebook, twee sms(?)-berichten tussen ene [naam 3] en ene [naam 4] en een WhatsApp-bericht van [naam 1] aan (kennelijk) [gedaagde in conventie, eiser in reconventie]. Een toelichting ontbreekt en dat is een probleem omdat:

- de Facebookreactie van 15 maart (2019?) een (overigens niet toegelichte) klacht is over de wijze waarop [naam failliet] met haar personeel omgaat en dus niet gaat over de kwaliteit van het werk van de werknemers,
 - de berichten tussen '[naam 3]' en '[naam 4]' ook niet gaan over de kwaliteit van het werk van de werknemers,
 - in het bericht van [naam 1] van 13 maart (2019?) weliswaar staat dat zij niet meer met 'de dames' van [naam failliet] geconfronteerd wil worden en geen vertrouwen heeft in hun inzet en professionaliteit, maar dat daaruit niet blijkt wat er zou zijn voorgevallen.
- Tijdens de mondelinge behandeling heeft [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] gesteld dat [naam 1] een verloskundige is, wiens

klacht ook benoemd is in de e-mail van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] aan de werknemers van 28 februari 2019 (zie 2.3 hiervoor). Dat maakt echter eens te meer dat een nadere uitleg vereist is omdat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] aldaar schrijft te verwachten dat 'het opgelost is'. Ook tijdens de mondelinge behandeling is die uitleg niet verschaft. Ook overigens is de stelling van de bestuurders niet nader onderbouwd, bijvoorbeeld middels het overleggen van een verklaring van (ten minste een van) die verloskundige praktijken die volgens [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] niet meer met [naam failliet] wilden samenwerken vanwege de kwaliteit van het werk van de werknemers. Dat klemmt te meer omdat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] de werknemers - in ieder geval na kennisgeving van de klacht van [naam 1] - schrijft dat hij heel veel vertrouwen hen heeft (zie wederom 2.3 hiervoor). [Gedaagde in conventie, eiser in reconventie] heeft tijdens de mondelinge behandeling gezegd dat de inhoud van zijn e-mail van 28 februari 2019 op de hier besproken punten onjuist was, maar dat dit opzettelijk was. Zijn ervaring was immers dat een klein beetje kritiek zou leiden tot een ziekmelding en ook dat hij probeerde om de moed erin te houden. Wat daar ook van zij, de inhoud van de e-mail onderschrijft zijn standpunt over de kwaliteit van het werk niet. Het wijst veeleer in de richting van de financiële situatie als oorzaak van de problemen van [naam failliet]. De wens om de arbeidsovereenkomsten aan te passen wordt immers gekoppeld aan de omstandigheid dat er, volgens [gedaagde in conventie, eiser in reconventie], verlies wordt geleden. De daarop gevolgde opzegging van de arbeidsovereenkomsten verwijst daar ook naar (zie 2.4 hiervoor). Al met al hebben de bestuurders niet aannemelijk gemaakt dat het disfunctioneren van de werknemers (mede) een belangrijke oorzaak is geweest voor het faillissement van [naam failliet]. Daarop doorredenerend is de handelwijze van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] ten opzichte van de werknemers veeleer als aanvullende oorzaak van het faillissement te beschouwen, in die zin dat die handelwijze erin heeft geresulteerd dat de werknemers niet meer beschikbaar waren voor [naam failliet]. Anders dan de bestuurders stellen was de opzegging van de arbeidsovereenkomsten immers evident onregelmatig, want buiten de proeftijd van een maand. Niet betwist is dat dit aanleiding is geweest voor de ziekmelding van de werknemers. Derhalve heeft deze evidente fout geleid tot het niet meer beschikbaar zijn van de werknemers, terwijl - naast een deugdelijke financiële basis voor arbeid beschikbare werknemers cruciaal waren voor het voortbestaan van de binnen [naam failliet] gedreven onderneming. Daar komt nog bij dat de bestuurders zelf hebben ge-

steld dat de krappe arbeidsmarkt vervanging zeer moeilijk maakte (ook al zou op enig moment een verzoek aan [kraamzorgorganisatie] tot het uitleenen van personeel gedaan kunnen worden).

4.3.5. De slotsom is dat [gedaagde in conventie, eiseres in reconventie] in de periode direct voorafgaand aan het faillissement onbehoorlijk bestuur kan worden verweten en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van [naam failliet]. De primair gevorderde verklaring voor recht op dat punt ligt daarom voor toewijzing gereed.

Betalen van een bedrag ter hoogte van het faillissementstekort

4.4. Uit het hiervoor overwogene en artikel 2:248 lid 1 BW volgt dat [gedaagde in conventie, eiseres in reconventie] aansprakelijk is voor het faillissementstekort in het faillissement van [naam failliet] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie], gelet op artikel 2:11 BW, ook.

4.5. De bestuurders hebben verzocht het bedrag waarvoor aansprakelijkheid bestaat te matigen. Daartoe kan, op basis van artikel 2:248 lid 4 BW, worden overgaan als het anders te betalen bedrag de rechter bovenmatig voorkomt gelet op i) de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling, ii) andere oorzaken van het faillissement en iii) de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld.

Als een argument voor het beroep op matiging hebben de bestuurders onder meer gesteld dat de oorzaak van het faillissement moet worden gevonden in het enorme personeelstekort in de kraamzorgbranche. Dat is kennelijk een beroep op de factoren onder i) en ii). Uit het onder 4.3.3 en 4.3.4 overwogene blijkt dat de rechtbank een ander oordeel heeft over de primaire oorzaak van het faillissement, welke oorzaak op het conto van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] moet worden geschreven. Een aanleiding tot matiging ziet de rechtbank daarin dus niet.

Verder hebben de bestuurders gesteld dat de door de curator in het faillissement bestede uren – ongeveer 200 per december 2022 – bovenmatig zijn. Dat is een beroep op factor iii). Het is echter niet deze (samenstelling van de) rechtbank die een oordeel te vellen heeft over het salaris van de curator. Dat is de rechtbank als bedoeld in artikel 71 lid 1 Faillissementswet. De rechtbank in de onderhavige zaak moet ervan uit gaan dat eventuele bovenmatige uren worden gecorrigeerd, in die zin dat de rechtbank ex artikel 71 Fw die bij de salarisbepaling buiten beschouwing laat. Dit betekent dat het bezwaar tegen het aantal bestede uren – wat daar ook van zij, zie ook 4.7. hierna – geen aanleiding kan geven tot matiging.

Tot slot hebben de bestuurders aangevoerd dat de door de curator voorschots erkende boe-

del- en faillissementsvorderingen van UWV en personeel hen bovenmatig voorkomen. In dit kader kan echter geen discussie worden gevoerd over de omvang van de vorderingen (zie daarover 4.7. hierna). Matiging omdat het volledige faillissementstekort niet voor rekening van de bestuurder moet komen is mogelijk, mits een van de drie limitatief in artikel 2:248 lid 4 BW vermelde factoren daar aanleiding voor geeft. Matiging omdat de hoogte van de bij de bepaling van het faillissementstekort betrokken schulden betwist wordt, kan niet.

Het door de bestuurders betalen bedrag wordt dus niet gematigd.

Omvang faillissementstekort en voorschot

4.6. De bestuurders hebben tijdens de mondelinge behandeling de hoogte van de boedel- en faillissementsschulden in verband met het niet betaalde loon betwist (zie hiervoor). Zij voeren aan dat het personeel slechts één maand heeft gewerkt en de vorderingen hen daarom bovenmatig voorkomen. De bestuurders wijzen erop dat zij geen onderbouwde stukken hebben gezien. Gelet daarop en gezien het al aangehaalde bezwaar tegen de door de curator geschreven uren, wordt de omvang van het door de curator gevorderde voorschot betwist.

4.7. Het is de taak van de curator om de juistheid van de externe boedelvorderingen en faillissementsvorderingen te toetsen. De rechtbank heeft geen aanleiding te veronderstellen dat dit in het onderhavige geval niet (correct) is gebeurd. In deze zaak betreft het de rechtstreeks of via het UWV geclaimde loonkosten. Met hun opmerking dat het personeel maar één maand heeft gewerkt, miskennen de bestuurders dat dit uiteraard niet betekent dat hun loonaanspraak daartoe beperkt is gebleven. De arbeidsovereenkomsten zijn blijven doorlopen, zoals ook volgt uit de beslissing van de kantonrechter van 4 juni 2019 (zie 2.8), en daarmee de verplichting tot loondoorbetaling. De curator kon uiteraard pas na het uitspreken van het faillissement op 21 mei 2019, met inachtneming van de toepasselijke opzegtermijn, de overeenkomsten doen eindigen. Al met al acht de rechtbank aannemelijk dat de aangemelde boedel- en faillissementsvorderingen correct zijn en bijdragen aan het faillissementstekort. Omdat wijzigingen daarin niet zijn uit te sluiten zolang het faillissement niet is afgewikkeld, zullen de bestuurders worden veroordeeld tot het betalen van het faillissementstekort zonder dat daarbij het concrete bedrag van € 41.351,47 exclusief curatorensalaris wordt vermeld. Bij het bepalen van het hoogte van het voorschot zal dit aldus aannemelijk geachte bedrag wel tot richtsnoer worden genomen. Rekening houdend met het feit dat daar het nog vast te stellen salaris van de curator bijkomt acht de rechtbank een voorschot van

€ 50.000,00 passend. Zelfs als de klachten van de bestuurders over de door de curator bestede uren juist zijn, zal het faillissementstekort naar de verwachting van de rechtbank namelijk ten minste van die omvang zijn.

Uitvoerbaarheid bij voorraad

4.8. De bestuurders hebben zich verzet tegen de door de curator gevorderde uitvoerbaar bij voorraad van de veroordelingen. Zij stellen daartoe dat de curator, nu hij procedeert met een lege boedel, niet in staat zal zijn om terug te betalen als een veroordeling in hoger beroep niet in stand zou blijven. Ook is er volgens de bestuurders geen spoedeisendheid belang bij het door de curator kunnen executeren van een veroordelend vonnis.

De curator stelt dat hij wel een spoedeisend belang heeft omdat van hem wordt verwacht dat hij de boedel zo snel mogelijk afwikkelt ten behoeve van de schuldeisers. Verder stelt hij dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] heeft laten weten dat als hij in het ongelijk wordt gesteld hij 'iets zou verzinnen, zoals vertrek naar het buitenland'. Volgens de curator duidt dit erop dat de bestuurders waarschijnlijk niet in appel zullen gaan en dat zij de executie van het vonnis zullen proberen te frustreren.

4.9. Uitgangspunt is dat een uitgesproken veroordeling uitvoerbaar dient te zijn en zonder de voorwaarde van zekerheidstelling ten uitvoer kan worden gelegd. Dat kan anders zijn als het belang van de veroordeelde bij het behoud van de bestaande toestand zolang de veroordeling niet onherroepelijk is, of diens belang bij zekerheidstelling, zwaarder weegt dan het belang van degene die de veroordeling verkrijgt.

4.10. Vast staat dat de boedel in het faillissement van [naam failliet] op dit moment leeg is (anders zou het faillissementstekort ook niet gelijk zijn aan de schuldenlast). Onder die omstandigheden dient de onder 4.9 vermelde belangenafweging in het voordeel van de bestuurders uit te vallen. Indien de veroordeling uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard en vervolgens al dan niet deels wordt geïnd en de veroordeling daarna in hoger beroep wordt teruggedraaid, hebben de bestuurders een concurrente boedelvordering strekkende tot terugbetaling die alsdan met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid niet zal kunnen worden geïnd. Dat restitutie risico weegt zwaarder dan het belang dat de curator stelt. Afwikkeling van het faillissement zal ingeval van hoger beroep immers ook nog niet kunnen plaatsvinden als de veroordeling wel uitvoerbaar bij voorraad is verklaard. Als er geen hoger beroep wordt ingesteld, moet de curator drie maanden wachten. Die termijn is niet onoverkomelijk. De - overigens niet weersproken - mededelingen van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] over het frustreren van executie maakt dit niet an-

ders. Dat maakt het belang van de curator bij onmiddellijke executie niet groter en het belang van de bestuurders niet kleiner. Het doet ook niet af aan de maatregelen die de curator kan nemen tot bewaring van de rechten van die boedel (zie ook hierna). De veroordeling van de bestuurders zal daarom niet uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

Opheffen beslag

4.11. In reconventie vorderen de bestuurders de opheffing van de door de curator gelegde conservatoire beslagen. De primaire onderbouwing van deze vordering gaat uit van de afwijzing van de vorderingen in conventie. Die onderbouwing kan dus niet worden gevolgd. Verder stellen de bestuurders dat de beslagen [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] blokkeren in de mogelijkheid om de auto en het appartementsrecht te vervreemden. Het beslag op de bankrekening zou het beslag op in feite alle bezittingen van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] completeren en zou verhinderen dat hij de kosten van een eventueel hoger beroep kan voldoen.

4.12. De curator stelt dat de bestuurders geen belang hebben aangetoond ten aanzien van het beslag op het - pas in 2021 aangeschafte - appartementsrecht en de auto. Niet gebleken is dat het plan zou bestaan die goederen te verkopen, aldus de curator. Verder is er volgens de curator niet op alle bezittingen van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] beslag gelegd. Op zijn buitenlandse rekening en loonaanspraken ligt geen beslag. Gelet op zijn inkomen en (buitenlands) vermogen, moet [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] in staat worden geacht de kosten van een eventueel hoger beroep te dragen, zo stelt de curator. Hij voert verder aan dat hij een zwaarwegend belang heeft bij handhaving van de beslagen, omdat de gegronde vrees bestaat dat de bestuurders anders de beslagen goederen weg zullen maken en verhaal van zijn vordering niet meer mogelijk zal zijn. Hij verwijst daarbij mede naar de hiervoor aangehaalde uitspraken van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] waaruit hij afleidt dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] van plan is de executie van een veroordelende beslissing te frustreren.

4.13. Aangezien alleen ten laste van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] beslagen zijn gelegd, moet alleen al om die reden de vordering van [gedaagde in conventie, eiseres in reconventie] worden afgewezen. Voor het overige geldt dat het belang van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] bij opheffing van de beslagen moet worden afgewogen tegen het belang van de curator bij handhaving van het beslag. Het gaat er dus om of de gevolgen van het beslag voor [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] worden gerechtvaardigd door het be-

lang van de curator bij handhaving van het beslag. Het belang van laatstgenoemd bestaat erin dat met handhaving van het beslag wordt gewaarborgd dat voor zijn vordering (enig) verhaal mogelijk zal zijn als deze in stand blijft. Dat belang weegt in dit geval zwaar, gezien het feit dat gesteld noch gebleken is dat de bestuurders anderszins in relevante mate verhaal bieden en onweersproken is gesteld dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] het voornemen heeft om een eventuele executie te frustreren. Het belang dat de bestuurders daar tegenover stellen, heeft minder gewicht. Niet gesteld of gebleken is dat voor het kunnen innen van de vordering van de curator kan worden volstaan met het beslag op een of twee van de beslagen goederen. Dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie], wiens inkomen niet onder beslag ligt, de kosten van een hoger beroep niet kan dragen als gevolg van het beslag, is niet aanneemelijk gemaakt. De slotsom is dat ook de vorderingen van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] moet worden afgewezen.

Kosten

4.14. Tegen de door de curator gevorderde betaling van buitengerechtelijke kosten is geen verweer gevoerd, zodat deze vordering wordt toegewezen.

4.15. De curator vordert de bestuurders te veroordelen tot betaling van de beslagkosten. Deze vordering is gelet op het bepaalde in art. 706 Rv toewijsbaar. De beslagkosten worden begroot op € 1.120,44 voor verschotten (€ 806,44 aan explootkosten en € 314,00 griffierecht) en € 1.183,00 voor salaris advocaat (1 rekest x € 1.183,00). Ten aanzien van de door de curator gevorderde wettelijke rente geldt naar het oordeel van de rechtbank dat, net als ten aanzien van de proceskosten, het voor toewijzing daarvan vereiste verzuim niet is ingetreden voorafgaand aan dit vonnis en ook niet door dit vonnis intreedt. Daarom zal de rechtbank een termijn bepalen waarbinnen moet zijn betaald, bij gebreke waarvan daarna de wettelijke rente gaat lopen.

4.16. De bestuurders zullen als de in conventie grotendeels en reconventie volledig in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de curator worden in conventie begroot op:

- dagvaarding € 110,39
 - griffierecht € 987,00
 - salaris advocaat 2.366,00 (2,0 punten x tarief € 1.183,00)
- totaal € 3.463,39

en in reconventie op € 598,00 aan salaris advocaat (2,0 punten x factor 0,5 x tarief € 598,00).

4.17. De gevorderde wettelijke rente over de proceskosten zal worden toegewezen met inachtneming van de door de curator verzochte termijn, waarop de bestuurders niet hebben gereageerd.

5 De beslissing

De rechtbank

in conventie

5.1. verklaart voor recht dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] als de bestuurder van [naam failliet] zijn taken in de periode voorafgaand aan het faillissement van [naam failliet] kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement van [naam failliet] als bedoeld in artikel 2:248 lid 1 BW,

5.2. veroordeelt de bestuurders hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt ook de ander zal zijn bevrijd, om aan de curator te betalen het bedrag van de schulden in het faillissement van [naam failliet] voor zover deze niet door de vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan (het faillissementstekort),

5.3. veroordeelt de bestuurders hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt ook de ander zal zijn bevrijd, om bij wijze van voorschot op hetgeen zij op grond van het bepaalde in 5.2. hiervoor verschuldigd zijn aan de curator te betalen een bedrag van € 50.000,00,

5.4. veroordeelt de bestuurders hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt ook de ander zal zijn bevrijd, om aan de curator te betalen een bedrag van € 1.188,51, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag vanaf de dag van dagvaarding tot de dag van volledige betaling,

5.5. veroordeelt de bestuurders hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt ook de ander zal zijn bevrijd, in de beslagkosten, tot op heden begroot op € 2.303,44, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.6. veroordeelt de bestuurders hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt ook de ander zal zijn bevrijd, in de proceskosten, aan de zijde van de curator tot op heden begroot op € 3.463,39, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.7. wijst af het meer of anders gevorderde, *in reconventie*

5.8. wijst de vorderingen af,

5.9. veroordeelt de bestuurders in de proceskosten, aan de zijde van de curator tot op heden begroot op € 598,00, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van veertiende dag na dit vonnis.

Dit vonnis is gewezen door mr. B.R.M. de Bruijn en in het openbaar uitgesproken op 5 juli 2023.