

Is er sprake van lichtvaardig aanvragen faillissement vennootschap door bestuurder waardoor schuldeisers zijn benadeeld?

Hof Arnhem-Leeuwarden 20-04-2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3796

Instantie

Hof Arnhem-Leeuwarden

Datum

20 april 2021

Magistraten

Mrs. D.M.I. De Waele, B.J. Engberts, C.J.H.G. Bronzwaer

Zaaknummer

200.257.946

JCDI

JCDI:ADS283064:1

Vakgebied(en)

Verbintenissenrecht / Aansprakelijkheid

Verbintenissenrecht / Onrechtmatige daad

Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht

Brondocumenten

ECLI:NL:GHARL:2021:3796, Uitspraak, Hof Arnhem-Leeuwarden, 20-04-2021

Wetgeving

Art. 2:248 BW

Essentie

Bestuurdersaansprakelijkheid.

Is er sprake van lichtvaardig aanvragen faillissement vennootschap door bestuurder waardoor schuldeisers zijn benadeeld?

Samenvatting

De vennootschap Geocopter ontwikkelde, produceerde en verkocht onbemande helikopters. Eiser ("Bestuurder") en betrokkene 1 waren oprichters en bestuurders van Geocopter. In 2010 stappen investeerders in en verwatert het belang van Bestuurder en betrokkene 1 tot ieder 15% van de aandelen; zij bleven wel bestuurder. In 2011 ontstaat onenigheid tussen Bestuurder en betrokkene 1. Betrokkene 1 treedt af als bestuurder en verkoopt zijn aandelen aan de medeaandeelhouders. Bestuurder blijft bestuurder en betrokkene 3 wordt interim-bestuurder. In oktober 2011 wordt een aandeelhoudersvergadering ("AV") gehouden waarin het volgende besluit wordt genomen: "De aandeelhouders gaan unaniem akkoord met het verlenen van toestemming aan de directie voor het aanvragen van faillissement indien dat noodzakelijk mocht zijn." In november 2011 wordt gekeken naar de mogelijkheden van een herstructurering, wordt een lening van € 75.000 aan Geocopter verstrekt onder toezegging dat eenzelfde bedrag nog eens kan worden verstrekt, wordt de mogelijkheid van verkoop van helikopters nader onderzocht en wordt een activum (camera) verkocht. Met deze koopprijs kunnen op 27 december 2011 de salarissen en een (door de AV goedgekeurde) maand management fee ad € 5.950 van de Bestuurder worden betaald. Diezelfde dag echter vraagt de Bestuurder ook het eigen faillissement aan van Geocopter met als reden dat de tweede lening van € 75.000 niet meer wordt verstrekt, het salaris niet meer kan worden betaald en de Bestuurder het onverantwoord vindt door te gaan met Geocopter. Bij de mondelinge behandeling van de rechtbank op 11 januari 2012 persisteert de Bestuurder in de eigen faillissementsaanvraag en wordt het faillissement uitgesproken. Twee weken later ontvangt de curator een overeenkomst getekend op 23 december 2011 waarbij Geocopter een helikopter voor € 225.000 verkoopt aan een Braziliaanse partij. Ook wordt de curator op dat moment duidelijk dat op datum van aanvraag faillissement de salarissen en de management fee wel betaald zijn. De curator roept op grond van art. 47 Fw de vernietiging in van de op 27 december verrichte betaling van de management fee en stelt de Bestuurder aansprakelijk op grond van onder meer art. 2:9 en 2:248 BW. De rechtbank en hof achten de Bestuurder aansprakelijk op grond van art. 2:9 en art. 2:248 BW. De Bestuurder is kennelijk onbehoorlijk bestuur te verwijten door het faillissement aan te vragen terwijl hij

daartoe niet bevoegd was; het voorwaardelijke besluit van de AV gold niet meer. De Bestuurder mocht niet het eigen faillissement aanvragen in de gegeven omstandigheden (verstrekken lening, verkoop camera, betalen salarissen) zonder de AV nader te raadplegen. Rechtbank en hof oordeelden dat de faillissementsaanvraag evident een belangrijke oorzaak van het faillissement was. De Hoge Raad casseerde omdat in het vonnis en arrest niet was gebleken of en hoe met het aanvragen van het faillissement de belangen van de gezamenlijke schuldeisers waren geschaad.

Hof (na verwijzing): De opdracht tot het doen van eigen aangifte was onder voorwaarde en gaf bestuurder ruimte om een eigen afweging te maken. De cijfers en omstandigheden van Geocopter wijzen erop dat de onderneming op het moment van de eigen aangifte niet of nauwelijks (meer) levensvatbaar was en verkeerde in de toestand dat zij was opgehouden te betalen. Onder deze omstandigheden, waarbij de bestuurder bovendien advies van een advocaat heeft ingewonnen die hem heeft voorgesteld dat hij risico liep als hij niks zou doen omdat de schulden verder konden oplopen, kan niet worden gezegd dat hij door het doen van de eigen aangifte tot faillietverklaring heeft gehandeld zoals geen redelijk denkend bestuurder zou hebben gehandeld en dus evenmin met de (objectieve) wetenschap dat de schuldeisers door die eigen aangifte zullen worden benadeeld. Evenmin is er sprake van interne bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW of onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW. De vorderingen van de curator worden afgewezen.

Verwant oordeel

Zie ook:

- HR 21 december 2018, RO 2019/14 (Geocopter);
- HR 8 juni 2001, NJ 2001/454 (Panmo) voor aansprakelijkheid ex art. 2:248 BW;
- M.L. Lennarts, '(Waar) hoort voorzienbaarheid van betaling van schuldeisers thuis in het toetsingskader van art. 2:138/248 BW?', *TvI* 2021/9;
- M.L. Lennarts, 'Lichtvaardig aanvragen faillissement door bestuurder? Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:248 lid 1 BW?', *Ondernemingsrecht* 2019/89;
- F. Ortiz Aldana en J. van Bekkum, 'De curator, het boedeltekort en de schade van de rechtspersoon', *MvO* 2017/3-4.

Zie anders:

- Hof 's-Hertogenbosch 19 september 2017, *JOR* 2017/335 en *RI* 2018/7 (hoger beroepsprocedure Geocopter).

Wenk

De Hoge Raad had eerder het arrest van het hof 's-Hertogenbosch van 19 september 2017 (zie *RI* 2018/7) gecasseerd (zie *RO* 2019/14) omdat het Hof 's-Hertogenbosch geen scherp onderscheid had gemaakt tussen de vorderingen tot bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 2:248 BW. Het hof 's-Hertogenbosch had onder meer bij toetsing aan art. 2:248 BW de ernstig-verwijt maatstaf van Staleman/Vd Ven gehanteerd. Die maatstaf wordt echter niet doorgetrokken naar de bestuurdersaansprakelijkheid van art. 2:248 BW. Daarvoor blijft de Panmo-maatstaf gelden: van aansprakelijkheid in de zin van art. 2:248 BW is slechts sprake als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld kan hebben. Waar met name een verschil in schuilt tussen de gehanteerde norm is de juridische context en de relativiteit voor normschendingen. Bij de (interne) aansprakelijkheid van art. 2:9 BW gaat het om bescherming van de vennootschap. Bij de (externe) aansprakelijkheid van art. 2:248 BW gaat het om de bescherming van het belang van de gezamenlijke schuldeisers van de boedel. Wil er aansprakelijkheid op grond van art. 2:248 BW zijn, dan moet het gaan om handelingen die de schuldeisers duperen en moet het besef van die benadeling op het moment van het handelen of nalaten bij het bestuur aanwezig zijn. Dit is een belangrijk element voor het aannemen van aansprakelijkheid op grond van art. 2:248 BW. Ook de schade is niet eender: bij art. 2:9 BW gaat het om schade van de vennootschap die wordt vastgesteld door het maken van een hypothetische vermogensvergelijking en bij art. 2:248 BW gaat het om het boedeltekort.

In de voorliggende uitspraak legt het hof uitvoerig nog eens de feiten (die overigens in deze verwijzingsprocedure op punten aangevuld althans verduidelijkt lijken te zijn) naast die Panmo-norm. Terecht toetst het hof hier ook of de bovengenoemde objectieve wetenschap tot benadeling van schuldeisers bestond ten tijde van de faillissementsaanvraag (december 2011) en de zitting (januari 2012). Anders dan het hof 's-Hertogenbosch komt dit hof tot het oordeel dat er geen sprake is van aansprakelijkheid ex art. 2:248 BW. Het hof oordeelt dat de financiële cijfers en omstandigheden bij Geocopter erop wijzen dat de onderneming op het moment van faillissementsaanvraag niet of nauwelijks levensvatbaar was. De procuratiehouder van Geocopter had een notitie gemaakt met als conclusie dat er dringend behoefte aan extra liquide middelen, dat in betaling van (alle) crediteuren niet was voorzien en dat het continuïteitsperspectief in gevaar was. Er is op enig moment wel geld ter beschikking gesteld maar dat was verre van voldoende om de crediteuren te voldoen (r.o. 4.4 en 4.55). Er bestond in december 2011 ook niet de verwachting dat er snel meer geld zou binnenkomen, er was betalingsonmacht gemeld bij de Belastingdienst en er bestond nog (te) veel onzekerheid over de mogelijke verkoop van een helikopter in Brazilië. Wat het hof hier verder meeweegt is dat de bestuurder voorafgaand aan de eigen faillissementsaanvraag naar een advocaat is

gegaan en zich heeft laten voorlichten over de (on)mogelijkheden die de bestuurder had. Die advocaat adviseerde dat de bestuurder er verstandig aan deed om faillissement aan te vragen omdat hij anders als bestuurder risico zou lopen (ro. 4.7). Het hof oordeelt dat onder deze omstandigheden niet kan worden gezegd dat de bestuurder door het doen van eigen aangifte tot faillietverklaring van de vennootschap heeft gehandeld zoals geen redelijk denkend bestuurder zou hebben gehandeld. Ook oordeelt het hof dat de bestuurder geen (objectieve) wetenschap had dat de schuldeisers door die eigen aangifte zouden worden benadeeld. Voor de praktijk is derhalve van belang dat de curator bij een vordering op grond van art. 2:248 BW duidelijk stelt en onderbouwt dat en waarom er sprake is van objectieve wetenschap bij de bestuurder(s) van benadeling en dat de gezamenlijke schuldeisers door het handelen van de bestuurder(s) – in dit geval het aanvragen van het faillissement – worden benadeeld (NB: dus niet dat het faillissement volgt of dat er sprake zal zijn van een tekort). Als voorbeeld kan men denken aan een vooropgezet plan tot doorstart waarbij het gros van de schuldeisers onbetaald achterblijft (par. 3.8 Conclusie A-G bij het Hoge Raad-arrest Geocopter) of een Paulianeuze transactie door een bestuurder met een andere door die bestuurder beheerste vennootschap (par. 3.2. Lennarts in *TvI* 2021/9). Voor de bestuurder die zich geconfronteerd ziet met een aansprakelijkstelling op grond van art. 2:248 BW, is het verstandig direct te stellen en te onderbouwen dat hij de financiële positie van de vennootschap heeft beoordeeld en (als daarvan sprake is) bij adviseurs te rade is gegaan en de vooruitzichten van de vennootschap direct voor de aanvraag van het faillissement heeft beoordeeld alsmede dat deze faillissementsaanvraag an sich (juist) niet leidde tot benadeling van schuldeisers laat staan dat hij daarvan – gelet op de voornoemde beoordelingen – besef had van benadeling van de schuldeisers door de faillissementsaanvraag. Deze stellingen en onderbouwingen van curator respectievelijk bestuurder moeten – naar het zich laat aanzien – aangevoerd worden in het kader van vaststelling van de onbehoorlijke taakvervulling van art. 2:248 lid 1 BW (waarbij dan geen sprake is van schending van de boekhoud- of publicatieplicht), zie uitvoerig het artikel van Lennarts in *TvI* 2021/9.

Op grond van de devolutieve werking, toetst het hof vervolgens nog de door de curator gestelde bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 en art. 6:162 BW. Ook hier legt het hof duidelijk uit wat de norm is bij art. 2:9 BW (het ernstig verwijt beoordeeld aan alle omstandigheden van het geval van Staleman/Vd Ven, ro. 4.10) respectievelijk art. 6:162 BW (het persoonlijk ernstig verwijt ingevolge de twee gevalstypen van Ontvanger/Roelofsen). De stellingen ten aanzien van de laatste grondslag verwerpt het hof omdat de curator daarvoor – kort gezegd – te weinig heeft gesteld en bewezen. Ten aanzien van art. 2:9 BW stelde de curator dat de bestuurder niet de vereiste opdracht van de algemene vergadering tot eigen faillissementsaanvraag had (op grond van art. 2:246 BW). Het hof oordeelt hier dat die opdracht unaniem was verleend onder de voorwaarde dat die faillissementsaanvraag noodzakelijk mocht blijken. Het hof leest hierin dat dit een eigen beoordeling van de bestuurder vereist in het kader van het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en dat de algemene vergadering aan de bestuurder de ruimte heeft gegeven dit zelf te beoordelen en dat de bestuurder dat in casu heeft gedaan. Het hof vervolgt dat ook indien er nog een aanvullende opschortende voorwaarde was verbonden aan die opdracht tot eigen faillissementsaanvraag en de bestuurder op eigen houtje zou hebben gehandeld, de bestuurder geen ernstig verwijt is te maken met name vanwege de (eerdergenoemde) slechte financiële omstandigheden en het ontbreken van zicht op liquiditeiten.

A.J. Beljaars-Vink

Partij(en)

Arrest na verwijzing door de Hoge Raad in de zaak van [Appellant], in eerste aanleg: gedaagde, hierna: [bestuurder], advocaat: mr. H.J.M. van Dal, tegen

Mr. [curator], in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Geocopter B.V., geïntimeerde, in eerste aanleg: eiser, advocaat: mr. R.F.P.J. Coppus.

Uitspraak

Hof, locatie Arnhem:

1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

1.1

Het hof neemt de inhoud van het tussenarrest van 4 juni 2019 hier over.

1.2

Het verdere verloop blijkt uit de meervoudige comparitie van partijen na verwijzing die is gehouden op 24 oktober 2019. Beide advocaten hebben daarbij spreekantekeningen overgelegd. Vervolgens heeft [bestuurder] op 10 december 2019 een memorie na verwijzing genomen. Daarna heeft schriftelijk pleidooi plaatsgevonden, waarbij de curator en [bestuurder] ieder een pleitnota hebben ingediend.

1.3

Vervolgens heeft het hof arrest bepaald.

2. De vaststaande feiten

Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverweging 3.1.2 van het arrest van de Hoge Raad. Omwille van de leesbaarheid van dit arrest zijn deze feiten hieronder nogmaals vermeld en waar nodig aangevuld:

2.1

Geocopter B.V. (hierna: Geocopter of de vennootschap) was een onderneming die zich richtte op de ontwikkeling, productie, assemblage en verkoop van onbemande helikopters. Geocopter is in 2007 opgericht door [bestuurder] en RBH Holding B.V. (hierna: RBH Holding). [C] (hierna: [C]) is enig aandeelhouder en bestuurder van RBH Holding. Geocopter werd door [bestuurder] en RBH Holding gezamenlijk bestuurd.

2.2

Op 13 april 2010 is tussen Geocopter, haar beide aandeelhouders en drie investeerders, waaronder de Coöperatieve Rabobank Venlo e.o. (hierna: Rabobank), een participatieovereenkomst gesloten, waarbij deze investeerders (hierna: de participanten) ieder € 150.000 ter beschikking stelden.

2.3

Tussen [C] en [bestuurder] ontstonden problemen, waarop [C] op 30 augustus 2011 namens RBH Holding de managementovereenkomst heeft opgezegd en de door RBH Holding gehouden aandelen heeft aangeboden aan de overige aandeelhouders.

2.4

In een op 5 september 2011 gehouden aandeelhoudersvergadering is een door interimmanager [interim-manager] (hierna: [interim-manager]) opgestelde probleemanalyse besproken. Daarin staat onder meer het volgende:

“FINANCIEN; als gevolg van het achterblijven van de sale en de voortgang van inkoop van onderdelen en andere zaken is de kas thans zo goed als leeg. De “Rus” heeft een aanbetaling van € 100.000 gedaan en de helikopter is gecrasht. Ook dit probleem dient te worden opgelost. Er zijn onderdelen op voorraad voor ten minste twee helikopters, waarvan een exemplaar zo goed als gereed. De nieuwe staatsgegarandeerde lening van € 250.000 is nog niet opgenomen. De openstaande rekeningen bedragen momenteel € 115.000. De lopende vaste kosten (fees, lonen, huur, alg kosten) bedragen zo’n € 30.000 per maand.”

Blijkens de notulen van deze vergadering geeft de adviseur van Geocopter de heer [procuratiehouder] (hierna: [procuratiehouder]) aan dat de bankrekening zo goed als uitgeput is. Verder deelt de heer [D] van de Rabobank mee dat het borgstellingskrediet niet is getekend door [C] en [bestuurder] en dat de geldigheid daarvan is verstreken. [Procuratiehouder] stelt voorts voor dat [bestuurder] zich terugtrekt als directeur en dat [interim-manager] wordt benoemd tot interim manager en [procuratiehouder] tot procuratiehouder. De aanwezige aandeelhouders stemmen hiermee in.

2.5

Op 19 september 2011 komen [bestuurder], [procuratiehouder], [interim-manager] en de participanten opnieuw bijeen om de financiële situatie van Geocopter te bespreken aan de hand van een ter vergadering door [procuratiehouder] gepresenteerd overlevingsplan en liquiditeitsprognose. Van deze vergadering zijn geen notulen opgemaakt.

2.6

In een mail van [procuratiehouder] aan [interim-manager] en de participanten van 20 september 2011 wordt gerefereerd aan deze vergadering en wordt onder meer het volgende geschreven:

“Op grond van het overlevingsplan en liquiditeitsprognose, zoals gisteren getoond en bijgevoegd, verstrekt Rabo een krediet van € 150.000 aan Geocopter en krijgt als zekerheid verpanding van o.a. alle voorraden en helikopters. De 4 aandeelhouders (...) richten een nieuwe BV op met inbreng van € 150.000 (3x € 50.000 en een borgstelling van [bestuurder] t.b.v. € 50.000) die worden gebruikt om aan Rabo een overnamegarantie te verstrekken voor het geval Rabo de voorraden tot zich moet nemen. De nieuwe BV sluit met Geocopter een exclusieve agenten-overeenkomst voor de verkoop van helikopters en krijgt hiervoor zo’n 40% van de opbrengst per helikopter. Op deze wijze zijn prestatie en contra-prestatie in evenwicht en blijft Geocopter op een zodanige wijze in de markt, dat zij kan blijven functioneren; de garanties voor de afgeleverde helikopters blijven daarin en er is geen of nauwelijks overschot waar derden aanspraak op kunnen maken. Ook al zou Geocopter daarna failliet gaan, dan is er m.i. geen sprake van een paulianeuze actie. Gelet op de liquiditeitspositie en de geplande demo’s dient snel duidelijkheid te komen of wij samen dit traject kunnen doorlopen. Ik wil zo snel mogelijk een verpanding van de activa regelen voordat anderen daar grip op gaan leggen.”

2.7

Tussen [bestuurder], de participanten, adviseur van Geocopter, [procuratiehouder] en [interim-manager] heeft vervolgens op 30 september 2011 overleg plaatsgevonden, onder meer over de te volgen werkwijze in verband met de problemen met [C]. Een handgeschreven notitie van deze vergadering vermeldt als vierde aandachtstreepje: "Brief AvA met failliet aankondiging".

2.8

Bij brief van eveneens 30 september 2011 zijn de aandeelhouders uitgenodigd voor een algemene vergadering (hierna: AVA) op 17 oktober 2011. Als agendapunt 2 stond vermeld "Bespreking van de actuele stand van zaken" en onder 3 "Toestemming aan de directie om faillissement van de vennootschap aan te vragen."

2.9

De notulen van deze vergadering van 17 oktober 2011 vermelden onder agendapunt "2. Bespreking van actuele stand van zaken":

"Teneinde over liquide middelen te kunnen beschikken is de Gimbal camera verkocht. Met de vrijgekomen middelen zijn de salarissen betaald en (...) is een reservering gemaakt voor de salarissen van oktober. Daarna zijn de financiële middelen uitgeput. Een onmacht is aangevraagd aan de belastingdienst voor het betalen van de loonheffing, waarop nog geen reactie is ontvangen. De crediteuren sturen alle aanmaningen, maar houden zich nog rustig." Verder staat onder punt 2 -zakelijk weergegeven- dat in de vergadering na overleg en vier schorsingen de aandeelhouders met [C] overeenstemming hebben bereikt over de uittreding van de aandeelhouder RBH Holding (van [C]) en de voorwaarden waaronder dit zal plaatsvinden. Vervolgens vermelden de notulen onder agendapunt "3. Toestemming aan de directie om faillissement van de vennootschap aan te vragen":

"De aandeelhouders gaan unaniem akkoord met het verlenen van toestemming aan de directie voor het aanvragen van faillissement indien dat noodzakelijk mocht blijken."

2.10

Op 16 november 2011 heeft [procuratiehouder] aan [bestuurder] en de participanten onder meer een "Notitie ten behoeve van continuïteit" gezonden. Daarin valt onder meer het volgende te lezen:

"1. Actuele situatie.

De huidige balans van Geocopter BV ziet er in grote lijnen als volgt uit;

Actief, een demohelikopter met een productiewaarde van circa € 110.000 en een helikopter in eindproductiefase met een productiewaarde van circa € 90.000. De rest is vrijwel gebakken lucht.

Passief, schulden aan [C] ca. € 229.000, Leververplichting aan de "Rus" resp. terugbetaling van aanbesteding t.g.v. € 80.000, achterstallige crediteuren t.b.v. ca. € 160.000. Verplichtingen uit hoofde van afgeleverde helikopters, twee stuks, waarde p.m. Saldo negatief vermogen van circa € 270.000." (...)

"2. Mogelijke oplossing.

Inbrengen van € 150.000 in Geocopter, ook al is dat op basis van verpanding van activa, loopt het risico dat crediteuren d.m.v. incasso-acties dit geld opeisen. In feite zijn dan de activa gekocht voor € 150.000 en moet er weer gefourneerd worden om verder te komen.

3 Voorgestelde oplossing:

Om met zo weinig mogelijk geld zoveel mogelijk tijd te kopen teneinde concrete verkoopcontracten te winnen wordt een herstructurering voorgesteld. Bij deze herstructurering blijft Geocopter bestaan als verkoopmij en werkgever en wordt er onder Geocopter een nieuwe BV gehangen, die de productie van de nieuwe nog te verkopen helikopters voor zijn rekening gaat nemen (...). Verder staat er vet gedrukt (hier cursief; *red.*): "De veronderstelling voor de verdere continuïteit is, dat er in deze periode tenminste een helikopter kan worden verkocht. Vanuit de aanbesteding kunnen dan de materialen voor productie worden aangeschaft. Te denken is aan een verkoopprijs voor Geocopter van € 300.000 en een inkoopprijs van newco van € 200.000."

2.11

[Bestuurder] heeft hierop gereageerd in een e-mail van 17 november 2011. Daarin heeft hij onder meer geschreven:

"De achterstallige crediteurenverplichtingen lijken meer te worden echter dit komt door de kosten van demo's (...) en kosten voor vergoeding [E] en mij. In concreto betekend het [E] niet de helft van zijn IM-vergoeding betaald heeft gekregen en dat ik vanaf 1 augustus 2011 niet meer betaald ben. Deze situatie kan niet meer doorlopen al was het maar dat ik wel de BTW afdraag en mijn kosten heb waar ik geen dekking meer voor heb. Het is nu dermate dringend geworden dat dit wel degelijk meegenomen moet worden in de continuïteitbeschouwingen voor Geocopter. Het personeel en andere kleine kosten zijn wel betaald. De mogelijke en voorgestelde oplossing is op langere termijn bespreekbaar, echter ik wil nu voorstellen de

activa te verpanden aan de RABO bank en de inbreng a € 150.000 te storten op een geblokkeerde rekening. (...) Hierdoor creëren wij tijd om gedegen na te denken over vervolgstappen zonder dat deze inbreng aan de crediteuren kan vervallen.”

2.12

Op 28 november 2011 heeft een volgende AVA plaatsgevonden. Daarin is besloten om een lening aan te gaan van € 75.000, te verstrekken door de participanten tegen verpanding van alle activa; de lening zou te zijner tijd worden afgelost of worden vervangen door een nieuwe lening of participatie van € 150.000 door de bestaande aandeelhouders. Verder werd onder meer besloten om te onderzoeken of de verkoop en servicing van helikopters in een aparte dochtervennootschap afgescheiden zou moeten worden van de productie. Tot slot spreken alle aanwezigen de hoop uit dat er op korte termijn tot verkoop van een of twee helikopters kan worden gekomen omdat verkoop een essentiële voorwaarde is voor overleven.

2.13

Het bedrag van € 75.000 is op 29 november 2011 ter beschikking gesteld.

2.14

Op 15 december 2011 heeft wederom een AVA plaatsgevonden. De aandeelhouders hebben onder meer te kennen gegeven dat zij op de hoogte wilden worden gehouden van de verkoopvorderingen van de helikopters. De beslissing over de nieuw op te richten vennootschap werd uitgesteld tot de volgende AVA. Verder werd besloten een camera te verkopen voor € 20.000 en dat bedrag aan te wenden voor het betalen van salarissen. [Bestuurder] heeft voorts verzocht om de achterstand in de betaling van zijn managementfee terug te brengen naar maximaal twee maanden.

2.15

[Bestuurder] moest op 16 december 2011 een ziekenhuisopname ondergaan. Mede in verband daarmee schreef [bestuurder] op 15 december 2011 aan de participanten, met kopie aan [procuratiehouder] en een blinde kopie aan [interim-manager]:

“Nu het vanavond erg laat is geworden en ik nog een afspraak had staan in [A] heb ik [procuratiehouder] gevraagd de in de AVA goedgekeurde facturen te betalen. Om dit mogelijk te maken heb ik [procuratiehouder] rond half 5 de bankpas overhandigd. (...) Ik zal deze pas terugvragen als ik weer in [B] ben de 2e januari. (...)”

2.16

Op 27 december 2011 heeft [procuratiehouder], met de bankpas die [bestuurder] hem had gegeven, de salarissen van twee werknemers, de onkostennota van [interim-manager] en de aan [bestuurder] verschuldigde managementfee over de maand september 2011 van € 5.950 betaald.

2.17

Eveneens op 27 december 2011 heeft [bestuurder] via een formulier “Eigen aangifte tot faillietverklaring” het faillissement van Geocopter aangevraagd. In de toelichting hierop schreef [bestuurder] dat het vertrouwen bij de investeerders in Geocopter weg was en dat zij de tweede helft van de toegezegde € 150.000 niet meer zouden storten. Dit betekende, aldus [bestuurder] in de toelichting, dat het salaris niet meer betaald kon worden en hij het als bestuurder niet meer verantwoord vond om op deze basis door te gaan met Geocopter.

2.18

Op 11 januari 2012 heeft de mondelinge behandeling van de eigen aangifte plaatsgevonden. Daarbij is [bestuurder] gehoord.

2.19

Geocopter is op 11 januari 2012 in staat van faillissement verklaard met aanstelling van de curator als zodanig.

2.20

Op 18 januari 2012 werd per post een stuk van het Braziliaanse EGS Engenharia (hierna: EGS) bij Geocopter bezorgd. De curator kreeg deze post eerst op 2 februari 2012 in handen. EGS zond hierbij aan Geocopter een door EGS ondertekende “Non Disclosure Agreement” tussen Geocopter (en aan haar gelieerde bedrijven) en EGS, en een op 23 december 2011 door EGS ondertekende “International Distributor Agreement” tussen haar en Geocopter. In de overeenkomst van 23 december 2011 valt onder meer te lezen dat EGS voor een bedrag van € 225.000 een helikopter zou kopen van Geocopter om daarmee de verkoop van dergelijke helikopters verder te kunnen promoten.

2.21

De curator heeft bij brief van 25 september 2012 op de voet van art. 47 Fw de vernietiging ingeroepen van de door

[bestuurder] op 27 december 2011 ontvangen betaling (zie hiervoor onder (2.16)).

2.22

Bij brief van 8 april 2013 heeft de curator [bestuurder] aansprakelijk gesteld voor de door Geocopter geleden schade op grond van art. 2:9 BW respectievelijk art. 2:248 BW en subsidiair art. 6:162 BW.

3. Het geschil en de beslissingen tot en met het arrest van de Hoge Raad

3.1

De curator vordert in dit geding, kort gezegd, te verklaren voor recht dat [bestuurder] Geocopter onbehoorlijk heeft bestuurd en gehouden is aan de curator het bedrag van de schulden van Geocopter te betalen, voor zover dat bedrag niet door vereffening van de overige baten kan worden voldaan. Bovendien vordert de curator [bestuurder] te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 5.950,-- en van een voorschot op het boedeltekort in het faillissement van Geocopter ten belope van € 250.000,--. De rechtbank heeft de vorderingen toegewezen.

3.2

Het hof 's-Hertogenbosch heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. De Hoge Raad heeft het arrest van het hof 's-Hertogenbosch vernietigd, met veroordeling van de curator in de kosten van het geding in cassatie. De Hoge Raad overweegt dat uit de door het hof geschetste omstandigheden, waarop het oordeel van het hof berust dat de schending van art. 2:246 BW door [bestuurder] heeft te gelden als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:248 lid 1 BW, niet blijkt of, en zo ja op welke wijze, het aanvragen van het faillissement de belangen van de gezamenlijke schuldeisers heeft geschaad. Verder blijkt niet dat [bestuurder] wist of behoorde te weten dat zijn handelen de gezamenlijke schuldeisers zou benadelen. Het hof is ook niet ingegaan op de stelling van [bestuurder] dat hij door het doen van de eigen aangifte verdere schade voor de schuldeisers wilde voorkomen.

4. De motivering van de beslissing in hoger beroep na verwijzing

4.1

In deze verwijzingsprocedure dient de appelprocedure te worden voortgezet en te worden beslist met inachtneming van het arrest van de Hoge Raad. Nu het cassatiemiddel en het daarop gegeven oordeel van de Hoge Raad uitsluitend gericht is tegen het oordeel van het hof ten aanzien van de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van [bestuurder] als bestuurder en niet tegen de door de curator ingeroepen vernietiging van de betaling van 27 december 2011 op grond van de faillissementspauliana in de zin van art. 47 Fw blijft de beslissing van het hof daarover als weergegeven in 3.8.1 en 3.8.2 in stand. Dit hof moet vervolgens opnieuw beoordelen of het aanvragen van het faillissement van de vennootschap door [bestuurder] in de gegeven omstandigheden met zich brengt dat hij als bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld als bedoeld in art. 2:248 BW, dan wel of sprake is van interne bestuurdersaansprakelijkheid als bedoeld in art. 2:9 BW, dan wel of hij als bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld als bedoeld in art. 6:162 BW.

Geen externe bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:248 BW)

4.2

Het hof stelt voorop dat van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:248 BW eerst sprake is indien geen redelijk denkend bestuurder, die voor zijn taak berekend is en die taak nauwgezet vervuld, onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld (de zogenoemde Panmo-maatstaf¹). Uit de wetsgeschiedenis volgt bovendien dat de bestuurders moeten hebben gehandeld met de (objectieve) wetenschap dat de schuldeisers zullen worden benadeeld.

4.3

Voor het aannemen van kennelijk onbehoorlijk bestuur geldt een hoge drempel. Het gaat om de vraag of [bestuurder] ten tijde van het doen van de aangifte tot faillietverklaring (eind 2011) en de behandeling ervan op zitting (begin 2012), over zodanige gegevens beschikte of moest beschikken dat hij had moeten begrijpen dat de schuldeisers door het (aanvragen van het) faillissement van Geocopter werden benadeeld.

4.4

Het hof overweegt daarover als volgt. Volgens [bestuurder] werd vanaf de zomer 2011 de financiële situatie van Geocopter steeds nijpender. Zoals hiervoor is weergegeven onder de vaststaande feiten, was die situatie bij alle betrokkenen bekend. Vanaf in elk geval september 2011 stonden de verschillende aandeelhoudersvergaderingen in het teken van de penibele financiële situatie van de vennootschap met constante, grote liquiditeitsproblemen. De vraag was steeds of er voldoende continuïteitsperspectief was en of het lastige financiële tij waarin de onderneming verkeerde nog kon worden gekeerd. Zo werden de bestuurder [bestuurder] en de interim-manager [interim-manager] niet volledig betaald voor hun werkzaamheden. Er was al betalingsonmacht aangevraagd bij de belastingdienst en om de salarissen te kunnen betalen werd een (in een

helikopter ingebouwde) Gimbal-camera (een of meer keren) verkocht. Op 17 oktober 2011 is al in de notulen melding gemaakt van de uitputting van de financiële middelen en de stroom aanmaningen van de crediteuren. Vervolgens wordt in de notitie van [procuratiehouder] van 16 november 2011 (zie 2.10) op een rijtje gezet dat de achterstallige crediteuren ongeveer € 160.000 belopen, de balans een negatief vermogen vertoont van € 270.000 en de kosten om Geocopter low budget draaiende te houden ongeveer € 20.000 per maand bedragen. Verder wordt benadrukt dat voor de verdere continuïteit vereist is dat er tenminste een helikopter kan worden verkocht. In deze notitie is niet voorzien in de betaling van de crediteuren. Het ziet in feite op het draaiende houden van een onderneming die al op het randje van de afgrond staat. [Bestuurder] bevestigt op 17 november 2011 in zijn reactie hierop dat het continuïteitsperspectief in gevaar is (zie 2.11). Dat beeld wordt nog versterkt door de directe liquiditeitsnood die naar voren komt uit de notulen van 28 november 2011.

4.5

Verder is van belang dat [procuratiehouder] zowel in zijn overlevingsplan en liquiditeitsprognose van 19 september 2011 als in zijn notitie ten behoeve van continuïteit van 16 november 2011 ervan uit gaat dat de onderneming om te kunnen overleven op korte termijn in elk geval over een bedrag van € 150.000 zal moeten kunnen beschikken. Bovendien was duidelijk dat er daarnaast op korte termijn ook nog geld binnen moest komen vanuit de verkoop van een helikopter om enig perspectief te houden op de continuïteit van de onderneming. Vervolgens is eind 2011 duidelijk geworden dat niet is voldaan aan die kapitaalbehoefte van € 150.000 die als strikt noodzakelijk was becijferd. Weliswaar is een bedrag van € 75.000 ter beschikking gesteld en is daarbij aangegeven dat dit te zijner tijd kon worden omgezet in € 150.000, maar dit gegeven is naar het oordeel van het hof in die omstandigheden te ongewis met het oog op de grote (liquiditeits)problemen waarin de onderneming al sinds de zomer 2011 verkeerde.

4.6

[Bestuurder] heeft vervolgens rond 21 december 2011 geconstateerd dat de aan hem toegezegde betaling nog niet was overgemaakt en daar navraag naar gedaan. Op dat moment was nog (steeds) geen helikopter verkocht en dus bestond ook vanuit dat oogpunt niet concreet de verwachting dat daaruit op korte termijn liquide middelen konden worden verwacht. De curator verwijt [bestuurder] dat hij niet heeft geïnformeerd naar de stand van zaken met betrekking tot de Braziliaanse firma die op 23 december 2011 een distributieovereenkomst had ondertekend (die per post naar Nederland onderweg was) in welk kader men een helikopter voor een bedrag van € 225.000 zou aankopen. Dit brengt het hof niet tot een ander oordeel. [Bestuurder] heeft tegenover bedoeld verwijt aangevoerd dat de bij de distributieovereenkomst gevoegde koopovereenkomst voor de helikopter niet was ondertekend. De curator is niet ingegaan op dit verweer van [bestuurder]. Het hof stelt verder vast dat in die distributieovereenkomst over de essentialia van de koop, (leveringsdatum, betaaldatum enz) niets is bepaald. De deal was bepaald nog niet in beton gegoten. Zonder nadere toelichting, die de curator niet heeft gegeven, blijkt uit de ondertekening van deze overeenkomst niet dat Geocopter daarmee op korte termijn over liquide middelen kon beschikken.

4.7

[Bestuurder] heeft steeds aangegeven dat de loop van de hiervoor geschetste gebeurtenissen, namelijk geen definitief verkochte helikopter en het uitblijven van de kapitaalinjectie van de participanten voor het volledige bedrag van € 150.000, er uiteindelijk bij hem toe hebben geleid dat hij het vertrouwen in een goede afloop heeft verloren. Hij is daarom op 21 december 2011 naar zijn advocaat gegaan om advies in te winnen. Het advies van de advocaat was duidelijk, namelijk dat hij in deze omstandigheden er niet alleen verstandig aan deed om (met gebruikmaking van de voorwaardelijk verleende toestemming) de aangifte tot faillietverklaring te doen maar dat hij ertoe zou moeten overgaan omdat hij anders als bestuurder risico zou lopen.

4.8

Vervolgens heeft [bestuurder] op 27 december 2011 de eigen aangifte tot faillietverklaring van Geocopter bij de rechtbank ingediend. Bij die eigen aangifte is een schuldenlijst gevoegd, inclusief een ouderdomsanalyse en een balans van Geocopter per 23 december 2011 opgesteld door een externe boekhouder. Die schuldenlijst vermeldt een bedrag van bijna € 90.000 aan openstaande crediteuren ouder dan 90 dagen. Uit de balans blijkt dat in het jaar 2011 de post liquide middelen met zo'n € 165.000 was afgenomen. Er was geen rekening-courantkrediet bij de bank. In de balans was de verstrekte lening van de participanten van € 75.000 opgenomen. Het negatieve resultaat over 2011 bedroeg € 525.152,75 en er was (zo blijkt uit de notitie van [procuratiehouder] van november 2011) een fors negatief eigen vermogen. Het werkkapitaal was eveneens fors negatief en de hele voorraad en inventaris waren verpand. De cijfers en omstandigheden wijzen erop dat de onderneming op het moment van het doen van de eigen aangifte niet of nauwelijks (meer) levensvatbaar was en verkeerde in de toestand dat zij was opgehouden te betalen. Het enkele feit dat Geocopter in december 2011, zowel voor als na de faillissementsaanvraag, nog enkele handelscrediteuren en verzekeringspremies heeft voldaan (ongeveer in totaal 11% van het totaal aan openstaande crediteuren), zoals de curator in zijn pleitnota heeft betoogd, maakt dit niet anders. Er was bovendien ook al betalingsonmacht gemeld bij de belastingdienst. Onder deze omstandigheden, waarbij [bestuurder]

bovendien advies van een advocaat heeft ingewonnen die hem heeft voorgehouden dat hij risico liep als hij niks zou doen omdat de schulden verder konden oplopen, kan niet worden gezegd dat hij door het doen van de eigen aangifte tot faillietverklaring heeft gehandeld zoals geen redelijk denkend bestuurder zou hebben gehandeld en dus evenmin met de (objectieve) wetenschap dat de schuldeisers door die eigen aangifte zullen worden benadeeld. Dat hij daarbij geen ruggenspraak meer heeft gehouden met de participanten maakt het bovenstaande evenmin anders. Van kennelijk onbehoorlijk bestuur als bedoeld in art. 2:248 BW is dan ook geen sprake.

Beoordeling niet besproken gronden en stellingen (devolutieve werking)

4.9

Nu de grieven ten aanzien van de externe bestuurdersaansprakelijkheid slagen, ligt de vraag voor of de vordering toewijsbaar is op de andere door de curator aangevoerde gronden die eerder niet besproken of verworpen zijn.

Geen interne bestuurdersaansprakelijkheid

4.10

Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of er in deze zaak sprake is van interne aansprakelijkheid van [bestuurder] als bestuurder ten opzichte van Geocopter. Voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of in een bepaald geval plaats is voor een ernstig verwijt als hier bedoeld, moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren onder meer de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.^[2]

4.11

Het verwijt dat [bestuurder] wordt gemaakt is dat hij als bestuurder het faillissement van Geocopter onbevoegd heeft aangevraagd. Faillietverklaring is een ingrijpende gebeurtenis. Daarom is het bestuur in beginsel, tenzij bij de statuten anders is bepaald, op grond van art. 2:246 BW zonder opdracht van de AVA niet bevoegd aangifte te doen tot faillietverklaring van de (besloten) vennootschap. In dit geval is die opdracht in de zin van art. 2:246 BW aan [bestuurder], als enig bestuurder van Geocopter, verleend onder de voorwaarde "indien dat noodzakelijk mocht blijken". Dit vereist een eigen beoordeling van [bestuurder] in het kader van het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

4.12

De curator heeft betwist dat [bestuurder] opdracht had om die aangifte tot faillietverklaring te doen. Hij stelt daartoe dat tijdens de AVA van 17 oktober 2011 weliswaar toestemming is verleend, maar dat dit besluit is genomen in de context van het geschil met [C]. [C] zou onder druk worden gezet met de mogelijkheid dat er eigen aangifte tot faillietverklaring zou worden gedaan. Alleen als er geen overeenstemming met [C] zou kunnen worden bereikt, zou die door de AVA gegeven toestemming nog gelding hebben. Hij verwijst daartoe naar door hem overgelegde verklaringen van de participanten en Rabobank waaruit dat zou volgen.

4.13

Tussen de partijen is niet in geschil dat tijdens de AVA van 17 oktober 2011 is gesproken over de brief van de advocaat van [C] waarin het afwikkelingsvoorstel over de te beëindigen samenwerking was opgenomen. Die vergadering verliep tumultueus en is vier keer geschorst om uiteindelijk tot een oplossing met betrekking tot het uitreden van [C] als aandeelhouder te komen. Noch uit de agenda voor de vergadering noch uit de notulen van de vergadering blijkt een direct verband tussen het voorstel met betrekking tot [C] en de faillissementsaanvraag. Het hof wil er wel van uitgaan dat men over een eventuele eigen aangifte tot faillietverklaring heeft gesproken naar aanleiding van de problemen met betrekking tot de afwikkeling met [C]. In het geval dat er geen overeenstemming met [C] zou kunnen worden bereikt, zou er immers mogelijk onmiddellijk sprake zijn van een faillissementstoestand. In dat verband kunnen de overgelegde verklaringen van de participanten en de Rabobank ook worden gelezen. Dat laat onverlet dat niet is gebleken van een uitdrukkelijke koppeling tussen de toestemming om aangifte tot faillietverklaring te doen en het al dan niet bereiken van overeenstemming met [C]. Ook het feit dat zowel op de agenda als (blijkens de notulen) in de vergadering zelf éérs het punt van het uitreden van [C] is vermeld respectievelijk behandeld en afgehandeld en vervolgens – toen die overeenstemming reeds was bereikt – de toestemming tot het doen van eigen aangifte is gegeven, wijst in een andere richting. Als de lezing van de curator zou worden gevolgd, zou na het bereiken van overeenstemming een drukmiddel immers niet meer nodig zijn geweest en zou het derde agendapunt niet meer tot stemming hoeven worden gebracht. [C] had op dat moment nu eenmaal al met zijn

uittreden ingestemd. De curator heeft daarover gesteld dat die overeenstemming ook nog langs de afgesproken lijnen moest worden afgewikkeld, zodat men nog niet zeker was dat die zaak ook formeel rond zou komen. Zou dat het geval zijn geweest, dan had het voor de hand gelegen dat de AVA die toestemming had verleend onder de opschortende voorwaarde dat de overeengekomen afspraken tot uittreding van [C] niet zouden worden nagekomen. Tot slot is de gegeven toestemming aan de directie ook op de verschillende aandeelhoudersvergaderingen die daarna zijn gehouden, op geen enkel moment meer aan de orde geweest of ingetrokken.

4.14

Het hof is dan ook van oordeel dat uit de notulen van 17 oktober 2011 volgt dat de AVA unaniem toestemming heeft gegeven aan de directie ([bestuurder]) voor het aanvragen van het faillissement indien dat noodzakelijk mocht blijken, zonder dat daaraan nog een nadere bijzondere voorwaarde is gekoppeld. De aandeelhouders hebben [bestuurder] daarbij de ruimte gegeven om zelf te beoordelen of het doen van aangifte noodzakelijk is. [Bestuurder] heeft dit ook als zodanig mogen begrijpen. Zoals uit de hiervoor onder 4.4 tot en met 4.8 geschetste feiten en omstandigheden volgt, heeft [bestuurder] die bevoegdheid twee maanden later op een manier gebruikt waarvan hem naar het oordeel van het hof persoonlijk geen ernstig verwijt treft.

4.15

Maar zelfs als er van moet worden uitgegaan dat de door de AVA gegeven toestemming wel direct was verbonden aan de voorwaarde dat er geen overeenstemming met [C] zou kunnen worden bereikt en die opschortende voorwaarde dus niet is vervuld, geldt het volgende. Van een ernstig verwijt is in beginsel sprake indien is gehandeld in strijd met wettelijke en/of statutaire bepalingen, die de rechtspersoon beogen te beschermen. De bestuurder kan echter feiten en omstandigheden aanvoeren op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het schenden van deze bepalingen geen ernstig verwijt oplevert.^[3] Bij het voorgaande betreft het hof dat bestuurders zich bij de vervulling van hun taak, naar eigen verantwoordelijkheid, moeten richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (vgl. art. 2:239 lid 5 BW). Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, zoals het geval is bij Geocopter, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming. Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad.^[4]

4.16

De curator heeft [bestuurder] verweten dat hij op eigen houtje heeft gehandeld en anders dan in de voorgaande, intensieve maanden geen overleg heeft gehad met de participanten toen hij de aangifte tot faillietverklaring ging doen. Het hof is van oordeel dat het doen van de eigen aangifte met gebruikmaking van een toestemming van de AVA die (volgens de curator) geen gelding meer had, in dit geval op zichzelf beschouwd onvoldoende is om [bestuurder] daarvan een ernstig verwijt te maken. Zoals uit hetgeen hiervoor in het kader van de externe aansprakelijkheid ten aanzien van de financiële toestand van de vennootschap is overwogen volgt, was sprake van een onderneming die al langere tijd in financieel zwaar weer verkeerde en kampte met grote liquiditeitsproblemen en kan er bepaald niet van worden uitgegaan dat de onderneming het zou hebben gered als geen eigen aangifte was gedaan. De curator heeft nagelaten om concreet inzichtelijk te maken tot welke schade het gestelde verweten handelen van [bestuurder] heeft geleid en voor welke schade hij [bestuurder] aansprakelijk houdt. De schade op grond van art. 2:9 BW moet immers worden vastgesteld door een vergelijking te maken tussen de daadwerkelijk financiële positie van de rechtspersoon en de financiële positie die de rechtspersoon zou hebben gehad in de hypothetische situatie dat het gestelde ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur op grond van art. 2:9 BW niet zou hebben plaatsgevonden. De curator heeft niet voldoende onderbouwd dat van een levensvatbare onderneming sprake was, zodat niet valt uit te sluiten dat de schade voor de vennootschap groter zou zijn geweest als er in december 2011 door [bestuurder] geen eigen aangifte was gedaan.

Geen onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW

4.17

Ten slotte heeft de curator gesteld dat [bestuurder] in overleg en in samenwerking met [interim-manager] eerst het eigen faillissement van Geocopter heeft aangevraagd en vervolgens een Luxemburgse vennootschap, Luxcopter S.A., heeft opgericht, waarbij beiden met het gebruikmaken van de IE-gegevens van Geocopter zijn doorgedaan met de ontwikkeling en de verkoop van helikopters, die in feite Geocopter-helikopters zijn. Dit samenstel van feiten vormt een zelfstandige onrechtmatige daad jegens de boedel van Geocopter.

4.18

[Bestuurder] betwist dat hij bij het ontwikkelen van zijn activiteiten in Luxemburg gebruik heeft gemaakt van de IE-rechten van Geocopter. Er is volgens hem geen registratie van intellectuele eigendomsrechten waarop Geocopter mogelijkwerwijs een beroep kon doen. Deze rechten zijn niet ontstaan of gevestigd. Niet valt in te zien hoe [bestuurder] op niet bestaande IE-rechten een inbreuk zou kunnen maken. Bovendien miskent de curator volgens [bestuurder] dat hij zelf over uitgebreide kennis en ervaring beschikt op het terrein van vliegtuigbouw. Het stond hem vrij deze kennis en ervaring in te zetten. Het feit dat de curator er niet in is geslaagd de digitale gegevens met betrekking tot schetsen, ontwerpen en technische data van en over te bouwen helikopters terug te vinden, leidt er niet toe dat daarmee vaststaat of aannemelijk is dat [bestuurder] deze informatie heeft verduisterd. Tot slot heeft [bestuurder] betwist dat aan de curator procesbevoegdheid toekomt, omdat de curator in dit geval niet heeft aangetoond dat sprake is van generieke schuldeisersbenadeling en dat daarmee is voldaan aan de voorwaarden voor het instellen van een zogenoemde Peeters-Gatzen vordering.

4.19

Onder verwijzing naar hetgeen hiervoor is overwogen ten aanzien van het ontbreken van een ernstig persoonlijk verwijt, is het hof met [bestuurder] van oordeel dat de door de curator ingestelde vordering (gebaseerd op art. 6:162 BW) moet worden afgewezen. Voor het aannemen van de 'gewone' aansprakelijkheid ex 6:162 BW van [bestuurder] als privépersoon dan wel externe bestuurdersaansprakelijkheid (in die zin dat [bestuurder] als bestuurder van Luxcopter aansprakelijk is voor schade als gevolg van het onrechtmatig handelen van die vennootschap) ontbreekt een voor de rechter en de wederpartij kenbare, voldoende duidelijke feitelijke onderbouwing. Daartoe verwijst het hof naar hetgeen [bestuurder] – onvoldoende door de curator weersproken – heeft aangevoerd over de vermeende inbreuk op de IE-rechten (hiervoor onder 4.19). Bovendien ontbreken op de grondslag van art. 6:162 BW toegesneden vorderingen.

4.20

De curator heeft niet, althans niet voldoende specifiek en concreet, (getuigen)bewijs aangeboden van feiten en/of omstandigheden die, indien bewezen, tot andere conclusies leiden. Daarom wordt aan het bewijsaanbod voorbijgegaan.

5. Slotsom

5.1

Het voorgaande voert tot de slotsom dat het hoger beroep van [bestuurder] slaagt voor zover dat ziet op de verklaring voor recht dat [bestuurder] Geocopter onbehoorlijk heeft bestuurd en gehouden is aan de curator het boedeltekort te betalen, alsmede de daarop gebaseerde veroordeling tot betaling van een voorschot van € 250.000. De overige grondslagen van de door de curator ingestelde vorderingen tegen [bestuurder] tot vergoeding van schade kunnen evenmin tot toewijzing leiden. Wel blijft de veroordeling van [bestuurder] tot terugbetaling aan de curator van een bedrag van € 5.950, te vermeerderen met wettelijke rente in stand. Voorts zal de curator worden veroordeeld om datgene dat [bestuurder] ter uitvoering van het vernietigde deel van het bestreden vonnis aan de curator heeft voldaan aan [bestuurder] terug te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente.

5.2

De curator zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de eerste aanleg bij de rechtbank, het hoger beroep bij het hof 's-Hertogenbosch en het hoger beroep na verwijzing bij dit hof. De kosten voor de procedure in eerste aanleg aan de zijde van [bestuurder] zullen worden vastgesteld op:

- griffierecht € 1.519
- salaris advocaat € 4.000 (2 punten x € 2.000)

Totaal € 5.519

De kosten voor de procedure in het hoger beroep bij het hof 's-Hertogenbosch aan de zijde van [bestuurder] zullen worden vastgesteld op:

- dagvaarding € 77,84
- griffierecht € 1.615
- salaris advocaat € 6.000 (3 punten x € 2.000)

Totaal € 7.692,84

De kosten voor de procedure in het hoger beroep na verwijzing aan de zijde van [bestuurder] zullen worden vastgesteld op:

- oproeping € 81,83
- salaris advocaat € 12.192 (3 punten x € 4.064,-)

Totaal € 12.273,83

5.3

Als niet weersproken zal het hof ook de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten toewijzen zoals hierna vermeld.

6. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep na verwijzing:

vernietigt het vonnis van de rechtbank Limburg, zittingsplaats Roermond, van 3 juni 2015 behoudens voor zover [bestuurder] daarbij is veroordeeld tot betaling aan de curator van een bedrag van € 5.950, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 10 oktober 2012 tot de dag van volledige betaling, bekrachtigt dit vonnis in zoverre en doet voor het overige opnieuw recht;

wijst de vorderingen van de curator af;

veroordeelt de curator om aan [bestuurder] terug te betalen al hetgeen [bestuurder] ter uitvoering van het *vernietigde deel* van het bestreden vonnis (inclusief de eventueel betaalde proceskosten) aan de curator heeft voldaan, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling tot de dag van terugbetaling;

veroordeelt de curator in de kosten van de beide instanties tot het arrest van de Hoge Raad aan de zijde van [bestuurder] wat betreft de eerste aanleg vastgesteld op € 1.519 aan verschotten en op € 4.000 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en tot aan deze uitspraak wat betreft het hoger beroep vastgesteld op € 1.692,84 aan verschotten en op € 6.000 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en – voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

veroordeelt de curator in de kosten van het hoger beroep na verwijzing, aan de zijde van [bestuurder] vastgesteld op € 81,83 aan verschotten en op € 12.192 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en – voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

veroordeelt de curator in de nakosten, begroot op € 163, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 85 in geval de curator niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden, een en ander vermeerderd met de wettelijke rente te rekenen vanaf veertien dagen na aanschrijving én betekening;

verklaart dit arrest voor zover het de hierin vermelde veroordelingen betreft uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. D.M.I. De Waele, B.J. Engberts en C.J.H.G. Bronzwaer en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 20 april 2021.

Voetnoten

[1.]

HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, NJ 2001, 454.

[2.]

Vergelijk HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997/360 (Staleman/Van de Ven), r.o. 3.3.1 en HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011, NJ 2003/455 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek), ro. 3.4.5.

[3.]

ECLI:NL:HR:2002:AE7011, NJ 2003/455 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek).

[4.]

Vergelijk HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (Cancun).