

4.17. De curator vordert betaling van een bedrag van € 18.000 vermeerderd met wettelijke handelsrente. Niet kan worden aangenomen dat sprake is van een handelsovereenkomst in de zin van art. 6:119a BW, zodat niet de gevorderde handelsrente maar wel de – in die vordering besloten liggende – gewone wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW zal worden toegewezen.

4.18. De curator heeft voorts onbestreden gesteld kosten ter zake van buitengerechtelijke werkzaamheden te hebben gemaakt en heeft vergoeding daarvan gevorderd, vast te stellen conform rapport Voorwerk II. Voldaan dient te worden aan het vereiste dat alleen redelijke kosten die in redelijkheid zijn gemaakt kunnen worden toegewezen. In dit geval is niet gebleken dat niet aan dit vereiste is voldaan, zodat de rechtbank de gevorderde vergoeding van buitengerechtelijke kosten zal toewijzen. De gevorderde rente over de buitengerechtelijke kosten is eveneens toewijsbaar.

4.19. Aan het bewijsaanbod van gedaagde sub 1 wordt voorbij gegaan, nu niets is aangevoerd dat aan het voorgaande kan afdoen.

4.20. Nu de vordering van de curator jegens gedaagde sub 1 op de eerste grondslag zal worden toegewezen, zal gedaagde sub 1 als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten. De kosten aan de zijde van de curator worden begroot op:

– dagvaarding	€	123,32
– griffierecht	€	585,00
– salaris advocaat	€	1.447,50 (2,5 punt × tarief € 579)
<b>Totaal</b>	<b>€</b>	<b>2.155,82</b>

De gevorderde nakosten zijn, op de voet van het arrest van de Hoge Raad van 19 maart 2010, LjN BL1116, voor toewijzing vatbaar als na te melden.

##### 5. De beslissing

###### De rechtbank

5.1. veroordeelt gedaagde sub 1 om aan de curator te betalen een bedrag van € 18.000 (achttien-duizend euro), vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over het toegewezen bedrag vanaf 19 december 2005 tot de dag van volledige betaling.

5.2. veroordeelt gedaagde sub 1 om aan de curator te betalen een bedrag van € 1.158 (eenduizend-honderdachtenvijftig euro) ter zake van buitengerechtelijke kosten, vermeerderd met de wettelijke rente hierover vanaf de dag der dagvaarding tot de dag van volledige betaling.

5.3. veroordeelt gedaagde sub 1 in de proceskosten, aan de zijde van de curator tot op heden begroot op € 2.155,82.

5.4. veroordeelt gedaagde sub 1 in de nakosten, aan de zijde van de curator bepaald op € 131, dan wel, als betekening van dit vonnis plaatsvindt, € 199.

5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.

5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

## RO 2011/75

### RECHTBANK ROTTERDAM (ENKELVOUDIGE HANDELSKAMER)

31 augustus 2011, nr. 166382 / HA ZA 01-2973  
(Mr. N. Doorduyn)

BW art. 2:248, 6:10

LjN BR7071

#### Bestuurdersaansprakelijkheid. Disculpatie. Regres.

#### Hoe dient de onderlinge draagplicht tussen bestuurder en feitelijk beleidsbepaler te worden vastgesteld?

*Zowel eiser als gedaagde zijn betrokken geweest bij een vennootschap genaamd Rotterdam International Trading and Contracting B.V. (RITC). Deze vennootschap was sinds eind 1996 actief in de dakbedekking en is op 9 mei 2000 failliet verklaard. Eiser was statutair bestuurder, gedaagde was dit niet. Eiser heeft gedaagde in een vrijwaringsprocedure betrokken. De rechtbank heeft in een tussenvonnis van 14 april 2010 geoordeeld dat gedaagde feitelijk beleidsbepaler in de zin van art. 2:248 lid 7 BW was. In de hoofdzaak is inmiddels geoordeeld dat eiser op grond van art. 2:248 BW aansprakelijk is voor het tekort in de boedel, aangezien de publicatieplicht was geschonden.*

*In dit vonnis heeft de rechtbank de onderlinge draagplicht tussen eiser als bestuurder en gedaagde als feitelijk beleidsbepaler vastgesteld.*

*Rb: Aangezien vast staat dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en voorts vast staat dat gedaagde dient te worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler, heeft de rechtbank beoordeeld of eiser en gedaagde hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het boedeltekort of dat één van hen zich kan disculperen op grond van art. 2:248 lid 3 BW. De rechtbank heeft geoordeeld dat er geen ruimte is voor disculpatie, aangezien partijen onvoldoende hebben gesteld op dit punt.*

*Eiser en gedaagden hebben ieder gesteld dat het tekort in het faillissement volledig dient te worden gedragen door de andere partij. De rechtbank heeft de feitelijke stellingen van partijen op dat punt gewogen, hetgeen tot het oordeel heeft geleid dat het boedeltekort door partijen ieder voor de helft dient te worden gedragen.*

#### Zie ook:

- HR 23 november 2001, NJ 2002/95 en JOR 2002/4 (Mefigro/Wind);
- Rb. Arnhem 22 juni 2011, RO 2011/60;
- Rb. Arnhem 27 april 2011, RO 2011/53 (bestuurdersaansprakelijkheid; vrijwaringszaak);
- Rb. Rotterdam 14 april 2010, RI 2010/56 en LjN BM1594 (tussenvonnis in deze zaak waarin de Rb. oordeelde dat gedaagde kan worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler);

- Groene Serie Rechtspersonen, artikel 138 Boek 2 BW, aant. 12 (disculpatie).

**Wenk:**

In dit vonnis gaat het (na een aantal jaren procederen en een aantal tussenvonnissen) nog slechts om de vraag of de bestuurder en feitelijk beleidsbepaler hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het boedeltekort. De rechtbank heeft eerst de vraag beantwoord of een beroep op disculpatie gehonoreerd kan worden en gaat vervolgens in op de onderlinge draagplicht.

Dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur wordt door de rechtbank aangenomen. Gedaagde heeft tijdens pleidooi nog gepoogd de rechtbank op andere gedachten te brengen, maar was daarmee volgens de rechtbank te laat (in de processtukken is ten aanzien van dit aspect kennelijk geen verweer gevoerd). Uit het arrest *Mefagro/Wind* volgt dat de uit art. 2:10 en 394 voortvloeiende administratie- en publicatieplicht ook op de feitelijke bestuurder rust, zodat gedaagde net als eiser op grond van art. 2:248 lid 2 BW had kunnen worden aangesproken door de curator. Een juridische complicatie had kunnen voortvloeien uit het feit dat de vordering uit art. 2:248 BW slechts aan de curator toekomt; de curator heeft in dit faillissement echter alleen de statutair bestuurder aangesproken en niet ook de feitelijke beleidsbepaler.

Dit is echter een keuze die de curator kan maken: hij is niet gehouden een eventuele feitelijke beleidsbepaler in de procedure te betrekken. Gedaagde heeft geen verweer gevoerd op het punt van het kennelijk onbehoorlijk bestuur, zodat de rechtbank zich hierover niet heeft hoeven buigen. Net als bij de vraag naar het feitelijke beleidsbepalerschap kan ook hier de vraag worden gesteld of het niet de curator moest zijn geweest die een vordering tegen gedaagde had moeten instellen.

Beide partijen hadden een beroep op disculpatie gedaan. De rechtbank heeft dit verweer niet gehonoreerd omdat beide partijen onvoldoende feiten en omstandigheden hebben gesteld waaruit zou volgen dat zij niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen. Overigens zou het niet eenvoudig zijn geweest een geslaagd beroep op de disculpatie bepaling te doen aangezien de verplichtingen voortvloeiend uit art. 2:10 en 394 worden gezien als elementaire bestuursverplichtingen. Hierover bestaan verschillende meningen in de literatuur (zie de onder 'Zie ook' genoemde aantekening in de Groene Serie), waar Huizink betoogt dat in een dergelijk geval wel ruimte dient te bestaan voor disculpatie door een individuele bestuurder. Hieraan heeft Huizink toegevoegd dat dit niet eenvoudig zal zijn en dat een beroep op een onderlinge werkverdeling niet afdoende zal zijn).

De bestuurder die aan de curator heeft betaald, kan regres nemen op zijn eveneens hoofde-

lijk aansprakelijke medebestuurders, en wel tot het bedrag van de schuld dat zijn mede-schuldaren telkens 'in hun onderlinge verhouding aangaat' (art. 6:10 en art. 6:13 BW). In deze procedure diende derhalve te worden vastgesteld wat ieders aandeel in de schuld is op basis van de onderlinge verhoudingen.

Zoals hiervoor al aan de orde is gekomen, was in de hoofdprocedure de aansprakelijkheid van de bestuurder gebaseerd op de late deponering van de jaarrekening. In die procedure heeft de rechtbank zich (kennelijk) niet gebogen over de feitelijke stellingen op het punt van het oplopen van de schuldenlast, financieringsvragen, overdracht van aandelen, onrechtmatig handelen na faillissement etc. In het kader van de beoordeling van de onderlinge draagplicht worden al deze aspecten (zoals omschreven in r.o. 2.13 en 2.14) wel gewogen, hetgeen enigszins lijkt te wringen. Immers, het staat niet vast dat die feitelijke stellingen zijn aan te merken als kennelijk onbehoorlijk bestuur, nu de bestuurder in de hoofdprocedure op grond van schending van de publicatieplicht aansprakelijk werd gehouden en voorts in deze vrijwaringsprocedure geen inhoudelijk oordeel is gegeven over kennelijk onbehoorlijk bestuur. Desalniettemin past deze weging van alle omstandigheden wel in het wettelijk kader. Immers, indien art. 2:248 lid 2 BW toepassing vindt dan houdt dat in dat wordt aangenomen dat ieder der bestuurders ook voor het overige zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Voor het vaststellen van de onderlinge draagplicht zijn alle (feitelijke) aspecten van de zaak dan relevant.

Eiser, eiser in vrijwaring, eiser in het provisionele incident, adv. mr. A.M. Roepel, tegen  
Gedaagde, gedaagde in vrijwaring, verweerder in het provisionele incident, adv. voorheen mr. T.A.H.C. Muller-Van der Slikke, thans mr. Ph.A.J. Raaijmakers.

**Rechtbank:**

(...)

2. *De verdere beoordeling in het incident*
  - 2.1. Eiser heeft zijn provisionele vordering tijdens de comparitie van partijen ingetrokken.
  - 2.2. Eiser dient in het incident te worden aangemerkt als de in het ongelijk gestelde partij en zal daarom worden veroordeeld in de proceskosten van het incident. Deze worden aan de zijde van gedaagde tot aan de datum van dit vonnis als volgt begroot:
    - 2.3. Bij de vaststelling van de proceskostenveroordeling is liquidatietarief VI toegepast (geschilwaarde € 195.000 tot 390.000) en zijn de kosten van de comparitie van partijen op nihil gesteld nu deze gelijktijdig met het (tweede) pleidooi in de vrijwaringszaak plaatsvond.

in de vrijwaringszaak  
Inleiding

2.4. In het tussenvonnissen van deze rechtbank d.d. 14 april 2010 is geoordeeld dat gedaagde feitelijk beleidsbepaler was van RITC in de zin van artikel 2:248 lid 7 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). In voornoemd tussenvonnissen zijn partijen in de gelegenheid gesteld zich bij conclusie uit te laten over diverse verweren die gedaagde bij antwoordakte na enquête had gevoerd over zijn aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW, welke verweren in het bijzonder zagen op de mate waarin eiser en gedaagde onderling gehouden zijn om het tekort te dragen.

Verzoek om heroverweging

2.5. Gedaagde heeft – zo begrijpt de rechtbank zijn antwoordconclusie na tussenvonnissen – gevraagd om een heroverweging van de beslissing dat hij als feitelijk beleidsbepaler is aan te merken. Dit verzoek wordt afgewezen. Het oordeel dat gedaagde feitelijk beleidsbepaler van RITC was, is een uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven beslissing over een geschilpunt tussen partijen. Op grond van vaste rechtspraak is de rechtbank in beginsel aan een dergelijke eindbeslissing gebonden. Afwijking van dit beginsel is – voor zover thans van belang – slechts mogelijk ingeval de rechter is gebleken dat de beslissing berust op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag.

2.6. De rechtbank is van oordeel dat deze uitzondering zich niet voordoet. Anders dan gedaagde betoogt, volgt uit het vonnis van de rechtbank d.d. 20 september 2006 in de hoofdzaak tussen de curator en eiser niet dat gedaagde geen feitelijk beleidsbepaler was. In dat vonnis is geoordeeld dat het bestuur haar taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement van RITC was en is het beroep van eiser op matiging (deels) gehonoreerd. Dat daarbij met name wordt ingegaan op de positie van eiser is in belangrijke mate het gevolg van het feit dat de curator alleen eiser had gedagvaard.

Ook de opmerkingen in voornoemde conclusie over de getuigenverklaring van de curator zijn geen redenen tot heroverweging. Weliswaar kan de curator aangemerkt worden als een neutrale getuige, maar de curator was voorafgaand aan het faillissement niet betrokken bij RITC. Zij kon dus slechts in beperkte mate uit eigen wetenschap verklaren over de rol van gedaagde binnen RITC. De omstandigheid dat de curator heeft verklaard geen stukken te hebben ontvangen van eiser waaruit het feitelijk beleidsbepalerschap van gedaagde bleek, weegt voor de rechtbank wezenlijk minder zwaar dan de getuigenverklaringen die in deze procedure zijn afgelegd en de producties die zijn overgelegd. Het is om die reden dat in het tussenvonnissen is overwogen dat de omstandigheid dat de curator gedaagde niet heeft meegedagvaard in de hoofdzaak, niet afdoet aan de bevindingen van de rechtbank.

Tenslotte is ook het feit dat in het tussenvonnissen niet is meegewogen dat/of eiser een bedrag van f 117.500 ten onrechte aan RITC heeft onttrokken, geen aanleiding tot heroverweging. Deze gestelde onttrekking vormt voor de vraag of gedaagde feitelijk beleidsbepaler was immers geen relevante omstandigheid.

2.7. Gedaagde heeft verder bezwaar gemaakt tegen het feit dat mr. Vroom, de rechter die gedaagde op 24 augustus 2007 heeft gehoord, het tussenvonnissen d.d. 14 april 2010 niet heeft meegewezen. Dit bezwaar slaagt niet. Artikel 212 Rv (oud) bepaalt dat de rechter ten overstaan van getuigen zijn gehoord zoveel mogelijk het eindvonnis wijst of medewijst. Zoals ook in het tussenvonnissen d.d. 14 april 2010 is aangegeven, is mr. Vroom gerouleerd binnen deze rechtbank en was hij daardoor niet in staat het tussenvonnissen mee te wijzen. Anders dan gedaagde is de rechtbank van oordeel dat dit in overeenstemming is met artikel 212 Rv (oud).

De verdere beoordeling van de vordering van eiser op gedaagde

2.8. De vordering van eiser op gedaagde betreft een vrijwaringsprocedure naar aanleiding van het feit dat de curator van RITC eiser heeft gedagvaard op grond van artikel 2:248 BW en hem aansprakelijk heeft gehouden voor het tekort in het faillissement. Anders dan gedaagde bij gelegenheid van het pleidooi op 20 juli 2011 heeft betoogd, is voor een dergelijke vrijwaringsvordering niet vereist dat eiser gedaagde onrechtmatig handelen kan verwijten. Artikel 2:248 BW legt op de bestuurders en feitelijk beleidsbepalers van een failliete BV een hoofdelijke aansprakelijkheid jegens de boedel voor het tekort in het faillissement, behoudens op degene die stelt – en bij gemotiveerde betwisting – bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden (de disculpatiegrond van artikel 2:248 lid 3 BW). Daarbij geldt zowel een collectieve als een individuele matigingsmogelijkheid (artikel 2:248 lid 4 BW). Voor zover een door de curator aangesproken bestuurder of feitelijk beleidsbepaler wordt aangesproken voor meer dan het deel dat hem aangaat, heeft hij op grond van artikel 6:10 BW regres op de overige hoofdelijke schuldenaren, dus op alle bestuurders/feitelijk beleidsbepalers uit de periode van het kennelijk onbehoorlijk bestuur behoudens op degene(n) die zich kan(kunnen) disculperen (artikel 6:10 BW).

De omvang van de onderlinge bijdrageplicht van de verschillende aansprakelijke personen wordt bepaald door de schuld ex artikel 2:248 BW jegens de curator te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot die schuld hebben bijgedragen, waarbij tevens rekening moet worden gehouden met de individuele matigingsbevoegdheid ex artikel 2:248 lid 4 BW. Van deze wijze van verdeling kan worden afgeweken indien de billijkheid dit wegens de uiteen-

lopende ernst van de verschillende fouten of andere omstandigheden van het geval eist (vergelijk artikel 6:102 en 101 BW). Concreet gaat het met name om de vraag in hoeverre ieder van de aansprakelijke personen heeft bijgedragen aan het kennelijk onbehoorlijk bestuur, het faillissement en het tekort in het faillissement. Uitgangspunt is dat bestuurders en feitelijk beleidsbepalers die een min of meer gelijkwaardige rol hadden bij het kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak was van het faillissement en bij het tekort daarin, ieder voor een gelijk deel in het tekort dienen bij te dragen.

Aan het voorgaande doet niet af dat de vordering van artikel 2:248 BW alleen kan worden ingesteld door de curator. Dit laat immers de regresregeling van artikel 6:10 BW onverlet.

2.9. In de hoofdzaak tussen de curator en eiser is, zeer verkort weergegeven, gecoördeld dat het bestuur van RITC niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit artikel 2:394 BW doordat de jaarcijfers over 1997 te laat zijn gedeponneerd bij het handelsregister van de kamer van koophandel en dat dit geen onbelangrijk verzuim betrof. Daarmee stond in de hoofdzaak op grond van artikel 2:248 lid 2 BW vast dat 'iedere bestuurder, waaronder eiser,' zijn taak (als bestuurder) kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en was behoudens door eiser te leveren tegenbewijs, tevens aannemelijk dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Eiser is in de hoofdzaak toegelaten tot het leveren van tegenbewijs tegen dit vermoeden, maar is daarin niet geslaagd. De rechtbank heeft eiser daarom in het eindvonnis d.d. 20 september 2006 aansprakelijk gehouden voor het tekort van de boedel, welke aansprakelijkheid de rechtbank op grond van artikel 2:248 lid 4 BW heeft gematigd tot f 500.000 (€ 226.890,11) en heeft eiser veroordeeld tot betaling van dit bedrag vermeerderd met wettelijke rente vanaf de faillissementsdatum.

2.10. In ieder geval tot aan het pleidooi op 20 juli 2011 was in de vrijwaringszaak het processuele debat beperkt tot de vraag of gedaagde feitelijk beleidsbepaler was en zo ja, hoe tussen eiser en gedaagde afgerekend moest worden. Dat er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur door het bestuur van RITC en dat dit een belangrijke oorzaak was van het faillissement, was in de vrijwaringszaak kennelijk niet in geschil. Dit vormt immers de inherente grondslag van de vrijwaringsvordering en gedaagde heeft hierop geen verweer gevoerd. Voor zover gedaagde bij gelegenheid van het pleidooi beoogd heeft dit alsnog te doen, gaat de rechtbank daaraan voorbij omdat het in strijd is met de eisen van een behoorlijke procesvoering dit in een dermate laat stadium van de procedure te doen.

2.11. Gelet op het systeem van de artikelen 2:248 en 6:6 e.v. BW zoals hiervoor onder 2.8 geschetst, is thans in deze vrijwaringszaak de vraag of eiser als bestuurder en gedaagde als feitelijk beleidsbepaler beiden hoofdelijk aansprakelijk waren jegens de curator voor het tekort van de boedel of dat één van

hen zich kan disculperen in de zin van artikel 2:248 lid 3 BW. De rechtbank is van oordeel dat geen van partijen een beroep op disculpatie toekomt. Daarvoor is immers vereist dat een bestuurder of feitelijk beleidsbepaler bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Noch eiser noch gedaagde heeft voldoende concrete feiten en omstandigheden gesteld waaruit volgt dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van bedoelde maatregelen. Aan bewijsvoering hierover wordt daarom niet toegekomen.

Volledigheidshalve wordt als volgt overwogen. Ten tijde van het faillissement was naast eiser de vennootschap naar Cypriotisch recht Key & Kramer Trading en Construction Ltd. (hierna: KKTC) in het handelsregister ingeschreven als bestuurder van RITC. Voor de toepassing van artikel 2:248 BW is echter onvoldoende dat KKTC als bestuurder was ingeschreven: zij moet of formeel statutair bestuurder zijn of zij moet feitelijk beleidsbepaler zijn. Nu geen van partijen heeft aangevoerd dat KKTC betrokken dient te worden in de onderlinge afrekening, laat de rechtbank de mogelijke aansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW van KKTC verder buiten beschouwing. Hierbij is tevens in aanmerking genomen dat gedaagde – in wiens belang het zou zijn om het verweer te voeren dat er meerdere hoofdelijke schuldenaren zijn – stelt dat eiser zonder opdracht van de aandeelhouders KKTC in het handelsregister heeft ingeschreven, wat – indien juist – zou betekenen dat KKTC nooit formeel bestuurder is geweest.

2.12. De conclusie is dat zowel eiser als gedaagde jegens de boedel aansprakelijk waren op grond van artikel 2:248 BW. Daarmee heeft eiser aanspraak op een bijdrage van gedaagde en wel voor het deel van het aan de curator betaalde bedrag van € 289.000 dat gedaagde aangaat. Beide partijen bepleiten dat het gehele bedrag gedragen moet worden door de ander. Eiser draagt hiertoe met name aan dat gedaagde de leiding had over RITC, gedaagde betwist dat hij feitelijk beleidsbepaler is en wijst er op dat hij door de curator niet is aangesproken. Beide argumenten slagen niet nu in het tussenvonnis d.d. 14 april 2010 is geoordeeld dat gedaagde zich heeft gedragen als ware hij bestuurder naast eiser. Hun wederzijdse positie binnen RITC is dus geen reden waarom één van beide partijen de gehele schade zou moeten dragen.

2.13. Meer concreet hebben partijen in verband met de onderlinge verdeling, zakelijk weergegeven, verder het volgende aangevoerd. Zij verwijten elkaar over en weer dat de ander verantwoordelijk is voor de verschillende handelingen die de curator in haar inleidende dagvaarding in de hoofdzaak jegens eiser als kennelijk onbehoorlijk bestuur heeft aangemerkt, in het bijzonder

- (1) het oplopen van de schuldenlast van RITC,
- (2) de financiering van Ruberoid Polen en het oplopen van de vordering van RITC op Ruberoid Polen,

- (3) de overdracht van Ruberoid Polen,
- (4) de overdracht van merken aan Ruberoid Polen en
- (5) onrechtmatig handelen na het faillissement. Daarnaast verwijt gedaagde eiser
- (6) dat deze een onttrekking van f 117.500 uit RITC heeft gedaan in verband met een conflict met een ex-werkgever,
- (7) dat eiser kasopnamen heeft gedaan en
- (8) dat eiser gedaagde valse informatie heeft gegeven op grond waarvan gedaagde aan RITC een lening van f 65.015 heeft verstrekt.

2.14. Hierover wordt als volgt geoordeeld:  
 a. Geen van partijen heeft voldoende concrete feiten en omstandigheden gesteld waaruit volgt dat de omstandigheden (1) en (2) in overwegende mate zijn toe te rekenen aan de ander. Zonder een gegeden onderbouwing kan niet aangenomen worden dat deze twee omstandigheden slechts aan één van partijen vallen toe te rekenen. De door eiser gestelde omstandigheid dat gedaagde door wilde gaan met RITC in afwachting van een mogelijke overname door Bital, is geen grond om gedaagde hiervoor alleen verantwoordelijk te achten, alleen al omdat eiser hierin kennelijk is meegegaan. Daarentegen is de door gedaagde aangevoerde omstandigheid dat hij niet structureel betrokken was bij de inkoop (zie het tussenvonnissen d.d. 14 april 2010 onder 2.6.n) geen aanleiding om de omstandigheden (1) en (2) in overwegende mate aan eiser toe te rekenen, alleen al omdat gedaagde heeft verklaard dat hij met enige vertraging wel cijfers heeft gezien van RITC (zie het PV d.d. 24 augustus 2007) en gelet op zijn in voornoemd tussenvonnissen vastgestelde betrokkenheid bij Ruberoid Polen.

De opmerking namens de erven van gedaagde bij gelegenheid van het pleidooi d.d. 20 juli 2011 over gebrekkige geleverde dakrollen en geringe dan wel negatieve marges over leveringen aan Ruberoid Polen laat de rechtbank buiten beschouwing, nu gedaagde zonder enige onderbouwing er aan voorbij gaat dat uit de getuigenverklaringen blijkt dat hij een zwaar stempel heeft gedrukt op de activiteiten in Polen en aan de in het tussenvonnissen d.d. 14 april 2010 vastgestelde betrokkenheid van gedaagde bij de vaststelling van verkoopprijzen, zodat voor de hand ligt dat gedaagde bekend was met de financiering van Ruberoid Polen. Bovendien had gedaagde dit standpunt in een eerder, tijdig stadium van de procedure naar voren moeten brengen.

b. De overdracht van aandelen in Ruberoid Polen (punt 3) betreft de uitgifte van nieuwe aandelen in Ruberoid Polen, waardoor de deelname van RITC in deze vennootschap verwaterde. Dit betreft hoofdzakelijk de uitgifte van aandelen aan Bital Polen. Zowel eiser als gedaagde waren hierbij betrokken. Eiser verkreeg via Bital Polen aandelen in Ruberoid Polen (zie het tussenvonnissen d.d. 27 oktober 2004 onder 2.1., 5de bulletpoint en tevens productie 2 bij dagvaarding, de overeenkomst waarin eiser 50% van de aandelen in Bital Polen overdroeg aan gedaagde), gedaagde heeft als vertegenwoordiger van RITC het besluit genomen tot het verhogen van het kapitaal

van Ruberoid Polen (zie het tussenvonnissen d.d. 14 april 2010 onder 2.6.i). In datzelfde besluit werd afgezien van het voorkeursrecht op het nemen van aandelen in het verhoogd kapitaal ten gunste van Bital Polen (zie productie 1 bij dagvaarding). Tevens heeft gedaagde niet betwist dat hij aandelen in Bital Polen zou kopen van eiser, zodat hij ook op deze wijze betrokken was bij omstandigheid (3).

c. Omstandigheid (4) betreft de overdracht van merknamen aan Ruberoid Polen begin mei 1999. Nu beide partijen betrokken waren bij de deelneming door Bital Polen in Ruberoid Polen (zie hiervoor onder b), komt ook deze omstandigheid voor gezamenlijke rekening.

d. Onrechtmatig handelen na het faillissement (omstandigheid 5) kan buiten beschouwing blijven nu er geen feiten en omstandigheden zijn gesteld of gebleken waaruit volgt dat dit uiteindelijk heeft bijgedragen tot het tekort in het faillissement en dit zonder toelichting ook niet voor de hand ligt. Voor de omvang van de bijdrageplicht is dit dus niet relevant.

e. Naar niet in geschil is, ziet de gewraakte betaling van f 117.500 in 1998 (punt 6) op een arbeidsgeschil tussen eiser en bedrijf 1 (ook wel aangeduid als bedrijf 1) althans diens dochtervennootschap Ruberoid Nederland B.V. eiser stelt dat het gaat om een vergoeding in verband met een concurrentiebeding dat hij in overleg met gedaagde heeft overtreden door in dienst te treden van RITC en dat hij met gedaagde had afgesproken dat RITC deze kosten zou dragen. Hij voert voorts aan dat dit nauw verbonden is met de afwikkeling van het geschil met bedrijf 1 waarbij gedaagde volgens eiser nauw betrokken is. Gedaagde betwist de gestelde afspraak en stelt dat het gaat om een onttrekking die is ingegeven doordat eiser geld zou hebben verduisterd bij Ruberoid Nederland B.V. Dit verweer is echter onvoldoende onderbouwd nu vaststaat dat gedaagde inderdaad betrokken was bij het geschil met bedrijf 1 (zie

- (i) het tussenvonnissen d.d. 14 april 2010 onder 2.6.k,
- (ii) het proces-verbaal d.d. 13 maart 1997 van het door gedaagde tegen ESHA Holding aanhangig gemaakte voorlopige getuigenverhoor bij de rechtbank Groningen en
- (iii) het vonnis van die rechtbank d.d. 25 september 1998 in de zaak van gedaagde tegen ESHA Holding, productie 13 bij de akte na enquête van eiser).

Gedaagde kon dan ook niet volstaan met de enkele stelling dat eiser dit bedrag had onttrokken aan RITC, maar hij had nader moeten ingaan op het geschil met bedrijf 1. Dit geldt te meer nu uit voornoemd vonnis van de rechtbank Groningen blijkt dat gedaagde van ESHA Holding heeft gevorderd dat deze zou bevestigen dat alle eventuele concurrentiebedingen van (onder meer) eiser zijn vervallen.

f. Omstandigheid (7) is een omstandigheid die door gedaagde bij gelegenheid van het (eerste) pleidooi op 7 januari 2003 is aangevoerd, die door eiser

is betwist en waarop gedaagde daarna niet meer inhoudelijk is ingegaan. Het had op de weg van gedaagde gelegen om nader en onderbouwd op deze posten in te gaan om te onderbouwen dat het inderdaad om ongeoorloofde onttrekkingen gaat. Wat er bovendien verder ook zij van de aanwending van de betreffende bedragen, het betreft, naar gedaagde bij gelegenheid van het pleidooi van 7 januari 2003 zelf stelt, een totaalbedrag van f 20.000 en het is niet aannemelijk dat dit heeft geleid tot het faillissement met een tekort van f 2.000.000.

g. Omstandigheid (8) – het geven van valse informatie bij het verstrekken van een lening door gedaagde aan RITC – betreft een verwijt dat gedaagde eiser maakt met als kennelijke premisse dat gedaagde als buitenstaander onbekend was met de financiële situatie van RITC terwijl eiser dat wel was en dat eiser gedaagde daarom beter had moeten informeren. Gelet op de vaststelling van de rechtbank dat gedaagde feitelijk beleidsbepaler van RITC was, slaagt dit verwijt niet.

2.15. Volledigheidshalve wordt nog als volgt overwogen. Behoudens een enkele opmerking van de zijde van gedaagde tijdens het pleidooi d.d. 20 juli 2011, zijn partijen niet ingegaan op het gegeven dat de vordering van de curator op eiser uiteindelijk is toegewezen op grond van het bewijsvermoeden als bedoeld in artikel 2:248 lid 2 BW vanwege de te late deponering van de jaarrekening. Anders dan gedaagde stelt, doet dit gegeven niet af aan zijn bijdrageplicht, nu ook op de feitelijk beleidsbepaler op grond van artikel 2:248 lid 2 BW de verplichting tot deponering van de jaarstukken rust (zie Hoge Raad 23 november 2001, NJ 2002/95). Nu beide partijen verantwoordelijk waren voor de deponering, ziet de rechtbank in het gegeven dat eiser de jaarrekening 1998 te laat heeft gedeponerd (en hij eerdere jaarrekeningen had gedeponerd) geen grondslag voor matiging ten gunste van gedaagde.

2.16. Nu vaststaat dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement, uit het voorgaande volgt dat dit aan beide partijen toe toerekenen is en geen van de door partijen aangevoerde argumenten leidt tot de slotsom dat een van de partijen in overwegende mate heeft bijgedragen tot dat kennelijk onbehoorlijk bestuur, het faillissement en het tekort daarin, komt de rechtbank tot de slotsom dat het aan de curator betaalde bedrag van € 289.000 door partijen ieder voor de helft gedragen moet worden.

2.17. De rechtbank gaat voorbij aan het bewijsaanbod van gedaagde dat het tekort in het faillissement uitsluitend door toedoen van eiser en [persoon 1] is veroorzaakt, nu gedaagde onvoldoende concrete feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit dit kan volgen.

2.18. Gelet op het voorgaande zal gedaagde worden veroordeeld tot betaling van (€ 289.000/2 =) 145.500.

2.19. De gevorderde wettelijke rente vanaf 25 juli 2007 zal worden toegewezen, nu uit de brief van de curator van die datum (productie 15 bij akte na

enquête d.d. 20 mei 2009) blijkt dat het bedrag voor die datum is betaald. Gedaagde was vanaf het moment van betaling door eiser op grond van artikel 6:83, aanhef en onder c, BW in verzuim en hij is dus de wettelijke rente op grond van artikel 6:119 BW vanaf dat moment verschuldigd.

2.20. Gedaagde zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Weliswaar wordt het gevorderde bedrag voor de helft toegewezen, maar dat laat onverlet dat het voeren van de procedure nodig was omdat gedaagde aansprakelijkheid betwistte. Gelet op het toegewezen bedrag wordt uitgegaan van liquidatietarief V (welk tarief betrekking heeft op geschillen met een financieel belang tussen € 98.000 en 195.000). De proceskosten aan de zijde van gedaagde worden tot aan de datum van dit vonnis als volgt begroot:

2.21. Nu eiser procedeert op basis van een toevoeging, dient betaling van de proceskosten te geschieden op de wijze zoals hierna bepaald.

2.22. Dit vonnis zal uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard. De omstandigheid dat gedaagde bij een eventuele betaling een restituterisico loopt, weegt niet op tegen de omstandigheid dat eiser recht heeft op betaling.

### 3. De beslissing

De rechtbank,  
in het incident

- a. verstaat dat de vordering is ingetrokken;
- b. veroordeelt eiser in de proceskosten in het incident tot aan deze uitspraak aan de zijde van gedaagde bepaald op € 2.000;
- c. verklaart dit vonnis voor zover het de proceskostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad;
- d. veroordeelt gedaagde om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan eiser te betalen het bedrag van € 144.500 (zegge: honderdvierenveertigduizend vijfhonderd euro), vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:120 lid 1 BW vanaf 25 juli 2007 tot aan de dag der voldoening;
- e. veroordeelt gedaagde in de proceskosten, die van de beslagen daaronder begrepen, tot aan deze uitspraak aan de zijde van eiser bepaald op € 15.939,53;
- f. verklaart dit vonnis voor zover het de veroordelingen betreft uitvoerbaar bij voorraad;
- g. wijst af het meer of anders gevorderde.

### RO 2011/76

**RECHTBANK ROTTERDAM (ENKELVOUDIGE  
HANDELSKAMER)**

14 september 2011, nr. 352405 / HA ZA 10-1233  
(Mr. A.J.J. van Rijen)

Handelsregisterwet 2007 art. 25; BW art. 6:162