

## RO 2012/5: Volstortingsplicht. Vordering curator. Heeft de curator de bevoegdheid een vordering ex art. 2:180 lid 2 BW in te stellen?

<b>Instantie:</b>	Rechtbank Rotterdam (Enkelvoudige handelskamer)	<b>Datum:</b>	21 september 2011
<b>Magistraten:</b>	Mr. N. Doorduijn	<b>Zaaknr:</b>	344627 / HA ZA 09-3635 356801 / HA ZA 10-1916 357470 / HA ZA 10 - 2014
<b>Conclusie:</b>	-	<b>LJN:</b>	BT2414
<b>Roepnaam:</b>	-		

BW art. 2:180

**Snel naar:** Essentie | Samenvatting | Verwant oordeel | Wenk | Partijen | Uitspraak

### Essentie

Volstortingsplicht. Vordering curator.  
Heeft de curator de bevoegdheid een vordering ex art. 2:180 lid 2 BW in te stellen?

### Samenvatting

Bedrijf 3 heeft op 12 december 2006 bedrijf 1 opgericht; bedrijf 3 hield de meerderheid van de aandelen in bedrijf 1 en was voorts de enig bestuurder van dat bedrijf. Dit laatste bedrijf richtte zich op de ontwikkeling van een kastje waarmee, gebruikmakend van een bepaalde techniek, internet of andere informatie op een televisiebeeldscherm kon worden weergegeven. Bedrijf 1 is op 17 februari 2009 failliet gegaan.

De curator heeft zich op het standpunt gesteld dat geen volstorting van de aandelen van bedrijf 1 bij haar oprichting heeft plaatsgevonden. Op grond van art. 2:180 BW heeft de curator gevorderd dat de (indirect) bestuurders van bedrijf aansprakelijk zijn voor verplichtingen die zijn aangegaan door bedrijf 1.

Rb.: de (indirect) bestuurders hebben niet betwist dat de aandelen niet zijn volgestort. Het bedrag betrof feitelijk een geldlening en geen storting. Van het bij de oprichting geplaatste kapitaal is niet ten minste een vierde van het nominale bedrag gestort. Dit betekent dat de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn met bedrijf 1 voor de verbintenissen die zijn aangegaan in de periode dat zij bestuurder waren. De omvang van de aansprakelijkheid dient vervolgens aan de orde te komen. De rechtbank stelt de curator in de gelegenheid een overzicht in het geding te brengen van de rechtshandelingen die plaats hebben gevonden gedurende de bestuursperiode van de betreffende bestuurders en waarvoor zij door de curator aansprakelijk worden gehouden.

### Verwant oordeel

#### Zie ook

- Hof 's-Gravenhage 26 september 2006, *RN* 2006/108, *JOR* 2006/286, m.nt. Dings;
- Hof 's-Hertogenbosch 16 maart 1983, *NJ* 1984/29;
- Rb. Almelo 24 november 2006, *RO* 2007/19, *JOR* 2007/85, m.nt. Van Mierlo;
- Rb. Breda 31 maart 2004, *JOR* 2004/130.

#### Zie anders

- HR 11 juli 2003, *NJ* 2003/630 en *JOR* 2003/193, m.nt. Groffen, *Ondernemingsrecht* 2003/46, m.nt. Bier;
- *Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/64.

## Wenk

Dit vonnis van de Rechtbank Rotterdam heeft betrekking op het faillissement van een vennootschap waarbij een groot aantal partijen is betrokken en waar een aantal vrijwaringsprocedures is gevoerd. De onderdelen van het vonnis die betrekking hebben op bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:248 BW komen in deze wenk niet aan de orde. Deze wenk gaat over de vraag of vordering ex art. 2:180 BW de curator toekomt.

Art. 2:180 lid 2 BW bepaalt dat bestuurders naast de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk zijn voor elke tijdens hun bestuur verrichte rechtshandeling waarvoor de vennootschap wordt verbonden in het tijdvak voordat het gestorte deel van het kapitaal ten minste het bij de oprichting voorgeschreven minimumbedrag bedraagt en voordat op het bij de oprichting geplaatste kapitaal tenminste een vierde van het nominale bedrag is gestort. De aansprakelijkheid van art. 2:180 BW geldt alleen voor verbintenissen die zijn ontstaan uit rechtshandelingen.

In deze procedure stond vast dat niet was voldaan aan de stortingsplicht. De rechtbank Rotterdam heeft in deze zaak geoordeeld dat de curator een vordering ex art. 2:180 BW kan instellen. Over de vraag of de curator dit vorderingsrecht toekomt, wordt in literatuur en jurisprudentie verschillend gedacht (zie onder 'zie ook' en 'zie anders'). De Hoge Raad heeft in 2003 een door de curator op grond van art. 2:180 BW ingestelde vordering toegewezen (*Bas-C-arrest*). In dat arrest heeft de Hoge Raad echter inhoudelijk geen aandacht besteed aan de vraag of de curator die bevoegdheid toekomt. Het is derhalve niet duidelijk welke waarde aan dit arrest moet worden toegekend. Lagere rechters oordelen echter regelmatig anders, kort gezegd vanuit de gedachte dat de curator de belangen van de gezamenlijke crediteuren behartigt en de vordering ex art. 2:180 lid 2 BW aan individuele crediteuren van de vennootschap toekent.

De rechtbank besteedt geen aandacht aan de vraag van of de curator bevoegd is deze vordering in te stellen, maar uit de slotalinea van r.o. 8.4 blijkt dat dit aspect toch de aandacht van de rechtbank heeft gehad. In die overweging geeft de rechtbank de curator de gelegenheid volmachten van schuldeisers in het geding te brengen; de curator had namelijk gesteld dat hij handelde op basis van een aantal volmachten van schuldeisers en niet op basis van de algemene bevoegdheid in zijn hoedanigheid als curator. Uit deze passage kan worden afgeleid dat de rechtbank niet aanneemt dat de curator een algemene bevoegdheid op grond van art. 2:180 BW heeft. Onduidelijk is echter of deze volmachten door alle of een aantal van de schuldeisers is afgegeven en evenmin is duidelijk wat met de opbrengst van de vordering zal gebeuren en de kosten van het instellen van de vordering. Dit is van belang met het oog op het arrest *Bannenbergh q.q./De Bont* van 16 september 2005, *NJ* 2006/311, m.nt. Van Schilfgaarde). Kort gezegd ging het in dat arrest om de vraag of de gezamenlijke schuldeisers bij het instellen van de vordering waren gebaat, nu de curator niet van plan was de opbrengst van de vordering die namens een deel van de schuldeisers was ingesteld bij het boedelactief te voegen. Daarnaast speelt in deze zaak nog een ander probleem. Als gezegd, handelde de curator op grond van een aantal volmachten. In feite treedt de curator op als gevolmachtigde van die crediteuren en treedt hij niet zozeer op in zijn hoedanigheid van curator. Het is de vraag of een dergelijk handelen past binnen de opdracht die de curator op grond van art. 68 lid 1 Fw heeft gekregen. Zie hierover o.a. *Wessels Insolventierecht nr. IV*, nr. 4206; *Janssen en Schollen, Journaal IF&Z* 2005, p. 340 en *Van Zanten, VvA* 2006, p. 82; deze auteurs menen allen dat het optreden van een curator op basis van een volmacht haaks staat op zijn wettelijke taak.

Art. 2:180 BW zal worden gewijzigd bij de invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht. De art. 2:180 lid 2 sub b en sub c kunnen vervallen omdat de kapitaalsvereisten worden aangepast.

## Partij(en)

Vonnis van 21 september 2011

- A. in de zaak met zaak-/rolnummer: 344627 / HA ZA 09-3635 van  
De curator, handelend in zijn hoedanigheid van curator van de statutair in Rotterdam gevestigde besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid bedrijf 1, ex artikel 1:14 BW, eiser in de hoofdzaak, verweerder in de vrijwaringsincidenten,

advocaat mr. M.W. Huijzer,  
tegen

1. Gedaagde sub 1 in de hoofdzaak, te Drachten, gemeente Smallingerland, gedaagde sub 1 in de hoofdzaak, eiser in vrijwaringsincident I, adv. mr. C.G. Haulussy,

2. Gedaagde sub 2 in de hoofdzaak, gedaagde sub 2 in de hoofdzaak, eiser in vrijwaringsincident I, adv. mr. C.G. Haulussy,
  3. Gedaagde sub 3 in de hoofdzaak, te Rotterdam, gedaagde sub 3 in de hoofdzaak, eiser in vrijwaringsincident II, adv. mr. P.S. Jonker,
  4. Gedaagde sub 4 in de hoofdzaak, gedaagde sub 4 in de hoofdzaak, eiser in vrijwaringsincident II, adv. mr. P.S. Jonker,
  5. Gedaagde sub 5 in de hoofdzaak, te Rotterdam, gedaagde sub 5 in de hoofdzaak, niet verschenen,
  6. Gedaagde sub 6 in de hoofdzaak, gedaagde sub 6 in de hoofdzaak, niet verschenen,
- B. in de vrijwaringszaak met zaak-/rolnummer: 356801 / HA ZA 10-1916 van
1. Gedaagde sub 2 in de hoofdzaak,
  2. Gedaagde sub 1 in de hoofdzaak, te Drachten, gemeente Smallingerland, eisers, adv. mr. C.G. Haulussy,

tegen

1. Gedaagde sub 3 in de hoofdzaak, te Rotterdam, gedaagde sub 1, adv. mr. P.S. Jonker,
  2. Gedaagde sub 4 in de hoofdzaak, gedaagde sub 2, adv. mr. P.S. Jonker,
  3. Gedaagde sub 5 in de hoofdzaak, te Rotterdam, gedaagde sub 3, niet verschenen,
  4. Gedaagde sub 6 in de hoofdzaak, gedaagde sub 4, niet verschenen,
- C. in de vrijwaringszaak met zaak-/rolnummer: 357470 / HA ZA 10 - 2014 van
1. Gedaagde sub 3 in de hoofdzaak, te Rotterdam,
  2. Gedaagde sub 4 in de hoofdzaak, eisers, adv. mr. P.S. Jonker,

tegen

1. Gedaagde sub 1 in de hoofdzaak, te Drachten, gemeente Smallingerland, gedaagde sub 1, adv. mr. G.C. Haulussy,
2. Gedaagde sub 2 in de hoofdzaak, gedaagde sub 2, adv. mr. G.C. Haulussy,
3. Gedaagde sub 5 in de hoofdzaak, te Rotterdam, gedaagde sub 3, adv. voorheen mr. G.C. Haulussy, thans niet meer in rechte vertegenwoordigd,
4. Gedaagde sub 6 in de hoofdzaak, gedaagde sub 4, adv. voorheen mr. G.C. Haulussy, thans niet meer in rechte vertegenwoordigd.

## **Uitspraak**

### **Rechtbank:**

#### **1. Definities**

In dit vonnis hebben de navolgende begrippen de betekenis die hieraan hieronder is toegekend:

- 'Bedrijf 1 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid bedrijf 1;
- bedrijf 2 de vennootschap naar buitenlands recht bedrijf 2;
- bedrijf 3 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid bedrijf 3;
- bedrijf 4 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid bedrijf 4, een dochtervennootschap van bedrijf 1;
- bedrijf 5 de vennootschap naar buitenlands recht bedrijf 5;
- gedaagde sub 3 in de hoofdzaak de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid gedaagde sub 3 in de

hoofdzaak, gedaagde in de hoofdzaak en in vrijwaringszaak I en eiser in vrijwaringszaak II;  
gedaagde sub 4 in de hoofdzaak gedaagde sub 4 in de hoofdzaak, gedaagde in de hoofdzaak en in  
vrijwaringszaak I, eiser in vrijwaringszaak II;  
gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak gedaagde sub 4 in de hoofdzaak en gedaagde sub 3 in de hoofdzaak;  
BW het Burgerlijk Wetboek;  
de curator, handelend in zijn hoedanigheid van curator van bedrijf 1, eiser in de hoofdzaak;  
gedaagde sub 2 in de hoofdzaak gedaagde sub 2 in de hoofdzaak, gedaagde in de hoofdzaak, eiser in de  
vrijwaringszaak I en gedaagde in de vrijwaringszaak II;  
gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak gedaagde sub 2 in de hoofdzaak en gedaagde sub 1 in de hoofdzaak;  
Fw de Faillissementswet;  
de hoofdzaak de zaak met rolnummer HA ZA 09-3635;  
de Rabobank Coöperatieve Rabobank Rotterdam U.A., gevestigd te Rotterdam;  
gedaagde sub 1 in de hoofdzaak de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid gedaagde sub 1 in de  
hoofdzaak, gedaagde in de hoofdzaak, eiser in de vrijwaringszaak I en gedaagde in de vrijwaringszaak II;  
gedaagde sub 6 in de hoofdzaak gedaagde sub 6 in de hoofdzaak, gedaagde in alle zaken;  
gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak gedaagde sub 6 in de hoofdzaak en gedaagde sub 5 in de hoofdzaak;  
gedaagde sub 5 in de hoofdzaak de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid gedaagde sub 5 in de  
hoofdzaak, gedaagde in alle zaken;  
de vrijwaringszaak I de zaak met rolnummer HA ZA 10-1916;  
de vrijwaringszaak II de zaak met rolnummer HA ZA 10-2014;  
de vorderingen A-H de vorderingen A-H van de curator in de hoofdzaak.'

## 2. Het verloop van de gedingen

### 2.1.

De rechtbank heeft in de hoofdzaak kennisgenomen van de volgende stukken:

- de dagvaardingen d.d. 4 december 2009, met producties;
- de akte overlegging productie van de curator;
- de tussenvonnissen d.d. 26 mei 2010 in de vrijwaringsincidenten, met onderliggende stukken;
- de conclusie van antwoord van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak, met producties;
- de conclusie van antwoord van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak, met producties;
- de conclusies van repliek van de curator, met producties;
- de conclusie van dupliek van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak, met producties;
- de conclusie van dupliek van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak;
- beslagstukken.

### 2.2.

De rechtbank heeft in de vrijwaringszaak I kennisgenomen van de volgende stukken:

- de dagvaarding d.d. 14 juni 2010, met producties;
- de conclusie van antwoord, met producties;
- de conclusie van repliek, met producties;
- de conclusie van dupliek;
- beslagstukken.

### 2.3.

De rechtbank heeft in de vrijwaringszaak II kennisgenomen van de volgende stukken:

- de dagvaardingen d.d. 21 en 22 juni 2010, met één productie;
- de akte overlegging producties van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak;
- de conclusie van antwoord, met producties;
- de rolbeschikking van deze rechtbank d.d. 3 november 2010;
- de conclusie van repliek, met producties;
- de conclusie van dupliek.

#### 2.4.

Aan gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak is verstek verleend in de hoofdzaak en in vrijwaringszaak I. In vrijwaringszaak II heeft mr. Haulussy zich mede namens gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak gesteld, maar hij heeft zich vervolgens onttrokken zonder namens gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak verweer te voeren.

#### 2.5.

Ten slotte is vonnis bepaald in alle zaken.

### 3. De vaststaande feiten

#### A. Vaststaande feiten in de hoofdzaak ten aanzien van alle partijen bij die procedure

Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd weersproken, gelet ook op de in zoverre niet betwiste inhoud van de in het geding gebrachte producties, staat tussen partijen — voor zover van belang — het volgende vast:

#### algemeen

##### 3.1.

Bedrijf 1 is op 12 december 2006 opgericht door bedrijf 3. Bedrijf 1 ontplooidde activiteiten op het gebied van de ontwikkeling van een kastje waarmee, gebruikmakend van P2P-internettechnologie, internet of andere informatie op een televisiebeeldscherm kan worden weergegeven. Bedrijf 1 hield onder meer aandelen in bedrijf 4.

##### 3.2.

bedrijf 3 was en is enig bestuurder en is meerderheidsaandeelhouder van bedrijf 1. Tot 7 november 2008 was gedaagde sub 5 in de hoofdzaak enig bestuurder van bedrijf 3, sinds 7 november 2008 is gedaagde sub 1 in de hoofdzaak enig bestuurder van bedrijf 3. Gedaagde sub 3 in de hoofdzaak heeft een directieovereenkomst d.d. 15 september 2006 gesloten met bedrijf 3/gedaagde sub 5 in de hoofdzaak, op grond waarvan gedaagde sub 4 in de hoofdzaak algemeen directeur van bedrijf 3 was. Gedaagde sub 3 in de hoofdzaak is aandeelhouder van bedrijf 3 en gedaagde sub 4 in de hoofdzaak was in ieder geval tot april 2008 feitelijk beleidsbepaler van bedrijf 1.

##### 3.3.

Gedaagde sub 2 in de hoofdzaak was en is enig aandeelhouder en bestuurder van gedaagde sub 1 in de hoofdzaak, gedaagde sub 6 in de hoofdzaak was en is enig aandeelhouder en bestuurder van gedaagde sub 5 in de hoofdzaak en gedaagde sub 4 in de hoofdzaak was en is enig bestuurder van gedaagde sub 3 in de hoofdzaak.

##### 3.4.

Bedrijf 3, gedaagde sub 1 in de hoofdzaak, gedaagde sub 3 in de hoofdzaak en gedaagde sub 5 in de hoofdzaak hebben een vaststellingsovereenkomst d.d. 7 november 2008 gesloten. Deze overeenkomst vermeldt onder meer het volgende:

1. Gedaagde sub 3 in de hoofdzaak verkoopt aan gedaagde sub 1 in de hoofdzaak (...) een pakket van 2.5% aandelen in bedrijf 3 zulks voor een koopprijs van € 12.500 (...).
2. Gedaagde sub 5 in de hoofdzaak verkoopt aan gedaagde sub 1 in de hoofdzaak (...) een pakket van 2.5% aandelen in bedrijf 3 zulks voor een koopprijs van € 12.500 (...).
3. (...)

4. Gedaagde sub 3 in de hoofdzaak (...) verstrekt ten titel van geldlening aan bedrijf 3 een bedrag ter grootte van € 37.500 (...).
5. Gedaagde sub 5 in de hoofdzaak (...) verstrekt ten titel van geldlening aan bedrijf 3 een bedrag ter grootte van € 12.500 (...).
6. Voornoemde geldverstrekkingen door gedaagde sub 3 in de hoofdzaak en gedaagde sub 5 in de hoofdzaak aan bedrijf 3 vinden plaats als volgt:
  - 6.1 door zowel gedaagde sub 3 in de hoofdzaak als gedaagde sub 5 in de hoofdzaak middels betaling door gedaagde sub 1 in de hoofdzaak van de respectieve koopprijzen van de aandelenpakketten, welk bedrag van in totaal € 25.000 door gedaagde sub 1 in de hoofdzaak direct aan bedrijf 1 wordt uitbetaald (...)
  - 6.2 door gedaagde sub 3 in de hoofdzaak wordt voorts een bedrag betaald van € 9.700 (...) betaald in week 42.
  - 6.3 door gedaagde sub 3 in de hoofdzaak wordt ten slotte zo spoedig mogelijk doch uiterlijk vóór 1 december 2008 nog een laatste bedrag betaald van € 15.300 (...).
7. (...)
8. Partijen leggen hierbij nadrukkelijk vast, dat de door gedaagde sub 3 in de hoofdzaak ingebrachte lening van € 37.500 (...) alsmede van de eerder ingebrachte lening door gedaagde sub 3 in de hoofdzaak ten bedrage van € 52109 (...) preferentie heeft boven alle andere vorderingen binnen de bedrijf 1 groep (...).
9. (...)
10. Ten behoeve van het management / directie door gedaagde sub 1 in de hoofdzaak zal een separate managementovereenkomst worden gesloten.
11. Uiterlijk op 1 december 2008 zullen alle overeenkomsten zijn geaccordeerd.
12. Als addendum wordt aan deze overeenkomst een overzicht van de openstaande vorderingen toegevoegd'.

### 3.5.

Bij vonnis van deze rechtbank d.d. 17 februari 2009 is bedrijf 1 failliet verklaard met benoeming van de curator als zodanig.

### 3.6.

De curator heeft beslag gelegd op onroerende zaken die in eigendom toebehoren aan gedaagde sub 4 in de hoofdzaak en gedaagde sub 2 in de hoofdzaak en op diverse bankrekeningen.

i.v.m. de vorderingen A-C (volstorting van de aandelen in bedrijf 1, zie hierna onder 4.1.a e.v.)

### 3.7.

Artikel 28 van de oprichtingsakte d.d. 12 december 2006 van bedrijf 1 bepaalt dat de aandelen in bedrijf 1 zijn genomen door bedrijf 3 en dat deze zijn volgestort in geld.

### 3.8.

Van en op de bankrekening van bedrijf 1 bij de Rabobank zijn in de periode van 7 tot en met 20 december 2006 de volgende betalingen gedaan:

- a. op 7 december 2006 stortte bedrijf 3 i.o. een bedrag van € 18.000;
- b. op 8 december 2006 is van de bankrekening een bedrag van € 18.000 overgeboekt naar een bankrekening t.n.v. bedrijf 4;
- c. op 11 december 2006 is de bankrekening van bedrijf 1 gedebiteerd voor de kosten van de bankverklaring (€ 60 + 11,40 BTW);
- d. op 19 december 2006 is de rekening gedebiteerd voor € 1.000 wegens behandelingskosten inzake de oprichting van bedrijf 1;
- e. op 20 december 2006 zijn diverse bedragen van de rekening betaald:

- € 2.082,50 (declaratie bedrijf 6);
- € 7.145,95 (Albeka);
- € 5.950 aan gedaagde sub 5 in de hoofdzaak met omschrijving 'management fee december 2006';
- € 5.950 aan gedaagde sub 3 in de hoofdzaak met omschrijving 'management fee december 2006';
- € 18.000 aan gedaagde sub 4 in de hoofdzaak met omschrijving 'terugbetaling lening';
- € 12.622,13 aan Mototech Inc.,

resultierend in een negatief saldo van € 52.821,98.

### 3.9.

De Rabobank heeft op 11 december 2006 een bankverklaring afgegeven voor de oprichting van bedrijf 1, waarin wordt verklaard dat de bank ten name van bedrijf 1 i.o. een rekening aanhoudt met nummer 12.77.85.345, welke rekening op 7 december 2006 een creditsaldo had van € 18.000.

i.v.m. vordering D (vordering op gedaagde sub 5 in de hoofdzaak volgens de conceptjaarrekening 2007, zie hierna onder 4.1.d)

### 3.10.

Blijkens de conceptjaarcijfers van bedrijf 1 over het boekjaar 2007 heeft bedrijf 1 een vordering op gedaagde sub 5 in de hoofdzaak van € 17.680 per 31 december 2007.

i.v.m. vordering E (leningen gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak aan bedrijf 1, zie hierna onder 4.1.e)

### 3.11.

In een grootboekkaart, nummer 9888, uit de administratie van gedaagde sub 3 in de hoofdzaak is onder meer vermeld dat de navolgende bedragen zijn betaald met als omschrijving 'lening bedrijf 1':

- € 25.000 op 22 september 2006 (omschrijving: bedrijf 2 lening);
- € 10.000 op 16 oktober 2006 (omschrijving: bedrijf 2 lening);
- € 18.000 op 6 december 2006 (omschrijving: oprichting BV).

### 3.12.

De in de vorige alinea genoemde bedragen van € 25.000 en € 10.000 zijn betaald aan bedrijf 2, het bedrag van € 18.000 is betaald aan bedrijf 3.

### 3.13.

In een overeenkomst d.d. 5 december 2006 tussen gedaagde sub 4 in de hoofdzaak en gedaagde sub 6 in de hoofdzaak handelend onder de naam bedrijf 1 (aangeduid als schuldeiser respectievelijk schuldenaar) is bepaald dat schuldeiser aan schuldenaar een geldlening verstrekt van € 58.170, welke geldlening is achtergesteld op alle andere bestaande en toekomstige schulden en verplichtingen van schuldenaar.

### 3.14.

Op 20 december 2006 respectievelijk 24 januari 2007 heeft bedrijf 1 € 18.000 betaald aan gedaagde sub 4 in de hoofdzaak en € 17.000 aan gedaagde sub 3 in de hoofdzaak met als omschrijving 'terugbetaling (deel) lening'. Gedaagde sub 3 in de hoofdzaak heeft het door haar ontvangen bedrag doorbetaald aan gedaagde sub 4 in de hoofdzaak.

i.v.m. de vorderingen F-G (boedeltekort, zie hierna onder 4.1.f e.v.)

### 3.15.

Blijkens de oprichtingsakte van bedrijf 1 loopt het eerste boekjaar van bedrijf 1 tot en met 31 december 2007.

### 3.16.

Bedrijf 1 heeft geen jaarrekening over 2007 gedeponneerd bij de Kamer van Koophandel.

**3.17.**

Bedrijf 1 heeft in haar (eigen) aangifte tot faillietverklaring d.d. 10 februari 2009 aangegeven een schuldenlast van, bij benadering, € 285.000 te hebben.

**B. Vaststaande feiten in de hoofdzaak tussen de curator en gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak**

In aanvulling op hetgeen in § 3.A. is vastgesteld, staat in de hoofdzaak tussen de curator en gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak tevens vast hetgeen hierna onder 3.21, 3.24, 3.25, 3.26 en 3.35 is vastgesteld en het volgende:

**3.18.**

De Rabobank heeft in december 2008 bericht dat zij niet bereid was om extra krediet te verschaffen aan bedrijf 1.

**C. Vaststaande feiten in de hoofdzaak tussen de curator en gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak**

In aanvulling op hetgeen in § 3.A. is vastgesteld, staat in de hoofdzaak tussen de curator en gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak — voor zover van belang — het volgende vast:

**3.19.**

Gedaagde sub 6 in de hoofdzaak is sinds 2004 bezig met de bedrijf 1-organisatie. Gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak en enkele Amerikaanse partners zijn eind 2006 toegetreden, omdat er een investering nodig was om de organisatie van de grond te krijgen. In verband met die investering hebben gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak en gedaagde sub 6 in de hoofdzaak twee directieovereenkomsten gesloten, één in verband met de destijds nog op te richten vennootschap bedrijf 3 en één in verband met bedrijf 1. Daarin werd afgesproken dat gedaagde sub 4 in de hoofdzaak als algemeen directeur voor bedrijf 3 / commercieel directeur voor bedrijf 1 zou werken en gedaagde sub 6 in de hoofdzaak als technisch directeur voor bedrijf 3 / algemeen (operationeel) directeur voor bedrijf 1. Daarbij gold een directievergoeding van € 10.000 per maand per directielid (plus € 1.750 voor auto- en telefoonkosten), die ten laste gebracht zal worden van bedrijf 1 en die zou worden uitbetaald als de cashflow het zou toelaten.

**3.20.**

Op 2 april 2008 heeft gedaagde sub 6 in de hoofdzaak te kennen gegeven de samenwerking met gedaagde sub 4 in de hoofdzaak te willen beëindigen. Overleg tussen partijen over een oplossing leidde niet direct tot resultaten. Er zijn voorstellen over en weer gedaan ter beëindiging van de relatie tussen gedaagde sub 6 in de hoofdzaak en gedaagde sub 4 in de hoofdzaak, maar partijen kwamen niet tot overeenstemming. Uiteindelijk heeft gedaagde sub 4 in de hoofdzaak gedaagde sub 2 in de hoofdzaak aangezocht met de bedoeling gedaagde sub 2 in de hoofdzaak bij bedrijf 1 te betrekken als bestuurder en aandeelhouder.

**3.21.**

Gelet op de geschillen en de verslechterende financiële positie van bedrijf 1 vond op 29 september 2008 een bespreking plaats tussen gedaagde sub 6 in de hoofdzaak en gedaagde sub 4 in de hoofdzaak (gedaagde sub 2 in de hoofdzaak was hierbij niet aanwezig). Daarbij is een reddingsplan besproken. Van deze bespreking zijn notulen opgemaakt, die onder meer het volgende vermelden:

**‘ Doel van deze bijeenkomst**

Het komen tot een oplossing voor de financiële problemen waarin bedrijf 1 momenteel verkeert. Dit mede naar aanleiding van het bericht van gedaagde sub 6 in de hoofdzaak dat bedrijf 1 niet meer over liquide middelen beschikt en hij, gedaagde sub 6 in de hoofdzaak, per 1 oktober a.s., indien er op dat moment geen uitzicht is op een oplossing, niet meer kan voldoen aan zijn privé verplichtingen, zodat hij per die datum genoodzaakt is te zorgen voor een andere inkomstenbron en moet stoppen met zijn activiteiten voor bedrijf 1.

**Huidige situatie**

Nadat gedaagde sub 4 in de hoofdzaak zich op verzoek van gedaagde sub 6 in de hoofdzaak in april j.l. voorlopig heeft teruggetrokken uit de dagelijkse leiding heeft dat er niet toe geleid dat bedrijf 1 (gedaagde sub 6 in de hoofdzaak) voldoende externe financiering heeft kunnen realiseren voor onder meer de noodzakelijke verdere ontwikkeling van bedrijf 1. (...)

Concreet betekent dit feitelijk dat op dit moment nagenoeg geen liquiditeit meer aanwezig is, zodat bedrijf 1 op korte termijn niet meer aan haar betalingsverplichtingen zal kunnen voldoen. (...)

**Uitgangspunten reddingsplan**

Op dit moment is sprake van een onderneming met één bestuurder en met slechts één (diezelfde) persoon die beschikt ook over de technische kennis van het product. (...)

Los van voornoemd structureel probleem is op korte termijn, uitgaande van het overzicht van gedaagde sub 6 in de hoofdzaak, een bedrag van ca. € 50.000 (...) nodig om bedrijf 1 te kunnen laten voortbestaan. (...)'.

### 3.22.

Uiteindelijk heeft het overleg geleid tot de hiervoor onder 3.4 geciteerde vaststellingsovereenkomst van 7 november 2008.

### 3.23.

Tussen gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak en gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak ontstond verschil van inzicht. Bij e-mail d.d. 17 december 2008 schreef gedaagde sub 4 in de hoofdzaak aan gedaagde sub 2 in de hoofdzaak (kennelijk als reactie op stukken die waren toegezonden op 16 december 2008):

'(...) Ik wil ook graag (zoals al eerder aangegeven) de juiste volgorde blijven bewandelen.

1. Vaststellingsovereenkomst moet nog naar privé worden aangepast
2. Managementovereenkomst heeft lang op zich laten wachten en is een volledig nieuw stuk, met meerdere nieuwe voorstellen van jouw kant (...)
3. Er moet ook een aandeelhoudersbesluit (zoals overeengekomen) aan de vaststellingsovereenkomst worden aangehecht omtrent andere afspraken omtrent taken, communicatie/informatie en achterstallige fees en kosten.
4. Leningsovereenkomsten conform laatste stukken moeten worden getekend. (...)'.

### 3.24.

In een aan gedaagde sub 4 in de hoofdzaak gerichte e-mail d.d. 18 december 2008 reageerde gedaagde sub 2 in de hoofdzaak hierop als volgt:

'Er moet mij toch iets van het hart.

(...) Wij zijn nu bijna twee maanden verder en ik heb het gevoeld dat ik bedrijf 1 probeer vooruit te trekken en jou moet meetrekken, terwijl jij je hakken in het zand zet.

In eens moet het degelijk.

Alles wat ik aanlever moet door een advocaat worden gescand en jij durft geen stap zonder advies te zetten. Dit vind ik storend en heb zo iets van laat het hem dan direct doen. (...)

Verder moet er een addendum komen met achterstallige fee's e.d.

Laat ik het simpel stellen.

De waarde van een onderneming wordt uitgedrukt door de inzet van de aandeelhouders. Deze waarde wordt uitgedrukt in de waarde van de aandelen. Bedrijf 1 is op dit moment niets waard en staat op het randje van het faillissement. Als ik jouw inzet moet uitdrukken in een aandeelwaarde moet ik constateren dat het nul is. Het feit dat jullie elkaar met een advocaat bestrijden is jullie zaak, maar komt de onderneming niet ten goede. Dat jullie deze kosten dan doodleuk weer willen declareren bij de onderneming is in strijd met de statuten, maar dat zal mij een zorg zijn. Dit geldt ook voor de claim van de Fee's. Jullie hebben je een leuke fee toegedicht, maar dit zou in de aandeelwaarde tot uitdrukking moeten komen. Dat dit niet het geval is, betekent dat de geleverde inzet, even cru gesteld, ook niets waard is.

Concluderend,

Jij maakt conform de vaststellingsovereenkomst de laatste termijn over. Tekent de machtigingen (rb: voor de aandelenoverdracht). De leningsovereenkomsten zijn conform de vaststellingsovereenkomst, dus die wordt niet gewijzigd. Ik maak geen addendum.

De managementovereenkomst zal mij een worst zijn, die kan later wel.'

### 3.25.

gedaagde sub 4 in de hoofdzaak reageerde bij e-mail d.d. 18 december 2008 en gaf aan dat overleg nodig is. Bij e-mail d.d. 20 december 2008 schreef gedaagde sub 2 in de hoofdzaak aan gedaagde sub 4 in de hoofdzaak dat deze een 'claimer/zuiger' is die alleen denkt aan het vastleggen van zijn eigen claims, terwijl het bedrijf failliet is. Hij schreef ook:

'Alles overziend, kom ik tot de volgende conclusie.

bedrijf 1 staat financieel voor de afgrond. De Fida deal krijgen we niet 1,2,3 gefinancierd en is te klein om bedrijf 1 te redden. De broadcast deal is wel een goede optie, maar daar moet het gehele bedrijf 1 team aan werken. Dat team is bereid dat te doen, echter wel met een voorwaarde: 'zonder gedaagde sub 4 in de hoofdzaak'. (rechtbank: gedaagde sub 4 in de hoofdzaak)

Dit geld met name voor Amerika en zij hebben de sleutelpositie.  
Ik kom dan tot twee opties.

#### **Optie 1 (heeft niet mijn voorkeur)**

Door de slechte financiële situatie en het niet hebben van een goed perspectief zie ik geen toekomst voor bedrijf 1 in de huidige vorm en zal ik genoodzaakt zijn het faillissement aan te vragen. (...)

#### **Optie 2**

We nemen afscheid van jou als aandeelhouder. Jij levert de aandelen om niet in. Voor je inzet houdt je 4,9% cumpref 6% (...)

Ook de prio lever je in. Alle claims gaan van tafel. Helaas kan ik de borgstelling niet van tafel halen, dus daar blijf je voorlopig aan vast zitten.

Alleen onder deze omstandigheden is Broadcast binnen te halen met de Amerikanen. Met deze order is de bank bereid de financiering door te laten lopen.

We kunnen met deze order de bank na een halfjaar aflossen en jou borgstelling laten vervallen. (...)'.

### **3.26.**

In reactie op laatstgenoemde e-mail heeft gedaagde sub 4 in de hoofdzaak bij e-mail d.d. 21 december 2008 gedaagde sub 2 in de hoofdzaak als volgt bericht:

'Geschrokken van de commotie en je woorden heb ik hierover eens goed nagedacht. Conclusie is, dat ik denk dat je gelijk hebt. Door nogal wat negatieve gebeurtenissen in het afgelopen jaar, zit ik beschadigd in mijn vel en ben ik het vertrouwen in de goedheid van de mens flink kwijt geraakt. Hierdoor zet ik inderdaad mijn hakken snel in het zand, heb gauw twijfel over de juistheid van gegevens/stukken en sla ik door in de angst onrecht te worden aangedaan.

Daarnaast is de situatie waarin bedrijf 1 zich bevind mij natuurlijk duidelijk en is er maar één weg: samen de weg omhoog vinden (wel of niet actief betrokken), zonder al te veel bezig te moeten zijn met het claimen van gemaakte afspraken. (...).

De door ons getekende vaststellingsovereenkomst heb ik gewoon zonder verder nadenken willen volgen en dat addendum is een beetje een eigen leven gaan leiden en lijkt me nu ik er goed over nadenk en jouw kritiek overdenkend (als stukken toch al in de boekhouding zitten) ook helemaal niet nodig.

Kortom: ik hoop dat we maandag e.e.a. kunnen uitspreken en de klokken weer gelijk kunnen zetten.'

### **3.27.**

Op 22 december 2008 vond een bespreking plaats tussen gedaagde sub 2 in de hoofdzaak en gedaagde sub 4 in de hoofdzaak. Hiervan is een besprekingsverslag gemaakt door gedaagde sub 2 in de hoofdzaak, waarop door gedaagde sub 4 in de hoofdzaak is gereageerd. In dit verslag is onder meer het volgende opgenomen:

'[rb: gedaagde sub 2 in de hoofdzaak schreef]

Hierbij mijn weergave van het gesprek heden.

Ik heb in mijn schrijven van 20 december 2008 een korte uiteenzetting gegeven van mijn ervaring betreffende de samenwerking bij bedrijf 1 en tevens aangegeven dat binnen het team van bedrijf 1 geen enkele behoefte meer is om met jou samen te werken.

[rb: reactie gedaagde sub 4 in de hoofdzaak]

Ik gaf aan dat het je bekend was, dat jouw aantreden juist hierom ingestoken is. Na een half jaar juridische strijd is er een overeenstemming bereikt om verder te gaan in op de uiteindelijk in de vaststellingsovereenkomst door ons allen overeengekomen en getekende weg. Vertrouwen tussen gedaagde sub 6 in de hoofdzaak, de Amerikanen en mij was weg. Er was samen tussen ons een reddingsplan overeengekomen waaraan jij leiding zou geven. Na uitvoering van de vaststellingsafspraken zou ik terugtreden.

[rb: gedaagde sub 2 in de hoofdzaak schreef]

Sterker nog, men weigert verder met jou samen te werken.

Dit komt zowel uit de hoek van Amerika als uit Rotterdam.

[rb: reactie gedaagde sub 4 in de hoofdzaak]

Ik gaf je aan, dat dit voordien al bekend was, evenals alle voorwaarden waaronder je aan de slag bent gegaan. Zie boven. Er is om de Broadcast deal binnen te halen door ons aan hen 5K overgemaakt. Nu de deal lijkt binnen te komen, lijkt — als nieuwe voorwaarde — dat dit alleen op voorwaarde te kunnen dat ik akkoord ga met de mij nu voorgelegde optie 2. (...)'.

### **3.28.**

Naar aanleiding van het besprekingsverslag heeft gedaagde sub 4 in de hoofdzaak op 29 december 2008 per e-mail aan

gedaagde sub 2 in de hoofdzaak het volgende bericht:

'(...)

Je hebt expliciet aangegeven, dat als ik niet meewerk, bereid te zijn actief met hulp van gedaagde sub 6 in de hoofdzaak, met hulp van de Amerikanen, of eventueel als nodig door mobilisatie van externe partners actief te werken aan een faillissementsaanvraag.

(...)

Je gaf me aan dat het willen vastleggen van de gemaakte afspraken (jij noemt dit claims) geheel verkeerd is gevallen. Ik gaf aan, dat een aanvullend addendum inderdaad — en bij nader inzien — niet nodig lijkt mede aangezien fee's en kosten al in de boeken moet zijn opgenomen. Jij gaf aan dat gedaagde sub 6 in de hoofdzaak helemaal geen 'claims' heeft op bedrijf 1. Mijn antwoord was, dat dit mij niet bekend was, en dat als dit zo is, ik ook bereid ben in het belang van bedrijf 1 en om tot een oplossing te komen hierover te praten. (...).'

### 3.29.

Gedaagde sub 2 in de hoofdzaak schreef gedaagde sub 4 in de hoofdzaak op 2 januari 2009 per e-mail als volgt:

'(...) Om bedrijf 1 toekomst te kunnen bieden moeten we beginnen met een schoon bedrijf. Gezien hetgeen er nu staat en wat jij samen met gedaagde sub 6 in de hoofdzaak hebt opgebouwd, moet ik concluderen dat dat op dit moment niet meer werkzaam is.

Het bedrijf is te ingewikkeld, gericht op het beschermen van belangen (eigen) en niet toekomst gericht bezig. Er zijn geen producten, er is geen zicht op een goed eindproduct en er zijn schulden die moeten worden afgelost. Daarnaast hebben jij en gedaagde sub 6 in de hoofdzaak claims op de organisatie die de toekomst alleen maar dwars kunnen zitten.

De simpelste manier om het bedrijf door te starten is na een faillissement. Hierbij lopen jij en gedaagde sub 6 in de hoofdzaak grote schade op. Dit zal ik overigens met droge ogen in gang zetten als het nodig is.

Er is echter nog een tweede, maar ook laatste kans voor jou. Hier gaan we maandag over praten. In het nieuwe businessplan behoud je 4,9% van je aandelen en er zijn geen prioriteitsaandelen meer. Verder vervallen al je opgebouwde rechten en tegoeden uit de bedrijf 1 organisatie.

In de aandeelhoudersovereenkomst komt een clausule dat de onderneming gerechtigd is om binnen 1 jaar jouw aandelen terug te kopen voor een vooraf vastgesteld bedrag. Verder bepaald de meerderheid van aandeelhouders over belangrijke zaken en is de AVA nodig voor het accepteren van een overnamebod of eventuele investeringsplannen.

Opzet van het nieuwe businessplan is een verkoop van het bedrijf binnen 3 jaar. Het gesprek maandag is dus heel simpel.

Ga je akkoord met de 4,9% en wat is het bedrag dat je voor deze aandelen wilt hebben.'

### 3.30.

Verder heeft gedaagde sub 2 in de hoofdzaak gedaagde sub 4 in de hoofdzaak per e-mail d.d. 2 januari 2009 als volgt bericht:

'Het plan, hoe we verder gaan, is afhankelijk van jouw beslissing maandag.

Aangezien jij geen partij in dit nieuwe plan bent, zal jij ook niet betrokken worden in de samenstelling hier van.

De manier van reageren is weer standaard. Je probeert op alle mogelijke manieren de zaak te vertragen.

Voor de goede orde, je hebt maandag om te beslissen, daarna gaat de trein werken.

Ik ben wel bang dat je de eerste € 100 K borg al kwijt bent.

Dit geeft ons weer ruimte om enige verruiming van financieringsmogelijkheden bij de bank. Over de garanties t.o.v. de borgstellingen hoef ik je niet te informeren, aangezien jij zelf de onderhandelingen met de bank hebt gevoerd in je functie van algemeen directeur. (...).'

### 3.31.

Op 5 januari 2009 vond een bespreking plaats tussen gedaagde sub 4 in de hoofdzaak en gedaagde sub 2 in de hoofdzaak. Op 9 januari 2009 vond vervolgens een bespreking plaats tussen bedrijf 1 en de Rabobank, waarin de Rabobank heeft verzocht om een voortgangsrapportage. Gedaagde sub 2 in de hoofdzaak heeft op 13 januari 2009 een verslag gezonden aan de Rabobank. Daarin staat onder meer het volgende:

'(...)

#### **bedrijf 1 oud**

(...) De twee huidige aandeelhouders leven in onmin met elkaar en hebben zojuist een dure procedure via advocaten afgesloten. De partner in Amerika voelt zich bestolen, omdat zijn inbreng op is en er nog geen producten zijn geleverd. Verder heeft deze ook duidelijk aangegeven niet meer met gedaagde sub 4 in de hoofdzaak te willen samenwerken, door diens houding en uitspraken.

Verder constateerde ik dat er slechts 1 opdracht binnen het bedrijf was en dat het product hiervoor nog in ontwikkeling is. Deze order is overigens begin 2009 gecancelled. Ergo, er zijn geen opdrachten en geen bruikbare producten.

Financieel is het bedrijf technisch failliet, het extra krediet dat op 31-12-2008 had moeten worden ingelost, kan niet worden terugbetaald. Aangezien hier nog wel borgstellingen tegenover staan kan de bank deze inwinnen.

(...)

#### **Conclusie**

We hebben een bedrijf zonder product, zonder opdrachten een bankstand van € 200.000 negatief en claims van ongeveer € 575.000. (...)

#### **De oplossing**

Om dit probleem op te lossen zijn er twee mogelijkheden.

#### **Faillissement en doorstart**

Dit is op zich redelijk simpel te doen. Kennis ligt buiten bedrijf 1 en de producten zijn geen eigendom, omdat nog niet alle kosten voor hardware en software zijn betaald. De leveranciers zullen graag meewerken aan een doorstart, omdat ze dan in elk geval een deel van de kosten kunnen terughalen.

of

bedrijf 1 2

Opzet van bedrijf 1 2 is dat er 1 of 2 aandeelhouders toetreden en dat gedaagde sub 4 in de hoofdzaak uittreedt.

Met name dit laatste is een voorwaarde voor de Amerikanen en de nieuw toetredende Technische man. (...).

#### **3.32.**

Mr. Jonker, de raadsman van gedaagde sub 4 in de hoofdzaak, heeft gedaagde sub 2 in de hoofdzaak bij e-mail d.d. 21 januari 2009 (onder meer) bericht — kort gezegd — dat er geen nieuwe vaststellingsovereenkomst nodig was. In die e-mail wordt gedaagde sub 2 in de hoofdzaak aansprakelijk gesteld voor het geval de Rabobank zou overgaan tot de uitwinning van de borgtocht die gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak aan de Rabobank hadden verstrekt als zekerheid voor het krediet van bedrijf 1.

#### **3.33.**

Gedaagde sub 2 in de hoofdzaak heeft op 22 januari 2009 per e-mail een concept voor een nieuwe vaststellingsovereenkomst toegezonden aan mr. Jonker. Daarin staat, kort gezegd,

- (i) dat gedaagde sub 3 in de hoofdzaak 89 gewone aandelen en 1 prioriteitsaandeel houdt in bedrijf 3 en
- (ii) dat gedaagde sub 3 in de hoofdzaak hiervan 9 gewone aandelen zou behouden en de overige aandelen zou overdragen aan gedaagde sub 2 in de hoofdzaak (50 gewone aandelen en het prioriteitsaandeel) en aan twee nieuwe toetreders (11 + 19 gewone aandelen), tegen een totale koopprijs van € 3.

Tevens bepaalt het concept dat alle overeenkomsten betreffende managementvergoedingen en royalty's zouden komen te vervallen.

#### **3.34.**

Gedaagde sub 4 in de hoofdzaak heeft op 26 januari 2009 een e-mail gezonden aan de Rabobank, waarin hij aantekeningen plaatste bij de informatie die gedaagde sub 2 in de hoofdzaak aan de Rabobank had verzonden:

- Financiële plaatje is eenzijdig opgemaakt door gedaagde sub 2 in de hoofdzaak en derhalve zonder overleg met of goedkeuring door gedaagde sub 4 in de hoofdzaak.
- Failleringsdreiging is geheel onnodig. Met alle partijen zijn goede afspraken te maken. Dit was ook afgesproken in het reddingsplan.
- De onderneming staat er minder slecht voor dan dat gedaagde sub 2 in de hoofdzaak doet voorkomen en heeft nog steeds dezelfde 'over de drempel' problemen als bij aanvang van gedaagde sub 2 in de hoofdzaak optreden en heeft alle potentie om succesvol te worden.
- In de stukken wordt gesproken over een flinke en snel oplopende fee, die aan gedaagde sub 6 in de hoofdzaak, gedaagde sub 2 in de hoofdzaak en ene persoon 1 kan worden uitbetaald. Hierbij dienen afspraken gemaakt te worden over een aflossingsschema vwb de lening aan de bank (...).
- Het aanwezig zijn van een grote potentie van projecten en leads vraagt dan nog de aandacht. Nu wordt de

indruk gewekt dat alleen de Broadcast deal bestaat. Er is echter veel meer en nog steeds is voor bedrijf 1 een grote toekomst weggelegd als de laatste puzzelstukjes juist worden ingelegd.'

### 3.35.

De Rabobank heeft op 30 januari 2009 aangegeven dat zij (onder voorwaarden, waaronder een getekende opdrachtbevestiging van de zogeheten Broadcast deal) bereid was om de kredietfaciliteit van bedrijf 1 tot uiterlijk 1 maart 2009 te handhaven, dat per die datum de kredietlimiet zal worden ingeperkt tot € 100.000 en dat het debetsaldo van € 203.603,78 per 1 maart 2009 moet zijn teruggebracht tot maximaal € 100.000.

### 3.36.

Ter voorbereiding van een bespreking op 2 februari 2009 heeft mr. Jonker gedaagde sub 2 in de hoofdzaak per e-mail bericht — kort gezegd — dat gedaagde sub 4 in de hoofdzaak in beginsel en voor zover juridisch verantwoord bereid is om akkoord te gaan met een terugtreden zoals door gedaagde sub 2 in de hoofdzaak voorgesteld, mits de door gedaagde sub 4 in de hoofdzaak verstrekte lening in stand bleef en er een goede regeling voor de borgstelling jegens de Rabobank werd getroffen. In de e-mail wordt ingegaan op de hoogte van de openstaande lening en wordt een 'strakke afbetalingsregeling' geschetst voor de afbouw van de borgstelling.

### 3.37.

Op 2 februari 2009 vond een bespreking plaats tussen gedaagde sub 4 in de hoofdzaak en gedaagde sub 2 in de hoofdzaak. Mr. Jonker heeft de inhoud van dit gesprek per e-mail van dezelfde dag bevestigd. Daarin schreef hij onder meer dat gedaagde sub 2 in de hoofdzaak had meegedeeld dat de 'Broadcast deal' verder naar achter is geschoven en dat dit het verhaal richting de bank een stuk lastiger maakt. Hij bevestigde in dat verslag verder dat de volgende afspraken zijn gemaakt:

'We zullen trachten richting bank met een positief, maar reëel verhaal te komen. Jij zal daartoe een overzicht opstellen van alle openstaande prospects (leads).

Volledige openheid van zaken is vereist. Informatie die uiteindelijk naar de bank gaat kan vooraf door mij mogen worden bekeken en van commentaar voorzien. Richting bank zal dan niet vanuit verschillende visies worden gecommuniceerd maar met één verhaal worden gekomen.

Richting USA zal worden getracht al of niet middels een MOU of LOI bevestigd te krijgen dat de deal er in ieder geval aan staat te komen. (...)

Voor wat betreft de situatie van gedaagde sub 4 in de hoofdzaak als borg voor de schuld van bedrijf 1 zijn we het erover eens dat (1) het huidige krediet, zover mogelijk, dient te worden afgebouwd, zulks middels een nader tussen bedrijf 1 en de bank overeen te komen schema (...). (...)'.

### 3.38.

Gedaagde sub 2 in de hoofdzaak heeft op 3 februari 2009 per e-mail aan de advocaat van gedaagde sub 4 in de hoofdzaak bericht — kort gezegd — dat op korte termijn niet valt te verwachten dat de partijen die willen bestellen, deze bestelling zullen vastleggen en dat opdrachten pas op zijn vroegst eind april verwacht kunnen worden. Verder schreef hij dat € 50.000 nodig is om tot eind april 2009 te overleven en dat, als de bank niet bereid is om extra financiering te geven, het faillissement aangevraagd moet worden. Verder deed hij een voorstel voor een reactie naar de bank op de kredietverlaging. Kort gezegd komt dat voorstel er op neer dat meegedeeld zou worden dat er meer tijd nodig is voor de Broadcast order en voor een andere order, dat bedrijf 1 niet kan voldoen aan de eisen die de Rabobank had gesteld voor financiering per 1 maart 2009, dat de verlaging van het krediet uitgesteld moet worden en dat een extra krediet van € 50.000 nodig was om bedrijf 1 te laten overleven en dat als de bank niet mee zou werken, er niets anders restte dan het faillissement aan te vragen.

### 3.39.

Bij e-mail d.d. 5 februari 2009, 11:02 uur heeft mr. Jonker namens gedaagde sub 4 in de hoofdzaak gereageerd op de e-mail van 3 februari 2009 van gedaagde sub 2 in de hoofdzaak. Hij gaf daarin aan dat hij het afgesproken overzicht van alle openstaande prospects nog niet had gehad en drong er op aan dat er ten minste een schriftelijke bevestiging van bedrijf 5 zou komen in verband met de Broadcast deal. Verder schreef hij dat in de door gedaagde sub 2 in de hoofdzaak voorgestelde brief naar de bank onvoldoende rekening werd gehouden met de precare situatie jegens de bank, terwijl in de voorgestelde brief niet wordt ingegaan op de gemaakte afspraak dat het huidige krediet zal worden afgelost in combinatie met een nieuwe lening. Mr. Jonker schreef in die e-mail verder dat hij voorstelt een korte e-mail te zenden aan de bank dat men wil spreken over de recente ontwikkelingen, in welk gesprek dan gemeld kan worden dat de aandeelhouders / bestuurders weer op een lijn zitten en waarin een overzicht van de komende deals / prospects aan de bank kan worden gegeven.

**3.40.**

Gedaagde sub 2 in de hoofdzaak heeft dezelfde dag per e-mail (om 11.42 uur) gereageerd. Kort gezegd gaf hij aan dat gedaagde sub 4 in de hoofdzaak / zijn advocaat het veel te positief zag en dat er door hem te gemakkelijk werd gedacht over de situatie met de bank, dat de leads al sinds een jaar op de lijst staan en dat de bank daar niet enthousiast over zou zijn en dat op de klanten alle commerciële druk al was gezet om iets op papier te krijgen. Hierop reageerde mr. Jonker per e-mail om 12.07 uur. Zijn reactie is in de kern dat gedaagde sub 4 in de hoofdzaak en hij het niet (te) positief zagen en dat juist daarom alle voorzichtigheid jegens de bank was geboden. Hij deed in die e-mail tevens een voorstel voor een (korte) e-mail aan de bank. Gedaagde sub 2 in de hoofdzaak heeft vervolgens om 12.32 uur de door hem om 3 februari 2009 voorgestelde e-mail ongewijzigd aan de bank verzonden.

Mr. Jonker heeft vervolgens gedaagde sub 2 in de hoofdzaak hiervoor aansprakelijk gesteld en naar de bank een e-mail gezonden waarin hij aangaf

- (i) dat de door gedaagde sub 2 in de hoofdzaak verzonden e-mail was verzonden zonder dat daar overeenstemming over bestond tussen de aandeelhouders en bestuur,
- (ii) dat hij graag op korte termijn een bespreking wilde met de bank en
- (iii) dat op korte termijn binnen bedrijf 1 een AVA bijeengeroepen zal worden waarbij de positie van gedaagde sub 2 in de hoofdzaak als bestuurder aan de orde zal zijn en
- (iv) dat het sterke vermoeden bestaat dat gedaagde sub 2 in de hoofdzaak om hem moverende redenen afstuurt op een faillissement dat volgens gedaagde sub 4 in de hoofdzaak nog volstrekt niet aan de orde is.

**3.41.**

Op 10 februari 2009 heeft gedaagde sub 2 in de hoofdzaak als (indirect) bestuurder van bedrijf 1 het faillissement van bedrijf 1 aangevraagd.

**3.42.**

Op 12 februari 2009 heeft gedaagde sub 2 in de hoofdzaak mr. Jonker bericht dat hij, als er de volgende dag geen adequate oplossing was, hij het faillissement op de agenda van de algemene vergadering zal zetten.

**3.43.**

De Rabobank heeft op 13 februari 2009 per e-mail bericht aan gedaagde sub 2 in de hoofdzaak, gedaagde sub 4 in de hoofdzaak, gedaagde sub 6 in de hoofdzaak en mr. Jonker dat de bank vooralsnog bereid was om mee te werken aan een voor alle partijen acceptabele oplossing en vroeg daarvoor om uiterlijk op 18 februari 2008 te ontvangen

- (i) een cijfermatige onderbouwing van de opdracht van Broadcast en eventuele overige opdrachten en
- (ii) een concrete oplossing 'hoe het dan wel zou kunnen inclusief aangepaste liquiditeitsprognose'.

**3.44.**

In de opvolgende dagen is tussen partijen per e-mail gecorrespondeerd. Mr. Jonker gaf bij e-mail d.d. 13 februari 2009 om 18.13 uur aan gedaagde sub 2 in de hoofdzaak aan dat hij er vanuit ging dat gedaagde sub 2 in de hoofdzaak de gevraagde informatie zou verstrekken en dat deze eerst aan hem zouden worden gegeven voor verificatie, voordat deze naar de bank zou worden gezonden. Gedaagde sub 2 in de hoofdzaak heeft dezelfde dag om 23.03 uur per e-mail een liquiditeitsprognose voor bedrijf 1 toegezonden aan mr. Jonker. In die e-mail ging hij tevens in op een aantal financiële problemen en deed hij het voorstel om het extra krediet te laten inwinnen bij gedaagde sub 4 in de hoofdzaak om zo ruimte te krijgen voor een nieuw krediet.

Op 16 februari 2009 heeft mr. Jonker aan gedaagde sub 2 in de hoofdzaak per e-mail verzocht om een nadere onderbouwing van het voorstel van € 50.000 waarmee bedrijf 1 wel bestaansrecht zou hebben om in de periode tot de eerste concrete grote betalingen te overleven.

In reactie hierop heeft gedaagde sub 2 in de hoofdzaak, eveneens op 16 februari 2009, het bedrag van € 50.000 als volgt omschreven: fee gedaagde sub 2 in de hoofdzaak € 10.000, fee gedaagde sub 6 in de hoofdzaak € 7.500, huur € 10.000, bankkosten € 5.000, inkoopboxen tribboxen € 10.000, vaste kosten € 3.000, te betalen crediteuren € 9.500, totaal te betalen € 55.000, te verminderen met € 5.000 aan inkomsten uit tribboxen. In een andere e-mail van dezelfde dag schreef gedaagde sub 2 in de hoofdzaak — kort gezegd — dat het krediet van de bank uit twee delen bestaat, een normaal krediet van € 100.000 en een extra krediet van € 100.000 en dat dit laatste krediet afgelost moest worden omdat het was verstrekt tot 31 december 2008.

Mr. Jonker schreef op 17 februari 2009 (rb: de dag waarop het faillissement van bedrijf 1 is uitgesproken), in een reactie

op de e-mail van gedaagde sub 2 in de hoofdzaak d.d. 13 februari 2009, dat gedaagde sub 4 in de hoofdzaak onder voorwaarden bereid was € 50.000 te lenen aan bedrijf 1 om zo te overleven totdat de Broadcast deal en andere opdrachten waren binnengehaald.

#### 3.45.

Gedaagde sub 2 in de hoofdzaak heeft mr. Jonker op 17 februari 2009 bericht dat bedrijf 1 failliet was verklaard.

#### 3.46.

Op 25 februari 2009 heeft de curator een anonieme e-mail ontvangen van bedrijf 2, waarin wordt aangegeven dat de tussen bedrijf 2 en bedrijf 1 bestaande licentieovereenkomst wordt ontbonden.

#### 3.47.

Op 18 maart 2009 is Libertronic C.V. opgericht. De beherend vennoot van Libertronic C.V. is een Engelse vennootschap, gevolmachtigde van de CV is persoon 2. Libertronic maakt gebruik van een eerder door gedaagde sub 6 in de hoofdzaak geregistreerde domeinnaam. Op haar website bood Libertronic identieke althans vergelijkbare producten aan als voorheen door bedrijf 1 werden aangeboden.

### D. Vaststaande feiten in vrijwaringszaak I

Tegen de achtergrond van de hiervoor in § 3.A weergegeven vaststaande feiten uit de hoofdzaak, staan in deze vrijwaringszaak tevens — voor zover relevant — tussen gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak en gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak de hiervoor onder 3.18, 3.24, 3.25, 3.26, 3.35, 3.39 en 3.47 genoemde feiten vast.

### E. Vaststaande feiten in vrijwaringszaak II

Tegen de achtergrond van de hiervoor in § 3.A weergegeven vaststaande feiten uit de hoofdzaak, staan in vrijwaringszaak II — voor zover relevant — tussen gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak en gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak de hiervoor in 3.B en § 3.C weergegeven feiten vast.

## 4. Het geschil in de hoofdzaak

### 4.1.

De curator vordert, verkort weergegeven, dat de rechtbank voor zover mogelijk bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

- a. voor recht verklaart dat de geplaatste aandelen in bedrijf 1 niet rechtsgeldig zijn volgestort en dat op basis daarvan gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de nakoming van rechtshandelingen die vanaf 7 november 2008 zijn verricht en gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de nakoming van rechtshandelingen die tot 7 november 2008 zijn verricht;
- b. gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak hoofdelijk veroordeelt tot betaling van de bedragen zoals de door de curator vertegenwoordigde crediteuren van bedrijf 1 vanaf 7 november 2008, die datum daaronder begrepen, van bedrijf 1 te vorderen hebben (inclusief eventuele wettelijke (handels)rente en buitengerechtigde incassokosten), nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- c. gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak hoofdelijk veroordeelt tot betaling van de bedragen zoals de door de curator vertegenwoordigde crediteuren van bedrijf 1 tot 7 november 2008 van bedrijf 1 te vorderen hebben (inclusief eventuele wettelijke (handels)rente en buitengerechtigde incassokosten), nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- d. gedaagde sub 5 in de hoofdzaak veroordeelt tot betaling van € 17.680, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente vanaf 31 december 2007, althans vanaf 1 juli 2009, althans vanaf de datum van de dagvaarding;
- e. gedaagde sub 4 in de hoofdzaak veroordeelt tot betaling van € 35.000 te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente vanaf 20 december 2006 en 24 januari 2007 althans vanaf de datum van de dagvaarding;
- f. gedaagden in de hoofdzaak hoofdelijk veroordeelt tot betaling van een bedrag overeenstemmend met de schulden van bedrijf 1, voor zover deze niet door vereffening van overige baten (waaronder de incasso van de vorderingen genoemd sub a-e) kunnen worden voldaan, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- g. gedaagden in de hoofdzaak hoofdelijk veroordeelt tot betaling van een voorschot van € 75.000 op het conform sub F vast te stellen bedrag, en
- h. gedaagden in de hoofdzaak hoofdelijk veroordeelt in de proceskosten, de beslag en de nakosten daaronder begrepen.

**4.2.**

Het verweer van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak strekt tot afwijzing van de vordering van de curator, met veroordeling van de curator in de kosten van het geding.

**4.3.**

Het verweer van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak strekt tot afwijzing van de vordering van de curator, met veroordeling bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad van de curator in de kosten van het geding.

**5. Het geschil in de vrijwaringszaak I****5.1.**

Gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak vorderen — verkort weergegeven — dat de rechtbank, voor zover mogelijk gelijktijdig met het in de hoofdzaak te wijzen vonnis en bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad gedaagde sub 3 in de hoofdzaak, gedaagde sub 4 in de hoofdzaak, gedaagde sub 5 in de hoofdzaak en gedaagde sub 6 in de hoofdzaak hoofdelijk veroordeelt aan gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak al hetgeen te voldoen waartoe zij in de hoofdzaak jegens de curator mochten worden veroordeeld, met inbegrip van de proceskostenveroordeling en wettelijke rente, zulks met veroordeling in de proceskosten van het geding in vrijwaring.

**5.2.**

Het verweer van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak strekt tot afwijzing van de vordering van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak met veroordeling bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad van gedaagde sub 2 in de hoofdzaak en gedaagde sub 1 in de hoofdzaak in de kosten van het geding.

**6. Het geschil in de vrijwaringszaak II****6.1.**

Gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak vorderen — verkort weergegeven — dat de rechtbank, voor zover mogelijk gelijktijdig met het in de hoofdzaak te wijzen vonnis en bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad gedaagde sub 1 in de hoofdzaak, gedaagde sub 2 in de hoofdzaak, gedaagde sub 5 in de hoofdzaak en gedaagde sub 6 in de hoofdzaak hoofdelijk veroordeelt aan gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak al hetgeen te voldoen waartoe zij in de hoofdzaak jegens de curator mochten worden veroordeeld, met inbegrip van de proceskostenveroordeling en wettelijke rente, zulks met veroordeling in de proceskosten van het geding in vrijwaring.

**6.2.**

Het verweer van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak strekt tot afwijzing van de vordering van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak, met veroordeling van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak in de kosten van het geding.

**7. De beoordeling: algemene inleiding en procedurele opmerkingen****A. Algemene inleiding****7.1.**

In de kern gaan deze drie gevoegde zaken om vier geschilpunten. Het eerste geschilpunt betreft de volstorting van de aandelen in bedrijf 1 bij de oprichting. Naar de curator onbetwist stelt, heeft er geen volstorting plaatsgevonden en hij vordert daarom in de hoofdzaak veroordeling van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak en gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak op grond van artikel 2:180 BW voor verplichtingen die zijn aangegaan door bedrijf 1. Dit betreft de vorderingen A, B en C in de hoofdzaak en is onderdeel van de vordering van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak in vrijwaringszaak I.

**7.2.**

Het tweede geschilpunt betreft de door de curator gestelde aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW van de gedaagden in de hoofdzaak. Hij betoogt dat bedrijf 1 niet heeft voldaan aan haar boekhoudingsplicht en aan haar publicatieplicht en stelt daarom gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak en gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak als (indirecte) bestuurders van bedrijf 1 en gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak als feitelijk beleidsbepalers van bedrijf 1 aansprakelijk voor het tekort van de boedel. De vorderingen F en G van de curator in de hoofdzaak zien op dit geschilpunt. Het verweer van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak komt er kort gezegd op neer dat zij pas sinds november 2008 betrokken zijn bij bedrijf 1, dat zij een slechte financiële situatie aantroffen, dat zij hun best hebben gedaan om hier iets aan te doen en dat zij het faillissement van bedrijf 1 hebben aangevraagd toen dit niet mogelijk bleek. Gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak voeren eveneens verweer. Zij betwisten na april 2008 feitelijk beleidsbepaler te zijn geweest en voeren daarnaast aan dat het faillissement is veroorzaakt doordat gedaagde sub 1 en

2 in de hoofdzaak om de hen moverende redenen dit hebben aangevraagd, terwijl dit niet nodig was. In de beide vrijwaringszaken vorderen gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak en gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak over en weer dat zij worden gevrijwaard tegen de vorderingen F en G van de curator.

### 7.3.

Verder vordert de curator in de hoofdzaak dat gedaagde sub 5 in de hoofdzaak wordt veroordeeld tot betaling van € 17.680, zijnde een vordering zoals blijkt uit de conceptjaarrekening 2007 van bedrijf 1 (vordering D). Tenslotte vordert de curator dat gedaagde sub 4 in de hoofdzaak wordt veroordeeld tot betaling van € 35.000, zijnde een vordering terzake van (naar de curator stelt) onverschuldigde betaling (vordering E). Gedaagde sub 4 in de hoofdzaak betwist deze vordering en vordert in vrijwaringszaak II hiervoor vrijwaring van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak en gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak

## B. Procedurele opmerkingen

### B.1. Overlegging van processtukken

#### 7.4.

In alle zaken hebben alle partijen verwezen naar processtukken uit de andere zaken. De rechtbank zal deze verwijzingen betrekken in haar beoordeling, maar alleen voor zover zonder meer duidelijk is waarnaar wordt verwezen en hoe de stukken waarnaar wordt verwezen zich verhouden met het processuele debat in de zaak waarin de verwijzing plaatsvindt. Onvoldoende concreet is in ieder geval een algemene verwijzing door een partij naar een processtuk ter nadere onderbouwing van haar stellingen. Het is niet de taak van de rechtbank in overgelegde processtukken op zoek te gaan naar een nadere onderbouwing van de standpunten van een of meerdere partijen. Voor zover er in dit opzicht onduidelijkheden bestaan, wordt aan de verwijzingen voorbijgegaan en komt dit voor rekening en risico van de desbetreffende partij(en). Verder wordt voorbijgegaan aan verwijzingen naar processtukken die niet zijn overgelegd in de procedure waarin de verwijzing wordt gedaan. Voorkomen dient te worden dat in een zaak vonnis wordt gewezen aan de hand van stukken die geen onderdeel vormen van het procesdossier van die zaak.

### B.2. Aanduiding van bestuurderschap

#### 7.5.

Gedaagde sub 2 in de hoofdzaak, gedaagde sub 1 in de hoofdzaak, gedaagde sub 6 in de hoofdzaak en gedaagde sub 5 in de hoofdzaak zijn via bedrijf 3 middellijk bestuurders van bedrijf 1 (geweest). Voor de leesbaarheid van dit vonnis wordt hierna steeds korthedshalve gesproken over gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak en gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak als de bestuurders van bedrijf 1.

## 8. De beoordeling in de hoofdzaak

### A. De vorderingen A, B en C op gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak en gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak met betrekking tot de volstorting van de aandelen bedrijf 1

#### A.1. Ten aanzien van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak

##### 8.1.

De curator stelt onbetwist dat de aandelen in bedrijf 1 bij oprichting niet zijn volgestort. Hij voert hiertoe in het bijzonder aan dat de betaling van 7 december 2006 geen storting betreft, maar een geldlening van gedaagde sub 4 in de hoofdzaak aan bedrijf 1. Nu gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak niet betwisten dat het bedrag feitelijk een geldlening is en geen storting, moet de rechtbank daarvan uitgaan, te meer omdat gedaagde sub 4 in de hoofdzaak en gedaagde sub 6 in de hoofdzaak handelend namens bedrijf 1 i.o. op 5 december 2006 een overeenkomst van geldlening voor € 58.170 hebben gesloten en bedrijf 1 op 20 december 2006 een bedrag van € 18.000 heeft betaald aan gedaagde sub 4 in de hoofdzaak met als omschrijving 'terugbetaling lening'.

##### 8.2.

Gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak betogen dat de aandelen later alsnog zijn volgestort. Zij voeren hiertoe aan dat zij bij toetreding tot bedrijf 1 in november 2008 € 25.000 hebben betaald, dat dit bedrag aan bedrijf 1 ten goede is gekomen en dat daarmee alsnog is voldaan aan de volstortingsverplichting. Dit betoog slaagt niet. Naar de curator onbetwist stelt en uit de onder 3.4 geciteerde vaststellingsovereenkomst blijkt, betreft het bedrag van € 25.000 de koopprijs die gedaagde sub 1 in de hoofdzaak verschuldigd was voor de van gedaagde sub 3 in de hoofdzaak en gedaagde sub 5 in de hoofdzaak gekochte aandelen in bedrijf 3. Het bedrag moest volgens de vaststellingsovereenkomst aan bedrijf 3 betaald worden, niet als volstorting op enig aandeel, maar als een lening van gedaagde sub 3 in de hoofdzaak en gedaagde sub 5 in de hoofdzaak aan bedrijf 3.

Ook als het aan bedrijf 3 geleende bedrag van € 25.000 uiteindelijk ten goede is gekomen aan bedrijf 1, brengt dit nog niet met zich dat de door bedrijf 3 in bedrijf 1 gehouden aandelen alsnog werden volgestort. Volstorting is een betaling door de aandeelhouder aan de vennootschap met het oogmerk te voldoen aan haar volstortingsverplichting. Er zijn geen feiten en omstandigheden gesteld of gebleken waaruit volgt dat bedrijf 3 — of een van de overige betrokkenen — bedoeld heeft het bedrag van € 25.000 als een volstorting op de aandelen in bedrijf 1 aan te merken en niet, bijvoorbeeld, als een geldlening van bedrijf 3 aan bedrijf 1.

### 8.3.

Gelet op het voorgaande doet zich de situatie voor als bedoeld in artikel 2:180 lid 2, aanhef en onder c BW: van het bij oprichting geplaatste kapitaal is niet ten minste een vierde van het nominale bedrag gestort. Dit betekent dat de directe en (via artikel 2:11 BW) indirecte bestuurders van bedrijf 1 hoofdelijk aansprakelijk zijn met bedrijf 1 voor de verbintenissen die zijn aangegaan in de periode dat zij bestuurder waren.

Het verweer van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak dat artikel 2:11 BW alleen toegepast kan worden indien tevens is vastgesteld dat bedrijf 3 aansprakelijk is en dat een dergelijke aansprakelijkheid niet vastgesteld kan worden nu bedrijf 3 geen partij is bij deze procedure, slaagt niet. Dit betoog miskent dat voor de toepassing van artikel 2:11 BW vereist, maar ook voldoende, is dat de aansprakelijkheid van bedrijf 3 op basis van de stellingen van de curator en gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak wordt vastgesteld. Voor de vaststelling van de aansprakelijkheid van haar (middellijke) bestuurders gedaagde sub 1 in de hoofdzaak en gedaagde sub 2 in de hoofdzaak hoeft bedrijf 3 zelf geen partij te zijn bij deze procedure. Anders dan gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak betogen, blijkt uit de stellingen van de curator genoegzaam dat hij van oordeel is dat bedrijf 3 (ook) aansprakelijk is.

Het betoog van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak dat de curator alleen een beroep kan doen op artikel 2:11 BW indien de curator aantoont dat er sprake is van misbruik van rechtspersoonlijkheid, slaagt evenmin. Indien is voldaan aan de vereisten voor aansprakelijkheid van een bestuurder zoals neergelegd in — voor zover thans relevant — artikel 2:180 BW, dan functioneert artikel 2:11 BW als een 'doorgeefluik' naar de achterliggende bestuurder. Met artikel 2:11 BW wordt beoogd te voorkomen dat een bestuurder van een vennootschap aan de door de wetgever beoogde aansprakelijkheid zou kunnen ontkomen door er 'een BV tussen te zetten'. Het betoog van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak dat voor toepassing van artikel 2:11 BW vereist is dat de curator misbruik aantoont, zou in belangrijke mate afdoen aan deze bedoeling en vindt — anders dan door hen aangevoerd — geen steun in het arrest van de Hoge Raad d.d. 14 maart 2008, NJ 2008/466.

### 8.4.

De vervolgvraag is welke omvang de aansprakelijkheid van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak op grond van artikel 2:180 BW heeft. Gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak hebben aangevoerd dat tijdens de periode waarin zij (indirect) bestuurder waren van bedrijf 1 er door bedrijf 1 geen verplichtingen zijn aangegaan. Gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak voeren aan dat de vorderingen van de schuldeisers waarvoor de curator van hen betaling vordert, voortvloeien uit rechtshandelingen die de vennootschap voor 7 november 2008 had verricht. De curator heeft bij conclusie van repliek aangevoerd dat een deel van de schulden inderdaad is terug te leiden op verplichtingen van bedrijf 1 die al bestonden voor 7 november 2008, maar dat deze verplichtingen na 7 november 2008 zijn toegenomen. Gelet op deze stellingen dient de curator bij akte na tussenvonnissen een overzicht in het geding te brengen waarin hij voor ieder van de schulden waarvan hij van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak op grond van artikel 2:180 BW betaling vordert, aangeeft wat de rechtshandeling is gedurende de bestuursperiode van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak op grond waarvan hij hen aansprakelijk acht. Daarbij wordt thans reeds overwogen dat de enkele omstandigheid dat de schuld jegens een schuldeiser is toegenomen in voornoemde bestuursperiode, nog niet noodzakelijkerwijs betekent dat dit het gevolg is van een rechtshandeling in die periode (dit kan bijvoorbeeld ook het gevolg zijn van het onbetaald blijven van rente en kosten), laat staan dat de gehele schuld is terug te voeren op een dergelijke rechtshandeling. Dit geldt in het bijzonder voor de vordering van de Rabobank op bedrijf 1, zijnde € 200.000, voor welke onbetaald gebleven vordering de curator zowel gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak als gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak aanspreekt, hetgeen zonder een nadere toelichting in strijd moet worden geacht met artikel 2:180 BW nu zij niet in dezelfde periode bestuurder waren.

Nu de curator in deze procedure stelt te handelen op basis van door hem gestelde en door gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak betwiste volmachten van de schuldeisers (en niet op basis van een algemene bevoegdheid in zijn hoedanigheid als curator), dient de curator voorts in voornoemde akte aan te geven door welke schuldeisers hij is gevolmachtigd. Overgelegd zijn zeven volmachten, waarvan er twee niet overeenkomen met de schuldeisers genoemd in productie 25D (bedrijf 6). Volmachten die nog niet in het geding zijn gebracht, dienen alsnog te worden overgelegd.

## A.2. Ten aanzien van gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak

### 8.5.

Alle beslissingen over de vorderingen A en C worden ten aanzien van gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak aangehouden.

**B. De vordering op gedaagde sub 5 in de hoofdzaak tot betaling van € 17.680 (vordering D)**

**8.6.**

Nu aan gedaagde sub 5 in de hoofdzaak verstek is verleend, de vereiste formaliteiten in acht zijn genomen en de vordering D op gedaagde sub 5 in de hoofdzaak niet ongegrond of onrechtmatig voorkomt, wordt deze vordering toegewezen, te vermeerderen met de gevorderde wettelijke handelsrente vanaf 31 december 2007.

**8.7.**

Blijkens § 18 van de dagvaarding beoogt de curator tevens buitengerechtelijke incassokosten te vorderen van gedaagde sub 5 in de hoofdzaak in verband met deze vordering. Daargelaten dat de curator nalaat om een bedrag hiervoor te specificeren of in het petitum hiervoor een vordering op te nemen, is onvoldoende gesteld om te kunnen vaststellen dat de curator voor de incasso van deze vordering buitengerechtelijke incassokosten heeft gemaakt.

**C. De vordering op gedaagde sub 4 in de hoofdzaak tot betaling van € 35.000 (vordering E)**

**8.8.**

Tussen partijen staat vast dat bedrijf 1 op 20 december 2006 en 24 januari 2007 € 18.000 respectievelijk € 17.000 heeft betaald aan gedaagde sub 4 in de hoofdzaak en gedaagde sub 3 in de hoofdzaak. De curator stelt dat dit is gedaan zonder rechtsgeldige titel althans in strijd met de achterstelling. Gedaagde sub 4 in de hoofdzaak betwist dit. Hij voert aan dat gedaagde sub 3 in de hoofdzaak en hij voortdurend gelden ter beschikking gesteld hebben aan de bedrijf 1 groep onder de vermelding 'bedrijf 1 lening', zoals blijkt uit productie 20 bij dagvaarding.

**8.9.**

De rechtbank oordeelt als volgt. Vaststaat dat gedaagde sub 4 in de hoofdzaak in 2006 in totaal € 60.014,07 aan diverse bedrijf 1 vennootschappen — tot 12 december 2006: deels aan gedaagde sub 6 in de hoofdzaak — ter beschikking heeft gesteld, waarvan een zeer beperkt deel na 5 december 2006. De betalingen blijken uit productie 20 bij dagvaarding en zijn als zodanig door de curator niet gemotiveerd betwist. Vaststaat ook dat gedaagde sub 4 in de hoofdzaak en gedaagde sub 6 in de hoofdzaak, handelend namens bedrijf 1 i.o. op 5 december 2006 de onder 3.13 bedoelde overeenkomst van geldlening hebben gesloten voor een geldlening van € 58.170. Bij gebrek aan een andersluidende, onderbouwde uitleg, moet geoordeeld worden dat gedaagde sub 4 in de hoofdzaak en gedaagde sub 6 in de hoofdzaak hiermee beoogd hebben de destijds verstrekte bedragen te formaliseren als een geldlening aan bedrijf 1 op de voorwaarden van die overeenkomst. Bij gebrek aan een andersluidende, onderbouwde uitleg moet tevens geoordeeld worden dat de hier in geschil zijnde betalingen van € 18.000 en € 17.000, met als omschrijving 'terugbetaling (deel) lening' door bedrijf 1 destijds bedoeld zijn als een terugbetaling op de aldus geformaliseerde lening en dat de leningen daarmee zijn bekrachtigd. Er zijn geen feiten en omstandigheden gesteld of gebleken die er op wijzen dat de betalingen niet bedoeld zouden zijn als een terugbetaling van geleend geld en er zijn geen andere leningen (voldoende concreet) gesteld of gebleken waarop de betalingen zouden kunnen zien. Het betoog van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak dat de betalingen door bedrijf 1 op grond van artikel 6:30 BW gedaan zijn namens bedrijf 2 en bedrijf 3 slaagt niet, omdat dit strijdig is met hun eigen — en door de rechtbank gevolgde — stelling dat de aan bedrijf 2 en bedrijf 3 verstrekte leningen in de onder 3.13 bedoelde overeenkomst van geldlening zijn geformaliseerd; er was dus voor bedrijf 1 geen aanleiding namens bedrijf 2 en bedrijf 3 te betalen. Aan bewijsvoering hierover wordt daarom niet toegekomen.

**8.10.**

Kortom, de gewraakte betalingen vormen een gedeeltelijke terugbetaling van de onder 3.13 bedoelde, door bedrijf 1 bekrachtigde overeenkomst van geldlening en hadden dus een rechtsgrond. Daarmee zijn de terugbetalingen niet onverschuldigd. Of de beslissing van bedrijf 1 zich te verplichten tot terugbetaling van leningen aan andere bedrijf 1 vennootschappen zakelijk verantwoord was, is voor de vraag of er een rechtsgrond was, niet relevant. Het ontbreken van een deugdelijke basis voor het aangaan van de overeenkomst van geldlening neemt die overeenkomst en dus de rechtsgrond immers niet weg. Dat zou anders zijn indien de curator de rechtsgeldigheid van de overeenkomst van geldlening als zodanig (succesvol) had aangevochten, maar de curator heeft deze overeenkomst niet vernietigd noch daartoe strekkende vorderingen ingesteld.

Het voorgaande wordt niet anders door het feit dat de geldlening achtergesteld was. Betaling in strijd met een achterstelling maakt de terugbetaling hooguit onverplicht, niet onverschuldigd. De verplichting tot terugbetaling bestaat immers ook bij een achtergestelde geldlening, zij het dat deze verplichting — afhankelijk van de inhoud en uitleg daarvan — voorwaardelijk of afhankelijk van tijdsverloop kan zijn.

**8.11.**

Evenmin kan geoordeeld worden dat de in geschil zijnde terugbetalingen onrechtmatig zijn jegens de crediteuren van bedrijf 1 doordat is terugbetaald ondanks een achterstelling. Aflossing van een achtergestelde geldlening kan onrechtmatig zijn jegens de crediteuren ten behoeve van wie de achterstelling geldt, maar hiervoor is vereist — voor zover thans van belang — dat gedaagde sub 4 in de hoofdzaak als feitelijk beleidsbepaler van bedrijf 1 en ontvanger van de betalingen wist of behoorde te weten dat die crediteuren als gevolg van de ongeoorloofde aflossing benadeeld zouden worden. Concreet is daarvoor vereist dat gedaagde sub 4 in de hoofdzaak ten tijde van de betalingen met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kon voorzien dat bedrijf 1 niet in staat zou zijn de geselecteerde crediteuren te voldoen en dat de terugbetalingen tot benadeling van die crediteuren zou leiden. Dat dit het geval is, is door de curator niet gesteld, terwijl hij zich ook niet heeft uitgelaten over de toenmalige schuldenlast en de financiële vooruitzichten van bedrijf 1. Het betoog van de curator dat er onrechtmatig is gehandeld jegens de gezamenlijke crediteuren is daarmee onvoldoende onderbouwd.

#### 8.12.

De slotsom is dat de in geschil zijnde betalingen niet onverschuldigd waren en dat er niet onrechtmatig is gehandeld jegens de crediteuren door betaling in strijd met de achterstelling. Nu de curator geen andere gronden aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd, wordt vordering E afgewezen.

### D. De vordering tot betaling van het tekort van de boedel en tot betaling van een voorschot van € 75.000.

#### D.1. Algemeen

##### 8.13.

De curator legt aan zijn vorderingen F en G ten grondslag dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur van bedrijf 1 waarvan aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hij doet daartoe een beroep op het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW omdat de jaarrekening over het verlengde boekjaar 2006/2007 niet is gedeponneerd en omdat de administratie van bedrijf 1 niet aan de wettelijke eisen voldoet. Hij spreekt op die grond gedaagden aan voor het tekort van het faillissement: gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak en gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak omdat zij bestuurders van bedrijf 1 waren, gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak omdat deze feitelijk beleidsbepaler waren. Aldus steeds de curator.

#### D.2. De vordering ten aanzien van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak

##### 8.14.

Ook indien — op grond van artikel 2:248 lid 2 BW — geoordeeld zou moeten worden dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode waarin gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak bestuurder waren, dient de vordering van de curator op gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak afgewezen te worden. Daartoe wordt als volgt overwogen.

##### 8.15.

Gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak zijn op 7 november 2008 bestuurder van bedrijf 1 geworden en hebben op 10 februari 2009 het faillissement aangevraagd. Gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak stellen in de tussenliggende periode zich ingespannen te hebben om de onderneming alsnog levensvatbaar te maken, maar dat bedrijf 1 al in november 2008 technisch failliet was en dat het uiteindelijk niet is gelukt. De curator heeft bij conclusie van repliek hier tegenover gesteld dat hij de lezing van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak in hun conclusie van antwoord in de vrijwaringszaak I geloofwaardiger acht dan de lezing van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak, waarbij hij een aantal punten ter illustratie noemt (conclusie van repliek onder 5). Zo noemt de curator — voor zover hier relevant — dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak aangeven dat uit niets blijkt dat gedaagde sub 2 in de hoofdzaak er alles aan heeft gedaan om een faillissement te voorkomen, sterker nog, dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak aangeven dat gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak doelbewust hebben aangestuurd op een faillissement en dat zeker die eerste stelling van gedaagde sub 4 in de hoofdzaak in de visie van de curator lijkt te snijden.

##### 8.16.

De rechtbank stelt vast dat de curator zich vooral stelt achter het betoog van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak dat gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak zich niet hebben ingespannen en niet zozeer achter het betoog dat gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak bewust op een faillissement hebben aangestuurd. De curator betwist echter niet — althans niet op een voor de rechtbank inzichtelijke wijze — dat bedrijf 1 al in november 2008 technisch failliet was. Daarvan uitgaand had het op de weg van de curator gelegen om feiten en omstandigheden te stellen waaruit volgt dat een faillissement nog vermeden had kunnen worden en dat — in de periode waarin gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak bestuurder waren — het bestuur van bedrijf 1 er een (ernstig) verwijt van gemaakt kan worden dat dit niet is gelukt. Dergelijke feiten en omstandigheden heeft de curator niet gesteld: de enkele stelling dat gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak zich onvoldoende hebben ingespannen, is hiertoe onvoldoende nu de curator daarmee niet ingaat op de vermijdbaarheid van

een faillissement. In dit verband wordt nog overwogen dat de verwijzing van de curator naar de conclusie van antwoord van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak in vrijwaringszaak I te algemeen is om te gelden als een voldoende onderbouwing van de stellingen van de curator (vergelijk hetgeen hiervoor in § B.1 is overwogen).

#### 8.17.

De slotsom is dat niet aannemelijk is dat het faillissement van bedrijf 1 (in belangrijke mate) is veroorzaakt door kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode waarin gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak bestuurder waren. Aan bewijsvoering wordt niet toegekomen nu de curator geen feiten en omstandigheden heeft gesteld die, indien bewezen, tot een ander oordeel hadden kunnen leiden.

### D.3. De vordering ten aanzien van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak

#### 8.18.

De op artikel 2:248 BW gebaseerde vordering van de curator op gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak zal worden afgewezen omdat de curator — ook na gemotiveerde betwisting door gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak — onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld voor het oordeel dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak in de periode waarin bedrijf 1 kennelijk onbehoorlijk bestuurd zou zijn, feitelijk beleidsbepaler van bedrijf 1 waren. Hiertoe wordt als volgt overwogen.

#### 8.19.

Tussen de curator en gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak is niet in geschil dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak feitelijk beleidsbepaler van bedrijf 1 waren tot april 2008. Gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak stellen dat zij in april 2008 zich als zodanig hebben teruggetreden en dat zij nadien geen enkele zeggenschap meer hadden. De curator laat de mogelijkheid open dat de bestuursactiviteiten van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak in de periode april — augustus 2008 op een lager pitje stonden, maar stelt dat daarvan geen sprake meer was vanaf september 2008. De curator stelt geen concrete feiten en omstandigheden waaruit volgt dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak sinds april 2008 het beleid van bedrijf 1 (mede) zijn blijven bepalen als ware zij bestuurder, noch stelt hij voldoende concrete feiten en omstandigheden waaruit volgt dat zij dit beleid vanaf september 2008 weer zijn gaan bepalen.

#### 8.20.

Wat betreft de periode april tot en met augustus 2008 staat vast dat gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak en gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak een geëscaleerd geschil hadden en dat gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak, de formele (indirecte) bestuurders van bedrijf 1, niet meer verder wilden werken met gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak. Dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak desalniettemin toch het beleid van bedrijf 1 (mede) konden blijven bepalen — in feite: tegen de wil van de formele bestuurder gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak — behoeft dan ook een gedegen toelichting. Dit geldt te meer nu de curator zelf de mogelijkheid open laat dat 'de bestuursactiviteiten' van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak in deze periode op een laag pitje stonden. Een dergelijke toelichting ontbreekt. Dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak getracht heeft om (al dan niet gedeelde) controle over bedrijf 1 te krijgen, onder meer met een kort geding, is duidelijk, maar de curator heeft geen feiten en omstandigheden gesteld waaruit volgt dat dit gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak gelukt is. Integendeel, in de door de curator in het geding gebrachte brief d.d. 13 mei 2008 van de advocaat van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak aan de advocaat van gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak staat dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak zich op dat moment feitelijk al teruggetrokken hadden als directeur en in het onder 3.21 geciteerde besprekingsverslag van de bespreking van 29 september 2008 staat dat gedaagde sub 4 in de hoofdzaak zich vanaf april 2008 op verzoek van gedaagde sub 6 in de hoofdzaak voorlopig heeft teruggetrokken uit de dagelijkse leiding van bedrijf 1. Dat dit juist is, is door de curator niet voldoende gemotiveerd betwist.

Dat de accountant op 29 april 2008 twee facturen voor de jaarrekening 2006 had verzonden aan bedrijf 1 ter attentie van gedaagde sub 4 in de hoofdzaak, is — in samenhang met het voorgaande beschouwd — onvoldoende om aan te nemen dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak in de periode april — augustus 2008 het beleid (mede) bepaalden.

Gelet op het voorgaande staat als onvoldoende gemotiveerd betwist vast dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak weliswaar tot april 2008 feitelijk beleidsbepaler waren, maar dat zij in de periode april — augustus 2008 het beleid van bedrijf 1 niet meer bepaalden.

#### 8.21.

Duidelijk is dat gedaagde sub 4 in de hoofdzaak, gedaagde sub 6 in de hoofdzaak en gedaagde sub 2 in de hoofdzaak in de periode september — november 2008 afspraken hebben gemaakt voor de continuering van de samenwerking tussen gedaagde sub 6 in de hoofdzaak en gedaagde sub 4 in de hoofdzaak, aangevuld met gedaagde sub 2 in de hoofdzaak. Kort gezegd,

- (i) gedaagde sub 1 in de hoofdzaak zou aandelen krijgen in bedrijf 3,
- (ii) gedaagde sub 3 in de hoofdzaak en gedaagde sub 5 in de hoofdzaak zouden geld lenen aan bedrijf 3 en
- (iii) ten behoeve van het management / de directie zou een managementovereenkomst worden gesloten met gedaagde sub 1 in de hoofdzaak.

Dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak in deze periode het beleid van bedrijf 1 naar zich toe hebben weten te trekken of ten minste samen met gedaagde sub 6 in de hoofdzaak hebben bepaald — en hun terugtrekking uit april 2008 aldus ongedaan gemaakt zou zijn — is door de curator wel gesteld, maar niet voldoende onderbouwd. Dat de advocaat van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak begin september 2008 schreef dat gedaagde sub 4 in de hoofdzaak zich weer met de onderneming zou moeten gaan bemoeien, is hiervoor onvoldoende. Daarvoor is dit te zeer beperkt tot een brief uit onderhandelingen, zonder dat de curator concrete handelingen benoemt die gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak vervolgens verricht zouden hebben binnen bedrijf 1 en waaruit volgt dat zij het beleid (mede) bepaalden.

#### 8.22.

Het overleg tussen gedaagde sub 6 in de hoofdzaak, gedaagde sub 4 in de hoofdzaak en gedaagde sub 2 in de hoofdzaak heeft uiteindelijk op 7 november 2008 geleid tot de benoeming van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak als bestuurder van bedrijf 1. Er zijn geen feiten en omstandigheden gesteld of gebleken waaruit volgt (dat de nieuw benoemde bestuurder gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak toelieten) dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak nadien het beleid (mede) bepaalden. Integendeel, uit de tussen gedaagde sub 4 in de hoofdzaak en gedaagde sub 2 in de hoofdzaak gewisselde e-mails vanaf 20 december 2008 blijkt dat alle betrokkenen binnen bedrijf 1, inclusief gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak, in december 2008 wilden dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak bedrijf 1 zouden verlaten en afstand zouden doen van (het grootste deel van) hun aandelen (zie onder 3.25 e.v.). Uit die e-mails blijkt ook dat de ongewenstheid van gedaagde sub 4 in de hoofdzaak binnen bedrijf 1 ook al bestond toen gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak werd aangezocht en benoemd als bestuurder. Dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak desalniettemin na 7 november 2008 het beleid van bedrijf 1 mede zouden hebben bepaald, behoeft dan ook meer toelichting dan de curator heeft gegeven.

In dit verband wordt nog als volgt overwogen. Gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak hebben sinds eind december 2008 tamelijk hardhandig aangestuurd op het vertrek van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak als aandeelhouder zonder dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak (binnen afzienbare termijn) zouden worden ontslagen uit de door hen afgegeven borgtocht jegens de Rabobank. Dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak in die periode nog het beleid van bedrijf 1 zouden hebben bepaald, is strijdig met de inhoud van de e-mails uit die periode. Zo is duidelijk dat gedaagde sub 2 in de hoofdzaak in januari en februari 2009 in belangrijke mate zijn zin doordrukte voor wat betreft de contacten met de Rabobank over de continuering van de financiering ondanks de pogingen van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak (en hun advocaat) om die contacten te sturen in de door hen gewenste richting, te weten een voorzichtige koers teneinde niet aangesproken te worden onder de borgtocht (zie hiervoor onder 3.37 e.v.). Op het — voor bedrijf 1 begin 2009 cruciale — punt van overleg met de bank is duidelijk dat gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak en niet gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak het beleid verregaand bepaalden. Dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak zelf ook contact hadden in januari en februari 2009 met de Rabobank maakt dit niet anders. Het gaat er immers om wie het beleid van bedrijf 1 bepaalt.

Verder blijkt uit dezelfde correspondentie dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak geen controle hadden op de onderhandelingen over de Broadcast deal, een ander destijds voor bedrijf 1 zeer belangrijk punt. Zij hadden hiervoor immers informatie nodig van gedaagde sub 2 in de hoofdzaak.

Voor zover gesteld of gebleken geschiedde verder de faillissementsaanvraag buiten gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak om. Weliswaar schermde gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak al sinds december 2008 met een mogelijk faillissement- om zo druk uit te oefenen op gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak die als borg dan waarschijnlijk zouden worden aangesproken door de Rabobank — maar gesteld noch gebleken is dat gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak op enig moment voor 17 februari 2012 hebben meegedeeld aan gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak dat de aanvraag werd c.q. was gedaan (vergelijk de onder 3.42 e.v. weergegeven correspondentie).

Gesteld noch gebleken is verder dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak op andere gebieden, zoals de acquisitie van klanten, de ontwikkeling van nieuwe producten, de aansturing van leveranciers e.d. het beleid van bedrijf 1 mede bepaalden.

Dat de accountant van bedrijf 1 bij brief d.d. 27 november 2008 de conceptjaarrekening over 2007 aan bedrijf 1 t.a.v. Gedaagde sub 4 in de hoofdzaak heeft gezonden met het verzoek om een reactie, is tegen deze achtergrond onvoldoende om te oordelen dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak in deze periode het beleid bepaalden. Gesteld noch gebleken is immers dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak deze brief niet alleen hebben ontvangen, maar ook dat zij de accountant in deze periode (november — december 2008) aanstuurden. Dat gedaagde sub 3 en 4 in de

hoofdzaak in december 2008 nog in de positie waren om dit te doen, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen over de verhouding gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak — gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak bepaald een nadere toelichting en die ontbreekt.

#### **8.23.**

Vastgesteld wordt verder dat de verwijten die de curator maakt aangaande het bestuur van bedrijf 1 in hoofdzaak betrekking hebben op de laatste maanden voor het faillissement. Gesteld noch gebleken is dat er in de periode tot april 2008, de periode waarin gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak nog feitelijk beleidsbepaler waren, sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur van bedrijf 1. De enkele omstandigheid dat in de boekhouding van bedrijf 1 ten onrechte was vermeld dat de aandelen ad € 18.000 waren volgestort, is hiervoor onvoldoende. Daarvoor is dit van onvoldoende gewicht.

#### **8.24.**

De slotsom is dat de curator zijn stelling dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak feitelijk beleidsbepaler waren op enig moment waarop bedrijf 1 kennelijk onbehoorlijk werd bestuurd, gelet op de gemotiveerde en onderbouwde betwisting door gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak, onvoldoende heeft onderbouwd. Aan bewijsvoering wordt daarom niet toegekomen en de vorderingen F en G worden ten aanzien van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak afgewezen.

### **D.4. De vordering ten aanzien van gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak**

#### **8.25.**

Nu aan gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak verstek is verleend, de vereiste formaliteiten in acht zijn genomen en deze vordering op gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak niet ongegrond of onrechtmatig voorkomt, wordt deze vordering toegewezen.

### **D.5. Beroep van de curator op artikel 2:9 en 6:162 BW**

#### **8.26.**

De curator legt aan zijn beroep op de artikelen 2:9 en 6:162 BW hetzelfde ten grondslag als aan zijn beroep op artikel 2:248 BW: de boekhouding is niet bijgehouden en de jaarrekening is niet gepubliceerd. Het beroep van de curator op deze wetsartikelen behoeft geen behandeling nu de curator niet voldoende onderbouwd heeft gesteld welke schade bedrijf 1 en/of haar crediteuren hebben geleden doordat de boekhouding niet in orde was en dat de jaarrekening over 2007 niet gedeponneerd is.

### **E. Overige beslissingen**

#### **8.27.**

Alle overige beslissingen in de hoofdzaak worden aangehouden.

## **9. De beoordeling in de vrijwaringszaak I**

### **A. Inleiding**

#### **9.1.**

Gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak vorderen van gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak en gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak vrijwaring tegen de vorderingen van de curator in de hoofdzaak. Gelet op hetgeen hiervoor in de hoofdzaak is overwogen, behoeft alleen de gevorderde vrijwaring in verband met de (in omvang nog vast te stellen) aansprakelijkheid van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak uit hoofde van artikel 2:180 lid 2 BW beoordeeld te worden.

### **B. De vordering op gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak**

#### **9.2.**

Gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak leggen in hun dagvaarding aan hun vordering tot vrijwaring ten grondslag dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak jegens hen toerekenbaar tekortgeschoten zijn dan wel dat zij jegens hen onrechtmatig hebben gehandeld. Bij repliek hebben gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak aangevoerd dat de onrechtmatigheid daarin schuilt dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak zich ten onrechte verschuilen achter hun juridische positie als niet-bestuurder. Gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak stellen in dit verband dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak bij de oprichting van bedrijf 1 waren betrokken en zij — via bedrijf 3 — aandelen hebben verkregen zonder daarvoor te hebben betaald. Als juridische eigenaren van de aandelen in bedrijf 1 rust op hen de plicht alsnog de nominale waarde daarvan te voldoen en dienen gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak op grond van artikel 2:199 BW gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak te vrijwaren. Bovendien waren gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak feitelijk beleidsbepaler van bedrijf 1 en dat behoort ook meegewogen te worden. Aldus steeds gedaagde sub 1 en 2 in de

hoofdzaak

### 9.3.

Vooropgesteld wordt dat de aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 2:180 lid 2 BW rust op de statutaire bestuurder van bedrijf 1, bedrijf 3, en op grond van artikel 2:11 BW tevens — voor de hun aangaande periodes — op gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak en gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak als de (directe en indirecte) bestuurders van bedrijf 3. Nu de wetgever in artikel 2:180 lid 2 BW, anders dan in artikel 2:248 lid 7 BW, feitelijk beleidsbepalers niet gelijk heeft gesteld aan statutaire bestuurders, is uitgangspunt dat de (vergaande) aansprakelijkheid van artikel 2:180 lid 2 BW niet op feitelijk beleidsbepalers rust.

### 9.4.

Tegen deze achtergrond wordt als volgt geoordeeld. Het betoog van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak toerekenbaar tekortgeschoten zijn, is niet onderbouwd en door gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak betwist. Voor zover bedoeld is dat er een contractuele of wettelijke verplichting zou bestaan voor gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak jegens gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak als nieuwe bestuurders om ervoor te zorgen dat de aandelen waren volgestort, slaagt dit niet. Een afspraak van die strekking is gesteld noch gebleken. Een wettelijke verplichting tot volstorting bestaat uiteraard wel, maar die ziet op de relatie tussen de aandeelhouder en de vennootschap en niet op de relatie tussen de (indirecte) aandeelhouder en bestuurders.

### 9.5.

Wat betreft de gestelde onrechtmatigheid geldt het volgende. Gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak voeren bij conclusie van repliek aan dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak, die ten tijde van de oprichting van bedrijf 1 feitelijk beleidsbepaler waren, de niet-volgestorte aandelen hebben verkregen zonder daarvoor te betalen. De rechtbank begrijpt dit aldus dat gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak stellen dat dit onrechtmatig is jegens gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak als latere bestuurders van bedrijf 1. Dit betoog slaagt niet. De enkele omstandigheid dat aandelen niet zijn volgestort, brengt niet zonder meer een aansprakelijkheid met zich van indirecte aandeelhouders en feitelijk beleidsbepalers jegens toekomstige bestuurders. Wel kan onder omstandigheden op degenen die bij de oprichting zijn betrokken een waarschuwingplicht rusten jegens later benoemde bestuurders. Echter, gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak [stellen onbetwist] dat gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak vanaf het moment van aantreden wisten dat de aandelen in bedrijf 1 niet waren volgestort. Een waarschuwing was dan ook niet meer aan de orde. Dat gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak van oordeel zijn dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak ten onrechte zich niet hebben teruggetrokken uit bedrijf 1 toen dit — volgens gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak — in december 2008 en daarna nodig bleek, dat zij aanspraak hebben gemaakt op te hoge (management)vergoedingen en dat er onduidelijkheid bestond over leningen van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak aan bedrijf 1, maakt evenmin dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak gehouden zijn tot vrijwaring tegen de vordering in verband met de volstorting van de aandelen. Daarvoor bestaat er inhoudelijk onvoldoende verband tussen deze verwijten en de aansprakelijkheid als bestuurder ex artikel 2:180 BW voor verplichtingen die voortvloeien uit rechtshandelingen in de periode waarin gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak bestuurder waren.

### 9.6.

Hetgeen gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak overigens hebben aangevoerd, slaagt evenmin. Het beroep van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak op de artikelen 2:191 en 2:199 BW berust op een verkeerde lezing van die artikelen. Deze artikelen zien op de aansprakelijkheid van voormalige en nieuwe aandeelhouder[s] tot volstorting van de nominale waarde van de aandelen. Daargelaten dat gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak geen voormalige en gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak geen huidige aandeelhouders zijn van de niet-volgestorte aandelen in bedrijf 1, worden gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak door de curator niet aangesproken tot volstorting van de aandelen maar uit hoofde van hun aansprakelijkheid onder artikel 2:180 lid 2 BW. Het beroep van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak op artikel 2:191a BW kan de rechtbank niet plaatsen en leidt in ieder geval niet tot een ander oordeel. De vordering tot vrijwaring wordt daarom afgewezen.

## C. De vordering op gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak

### 9.7.

De vordering op gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak tot vrijwaring in verband met de vordering A-C van de curator zal eveneens worden afgewezen nu in de inleidende dagvaarding niet onderbouwd is aangegeven welke handelingen van gedaagde sub 5 en 6 in de hoofdzaak aangaande de volstorting van de aandelen zouden kwalificeren als een toerekenbare tekortkoming of als onrechtmatig handelen jegens gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak

## D. Slotsom

**9.8.**

De vorderingen van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak in vrijwaringszaak I zullen worden afgewezen, met veroordeling van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak in de proceskosten.

**10. De beoordeling in de vrijwaringszaak II****10.1.**

Nu in de hoofdzaak is geoordeeld dat alle vorderingen van de curator op gedaagde sub 4 in de hoofdzaak zullen worden afgewezen, zullen de vorderingen in vrijwaringszaak II eveneens worden afgewezen met veroordeling van gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak in de proceskosten.

**11. Het verdere procesverloop in alle zaken****11.1.**

In de hoofdzaak zullen de curator en gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak in de gelegenheid worden gestelde de onder 8.4 bedoelde akten te nemen. De rechtbank zal daarna nader ingaan op de omvang van de aansprakelijkheid van gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak onder artikel 2:180 lid 2 BW. Daarbij is het voornemen van de rechtbank om waar mogelijk alle beslissingen hierover in de onderhavige procedure te nemen en niet, of slechts ten dele, hiervoor te verwijzen naar de schadestaat.

**11.2.**

De vorderingen in beide vrijwaringszaken zullen worden afgewezen met veroordeling van de respectieve eisers in de proceskosten. De rechtbank neemt de hiertoe strekkende beslissingen thans nog niet op in het dictum van dit vonnis en zal te zijner tijd in alle zaken gelijktijdig eindvonnis wijzen zodat in een eventueel hoger beroep alle zaken gelijktijdig behandeld kunnen worden.

**11.3.**

Alle overige beslissingen worden aangehouden.

**12. De beslissing**

De rechtbank  
in de hoofdzaak

- a. verwijst de zaak naar de rol van woensdag 19 oktober 2011 voor het nemen van de onder 8.4 bedoelde akten, voor het eerst aan de zijde van de curator, waarna gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak (en niet gedaagde sub 3 en 4 in de hoofdzaak) een antwoordakte kunnen nemen;

in alle zaken

- b. houdt alle overige beslissingen aan.