

RO 2014/18: Commissarissen aansprakelijkheid. Is de raad van commissarissen aansprakelijk voor onbehoorlijk toezicht op naleving van de boekhoudverp...

Instantie:	Rechtbank Noord-Nederland	Datum:	4 december 2013
Magistraten:	Mrs. J.A. Werkema, S.B. van Baalen, M.R. Gans	Zaaknr:	C/17/89217 / HA ZA 08-396
Conclusie:	-	Roepnaam:	-
Noot:	-		
Brondocumenten: ECLI:NL:RBNNE:2013:7528, Uitspraak, Rechtbank Noord-Nederland, 04-12-2013			

Wetgeving: Art. 2:10, 2:248 BW

Brondocument: Rb. Noord-Nederland, 04-12-2013, nr C/17/89217 / HA ZA 08-396

Essentie

[Naar boven](#)

Commissarissen aansprakelijkheid. Bestuurders aansprakelijkheid

Is de raad van commissarissen aansprakelijk voor onbehoorlijk toezicht op naleving van de boekhoudverplichting door het bestuur?

Samenvatting

[Naar boven](#)

In een tussenvonnis van 11 augustus 2010 had de rechtbank een deskundigenbericht gelast om te kunnen beoordelen in hoeverre Betelgeuze aan de boekhoudplicht (art. 2:10 BW) had voldaan. De deskundige heeft vastgesteld dat een deugdelijke onderhanden werk administratie ontbreekt, waardoor tijdig inzicht in de omvang, samenstelling en ontwikkeling van het onderhanden werk ontbrak. Voorts ontbraken gedetailleerde voor- en nacalculaties en verschillenanalyses, die noodzakelijk zijn voor een onderneming als Betelgeuze. De deskundige concludeerde dat hij geen volwaardige liquiditeitsprognose heeft gezien en dat geen begrotingen zijn aangetroffen. Voorts heeft de deskundige vastgesteld dat er geen adequaat risico inventarisatie en beheersingssysteem voorhanden was.

Rb: Bij de beoordeling van het bepaalde in art. 2:10 BW moet rekening worden gehouden met de aard en opzet, alsmede organisatie van de onderneming van de rechtspersoon en haar werkzaamheden. Voor commissarissen geldt dat zij zullen moeten toezien op de nakoming van die verplichtingen door het bestuur. De commissarissen zullen zich dienen te laten inlichten, het bestuur te adviseren en zo nodig dienen zij in te grijpen. Naar het oordeel van de rechtbank zijn de conclusies van de deskundige onvoldoende weersproken zodat de rechtbank van oordeel is dat de administratie van Betelgeuze niet voldeed aan de daaraan te stellen eisen. Er is sprake van onbehoorlijk bestuur nu niet aan de verplichtingen van art. 2:10 BW is voldaan.

Het structureel ontbreken van relevante informatie valt ook de raad van commissarissen aan te rekenen; het houden van toezicht was zonder deze informatie niet goed mogelijk. De raad van commissarissen is tekort geschoten in zijn toezicht op de naleving van de boekhoudplicht.

Bestuurders en commissarissen zijn aansprakelijk voor het tekort van de boedel.

Zie ook

[Naar boven](#)

Zie ook:

- HR 28 juni 1996, *NJ* 1997/58 (*Bodam Jachtservice*).
- Hof 's-Gravenhage 26 april 2005, *JOR* 2005/171 (*Berntsen/Lampe*);
- Rb. 's-Hertogenbosch 9 november 2011, *RC* 2012/12 (*Vialle*);
- Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *RC* 2013/65 (*Landis*);

- Rb. Utrecht 12 december 2007, *RC 2008/13 (Ceteco)*.

Wenk

Naar boven

Wenk:

Deze uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland gaat over bestuurders- en commissarissen aansprakelijkheid. Deze wenk beperkt zich tot de aansprakelijkheid van commissarissen en het toezicht dat zij dienen te houden op naleving van de boekhoudplicht.

De rechtbank heeft in r.o. 2.16 de algemene lijnen beschreven die de Hoge Raad in het *Bodam Jachtservice*-arrest over aansprakelijkheid van commissarissen heeft uitgezet. Voorop staat dat commissarissen niet zelf gehouden zijn tot naleving van de verplichtingen uit art. 2:10 BW. Commissarissen dienen zich te laten inlichten, het bestuur te adviseren en zo nodig dienen zij in te grijpen. Er kan pas sprake zijn van aansprakelijkheid van commissarissen als sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid. Indien dat laatste is vastgesteld, is aansprakelijkheid van commissarissen nog geen gegeven. Daarvoor is meer vereist, aangezien de primaire verantwoordelijkheid voor een onderneming bij het bestuur ligt. Commissarissen behoeven pas in te grijpen als zij over aanwijzingen beschikken dat er zaken niet goed gaan.

Het is opvallend dat de rechtbank geen specifieke aandacht aan de bewijslastverdeling heeft besteed. In *Bodam Jachtservice* heeft de Hoge Raad voor "een geval als de onderhavige" een verzwaarde stelplicht voor de commissarissen aangenomen. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan de bedoelde specifieke verplichtingen, is het aan de commissarissen voldoende feitelijke gegevens te verstrekken ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de curator, teneinde deze aanknopingspunten te verschaffen voor eventuele bewijslevering. Het was in deze zaak kennelijk niet nodig de curator middels de verzwaarde stelplicht de helpende hand te bieden; de rechtbank heeft de vordering immers zonder aanvullende input van de commissarissen toegewezen.

Tot zover de juridische uitgangspunten. In r.o. 2.32 e.v. heeft de rechtbank geoordeeld dat de raad van commissarissen is tekort geschoten in haar toezicht op naleving van de boekhoudplicht door het bestuur. Kort en goed is het ontbreken van essentiële en adequate (financiële) informatie de commissarissen fataal geworden. De jurisprudentie vereist, zoals hiervoor aangestipt, dat commissarissen dienen in te grijpen als zij aanwijzingen hebben dat er zaken niet goed gingen; welke aanwijzingen de commissarissen van Betelgeuze hadden, wordt niet beschreven in dit vonnis. Dat de taak van de commissarissen een wezenlijk andere is dan de taak van het bestuur komt in het vonnis evenmin (expliciet) naar voren.

Het lijkt er op neer te komen dat het ontbreken van allerhande informatie een aanwijzing had moeten zijn voor de commissarissen dat zaken niet goed gingen. Dit betekent dat de raad van commissarissen zelf had moeten inzien dat de door het bestuur verstrekte informatie onvoldoende en/of gebrekkig was. Hiermee geeft de rechtbank impliciet aan dat tenminste één lid van de raad van commissarissen over voldoende financiële kennis van een onderneming als Betelgeuze had dienen te beschikken. Zonder dergelijke specifieke kennis is het immers niet (goed) mogelijk te onderkennen welke informatie ontbreekt in de rapportages die worden verstrekt. Dit ligt in het verlengde van de toets die de rechtbank in de *Ceteco*-zaak had aangelegd; daar werd overwogen dat wat als een behoorlijk commissaris moet worden beschouwd, mede afhangt van de bekwaamheid die gezien aard en doel van de betreffende onderneming van de commissarissen mag worden verwacht.

Kennelijk (zo blijkt uit het deskundigenrapport) vroeg een onderneming als Betelgeuze om een commissaris met specifieke financiële kennis. Het was plezierig geweest als de rechtbank aandacht had besteed aan de vereiste kwalificaties van de raad van commissarissen. De beoordeling van de rechtbank had meer voorts concreter kunnen beschrijven dat en waarom de commissarissen in actie hadden moeten komen.

Een andere beoordeling was namelijk ook denkbaar geweest. De rechtbank heeft in deze uitspraak niet of nauwelijks naar voren gebracht dat de taak van commissarissen een wezenlijk andere is dan die van bestuurders. De commissarissen houden toezicht, moeten zich behoorlijk door het bestuur laten inlichten (maar zijn voor de kwaliteit van die inlichtingen verregaand afhankelijk van dat bestuur), moet het bestuur adviseren en zo nodig ingrijpen (zie bijv. r.o. 4.3 van de *Vialle*-zaak, *RC 2012/12*). Zo heeft de rechtbank in de *Vialle*-zaak voorts overwogen dat het niet de taak is van de commissarissen om de door de directie aangeleverde informatie en rapportage aan een audit te onderwerpen. Daarvoor heeft de vennootschap een accountant. Waarom het oordeel in onderhavige zaak anders uitpakt, had (steviger) gemotiveerd kunnen worden. Het onderscheid tussen de rol van het bestuur en de commissarissen is onvoldoende uitgediept.

Betekent het vorenstaande dat dit vonnis niet juist is? Vanzelfsprekend hangt één en ander af van de concrete

feiten en het gevoerde verweer; aangezien het tussenvonnissen en de processtukken niet beschikbaar zijn, is er geen volledig beeld van de zaak.

Het is overigens opvallend dat in dit vonnis de rol van de accountant niet aan de orde is gekomen. In de meeste procedures over de boekhoudplicht wordt geschermd met de goedkeurende verklaring c.q. het contact met de accountant.

Partij(en)

Naar boven

Mr. A.J.H. Geense, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Betelgeuze B.V. te Leeuwarden, wonende te Aldtsjerk, eiser, adv. mr. C. Grondsma,

tegen

1. A, gedaagde,
2. B, gedaagde, gedaagden 1 en 2, adv. mr. P.P.A. van Rossum,
3. C, gedaagde,
4. D, gedaagde,
5. E, gedaagde, gedaagden 3, 4 en 5, adv. mr. R.S. van der Spek.

Bewerkte uitspraak

Uitspraak

Naar boven

Rechtbank locatie Leeuwarden:

(...)

2. De verdere beoordeling

- 2.1. De rechtbank neemt over al hetgeen zij heeft overwogen en beslist in haar tussenvonnissen van 11 augustus 2010. In dat tussenvonnissen heeft de rechtbank - kort gezegd - een deskundigenbericht gelast om te kunnen beoordelen in hoeverre Betelgeuze aan de administratieplicht als bedoeld in artikel 2:10 BW heeft voldaan. Als deskundige is benoemd mr. drs. B.M. Prins RA. Hij heeft, nadat partijen in de gelegenheid zijn gesteld op zijn conceptrapport te reageren, op 8 oktober 2012 zijn definitieve rapport opgemaakt. Partijen hebben vervolgens geconcludeerd na deskundigenbericht. De deskundige komt voor zover hier relevant tot de volgende - samengevatte - bevindingen en conclusies.

De conclusies van de deskundige

- 2.2. Waar het gaat om de aard van de onderneming Betelgeuze en de administratie die daarbij hoort heeft de deskundige het volgende geconcludeerd. Betelgeuze betrof een stukproductiebedrijf met unieke opdrachten zodat gedetailleerde voor- en nacalculatie met betrekking tot de afzonderlijke projecten noodzakelijk is, alsmede continue bewaking van de voortgang van de projecten (p. 21 en 25). Het eigen vermogen van Betelgeuze bestond voornamelijk uit netto werkkapitaal (minimaal 80%). Inzicht op basis van de administratie betekent derhalve met name inzicht in de omvang en samenstelling van het netto werkkapitaal (p. 17). Over dat netto werkkapitaal, waarvan de deskundige vaststelt dat het in 2005 negatief is, merkt de deskundige op (p. 18): *'Uit bovenstaande tabel blijkt dat het netto werkkapitaal in de periode 2002-2005 voornamelijk bestaat uit de posten onderhanden werk, debiteuren, vooruit ontvangen op bestelling en crediteuren. Gedurende de periode 2002 — 2005 neemt de relatieve omvang van de posten debiteuren en crediteuren af en de omvang van de posten onderhanden werk en vooruit ontvangen op bestelling toe. Kon in 2002 inzicht in het netto werkkapitaal (en daarmee de vermogenspositie van Betelgeuze) vooral verkregen worden door (de juiste) informatie uit de debiteuren- en crediteurenadministratie, vanaf 2003 is het belang van een goed functionerende onderhanden werk projectadministratie in combinatie met inzicht in de post vooruit ontvangen op bestelling essentieel om het juiste inzicht te verkrijgen in de vermogenspositie van de onderneming.'*

- 2.3. De deskundige concludeert dat niet gebleken is van geïntegreerde debiteuren- en crediteurenlijsten (p. 14 en 15), waardoor op voorhand geen verband kan worden gelegd tussen individuele debiteurenposities en debiteuren op een bepaald moment. Hetzelfde geldt voor de crediteuren.
- 2.4. Waar het gaat om voor- en nacalculaties en tussentijdse verschillenanalyses met betrekking tot de projecten concludeert de deskundige dat:
- (definitieve) nacalculaties ontbreken
 - verschillenanalyses ontbreken (p. 24)
 - er geen eenduidige format is van de voor- en nacalculaties die er wel waren (p. 25)
- In de elektronische dossiers heeft de deskundige niet aangetroffen:
- a) begrotingen
 - b) contracten
 - c) definitieve voorcalculaties
 - d) tussentijdse nacalculaties en verschillenanalyses
 - e) definitieve nacalculaties en verschillenanalyses
- 2.5. De deskundige stelt voorts vast dat niet gebleken is van adequate liquiditeitsprognoses (p. 13 en p. 15). Voor zover ze er wel zijn, zijn ze onvolledig. Het merendeel van de projecten is niet op projectniveau opgenomen (p. 16), een toelichting ontbreekt en de horizon verschilt per post. De deskundige concludeert dat hij geen volwaardige liquiditeitsprognose heeft gezien.
- 2.6. Zoals hiervoor weergegeven, heeft de deskundige in de elektronische dossiers geen begrotingen aangetroffen. Voor zover begrotingen wel (fysiek) aanwezig zijn, wijken deze volgens hem af van de jaarrekening (p. 16), en kasstromen wegens investeringen en uit financieringen ontbreken. Over de wel aanwezige begrotingen (producties 26, 27 en 28 CvA) die door de deskundige onderzocht zijn concludeert hij allereerst dat er geen toelichtingen zitten bij de begrotingen, hoewel die er volgens het bestuur wel zouden moeten zijn ten behoeve van de raad van commissarissen (p. 39). Voorts constateert hij dat:
- de gerealiseerde omzet significant groter is dan begroot;
 - de absolute kosten van de grondstoffen hoger worden, maar lager als percentage van de omzet;
 - uitbesteed werk en externe kosten aanzienlijk groter zijn dan begroot;
 - in de begrotingen geen voorzieningen voor garanties en debiteuren zijn getroffen;
 - de behaalde resultaten beperkte invloed hebben op de begroting voor het volgende jaar;
 - er geen analyse bijzit van onderhanden werk en bestaande orders en te verwachten orders.
- 2.7. Ten aanzien van het extracomptabel bijhouden van het onderhanden werk door het bestuur van Betelgeuze merkt de deskundige op dat een dergelijke methode voor een onderneming als Betelgeuze als zodanig aanvaardbaar is. De deskundige heeft echter geen zogenaamde audit trail kunnen vaststellen, hetgeen volgens de deskundige wel noodzakelijk is voor het extracomptabel bijhouden van het onderhanden werk (p. 32).
- 2.8. De deskundige concludeert dat niet gebleken is van een onderhanden werk administratie waaruit een volledig en juist beeld van het onderhanden werk gedurende het jaar naar voren kwam (p.19). Hij stelt vast dat hem niet gebleken is van documenten in de digitale administratie waaruit blijkt dat er overleg is geweest met de projectleiders over het onderhanden werk en dat hij geen onderbouwing heeft gezien of gekregen (ook niet achteraf) van het onderhanden werk (p. 34). Een reconstructie van het onderhanden werk is niet (meer) mogelijk nu alle onderbouwing ontbreekt (ook voor journaalposten en correcties achteraf op onderhanden werk). Een gestructureerde samenhang en aansluiting tussen de verschillende bronnen lijkt volgens de deskundige voorts te ontbreken en substantiële bedragen kunnen (achteraf) niet onderbouwd worden (p. 19).
- Op het jaareinde vonden omvangrijke mutaties plaats in het onderhanden werk. Deze mutaties ten aanzien van het onderhanden werk zijn volgens de deskundige van grote invloed geweest op de winst- verliesrekening (p. 37). Dergelijke mutaties zijn bovendien een signaal volgens de

deskundige dat tijdig inzicht in de omvang, samenstelling en ontwikkeling van het onderhanden werk ontbreekt. En daarmee ontbreekt volgens de deskundige voor een substantieel deel het inzicht in de vermogenspositie van Betelgeuze. Een onderhanden werk administratie is van cruciaal belang ook in het kader van interne risicobeheersing (p. 21 en 22), aldus de deskundige.

- 2.9. De deskundige constateert dat hem niet is gebleken dat stelselmatig kwartaalrapportages werden opgemaakt. Ten aanzien van de wel aanwezige kwartaalrapportages concludeert de deskundige dat zij geen inzicht geven in:
- de dalende liquiditeit
 - de afnemende standen debiteuren
 - het afnemende onderhanden werk.
- 2.10. Verder constateert de deskundige dat de omzet zich volgens de rapportages ontwikkelt in lijn met de prognoses (p. 45). Prijsstijgingen komen echter niet voor in de kwartaalrapportages en uit nacalculaties blijkt niet dat sprake is geweest van prijsstijgingen. Verder zijn personeelskosten van invloed op de resultaten en claims zijn ook van invloed op resultaten.
- 2.11. De deskundige stelt vast dat niet gebleken is van documentatie waarin heersende procedures en administraties (diepgaand) zijn beschreven. Het ISO certificaat waarover Betelgeuze beschikte zag volgens hem niet op risico inventarisatie- en beheersingssystemen. Bovendien waren er, zo merkt de deskundige nog op, kennelijk ook twijfels over dat systeem binnen Betelgeuze zelf (zie p. 23 en productie 23 CvA).
Er zijn voorts geen managementrapportages bekend (p. 23), geen periodieke verbandcontroles (p. 24), terwijl er gebreken zijn in de aansluiting tussen grootboek en subadministraties. Er zijn voorts geen audit trails en er is niet gebleken van vastlegging van voortgangscontroles. De deskundige concludeert dat niet gebleken is van een adequaat risicoinventarisatie en beheersingssysteem (p. 24). Dat een dergelijk systeem niet bestond wordt volgens de deskundige geïllustreerd door de twee ontdekkingen in februari 2006 en voorjaar 2006, waaruit bleek dat men niet wist hoe de onderneming draaide (zie ook hieronder).
- 2.12. Over de verliezen merkt de deskundige op dat de kosten over 2005 wel geboekt waren in de grootboekadministratie, maar niet zijn meegenomen in de resultatenoverzichten van de eerste drie kwartalen. Gedacht werd dat de resultaten licht positief waren, in feite waren ze negatief (p. 40). Er waren volgens de deskundige bovendien bij Betelgeuze in 2004 en 2005 al signalen dat er verlies geleden werd, althans indien, zoals bestuurders de deskundige hebben geïnformeerd, Betelgeuze elk kwartaal de stand van het onderhanden werk bepaalde ten behoeve van de kwartaalrapportages en met enig regelmaat liquiditeitsprognoses met een horizon van twee maanden opstelde op basis van verwachte bankstanden, crediteuren en debiteuren posities. In 2004 namen de debiteuren niet toe, terwijl de post onderhanden werk afnam en de bankstand niet toenam. In 2005 nam het onderhanden werk af, de debiteurenstand nam af, en de bankstand werd negatief. Hij concludeert dat als er elk kwartaal onderhanden werk rapportages en 2 maands liquiditeitsprognoses waren, deze trends onderwerp van gesprek hadden moeten zijn geweest (p. 43).

De standpunten van partijen en de beoordeling van het deskundigenbericht

- 2.13. De curator heeft - kort gezegd - in zijn conclusie na deskundigenbericht de bevindingen van de deskundige onderschreven en komt tot de conclusie dat de boekhoudplicht is geschonden en dat sprake is van onbehoorlijk bestuur. De bestuurders betwisten - samengevat - een aantal van de bevindingen van de deskundige en concluderen dat voor zover er gebreken zijn, deze onvoldoende zijn om op basis daarvan tot schending van de boekhoudplicht te komen. De commissarissen betwisten - kort gezegd - eveneens een aantal van de bevindingen van de deskundige. Zij concluderen dat geen sprake is van schending van de boekhoudplicht en wijzen er op dat zij als raad voldoende toezicht hebben gehouden voor zover al sprake was van schending van de boekhoudplicht. Overigens constateert de rechtbank dat de raad van commissarissen in zijn conclusie na deskundigenbericht kennelijk steeds verwijst naar (randnummers uit) de conceptrapportage van de deskundige. De rechtbank zal waar nodig

evenwel verwijzen naar de definitieve rapportage.

De persoon van de deskundige en zijn taak

2.14. Voor zover de commissarissen bezwaar uiten tegen het feit dat niet de door de rechtbank in overweging 4.7. van voornoemd tussenvonnis genoemde deskundige drs. Van den Belt, maar mr. drs. Prins als rechtbankdeskundige het deskundigenrapport heeft opgesteld, overweegt de rechtbank als volgt. De rechtbank constateert dat in het dictum van voornoemd vonnis mr. drs. Prins als deskundige is benoemd, zodat - hoewel sprake is van discrepantie tussen de voorgenomen persoon van de deskundige in de rechtsoverwegingen van het vonnis en de uiteindelijk in het dictum van het vonnis benoemde deskundige - hij de door de rechtbank benoemde deskundige is en niet drs. Van den Belt. Overigens heeft geen der partijen (en derhalve ook de commissarissen niet) in een eerder stadium bezwaar gemaakt tegen de persoon mr. drs. Prins. Nu door de commissarissen voorts niet gesteld is dat mr. drs. Prins niet, of onvoldoende, deskundig zou zijn en de rechtbank daarvan evenmin is gebleken, zal de rechtbank aan de bezwaren van de commissarissen ten aanzien van de persoon van de deskundige voorbij gaan.

De verplichtingen uit artikel 2:10 BW

2.15. De rechtbank stelt bij haar beoordeling en in aanvulling van haar eerdere vonnis het volgende voorop. In artikel 2:10 BW is bepaald dat het bestuur van een rechtspersoon verplicht is van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende haar werkzaamheden, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. Dat de administratie van een rechtspersoon moet worden gevoerd "naar de eisen die voortvloeien uit de werkzaamheden van die rechtspersoon", brengt mee dat de inrichting van de administratie niet voor iedere rechtspersoon aan dezelfde eisen zal hoeven te voldoen. Die eisen hangen mede af van de aard en opzet, alsmede de organisatie van de onderneming van de rechtspersoon en haar werkzaamheden. Daarbij gaat het erom dat het bestuur op verantwoorde wijze beslissingen kan nemen op basis van betrouwbare informatie over de financiële positie van de vennootschap en dat uit die informatie, ook voor een faillissementscurator, een eenduidig en getrouw beeld volgt van de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon (vgl. Hof Leeuwarden 3 april 2012, *LJN* BW0725). Anders dan bestuurders en commissarissen betogen met een beroep op HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713, is aan deze administratieplicht niet steeds voldaan indien snel inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en deze posities en de stand van de liquiditeiten een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie. Immers, een en ander hangt - blijkens dit arrest van Hoge Raad - af van de aard en omvang van de onderneming. Bovendien, zo blijkt ook uit voornoemd arrest, is een en ander verweven met de specifieke feiten en omstandigheden van het geval.

2.16. Waar het gaat om de verplichtingen die in dit verband rusten op de raad van commissarissen geldt dat zij niet zelf gehouden zijn tot naleving van de verplichtingen inzake artikel 2:10 BW, echter zij zullen moeten toezien op de nakoming van die verplichtingen door het bestuur. Zij dienen zich te laten inlichten, het bestuur te adviseren en zo nodig dienen zij in te grijpen (HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 58). Daarbij mag de raad van commissarissen in beginsel afgaan op de door het bestuur verstrekte informatie en mag hij in beginsel uitgaan van de volledigheid en de juistheid van de door het bestuur verstrekte informatie. Indien de raad van commissarissen echter over aanwijzingen beschikt op grond waarvan aan de volledigheid of juistheid van die informatie moet worden getwijfeld, dan houdt een behoorlijke taakvervulling van de raad van commissarissen in dat hij de door het bestuur verstrekte informatie toetst, bijvoorbeeld door nadere vragen te stellen. Bovendien geldt dat wanneer de raad van commissarissen over aanwijzingen beschikt dat de informatie onvolledig of onjuist is, een behoorlijke taakvervulling tevens inhoudt dat de raad zelf (nadere) juiste informatie inwint.

De administratie

- 2.17. Het deskundigenbericht is in algemene zin naar het oordeel van de rechtbank tot stand gekomen - waar mogelijk - na grondig onderzoek, het is deugdelijk gemotiveerd en - waar mogelijk - met stukken onderbouwd, innerlijk consistent en concludent. De rechtbank zal deze conclusies en bevindingen dan ook gebruiken als uitgangspunt voor haar verdere beoordeling. De rechtbank zal de specifieke bezwaren tegen de bevindingen en conclusies van de deskundige - voor zover voor de beoordeling relevant - per deelonderwerp beoordelen.
- 2.18. Aangezien bij de beoordeling van het bepaalde in artikel 2:10 BW rekening moet worden gehouden met de aard en opzet, alsmede de organisatie van de onderneming van de rechtspersoon en haar werkzaamheden, was het naar het oordeel van de rechtbank, gelet op voormelde aard en opzet alsmede de organisatie van de onderneming van Betelgeuze en haar werkzaamheden, van doorslaggevend belang dat de onderneming beschikte over gedetailleerde voor- en nacalculaties met betrekking tot de afzonderlijke projecten (en verschillenanalyses), alsmede dat de voortgang van de projecten continu bewaakt werd en er een goed functionerende onderhanden werk projectadministratie voorhanden was, om te voldoen aan de eisen van artikel 2:10 BW. In zoverre kan het verweer van de commissarissen en bestuurders dat reeds voldaan is aan de eisen van artikel 2:10 BW, als redelijk inzicht verschaft wordt in de crediteuren- en debiteurenpositie en de stand van de liquiditeiten niet slagen. Het voorgaande betekent voorts dat, anders dan de raad van commissarissen betoogt, de deskundige in algemene zin niet gebonden is aan de juridische invulling van de boekhoudplicht uit artikel 2:10 BW, reeds omdat het juridische oordeel daarover aan de rechtbank is overgelaten. Bovendien moet de deskundige de nodige ruimte worden gelaten in zijn onderzoek en beoordeling, juist ook nu het antwoord op de vraag of aan de boekhoudplicht is voldaan onder meer afhankelijk is van de aard, opzet, alsmede de organisatie van de onderneming.
- 2.19. Waar het gaat om de aanwezige administratie ten aanzien van het onderhanden werk geldt dat, hoewel het extracomptabel administreren van het onderhanden werk zoals door Betelgeuze gehanteerd als zodanig aanvaardbaar was, de deskundige geen audit trail heeft kunnen vaststellen, hetgeen volgens de deskundige wel noodzakelijk is bij het extracomptabel bijhouden van het onderhanden werk. De deskundige heeft aan de hand van de memo's waarnaar bestuurders nog verwijzen, daarin geen balans aangetroffen met onderhanden werk. Bovendien is de deskundige niet gebleken van overleg met de projectleiders over het onderhanden werk, is van geen enkele onderbouwing gebleken van het onderhanden werk en is een reconstructie van het onderhanden werk volgens hem niet (meer) mogelijk omdat alle onderbouwing ontbreekt (ook voor journaalposten en correcties achteraf op onderhanden werk). Een gestructureerde samenhang en aansluiting tussen de verschillende bronnen lijkt voorts te ontbreken en substantiële bedragen kunnen (achteraf) niet onderbouwd worden. Op basis van deze conclusies stelt de rechtbank in navolging van de deskundige dan ook vast dat een deugdelijke onderhanden werk administratie ontbreekt. Bovendien stelt de rechtbank in navolging van de deskundige vast dat op het jaareinde omvangrijke mutaties plaatsvonden in het onderhanden werk, welke mutaties volgens de deskundige van grote invloed zijn geweest op de winst- en verliesrekening. Dergelijke mutaties zijn voorts een signaal volgens de deskundige dat tijdig inzicht in de omvang, samenstelling en ontwikkeling van het onderhanden werk ontbreekt. Daarmee ontbreekt volgens de deskundige voor een substantieel deel het inzicht in de vermogenspositie van Betelgeuze. Daarbij merkt de rechtbank op dat het bestuur de deskundige ook niet heeft kunnen uitleggen hoe de feitelijke gang van zaken in zijn werk ging bij Betelgeuze met betrekking tot het administreren van het onderhanden werk (nrs. 150 en 151). Bestuurders kunnen ter zake niet volstaan met het verweer dat reconstructie niet (meer) mogelijk is nu de fysieke stukken ontbreken. De deskundige heeft gevraagd naar de systematiek van de boekingen als zodanig, waarop het bestuur - zo constateert de rechtbank - geen nadere toelichting heeft gegeven, zodat zij hun verweer - dat wel degelijk een deugdelijke onderhanden werk administratie werd gevoerd - niet nader hebben onderbouwd door uitleg te geven over de wijze waarop deze werd gevoerd.

- 2.20. Ook gedetailleerde voor- en nacalculaties en verschillenanalyses die, zoals hiervoor geconstateerd, noodzakelijk zijn voor een onderneming als Betelgeuze, ontbreken volgens de deskundige op basis van de door hem beoordeelde stukken en digitale administratie. Voor zover nog wel stukken aanwezig zijn voldoen deze volgens de deskundige niet aan de criteria, met name nu daarin geen (verschillen)analyse is aangetroffen die verklaart waarom nacalculatorische kosten afwijken van de voorcalculatorische kosten. De rechtbank verwerpt het verweer van de raad van commissarissen dat de conclusies van de deskundige niet gedragen kunnen worden door zijn bevindingen. De deskundige constateert immers dat hij geen verschillenanalyses heeft aangetroffen in de door hem beoordeelde projecten, hetgeen volgens de deskundige wel van cruciaal belang is. Waar de raad van commissarissen nog stelt dat de deskundige zijn stelling dat het voor een bedrijf als Betelgeuze noodzakelijk is om over voor- en nacalculaties beschikt niet onderbouwd heeft, verwerpt de rechtbank ook dat verweer gelet op de uitgebreide onderbouwing door de deskundige ter zake (p. 25, nrs. 93 t/m 97).
- 2.21. Bovendien concludeert deskundige dat hij geen volwaardige liquiditeitsprognose heeft gezien en dat in de elektronische dossiers geen begrotingen zijn aangetroffen. Voor zover begrotingen wel (fysiek) aanwezig zijn, wijken deze af van de jaarrekening, en kasstromen wegens investeringen en uit financieringen ontbreken. Voorts constateert de deskundige dat de begrotingen meerdere discrepanties en onvolkomenheden bevatten. De deskundige constateert ook dat hem niet is gebleken dat stelselmatig kwartaalrapportages werden opgemaakt. Ten aanzien van de wel aanwezige kwartaalrapportages concludeert de deskundige dat zij geen inzicht geven in de dalende liquiditeit, de afnemende standen debiteuren en het afnemende onderhanden werk. Voorts constateert de deskundige dat, vanwege een administratieve fout, in 2005 verliezen wel in de grootboekadministratie werden geboekt, maar niet werden meegenomen in de resultatenoverzichten van de eerste drie kwartalen. Gedacht werd dat de resultaten licht positief waren, in feite waren ze negatief.
- 2.22. Tegen voormelde conclusies hebben bestuurders (anders dan het verweer dat deze gegevens zich in de projectadministratie bevonden, zie daarover hieronder), geen specifiek verweer gericht. Voor zover de raad van commissarissen nog aanvoert dat de deskundige de toelichtingen op de begrotingen niet heeft willen opvragen en daar - zo leest de rechtbank de stelling - ten onrechte geen rekening mee heeft gehouden, verwerpt de rechtbank deze stelling. Partijen is in het tussenvonnissen opgedragen de volledige administratie aan de deskundige te overhandigen. Anders dan de stelling dat de fysieke projectadministratie niet ter hand is gesteld aan de deskundige, heeft de raad van commissarissen - ook niet naar aanleiding van het conceptrapport van de deskundige - niet gesteld dat de deskundige delen van de administratie niet zou hebben gekregen, noch is de rechtbank gebleken dat de deskundige (bewust) geen stukken zou hebben opgevraagd.

Fysieke projectadministratie(s)

- 2.23. Het meest substantiële verweer van bestuurders en commissarissen is dat zij stellen dat een deugdelijke onderhanden werk administratie en deugdelijke voor- en nacalculaties (inclusief verschillenanalyses) wel degelijk voor handen waren, maar dat deze zich bevonden in de fysieke administratie per project. Deze projectadministraties zijn niet langer voorhanden hetgeen te wijten is aan de curator, aldus bestuurders en commissarissen. De curator erkent dat de fysieke projectadministraties niet langer voorhanden zijn, maar betwist dat hem daarvan een verwijt gemaakt kan worden en betwist overigens dat voormelde gegevens voorkwamen in de projectadministratie.
- 2.24. De rechtbank oordeelt daarover als volgt. Met bestuurders en commissarissen is de rechtbank van oordeel dat op de curator de stelplicht en bewijslast rust dat sprake is van schending van de boekhoudplicht als bedoeld in artikel 2:10 BW. Hij zal moeten stellen - en bij betwisting moeten bewijzen - dat informatie in de administratie ontbreekt of niet juist is en dat daardoor niet langer te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. Een dergelijke administratie mag in beginsel zowel in fysieke als in digitale vorm gevoerd worden zolang maar aan voormelde eis is voldaan. Vast staat dat de fysieke projectadministratie niet

langer voorhanden is nu de curator deze - in het kader van een overname - aan de overnemende partij ter hand heeft gesteld en deze nadien kennelijk in het ongereede is geraakt. Voor zover bestuurders en commissarissen derhalve het verweer hebben gevoerd dat de informatie wel aanwezig was in de fysieke projectmappen, dient beoordeeld te worden of de curator zijn stellingen ter zake voldoende (nader) heeft onderbouwd en, indien dat het geval is, of deze nadere onderbouwing vervolgens door de bestuurders en commissarissen weer voldoende gemotiveerd heeft betwist.

- 2.25. De rechtbank is van oordeel dat de curator zijn stellingen voldoende heeft onderbouwd en dat die nadere onderbouwing vervolgens door de bestuurders en commissarissen onvoldoende is betwist, waarbij de rechtbank mede acht slaat op de bevindingen van de deskundige. Daarmee moet als vaststaand aangenomen worden dat de door bestuurders en commissarissen gestelde informatie niet in de fysieke projectadministratie aanwezig was. Daartoe is het volgende redengevend. De deskundige heeft - onbetwist - geconcludeerd dat in de in de digitale administratie geen verwijzingen zijn opgenomen naar de fysieke projectadministratie (p. 34). Bovendien hebben bestuurders in hun notitie waarin zij beschrijven hoe de administratie van Betelgeuze werd gevoerd, nergens melding gemaakt van (het belang van) de fysieke projectadministratie.

Dergelijke verwijzingen hadden naar het oordeel van de rechtbank wel voor hand gelegen als slechts in die projectmappen essentiële stukken voorkwamen die niet in de digitale administratie zitten. Dienaangaande geeft de deskundige aan dat hij op basis van die notitie verwachtte in de digitale administratie begrotingen, contracten, definitieve voorcalculaties, tussentijdse nacalculaties en verschillenanalyses en definitieve nacalculaties en verschillenanalyses aan te treffen, hetgeen - onbetwist - niet het geval is. Voorts is de rechtbank met de deskundige van oordeel dat als het bestuur elk kwartaal de stand van het onderhanden werk bepaalde ten behoeve van de kwartaalrapportages en met enige regelmaat liquiditeitsprognoses met een horizon van twee maanden opstelde op basis van verwachte bankstanden, crediteuren en debiteuren posities, de gesignaleerde trends (afname onderhanden werk, afname debiteurensaldo, geen structurele toename bankstand) in de loop van 2004 onderwerp van discussie moeten zijn geweest (p. 42 en 43), waarvan - onbetwist - niet is gebleken.

- 2.26. De wel aanwezige gegevens duiden er evenmin op dat zich in de fysieke projectadministraties stukken bevinden zoals door de raad van commissarissen en bestuurders gesteld. Integendeel, zou immers daadwerkelijk sprake zijn geweest van een adequate onderhanden werk administratie in de fysieke projectmappen, dan valt daarmee naar het oordeel van de rechtbank niet te rijmen dat jaarlijks omvangrijke - en volgens de deskundige ook achteraf niet nader te reconstrueren - mutaties plaatsvonden aan het einde van elk boekjaar ten aanzien van het onderhanden werk. In dat verband valt evenmin te rijmen dat als er deugdelijke voor- en nacalculaties voorhanden waren geweest, de begroting op nieuwe projecten niet werd aangepast naar aanleiding van de behaalde resultaten. Tot slot merkt de rechtbank op dat, zoals zij hiervoor ook reeds heeft overwogen, het bestuur de deskundige ook niet heeft kunnen uitleggen hoe de feitelijke gang van zaken in zijn werk ging bij Betelgeuze met betrekking tot de wijze waarop zij zaken als het onderhanden werk en voor- en nacalculaties e.d. verwerkte. De deskundige heeft gevraagd naar de systematiek van de boekingen in de administratie als zodanig, waarop het bestuur - zo constateert de rechtbank - geen nadere toelichting heeft gegeven, zodat zij hun verweer - dat wel degelijk een deugdelijke administratie werd gevoerd maar dat deze niet meer voorhanden is - niet nader hebben onderbouwd door uitleg te geven over de wijze waarop deze feitelijk werd gevoerd.

Risico inventarisatie en beheersingssysteem

- 2.27. De deskundige stelt eveneens vast dat niet gebleken is van een adequaat risico inventarisatie en beheersingssysteem. Er is niet gebleken van documentatie waarin heersende procedures en administraties (diepgaand) zijn beschreven. Er zijn voorts geen managementrapportages bekend, geen periodieke verbandscontroles, terwijl er gebreken zijn geconstateerd in de aansluiting tussen grootboek en subadministraties. En zijn geen audit trails aangetroffen, noch is

gebleken van vastlegging van voortgangscontroles.

- 2.28. Waar bestuurders nog stellen dat er wel degelijk risico inventarisatie en beheersingssystemen waren, kan de rechtbank die stelling niet rijmen met het gegeven dat het verstrekte ISO certificaat geen betrekking had op deze systemen, noch met de twijfel omtrent deze systemen bij Betelgeuze zelf zoals blijkend uit productie 23 zoals door de bestuurders overgelegd en productie 3 zoals door de curator overgelegd. Overigens valt die stelling naar het oordeel van de rechtbank evenmin te rijmen met het feit dat door een administratieve fout - die de bestuurders en de raad als zodanig erkennen - de directie kennelijk pas in februari 2006 ontdekte dat kosten in 2005 wel geboekt waren op specifieke grootboekrekeningen maar niet in de uitdraai van kosten- c.q. resultaten overzichten waren meegenomen en derhalve niet verwerkt waren in kwartaalrapportages over de eerste drie kwartalen van 2005, noch met de onverklaarbare mutaties in het onderhanden werk (p. 24). Gelet daarop gaat de rechtbank aan dat verweer voorbij.
- 2.29. Waar commissarissen zich op het standpunt stellen dat de deskundige een onjuiste maatstaf (te streng) hanteert ten aanzien van een risico inventarisatie en beheersingssysteem en dat Betelgeuze wel degelijk over een adequaat risico inventarisatie en beheersingssysteem beschikte, oordeelt de rechtbank als volgt. De deskundige heeft zijn conclusies ter zake gemotiveerd en onderbouwd en heeft aangegeven wat hij - als deskundige - noodzakelijk acht voor een onderneming als Betelgeuze (onder nr. 78, p. 21), waarbij hij gelet heeft op de specifieke situatie van de onderneming Betelgeuze. Hij heeft zich daarbij niet slechts beperkt tot één specifiek risico- en beheersingssysteem, maar, gelet op het bovenstaande tevens geconcludeerd dat bij Betelgeuze ook overigens geen instrumenten of procedures gehanteerd werden die zicht gaven op risico's van de onderneming en/of het beheersen ervan. Voorts heeft hij aangegeven dat het gevolg van het gebrek aan dergelijke instrumenten en procedures ook gebleken is in de praktijk nu het bestuur en de raad van commissarissen pas in februari 2006 ontdekten dat zij gedurende driekwart jaar van het boekjaar 2005 ten onrechte in de veronderstelling verkeerden dat Betelgeuze winst maakte in plaats van verlies. Tot slot kan de rechtbank - zoals hiervoor reeds ten aanzien van de bestuurders overwogen- deze stelling van de raad van commissarissen niet rijmen met de twijfel omtrent deze systemen bij Betelgeuze zelf zoals blijkend uit productie 23 zoals door de bestuurders overgelegd en productie 3 zoals door de curator overgelegd, noch met de onverklaarbare mutaties in het onderhanden werk (p. 24). Gelet daarop gaat de rechtbank aan het verweer van de raad van commissarissen voorbij.

Onbehoorlijk bestuur

- 2.30. Voormelde conclusies van de deskundige worden door de bestuurders en de commissarissen naar het oordeel van de rechtbank voor het overige niet, althans onvoldoende, weersproken, zodat de rechtbank van oordeel is dat de administratie van Betelgeuze niet voldeed aan de daaraan te stellen eisen op grond van artikel 2:10 BW.
- 2.31. Gelet op deze bevindingen die in samenhang moeten worden gezien, waarbij in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement op vrijwel alle cruciale onderdelen van de administratie informatie ontbreekt of ondeugdelijk is, had het bestuur van Betelgeuze naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende inzicht in de vermogenspositie van de vennootschap, terwijl bovendien als gevolg van deze gebreken onder meer (niet onderbouwde mutaties) in het onderhanden werk achteraf nodig waren die grote gevolgen hadden voor de resultaten van de onderneming, alsmede risico's en verliezen niet, of niet tijdig, zijn onderkend. Zou bijvoorbeeld sprake zijn geweest van het adequaat bijhouden van een onderhanden werk administratie en voor- en nacalculaties (met een verschillenanalyse), dan waren (veel eerder) discrepanties zichtbaar geworden tussen de prognoses en de werkelijke resultaten. Voorts valt naar het oordeel van de rechtbank - als daadwerkelijk een deugdelijke administratie was gevoerd, inclusief een deugdelijke onderhanden werk administratie, voor en nacalculaties en verschillenanalyse en een risico inventarisaties en - beheersingssysteem, hetgeen dus niet is gebleken, niet te verklaren hoe pas in februari 2006 aan het licht kwam dat gedurende driekwart jaar over het boekjaar 2005 verlies werd geleden, terwijl het bestuur en de raad van commissarissen dachten

dat er sprake was van een positief resultaat. Geoordeeld dient te worden dat het bestuur van Betelgeuze niet op verantwoordelijke wijze beslissingen kon nemen op basis van de aanwezige administratie, nu de daarin opgenomen financiële informatie omtrent de vennootschap grotendeels ontbrak dan wel onbetrouwbaar was. Gelet daarop - waarbij de rechtbank de verschillende onderdelen van de gevoerde administratie in samenhang heeft beschouwd - bood de administratie geen redelijk inzicht in de vermogenspositie van Betelgeuze. Daarmee staat naar het oordeel van de rechtbank vast dat sprake is van onbehoorlijk bestuur nu niet aan de verplichtingen uit artikel 2:10 BW is voldaan.

Onvoldoende toezicht

- 2.32. Ten aanzien van de raad van commissarissen overweegt de rechtbank als volgt. Van een raad van commissarissen mag verwacht worden dat hij op de hoogte is van de aard en opzet, alsmede de organisatie van de onderneming Betelgeuze. Dat betekent dat de raad van commissarissen geacht moet worden doordrongen te zijn van het belang van de voor Betelgeuze - gelet op haar aard en organisatie - doorslaggevende informatie en het belang van deugdelijke risico inventarisatie en beheersingssystemen. Zoals de rechtbank hiervoor heeft overwogen, mag de raad van commissarissen daarbij in beginsel afgaan op de juistheid van de informatie zoals verstrekt door het bestuur, tenzij er aanwijzingen zijn dat deze informatie niet juist of onvolledig is. De toezichthoudende taak van de raad van commissarissen brengt in een dergelijk geval mee dat de raad zich zelfstandig nader laat informeren. Daartoe staan de raad ook wettelijke bevoegdheden ter hand. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de raad van commissarissen zich in de gegeven omstandigheden onvoldoende adequaat laten informeren en heeft zij onvoldoende zelfstandig informatie ingewonnen omtrent de toestand van de onderneming. Zoals de rechtbank hiervoor heeft vastgesteld bood de administratie van Betelgeuze geen redelijk inzicht in haar vermogenspositie. Zo is niet gebleken dat stelselmatig kwartaalrapportages werden opgemaakt ten behoeve van de raad van commissarissen, terwijl de wel aanwezige kwartaalrapportages geen inzicht geven in de dalende liquiditeit, de afnemende standen debiteuren en het afnemende onderhanden werk. Bovendien ontbreken deugdelijke liquiditeitsprognoses en begrotingen. Voorts vonden er jaarlijks onverklaarbare en omvangrijke mutaties in de jaarrekening plaats ten aanzien van het onderhanden werk, welke mutaties van grote invloed zijn geweest op de winst- en verliesrekening. Bovendien wijken de begrotingen Betelgeuze af van de jaarrekening, ontbreken kasstromen wegens investeringen en uit financieringen en zaten er geen toelichtingen bij de begrotingen.
- 2.33. Het structureel ontbreken van voor deze onderneming doorslaggevende informatie valt ook de raad van commissarissen aan te rekenen. Weliswaar was de raad van commissarissen niet zelf verantwoordelijk voor het samenstellen en voeren van een deugdelijke administratie als zodanig, echter het houden van voldoende toezicht op een onderneming zoals Betelgeuze waarbij dergelijke doorslaggevende informatie ontbreekt, is naar het oordeel van de rechtbank niet (goed) mogelijk. Daarmee ontbrak het de raad van commissarissen aan essentiële en adequate informatie en instrumenten op basis waarvan hij zijn toezichthoudende functie in de gegeven omstandigheden naar behoren had kunnen uitvoeren. Immers, had de raad van commissarissen zich wel elk kwartaal door de bestuurders laten informeren door middel van adequate kwartaalrapportages (met daarin de stand van het onderhanden werk) en had hij wel met enige regelmaat liquiditeitsprognoses aangeleverd gekregen door het bestuur op basis van verwachte bankstanden, crediteuren en debiteuren posities, dan zou in de loop van 2004 de gesignaleerde trends (afname onderhanden werk, afname debiteurensaldo, geen structurele toename bankstand) volgens de deskundige onderwerp van discussie moeten zijn geweest. Daarvan is noch blijktens de notulen van de raadsvergaderingen, noch anderszins gebleken. Bovendien ontbrak een adequaat risico inventarisatie en -beheersingssysteem zodat risico's ook op die manier niet, althans niet tijdig, door de raad van commissarissen onderkend zijn. Het gebrek aan essentiële informatie en toezichthoudende instrumenten bij de raad van commissarissen heeft er naar het oordeel van de rechtbank dan ook mede toe geleid dat de administratieve fout op basis waarvan de raad van commissarissen gedurende driekwart van het boekjaar 2005 in de

veronderstelling verkeerde dat Betelgeuze winst maakte, terwijl in feite verlies geleden werd, pas in februari 2006 ontdekt werd. Voorts is de rechtbank niet gebleken dat de raad van commissarissen zich zelfstandig alsnog tijdig en adequaat heeft laten informeren. Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat de raad van commissarissen haar toezichthoudende taak zodanig onzorgvuldig heeft vervuld, dat sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling op grond van artikel 2:259 BW.

- 2.34. De rechtbank is op grond van het voorgaande van oordeel dat de bestuurders in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement tekort zijn geschoten in de naleving van hun boekhoudplicht en dat de commissarissen gedurende die termijn tekort zijn geschoten in hun toezicht op de naleving daarvan. Daarmee wordt onweerlegbaar vermoed dat de bestuurders en commissarissen hun taak onbehoorlijk hebben vervuld en wordt - weerlegbaar - vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement (artikel 2:248 lid 2 j. 2:259 BW). Dit vermoeden kan worden weerlegd wanneer de bestuurders en commissarissen aannemelijk weten te maken dat andere feiten of omstandigheden dan hun onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.
- 2.35. Ter weerlegging van het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is, hebben de bestuurders en de commissarissen zich op een viertal - in hun visie - belangrijke oorzaken van het faillissement van Betelgeuze beroepen, te weten:
1. stijgende grondstofprijzen
 2. dalende verkoopprijzen
 3. stijgende loonkosten
 4. een drietal incidenten
 - a. diefstal van roestvrijstaal ter waarde van € 70.000
 - b. de afkoop van claim van een klant in Canada van € 50.000 terzake een gebroken as
 - c. de kosten (schadevergoeding) van het project Wismar van € 300.000
- 2.36. De rechtbank stelt vast dat uit het deskundigenrapport niet blijkt dat het faillissement is veroorzaakt door van buiten komende oorzaken ondanks dat daartoe gerichte vragen zijn gesteld. De rechtbank oordeelt daartoe als volgt.
- 2.37. Wat betreft de stijgende grondstofprijzen en de dalende verkoopprijzen is de deskundige gevraagd:
- *"Blijkt uit de administratie van Betelgeuze dat de prijzen van voor Betelgeuze relevante grondstoffen zijn gestegen in de periode 2003 tot en met 2005 (indien en voor zover de prijzen in de betreffende periode zijn gestegen?"*
 - *"Blijkt uit de administratie van Betelgeuze dat in de periode 2003 tot en met 2005 sprake is geweest van dalende verkoopprijzen en zo ja, in welk marktsegment en in welke omvang?"*

De deskundige heeft deze vragen ontkennend beantwoord vanwege het ontbreken van de daarvoor relevante stukken in de (fysieke en digitale) projectadministratie. Met hun stelling dat het niet aan hen te wijten is dat die stukken ontbreken, miskennen de bestuurders en commissarissen dat het op hun weg ligt om voldoende aannemelijk te maken dat het faillissement is veroorzaakt door van buiten komende oorzaken.

- 2.38. De deskundige heeft de vraag *"Blijkt uit de administratie van Betelgeuze dat in de periode 2004 tot en met 2005 sprake is geweest van stijgende loonkosten en zo ja in hoeverre hebben die doorgewerkt in de resultaten van de onderneming?"* bevestigend beantwoord. De stijgende loonkosten waarover de deskundige heeft gerapporteerd vormen evenwel geen van buiten komende oorzaak van het faillissement. De deskundige heeft in zijn rapport namelijk vermeld:
- dat de salarisstijging van de vaste salarissen van medewerkers van metaalbewerkingsbedrijven volgens het principe akkoord tussen werkgevers en werknemers inzake arbeidsvoorwaarden metaal en techniek van 25 maart 2004 per 1 februari 2004 2,5% bedroeg en per 1 februari 2005 2,2%, en:
 - dat het totaal van de personeelskosten in 2004 met 12% ten opzichte van 2003 is gestegen

terwijl de omzet in 2004 met 3% is gestegen en dat het totaal van de personeelskosten in 2005 met 19% is gestegen, terwijl sprake was van een omzetzdaling van 32%.

Uit het deskundigenrapport volgt dat de stijging van de loonkosten niet kan worden verklaard vanuit externe omstandigheden. Bestuurders en commissarissen wordt verweten dat zij hebben nagelaten het intreden van de stijging van loonkosten te voorkomen. Het lag gelet daarop op de weg van bestuurders en commissarissen om feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig aannemelijk te maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Bestuurders en commissarissen hebben die feiten en omstandigheden niet gesteld.

- 2.39. Blijft over de vraag of de drie vermelde incidenten belangrijke oorzaken van het faillissement van Betelgeuze zijn geweest. De deskundige maakt in zijn rapport melding van de incidenten; de rechtbank stelt echter met de bestuurders en commissarissen vast dat de deskundige geen duidelijk antwoord geeft op de hem gestelde vraag "*In hoeverre voldeed de voorziening die Betelgeuze had getroffen voor incidentele lasten aan de eisen die gelden voor een onderneming als de onderhavige*". Dit baat evenwel de bestuurders en commissarissen niet.. Op basis van het deskundigenrapport kan namelijk niet worden vastgesteld dat de incidenten belangrijke oorzaken van het faillissement van Betelgeuze zijn geweest. Bovendien blijkt uit het rapport van de deskundige dat onttrekkingen uit de voorzieningen hebben plaatsgevonden die hij niet kan plaatsen.
- 2.40. Gelet op voorgaande bevindingen van de deskundige, de door de curator aangevoerde stellingen op dit punt en het ontbreken van een nadere onderbouwing aan de zijde van bestuurders en commissarissen is de rechtbank van oordeel dat de bestuurders en commissarissen onvoldoende feiten en/of omstandigheden hebben aangevoerd om het vermoeden te ontzenuwen dat hun onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De bestuurders en commissarissen hebben daarmee niet voldaan aan de op hen rustende stelplicht ten aanzien van het hen (eventueel) bevrijdende feit dat een andere belangrijke oorzaak aan het faillissement van Betelgeuze BV ten grondslag ligt. De rechtbank komt derhalve niet toe aan bewijslevering, dat wil zeggen het toelaten tot tegenbewijs tegen het hiervoor onder 2.34 vermelde weerlegbare vermoeden.
- 2.41. De rechtbank is dan ook van oordeel dat de onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurders en commissarissen een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Daarmee zijn zij in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort in de boedel in het faillissement van Betelgeuze BV.
- 2.42. De commissarissen voeren voorts nog tot hun verweer aan dat slechts een gedeelte van het boedeltekort op hen kan worden verhaald vanwege eigen schuld van de curator. De commissarissen verwijten de curator dat hij is overgegaan tot een onbezonnen verkoop van activa uit de boedel omdat de curator activa tegen liquidatiewaarde aan Tetra Pak Tebel BV, een belangrijke afnemer van Betelgeuze BV, heeft verkocht. De commissarissen stellen dat de betreffende goederen tegen hogere waarden hadden kunnen worden verkocht wanneer de curator de commissarissen zou hebben betrokken bij die verkoop, omdat zij zich ook andere gegadigden hadden kunnen voorstellen en omdat zij de markt kenden.
- 2.43. De rechtbank verwierpt dit door de commissarissen gevoerde verweer nu zij hun stellingen op dit punt onvoldoende -met stukken- hebben onderbouwd, hetgeen wel van hen had mogen worden verwacht. De enkele stelling dat de curator voor de activa uit de boedel (veel) meer geld had kunnen ontvangen dan hij heeft gedaan is naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende. Op basis hiervan kan dan ook niet worden geoordeeld dat sprake is van eigen schuld van de curator. Daar komt bij dat de curator, voor zover hij bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, krachtens vaste rechtspraak in beginsel een ruime mate van vrijheid toekomt. Hij dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend. Hetzelfde geldt voor de wijze waarop hij rekening houdt met andere bij het beheer en de afwikkeling van de boedel betrokken belangen en voor de wijze waarop hij bij dat beheer of die afwikkeling uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen tegen elkaar afweegt. Bij het te gelde maken van het actief van de boedel, waarop de verwijten van de commissarissen zien, komt de

faillissementscurator ook deze vrijheid toe (HR10 februari 2012, *JOR* 2012, 65).

- 2.44. De vordering van de curator onder 1 zal dan ook worden toegewezen; de rechtbank zal de bestuurders en commissarissen hoofdelijk veroordelen tot betaling van het tekort in de boedel in het faillissement van Betelgeuze BV. Omdat niet vaststaat hoe groot dit tekort is, zal de rechtbank de zaak zoals gevorderd verwijzen naar de schadestaatprocedure.
- 2.45. De curator vordert ten tweede de bestuurders en commissarissen hoofdelijk te veroordelen tot betaling van een voorschot op de schade van € 800.000,00. Ter gelegenheid van de pleidooien heeft de curator aangevoerd dat het tekort in de boedel op dat moment een bedrag van € 1.974.000,00 betrof. De bestuurders en de commissarissen hebben dit niet weersproken.
- 2.46. De commissarissen hebben op de voet van de artikelen 2:259 j. 2:248 lid 4 BW een beroep gedaan op matiging van het bedrag waarvoor zij aansprakelijk kunnen worden gehouden. Als gronden voor matiging noemen de commissarissen de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling, externe oorzaken, de bezoldiging van € 4.500,00 per jaar en de omstandigheid dat zij niet zijn verzekerd. De commissarissen werpen daarbij nog de vraag op of de curator wel prudent met de boedel is omgegaan.
- 2.47. De vraag of er grond aanwezig is voor matiging is afhankelijk van een aantal factoren, te weten de hoogte van het bedrag waarvoor aansprakelijkheid bestaat, de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling, de wijze van afwikkeling van het faillissement en de periode dat de commissarissen als zodanig in functie zijn geweest gedurende de tijd dat de onbehoorlijke taakvervulling heeft plaatsgevonden. Deze factoren dienen niet op zichzelf, maar in onderlinge samenhang te worden beschouwd, waarbij de eventuele bovenmatigheid van het schadebedrag het criterium is. Om te kunnen beoordelen of het schadebedrag bovenmatig is, zal eerst de hoogte ervan in de schadestaatprocedure moeten worden vastgesteld. Zolang dit niet gebeurd is kan de rechtbank zich over de door de commissarissen aangevoerde gronden voor matiging geen finaal oordeel vormen. Het ligt dan ook voor de hand dat in de schadestaatprocedure nadere gronden voor matiging worden aangevoerd, opdat de rechtbank dan, tegen de achtergrond van het alsdan vast te stellen bedrag van het deficit, kan beoordelen of er op de voet van artikel (2:259 j.) 2:248 lid 4 BW redenen zijn om het vast te stellen schadebedrag te verminderen.
- 2.48. De rechtbank vindt aanleiding om bij de toewijzing van een voorschot ten aanzien van een deel van het gevorderde aanleiding om een veilige marge aan te houden, mede gelet op het beroep van de commissarissen op matiging waarover in de schadestaatprocedure moet worden beslist. De rechtbank neemt daarbij in aanmerking dat de aansprakelijkheid van de commissarissen als toezichthouders in beginsel minder ver gaat dan de aansprakelijkheid van de bestuurders, die zelf rechtstreeks verantwoordelijk zijn voor hun bedrijfsvoering. Het valt niet uit te sluiten dat de intensiteit en de omvang van het kennelijk onbehoorlijk toezicht, ook al is het dan een belangrijke oorzaak geweest van het faillissement, niet voldoende is om de commissarissen in hun persoonlijk vermogen aansprakelijk te houden voor een - gezien de intensiteit en omvang van hun betrokkenheid - onevenredig groot bedrag.
- 2.49. De rechtbank vindt aanleiding om bij de toewijzing van een voorschot ten aanzien van een deel van het gevorderde ook wat betreft de bestuurders - ook nu in een eventuele schadestaatprocedure het uiteindelijke tekort in de boedel nog zal moeten worden vastgesteld - een veilige marge aan te houden dan door de curator is gevorderd.
- 2.50. In verband met het voorgaande zullen de bestuurders en commissarissen hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van voorschot van € 100.000,00, zodat indien en voor zover de één betaalt de andere bestuurders en commissarissen zullen zijn bevrijd, en zullen de bestuurders daarnaast nog hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van een voorschot van € 400.000,00. Voor het overige door de bestuurders en de commissarissen verschuldigde zal op de voet van (artikel 2:259 j.) artikel 2:248 lid 5 BW worden verwezen naar de schadestaatprocedure.
- 2.51. De bestuurders en de commissarissen worden als de (grotendeels) in het ongelijk te stellen partij veroordeeld in de proceskosten. De proceskosten aan de zijde van de curator worden

vastgesteld op een bedrag van € 89.509,65, zijnde € 73.496,61 aan deskundigenkosten, € 4.784,00 aan griffierecht, € 229,04 aan dagvaardingskosten en € 11.000,00 aan salaris advocaat (5,5 punt x tarief VI).

3. De beslissing

De rechtbank:

- 3.1. veroordeelt de bestuurders en de commissarissen hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt de anderen zullen zijn bevrijd, om aan de curator te betalen -een deel van- het bedrag van de schulden in het faillissement van Betelgeuze BV, voor zover deze schulden niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, zulks met inachtneming van hetgeen onder 3.2. en 3.3. wordt toegewezen;
- 3.2. veroordeelt de bestuurders en commissarissen hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt de anderen zullen zijn bevrijd, om aan de curator te betalen een bedrag van € 100.000,00 bij wijze van voorschot op het onder 3.1. vermelde bedrag;
- 3.3. veroordeelt de bestuurders hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt de anderen zullen zijn bevrijd, om naast het onder 3.2. toegewezen bedrag aan de curator te betalen een bedrag van € 400.000,00 bij wijze van voorschot op het onder 3.1. vermelde bedrag;
- 3.4. veroordeelt de bestuurders en de commissarissen hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt de anderen zullen zijn bevrijd, in de proceskosten, tot aan deze uitspraak aan de zijde van de curator vastgesteld op een bedrag van € 89.509,65;
- 3.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- 3.6. wijst af het meer of anders gevorderde.