

RO 2015/39: Bestuurdersaansprakelijkheid. Is de klachtplicht ex art. 6:89 BW van toepassing op bestuurdersaansprakelijkheid? (Maessen en Hermsen qq...

Instantie:	Rechtbank Zeeland-West-Brabant	Datum:	5 november 2014
Magistraten:	Mrs. R.M.M. van den Heuvel, R.T. Hermans, A.D. Scheffers	Zaaknr:	C/02/257722 / HA ZA 12-815
Conclusie:	-	Roepnaam:	-
Noot:	-		
Brondocumenten:	ECLI:NL:RBZWB:2014:9203, Uitspraak, Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 05-11-2014		

Wetingang: Art. 2:9, 2:138/149, 6:89, 6:162 BW

Brondocument: Rb. Zeeland-West-Brabant, 05-11-2014, nr. C/02/257722 / HA ZA 12-815

Essentie

Naar boven

Bestuurdersaansprakelijkheid. Commissarissen aansprakelijkheid. Klachtplicht.
Is de klachtplicht ex art. 6:89 BW van toepassing op bestuurdersaansprakelijkheid?

Samenvatting

Naar boven

De curatoren van Vilenzo International en een aantal dochtervennootschappen hebben de bestuurders en commissarissen aansprakelijk gesteld voor de schade van de failliete vennootschappen, althans voor het boedeltekort. Deze vennootschappen zijn op 8 november 2004 in staat van faillissement verklaard. Curatoren hebben een uitgebreid onderzoek ingesteld naar de oorzaken van het faillissement. Dit onderzoek heeft uiteindelijk geleid tot deze procedure. In dit tussenvonnissen gaat de rechtbank in op een aantal formele voorvragen: is er tijdig geklaagd in de zin van art. 6:89 BW, is er sprake van verjaring ex art. 3:310 BW van de rechtsvordering van curatoren en hebben de curatoren binnen een redelijke termijn als bedoeld in art. 6 EVRM voor de afwikkeling van het faillissement zorg gedragen.

Rb.: De aansprakelijkheid van de bestuurder is gebaseerd op zijn verplichting tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. De vraag is of deze verplichting dient te worden aangemerkt als een verbintenis waarop afdeling 9 van titel 1 van boek 6 BW van toepassing is. Door de aanvaarding van de benoeming ontstaat er een rechtsbetrekking tussen de bestuurder en rechtspersoon, krachtens welke de bestuurder verplicht is tot het leveren van een bepaalde prestatie, te weten het besturen van de vennootschap, en de rechtspersoon gerechtigd is tot deze prestatie. Hierdoor ontstaat er echter geen verbintenis waarop afdeling 9 van titel 1 van boek 6 BW van toepassing is. Met deze verplichting van de bestuurder correspondeert immers geen subjectief vermogensrecht van de vennootschap. Art. 2:9 BW houdt een norm in voor het handelen van de bestuurder bij de vervulling van de hem opgedragen taak. Pas na schending van deze norm ontstaat een verbintenis. Dit betekent dat art. 6:89 BW niet van toepassing is. Hetzelfde geldt voor de vorderingen op grond van art. 2:138/248 en art. 6:162 BW. De verjaring op grond van art. 2:9 BW is tijdig gestuit door curatoren. Omdat in de aanhef van de betreffende brief alleen Vilenzo International B.V. wordt genoemd, betreft de stuiting alleen de rechtsvorderingen van die vennootschap; de vorderingen van de andere groepsmaatschappijen zijn derhalve verjaard. De rechtbank is van oordeel dat er geen sprake is van schending van art. 6 EVRM. De verhouding tussen curator en failliet is een andere dan de verhouding tussen de curator en een derde, die door de curator in een procedure wordt betrokken. De curator is tijdens het onderzoek, dat aan de aansprakelijkstelling en dagvaarding voorafgaat, in zijn verhouding jegens de derde (in dit geval: de bestuurders en commissarissen) niet gebonden aan art. 6 EVRM.

Zie ook

Naar boven

Zie ook:

- HR 12 december 2014, RAV 2015/27, RvdW 2015/66 (Far Trading / Edco Eindhoven);
- HR 8 februari 2013, RAV 2013/42, RCR 2013/32, NJ 2014/497, JOR 2013/106, m.nt. Van der Wiel (Van de Steeg c.s. / Rabobank);
- HR 8 februari 2013, RCR 2013/33 (Van Lanschot / Grove c.s.);
- HR 8 februari 2013, RCR 2013/34 (Kramer / Van Lanschot Bankiers);
- HR 25 maart 2011, RCR 2011/42, NJ 2013/5 (Ploum / Smeets);
- HR 8 oktober 2010, RAV 2011/3, NJ 2010/545 (Tan e.a./ Forward Business Parks 2000 N.V. e.a.);
- HR 11 juni 2010, RCR 2010/59, NJ 2010/331 (Kortenhorst / Van Lanschot);
- HR 29 juni 2007, NJ 2008/605 (Amsing / Dijkstra-Post Beheer);
- HR 29 juni 2007, RAV 2007/26, NJ 2008/606 (Pouw / Visser);
- Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, JOR 2015/94, m.nt. De Haan;
- Rb. Den Haag 20 april 2011, NJF 2011/22;
- Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/6;
- J.B. Huizink, 'Klachtplicht', Tvl 2013/37.

Zie anders:

- Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, RO 2015/20;
- Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, RO 2013/65, JOR 2013/237, m.nt. U.B. Verboom (Landis);
- Rb. Amsterdam 11 november 2009, JOR 2010/123, m.nt. Borrius;
- A.J. Rijsterborgh en Z.D. Veldhoen, De onwenselijkheid van de toepassing van de klachtplicht uit art. 6:89 BW op vorderingen ex art. 2:9 BW: een dogmatisch en praktisch perspectief, MvV 2015, p. 99-105;
- E.A.L. van Emden en M. de Haan, 'Klachtplicht ook bij (zuivere) onrechtmatige daad?', AV&S 2013/11;
- Kluwer Groene Serie Verbintenissenrecht, 32.7 Onrechtmatige daad bij: Burgerlijk Wetboek Boek 6, Artikel 8 9.

Wenk

Naar boven

Wenk:

In deze procedure houden de curatoren van Vilenzo International B.V. de bestuurders en commissarissen aansprakelijk op grond van art. 2:138/149, 2:9 en 6:162 BW. In dit tussenvonnissen heeft de rechtbank eerst een aantal belangrijke voorvragen beantwoord: is de klachtplicht van art. 6:89 BW geschonden? Is de vordering op de bestuurders en commissarissen op grond van art. 3:310 BW verjaard? Is sprake van schending van art. 6 EVRM? In deze wenk wordt alleen aandacht besteed aan de schending van de klachtplicht.

De klachtplicht werd op grote schaal ingeroepen in allerhande zaken; aanvankelijk met succes, maar in een reeks arresten heeft de Hoge Raad de toepasselijkheid steeds verder ingedamd (zie de arresten van de Hoge Raad onder 'zie ook'). In bestuurdersaansprakelijkheidszaken lijkt deze bepaling pas net te zijn ontdekt; er is nog niet veel jurisprudentie over beschikbaar. Alvorens aandacht daaraan te besteden wordt eerst de stand van zaken van de klachtplicht in het algemeen geschetst.

De Hoge Raad heeft in één van de arresten van 8 februari 2013 geoordeeld dat art. 6:89 BW van toepassing is op alle verbintenissen. In de zaak Van der Steeg/Rabobank heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in art. 6:89 BW besloten liggende onderzoeks- en klachtplicht, acht dient te worden geslagen op 'alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de prestatie en de aard van het gestelde gebrek in de prestatie' (zie r.o. 4.2.5). De Hoge Raad heeft geoordeeld dat hierbij van belang is of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd. De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan, is een belangrijke factor maar is niet doorslaggevend (zie r.o. 4.2.6). Er zijn verschillende belangen in het geding; enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren (namelijk: verval van recht) en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het late tijdstip waarop het protest is gedaan. Bij schending van de belangen kan worden gedacht aan benadeling van de bewijspositie of een aantasting van de mogelijkheden om de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperking. Uit de lagere jurisprudentie van na de arresten 8 februari 2013 is

een wisselend beeld te zien; een schending van belangen wordt niet al te snel aangenomen en in algemene zin kan worden opgemerkt dat deze schending zo concreet als mogelijk dient te worden toegelicht. De algemene stelling dat herinneringen door verloop van tijd vervagen wordt in de regel niet als afdoende aangemerkt. In december 2014 heeft de Hoge Raad expliciet overwogen dat art. 6:89 BW dient te worden opgevat als een specifieke, in de wet geregelde vorm van rechtsverwerking. Hieraan heeft de Hoge Raad zeer belangrijke overwegingen toegevoegd, die er kort gezegd op neer komen dat de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de feiten die een beroep op art. 6:89 BW kunnen dragen in beginsel op de schuldenaar rusten. De schuldenaar moet voldoende feiten en omstandigheden stellen (en zo nodig bewijzen) waaruit kan volgen op welk moment de schuldeiser heeft ontdekt of bij een redelijkerwijs van hem te vergen onderzoek had behoren te ontdekken dat de verrichte prestatie niet aan de overeenkomst beantwoord, alsmede dat het tijdsverloop vanaf dat moment tot aan het moment waarop de schuldeiser geklaagd heeft, zo lang is geweest dat niet kan worden gesproken van een tijdige klacht.

In bestuurdersaansprakelijkheidszaken is nog niet vaak een beroep op art. 6:89 BW gedaan, hetgeen de vraag oproept of deze bepaling van toepassing is in deze gevallen.

Op de vordering ex art. 2:9 BW is de klachtplicht niet van toepassing omdat pas door schending van de norm een verbintenis ontstaat, aldus de rechtbank. Dit betekent dat wanneer de curator de bestuurder verwijt dat hij zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, de bestuurder de curator niet kan tegenwerpen dat hij niet tijdig heeft geklaagd. De onderbouwing die de rechtbank heeft gegeven is puur dogmatisch ingestoken. Door de aanvaarding van de benoeming ontstaat er een rechtsbetrekking tussen de bestuurder en rechtspersoon, krachtens welke de bestuurder verplicht is tot het leveren van een bepaalde prestatie, te weten het besturen van de vennootschap, en de rechtspersoon gerechtigd is tot deze prestatie. Hierdoor ontstaat er echter geen verbintenis waarop afdeling 9 van titel 1 van boek 6 BW van toepassing is. De rechtbank heeft de afwijzing van het beroep derhalve gefundeerd op de kwalificatie van de rechtsbetrekking tussen bestuurder en vennootschap. De Hoge Raad heeft zich over dit vraagstuk nog niet uitgelaten en ook in de literatuur bestaan verschillende opvattingen hierover. Voor de formele insteek van de rechtbank in deze zaak is zeker iets te zeggen, maar er kan ook anders naar worden gekeken; het gaat buiten het bestek van deze wenk om de parlementaire geschiedenis en andere opvattingen uitvoerig te schetsen. De geïnteresseerde lezer wordt verwezen naar het artikel van Rijsterborgh en Veldhoen (zie onder 'zie anders').

Met betrekking tot de vorderingen op grond van art. 2:138/248 BW heeft de rechtbank geoordeeld dat dit in feite een vordering uit onrechtmatige daad van de crediteuren is; bij een onrechtmatige daad (of het nu art. 2:138/248 of art. 6:162 BW betreft) gaat het niet om een schending van een verbintenis maar om schending van een zorgvuldigheidsnorm. Art. 6:89 BW is dus niet van toepassing, aldus de rechtbank in deze zaak.

Of de rechtbank hier terecht oordeelt dat art. 6:89 BW toepassing mist, staat niet vast. Als gezegd, zijn er niet veel uitspraken over deze materie. De Rechtbank Midden-Nederland heeft tweemaal geoordeeld dat art. 6:89 BW wel toepassing vindt. Een hof of de Hoge Raad heeft zich nog niet over deze rechtsvraag gebogen. Het gaat hierbij om de principiële vraag of de betreffende bepalingen een verbintenis bevatten. De Rechtbank Midden-Nederland meent van wel, maar de rechtbank in deze zaak meent dat er pas sprake van is als de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Welke rechtbank het bij het juiste eind heeft, kan niet zonder meer worden gezegd.

In de 8 februari arresten heeft de Hoge Raad bevestigd dat de klachtplicht van toepassing is op alle verbintenissen; aangenomen wordt dat dit ook om verbintenissen uit onrechtmatige daad gaat. Het is echter onduidelijk of dit ook zuivere onrechtmatige daadsvorderingen betreft (zie het artikel van Van Emden en De Haan, vindplaats onder zie ook) of alleen om gevallen waarin de onrechtmatig daadsvordering feitelijk is gegrond op een niet beantwoorden van de prestatie aan een overeenkomst (zie het vonnis van de Rechtbank Den Haag, vindplaats onder zie ook). Ook dit is een principiële vraag die nog niet door de Hoge Raad is beantwoord.

Als de klachtplicht van toepassing wordt geacht, moet vervolgens nog duidelijk worden hoe de algemene jurisprudentie zoals hiervoor uiteen gezet, zal worden toegepast in bestuurdersaansprakelijkheidszaken.

Partij(en)

Naar boven

Mr. M.J. Maessen en mr. R.G.B. Hermsen in hun hoedanigheid van curator in de faillissementen van:

1. Vilenzo International N.V.,

2. Beheer- en beleggingsmaatschappij Vilé B.V.,
3. Vilé Holding B.V.,
4. Loho Beheer B.V.,
5. Scanfashion B.V.,
6. The Cakewalk Company B.V.,
7. Vilenzo B.V.,
8. Wearever B.V.,
9. Van Gils Menswear B.V.,
10. Roknitting Fashion B.V.,
11. Virtuoso B.V.,
12. United Fashion Makers B.V.,
13. The Clothing Studio B.V.,
14. Bad Boys Every Wear B.V.,
15. Carrousel B.V.,
16. De Jot Textiles B.V.,
17. Tricotop B.V.,
18. Heinco Textiles B.V.,
19. Hevado Fashion B.V.,
20. Labels B.V.,

te Tilburg, eisers, adv. mr. B. Vermue,
tegen

1. T.P.J. van Loon, te Waalwijk, gedaagde, adv. mr. J.A. Meijerman,
2. R.J.M. van Riel, te Berkel-Enschot, gedaagde, adv. mr. L.L.M. Prinsen,
3. R. de Vree, te Zoetermeer, gedaagde, adv. mr. Y. Borrius,
4. W.H.C.M., Vilé, te Oud Turnhout, België, gedaagde, adv. mr. M.W. Josephus Jitta,
5. A.W.M. Ebben, te Brasschaat, België, gedaagde, adv. mr. H.G.A.M. Spoormans,
6. B.B. Hoogendoorn, te Oud-Turnhout, België, gedaagde, adv. mr. H.G.A.M. Spoormans, gedaagden hierna ook gezamenlijk Van Loon c.s.

De faillissementen 2 t/m 20 worden hierna gezamenlijk aangeduid als de dochtervennootschappen.

Uitspraak

[Naar boven](#)

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, locatie Breda:

1. De procedure

1.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnissen van 23 januari 2013 en de daarin genoemde stukken,
- de bij brief van 11 juni 2013 door Van Loon c.s. ten behoeve van de comparitie toegezonden producties 1 t/m 10,
- het proces-verbaal van comparitie van 27 juni 2013,
- de gezamenlijke conclusie van alle gedaagden met betrekking tot een drietal voorvragen, met producties 1 t/m 12,
- de conclusie in reactie op een drietal voorvragen tevens houdende akte wijziging eis (vermeerdering), met productie 53.

1.2 Ten slotte is vonnis bepaald.

2. Het geschil

2.1 De curatoren vorderen, na wijziging eis, bij vonnis, zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

A. 1. primair

te verklaren voor recht dat de bestuurders Van Loon, Van Riel, De Vree en Vilé en de commissarissen Vilé, Ebben en Hoogendoorn, ex artikel 2:138 BW respectievelijk 2:149 BW

hoofdelijk aansprakelijk zijn, des dat de een betalende de ander(en) gekweten zijnde, voor het bedrag van de schulden van Vilenzo International, voor zover deze schulden niet door vereffening van de overige baten van de vennootschap kunnen worden voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van het faillissement althans de dag van dagvaarding tot de dag der algehele voldoening; en

te verklaren voor recht dat de bestuurders Van Loon, Van Riel, De Vree en Vilé ex artikel 2:248 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn, des dat de een betalende de ander(en) gekweten zijnde, voor het bedrag van de schulden van de dochtervennootschappen, voor zover deze schulden niet door vereffening van de overige baten van die vennootschap kunnen worden voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van het faillissement althans dag van dagvaarding tot de dag der algehele voldoening;

2. subsidiair

te verklaren voor recht dat de bestuurders Van Loon, Van Riel, De Vree en Vilé en de commissarissen Vilé, Ebben en Hoogendoorn, ex artikel 2:9 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn, des dat de een betalende de ander(en) gekweten zijnde, voor de schade die de vennootschap Vilenzo International door hun onbehoorlijke taakvervulling heeft geleden, welke schade bedraagt het bedrag van de schulden van de failliete vennootschap Vilenzo International, voor zover deze schulden niet door vereffening van de overige baten van deze vennootschap kan worden voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van het faillissement althans dag van dagvaarding tot de dag der algehele voldoening; en

te verklaren voor recht dat de bestuurders Van Loon, Van Riel, De Vree en Vilé ex artikel 2:9 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn, des dat de een betalende de ander(en) gekweten zijnde, voor de schade die de dochtervennootschappen door hun onbehoorlijke taakvervulling hebben geleden, welke schade bedraagt het bedrag van de schulden van elk van de dochtervennootschappen, voor zover deze schulden niet door vereffening van de overige baten van die vennootschap kunnen worden voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van het faillissement althans dag van dagvaarding tot de dag der algehele voldoening;

3. meer subsidiair

te verklaren voor recht dat de bestuurders Van Loon, Van Riel, De Vree en Vilé en de commissarissen Vilé, Ebben en Hoogendoorn, ex artikel 6:162 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn, des dat de een betalende de ander(en) gekweten zijnde, voor de schade die de gezamenlijke crediteuren hebben geleden in het faillissement van Vilenzo International door hun onrechtmatig handelen, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van het faillissement althans de dag van dagvaarding tot de dag der algehele voldoening; en

te verklaren voor recht dat de bestuurders Van Loon, Van Riel, De Vree en Vilé ex artikel 6:162 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn, des dat de een betalende de ander(en) gekweten zijnde, voor de schade die de gezamenlijke crediteuren hebben geleden in de faillissementen van de dochtervennootschappen door hun onrechtmatig handelen, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van het faillissement althans de dag van dagvaarding tot de dag der algehele voldoening;

B. 1. primairde bestuurders Van Loon, Van Riel, De Vree en Vilé en de commissarissen Vilé, Ebben en Hoogendoorn hoofdelijk, des dat de een betalende de ander(en) gekweten zijnde, te veroordelen tot betaling van het bedrag van de schulden van Vilenzo International, voor zover deze schulden niet door vereffening van de overige baten van Vilenzo International kunnen worden voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van het faillissement althans de dag van dagvaarding tot de dag der algehele voldoening;

ende bestuurders Van Loon, Van Riel, De Vree en Vilé hoofdelijk, des dat de een betalende de ander(en) gekweten zijnde, te veroordelen tot betaling van het bedrag van de schulden van elk van de dochtervennootschappen, voor zover deze schulden niet door vereffening van de overige baten van deze vennootschappen kunnen worden voldaan;

onder de bepaling dat dit bedrag van de schulden nader opgemaakt dient te worden bij staat en vereffend dient te worden volgens de wet, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf de datum van het faillissement althans de dag van dagvaarding tot aan de dag van algehele

voldoening;

2. subsidiairde bestuurders Van Loon, Van Riel, De Vree en Vilé en de commissarissen Vilé, Ebben en Hoogendoorn hoofdelijk, des dat de een betalende de ander(en) gekweten zijnde, te veroordelen tot betaling van het bedrag van de schade die Vilenzo International heeft geleden door hun onbehoorlijke taakvervulling, welke schade bedraagt het bedrag van de schulden van Vilenzo International, voor zover deze schulden niet door vereffening van de overige baten van Vilenzo International kunnen worden voldaan;
ende bestuurders Van Loon, Van Riel, De Vree en Vilé hoofdelijk, des dat de een betalende de ander(en) gekweten zijnde, te veroordelen tot betaling van het bedrag van de schade die elk van de dochtervennootschappen, voor zover deze schulden niet door vereffening van de overige baten van deze vennootschap kunnen worden voldaan; onder de bepaling dat dit bedrag van de schulden nader opgemaakt dient te worden bij staat en vereffend dient te worden volgens de wet, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf de datum van het faillissement althans de dag van dagvaarding tot aan de dag van algehele voldoening;
 3. meer subsidiair de bestuurders Van Loon, Van Riel, De Vree en Vilé en de commissarissen Vilé, Ebben en Hoogendoorn hoofdelijk, des dat de een betalende de ander(en) gekweten zijnde, te veroordelen tot betaling van het bedrag van de schade die de gezamenlijke crediteuren hebben geleden door hun onrechtmatig handelen in het faillissement van Vilenzo International;
ende bestuurders Van Loon, Van Riel, De Vree en Vilé hoofdelijk, des dat de een betalende de ander(en) gekweten zijnde, te veroordelen tot betaling van het bedrag van de schade die de gezamenlijke crediteuren hebben geleden door hun onrechtmatig handelen in de faillissementen van elk van de dochtervennootschappen; onder de bepaling dat dit bedrag van de schulden nader opgemaakt dient te worden bij staat en vereffend dient te worden volgens de wet, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf de datum van het faillissement althans de dag van dagvaarding tot aan de dag van algehele voldoening;
- C. 1. bestuurders Van Loon, Van Riel, De Vree en Vilé en de commissarissen Vilé, Ebben en Hoogendoorn hoofdelijk, des dat de een betalende de ander(en) gekweten zijnde, te veroordelen tot betaling van een voorschot op het bedrag dat zij op grond van het hiervoor gevorderde verschuldigd zijn, groot € 15.000.000, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, aan de curatoren van de failliete vennootschap Vilenzo International, binnen 14 dagen na de dag van dit vonnis;
bestuurders Van Loon, Van Riel, De Vree en Vilé hoofdelijk, des dat de een betalende de ander(en) gekweten zijnde, te veroordelen tot betaling van een voorschot op het bedrag dat zij op grond van het hiervoor gevorderde dienen te betalen, groot € 15.000.000, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, aan de curatoren van de dochtervennootschappen, binnen 14 dagen na de dag van dit vonnis;
- D. 1. Van Loon c.s. hoofdelijk te veroordelen, des dat de een betalende de ander(en) gekweten zijnde, tot betaling van de kosten van het geding, waaronder tenminste vallen: de griffierechten, exploitkosten en de geliquideerde proceskosten, binnen 14 dagen na de dag van het vonnis, te vermeederen met de wettelijke rente vanaf de 14e dag na het vonnis, tot de dag der algehele voldoening;
2. Van Loon c.s. hoofdelijk te veroordelen, des dat de een betalende de ander(en) gekweten zijnde, tot betaling van de na dit geding te maken geliquideerde nakosten, van € 131 indien betekening niet plaats hoeft te vinden en te vermeederen met € 68 indien betekening wel plaats moet vinden, te vermeederen met de wettelijke rente vanaf de 14e dag na het vonnis, tot de dag der algehele voldoening;
 3. Indien de vorderingen van de curatoren in deze procedure door gedaagden Hoogendoorn, Vilé en/of Ebben niet wordt betwist, dit vonnis met betrekking tot gedaagden Hoogendoorn, Vilé en/of Ebben met een Europese executoriale titel te waarmerken.

2.2 Van Loon c.s. weerspreken de vorderingen. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

3. De beoordeling

3.1 Ter comparitie zijn partijen met betrekking tot de voortgang van de procedure overeengekomen dat zij de rechtbank verzoeken eerst een uitspraak te doen over de vraag of er sprake is van verjaring, schending van artikel 6:89 BW dan wel schending van artikel 6 EVRM.

3.2 Bij de beoordeling van deze aan de rechtbank voorgelegde voorvragen gaat rechtbank uit van het navolgende feiten.

- In 1960 is Vilé een onderneming gestart in baby- en kinderkleding voor jongens en meisjes. Na een groot aantal succesvolle jaren is op 28 december 1990 Vilenzo International opgericht. Vilenzo International is sinds 1991 genoteerd aan de Amsterdamse effectenbeurs en de topholding geworden van het Vilenzo concern.
- Vilenzo International is enig aandeelhouder van Beleggingsmaatschappij, die op haar beurt enig aandeelhouder is van Vilé Holding en enig of althans meerderheidsaandeelhouder van alle buitenlandse vennootschappen behorende tot het Vilenzo concern. Vilé Holding is (indirect) enig aandeelhouder van alle Nederlandse dochtervennootschappen.
- Vilé heeft vanaf de oprichting als CEO van Vilenzo International gefunctioneerd. Vanaf 13 mei 1998 heeft Van Riel als CFO gefunctioneerd, nadat hij al vanaf 1 juni 1991 als financial controller en vanaf 1996 als financieel adjunct-directeur in dienst was.
- In de loop der jaren heeft Vilenzo een groot aantal kledingmerken overgenomen. In 2001 zijn Hevado en Tricotop (damesmode) overgenomen en heeft ook de acquisitie plaatsgevonden van Van Gils en UFM (herenkleding).
- Op 25 april 2001 zijn De Vree (Van Gils) en Van Loon (UFM) tot de raad van bestuur van Vilenzo International toegetreden. Op 24 april 2002 is Van Loon tot CEO benoemd en is Vilé teruggetreden. Vanaf dat moment bestond de raad van bestuur van Vilenzo International uit Van Loon (CEO), De Vree en Van Riel. Vanaf 1 september 2002 is De Vree teruggetreden als lid van de raad van bestuur. Eind november 2003 is de heer B. Doorenbos toegetreden en in februari en maart 2004 zijn respectievelijk Van Riel en Van Loon als lid van de raad van bestuur teruggetreden.
- De leden van de raad van bestuur van Vilenzo International waren tevens in persoon bestuurder van Beleggingsmaatschappij en van Vilé Holding. Vilé Holding was (mede) bestuurder van haar dochtervennootschappen.
- In de jaren vóór 24 april 2002 maakten de heren L.J.A. Simons, P.J.G. van Leeuwen en Ebben deel uit van de raad van commissarissen van Vilenzo International. Vanaf 24 april 2002 bestond de raad van commissarissen uit Ebben, Hoogendoorn en Vilé. Eind november 2003 is Ebben als commissaris teruggetreden en de heer O. van Leeuwen als commissaris toegetreden tot de raad van commissarissen. Vilé is in augustus 2004 als commissaris teruggetreden.
- Op 28 oktober 2004 is door de rechtbank Zeeland West-Brabant (voorheen: rechtbank Breda) aan Vilenzo International (voorlopige) surseance van betaling verleend, met benoeming van mr. Maessen tot bewindvoerder. Op 8 november 2004 is deze surseance omgezet in faillissement. Op dat moment bestond de raad van bestuur uit Doorenbos (CEO) en de raad van commissarissen uit Van Leeuwen en Hoogendoorn.
- Op 8 november 2004 zijn tevens Beleggingsmaatschappij, Vilé Holding, Loho, Scanfashion, Cakewalk, Vilenzo, Wearever, Van Gils, Roknitting, Virtuoso, UFM, Clothing Studio, Bad Boys, Carrousel, JOT Textiles en Tricotop in staat van faillissement verklaard.
- Vervolgens zijn op 9 november 2004 Heinco en Hevado in staat van faillissement verklaard. Labels is op 17 november 2004 staat van faillissement verklaard.
- In alle faillissementen zijn mr. Maessen en mr. Hermsen tot curator benoemd.
- In het eerste faillissementsverslag van 17 december 2004 hebben de curatoren geconstateerd dat de jaarrekening over 2002 van Vilenzo International in maart 2004 was gedeponneerd, vermeld dat onderzoek volgt naar 'onbehoorlijke vervulling van verplichtingen van bestuurders' en het 'in rechte betrekken van bestuurders' en hebben zij onder het kopje 'Oorzaken faillissement' opgenomen: 'naast onvoldoende integratie van de acquisities vanaf 2001 en de slechte economische marktsituatie, wordt verwezen op interne strubbelingen binnen het management van de Vilenzo-groep de afgelopen jaren. Wordt nog uitvoerig onderzocht.'

- De curatoren hebben een uitgebreid onderzoek ingesteld naar de oorzaken van het faillissement van het Vilenzo concern. Zij hebben zich daarin onder andere laten bijstaan door prof. dr. A.J. Bindenga en onderzoeksbureau SBV Forensics te Dordrecht. In het kader van dat onderzoek hebben curatoren in de maanden februari, maart en april 2005 gesprekken gevoerd met het zittend management, in de periode van 29 april 2005 tot en met 14 juli 2005 met Van Loon, Van Riel, De Vree, Vilé, Ebben en Hoogendoorn en tot februari 2006 met business-managers, staffunctionarissen, de accountant en de president-commissaris op datum faillissement, de heer O. van Leeuwen. In juli 2006 is opdracht verstrekt aan SBV Forensics, als forensisch accountant.
- Bij brief van 16 september 2005 hebben de curatoren (de advocaten van) Van Loon c.s. het volgende bericht:

'Zoals bekend is bij vonnis van de rechtbank Breda Vilenzo International N.V. in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. M.J. Maessen en ondergetekende tot curatoren. Sedert een aantal maanden stellen curatoren een onderzoek in naar de oorzaken van het faillissement en in het verlengde daarvan naar de vraag of er termen zijn (ex)bestuurders en/of (ex)commissarissen aan te spreken uit hoofde van onbehoorlijke taakvervulling jegens de vennootschap (artikel 2:9 BW), danwel bestuurdersaansprakelijkheid/commissarissenaansprakelijkheid (artikel 2:138 BW/2:149 BW), dan wel op andere gronden. Voornoemd onderzoek is nog niet afgerond en wordt vervolgd. Uit de voorlopige resultaten volgt naar het oordeel van curatoren dat er een gerede kans bestaat dat (ex)bestuurders en/of (ex) commissarissen op voornoemde basis aansprakelijk gesteld worden voor de door gefailleerde geleden schade c.q. het tekort van de boedel, nu er naar het voorlopige oordeel van curatoren sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur/toezicht. Definitieve beslissingen daaromtrent kunnen eerst genomen worden na afronding van het hiervoor bedoelde onderzoek. Naar verwachting zal het onderzoek pas in de loop van het volgend jaar afgerond kunnen worden.

(...) Aan alle personen die in het tijdvak van 3 jaar vóór het faillissement (8 november 2004) als bestuurder en/of commissaris gefunctioneerd hebben, wordt een dergelijke kennisgeving toegezonden.

Ten behoeve van gefailleerde en (ex)bestuurders/(ex)commissarissen loopt een Commissaris- en Bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering bij Chubb Insurance Company of Europe S.A. (...)

De dekking op voornoemde polis eindigt op 1 oktober a.s. (...) In ieder geval lijkt het verstandig dat u zelfstandig de maatschappij vóór 1 oktober 2005 schriftelijk in kennis stelt van dit schrijven onder artikel 11.2 van de polisvoorwaarden. Overigens zal ik een afschrift van dit schrijven rechtstreeks aan de maatschappij toezenden. (...)

- Bij brief van 16 juli 2009 hebben de curatoren aan alle bestuurders en commissarissen (en hun advocaten) in het tijdvak van drie jaren voorafgaande aan het faillissement van Vilenzo International het conceptrapport 'rapport oorzaken faillissementen Vilenzo International N.V. en haar dochtervennootschappen' toegezonden en hen in de gelegenheid gesteld om daarop commentaar te leveren. In deze brief schrijven de curatoren onder meer, voor zover thans van belang:

'Zoals bekend stellen de curatoren van Vilenzo International N.V. en haar gefailleerde dochtervennootschappen een onderzoek in naar de oorzaken van het faillissement van Vilenzo International N.V. en haar dochtervennootschappen en in het verlengde daarvan naar de vraag of er redenen zijn (ex)bestuurders en/of (ex)commissarissen aan te spreken uit hoofde van onbehoorlijke taakvervulling jegens de vennootschap, danwel bestuurdersaansprakelijkheid/commissarissenaansprakelijkheid, danwel op andere gronden. De complexiteit en veelomvattendheid hebben ertoe geleid dat het onderzoek veel meer tijd in beslag heeft genomen dan werd voorzien. Curatoren hebben zich bij dit onderzoek laten bijstaan door externe adviseurs, waaronder SVB Forensics BV te Dordrecht.

Na overleg met de rechter-commissaris in de faillissementen van Vilenzo International N.V. en haar dochtervennootschappen is besloten aan alle personen die in het tijdvak van 3 jaar voor het faillissement van Vilenzo International N.V. (8 november 2004) als (feitelijk) bestuurder of commissaris hebben gefunctioneerd een exemplaar toe te zenden van het voorlopige rapport

'Oorzaken faillissementen Vilenzo International N.V. en haar dochtervennootschappen', dat als bijlage bij de aangetekende versie van deze brief wordt meegezonden. Dit rapport bevat de uitkomsten van het door curatoren ingestelde feitenonderzoek. U en andere (feitelijk) bestuurders/commissarissen worden in de gelegenheid gesteld om van dit conceptrapport kennis te nemen en daarop commentaar te leveren, in het bijzonder indien u van mening bent dat er sprake is van feitelijke onjuistheden. Indien ontvangen commentaar na bestudering hen daartoe aanleiding geeft zullen curatoren hun bevindingen aanpassen. Is dat niet het geval dan zal het commentaar van bestuurders en/of commissarissen in een nader te vormen hoofdstuk V worden weergegeven.

Per separate post zal SVB Forensics BV u een rapportage bestemd voor curatoren doen toekomen getiteld 'Administratief onderzoek deelaspecten faillissement Vilenzo International N.V.'. SVB Forensics BV zal vanuit haar verantwoordelijkheid de gelegenheid tot wederhoor geven.

Curatoren nodigen u hierbij uit om het hiervoor bedoelde commentaar schriftelijk aan hem kenbaar te maken uiterlijk op 4 september 2009. (...)

Met nadruk merken curatoren op dat zij u uit zorgvuldigheidsoverwegingen het conceptrapport doen toekomen en gelegenheid geven om commentaar te leveren en zij niet voornemens zijn naar aanleiding van ontvangen commentaar nader met u in discussie te treden. Na kennisgenomen te hebben van het hiervoor bedoelde commentaar en het definitieve rapport van SVB Forensics BV zullen curatoren in een nader vorm te geven hoofdstuk VI hun oordeel geven over de oorzaken van het faillissement van Vilenzo International N.V. en haar dochtervennootschappen en tevens aangeven of zij aanleiding zien om bestuurders en/of commissarissen aansprakelijk te stellen voor schade voortvloeiend uit het gevoerde bestuur respectievelijk het uitgeoefende toezicht, uiteraard nadat met de rechter-commissaris hieromtrent overleg is gevoerd. Het definitieve rapport zal vervolgens aan u worden toegezonden en openbaar worden gemaakt.

Curatoren behouden zich uitdrukkelijk het recht voor op nakoming van de op u rustende verbintenis tot vergoeding van schade samenhangend met uw handelen en of nalaten als (ex)bestuurder dan wel (ex)commissaris van Vilenzo International N.V. Deze mededeling dient gezien te worden als een stuiting van de verjaring als bedoeld in artikel 3:317 BW. Deze stuiting geschiedt onverminderd het bepaalde in art. 3:319 BW lid 2 en in art. 3:320 BW.

- Bij brief van 11 december 2009 heeft mr. J. Garvelink van Blaisse Advocaten te Amsterdam mede namens (de advocaten van) de voormalige bestuurders Van Loon, Van Riel, Vilé en De Vree en de voormalige commissarissen Ebben, Hoogendoorn en Vilé een reactie aan de curatoren toegestuurd op '(i) het concept rapport oorzaken faillissementen Vilenzo International N.V. en haar dochtervennootschappen en (ii) het conceptrapport van SBV Forensics BV.'
- Bij brief van 22 juli 2011 hebben de curatoren het – bij de rechtbank gedeponeerde – definitieve rapport 'Rapport oorzaken faillissement Vilenzo International N.V. en haar dochtervennootschappen' (hierna: rapport curatoren) aan (de advocaten van) Van Loon c.s. toegezonden, met als bijlage de Rapportage SBV Forensics (hierna: rapport SBV Forensics). In deze brief delen de curatoren Van Loon c.s. mee dat aan de rechter-commissaris toestemming zal worden gevraagd om een aansprakelijkheidsprocedure aanhangig te maken, waarna na de vakantieperiode tot dagvaarding zal worden overgegaan.
- Bij e-mail van 24 september 2012 hebben de curatoren aan mr. Garvelink bericht dat zij zullen overgaan tot dagvaarding.
- Bij dagvaardingen van op of omstreeks 10 oktober 2012 hebben de curatoren de onderhavige procedure aanhangig gemaakt.

3.3 De curatoren stellen zich primair op het standpunt dat de bestuurders Van Loon, Van Riel, De Vree en Vilé en de commissarissen Ebben, Vilé en Hoogendoorn uit hoofde van art. 2:138 BW respectievelijk 2:149 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het tekort van de boedel van Vilenzo International.

Daarnaast zijn de curatoren van mening dat de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn uit hoofde van artikel 2:248 BW voor het tekort van de boedels van de dochtervennootschappen. De curatoren stellen zich subsidiair op het standpunt dat de bestuurders hun taak als bestuurder van alle vennootschappen

van het Vilenzo concern niet behoorlijk hebben vervuld in de zin van artikel 2:9 BW en derhalve hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de daardoor ontstane schade, zijnde het tekort van de betreffende boedels van het Vilenzo concern. Meer subsidiair zijn de curatoren van mening dat sprake is van onrechtmatig handelen jegens de gezamenlijke crediteuren van iedere vennootschap van het Vilenzo concern in de zin van artikel 6:162 BW, zodat de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de daardoor door de gezamenlijke crediteuren geleden schade, nader op te maken bij staat, zijnde het tekort van de betreffende boedels van het Vilenzo concern.

- 3.4 Van Loon c.s. betwisten iedere aansprakelijkheid. Voorafgaande aan een – in deze procedure nog te voeren – inhoudelijk verweer, voeren Van Loon c.s. een aantal preliminaire verweren aan die, zo betogen zij, allen beogen de belangen van de schuldenaar te beschermen tegen late en daardoor moeilijk te betwisten klachten en te behoeden voor langdurige procedures. Deze verweren hebben betrekking op de verplichting van curatoren om – op straffe van niet-ontvankelijkheid danwel afwijzing van hun vorderingen – binnen een redelijke termijn (zoals bedoeld in artikel 6:89 BW) Van Loon c.s. van een door hen geconstateerd gebrek op de hoogte te brengen, vervolgens binnen de verjaringstermijn van 5 jaar te dagvaarden (artikel 3:310 BW), en tot slot eveneens binnen een redelijke termijn (ditmaal zoals bedoeld in artikel 6 EVRM) voor de afwikkeling van het faillissement, met inbegrip van de aansprakelijkheidsprocedure jegens bestuurders en commissarissen, zorg te dragen. Bij bestuurders- en commissarisaansprakelijkheidsprocedures geldt bovendien vanwege de in het geding zijnde reputatie van bestuurders en commissarissen dat een curator extra voortvarend te werk moet gaan. Deze leerstukken hebben allen als doel tegen te gaan dat de schuldenaar door onnodig tijdsverloop zodanig nadeel lijdt dat zijn belangen worden geschaad omdat zijn verdediging is bemoeilijkt, aldus Van Loon c.s.
- 3.5 Van Loon c.s. zijn van mening dat het lange tijdsverloop tussen de faillissementen van Vilenzo International en de dochtervennootschappen en de dagvaarding is te wijten aan het feit dat de curatoren hun onderzoek naar de oorzaken van het faillissement van Vilenzo International en de dochtervennootschappen niet met een redelijkerwijs van hen te verlangen voortvarendheid hebben uitgevoerd. Als gevolg daarvan zijn Van Loon c.s. aanzienlijk benadeeld, welk nadeel niet alleen bestaat in de jarenlange onzekerheid die bij hen bestond over de vraag of zij nog zouden worden aangesproken, of zij nog in discussie zouden moeten gaan met curatoren over hun bestuur respectievelijk toezicht, of zij bedragen zouden moeten reserveren voor eventuele vorderingen en of zij nog bescheiden zouden moeten bewaren, maar ook in concreet nadeel waardoor Van Loon c.s. in hun bewijspositie zijn aangetast, bijvoorbeeld omdat bepaalde relevante bronnen niet meer toegankelijk zijn.
- 3.6 Daarnaast zijn Van Loon c.s. van mening dat de curatoren geen althans onvoldoende feiten- en oorzakenonderzoek hebben gedaan en het beginsel van hoor en wederhoor hebben geschonden. De wijze waarop de curatoren hun onderzoek hebben verricht is een strijd met de regels van fair play. Ook dit heeft tot nadeel en een achtergestelde positie in deze procedure geleid, aldus Van Loon c.s.
- 3.7 De curatoren erkennen dat het onderzoek naar de oorzaken van het faillissement van het Vilenzo concern lang heeft geduurd. Een belangrijke reden daarvoor is dat er sprake is van een zeer omvangrijk en ingewikkeld faillissement van een beursgenoteerd internationaal opererend concern, dat werkzaam was op vier continenten en ultimo 2003 1.717 werknemers in dienst had, waarvan 515 in Nederland. Daar komt bij dat de omvangrijke digitale en fysieke administratie verspreid was over een groot aantal kantoren in verschillende vestigingen en moeilijk toegankelijk was, aangezien er binnen het Vilenzo concern met verschillende logistieke en administratieve systemen werd gewerkt. Bovendien was er sprake van misleidende jaarrekeningen/boekhouding die zich niet eenvoudig lieten/liet ontrafelen en maakten de interne informatievoorziening en boekhouding, die jarenlang onder de maat was, het moeilijk om de gebeurtenissen achteraf te reconstrueren. De curatoren betwisten dan ook dat zij onredelijk lang over het onderzoek hebben gedaan. Bovendien betwisten zij dat Van Loon c.s. van dit tijdsverloop nadeel hebben ondervonden. Dit gestelde nadeel wordt door hen niet nader met concrete feiten en/of omstandigheden onderbouwd, aldus de curatoren.

Het beroep op schending van de klachtplicht, art. 6:89 BW

- 3.8 In artikel 6:89 BW is bepaald dat een schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze

had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd.

- 3.9 Van Loon c.s. zijn van mening dat de curatoren deze klachtplicht hebben geschonden. Ter onderbouwing van hun stelling dat artikel 6:89 BW van toepassing is, voeren Van Loon c.s. aan dat afdeling 9 van titel 1 van boek 6 BW – en daarmee artikel 6:89 BW – van toepassing is op verbintenissen, ongeacht hun ontstaansbron, waaronder de verbintenis tot schadevergoeding op grond van de wet. De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat de klachtplicht ook van toepassing is indien de schuldeiser zich ter zake van een tekortkoming beroept op een onrechtmatige daad (Hoge Raad 23 november 2007, RvdW 2007/996, Ploum/Smeets). Dat brengt mee dat de klachtplicht niet alleen van toepassing is op vorderingen gebaseerd op artikel 2:9 BW, maar ook op vorderingen gebaseerd op de artikelen 2:138 BW, 2:149 BW, 2:248 BW en 6:162 BW, aangezien in de literatuur is uitgemaakt dat laatstgenoemde artikelen een vorm van externe aansprakelijkheid betreffen en een verscherpte uitwerking geven aan de norm van artikel 6:162 BW, aldus Van Loon c.s.
- 3.10 De curatoren betwisten dat artikel 6:89 BW van toepassing is wanneer – zoals in het onderhavige geval – de verbintenis tot schadevergoeding is ontstaan doordat een rechtsplicht, zoals opgenomen in artikel 6:162 BW, en meer specifiek, de species daarvan opgenomen in artikelen 2:138, 2:149 en 2:248 BW, is overtreden. De curatoren verwijzen in dit verband naar een vonnis van de rechtbank Midden-Nederland van 19 juni 2013, JOR 2013/237 (Landis). Hoewel met betrekking tot artikel 2:9 BW literatuur en jurisprudentie verdeeld zijn, zijn de curatoren van mening dat ook ten aanzien van artikel 2:9 BW de klachtplicht niet van toepassing is omdat het gaat om schending van een rechtsplicht en niet om schending van een verbintenis. De op een bestuurder van een vennootschap rustende wettelijke plicht om die vennootschap behoorlijk te besturen, ex artikel 6:162 BW en haar species artikel 2:138/248 BW, en artikel 2:9 BW, is een rechtsplicht, niet zijnde een verbintenis van die bestuurder tegenover een bepaalde schuldeiser. De op een commissaris van de vennootschap rustende wettelijke plicht om behoorlijk toezicht te houden op het bestuur van die vennootschap, ex artikel 6:162 BW en haar species 2:149 BW, is eveneens een rechtsplicht. Overtreding van die specifieke op hen rustende rechtsplichten levert een onrechtmatige daad op die leidt tot het ontstaan van een verbintenis tot vergoeding van schade, namelijk het tekort van de boedel. De bepalingen van boek 6 over de nakoming en niet nakoming van verbintenissen zijn niet van toepassing op deze op hen rustende wettelijke rechtsplicht tot behoorlijk bestuur/toezicht. Artikel 6:89 BW is dus niet van toepassing, aldus de curatoren.
- 3.11 Bij de beantwoording van de vraag of artikel 6:89 BW van toepassing is, neemt de rechtbank tot uitgangspunt dat de in artikel 6:89 BW neergelegde bepaling ziet op een gebrek in de nakoming van een verbintenis, waarop de bepalingen van boek 6 BW over de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis (afdeling 9 van titel 1 van boek 6) van toepassing zijn. Een verbintenis is een rechtsbetrekking, dat wil zeggen een door het recht erkende en geregelde verhouding. Door het recht geregelde betrekkingen tussen (rechts)personen worden echter niet steeds als verbintenissen in eigenlijke zin beschouwd. Verbintenissen in eigenlijke zin, die behandeld worden in boek 6 BW, zijn slechts die rechtsbetrekkingen die een zuiver vermogensrechtelijk karakter hebben. De schuldeiser van een verbintenis als bedoeld in boek 6 BW heeft een subjectief vermogensrecht, dat in beginsel voor overdracht en executie vatbaar is en dat in het faillissement van de schuldenaar ter verificatie kan worden ingediend. Geen verbintenis is derhalve de op een ieder rustende rechtsplicht zich jegens derden te onthouden van onrechtmatige gedragingen. Eerst door schending van een dergelijke rechtsplicht ontstaat een verbintenis, namelijk de verbintenis tot schadevergoeding op grond van artikel 6:162 BW. De rechtsgevolgen van het niet nakomen van verbintenissen zijn geregeld in afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW (artikel 6:74 ev. BW), terwijl de gevolgen van het niet naleven van zogenaamde 'kale rechtsplichten' zijn geregeld in titel 3 van boek 6 BW (artikel 6:162 ev. BW). De Hoge Raad heeft weliswaar in zijn arrest van 23 november 2007, NJ 2008/552 (Ploum/Smeets) bepaald dat de klachtplicht ook geldt voor een rechtsvordering gebaseerd op onrechtmatige daad, maar alleen wanneer de rechtsvordering feitelijk is gegrond op het niet beantwoorden van de afgeleverde zaak aan de overeenkomst, met andere woorden: gebaseerd op het niet nakomen van een verbintenis.

- 3.12 Als uitgangspunt geldt dat de bestuurder in een vennootschapsrechtelijke verhouding tot de rechtspersoon staat en specifieke in de wet geregelde rechten en plichten heeft. Zo is in artikel 2:239 BW opgenomen dat het bestuur belast is met het besturen van de vennootschap, en in artikel 2:9 BW dat de bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Indien de bestuurder zijn taak niet behoorlijk vervult, dan kan hij – onder omstandigheden – op grond van artikel 2:9 BW jegens de vennootschap aansprakelijk zijn voor de door de vennootschap geleden schade, op grond van artikel 2:138/248 BW jegens de boedel aansprakelijk zijn voor het tekort in het faillissement en op grond van artikel 6:162 BW jegens (een) individuele schuldeiser(s) aansprakelijk zijn voor de door de schuldeiser(s) geleden schade.
- 3.13 In alle gevallen geldt dat de aansprakelijkheid is gebaseerd op de verplichting van de bestuurder tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. De vraag is of deze wettelijke verplichting moet worden aangemerkt als een verbintenis waarop afdeling 9 van titel 1 van boek 6 BW van toepassing is. Het antwoord op die vraag is afhankelijk van de kwalificatie van de rechtsbetrekking tussen de bestuurder en de rechtspersoon.
- 3.14 Door de aanvaarding van de benoeming ontstaat er een rechtsbetrekking tussen de bestuurder en de rechtspersoon, krachtens welke de bestuurder verplicht is tot het leveren van een bepaalde prestatie, te weten het besturen van de vennootschap, en de rechtspersoon gerechtigd is tot deze prestatie. Hierdoor ontstaat er echter geen verbintenis waarop afdeling 9 van titel 1 van boek 6 BW van toepassing is. Met deze verplichting van de bestuurder correspondeert immers geen subjectief vermogensrecht van de vennootschap.
- 3.15 Artikel 2:9 BW houdt een norm in voor het handelen van de bestuurder bij de vervulling van de hem opgedragen taak. Eerst door schending van deze norm ontstaat een verbintenis, te weten een verbintenis tot schadevergoeding, waarop afdeling 9 van titel 1 van boek 6 BW van toepassing is.
- 3.16 Het voorgaande betekent dat wanneer de curator de bestuurder verwijt dat hij zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, de bestuurder de curator niet kan tegenwerpen dat hij niet op grond van artikel 6:89 BW binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijze had behoren te ontdekken, bij de bestuurder heeft geprotesteerd. Van Loon c.s. komen met betrekking tot de vordering ex artikel 2:9 BW dan ook geen beroep op artikel 6:89 BW toe.
- 3.17 Hetzelfde geldt voor wat betreft de vorderingen gebaseerd op artikel 2:138/248 BW en artikel 6:162 BW. De aansprakelijkheid ex artikel 2:138/248 BW is een aansprakelijkheid jegens de boedel. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat met 'de boedel' de gezamenlijke schuldeisers worden bedoeld. In feite is een vordering ex artikel 2:248 BW een vordering uit onrechtmatige daad van de crediteuren, ingesteld door de curator. Het gaat hierbij om schending van een zorgvuldigheidsnorm, niet om schending van een verbintenis. De aansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW is een aansprakelijkheid jegens individuele crediteuren en – onder omstandigheden – ook jegens de gezamenlijke crediteuren, in welk geval de vordering ex artikel 6:162 BW ook door de curator kan worden ingesteld. Aangezien er in geval van een onrechtmatige daad geen sprake is van schending van een verbintenis als bedoeld in boek 6 BW, maar van schending van een zogenaamde 'kale rechtsplicht', is artikel 6:89 BW niet van toepassing.
- 3.18 Het vorenoverwogene geldt ook voor de vorderingen jegens de commissarissen.

Het beroep op verjaring, art. 3:310 BW

- 3.19 Artikel 3:310 lid 1 BW bepaalt onder meer dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na aanvang van de dag, volgend op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijk persoon bekend is geworden.
- 3.20 Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet het criterium 'bekend is geworden' subjectief worden opgevat. Dat betekent dat aan de eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijk persoon, pas is voldaan wanneer de benadeelde daarmee daadwerkelijk bekend is geworden. Degene die zich op de verjaringstermijn beroept, zal dan ook moeten stellen en, zonodig, bewijzen dat de benadeelde daadwerkelijk bekend was met de schade en met de daarvoor aansprakelijk persoon. Het enkele vermoeden van het bestaan van schade is onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van bekendheid met de schade. Van

daadwerkelijke bekendheid met de schade zal sprake zijn wanneer met voldoende mate van zekerheid – die niet een absolute zekerheid hoeft te zijn – is vastgesteld dat er schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen. Pas dan is de benadeelde daadwerkelijk in staat een rechtsvordering tot vergoeding van de schade in te stellen en gaat de verjaringstermijn lopen.

- 3.21 Van Loon c.s. doen een beroep op verjaring ten aanzien van de vorderingen gebaseerd op artikel 2:9, 2:248 en 6:162 BW. De vorderingen gebaseerd op artikel 2:138 en artikel 2:149 BW zijn volgens Van Loon c.s. niet verjaard, aangezien de verjaringstermijn van deze vorderingen is gestuit bij brief van 16 juli 2009 (productie 4 bij de gezamenlijke conclusie). Van Loon c.s. zijn van mening dat de curatoren de in deze brief neergelegde stuitingshandeling slechts hebben verricht in hun hoedanigheid van curator in het faillissement van Vilenzo International. Alleen al om die reden zijn de door de curatoren in hun hoedanigheid van curator van de dochtervennootschappen ingestelde vorderingen met deze brief niet gestuit. Daar komt bij dat de vorderingen gebaseerd op artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW in deze brief ook niet worden genoemd. Bovendien volgt uit de brief ook niet dat de curatoren de verjaringstermijn namens de gezamenlijke crediteuren hebben gestuit.
- 3.22 De verjaringstermijn van de vorderingen gebaseerd op artikel 2:248 BW is volgens Van Loon c.s. aangevangen op de dag waarop de dochtervennootschappen failliet zijn verklaard, althans kort daarna, te weten ten tijde van het uitbrengen van het eerste faillissementsverslag in december 2004. Op dat moment waren de curatoren bekend met het feit dat de jaarrekening over 2002 van Vilenzo International te laat was gedeponereerd en met de 'interne strubbelingen binnen het management' en daarmee met de schade en de daarvoor aansprakelijk personen. Dat betekent dat ten tijde van de het uitbrengen van de dagvaarding, oktober 2012, de vorderingen ex artikel 2:248 BW waren verjaard. Hetzelfde geldt voor de vorderingen gebaseerd op artikel 6:162 BW, aldus Van Loon c.s.
- 3.23 De verjaringstermijn van de vorderingen gebaseerd op artikel 2:9 BW is volgens Van Loon c.s. aangevangen op het tijdstip dat Van Loon c.s. jegens Vilenzo International of de betrokken dochtervennootschappen toerekenbaar tekort zouden zijn geschoten of onrechtmatig zouden hebben gehandeld. Daardoor zijn de artikel 2:9 BW vorderingen al vóór datum faillissement opeisbaar geworden. Vilenzo International en de dochtervennootschappen (na faillissement vertegenwoordigd door de curatoren) worden al vóór datum faillissement geacht bekend te zijn met de schade en de daarvoor aansprakelijk persoon. De verjaringstermijn is telkens aangevangen op het moment dat de schadetoebrengende feiten zich voordeden. De verjaringstermijnen vangen daarmee aan vóór de faillissementsdatum en hebben bovendien verschillende aanvangstijdstip. Aangezien de curatoren hun vorderingen uitsluitend baseren op de periode 2001 – 2003, waren de vorderingen al verjaard op het moment waarop de curatoren de brief van 16 juli 2009 schreven. Alleen al om die reden kan deze brief de vorderingen ex artikel 2:9 BW niet hebben gestuit, aldus Van Loon c.s.
- 3.24 De curatoren betwisten dat hun vorderingen zijn verjaard. Zij voeren daartoe aan dat het enkele vermoeden van onbehoorlijk bestuur zoals zij dat in 2004 en 2005 hebben geuit op basis van het niet tijdig publiceren van jaarrekeningen en 'interne strubbelingen binnen het management', niet kan worden beoordeeld als een voldoende mate van bekendheid met de schade. De curatoren achten van belang dat het hier gaat om een beursgenoteerde onderneming met een complexe structuur, waarbij in een relatief lange periode van drie jaar voorafgaande aan het faillissement zich een groot aantal gebeurtenissen heeft voorgedaan dat grondig geanalyseerd moest worden en in zijn onderlinge samenhang moest worden bekeken. De curatoren hebben zich wat betreft het verzamelen van feiten laten bijstaan door ter zake deskundigen. In juni 2009 was er een concept rapport van de deskundigen waarbij het vooralsnog enkel ging om de vaststelling van de feiten. Dat rapport hebben de curatoren ter beschikking gesteld aan Van Loon c.s. en hen in de gelegenheid gesteld daarop te reageren. De curatoren hebben er bewust voor gekozen om geen conclusies te trekken c.q. niet te oordelen, dan nadat Van Loon c.s. in de gelegenheid waren gesteld te reageren. De curatoren hebben daarbij zoveel mogelijk zorgvuldigheid, objectiviteit en onpartijdigheid willen betrachten. Pas nadat Van Loon c.s. een reactie hadden gegeven, hebben

de curatoren, onder toezending van deze reactie, aan SVB Forensics opdracht gegeven om, rekening houdend met de reactie van Van Loon c.s. en de daarin vervatte opmerkingen, conclusies aan de geconstateerde feiten te verbinden. Het eindrapport met de conclusies omtrent het gevoerde beleid en de gevolgtrekking dat er sprake was van onbehoorlijk bestuur was in juli 2011 gereed. Pas op dat moment was er voldoende mate van bekendheid met de schade en is de verjaringstermijn gaan lopen. De curatoren hebben vervolgens binnen de termijn van vijf jaar gedagvaard. Mocht de rechtbank van oordeel zijn dat de curatoren op een eerder moment bekend waren met de schade, te weten in juni 2009 toen het conceptrapport van SBV Forensics kwam, dan heeft nog steeds te gelden dat binnen de verjaringstermijn van vijf jaar de dagvaarding is uitgebracht. Ter onderbouwing van hun stelling dat de vereiste mate van zekerheid pas ontstaat zodra de fout door een ter zake deskundig is vastgesteld en de curatoren daarvan kennis hebben genomen, verwijzen zij naar het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland van 19 juni 2013, JOR 2013/237 (Landis), waarin is geoordeeld dat de verjaring eerst is gaan lopen op het moment dat de curatoren kennis namen van het deskundigenrapport.

- 3.25 De curatoren zijn van mening dat de verjaringstermijn die in juli 2011 is gaan lopen, geldt voor de vorderingen gebaseerd op de artikelen 2:138, 2:149, 2:248 en 6:162 BW, aangezien deze vorderingen op hetzelfde feitencomplex betrekking hebben. Daarbij geldt dat in het algemeen wordt aangenomen dat de bepalingen van de artikelen 2:138/248 en 2:149 BW een species zijn van het genus onrechtmatige daad, artikel 6:162 BW, zodat ten aanzien van de verjaring van een zelfde aanvangstijdstip moet worden uitgegaan.
- 3.26 Met betrekking tot de vorderingen gebaseerd op artikel 2:9 BW, zijn de curatoren van mening dat de vroegste datum waarop de verjaring is gaan lopen 1 januari 2001 is. De verjaring is dan op z'n vroegst voltooid op 1 januari 2006, waarbij de curatoren aantekenen dat de feiten met betrekking tot de onbehoorlijke taakvervulling doorlopen tot aan de surseancedatum van 28 oktober 2004. Dat betekent dat de verjaringstermijn naar latere datum opschuift tot maximaal 28 oktober 2009. De curatoren stellen zich op standpunt dat de brief van 16 september 2005 uitgelegd moet worden als een stuiting. Dat betekent dat de verjaring doorloopt tot 16 september 2010. Vervolgens hebben de curatoren bij brief van 16 juli 2009, behalve vóór afloop van de verjaring, opnieuw de verjaring gestuit.
- 3.27 De rechtbank stelt vast dat partijen het erover eens zijn dat de door de curatoren in hun hoedanigheid van curator in het faillissement van Vilenzo International ingestelde vorderingen niet zijn verjaard, voor zover deze vorderingen zijn gebaseerd op artikel 2:138 en artikel 2:149 BW.
- 3.28 Met betrekking tot het beroep op verjaring ter zake de vorderingen die door de curatoren in hun hoedanigheid van curator in het faillissement van de dochtervennootschappen zijn ingesteld en zijn gebaseerd op artikel 2:248 BW, overweegt de rechtbank het volgende.
- 3.29 Ter beoordeling ligt allereerst voor de vraag wanneer de verjaringstermijn voor deze vorderingen is gaan lopen. De rechtbank verwerpt het standpunt van Van Loon c.s. dat dit de datum is waarop de faillissementen van de dochtervennootschappen zijn uitgesproken, dan wel de datum waarop het eerste faillissementsverslag is uitgebracht. Van Loon c.s. hebben onvoldoende concrete feiten en/of omstandigheden aangevoerd ter onderbouwing van hun stelling dat er op dat moment reeds sprake was van 'bekendheid' als bedoeld in artikel 3:310 lid 1 BW. De door Van Loon c.s. aangevoerde omstandigheden leiden hooguit tot een vermoeden van onbehoorlijk bestuur, hetgeen onvoldoende is. Daarmee is, zoals de curatoren terecht stellen, nog geen sprake van bekendheid van de benadeelde met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijk persoon, als bedoeld in artikel 3:310 lid 1 BW. Daarvoor is vereist dat de curatoren voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid hoeft te zijn – hebben verkregen omtrent de vraag of er sprake is van onbehoorlijk bestuur.
- 3.30 In zijn algemeenheid geldt dat van een curator mag worden verwacht dat hij een zorgvuldig onderzoek instelt naar de vraag of er sprake is van onbehoorlijk bestuur. Volgens de Insolad Praktijkregels, waar de curatoren naar verwijzen, streeft een curator naar objectiviteit in zijn oordeelsvorming, voert hij zijn werkzaamheden zorgvuldig, vakbekwaam en doelmatig uit en waarborgt hij binnen het kader van de wettelijke en overige voorschriften bij de uitoefening van zijn werkzaamheden de gerechtvaardigde belangen van alle bij de insolventieprocedure betrokken

partijen. Dat betekent dat de curator gehouden is zich de gerechtvaardigde belangen van de bestuurders en/of commissarissen aan te trekken en niet lichtvaardig mag overgaan tot aansprakelijkheidsstelling, aangezien hij daarmee de reputatie van bestuurders en/of commissarissen kan beschadigen. Na een eerste inventarisatie van het faillissement zal de curator zo spoedig mogelijk onderzoek moeten doen naar de vraag of er sprake is van onbehoorlijk bestuur. Dat een zorgvuldig onderzoek in een faillissement als het onderhavige enige tijd in beslag neemt, is alleszins begrijpelijk. In zijn algemeenheid geldt dat het bestuur een grote mate van beleidsvrijheid heeft. De keuze voor risicovol beleid is op zichzelf nog geen onbehoorlijke taakvervulling, zolang het beleid verantwoord is. Er dient in beginsel dan ook sprake te zijn van onverantwoord handelen door de bestuurder, met de objectieve wetenschap dat de crediteuren van de vennootschap door die handelwijze de dupe worden, wil er sprake zijn van onbehoorlijke taakvervulling. Dit vereist een zorgvuldig onderzoek. Daarbij speelt in het onderhavige geval nog mee dat het om een grote beursgenoteerde onderneming gaat met een groot aantal vennootschappen en een omvangrijke en moeilijk toegankelijke financiële administratie.

- 3.31 Ter toelichting op het tijdsverloop tussen het uitspreken van de faillissementen in november 2004 en de afronding van het feitenonderzoek op 16 juli 2009, hebben de curatoren in hun conclusie in reactie op de voorvragen aangevoerd dat zij in de periode na de verlening van de surseance van betaling aan Vilenzo International en de nadien uitgesproken faillissementen van Vilenzo International en de dochtervennootschappen, intensief hebben onderhandeld over een doorstart van het Vilenzo concern. Daarover is overeenstemming bereikt.
- 3.32 In de beginfase van het faillissement van het Vilenzo concern hebben de curatoren gesproken met CEO Doorenbos, CFO Slot en de secretaris van de raad van bestuur Knottenbelt, niet alleen om informatie te verkrijgen om tot een succesvolle doorstart te kunnen komen, maar ook om informatie te verkrijgen over de achtergronden van het faillissement. Daarnaast was er in de beginperiode ook contact met enkele business unitmanagers over allerlei doorstartperikelen, waarbij zijdelings ook gesproken is over de oorzaak van faillissement. Voor de curatoren werd duidelijk dat een uitgebreid onderzoek naar de oorzaken van het faillissement geïndiceerd was. Daarvoor zouden niet alleen de ten tijde van het faillissement verantwoordelijke bestuurders en leden van het managementteam (Doorenbos, Slot en Knottenbelt), maar ook andere verantwoordelijken gehoord moeten worden en daarnaast ook de oud bestuurders/-commissarissen in de jaren voorafgaand aan het faillissement, aldus de curatoren.
- 3.33 Begin 2005 hebben de curatoren een begin gemaakt met het bestuderen van relevante administratieve stukken, zoals notulen van de AVA's, vergaderingen van de raad van bestuur en raad van commissarissen en de gezamenlijke vergaderingen. In maart 2005 hebben de curatoren prof. dr. A.J. Bindenga ingeschakeld. Prof. Bindenga heeft de curatoren geadviseerd over jaarrekening-technische zaken, aspecten van de financiële administratie en accountants-technische zaken. In dat kader heeft hij ook gesprekken met het zittend management en Van Loon, Van Riel en Ebben voorbereid en bijgewoond. In de maanden februari, maart en april 2005 zijn gesprekken gevoerd met het zittend management. Vervolgens hebben in de periode van 29 april 2005 tot en met 14 juli 2005 de gesprekken met Van Loon c.s. plaatsgevonden en tot februari 2006 een groot aantal gesprekken met business managers en staffunctionarissen, de accountant en de president-commissaris op datum faillissement. In de periode van december 2004 tot en met februari 2006 hebben de curatoren in totaal zo'n 34 besprekingen gevoerd. Op basis van die gesprekken en de uit de administratie verkregen informatie, zijn de curatoren tot de slotsom gekomen dat verder onderzoek naar de oorzaken van het faillissement en, afhankelijk van de uitkomst daarvan, de aansprakelijkheidsstelling van (oud) bestuurders en/of commissarissen noodzakelijk was. Vervolgens is in overleg met de rechter-commissaris besloten dat de curatoren gericht onderzoek zouden gaan doen naar een aantal omstandigheden samenhangend met de aansturing van het Vilenzo concern en het gevoerde beleid, die in de voorafgaande gesprekken en bestudering van de administratieve stukken de aandacht hadden getrokken. Tevens is in overleg met prof. Bindenga besloten dat voor een aantal deelaspecten op het financiële vlak een forensisch accountant ingeschakeld moest worden, aldus nog steeds de curatoren.

- 3.34 In juli 2006 is opdracht verstrekt aan SBV Forensics. Aanvankelijk was de opdracht beperkt tot onderzoek naar omzetterugboekingen, ook om te bezien of verklaringen van managers op dit vlak met bewijsstukken uit de administratie konden worden onderbouwd, maar later zijn de onderzoekswerkzaamheden verruimd tot de voorraadwaardering, de voorraden uit de Verenigde Staten, de financiële informatievoorziening, marktontwikkeling, exoten en bedrijfshuisvesting van het Vilenzo concern. Deze onderwerpen zijn in 2007 en 2008 aan SVB Forensics nader in opdracht gegeven op basis van zaken die de curatoren in een onderzoek tegenkwamen en aanleiding gaven tot nader onderzoek door SVB Forensics in met name de financiële administratie. Het onderzoek van de curatoren en SVB Forensics heeft uiteindelijk geleid tot het conceptrapport van 16 juli 2009, aldus de curatoren.
- 3.35 De door de curatoren gegeven uitgebreide toelichting op het tijdsverloop strookt met de – meer summiere – toelichting op het tijdsverloop dat de curatoren bij dagvaarding en in hun als productie 1 bij dagvaarding gevoegde rapport curatoren hebben gegeven. Van Loon c.s. hebben dit niet weersproken. Zij hebben in hun gezamenlijke conclusie slechts aangevoerd dat er een aantal periodes van stilte is geweest, te weten 2005 – 2009, juli 2009 – juli 2011 en juli 2011 – september 2012, waarin zij niets van de curatoren hebben vernomen. Voor zover zij daarmee hebben willen betogen dat het onderzoek heeft stil gelegen, verwerpt de rechtbank dit betoog. Het enkele feit dat de curatoren hangende het onderzoek geen contact hebben opgenomen met Van Loon c.s. om hen van het verloop van het onderzoek op de hoogte te houden, rechtvaardigt niet de conclusie dat de curatoren hebben stil gezeten. Een dergelijke conclusie kan, anders dan Van Loon c.s. stellen, evenmin worden getrokken uit het feit dat in een aantal faillissementsverslagen de faillissements- en advieskosten ongewijzigd zijn gebleven. Volgens de curatoren is dit het gevolg van het feit dat er in die periodes geen ‘salarisbepaling curatoren’ of ‘facturering advieskosten’ heeft plaatsgevonden. Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat de curatoren hun onderzoek naar de oorzaken van het faillissement van Vilenzo International en de dochtervennootschappen met een redelijkerwijs van hen te verlangen voortvarendheid hebben uitgevoerd.
- 3.36 In juli 2009 hebben de curatoren het conceptrapport ‘rapport oorzaken faillissementen Vilenzo International N.V. en haar dochtervennootschappen’ van SVB Forensics ontvangen. Op dat moment waren de feiten bekend, waarop de curatoren de aansprakelijkheid van de bestuurders/commissarissen baseren. Dat de curatoren hun formele conclusies uit dat rapport pas hebben getrokken in juli 2011, nadat zij Van Loon c.s. in de gelegenheid hadden gesteld op het conceptrapport te reageren en zij op 11 december 2009 die reactie hadden ontvangen, doet naar het oordeel van de rechtbank niet af aan het feit dat de curatoren in juli 2009 bekend waren met de schade en de daarvoor aansprakelijk personen als bedoeld in artikel 3:310 lid 1 BW. Vereist is immers een voldoende mate van zekerheid, en geen absolute zekerheid, dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur. Dat betekent dat de verjaringstermijn is gaan lopen op de dag na die waarop de curatoren het conceptrapport hebben ontvangen. Nu de curatoren die datum niet hebben genoemd, gaat de rechtbank uit van de datum van het rapport, 16 juli 2009. Van Loon c.s. zijn gedagvaard in oktober 2012. Dat betekent dat ten tijde van de dagvaarding de vorderingen uit hoofde van artikel 2:248 BW nog niet waren verjaard. Het beroep op verjaring wordt dan ook verworpen.
- 3.37 Het voorgaande geldt eveneens voor de vorderingen gebaseerd op artikel 6:162 BW, aangezien deze vorderingen op hetzelfde feitencomplex zijn gebaseerd.
- 3.38 Met betrekking tot het beroep op verjaring ter zake de vorderingen gebaseerd op artikel 2:9 BW, overweegt de rechtbank het volgende.
- 3.39 Onder verwijzing naar het in de dagvaarding in hoofdstuk II geschetste feitencomplex stellen de curatoren bij dagvaarding dat dit feitencomplex niet alleen leidt tot de conclusie dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:138/248 BW, maar ook tot de conclusie dat er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:9 BW. Naast schending van de publicatie- en/of administratieplicht hebben de curatoren in voornoemd hoofdstuk II Van Loon c.s. een aantal gedragingen verweten, die volgens de curatoren leiden tot de conclusie dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur of kennelijk onbehoorlijk toezicht.

- 3.40 Volgens Van Loon c.s. baseren de curatoren hun vorderingen uitsluitend op de periode 2001 – 2003. Alle feiten waarop de curatoren de vorderingen ex artikel 2:9 BW baseren hebben zich in ieder geval voorgedaan vóór 1 januari 2004, zodat, nu namens geen van de vennootschappen de verjaring is gestuit, de rechtsvorderingen zijn verjaard, aldus Van Loon c.s.
- 3.41 De curatoren hebben aangevoerd dat uit de SVB rapportage blijkt dat vanaf april 2001 sprake is van onbehoorlijke taakvervulling/toezicht van bestuurders en/of commissarissen, onder meer met betrekking tot omzetverschuivingen en voorraadwaardering van zodanige aard en omvang dat de jaarrekeningen 2001 en 2002 als misleidend worden gekwalificeerd. Aangezien de feiten die tot een en ander hebben geleid zich na 1 januari 2001 hebben voorgedaan, gaan de curatoren uit van 1 januari 2001 als aanvang van de onbehoorlijke taakvervulling en daarmee als vroegste datum waarop de verjaring van de rechtsvordering tot vergoeding van schade gebaseerd op artikel 2:9 BW is gaan lopen. 'De verjaring is dan op zijn vroegst voltooid op 1 januari 2006, waarbij aantekening verdient dat de feiten met betrekking tot de onbehoorlijke taakvervulling doorlopen tot aan de surseancedatum van 28 oktober 2004', zodat 'de verjaringstermijn opschuift tot maximaal 28 oktober 2009', aldus de curatoren.
- 3.42 Naar Van Loon c.s. terecht stellen, vangt met ieder schadetoebrengend feit dat hen wordt verweten en dat onbehoorlijke taakvervulling oplevert, een verjaringstermijn aan. De bestuurders en commissarissen zullen per verweten gedraging telkens meteen hebben geweten van het schadetoebrengend karakter van hun ernstig verwijtbaar handelen en van hun aansprakelijkheid jegens de vennootschap. Deze wetenschap moet worden toegerekend aan de vennootschap. Dat betekent dat de vennootschap vanaf verschillende momenten daadwerkelijk in staat was een rechtsvordering tot schadevergoeding jegens de bestuurders en commissarissen in te stellen. Vanaf die momenten is telkens een verjaringstermijn van vijf jaar gaan lopen. Nu Van Loon c.s. zich op het standpunt stellen dat de uit deze schadetoebrengende feiten voortvloeiende rechtsvorderingen zijn verjaard, had het op hun weg gelegen om per verweten gedraging aan te geven wanneer de verjaringstermijn is gaan lopen. Zij hebben dit nagelaten. Zij hebben slechts aangevoerd dat de curatoren zich baseren op de periode van 2001 – 2003, zonder daarbij in te gaan op de hen verweten gedragingen of de periode waarin deze gedragingen zouden hebben plaatsgevonden. Bij gebreke van enig onderbouwing, gaat de rechtbank dan ook uit van 1 januari 2004 als datum waarop de verjaringstermijn is gaan lopen. Dat betekent dat de rechtsvorderingen op 1 januari 2009 zijn verjaard, tenzij de verjaring voor die tijd is gestuit. De curatoren hebben weliswaar aangevoerd dat de verjaringstermijn opschuift tot 28 oktober 2009, maar hebben nagelaten te onderbouwen uit welke verweten gedragingen de feiten bestaan, die volgens hen doorlopen tot aan de surseancedatum.
- 3.43 Ingevolge artikel 3:317 BW wordt de verjaring van een rechtsvordering gestuit door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoud. Volgens vaste jurisprudentie moet het gaan om een voldoende duidelijke waarschuwing aan de schuldenaar dat hij er ook na het verstrijken van de verjaringstermijn rekening mee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijkerwijs alsnog in te stellen rechtsvordering behoorlijk kan verweren.
- 3.44 Van Loon c.s. voeren – zonder enige nadere onderbouwing – aan dat er namens geen van de vennootschappen vóór 1 januari 2009 een stuiting van de rechtsvordering heeft plaatsgevonden. De curatoren stellen zich daarentegen op het standpunt dat er een stuiting heeft plaatsgevonden bij brief van 16 september 2005. In deze brief, die tot strekking heeft de (ex)bestuurders en/of (ex)commissarissen van Vilenzo International te wijzen op het feit dat de dekking onder de bij Chubb Insurance Company lopende Commissaris- en Bestuurdersaansprakelijkheids-verzekering op 1 oktober 2005 eindigt, delen de curatoren de (ex)bestuurders en (ex)commissarissen van Vilenzo International mee dat zij een onderzoek instellen naar de oorzaken van het faillissement en dat er een gereede kans bestaat dat zij aansprakelijk worden gesteld voor de door gefailleerde geleden schade c.q. het tekort van de boedel, aangezien er naar het voorlopig oordeel van de curatoren sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur/toezicht.
- 3.45 De rechtbank is met de curatoren van oordeel dat de brief van 16 september 2005 als een

stuitingshandeling kan worden beschouwd. In deze brief spreken de curatoren hun vermoeden uit dat er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling jegens de vennootschap in de zin van artikel 2:9 BW en wijzen zij de bestuurders en commissarissen in verband daarmee op de beëindigingdatum van de aansprakelijkheidsverzekering, met het advies om voor die datum de verzekeringsmaatschappij overeenkomstig artikel 11.2 van de polisvoorwaarden van deze brief in kennis te stellen. In artikel 11.2 van de polisvoorwaarden is bepaald dat indien gedurende de verzekeringstermijn verzekerde bekend wordt met een omstandigheid die zou kunnen leiden tot een aanspraak en verzekerde de maatschappij schriftelijk van deze omstandigheid in kennis stelt, iedere aanspraak die voortvloeit uit deze omstandigheid zal worden beschouwd als te zijn ingediend gedurende de verzekeringstermijn. De mededeling in de brief van 16 september 2005 is volgens de curatoren door Chubb Insurance Company aanvaard als een omstandighedenmelding in de zin van artikel 11.2 van de polisvoorwaarden.

- 3.46 Gezien de mededeling van de curatoren dat zij bezig zijn met onderzoek naar de oorzaken van het faillissement en de daaruit mogelijk voortvloeiende bestuurders-/commissarissenaansprakelijkheden en dat zij pas na afronding van het onderzoek een definitieve beslissing omtrent de aansprakelijkheidsstelling kunnen geven, houdt deze brief, gezien in samenhang met het advies de verzekeraar van deze brief in kennis te stellen, een voldoende duidelijke waarschuwing in dat de bestuurders en commissarissen er rekening mee moeten houden dat zij de beschikking houden over gegevens en bewijsmateriaal, opdat zij zich tegen een dan mogelijk alsnog in te stellen rechtsovereenkomstig behoorlijk kunnen verweren.
- 3.47 Anders dan de curatoren, is de rechtbank van oordeel dat deze stuiting alleen geldt voor de rechtsovereenkomstig ingesteld door de curatoren in hun hoedanigheid van curator in het faillissement van Vilenzo International. In de aanhef van de brief wordt immers alleen gesproken over het faillissement van Vilenzo International en ook met betrekking tot het onderzoek wordt niet verwezen naar de faillissementen van de dochtervennootschappen. Voor zover het betoog van de curatoren, dat de omstandigheden melding niet alleen betrekking had op Vilenzo International maar ook op de dochtervennootschappen, ertoe strekt te stellen dat daaruit blijkt dat Van Loon c.s. hebben begrepen dat de curatoren zich ook in hun hoedanigheid van curator van het dochtervennootschappen het recht op nakoming hebben voorbehouden, wordt dit als onvoldoende onderbouwd verworpen. De curatoren hebben geen stukken in het geding gebracht waaruit blijkt de (ex)bestuurders de omstandigheden melding ook hebben gedaan in hun hoedanigheid van (indirect) bestuurder van de dochtervennootschappen, noch stukken waaruit blijkt dat de verzekeringsmaatschappij de omstandigheden melding aldus heeft opgevat. Het enkele feit dat, naar de curatoren stellen, bij de brief van 16 september 2005 een brief is gevoegd van de ABN AMRO bank (namens Chubb Insurance company) van 5 september 2005, gericht aan curator mr. Hermsen, waarin de zinsnede voorkomt:

“indien u als vertegenwoordiger van de voormalige bestuurders en commissarissen van Vilenzo International N.V. en gelieerde ondernemingen, hiervan gebruik wenst te maken, dan verzoeken wij u vriendelijk dit op korte termijn kenbaar te maken.”

waaruit blijkt dat ook de dochtervennootschappen onder de dekking vallen, is in dit verband onvoldoende.

- 3.48 Het voorgaande betekent dat de door de curatoren in hun hoedanigheid van curator van de dochtervennootschappen ingestelde rechtsovereenkomstig instellingen ex artikel 2:9 BW zijn verjaard. De partijen verdeeldhoudende vraag of de brief van 16 juli 2009 ter zake deze rechtsovereenkomstig instellingen als een stuitingshandeling kan worden beschouwd, behoeft in dit verband geen bespreking meer. Deze vraag is wel van belang voor de door de curatoren in hun hoedanigheid van curator van Vilenzo International ingestelde rechtsovereenkomstig instelling ex artikel 2:9 BW. Door de stuiting bij brief van 16 september 2005, eindigt de verjaringstermijn immers op 16 september 2010, tenzij deze termijn bij brief van 16 juli 2009 is gestuit.
- 3.49 Van Loon c.s. zijn van mening dat nu de rechtsovereenkomstig instelling ex artikel 2:9 BW niet in de brief van 16 juli 2009 wordt genoemd, de verjaring van deze rechtsovereenkomstig instelling door deze brief niet is gestuit. De curatoren betwisten dat en stellen zich op standpunt dat de brief van 16 juli 2009 dient te worden gezien in het licht van de brief van 16 september 2005, waarin wordt aangegeven dat er

onderzoek wordt ingesteld naar, onder meer, de vraag of er termen zijn (ex)bestuurders en/of (ex)commissarissen aan te spreken uit hoofde van onbehoorlijke taakvervulling jegens de vennootschap (artikel 2:9 BW) danwel bestuurdersaansprakelijkheid/commissarissenaansprakelijkheid (artikel 2:138 BW/2:149 BW) dan wel op andere gronden.

- 3.50 De rechtbank geeft de curatoren hierin gelijk. Bij brief van 16 juli 2009 hebben de curatoren aan de (ex)bestuurders en (ex)commissarissen van Vilenzo International het rapport toegestuurd, dat het resultaat is van het bij brief van 16 september 2005 genoemde onderzoek. Nu de curatoren bij brief van 16 september 2005 al hebben aangekondigd dat eerst na afronding van dat onderzoek kan worden beslist of de bestuurders en/of commissarissen kunnen worden aangesproken uit hoofde van onbehoorlijke taakvervulling jegens de vennootschap (artikel 2:9 BW) danwel bestuurdersaansprakelijkheid/commissarissenaansprakelijkheid (artikel 2:138 BW/2:149 BW) dan wel op andere gronden, kan de brief van 16 juli 2009, waarin de curatoren zich uitdrukkelijk het recht voorbehouden op nakoming van de op de bestuurders/commissarissen rustende verbintenis tot vergoeding van schade samenhangend met hun handelen en of nalaten als (ex)bestuurder dan wel (ex)commissaris van Vilenzo International, niet anders worden opgevat dan een stuiting van – onder meer – de rechtsvordering ex artikel 2:9 BW.
- 3.51 Het voorgaande betekent dat het beroep op verjaring uitsluitend slaagt ten aanzien van de door de curatoren in hun hoedanigheid van curator van de dochtervennootschappen ingestelde vordering ex artikel 2:9 BW.
- 3.52 De curatoren stellen nog dat het beroep op verjaring in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Zij voeren daartoe aan dat er sprake is van misleidende jaarrekeningen over 2001 en 2002, waardoor het onderzoek om tot de conclusie te kunnen komen dat in het Vilenzo-concern bij de jaarovergangen 2001 – 2002 en 2002 – 2003 bewust en systematisch omzet is verschoven naar de voorgaande boekjaren en er sprake is van te veel en te hoog gewaardeerde voorraden, bijzonder tijdrovend is geweest. Deze tijd dient voor rekening en risico van Van Loon c.s. te komen, aldus de curatoren. Zij verwijzen in dit verband naar het Saelman-arrest, Hoge Raad 31 oktober 2003, NJ 2006/112, waarin de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.4 heeft overwogen

“dat, indien de benadeelde zijn vordering niet kan instellen door omstandigheden die aan de schuldenaar moeten worden toegerekend, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de schuldenaar zich erop zou vermogen te beroepen dat de vijfjarige verjaring is begonnen te lopen op het zojuist bedoelde tijdstip. De korte verjaringstermijn gaat dan pas in wanneer die omstandigheden niet langer verhinderen dat de vordering kan worden ingesteld.”

De rechtbank is van oordeel dat het beroep op de redelijkheid en billijkheid de curatoren niet kan baten, aangezien de vijfjaarstermijn al geruime tijd was verstreken op het moment waarop de faillissementen werden uitgesproken, en daarmee al voordat de curatoren bedoeld onderzoek hebben laten verrichten.

Het beroep op schending van een redelijke termijn ex artikel 6 EVRM

- 3.53 In artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) is onder meer bepaald dat een ieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld.
- 3.54 Van Loon c.s. stellen zich op het standpunt dat de curatoren zijn gebonden aan het EVRM, aangezien zij public authority uitoefenen. Gezien het tijdsverloop tussen de datum waarop de faillissementen zijn uitgesproken (november 2004) en de datum waarop de curatoren de dagvaarding hebben uitgebracht (oktober 2012), zijn Van Loon c.s. van mening dat de curatoren de redelijke termijn zoals bedoeld in artikel 6 EVRM hebben geschonden. Dit verweer heeft alleen betrekking op de vorderingen van de curatoren ex artikel 2:138/248 en artikel 2:149 BW en niet op de vorderingen ex artikel 2:9 BW en 6:162 BW, omdat de curatoren die vorderingen niet hebben ingesteld als curator, maar in hun hoedanigheid van vertegenwoordiger van Vilenzo International en de dochtervennootschappen en in die hoedanigheid geen public authority uitoefenen, aldus Van Loon c.s.

- 3.55 Van Loon c.s. baseren hun stelling dat de curatoren public authority uitoefenen op jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), in het bijzonder de uitspraak Wós/Polen (EHRM 8 juni 2006, nr. 22860/02), waarin het EHRM oordeelde dat formeel privaatrechtelijke rechtspersonen die deels of geheel belast zijn met een publieke taak ook gebonden zijn aan het EVRM, wanneer zij die publieke taak uitoefenen, alsmede de uitspraak Kotov/Russia (EHRM 14 januari 2010, nr. 5422/00) en Foxley/Verenigd Koninkrijk (EHRM 20 juni 2000, nr. 33274/96), waarin het EHRM ten aanzien van curatoren heeft geoordeeld dat zij public authority uitoefenen. Weliswaar heeft in appel de Grote Kamer van het EHRM in de zaak Kotov/Russia II (EHRM 3 april 2012, nr. 54522/00) geoordeeld dat de betrokkenheid van de Staat bij het werk van de Russische curator en diens positie en bevoegdheden uiteindelijk niet voldoende waren om public authority aan te nemen, maar op basis van de vijf in die uitspraak genoemde criteria zijn Van Loon c.s. van mening dat, gezien de wettelijke bevoegdheden van de curator in Nederland, de Nederlandse curatoren public authority uitoefenen.
- 3.56 De curatoren betwisten dat zij zijn aan te merken als 'openbaar gezag' (public authority). De verplichting om artikel 6 EVRM te waarborgen rust slechts op de verdragsstaat en al haar organen, c.q. het openbaar gezag. Ter onderbouwing van hun stelling dat zij niet als openbaar gezag kunnen worden aangemerkt verwijzen de curatoren zowel naar de uitspraak van de grote kamer van het EHRM inzake Kotov/Russia II, als naar het arrest van het EVRM inzake Katsyuk/Ukraine (EHRM 5 juli 2005, nr. 58928/00). Daarnaast verwijzen zij naar het arrest van de Hoge Raad van 17 april 1959, NJ 1961/573 (Bloemsma), waarin de Hoge Raad oordeelde dat het gerechtshof terecht had geoordeeld dat vereffening van de failliete boedel geen staatszaak is en de faillissementscurator geen met staatsgezag bekleed orgaan is.
- 3.57 Voornoemde arresten van het EHRM, waar partijen naar verwijzen, hebben betrekking op de vraag of een Staat kan worden aangesproken wegens schending van één van de grondrechten van het EVRM door een curator. Het oordeel van het EHRM komt erop neer dat een Staat alleen aansprakelijk is voor de gedragingen van een curator, wanneer de curator kan worden aangemerkt als public authority of State agent. Of daarvan sprake is, dient te worden beoordeeld aan de hand van het nationale recht van de betrokken verdragsluitende Staat.
- 3.58 De rechtbank is van oordeel dat voor de beoordeling van het beroep van Van Loon c.s. op artikel 6 EVRM, het antwoord op de vraag of een Nederlandse curator kan worden aangemerkt als public authority niet van belang is. Ook indien de curator geacht kan worden public authority uit te oefenen en daardoor aangemerkt zou kunnen worden als een vertegenwoordiger of orgaan van de Staat, voor wiens handelen de overheid aansprakelijk kan worden gehouden, dan volgt daaruit nog niet dat de curator bij zijn onderzoek naar de oorzaak van het faillissement en – in het verlengde daarvan – eventuele aansprakelijkheid van de bestuurders en/of commissarissen gebonden is aan artikel 6 EVRM. Artikel 6 EVRM, dat het recht beschermt op een eerlijk proces, is in een situatie als de onderhavige niet van toepassing. Pas na afronding van het onderzoek, aansprakelijkheidsstelling en dagvaarding, geeft artikel 6 EVRM aan derden, zoals bestuurders en commissarissen, het recht op een eerlijke en openbare behandeling van hun zaak. Dat betekent dat er geen sprake kan zijn van schending van artikel 6 EVRM, wanneer de curator dat onderzoek niet binnen redelijke termijn afrondt.
- 3.59 Van Loon c.s. verwijzen nog naar het arrest van het EHRM van 26 oktober 2000, nr. 21156/93 inzake G.J./Luxemburg, waarin het EHRM, op de klacht dat de afwikkeling van het faillissement te lang had geduurd, oordeelde dat er sprake was van schending van artikel 6 EVRM. Voor zover Van Loon c.s. daarmee willen betogen dat artikel 6 EVRM ook van toepassing is op faillissementsprocedures, kan dit betoog hen niet baten. Voornoemde uitspraak is gewezen naar aanleiding van een klacht van de (bestuurder van de) failliete rechtspersoon. Uit deze uitspraak kan alleen worden afgeleid dat een failliet recht heeft op afwikkeling van zijn faillissement binnen een redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 EVRM. Het EHRM heeft kennelijk als uitgangspunt gehanteerd dat de faillissementsprocedure een procedure is waarbinnen de burgerlijke rechten en verplichtingen van de failliet worden vastgesteld. De verhouding tussen de curator en de failliet is echter een andere dan de verhouding tussen de curator en een derde, die door de curator in een procedure wordt betrokken. In laatstgenoemde (rechts)verhouding speelt artikel 6 EVRM pas

nadat de derde door de curator in een procedure is betrokken. In dat geval heeft die derde bij de vaststelling van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen recht op een eerlijk proces. De curator is tijdens het onderzoek, dat aan de aansprakelijkheidsstelling en dagvaarding voorafgaat, in zijn verhouding jegens die derde niet gebonden aan artikel 6 EVRM.

- 3.60 Het voorgaande leidt tot de slotsom dat het beroep van Van Loon c.s. op schending van de redelijke termijn ex artikel 6 EVRM wordt verworpen.
- 3.61 Van Loon c.s. hebben in hun gezamenlijke conclusie nog aangevoerd dat de curatoren het beginsel van equality of arms hebben geschonden. De curatoren stellen zich in verband hiermee terecht op het standpunt dat Van Loon c.s. hiermee hun derde aanvraag in hun brief van 14 december 2012 ten onrechte hebben opgerekt. De rechtbank merkt op dat genoemde brief van 14 december 2012 – waarop de curatoren hebben gereageerd bij brief van 15 januari 2013 – voor de rechtbank aanleiding is geweest om het verzoek van Van Loon c.s., om een comparitie voor antwoord te gelasten, te honoreren. Tevens waren de in die brief van 14 december 2012 genoemde aanvragen aanleiding ter comparitie de afspraak te maken zoals in rechtsoverweging 3.1 is verwoord. Eén van de drie aanvragen heeft betrekking op het beroep op schending van de redelijke termijn als bedoeld in art. 6 EVRM; schending van het daarin vervatte beginsel van equality of arms is door Van Loon c.s. niet aan de orde gesteld. De rechtbank zal het beroep op dit beginsel dan ook verder niet bespreken.

Conclusie

- 3.62 De rechtbank komt tot de conclusie dat het beroep van Van Loon c.s. op schending van de klachtplicht ex artikel 6:89 BW wordt verworpen, evenals het beroep op schending van artikel 6 EVRM, en dat het beroep op verjaring ex artikel 3:310 BW alleen slaagt ten aanzien van de vorderingen gebaseerd op artikel 2:9 BW, voor zover deze vorderingen zijn ingesteld door de curatoren in hun hoedanigheid van curator van de dochtervennootschappen.
- 3.63 Dat betekent dat de zaak naar de rol wordt verwezen voor voortzetting van de procedure, met uitzondering van de vorderingen genoemd onder A. 2. subsidiair, tweede helft, en onder B. 2. subsidiair, tweede helft.
- 3.64 Partijen zijn ter comparitie overeengekomen dat zij het er over eens zijn dat dit vonnis in deze stand van de procedure niet appellabel is en dat de zaak thans voor conclusie van antwoord staat aan de zijde van Van Loon c.s.

4. De beslissing

De rechtbank

verwijst de zaak naar de rol van 17 december 2014 voor conclusie van antwoord aan de zijde van gedaagden,
houdt iedere verdere beslissing aan.