

JOR 2017/160, Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 14-09-2016,

ECLI:NL:RBZWB:2016:5763, C/02/289660 / HA ZA 14-796 (annotatie)

Gegevens

Instantie	Rechtbank Zeeland-West-Brabant zp Breda
Datum uitspraak	14-09-2016
Publicatie	JOR 2017/160 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 6, 2017
Annotator	mr. J.P.D. van der Klift
ECLI	ECLI:NL:RBZWB:2016:5763
Zaaknummer	C/02/289660 / HA ZA 14-796
Overige publicaties	ECLI:NL:RBZWB:2016:5763 INS-Updates.nl 2016-0366 AR 2016/2715 RO 2016/67
Rechtsgebied	Ondernemingsrechtpraktijk
Rubriek	Ondernemingsrecht
Rechters	mr. Van Geloven mr. Combee mr. Van 't Nedereind
Partijen	1. Mr. E.C.M. Wagemakers, in hoedanigheid van curator in het faillissement van de naamloze vennootschap NV Ebcon Holding, 2. mr. E.C.M. Wagemakers, in hoedanigheid van curator in het faillissement van de naamloze vennootschap NV Ebcon Networks, eiser in de hoofdzaak, verweerder in het incident, tegen Y, gedaagde in de hoofdzaak, eiser in het incident, advocaat mr. J.L. Stoevenbeld.
Regelgeving	BW Boek 2 - 138 BW Boek 2 - 248 BW Boek 3 - 317 BW Boek 6 - 89 BW Boek 6 - 162

Inhoudsindicatie

Externe bestuurdersaansprakelijkheid, Faillissement, Klachtplicht geldt niet bij vorderingen tegen bestuurder ex art. 6:162 of 2:138/248 BW, Verjaringstermijn van vordering ex art. 2:138 BW is niet tijdig gestuit, Belangenafweging valt anders uit bij stuiting verjaringstermijn van vordering ex art. 6:162 BW, Geen reden voor omkering bewijslast

Ga direct naar

[Samenvatting](#)

[Uitspraak](#)

[Beslissing/besluit](#)

[Noot](#)

Samenvatting

In het geval een vordering op onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) is gegrond, hangt het af van de feitelijke grondslag die de schuldeiser aan deze vordering ten grondslag legt of art. 6:89 BW van toepassing is. Indien de feitelijke grondslag is dat de schuldenaar een prestatie op grond van een verbintenis, uit overeenkomst of uit andere bron, niet deugdelijk is nagekomen, is art. 6:89 BW van toepassing. Indien de feitelijke grondslag is dat de schuldenaar de op een ieder rustende rechtsplicht heeft geschonden om zich jegens derden te onthouden van onrechtmatige gedragingen als bedoeld in art. 6:162 BW, is art. 6:89 BW niet van toepassing. De verplichting tot het naleven van genoemde rechtsplicht vindt niet haar grondslag in enige verbintenis tussen schuldenaar en schuldeiser, uit welke bron dan ook. Pas door schending van een dergelijke rechtsplicht ontstaat een verbintenis, namelijk de verbintenis tot het betalen van schadevergoeding. De bron van die verbintenis is de wet, art. 6:162 BW. In het geval van art. 2:138 BW geldt hetzelfde. Pas door schending van de tot het bestuur gerichte norm tot een behoorlijke taakuitoefening ontstaat een verbintenis, namelijk de verbintenis tot het betalen van het boedeltekort in een faillissement. De bron van die verbintenis is art. 2:138 lid 1 BW. Aan de vorderingen van de curator uit hoofde van art. 6:162 BW en art. 2:138 BW ligt niet feitelijk ten grondslag dat een prestatie die uit een verbintenis voortvloeit gebrekkig is. De vordering is feitelijk gegrond op schending van voormelde rechtsplichten. Art. 6:89 BW is in dit geval derhalve niet van toepassing. De bestuurder komt niet een beroep toe op art. 6:89 BW.

Uit het faillissementsverslag van de curator van 3 augustus 2001 volgt dat de curator op dat moment bekend was met de schade (t.w. hoge vorderingen van crediteuren, terwijl blijkt dat de boedel ontoereikend is en blijft om die vorderingen te voldoen). Op dat moment stond tevens vast dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk had vervuld als bedoeld in art. 2:138 lid 1 BW. De curator had in dit geval al in augustus 2001 voldoende zekerheid (ook op het punt van het causale verband) om daadwerkelijk een rechtsvordering in te kunnen stellen. Het belang van de curator, dat het redelijk moet zijn te oordelen dat hij daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering in te stellen, is in acht genomen. Na augustus 2001 komt het belang bij rechtszekerheid voor gedaagde aan de orde. Gegeven de aanvang van de verjaringstermijn in augustus 2001 heeft met de brief van 9 februari 2010 geen tijdige stuiting van deze termijn plaatsgehad. De rechtbank vindt de enkele schending van art. 2:394 en/of 2:10 BW niet voldoende voor het oordeel dat de curator daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering in te stellen. Daarvoor is tevens voldoende zekerheid over het causale verband tussen onbehoorlijk bestuur en faillissement nodig. De curator beroept zich op de regels van Insolad op grond waarvan hij deugdelijk onderzoek moet doen. De rechtbank vindt dat de vraag op welk tijdstip de curator op grond van regels voor zijn beroepsgroep een procedure mag starten, dient te worden onderscheiden van de vraag op welk tijdstip de verjaringstermijn van de rechtsvordering aanvangt.

De subsidiaire vordering van de curator is gegrond op onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW. Op de gedaagde bestuurder rust de plicht feiten en omstandigheden te stellen die aannemelijk maken dat de curator al vijf jaren voor 9 februari 2010 bekend was met schade op grond van onrechtmatige daad en gedaagde als daarvoor aansprakelijke persoon. Voor omkering van de bewijslast is geen aanleiding. Hier prevaleert dan het belang van de curator om niet zodanig in tijd te worden beperkt in de mogelijkheid schadevergoeding te kunnen krijgen dat hem daardoor op onredelijke wijze een mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen wordt ontnomen.

Uitspraak

(...; red.)

2. Het geschil

In de hoofdzaak

2.1. De curator vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

Primair:

1. te verklaren voor recht dat het bestuur van N.V. Ebcon Holding en/of N.V. Ebcon Networks (in de periode vóór 10 juli 2000) niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit artikel 2:10 BW en/of 2:394 BW en daarom zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van N.V. Ebcon Holding en/of N.V. Ebcon Networks, alsmede te verklaren voor recht dat [gedaagde] op de voet van artikel 2:138 lid 2 BW jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden van N.V. Ebcon Holding en/of N.V. Ebcon Networks, voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan;

althans te verklaren voor recht dat het bestuur van N.V. Ebcon Holding en/of N.V. Ebcon Networks (in de periode vóór 10 juli 2000) zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, op de wijze zoals in de dagvaarding en overige gedingstukken uiteengezet en dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van N.V. Ebcon Holding en/of N.V. Ebcon Networks, alsmede te verklaren voor recht dat [gedaagde] op de voet van artikel 2:138 lid 1 BW jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden van N.V. Ebcon Holding en/of N.V. Ebcon Networks, voor zover deze niet door de vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan;

2. [gedaagde] hoofdelijk, te weten naast de andere directeuren [directeur 1] en [directeur 2], te veroordelen, des dat de ene betaalt, de andere is bevrijd, tot betaling aan de curator van een bedrag van € 49.600.000,-, zijnde het tot op heden bekende tekort in het faillissement van N.V. Ebcon Holding/N.V. Ebcon Networks, voor zover dit tekort niet door vereffening van de overige baten uit de boedel van de gefailleerde vennootschap kan worden voldaan, vermeerderd met de wettelijke (handels)rente vanaf de faillissementsdatum, althans vanaf de datum van de dagvaarding, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen datum tot aan de dag der algehele voldoening, alsmede te veroordelen tot betaling van het overigens nog blijvende tekort in voormeld faillissement, een en ander op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, vermeerderd met de wettelijke (handels)rente vanaf de faillissementsdatum, althans vanaf de datum van indiening van de dagvaarding, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen datum tot aan de dag der algehele voldoening;

Subsidiair:

1. te verklaren voor recht dat [gedaagde] als directeur van N.V. Ebcon Holding toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld (jegens N.V. Ebcon Holding) terzake van handelen en/of het nalatig blijven terzake van rechtshandelingen en betalingen zoals in de dagvaarding omschreven onder punt 11 alsmede 15;

2. [gedaagde] hoofdelijk, te weten naast de andere directeuren [directeur 1] en [directeur 2], althans afzonderlijk, althans gezamenlijk te veroordelen, des dat de ene betaalt de ander is bevrijd,

te betalen aan de curator een bedrag van NLG 27.420.000,- althans NLG 9.728.785,-, althans NLG 7.694.518,-, althans de tegenwaarde in euro's, althans een door de rechtbank in goede justitie te betalen bedrag, althans te veroordelen tot betaling c.q. vergoeding van de schade die N.V. Ebcon Holding, als gevolg van voormeld toerekenbaar onrechtmatig handelen lijdt c.q. heeft geleden, welke schadevergoeding opgemaakt zal worden bij staat en te vereffenen volgens de wet, vermeerderd met de wettelijke (handels)rente vanaf het tijdstip waarop de desbetreffende bedragen zijn betaald, althans vanaf de datum van het faillissement, althans vanaf de datum van de dagvaarding, althans vanaf een door de rechtbank in goede justitie te bepalen datum, tot aan de dag der algehele voldoening;

3. te verklaren voor recht dat [gedaagde] als bestuurder van N.V. Ebcon Holding toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld jegens N.V. Ebcon Holding terzake van de uitgevoerde betalingen in de dagvaarding omschreven onder punt 12 en 16;

4. [gedaagde] hoofdelijk, te weten naast de andere directeuren [directeur 1] en [directeur 2], althans afzonderlijk, althans gezamenlijk te veroordelen, des dat de ene betaalt de ander is bevrijd,

tot betaling aan de curator van:

– een bedrag van GBP 400.000,-, althans de tegenwaarde in euro's, vermeerderd met wettelijke handelsrente vanaf het tijdstip van betaling, zijnde 10 juni 1999, althans vanaf het faillissement, althans vanaf het tijdstip van de dagvaarding, althans vanaf een door de rechtbank in goede justitie te betalen datum, tot aan de dag der algehele voldoening;

– een bedrag van NLG 839.883,55, althans de tegenwaarde in euro's, vermeerderd met wettelijke rente, vanaf het tijdstip van betaling van de bedragen, een en ander zoals blijvende uit de laatste pagina van het rapport van Kroll Associates, overgelegd als productie 49, althans vanaf de datum van het faillissement, althans vanaf het tijdstip van de dagvaarding, althans vanaf een door de rechtbank in goede justitie te bepalen datum tot aan het tijdstip van algehele voldoening;

– een bedrag van FF 1.150.500,-, althans de tegenwaarde in euro's, vermeerderd met de wettelijke handelsrente vanaf de datum van het faillissement, althans vanaf het tijdstip van de dagvaarding, althans vanaf een door de rechtbank in goede justitie te bepalen datum tot aan het tijdstip van algehele voldoening;

5. [gedaagde] te veroordelen in de kosten van dit geding.

2.2. [gedaagde] heeft verweer gevoerd.

In het incident

2.3. [gedaagde] vordert bij vonnis de curator in zijn vorderingen niet-ontvankelijk te verklaren c.q. die hem te ontzeggen, met veroordeling van de curator in de proceskosten.

2.4. De curator heeft verweer gevoerd.

*3. De beoordeling**In de hoofdzaak en in het incident*

3.1. De rechtbank stelt tussen partijen in deze zaak de volgende feiten vast.

3.1.1. Per 30 oktober 1998 is B.V. Ebcon Holding activiteiten gaan verrichten, bestaande uit de handel in componenten voor de telecom-infrastructuur. Bestuurders van deze vennootschap waren vanaf dat moment [directeur 1] ([directeur 1]) en [directeur 2] ([directeur 2]), per 1 april 1999 aangevuld met [gedaagde].

3.1.2. Per 31 mei 1999 zijn de rechtsvorm en naam van B.V. Ebcon Holding gewijzigd naar N.V. Ebcon Holding. Het bestuur van die vennootschap bestond tot 16 maart 2000 uit [directeur 1], [directeur 2] en [gedaagde]. Vanaf 16 maart 2000 bestond het bestuur uit [directeur 1], [directeur 2], [bestuurslid 1], [bestuurslid 2] en [bestuurslid 3].

3.1.3. N.V. Ebcon Holding stond aan het hoofd van een groep vennootschappen. Zij was bestuurder van onder meer N.V. Ebcon Components en N.V. Ebcon Networks, die op hun beurt weer (indirect) bestuurder waren van meerdere vennootschappen. De achtergrond van deze structuur was de beoogde groei van activiteiten als gevolg van de sterke ontwikkeling die de telecommarkt in 1998 en 1999 doormaakte. De beoogde activiteiten betroffen naast de handel in componenten voor de telecom-infrastructuur ook de aanleg en het beheer van buizenstelsels in Europa ten behoeve van glasvezelkabels.

3.1.4. Op 7 oktober 1999 heeft N.V. Ebcon Holding een overeenkomst met KPN Qwest gesloten waarbij N.V. Ebcon Holding op zich heeft genomen een buizenstelsel in verschillende landen in Europa aan te leggen. De door KPN Qwest te betalen prijs bedroeg (omgerekend) € 131.000.000,-. De Deutsche Bank heeft ten gunste van KPN Qwest een bankgarantie afgegeven voor een bedrag van € 90.000.000,-, welk bedrag op een geblokkeerde rekening van die bank is geplaatst. Een bedrag van € 41.000.000,- is door KPN Qwest direct ter beschikking van N.V. Ebcon Holding gesteld.

3.1.5. N.V. Ebcon Materials en Muller Traveaux Publics et BESIX S.A. (Muller) hebben in december 1998 een samenwerkingsovereenkomst gesloten ten behoeve van de door Muller in het kader van de overeenkomst tussen N.V. Ebcon Holding en KPN Qwest aan te leggen buizen. In de overeenkomst tussen N.V. Ebcon Materials en Muller is opgenomen dat in de door Muller te betalen prijs voor materialen een provisie is opgenomen. De totale provisie bedraagt NLG 45.700.000,- waarvan 40% in N.V. Ebcon Holding is terecht gekomen en 60% (NLG 27.420.000) niet. Concrete betalingen aan derden betreffen een bedrag van in totaal NLG 9.728.785,-. Bij overeenkomst van onbekende datum tussen Ripal B.V. en N.V. Ebcon Holding heeft N.V. Ebcon Holding afstand gedaan van een vordering ten bedrage van NLG 7.694.518,- op Ripal B.V., waar tegenover Ripal B.V. afstand heeft gedaan van haar rechten uit hoofde van twee overeenkomsten inzake profit-sharing met betrekking tot "het project Frankrijk".

3.1.6. In een rapport van Kroll Associates UK Ltd. van 10 januari 2001 naar aanleiding van een drietal facturen in de administratie van N.V. Ebcon Holding, te weten van Global Intervention Services Ltd. uit Gibraltar aan N.V. Ebcon Materials, van Jurisconsulting Ltd. uit Engeland aan N.V. Ebcon C&C en van Orbitek International Ltd. uit Engeland aan N.V. Ebcon Materials, is vermeld dat N.V. Ebcon Holding in totaal respectievelijk FF 1.150.500,- GBP 400.000,- en NLG 839.883,55 heeft betaald. Deze bedragen zijn bij in het buitenland gevestigde banken met diverse rekeninghouders terecht gekomen.

3.1.7. Begin 2000 bestond bij N.V. Ebcon Holding een grote behoefte aan financiële middelen. Bij brief van 23 maart 2000 heeft de ABN AMRO bank meegedeeld niet bereid te zijn een nieuwe financiering te verstrekken. De bestaande kredietfaciliteit was benut. Op 25 mei 2000 hebben Cantor B.V. en Mercurius B.V. een bedrag van NLG 50.000.000,- ter beschikking gesteld aan N.V. Ebcon Holding en in juli 2000 nog eens een bedrag van NLG 35.000.000,-, alles tegen uitgebreide zekerheden. Pogingen om van de Deutsche Bank een financiering te verkrijgen hebben niet tot succes geleid, zo heeft die bank in september 2000 meegedeeld. Cantor B.V. en Mercurius B.V. zijn in verband met het uitblijven van terugbetalingen hun zekerheden gaan uitwinnen.

3.1.8. N.V. Ebcon Holding en N.V. Ebcon Networks zijn bij vonnis van de rechtbank van 10 juli 2001 failliet verklaard, met benoeming van mr. [curator] tot curator, in 2007 opgevolgd door de huidige curator. Er is op het moment van de dagvaarding van de curator sprake van een bedrag van ruim € 49.000.000,- aan (post)concurrente crediteuren, € 229.829,46 aan preferente crediteuren en boedelvorderingen, terwijl de boedelrekening op dat moment ongeveer € 400.000,- bedraagt.

3.1.9. De (geconsolideerde) jaarrekening van N.V. Ebcon Holding over 1997 is op 12 februari 1999 gedeponereerd. De jaarrekening van N.V. Ebcon Holding over 1998 is op 20 juli 2000 gepubliceerd.

3.1.10. Het eerste faillissementsverslag van 3 augustus 2001 van de (eerste) curator luidt onder meer als volgt.

“4.1.4. Zijn de jaarstukken gepubliceerd? (art. 2:248 lid 2 BW) Zo ja, over welk jaar voor het laatst en op welke wijze?

De jaarstukken over 1998 zijn te laat gepubliceerd. De jaarstukken over 1999 zijn voorwaardelijk gepubliceerd (de controlerend accountant wenst op bepaalde onderdelen nog informatie van de directie).

4.2. Wordt een onderzoek ingesteld naar:

– de verplichtingen van de bestuurder ex. artt. 14 en 394 Boek 2 BW en artt. 2:14 en 394 BW en/of art. 6 WvK? ja

– onbehoorlijke vervulling van verplichtingen van bestuurders? ja

– het in rechte betrekken van bestuurders? thans nog prematuur

– verhaalbaarheid op aansprakelijke bestuurders? thans nog prematuur

– voldoende activa om eventueel vorderingen tegen bestuurders in te stellen? thans nog prematuur

(...)

9.4. Aantal en globaal bedrag concurrente crediteuren bedrag: circa f1. 1.400.000,-, aantal: circa 50.

Daarnaast is N.V. Ebcon Holding hoofdelijk aansprakelijk voor de vordering van KPNQuest ten bedrage van circa € 28 mio.

(...)

12. Oorzaken faillissement

Bij het optuigen van de bedrijfsactiviteiten in 1998 bestond een zéér optimistische visie op de toekomstige ontwikkelingen in de markt voor telecommunicatie. Door de onderneming is gepoogd om op grote schaal geld te lenen teneinde in die zich ontwikkelende markt profijtelijke opdrachten te verwerven. Die profijtelijke opdrachten bleven echter uit, althans bleken minder profijtelijk te zijn dan tegen de achtergrond van de financieringslast wenselijk zou zijn. Nadat verdere financiering bij banken niet in voldoende mate mogelijk bleek, is financiering gezocht bij particuliere investeerders (Mercurius Beleggingsmaatschappij B.V. en Cantor Holding B.V.). De onderneming bleek niet in staat om op adequate wijze te voldoen aan de verplichtingen uit deze (korte termijn) financieringen. De aan deze financiers verstrekte pandrechten op de aandelen in N.V. Components, het bedrijfsonderdeel met redelijk rendement binnen de organisatie, werden op 11 mei 2001 door deze financiers geëffectueerd. De feitelijke afsplitsing van N.V. Components uit de bedrijfsorganisatie had tot gevolg dat N.V. Ebcon Holding geen inkomsten meer ontving, terwijl het lastenpatroon niet aanstonds kon worden afgebouwd. Een substantiële verbetering van de marktomstandigheden voor de telecommunicatiesector was op korte termijn niet voorzien, terwijl de middelen om de financieringstekorten op te vangen ontbraken. De aanvragende schuldeiser (KPNQuest) stelt een vordering te hebben van circa € 28 miljoen op een aantal terzake hoofdelijk verbonden Ebcon-vennootschappen, onder meer ook op het eveneens in staat van faillissement verklaarde N.V. Ebcon Networks. Mede omdat een nadere regeling met betrekking tot deze vordering niet mogelijk bleek, was het faillissement onafwendbaar.”

3.1.11. Bij brief van 23 maart 2006 heeft de (eerste) curator aan [directeur 1] en [directeur 2], maar niet aan [gedaagde], het volgende bericht.

“In mijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van N.V. Ebcon Holding en N.V. Ebcon Networks, beide gevestigd te Breda, vraag ik uw aandacht voor het volgende. Al geruime tijd onderzoek ik bepaalde feiten en omstandigheden met

betrekking tot de gang van zaken, voorafgaande aan het faillissement van voornoemde vennootschappen (10 juli 2001). Dat onderzoek is helaas nog niet voltooid. Voor die vertraging zijn diverse redenen aan te voeren, niet in de laatste plaats veroorzaakt door het feit dat ik door verschillende (rechts)personen niet juist en/of volledig ben geïnformeerd.

Ik sluit niet uit dat ik een vordering terzake van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:138 BW zal instellen tegen voormalige bestuurders, beleidsbepalers en/of commissaris van de in staat van faillissement verkerende vennootschappen omdat aanwijzingen bestaan van onbehoorlijke taakvervulling binnen die vennootschappen.

In verband met de terzake door de Wet gestelde termijnen, doe ik bij deze – in mijn hoedanigheid van curator van genoemde vennootschappen – een uitdrukkelijk beroep op stuiting van verjaring terzake van eventueel door mij q.q. tegen u in te stellen rechtsoverdrachten tot schadevergoeding voor het tekort van de boedel, een en ander zoals bedoeld in gemeld art. 2:138 BW. Het recht om die vordering te effectueren wordt door mij q.q. uitdrukkelijk jegens u voorbehouden.”

3.1.12. Bij brief van 10 april 2006 heeft de (eerste) curator aan [gedaagde] het volgende bericht.

“In mijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van N.V. Ebcon Holding en N.V. Ebcon Networks, beide gevestigd te Breda, vraag ik uw aandacht voor het volgende. Volgens aan mij ter beschikking staande gegevens had N.V. Ebcon Holding per faillissementsdatum (10 juli 2001) een bepaald bedrag van u te vorderen. U bent door mij niet tot betaling van dat bedrag aan de boedel van N.V. Ebcon Holding aangesproken, omdat de voormalige geldschietters van de vennootschap, Cantor B.V. en Mercurius B.V., pandrecht hebben geclaimd op deze vordering.

Voorzover de boedels van N.V. Ebcon Holding en/of N.V. Ebcon Networks daarbij enig belang zouden hebben, of in de toekomst zouden kunnen hebben, doe ik bij deze – in mijn hoedanigheid van curator van genoemde vennootschappen – een uitdrukkelijk beroep op stuiting van verjaring terzake van eventueel door mij q.q. tegen u en/of de in het briefhoofd vermelde vennootschappen in te stellen rechtsoverdrachten tot betaling/nakoming.

Het recht om eventuele vorderingen tegen u en/of de in het briefhoofd vermelde vennootschap te effectueren, wordt door mij q.q. uitdrukkelijk voorbehouden.

Volgens na het faillissement aan mij verstrekte gegevens bedraagt de ten laste van u openstaande vordering per faillissementsdatum € 2.312.010,20 (f1. 5.095.000,-), exclusief rente en kosten.”

3.1.13. Bij brief van 9 februari 2010 heeft de curator aan [gedaagde] het volgende bericht.

“(…) Door mijn vroegere kantoorgenoot mr [curator] is in de eerste jaren van de faillissementen veel energie gestoken in het trachten te ontrafelen wat precies de gang van zaken is geweest binnen het Ebcon concern in de periode voorafgaande aan het faillissement. Op verzoek van de curator is in 2005 ook een reeks van personen als getuige gehoord. In de gedeponeerde verslagen is vanaf eind 2007/begin 2008 aangegeven dat de curator doende is zich te oriënteren op de vraag of uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid aangesproken zouden kunnen worden de voormalige 6 bestuurders en commissaris van Ebcon Holding alsmede of in dit verband ook aangesproken zouden kunnen worden enige personen – de heren [man x] en [man y] – die als beleidsbepalende personen binnen NV Ebcon Holding zijn opgetreden. Door mr [curator] zijn eertijds aan alle betrokkenen stuitingsbrieven gezonden teneinde te voorkomen dat zodanige vorderingen zouden verjaren.

In de afgelopen maanden heeft ondergetekende tijd gestoken in onderzoek om te bezien of er aanleiding bestaat de leden van het voormalig bestuur, de commissaris alsmede de feitelijke beleidsbepalers uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid en/of terzake van toerekenbaar onrechtmatig handelen in rechte aan te spreken. Teneinde mijn conclusies terzake zo eenduidig mogelijk te formuleren heb ik gemeend de resultaten van dit onderzoek te moeten doen neerslaan in de vorm van een concept dagvaarding, die ik als bijlage hierbij voeg. Tevens voeg ik hierbij de 38 producties waarnaar in bedoelde dagvaarding wordt verwezen.

Ik heb vooralsnog de indruk dat er alle aanleiding en ook voldoende mogelijkheden bestaan voormelde personen, waaronder u, uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid en/of toerekenbaar onrechtmatig handelen in rechte aan te spreken. Voor onderbouwing van dit standpunt moge ik kortheidshalve verwijzen naar ingesloten concept dagvaarding met producties.

Ik zend deze conceptdagvaarding met producties thans toe aan alle personen die als gedaagden staan genoemd met het verzoek mij binnen zes weken na heden schriftelijk hun verweer kenbaar te maken, zo mogelijk onderbouwd met schriftelijke stukken ter staving van de feiten waarop zij zich menen te moeten beroepen (...)

3.1.14. Bij brief van 25 september 2013 heeft de curator aan [gedaagde] het volgende bericht.

“(…) Sedert onze correspondentie in 2010 is het stil geworden. Ik heb u geïnformeerd over het feit dat het overleg zich nadien geconcentreerd heeft op de overige bestuursleden alsmede de personen die door mij in een eerder concept van de dagvaarding waren aangemerkt als feitelijke beleidsbepalers. Onderwijl heeft voorts een verificatie plaatsgevonden van alle vorderingen, hetgeen tot enige verificatieprocedures heeft geleid. Deze verificatie is thans afgerond, waarmee in ieder geval de omvang van het bedrag aan crediteuren vaststaat. Tevens is het overleg met de hiervoor vermelde overige bestuursleden en pretense feitelijke beleidsbepalers afgerond. Alles overwegende, ben ik tot een nader standpunt gekomen over de bestuurdersaansprakelijkheid in de betreffende faillissementen, welk standpunt ik heb neergelegd in een volledig gewijzigde nieuwe concept dagvaarding, die ik als bijlage bij dit schrijven voeg (bijlage). Ik ben tot de slotsom gekomen dat de vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid zich uitsluitend zou dienen te richten op u, alsmede de heren [directeur 1] en [directeur 2]. Voor onderbouwing van dit standpunt moge ik korthedshalve verwijzen naar bijgevoegde concept dagvaarding. De bij de dagvaarding behorende producties zal ik u per gewone post toezenden. Ik stel u thans in de gelegenheid om binnen vier weken na heden uw eventuele commentaar op deze concept dagvaarding uit te brengen, in welk geval ik van bedoeld commentaar in de dagvaarding melding zal maken alsmede van mijn reactie daarop. Mocht enige reactie uwerzijds uitblijven dan acht ik mij vrij bedoelde dagvaarding aan u uit te laten brengen. (...)”

3.1.15. Op 13 juni 2014 heeft de curator [gedaagde] voor de rechtbank gedagvaard.

In het incident

3.2. [gedaagde] heeft bij conclusie van antwoord een incidentele vordering ingesteld. De rechtbank heeft daarop nog geen beslissing gegeven. Daarom gebeurt dat nu. Daarbij geldt allereerst het volgende. Uit de hierboven vermelde gedingstukken blijkt dat het laatste processtuk dat tevens melding maakt van een procedure in incident de conclusie van dupliek, tevens houdende conclusie van repliek in het incident is. Tijdens het pleidooi is de curator uitgebreid ingegaan op de in het incident aan de orde zijnde onderwerpen. Daarom merkt de rechtbank het pleidooi van de curator tevens aan als dupliek in het incident. Het beginsel van hoor en wederhoor is daarmee in het incident in acht genomen.

3.2.1. [gedaagde] heeft aan de vordering kort gezegd ten grondslag gelegd dat de curator het recht heeft verwerkt om bij dagvaarding van 13 juni 2014 vorderingen jegens hem in te stellen die hun grondslag vinden in faillissementen die al op 10 juli 2001 zijn uitgesproken. Daarnaast is volgens [gedaagde] sprake van verjaring van die vorderingen omdat van tijdige stuiting van de verjaringstermijn geen sprake is. De curator heeft aangevoerd dat de vordering van [gedaagde] geen incidentele vordering is die zich leent om bij incidenteel vonnis op te worden beslist en overigens inhoudelijk verweer gevoerd.

Rechtsverwerking

3.2.2. Voor zover de vordering van [gedaagde] is gegrond op rechtsverwerking, zijnde het meest verstrekkend, geldt het volgende. [gedaagde] legt aan zijn beroep op rechtsverwerking ten grondslag dat de curator gedurende zeer lange tijd geen contact met [gedaagde] heeft gehad of vragen heeft gesteld over zijn bestuurderschap. Tijdens het door [gedaagde] in 2006 aangevraagde gesprek in verband met zijn loonvordering op N.V. Ebcon Holding heeft de curator op geen enkele wijze richting [gedaagde] aangegeven dat hij vermoedens had van aansprakelijkheid van [gedaagde] voor het boedeltekort. Daarna is het weer tot 9 februari 2010 stil geweest. Faillissementsverslagen heeft [gedaagde] niet gehad of ingezien. Bij [gedaagde] is het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat de curator geen vordering jegens hem zou instellen zoals nu in de dagvaarding is opgenomen. Omdat een curator voortvarendheid moet betrachten bij het instellen van rechtsvorderingen tegen bestuurders is voor een curator het enkele stilzitten al voldoende grond voor rechtsverwerking. Daarnaast is [gedaagde] door het tijdsverloop in zijn belangen geschaad. Hij is voor zijn verweer hoofdzakelijk aangewezen op door de curator in het geding gebrachte stukken. De digitale administratie van N.V. Ebcon Holding kan [gedaagde] niet openen. De curator heeft verweer gevoerd.

3.2.3. De rechtbank overweegt als volgt. Het Nederlandse procesrecht kent een in beginsel open stelsel van incidentele vorderingen. Dat stelsel is echter niet onbegrensd. Wanneer een in de loop van de procedure geopend incident ertoe strekt een beslissing te krijgen die een einde maakt aan een inhoudelijk geschil(punt) tussen partijen, terwijl daarvoor een inhoudelijke beoordeling van over en weer ingenomen stellingen nodig is, die hetzij niet na kort onderzoek, hetzij niet zonder nadere bewijslevering van de aangevoerde feiten, kan worden gegeven, is voor het openen van een incident geen plaats. In dit geval is dit niet aan de orde en kan direct worden beslist.

3.2.4. De primaire vordering (onder 1 en 2) van de curator is gebaseerd op bestuurdersaansprakelijkheid van [gedaagde] in de zin van artikel 2:138 BW. De subsidiaire vordering (onder 1 t/m 4) is – zo heeft de curator in de conclusie van repliek toegelicht – gebaseerd op onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW (en niet op artikel 2:9 BW). Aan de orde is nu of schending van de klachtplicht, waaraan artikel 6:89 BW rechtsgevolg verbindt, aan een schuldeiser – de curator q.q. – kan worden tegengeworpen in gevallen waarin de grondslag van de vordering onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) of een specifieke uitwerking daarvan (artikel 2:138 BW) is.

3.2.5. Bij de beantwoording van de vraag naar het toepassingsgebied van artikel 6:89 BW neemt de rechtbank tot uitgangspunt dat artikel 6:89 BW is opgenomen in boek 6, titel 1, afdeling 9 BW dat de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis regelt. Uit artikel 6:89 BW volgt dat de schuldeiser geen beroep meer op de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis kan doen wanneer hij – kortgezegd – niet tijdig bij de schuldenaar heeft geprotesteerd op de grond dat diens prestatie waartoe de op deze rustende verbintenis verplichtte gebrekkig is. Artikel 6:89 BW is van toepassing op iedere verbintenis die tot een prestatie verplicht. De bron van zo'n verbintenis kan de wet, een overeenkomst of een andere bron van verbintenissen zijn.

In het geval een vordering op onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) is gegrond hangt het af van de feitelijke grondslag die de schuldeiser aan deze vordering ten grondslag legt of artikel 6:89 BW van toepassing is. Indien de feitelijke grondslag is dat de schuldenaar een prestatie op grond van een verbintenis, uit overeenkomst of uit andere bron, niet deugdelijk is nagekomen, is artikel 6:89 BW van toepassing. Indien de feitelijke grondslag is dat de schuldenaar de op een ieder rustende rechtsplicht heeft geschonden zich jegens derden te onthouden van onrechtmatige gedragingen als bedoeld in artikel 6:162 BW is artikel 6:89 BW niet van toepassing. De verplichting tot het naleven van genoemde rechtsplicht vindt niet zijn grondslag in enige verbintenis tussen schuldenaar en schuldeiser, uit welke bron dan ook. Pas door schending van een dergelijke rechtsplicht ontstaat een verbintenis, namelijk de verbintenis tot het betalen schadevergoeding. De bron van die verbintenis is de wet, artikel 6:162 BW. In het geval van artikel 2:138 BW geldt hetzelfde. Pas door schending van de tot het bestuur gerichte norm tot een behoorlijke taakuitoefening ontstaat een verbintenis, namelijk de verbintenis tot het betalen van het boedeltekort in een faillissement. De bron van die verbintenis is artikel 2:138 lid 1 BW.

Aan de vorderingen van de curator uit hoofde van artikel 6:162 BW en artikel 2:138 BW ligt niet feitelijk ten grondslag dat een prestatie van [directeur 1] en [directeur 2] die uit een verbintenis voortvloeit gebrekkig is. De vordering is feitelijk gegrond op schending van voormelde rechtsplichten. Artikel 6:89 BW is in dit geval niet van toepassing.

3.2.6. De slotsom is dat [gedaagde] in dit geval geen beroep op artikel 6:89 BW toekomt. Zijn beroep wordt daarom verworpen.

Verjaring

3.2.7. Wat betreft het beroep op verjaring vergt de door [gedaagde] gevraagde beslissing niet alleen beantwoording van de vraag of een aantal brieven van de curator is aan te merken als handelingen die een lopende verjaringstermijn stuiten, maar ook van de vraag op welk moment die verjaringstermijn is aangevangen. Met name beoordeling van dat laatste aspect vergt een beoordeling van de over en weer ingenomen stellingen na een diepgaander onderzoek door de rechtbank, en mogelijk bewijslevering. Gelet op de in rov 3.2.3. weergegeven maatstaf voor de ontvankelijkheid van vorderingen in incident moet [gedaagde] in zijn vordering niet ontvankelijk worden verklaard, voor zover deze is gegrond op verjaring.

3.2.8. De vordering in incident, voor zover deze is gegrond op verjaring, wordt aangemerkt als verweer in de hoofdzaak en daar beoordeeld en beslist. Feitelijk is geen sprake van extra kosten aan de zijde van de curator in incident. De rechtbank zal daarom [gedaagde] weliswaar als in het incident in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van de curator veroordelen, maar deze begroten op nihil.

In de hoofdzaak

3.3. De vorderingen van de curator in de hoofdzaak vallen in meerdere onderdelen uiteen. De primaire vordering (onder 1 en 2) is gebaseerd op bestuurdersaansprakelijkheid van [gedaagde] in de zin van artikel 2:138 BW. Daartoe voert de curator primair aan dat het bestuur van N.V. Ebcon Holding de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW en de publicatieplicht van artikel 2:394 BW heeft geschonden, zodat de rechtsgevolgen van artikel 2:138 lid 2 BW intreden, en subsidiair dat de taakvervulling van dat bestuur in verband met diverse concrete verwijten onbehoorlijk is geweest en dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. De subsidiaire vordering (onder 1 t/m 4) is – zo is hiervoor in rov 3.2.4. al overwogen – gebaseerd op onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW. Daartoe voert de curator aan dat in de periode dat [gedaagde] bestuurder van N.V. Ebcon Holding is geweest een aantal concreet genoemde feiten heeft

plaatsgehad die vanwege het daarmee gepaard gegane financiële nadeel onrechtmatig zijn jegens de gezamenlijke crediteuren van N.V. Ebcon Holding.

Verjaring: algemeen

3.4. [gedaagde] heeft ten behoeve van zijn beroep op verjaring van de vorderingen van de curator het volgende aangevoerd. De verjaringstermijn met betrekking tot de primaire vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid als bedoeld in artikel 2:138 BW is vijf jaren. Deze termijn is gaan lopen kort na het faillissement omdat de curator toen al op de hoogte was van de schending van de boekhoud- en publicatieplicht, waar de primaire vordering van de curator op is gebaseerd. Direct na het faillissement was de curator al bekend dat er schade was, bestaande uit een boedeltekort en dat [gedaagde] bestuurder is geweest. Dit blijkt onder meer uit faillissementsverslagen. In de verzoekschriften voor de Ondernemingskamer uit 2001 die tegen het bestuur van N.V. Ebcon Holding zijn gericht, zijn zelfs alle verwijten opgenomen die de curator in de dagvaarding heeft opgenomen. De curator heeft [gedaagde] pas op 9 februari 2010 aangeschreven. De verjaringstermijn van vijf jaren is dan al verstreken. De verjaringstermijn met betrekking tot de subsidiaire vordering op grond van onbehoorlijke taakvervulling als bedoeld in artikel 2:9 BW dan wel onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 6:162 BW is ook vijf jaren. Volgens [gedaagde] is deze vordering gebaseerd op artikel 2:9 BW. Het gaat er daarom volgens [gedaagde] om wanneer N.V. Ebcon Holding van de door de curator verweten betalingen op de hoogte was. Dat was ten tijde van de betalingen nu N.V. Ebcon Holding deze zelf heeft verricht, zodat deze vordering al lang is verjaard. Voor zover de curator aanvoert dat hij pas eind 2007 zijn onderzoek heeft kunnen afronden en hij pas in 2013 op de hoogte is geraakt van het bestaan van "spookfacturen" geldt dat de curator niet heeft bewezen dat hij niet eerder dan per genoemde tijdstippen op de hoogte is geraakt van de desbetreffende feiten. [gedaagde] verwijst naar voormelde verzoekschriften aan de Ondernemingskamer. De redelijkheid en billijkheid brengen deze bewijslast voor de curator mee omdat [gedaagde] in de onmogelijkheid verkeert om bewijs van de aanvang van de verjaringstermijn te leveren. De brief van 9 februari 2010 is bovendien niet aan te merken als een stuitingshandeling omdat in die brief niet ondubbelzinnig tot uitdrukking wordt gebracht dat [gedaagde] er rekening mee moet houden dat de curator nog een rechtsvordering tegen hem wil instellen. Deze vordering is daarom verjaard. Verlenging van enige verjaringstermijn op grond van artikel 3:321 lid 1 sub f BW is niet aan de orde omdat [gedaagde] nooit om informatie is verzocht en dus geen vertraging in het onderzoek kan hebben bewerkstelligd.

3.4.1. De curator voert in het kader van zijn verweer het volgende aan. Uit de brieven van 10 april 2006 en 30 mei 2006 blijkt dat de curator voor de brief van 9 februari 2010 wel contact met [gedaagde] heeft opgenomen. Uit de brief van 9 februari 2010 volgt, bij toepassing van de Haviltex-maatstaf, ondubbelzinnig dat de curator zich met die brief het recht voorbehoudt een procedure op grond van bestuurdersaansprakelijkheid en/of onrechtmatige daad aanhangig te maken. Daarmee is aan de eisen voor stuiting van de verjaring van een rechtsvordering voldaan. De primaire vordering van de curator is niet al voor 9 februari 2010 verjaard. [gedaagde] dient te bewijzen dat de curator voor 9 februari 2005 (vijf jaren voorafgaand aan de stuitingsbrief van 9 februari 2010) daadwerkelijk bekend was met de schade en [gedaagde] als daarvoor aansprakelijke persoon. Het gaat om voldoende zeker zijn, bekend behoren te zijn is niet afdoende. De rechtbank citeert de curator uit de conclusie van repliek en zijn pleitnota:

"Het is niet relevant of bepaalde feiten, die in het kader van het door de curator uitgevoerde onderzoek aan de orde zijn gekomen, de curator reeds bekend waren c.q. bekend hadden kunnen zijn vóór 2007. Curator stond immers voor de opgave zich een samenhangend beeld te vormen van het geheel van de relevante feiten en omstandigheden, een en ander met het oog op de vraag of dit geheel van feiten en omstandigheden voldoende grond zou bieden voor de vaststelling dat bij de hier aan de orde zijnde vennootschap het bestuur zich schuldig had gemaakt aan kennelijk onbehoorlijk bestuur in de relevante periode. Een zodanig onderzoek vergt tijd en een zodanige conclusie kon pas getrokken worden nadat er een min of meer compleet beeld was ontstaan. (...) [gedaagde] kan ook niet geloofwaardig betwisten dat de curator nog tot 2006/2007 met bedoeld onderzoek doende is geweest."

en

"De omstandigheid dat het niet tijdig deponeren van jaarrekeningen alsmede het niet voeren van een deugdelijke administratie heeft plaatsgevonden in 2000/2001 en kort na het faillissement bekend is geworden, is voor wat betreft de aanvang van de verjaringstermijn irrelevant. Artikel 2:248 lid 2 BW creëert immers geen aansprakelijkheid – dat doet lid 1 van bedoeld artikel – doch scheidt enkel het onweerlegbaar vermoeden en weerlegbaar vermoeden zoals aangeduid in de daar omschreven situaties. Hoewel irrelevant zou men kunnen stellen dat die rechtsvermoedens zijn gaan lopen vanaf kort na juli 2001.

Op basis daarvan kon de curator weliswaar concluderen dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk had vervuld, doch de werkelijke discussie spitste zich toe op het weerlegbaar vermoeden zijnde dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Daarbij gaat het uiteraard om onbehoorlijke taakvervulling in materiele zin. Een bedrijf gaat immers niet failliet omdat er geen deponering van jaarstukken heeft plaatsgevonden. (...)

Het feit dat de curator na het faillissement kennis kreeg van een niet tijdige deponering van jaarstukken betekende niet dat hij op dat moment daadwerkelijk in staat was een rechtsvordering tot vergoeding van de door de boedel geleden schade in te stellen ex artikel 2:138 BW.

De curator attendeert in dit verband op de publicatie van Insolad "Praktijkregels voor Curatoren, Toetsingsreglement en Recofa-richtlijnen 2009, alsmede het gestelde in het Insolad-jaarboek van 1997 "Onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht". In beide publicaties wordt aangegeven dat de curator uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid alleen bestuurders dient aan te spreken indien en zodra hij na deugdelijk onderzoek heeft vastgesteld dat er sprake is van ernstige misstappen van de bestuurders, kortom dat er sprake is van materieel onbehoorlijk bestuur, hetgeen derhalve iets anders en meer is dan het min of meer fictief onbehoorlijk bestuur als gevolg van bijvoorbeeld verzuim deponeringsplicht. (...)

De curator stond voor de opgave zich een samenhangend beeld te vormen van het geheel van de relevante feiten en omstandigheden, een en ander met het oog op de vraag of dit geheel van feiten en omstandigheden voldoende grond zou bieden voor de vaststelling dat bij de hier aan de orde zijnde vennootschap het bestuur zich schuldig had gemaakt aan kennelijk onbehoorlijk bestuur in de relevante periode dat geleid had tot het faillissement. Een zodanig onderzoek vergt tijd en een zodanige conclusie kon pas getrokken worden nadat er een min of meer compleet beeld was ontstaan. (...)

Nu het tijdstip waarop de verjaringstermijn is gaan lopen, afhankelijk is van alle ter zake dienende omstandigheden, is allereerst relevant dat het hier ging om een complex faillissement, zijnde een concern bestaande uit allerlei vennootschappen in binnen- en buitenland met activiteiten die grotendeels in het buitenland plaatsvonden. Het bedrijf had zich in een periode van 18 maanden van een kleine handelsonderneming met acht man personeel die zich bezig hield met de handel in componenten voor de telecom-infrastructuur, omgevormd tot een bedrijf met 40 man personeel in binnen- en buitenland, waarin voor honderden miljoenen investeringen plaatsvonden in infrastructurele projecten. Dit alles ook nog gepaard gaande met wisselingen binnen de samenstelling van de directie, een wanordelijke staat van de administratie, terwijl enkele dagen na het uitspreken van het faillissement ook nog 's-nachts 33 strekkende meter juridische bescheiden en bijbehorende stukken uit de kantoren van de gefailleerde vennootschappen waren ontvreemd.

Voor wat betreft de wijze waarop het onderzoek heeft plaatsgevonden: zie allereerst het gestelde onder punt 18.4 en volgende dagvaarding. De daar gestelde feiten zijn door [gedaagde] nimmer betwist.

De curator is eerst doende geweest met realisering van de baten van de boedel, hetgeen een ingewikkelde aangelegenheid is geweest, aangezien het daarbij onder meer ging om aandelen in buitenlandse vennootschappen. Vanaf de eerste helft van 2003 is hij doende geweest met een onderzoek met betrekking tot eventuele bestuurdersaansprakelijkheid. Daarbij speelden met name twee vragen:

A. Hoe is het mogelijk dat het kleine bedrijf van Ebcon in een periode van nauwelijks een jaar zo'n grote schuld heeft opgebouwd, zonder dat daarvoor (een toereikende) financiering aanwezig was. Reeds in het eerste faillissementsverslag van de curator was deze problematiek globaal al aangeduid. Aanwijzingen ter zake konden ontleend worden aan de aanwezige jaarstukken.

B. Op welke wijze heeft men deze (schulden)problematiek willen oplossen en op welke wijze heeft men de korte interim kredietfaciliteit van 100 miljoen gulden afgebouwd, die in verband met bedoelde schulden in mei 2000 was verkregen. (...)

Indien geen tijdige deponering van jaarstukken heeft plaatsgevonden, wordt de positie in rechte van de curator gesteund door de rechtsvermoedens zoals neergelegd in artikel 2:248 lid 2 BW. Dat is echter niet onder alle omstandigheden voldoende grond een zodanige procedure te starten. Daartoe bestaat met name aanleiding als de curator meer in het algemeen is gebleken dat er iets fundamenteel mis is geweest met het desbetreffende bestuur, dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur in materiele zin."

De curator heeft daarbij nog gewezen op een uitspraak van deze rechtbank van 5 november 2014 («JOR» 2015/94, m.nt. De Haan; red.) in de zaak "Vilento" (ECLI:NL:RBZWB:2014:9203).

Verjaring van de subsidiaire vordering is volgens de curator niet aan de orde omdat hij pas op 6 mei 2013 via een memo met 37 documenten van de raadsman van de vennootschappen Cantor en Mercurius met de daaraan ten grondslag gelegde feiten bekend is geworden.

3.4.2. Ter beoordeling ligt eerst voor met welke handeling de curator de verjaringstermijn van de in dit geding ingestelde rechtsvorderingen heeft gestuit. Vaststaat dat de curator de in rov 3.1.11. vermelde brief van 23 maart 2006 niet aan [gedaagde] heeft gezonden. De curator noemt in zijn verweer wel de brieven van 10 april 2006 (rov 3.1.12.) en 30 mei 2006, maar betoogt terecht niet dat daarmee stuiting van de verjaringstermijn van in dit geding aan de orde zijnde rechtsvorderingen heeft plaatsgehad. Met de brief van 10 april 2006 wordt immers de verjaringstermijn van een vordering tot nakoming van de vennootschap N.V. Ebcon Holding op [gedaagde] gestuit. Anders dan [gedaagde] betoogt is de rechtbank van oordeel dat de in rov 3.1.13. vermelde brief van 9 februari 2010 wel als relevante stuitingshandeling is aan te merken. Voor stuiting door een schriftelijke mededeling ex artikel 3:317 BW moet een schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehouden. De mededeling moet de schuldenaar waarschuwen dat hij, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, er rekening ermee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal. Bij de beoordeling of de mededeling aan de in artikel 3:317 lid 1 BW gestelde eisen voldoet, dient niet alleen te worden gelet op de formulering daarvan, maar ook op de context waarin de mededeling wordt gedaan en op de overige omstandigheden van het geval. In de brief van 9 februari 2010 wordt [gedaagde] als voormalig bestuurder van N.V. Ebcon Holding door de curator aangeschreven. De tekst van de brief laat aan duidelijkheid niets te wensen over. [gedaagde] wordt als voormalig bestuurder op niet mis te verstane wijze duidelijk gemaakt dat de curator alle aanleiding ziet ook jegens hem een rechtsvordering in te stellen op grond van de artikelen 2:138 BW en 6:162 BW op basis van verweten gedragingen in hoedanigheid van bestuur(der) in brede zin. Daarmee is een waarschuwing zoals hiervoor genoemd gegeven. De omstandigheid dat de curator in de huidige dagvaarding aan zijn subsidiaire op artikel 6:162 BW gegronde vordering nieuwe concrete feitelijke handelingen ten grondslag legt doorkruist niet de stuitende werking van de brief van 9 februari 2010. Die brief behelst immers de waarschuwing aan [gedaagde] dat hij er in verband met een vordering op grond van artikel 6:162 BW rekening mee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal die betrekking hebben op zijn handelen als bestuur(der) in brede zin van N.V. Ebcon Holding.

3.4.3. Het gaat in deze zaak om rechtsvorderingen tot vergoeding van schade. Een dergelijke rechtsvordering verjaart ingevolge artikel 3:310 lid 1 BW door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Stelplicht en bewijslast ten aanzien van de bekendheid rusten in beginsel op [gedaagde] die zich op de rechtsgevolgen van verjaring beroept. Bij de beoordeling van het verjaringsverweer moet het volgende in aanmerking worden genomen. De eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon moet worden begrepen als daadwerkelijke bekendheid. (Subjectieve) vermoedens zijn ontoereikend. De verjaringstermijn begint pas te lopen op de dag volgend op die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat was een rechtsvordering tot vergoeding van schade in te stellen. Het gaat bij de korte verjaringstermijn om een afweging van de belangen van de benadeelde, die in tijd wordt beperkt in de mogelijkheid schadevergoeding te kunnen krijgen, en die van de (mogelijke) aansprakelijke persoon, die vanwege zijn bewijspositie en/of verzekeringsdekking belang heeft snel te weten of hij zal worden aangesproken. De bij de korte verjaringstermijn aan te leggen beoordelingsmaatstaf mag niet een zodanige zijn dat de benadeelde daardoor op onredelijke wijze een mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen wordt ontnomen. De beoordeling moet plaatsvinden op basis van alle relevante omstandigheden van het geval.

Verjaring: artikel 2:138 BW

3.5. De primaire vordering van de curator is gebaseerd op artikel 2:138 BW. Dit artikel luidt voor zover relevant als volgt.

“1. In geval van faillissement van de naamloze vennootschap is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

2. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 10 of 394, heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. (...) Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen.

3. Niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.”

De curator heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat het bestuur van N.V. Ebcon Holding (en N.V. Ebcon Networks) zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement – en de schade – is. Ter beoordeling ligt voor op welk tijdstip de curator daadwerkelijk in staat was een rechtsvordering op de grondslag van artikel 2:138 BW in te stellen. In dit geval is van belang dat tussen partijen – bij gebreke van steekhoudende verweren van [gedaagde] – vaststaat dat niet aan de verplichting van artikel 2:394 BW, genoemd in artikel 2:138 lid 2 BW, is voldaan.

3.5.1. In het kader van die beoordeling is de achtergrond van artikel 2:138 BW van belang. De memorie van toelichting (Tweede Kamer, zitting 1980-1981, 16 631, nr. 3) luidt onder meer als volgt.

“Een voorname reden waarom de artikelen 138 en 248 Boek 2 BW weinig worden toegepast is, dat de curator een bijna onvervulbare bewijslast heeft. Hij moet aantonen dat ‘de toestand der vennootschap’ te wijten is aan de ‘grove schuld of grove nalatigheid’ van de bestuurder die hij wil aanspreken en hij moet bovendien de omvang aantonen van de schade, die daar door is veroorzaakt. In het algemeen zal een curator vermijden procedures aan te spannen waarvan de uitslag uiterst onzeker is. (...)

Het komt regelmatig voor dat door onbehoorlijk bestuur vennootschappen in staat van faillissement geraken en dat de schuldeisers met inmiddels hoog opgelopen vorderingen blijven zitten. Niet zelden ontbreekt in dergelijke gevallen een behoorlijke boekhouding. Het is gewenst, dat de curator in zulke gevallen de bestuurders daadwerkelijk kan aanspreken. Om de wettelijke regeling meer effect te doen hebben, is verbetering daarvan noodzakelijk. Ook aan de preventieve werking die van de regeling uitgaat komt zulks ten goede. Bestuurders van vennootschappen die weten dat zij in geval van faillissement daadwerkelijk door de curator aangesproken kunnen worden en dan niet steeds door de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap worden beschermd, zullen in hun beleid en beheer meer verantwoord te werk gaan. Indien het bestuur zijn taak niet behoorlijk heeft vervuld, kunnen de bestuurders worden aangesproken. (...)

Indien, in strijd met de wettelijke voorschriften ter zake, een behoorlijk bijgehouden boekhouding en een tijdig gepubliceerde jaarrekening die de curator inzicht kunnen geven in het door het bestuur gevoerde beheer ontbreken, moet in ieder geval voor wat betreft die tekortkomingen van onbehoorlijk bestuur worden gesproken (lid 2). Een verder bewijs daarvoor zou ook wegens het ontbreken van die boekhouding en die jaarrekening moeilijk kunnen worden geleverd. Omdat het ontbreken van een behoorlijke boekhouding en het niet tijdig publiceren van de jaarrekening duidt op een weinig betrouwbaar en serieus ondernemerschap, leidt de wet uit deze feiten – die dus tekortkomingen van het bestuur vormen die op zich zelf steeds als onbehoorlijk bestuur moeten worden gekwalificeerd – af dat het bestuur zijn taak ook in het algemeen niet behoorlijk vervuld heeft en scheidt de wet voorts het vermoeden, dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De curator heeft dus verder geen bewijslast ten aanzien van het onbehoorlijk bestuur, noch ten aanzien van het verband met het faillissement. De bestuurdersaansprakelijkheid wordt in dit geval dus gemakkelijk vastgesteld. (...)

De aangesproken bestuurder kan tegenover de vordering van de curator vooreerst het verweer voeren, dat er geen sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur. Indien er geen behoorlijke boekhouding of jaarstukken kunnen worden gevonden, kan dit verweer niet worden gevoerd: immers de wet neemt aan, zonder mogelijkheid van tegenbewijs, dat er in dat geval van onbehoorlijk bestuur sprake is. Slaagt de bestuurder er niet in, de stellingen van de curator ten aanzien van het onbehoorlijk bestuur te weerleggen of doet het geval van het tweede lid zich voor, dan kan hij wel nog betwisten dat de tekortkoming van het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, bij voorbeeld door aan te tonen dat economische tegenslag tot het faillissement heeft geleid en dat de tekortkomingen van het bestuur daarbij geen (of een beperkte) rol hebben gespeeld. Het gaat er immers niet om, de bestuurders persoonlijk voor het gehele tekort aansprakelijk te maken wegens het enkele feit van het onbehoorlijke bestuur, ook al heeft dit niet tot het faillissement geleid.

Een aangesproken bestuurder kan ten slotte het verweer voeren, dat het niet aan hem is te wijten dat het bestuur zijn taak heeft verwaarloosd en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden. Men vergelijk artikel 8 boek 2 BW. Dit verweer is ook toegelaten in geval van het ontbreken van een behoorlijke boekhouding en jaarstukken, al zal niet gemakkelijk mogen worden aangenomen dat een bestuurder geen verwijt treft ten aanzien van de verwaarlozing van een zo fundamentele bestuursplicht. Indien de bestuurstaak is veronachtzaamd, is in beginsel ieder der bestuurders daarvoor aansprakelijk. De bestuurstaak behoort tot ieders werkring. Een individuele bestuurder kan echter een reden hebben om zich van de aansprakelijkheid te bevrijden, bij voorbeeld wanneer hij kan aantonen dat hij zich heeft verzet tegen het beleid, doch door de andere bestuurders is overstemd”.

3.5.2. In het kader van de beoordeling is ook de positie van de curator als het gaat om stelplicht en bewijslast van belang. Gelet op de niet naleving van de publicatieplicht ex artikel 2:394 BW is het arrest van de Hoge Raad van 30 november 2007 («JOR» 2008/29, m.nt. Borrius; *red.*) “Blue Tomato” (ECLI:NL:HR:2007:BA6773) van belang.

“Rechtbank en hof zijn er daarbij van uitgegaan dat de jaarrekeningen van deze vennootschap niet tijdig waren gepubliceerd, zodat als onweerlegbaar vermoeden heeft te gelden dat de taakvervulling door eiser tot cassatie als bestuurder over de gehele linie onbehoorlijk is geweest.

Een redelijke uitleg van art. 2:248 lid 2 BW brengt mee dat voor het ontzenuwen van het daarin neergelegde vermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest (HR 20 oktober 2006, NJ 2007, 2). Stelt de bestuurder daartoe een van buiten komende oorzaak, zoals in dit geval de weigering van de brandverzekeraar de schade van het bedrijf als gevolg van brand te vergoeden, en wordt de bestuurder door de curator verweten dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zal de bestuurder (tevens) feiten en omstandigheden moeten stellen en zonodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Als hij daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator op de voet van het eerste lid van art. 2:248 BW aannemelijk te maken dat nochtans de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.”

3.5.3. Uit voormelde memorie van toelichting volgt dat de strekking van het huidige artikel 2:138 BW is om de curator te faciliteren bij het in rechte aanspreken van bestuurders van failliete vennootschappen in het geval van onbehoorlijke taakvervulling. Wanneer sprake is van het ontbreken van een boekhouding en/of het niet tijdig publiceren van een jaarrekening is het gewenst dat de curator de bestuurders daadwerkelijk kan aanspreken en wordt de bestuurdersaansprakelijkheid in dit geval volgens de wetgever gemakkelijk vastgesteld.

3.5.4. Uit het in rov 3.1.10 vermelde faillissementsverslag van de curator van 3 augustus 2001 volgt dat de curator op dat moment bekend was met de schade. De curator vermeldt in het verslag hoge vorderingen van crediteuren, terwijl uit de toelichting over de oorzaken van het faillissement blijkt dat de boedel geen zodanige vorderingen zal kunnen incasseren om de schulden te voldoen. Daarmee is de curator voldoende zeker dat sprake is van schade in de zin van een boedeltekort. De curator was er op dat moment ook mee bekend dat het bestuur de publicatieplicht met betrekking tot de jaarrekeningen over 2007 en 2008 had geschonden. Aanknopingspunten voor het oordeel dat hier sprake is van een onbelangrijk verzuim waren er niet. Een aanvaardbare verklaring die maakt dat het in twee achtereenvolgende jaren niet voldoen aan de publicatieplicht niet aan onbehoorlijke taakvervulling is te wijten is ook niet eenvoudig te geven. Dat brengt mee dat ten tijde van genoemd faillissementsverslag vaststond dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk had vervuld als bedoeld in artikel 2:138 lid 1 BW. De curator wist op dat moment ook, gelet op de vermelding daarvan in het faillissementsverslag, dat [gedaagde] in de periode dat voormelde jaarrekeningen hadden moeten zijn gepubliceerd bestuurslid was. Ook hier geldt dat er geen aanknopingspunten waren voor het oordeel dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan [gedaagde] is te wijten. Gelet op de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur zijn die ook niet eenvoudig te geven. De curator had dan ook in augustus 2001 voldoende zekerheid over het bestaan van schade en [gedaagde] als in zijn taak tekortschietende bestuurder. Het antwoord op de vraag of de curator op dat moment daadwerkelijk in staat was een rechtsvordering tegen [gedaagde] in te stellen hangt in dit geval dan nog af van het antwoord op de vraag of de curator in voldoende mate bekend was met het causaal verband tussen de schade en het handelen van de aansprakelijke persoon [gedaagde], bestaande uit het plegen van onbehoorlijke taakvervulling als bestuur.

3.5.5. Wanneer vaststaat dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld eist artikel 2:138 lid 1 BW dat de curator aannemelijk maakt dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Artikel 2:138 lid 2 BW is de curator hierbij behulpzaam. Het roept het rechtsvermoeden in het leven dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Met de bekendheid met een boedeltekort, het vaststaan van de onbehoorlijke taakvervulling en het rechtsvermoeden van causaal verband tussen die taakvervulling en het faillissement kan de curator eenvoudig voldoen aan de eisen die artikel 2:138 lid 1 BW in eerste instantie aan zijn stelplicht stelt. Het is vervolgens aan de aangesproken bestuurder om aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Op de bestuurder – en niet op de curator – rusten dan ook stelplicht en bewijslast van dergelijke bevrijdende feiten en omstandigheden. Het is in het kader van de in rov 3.4.3. vermelde belangenafweging redelijk te oordelen dat de curator daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering op grond van artikel 2:138 BW in te stellen op het tijdstip dat hij bekend is met een boedeltekort en met onbehoorlijke taakvervulling als bedoeld in artikel 2:138 lid 2 BW en er bovendien geen aanknopingspunten zijn voor een andere belangrijke oorzaak van het faillissement dan de vaststaande onbehoorlijke taakvervulling. Absolute zekerheid op dit punt is niet nodig. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval is nader onderzoek van de curator nodig om in voldoende mate zeker te

zijn van het causale verband tussen onbehoorlijke taakvervulling en faillissement, bijvoorbeeld bestaande uit het horen van de bestuurders.

3.5.6. In dit geval vermeldt het faillissementsverslag van 3 augustus 2001 over de oorzaak van het faillissement dat bij het opstapen van de bedrijfsactiviteiten in 1998 een zéér optimistische visie bestond op de toekomstige ontwikkelingen in de markt voor telecommunicatie. Door de onderneming is gepoogd om op grote schaal geld te lenen teneinde in die zich ontwikkelende markt profijtelijke opdrachten te verwerven. Die profijtelijke opdrachten bleven echter uit, althans bleken minder profijtelijk te zijn dan tegen de achtergrond van de financieringslast wenselijk zou zijn. Nadat verdere financiering bij banken niet in voldoende mate mogelijk bleek, is financiering gezocht bij particuliere investeerders (Mercurius Beleggingsmaatschappij B.V. en Cantor Holding B.V.). De onderneming bleek niet in staat om op adequate wijze te voldoen aan de verplichtingen uit deze (korte termijn) financieringen. De curator heeft zelf gemeld dat de curator vanaf de eerste helft van 2003 doende is geweest met een onderzoek met betrekking tot eventuele bestuurdersaansprakelijkheid. Daarbij speelde voor de curator onder meer de vraag hoe het mogelijk is dat het kleine bedrijf van Ebcon in een periode van nauwelijks een jaar zo'n grote schuld heeft opgebouwd, zonder dat daarvoor (een toereikende) financiering aanwezig was. De curator vermeldt daarbij dat deze problematiek reeds in het eerste faillissementsverslag van de curator globaal al was aangeduid en dat aanwijzingen ter zake konden worden ontleend aan de aanwezige jaarstukken. Deze toelichting duidt niet op voorhand op een mogelijke bevrijdende andere oorzaak van het faillissement dan onbehoorlijke taakvervulling. De curator had dan ook in dit geval al in augustus 2001 voldoende zekerheid op het punt van het causale verband om daadwerkelijk een rechtsvordering in te kunnen stellen. Het belang van de curator, dat het redelijk moet zijn te oordelen dat hij daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering in te stellen, is in acht genomen. Na augustus 2001 komt het belang bij rechtszekerheid voor [gedaagde] aan de orde. Voor zover de curator meer zekerheid wenste geldt dat hij vervolgens nog vijf jaren de tijd heeft voor nader onderzoek, alvorens een stuitingshandeling is vereist. Gegeven de aanvang van de verjaringstermijn in augustus 2001 heeft geen tijdige stuiting van deze termijn plaatsgehad. 9 februari 2010 is buiten de termijn van vijf jaren, terwijl verlenging van de termijn bij gebreke van enige door de curator aan [gedaagde] gevraagde inlichting, niet aan de orde is. De curator heeft binnen de termijn, op 23 maart 2006, een brief waarin hij vermeldt de verjaringstermijn te stuiten gestuurd aan alle voormalige bestuurders, behalve aan [gedaagde]. Dat wreekt zich nu.

3.5.7. Naar aanleiding van het verweer van de curator overweegt de rechtbank nog het volgende. Het is juist dat artikel 2:138 lid 2 BW geen aansprakelijkheid creëert. Het faciliteert de curator echter wel om aan zijn stelplicht in het kader van artikel 2:138 lid 1 BW te voldoen. Het gaat vervolgens inderdaad om de vraag of het rechtsvermoeden dat dit artikel in het leven roept kan worden weerlegd, door het bestuur. Het gaat er daarbij in eerste instantie om of het bestuur aannemelijk kan maken dat er een andere belangrijke oorzaak voor het faillissement is dan onbehoorlijk bestuur – zijnde onbehoorlijk bestuur over de hele linie, dus in materiële zin – en tevens of het bestuur aannemelijk kan maken dat het bestaan van die eventuele andere oorzaak niet aan het bestuur is te wijten. Pas wanneer het bestuur daarin is geslaagd is het aan de curator om aannemelijk te maken dat ook het onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Pas dan volstaat een beroep op schending van de artikelen 2:394 en/of 2:10 BW niet meer. Uit rov 3.5.6. volgt dat de rechtbank de enkele schending van die artikelen niet voldoende vindt voor het oordeel dat de curator daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering in te stellen. Daarvoor is tevens voldoende zekerheid over het causale verband tussen onbehoorlijk bestuur en faillissement nodig. De curator bepleit, onder meer door verwijzing naar de regels van Insolad, dat hij pas een procedure kan, dan wel behoort te starten “zodra hij na deugdelijk onderzoek heeft vastgesteld dat er sprake is van ernstige misstappen van de bestuurders, kortom dat er sprake is van materieel onbehoorlijk bestuur, hetgeen derhalve iets anders en meer is dan het min of meer fictief onbehoorlijk bestuur als gevolg van bijvoorbeeld verzuim van de deponeringsplicht”. Daarmee geeft de curator er blijk van dat hij volgens hem pas een rechtsvordering kan of mag instellen als na onderzoek vaststaat dat hij aan zijn stelplicht in het kader van artikel 2:138 lid 1 BW kan voldoen, daarbij artikel 2:138 lid 2 BW en het daarmee beoogde doel uit het oog verliezend. De vraag op welk tijdstip de curator op grond van regels voor zijn beroepsgroep een procedure mag starten dient te worden onderscheiden van de vraag op welk tijdstip de verjaringstermijn van de rechtsvordering aanvangt. Het antwoord op die laatste vraag wordt gevonden door toepassing van het recht. Daarbij behoort ook het belang van rechtszekerheid voor [gedaagde] te worden betrokken. Wat betreft de verwijzing naar de uitspraak van deze rechtbank van 5 november 2014 in de zaak “Vilento” volstaat de rechtbank met de constatering dat de beoordeling in deze zaak van de curator tegen [gedaagde] een andere uitkomst heeft dan in de door de curator genoemde zaak.

3.5.8. De slotsom is dat het beroep op verjaring van de primaire vordering van de curator slaagt.

Verjaring: artikel 6:162 BW

3.6. De subsidiaire vordering van de curator is gegrond op onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW. Met de brief van 9 februari 2010 is de verjaringstermijn van een op onrechtmatige daad gegronde rechtsvordering gestuit. Op [gedaagde] rust de plicht feiten en omstandigheden te stellen die aannemelijk maken dat de curator al vijf jaren voor 9 februari 2010 bekend was met schade op grond van onrechtmatige daad en [gedaagde] als daarvoor aansprakelijke persoon. Een vordering op grond van onrechtmatige daad vergt subjectieve bekendheid met concrete feiten, gepleegd door een concrete persoon. Volgens de curator is hij pas op 6 mei 2013 via een memo met 37 documenten van de raadsman van de vennootschappen Cantor en Mercurius met de aan deze vordering ten grondslag gelegde feiten bekend geworden.

3.6.1. In het door [gedaagde] genoemde verzoekschrift van onder meer de vennootschappen Cantor en Mercurius aan de ondernemingskamer wordt betoogd dat sprake is van wanbeleid door het bestuur van N.V. Ebcon Holding, waarvan [gedaagde] deel uitmaakte. De inhoud van dat verzoekschrift is gericht op het handelen van het bestuur en niet op handelingen van concrete personen. Dat verzoekschrift biedt onvoldoende grond voor het oordeel dat de curator op grond daarvan al, zonder nader onderzoek, daadwerkelijk in staat was een rechtsvordering op grond van onrechtmatige daad jegens [gedaagde] in te stellen. Bovendien blijkt uit de brief van de curator van 23 maart 2006 aan onder meer [directeur 1] en [directeur 2] niet dat de curator toen al kennis had van dat verzoekschrift. [gedaagde] heeft geen feiten en omstandigheden aangevoerd die tot het oordeel kunnen leiden dat de curator al voor 9 februari 2005 daadwerkelijk in staat was een rechtsvordering op grond van onrechtmatige daad jegens hem in te stellen. De rechtbank ziet geen aanknopingspunten om de curator te vragen zijn stellingen omtrent de bekendheid met de relevante feiten nader te motiveren. Voor omkering van de bewijslast is geen aanleiding. Hier prevaleert dan het belang van de curator om niet zodanig in tijd te worden beperkt in de mogelijkheid schadevergoeding te kunnen krijgen dat hem daardoor op onredelijke wijze een mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen wordt ontnomen.

3.6.2. De conclusie luidt dat het beroep op verjaring van de subsidiaire vorderingen niet slaagt.

3.7. Op de subsidiaire vordering die nu nog ter beoordeling aan de rechtbank voorligt wordt, vanwege de nauwe samenhang die voeging zou rechtvaardigen, gelijktijdig beslist met de vorderingen in reconventie in de zaak tussen de curator en [directeur 1] en [directeur 2]. Dat betekent dat deze zaak naar de parkeerrol wordt verwezen in afwachting van het tijdstip waarop in laatstgenoemde zaak vonnis in reconventie wordt bepaald.

3.8. De rechtbank houdt iedere verdere beslissing aan.

4. De beslissing

De rechtbank

in de hoofdzaak

verwijst de zaak naar de parkeerrol van woensdag 5 april 2017;

bepaalt dat de meest gerede partij de zaak op de rol kan plaatsen nadat in de zaak met nummer C/02/275437 HA ZA 14-30 vonnis in reconventie is bepaald;

houdt iedere verdere beslissing aan

in het incident

verklaart [gedaagde] in zijn vordering niet ontvankelijk, voor zover die is gegrond op verjaring;

wijst de vordering af, voor zover die is gegrond op rechtsverwerking;

veroordeelt [gedaagde] in de proceskosten van de curator, begroot op nihil.

Noot

1. In deze procedure heeft de curator een van de oud-bestuurders van het failliete Ebcon Holding (en Ebcon Networks) op de voet van art. 2:138 en 6:162 BW persoonlijk aansprakelijk gesteld. Tussen het uitspreken van het faillissement en het uitbrengen van de dagvaarding is een periode van ongeveer 13 jaar verstreken. In deze annotatie zal ik mij beperken tot de overwegingen van de rechtbank over het beroep van de oud-bestuurder op verjaring van de vorderingen van de curator.

2. De eerste vraag die voorligt, is of de curator de verjaring tijdig heeft gestuit met zijn brief van 9 februari 2010. Volgens de rechtbank laat deze brief aan duidelijkheid niets te wensen over. De oud-bestuurder wordt op niet mis te verstane wijze duidelijk gemaakt dat de curator aanleiding ziet tegen hem rechtsvorderingen in te stellen ex art. 2:138 en art. 6:162 BW op basis van verweten gedragingen van bestuur(der) in brede zin. Daarmee is volgens de rechtbank sprake van een voldoende duidelijke waarschuwing in de zin van art. 3:317 BW (r.o. 3.4.2). Het is namelijk een waarschuwing waaruit de oud-bestuurder kon afleiden dat hij de beschikking diende te houden over zijn gegevens en bewijsmateriaal (zie HR 18 september 2015, [ECLI:NL:HR:2015:2741](#), *NJ* 2015/382 (*Int. Strategies Group/Royal Bank of Scotland*)). Volgens de rechtbank wordt de stuitende werking van de brief van 9 februari 2010 niet doorkruist door de omstandigheid dat de curator in zijn dagvaarding aan zijn op art. 6:162 BW gegronde subsidiaire vordering nieuwe concrete feitelijke handelingen ten grondslag heeft gelegd (r.o. 3.4.2).

3. Ik vraag mij af of deze toevoeging juist is als de feitelijke grondslag van de vordering een geheel andere is dan in de stuitingsbrief. In dat geval heeft de oud-bestuurder namelijk geen voldoende duidelijke waarschuwing ontvangen dat hij de beschikking diende te houden over zijn gegevens en bewijsmateriaal inzake de "nieuwe" feitelijke grondslag. Alsdan is niet voldaan aan de vereisten van art. 3:317 BW. Zie in dat verband HR 27 juni 2008, [ECLI:NL:HR:2008:BD1494](#), *NJ* 2008/373 (*T/Trio Bedrijven*). In deze zaak oordeelde de Hoge Raad dat een latere wijziging van de juridische grondslag bij een gelijkblijvende feitelijke grondslag niet in de weg stond aan de houdbaarheid van de eerdere stuitingshandeling (r.o. 3.5). In zijn conclusie bij deze uitspraak schreef A-G Verkade dat de schriftelijke mededeling dat een claim dreigt en wat de feitelijke grondslag daarvan is, een voldoende waarschuwing voor de schuldenaar is om bewijsmateriaal te verzamelen (zie punt 4.6, [ECLI:NL:PHR:2008:BD1494](#)). Uit de overweging van de Hoge Raad en de opmerking van A-G Verkade in onderlinge samenhang bezien zou kunnen worden afgeleid dat een latere wijziging van de feitelijke grondslag wel in de weg kan staan aan de houdbaarheid van de eerdere stuitingshandeling. In dat geval heeft de ontvanger namelijk eerder geen voldoende duidelijke waarschuwing ontvangen dat hij de beschikking diende te houden over zijn gegevens en bewijsmateriaal inzake de "nieuwe" feitelijke grondslag.

4. De tweede vraag die voorligt, is wanneer de verjaring van de vordering tot betaling van het boedeltekort ex art. 2:138 BW is beginnen te lopen. Volgens de rechtbank brengt een redelijke belangenafweging met zich dat een curator daadwerkelijk in staat is een vordering tot betaling van het boedeltekort ex art. 2:138 BW in te stellen op het moment dat hij bekend is met (i) een boedeltekort en (ii) een onbehoorlijke taakvervulling als bedoeld in art. 2:138 lid 2 BW als gevolg van een schending van de administratie- en/of publicatieplicht en (iii) er bovendien geen aanknopingspunten zijn voor een andere belangrijke oorzaak van het faillissement dan de vaststaande onbehoorlijke taakvervulling. Op dat moment is de curator daadwerkelijk bekend met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Absolute zekerheid hoeft er volgens de rechtbank niet te zijn. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan nader onderzoek van de curator nodig zijn om in voldoende mate zeker te zijn van het causale verband tussen de onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement (r.o. 3.5.5).

5. Dit oordeel is grotendeels gebaseerd op de stelplicht en de bewijslast van de curator bij een beroep op het bewijsvermoeden van art. 2:138 lid 2 BW, zoals nader uiteengezet in het Blue Tomato-arrest van de Hoge Raad (HR 30 november 2007, [ECLI:NL:HR:2007:BA6773](#), *«JOR»* 2008/29, m.nt. Borrius). In dat kader moeten de volgende vier vragen worden beantwoord om tot aansprakelijkheid van een bestuurder te kunnen komen: (1) Kan een bestuurder aannemelijk maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest?; (2) Kan de curator de bestuurder verwijten het intreden van die oorzaak niet te hebben voorkomen?; (3) Kan de bestuurder aannemelijk maken dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert?; en (4) Kan de curator aannemelijk maken dat nochtans de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest?

6. Deze vier vragen zijn allemaal subvragen van de hoofdvraag of er (materieel) sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en of dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Die subvragen worden door een curator (in de praktijk) niet afzonderlijk beantwoord, maar zijn verdisconteerd in het antwoord op de hoofdvraag. Dit betekent dat een curator pas na beantwoording van de hoofdvraag daadwerkelijk in staat is de vordering tot betaling van het boedeltekort in te stellen. Dit heeft de rechtbank volgens mij miskend door alleen belang te hechten aan het antwoord op de eerste subvraag voor de beantwoording van de vraag wanneer de verjaring van de vordering van de curator is aangevangen.

7. De rechtbank beantwoordt de eerste sub-vraag vervolgens positief. Zij stelt vast dat reeds in het eerste faillissementsverslag – dat een maand na het uitspreken van het faillissement is gepubliceerd – de vraag aan de orde is gesteld hoe het mogelijk was dat het kleine bedrijf van Ebcon in een periode van nauwelijks een jaar zo'n grote schuld heeft opgebouwd, zonder dat daarvoor (een toereikende) financiering aanwezig was. Daaruit leidt de rechtbank af dat er op voorhand geen aanknopingspunten zijn voor een mogelijk bevrijdende andere oorzaak van het faillissement dan

onbehoorlijke taakvervulling. De curator had daarom ten tijde van de publicatie van het eerste faillissementsverslag voldoende zekerheid op het punt van het causale verband om daadwerkelijk de vordering tot betaling van het boedeltekort op dat moment in te kunnen stellen (r.o. 3.5.6), aangezien uit dit verslag tevens volgt dat de curator bekend was met een boedeltekort en het feit dat de publicatieplicht was geschonden (r.o. 3.5.4). Op dat moment vangt de verjaring van de vordering tot betaling van het boedeltekort aan.

8. Bij gebreke van een nadere motivering kan ik dit oordeel van de rechtbank niet goed volgen. Of een bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, moet worden beoordeeld naar hetgeen de bestuurder voorzag of kon voorzien op het moment dat hij de taak vervulde. Dit betekent dat art. 2:138 BW geen betrekking heeft op achteraf gezien onjuiste calculaties, verkeerde inschattingen van economische factoren, het bewust nemen van bepaalde risico's of het zich onvoldoende hebben ingedekt tegen economische tegenslagen of andere bestuursdaden die wellicht tot het faillissement hebben geleid, maar waarvan niet kan worden gezegd dat zij op het moment dat zij werden verricht als onbehoorlijk bestuur konden worden beschouwd (zie punt 4.7 van de conclusie van A-G Hartlief van 2 december 2016, [ECLI:NL:PHR:2016:1232](#)). Uit de uitspraak volgt niet dat de rechtbank zich hier rekenschap van heeft gegeven. Een andere belangrijke oorzaak van het faillissement dan onbehoorlijke taakvervulling kan dan (nog) niet worden uitgesloten.

9. De rechtbank miskent verder dat een curator de eerste weken c.q. maanden na zijn aanstelling in de regel bezig is met andere urgente zaken dan het oorzakenonderzoek. Aan mededelingen in het eerste faillissementsverslag, dat binnen vier weken moet worden gepubliceerd, over de oorzaken van het faillissement kunnen dan niet al te veel waarde worden gehecht. Die mededelingen zijn vaak gebaseerd op een eerste kennismakingsgesprek met het bestuur. Enig oorzakenonderzoek is dan nog niet gedaan. Laat staan dat een curator zich heeft bekommerd over de vraag of een bestuurder eventueel aannemelijk kan maken dat andere feiten en omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Die vraag kan een curator pas beantwoorden na afronding van een deugdelijk oorzakenonderzoek.

10. Tot slot verwerpt de rechtbank het op de Insolad-praktijkregels gebaseerde argument van de curator dat hij pas een procedure kan, dan wel behoort te starten zodra hij heeft vastgesteld dat er sprake is van materieel onbehoorlijk bestuur. De vraag op welk tijdstip de curator op grond van regels voor zijn beroepsgroep een procedure mag starten, dient volgens de rechtbank te worden onderscheiden van de vraag op welk tijdstip de verjaringstermijn van de rechtsvordering aanvangt. Dat klopt. Al denk ik dat dit tijdstip vaak zal samenvallen met het moment waarop een curator na afronding van een deugdelijk oorzakenonderzoek heeft vastgesteld dat er sprake is van materieel onbehoorlijk bestuur en dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Dat is immers de hoofdvraag die moet worden beantwoord om tot de aansprakelijkheid van een bestuurder voor het boedeltekort te kunnen komen (zie sub 6 en 7 hierboven).

mr. J.P.D. van der Klift, advocaat bij Ploum Lodder Princen
