

ECLI:NL:RBROT:2021:1011

Instantie Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak 03-02-2021

Datum publicatie 10-02-2021

Zaaknummer C/10/571565 / HA ZA 19-323

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere kenmerken Eerste aanleg - meervoudig

Inhoudsindicatie

In de hoofdzaak: aansprakelijkheid ex art. 2:216 BW van een bestuurder jegens de BV vanwege een dividenduitkering die direct is verrekend met een openstaande vordering van de BV op de aandeelhouder. In de vrijwaringszaak: de accountant van de vennootschap heeft onrechtmatig gehandeld jegens de bestuurder door niet te waarschuwen voor het aansprakelijkheidsrisico.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK ROTTERDAM

Team handel en haven

Zittingsplaats Rotterdam

Vonnis in hoofdzaak en vrijwaring van 3 februari 2021

in de zaak met zaaknummer / rolnummer: C/10/571565 / HA ZA 19-323 van

[naam persoon A]

in zijn hoedanigheid van curator van [naam bedrijf B1] ,

wonende te [woonplaats A] ,

eiser,

advocaat mr. B.C. Doolaard te Barendrecht,

tegen

[naam persoon B] ,
wonende te [woonplaats B] , gemeente [gemeente B] ,
gedaagde,
advocaat mr. J.A.M. de Kerf te Goes,

en in de zaak met zaaknummer / rolnummer C/10/582445 / HA ZA 19-870 van

[naam persoon B] ,
wonende te [woonplaats B] , gemeente [gemeente B] ,
eiser,
advocaat mr. J.A.M. de Kerf te Goes,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[accountantskantoor C] ,
gevestigd te [vestigingsplaats C] ,
gedaagde,
advocaat mr. J.J.H. Post te Barneveld.

Partijen worden hierna aangeduid als: de curator, [naam persoon B] en [accountantskantoor C] .

[naam bedrijf B1] zal hierna Exploitatie genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure in de hoofdzaak blijkt uit:

- het vonnis in het vrijwaringsincident van 28 augustus 2019 en de daarin genoemde processtukken;
- de akte houdende inbreng van stukken van [naam persoon B] , met producties;
- de conclusie van repliek, met producties;
- de conclusie van dupliek, met producties.

1.2. In de hoofdzaak is naast [naam persoon B] ook [naam bedrijf B2] (hierna: Beheer) gedagvaard.
Vanwege het faillissement van deze vennootschap is het geding tegen Beheer geschorst.

1.3. Het verloop van de procedure in de vrijwaringszaak blijkt uit:

- de dagvaarding en de akte overlegging producties, met producties;

- de conclusie van antwoord, met producties;
- de conclusie van repliek en de akte overlegging producties, met producties;
- de conclusie van dupliek;
- de akte overlegging producties, van [naam persoon B] , met één productie.

1.4. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

in de hoofdzaak

De partijen

- 2.1. [naam persoon B] was en is enig bestuurder en aandeelhouder van Beheer. Beheer was en is enig aandeelhouder van Exploitatie en samen met [naam persoon B] bestuurder van Exploitatie. De onderneming die door Exploitatie werd gedreven, handelde (ook) onder de naam [naam bedrijf B3] .
- 2.2. Exploitatie is op 19 december 2017 failliet verklaard met benoeming van de curator als zodanig. Exploitatie hield zich bezig met het vervaardigen van metalen constructiewerken.
- 2.3. Beheer is op 9 april 2019 failliet verklaard.
- 2.4. [accountantskantoor C] was vanaf begin 2015 de accountant van Beheer en Exploitatie.

Verkoop onroerend goed in 2011 en vordering van Exploitatie op Beheer in rekening-courant

- 2.5. Exploitatie heeft op 17 november 2011 de economische eigendom van diverse bedrijfspanden (hierna: het onroerend goed) verkocht en geleverd aan Beheer.
- 2.6. De koopprijs voor de economische eigendom bedroeg € 983.000,-. De koopprijs is niet voldaan maar geboekt in de rekening-courant verhouding tussen Beheer en Exploitatie.
- 2.7. In de balans van Exploitatie per 31 december 2013 is een vordering van Exploitatie op Beheer opgenomen van € 1.011.409,-.

Het dividendbesluit en de daaropvolgende verrekening

- 2.8. De algemene vergadering van aandeelhouders van Exploitatie heeft besloten een uitkering te doen aan Beheer als aandeelhouder van € 1.080.000,- ten laste van de overige reserves van de vennootschap (hierna: het dividendbesluit). Dit besluit is neergelegd in notulen die zijn gedateerd 31 december 2013. Blijkens dezelfde notulen heeft het bestuur van Exploitatie de op grond van artikel 2:216 lid 2 van het burgerlijk wetboek (BW) voor de uitkering vereiste goedkeuring verleend.
- 2.9. Het bedrag van de uitkering is blijkens het grootboekoverzicht van Exploitatie per 31 december 2015 verwerkt in de rekening-courantverhouding tussen Beheer en Exploitatie. Daarmee is de destijds bestaande rekening-courantschuld van Beheer aan Exploitatie vereffend door verrekening.
- 2.10. Bij brief van 11 mei 2016 schreef [naam persoon B] aan [accountantskantoor C] :

"In het kader van de aan u verleende opdracht tot het samenstellen van de jaarrekening 2015 van de in de aanhef genoemde onderneming(en) delen wij het volgende mede.

(...)

Met betrekking tot het onder de overige gegevens vermelde voorstel resultaatbestemming bevestigen wij u dat de voorgestelde dividenduitkering, op basis van onze inzichten per heden en de ons per heden ter beschikking staande informatie, toelaatbaar is en niet tot gevolg zal hebben dat de vennootschap na het doen van de voorgestelde uitkering niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden en dat ook niet is te voorzien dat de vennootschap na de uitkering in die situatie zal komen te verkeren. Wij bevestigen dat het in de jaarrekening verwerkte dividendvoorstel een voorwaardelijk karakter heeft en dat de hoogte van het uiteindelijke uit te keren dividend afhankelijk is van een te zijner tijd uit te voeren balanstest en uitkeringstoets.

(...)"

- 2.11. [accountantskantoor C] heeft een overzicht opgesteld met als onderwerp checklist uitkering dividend 2015. In het overzicht staat onder meer het volgende:

"Relatie: (...) [naam bedrijf B1] (...)

Medewerker: (...) Zelfst. assistent accountant (...)

Onderwerp: Checklist list uitkering dividend 2015 Jaar 2015

- Is er voldaan aan de balanstest? Ja
- Is er sprake van een pensioenvoorziening, zo ja,
Is er sprake van een nabestaandenpensioen? Nee
- Is er sprake van een positieve continuïteitsveronderstelling in het afgesloten boekjaar? Ja
- Is er sprake van een positieve continuïteitsveronderstelling in het lopende boekjaar? Ja
- Is er sprake van voldoende liquiditeit om dividend uit te keren? Ja
- Zijn er tussentijdse cijfers voorhanden? Ja
- Welke grondslagen zijn gehanteerd bij het opstellen van de jaarrekening? fiscaal"

en:

"Het voorstel is om in de jaarrekening 2015 van [naam bedrijf B1] een dividenduitkering van € 1.080.000 aan [naam bedrijf B2] te verwerken. (...)

Deze wordt uitgevoerd ter verlaging van de RC positie tussen beide BVs tot aan ongeveer nihil.

De jaarcijfers 2015 geven een Eigen Vermogen van positief +/- € 1.117.000 waaraan een resultaat 2015 van € 9.000 zal worden toegevoegd, (tezamen € 1.126.000). Hierin zit een geplaatst kapitaal van € 18K. (uitkeringsruimte zou dan zijn ongeveer € 1.108.000).

Er zijn geen fiscale beperkingen en er is dus voldoende ruimte in het eigen vermogen om een dividenduitkering aan [naam bedrijf B2] te doen.

Vooruitlopend op de vaststelling door de AvA is dit voorstel reeds in de jaarrekening verwerkt.

Bij goedkeuring van het voorstel, notulen AvA laten ondertekenen, en aan dossier toevoegen.

([naam medewerker]) 12-05-2016 13:57 (GMT +02:00)".

Diverse ontwikkelingen

- 2.12. In 2013 heeft [naam persoon B] een bedrag van € 60.000,- geleend van zijn bedrijfsleider, de heer [naam persoon E] . In de periode tot 3 januari 2018 is hiervan circa € 9.000,- terugbetaald.

- 2.13. [naam persoon B] schreef in een toelichting op de prognoses voor 2015 – 2017 van 13 oktober 2015 onder meer:

" [naam bedrijf B3] (de rechtbank begrijpt dat dit de algemene aanduiding is van Exploitatie en haar

deelneming) heeft in de laatste 2 jaar van de crisisperiode, wat meer problemen gekregen door onze omzetwerken van hydrauliek en vooral offshore. Deze stelden zeer veel eisen, gezien prijs en kwaliteit. Dus enorme prijsdruk en kwaliteit eisen, dit laatste met veel certificeringen van personeel en materialen. Dus onverwachte extra investeringen. Met name, de certificaten van de personeelsleden heeft zeer veel geld gekost, dus ten koste van de winstcijfers, met deze omzetwerken gaan wij nu voorzichtig mee om.

Daarnaast ons speciale product t.w. producten, zuurbestendig batterijcontainers is in de afgelopen jaren, wat achtergebleven, wel bekend met de problematiek van intern transport.

Wat betreft onze andere specialiteiten t.w. batterijwisselsysteem en complete batterijstation inrichting hebben en terughoudend karakter gehad, vanwege investeringsproblemen bij de bedrijven, welke in principe, wel dienden te investeren in deze Wet- en Regelgeving verplichtingen, maar hebben duidelijk, deze zaken wat vooruitgeschoven.

Nu in het 3 kwartaal van dit jaar, bemerken wij een behoorlijke oplevering van alle omzetwerken en de zaak zit goed in de lift.

(...).

2.14. [naam persoon B] mailde op 6 januari 2016 aan [accountantskantoor C] :

"Verder hebben wij eerder gesproken over onze heer [naam persoon E] assistent bedrijfsleider, welke al ruim 2 maanden ziekteverzuim begeeft, deze met name z.s.m. per mediator via transitvergoeding te laten gaan stoppen met het dienstverband.

Verder kunnen er in de loop van dit jaar ontwikkelingen komen, welke zo mogelijk een verdere negatieve invloed zou kunnen hebben op de omzet van [naam bedrijf B3] .

Zodat het niet geheel onbelangrijk is, om eventuele faillissement te voorkomen of hoe kom ik zelf hier dan mee uit?

Dit is alles, is mij al een tijdje onbekend en wil nu z.s.m. actie hierin, om eindelijk aan mijzelf te gaan denken."

2.15. In een prognose van 21 maart 2016 voor Exploitatie en haar deelneming [naam bedrijf B3] staat onder meer:

"Omzet totaal € 1.494.000,00 (...)

Inkoop+ Fabr. Kosten € 493.020,00 (...)

Bruto winst € 1.000.980,00 (...)

Bedrijfskosten € 902.700,00 (...)

Bedrijfsresultaat v. Belast € 98.280,00 (...)

Aflossing Flex € 11.500,00 (...)

Aflossing [naam persoon F] € 14.604,00 (...)

Retour Rek. Courant € 25.000,00 (...)

Belasting retour € 91.200,00 (...)

Investering € 7.500,00 (...)

€ 149.804,00 (...)

Te kort/over € -51.524,00 (...)

(...)

* Nog rekeninghouden met inloop [achterstallige] crediteuren".

2.16. In een overzicht van 30 april 2016 voor Exploitatie staat onder meer:

"periode overzicht winst- en verliesrekening boekjaar 2016

Periode 1 Periode 2 (...)

(...)

Winst na belasting € -14.841 -15,9% € 1.703 1,4% (...)"

2.17. De jaarrekening 2015 is door [accountantskantoor C] op 7 juni 2016 aan het bestuur en aandeelhouder van Exploitatie aangeboden. Daarin was de dividenduitkering en de verrekening met de rekening-courant vordering op Beheer verwerkt. De jaarrekening vermeldt onder meer het navolgende:

- de schulden bedroegen per 31 december 2014 € 177.187,- (langlopend) en € 577.259,- (kortlopend) en per 31 december 2015 € 165.937,- (langlopend) en € 704.984,- (kortlopend);
- de netto-omzet bedroeg in 2014 € 1.454.713,- en in 2015 € 1.346.807,-;
- het nettoresultaat over 2014 is € -40.976,- en over 2015 € 8.727,-.

2.18. In een e-mail van 13 juli 2016 schreef [naam persoon B] aan [accountantskantoor C] over de dienstverlening en facturen van [accountantskantoor C] onder meer het volgende:

"(...) Wij (zijn) nu ernstig teleurgesteld in de begeleiding (...) naar [naam bedrijf B3] en mijzelf. (...) Terwijl [naam bedrijf B2] eerst geld terug zou krijgen en dat met ons liquiditeitsprobleem. (...)"

2.19. [naam persoon B] schreef bij brief/e-mail van 7 december 2016 aan [accountantskantoor C] het volgende:

"(...) Dus graag een afspraak voorstel van jou de komende week, waar we de volgende punten willen bespreken, n.l.

(...)

Update financiering status, verwachtingen en wie doet wat, mede de vraagstelling waarvan deze aanvraag niet veel eerder is opgestart. Immers wij zitten al meer dan een jaar in het liquiditeitsprobleem.

(...)"

2.20. Beheer heeft het onroerend goed op 8 maart 2018 verkocht voor een bedrag van € 600.000,-. Na beslaglegging door de curator vond de notariële levering plaats op 20 december 2018. Na de levering is een bedrag van € 195.209,06 bij de notaris in depot blijven staan.

2.21. In twee overzichten van de curator van 25 oktober 2018 van ingediende en voorlopig erkende vorderingen in het faillissement van Exploitatie staan € 196.160,78 aan preferente schulden en € 649.698.17 aan concurrente schulden.

Statuten van Exploitatie

2.22. De statuten van Exploitatie bepalen onder meer:

"Artikel 15.

"1. De winst wordt bepaald volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd.

Van deze winst zal jaarlijks een door de directie te bepalen percentage worden gereserveerd.

(...)

4. Uitkering van winst geschiedt na de vaststelling van de jaarrekening, waaruit blijkt dat zij geoorloofd is."

in de vrijwaringszaak

2.23. Alle hiervoor weergegeven feiten uit de hoofdzaak staan ook vast in de vrijwaringszaak, behalve de hiervoor onder 2.12, 2.14 en 2.19 tot en met 2.21 weergegeven feiten.

2.24. Op de website van [accountantskantoor C] is onder meer het volgende te lezen:

"[...] Wij zijn met name gespecialiseerd in de problematiek rond directeur[-]grootaandeelhouders (DGA).[...]"

3. Het geschil

in de hoofdzaak

3.1. De curator vordert – kort gezegd – dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- a. (primair) [naam persoon B] (hoofdelijk met Beheer) veroordeelt tot betaling van € 1.080.000,-, zijnde het op 31 december 2015 door de Exploitatie aan Beheer uitgekeerde dividend, vermeerderd met rente;
- b. (subsidiair) [naam persoon B] (hoofdelijk met Beheer) veroordeelt tot betaling van:
 - (i) het huidige faillissementstekort van € 845.858,95, vermeerderd met rente, en
 - (ii) een nader bij staat op te maken bedrag aan boedelcrediteuren en boedelkosten, vermeerderd met rente;
- c. (meer subsidiair) voor recht verklaart dat het aandeelhoudersbesluit, het goedkeuringsbesluit, de dividenduitkering en de verrekening nietig, althans vernietigd zijn, en
- d. (in alle gevallen) [naam persoon B] (hoofdelijk met Beheer) veroordeelt:
 - (i) tot betaling van € 6.775,- aan buitengerechtelijke incassokosten, te vermeerderen met de BTW en rente,
 - (ii) in de proceskosten, salaris advocaat en beslagkosten daaronder begrepen.

3.2. Aan de vorderingen legt de curator kort gezegd de volgende stellingen ten grondslag.

3.2.1. Het dividendbesluit – dat geantedateerd is – had nooit genomen mogen worden. De balans- en uitkeringstest van artikel 2:216 BW zijn niet uitgevoerd en de uitkering voldoet inhoudelijk ook niet aan die testen. Ook zijn diverse bepalingen uit de statuten van Exploitatie geschonden en er is geen rekening gehouden met het tegenstrijdige belang tussen Beheer/ [naam persoon B] en Exploitatie.

3.2.2. De dividenduitkering was onverantwoord. De financiële situatie was eind 2015 (en in 2016) slecht ('alle seinen stonden op diep rood') en het was voorzienbaar dat het dividendbesluit en de daarop volgende verrekening zouden leiden tot de situatie dat Exploitatie niet langer aan haar verplichtingen kon voldoen.

3.2.3. [naam persoon B] en Beheer hebben als bestuurders van Exploitatie met het dividendbesluit onrechtmatig hebben gehandeld jegens de schuldeisers, hun taak als bestuurders onbehoorlijk hebben vervuld en zichzelf hebben bevoordeeld boven de schuldeisers. Volgens de curator zijn het dividendbesluit en de verrekening een belangrijke oorzaak van het faillissement van Exploitatie in de zin van artikel 2:248 BW. Het dividendbesluit, het goedkeuringsbesluit en de verrekening zijn volgens de curator bovendien paulianeus in de zin van artikel 42 Faillissementswet (Fw).

3.2.4. Er zijn beslag- en buitengerechtelijke incassokosten gemaakt.

3.3. [naam persoon B] voert verweer. Het verweer strekt ertoe de vorderingen van de curator af te wijzen met veroordeling van de curator in de proceskosten.

3.4. Het verweer van [naam persoon B] laat zich – verkort weergeven – als volgt samenvatten.

3.4.1. De curator miskent dat het dividendbesluit en de verrekening tot geen enkele liquiditeitsonttrekking hebben geleid. De balans- en uitkeringstesten zijn uitgevoerd en het dividend voldoet daaraan. De financiële situatie van Exploitatie stond het dividend en de verrekening toe en maakte deze niet onverantwoord. Er is destijds uitgegaan van prognoses over de continuïteit van de onderneming. Dat die prognoses achteraf gezien te optimistisch zijn gebleken, is geen grond voor aansprakelijkheid.

3.4.2. Het dividendbesluit heeft in ieder geval geen rol gespeeld in het uiteindelijke faillissement. Na het dividendbesluit is er een onverwacht groot omzetverlies geleden bij een van de grootste opdrachtgevers van Exploitatie en er waren onverwachte kosten doordat drie werknemers (langdurig) ziek zijn geworden. De verschillende formele en materiele verwijten die de curator [naam persoon B] maakt, zijn niet gegrond.

3.5. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

in de vrijwaringszaak

3.6. [naam persoon B] vordert – kort gezegd – dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad en zo mogelijk gelijktijdig met het in de hoofdzaak te wijzen vonnis, [accountantskantoor C] veroordeelt om aan [naam persoon B] te betalen al hetgeen waartoe [naam persoon B] in de hoofdzaak mocht worden veroordeeld, inclusief de proceskosten van de hoofdzaak, met veroordeling van [accountantskantoor C] in de kosten van de vrijwaring en de nakosten, te vermeerderen met rente over de (na)kosten.

3.7. Aan zijn vordering legt [naam persoon B] verkort weergeven de volgende stellingen ten grondslag. [accountantskantoor C] is sinds 2015 zijn accountant. [naam persoon B] was een leek op het gebied van dividenduitkeringen en leunde op de expertise en adviezen van zijn accountant. [accountantskantoor C] heeft hem geadviseerd om de bestaande rekening-courantschuld van Beheer aan Exploitatie te voldoen door dit te verrekenen met een dividenduitkering. Hij heeft op dit advies vertrouwd. [accountantskantoor C] had hem moeten waarschuwen voor de aansprakelijkheidsrisico's. Door dat na te laten, is [accountantskantoor C] tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen dan wel heeft [accountantskantoor C] onrechtmatig jegens [naam persoon B] gehandeld.

3.8. [accountantskantoor C] voert verweer. Het verweer strekt er toe de vordering van [naam persoon B] af te wijzen, met veroordeling bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad van [naam persoon B] in de proceskosten, vermeerderd met rente en nakosten.

3.9. Het verweer van [accountantskantoor C] laat zich kort gezegd als volgt samenvatten.

3.9.1. [naam persoon B] is niet aansprakelijk te stellen voor het dividendbesluit omdat zowel aan de balanstest als aan de uitkeringstest is voldaan. Er waren voldoende vrije reserves voor de uitkering en de *current ratios* over 2015 en 2016 laten zien dat de uitkering aan de uitkeringstest voldeed.

3.9.2. Mocht [naam persoon B] wel aansprakelijk zijn, dan betwist [accountantskantoor C] dat zij tegenover [naam persoon B] aansprakelijk is. [naam persoon B] was niet de opdrachtgever

van [accountantskantoor C] , dat waren Beheer en Exploitatie. Er is dus geen contractuele zorgplicht van [accountantskantoor C] ten opzichte van [naam persoon B] .
[accountantskantoor C] heeft niet onrechtmatig tegenover [naam persoon B] gehandeld.
[accountantskantoor C] heeft de balansrest juist uitgevoerd en het behoorde niet tot haar taak om de uitkeringstest uit te voeren. [naam persoon B] zelf deed dit op basis van zijn eigen prognoses en winstverwachtingen.

3.9.3. In de brief van 11 mei 2016 heeft [naam persoon B] aan [accountantskantoor C] bevestigd dat niet voorzien was dat Exploitatie na het dividend niet meer aan haar opeisbare schulden kon voldoen en dat het in de jaarrekening 2015 verwerkte uitkeringsvoorstel bovendien een voorwaardelijk karakter had. [accountantskantoor C] is niet gevraagd om de uitkeringstest te doen en zij had geen verplichting om ongevraagd of spontaan advies te verstrekken. Aan [naam persoon B] is duidelijk gemaakt dat hij zelf als bestuurder en aandeelhouder als enige verantwoordelijk is. Verder is er in ieder geval sprake van eigen schuld van [naam persoon B] . Hij is verantwoordelijk voor zijn beslissingen.

3.10. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

in de hoofdzaak

Inleiding

4.1. Centraal in deze zaak staan het dividendbesluit en de daaropvolgende verrekening van de dividenduitkering met de rekening-courantvordering van Exploitatie op Beheer. De rechtbank zal hierna eerst beoordelen wanneer het dividend is genomen. Daarna zal worden beoordeeld of [naam persoon B] als bestuurder van Exploitatie aansprakelijk is omdat hij het dividendbesluit heeft goedgekeurd. Aansluitend zal worden ingegaan op de overige grondslagen van de vorderingen van de curator.

Wanneer is het dividendbesluit genomen?

4.2. Het dividendbesluit is gedateerd op 31 december 2015. De curator wijst er echter terecht op dat uit de hiervoor onder 2.10 en 2.11 genoemde stukken blijkt dat het besluit op 11 en 12 mei 2016 nog niet was genomen. [naam persoon B] en de accountant hebben het dan immers over het voorgenomen dividendbesluit en in de checklist van [accountantskantoor C] staat dat de notulen moeten worden getekend bij goedkeuring van het voorstel. [naam persoon B] heeft niet gemotiveerd betwist dat het besluit medio 2016 is genomen. Hij stelt slechts dat hij denkt dat het besluit op of omstreeks 31 december 2015 is genomen, maar hij heeft geen uitleg gegeven hoe de correspondentie uit mei 2016 in dit verband gezien moet worden. De rechtbank stelt daarom vast dat het dividendbesluit geantedateerd is. Nu de dividenduitkering is verwerkt in de jaarrekening en die op 7 juni 2016 door de accountant is aangeboden aan Exploitatie, stelt de rechtbank vast dat het dividendbesluit in mei/begin juni 2016 is opgemaakt.

Is [naam persoon B] als bestuurder van Exploitatie aansprakelijk vanwege de goedkeuring van het dividendbesluit?

4.3. De wet regelt in artikel 2:216 BW hoe een besloten vennootschap kan besluiten om een uitkering te doen aan haar aandeelhouders. Het besluit kan alleen worden genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders, maar behoeft de goedkeuring van het bestuur van de vennootschap. Het bestuur moet die goedkeuring weigeren indien het bestuur weet of

redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Indien de vennootschap na een uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, zijn de bestuurders die dat ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien jegens de vennootschap aansprakelijk voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering. Die aansprakelijkheid voor het tekort is gemaximeerd tot het bedrag van het dividend. Bij de vraag wat de bestuurder wist of behoorde te voorzien, gaat het niet om iedere mogelijke vergissing: het moet gaan om evident onverantwoorde uitkeringen.

- 4.4. Kortom, vastgesteld moet worden (1) of na het dividendbesluit de vennootschap niet kon doorgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, (2) of [naam persoon B] , toen hij in mei/begin juni 2016 het dividendbesluit goedkeurde, dit wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien, en zo ja (3) wat het tekort is dat het dividendbesluit heeft veroorzaakt.
- 4.5. Het is niet in geschil dat Exploitatie na het dividendbesluit (uiteindelijk) niet kon doorgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Dit blijkt ook uit het feit dat zij failliet verklaard is in december 2017. De vervolgvraag is dus of [naam persoon B] dit wist of redelijkerwijs had kunnen voorzien. Daarvoor is het volgende van belang.
- 4.6. Uit de stellingen van partijen blijkt klip en klaar dat Exploitatie er in mei/begin juni 2016 financieel slecht voorstond.
 - 4.6.1. De vennootschap had een liquiditeitsprobleem. Dat speelde al eind 2015 en heeft het gehele jaar 2016 voortgeduurd, zoals blijkt uit de onder 2.19 geciteerde brief van [naam persoon B] . Kort voor het dividendbesluit, in maart 2016, had [naam persoon B] een begroting opgesteld met een liquiditeitstekort van € 51.524,- voor het jaar 2016.
 - 4.6.2. De winstgevendheid van de onderneming was slecht. Na een slechte periode en verlies in 2014, is in 2015 net aan winst gemaakt. Die winst was (mede) mogelijk doordat [naam persoon B] zijn management fee over 2015 had verlaagd. Zonder die verlaging was 2015 ook verliesgevend afgesloten. In de prognose van maart 2016 werd voor 2016 een positief bedrijfsresultaat voor belastingen voorzien van € 98.280,-, maar daarbij was nog geen rekening gehouden met diverse uitgaven die volgens diezelfde prognose wel gedaan moesten worden. Per saldo voorzag de begroting van maart 2016 in een tekort, terwijl daarbij – blijkens de toelichting onderaan de prognose – nog geen rekening was gehouden met achterstallige crediteuren. Ook was er – blijkens de prognose van april 2016 – in het eerste kwartaal van 2016 nog verlies geleden en was de prognose dat er net aan winst zou zijn in het tweede kwartaal (€ 1.703,-).
 - 4.6.3. De omzet was teruggelopen. In de brief van 13 oktober 2015 beschreef [naam persoon B] omzetproblemen over 2013 en 2014 en gaf hij aan dat het bedrijf toen – dus in het derde kwartaal van 2015 – weer in de lift zat. Vastgesteld moet worden dat er omzetproblemen geweest waren en dat, volgens [naam persoon B] zelf, het herstel eind 2015 nog maar net begonnen was. Uiteindelijk was de omzet over 2015 10% lager dan het jaar ervoor.
 - 4.6.4. De curator stelt onbetwist dat Exploitatie continue tegen de maximale roodstand bij haar bank aan stond. Ook leende [naam persoon B] geld van een (ex)werknemer, een lening die – naar de curator onbetwist stelt – niet of nauwelijks werd afgelost. [naam persoon B] stelt daarover dat dit gebeurde vanwege een mogelijke overname, maar onderbouwt deze stelling niet en geeft ook niet aan waarom de niet-terugbetaling anders gezien moet worden dan een bevestiging dat er betalingsproblemen waren.
 - 4.6.5. De staat van het onderhoud van het door Exploitatie gebruikte onroerend goed, de machines en het gereedschap was – naar de curator onbetwist stelt – slecht tot matig.

- 4.6.6. In januari 2016, dus enkele maanden voor het dividendbesluit, schreef [naam persoon B] aan zijn accountant dat hij wilde overleggen. De assistent-bedrijfsleider was twee maanden ziek en zou met een transitievergoeding gaan afvloeien. Dat zijn voorzienbare extra kosten. Ook schreef [naam persoon B] dat er in de loop van 2016 ontwikkelingen konden komen die mogelijk een verdere negatieve invloed zou kunnen hebben op de omzet. Dit maakt het, zo schreef [naam persoon B], niet geheel onbelangrijk om een faillissement te voorkomen en hij vraagt hoe hij hier zelf uit moet komen.
- 4.7. De rechtbank stelt vast dat het dividendbesluit blijkens de toelichting van de accountant uit mei 2016 was ingegeven door de wens om de rekening-courantvordering van Exploitatie op Beheer te laten vervallen. Dat is ook wat er feitelijk is gebeurd. Het betoog van [naam persoon B] dat dit doel gezien moet worden in het kader van zeer ver gevorderde plannen waren voor een bedrijfsovername door zijn dochter, doet aan het doel zelf niet af. Daar komt bij dat [naam persoon B] nog geen begin heeft gemaakt met de onderbouwing van zijn stelling dat er vergevorderde overnameplannen waren.
- 4.8. Het geheel overziend stelt de rechtbank vast dat in mei/begin juni 2016 Exploitatie betalingsproblemen had, er een liquiditeitstekort voor 2016 was voorzien en er op dat moment verlies werd geleden. [naam persoon B] betwist dat zijn prognoses uit 2016 onverantwoord waren, maar gelet op het voorgaande is die stelling onvoldoende onderbouwd. Daarmee heeft [naam persoon B] de stelling van de curator dat hij wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat Exploitatie binnen afzienbare termijn niet door zou kunnen gaan met het betalen van de opeisbare schulden, onvoldoende gemotiveerd betwist. Hij legt niet (voldoende concreet) uit waarom hij er in mei/begin juni 2016 van uit mocht gaan dat de omzet en winst zodanig zouden stijgen dat Exploitatie daarmee het liquiditeitstekort op kon heffen dan wel extra geld kon lenen om dat liquiditeitstekort af te dekken en door zou kunnen gaan met het betalen van de opeisbare schulden.
- 4.9. [naam persoon B] heeft aangevoerd dat de *current ratios* in 2015 en 2016 boven de 1 lagen en dat er een positief werkkapitaal was. In het licht van de hiervoor geschetste feiten en omstandigheden is dat onvoldoende onderbouwing van zijn verweer. Het zijn immers eerder de *quick ratios* dan de *current ratios* die van belang zijn, nu bij de *quick ratio* de voorraden en het onderhanden werk buiten beschouwing blijven.¹ Om dezelfde reden slaagt ook het beroep op het positieve werkkapitaal per 31 december 2015 niet.
- 4.10. Daarmee staat als onvoldoende gemotiveerd betwist vast dat [naam persoon B] wist of behoorde te voorzien dat Exploitatie binnen afzienbare termijn niet aan haar opeisbare schulden zou kunnen voldoen toen hij in mei/begin juni 2016 het dividendbesluit goedkeurde. Dat het faillissement uiteindelijk anderhalf jaar later is uitgesproken en dat de directe aanleiding daarvan was dat er na het dividendbesluit een belangrijke opdrachtgever vertrokken is en enkele werknemers ziek zijn geworden, verandert dit niet. Feit is dat [naam persoon B] in mei/juni 2016 een substantiële vordering op Beheer met de mogelijkheid van verhaal op het onroerend goed heeft prijsgegeven. Het onroerend goed maakte dat die vordering ook daadwerkelijk een aanzienlijke waarde vertegenwoordigde. Dat blijkt al uit de verkoopprijs die in 2018 voor het onroerend goed is gerealiseerd. Tegenover dit nadeel stond voor Exploitatie geen enkel financieel voordeel. Dat dit nodig was voor een bedrijfsovername, is door [naam persoon B] wel gesteld, maar op geen enkele manier gemotiveerd of onderbouwd. [naam persoon B] heeft dus een onverantwoord risico genomen waarbij Exploitatie geen belang had.
- 4.11. [naam persoon B] heeft geen voldoende concrete feiten en omstandigheden gesteld die kunnen leiden tot een ander oordeel. Aan bewijsvoering daarover wordt daarom niet toegekomen.
- 4.12. De slotsom is dat [naam persoon B] op grond van artikel 2:216 BW aansprakelijk is voor het tekort dat door het dividendbesluit is ontstaan tot (in hoofdsom) maximaal het bedrag van de dividenduitkering.

4.13. Over de omvang van het tekort overweegt de rechtbank het volgende.

4.13.1. De curator heeft gesteld dat Exploitatie door het dividendbesluit en de verrekening financieringsmogelijkheden is misgelopen. Voor zover bedoeld is dat dit relevant is voor het tekort, slaagt dit niet, reeds omdat deze stelling na gemotiveerde betwisting door [naam persoon B] onvoldoende gemotiveerd gehandhaafd is.

4.13.2. Anders dan de curator stelt, is het tekort niet gelijk te stellen aan het bedrag van het dividendbesluit (€ 1.080.000,-). Immers, nadat het dividendbesluit is genomen, is de dividenduitkering verrekend met de vordering van Exploitatie op Beheer. Daardoor is die vordering tenietgegaan en zo is Exploitatie dan wel de curator de mogelijkheid ontnomen verhaal te nemen op het onroerend goed. Andere verhaalsobjecten van betekenis had Beheer niet, zo stelt de curator zelf. Wat Exploitatie door het dividendbesluit tekortgekomen is, is dus – zonder bijkomende omstandigheden, die gesteld noch gebleken zijn – de misgelopen opbrengst van het onroerend goed.

4.13.3. Beheer heeft in 2018 het onroerend goed verkocht en geleverd voor een koopprijs van € 600.000,- waarvan € 195.209,06 in depot bij de notaris is geplaatst. Gegeven het feit dat de levering plaatsvond na de beslaglegging door de curator gaat de rechtbank ervan uit dat dit een reële, marktconforme prijs was. Deze verkoop geeft dus een basis voor een begroting van het tekort dat door de dividenduitkering is ontstaan.

4.13.4. Partijen hebben zich niet uitgelaten over de vraag of ook de curator in staat zou zijn geweest het onroerend goed voor de in 2018 gerealiseerde prijs te verkopen en of ook de curator in staat zou zijn geweest dit te realiseren voor het faillissement van Beheer in 2019. De rechtbank zal de zaak daarvoor naar de schadestaatprocedure verwijzen. Daarin zal moeten worden vastgesteld welk nadeel Exploitatie feitelijk heeft geleden door de dividenduitkering, de verrekening en het daaruit volgende verlies van de verhaalsmogelijkheid op Beheer en het onroerend goed.

4.13.5. Omdat de aansprakelijkheid van een bestuurder onder artikel 2:216 BW is gemaximeerd tot het dividendbedrag (vermeerderd met rente), zal de rechtbank in het dictum dit maximum opnemen.

4.14. Volledigheidshalve benoemt de rechtbank het volgende. [naam persoon B] heeft benadrukt dat door het dividendbesluit en de verrekening geen liquiditeit uit de onderneming is gegaan en dat deze handelingen niet hebben geleid tot het faillissement. Dat is op zich juist. Dit verweer gaat er echter aan voorbij dat het dividendbesluit en de verrekening er wel toe hebben geleid dat de mogelijkheid van verhaal op het onroerend werd prijsgegeven.

Andere grondslagen van de vorderingen van de curator

4.15. De overige grondslagen van de vorderingen van de curator slagen niet of leiden niet tot een meeromvattende aansprakelijkheid van [naam persoon B] dan de hiervoor al vastgestelde aansprakelijkheid. De rechtbank licht dit hieronder toe.

4.15.1. Het beroep op de balanstest van artikel 2:216 BW behoeft geen nadere bespreking. Ook als [naam persoon B] op dit punt tekortgeschoten zou zijn in zijn taak als bestuurder en/of onrechtmatig zou hebben gehandeld, dan leidt dat niet tot aansprakelijkheid voor een hoger bedrag dan de aansprakelijkheid die hiervoor is vastgesteld. Dit geldt ook voor het beroep van de curator op de artikelen 2:9 en 6:162 BW. Het gaat in deze zaak in alle gevallen uiteindelijk om de schade geleden door het verlies van de vordering op Beheer en de daaraan gekoppelde mogelijkheid van verhaal op het onroerend goed.

4.15.2. Het beroep van de curator op artikel 2:248 BW slaagt niet omdat de curator geen feiten en omstandigheden heeft gesteld die aannemelijk maken dat het dividendbesluit en de verrekening een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn. Integendeel, de curator stelt zelf dat het faillissement al ruim voor 2015 voorzienbaar was. De curator geeft geen uitleg hoe Exploitatie met een incasso van haar vordering op Beheer en verkoop van het onroerend goed haar faillissement had kunnen voorkomen.

4.15.3. Het beroep van de curator op artikel 42 Fw slaagt niet. Toepassing van dit artikel leidt tot vernietigbaarheid van het dividendbesluit en een verplichting tot ongedaanmaking voor Beheer, niet voor [naam persoon B]. De curator heeft in relatie tot [naam persoon B] geen belang bij de meer subsidiair gevraagde verklaring voor recht over de nietigheid/vernietigbaarheid van diverse besluiten.

4.15.4. Het beroep van de curator op artikel 15 lid 1 en lid 4 van de statuten van Exploitatie slaagt niet, omdat het berust op een verkeerde lezing van die artikelen. Anders dan de curator stelt, volgt uit die artikelen niet dat het dividendbesluit niet genomen kan worden zonder een voorafgaande vaststelling van de jaarrekening. De artikelen zien alleen op de vaststelling en uitkering van de winst. Het dividendbesluit heeft betrekking op de uitkering van vrije reserves.

Vertrouwen van [naam persoon B] in [accountantskantoor C]

4.16. [naam persoon B] heeft bij conclusie van antwoord aangevoerd dat hij bij het nemen van het dividendbesluit blind vertrouwde op zijn accountant. Voor zover dit als verweer tegen de vordering van de curator is bedoeld (en niet alleen als toelichting op het verzoek [accountantskantoor C] in vrijwaring te mogen oproepen), slaagt het niet. Zijn vertrouwen in de accountant doet niet af aan zijn eigen verantwoordelijkheid als bestuurder van Exploitatie.

Gevorderde wettelijke rente

4.17. De curator heeft gevorderd het toe te wijzen bedrag te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 31 december 2015. Gelet op het bepaalde in artikel 2:216 lid 3 BW en gelet op de datum waarop het dividendbesluit genomen is (mei/begin juni 2016) zal de wettelijke rente worden toegewezen vanaf 1 juni 2016.

Buitengerechtelijke incassokosten en beslag-, proces- en nakosten

4.18. De vordering tot vergoeding van buitengerechtelijke (incasso-)kosten zal worden afgewezen. Weliswaar stelt de curator buitengerechtelijke incassokosten gemaakt te hebben, maar na betwisting door [naam persoon B] heeft de curator niet aangegeven welke werkzaamheden hij heeft verricht. De kosten waarvan de curator vergoeding vordert, moeten dan ook worden aangemerkt als betrekking hebbend op verrichtingen waarvoor de proceskostenveroordeling wordt geacht een vergoeding in te sluiten.

4.19. [naam persoon B] als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de beslag- en proceskosten worden veroordeeld. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, begroot de rechtbank de proceskosten aan de zijde van de curator op basis van een geschilwaarde (exclusief rente) van € 195.209,06 (zie rechtsoverweging 2.20) en niet op basis van de gevorderde bedragen. De kosten van de herstelakte blijven voor rekening van de curator omdat dit nodeloos gemaakte kosten zijn.

Dit leidt tot de volgende begroting:

verschotten beslag € 506,98

dagvaarding € 87,36

griffierecht (beslag + hoofdzaak) € 1.599,00

salaris advocaat (inclusief beslagrekest) € 7.206,00

totaal € 9.399,34

in de vrijwaringszaak

- 4.20. Gelet op de overwegingen in de hoofdzaak zal de rechtbank zich in de vrijwaringszaak met name richten op de uitkeringstest. Concreet is de vraag of [accountantskantoor C] aansprakelijk is jegens [naam persoon B] in verband met het niet uitvoeren van de uitkeringstest en/of het onvoldoende of onjuist adviseren over die test. De rechtbank zal niet ingaan op de balanstest, omdat dit gelet op de beoordeling in de hoofdzaak niet relevant is voor de vrijwaring.
- 4.21. Tussen partijen is niet in geschil dat er geen contractuele relatie bestaat tussen [accountantskantoor C] en [naam persoon B]. [accountantskantoor C] is dus alleen aansprakelijk jegens [naam persoon B], als zij onrechtmatig tegenover hem heeft gehandeld. Daarbij is het volgende van belang. Een accountant moet op grond van artikel 7:401 BW de zorgvuldigheid betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar mag worden verwacht. Schending van die norm kan een wanprestatie opleveren jegens de opdrachtgever, maar kan onder omstandigheden ook onrechtmatig zijn jegens diens bestuurder. Of dit laatste het geval is, is onder meer afhankelijk van de hoedanigheid van de betrokken partijen, de aard en de strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde bij de overeenkomst zijn betrokken en de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt.
- 4.22. Tegen deze achtergrond overweegt de rechtbank het volgende.
- 4.23. Net als in de hoofdzaak stelt de rechtbank in de vrijwaringszaak vast dat het dividendbesluit is opgemaakt in mei/begin juni 2016. Nadat [naam persoon B] onder verwijzing naar de onder 2.10 en 2.11 aangehaalde stukken had geconcludeerd dat het besluit geantedateerd is, is dit door [accountantskantoor C] niet gemotiveerd betwist. Zij stelt slechts niet te weten of het besluit geantedateerd is. Mede in het licht van de onbetwiste stelling van [naam persoon B] dat de door hem ondertekende brief van 11 mei 2016 (2.10) door [accountantskantoor C] is opgesteld en de checklist van [accountantskantoor C] van 12 mei 2016, had het op haar weg gelegen zich hierover concreet uit te laten.
- 4.24. Ook los van de brief van 11 mei 2016 is de uitkeringstest primair de verantwoordelijkheid van [naam persoon B] als bestuurder van Exploitatie. Hij en niet de accountant is de aangewezen partij om de inschatting te maken of de toekomstverwachtingen de uitkering toelaten. Dat laat onverlet dat van een accountant die een vennootschap begeleidt bij een dividendbesluit, in het algemeen mag worden verwacht dat hij, mede gelet op de strekking van artikel 2:216 BW en de in lid 3 daarvan opgenomen sancties, daarbij ook jegens de bestuurders van de vennootschap de zorg betracht van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar. Er is geen reden om in deze zaak anders te oordelen, te minder nu [accountantskantoor C] zich profileert als specialist op het gebied van kwestie rond de figuur van directeur-groootaandeelhouder en [naam persoon B] juist in die categorie valt.
- 4.25. [accountantskantoor C] heeft de uitkeringstest niet uitgevoerd. [accountantskantoor C] stelt dat zelf ook; zij zegt dat haar opdracht zich niet daartoe uitstrekte. [naam persoon B] stelt niet, althans niet voldoende concreet, dat hij [accountantskantoor C] gevraagd heeft dit te doen. Sterker nog, [naam persoon B] stelt in deze procedure niet voldoende concreet welke opdracht hij aan [accountantskantoor C] heeft gegeven als het om de dividenduitkering gaat. De rechtbank gaat er daarom vanuit dat [naam persoon B] geen (expliciete) opdracht heeft gegeven om de uitkeringstest te doen.
- 4.26. Wat [accountantskantoor C] heeft wel gedaan, is het begeleiden van Exploitatie / [naam

persoon B] bij het nemen van het dividendbesluit. Dit blijkt uit de onder 2.10 en 2.11 geciteerde stukken, die beide zijn opgesteld door [accountantskantoor C] . Bij gebreke van een voldoende concrete andere uitleg aan de zijde van [naam persoon B] gaat de rechtbank ervan uit dat deze begeleiding zijn oorsprong vindt in het feit dat [accountantskantoor C] de jaarstukken samenstelde. Echter, [accountantskantoor C] moet ook dan bij die begeleiding de zorgvuldigheid in acht nemen die van haar gevergd kan worden.

- 4.27. De zorgvuldigheid die van een accountant verwacht mag worden bij deze begeleiding gaat in het algemeen niet zover dat deze ongevraagd de uitkeringstest zelf uitvoert (zo de accountant dit al kan doen) of daarvoor een voorzet doet. Wel zal de accountant de klant erop moeten wijzen dat een uitkering alleen mag plaatsvinden, indien aan de uitkeringstest wordt voldaan. Het ligt bovendien op zijn weg om de klant te waarschuwen voor de aansprakelijkheidsrisico's. Die waarschuwing zal indringender en concreter moeten zijn naarmate de aan de accountant bekende financiële problemen groter zijn.
- 4.28. In dit geval wist [accountantskantoor C] dat er financiële problemen waren. Heel specifiek had [naam persoon B] hier aandacht voor gevraagd in zijn brief van 6 januari 2016 (zie 2.14). In die brief benoemt [naam persoon B] expliciet het insolventierisico. Ook had [accountantskantoor C] – naar zij erkent – kennis van de prognose van maart 2016. Zij stelt zelf deze verwerkt te hebben tot de prognose van april 2016. In de prognose van maart 2016 stond een begroot liquiditeitstekort voor 2016 van € 51.524,-. Mede gelet op het feit dat Exploitatie in 2014 nog verlies had geleden en in 2015 maar net aan winst had gemaakt (minder dan € 9.000,-) is dat een significant bedrag. Ook wist [accountantskantoor C] dat in de prognose van april 2016 een verlies stond voor het eerste kwartaal en een zeer marginale winst voor het tweede kwartaal. Ook wist [accountantskantoor C] (of behoorde zij te weten) dat er een probleem was met achterstallige crediteuren, dat staat immers onderaan de prognose van maart 2016.
- 4.29. Dit maakt dat [accountantskantoor C] er niet mee kon volstaan om [naam persoon B] de brief van 11 mei 2016 te laten ondertekenen met daarin zijn bevestiging – kort gezegd – dat de vennootschap ook na de dividenduitkering aan haar opeisbare verplichtingen zou kunnen voldoen en door in die brief aan het dividendbesluit een voorwaardelijk karakter te geven. Aan dit voorwaardelijke karakter is – voor zover gesteld of gebleken – verder door [accountantskantoor C] en [naam persoon B] geen invulling meer gegeven en de jaarrekening is vastgesteld met opname van het dividend. Het voorwaardelijk karakter komt ook niet terug in het dividendbesluit zelf: dat besluit is onvoorwaardelijk. [accountantskantoor C] had [naam persoon B] indringender moeten waarschuwen voor de noodzaak om de uitkeringstest te doen en had moeten wijzen op het aansprakelijkheidsrisico. Dat is een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst tussen Exploitatie en [accountantskantoor C] en onrechtmatig jegens [naam persoon B] . Als accountant van Exploitatie had [accountantskantoor C] [naam persoon B] , feitelijk de enige bestuurder van, en haar contactpersoon bij Exploitatie, moeten waarschuwen, gelet op diens kennelijke belangen bij een juist uitgevoerde uitkeringstest / dividendbesluit. Van belang is daarbij ook dat [accountantskantoor C] veel meer kennis heeft over de eisen die gelden voor dividendbesluiten dan [naam persoon B] . Weliswaar ontkent zij dat [naam persoon B] een leek was, maar ter onderbouwing daarvan stelt zij in de kern genomen slechts dat [naam persoon B] de administratie en de prognoses verzorgde en [accountantskantoor C] niet nodig had. Dat is geen gemotiveerde betwisting van de stelling dat [naam persoon B] (een MKB-ondernemer) geen en [accountantskantoor C] (een accountant) wel expertise had over de aan een dividendbesluit te stellen eisen.
- 4.30. Aan het voorgaande doet niet af dat in de aanbiedingsbrief van 7 juni 2016 is vermeld dat de jaarrekening samengesteld is op basis van de van Exploitatie verkregen informatie en dat bij een samenstellingsopdracht Exploitatie er verantwoordelijk voor is dat de informatie klopt en dat aan [accountantskantoor C] alle informatie dient te worden aangeleverd.
- 4.31. [accountantskantoor C] is dus aansprakelijk tegenover [naam persoon B] voor de schade die hij

heeft geleden doordat [accountantskantoor C] hem niet heeft gewaarschuwd voor het risico van aansprakelijkheid. De rechtbank zal de zaak naar de schadestaatprocedure verwijzen voor een verdergaand debat over de omvang van de schade en het causale verband tussen de fout van [accountantskantoor C] en de claim van de curator. Ook kan daarbij aan de orde komen in welke mate [naam persoon B] zelf schuld heeft aan de ontstane schade. Onderdeel van de in de schadestaatprocedure te bespreken schade is de kostenveroordeling uit de hoofdzaak.

4.32. [accountantskantoor C] heeft geen voldoende concrete feiten en omstandigheden gesteld die kunnen leiden tot een ander oordeel. Aan bewijsvoering daarover wordt daarom niet toegekomen.

4.33. [accountantskantoor C] zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van [naam persoon B] in de vrijwaringszaak. Net als in de hoofdzaak zullen de proceskosten worden begroot op basis van een geschilwaarde (exclusief rente) van € 195.209,06. Omdat [naam persoon B] procedeert op basis van een toevoeging blijven de verschotten beperkt tot het verschuldigde griffierecht

Dit leidt tot de volgende begroting:

griffierecht € 81,00

salaris advocaat € 4.804,00

totaal € 4.885,00

4.34. De gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

4.35. De gevorderde wettelijke rente zal worden toegewezen over de proceskostenveroordeling en de nakosten op de wijze zoals hierna bepaald.

5. De beslissing

De rechtbank:

in de hoofdzaak

5.1. veroordeelt [naam persoon B] om aan de curator te betalen een bedrag gelijk aan het tekort als bedoeld in artikel 2:216 lid 3 BW, met een maximum van € 1.080.000,-, ontstaan als gevolg van het dividendbesluit, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf 1 juni 2016, zulks op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

5.2. veroordeelt [naam persoon B] in de beslag- en proceskosten, aan de zijde van de curator tot op heden begroot op € 9.399,34;

in de vrijwaringszaak

5.3. veroordeelt [accountantskantoor C] om aan [naam persoon B] te betalen een nader bij staat op te maken en te vereffenen bedrag, zoals hiervoor onder 4.31 nader omschreven;

5.4. veroordeelt [accountantskantoor C] in de proceskosten, aan de zijde van [naam persoon B] tot op heden begroot op € 4.885,00, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel

6:119 BW over dit bedrag met ingang van de veertiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

5.5. veroordeelt [accountantskantoor C] in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 157,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat [accountantskantoor C] niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan de onder 5.4 genoemde proceskostenveroordeling heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over de nakosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening;

in de hoofdzaak en vrijwaring

5.6. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

5.7. wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. drs. J. van den Bos, mr. N. Doorduijn en mr. M.J. Drop. Het is ondertekend door mr. J. F. Koekebakker, rolrechter, en door deze in het openbaar uitgesproken op 3 februari 2021.

1876/3028/1407

¹ Vergelijk de Notitie uitkeringstoets wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, van 5 november 2008, van de Werkgroep Fiscaal Jaarrapport, p. 7, opgenomen in de Eerste Kamerstukken 2011-2012, nummer 31058 nr. C.
