

JOR 2013/201 Rechtbank Oost-Nederland, 27-03-2013, HZ ZA 11-1040

Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, Schending boekhoudplicht, Voordat inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie dienen eerst de nodige werkzaamheden te worden verricht, Geen externe oorzaak faillissement

Publicatie	JOR 2013 afl. 7-8
Publicatiedatum	04 juli 2013
College	Rechtbank Oost-Nederland
Uitspraakdatum	27 maart 2013
Rolnummer	HZ ZA 11-1040 LJN
Rechter(s)	mr. Lebens-de Mug mr. Schreuder mr. Clement Mr. E. Nijdam te Zwolle, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Wassenaar Vloeren BV, eiser,
Partijen	advocaat: mr. drs. M.F. Masman, tegen M. Smit te Dedemsvaart, gedaagde, advocaat: mr. H.M. Wiechers.
Noot	mr. drs. C.M. Harmsen
Trefwoorden	Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, Schending boekhoudplicht, Voordat inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie dienen eerst de nodige werkzaamheden te worden verricht, Geen externe oorzaak faillissement,
Regelgeving	BW Boek 2 - 10 BW Boek 2 - 248 ; lid 2

» Samenvatting

i. Administratieplicht

Art. 2:10 BW stelt kort gezegd als eis dat zodanige aantekeningen omtrent de vermogenstoestand van de rechtspersoon moeten worden gehouden dat daaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad is aan het vereiste van art. 2:10 BW voldaan indien de administratie van de vennootschap zodanig is dat men snel inzicht kan verkrijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en dat deze posities en stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie (Brens q.q./Kempes & Sarper, HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713).

Naar het oordeel van de rechtbank voldeed de administratie van Wassenaar Vloeren niet aan de eisen van art. 2:10 BW. Niet gezegd kan worden dat zonder veel moeite uit de administratieve gegevens van Wassenaar Vloeren op enig moment snel inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie. Alvorens dit inzicht te kunnen verkrijgen dienen eerst de nodige werkzaamheden te worden verricht. Nu naar het oordeel van de rechtbank vaststaat dat bestuurder Smit niet aan zijn administratieplicht heeft voldaan, staat op grond van art. 2:248 lid 2 BW vast dat het bestuur, ook voor het overige, zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt deze onbehoorlijke taakvervulling vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn, behoudens te leveren tegenbewijs.

ii. Externe oorzaak faillissement

Ter ontzenuwing van het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement heeft Smit aangevoerd dat het onttrekken van omzet aan Wassenaar Vloeren door twee werknemers de oorzaak van het faillissement is geweest. Nu niet duidelijk is geworden in hoeverre de door Smit aangevoerde voorvallen een negatieve invloed hebben gehad op de vermogenspositie van Wassenaar Vloeren en daarmee op het faillissement van Wassenaar Vloeren, kan niet worden gezegd dat de gedragingen van de werknemers een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

Nog los van de vraag of de gedragingen van de werknemers een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest, constateert de rechtbank dat Smit onvoldoende heeft onderbouwd dat hij het intreden van de oorzaak van het faillissement – het door Smit gestelde onttrekken van omzet – heeft trachten te voorkomen. Nijdam q.q. heeft immers aangevoerd dat Smit als bestuurder verplicht was tijdig maatregelen te nemen jegens, in dit geval de twee werknemers, doch daarin nalatig is geweest. Nu Smit zijn stelling dat er sprake is van een externe oorzaak van het faillissement en dat hij niet nalatig is geweest in het voorkomen van die externe oorzaak onvoldoende heeft onderbouwd, wordt de stelling van Smit dat het mogelijke frauduleuze handelen van de twee werknemers als externe oorzaak van het faillissement moet worden gezien, verworpen.

» Uitspraak

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Op 12 mei 2005 is Wassenaar Vloeren B.V. opgericht door de heer E. Wassenaar, de vader van de heer C.W.B. Wassenaar.

2.2. De vennootschap onder firma V.O.F. Wassenaar Vloeren Hattem en haar vennoten, C.W.B. Wassenaar en mevrouw T.H.R. Wassenaar-Smit, hierna te noemen: Wassenaar respectievelijk Wassenaar-Smit, zijn bij vonnis van de rechtbank Zutphen d.d. 18 mei 2005 failliet verklaard met benoeming van mr. P.T. Pel tot curator. Het is de rechtbank bekend dat Wassenaar en Wassenaar-Smit (voorheen gehuwd) inmiddels zijn gescheiden als gevolg waarvan Wassenaar-Smit thans weer Smit heet. Aangezien de gedaagde partij in deze procedure ook Smit heet, hanteert de rechtbank – ter vermijding van misverstanden – toch nog de naam Wassenaar-Smit.

2.3. Smit is bestuurder van Chacosa B.V.

2.4. Chacosa B.V. heeft de activa van de failliete V.O.F. Wassenaar Vloeren Hattem van mr. Pel q.q. gekocht, onder de voorwaarden en bepalingen zoals vastgelegd in de activa-overeenkomst d.d. 15 juli 2005. De activa bestonden – zo volgt uit de activa-overeenkomst – uit: de bedrijfsinventaris, de voorraden, de contracten met klanten, de goodwill en de administratie die betrekking heeft op de zakenrelaties, de rechten ter zake van de website en de domeinnaam van V.O.F. Wassenaar Vloeren Hattem alsmede het gebruik van de naam SGM (Samengesteld Massief). De koopsom voor de activa bedroeg € 30.000,00 exclusief btw. Chacosa B.V. heeft de activiteiten van de failliete V.O.F. Wassenaar Vloeren Hattem, hierna te noemen: de onderneming Wassenaar Vloeren, voortgezet. Na het faillissement zijn Wassenaar en Wassenaar-Smit werkzaam gebleven voor de onderneming Wassenaar Vloeren.

2.5. Smit heeft op 26 september 2005 alle aandelen van Wassenaar Vloeren B.V. van E. Wassenaar overgenomen en werd enig aandeelhouder en bestuurder van Wassenaar Vloeren B.V. Vervolgens heeft Chacosa B.V. eind 2005 de door haar uitgeoefende onderneming Wassenaar Vloeren met terugwerkende kracht ingebracht in Wassenaar Vloeren B.V., hierna te noemen: Wassenaar Vloeren. Op het moment van

inbreng had de onderneming Wassenaar Vloeren een schuld van € 113.612,27 aan Chacosa B.V. en een schuld van € 34.718,00 aan Smit Schoonmaak & Dienstverlening B.V., een vennootschap waarvan Smit en van Heusden Beheer B.V. enig aandeelhouder is en waarvan Smit en diens echtgenote E. Smit-van Heusden bestuurders zijn. De door Nijdam q.q. in de dagvaarding onder punt 10 genoemde bedragen, betreffen de schuldposities per datum faillissement en niet per ultimo 2005 (zie productie 10 en 11 bij dagvaarding).

2.6. Wassenaar Vloeren werd in eerste instantie voortgezet vanaf de locatie in Hattem maar later heeft Smit de onderneming naar Nieuwleusen verhuisd. Daar werd Wassenaar Vloeren eerst voortgezet vanuit een fabriekspand gelegen aan de Evenboersweg 3C te Nieuwleusen, zulks in afwachting van het gereedkomen van de nieuwe showroom in het zogenaamde Union pand gelegen aan de Den Hulst 48 te Nieuwleusen.

2.7. In het Union pand werden naast Wassenaar Vloeren, de vennootschap onder firma V.O.F. Smit Dasto en Ahuis Techniek B.V. gevestigd, twee ondernemingen waarmee Smit op enige wijze verbonden is. De V.O.F. Smit Dasto handelt onder de naam Ot en Sien en als vennoten staan in het handelsregister vermeld, de heer D. Smit, zijnde de broer van Smit, en diens echtgenote mevrouw E.D. Smit-Kraijer. Via Smit en van Heusden Beheer B.V. is Smit indirect enig aandeelhouder en bestuurder van Ahuis Techniek B.V.

2.8. Het fabriekspand aan de Evenboersweg 3C te Nieuwleusen werd door Wassenaar Vloeren met ingang van 1 februari 2006 gehuurd van Smit. De huurovereenkomst werd d.d. 2 januari 2007 ontbonden door de heer F. Ubak.

2.9. Het Union pand, althans een deel daarvan, werd door Wassenaar Vloeren gehuurd van D. Smit. De huurovereenkomst werd per 1 januari 2007 met wederzijds goedvinden beëindigd “omdat de betalingen niet op tijd plaats vinden”, hetgeen volgt uit de beëindigingsovereenkomst d.d. 31 december 2006.

2.10. Wassenaar Vloeren werd niet door een bank gefinancierd, maar door Smit en van Heusden Beheer B.V. middels de verstrekking van een tweetal leningen. De eerste leningsovereenkomst betrof een leensom van € 300.000,00 zoals blijkt uit de schriftelijke leningsovereenkomst d.d. 1 januari 2006. De tweede leningsovereenkomst betrof een bedrag van € 45.000,00 met als doel “eventueel faillissement te kunnen voorkomen”, dit volgt uit de schriftelijke leningsovereenkomst d.d. 13 oktober 2006.

2.11. In november 2006 hebben Wassenaar en Wassenaar-Smit zich ziek gemeld en geen werkzaamheden meer verricht voor Wassenaar Vloeren.

2.12. Marius van den Berg B.V., een houtleverancier, heeft bij faillissementsrekest d.d. 11 december 2006 het faillissement van Wassenaar Vloeren aangevraagd in verband met haar onbetaalde vordering van € 9.438,88.

2.13. Wassenaar Vloeren heeft, daarbij vertegenwoordigd door Smit, een overeenkomst gesloten met Houtimport L.P. Rollé Schijndel B.V. voor de levering van eikenhout, hetgeen volgt uit de opdrachtbevestiging d.d. 29 december 2006. De overeenkomst vertegenwoordigde een totale leveringswaarde over het jaar 2007 van € 181.500,00.

2.14. Op 1 maart 2007 werd Wassenaar Vloeren failliet verklaard.

2.15. Op 7 maart 2007 werd de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Houtwerken B.V. opgericht met als bestuurders Smit en D. Smit. De bedrijfsomschrijving van deze vennootschap luidt: “De productie van en groot- en detailhandel in meubelen (interieur & huisraad) en vloeren (hout)”.

2.16. Na verkregen verlof d.d. 15 september 2011 heeft Nijdam q.q. conservatoir (derden)beslag gelegd onder Smit.

3. Het geschil

3.1. Nijdam q.q. vordert, na wijziging van eis, bij vonnis:

primair

1. voor recht te verklaren dat Smit gehouden is aan Nijdam q.q. het bedrag van de schulden van Wassenaar Vloeren B.V. te betalen, voor zover dat niet door vereffening van de overige baten kan worden voldaan, welk bedrag nader op dient te worden gemaakt bij staat,
2. Smit te veroordelen tot het betalen van een voorschot op het primaire onder 1 verzochte ten bedrage van € 150.000,00, althans een in goede justitie door de rechtbank te bepalen bedrag, aan Nijdam q.q., te vermeerderen met de wettelijke rente indien het door de rechtbank in dezen bepaalde voorschotbedrag niet binnen veertien dagen na het in dezen te wijzen vonnis is voldaan,
3. Smit te veroordelen in de kosten van het geding, die van voormelde beslagen daaronder begrepen, te betalen binnen veertien dagen na de datum van het in dezen te wijzen vonnis, te vermeerderen met € 131,00 indien vrijwillig aan dit vonnis wordt voldaan, en € 199,00 indien tot betekening van dit vonnis dient te worden overgegaan,
4. het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren,

subsidiair

1. voor recht te verklaren dat Smit gehouden is aan Nijdam q.q. de schade te vergoeden die Wassenaar Vloeren B.V. heeft geleden als gevolg van het onbehoorlijk vervullen door Smit van zijn taken als bestuurder, welk schadebedrag nader dient te worden opgemaakt bij staat,
2. Smit te veroordelen tot het betalen van een voorschot op het subsidiair verzochte ten bedrage van € 150.000,00, althans een in goede justitie door de rechtbank te bepalen bedrag, aan Nijdam q.q., te vermeerderen met de wettelijke rente indien het door de rechtbank in dezen bepaalde voorschotbedrag niet binnen veertien dagen na het in dezen te wijzen vonnis is voldaan,
3. Smit te veroordelen in de kosten van het geding, die van voormelde beslagen daaronder begrepen, te betalen binnen veertien dagen na de datum van het in dezen te wijzen vonnis, te vermeerderen met € 131,00 indien vrijwillig aan dit vonnis wordt voldaan, en € 199,00 indien tot betekening van dit vonnis dient te worden overgegaan,
4. het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

3.2. Smit voert verweer en concludeert dat Nijdam q.q., bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, niet-ontvankelijk verklaard dient te worden, althans dat hem de vordering onzeggd dient te worden, met veroordeling van Nijdam q.q. in de kosten van de procedure, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit vonnis en – voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening.

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

4. De beoordeling

4.1. Nijdam q.q. legt aan zijn vordering primair bestuurdersaansprakelijkheid (artikel 2:248 BW) en subsidiair onbehoorlijk bestuur (artikel 2:9 BW) ten grondslag. Ter adstructie van zijn primaire vordering heeft Nijdam q.q. aangevoerd dat Smit als bestuurder van Wassenaar Vloeren zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld door niet aan zijn administratieplicht (het bijhouden van een administratie) te voldoen, zoals neergelegd in artikel 2:10 BW. Bovendien heeft Smit ook voor het overige zijn taak als bestuurder onbehoorlijk vervuld, omdat geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden

- aldus gehandeld zou hebben. Ter nadere toelichting voert Nijdam q.q., kort samengevat, aan dat de volgende handelingen als onbehoorlijk aangemerkt dienen te worden:
- door Chacosa B.V. (waarvan Smit ook bestuurder is, r.o. 2.3.) werd aan Wassenaar Vloeren een onderneming overgedragen met grote schulden waar nagenoeg geen actief tegenover stond;
- er is substantieel omzet buiten de boeken gebleven en/of voorraad aan Wassenaar Vloeren onttrokken;
- er is zowel materieel als immaterieel actief aan Wassenaar Vloeren onttrokken;
- er is personeel uitgeleend door Wassenaar Vloeren, waarbij de uitleenuren niet zijn doorbelast en onbetaald zijn gebleven;
- door Wassenaar Vloeren werden grote kortingen verleend aan aan Smit gelieerde ondernemingen en er was sprake van grote verwevenheid tussen de aan Smit gelieerde ondernemingen zulks ten nadele van Wassenaar Vloeren;
- het door Wassenaar Vloeren gehuurde pand werd ook door aan Smit gelieerde ondernemingen gebruikt zonder dat daar een vergoeding tegenover stond en na beëindiging van de huurovereenkomst had Wassenaar Vloeren geen bedrijfsruimte meer tot haar beschikking, desondanks heeft Smit het faillissement toen niet aangevraagd;
- de beschikbare kredietruimte is niet aangewend.

Smit is dan ook aansprakelijk voor het tekort in de boedel, aldus Nijdam q.q.

Ter adstructie van zijn subsidiaire vordering heeft Nijdam q.q. dezelfde feiten en omstandigheden aangevoerd als voor zijn primaire vordering en gesteld dat Smit dienaangaande een ernstig verwijt kan worden gemaakt ter zake het niet naar behoren vervullen van zijn bestuurstaken ex artikel 2:9 BW. Smit is dan ook aansprakelijk voor de schade die daarvan het gevolg is.

4.2. Voor de toewijzing van een vordering gebaseerd op bestuurdersaansprakelijkheid dient aan de vereisten zoals gesteld in artikel 2:248 lid 1 BW te zijn voldaan, te weten: faillissement van de vennootschap, kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur binnen de driejaarstermijn en het dient aannemelijk te zijn dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Artikel 2:248 lid 2 BW bepaalt voorts dat indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn administratieplicht, daarmee vaststaat dat het bestuur zijn taak over het geheel onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

4.3. De rechtbank zal eerst beoordelen of Smit zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld door niet aan zijn administratieplicht te voldoen, zoals Nijdam q.q. stelt, gelet op het daaraan gekoppelde rechtsgevolg en rechtsvermoeden.

4.4. Nijdam q.q. heeft ter onderbouwing van zijn stelling dat Smit niet aan zijn administratieplicht heeft voldaan een in zijn opdracht opgesteld rapport d.d. 23 maart 2011 van drs. J. Bakker RA van Van Elderen accountants/belastingadviseurs B.V., hierna te noemen: Van Elderen, overgelegd alsmede een aanvullende brief d.d. 7 juni 2012 van Bakker. De conclusie van Bakker in zijn rapport luidt als volgt:

“Op grond van bovenstaande bevindingen zijn wij van mening dat de vraag of de administratie zodanig is gevoerd, dat op enig moment snel inzicht kan (moet kunnen) worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie en dat deze posities en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van Wassenaar Vloeren B.V., een redelijk beeld geven in de vermogenspositie, negatief moet worden beantwoord. Wij zijn deze mening ook toegedaan ten aanzien van de administratie 2005 en 2007, voor zover wij dat hebben ingezien.”

4.5. Voorts heeft Nijdam q.q. in de dagvaarding onder punt 194 een opsomming gegeven van diverse zaken waaruit blijkt dat de administratie gebrekkig is (en nader besproken in de conclusie van repliek onder punt 167), zoals het ontbreken van: een lijst van onderhanden werk, een accurate/actuele debiteurenlijst, een voorraadlijst en verkoopfacturen.

4.6. Smit voert verweer en betwist dat hij zijn verplichting uit hoofde van artikel 2:10 BW niet is nagekomen. Daartoe voert Smit aan dat snel inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en deze posities en de stand van de liquiditeiten gezien de aard en omvang van de onderneming, het betreft een onderneming uit het kleinbedrijf, een redelijk inzicht geven in de vermogensposities. Ter onderbouwing van zijn verweer verwijst Smit vooral naar de reactie d.d. 1 maart 2012 van de heer G.J.W. Boesveld van Administratiekantoor Boesveld op het rapport van Bakker. De conclusie van Boesveld luidt als volgt:

“De negatieve conclusie van de heer Bakker omtrent de gevoerde administratie van Wassenaar Vloeren B.V. lijkt ons absoluut niet juist.

De geringe bedrijfsomvang van Wassenaar Vloeren B.V. maakt het niet mogelijk een dusdanige administratieve organisatie op te zetten waar alles geregeld is als in het midden- en grootbedrijf. Wassenaar Vloeren B.V. is een onderneming uit de sector kleinbedrijf!

Bij Wassenaar Vloeren B.V. wist men zeker wel wat de debiteuren- en crediteurenpositie was. Men had hiervoor de mappen betaald en onbetaald voor de inkoop- en verkoopfacturen. Dagelijks kon men via telebankieren de bankpositie vaststellen. Met deze middelen was men voldoende in staat snel de positie van Wassenaar Vloeren B.V. vast te stellen.

(...)”

4.7. Smit verwijst daarnaast naar zijn eigen verklaring en de verklaring van Wassenaar-Smit.

4.8. De rechtbank moet thans vast stellen of Smit een deugdelijke administratie heeft gevoerd. Artikel 2:10 BW stelt kort gezegd als eis dat zodanige aantekeningen omtrent de vermogenstoestand van de rechtspersoon moeten worden gehouden dat daaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad is aan het vereiste van artikel 2:10 BW voldaan indien de administratie van de vennootschap zodanig is dat men snel inzicht kan verkrijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en dat deze posities en stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie (Brens q.q./Kempes & Sarper, HR 11 juni 1993, NJ 1993/713). Dit is ook het criterium dat door Nijdam q.q. en Smit wordt gehanteerd.

4.9. De rechtbank oordeelt als volgt.

4.10. De conclusie van Bakker (*niet* voldaan aan de administratieplicht) en de conclusie van Boesveld (*wel* voldaan aan de administratieplicht) staan lijnrecht tegenover elkaar. Bij lezing van de brief d.d. 1 maart 2012 van Boesveld ontstaat echter bij de rechtbank het beeld van een administratie die niet op orde is en die wellicht, met behulp van Boesveld, bij het opstellen van de jaarstukken op orde gebracht had kunnen worden. Zo schrijft Boesveld:

– naar aanleiding van “Beeld van crediteuren positie”:

“Dat de nummering warrig en soms onvolledig was komt omdat Tineke Wassenaar het overzicht was kwijtgeraakt en er later door Miranda getracht is de zaken zo goed mogelijk te laten aansluiten. Dit zijn ook zaken die bij het samenstellen van de jaarrekening naar voren zouden zijn gekomen en waar nodig hersteld.

(...) Als de rechtstreeks via de bank betaalde facturen niet goed geordend waren, was dit bij het samenstellen

van de jaarrekening wel naar voren gekomen. (...)”

– naar aanleiding van “Stand van de Liquiditeiten”:

“Ondanks begeleiding en pogingen met allerlei hulpmiddelen in 2006 is het de heer Smit niet gelukt Tineke Wassenaar op een juiste wijze de administratie te laten voeren.

De steeds maar voortdurende onvolkomenheden in de kasadministratie waren onder andere een belangrijke reden om Tineke Wassenaar uiteindelijk van de administratie af te halen. (...) Maar daarmee konden de onvolkomenheden niet weggenomen worden. Als wij de jaarrekening hadden samengesteld was dit uiteraard naar voren gekomen en hadden wij samen met de heer Smit naar een oplossing gezocht. (...)”

– naar aanleiding van “Voorraadpositie”:

“(...) De inkoop moest bijvoorbeeld nog gecorrigeerd worden met de vloeren die gemaakt waren voor de eigen showroom. Deze kosten moeten worden gezien als verkoop kosten. Ook moest de voorraad mutatie per 31 december 2006 nog geboekt worden.(...)”

– naar aanleiding van “Status van de administratie”:

“(...) Als het faillissement er niet was geweest hadden wij wellicht gezamenlijk de administratie op orde kunnen brengen.

(...)”

4.11. Het beeld van een administratie die niet op orde is, rijst ook bij lezing van de verklaring van Smit (productie 154 bij conclusie van antwoord). Zo verklaart Smit onder andere:

“(...)”

Ontstane problemen met familie Wassenaar (tweede/derde kw 2006)

Het was ons opgevallen dat Tineke na de geboorte van de kleine moeite had om de boekhouding bij te houden. Om Tineke Wassenaar te assisteren en te ondersteunen heb ik haar een paar keer opgehaald om bij mijn accountant, dhr. Boesveld, de boekhouding samen met hem in te boeken. (...)

Om zeker te weten dat ze zonder afgeleid te worden de boekhouding kon doen hebben we haar op een bepaald moment verzocht haar werk te doen naast het bureau van Elsa. (...) Maar concrete en correcte cijfers bleven achter. (...)

Dat de boekhouding bijgewerkt zou blijven was voor ons des te meer van belang omdat Claes aangaf dat er meer hout ingekocht moest worden en dat hij meer geld nodig had.

Het was mij, Elsa (mijn toenmalige secretaresse) en de accountant opgevallen dat er verhoudingsgewijs veel hout werd ingekocht en de verkopen in verhouding daarmee achterbleven. Elsa kon dit weten omdat zij de supervisie had over alle BV's. Zij kon de dagelijkse gang van zaken via de rekening courant van de bank volgen. Ze heeft mij er op gewezen dat e.e.a. niet in verhouding stond.

Voor de accountant was het van belang te weten hoeveel voorraad er was van ruwproduct en gereed product. Alleen op die manier konden we zien of e.e.a. in balans was.

Voor mij was het niet meer mogelijk om onbepaald Claes z'n wens in te vullen om de rekening courant maar te blijven aanvullen. Ik wilde eerst een bijgewerkte en correcte boekhouding zien. Dit gaf de nodige spanning te meer doordat Elsa van mij de opdracht had gekregen om vanaf nu de rekening courant van Wassenaar BV dagelijks met mij te controleren, aan te vullen of af te romen. Ik wilde exact weten waar het

geld bleef of wat er mee werd gedaan.

Tot dan toe heeft Tineke alle betalingen zelf kunnen doen. Maar een goed overzicht bleef uit. (...)

Claes weg wat nu (november 2006)

(...)

Daar de boekhouding incompleet was werd al zeer snel duidelijk dat er veel meer aan de hand was dan dat wij aanvankelijk dachten.

Doordat wij nu ook de post open maakten en controleerden aan de Evenboersweg 3C was het voor mijn accountant duidelijk dat ik in zwaar weer verkeerde.

(...)

Begin faillissementsperiode

Daar de post op de Evenboersweg binnen was gekomen en niet geheel duidelijk met ons was gecommuniceerd kwam al snel de eerste faillissementsaanvraag binnen. In die periode was het voor mij volstrekt onduidelijk hoeveel schuldeisers er inmiddels waren en om wat voor bedragen het ging. Ik ben naar Zutphen gegaan en heb voor elkaar gekregen dat er nog een uitstel kwam van twee weken. Maar ook in die twee weken kwam er alleen maar meer ellende bij. Het was voor mij niet duidelijk hoeveel werkelijke schulden en verplichtingen er waren en is het faillissement uitgesproken.

(...)"

4.12. Ten slotte is er de verklaring van Wassenaar-Smit. Zij verklaart, kort gezegd, dat zij het met betrekking tot de administratie allemaal niet zo heel goed meer weet en dat zij zich in het geheel niet verantwoordelijk voelde, dat de kas een chaos was en dat zij het boekhoudprogramma waarmee zij moest werken niet kende.

4.13. Naar het oordeel van de rechtbank kan uit de hiervoor aangehaalde verklaringen, zowel afzonderlijk als in onderling verband gelezen, worden afgeleid dat de administratie van Wassenaar Vloeren niet aan de eisen van artikel 2:10 BW voldeed. Niet gezegd kan worden dat zonder veel moeite uit de administratieve gegevens van Wassenaar Vloeren op enig moment snel inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie. Alvorens dit inzicht te kunnen verkrijgen dienen eerst de nodige werkzaamheden te worden verricht, zo volgt uit de verklaringen. Met name het slot van de verklaring van Smit, waarin hij aangeeft dat voor hem niet duidelijk was hoeveel werkelijke schulden en verplichtingen er waren, en de verklaring van Boesveld neergelegd in de brief d.d. 1 maart 2012, dat de administratie wellicht op orde gebracht had kunnen worden als het faillissement er niet was geweest, zijn bij dit oordeel voor de rechtbank redengevend. De conclusie van Boesveld dat de administratie goed was doet aan het vorenstaande niet af, gelet op de totale inhoud van zijn brief. Opmerkelijk in dit kader is dat Smit verklaart dat hij – kort gezegd – geen vat kreeg op de administratie en in het verlengde daarvan de werkelijke schulden en verplichtingen van Wassenaar Vloeren niet kende, terwijl Boesveld concludeert dat men bij Wassenaar Vloeren zeker wel wist wat de debiteuren- en crediteurenpositie was. In het licht van de verklaring van Smit komt de conclusie van Boesveld de rechtbank dan ook niet erg geloofwaardig voor.

4.14. Illustratief voor de constatering dat de administratie niet op orde was, zijn – naast het feit dat Smit zelf aangeeft in zijn verklaring niet te weten welke schulden en verplichtingen er waren – onder andere de navolgende omstandigheden:

4.14.1. Nijdam q.q. heeft aangevoerd dat werkbriefjes ontbreken en dat de kosten van door Wassenaar Vloeren ingehuurd personeel één op één werden doorbelast aan Wassenaar Vloeren, maar dat het personeel niet altijd ter beschikking stond van Wassenaar vloeren. In reactie hierop heeft Smit erkend dat er flexibel

gebruik werd gemaakt van arbeidskrachten binnen de “Smit-Groep” en dat het meeste personeel in dienst was van Smit Schoonmaak & Dienstverlening B.V. en van daaruit werd uitgeleend aan de verschillende bv's. Smit heeft voorts erkend dat de personeelskosten aan Wassenaar Vloeren werden doorbelast maar dat het personeel vervolgens werd ingezet voor projecten/werkzaamheden voor andere bv's. Smit heeft hieraan toegevoegd dat het ook andersom voorkwam en dat door Smit in de gaten werd gehouden of de uren over en weer werden gecompenseerd. Kortom, Wassenaar Vloeren werd niet te zwaar belast door het onterecht doorberekenen van arbeidskosten, aldus Smit. Wat er ook zij van deze gang van zaken, als onbetwist staat vast dat er geen werkbriefjes van het door Wassenaar Vloeren ingehuurde personeel in de administratie zijn aangetroffen en in de administratie is evenmin een overzicht aangetroffen waarop staat hoe vaak en hoelang het personeel over en weer werd uitgeleend. De rechtbank constateert dat door het ontbreken van deze informatie in de administratie het niet mogelijk was te controleren of het uit-/inlenen van personeel over en weer met elkaar in evenwicht was waardoor het risico bestond dat één bv, in dit geval Wassenaar Vloeren, belast werd met de loonkosten ten voordele van een andere bv. Tegen de achtergrond van deze verwevenheid van personeel tussen de verschillende bv's bracht de administratieplicht van Smit met zich dat inzichtelijk was hoeveel uur het door Wassenaar Vloeren ingeleende personeel aan andere vennootschappen ter beschikking werd gesteld. Nu deze informatie ontbreekt, is ook op dit punt niet aan de administratieplicht voldaan.

4.14.2. Nijdam q.q. heeft aangevoerd dat de huurverhoudingen niet duidelijk uit de administratie blijken. Uit de stukken volgt dat het fabriekspand werd gehuurd van Smit, die het op zijn beurt huurde van Ubak. Wassenaar Vloeren ontving de facturen van Smit doch de bevestigingsbrief van de huurovereenkomst met een huurprijs van € 2.625,00 per maand is afkomstig van Smit Verhuur b.v. De brief waarbij de huurovereenkomst werd ontbonden is vervolgens weer rechtstreeks afkomstig van Ubak. Daarbij is in de administratie een rechtstreekse betaling aan Ubak aangetroffen van € 5.500,00 op 7 november 2005 “ten behoeve van huur hal Evenboersweg 3A”. Het vorenstaande levert een onduidelijk beeld op over hoe de huurverhoudingen precies liepen en welke huurverplichtingen Wassenaar Vloeren had. De nauwe verwevenheid van de verschillende bv's van Smit bracht ook op dit punt mee dat in de administratie precies en inzichtelijk diende te worden bijgehouden hoe de huurverhoudingen waren, nu deze informatie ontbreekt, is op dit punt niet aan de administratieplicht voldaan.

4.14.3. Een lijst van het onderhanden werk ontbreekt, terwijl er in ieder geval sprake was van een tweetal opdrachten ten tijde van het uitspreken van het faillissement, te weten van de familie Wildvank en de familie Zaaier, aldus Nijdam q.q. Deze opdrachten waren niet terug te vinden in de administratie. Na faillissementsdatum is er voorts een orderbevestiging verzonden aan de familie Liberg en zouden ook aan mevrouw De Roo, een klant uit Balkburg en naar verluidt ook aan de familie Eenkhoorn aan de Zilverschoon te Genemuiden en de twee huizen daarop volgende en de familie Modders aan de Ringmus 4 te IJsselmuiden offertes/opdrachtbevestigingen zijn verstuurd. Van dit alles is niets terug te vinden in de administratie. Smit heeft aangevoerd dat er geen onderhanden werk was, reden waarom er ook geen administratie op dit punt is. Ten tijde van het uitspreken van het faillissement was er één opdracht, van de familie Wildvank, en wellicht dat er wat offertes uitstonden maar geen opdrachten, aldus Smit. De rechtbank stelt vast dat niet in dispuut is dat de (fysieke) administratie geen offertes/orders of wat dan ook bevat; er is geen lijst van onderhanden werk voorhanden. Vaststaat ook dat er één opdracht was (familie Wildvank) en dat er in ieder geval één uitgebrachte offerte was (familie Zaaier). Gelet hierop constateert de rechtbank dat er wel een lijst van onderhanden werk aanwezig had moeten zijn. Dat deze er niet is betekent dat uit de administratie niet de rechten en plichten van Wassenaar Vloeren kunnen worden gekend.

4.14.4. Nijdam q.q. heeft voorts aangevoerd dat een voorraadadministratie ontbreekt. Smit heeft verweer gevoerd door te verwijzen naar de verklaring van Boesveld, die aangeeft dat Wassenaar Vloeren te klein is om een programma te hebben met voorraadregistratie en dat aan het einde van het boekjaar de voorraad handmatig geteld dient te worden. Naar het oordeel van de rechtbank is bij een productiebedrijf als het onderhavige juist van belang dat men kennis heeft van de posten onderhanden werk en voorraad. Smit geeft dit zelf ook aan in zijn verklaring. Hij verklaart immers dat het “voor de accountant van belang was om te weten hoeveel voorraad er was van ruwproduct en gereed product. Alleen op die manier konden we zien of

e.e.a. in balans was.”. Maar wat daar ook van zij, vaststaat dat per 1 januari 2007 het fabriekspand niet langer werd gehuurd door Wassenaar Vloeren maar door Ot en Sien, terwijl de voorraad van Wassenaar Vloeren zich op dat moment nog steeds in het fabriekspand bevond. Op dat moment had naar het oordeel van de rechtbank een telling van de voorraad moeten plaatsvinden, niet alleen in verband met het opstellen van de jaarstukken 2006 maar ook om vermenging te voorkomen. Zulks klemt temeer nu Ot en Sien een opdracht van Wassenaar Vloeren heeft overgenomen (productie 54 en 55 bij dagvaarding) en beide bedrijven dus klaarblijkelijk dezelfde zaken verkochten en waarschijnlijk ook op voorraad hadden. Gelet hierop is de rechtbank van oordeel dat de administratie op het punt van de voorraadadministratie onvolledig was.

4.15. Ook mede op grond van bovenstaande feiten acht de rechtbank de administratie ondeugdelijk.

4.16. Nu naar het oordeel van de rechtbank vaststaat dat Smit niet aan zijn administratieplicht heeft voldaan, staat op grond van artikel 2:248 lid 2 BW vast dat het bestuur, ook voor het overige, zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt deze onbehoorlijke taakvervulling vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn, behoudens te leveren tegenbewijs. Het betreft hier derhalve een weerlegbaar vermoeden. Wil Smit aan aansprakelijkheid ontkomen dan dient hij aannemelijk te maken dat andere feiten en/of omstandigheden, dan zijn kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement moet derhalve worden ontzenuwd.

4.17. In dit kader is door Smit aangevoerd dat het handelen van Wassenaar en Wassenaar-Smit de oorzaak van het faillissement is geweest. Ter toelichting hierop stelt Smit dat de omzet achterbleef ten opzichte van de kosten, zulks als gevolg van de verhuizing en de daarmee samenhangende problemen met de machines (aanloopverliezen). De belangrijkste oorzaak voor het achterblijven van de omzet is echter geweest dat Wassenaar en Wassenaar-Smit omzet aan Wassenaar Vloeren hebben onttrokken door onjuist te factureren en door omzet buiten de boeken te houden, hetgeen blijkt uit de volgende twee kwesties: het Wrakkenmuseum te Terschelling en Arslan, alsmede uit het feit dat Wassenaar zonder toestemming van Smit een telefoonnummer op zijn naam heeft laten zetten. De stelling van Smit houdt, kort gezegd, in dat niet onbehoorlijk bestuur maar het gedrag van Wassenaar en Wassenaar-Smit, de oorzaak van het faillissement is geweest.

4.18. Nijdam q.q. voert verweer in die zin dat hier geen sprake is van een externe oorzaak en mocht er sprake zijn van een externe oorzaak dan heeft Smit nagelaten om tijdig maatregelen te nemen.

4.19. De rechtbank zal eerst ingaan op de kwestie Arslan. Ter toelichting hierop heeft Smit aangevoerd dat D. Smit gealarmeerd zou zijn door een kladje papier, reden voor D. Smit om ter plaatse te gaan kijken. Ter plaatse trof D. Smit meer hout aan dan was geoffreerd. De heer Arslan kon op dat moment geen opdrachtbevestiging overleggen, zodat D. Smit een deel van het hout heeft meegenomen. Later kwam een door Wassenaar geschreven opdrachtbevestiging binnen. Aan het vorenstaande verbindt Smit de conclusie dat aan Arslan geen normale prijs is berekend en dat 50% van de omzet buiten de boeken is gehouden. Door Nijdam q.q. is aangevoerd dat de op de opdrachtbevestiging voorkomende prijs niet afwijkend is en dat de betaling in twee termijnen zou geschieden. De rechtbank oordeelt als volgt. Nog daargelaten dat het “kladje” niet is overgelegd door Smit en dat de opdrachtbevestiging door Arslan aan D. Smit is verzonden, is niet onderbouwd of inzichtelijk gemaakt waarom de prijs op de opdrachtbevestiging afwijkend is. Evenmin is onderbouwd waarom waarschijnlijk 50% buiten de boeken om zou worden afgerekend. Voor de rechtbank is kortom niet duidelijk dat er met betrekking tot de kwestie Arslan omzet aan Wassenaar Vloeren is onttrokken.

4.20. Dan de kwestie die zich heeft voorgedaan op Terschelling. Het betrof hier, aldus Smit, een vloer die Wassenaar heeft gelegd, maar waarvan geen enkele order is terug te vinden. Wassenaar zou de opbrengst in eigen zak hebben gestoken. Dat er wel eens geld in de eigen zak van Wassenaar verdween, wordt bevestigd door Wassenaar-Smit in haar verklaring, aldus Smit. Voor de rechtbank is niet duidelijk geworden wat zich precies heeft voorgedaan. Duidelijk is in ieder geval wel dat er nooit officieel aangifte is gedaan door Smit.

Aan Smit moet evenwel worden toegegeven dat het erop lijkt dat Wassenaar de omzet in eigen zak heeft gestoken, nu er contant is afgerekend met Wassenaar en Wassenaar de werkzaamheden heeft verricht op een moment dat hij niet werkzaam was voor Wassenaar Vloeren omdat hij zich had ziek gemeld.

4.21. Wat er ook zij van de precieze aard en omvang van de door Smit genoemde voorvallen waaronder het overschrijven van het telefoonnummer, elk inzicht in de verhouding tussen de als gevolg van de mogelijk onttrokken omzet door Wassenaar en Wassenaar-Smit en de vermogenspositie van Wassenaar Vloeren ontbreekt. Weliswaar voert Smit ook in het algemeen aan dat Wassenaar en Wassenaar-Smit omzet aan Wassenaar Vloeren hebben onttrokken en dat er sprake bleek te zijn van onbetaalde crediteuren, waartoe hij verwijst naar de verklaring van Wassenaar-Smit alsmede naar de constatering van Nijdam q.q. dat er omzet buiten de boeken moet zijn gehouden gelet op de ingekochte voorraad, doch Smit heeft dit op geen enkele wijze – afgezien van de twee hiervoor besproken voorvallen alsmede het overschrijven van het telefoonnummer – geconcretiseerd. Een lijst van de onbetaalde crediteuren is niet overgelegd, noch een overzicht waaruit volgt welke omzet dan door Wassenaar en Wassenaar-Smit zou zijn onttrokken of een overzicht in hoeverre de omzet achterbleef in verhouding tot de inkoop als gevolg van de gedragingen van Wassenaar en Wassenaar-Smit. De rechtbank realiseert zich dat dit soort zaken zich altijd in het geniep afspelen en daardoor lastig aan te tonen zijn, doch ook tegen die achtergrond is de enkele stelling dat er omzet is onttrokken ontoereikend. Nu niet duidelijk is geworden in hoeverre deze voorvallen een negatieve invloed hebben gehad op de vermogenspositie van Wassenaar Vloeren en daarmee op het faillissement van Wassenaar Vloeren, kan niet worden gezegd dat de gedragingen van Wassenaar en Wassenaar-Smit een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Met name niet nu Smit zelf aangeeft dat ook andere oorzaken hebben bijgedragen aan het achterblijven van de omzet ten opzichte van de inkoop, zoals de verhuizing en de problemen met de machines. De door Smit gestelde onttrekkingen door Wassenaar en Wassenaar-Smit kunnen, zo daarvan al daadwerkelijk sprake is geweest, gelet hierop hooguit slechts een gedeeltelijke oorzaak van het faillissement opleveren.

4.22. Nog los van de vraag of de gedragingen van Wassenaar en Wassenaar-Smit een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest, constateert de rechtbank dat Smit onvoldoende heeft onderbouwd dat hij het intreden van de oorzaak van het faillissement – de door Smit gestelde gedragingen van Wassenaar en Wassenaar-Smit – heeft trachten te voorkomen. Nijdam q.q. heeft immers aangevoerd dat Smit als bestuurder verplicht was om tijdig maatregelen te nemen jegens, in dit geval, Wassenaar en Wassenaar-Smit doch daarin nalatig is geweest. Nu Smit zijn stelling dat er sprake is van een externe oorzaak van het faillissement en dat hij niet nalatig is geweest in het voorkomen van die externe oorzaak onvoldoende heeft onderbouwd, wordt de stelling van Smit dat het mogelijke frauduleuze handelen van Wassenaar en Wassenaar-Smit als externe oorzaak van het faillissement moet worden gezien, verworpen.

4.23. Smit heeft naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende onderbouwd dat het faillissement door een externe oorzaak is veroorzaakt, zodat hij er niet in is geslaagd het wettelijk vermoeden te ontzenuwen. Met dit oordeel staat vast dat Smit zijn taak over het geheel beschouwd onbehoorlijk heeft vervuld. De overige stellingen van Nijdam q.q. met betrekking tot het onbehoorlijke bestuur van Smit behoeven dan ook geen nadere bespreking. De vordering van Nijdam q.q. is toewijsbaar op de primaire grondslag. Op grond van het voorgaande zal de vordering van Nijdam q.q. die ertoe strekt Smit te veroordelen tot betaling van het tekort in het faillissement van Wassenaar Vloeren, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, worden toegewezen. Gelet hierop behoeft ook de subsidiaire grondslag geen beoordeling.

Voorschot

4.24. Door Nijdam q.q. is een voorschot op de schadevergoeding gevorderd van € 150.000,00. Smit heeft verweer gevoerd onder aanvoering van de stelling dat het restituerisico te groot is en dat Nijdam q.q. ook al beslag heeft gelegd. Bovendien zou de hoogte van het tekort in het faillissement mede een gevolg zijn van het handelen van Nijdam q.q. Nijdam q.q. heeft verweer gevoerd, kort gezegd inhoudende, dat er geen restituerisico is en dat hij geen fouten heeft gemaakt. Voorts is het, aldus Nijdam q.q., nog maar de vraag of op het moment van het verkrijgen van een titel de gelegde beslagen nog voldoende zekerheid bieden. Smit

heeft hier vervolgens niet meer inhoudelijk op gereageerd, zodat het verweer van Nijdam q.q. slaagt.

4.25. De vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW dient als een schadevergoedingsvordering te worden gekwalificeerd. Het bedrag van de schade is evenwel gefixeerd op het boedeltekort. Smit heeft de juistheid van de door Nijdam q.q. genoemde bedragen aan boedelschulden, afgezien van het feit dat Smit de diverse vorderingen van aan hem gelieerde vennootschappen heeft ingetrokken, niet betwist. In dat kader heeft Nijdam q.q. het door hem gevorderde voorschot verlaagd. De rechtbank zal gelet op rechtsoverweging 4.24. het gevorderde voorschot toewijzen.

4.26. Nijdam q.q. vordert Smit te veroordelen tot betaling van de beslagkosten. Deze vordering is gelet op het bepaalde in art. 706 Rv toewijsbaar. (...; *red.*)

4.27. Smit zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. (...; *red.*)

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. verklaart voor recht dat Smit gehouden is aan Nijdam q.q. het bedrag van de schulden van Wassenaar Vloeren B.V. te betalen, voor zover dat niet door vereffening van de overige baten kan worden voldaan, welk bedrag nader op dient te worden gemaakt bij staat,

5.2. veroordeelt Smit om aan Nijdam q.q. te betalen, bij wege van voorschot, een bedrag van € 150.000,00 (éénhonderdvijftig duizend euro), vermeerderd met de wettelijke rente indien het toegewezen voorschotbedrag niet binnen veertien dagen na dit vonnis is voldaan,

5.3. veroordeelt Smit in de beslagkosten (...; *red.*),

5.4. veroordeelt Smit in de proceskosten (...; *red.*),

5.5. veroordeelt Smit in de na dit vonnis ontstane kosten (...; *red.*),

5.6. verklaart dit vonnis wat betreft de onder 5.2 tot en met 5.5. genoemde beslissingen uitvoerbaar bij voorraad.

» Noot

1. In bovenstaande uitspraak staat de vraag centraal of wel of niet voldaan is aan de administratieplicht (art. 2:10 BW). Mr. Nijdam q.q., curator in het faillissement van Wassenaar Vloeren BV (“Wassenaar Vloeren”), stelt dat niet aan de administratieplicht is voldaan. Omdat kennelijk onbehoorlijk bestuur vaststaat wanneer wordt geoordeeld dat niet aan de administratieplicht is voldaan en dat kennelijk onbehoorlijk bestuur dan tevens wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn, met aansprakelijkheid voor het tekort in het faillissement als gevolg wanneer de bestuurder dit wettelijke vermoeden niet weet te weerleggen, is het antwoord op de vraag of de administratieplicht is geschonden of niet, voor de bestuurder van groot belang.

2. In zijn arrest uit 1993 heeft de Hoge Raad zich onder meer uitgelaten over de vraag aan welke eisen de administratie diende te voldoen (HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713, m.nt. Ma). In die procedure had het hof geoordeeld dat aan de eisen van art. 2:14 (oud) BW – nu art. 2:10 BW – werd voldaan, wanneer snel inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en dat deze posities en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de rechtspersoon, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie. Dit oordeel gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De door het hof verwoorde maatstaf voor de beoordeling of is voldaan aan de administratieplicht wordt nog

steeds als standaard gehanteerd.

3. In 2002 betoogde ik dat de maatstaf of snel inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en dat deze tezamen met de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de rechtspersoon een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie, te beperkt is ('Artikel 2:10 BW: een vreemde eend in de "10 jaar NBW"-bijt!', in: *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, serie Onderneming & Recht, deel 24, Kluwer, 2002). Door de toets of aan de administratieplicht is voldaan op deze wijze te beperken, wordt geen recht gedaan aan de functie van de administratie in een onderneming, zoals onder meer het besturen van de onderneming en het afleggen van verantwoording over de gang van zaken in de onderneming.

4. De curator heeft deze bredere functie van de administratie in een onderneming in de onderhavige zaak wel onderkend. Hij heeft zijn standpunt dat de bestuurder van Wassenaar Vloeren de administratieplicht had geschonden, niet alleen onderbouwd met een rapport van een accountant waarin wordt geconcludeerd dat de administratie niet voldoet aan de norm uit het arrest van de Hoge Raad uit 1993. De curator geeft in aanvulling daarop een opsomming van diverse andere zaken waaruit blijkt dat de administratie gebrekkig was, zoals het ontbreken van een lijst van onderhanden werk, een accurate/actuele debiteurenlijst, een voorraadlijst en verkoopfacturen (r.o. 4.5). Deze aanvulling van omstandigheden waaruit blijkt dat niet aan de administratieplicht is voldaan, lijkt mij terecht, aangezien dit ook allemaal voorbeelden zijn van zaken die tot de administratie kunnen behoren gezien de aard en de omvang van een rechtspersoon.

5. De bestuurder heeft een reactie op het rapport van de door de curator ingeschakelde accountant laten opstellen door Administratiekantoor Boesveld ("Boesveld"). De conclusie van Boesveld is dat het oordeel van de accountant niet juist "lijkt". Dit oordeel wordt onder meer gebaseerd op het feit dat Wassenaar Vloeren een kleine onderneming is en dat uit de mappen "betaald en onbetaald voor de inkoop- en verkoopfacturen" en via telebankieren voldoende snel de vermogenspositie van Wassenaar Vloeren kon worden vastgesteld (r.o. 4.6). Uit de later in het vonnis geciteerde andere onderdelen uit de reactie van Boesveld volgt echter dat de administratie van Wassenaar Vloeren toch niet zodanig op orde was op het moment van het faillissement dat de vermogenspositie van de rechtspersoon te allen tijde kon worden gekend. Eerder blijkt uit de reactie dat er nog het nodige te doen was voordat geoordeeld kon worden dat de administratie voldeed (r.o. 4.10). Bovendien verklaarde de bestuurder zelf dat hij geen vat had op de administratie en de werkelijke schulden en verplichtingen van de rechtspersoon niet kende.

6. Op zich kan een systeem met mappen van betaalde en onbetaalde in- en verkoopfacturen en telebankieren, zelfs in dit elektronische tijdperk, voldoende zijn om aan de administratieplicht te voldoen op het gebied van in- en verkoop alsmede de debiteuren- en crediteurenposities. Art. 2:10 BW bepaalt immers niet hoe de administratie moet worden gevoerd, maar slechts dat gezien de aard en de omvang van de onderneming te allen tijde de rechten en verplichtingen moeten kunnen worden gekend. De bestuurder is vrij de administratie in te richten, zolang maar aan dit minimumvereiste wordt voldaan. Een systeem van ordners als bij Wassenaar Vloeren tezamen met de stand van de liquiditeiten kan voldoende zijn als invulling van de administratieplicht (volgens de Hoge Raad in 1993) bij een kleine rechtspersoon waar de gevoerde onderneming uitsluitend bestaat uit de inkoop en verkoop zonder eigen personeel. Wanneer dit anders is, zal de administratie al uit meer elementen moeten bestaan, zoals onderhanden werk- en personeelsadministratie.

7. De rechtbank komt in bovenstaande zaak tot het oordeel dat de administratie niet voldeed. De rechtbank oordeelt dat niet is voldaan aan het criterium uit het arrest van de Hoge Raad uit 1993: "niet gezegd kan worden dat zonder veel moeite uit de administratieve gegevens van Wassenaar Vloeren op enig moment snel inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie". In aanvulling daarop oordeelt de rechtbank dat het ontbreken van gegevens over het binnen de groep van vennootschappen waartoe Wassenaar Vloeren behoort uit- en inlenen van personeel, waarmee het risico bestaat dat de ene rechtspersoon werd belast met de schulden van een andere rechtspersoon, maakt dat aan de administratieplicht op dat onderdeel niet is voldaan. Hetzelfde geldt voor de huurverhoudingen binnen de groep, het ontbreken van een lijst van het onderhanden werk en het ontbreken van een volledige

voorraadadministratie.

8. Op basis van het voorgaande lijkt mij het oordeel van de rechtbank zonder meer juist. Het is bovendien terecht dat de rechtbank de administratieplicht breder opvat dan enkel de vraag of snel inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en dat deze posities samen met de liquiditeitspositie, gezien de aard en de omvang van de rechtspersoon, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie van de rechtspersoon.

mr. drs. C.M. Harmsen, advocaat bij Stibbe te Amsterdam