

**JOR 2013/169 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 23-04-2013**  
**Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, Verboden steunhandeling, Overgangsrecht Flex-BV, Beweerde schending van art. 2:207c (oud) BW kan na invoering Wet Flex-BV niet meer als grondslag dienen voor gestelde bestuurdersaansprakelijkheid, Vorderingen curator afgewezen**

Wetsbepaling(en):

BW BOEK 2 artikel 9, BW BOEK 2 artikel 207C, BW BOEK 2 artikel 248, BW BOEK 6 artikel 162

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8546, JONDR 2013/645, RO 2013/45

**JOR 2013/169, Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 23-04-2013,**  
**ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8546, HD 200.099.979 (annotatie)**

---

### Inhoudsindicatie

Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, Verboden steunhandeling, Overgangsrecht Flex-BV, Beweerde schending van art. 2:207c (oud) BW kan na invoering Wet Flex-BV niet meer als grondslag dienen voor gestelde bestuurdersaansprakelijkheid, Vorderingen curator afgewezen

---

### Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

---

### Gegevens

<b>Instantie</b>	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
<b>Datum uitspraak</b>	23-04-2013
<b>Publicatie</b>	JOR 2013/169 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 6, 2013
<b>Annotator</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• <a href="#">mr. S.C.M. van Thiel</a></li></ul>
<b>ECLI</b>	ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8546
<b>Zaaknummer</b>	HD 200.099.979
<b>Overige publicaties</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• <a href="#">ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8546</a></li><li>• <a href="#">RO 2013/45</a></li><li>• <a href="#">JONDR 2013/645</a></li></ul>
<b>Rechtsgebied</b>	Ondernemingsrechtpraktijk
<b>Rubriek</b>	Ondernemingsrecht
<b>Rechters</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• <a href="#">mr. Fikkers</a></li><li>• <a href="#">mr. Riemens</a></li><li>• <a href="#">mr. De Ridder</a></li></ul>
<b>Partijen</b>	R.J.M.C. Rosbeek te Voeren (België), in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van FSM Europe BV,

appellant in principaal appel,  
geïntimeerde in voorwaardelijk incidenteel appel,  
advocaat: mr. W.L.A.M. Eikendal,  
tegen  
1. L.H. Rademakers te Weert,  
2. R.H.M. Vroomen te Sittard-Geleen,  
3. F.H. Dirks te Sittard-Geleen,  
geïntimeerden in principaal appel,  
appellanten in voorwaardelijk incidenteel appel,  
advocaat: mr. C.W.M. Slegers.

#### **Regelgeving**

- BW Boek 2 - 9
- BW Boek 2 - 207c (oud)
- BW Boek 2 - 248
- BW Boek 6 - 162

### **Samenvatting**

---

Grief 2 richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de curator niet heeft voldaan aan de stelplicht ten aanzien van de causaliteit tussen de beweerde schending van art. 2:207c (oud) BW en het faillissement (art. 2:248 lid 1 BW).

Het hof stelt voorop dat na het indienen van de memorie van grieven Boek 2 BW is gewijzigd in verband met de aanpassing van de regeling voor BV's. Bij de inwerkingtreding van de wet per 1 oktober 2012 is art. 2:207c BW vervallen. Op grond van de Invoeringswet (art. V.1 lid 1) heeft de wet Flex-BV onmiddellijke werking. De curator heeft in deze wetswijziging kennelijk geen aanleiding gezien zijn op art. 2:207c BW gebaseerde vordering aan te passen. Ondanks het feit dat art. 2:207c BW is vervallen en de beweerde schending van art. 2:207c (oud) BW als zodanig niet meer als grondslag kan dienen voor de gestelde bestuurdersaansprakelijkheid op grond van de art. 2:248 BW en 6:162 BW, laat zulks onverlet dat een handeling van het bestuur die de belangen van de onderneming heeft geschaad, een onbehoorlijke taakvervulling kan opleveren als bedoeld in art. 2:9 BW althans als een onrechtmatige daad kan worden gekwalificeerd.

De vragen die thans ter beantwoording voorliggen zijn of Rademakers c.s. als (statutair of feitelijk) bestuurders van het failliete FSM Europe BV ("FSM") door de wijze waarop de management buy out is gefinancierd een steuntransactie hebben verricht, waardoor de belangen van FSM zijn geschaad en of zij door deze steuntransactie als bestuur hun taak onbehoorlijk hebben vervuld, althans niet de vereiste zorgvuldigheid in acht hebben genomen.

Het hof concludeert dat in rechte niet is komen vast te staan dat Rademakers c.s. door de wijze van financiering van de management buy out de belangen van FSM hebben geschaad en dat zij hun taak als (statutair of feitelijk) bestuurder onbehoorlijk jegens FSM hebben vervuld. Ook de vordering voor zover gebaseerd op onrechtmatige daad (door het verrichten van een steuntransactie) wordt afgewezen.

Het hof bekrachtigt het vonnis waarvan beroep.

### **Uitspraak**

---

(...; red.)

#### **4. De beoordeling**

---

#### ***In principaal en voorwaardelijk incidenteel appel***

---

4.1. In overweging 2. van het bestreden vonnis heeft de rechtbank vastgesteld van welke feiten in dit geschil wordt uitgegaan. De door de rechtbank vastgestelde feiten vormen ook in hoger beroep het uitgangspunt. Voorts staan nog enkele andere feiten vast. Het hof zal hierna een overzicht geven van de relevante feiten.

i. Op 2 februari 2005 is FSM Europe B.V. (hierna: FSM) in staat van faillissement verklaard en is mr. R.J.M.C. Rosbeek benoemd tot curator.

ii. FSM was aanvankelijk een divisie van Philips Display Components. Als onderdeel van de Philips-organisatie was FSM verantwoordelijk voor het etsen van schaduwmaskers voor beeldbuizen van televisies. Vanaf 1998 is FSM ontvlochten uit Philips Display Components. FSM produceerde daarna zelfstandig schaduwmaskers en daarnaast geëtste producten voor de fotografische en de elektronische industrie. De productie van schaduwmaskers voor de beeldbuizenindustrie was destijds de kernactiviteit van FSM.

LG. Philips Displays (hierna: LPD) was één van de grootste afnemers van FSM. LPD is begin 2006 in staat van faillissement verklaard. De in dat faillissement benoemde curator mr. A.A.M. Deterink heeft van zijn onderzoek naar de oorzaak van het faillissement van LPD op 20 april 2009 een schriftelijk verslag uitgebracht (hierna: verslag Deterink) (prod. 13 bij conclusie van antwoord).

iii. Op 9 oktober 2003 heeft Micro Precision Etching Holding B.V. (hierna: MPE) door middel van een management buy out 100% van de aandelen in FSM gekocht van SILLC Europe LLC (hierna: SILLC) tegen een koopsom van € 2.500.000,00.

Rademakers, Vroomen en Dirks, die ten tijde van de management buy out deel uitmaakten van het managementteam van FSM zijn via hun persoonlijke holdings bestuurder van MPE en vanaf 10 oktober 2003 via MPE (indirect) bestuurder van FSM. Dirks was in de periode van 26 september 2003 tot en met 31 oktober 2003 bestuurder van FSM (prod. 14 bij conclusie van antwoord).

iv. In opdracht van de curator heeft G.M.M.W. Mennen RA (hierna: Mennen) een onderzoek ingesteld naar de boekhouding van FSM over de periode van 28 september 2003 tot en met 31 januari 2005. Mennen heeft op 13 november 2007 zijn eindrapportage uitgebracht (prod. 3a bij inleidende dagvaarding).

v. Bij brief van 25 maart 2008 (prod. 4 bij inleidende dagvaarding) heeft de curator Rademakers c.s. als indirect bestuurders van FSM aansprakelijk gesteld voor het faillissementsstekort van FSM.

vi. Rademakers c.s. hebben op hun beurt een onderzoek naar de administratie van FSM laten verrichten door drs. A.J.C.R. Buiting RA (hierna: Buiting). Buiting heeft op 6 november 2009 zijn rapportage uitgebracht (prod. 10 bij conclusie van antwoord). Op 2 maart 2010 heeft Buiting nader schriftelijk gerapporteerd (prod. 1 bij conclusie van dupliek).

4.3. De curator heeft bij inleidende dagvaarding gevorderd een verklaring voor recht dat Rademakers c.s. hoofdelijk aansprakelijk zijn uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW en hoofdelijke veroordeling van Rademakers c.s. tot betaling van het faillissementsdeficit (€ 11.247.993,14 + pm), nader op te maken bij staat. Aan deze vorderingen heeft de curator ten grondslag gelegd dat de bestuurders van FSM niet hebben voldaan aan de verplichtingen uit artikel 2:10 BW en dat de bestuurders hebben gehandeld in strijd met artikel 2:207c (oud) BW.

4.4. Nadat Rademakers c.s. gemotiveerd verweer hadden gevoerd, heeft de rechtbank bij het vonnis waarvan beroep de vorderingen van de curator afgewezen, met veroordeling van de curator in de kosten van het geding.

4.5. In hoger beroep heeft de curator de vordering aldus gewijzigd dat hij tevens vordert dat Rademakers c.s. hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 678.647,02 en een bedrag van € 2.453.356,97, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 9 oktober 2003. De curator legt aan deze

vorderingen ten grondslag dat de schending van artikel 2:207c (oud) BW tevens een onrechtmatig daad oplevert van Rademakers c.s. (in hun hoedanigheid van (indirect) aandeelhouder en feitelijk beleidsbepaler) jegens de gezamenlijke crediteuren van FSM.

4.6. Het verweer van Rademakers c.s. dat de eiswijziging in hoger beroep in strijd is met de eisen van een goede procesorde wordt verworpen. De omstandigheid dat het debat met betrekking tot artikel 6:162 BW slechts in één instantie kan worden gevoerd, is daartoe onvoldoende. Het verlies van een instantie is inherent aan het feit dat de wet toestaat dat een eis ook in hoger beroep kan worden vermeerderd. Slechts onder bijkomende omstandigheden kan dit feit het oordeel rechtvaardigen dat sprake is van strijd met de eisen van een goede procesorde. Dergelijke omstandigheden zijn echter niet gesteld of gebleken.

### ***Boekhoudplicht ex artikel 2:10 BW***

---

4.7. Met grief 1 stelt de curator dat Rademakers c.s. als (indirect) bestuurders van FSM niet hebben voldaan aan de boekhoudplicht ex artikel 2:10 BW.

4.7.1. De curator heeft daartoe aangevoerd dat de administratie van FSM zodanige inconsistenties en incompleetheiden bevatte dat men op het moment van het faillissement niet snel inzicht kon verkrijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie, en dat deze posities en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en de omvang van de onderneming, geen redelijk inzicht gaven in de vermogenspositie. De curator heeft de beweerde schending van de boekhoudplicht – evenals in eerste aanleg – onderbouwd aan de hand van het rapport van Mennen van 13 november 2007. Hieruit blijkt, aldus curator, van een zestal inconsistenties en incompleetheiden in (a) voorraad gereed product; (b) materiële vaste activa; (c) huur bedrijfsgebouwen, vooruitbetaalde verzekeringen en managementfee; (d) miscellaneous; (e) WBSO-subsidie; en (f) vennootschapsbelasting, één en ander zoals weergegeven in rov. 4.3.1. van het bestreden vonnis.

4.7.2. Nu de bovengenoemde correcties en waarderingsaanpassingen niet tijdig zijn verwerkt in de administratie, maar eerst bij het opmaken van de jaarrekening, was, aldus de curator, de administratie incompleet en onjuist waardoor de periodieke cijfers geen getrouw beeld hebben gegeven van het resultaat en de vermogenspositie van FSM in de desbetreffende periode. Het door het bestuur te voeren beleid is daardoor gebaseerd op onjuiste cijfers die een veel te gunstige vermogenspositie lieten zien. De curator stelt dat, onder verwijzing naar het verslag Deterink, aangezien de markt waarin FSM opereerde reeds sinds 2001 moeilijk voorspelbaar was en de verkoopprijzen daalden als gevolg van de opkomst van nieuwe technologieën (LCD), het voor het bestuur van FSM noodzakelijk was om te kunnen uitgaan van juiste tussentijdse cijfers ten aanzien van de ontwikkeling van de vermogenspositie van FSM teneinde snel en accuraat te kunnen inspelen op de geconstateerde of de te verwerken veranderingen.

4.8. Rademakers c.s. hebben de door de curator gestelde inconsistenties en incompleetheiden in de administratie gemotiveerd betwist en dat door deze beweerde gebreken de administratie van FSM niet voldeed aan de vereisten van artikel 2:10 BW, één en ander zoals weergegeven in rov. 4.3.4. van het bestreden vonnis.

4.8.1. In dat kader stellen Rademakers c.s. dat de curator een te strenge, niet in de wet neergelegde of in de jurisprudentie ontwikkelde, toetsingsmaatstaf aanlegt. De Nederlandse wetgeving kent geen voorschriften waaraan een boekhouding moet voldoen, maar kent alleen bepalingen over de jaarrekening. Omdat de jaarrekening wordt opgemaakt aan de hand van de boekhouding kan, aldus Rademakers c.s., worden geconcludeerd dat, als een jaarrekening wordt of kan worden opgesteld die voldoet aan de wettelijke vereisten, daarmee is voldaan aan de boekhoudplicht. Op de datum van het faillissement was een zodanig administratie bijgewerkt en toegankelijk. Ook in de periode vóór het faillissement bestond dagelijks inzicht in de openstaande crediteuren, debiteuren en aanwezige liquiditeiten en was er een redelijk inzicht in de vermogenspositie van de onderneming. Dat werd gewaarborgd doordat de administratie werd gevoerd door middel van een geautomatiseerd ERP-systeem, dat dagelijks werd bijgehouden. Uit deze administratie, in combinatie met de daarop aansluitende maandelijkse managementinformatie (tussentijdse cijfers), kon het management de voor de aansturing van de onderneming benodigde financiële informatie ontlenuen.

Rademakers c.s. hebben voorts verwezen naar het rapport van Buiting van 6 november 2009 en diens nadere schriftelijke rapportage van 2 maart 2010.

4.9. Het hof overweegt als volgt.

4.9.1. Vooropgesteld dient te worden dat de wet geen specifieke eisen stelt aan de wijze waarop de boekhouding moet worden ingericht. De in artikel 2:10 BW opgenomen eis dat het bestuur verplicht is van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend, moet blijkens de jurisprudentie aldus worden begrepen dat daaraan is voldaan indien de boekhouding van een zodanig niveau is dat men snel inzicht kan krijgen 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, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie (HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713).

4.9.2. Door de curator is niet weersproken dat de administratie van FSM werd gevoerd door middel van een geautomatiseerd boekhoudsysteem en dat de administratie dagelijks werd bijgehouden. Evenmin is gesteld of gebleken dat in de periode van 28 september 2003 tot en met 31 januari 2005 sprake is geweest van wantoestanden, onregelmatigheden of van onttrekkingen. De curator stelt evenwel dat de administratie op een zestal punten (genummerd (a) tot en met (f)) incompleet en/of inconsistent was en dat daardoor de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW is geschonden.

4.9.3. Het hof zal de posten (a), (b) en (f) deels gezamenlijk bespreken en de posten (c), (d) en (e) afzonderlijk.

### *De posten (a), (b) en (f)*

---

Deze posten betreffen activeringen van vaste activa en vorderingen die volgens de curator ten onrechte op de balans zijn opgevoerd en of niet tussentijds zijn afgewaardeerd in de periodieke cijfers (de maandelijkse managementinformatie).

*Post (a)* Tussen partijen is niet in geschil dat de afwaardering van de voorraden in het eerste kwartaal 2004 niet is verwerkt als mutatie in de maandelijkse rapportages, maar in eerste instantie is verwerkt in het eigen vermogen (de kolommenbalans per 31 maart 2004). De stelling van de curator dat een dergelijke verwerking wettelijk niet is toegestaan, wordt gemotiveerd weerlegd door Buiting (rapport 6 november 2009, pag. 9). Volgens Buiting zijn de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving en de in Boek 2 BW voorgeschreven regels alleen van toepassing op de jaarverslaggeving en niet op interne (tussentijdse) cijfers.

In dit licht bezien had het naar het oordeel van het hof vervolgens op de weg van de curator gelegen zijn stelling ter zake nader te onderbouwen, hetgeen hij heeft nagelaten. Aan de stelling van de curator dat in strijd zou zijn gehandeld met deze richtlijnen en de wettelijke bepalingen, wordt derhalve voorbijgegaan. Nu het bestuur blijkens het voorgaande op de hoogte was van de afwaardering, en de afwaardering van de voorraden via het vermogen tussentijds was verantwoord (geadministreerd), acht het hof de stelling van de curator dat men geen redelijk inzicht had in de daadwerkelijke vermogenspositie van FSM onvoldoende onderbouwd.

*Post (b)* Deze post heeft betrekking op de activering van de caseïneplant en de upgrade van de plotter in de jaarrekening 2002/2003 voor een bedrag € 710.000,00 respectievelijk € 739.000,00 en een tussentijds activering in 2004 (in de kolommenbalans 2003/2004) van een bedrag van €1.100.000,00, dat betrekking had op een investering in nieuwe ontwikkelingen.

Tussen partijen is niet in geschil dat de accountant van FSM, Ernst & Young, die de jaarrekening 2002/2003 heeft gecontroleerd en op 30 december 2003 van een goedkeurende accountantsverklaring

heeft voorzien, de activering van de upgrade van de plotter en de caseïneplant per 27 september 2003 (einde boekjaar) in overeenstemming heeft geacht met de geldende verslagleggingregels. Uit de managementletter van de accountant bij deze jaarrekening (bijlage 6 bij het rapport van Buiting van 6 november 2009) blijkt dat de accountant de door het bestuur voorgestelde activering van de upgrade van de plotter van € 832.000,00 heeft bijgesteld naar € 739.000,00 en dat de gemaakte (netto) kosten van de caseïneplant van € 1.420.000,00 op voorstel van het bestuur zijn geactiveerd op 50% van dat bedrag, ofwel € 710.000,00, en dat beide investeringen in drie jaren zouden worden afgeschreven.

De stelling van de curator dat deze posten in de jaarrekening 2002/2003 voor een te hoog bedrag zijn geactiveerd, acht het hof zonder nadere toelichting, die ontbreekt, en gelet op het feit dat de controlerend accountant deze activeringen in overeenstemming heeft geacht met de geldende verslagleggingregels onvoldoende onderbouwd, zodat het hof hieraan voorbijgaat. Wat betreft de activering in 2004 merkt het hof in de eerste plaats op dat het hier om een voorgestelde (tussentijdse) activering ging (in de kolommenbalans 2003/2004) en niet om een activering in de (eerst na het faillissement opgemaakte) jaarrekening 2003/2004. Volgens Buiting (rapport 6 november 2009, pag. 12) betreft het een (voorgestelde) activering die samenhangt met een (verdere) investering in 2004 in de caseïneplant. Deze voorgestelde (tussentijdse) activering heeft, naar de curator niet heeft betwist, bovendien geen invloed gehad op maandelijks opgemaakte (tussentijdse) cijfers tot en met november 2004, omdat de uitgaven van deze nieuwe investering in de tussentijdse cijfers als kosten zijn verwerkt.

Voor zover de curator bedoelt te stellen dat de activering van de upgrade van de plotter en de caseïneplant in de jaarcijfers 2002/2003 in 2004 verder had moeten worden afgewaardeerd (naast de maandelijks afschrijving) en dat de nieuwe investering in de caseïneplant in 2004 niet voor een bedrag van € 1.100.000,00 had mogen worden geactiveerd (in de kolommenbalans 2003/2004), oordeelt het hof als volgt.

Het hof deelt de opvatting van Rademakers c.s. dat de geboekte en de voorgestelde activering moet worden gewaardeerd op basis van going-concern en niet op liquidatiewaarde. Daar waar het zittende management (Rademakers c.s.) kennelijke zodanige verwachtingen had van FSM dat zij (onder begeleiding van adviseurs) hebben besloten tot een management buy out op 9 oktober 2003, is het niet onbegrijpelijk dat zij uitgingen van continuïteit van de onderneming. In dit licht bezien is het hof van oordeel dat de activeringen van de upgrade van de plotter en de caseïneplant c.q. de waarderingsgrondslagen op consistente wijze hebben plaatsgevonden c.q. zijn toegepast.

*Post (f)* Het vorenstaande heeft eveneens te gelden voor de activering van de belastinglatentie (voor verrekenbare verliezen). In de jaarrekening 2002/2003 is een actieve belastinglatentie opgenomen van € 1.075.000,00. De accountant van FSM heeft deze op 30 december 2003 opgemaakte jaarrekening van een goedkeurende accountantsverklaring voorzien. Naar het oordeel van het hof moet er dan ook vanuit worden gegaan dat de accountant op dat moment nog van mening was dat deze verliezen verrekenbaar zouden zijn met toekomstige winsten. Gezien het feit dat Rademakers c.s. kennelijk in 2004 nog uitgingen van continuïteit van de onderneming kan hen bezwaarlijk een verwijt worden gemaakt dat zij in 2004 de belastinglatentie niet in de tussentijdse cijfers hebben afgewaardeerd.

Ten aanzien van alle drie hiervoor besproken posten is het hof voorts van oordeel dat het waarderingsvraagstukken betreft, die op zich los staan van en geen onderdeel zijn van de gevoerde administratie die, zoals hiervoor is weergegeven, dagelijks werd bijgehouden via een boekhoudsysteem, terwijl gesteld noch gebleken is van malversaties, onregelmatigheden of van onttrekkingen. Het hof is van oordeel dat de curator ook geenszins duidelijk heeft gemaakt, althans onvoldoende heeft onderbouwd, dat de wijze van waardering van bovengenoemde drie posten daadwerkelijk heeft betekend dat het voor de bestuurders danwel een betrokken derde (zoals de accountant) niet mogelijk is geweest om in de relevante periode (eind september 2003 tot en met januari 2005) snel inzicht te krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie en, gezien deze posities en de stand van de liquiditeiten, de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht in de vermogenspositie van FSM als geheel.

*Post (c)* Deze post heeft betrekking op de geboekte kosten voor huur bedrijfsgebouwen, vooruitbetaalde verzekeringen en managementfee. De curator heeft gesteld dat de facturen van deze drie posten niet

altijd in de juiste periode zijn verantwoord. Alleen de foutieve boeking van de post managementfee is volgens de curator (extracomptabel) gecorrigeerd. Rademakers c.s. hebben deze omissie op zich niet betwist. Zij stellen dat het door de wijze van administreren (het direct boeken van binnenkomende facturen) kon voorkomen dat de facturen niet altijd kostentechnisch aan de juiste periode zijn toegerekend, maar dat Rademakers c.s. goed bekend waren met deze maandelijks terugkerende verplichtingen, dat deze eventuele geringe onzuiverheden in de administratie geen invloed hebben gehad op de mogelijkheid om afdoende inzicht te hebben in de financiële positie van de onderneming en dat deze posten slechts een beperkt onderdeel vormden van de totale exploitatiekosten,

Het hof oordeelt in navolging van de rechtbank dat de curator, gezien het door Rademakers c.s. gevoerde verweer, onvoldoende heeft onderbouwd waarom deze administratieve tekortkoming meer dan een gering verzuim oplevert en dat men door deze tekortkoming niet het vereiste inzicht kon verkrijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie, de stand van de liquiditeiten en de vermogenspositie van FSM.

*Post (d)* Deze post betreft een volgens de curator onverklaarbare afboeking in 2004 van een (subsidie-)vordering ter zake de caseïneplank van € 270.632,00. Volgens de curator hebben Rademakers c.s. de subsidie ook te gemakkelijk afgeboekt: de boedel heeft nog een bedrag van € 84.000,000 aan subsidie kunnen verkrijgen.

Voor zover de curator moet worden gevolgd in zijn standpunt dat Rademakers c.s. de subsidie lichtvaardig hebben afgeboekt, betekent dat naar 's hofs oordeel niet dat Rademakers c.s. hun boekhoudplicht hebben geschonden. De subsidievordering en de afboeking van deze vordering zijn immers correct in de administratie verantwoord.

*Post (e)* Deze post gaat over de afrekening van de WBSO-subsidie, die volgens de curator niet kon worden gemaakt omdat op het moment van het faillissement van FSM de urenadministratie niet compleet was. Rademakers c.s. hebben gesteld dat met de WBSO-afrekening over 2004 geen aanvang is gemaakt met het oog op de financiële problemen van FSM en de faillissementsdreiging. De voor de WBSO-afrekening over 2004 benodigde gegevens zijn en waren beschikbaar en herleidbaar uit de administratie van FSM, aldus Rademakers c.s.

Het enkele feit dat de urenadministratie om de WBSO-afrekening over jaar 2004 te kunnen maken ten tijde van het faillissement op 2 februari 2005 nog niet op de orde was, maar de daarvoor benodigde gegevens kennelijk wel uit de administratie herleidbaar waren, levert naar het oordeel van het hof geen schending op van de boekhoudplicht. Het hof neemt daarbij ook in aanmerking dat de eindafrekening kennelijk tot 1 april 2005 bij de belastingdienst had kunnen worden ingediend. Van deze tekortkoming kan mogelijk aan de bestuurders een verwijt worden gemaakt, doch dit betekent niet dat men niet het vereiste inzicht had in de debiteuren- en crediteurenpositie, de stand van de liquiditeit en de vermogenspositie van FSM.

4.9.4. Het voorgaande voert het hof tot de conclusie dat de door de curator beweerde administratieve gebreken, afzonderlijk noch in onderlinge samenhang bezien, geen schending opleveren van de in artikel 2:10 BW neergelegde boekhoudplicht, althans dat de curator zulks onvoldoende heeft onderbouwd. Aan het door de curator eerst ten pleidooie in hoger beroep gedane aanbod om door middel van een deskundigenbericht te bewijzen dat de boekhoudplicht ex artikel 2:10 BW zou zijn geschonden, wordt reeds hierom voorbijgegaan. Grief 1 faalt aldus.

4.9.5. Ten overvloede zal het Hof ingaan op de externe oorzaken die Rademakers c.s. voor het faillissement hebben aangevoerd. Rademakers c.s. hebben – kort weergegeven – gemotiveerd aangevoerd dat na de management buy out sprake was van een onverwachte, snelle opkomst van de LCD-technologie. Hierdoor zakte de markt voor beeldbuizen in, terwijl er ten tijde van de management buy out nog werd uitgegaan van een omzetgroei. Deze ontwikkeling, naast een aantal andere specifieke omstandigheden (verslechtering van de koers ten opzichte van de dollar, prijserosie, opkomst concurrentie etc.) zijn door Rademakers c.s. aangevoerd als de oorzaak van het faillissement van FSM. De curator heeft deze omstandigheden niet, althans onvoldoende, bestreden. Het Hof is van oordeel dat Rademakers c.s. voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat andere feiten of omstandigheden dan een

schending van de boekhoudverplichting ex artikel 2:10 BW een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest, zodat het in artikel 2:248 lid 2 BW neergelegde vermoeden is ontzenuwd. Het had vervolgens op de weg van de curator gelegen om op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (vgl HR 20 oktober 2006, LJN: AY7916, rov. 4.5.2). De curator heeft zulks, zoals hiervoor reeds is overwogen, niet voldoende onderbouwd, althans niet aannemelijk gemaakt.

### *Verboden steunhandeling ex artikel 2:207c (oud) BW*

---

4.10. Grief 2 richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de curator niet heeft voldaan aan zijn stelplicht ten aanzien van de causaliteit tussen de beweerde schending van artikel 2:207c (oud) BW en het faillissement (artikel 2:248 lid 1 BW).

4.11. De rechtbank heeft onbesproken gelaten of sprake is geweest van een verboden steunhandeling als bedoeld in artikel 2:207c (oud) BW en, zo ja, of deze handeling een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Het hof zal, gelet op het feit dat de curator in hoger beroep zijn vordering er mede op baseert dat Rademakers c.s. als gevolg van die steunhandeling onrechtmatig hebben gehandeld, ook dienen te beoordelen of Rademakers c.s. in hun hoedanigheid van (statutair of feitelijk) bestuurder van FSM in strijd met artikel 2:207c (oud) BW hebben gehandeld.

4.12. Het hof stelt voorop dat na het dienen van de memorie van grieven (op 17 april 2012) Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is gewijzigd in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering b.v.-recht) (nr. 31058). Deze wijziging van Boek 2 is op 1 oktober 2012 in werking getreden. Bij de inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering b.v.-recht is artikel 2:207c BW vervallen. Blijkens het bepaalde in artikel V.1. lid 1. van de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering b.v.-recht (nr. 32426) juncto artikel 68a van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek heeft de Wet vereenvoudiging en flexibilisering b.v.-recht onmiddellijke werking.

4.13. De curator heeft in deze wetswijziging kennelijk geen aanleiding gezien zijn op (het per 1 oktober 2012 vervallen) artikel 2:207c BW gebaseerde vordering aan te passen bij akte noch bij gelegenheid van zijn op 30 oktober 2012 genomen memorie van antwoord in incidenteel appel. Ook tijdens het op 26 februari 2013 op verzoek van de curator gehouden pleidooi van partijen, waarbij van de zijde van Rademakers c.s. uitdrukkelijk aan de orde is gesteld dat artikel 2:207c (oud) BW per 1 oktober 2012 is vervallen, heeft de curator kennelijk geen aanleiding gezien aan het hof een verzoek te doen tot het nemen van een akte. Het hof zal de curator hiertoe derhalve niet meer in de gelegenheid stellen.

4.14. Ondanks het feit dat artikel 2:207c BW is vervallen en de beweerde schending van artikel 2:207c (oud) BW als zodanig niet meer als grondslag kan dienen voor de gestelde bestuurdersaansprakelijkheid op grond van de artikelen 2:248 BW en 6:162 BW, laat zulks onverlet dat een handeling van het bestuur die de belangen van de onderneming heeft geschaad, een onbehoorlijke taakvervulling kan opleveren als bedoeld in artikel 2:9 BW althans als een onrechtmatige daad kan worden gekwalificeerd.

4.15. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 2 is bij de keuze voor het laten vervallen van artikel 2:207c BW het volgende opgemerkt:

“Het huidige artikel 207c ziet op de situatie waarin de vennootschap financiële steun verleent aan een derde die de steun gebruikt om aandelen in de vennootschap te verwerven. (). (Het) doel (van artikel 207c) is het tegengaan van financiële steuntransacties die het belang van de vennootschap schaden. () Het wetsvoorstel kiest met het laten vervallen van de bepaling voor een oplossing die voor de sanctionering terugvalt op de algemene regels voor bestuurshandelen, zoals de regels voor behoorlijke taakvervulling door de bestuurders (artikel 9) en de regeling voor tegenstrijdig belang (artikel 256). ()

Ten eerste is artikel 207c een ingewikkelde bepaling die in de praktijk tot veel onduidelijkheid heeft geleid. ()



Ten tweede is een specifieke wettelijke regeling voor steuntransacties niet noodzakelijk voor de bescherming van crediteuren of aandeelhouders. De onderzoekers concluderen in hun tweede onderzoek dat het verrichten van steuntransacties niet dusdanig verschilt van andere zakelijke transacties die het bestuur aangaat – bijvoorbeeld het verstrekken van leningen aan aandeelhouders, bestuurders of derden anders dan met het oog op het verwerven van aandelen –, dat dit een speciale wettelijke regeling rechtvaardigt.

Bij het verlenen van financiële steun is het in de voorgestelde regeling aan het bestuur om te beoordelen of die handelingen in het belang zijn van de vennootschap en wat de gevolgen zijn voor de financiële positie voor de vennootschap. Evenzeer als bij andere transacties die door het bestuur namens de vennootschap worden aangegaan, geldt hierbij de sanctie van aansprakelijkheid indien niet de vereiste zorgvuldigheid in acht wordt genomen. Dit betekent onder andere dat steuntransacties niet mogen worden aangegaan tegen voorwaarden die niet aan gebruikelijke marktvoorwaarden zijn onderworpen of zeer ongunstig uitwerken voor de vennootschap.”

4.16. Tussen partijen is niet in geschil dat Dirks ten tijde van de management buy out op 9 oktober 2003 formeel bestuurder was van FSM (zij het dat Rademakers c.s. in het voorwaardelijk incidenteel appel aan de orde stellen dat Dirks geen bestuursdaden heeft verricht). Het hof gaat er hierna veronderstellenderwijs vanuit dat, zoals de curator stelt doch Rademakers c.s. betwisten, Rademakers c.s. voorafgaande aan de management buy out feitelijk bestuurders waren van FSM en van het gegeven dat Dirks op dat moment bovendien statutair bestuurder was van FSM.

4.17. De vragen die thans ter beantwoording voorliggen zijn of Rademakers c.s. als (statutair of feitelijk) bestuurders door de wijze waarop de management buy out op 9 oktober 2003 is gefinancierd een steuntransactie hebben verricht, waardoor de belangen van FSM zijn geschaad en of zij door deze steuntransactie als bestuur hun taak onbehoorlijk hebben vervuld, althans niet de vereiste zorgvuldigheid in acht hebben genomen.

4.18. Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

4.18.1. In artikel 207c lid 2 (oud) BW is bepaald dat de vennootschap slechts leningen met het oog op het nemen of verkrijgen van aandelen in haar kapitaal mag verstrekken tot ten hoogste het bedrag van de uitkeerbare reserves en voor zover de statuten dit toestaan.

4.18.2. Tussen partijen is niet in geschil dat het zittende managementteam door middel van de daartoe opgerichte vennootschap MPE op 9 oktober 2003 (indirect) de aandelen in FSM heeft verworven van SILLC voor een bedrag van € 2.500.000,00. Tussen partijen is voorts niet in geschil dat in het kader van deze transactie een door Bank of America aan SILLC verstrekte (langlopende) lening van € 2.325.182,00 is afgelost en dat SILLC die lening bij Bank of America was aangegaan voor (haar toenmalige dochtermaatschappij) FSM. Voorts staat tussen partijen vast dat IFN (middels factoring) op 2 oktober 2003 aan FSM een kredietfaciliteit heeft verleend van € 2.453.000,00 (prod. 5 bij inleidende dagvaarding) en dat met dit krediet de lening van Bank of America aan SILLC volledig is afgelost.

4.18.3. De curator gaat blijkens de door hem ingenomen stellingen kennelijk ervan uit dat in het kader van de management buy out door FSM aan MPE een lening is verstrekt van € 678.647,02, terwijl het bedrag van de vrij uitkeerbare reserves, volgens de curator, op 27 september 2003 slechts € 282.000,00 bedroeg.

4.18.4. De curator baseert de hoogte van de door FSM in het kader van de management buy out aan MPE verstrekte lening van € 678.647,02 kennelijk op de brief van Rademakers van 22 mei 2006 (prod. 4 bij conclusie van antwoord) en het daarin vermelde eerste kostenstaatje. Op pagina 5 (onderaan) en pagina 6 (bovenaan) van deze brief is van de wijze waarop de transactie is gefinancierd het volgende (eerste) kostenstaatje opgenomen:

“Te betalen:

Aankoop aandelen: Euro 2.500.000,00

Notariskosten 3.800,00

Afbetaling krediet

Bank of America 2.325.183,41

BTW 722,00

Totaal te betalen Euro 4.829.705,41

Financiering:

Achtergestelde lening

SILLC Euro 1.500.000,00

Factoring IFN 2.453.356,97

Transferkosten IFN - 2.298,58

MPEH 200.000,00

Lening FSME 678.647,02

Totaal financiering Euro 4.829.705,41”

4.18.5. Ten pleidooie in hoger beroep hebben Rademakers c.s. verklaard dat men voorafgaande aan de management buy out ervan is uitgegaan dat IFN een hogere kredietfaciliteit aan FSM zou verstrekken (zo'n € 800.000,00 meer) en dat in dat geval FSM in het geheel geen lening aan MPE diende te verstrekken. Aangezien IFN daartoe kennelijk niet bereid was, zou FSM in het kader van de onderhavige transactie aan MPE een lening verstrekken van € 678.647,02, en zou, naar het hof begrijpt, een deel van het door IFN aan MPE verstrekte krediet, namelijk een bedrag van ongeveer € 125.000,00, voor de aan SILLC te betalen koopsom worden aangewend. Enkele dagen na de datum van de management buy out bleek SILLC echter bereid om naast de eerdere achtergestelde lening van € 1.500.000,00 (zie bovenstaand kostenstaatje) nogmaals een achtergestelde lening van € 499.942,75 aan FSM te verstrekken, zodat MPE nog slechts een bedrag van circa € 500.000,00 als koopsom aan SILLC diende te betalen. MPE heeft, zoals blijkt uit bovenstaand kostenstaatje, een bedrag van € 200.000,00 aan SILLC betaald en voor het restant van de koopsom van circa € 300.000,00 heeft FSM aan MPE een lening verstrekt.

4.18.6. De curator heeft de door Rademakers c.s. ten pleidooie geschetste gang van zaken niet betwist. In de brief van Rademakers van 22 mei 2006, waarop de curator de gewraakte steunhandeling kennelijk baseert, en in het rapport van Buiting van 6 november 2009, wordt voormelde gang van zaken bovendien bevestigd. Op pagina 6 van deze brief van Rademakers, is onder het eerste kostenstaatje vermeld:

“Daarnaast is met een tweede achtergestelde lening () een deel van de lening terugbetaald; deze achtergestelde lening is ook verstrekt door de voormalige moeder.”

Onder deze passage (pag. 6 midden) is van de wijze waarop uiteindelijk aan de transactie uitvoering is gegeven, het volgende (tweede) kostenstaatje opgenomen:

“Totale schuldpositie na afronding transactie;

Oorspronkelijke lening	Euro 678.647,02
Achtergestelde lening SILLC	- 499.942,75
Verschil Factoring IFN en FSME lening BoA (2.451.058,39 – 2.325.183,41)	125.874,98
Totaal schuldpositie	Euro 304.579,25”

4.18.7. Het hof acht gezien het vorenstaande de stelling van de curator dat in het kader van de management buy out ook daadwerkelijk door FSM aan MPE een lening is verstrekt van € 678.647,02 onvoldoende onderbouwd. Het hof zal derhalve uitgaan van bovengenoemd bedrag van € 304.579,25. Buiting gaat in zijn rapport van 6 november 2009 (pag. 18) uit van een door FSM aan MPE verstrekte lening van € 300.057,00. Dit verschil ten opzichte van het door Rademakers c.s. genoemde bedrag wordt, naar het hof begrijpt, verklaard doordat Buiting bij zijn berekening de diverse kosten en omzetbelasting buiten beschouwing laat.

4.18.8. Uit het rapport van Buiting van 6 november 2009 (pag. 17) blijkt dat de curator het door hem genoemde bedrag aan uitkeerbare reserves van € 282.000,00 baseert op de eerst op 30 december 2003 gereedgekomen definitieve jaarcijfers volgens de jaarrekening 2003/2003 (einde boekjaar 27 september 2003), terwijl volgens de ter beschikking staande (interne) cijfers ten tijde van de management buy out op 9 oktober 2003 de vrij beschikbare reserves een bedrag beliepen van € 477.000,00. Indien zou worden uitgegaan van de ten tijde van de management buy out beschikbare cijfers, hetgeen het hof juist voorkomt, zou de lening op grond van het toen geldende artikel 207c (oud) BW wettelijk zijn toegestaan. Dit betekent echter niet zonder meer dat het (statutair of feitelijk) bestuur van FSM door het verstrekken van de lening aan MPE zijn taak behoorlijk heeft vervuld danwel zorgvuldig heeft gehandeld. Blijkens voormelde aangehaalde memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 2 mogen dergelijke steuntransacties immers niet worden aangegaan indien deze de belangen van de vennootschap schaden.

4.18.9. De curator stelt ter zake dat het bij IFN aangetrokken werkkapitaal grotendeels is gebruikt om de aankoop van de aandelen in FSM door MPE te financieren, en dat de management buy out voor FSM een financiële verplichting betekende van ruim € 4.800.000,00. De curator miskent hiermee dat het door IFN aan FSM verstrekte krediet niet is aangewend voor de financiering van de aan SILLC te betalen koopprijs, maar voor de aflossing van de lening die Bank of America ten behoeve van FSM (als werkkapitaal) aan SILLC heeft verstrekt. De curator heeft ook niet betwist dat het hier een materiële schuld betrof van FSM aan Bank of America, die ontstaan is vanuit de bedrijfsactiviteiten van FSM. Het standpunt van de curator dat de aflossing van de lening bij Bank of America feitelijk onderdeel was van de koopsom van de aandelen wordt aldus verworpen.

Door de nieuwe lening (krediet) bij IFN heeft FSM ook geen extra financiële verplichtingen op zich genomen, zij het dat de lening van Bank of America een langlopende lening betrof en het door IFN verstrekte krediet kortlopend vreemd vermogen betreft. De current ratio (de verhouding tussen vlottende activa en kort vreemd vermogen) zal hierdoor zeker zijn afgenomen. Echter, de stelling van de curator

dat als gevolg van deze nieuwe kredietfaciliteit (kortlopend vreemd vermogen) de liquiditeitspositie van FSM onder druk is komen staan en dat zulks de continuïteit van de onderneming in gevaar heeft gebracht en 15 maanden later tot het faillissement van FSM heeft geleid, is geenszins met feiten onderbouwd. Bovendien, zo blijkt uit het (door Rademakers c.s. en hun adviseurs opgestelde) businessplan over de jaren 2004 tot en met 2008 (bijlage 13 bij het nadere rapport van Buiting d.d. 2 maart 2010) dat ten grondslag lag aan de management buy out, gingen Rademakers c.s. (en hun adviseurs) uit van een winstgevende exploitatie van FSM in de toekomst. Dat door de aflossing van de lening van Bank of America SILLC werd ontslagen uit haar hoofdelijke aansprakelijkheid en dat daarmee een persoonlijke zekerheid werd prijsgegeven, doet aan het vorenstaande niet af. De maatstaf is of door wijze waarop de management buy out is gefinancierd de belangen van FSM zijn geschaad, en zulks is naar het oordeel van het hof door de curator onvoldoende onderbouwd. Aan het door de curator gedane algemene bewijsaanbod wordt reeds hierom voorbijgegaan.

4.18.10. De conclusie luidt dat in rechte niet is komen vast staan dat Rademakers c.s. door de wijze van financiering van de management buy out op 9 oktober 2003 de belangen van FSM hebben geschaad en dat zij hun taak als (statutair of feitelijk) bestuurder onbehoorlijk jegens FSM hebben vervuld. Grief 2 faalt derhalve eveneens.

---

### *Onrechtmatig handelen door steuntransactie*

---

4.18. Nu zoals hiervoor is overwogen in rechte niet is komen vast te staan dat Rademakers c.s. (al dan niet in hun hoedanigheid van indirect aandeelhouder of feitelijk bestuurder) een steuntransactie hebben verricht die de belangen van FSM hebben geschaad, en de curator aan het beweerdelijk onrechtmatig handelen van Rademakers c.s. geen andere feiten en omstandigheden ten grondslag heeft gelegd dan hiervoor besproken, wordt ook de vordering voor zover gebaseerd op onrechtmatige daad afgewezen.

---

### *Slotsom*

---

4.19. De in principaal appel voorgestelde grieven falen en het in hoger beroep meer of anders gevorderde is evenmin toewijsbaar. Het vonnis waarvan beroep zal derhalve worden bekrachtigd.

De curator zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van het principaal appel. De voorwaarde waaronder incidenteel appel is ingesteld, is niet vervuld, zodat het voorwaardelijk incidenteel appel geen behandeling behoeft.

---

## *5. De uitspraak*

---

Het hof:

*op het principaal en (voorwaardelijk) incidenteel appel*

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt de curator in de proceskosten van het principaal appel (...; *red.*);

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het in hoger beroep meer of anders gevorderde af;

verstaat dat het voorwaardelijk incidenteel appel geen bespreking behoeft.

---

**Noot**

---

1. FSM Europe BV '(FSM)' produceert onderdelen voor beeldbuizen. Tot 1998 maakt de onderneming deel uit van het Philips-concern. In oktober 2003 nemen drie leden van het management team (Rademakers c.s.) in een management buy-out alle aandelen in FSM over. In februari 2005 gaat FSM failliet. De curator meent dat Rademakers c.s., de bestuurders van FSM, hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld zodat zij op grond van art. 2:248 BW aansprakelijk zijn voor het boedeltekort. Rademakers c.s. wijten het faillissement echter aan externe oorzaken, waaronder de onverwachte, snelle opkomst van de LCD-technologie, waardoor de markt voor beeldbuizen is ingezakt, de dollarkoers, prijserosie en de opkomst van concurrentie (r.o. 4.9.5). De Rechtbank Maastricht wijst de vordering van de curator af (vonnis niet gepubliceerd). De curator stelt hoger beroep in, dat met het hierboven afgedrukte arrest eindigt.

2. De eerste grief houdt verband met de beweerde schending van de boekhoudverplichting van art. 2:10 BW. Deze zou op grond van art. 2:248 lid 2 BW tot gevolg hebben dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling gegeven is en dat vermoed wordt dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. De Hoge Raad heeft de boekhoudverplichting van art. 2:10 BW in Brens/Sarper (HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713, m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.5) restrictief uitgelegd. Het is voldoende dat er een administratie wordt gevoerd die zodanig is dat men snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en dat die posities en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie. Ik noem dit vereiste hierna voor het gemak "het snelle inzicht". Volgens de curator bevatte de boekhouding van FSM zodanige "inconsistenties en incompleetheiden" dat het snelle inzicht niet kon worden verkregen. Hij legt hieraan zes concrete verwijten ten grondslag, post (a) t/m (f). Het hof beoordeelt deze posten één voor één, maar zij leiden niet tot het oordeel dat de boekhoudverplichting is geschonden. Zonder inzage van de twee deskundigenrapporten en de processtukken valt daarover niet veel te zeggen. Wat wel opvalt, is de algemene overweging die volgt op de behandeling van post (f). Het hof maakt daar duidelijk dat waarderingsvraagstukken op zich los staan van en geen onderdeel zijn van de gevoerde administratie. De curator heeft onvoldoende aannemelijk kunnen maken dat door de betrokken wijze van waardering het snelle inzicht niet kon worden verkregen. Deze aanpak spreekt mij aan. Waarderingsvraagstukken moeten worden beoordeeld aan de hand van Titel 9 van Boek 2 BW en aanverwante regelingen zoals de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving. Art. 2:10 BW verlangt slechts dat het bestuur de cijfers in een administratie vastlegt op zodanige wijze dat het vereiste snelle inzicht kan worden verkregen. Die twee zaken, de verslaggeving en het voeren van een administratie, dienen van elkaar te worden onderscheiden. Vgl. bijvoorbeeld Hof Amsterdam 22 mei 2012, LJN BX1934, r.o. 3.15: "Het hof onderschrijft de overweging van de rechtbank dat de inhoud van een jaarrekening, laat staat het feit dat die jaarrekening op enig moment wordt herzien, op zichzelf niets zegt over de vraag of de gevoerde administratie voldoet aan de eisen die artikel 2:10 BW daaraan stelt." Onjuiste verslaggeving zal pas een schending van art. 2:10 BW opleveren indien daardoor het snelle inzicht niet kon worden verkregen. In de onderhavige zaak slaagde de curator er niet in om dat laatste aannemelijk te maken. Min of meer hetzelfde geldt voor post (d), die een afboeking van een subsidievordering betreft. Rademakers c.s. hebben deze vordering mogelijk te lichtvaardig afgeboekt, zij hebben deze afboeking echter wel in de administratie vastgelegd. Art. 2:10 BW is daarom niet geschonden. Post (c) (facturen die niet in de juiste periode zijn verantwoord) betreft wel een terecht verwijt, maar wordt door het hof als een gering verzuim afgedaan. Het hof concludeert dat art. 2:10 BW niet is geschonden. Deze uitkomst vind ik bevredigend. De bewijsvermoedens van lid 2 van art. 2:248 BW, die intreden in geval van een schending van art. 2:10 BW, en de potentiële verstrekende gevolgen daarvan (aansprakelijkheid voor het boedeltekort), zijn door de wetgever geïntroduceerd met het oog op vennootschappen waarin een administratie geheel of vrijwel geheel ontbreekt; zogenoemde schoenendoosadministraties (zie *Kamerstukken II*, 1980-1981, 16 631, nr. 3, p. 4; *Kamerstukken I*, 1985-1986, 16 631, nr. 27b, p. 13 en par. 3 van de annotatie van Maeijer bij Brens/Sarper). Daarvan was in het onderhavige geval duidelijk geen sprake: de administratie van FSM werd door middel van een geautomatiseerd *enterprise resource planning*-systeem (ERP-systeem) dagelijks bijgehouden, er zijn geen wantoestanden, onregelmatigheden of onttrekkingen gebleken, er werden maandelijks managementrapportages opgesteld en er zijn accountantscontroles uitgevoerd (alles blijkend uit r.o. 4.9.2 en 4.9.3). Dit zijn zeer sterke aanwijzingen dat de administratie deugdelijk werd gevoerd. Terecht stelt het hof daarom hoge eisen aan de stelplicht van de curator met betrekking tot de beweerde schendingen van art. 2:10 BW. Tot slot past het hof in r.o. 4.9.5 ten overvloede de bewijsregel uit Van Schilt/Jansen (HR 14 december 2006, «JOR» 2006/228,

m.nt. Borrius) toe en komt het tot de conclusie dat de beweerde schendingen evenmin tot materieel kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 lid 1 BW) kunnen leiden.

3. De tweede grief heeft betrekking op de door de curator gestelde schending van het verbod op financiële steunverlening van art. 2:207c BW ten tijde van de management buy-out. Door deze schending is er volgens de curator sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:248 BW. Voorts levert de schending een onrechtmatige daad op jegens de gezamenlijke crediteuren. Die laatstbedoelde vordering is kennelijk gebaseerd op de Peeters/Gatzen-jurisprudentie op grond waarvan de curator bevoegd is op grond van onrechtmatige daad schadevergoeding te vorderen van een derde die de crediteuren heeft benadeeld, ook al komt die vordering niet aan de gefailleerde zelf toe (HR 12 april 1983, *NJ* 1983, 587, m.nt. Th.W. van Veen). Art. 2:207c BW is door de inwerkingtreding van de Flex BV-wet op 1 oktober 2012, hangende het onderhavige hoger beroep, met onmiddellijke werking komen te vervallen. Met het verbod strijdige rechtshandelingen uit het verleden zijn met terugwerkende kracht bekrachtigd (art. V.1 Invoeringswet Flex B.V. jo. art. 81 Overgangswet NBW). De curator had zijn eis evenwel niet rechtstreeks op art. 2:207c BW gebaseerd, maar het vermeende handelen in strijd met art. 2:207c BW aan zijn eis ex art. 2:248 BW en art. 6:162 BW ten grondslag gelegd. De curator heeft geen aanleiding gezien om die grondslagen te wijzigen nadat art. 2:207c BW was vervallen. Het hof overweegt in r.o. 4.14 dienaangaande: “Ondanks het feit dat artikel 2:207c BW is vervallen en de beweerde schending van artikel 2:207c (oud) BW als zodanig niet meer als grondslag kan dienen voor de gestelde bestuurdersaansprakelijkheid op grond van de artikelen 2:248 BW en 6:162 BW, laat zulks onverlet dat een handeling van het bestuur die de belangen van de onderneming heeft geschaad, een onbehoorlijke taakvervulling kan opleveren als bedoeld in artikel 2:9 BW althans als een onrechtmatige daad kan worden gekwalificeerd.” Het hof meent kennelijk dat de aansprakelijkheid van Rademakers c.s. wegens de vermeend ontoelaatbare financiële steunverlening sinds 1 oktober 2012 slechts op art. 2:9 BW of art. 6:162 BW gebaseerd kan zijn en dus niet op art. 2:248 BW. Ik vraag mij af of dit juist is. Het hof citeert in r.o. 4.15 uit de MvT van het wetsvoorstel Flex BV waarin met betrekking tot het voorstel om art. 2:207c BW te schrappen, staat vermeld: “Het wetsvoorstel kiest met het laten vervallen van 2:207c voor een oplossing die voor de sanctionering terugvalt op de algemene regels voor bestuurshandelen, zoals de regels voor onbehoorlijke taakvervulling door de bestuurders (artikel 9) en de regeling voor tegenstrijdig belang (artikel 256)” (*Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058 nr. 3, p. 66). Ik lees hierin geen exclusiviteit voor art. 2:9 BW. Daarbij komt dat ook de door het hof kennelijk wel mogelijk geachte grondslag onrechtmatige daad, in dit citaat niet wordt genoemd. Niet valt in te zien waarom financiële steunverlening onder omstandigheden niet tot aansprakelijkheid op grond van art. 2:138/248 BW zou kunnen leiden, zoals dat ook vóór 1 oktober 2012 het geval was (vgl. Hof Leeuwarden 31 juli 2012, «JOR» 2013/34, m.nt. Bartman). Ik trek op dat punt een parallel met de aansprakelijkheid van bestuurders voor ontoelaatbare uitkeringen (art. 2:216 BW). Uit *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 33 blijkt dat aansprakelijkheid van de bestuurder op grond van art. 2:216 BW niet uitsluit dat hij tevens op grond van art. 2:248 BW aansprakelijk kan zijn. Deze grondslagendiscussie is in het onderhavige geval overigens minder relevant omdat het hof in r.o. 4.18.10 tot de conclusie komt dat niet is komen vast te staan dat Rademakers c.s. door de bestreden wijze van financiering de belangen van FSM hebben geschaad en dat zij hun taak als bestuurder onbehoorlijk jegens FSM hebben vervuld. Van aansprakelijkheid op grond van art. 2:248 BW zal dan evenmin sprake zijn.

mr. S.C.M. van Thiel, advocaat bij Loyens & Loeff NV in Amsterdam