

LJN: BR3465, Gerechtshof Arnhem , 200.054.855 en 200.058.008

Datum 19-07-2011
uitspraak:
Datum 29-07-2011
publicatie:
Rechtsgebied: Handelszaak
Soort procedure: Hoger beroep
Inhoudsindicatie: Hebben de bestuurders van de failliete naamloze vennootschap hun taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement?

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM
Sector civiel recht

zaaknummers gerechtshof 200.054.855 en 200.058.008
(zaaknummer / rolnummer rechtbank 86035 / HA ZA 07-526)

arrest in de gevoegde zaken van de eerste civiele kamer van 19 juli 2011

in de zaak onder nummer 200.054.855

[appellant sub 1],
wonende te [woonplaats],
appellant in het principaal hoger beroep,
geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,
advocaat: mr. S.A. Voermans,

tegen:

mr. P.T. Pel (voorheen mr. W.H. Boer),
in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de naamloze vennootschap
Canopus N.V.,
kantoorhoudende te Hattem,
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,
appellant in het incidenteel hoger beroep,
advocaat: mr. P.T. Pel.

en in de zaak onder nummer 200.058.008

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Ceramic Oxides International
B.V.,
gevestigd te Wapenveld,
2. [appellant sub 2],
wonende te [woonplaats],
appellanten in het principaal hoger beroep,
geïntimeerden in het incidenteel hoger beroep,
advocaat: mr. G.W. Breuker,

tegen:

mr. P.T. Pel (voorheen mr. W.H. Boer),
in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de naamloze vennootschap
Canopus N.V.,
kantoorhoudende te Hattem,
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,
appellant in het incidenteel hoger beroep,
advocaat: mr. P.T. Pel.

1. Het geding in eerste aanleg

in beide zaken

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van de vonnissen van 21 november 2007, 27 februari 2008, 23 juli 2008, 31 december 2008 en 23 september 2009 die de rechtbank Zutphen tussen (onder meer) principaal appellanten (hierna onderscheidenlijk ook te noemen: [appellant sub 1], COI en [appellant sub 2]) als gedaagden en principaal geïntimeerde (hierna ook te noemen: de curator) als eiser heeft

gewezen; van die vonnissen is een fotokopie aan dit arrest gehecht. Mr. Pel is krachtens beschikking van de rechtbank Zutphen van 23 november 2010 mr. Boer als curator opgevolgd.

2. Het geding in het principaal en het incidenteel hoger beroep

in de zaak onder nummer 200.054.855

2.1 [appellant sub 1] heeft bij exploit van 22 december 2009 de curator aangezegd van voornoemd vonnis van 23 september 2009 in hoger beroep te komen, met dagvaarding van de curator voor dit hof.

2.2 Bij memorie van grieven tevens houdende verzoek tot voeging heeft [appellant sub 1] vijf grieven tegen het bestreden vonnis aangevoerd en toegelicht, heeft hij bewijs aangeboden en heeft hij tevens een verzoek gedaan deze zaak te voegen met de zaak van COI en [appellant sub 2] tegen de curator met zaaknummer 200.058.008. In de hoofdzaak heeft [appellant sub 1] gevorderd dat het hof: het bestreden vonnis zal vernietigen met veroordeling van de curator in de kosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep.

2.3 Het hof heeft bij arrest van 8 juni 2010 de onderhavige zaak gevoegd met de zaak met zaaknummer 200.058.008 en (in de hoofdzaak) de zaak naar de rol verwezen voor het nemen van een memorie van antwoord zijdens de curator.

2.3 Vervolgens heeft de curator bij memorie van antwoord (in beide zaken) verweer gevoerd, en heeft hij bewijs aangeboden en producties in het geding gebracht. Hij heeft geconcludeerd dat het hof COI, [appellant sub 2] en [appellant sub 1] niet-ontvankelijk zal verklaren in hun vorderingen dan wel dat het hof de grieven ongegrond zal verklaren en deze zal afwijzen en de vonnissen van de rechtbank, al dan niet met verbetering van gronden, zal bekrachtigen.

2.4 Bij dezelfde memorie heeft de curator onder aanvoering van drie grieven incidenteel hoger beroep ingesteld (en toegelicht) tegen voornoemde vonnissen van 31 december 2008 en 23 september 2009 en heeft hij bewijs aangeboden. Hij heeft gevorderd dat het hof de vonnissen waarvan beroep zal vernietigen voor zover daarbij de door hem gevorderde vergoeding van de buitengerechtelijke kosten van € 6.750,00 is afgewezen en, opnieuw recht doende, die vordering jegens COI, [appellant sub 2] en [appellant sub 1] alsnog zal toewijzen, zodanig dat als de één betaalt de ander zal zijn bevrijd en dat COI, [appellant sub 2] en [appellant sub 1] hoofdelijk zal veroordelen in de kosten van het geding, zowel in eerste aanleg als in appel.

2.5 Bij memorie van antwoord in het incidenteel hoger beroep heeft [appellant sub 1] verweer gevoerd en geconcludeerd dat het hof de vorderingen van de curator zal afwijzen.

2.6 Ter zitting van 14 april 2011 hebben partijen de zaak doen bepleiten, [appellant sub 1] door mr. S.A. Voermans, advocaat te Amsterdam en de curator door mr. P.T. Pel, advocaat te Hattem, beide advocaten hebben daarbij pleitnotities in het geding gebracht. Mr. Pel voornoemd heeft voorafgaand aan de zitting aan mr. Voermans voornoemd en het hof de bij brief van 30 maart 2011 gehechte producties 1 tot en met 3 gezonden. Mr. Voermans heeft verklaard tegen het in het geding brengen van deze producties geen bezwaar te hebben, waarna het hof de curator akte heeft verleend van het in het geding brengen van voornoemde producties.

2.7 Vervolgens heeft het hof arrest bepaald.

in de zaak onder nummer 200.058.008

2.8 COI en [appellant sub 2] hebben bij exploit van 22 december 2009 de curator aangezegd van voornoemd vonnis van 23 september 2009 in hoger beroep te komen, met dagvaarding van de curator voor dit hof.

2.9 Bij memorie van grieven hebben [appellant sub 2] en COI drie grieven tegen het bestreden vonnis aangevoerd en toegelicht. Zij hebben geconcludeerd dat het hof bij arrest, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, opnieuw rechtdoende, voornoemde vonnissen van 31 december 2008 en 23 september 2009 zal vernietigen en de curator niet-ontvankelijk zal verklaren in zijn oorspronkelijke vorderingen, althans de vorderingen zal afwijzen, met veroordeling van de curator in de kosten van beide instanties.

2.10 Vervolgens heeft de curator bij memorie van antwoord (in beide zaken) verweer gevoerd, heeft hij bewijs aangeboden en producties in het geding gebracht. Ten aanzien van COI heeft de curator zijn eis uit de eerste aanleg aldus gewijzigd:
1e in de vorderingen in het petitum sub VIII tot en met XIV dient telkens COI te vervallen;
2e in plaats daarvan dient aan de primaire vorderingen te worden toegevoegd het (thans ontbrekende) onderdeel IV, dat luidt als volgt:
"eveneens primair:

IV-a. COI zal veroordelen tot betaling aan de curator van het bedrag van € 45.000,00, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf datum oprichting Canopus, te weten 17/09/2002 tot aan de dag van algehele betaling;

IV-b. COI zal veroordelen tot vergoeding aan de curator van de buitengerechtelijke kosten van € 6.750,00 (zegge: zesduizend zeventienhonderd vijftig euro) excl. BTW;

IV-c. COI zal veroordelen in de kosten van het geding”.

De curator heeft geconcludeerd dat het hof COI, [appellant sub 2] en [appellant sub 1] niet-ontvankelijk zal verklaren in hun vorderingen dan wel die vorderingen zal afwijzen, en de vonnissen van de rechtbank, al dan niet met verbetering van gronden, zal bekrachtigen en de door de curator bij inleidende dagvaarding in eerste aanleg ingestelde vorderingen zal toewijzen met inachtneming van de door de curator hierboven geformuleerde wijziging van eis.

2.11 Bij dezelfde memorie heeft de curator onder aanvoering van drie grieven incidenteel hoger beroep ingesteld (en toegelicht) tegen voornoemde vonnissen van 31 december 2008 en 23 september 2009 en heeft hij bewijs aangeboden. Ook in het incidenteel appel heeft de curator zijn eis ten aanzien van COI in de hierboven weergegeven zin gewijzigd. Hij heeft voorts gevorderd dat het hof de vonnissen waarvan beroep zal vernietigen voor zover daarbij de door hem gevorderde vergoeding van de buitengerechtelijke kosten van € 6.750,00 is afgewezen en, opnieuw recht doende, die vordering jegens COI, [appellant sub 2] en [appellant sub 1] alsnog zal toewijzen, zodanig dat als de één betaalt de ander zal zijn bevrijd en dat COI, [appellant sub 2] en [appellant sub 1] hoofdelijk zal veroordelen in de kosten van het geding, zowel in eerste aanleg als in appel.

2.12 Bij memorie van antwoord in het incidenteel hoger beroep hebben [appellant sub 2] en COI verweer gevoerd en geconcludeerd dat het hof de vorderingen van de curator zal afwijzen, met veroordeling van de curator in de kosten van dit incidenteel hoger beroep.

2.13 Ten slotte hebben partijen de processtukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

3. De vaststaande feiten

in beide zaken

Het hof gaat uit van de in het vonnis van 31 december 2008 onder 2.1 tot en met 2.15 opgenomen feiten.

4. De motivering van de beslissing

in het principaal en in het incidenteel hoger beroep

in beide zaken

beroep op niet-ontvankelijkheid

4.1 In beide zaken heeft de curator zich primair op het standpunt gesteld dat COI, [appellant sub 2] en [appellant sub 1] niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard in het hoger beroep betreffende hun grieven tegen het tussenvonnis van 31 december 2008, nu zij in hun appeldagvaarding geen hoger beroep hebben ingesteld tegen dat tussenvonnis. Dit betoog wordt verworpen. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad (onder meer HR 26 oktober 2001, NJ 2001, 665) heeft appellant de vrijheid om in het geval waarin hij in zijn appeldagvaarding niet tevens de vernietiging heeft gevorderd van het/de aan het beroepen vonnis voorafgaande tussenvonnis(sen), niettemin bij de nadere omlijning van zijn hoger beroep in zijn memorie van grieven ook grieven te richten tegen beslissingen in dit/deze voorafgaande tussenvonnis(sen) indien - zoals in deze zaak het geval is - deze nog niet in een eerder hoger beroep door hem zijn bestreden en voor zover daarin aan enig deel van het gevorderde niet door een uitdrukkelijk dictum een einde is gemaakt.

4.2 De curator heeft zijn vordering jegens [appellant sub 2] en [appellant sub 1] primair gebaseerd op het bepaalde in artikel 2:138 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Volgens de curator hebben [appellant sub 2] en [appellant sub 1] hun taak onbehoorlijk vervuld, doordat zij niet hebben voldaan aan hun verplichtingen op grond van artikel 2:10 lid 1 en 2 BW en artikel 2:101 BW en evenmin aan de verplichtingen op grond van artikel 2:394 BW. Daarnaast stelt de curator dat zij hebben gehandeld als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld.

De rechtbank heeft, kort gezegd, in haar tussenvonnis van 31 december 2008 geoordeeld dat [appellant sub 2] en [appellant sub 1] als bestuurders van Canopus in strijd hebben gehandeld met het bepaalde in artikel 2:10 BW en artikel 2:394 BW. Dit brengt, aldus de rechtbank, mee dat [appellant sub 2] en [appellant sub 1] hun taak als bestuurders (ook voor het overige) onbehoorlijk hebben vervuld en dat wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Canopus. Op de voet van artikel 2:138 lid 2 BW zijn [appellant sub 2] en [appellant sub 1] vervolgens in de gelegenheid gesteld tegenbewijs te leveren tegen voornoemd wettelijk vermoeden dat hun

onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Canopus. Bij eindvonnis van 23 september 2009 heeft de rechtbank overwogen dat [appellant sub 2] en [appellant sub 1] er niet in zijn geslaagd aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan hun onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak zijn geweest van het faillissement, hetgeen noodzakelijk was voor het ontzenuwen van het wettelijk vermoeden van artikel 2:138 lid 2 BW. Om die reden werd de primaire vordering van de curator toegewezen.

in de zaak onder nummer 200.054.855

4.3 Met grief 2 voert [appellant sub 1] aan dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat niet voldaan is aan het bepaalde in artikel 2:10 BW en aan het bepaalde in artikel 2:394 BW.

in de zaak onder nummer 200.058.008

4.4 [appellant sub 2] heeft geen grief gericht tegen de hierboven gereleveerde overweging van de rechtbank dat [appellant sub 2] en [appellant sub 1] als bestuurders van Canopus in strijd hebben gehandeld met het bepaalde in artikel 2:10 BW en artikel 2:394 BW, zodat dit ten aanzien van [appellant sub 2] in hoger beroep vaststaat. Wel heeft [appellant sub 2] onder aanvoering van grief 1 gesteld dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat hij aansprakelijk is op grond van artikel 2:138 BW, omdat hij niet zou zijn geslaagd in het leveren van tegenbewijs tegen het wettelijke vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hierop komt het hof nader terug in rechtsoverweging 4.9 e.v.

in zaaknummer 200.054.855

publicatieplicht ingevolge artikel 2:394 BW

4.5 Het hof zal eerst een oordeel geven over de vraag of [appellant sub 1] heeft voldaan aan de op hem rustende publicatieverplichting ingevolge artikel 2:394 BW.

4.6 Canopus is op 17 september 2002 opgericht. Uit artikel 19 lid 1 van de akte van oprichting van Canopus (productie 1 inleidende dagvaarding) blijkt dat het boekjaar gelijk is aan het kalenderjaar. De jaarrekening over het boekjaar 2002 had gelet op hetgeen hierboven is overwogen uiterlijk op 1 februari 2004 openbaar moeten worden gemaakt. De jaarrekening over het boekjaar 2003 had uiterlijk op 1 februari 2005 openbaar moeten worden gemaakt. Ook in hoger beroep is komen vast te staan dat de jaarrekeningen over de boekjaren 2002 en 2003 op datum faillissement - 2 september 2004 - en ook naderhand niet zijn opgemaakt, laat staan dat zij zijn vastgesteld en openbaar zijn gemaakt. Hiermee is komen vast te staan dat Canopus niet aan haar publicatieplicht heeft voldaan.

4.7 [appellant sub 1] heeft nog aangevoerd dat de rechtbank terecht heeft geconstateerd dat het niet publiceren van de jaarrekening als een onbelangrijk verzuim moet worden aangemerkt. Dit berust echter op een verkeerde lezing van het vonnis van 31 december 2008 waarin de rechtbank (in rechtsoverweging 6.4 slotzin) juist het tegendeel heeft overwogen. Op dit punt heeft hij overigens ook niet (tijdig) een gemotiveerde grief aangevoerd.

4.8 Gelet op het bepaalde in artikel 2:138 BW waarin een wettelijk vermoeden van onbehoorlijk bestuur wordt aangenomen indien het bestuur niet voldaan heeft aan zijn verplichtingen uit artikel 2:10 BW (boekhoudplicht) of artikel 2:394 BW (publicatie van de jaarrekening), kan in het midden blijven of [appellant sub 1] heeft voldaan aan de boekhoudplicht in de zin van artikel 2:10 BW.

in beide zaken

externe aansprakelijkheid ingevolge artikel 2:138 BW

4.9 Uit het bovenstaande volgt dat zowel [appellant sub 2] als [appellant sub 1] - als bestuurders van Canopus - hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en dat wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

4.10 Een redelijke uitleg van artikel 2:138 lid 2 BW brengt mee dat voor het ontzenuwen van het daarin neergelegde vermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurders aannemelijk maken dat andere feiten of omstandigheden dan hun onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Stelt de bestuurder (of stellen de bestuurders) daartoe een van buiten komende oorzaak, en wordt de bestuurder door de curator verweten dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zal de bestuurder (tevens) feiten en omstandigheden moeten stellen en zo nodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Als hij daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator op de voet van het eerste

lid van artikel 2:138 BW aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

4.11 De rechtbank heeft [appellant sub 1] en [appellant sub 2] in de gelegenheid gesteld tegenbewijs te leveren tegen het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Canopus. Daartoe hebben [appellant sub 1] en [appellant sub 2] vier getuigen doen horen, te weten [A.], beoogd Chief Executive Officer van Canopus, [B.], bemiddelaar van Canopus, en [appellant sub 1] en [appellant sub 2] als partijgetuigen. De curator heeft afgezien van het doen horen van getuigen in de contra-enquête. Bij eindvonnis van 23 september 2009 heeft de rechtbank geoordeeld dat [appellant sub 1] en [appellant sub 2] niet geslaagd zijn in het leveren van voornoemd tegenbewijs.

4.12 Tegen dit oordeel komen [appellant sub 1] (onder aanvoering van grief 3) en [appellant sub 2] (onder aanvoering van grief 1) op. Volgens hen hebben zij wel aannemelijk gemaakt dat de oorzaak van het faillissement, kort gezegd, hierin is gelegen dat het ondanks vele inspanningen aan hun zijde niet is gelukt financiering te genereren om de voorgenomen bedrijfsactiviteiten te ontplooiën. Verder hebben zij aangevoerd dat zij er, ter voorkoming van schulden binnen Canopus, alles aan hebben gedaan om geen handelscrediteuren te laten ontstaan.

4.13 Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat [appellant sub 1] en [appellant sub 2] aannemelijk hebben gemaakt dat andere feiten of omstandigheden dan hun onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Daartoe overweegt het hof als volgt. In september 2002 is Canopus door [appellant sub 2] opgericht met het doel om een aantal octrooien waarvan [appellant sub 2] rechthebbende is, te exploiteren. Deze exploitatie zou in de vorm van een samenwerkingsverband met derden gestalte moeten krijgen, waarbij van de zijde van [appellant sub 1], [appellant sub 2] en COI de kennis ("know how") zou worden ingebracht en van de zijde van derden de benodigde financiering. Ter realisering van deze doelstelling is Canopus in november 2003 een overeenkomst met Mercury Investment Ltd (hierna te noemen: Mercury) aangegaan waarbij afspraken zijn gemaakt over dienstverlening ter verkrijging van de benodigde financiering. Vrij snel na het aangaan van deze overeenkomst, bleek dat Mercury niet in staat was ten behoeve van Canopus de overeengekomen fondsen aan te trekken. Een herziene versie van benodigde bedragen werd evenmin door Mercury gerealiseerd als gevolg waarvan Canopus voornoemde overeenkomst heeft opgezegd. Vervolgens heeft Heartstream B.V., een onderneming van [C.], (beoogd) commissaris van Canopus, zich gemeld om de taken van Mercury over te nemen. Hieruit zijn weer onderhandelingen voortgevloeid die echter nimmer tot het beoogde resultaat hebben geleid. Het is Canopus daarna niet meer gelukt zelf een andere financier te vinden. [appellant sub 2] heeft uiteindelijk op 2 september 2004 door middel van een eigen aanvraag het faillissement van Canopus bewerkstelligd.

4.14 Uit de getuigenverklaringen kan worden afgeleid dat het gebrek aan financiering en daarmee samenhangend het ontbreken van activiteiten om het product op de markt te brengen en de discussies daarover tussen de diverse betrokken partijen, de belangrijkste oorzaken van het faillissement zijn geweest.

4.15 Zo verklaart getuige [A.] over het gebrek aan financiering en de onderlinge discussies tussen diverse betrokkenen:
"Het aantrekken van de financiering was eerst de verantwoordelijkheid van een Amerikaans bedrijf genaamd Mercury. De coördinator voor het aantrekken van geld was de heer [C.] met zijn bedrijf Heartstream. Toen Mercury niet met de financiering kon komen, is nog met [C.] overlegd of zijn bedrijf Heartstream de financiering kon regelen. Heartstream zou dan partijen moeten zoeken om het kapitaal te leveren. Ik weet niet hoe de overeenkomst met Heartstream luidde, ik weet wel dat er nooit geld is binnengekomen. Op dat moment waren er al diverse strubbelingen. Ik zou als beoogd manager wel een rol hebben moeten spelen in het aantrekken van geld, maar het was lastig om daar een vinger achter te krijgen. Ik had totaal geen inzicht in de interne verantwoording van de boekhouding van Canopus. Die werd door mevrouw [echtgenote van appellant sub 2] beheerd. Wat betreft het aantrekken van geld hoorde ik van de heer [appellant sub 2] dat er niets gebeurde en van de heer [C.] hoorde ik dat er problemen waren. Ik dacht in de maanden november/december 2003 en januari 2004 nog wel dat het mogelijk was om geld aan te trekken. Echter door de wijze waarop naar buiten toe werd opgetreden, nam de geloofwaardigheid af. Het was een clubje vechtende mensen geworden. Ik vond het lastig om aan te nemen dat wie dan ook er nog geld in zou willen steken al bleef ik hopen (...). Er was een gebrek aan vertrouwen in elkaar (...). De belangrijkste oorzaak van het feit dat de onderneming niet van de grond is gekomen, is het inferieur presenteren van de onderneming aan de buitenwereld en het gebrek aan financiering (...)"

4.16 Getuige [B.] heeft over het gebrek aan financiering, het ontbreken van activiteiten om het product op de markt te brengen en de discussies daarover tussen de diverse betrokken partijen verklaard:
"In de eerste instantie was ik betrokken bij de advisering aan COI. Later, nadat Heartstream en LIWA als nieuwe aandeelhouders bij COI waren gekomen, ben ik ook

betrokken geraakt met de plannen rondom Canopus. Er waren plannen gemaakt met de nieuwe aandeelhouders om geld te gaan verdienen met het patentenbezit van COI. COI had aan Canopus het recht gegeven om de patenten te gaan vermarkten. Door Heartstream/[C.] is toen het bedrijf Navigator/Mercury naar voren gebracht. Het waren hele snelle jongens. Zij stelden ook allerlei voorwaarden waarvan ik achteraf zei dat [appellant sub 2] daar voor nooit had moeten tekenen. Er zou via Navigator snel heel veel geld binnenkomen om de activiteiten te ontplooiën. Dit geld is er nooit gekomen. Toen heeft [C.]/Heartstream op zich genomen om geld binnen te halen. Dit is ook op niets uitgelopen. De verhouding tussen [C.] en [appellant sub 2] is toen vertroebeld (...). Er waren veel plannen. Er is nooit geld gekomen. Alle partijen wisten dat er niets uitgevoerd kon worden als er geen geld was (...). Er werd een circus van activiteiten opgezet. Het lukte echter niet. Doordat er geen geld kwam, vertroebelde de verhouding. [appellant sub 2] was ook teleurgesteld. Er was geen geld om de patenten te vermarkten en het geld is er ook nooit gekomen (...). De belangrijkste oorzaak van het faillissement is in mijn ogen dat [appellant sub 2] er helemaal genoeg van had. Hij was geweldig teleurgesteld in Heartstream/[C.]. [C.] zou er voor zorgen dat het allemaal zou gaan lopen. In mijn optiek had [appellant sub 2] het allemaal beter op de plank kunnen laten liggen”.

4.17 Partijgetuige [appellant sub 1] heeft over het gebrek aan financiering, het ontbreken van activiteiten om het product op de markt te brengen en de discussies daarover tussen de diverse betrokken partijen verklaard:

“De reden voor het aantrekken van [C.] was het volgende, de heer [appellant sub 2] was in contact gekomen met iemand van de Shell. Shell werd gezien als een grote potentiële klant, als gebruiker van de technologie. Via deze persoon kwam [appellant sub 2] in contact met [C.] omdat [C.] in zijn netwerk zat. [C.] had [appellant sub 2] medegedeeld dat hij voor de financiering zorg kon dragen. [C.] heeft een contract met Navigator/Mercury gesloten (...). Er was een schema afgesproken waarbij de nodige financiering zou worden aangeleverd met de heer [C.]. Vrijwel direct na de ondertekening van het contract kwam de heer [C.] naar mij toe met de mededeling dat de eerste tranche moeilijk zou worden. Dit was het contract dat [C.] mede had ondertekend met Mercury Investment (...). We konden vanwege het uitblijven van de toegezegde fondsen niet van start gaan. Vanaf februari 2004 bleek dat de troebelen tussen [C.] en [appellant sub 2] een grote spelbreker was (...). De financiering is uiteindelijk niet tot stand gekomen. Dit lag aan de non-performance van [C.] (...). De reden waarom we niet verder konden, was dat we geen geld hadden om te investeren in de broodnodige pilotplants (...). Formeel werden er geen activiteiten verricht. Voordat [C.] en [A.] aantraden, werden de contacten met derde partijen zoals klanten en mogelijke investeerders telefonisch gelegd”.

4.18 Ten slotte heeft partijgetuige [appellant sub 2] verklaard:

“De financiering kwam niet van de grond omdat de heer [C.] onmogelijke voorwaarden stelde. De heer [C.] heeft nooit bewezen, op herhaaldelijk vragen van zowel de heer [appellant sub 1] als van mij, dat hij over funds beschikte en ook toegang er toe had (...). We hebben zelf niet op een andere manier geprobeerd geld aan te trekken. Ik heb daar geen toegang toe. Ik heb geprobeerd om de technologie bij onder andere Shell aan de man te brengen (...). Er was geen geld in Canopus destijds dus er konden ook geen activiteiten verricht worden (...). De reden dat het met Canopus niet gelukt is, is dat wij met goede toezeggingen het bos zijn ingestuurd. De toezeggingen zijn niet nagekomen en we zagen niet in waarom we verder moesten gaan”.

4.19 De curator heeft op zijn beurt betoogd dat [appellant sub 1] en [appellant sub 2] hebben nagelaten het intreden van deze omstandigheden te voorkomen. Hiertegen hebben [appellant sub 1] en [appellant sub 2] het volgende aangevoerd. In de eerste plaats hebben zij naar beste kunnen gehandeld om financiering aan te trekken. Zij hebben, nu zij zelf niet over de benodigde financiële expertise beschikten, ervoor gekozen een externe partij in te schakelen. Mede om die reden werd [C.] aangetrokken om voor financiering zorg te dragen en werd (op instigatie van [C.]) [A.] als Chief Executive Officer aangesteld. Door [C.] is (aanvankelijk) een overeenkomst met Mercury/Navigator gesloten.

In dat kader heeft [appellant sub 1] verklaard:

“Vanaf de oprichting tot het moment dat er een raad van commissarissen werd benoemd met [C.] als voorzitter van de raad van commissarissen en de heer [A.] als voorzitter van de directieraad, ben ik met de zojuist vermelde taken bezig geweest. Vanaf december 2003 ben ik ontheven van het aantrekken van kapitaal”.

In dezelfde zin heeft [A.] verklaard:

“Het aantrekken van de financiering was eerst de verantwoordelijkheid van een Amerikaans bedrijf genaamd Mercury. De coördinator voor het aantrekken van geld was de heer [C.] met zijn bedrijf Heartstream”.

Voorts hebben [appellant sub 2] en [appellant sub 1] aangevoerd dat toen Mercury/Navigator er niet in slaagde de benodigde financiering aan te trekken, rechtstreeks met [C.] is getracht financiering te verkrijgen.

Dit wordt ondersteund door de verklaring van [A.]:

“Toen Mercury niet met een financier kon komen, is nog met [C.] overlegd of zijn bedrijf Heartstream de financiering kon regelen”.

Verder zijn er volgens [appellant sub 2] en [appellant sub 1] wel degelijk activiteiten ondernomen. Zo is er een contract met Mercury afgesloten om de financiering rond te krijgen voor het opstarten van een pilotplant om vervolgens op deze manier potentiële

klanten te interesseren voor het product van Canopus. Door [appellant sub 1] is verklaard dat hij de technologie bij verschillende bedrijven heeft geïntroduceerd, maar dat het weinig zin had om daarmee door te gaan als er geen geld binnenkwam. Potentiële klanten verlangden immers een pilotplant waaruit zou moeten blijken dat het octrooi-procedé op semi-industriële schaal zou functioneren, terwijl het probleem nu juist hierin was gelegen dat het geld ontbrak om een dergelijke pilotplant van de grond te krijgen.

In dit verband heeft [appellant sub 1] onder meer het volgende verklaard:

" In november/december 2003 en januari 2004 heb ik input geleverd voor een informatiememorandum (...).Vanaf januari 2004 hebben we een roadshow gehouden voor potentiële investeerders die [C.] had uitgenodigd. Daarbij is het informationmemorandum gepresenteerd (...) In februari 2004 ontstonden er problemen tussen [C.] en [appellant sub 2], omdat [C.] de eerste tranche van een totaal toegezegde 5 miljoen euro niet nakwam, laat staan dat de tweede tranche nagekomen werd. Ik heb toen gezegd dat we zo niet verder konden gaan. Dit was eind februari 2004. Ik deed alles voor eigen rekening en risico en het had weinig zin om door te gaan als [C.] zijn toezeggingen niet nakwam. Uit loyaliteit heb ik nog wel de technologie bij onder andere AKZO en Mudfluid geïntroduceerd. Dit heeft tot niets geleid (...) Er zijn contacten geweest met onder andere AKZO Nobel als vervuiler en Mudfluid als derde partij die voor industriële vervuiling werkt (...)Bij alle potentiële klanten is op laboratoriumschaal de recuperatie van alle gevaarlijke materialen getoond. De volgende stap was de pilotplant".

[appellant sub 2] heeft over de ondernomen activiteiten verklaard:

"Er waren legio mogelijkheden om de hydrothermale en elektrochemische technologie aan de man te brengen. Ik heb ook vele referenties en heb de nodige plants in de wereld opgezet (...). Ik heb geprobeerd om de technologie bij onder andere Shell aan de man te brengen. Bij dit soort bedrijven heeft men echter last van het zogenaamde not invented syndrom. Pas afgelopen november ben ik gebeld door [D.] van Shell met de mededeling dat Siemens wellicht geïntroduceerd kon worden als een mogelijke afnemer van de technologie (...). Het is nog de vraag of er iets uitkomt. Er was geen geld in Canopus destijds dus er konden ook geen activiteiten worden verricht (...). Het informationmemorandum is door de heer [C.] rondgestuurd aan een aantal quasi prospectors. Er is een roadshow georganiseerd bij de Hoop Effectenbank (First Dutch Capital)".

[A.] verklaart over de activiteiten:

"We hebben de NAM bezocht in Assen. Met DSM hebben we contact gehad maar we hebben hen niet bezocht. Shell hebben we ook bezocht, daarbij was de heer [appellant sub 2] zelf aanwezig. We hebben ook nog contacten gehad met Veolia. We hebben dit bedrijf niet bezocht. Met de bedrijven die ik met [appellant sub 1] bezocht, hield [appellant sub 1] het verhaal waarbij de technologie uitgelegd moest worden. [appellant sub 1] was met name betrokken bij het informationmemorandum van First Dutch. Tijdens de sessie in Amsterdam bij First Dutch met een aantal potentiële investeerders zijn presentaties gehouden door [appellant sub 2], [appellant sub 1] en mijzelf. "

Verder voeren [appellant sub 2] en [appellant sub 1] aan dat hen niet, zoals de curator stelt, verweten kan worden dat zij geen actie hebben ondernomen om Mercury alsnog te dwingen de benodigde financiering aan te trekken. Canopus had immers geen geld tot haar beschikking en voor het opstarten van een gerechtelijke procedure jegens Mercury was dan ook geen financiële ruimte, nog los van de vraag of een dergelijke procedure (rechtstreeks) tot het gewenste resultaat (het verkrijgen van een financiering) had kunnen leiden nu Mercury zelf niet als financier, maar slechts als intermediair zou optreden.

4.20 Naar het oordeel van hof hebben [appellant sub 1] en [appellant sub 2] met bovenstaande voldoende aannemelijk gemaakt dat de andere belangrijke oorzaken van het faillissement niet te wijten zijn aan hun onbehoorlijke taakvervulling. Zo hebben zij voldoende aannemelijk gemaakt dat zij gepoogd hebben financiers aan te trekken en dat zij verscheidene activiteiten hebben ontplooid. Voorts is aannemelijk geworden dat [appellant sub 2] gepoogd heeft de interne meningsverschillen op te lossen. Dat er in dit kader alleen bemiddeld is tussen [appellant sub 2] en [C.] en niet tussen alle betrokken partijen doet niet aan de pogingen van [appellant sub 2] af. Verder kan naar het oordeel van het hof van [appellant sub 2] noch van [appellant sub 1] worden verlangd dat zij kosten voor een gerechtelijke procedure zouden maken, terwijl Canopus die kosten niet zou kunnen voldoen. Van belang acht het hof voorts dat [appellant sub 2] en [appellant sub 1] ter voorkoming van het oplopen van schulden van Canopus het nodige in het werk hebben gesteld om te zorgen dat er geen handelscrediteuren zouden ontstaan. Zo blijkt uit de crediteurenlijst dat geen verplichtingen zijn aangegaan met derde partijen die niet direct betrokken waren binnen de organisatie van Canopus. De crediteuren zijn (betwist, dan wel onbetwist) uitsluitend Heartstream ([C.]), Hobr  Consultancy ([A.]), [appellant sub 1] en [appellant sub 2] zelf. Volgens [appellant sub 1] was er een afspraak tussen betrokken partijen dat zij niets aan Canopus zouden declareren zolang er geen geld beschikbaar was. Zo heeft [appellant sub 1] verklaard:

" Er was de afspraak gemaakt dat er geen cent de deur uit zou gaan als er geen baten binnen zouden komen. Daarmee bedoel ik dat er geen enkele verplichting die financiële consequenties zou hebben, zou worden aangegaan als er geen stroom van inkomsten, hetzij uit investeerders, hetzij uit kapitaal, zou binnenkomen".

[B.] heeft hierover in gelijke zin verklaard:

"U vraagt mij of iedereen zich daar ook naar gedroeg in de zin dat er geen vorderingen geïnd werden. Daarop antwoord ik: Er was geen geld en er werden ook geen nota's

ingediend”

Ten slotte acht het hof het relevant dat alle crediteuren in het faillissement op de hoogte waren van de financiële toestand van Canopus. Er zijn daarom geen crediteuren die niets van de financiële situatie afwisten, benadeeld.

4.21 Op grond van bovengenoemde omstandigheden, ook in onderling verband beschouwd, komt het hof tot het oordeel dat [appellant sub 1] en [appellant sub 2] het wettelijk vermoeden dat het onbehoorlijk bestuur de belangrijkste oorzaak is van het faillissement, hebben ontzenuwd. Zoals hierboven uiteengezet, ligt het vervolgens op de weg van de curator op de voet van artikel 2:138 lid 1 BW aannemelijk te maken dat nochtans de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. De curator heeft daartoe aangevoerd dat [appellant sub 1] en [appellant sub 2] niets, althans onvoldoende hebben ondernomen om Mercury tot nakoming van de overeenkomst te bewegen. Hierboven heeft het hof reeds uiteengezet dat [appellant sub 2] en [appellant sub 1] voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat zij wegens de financiële situatie binnen Canopus geen gerechtelijke procedure konden starten. Verder heeft de curator weliswaar gesteld dat [appellant sub 2] en [appellant sub 1] de financiering via Heartstream hebben geblokkeerd, maar de curator heeft dit, mede gelet op de gemotiveerde betwisting, niet met concrete feiten of omstandigheden aannemelijk gemaakt. Verder stelt de curator dat [appellant sub 2] en [appellant sub 1] hebben nagelaten via andere wegen dan via Mercury financiering te krijgen. [appellant sub 2] en [appellant sub 1] hebben hiertegen echter gemotiveerd aangevoerd dat zij, toen de onderhandelingen met Mercury vastliepen, Heartstream hebben benaderd. Ten slotte voert de curator aan dat [appellant sub 2] en [appellant sub 1] onvoldoende activiteiten hebben ontplooid. Ook op dit punt hebben [appellant sub 2] en [appellant sub 1] voldoende concreet naar voren gebracht welke activiteiten zij hebben ontplooid teneinde de octrooien waarvan [appellant sub 2] rechthebbende is, te exploiteren. Vanuit het oogpunt dat het, zolang geen financiering was verkregen, onverstandig zou zijn schulden aan te gaan met derden, is de keuze van [appellant sub 2] en [appellant sub 1] om, nadat was gebleken dat noch Mercury noch Heartstream voor financiering kon zorgen, de activiteiten van Canopus volledig stil te leggen, goed te rechtvaardigen.

Tot slot overweegt het hof nog dat de curator ook zijn stelling dat het niet opstellen en bijhouden van een administratie en het niet openbaar maken van de jaarrekeningen hebben geleid tot het faillissement (onder meer omdat dit geleid zou hebben tot slechte onderlinge verhoudingen en tot wantrouwen bij investeerders) niet voldoende heeft onderbouwd. De stellingen dat juist dit niet administreren van gemaakte kosten door de betrokkenen (vaststaat immers dat aan derden nog geen kosten waren verschuldigd) tot de getroebleerde verhoudingen heeft geleid en dat het ontbreken van gepubliceerde jaarrekeningen de oorzaak is geweest van het feit dat investeerders geen gelden ter beschikking hebben gesteld, heeft de curator echter niet (dan wel onvoldoende) onderbouwd en vindt ook geen steun in de getuigenverklaringen. De curator heeft (mede gelet op voormelde gemotiveerde betwistingen van [appellant sub 2] en [appellant sub 1]) dan ook onvoldoende aannemelijk gemaakt dat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

4.22 Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat grief 1 van [appellant sub 2] en grief 3 van [appellant sub 1] slagen. De primaire vordering van de curator - aansprakelijkheid van [appellant sub 2] en [appellant sub 1] op grond van artikel 2:138 BW - wordt daarom afgewezen. Gelet op deze afwijzing kunnen de overige grieven van [appellant sub 2] en [appellant sub 1] onbesproken blijven.

4.23 In verband met gegrondbevinding van bovengenoemde grieven dient het hof bij de beoordeling van de door de curator ingestelde vorderingen alle door de curator in eerste aanleg gevoerde en in hoger beroep niet prijsgegeven stellingen waaraan de eerste rechter niet is toegekomen of die door deze zijn verworpen mee te nemen.

interne aansprakelijkheid ingevolge artikel 2:9 BW

4.24 Het hof komt in de eerste plaats toe aan de vraag of [appellant sub 2] en [appellant sub 1] op grond van artikel 2:9 BW gehouden zijn tot vergoeding van de schade die Canopus heeft geleden als gevolg van het onbehoorlijk vervullen van hun taak. Op grond van hetzelfde feitencomplex zoals door de curator in het kader van aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 2:138 BW is aangevoerd, kan volgens de curator aan [appellant sub 2] en [appellant sub 1] een ernstig verwijt worden gemaakt ter zake van het niet naar behoren vervullen van hun bestuurstaak.

Ter onderbouwing van deze - in eerste aanleg subsidiaire vordering - heeft de curator onder meer aangevoerd dat [appellant sub 2] en [appellant sub 1] bij het nemen van de beslissing om de licentieovereenkomst tussen COI en Canopus te ontbinden, hebben gehandeld in strijd met de statutaire bepalingen die Canopus beogen te beschermen.

4.25 Bij de beoordeling van deze vordering dient tot uitgangspunt te worden genomen hetgeen de Hoge Raad in zijn arrest van 29 november 2002, NJ 2003, 455 heeft overwogen: "Voor aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of van een ernstig verwijt sprake is, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. De omstandigheid dat

gehandeld is in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, moet in dit verband als een zwaarwegende omstandigheid worden aangemerkt, die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt. Indien de aldus aangesproken bestuurder echter feiten en omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het gewraakte handelen in strijd met de statutaire bepalingen niet een ernstig verwijt oplevert, dient de rechter deze feiten en omstandigheden uitdrukkelijk in zijn oordeel te betrekken”.

4.26 In artikel 17 lid 2 van de oprichtingsakte van Canopus is vermeld dat in alle gevallen waarin de vennootschap een tegenstrijdig belang heeft met één of meer directeuren, de vennootschap wordt vertegenwoordigd door de Raad van Commissarissen. Het begrip tegenstrijdig belang is in die akte niet nader omschreven. De rechtbank heeft in haar vonnis van 31 december 2008 partijen in de gelegenheid gesteld zich nader uit te laten over de uitleg van het begrip tegenstrijdig belang in voormeld artikel 17 lid 2 en over de vraag of in strijd is gehandeld met deze bepaling. Daarbij dienden partijen zich tevens uit te laten over de gevolgen van een eventueel handelen in strijd met deze bepaling. Partijen hebben zich bij conclusie na enquête over bovengenoemde punten uitgelaten. De rechtbank is vervolgens in haar eindvonnis van 23 september 2009 niet aan beoordeling hiervan toegekomen omdat zij de primaire vordering van de curator (aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:138 BW) heeft toegewezen.

4.27 Het hof zal eerst een oordeel geven over de vraag of [appellant sub 2] en [appellant sub 1] in strijd met artikel 17 lid 2 van de oprichtingsakte hebben gehandeld. De curator voert aan dat [appellant sub 2] geen heil meer zag in het vermarkten van de octrooien van COI door Canopus en dat [appellant sub 2] er dus belang bij had dat COI (van welke vennootschap [appellant sub 2] samen met zijn echtgenote bestuurder en, naast onder meer Heartstream, aandeelhouder is) weer het recht tot het vermarkten van haar octrooien zou verwerven. [appellant sub 2] heeft dit bewerkstelligd door de overeenkomst tussen COI en Canopus van 1 februari 2003 per 26 juni 2004 te ontbinden, waardoor Canopus haar bedrijfsactiviteiten werden ontnomen. Volgens de curator was het belang van [appellant sub 2] derhalve tegenstrijdig aan het belang van Canopus. In een dergelijk geval hadden de bestuurders van Canopus ([appellant sub 2] en [appellant sub 1]) de ontbinding van de overeenkomst tussen COI en Canopus op grond van de oprichtingsakte moeten overlaten aan de Raad van Commissarissen.

De curator concludeert dan ook dat van een tegenstrijdig belang als bedoeld in artikel 17.2 van de oprichtingsakte sprake was bij de besluitvorming over de ontbinding van voornoemde licentie overeenkomst. Dit heeft, aldus de curator, tot gevolg dat [appellant sub 2] en [appellant sub 1] in beginsel aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:9 BW. Het hof ziet zich allereerst voor de vraag gesteld of er sprake is van tegenstrijdig belang. Richtinggevend is hierbij het arrest van de Hoge Raad van 29 juni 2007, NJ 2007, 420 waarin onder meer is geoordeeld dat:

“de strekking van artikel 2:256 BW (artikel 2:146 BW voor de NV, toevoeging hof) is te voorkomen dat de bestuurder bij zijn handelen zich (met name) laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van (uitsluitend) het belang van de vennootschap dat hij heeft te dienen (...). Voor de toepassing van artikel 2:256 BW is niet vereist dat zeker is dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden, doch is voldoende dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. De vraag of een tegenstrijdig belang bestaat, kan slechts worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval (...).

Op grond van het vorenstaande zal, bij het ontbreken van een inhoudelijk afwijkende regeling in de statuten, een beroep op artikel 2:256 BW ter aantasting van een namens de vennootschap(pen) verrichte rechtshandeling slechts kunnen slagen als een persoonlijk belang van de bestuurder in de hiervoor bedoelde zin tegenstrijdig was met het belang van de vennootschap(pen) en de daaraan verbonden onderneming op grond van daartoe naar voren gebrachte, voldoende geadstrueerde, omstandigheden die zodanig van invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de betrokken bestuurder dat hij zich op grond van deze bepaling niet in staat had mogen achten het belang van de vennootschap(pen) en de daaraan verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen en zich van de desbetreffende handeling had moeten onthouden”.

4.28 De vraag rijst wanneer gesproken kan worden van een tegenstrijdig belang in het onderhavige geval waarin [appellant sub 2] als bestuurder/aandeelhouder van COI tevens bestuurder is van Canopus. Bij de beoordeling of in een dergelijk geval sprake is van een tegenstrijdig belang zal nagegaan dienen te worden of ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling (te weten de ontbinding van de licentieovereenkomst) een eigen belang bij [appellant sub 2] bestond op grond waarvan hij te maken kreeg met zodanig onverenigbare belangen dat hij zich van de desbetreffende handeling had moeten onthouden. Daarbij behoort aandacht te worden besteed aan alle relevante omstandigheden van het geval. Voor een succesvol beroep op artikel 17 lid 2 van de oprichtingsakte (inhoudelijk gelijk aan de artikelen 2:256/2:146 BW) moet de curator derhalve (voldoende gemotiveerd) stellen en aantonen dat [appellant sub 2] in redelijkheid niet de licentieovereenkomst tussen COI en Canopus had mogen ontbinden omdat hij zich niet in staat mocht achten zijn persoonlijk belang voldoende te scheiden van dat van de vennootschap Canopus.

Volgens de curator speelden bij het besluit om voornoemde licentieovereenkomst te ontbinden de volgende belangen een rol:

- (i) het belang van Canopus om haar rechten ter zake het vermarkten van de octrooien van COI te behouden;
- (ii) het belang van [appellant sub 2] en COI dat het recht om de octrooien van COI te mogen vermarkten weer door COI werd verkregen, zodat [appellant sub 2] geen bemoeienis meer van derden had te verduren bij het vermarkten van de door hem bedachte technologie.

Deze belangen zijn door de curator in zijn antwoordconclusie na enquête nader toegelicht. Naar het oordeel van het hof heeft de curator evenwel onvoldoende feiten en omstandigheden naar voren gebracht waaruit zou blijken dat [appellant sub 2] zich niet in staat had mogen achten het belang van de vennootschap met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen.

[appellant sub 2] en [appellant sub 1] hebben er voldoende aan gedaan om de octrooien geëxploiteerd te krijgen en pas toen dat niet lukte en de activiteiten van Canopus bij gebrek aan financiële middelen zijn stilgelegd, is de licentieovereenkomst tussen COI en Canopus ontbonden. Bij die stand van zaken kan niet gezegd worden dat [appellant sub 2] en [appellant sub 1] zich in redelijkheid niet in staat mochten achten tot het scheiden van het belang van Canopus en het persoonlijk belang van [appellant sub 2], te weten het kunnen vermarkten van de octrooien (maar nu) via COI.

4.29 Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat, nog daargelaten of er wel een Raad van Commissarissen was benoemd, niet aangetoond is dat door [appellant sub 2] en [appellant sub 1] is gehandeld in strijd met artikel 17 lid 2 van de oprichtingsakte. Vervolgens zal onderzocht moeten worden of [appellant sub 2] en [appellant sub 1] anderszins een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De curator heeft, als gezegd, op grond van hetzelfde feitencomplex als in het kader van aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 2:138 BW is aangevoerd, gesteld dat [appellant sub 2] en [appellant sub 1] op de voet van artikel 2:9 BW een ernstig verwijt kan worden gemaakt ter zake van het niet naar behoren vervullen van hun bestuurstaak.

Volgens vaste rechtspraak kan de bestuurder op grond van artikel 2:9 BW (slechts) aansprakelijk worden gesteld als hem een ernstig verwijt treft. Of aan dit verwijtbaarheids criterium is voldaan moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden. De curator heeft zijn stelling dat [appellant sub 2] en [appellant sub 1] aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:9 BW onderbouwd met dezelfde argumenten die hij aan zijn vordering uit hoofde van artikel 2:138 BW ten grondslag heeft gelegd. Deze door de curator gestelde en door het hof reeds behandelde feiten en omstandigheden leveren, mede op grond van hetgeen het hof in het kader van de beoordeling ten aanzien van de vordering ex artikel 2:138 BW heeft overwogen, niet een ernstig verwijt aan [appellant sub 2] en [appellant sub 1] op en kunnen derhalve niet tot aansprakelijkheid ingevolge artikel 2:9 BW leiden.

volstorting aandelen

4.30 Vervolgens komt het hof toe aan de vordering van de curator met betrekking tot de volstorting van de aandelen in Canopus. In de periode van 17 september 2002 tot 3 maart 2004 was COI enig aandeelhouder van Canopus. Op 3 maart 2004 zijn 180 aandelen van Canopus door COI overgedragen aan [appellant sub 1] (productie 2 inleidende dagvaarding). In de slotbepalingen van de akte van oprichting van Canopus (productie 1 inleidende dagvaarding) is onder meer opgenomen dat (i) bij de oprichting 900 aandelen zijn geplaatst, (ii) het geplaatste kapitaal € 45.000,- bedraagt, (iii) de geplaatste aandelen door COI in geld worden volgestort, en (iv) de volstorting van de aandelen door COI heeft plaatsgevonden, hetgeen blijkt uit de aan de akte te hechten verklaring(en). In de akte van levering aandelen van 3 maart 2004, betreffende de levering van 180 aandelen aan [appellant sub 1], is een garantie opgenomen van de zijde van COI dat de verkochte aandelen alle geheel zijn volgestort.

De curator heeft zich in eerste aanleg in zijn meer subsidiaire vordering op het standpunt gesteld dat Canopus van COI noch van [appellant sub 1] een bedrag van € 45.000,- of enig ander bedrag ter zake de volstorting van haar aandelen heeft ontvangen, terwijl COI en [appellant sub 1] hiertoe op grond van artikel 2:80 BW verplicht waren. Op die grond vordert de curator betaling van € 45.000,- door COI en van € 9.000,- van [appellant sub 1] (zijnde de waarde van 180 aandelen). De nog meer subsidiaire vordering van de curator strekt tot betaling van voornoemd bedrag van € 45.000,- door COI en [appellant sub 2] uit hoofde van artikel 2:93a lid 4 en artikel 2:93 lid 2 BW op grond van het achterwege blijven van een bekrachtiging door Canopus van onttrekking aan de bankrekening van Canopus i.o. Deze onttrekking zag op de door [appellant sub 2] op 30 augustus 2002 ten gunste van Canopus verrichte betaling ter zake van een bedrag van € 45.000,-, welk bedrag vier dagen later (op 3 september 2002), derhalve nog vóór de oprichting van Canopus op 17 september 2002, van de bankrekening van Canopus is teruggestort op de privérekening van [appellant sub 2] (producties 13 en 14 inleidende dagvaarding).

Om proceseconomische redenen heeft de rechtbank ook deze meer en nog meer subsidiaire vorderingen behandeld. Bij de beoordeling van deze vorderingen heeft de rechtbank, onder verwijzing naar de arresten van de Hoge Raad van 24 maart 2000, NJ 2000, 354 en van 11 juli 2003, NJ 2003, 630 vooropgesteld dat in een geval als het onderhavige waarin ten gevolge van de terugboekingen op de rekening van [appellant sub 2]

voordervige naam ten gevolge van de terugboeking op de rekening van [appellant sub 2] van het ten behoeve van Canopus i.o. gestorte bedrag van € 45.000,- enkele dagen na de storting daarvan, geen sprake is geweest van het daadwerkelijk ter beschikking stellen van dit bedrag aan Canopus, tenzij Canopus na haar oprichting heeft geweigerd over te gaan tot bekrachtiging van deze onttrekking. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat indien Canopus na haar oprichting niet is overgegaan tot bekrachtiging van de onttrekking, moet worden aangenomen dat de terugstorting van het bedrag van € 45.000,- op de rekening van [appellant sub 2] geen werking heeft gehad ten opzichte van Canopus, zodat dit bedrag aan Canopus ter beschikking is blijven staan. In dat geval is wel voldaan aan de stortingsplicht, zodat COI en [appellant sub 1] niet uit dien hoofde kunnen worden aangesproken. COI is dan echter, op grond van artikel 2:93a lid 4 BW, jegens (de curator) van Canopus gehouden tot vergoeding van dit bedrag. De rechtbank is er, op grond van de stellingen van partijen, van uitgegaan dat geen bekrachtiging van de onttrekking heeft plaatsgevonden en dat derhalve aan de stortingsplicht is voldaan, en heeft overwogen dat de meer subsidiaire vordering zal worden afgewezen en dat de nog meer subsidiaire vordering van de curator - zij het alleen ten opzichte van COI - zal worden toegewezen. De rechtbank heeft deze veroordeling van COI tot betaling van € 45.000,- aan de curator evenwel niet in het dictum van haar vonnis opgenomen.

artikel 2:93a lid 4 BW

onttrekking € 45.000,- en bekrachtiging

4.31 [appellant sub 2] heeft (onder verwijzing naar randnummer 21 van zijn conclusie van antwoord) in grief 3 betoogd dat Canopus voornoemde betaling van € 45.000,- welke betaling [appellant sub 2] op 30 augustus 2002 heeft verricht, wel degelijk heeft bekrachtigd. Ook uit het feit dat geen van de betrokken partijen bezwaar heeft gemaakt tegen de overboeking van het bedrag aan [appellant sub 2] in privé, kan volgens [appellant sub 2] worden afgeleid dat Canopus de overboeking heeft bekrachtigd.

Het hof begrijpt de stelling van [appellant sub 2] aldus dat Canopus de terugboeking van het bedrag van € 45.000,- heeft bekrachtigd. Het had echter, mede gelet op de gemotiveerde betwisting door de curator ter zake, op de weg gelegen van COI of [appellant sub 2] nader aan te geven wanneer en op welke wijze Canopus is overgegaan tot de gestelde bekrachtiging, waarbij in aanmerking moet worden genomen dat een dergelijke bekrachtiging uitdrukkelijk dient te geschieden. Ook in hoger beroep hebben COI en [appellant sub 2] nagelaten voornoemde stelling met concrete feiten en/of omstandigheden te onderbouwen, zodat ervan zal worden uitgegaan dat deze bekrachtiging niet heeft plaatsgevonden.

In hoger beroep heeft de curator, vanwege het feit dat de rechtbank niet was toegekomen aan zijn meer subsidiaire vordering ter zake de volstorting c.q. onttrekking, zijn eis gewijzigd in die zin dat hij thans de vordering tot betaling van € 45.000,- door COI ook primair heeft ingesteld.

Het bovenstaande brengt met zich dat het ervoor gehouden moet worden dat de aandelen van Canopus op 30 augustus 2002 geheel zijn volgestort en dat COI op grond van artikel 2:93a lid 4 BW zal worden veroordeeld aan de curator een bedrag van € 45.000,- te betalen.

volstortingsplicht ingevolge artikel 2:80 BW

4.32 De vorderingen jegens [appellant sub 2] en [appellant sub 1] die zijn gegrond op de stelling dat de aandelen niet zijn volgestort, kunnen gezien hetgeen hierboven is overwogen niet worden toegewezen. Omdat het ervoor gehouden moet worden dat de terugstorting van het bedrag van € 45.000,- ten opzichte van Canopus geen werking heeft gehad, en vanwege het feit dat COI verplicht is dat bedrag aan de boedel te vergoeden, kunnen de nog meer en meest subsidiaire vorderingen gegrond op onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking niet worden toegewezen.

4.33 Ten slotte dient van het incidenteel appel van de curator grief 3 nog behandeld te worden. Met deze grief klaagt de curator dat de rechtbank ten onrechte de door hem gevorderde vergoeding van de buitengerechtelijke kosten van € 6.750,- heeft afgewezen. De curator voert in dit verband - onder verwijzing naar diverse openbare faillissementsverslagen - aan dat hij diverse buitengerechtelijke werkzaamheden heeft moeten verrichten die geen betrekking hebben op de instructie van de zaak of van de voorbereiding van gedingstukken. Bovendien behoren de buitengerechtelijke kosten niet ten laste van de boedel te komen, aldus de curator.

Het hof is van oordeel dat nu de vorderingen jegens [appellant sub 2] en [appellant sub 1] worden afgewezen, en de curator onvoldoende gespecificeerd heeft aangevoerd welke andere kosten dan de kosten ter voorbereiding en instructie van deze zaak in verband met de vordering jegens COI zijn gemaakt, zodat deze grief faalt.

5. Slotsom

De slotsom van het vorenoverwogene luidt dat [appellant sub 2] en [appellant sub 1] noch uit hoofde van artikel 2:138 BW voor het tekort van de boedel noch op grond van artikel 2:9 BW voor de door Canopus geleden schade aansprakelijk zijn. De vorderingen van de curator zullen in zoverre worden afgewezen. De vordering van de curator jegens COI terzake van

zaken in zeverre worden afgewezen. De vordering van de curator jegens COI terzake van betaling van € 45.000,- uit hoofde van artikel 2:93a lid 4 BW zal worden toegewezen. De curator zal in beide zaken, als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van de eerste aanleg en in de kosten van het principaal hoger beroep. Vanwege de samenhang tussen het principaal en het incidenteel hoger beroep ziet het hof aanleiding om in beide zaken geen separate kosten voor het incidenteel hoger beroep toe te wijzen.

6. De beslissing

Het hof, recht doende in het principaal en het incidenteel hoger beroep:

in de zaken onder nummers 200.054.855 en 200.058.008

vernietigt de vonnissen van de rechtbank Zutphen van 31 december 2008 en 23 september 2009 en doet opnieuw recht;

veroordeelt COI aan de curator te betalen een bedrag van € 45.000,- vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 17 september 2002 tot aan de dag der algehele voldoening;

wijst de overige vorderingen van de curator af;

in het principaal en in het incidenteel hoger beroep

in de zaak onder nummer 200.054.855

veroordeelt de curator in de kosten van beide instanties, tot aan deze uitspraak aan de zijde van [appellant sub 1] wat betreft de eerste aanleg begroot op € 1.808,- voor salaris van de advocaat overeenkomstig het liquidatietarief en op € 345,- voor griffierecht en wat betreft het hoger beroep begroot op € 3.186,98 waarvan te voldoen aan de griffier van het gerechtshof (bankrekeningnummer 56.99.90.548 ten name van MvJ arrondissement Arnhem, postbus 9030, 6800 EM Arnhem, onder vermelding van het zaaknummer en de namen van partijen) het bedrag van € 3.082,23 te weten:

- € 85,98 wegens exploitkosten,
- € 314,25 wegens in debet gesteld griffierecht
- € 2.682,- wegens salaris van de advocaat
- en het restant ad € 104,75 aan (de advocaat van) [appellant sub 1] wegens zijn eigen aandeel in het griffierecht;

in de zaak onder nummer 200.058.008

veroordeelt de curator in de kosten van beide instanties, tot aan deze uitspraak aan de zijde van COI en [appellant sub 2] wat betreft de eerste aanleg begroot op € 2.034,- voor salaris van de advocaat overeenkomstig het liquidatietarief en op € 1.140,- voor griffierecht en wat betreft het hoger beroep begroot op € 894,- voor salaris van de advocaat overeenkomstig het liquidatietarief en op € 314,- voor griffierecht;

verklaart dit arrest ten aanzien van de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.A. van Rossum, L.J. de Kerpel-van de Poel en H.R. Quint en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 19 juli 2011.

▲