

JOR 2014/285, Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 11-03-2014,
ECLI:NL:GHSHE:2014:703, HD 200.124.464_02 (annotatie)

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 11-03-2014
Publicatie: JOR 2014/285 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 10, 2014
Annotator: <ul style="list-style-type: none"> • mr. D.J.F.F.M. Duynstee
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:703
Zaaknummer: HD 200.124.464_02
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none"> • ECLI:NL:GHSHE:2014:703 • JBPR 2014/58 met annotatie van mr. F.E. Vermeulen • RI 2014/56 • JONDR 2014/681
Rechtsgebied:
Rubriek: Varia
Rechters: <ul style="list-style-type: none"> • mr. Vriezen • mr. Sijmonsma • mr. Quint
Partijen: R.P.W. Vos te Vlijmen, gemeente Heusden, appelllant in de hoofdzaak en in de incidenten, advocaat: mr. M.H.J. van Maanen, tegen mr. J. Westerhof te Zeist, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Aino NV, geïntimeerde in de hoofdzaak en in de incidenten, advocaat: mr. V.H.B. Kruit.
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none"> • Rv - 223 • Rv - 843a

Inhoudsindicatie

Exhibitieplicht, Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, Veroordeling curator tot verlening inzage in volledige administratie aan ex-bestuurder failliete vennootschap, Geen veroordeling curator tot betaling voorschot op schadevergoeding aan ex-bestuurder ex art. 223 Rv, Betaling voorschot op schadevergoeding is doorbreking paritas creditorum, Verwijzing naar HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 en HR 5 september 1997, «JOR» 1997/102, m.nt. De Liagre Böhl en NEDF

Ga direct naar

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

Samenvatting

Bij de beantwoording van de vraag of de curator gehouden is om appellant de gevraagde inzage te verlenen, wegen de volgende feiten mee: (–) de door de curator gestelde concrete feiten zijn sterk gegrond op de al dan niet gebrekkige volledige administratie van failliet en/of sterk verweven met die administratie; (–) de curator kan uit hoofde van zijn functie in een geschil als het onderhavige niet volledig gelijkgesteld worden met een willekeurige civiele partij; (–) de curator heeft te allen tijde inzage in de administratie van failliet en heeft gebruikgemaakt van uit die administratie afkomstige stukken die zijn standpunt onderbouwen; (–) het is alleszins redelijk om rekening te houden met de mogelijkheid dat er zich in de administratie stukken bevinden waarvan de inhoud de door de curator concreet gestelde feiten kan ontkrachten; (–) failliet is opgericht op 2 juni 2000, appellant is als bestuurder vertrokken rond 1 juni 2002, het faillissement is uitgesproken op 14 november 2002 en de curator heeft appellant in eerste aanleg gedagvaard bij dagvaarding van 15 maart 2007. Appellant is dus maar kort bestuurder geweest, was al enige maanden geen bestuurder meer op de dag dat het faillissement werd uitgesproken en er is sprake van een aanzienlijk tijdsverloop tussen de dag van zijn vertrek als bestuurder van failliet en de dag waarop de dagvaarding in eerste aanleg is uitgebracht. Met inachtneming van deze feiten brengt het verdedigingsbelang van appellant mee, mede gelet op het in art. 6 EVRM gewaarborgde beginsel van de “equality of arms”, dat de curator appellant inzage dient te geven in de volledige administratie. Door een dergelijke inzage krijgt appellant bewijsrechtelijk gezien een meer met de curator vergelijkbare positie. Zulks is te meer van belang nu appellant in de hoofdzaak is opgedragen te bewijzen dat de negatieve marktontwikkelingen zo dominant waren dat daarin hoe dan ook een belangrijke oorzaak van het faillissement was gelegen. Het debat tussen partijen is nog niet beëindigd. Nieuwe stellingen kunnen nog worden ingenomen en nieuwe inzichten kunnen nog worden bereikt. Alleen al daarom leidt het enkele feit dat appellant reeds meerdere malen inzage in de administratie heeft gehad, niet tot afwijzing van de vordering tot inzage.

De rechtbank heeft geoordeeld dat voor zover de curator gehouden is tot vergoeding van de door appellant geleden schade, veroorzaakt door, samengevat, het verzuim van de curator om tijdig uitloop van de BCA-polis te kopen, dit een boedelschuld is. Waar de “bodenvordering”, in dit geval een concurrente vordering, als deze bestaat, een boedelschuld is, is de vordering tot betaling van een voorschot hierop ook een boedelschuld. Indien niet op voorhand zeker is dat alle boedelschulden kunnen worden voldaan, kan een vordering tot veroordeling van de curator tot betaling van een concurrente vordering van een boedelcrediteur niet op voorhand worden toegewezen omdat dit een doorbreking van de paritas creditorum-regel betekent. Indien immers niet vaststaat, zoals hier, dat het boedelactief toereikend is om alle boedelschulden te voldoen, moeten die schulden in beginsel naar evenredigheid worden voldaan, behoudens de daarvoor geldende wettelijke regels van voorrang (zie HR 28 september 1990, NJ 1991, 305). Een uitzondering op deze regel bestaat indien bijvoorbeeld ten gevolge van een onmiskenbare vergissing een bedrag is gestort op het rekeningnummer van de failliet (HR 5 september 1997, **«JOR» 1997/102**, m.nt. De Liagre Böhl en NEDF (Ontvanger/Hamm q.q.)), doch daarvan of van een soortgelijk geval is hier geen sprake.

Uitspraak

(...; red.)

4. De ontvankelijkheid

De rechtbank heeft bij vonnis van 6 maart 2013 bepaald dat van het tussenvonnissen van 28 november 2012 hoger beroep kan worden ingesteld, zodat Vos ontvankelijk is in het door hem bij dagvaarding van 26 februari 2013 ingestelde hoger beroep.

De rechtbank heeft in haar vonnis van 6 maart 2013 niet bepaald dat ook appel kan worden ingesteld tegen de door de rechtbank op 9 april 2008 en 3 februari 2010 gewezen tussenvonnissen. Een dergelijke bepaling is ook niet nodig omdat een goede procesorde er mee is gediend dat in een geval als dit het appel zich ook kan richten tegen eerdere tussenuitspraken zodat nodeloze splitsing van berechting kan worden voorkomen (vergelijk HR 17 december 2004, NJ 2006, 229). Er bestaat geen reden om een dergelijke regel niet te laten gelden voor in die eerdere tussenuitspraken gedane incidentele uitspraken. Tegen het tussenvonnissen van 9 april 2008 heeft Vos evenwel geen grieven aangevoerd, zodat hij in zijn hoger beroep tegen dat vonnis niet-ontvankelijk is.

5. De beoordeling in de incidenten

5.1. De rechtbank heeft in het vonnis van 28 november 2012 onder “2. De feiten” feiten vastgesteld. Het hof gaat bij de beoordeling van de incidentele vorderingen uit van die feiten, mede omdat Vos daar geen grieven tegen heeft gericht. Het hof geeft hierna een overzicht van die feiten.

a. Aino NV functioneerde als de holding-maatschappij van een groep van vennootschappen die werkzaam waren op het terrein van informatie- en communicatietechnologie (ICT), hoofdzakelijk: advisering (consultancy) en beleidsondersteuning middels detachering. Zij was op 2 juni 2000 ontstaan door fusie van twee ondernemingen (Avalix Groep NV als grootste en Astra Informatica Groep NV) nadat voorafgaand daaraan Avalix reeds de aandelen van Armedis Goep BV had overgenomen. Alle drie de voorgangers waren op genoemd terrein (ICT) werkzaam. Aino NV was vanaf 5 juni 2000 een beursgenoteerde vennootschap; Avalix was dat voordien ook al vanaf december 1998.

b. Het bestuur van Aino NV werd gevormd door Vos (voorzitter; ex Avalix) en de heren R.C.J. van den Berg (ex Armedis) en R.J. de Buck (ex Astra).

Van den Berg kwam reeds op 8 oktober 2000 wegens arbeidsgerelateerde arbeidsongeschiktheid te defungeren. Hij heeft na die datum niet meer aan het directieoverleg deelgenomen. Formeel heeft de AVA van Aino NV hem op 5 juni 2001 ontslag verleend.

De Buck nam uit onvrede met de ontwikkelingen na 31 augustus 2001 niet meer aan het bestuursoverleg deel. Zijn arbeidsovereenkomst is medio 2002 via de rechter ontbonden.

Vos had medio 2001 al te kennen gegeven dat hij zich afvroeg of hij wel de juiste man was voor Aino NV als beursgenoteerd bedrijf. Commissarissen onderschreven zijn twijfels waarna hij het met commissarissen er over eens kon worden dat hij zou vertrekken op de termijn nodig voor het vinden van een opvolger. Rond 1 juni 2002 is hij ook formeel afgetreden als bestuurder.

c. De jaarrekeningen van de tot de Aino-groep behorende vennootschappen werden geconsolideerd opgemaakt (art. 2:403, lid 1 sub c BW). Aino NV was hoofdelijk aansprakelijk voor de uit rechtshandelingen van de dochtervennootschappen voortvloeiende schulden (art. 2:403, lid 1 sub f BW).

d. De (geconsolideerde) jaarrekening van Aino NV over 2001, het laatste volledige boekjaar vóór de faillietverklaring, was voorzien van een accountantsverklaring van KPMG Accountants N.V., luidende:

“Oordeel

Wij zijn van oordeel dat de jaarrekening een getrouw beeld geeft van de grootte en samenstelling van het vermogen op 31 december 2001 en van het resultaat over 2001 in overeenstemming met in Nederland algemeen aanvaarde grondslagen voor financiële verslaggeving en voldoet aan de wettelijke bepalingen inzake de jaarrekening zoals opgenomen in Titel 9 Boek 2 BW.

Toelichting

Zonder afbreuk te doen aan ons oordeel vestigen wij de aandacht op de paragraaf ‘financiering’ zoals opgenomen onder ‘kortlopende schulden’ in de toelichting op de jaarrekening.”

Die paragraaf “financiering” luidt, voor zover van belang:

“Hoewel op 25 april 2002 € 3,1 miljoen is verkregen ter versterking van de vermogenspositie (...), blijft de financiering van de onderneming een belangrijk punt van aandacht. De directie treft een aantal maatregelen om de liquiditeitspositie te verbeteren.”

e. De resultaten van de groep ontwikkelden zich zodanig dat aan Aino NV op 27 september 2002 surséance van betaling werd verleend en dat zij op 14 november 2002 failliet werd verklaard, met benoeming van mr. J. Westerhof aanvankelijk tot bewindvoerder en vervolgens tot curator. Ook dochtervennootschappen van Aino NV zijn failliet

verklaard.

f. De curator heeft onderzoek naar de oorzaken van het faillissement gedaan, hetgeen heeft geresulteerd in een rapport d.d. 15 december 2005 (DV, prod. 2; hierna: het Rapport). De status van het Rapport wordt in het hoofdstuk "1. Inleiding", de allereerste alinea (Rapport, pag. 3) beschreven in de volgende bewoordingen:

"In het aanvangsverslag heeft de curator een onderzoek naar de oorzaken van het faillissement van Aino N.V. in het vooruitzicht gesteld.

De curator heeft de heer H.J. Neeleman verzocht hem te assisteren bij het onderzoek naar de oorzaken van het faillissement van de vennootschap in kwestie."

g. De curator begroot het tekort in het faillissement op, afgerond, € 23,7 miljoen.

5.2.1. De curator heeft in eerste aanleg gevorderd, kort gezegd, een verklaring voor recht dat Vos zijn taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Aino N.V. en dat Vos deswege aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden van Aino N.V., nader op te maken bij staat.

5.2.2. Vos heeft in reconventie gevorderd, kort gezegd, veroordeling van Aino N.V. en de curator tot vergoeding van de door Vos geleden schade veroorzaakt door het verzuim van de curator om tijdig uitloop van de BCA-polis te kopen en/of Vos tijdig te waarschuwen dat de termijn voor het kopen van uitloop zou verstrijken, nader op te maken bij staat. Op de voet van art. 223 Rv heeft Vos een voorschot op die schade van € 100.000,- gevorderd. Vos heeft verder in eerste aanleg een incidentele vordering tot inzage op de voet van art. 843a Rv ingesteld en hij heeft gevorderd dat de curator zal worden veroordeeld om Vos onvoorwaardelijk inzage te geven in, kort gezegd, de administratie van Aino N.V. (hierna te noemen "de vordering tot algemene inzage").

5.2.3. De rechtbank heeft in het tussenvonnissen van 3 februari 2010 de vordering tot inzage in de twee brieven van de voorzitter van de Raad van Commissarissen van Avalix N.V. aan Vos genoemd in de inleidende dagvaarding onder nr. 44 toegewezen. De vordering tot algemene inzage en de vordering tot veroordeling van de curator om aan Vos een voorschot te betalen zijn afgewezen. In het tussenvonnissen van 28 november 2012 heeft de rechtbank in r.o. 4.7 vastgesteld dat het bestuur van Aino N.V. niet heeft voldaan aan de publicatieplicht, dat deze vaststelling leidt tot het rechtsgevolg dat onweerlegbaar vast staat dat het bestuur zijn taak ook voor het overige onbehoorlijk heeft vervuld en dat deze vaststelling daarnaast het weerlegbare vermoeden oplevert dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De rechtbank heeft vervolgens Vos opgedragen te bewijzen dat de negatieve marktontwikkelingen zo dominant waren dat daarin hoe dan ook een belangrijke oorzaak van het faillissement gelegen was.

5.3. In dit hoger beroep vordert Vos in het incident vernietiging van, naar het hof begrijpt, de vonnissen voor zover daarin zijn incidentele vorderingen zijn afgewezen en veroordeling van de curator:

1. om aan Vos binnen zes weken na betekening van het te wijzen arrest onvoorwaardelijk inzage te verlenen in de navolgende stukken met het recht daarvan naar believen kopieën te maken:

a) Alle verslagen van vergaderingen van directie en commissarissen, daaronder ook begrepen verslagen van de bijeenkomsten van vergaderingen van commissarissen zonder directie, alsmede bijeenkomsten van commissarissen met leden van het management en/of ondernemingsraad zonder aanwezigheid van de CEO, in de drie jaar voorafgaand aan de datum van faillissement. In het bijzonder wordt hierbij gevraagd om een afschrift van de verslagen van de meetings die de commissarissen hebben gehad met de leden van de hoofddirectie afzonderlijk kort na de fusie alsmede verslagen van besprekingen op de "Born" die de commissarissen hebben gehad met de individuele management teamleden en de voorzitter van de ondernemingsraad in de zomer van 2001.

b) Alle in- en uitgaande correspondentie tussen de commissarissen enerzijds en leden van de directie en/of het managementteam en/of OR-leden anderzijds in de drie jaar voorafgaand aan de datum faillissement.

c) De verslagen van de heer Hendriksen aan de Raad van Commissarissen ten tijde van zijn gedelegeerd CFO- en

COO-schap in 2001/2002.

- d) De overeenkomsten en correspondentie rondom de aanstelling van de heer Haverkamp als CEO in juni 2002 alsmede de documenten die inzicht geven in de gevolgde selectieprocedure om te komen tot die benoeming.
- e) Het complete jaarrekeningdossier 2001 inclusief de stukken die de curator heeft ingezien uit het dossier van KPMG.
- f) Het dossier/de dossiers rondom het doorlopende verkoopproces van Aino N.V. aan derden – waaronder Centric – uit 2001/2002, inclusief het informatiememorandum.
- g) De dossiers met betrekking tot de verkoop van dochterondernemingen/deelnemingen in 2001 en 2002: Kreaton, Smart, Mobility Partners, Multi Systems Engineering, PIBS, DIU.
- h) Het dossier omtrent de interesse van derden voor overname van Aino N.V. of grote onderdelen daaruit, onder andere door de groep rondom de heer Schotsman.
- i) Alle dossiers rondom de bouw en huur van het pand Papiermolen 14-24 te Houten, welk pand nader wordt aangeduid in de dagvaarding sub 44 en verder, alsmede daaromtrent bestaande rapportage van derden.
- j) Het begrotingsdossier over 2002.
- k) Alle verslagen van de Algemene Vergadering van Aandeelhouders in de drie jaar voorafgaand aan de datum faillissement. Een aantal verslagen van de AVA heeft Vos wel aangetroffen in de administratie maar niet die van de na diens vertrek gehouden vergadering(en);

2. om aan Vos binnen zes weken na betekening van het te wijzen arrest onvoorwaardelijk inzage te verlenen in de volledige administratie van Aino, waarbij de curator de administratie zodanig toegankelijk dient te maken en te houden, dat Vos met de redelijke inspanning die van hem mag worden gevergd, de in de administratie aanwezige documentatie kan traceren die hij nodig acht voor zijn verdediging tegen de vorderingen van de curator;

3. bij wijze van voorziening ex art. 223 Rv tot het betalen, binnen een week na betekening van het in deze te wijzen arrest, van € 378.798,- ter zake van reeds gemaakte kosten ter zake van juridische bijstand;

4. bij wijze van voorziening ex art. 223 Rv tot het betalen van de door Vos in het verdere verloop van dit geschil te maken juridische kosten, telkens binnen twee weken na ontvangst van de daartoe overgelegde facturen en urenoverzichten ter zake van juridische bijstand, zulks tot het maximum van € 1 miljoen onder aftrekt van het hiervoor onder 3 genoemde bedrag, met veroordeling van de curator in de kosten van het incident.

5.4.1. Het hof zal allereerst de eerste grief beoordelen. Die grief zal, zo begrijpt het hof Vos, bij succes moeten leiden tot toewijzing van de vordering sub 1 tot inzage in een aantal met name genoemde stukken.

Bij conclusie van antwoord in hoger beroep onder nr. 6 heeft de curator gesteld dat Vos in elk geval een groot deel van de onder a tot en met k genoemde stukken heeft aangetroffen tijdens een eerder door de curator aan Vos verleende mogelijkheid tot inzage in de door de curator opgeslagen papieren administratie. De curator noemt in dat verband expliciet dat Vos diverse notulen van de raad van commissarissen heeft aangetroffen, alsmede een directieverslag (vallend onder hetgeen Vos onder 1, sub a vordert), en dat Vos diverse documenten heeft aangetroffen die vallen onder hetgeen hij thans vordert onder 1, sub b, e, f, g, i, j en k. De curator heeft vervolgens aangevoerd dat het hem niet (meer) duidelijk is naar welke specifieke nadere documenten Vos verder nog zoekt. Tijdens het pleidooi heeft de curator onder vermelding van de plaatsen waar die documenten kunnen worden gevonden, aangevoerd dat Vos reeds beschikt of kan beschikken over de inhoud van de stukken die zijn genoemd in de vordering sub 1 van Vos onder a, b, d, e, g, h, i en k. Al met al heeft de curator aldus gesteld dat Vos de beschikking heeft over alle door hem genoemde documenten behalve de onder vordering 1, sub c genoemde documenten. Vos heeft geen reden gegeven waarom (hernieuwde) inzage in die documenten noodzakelijk is, noch heeft hij een verklaring gegeven waarom hij inzage wenst te hebben in al dan niet originele documenten die de curator bezit, maar die hij ook al, in elk geval in afschrift, in bezit

heeft. Het hof zal de vordering tot inzage in de door Vos onder a, b, d, e, f, g, h, i, j en k van zijn eerste vordering genoemde documenten dan ook afwijzen wegens gebrek aan belang.

5.4.2. Resteert de vordering tot inzage in de verslagen van de heer Hendriksen aan de Raad van Commissarissen ten tijde van zijn gedelegeerd CFO- en COO-schap in 2001/2002 (vordering 1, sub c). De curator heeft wat die stukken betreft onder meer aangevoerd dat voor zo ver hij weet, hij niet over die stukken beschikt. Voor zover die betreffende stukken zich in de administratie bevinden, heeft hij deze niet gevonden. De curator heeft verder opgemerkt dat hij Vos ruimschoots de toegang tot alle stukken, in digitale en papieren vorm, heeft verschaft en dat Vos die stukken kennelijk ook niet heeft gevonden. De curator heeft hierbij onbestreden aangevoerd dat alleen al de papieren administratie waarover hij beschikt is opgeslagen in honderden dozen zonder behoorlijke inhoudsopgave.

Het hof begrijpt dat de curator met dit verweer bedoelt te stellen dat hij voor zover hij weet deze stukken niet in zijn bezit heeft. Vos heeft vervolgens niet met zoveel woorden gesteld dat de curator wel over deze stukken beschikt. Voor zover hij dit wel heeft gedaan, heeft hij geen verklaring gegeven waarom hij, Vos, deze stukken niet heeft gevonden, terwijl onbestreden is dat de curator hem meerdere malen langdurig inzage heeft gegeven in de digitale en papieren administratie van Aino N.V. die de curator tot zijn beschikking heeft. Het hof houdt het er daarom voor dat de curator deze stukken niet in zijn bezit heeft. Nu Vos niet, in elk geval niet voldoende specifiek, heeft aangeboden te bewijzen dat de curator deze stukken wel in bezit heeft, wordt ook dit onderdeel van de eerste vordering afgewezen, zodat de eerste grief faalt.

5.5.1. De tweede grief van Vos zou, bij succes, moeten leiden tot, kort gezegd, veroordeling van de curator om hem, Vos, onvoorwaardelijk inzage te verlenen in de volledige administratie van Aino N.V., waarbij de curator de administratie toegankelijk dient te maken en te houden. Vos stelt hierbij dat hij recht heeft op onbelemmerde toegang tot de administratie gelet op, naar het hof begrijpt, in elk geval art. 2:138 BW en gelet op de aard en inhoud van de vordering van de curator in de hoofdzaak.

Het hof stelt voorop dat de curator in nr. 6 van zijn inleidende dagvaarding heeft gesteld dat de oorzaken van het faillissement in hoofdzaak zijn toe te schrijven aan het onvermogen van de hoofddirectie om de integratie van de drie ondernemingen na de fusie op verantwoorde wijze te bewerkstelligen en het vervolgens leiding geven aan Aino N.V. in een periode van sterk veranderde marktomstandigheden. De curator stelt concreet onder meer dat een of meer problemen en de omvang daarvan niet kenbaar waren bij de directie door de gebrekkige administratie (nr. 14 dagvaarding in eerste aanleg), dat de administratieve systemen niet het gewenste niveau hadden (nr. 15 dagvaarding in eerste aanleg), dat voor het opstellen van een jaarbudget en voor prognoses betrouwbaar cijfermateriaal ontbrak (nr. 16 dagvaarding in eerste aanleg) en dat "Aino meer dan anderhalf jaar verstoken is geweest van tijdige en betrouwbare tussentijdse bestuurs- en managementinformatie met alle gevolgen van dien".

Bij de beantwoording van de vraag of de curator gehouden is om Vos de gevraagde inzage te verlenen, weegt het hof in elk geval de volgende feiten mee:

- de door de curator gestelde concrete feiten zijn sterk gegrond op de al dan niet gebrekkige volledige administratie van Aino N.V. en/of sterk verweven met die administratie;
- de curator kan uit hoofde van zijn functie in een geschil als het onderhavige niet volledig gelijk gesteld worden met een willekeurige civiele partij;
- de curator heeft te allen tijde inzage in de administratie van Aino N.V. en heeft gebruik gemaakt van uit die administratie afkomstige stukken die zijn standpunt onderbouwen;
- het is alleszins redelijk om rekening te houden met de mogelijkheid dat er zich in de administratie stukken bevinden waarvan de inhoud de door de curator concreet gestelde feiten kan ontkrachten;
- Aino N.V. is opgericht op 2 juni 2000, Vos is als bestuurder vertrokken rond 1 juni 2002, Aino N.V. is failliet verklaard op 14 november 2002 en de curator heeft Vos in eerste aanleg gedagvaard bij dagvaarding van 15 maart 2007. Vos is dus maar kort bestuurder geweest, was al enige maanden geen bestuurder meer op de dag dat Aino N.V. failliet werd

verklaard en er is sprake van een aanzienlijk tijdsverloop tussen de dag van zijn vertrek als bestuurder van Aino N.V. en de dag waarop de dagvaarding in eerste aanleg is uitgebracht.

Met inachtneming van deze feiten brengt het verdedigingsbelang van Vos mee, mede gelet op het in art. 6 EVRM gewaarborgde beginsel van de "equality of arms" dat de curator Vos inzage dient te geven in de volledige administratie. Door een dergelijke inzage krijgt Vos bewijsrechtelijk gezien een meer met de curator vergelijkbare positie. Zulks is te meer van belang nu Vos in de hoofdzaak bij het tussenvonnissen van 28 november 2012 is opgedragen te bewijzen dat de negatieve marktontwikkelingen zo dominant waren dat daarin hoe dan ook een belangrijke oorzaak van het faillissement was gelegen. De verweren van de curator doen aan dit belang onvoldoende af.

5.5.2. Het debat tussen partijen is nog niet beëindigd. Nieuwe stellingen kunnen nog worden ingenomen en nieuwe inzichten kunnen nog worden bereikt. Alleen al daarom leidt het enkele feit dat Vos reeds meerdere malen inzage in de administratie heeft gehad, niet tot afwijzing van de vordering tot inzage.

5.5.3. De administratie zoals de curator die op het moment van het uitspreken van het faillissement aantrof, is inmiddels extern opgeslagen (zie onder meer de nrs. 27, 28 en 31 van de door de curator in eerste aanleg genomen conclusie van antwoord inzake de incidentele vordering tot inzage in bescheiden ex art. 843a Rv alsmede inzake de provisionele vordering ex art. 223 Rv). Voor zover Vos heeft gesteld dat de curator bij die opslag de bestaande ordening wezenlijk heeft veranderd, is die stelling niet, in elk geval niet voldoende onderbouwd, zodat het hof het ervoor houdt dat de toestand waarin de opgeslagen administratie zich thans bevindt, niet noemenswaardig anders is dan toen de curator deze aantrof. Er bestaat vervolgens geen rechtsregel op grond waarvan de curator verplicht kan worden om ten gunste van Vos over te gaan tot het ordenen en/of beter toegankelijk maken van die administratie, zodat dat deel van de vordering wordt afgewezen.

Een en ander betekent dat het hof de curator zal veroordelen om aan Vos binnen zes weken na betekening van het te wijzen arrest inzage te verlenen in de volledige administratie van Aino N.V. op de plaats en in de staat waarin die zich thans bevindt. Het vonnis in het incident van de rechtbank van 3 februari 2010 kan wat dit onderdeel betreft dus niet in stand blijven.

5.6.1. De derde en laatste grief in dit incident heeft betrekking op de twee laatste incidentele vorderingen van Vos, waarin hij als voorlopige voorziening op de voet van art. 223 Rv betaling vordert van een voorschot op door hem geleden schade, welke schade is veroorzaakt door handelen of nalaten van de curator.

De rechtbank heeft geoordeeld dat voor zover de curator gehouden is tot vergoeding van de door Vos geleden schade veroorzaakt door, samengevat, het verzuim van de curator om tijdig uitloop van de BCA-polis te kopen, dit een boedelschuld is. Tegen dit oordeel is niet gegriefd, zodat het hof van dat oordeel uitgaat. Waar de "bodenvordering", in dit geval een concurrente vordering, als deze bestaat, een boedelschuld is, is de vordering tot betaling van een voorschot hierop ook een boedelschuld. Indien niet op voorhand zeker is dat alle boedelschulden kunnen worden voldaan, kan een vordering tot veroordeling van de curator tot betaling van een concurrente vordering van een boedelcrediteur niet op voorhand worden toegewezen omdat dit een doorbreking van de paritas-creditorumregel betekent. Indien immers niet vaststaat, zoals hier, dat het boedelactief toereikend is om alle boedelschulden te voldoen, moeten die schulden in beginsel naar evenredigheid worden voldaan, behoudens de daarvoor geldende wettelijke regels van voorrang (zie HR 28 september 1990, NJ 1991, 305). Een uitzondering op deze regel bestaat indien bijvoorbeeld ten gevolge van een onmiskenbare vergissing een bedrag is gestort op het rekeningnummer van de failliet (HR 5 september 1997, NJ 1998, 437 («**JOR**» 1997/102, m.nt. De Liagre Böhl en NEDF (*Ontvanger/Hamm q.q.*); *red.*)) doch daarvan of van een soortgelijk geval is hier geen sprake.

5.6.2. Het hof is daarenboven het volgende van oordeel. De partij die een voorlopige voorziening als de onderhavige vordert, moet in elk geval een zodanig belang hebben bij die vordering dat van hem niet kan worden gevergd dat hij de afloop van de bodemprocedure afwacht. Hieromtrent is het hof van oordeel dat Vos de stelling dat sprake is van financieel onvermogen aan zijn zijde niet, in elk geval niet voldoende met financiële bescheiden, zoals recente aangiftes inkomstenbelasting en/of overzichten van zijn bankrekening(en), heeft onderbouwd.

5.7. De rechtbank heeft, gelet op het vorenstaande, Vos in het incident op goede gronden veroordeeld in de kosten

van het incident. Het hof zal de kosten van dit incident in appel compenseren omdat beide partijen hebben te gelden als over en weer op enkele punten in het ongelijk gesteld.

6. De uitspraak

Het hof:

In de incidenten

verklaart Vos niet-ontvankelijk in zijn hoger beroep voor zover ingesteld tegen het vonnis van 9 april 2008;

vernietigt het tussen partijen op 3 februari 2010 gewezen vonnis in het incident doch slechts voor zover daarbij de vordering tot inzage in de administratie is afgewezen en doet wat dat betreft opnieuw recht als volgt:

veroordeelt de curator om aan Vos binnen zes weken na betekening van dit arrest inzage te verlenen in de volledige administratie van Aino N.V. op de plaats en in de staat waarin die zich thans bevindt;

compenseert de kosten van dit incident aldus dat iedere partij haar eigen kosten draagt;

wijst af het meer of anders gevorderde;

In de hoofdzaak:

verwijst de zaak naar de rol van 22 april 2014 voor memorie van antwoord aan de zijde van de curator.

Noot

1. In het hiervoor afgedrukte arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch is de vraag aan de orde of een wegens onbehoorlijke taakvervulling aansprakelijk gestelde oud-bestuurder (Vos) recht heeft op inzage in de volledige administratie van de gefailleerde vennootschap. Het hof beantwoordt deze vraag bevestigend en baseert zich hierbij op art. 6 EVRM en het daaraan inherente beginsel van gelijkheid der wapenen (zie onder meer EHRM 29 mei 1986, *NJ* 1987, 432, par. 44).

2. De feiten zijn als volgt. De betreffende oud-bestuurder Vos was vanaf de oprichting op 2 juni 2000 tot 1 juni 2002 bestuurder van de vennootschap Aino NV. Deze vennootschap wordt enkele maanden na het vertrek van Vos als bestuurder failliet verklaard. Viereneenhalf jaar later stelt de faillissementscurator een vordering in tegen Vos uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:138 lid 2 BW). Vos opent daarop een incident en vordert op grond van art. 843a Rv inzage in een groot aantal specifieke documenten en het recht daarvan naar believen kopieën te maken. Voorts vordert hij onvoorwaardelijke inzage in de administratie betreffende de periode van 1 januari 2000 tot en met 5 november 2002 en tevens het recht om daarvan naar believen kopieën te maken. De overige vorderingen van Vos zullen in deze noot buiten beschouwing worden gelaten.

3. De Rechtbank 's-Hertogenbosch wijst in eerste aanleg de vordering tot inzage in de specifieke documenten nagenoeg geheel af wegens gebrek aan rechtmatig belang. Zij overweegt dat, gelet op het feit dat Vos in staat is geweest uitvoerig voor antwoord te concluderen zonder de beschikking te hebben gehad over de administratie, in dit stadium van de procedure het rechtmatig belang bij kennisname van de administratie ontbreekt. Wel overweegt de rechtbank dat in een later stadium van de procedure nog beoordeeld zal worden of een van de partijen ten opzichte van de ander een bewijsvoordeel geniet in een mate die het noodzakelijk maakt dat maatregelen worden getroffen om het evenwicht tussen partijen in meer of mindere mate te herstellen. De vordering om onvoorwaardelijk inzage te verkrijgen in de administratie van de vennootschap wordt ook afgewezen. Interessant met het oog op hetgeen hieronder nog zal worden besproken, is dat het betoog van Vos, dat "*erop neerkomt dat de exhibitieplicht van een curator in een faillissement verder gaat dan die van een normale partij*", door de rechtbank wordt verworpen: "*Dat de curator een bijzondere taak uitoefent, betekent niet dat hij in een andere positie zou moeten worden geplaatst dan andere procespartijen*", aldus de rechtbank.

4. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch komt met betrekking tot de vordering tot inzage in de gehele administratie tot een andere conclusie. Het wijst eerst alle specifieke verzoeken tot inzage in de door Vos genoemde stukken af. Het hof overweegt, gelijk de rechtbank, dat rechtmatig belang ontbreekt. De invulling van het rechtmatig belang verschilt echter: het hof komt tot de conclusie dat het belang ontbreekt omdat Vos al grotendeels over deze stukken beschikt en voor het overige niet kan bewijzen dat de curator, die stelde de stukken niet in bezit te hebben, hierover beschikt. Interessanter is dat het tweede verzoek – om onvoorwaardelijke inzage in de volledige administratie – door het hof wel wordt toegewezen. Het hof overweegt dat het verdedigingsbelang van Vos, mede gelet op het aan art. 6 EVRM inherente beginsel van *equality of arms*, toewijzing rechtvaardigt, en dat Vos door een dergelijke inzage bewijsrechtelijk een meer met de curator vergelijkbare positie krijgt. De door het hof gegeven opsomming van meegewogen omstandigheden doet denken aan de KPNQwest-uitspraak van de Rechtbank Haarlem (Rb. Haarlem 10 oktober 2012, **«JOR» 2012/354**, m.nt. Ekelmans). Omstandigheden die terugkomen in beide uitspraken betreffen (i) het feit dat bestuurders en commissarissen het voeren van een ondeugdelijke administratie wordt verweten, (ii) dat zij juist van die administratie inzage vragen en (iii) dat het verwijt een lange periode uit een ver verleden betreft. Andere omstandigheden die het hof in deze zaak noemt, zijn het feit dat de curator uit hoofde van zijn functie in een geschil als het onderhavige niet volledig gelijkgesteld kan worden met een willekeurige civiele partij en dat de curator te allen tijde inzage heeft gehad in de administratie van Aino NV en hieruit stukken heeft gebruikt om zijn standpunt te onderbouwen.

5. Een andere weg die naar art. 6 EVRM leidde, werd gevolgd door de Rechtbank 's-Hertogenbosch in haar uitspraak van 14 november 2012 (**«JOR» 2013/68**, m.nt. Ekelmans (*Hoppenbrouwers q.q./Linders&Nolde Holding c.s.*)). De rechtbank haalde in die uitspraak (het niet meteen voor de hand liggende) art. 2:10 lid 2 BW van stal om het verzoek tot inzage in de administratie toe te wijzen. De redenering is dat de uit art. 2:10 lid 2 BW voortvloeiende bewaarplicht van bestuurders niet eindigt bij faillissement; in die zaak ging het – in tegenstelling tot KPNQwest en de onderhavige casus – om bestuurders die ten tijde van het faillissement nog bestuurder van de vennootschap waren. Belangrijker in deze context is dat de rechtbank bij de beoordeling van het recht op inzage expliciet art. 843a Rv afweegt tegen het uit art. 6 EVRM voortvloeiende belang van een procedure die voldoet aan de eisen van *fair trial* en *equality of arms*, die uiteindelijk ook in die procedure dienden te prevaleren.

6. De route van art. 6 EVRM zoals het hof deze heeft bewandeld in dit arrest biedt oud-bestuurders grote voordelen. Zij zien hun op art. 843a Rv gebaseerde vorderingen vaak stranden op de overweging dat de vordering onvoldoende gespecificeerd is (o.a. Rb. Utrecht 17 november 2010, *JONDR* 2011, 93 (*Van Andel/Ernst & Young*) en Rb. Arnhem 21 maart 2012, **ECLI:NL:RBARN:2012:BW0683** (*Reco Holding*)), of op het ontbreken van voldoende rechtmatig belang (Gerechtshof Amsterdam 10 december 2013, **ECLI:NL:GHAMS:2013:4553** (*Flynth*) en Gerechtshof Leeuwarden 27 maart 2012, **ECLI:NL:GHLEE:2012:BW0019** (*UNIS/JC-Electronics*)). Ook in de onderhavige procedure werd de vordering tot inzage in specifieke documenten zowel in eerste aanleg als in hoger beroep afgewezen bij gebrek aan rechtmatig belang. De hierboven besproken jurisprudentie lijkt erop te wijzen dat een oud-bestuurder er wellicht goed aan doet om primair onvoorwaardelijke inzage te vorderen in de volledige administratie en daarbij een expliciet beroep te doen op de in art. 6 EVRM besloten liggende gelijkheid der wapenen. Subsidiair zou dan inzage in specifieke bescheiden kunnen worden gevorderd op grond van art. 843a Rv.

7. Een vraag die gesteld kan worden is of art. 6 EVRM hier niet al te ruim wordt toegepast. Zonder twijfel omvat art. 6 EVRM, op grond van vaste rechtspraak van het EHRM, het recht “*to make known any evidence needed for his claims to succeed, but also to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed with a view to influencing the court’s decision*” (o.a. EHRM 18 februari 1997, *NJ* 1997, 590, par. 24). De wijze waarop art. 6 EVRM in de hierboven besproken rechtspraak wordt toegepast gaat echter verder, omdat het gebruikt wordt om een partij een algemeen recht op bewijs (en niet eens op bewijs: op documenten waarvan eiser meent dat zij *mogelijk* als bewijs zouden *kunnen* dienen) toe te kennen, welk bewijs overigens niet aan de rechter is voorgelegd en dus de rechter ook niet kan hebben beïnvloed. Een dergelijk recht lijkt niet (direct) te volgen uit jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad, noch uit de tekst of de totstandkomingsgeschiedenis van het EVRM. Het Verdrag bevat geen regels omtrent bewijsrecht (EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, par. 34 en EHRM 5 juli 2007, *NJ* 2010, 323, par. 44). Er is ook geen reden om aan te nemen dat de landen van de Raad van Europa beoogd zouden hebben de (rechtsregels omtrent de) toegang tot bescheiden te harmoniseren; daarvoor zijn de onderlinge verschillen ook veel te groot (zie Ekelmans, *De exhibitieplicht*, diss. Groningen 2010, p. 57 en 58). De jurisprudentie van het EHRM lijkt bovendien

eerder de tegenovergestelde kant op te wijzen: “*In its opinion, the adversarial principle, thus defined, does not require that each party in “civil” cases must transmit to its opponent documents which, as in the instant case, have not been presented to the court either.*” (EHRM 24 april 2003, nr. 44962/98 (*Yvon v. France*), par. 38, in gelijke zin menend dat geen algemeen recht op bewijs voortvloeit uit art. 6 EVRM: W.D.H. Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2013/64-68). De realiteit dat de ene partij in voorkomende gevallen zal beschikken over meer bewijsmiddelen dan haar wederpartij, is ook volgens de Hoge Raad niet strijdig met art. 6 EVRM en geeft evenmin een op dat artikel gegrond recht op inzage in onder de wederpartij rustend bewijsmateriaal (zie HR 30 januari 1998, *NJ* 1998, 459, r.o. 3.5, HR 10 augustus 2001, *NJ* 2001, 526, r.o. 3.6, HR 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589, r.o. 3.7.2 en nader Ekemans, *De exhibitieplicht*, diss. Groningen 2010, p. 53 e.v.). Waarom art. 6 EVRM toepasbaar zou zijn op niet in het geding gebrachte bescheiden en zo een recht op bewijs zou inhouden, wordt uit de hierboven besproken jurisprudentie over oud-bestuurders overigens niet duidelijk.

8. Al met al komt het hof tot een – naar mijn mening – billijk resultaat. Het lijkt mij echter wel zuiverder om een dergelijke vordering tot inzage in (een deel van) de administratie in te kleden naar de eisen van art. 843a Rv (of art. 3:15j BW, of art. 162 Rv), waarbij art. 6 EVRM als inkleuring zou kunnen dienen. Dat ook de wetgever zich daar rekenschap van geeft, blijkt uit het thans aanhangige voorstel tot herziening van het inzagerecht, dat “[bij]draagt (...) aan het in artikel 6 van het EVRM tot uitdrukking gebrachte beginsel van een ‘fair trial’, waarvan de ‘equality of arms’ onderdeel uitmaakt.” (*Kamerstukken II*, 2011/12, 33 079, nr. 3, p. 2). In de regel zou het door art. 843a Rv voorgeschreven rechtmatig belang bij inzage in de administratie in procedures waarin oud-bestuurders door de curator wordt verweten niet te hebben voldaan aan de administratieplicht, naar mijn mening welhaast een gegeven moeten zijn. De andere mogelijke hindernis voor oud-bestuurders bij een beroep op art. 843a Rv om inzage te krijgen in de administratie is het onder 6 al genoemde specificiteitsvereiste. Dit vereiste is in het arrest van de Hoge Raad van 26 oktober 2012 (**«JOR» 2013/30**, m.nt. Jansen (*X/Theodoor Gillissen Bankiers*)) ruim uitgelegd, waardoor het geen onoverkoombare hindernis meer lijkt (zie in gelijke zin de noot van Ekemans onder Rb. ‘s-Hertogenbosch 14 november 2012, **«JOR» 2013/68**, (*Hoppenbrouwers q.q./X*)). Ook via deze weg zou derhalve inzage in de administratie kunnen worden gevorderd (al dan niet voor de voor de aansprakelijkheidsprocedure relevante periode, zoals ook oorspronkelijk gevorderd in eerste aanleg). Wat daar verder ook van zij, de onderhavige uitspraak past goed in de lijn die is ingezet met de uitspraken inzake KPNQwest en Hoppenbrouwers q.q./X. Of dit de definitieve lijn is die de rechtspraak zal volgen, is de vraag. (Ex-)bestuurders van failliete vennootschappen kunnen zich in ieder geval verblijden met deze derde gunstige uitspraak.

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam
