mr. M.H.B.F. Lambie

IN NAAM DER KONINGIN

VONNIS

van de rechtbank Utrecht, meervoudige kamer voor de behandeling van burgerlijke zaken, in de zaak van:

Mr. Barent Ten Doesschate q.q.,
wonende te Bilthoven,
in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de stichting Stichting Befra,
e i s e r,
procureur: mr. M.H.B.F. Lambie,

- t e g e n -

1. Clemens Maria Adrianus van Riet,
wonende te Utrecht,
procureur: mr. H. Dulack,

2. Johannes Henricus Marie van Beers,
wonende te Bussum,
procureur: mr. B.F. Keulen,

3. Henk Johannes Folkers,
wonende te 's-Gravenhage,
procureur: mr. P.J. Soede,

g e d a a g d e n.

Eiser zal in dit vonnis worden aangeduid als "de curator" en de gedaagden zullen gezamenlijk worden aangeduid als "de bestuurders". Gedaagden zullen elk afzonderlijk worden aangeduid als respectievelijk "Van Riet", "Van Beers" en "Folkers".

1.
Het verloop van de procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit de volgende processtukken:
- de dagvaarding van 16 juli 2002, met productie;
- de conclusie van antwoord zijdens Van Riet, met producties;
- de conclusie van antwoord zijdens Van Beers, met producties;
- de conclusie van antwoord zijdens Folkers, met producties;
- de akte ex artikel 128 lid 5 Rv. zijdens Van Riet;
- de akte houdende aandraging bewijsmiddelen en getuigen zijdens van Beers;
- de akte ex artikel 128, lid 5 Rv. zijdens Folkers;
- de conclusie van repliek, met productie;
- de conclusie van dupliek zijdens Van Riet, met productie;
- de conclusie van dupliek zijdens Van Beers, met producties;
- de conclusie van dupliek zijdens Folkers, met productie;
- de akte houdende uitlating producties;
- de akte houdende overlegging producties zijdens de curator;
- de akte houdende overlegging producties bij pleidooi zijdens Van Beers.

Partijen hebben hun zaak doen bepleiten op 23 maart 2004. Bij deze gelegenheid zijn door alle partijen pleitnotities overgelegd.

Partijen hebben vervolgens aan de rechtbank verzocht om vonnis te wijzen.

2.
De vaststaande feiten

2.1. De stichting Befra (hierna "Befra") is opgericht op 20 februari 1998 door Fra Vermogensadvies B.V. (hierna "FV"), en de heer L.A. Niemandtsverdriet. Niemandtsverdriet was een werknemer van FV. Alle aandelen in het kapitaal van FV werden gehouden door Fra Hold B.V. (hierna "Fra hold"). De aandelen Fra hold werden toentertijd gehouden door de heren Folkers (76%), Leijdsman (12%) en Van Beers (12%), die tevens gezamenlijk het bestuur van deze vennootschap vormden. Folkers en Van Beers waren op dat moment tevens bestuurder van FV.

2.2. FV was secretaris en penningmeester van Befra en Niemandtsverdriet was voorzitter. Befra had als doel het voeren van beheer over beleggingsvennootschappen en het adviseren op het gebied van vermogensplanning. Befra is op 16 oktober 1998 ingeschreven als cliëntenremissier in het register van de Autoriteit Financiële Markten (hierna "AFM"). Befra kon op grond van die status cliënten aanbrengen bij effecteninstellingen of beleggingsinstellingen. De werkwijze van Befra was, samengevat, als volgt. Befra richtte samen met een cliënt een commanditaire vennootschap op, waarin Befra als beherend vennoot optrad. De cliënt bracht als commandiet het kapitaal voor de CV in. De CV belegde vervolgens de gelden die tot haar beschikking stonden.

2.3. Fra Hold en haar dochtervennootschappen (hierna "de Fra groep") verkeerden begin 1998 al in financiële problemen. Op verzoek van Avero Bank N.V., de financier van de Fra groep, is Van Riet als interim-manager bij Fra hold betrokken geraakt. Van Riet is op 27 mei 1998 benoemd tot statutair bestuurder van Fra hold. Avero Bank N.V. heeft vervolgens het aan haar verleende pandrecht op de aandelen Fra hold uitgeoefend. Zij heeft het ertoe geleid dat de aan haar gelieerde vennootschap Avero B.V. (hierna: "Avero") vanaf 17 augustus 1998 alle aandelen Fra hold in handen kreeg.

2.4. Folkers is op 25 augustus 1998 afgetreden als bestuurder van FV en op 22 oktober 1998 als bestuurder van Fra hold. Van Beers is op 25 augustus 1998 ook afgetreden als bestuurder van FV. Fra hold is op die datum benoemd tot bestuurder van FV.

2.5. Avero heeft een koper gezocht voor haar aandelen in het kapitaal van Fra hold. Avero heeft voorafgaande aan de verkoop KPMG Accountants opdracht gegeven om een due diligence onderzoek uit te voeren naar de gang van zaken bij de Fra-groep. Uit het rapport van KPMG, dat dateert van 4 november 1998, volgt (onder meer): *"De op korte termijn te treffen maatregelen zijn met name het scheppen van een financieel en organisatorisch beheerskader(...) de Fra* [is] *technisch failliet (...) De indruk bestaat dat mede als gevolg van een andere prioriteitsstelling van de directie in de afgelopen jaren, aspecten van administratieve organisatie en interne controle slechts zeer beperkt aandacht hebben gehad.".* In het rapport wordt geen aandacht besteed aan Befra. Befra is echter wel, zei het onder een andere naam, opgenomen in het organogram van de Fra-groep weergegeven in het rapport.

2.6. Van Riet is voordat de onderhandelingen met betrekking tot die verkoop een aanvang namen, afgetreden als bestuurder van Fra hold. Dat was op 27 april 1999. Avero heeft op 1 juli 1999 70% van de aandelen in het kapitaal van Fra hold verkocht aan Leeman Management Consultancy B.V. (hierna "LMC"). Van Beers is op 1 juli 1999 afgetreden als bestuurder van Fra hold. De heren Leeman en Stoer zijn op die datum benoemd tot bestuurders van Fra hold.

2.7. Niemandtsverdriet is op 1 maart 2000 door toedoen van Leeman ontslagen als bestuurslid van Befra. Hij was op 16 februari 2000 op staande voet ontslagen als werknemer van FV. Oorzaak hiervan was de omstandigheid dat Niemandtsverdriet weigerde om Leeman inzage te geven in de gang van zaken bij Befra. Befra heeft na dit ontslag in een kort geding procedure afgifte gevorderd van de administratie en andere bescheiden van Befra die Niemandtsverdriet nog onder zich had. Niemandtsverdriet heeft aan dit vonnis, en een daaropvolgend vonnis van gelijke strekking, nauwelijks gevolg gegeven.

2.8. Fra hold en haar dochtervennootschappen zijn, op eigen verzoek, op 2 augustus 2000 failliet verklaard. De curatoren hebben vervolgens het faillissement van Befra aangevraagd. Dat faillissement is op 8 augustus 2000 uitgesproken. De oorspronkelijk benoemde curatoren zijn inmiddels vervangen door de curator.

2.9. De curatoren hebben een boedelaccountant aangesteld, Blömer, die onderzoek heeft gedaan naar de administratie van Befra en van de CV's waarvoor zij als beherend vennoot optrad. Blömer heeft op 12 december 2001 een rapport uitgebracht. In de conclusies van dat rapport is onder meer opgemerkt: *"Van de stichting is een beperkte hoeveelheid administratie aangetroffen. De aangetroffen (geautomatiseerde) boekhouding is voorts onvolledig en niet betrouwbaar gebleken. Aanwezige jaarrekeningen van de stichting bevatten onjuiste gegevens en sluiten niet aan op de aangetroffen boekhouding. Diverse primaire (administratieve) bescheiden ontbreken.*
Het is niet mogelijk gebleken uit de aanwezige administratie een betrouwbare vermogenstoestand van de stichting af te leiden. Uitgaande van de aangetroffen administratie moet worden geconcludeerd dat niet aan redelijkerwijs te stellen eisen van administratievoering is voldaan.
Overigens kan worden opgemerkt dat slechts in beperkte mate (administratieve) bescheiden zijn aangetroffen waaruit het afleggen van interne verantwoording blijkt, zowel binnen het stichtingsbestuur als aan de directie van de Fra-vennootschappen.
Ten aanzien van de C.V.'s zijn eveneens onvolledige administraties aangetroffen.(...)
De aangetroffen periodieke rapportages en jaarrekeningen van de C.V.'s die zijn opgesteld ten behoeve van de commandieten bevatten zeer veel onjuistheden. Uit de gemaakte selectie kan worden afgeleid dat de onjuistheden stelselmatig en gedurende alle jaren voorkwamen. De onderzochte maandrapportages en jaarrekeningen zijn niet als betrouwbaar te kenmerken.(...)
Met name in 2000 hebben omvangrijke geldstromen tussen de stichting en de Fra-vennootschappen plaatsgevonden. Ook hiervoor geldt dat onderbouwing of toelichting in het merendeel van de gevallen ontbreekt. (...)
Tussen de stichting en de C.V.'s enerzijds en de heer Niemandtsverdriet anderzijds hebben vele financiële transacties plaatsgevonden. Van een groot deel van deze transacties blijft de onderbouwing en toelichting onduidelijk of afwezig. Het betreft zowel contante als bancaire opnamen en stortingen. Tevens zijn tenaamstellingen van beleggingen gewijzigd op aanwijzing van de heer Niemandtsverdriet zonder dat hiervoor deugdelijke onderbouwingen zijn aangetroffen."

2.10. Niemandtsverdriet heeft een deel van het vermogen van Befra verduisterd. Hij heeft inmiddels een bedrag van € 347.141,87, toebehorend aan Befra, terugbetaald. Niemandtsverdriet is op 5 juni 2001 failliet verklaard. Hij is voorts veroordeeld tot één jaar gevangenisstraf vanwege verduistering van gelden van Befra en de CV's.

3.
De vordering en het verweer

3.1. De curator heeft gevorderd dat de rechtbank, bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, de bestuurders hoofdelijk veroordeelt tot betaling van het faillissementstekort, thans begroot op een bedrag ad € 4.537.802,=, althans een bedrag dat de rechtbank in goede justitie vermeent te behoren, alsmede tot betaling van de kosten van deze procedure, alsmede tot betaling van de kosten van de conservatoire beslagen.

3.2. De curator heeft bij pleidooi de rechtbank verzocht om de bepaling van de omvang van de vergoeding die de bestuurders aan de boedel dienen te betalen te verwijzen naar een schadestaatprocedure.

3.3. De curator heeft gesteld dat de bestuurders de stichting kennelijk onbehoorlijk hebben bestuurd. De curator heeft daartoe primair een beroep gedaan op artikel 2:138 BW en subsidiair op artikel 2:9 BW. De bepalingen van artikel 2:138 BW zijn ingevolge artikel 2:300a ook van toepassing op een stichting die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen. Volgens de curator is Befra aan de heffing van vennootschapbelasting onderworpen, de bestuurders betwisten dit.

3.4. De curator heeft vervolgens gesteld dat de bestuurders niet hebben voldaan aan hun verplichtingen voortvloeiende uit artikel 2:10 BW. De bestuurders hebben, aldus de curator, geen zodanige administratie van Befra en de CV's bijgehouden dat daaruit te allen tijden de verplichtingen van Befra (en de CV's) gekend konden worden. De bestuurders hebben betwist dat de administratie van Befra gebrekkig was en hebben bovendien gesteld dat de gebrekkige administratie van de CV's geen schending van de in artikel 2:10 BW vervatte boekhoudverplichting oplevert.

3.5. De curator heeft voorts gesteld dat, omdat de bestuurders hun verplichtingen uit artikel 2:10 BW niet hebben vervuld, ingevolge artikel 2:138 lid 2 vast staat dat zij hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld. Het wordt tevens vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Tegen dit vermoeden is tegenbewijs mogelijk. De bestuurders hebben gesteld dat uit de door hen aangevoerde omstandigheden blijkt dat de administratie van Befra geen belangrijke oorzaak was van het faillissement van Befra maar dat daarvoor andere, belangrijkere, oorzaken zijn aan te wijzen.

3.6. De bestuurders hebben voorts, ieder afzonderlijk, gesteld dat hen in deze geen blaam treft. Zij hebben gesteld dat zij op grond van artikel 2:138 lid 3 (de persoonlijke disculpatie) niet aansprakelijk kunnen worden gehouden. Zij hebben voorts, andermaal ieder afzonderlijk, een beroep gedaan op matiging (artikel 2:138 lid 4). Daartoe hebben zij onder meer aangevoerd dat zij slechts voor een beperkte periode (indirect) bestuurder van Befra zijn geweest.

4.
De beoordeling

Vooraf

4.1. De rechtbank zal in het hierna volgende de stellingen en weren van de afzonderlijke bestuurders met betrekking tot hetgeen in overweging 3.3. tot en met 3.5. is omschreven, gezamenlijk behandelen. De bestuurders hebben op die punten dezelfde verweren gevoerd. Daar waar een bepaald verweer niet door alle bestuurders is gevoerd zal de rechtbank zulks aangeven en, zo nodig, de consequenties daarvan beoordelen. In dit verband is van belang dat de wet voorschrijft dat iedere bestuurder, en dat betekent ook iedereen die in een periode van drie jaar voorafgaande aan het faillissement bestuurder is geweest, op grond van artikel 2:138 BW aansprakelijk is indien het bestuur haar taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en die kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak was van het faillissement. De vraag of en in welke mate een specifieke bestuurder schadeplichtig is, komt pas aan de orde bij de beoordeling van de vraag of er gronden aanwezig zijn voor disculpatie of (al dan niet individuele) matiging. Uit het systeem van artikel 2:138 BW volgt derhalve dat alle verweren van de bestuurders die betrekking hebben op de beperkte periode dat zij bestuurder van Befra waren, gezien moeten worden als i) tegenbewijs tegen het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak was van het faillissement en ii) een beroep op (individuele) matiging van aansprakelijkheid op grond van artikel 2:138 lid 4, tweede zin. Bij beoordeling van het hiervoor genoemde tegenbewijs zal de rechtbank derhalve ook op de positie van de individuele bestuurders ingaan.

4.2. Bij de beoordeling van de gang van zaken bij Befra acht de rechtbank het van groot belang dat Befra zich bezig hield met het beleggen van gelden van derden. Befra hield zich volgens haar statuten weliswaar formeel bezig met het onderbrengen van te beleggen gelden bij vermogensbeheerders, maar de rechtbank is van oordeel dat Befra, ook in de uitoefening van die taak, zeker in de door haar gekozen opzet waarbij zij als beherend vennoot van een CV optrad, de beschikking kreeg over gelden en vermogenswaarden van derden. Teneinde het publiek te beschermen tegen de risico's van dit soort activiteiten geldt hiervoor een vergunningsplicht. Ook Befra beschikte over een vergunning van de AFM. Vanwege deze activiteiten, waarvan de bestuurders allen op de hoogte waren, rustte op deze bestuurders een extra zorgplicht. Van bestuurders van rechtspersonen die gelden of vermogenswaarden van derden beheren mag verwacht worden dat zij er op toezien dat zorgvuldig met die gelden en vermogenswaarden wordt omgesprongen. Bestuurders van dergelijke rechtspersonen dienen in het bijzonder te waken voor misbruik van die gelden of vermogenswaarden door werknemers of medebestuurders en voor vermenging van vermogens van verschillende cliënten met elkaar of met het vermogen van de vennootschap. Aan hen worden, gezien de aard van de werkzaamheden van de vennootschap, extra eisen gesteld met name op het gebied van interne controle en administratie. In de hierna volgende beoordeling van de gang van zaken bij Befra, en de rol van de bestuurders daarbij, zal de rechtbank dit leidende beginsel steeds voor ogen houden.

4.3. De rechtbank hecht er voorts aan om, voordat zij nader op de stellingen van partijen ingaat, op te merken dat uitgangspunt van de wettelijke regeling van bestuurdersaansprakelijkheid is dat iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is voor (de gevolgen van) het beleid van de rechtspersoon. De stelling van de bestuurders dat de door hen vervulde functie slechts een formaliteit was, gaat dus

niet op. Het vervullen van een bestuursfunctie betekent het aanvaarden van verantwoordelijkheid voor dat bestuur. Een bestuursfunctie is dus, per definitie, nooit een formaliteit.

Artikel 2:11 BW

4.4. Van Beers heeft gesteld dat de curator niet ontvankelijk is in zijn vordering omdat Van Beers niet in persoon bestuurder van Befra is geweest. Hij was dat alleen in hoedanigheid van bestuurder van FV en Fra hold. Aangezien de aansprakelijkheid van FV en Fra hold (nog) niet vast staat, kan, volgens Van Beers, de curator geen beroep doen op artikel 2:11 BW.

4.5. De rechtbank is van oordeel dat de curator wel degelijk ontvankelijk is in zijn vordering. Artikel 2:11 BW is geschreven om dit soort verweren te voorkomen. Artikel 2:11 BW geeft de curator de mogelijkheid om direct, zonder eerst de tussenliggende rechtspersonen aan te spreken, de achterliggende natuurlijke persoon aan te spreken.

Toepasselijkheid van artikel 2:138 BW

4.6. De bestuurders hebben gesteld dat artikel 2:138 BW in dit geval toepassing mist. Befra is een stichting en artikel 2:138 BW is derhalve alleen van toepassing in de in artikel 2:300a BW beschreven situatie. Dit laatste artikel bepaalt dat 2:138 BW van overeenkomstige toepassing is in geval van faillissement van een stichting die aan de heffing van vennootschapsbelasting (hierna "vpb") is onderworpen. Volgens de bestuurders is Befra niet aan de heffing van vpb onderworpen. Zij hebben daartoe - onder meer - het volgende aangevoerd:

- het belastingadvieskantoor Looyens en Volkmaars heeft namens Befra op 15 april 1998 aan de belastingdienst ondernemingen Utrecht verzocht ermee in te stemmen dat Befra niet onderworpen is aan de heffing van vpb omdat Befra, samengevat, geen onderneming drijft in de zin van artikel 2 lid 1d wet op de vpb;
- de belastingdienst heeft, ondanks een tweede verzoek, nooit gereageerd op voornoemd verzoek van Befra en Befra mocht er derhalve op vertrouwen dat de belastingdienst met haar verzoek instemde;
- de belastingdienst heeft voorafgaande aan het faillissement nooit aanslagen vpb aan Befra opgelegd;
- de aanslagen vpb die de belastingdienst na het faillissement heeft opgelegd zijn pro forma aanslagen die enkel zijn opgelegd om de positie van de belastingdienst veilig te stellen; dat is een standaard procedure in geval van een faillissement en niet het resultaat van een afgewogen oordeel;
- deze aanslagen waren opgelegd voor respectievelijk *f* 1,= en nihil, waaruit het hiervoor gestelde eens te meer blijkt;
- de curator heeft verzuimd om bezwaar aan te tekenen tegen de pro-forma aanslagen terwijl hij wist dat er op zijn minst twijfel bestond over de vraag of Befra vpb-plichtig was; door dit na te laten heeft de curator jegens de bestuurders niet de zorg betracht die hij jegens hen in acht had behoren te nemen, derhalve heeft hij onrechtmatig gehandeld en dient hij niet ontvankelijk te worden verklaard in zijn vordering;
- in de jaarstukken van Befra over 1998 en 1999 is vermeld dat Befra was vrijgesteld van de heffing van vpb;
- Befra trad niet naar buiten toe met haar product, het werd in de markt gezet als een product van "de financiële raadgevers";
- Befra was opgezet om als beherend vennoot van de CV's te opereren, het is nooit de bedoeling geweest dat Befra daarnaast activiteiten ontplooide. De handelingen als beherend vennoot kunnen uitsluitend aan de CV's worden toegerekend;

- Befra werkte tegen een winstafhankelijke beloning, zodat er geen verband bestond tussen de werkzaamheden en de daarvoor te ontvangen vergoeding, hetgeen in een commerciële onderneming wel het geval zou zijn geweest;
- het ondernemersrisico van de activiteiten van Befra lag niet bij Befra maar bij FV, de resultaten van Befra zijn ook in de financiële gegevens van FV verwerkt;
- Befra had geen eigen personeel maar gebruikte personeel van andere vennootschappen, er was dus geen sprake van duurzame organisatie van arbeid;
- als Befra al vpb-plichtig is dan is dat het gevolg van omstandigheden die zich hebben voorgedaan na het ontslag van de bestuurders.

4.7. De curator heeft gesteld dat Befra wel degelijk aan de heffing van vpb onderhevig is. De belastingdienst heeft, na het faillissement, over 1998 en 1999 aanslagen vpb opgelegd. De curator heeft in dit verband voorts - onder meer - aangevoerd:
- de feitelijke praktijk van Befra was anders dan beschreven in de brief van Looyens en Volkmaars. Blömer constateert dat vanaf omstreeks maart 1999 de gelden van de CV's overgeboekt werden naar de bankrekening van Befra en door Befra, en op naam van Befra, werden belegd. Befra heeft ook al tussen juni en november 1998 optietransacties uitgevoerd;
- aan de jaarstukken van Befra kan geen enkel argument ontleend worden, die zijn immers door Befra zelf opgesteld en het was in het belang van Befra om niet als belastingplichtige voor de vpb te worden beschouwd;
- Befra dreef een onderneming in de zin van de wet vpb en/of verrichtte werkzaamheden waarmee zij in concurrentie trad met andere belastingplichtige personen;
- Befra bracht de CV's voor haar werkzaamheden een zakelijke vergoeding in rekening;
- Befra heeft in 1998 en 1999 positieve resultaten laten zien;
- uit de statutaire doelomschrijving van Befra volgt ook dat Befra een onderneming dreef, immers daarin wordt verwezen naar "de door uitoefening van de onderneming te maken winst";
- het inhuren van werknemers maakt niet dat er binnen een organisatie geen duurzame organisatie van arbeid is.

4.8. De rechtbank overweegt in dit verband als volgt. Teneinde te bepalen of een vennootschap vpb-plichtig is kan de omstandigheid dat door de belastingdienst al dan niet een aanslag vpb is opgelegd meegewogen worden. Het is echter niet zo dat door het enkele feit dat een aanslag is opgelegd, of dat de belastingdienst heeft verzuimd om een aanslag op te leggen, vast staat of de vennootschap vpb-plichtig is. De rechtbank dient zelf te oordelen over de vraag of Befra aan de criteria neergelegd in de wet vpb voldeed. De rechtbank zal dit, in de context van deze procedure, doen op basis van de stellingen en weren van partijen.

4.9. De rechtbank is van oordeel dat zij ter beantwoording van de vraag of Befra vpb-plichtig is in de zin van artikel 2:300a BW geen deskundige behoeft te benoemen. Het is ook niet zo dat zij niet over deze vraag kan oordelen omdat deze tot het exclusieve domein van de belastingrechter behoort, zoals door de bestuurders is betoogd. Het gaat hier niet om de vraag of vpb van Befra moet worden geheven, maar om de vraag of ingevolge de bepalingen van boek 2 BW Befra moet worden gezien als een stichting waarop artikel 2:138 BW van toepassing is. De wetgever heeft voor de beantwoording van deze vraag aansluiting gezocht bij de vraag of een stichting vpb-plichtig is en niet bij de vraag of van die stichting daadwerkelijk vpb wordt geheven. Die laatste vraag dient immers slechts te worden beoordeeld door de belastingdienst die om allerlei redenen kan besluiten om af te zien van belastingheffing. Het niet heffen van vpb door de belastingdienst kan echter niet

het gevolg hebben dat een stichting, die als een onderneming aan het handelsverkeer deelneemt, niet aan dezelfde spelregels is gebonden als andere ondernemingen. Voor bestuurders van een stichting, die als een onderneming aan het handelsverkeer deelneemt, dienen dezelfde zorgvuldigheidseisen te gelden als voor bestuurders van gelijksoortige, in een andere rechtsvorm gegoten ondernemingen. De rechtbank zal derhalve zelfstandig op de voet van artikel 2 lid 1 sub d j° artikel 4 sub a wet op de Vpb dienen te beoordelen of Befra voldoet aan de door de wetgever in de wet op de vpb geformuleerde criteria. De rechtbank zal derhalve beoordelen of Befra een onderneming drijft, dan wel daarop gelijkende activiteiten uitoefent waarmee zij in concurrentie treedt met ondernemers die aan de inkomstenbelasting of vpb onderhevig zijn.

4.10. In het licht van hetgeen in overweging 4.9. is overwogen behoeft de rechtbank niet in te gaan op de stellingen van partijen aangaande de vraag of de belastingdienst, door haar stilzwijgen, heeft ingestemd met het niet heffen van vpb van Befra en de vraag of Befra al dan niet rechten kan ontlenen aan dat stilzwijgen.

4.11. De bestuurders hebben de curator verweten dat hij de twijfel over de vraag of Befra al dan niet vpb-plichtig was onnodig heeft laten voortduren door niet in bezwaar te gaan tegen de pro-forma aanslagen van de fiscus. De rechtbank is van oordeel dat de curator door dit na te laten weliswaar niet op de meest zorgvuldige wijze met de belangen van de bestuurders is omgesprongen, maar dat zijn opstelling niet zodanig is geweest dat hij niet ontvankelijk dient te worden verklaard in zijn vordering. De bestuurders hebben immers de kans gehad, en hebben die kans ook ten volle benut, om in deze procedure hun stellingen aangaande de vraag of Befra vpb-plichtig is naar voren te brengen.

4.12. De rechtbank is op grond van de stellingen van partijen van oordeel dat Befra moet worden beschouwd als een onderneming die concurreerde met andere ondernemingen die onderhevig zijn aan de heffing van inkomstenbelasting of vpb. Befra was dus onderworpen aan de heffing van vpb in de zin van artikel 2:300a BW, en dus is artikel 2:138 BW op de bestuurders van Befra van toepassing. De rechtbank is op grond van de navolgende omstandigheden tot deze conclusie gekomen:

- Befra trad op als een vermogensbeheerder en dat deed zij al in 1998 door als beherend vennoot van een CV optietransacties aan te gaan;
- het kan dus weliswaar de intentie van de bestuurders zijn geweest dat Befra enkel als beherend vennoot voor de CV's zou optreden, maar in de praktijk is aan de rol van Befra een andere invulling gegeven;
- de handelingen als vermogensbeheerder werden weliswaar verricht als beherend vennoot van een CV maar Befra deed dat niet ter uitvoering van haar contractuele relatie met de commandiet, die handelingen zijn dus wel degelijk aan Befra toe te rekenen en niet aan de CV;
- door op te treden als vermogensbeheerder verrichtte Befra commerciële activiteiten die ook door andere ondernemers worden verricht, Befra trad daarmee derhalve in concurrentie met andere commerciële ondernemers;
- Befra was (volgens haar statuten) gericht op het maken van winst en maakte ook daadwerkelijk winst;
- Befra had weliswaar geen eigen personeel maar zij huurde tegen betaling personeel in van groepsvennootschappen, het ging daarbij steeds om dezelfde personen die derhalve feitelijk (al dan niet voor een gedeelte van hun werktijd) werkzaamheden verrichten voor Befra;
- Niemandtsverdriet ontving bonussen voor zijn werkzaamheden bij Befra die werden vastgesteld aan de hand van de resultaten van Befra;

- het bestuur (en met name Niemandtsverdriet) heeft voor haar werkzaamheden aanzienlijke kosten bij Befra in rekening gebracht;
- de enkele omstandigheid dat het product van Befra in de markt werd gezet als een product van "de financiële raadgevers", een handelsnaam waarmee de Fra groep naar buiten trad, is niet voldoende om aan te nemen dat Befra zich niet bezig hield met de verkoop van haar beleggingsproduct. De rechtbank hecht in dat verband meer waarde aan de omstandigheden dat (i) de vertegenwoordigers van de Fra groep commissie van Befra ontvingen bij de verkoop van CV constructies en (ii) alle contact met de commandieten verliep via Befra;
- in tegenstelling tot de bestuurders is de rechtbank van oordeel dat de omstandigheid dat Befra in de relatie met de commandieten voor een winstafhankelijke beloning heeft gekozen, er op wijst dat Befra een commerciële onderneming is. Immers een niet-commerciële onderneming zal geen risico willen lopen, maar ook geen winst willen boeken, en derhalve juist kiezen voor een kostendekkende beloningsstructuur.

Administratie

4.13. De curator heeft een beroep gedaan op het tweede lid van artikel 2:138 BW. Volgens de curator hebben de bestuurders geen zodanige administratie van Befra gevoerd dat daaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen van Befra kenbaar waren. De bestuurders hebben in dit verband onder meer betoogd dat voor de beoordeling van de vraag of zij de administratieverplichting hebben geschonden niet de door de curator aangetroffen administratie, maar de administratie op het moment dat zij bestuurder waren, dus de administratie tot het moment van hun aftreden, relevant is. De curator dient volgens hen aan te tonen dat de administratie op dat moment niet voldeed aan de vereisten van artikel 2:10 BW. De rechtbank is van oordeel dat voor dat uitgangspunt geen wettelijke grondslag bestaat. Artikel 2:138 lid 2 BW en artikel 2:10 BW gaan er van uit dat de vennootschap te allen tijde een adequate administratie moet voeren. Als de curator een dergelijke administratie niet aantreft, staat daarmee in beginsel vast dat de bestuurders, zowel de bestuurders die in functie waren op het moment van het uitspreken van het faillissement als de bestuurders die in een periode van drie jaar daaraan voorafgaand zijn afgetreden, hun taak onbehoorlijk hebben vervuld. De bestuurders dienen in die omstandigheid aannemelijk te maken dat de administratie op het moment dat zij bestuurder waren, wel aan de vereisten van artikel 2:10 BW voldeed.

4.14. De bestuurders hebben voorts gesteld dat de administratie van de CV's geen onderdeel uitmaakt van de administratie van Befra in de zin van artikel 2:10 BW. Volgens de bestuurders volgt uit de omstandigheid dat een CV een afgescheiden vermogen heeft, dat een CV ook een eigen, afgescheiden, administratie heeft. De rechtbank is echter van oordeel dat die opvatting niet strookt met het bepaalde in de tweede zin van artikel 2:138 lid 2 BW. Daar is bepaald dat het bestuur haar taak ook onbehoorlijk heeft vervuld als de vennootschap volledig aansprakelijk vennoot is van een CV die niet heeft voldaan aan de verplichtingen van artikel 3:15i BW. In dat laatste artikel is een administratieverplichting voor onder meer CV's neergelegd. De aldaar geformuleerde verplichting is gelijkluidend aan de verplichting vervat in artikel 2:10 BW. Voor een beoordeling van de vraag of Befra aan haar administratieverplichting heeft voldaan dient derhalve niet alleen naar de administratie van Befra zelf gekeken te worden, maar tevens, op grond van artikel 3:15i BW, naar de administratie van de CV's.

4.15. De rechtbank dient dus eerst te beoordelen of de administratie van Befra en van de CV's op het moment van het uitspreken van het faillissement voldeed aan de

vereisten van de artikelen 2:10 en 3:15i BW. In het hierna volgende zal met "de administratie van Befra" bedoeld worden de administratie van Befra en de CV's. De vraag is derhalve of de administratie van Befra op eenvoudige wijze inzicht verschaft in de rechten en verplichtingen van Befra. Uit het rapport van Blömer (aangehaald in overweging 2.9.) volgt dat de aangetroffen administratie van Befra onvolledig was en dat deze bewust onjuiste informatie bevatte. Uit de administratie viel met name niet, zelfs niet na diverse pogingen tot reconstructie van de administratie, op te maken waar de commandieten recht op hadden. Uit het rapport van Blömer, de onbetwist gebleven stellingen van de curator met betrekking tot de aangetroffen administratie, alsmede de processen-verbaal opgemaakt in het kader van het strafrechtelijk onderzoek naar Niemandtsverdriet, volgt naar het oordeel van de rechtbank overduidelijk dat de administratie van Befra zoals die door de curator is aangetroffen niet voldeed aan de vereisten van artikel 2:10 en artikel 3:15i BW. De bestuurders hebben het rapport van Blömer en de stellingen van de curator niet gemotiveerd inhoudelijk betwist. Hun stellingen in dit verband zijn van meer algemene aard. De bestuurders hebben met name verwezen naar de opmerkingen van Blömer in de inleiding bij zijn rapport. Blömer heeft daar een aantal kanttekeningen bij zijn rapport geplaatst, en er onder meer op gewezen dat hij de vroegere bestuurders niet heeft gehoord. Deze kanttekeningen doen echter niets af aan de inhoud van het rapport. De bestuurders hebben voorts in deze procedure de gelegenheid gehad om hun inhoudelijke reactie op het rapport te geven. Een dergelijke inhoudelijke reactie, in die zin dat de bestuurders bepaalde stellingen of conclusies van Blömer met argumenten betwisten of in een ander licht weten te plaatsen, hebben de bestuurders in deze procedure niet gegeven. Dit verweer van de bestuurders kan er derhalve niet toe leiden dat de rechtbank de inhoud van het rapport van Blömer niet aan haar oordeelsvorming ten gronde kan leggen. De rechtbank stelt derhalve vast dat de administratie van Befra ten tijde van het faillissement niet voldeed aan de vereisten van de artikelen 2:10 en 3:15i BW.

4.16. De bestuurders hebben gesteld dat de administratie ten tijde van hun bestuur wel deugdelijk was. Zij hebben daartoe aangevoerd dat Niemandtsverdriet, bij of voor zijn ontslag, een groot deel van de administratie heeft ontvreemd. Derhalve kan, aldus de bestuurders, hen niet verweten worden dat de administratie niet compleet was. De bestuurders hebben voorts gesteld dat de misdragingen van Niemandtsverdriet en zijn foutieve boekingen en anderszins tekortschieten in het bijhouden van een adequate administratie, zoals gesignaleerd in het rapport Blömer, zich grotendeels na hun aftreden als bestuurders hebben afgespeeld. Voorzover dergelijke tekortkomingen al tijdens hun bestuur hebben bestaan was er, aldus de bestuurders, sprake van een onbelangrijk verzuim in de zin van artikel 2:138 lid 2 BW, laatste zin. De bestuurders hebben in dit verband verwezen naar de rapportage van KPMG, aangehaald in overweging 2.5., waaruit volgt dat een specialist als KPMG, die gevraagd is om de Fra groep door te lichten, ook niet heeft gesignaleerd dat er problemen waren met (de administratie van) Befra.

4.17. De omstandigheid dat Niemandtsverdriet een gedeelte van de administratie heeft achtergehouden, zal naar het oordeel van de rechtbank zeker van invloed zijn geweest op het gebrek aan inzicht in de rechten en verplichtingen van Befra, maar is niet voldoende om alle door Blömer en de curator gesignaleerde gebreken van de administratie te verklaren. Blömer heeft beschreven, en de bestuurders hebben dit niet betwist, dat in de rapportage zoals die door Befra aan de commandieten werd verstrekt en in de administratie van de CV's, onjuiste bankstanden, onjuiste waarden van effecten en effecten die niet in het bezit van de betreffende CV's waren, waren opgenomen. Dit kan niet verklaard worden met

de constatering dat delen van de administratie door Niemandtsverdriet zijn meegenomen. Dit verweer kan de bestuurders derhalve niet baten.

4.18. De stelling van de bestuurders dat de tekortkomingen in de administratie met name in de periode na hun aftreden plaatsvonden, is weliswaar juist maar kan niet afdoen aan het feit dat de administratie van Befra ook tijdens hun bestuursperiode niet voldeed aan de vereisten van de artikelen 2:10 en 3:15i BW. De curator heeft in de conclusie van repliek door middel van een tweetal voorbeelden aangetoond dat er tijdens hun bestuursperiode al zware gebreken kleefden aan de administratie van de CV's. Al in 1998 werden de waardes van beleggingen onjuist in de administratie weergegeven, liquiditeitsposities verkeerd weergegeven en de inbreng door de commandieten foutief weergegeven. De bestuurders hebben noch deze voorbeelden, noch de stelling dat dit slechts illustraties waren van de wijze waarop de administratie werd gevoerd, betwist.

4.19. Ook uit het rapport van KPMG waarnaar de bestuurders verwijzen, volgt naar het oordeel van de rechtbank niet dat de administratie van Befra in 1998 en 1999 op orde was. In het rapport wordt niet specifiek ingegaan op de situatie bij Befra. Befra wordt, zei het onder een andere naam, namelijk Stichting Vermogensadvies, in het rapport wel genoemd. Uit dit rapport en het daarop volgende rapport van 8 april 1999 blijkt dat KPMG de administratie van Befra niet zelf heeft gecontroleerd en geen aandacht heeft besteed aan de administratie op het niveau van de CV's. In het rapport van 8 april 1999 merkt KPMG op *"van enkele financiële aspecten (zijn) nog onvoldoende gegevens beschikbaar om tot een volledig en betrouwbaar beeld te komen."* Uit deze rapporten volgt voorts dat KPMG van mening is dat de interne controle en administratieve organisatie van de gehele Fra-groep niet op orde zijn. Uit deze rapportage blijkt derhalve niet dat de rechten en verplichtingen van Befra uit de administratie gekend konden worden.

4.20. Naar het oordeel van de rechtbank zijn de bestuurders er niet in geslaagd om aannemelijk te maken dat de administratie ten tijde van hun bestuur wel op orde was.

4.21. De rechtbank stelt op grond van hetgeen hiervoor is overwogen vast dat uit de stellingen van de curator en de door hem in het geding gebrachte stukken, met name het rapport van Blömer, overduidelijk blijkt dat de administratie van Befra niet voldeed aan de in de artikelen 2:10 en 3:15i BW gestelde eisen. Dit betekent dat de bestuurders ingevolge artikel 2:138 lid 2 BW hun taak kennelijk onbehoorlijk vervuld hebben. De curator heeft ter onderbouwing van zijn stelling dat sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur door de bestuurders tevens aangevoerd dat Befra handelde in strijd met een WTE vergunning en dat Niemandtsverdriet vermogen aan Befra en de CV's heeft onttrokken. Aangezien op grond van de tekort schietende administratie reeds is bepaald dat de bestuurders hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld, komt de rechtbank in dit verband niet toe aan een beoordeling van deze, subsidiaire, stellingen van de curator.

Belangrijke oorzaak van het faillissement

4.22. Uit artikel 2:138 lid 2 volgt dat aangenomen wordt dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest maar dat de bestuurders tegenbewijs tegen deze presumptie mogen leveren. De bestuurders hebben gesteld dat het faillissement van Befra andere oorzaken had en dat de tekortkomingen in de administratie geen, of in ieder geval geen belangrijke, oorzaak van het faillissement waren. De bestuurders hebben ter

onderbouwing van deze stelling aangevoerd dat het faillissement aan de volgende omstandigheden te wijten was:

- de malversaties van Niemandtsverdriet;
- Niemandtsverdriet heeft zonder instemming van de commandieten 75 CV's overgedragen van Befra naar de Stichting Beleggingen Intermediairsgroep;
- Rabobank heeft in maart 2000 de relatie met Befra beëindigd;
- Leeman heeft, namens Befra, op 12 mei 2000 een brief aan de commandieten geschreven waarin hij hen heeft ingelicht omtrent het ontslag van Niemandtsverdriet en de bij Befra aangetroffen chaos; dit heeft geleid tot diverse juridische procedures en beslagen op het vermogen van Befra door de commandieten;
- de AFM heeft Befra op 13 april 2000 bericht dat zij handelde in strijd met de effectenregelgeving en dat derhalve de CV-constructies afgewikkeld moesten worden;
- de commandieten hebben hun inleg van Befra terug gevraagd juist op een moment dat de beurzen op een dieptepunt verkeerden;
- Fra hold en haar dochtervennootschappen zijn failliet verklaard en vervolgens hebben de curatoren ook het faillissement van Befra aangevraagd. De curatoren van Befra hebben in hun eerste verslag aangegeven dat zij dit faillissement aan hebben gevraagd om orde op zaken te stellen en om een ordelijke liquidatie in gang te zetten. Befra is dus meegetrokken in het faillissement van Fra hold.
- het faillissement van de Fra-vennootschappen was volgens het eerste verslag van die faillissementen, veroorzaakt door een gebrek aan bepaalde managementvaardigheden bij de oprichters, aanhoudende verliezen, te hoge salarissen, weglopend personeel en problemen bij Befra;
- Het faillissement van de Fra-vennootschappen was tevens veroorzaakt door de leegstand van een (te verhuren) gedeelte van het kantoorpand, de economische recessie en de dramatische koersval op de beurzen waardoor cliënten minder geïnteresseerd waren in de producten van de Fra-vennootschappen;
- Leeman heeft een bedrag van ƒ 1.275.000,= aan Befra onttrokken, Niemandtsverdriet heeft dit aan de commandieten medegedeeld hetgeen voor commotie en verlies aan vertrouwen heeft gezorgd;
- Befra heeft voorafgaande aan het faillissement substantiële kosten moeten maken om de administratie van Befra te achterhalen, het ging hierbij met name om de juridische procedures tegen Niemandtsverdriet en andere kosten gemaakt teneinde de administratie te reconstrueren.

4.23. De bestuurders hebben in dit verband voorts nog het volgende aangevoerd:

- het merendeel van de financiële malversaties heeft plaats gevonden na het aftreden van de bestuurders;
- het vermogen van de CV's en dat van Befra kunnen niet als één worden beschouwd. Dat de CV's wellicht niet meer over het beginkapitaal beschikten is niet iets wat op de vermogenstoestand van Befra reflecteert;
- de onttrekkingen aan het vermogen van Befra door Niemandtsverdriet, ten tijde van hun bestuurdersschap, waren niet van zodanige aard dat deze het faillissement van Befra tot gevolg moesten hebben;
- de malversaties van Niemandtsverdriet vallen de bestuurders niet te verwijten. Niemandtsverdriet was al een werknemer van de Fra groep toen Befra werd opgericht en er was op dat moment geen enkele reden om aan zijn integriteit te twijfelen;
- met name Folkers heeft betoogd dat, al was er op het moment dat hij bestuurder was sprake van onbehoorlijk bestuur, dat onbehoorlijke bestuur

niet een belangrijke oorzaak kan zijn van het faillissement dat, in zijn geval, pas twee jaar later werd uitgesproken.

4.24. De curator heeft in dit verband betoogd dat zijn verwijt richting de bestuurders zich met name richt op het feit dat zij Befra zodanig verkeerd hebben ingericht en bestuurd dat Niemandtsverdriet feitelijk zijn gang kon gaan. Doordat er geen enkele controle was op zijn handelen, hij ingevolge de statuten alleen op eigen verzoek of door de rechtbank ontslagen kon worden en hij als enige bevoegd was om Befra eigenmachtig te vertegenwoordigen, hebben de bestuurders een situatie in het leven geroepen waarin iedere controle op het handelen van Niemandtsverdriet ontbrak. Vervolgens hebben de bestuurders nagelaten om enige invulling te geven aan de positie van FV als penningmeester van Befra. Zij hebben feitelijk geen controle uitgeoefend op het gedrag van Niemandtsverdriet. Dit, tezamen met de gebrekkige administratie, constitueert volgens de curator het kennelijk onbehoorlijke bestuur dat een belangrijke oorzaak was van het faillissement.

4.25. De rechtbank overweegt in dit verband als volgt. Voorop gesteld moet worden dat artikel 2:138 lid 2 BW spreekt over *een* belangrijke oorzaak van het faillissement, niet over *de* belangrijke oorzaak van het faillissement, zoals de bestuurders suggereren. Het moet in dit verband gaan om een oorzaak die in belangrijke mate aan het faillissement heeft bijgedragen. Ook is in dit verband van belang dat het gaat om de vraag of het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement was en niet om de vraag of het niet voldoen aan artikel 2:10 (en 3:15i) BW een belangrijke oorzaak van het faillissement was. De overige door de curator gestelde gedragingen die volgens hem kennelijk onbehoorlijk bestuur constitueren, namelijk de inrichting van Befra, het gebrek aan interne controle, het handelen in strijd met de WtE en de onttrekkingen door Niemandtsverdriet, kunnen in dit verband dus tevens relevant zijn.

Belangrijke oorzaak van het faillissement

4.26. De rechtbank zal de stellingen van Folkers met betrekking tot de oorzaak van het faillissement en de rol die hij daarbij heeft gespeeld, bespreken bij de beoordeling van het beroep van Folkers op matiging. Voor een beoordeling van de stelling van de curator dat de opzet en inrichting van Befra als kennelijk onbehoorlijk bestuur moeten worden aangemerkt verwijst de rechtbank naar overweging 4.38.

4.27. De bestuurders hebben gesteld dat hun kennelijk onbehoorlijke bestuur geen belangrijke oorzaak was van het faillissement van Befra. De rechtbank overweegt in dit verband als volgt. De bestuurders ontkennen niet dat de malversaties van Niemandtsverdriet een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Daaruit vloeide ook de intrekking van de status van clientenremissier bij de AFM, de opzegging door Rabobank en de brief van Leeman aan de commandieten, met de daaropvolgende (juridische) reacties hunnerzijds, voort. De bestuurders stellen weliswaar dat de malversaties sterk in intensiteit zijn toegenomen na 1 juli 1999, maar zij ontkennen niet dat deze ook al voor 1 juli 1999 plaatsvonden. Naar het oordeel van de rechtbank zijn er verschillende oorzaken voor het faillissement van Befra aan te wijzen, maar zijn de malversaties van Niemandtsverdriet zeker aan te merken als een belangrijke oorzaak van het faillissement. De rechtbank is voorts van oordeel dat die malversaties rechtstreeks verband houden met het kennelijk onbehoorlijke bestuur in de periode 1998/1999. De bestuurders hebben nagelaten om toezicht te houden op de financiële en administratieve gang van zaken bij Befra. Daarmee hebben zij een situatie in het leven geroepen waarin Niemandtsverdriet feitelijk "zijn gang kon gaan". Op grond van deze omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat het gebrekkige toezicht op de

gang van zaken bij Befra en de CV's (met name de inadequate wijze waarop FV aan haar positie als penningmeester van Befra vorm heeft gegeven), alsmede de gebrekkige administratie van Befra en de CV's, een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Derhalve stelt de rechtbank vast dat de bestuurders niet aannemelijk hebben gemaakt dat hun kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, namelijk het nalaten van het uitoefenen van enige controle of toezicht en het voeren van een gebrekkige administratie, geen belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement van Befra.

Disculpatie

4.28. De bestuurders hebben zich voorts beroepen op disculpatie (artikel 2:138 lid 3 BW). Op grond van deze bepaling zijn individuele bestuurders die aantonen dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hen te wijten was en dat zij niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen, niet aansprakelijk voor het kennelijk onbehoorlijk bestuur. De rechtbank zal de stellingen van Van Beers en Van Riet in dit verband elk afzonderlijk bespreken. Op de stellingen van Folkers zal de rechtbank terugkomen bij de beoordeling van zijn beroep op matiging.

Disculpatie: Van Beers

4.29. Van Beers heeft zijn beroep op disculpatie als volgt onderbouwd:
- hij heeft zich tot het aftreden van Van Riet alleen bezig gehouden met de zogenaamde front-office activiteiten van de Fra-groep, dat wil zeggen de commerciële kant van de bedrijfsvoering, met de back-offive activiteiten zoals de administratie en financiën heeft hij zich dus alleen in de periode 27 april 1999 tot 1 juli 1999 bezig gehouden;
- hij heeft in juni 1999 een externe controller aangesteld, de heer Nijhof, om de situatie bij Befra in kaart te brengen;
- hij heeft Leeman er op gewezen dat het toezicht op Befra te wensen overliet en dat hierdoor risico's ontstonden.

4.30. De rechtbank overweegt in dit verband als volgt. Uit de stellingen van Van Beers volgt dat hij niet actief betrokken is geweest bij (het toezicht op) de administratie van Befra. Zoals reeds eerder is aangehaald zit daar de kern van het verwijt dat de bestuurders gemaakt wordt; zij hebben geen toezicht uitgeoefend. Het feit dat de back-office werkzaamheden niet tot de primaire taken van Van Beers behoorden, leidt er niet toe dat hij zich als bestuurder van Befra aan iedere verantwoordelijkheid voor de administratie kan onttrekken. Van hem kan wellicht geen controle en toezicht op detailniveau verwacht worden, maar (juist) wel dat hij aandacht besteedt aan procedures en verslaggeving. De rechtbank is aldus van oordeel dat het onbehoorlijke bestuur wel aan hem te wijten was. Aangezien op grond hiervan reeds vaststaat dat het beroep op disculpatie van Van Beers moet worden afgewezen zal de rechtbank niet ingaan op de stellingen met betrekking tot de door Van Beers getroffen maatregelen.

Disculpatie: Van Riet

4.31. Van Riet heeft zijn beroep op disculpatie met de volgende omstandigheden onderbouwd:
- Befra viel niet onder zijn verantwoordelijkheden als directielid, maar onder die van Van Beers;
- hij had als interim-manager slechts de taak om orde op zaken te stellen bij de Fra-groep;
- er waren een controller en een fiscalist bij Befra betrokken;
- hij heeft vlak voor zijn aftreden voorgesteld om de administratie van Befra extern onder te brengen en dat voorstel is door de directie van Befra geaccepteerd.

4.32. De rechtbank overweegt in dit verband als volgt. De door Van Riet aangevoerde omstandigheden kunnen niet leiden tot een toewijzing van zijn beroep op disculpatie. De rechtbank verwijst in dit verband naar hetgeen zij in overweging 4.30. heeft overwogen. Het onbehoorlijk bestuur was ook aan Van Riet te wijten. Het feit dat hij interim manager was en de omstandigheid dat een fiscalist en een controller bij Befra betrokken waren, kunnen niet afdoen aan het feit dat hij statutair bestuurder was en daarmee de verantwoordelijkheden die daaraan verbonden zijn, heeft aanvaard. Op grond van de stukken die Van Beers in het geding heeft gebracht (organogrammen en verklaringen van ex-medewerkers) volgt naar het oordeel van de rechtbank dat Van Beers en Van Riet hun taken langs de door Van Beers geschetste lijnen hadden verdeeld. Van Riet was derhalve primair verantwoordelijk voor de back-office en derhalve ook voor de administratie van Befra.

Matiging

4.33. Op grond van artikel 2:138 lid 4 BW kan de rechtbank de aansprakelijkheid van de bestuurders matigen indien die de rechtbank bovenmatig voorkomt gelet op de aard en ernst van het onbehoorlijk bestuur, de andere oorzaken van het faillissement en de afwikkeling van het faillissement. Daarnaast bestaat op grond van dezelfde bepaling de mogelijkheid tot matiging van de aansprakelijkheid van een individuele bestuurder op grond van de periode dat deze als bestuurder in functie is geweest. De rechtbank zal eerst het beroep van de bestuurders op de eerst genoemde, collectieve, matigingsgrond beoordelen en daarna ingaan op de individuele matigingsberoepen van de bestuurders.

4.34. De bestuurders hebben gesteld dat hun aansprakelijkheid in ieder geval gematigd dient te worden met het bedrag van *f* 1.275.000,= dat de curator van Leeman vordert. De rechtbank zal dit beroep op matiging afwijzen. De curator heeft primair een veroordeling van de bestuurders tot betaling van het, nog vast te stellen, tekort in het faillissement, gevorderd. Daarbij zal dus (automatisch) rekening worden gehouden met eventueel door Leemans, naar aanleiding van de tegen hem aangespannen procedure, terug betaalde bedragen. Er bestaat dus geen aanleiding om op deze grond de aansprakelijkheid van de bestuurders te matigen.

Matiging: positie Folkers

4.35. De rechtbank zal in dit verband eerst ingaan op de positie van Folkers. Folkers heeft gesteld dat hij vanaf 24 maart 1998, het moment waarop hij een volmacht aan Avero heeft verstrekt met betrekking tot de levering van zijn aandelen in Fra hold, geen feitelijke zeggenschap over het beleid van Fra hold en FV meer heeft gehad. Dat was naar zijn zeggen in ieder geval zo sinds 27 mei 1998, het moment waarop Van Riet tot bestuurder van Fra hold werd benoemd. Hij stelt dat hij vanaf dat moment slechts op papier bestuurder was. De curator heeft bij gelegenheid van het pleidooi voor de eerste maal deze stellingen betwist. De curator heeft deze betwisting niet gemotiveerd. Folkers heeft bewijs van zijn stelling aangeboden, maar heeft daarbij opgemerkt dat dit bewijs gevonden moet worden in de archieven van Fra hold. Folkers heeft met name gesteld dat er e-mail correspondentie is uit het voorjaar 1998 waaruit de juistheid van zijn stellingen zal blijken. De curator heeft bij gelegenheid van het pleidooi aangegeven dat hem recentelijk gebleken is dat hij geen toegang (meer) heeft tot die correspondentie.

4.36. De rechtbank zal, voor de beoordeling van het beroep van Folkers op matiging, de stelling van Folkers dat hij geacht moet worden vanaf 24 maart 1998 geen

(indirect) bestuurder van Befra meer te zijn geweest, volgen. Zoals hiervoor reeds is overwogen gaat het bij de vraag of een bestuurder aansprakelijk is ingevolge artikel 2:138 BW niet om de vraag of die bestuurder daadwerkelijke zeggenschap uitoefende, maar veeleer om de vaststelling dat een persoon bestuurder van de vennootschap was. Door die omstandigheid ontstaat de (mogelijkheid voor) aansprakelijkheid voor kennelijk onbehoorlijk bestuur. De rechtbank zal er echter (voor de beoordeling van het beroep op matiging) toch van uit gaan dat Folkers, ondanks zijn formele bestuurderschap, vanaf 24 maart 1998 feitelijk geen bestuurder van Befra meer was. De rechtbank komt tot dit oordeel op grond van de omstandigheid dat de curator pas op het allerlaatste moment, bij pleidooi, de stellingen van Folkers in dit verband heeft betwist. Ook heeft de curator het Folkers onmogelijk gemaakt om zijn stelling te onderbouwen, terwijl hij, in zijn positie als curator van de Fra-vennootschappen, toch de administratie van die vennootschappen had moeten bewaren, hetgeen hij blijkbaar heeft nagelaten. De rechtbank acht het daarbij van belang dat de curator niet heeft gesteld dat hij nooit de beschikking heeft gehad over deze correspondentie. De rechtbank is van oordeel dat in deze omstandigheden het risico van de omstandigheid dat de bewijsmiddelen voor de stelling van Folkers niet meer voor handen zijn, op de curator moet rusten.

4.37. Folkers kan derhalve in dit kader slechts geacht worden gedurende iets meer dan één maand bestuurder van Befra te zijn geweest. Folkers heeft gesteld dat de activiteiten van Befra in die eerste periode nog zeer beperkt waren en dat zijn bestuur derhalve niet aan het faillissement, meer dan twee jaar later, kan hebben bijgedragen. Ook kon, aldus Folkers, niet van hem verwacht worden dat hij in deze korte periode, waarin geen afsluiting van het boekjaar zat, de (beperkte) onttrekkingen door Niemandtsverdriet zou opmerken. Van enige schending van de WtE was op dat moment volgens Folkers nog geen sprake. De rechtbank is, met Folkers, van oordeel dat de tekortkomingen in de administratie en de onttrekkingen aan Befra, in de periode tot 24 maart 1998, van zodanige aard en omvang waren dat aan hem een beroep op matiging toekomt. Ook volgt uit de stellingen van de curator niet dat op dat moment al in strijd met de WtE werd gehandeld. De curator heeft echter gesteld dat het kennelijk onbehoorlijke bestuur van Folkers wel degelijk in belangrijke mate aan het faillissement heeft bijgedragen omdat Folkers (en Van Beers) Befra verkeerd hebben ingericht.

4.38. De rechtbank is van oordeel dat Folkers en Van Beers Befra niet zodanig hebben opgezet en ingericht dat die gedragingen op zich als kennelijk onbehoorlijk bestuur kunnen worden gekwalificeerd. Zoals Folkers en Van Beers hebben opgemerkt hebben zij extern professioneel advies gezocht over de opzet en de inrichting van Befra. Ook de gekozen constructie waarin één bestuurder zelfstandig bevoegd was om Befra te vertegenwoordigen is in het economisch verkeer dermate gebruikelijk dat zulks niet als kennelijk onbehoorlijk bestuur kan worden aangemerkt. De gekozen opzet waarbij Niemandtsverdriet niet als bestuurder kon worden ontslagen door Fra hold of FV was weliswaar geen erg gebruikige constructie, maar de keuze hiervoor kan ook niet worden aangemerkt als kennelijk onbehoorlijk bestuur. Ook al de door de curator in dit verband aangevoerde omstandigheden in samenhang bezien, kunnen niet tot de conclusie leiden dat de opzet en de inrichting van Befra als kennelijk onbehoorlijk bestuur moeten worden aangemerkt. De rechtbank acht het wel kwalijk dat de bestuurders, zeker in de gekozen opzet waarin Niemandtverdriet een sterke en onafhankelijke positie had gekregen, geen adequaat toezicht op de administratie en de financiële situatie van Befra hebben uitgeoefend. De gevolgen van dat tekort schieten in de periode van één maand dat Folkers geacht wordt (indirect) bestuurder te zijn geweest van Befra zijn echter onvoldoende om te kunnen

concluderen dat zijn gedragingen een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. De rechtbank zal derhalve het beroep van Folkers op matiging honoreren. Zowel op grond van de omstandigheid dat hij geacht moet worden gedurende slechts één maand bestuurder van Befra te zijn geweest als op grond van de omstandigheid dat zijn taakvervulling gedurende die periode, afgezet tegen de andere oorzaken van het faillissement, zodanig is geweest dat niet gesproken kan worden van een ernstige onbehoorlijke taakvervulling. De aansprakelijkheid van Folkers op grond van artikel 2:138 BW zal derhalve worden gematigd tot nihil. Aangezien de curator geen verklaring voor recht heeft gevorderd maar veroordeling van de bestuurders tot vergoeding van het faillissementstekort, zal de rechtbank deze vordering jegens Folkers afwijzen.

4.39. De rechtbank zal vervolgens ingaan op de subsidiaire stelling van de curator dat Folkers op grond van artikel 2:9 BW zijn taak als bestuurder van Befra onbehoorlijk heeft vervuld en derhalve (ook) uit dien hoofde aansprakelijk is jegens de boedel. De rechtbank zal ook deze vordering afwijzen. De curator heeft naast de hiervoor reeds besproken omstandigheden geen andere omstandigheden aangevoerd op grond waarvan geconcludeerd moet worden dat Folkers zijn taak niet behoorlijk heeft vervuld.

Matiging: Van Beers en Van Riet

4.40. Uit de stellingen van de curator volgt niet dat de bestuurders misbruik hebben gemaakt van Befra of dat sprake is geweest van bevoordeling, laat staan van opzettelijke of grove bevoordeling, van henzelf ten opzichte van crediteuren van Befra of commandieten. Het verwijt dat de bestuurders gemaakt kan worden bestaat in de kern hieruit dat zij te lichtvaardig hebben vertrouwd op Niemandtsverdriet. In de omstandigheden van dit geval, waar het gaat om de belegging van gelden van derden, valt hen dit zeker aan te rekenen, maar de rechtbank meent dat in deze omstandigheden zeker een grond voor matiging van de aansprakelijkheid van de bestuurders is gelegen.

4.41. De bestuurders hebben in dit verband voorts aangevoerd dat er meerdere belangrijke oorzaken voor het faillissement van Befra waren. Ook hebben zij aangevoerd dat de curator zich jegens hen zodanig heeft opgesteld, met name door niet eens met hen te spreken voordat zij aansprakelijk werden gesteld, dat hun aansprakelijkheid dient te worden gematigd.

4.42. De rechtbank is van oordeel dat er meerdere belangrijke oorzaken voor het faillissement van Befra zijn aan te wijzen. De houding van Niemandsverdriet en de financiële situatie van de Fra groep zijn naast het tekort schietende toezicht en de gebrekkige administratie belangrijke oorzaken van het faillissement geweest. In dit verband acht de rechtbank het voorts van belang dat een aantal gebeurtenissen die wezenlijk zijn geweest voor het faillissement van Befra zich na het aftreden van de bestuurders hebben afgespeeld. Ook op deze grond acht de rechtbank derhalve matiging van de aansprakelijkheid van de bestuurders op zijn plaats.

4.43. De rechtbank is voorts van oordeel dat het gedrag van de curator jegens de bestuurders zeker geen schoonheidsprijs verdient. Van een curator mag verwacht worden dat hij overleg pleegt met (ex-) bestuurders die hij aansprakelijk wil stellen. Het feit dat de curator dat heeft nagelaten is echter niet zodanig ernstig dat dit een grond voor matiging oplevert.

4.44. Zowel Van Riet als Van Beers hebben voorts gesteld dat zij geruime tijd voor het faillissement als bestuurder van Befra zijn afgetreden. Van Riet heeft er ook op

gewezen dat hij pas enige tijd na oprichting van Befra bij de Fra-groep betrokken is geraakt. Ook deze omstandigheid noopt de rechtbank tot matiging van de aansprakelijkheid van de bestuurders.

4.45. De curator heeft gesteld dat het bedrag van het faillissementstekort moet vast staan voordat de rechtbank over het beroep op matiging kan oordelen. De rechtbank is van oordeel dat zulks niet noodzakelijk is. In de omstandigheden van dit geval is wel al duidelijk welke omvang het faillissementstekort, in de slechtste situatie, zal hebben. Op basis daarvan, en van de hierboven weergegeven omstandigheden, kan de rechtbank over het beroep op matiging oordelen.

4.46. De rechtbank zal op grond van de hiervoor aangehaalde omstandigheden en overwegingen de (hoofdelijke) aansprakelijkheid van Van Beers en Van Riet matigen tot 20 % van het faillissementstekort met een maximum van € 500.000,=. De rechtbank heeft de aansprakelijkheid van Van Beers en Van Riet gemaximeerd enerzijds omdat zij van oordeel is dat hun aansprakelijkheid in het licht van de hiervoor genoemde omstandigheden dit bedrag niet te boven dient te gaan en anderzijds omdat zij gronden aanwezig acht om de voor hen bestaande onzekerheid over de omvang van hun aansprakelijkheid zoveel mogelijk te beperken. De rechtbank ziet hiertoe met name aanleiding nu te verwachten valt dat het vaststellen van de exacte omvang van het boedeltekort nog geruime tijd kan duren.

4.47. Aangezien de rechtbank zoals hiervoor is overwogen de aansprakelijkheid van Van Beers en Van Riet heeft gematigd, acht de rechtbank geen gronden aanwezig om een veroordeling tot een schadevergoeding nader te bepalen bij staat uit te spreken. De rechtbank zal bepalen dat Van Beers en Van Riet hoofdelijk gehouden zijn tot vergoeding van 20 % van het faillissementstekort met inachtneming van het hiervoor genoemde maximum.

4.48. De rechtbank zal de curator veroordelen tot vergoeding van de door Folkers gemaakte proceskosten en Van Beers en Van Riet tot vergoeding van de door de curator gemaakte proceskosten, de kosten van de gelegde beslagen daaronder begrepen.

5.
De beslissing:

De rechtbank:

5.1. wijst de vorderingen ingesteld jegens Folkers af;

5.2. veroordeelt Van Beers en Van Riet hoofdelijk tot betaling van 20 % van het tekort in het faillissement van Befra en wel tot een maximaal bedrag van € 500.000,= en veroordeelt Van Beers en Van Riet hoofdelijk tot betaling van dit bedrag tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de curator;

5.3. veroordeelt de curator in de proceskosten aan de zijde van Folkers gevallen, tot op deze uitspraak begroot op € 870,= aan verschotten en op € 11.072,= aan salaris;

5.4. veroordeelt Van Beers en Van Riet, hoofdelijk, in de proceskosten aan de zijde van de curator gevallen, tot op deze uitspraak begroot op € 4.329,84 aan verschotten en op € 12.456,= aan salaris;

5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.6. wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mrs. L.M.G. de Weerd, J.J. Verhoeven en S.C. Hagedoorn en is in het openbaar uitgesproken op woensdag 9 juni 2004.

w.g. griffier w.g. rechter

RECHTBANK UTRECHT

Voor grosse / afschrift
De griffier van de rechtbank