

JOR 2017/123, Rechtbank Den Haag, 28-12-2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16211, C-09-494168-HA ZA 15-919 (annotatie)

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 28-12-2016
Publicatie: JOR 2017/123 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 5, 2017
Annotator: <ul style="list-style-type: none"> • mr. F. Ortiz Aldana
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2016:16211
Zaaknummer: C-09-494168-HA ZA 15-919
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none"> • ECLI:NL:RBDHA:2016:16211 • JONDR 2017/457 • AR 2017/172 • RO 2017/35 • RI 2017/33 • NJF 2017/163 • OR-Updates.nl 2017-0039
Rechtsgebied: Ondernemingsrecht
Rubriek: Ondernemingsrecht
Rechters: <ul style="list-style-type: none"> • mr. Alwin • mr. Bordes • mr. Van Cleef-Metsaars
Partijen: Mr. C.A. de Weerdt, handelende in haar hoedanigheid van curator in de faillissementen van de Stichting Opleidingsfonds Groothandel Facilitair bedrijf te Gouda, en De Administratie BV te Reeuwijk, eiseres, advocaat: mr. J. Regeling, tegen 1. A, 2. Stout BV te Rotterdam, gedaagden, advocaat: mr. M.H.G. de Neef.
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none"> • BW Boek 2 - 9 • BW Boek 2 - 11 • BW Boek 2 - 248

Inhoudsindicatie

Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, Inherent risicovolle organisatiestructuur gefinancierd met voorschotten op ESF-subsidies, Bestuurder heeft nagelaten financiële risico's te verminderen ten gunste van "eigen rechtspersoon", Onvoldoende oog voor financiële stabiliteit en continuïteit van stichting, Bestuurder (van rechtspersoon-bestuurder) treft ernstig persoonlijk verwijt, Kennelijk onbehoorlijk bestuur en belangrijke oorzaak van faillissement, Hoofdelijke aansprakelijkheid voor boedeltkort

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)

- **Beslissing/besluit**
- **Noot**

Samenvatting

Het gaat in deze zaak om geldstromen tussen de stichting SOG FB en De Administratie BV. De opgezette organisatiestructuur werd gefinancierd met voorschotten op ESF-subsidies. Beide vennootschappen zijn inmiddels gefailleerd. Aan de orde is of gedaagde sub 1 als bestuurder van SOG FB, en voorts als indirect bestuurder van De Administratie haar taak onbehoorlijk heeft vervuld.

Gedaagde sub 1 heeft onvoldoende oog gehad voor de financiële stabiliteit en de continuïteit van SOG FB. Hiervan kan haar een ernstig verwijt worden gemaakt. Zij heeft binnen de inherent risicovolle structuur nagelaten maatregelen te nemen teneinde de risico's ten aanzien van de rekening-courantverhouding met De Administratie te verminderen en het incassorisico te verleggen van SOG FB naar De Administratie. Daarnaast heeft gedaagde sub 1 zelf actief bijgedragen aan het vergroten van de financiële risico's voor SOG FB ten gunste van haar "eigen vennootschap" De Administratie. Deze handelwijze levert onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:9 BW op en gedaagde sub 1 is dan ook op die grond aansprakelijk jegens SOG FB voor de schade die kan worden toegerekend aan het onbehoorlijk bestuur.

Voorts is sprake van onverantwoord en onbezonnen bestuurshandelen. Stout BV heeft als bestuurder van De Administratie haar medewerking verleend door het bevorderen van de besluitvorming en het op geen enkele wijze tegenwicht bieden tegen het nemen van de besluiten tot verstrekking van geldleningen. Daarbij heeft Stout BV, in de persoon van gedaagde sub 1, waar het gaat om de verstrekking van de lening van € 2,1 miljoen voor een recreatiewoning, haar belangen als (uiteindelijke) aandeelhouder boven de vennootschappelijke belangen bij een behoorlijke taakvervulling van het bestuur van De Administratie laten prevaleren. Bovendien zijn de – veelal niet zakelijke en/of risicovolle – financieringen verstrekt tegen de achtergrond van een onzeker werkkapitaal dat bestond uit subsidievoorschotten en (deels) gebaseerd op te vroeg genomen en daarmee nog onzekere winsten. De geschetste handelwijze brengt in de gegeven omstandigheden mee dat Stout BV als bestuurder van de vennootschap haar taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Deze aansprakelijkheid werkt door naar gedaagde sub 1 als bestuurder van Stout BV op grond van art. 2:11 BW.

De rechtbank is van oordeel dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door gedaagden een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Gelet op het bijzondere karakter van het werkkapitaal van De Administratie (dat door SOG FB uit subsidievoorschotten werd verstrekt) lieten de financiële positie van De Administratie en de lopende verplichtingen niet toe dat (al) deze leningen werden verstrekt. Als bestuurders van De Administratie hadden gedaagden ervoor moeten zorgdragen dat De Administratie over voldoende financiële middelen beschikte om zelf de groei van haar activiteiten te kunnen financieren, zodat dit niet bij vooruitbetaling uit voorschotten moest worden gefinancierd, althans hadden zij, bij deze wijze van financiering, veel voorzichtiger moeten omgaan met de aanwezige liquide middelen. Gedaagden zijn derhalve op grond van art. 2:248 BW hoofdelijk aansprakelijk voor het boedelttekort in het faillissement van De Administratie.

Uitspraak

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Bij vonnis van 19 juni 2012 van deze rechtbank is De Administratie B.V. (hierna: De Administratie) in staat van faillissement verklaard. Bij vonnis van 4 juli 2012 van deze rechtbank is voorlopige surséance van betaling verleend aan de Stichting Opleidingsfonds Groothandel Facilitair bedrijf (hierna: SOG FB), die op 17 juli 2012 is omgezet in het faillissement van SOG FB. De curator is in beide faillissementen benoemd tot curator, dan wel bewindvoerder.

2.2. SOG FB is op 3 april 2003 opgericht. Bij de oprichting zijn R. Leloux en E.C.P. Lecomte tot bestuurders benoemd. A was toen in dienst bij SOG FB als algemeen directeur. A is met ingang van 19 februari 2010 als (enig) bestuurder van SOG FB ingeschreven in het handelsregister.

2.3. Stout B.V. en De Administratie zijn op 15 oktober 2007 opgericht. A is sinds de oprichting enig aandeelhouder en tevens enig bestuurder van Stout B.V., welke vennootschap op haar beurt enig aandeelhouder en bestuurder is van De Administratie.

2.4. De Stichting Opleidingsfonds Groothandel ("SOG") werd in 1987 opgericht ter stimulering van opleidingen voor personeel van de bij SOG aangesloten werkgevers. A is bij SOG in loondienst geweest als algemeen directeur. Op 7 augustus 2012 is SOG in staat van faillissement verklaard.

De werking van de ESF-Subsidierегeling

2.5. De Europese Commissie verstrekt steeds voor een periode van vijf jaar subsidies op basis van de Subsidierегeling van het Europees Sociaal Fonds (ESF). De subsidies van het ESF die in deze zaak van belang zijn betreffen de periode 2007 tot en met 2013 (hierna: de ESF-subsidies). Nederland heeft voor de besteding van de ESF-subsidies een subsidierегeling vastgesteld, hierna: de ESF-Subsidierегeling. Voor Nederland was totaal € 830 miljoen aan subsidie beschikbaar over de periode 2007-2013.

2.6. In de ESF-Subsidierегeling zijn onder meer de aanvraagvoorwaarden vastgelegd, zoals de hoogte van subsidiabele kosten, en is vastgelegd door welke instanties de ESF-subsidies konden worden aangevraagd. De ESF-programmaperiode kende een looptijd van zeven jaar en was ingedeeld in verschillende projectsubsidies (bijvoorbeeld genaamd: ESF-2). Het Agentschap Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: het "Agentschap"), onderdeel van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (het "Ministerie") is in de ESF-Subsidierегeling aangemerkt als controlerende autoriteit (de "managementautoriteit" als bedoeld in artikel 3 lid 1 van de ESF-Subsidierегeling). Kort gezegd kon subsidie worden aangevraagd voor projecten op het gebied van geconstateerde zwakten van de arbeidsmarkt, de bestrijding van jeugdwerkloosheid, de stimulering van innovatie en duurzame arbeidsinzet, de scholing van lager opgeleiden en arbeidstoelating van diverse groepen.

2.7. Alleen door de Minister aangewezen en geregistreerde aanvragers konden subsidie aanvragen met betrekking tot projecten (zie artikel 3 van de ESF-Subsidierегeling). Hieronder vielen, naast bijvoorbeeld gemeenten en het UWV, ook de zogenaamde Opleidings- en Ontwikkelingsfondsen, ook wel Sectorfondsen genoemd. Sectorfondsen zijn in het leven geroepen door de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bepaalde branche. SOG was een Sectorfonds. Andere Sectorfondsen waren onder meer de brancheorganisatie van handelaren, fabrikanten en importeurs van bouwmaterialen ("FCB Hibin"), het Sociaal Fonds Horeca ("SFH"), het Opleidings- en Ontwikkelingsfonds voor de Isolatiebranche ("OOI") en het Fonds voor de Pluimvee ("OFP"). De hiervoor genoemde Sectorfondsen worden hierna gezamenlijk aangeduid als de "Fondsen".

2.8. De verlening van subsidies onder de ESF-Subsidierегeling kon in verschillende fases worden ingedeeld: (1) de aanvraag, (2) de toekenning, (3) de bevoorschotting en (4) de (definitieve) vaststelling van de ESF-subsidies. Subsidies konden door de Fondsen per project worden aangevraagd, en aanvragen moesten zijn vergezeld van een bijbehorend(e) begroting en financieringsplan. De Minister gaf op een aanvraag uiterlijk binnen 13 weken een beschikking (zie artikel 8 ESF-Subsidierегeling), hierna genoemd: de Toekenningsbeschikking. In artikel 12 van de ESF-Subsidierегeling is bepaald dat de hoogte van een subsidie maximaal 40% van de subsidiabele kosten bedroeg. Bij de Fondsen aangesloten werkgevers konden maximaal 40% van de opleidingskosten van hun werknemers binnen een project gesubsidieerd krijgen. Omdat de ESF-subsidieaanvragen van de Fondsen zogenaamde sectoraanvragen waren, waren bij het indienen van de subsidieaanvraag door een Fonds nog geen concrete werkgevers bekend die van de aangevraagde subsidies gebruik wilden maken.

2.9. In de ESF-Subsidierегeling waren nauwkeurig omschreven administratievoorschriften en rapportageverplichtingen vastgelegd voor de subsidieaanvragers, zoals het voeren van een gedetailleerde projectadministratie die inzichtelijk en controleerbaar was. Na goedkeuring door het Agentschap van een aanvraag voor een ESF-subsidie door een Fonds in de Toekenningsbeschikking, kon in de daaropvolgende fase van het project op verzoek van de Fondsen door het Agentschap een voorschot worden verstrekt (van maximaal 50% van de aangevraagde ESF-subsidies). In artikel 13 van de ESF-Subsidierегeling is omschreven welke administratieve kosten voor subsidiëring in aanmerking kwamen, onder meer de noodzakelijke kosten ter uitvoering van de projectactiviteiten, overhead en exploitatiekosten, en kosten voor intern personeel. Ten aanzien van kosten voor administratieve dienstverlening en overheadkosten is in artikel 13

lid 1 onder b. bepaald dat voor subsidiëring uitsluitend in aanmerking kwamen “kosten voor overhead en aan overhead gerelateerde exploitatiekosten tot een maximum van 20% van de in [de] beschikking tot subsidievaststelling opgenomen, voor subsidie in aanmerking komende kosten op grond van de subsidiabele projectactiviteiten (...)”. Niet-subsidiabele kosten waren (zie artikel 14 van de ESF-Subsidieregeling) onder meer onredelijk gemaakte kosten ter uitvoering van het project. De 20% administratiekosten mochten onderdeel uitmaken van het voorschot van maximaal 50%, zodat dit voor 40% uit administratiekosten mocht bestaan.

Alleen door het Agentschap gecontroleerde kosten werden opgenomen in een (zogeheten) betaalaanvraag gericht aan de Europese Commissie. De betaling van een voorschot vond dus veelal pas plaats tijdens de projectperiode, circa zes tot acht maanden na de eerste subsidieaanvraag door een Fonds.

2.10. De Fondsen moesten, als subsidieaanvragers, binnen dertien weken na beëindiging van het desbetreffende project een verzoek tot vaststelling van de subsidie indienen bij de Minister. Bij het vaststellingsverzoek moest een verantwoording en een einddeclaratie worden gevoegd, waaruit ook moest blijken of het verstrekken van een voorschot had geleid tot vermogensvorming (zie artikel 18 van de ESF-Subsidieregeling). Als dat het geval was, leidde dit tot een terugbetalingsverplichting van het Fonds en werd het opgegeven surplus na het indienen van de einddeclaratie verrekend met uitbetalingen van voorschotten voor lopende subsidieaanvragen. De Minister moest vervolgens binnen 24 maanden na ontvangst van de einddeclaratie een beschikking nemen, hierna: de Vaststellingsbeschikking.

2.11. Tenslotte was in artikel 20 van de ESF-Subsidieregeling bepaald dat de Minister een Vaststellingsbeschikking (deels) kon intrekken en de uitbetaalde bedragen kon terugvorderen, onder meer indien niet was voldaan aan de administratievoorschriften. Het terug te vorderen bedrag kon door de Minister worden verrekend met andere verleende ESF-subsidies aan de desbetreffende subsidieontvanger.

Samenwerking tussen de Fondsen, SOG FB en De Administratie

2.12. Tot 2007 voerde SOG het aanvraagtraject voor de subsidies van het Europees Sociaal Fonds zelf uit. De kosten voor administratieve werkzaamheden werden door SOG gedeclareerd tegen de werkelijk door haar gemaakte kosten. De opleidingskosten werden geheel gefinancierd door de werkgevers. De werkgevers konden zelf via de subsidies van het ESF (voor de desbetreffende periode) vervolgens maximaal 40% van de gemaakte opleidingskosten vergoed krijgen. Door een wijziging in de ESF-wetgeving in 2007 was het niet langer mogelijk voor individuele werkgeversorganisaties en bedrijven subsidies aan te vragen, en werden de Fondsen aangewezen als subsidieaanvragers van de ESF-Subsidieregeling.

2.13. In 2007 heeft SOG de administratie en het financiële beheer van de ESF-Subsidieregeling uitbesteed aan SOG FB. SOG FB werd daarmee uitvoeringsinstantie voor SOG, voor de ESF-subsidies. Ook voor andere Sectorfondsen, in totaal waren het er uiteindelijk negen, is SOG FB in de loop van de jaren na 2007 als uitvoerder gaan optreden.

2.14. SOG FB heeft daartoe in 2007 separate overeenkomsten gesloten met de Fondsen uit hoofde waarvan SOG FB de integrale uitvoering van het ESF-programma op zich nam. SOG FB vroeg de subsidies aan namens de Fondsen die de daarop ontvangen voorschotten doorstortten aan SOG FB. De Fondsen en SOG FB kwamen overeen dat SOG FB kosten voor haar activiteiten uit hoofde van deze overeenkomst in rekening zou brengen bij de werkgevers.

2.15. A heeft de desbetreffende overeenkomsten namens SOG FB ondertekend, waarbij is vermeld dat “SOG-FB rechtsgeldig [is] vertegenwoordigd door de statutair bestuurder, mevrouw A.”. SOG en SOG FB hebben op 21 juni 2007 een overeenkomst getekend. In deze overeenkomst is, onder meer, het volgende vastgelegd:

“(…)

Artikel 1 Dienstverlening SOG-FB

1. De dienstverlening van SOG-FB is gericht op de integrale uitvoering van het programma. Het gaat hierbij om alle activiteiten in zowel de aanvraag-, uitvoering- en einddeclaratiefase, inclusief de contacten met het Agentschap SZW.

2. (...)

3. SOG-FB is bij het uitvoeren van de werkzaamheden vrij om al naar gelang zij dat noodzakelijk acht derden in te schakelen.

(...)

Artikel 3 Kosten SOG-FB

1. SOG-FB zal geen kosten die samenhangen met de in artikel 1 genoemde activiteiten bij het fonds in rekening brengen, maar zal deze factureren aan de deelnemende bedrijven (hierna te noemen: *projectuitvoerders*).

2. SOG-FB zal in dat kader individuele overeenkomsten afsluiten met de projectuitvoerders.

Artikel 4. Bevoorschotting

1. Het fonds zal – daarin waar nodig ondersteund door SOG-FB – alle mogelijkheden die de ESF regelgeving toelaat benutten tot het verkrijgen van subsidievoorschotten.

2. Binnen twee weken na ontvangst van enig voorschot zal het fonds het volledige voorschotbedrag doorstorten op rekening bij (...) t.n.v. SOG-Facilitair Bedrijf te Reeuwijk.

3. Per kwartaal zal SOG-FB aan het fonds een rapportage toezenden ter verantwoording van de besteding van de ontvangen voorschotten.

Artikel 5 Einddeclaratie

1. Tenzij anders overeengekomen stelt SOG-FB binnen drie maanden na afloop van het programma aan de hand van de door het Agentschap SZW voorgeschreven format een einddeclaratie op.

2. De finale afrekening op basis van de ingediende en door het Agentschap SZW akkoord bevonden einddeclaratie zal door het fonds worden afgehandeld alsof sprake is van een voorschot als bedoeld in artikel 4 van deze overeenkomst.

Artikel 6 Aansprakelijkheid

1. SOG-FB is, behoudens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen uit deze overeenkomst, niet aansprakelijk voor eventuele verschillen tussen het verwachte subsidiebedrag op basis van de programmabegroting en de daarop gebaseerde toekenningsbeschikking enerzijds en het verkregen subsidiebedrag op basis van de vaststellingsbeschikking anderzijds.

(...)"

2.16. SOG FB had geen werknemers in dienst en heeft op haar beurt de integrale afwikkeling van de aanvraag, de uitvoering en de einddeclaratie van de ESF-Subsidieregeling uitbesteed aan De Administratie. De Administratie had begin 2012 circa 100 werknemers in dienst en had een gestandaardiseerde digitale aanvraagomgeving ontwikkeld voor werkgevers. De exploitatiekosten van SOG en SOG FB, bestaande uit salariskosten en huisvestingskosten werden volledig doorbelast naar De Administratie.

2.17. SOG FB en De Administratie hebben op 1 april 2008 een overeenkomst gesloten ("Uitvoeringsovereenkomst"), waarbij is vermeld dat "SOG-FB rechtsgeldig [is] vertegenwoordigd door de statutair bestuurder, mevrouw A.". In deze overeenkomst is onder meer bepaald dat SOG FB aan De Administratie voorschotten zal verstrekken als werkkapitaal en dat er een rekening-courantverhouding tussen partijen wordt aangehouden. De Administratie zal aan SOG FB factureren per aangezochte werkgever, en de finale eindafrekening tussen partijen zal (pas) plaatsvinden na de Vaststellingsbeschikking. In de betreffende overeenkomst is, voor zover van belang, het volgende vastgelegd:

“(…)

Artikel 1 Dienstverlening uitvoerder [noot rechtbank: De Administratie]

1. De dienstverlening van uitvoerder is gericht op de integrale uitvoering van het programma. Het gaat hierbij om alle activiteiten in zowel de aanvraag-, uitvoering- en einddeclaratiefase, inclusief de contacten met het Agentschap SZW.

(…)

Artikel 3 Kosten uitvoerder

1. Uitvoerder zal per deelnemend bedrijf een kostencalculatie maken. De uitgangspunten van deze kostencalculatie in de zin van de te hanteren percentages en uurtarieven zijn vastgelegd in de offerte van 14 december 2007, die uitvoerder in het kader van de offerteprocedure bij SOG-FB heeft ingediend.

2. Uitvoerder zal aan SOG-FB haar werkzaamheden per deelnemend bedrijf factureren op basis van de kostencalculatie zoals bedoeld in lid 1 van dit artikel.

3. De finale eindafrekening tussen SOG FB en de uitvoerder zal plaatsvinden bij de vaststellingsbeschikking van een bepaald project.

Artikel 4 Bevoorschotting

1. SOG FB zal aan De Administratie BV in het kader van de behoefte aan werkkapitaal voorschotten verstrekken.

2. In het kader van de verrekening van zowel de aan de uitvoerder verstrekte voorschotten als de betaling van de in artikel 3 lid 3 bedoelde facturen zal een Rekening Courantverhouding tussen SOG FB en uitvoerder worden gecreëerd.

Artikel 5 Einddeclaratie

1. Tenzij anders overeengekomen stelt uitvoerder binnen drie maanden na afloop van enig programma aan de hand van de door het Agentschap SZW voorgeschreven format een einddeclaratie op.

Artikel 6 Aansprakelijkheid

1. Uitvoerder is (...) niet aansprakelijk voor eventuele verschillen tussen het verwachte subsidiebedrag op basis van de programmabegroting en de daarop gebaseerde toekenningbeschikking enerzijds en het verkregen subsidiebedrag op basis van de vaststellingsbeschikking anderzijds. (...)

2.18. De Administratie zocht actief naar werkgevers die gebruik wilden en konden maken van de namens de Fondsen sectoraal aangevraagde ESF-subsidies, waarvoor al voorschotten waren toegekend. Werkgevers die dat wilden, sloten daartoe een overeenkomst met SOG FB af, waarbij werd afgesproken dat SOG FB alle administratieve werkzaamheden zou verrichten die waren verbonden aan het aanvragen en verkrijgen van de ESF-subsidies. SOG FB factureerde daarvoor een vast bedrag (de overeengekomen aanneemsom) aan de werkgever. De werkgever hoefde (nog) niets te betalen voor de werkzaamheden van SOG FB; die kosten werden door SOG FB voorgesloten en bij ontvangst van een subsidievoorschot voor het desbetreffende project van het Agentschap verrekend. In de overeenkomsten werd de werkgever aangeduid als Projectuitvoerder.

2.19. In de standaard-overeenkomst van een werkgever, aangesloten bij SOG, was onder meer het volgende bepaald:

“Overwegende:

(…)

– dat de Projectuitvoerder voornemens is opleidingen te verzorgen (hierna: *het Project*) die passen binnen de

doelstelling van de subsidieregeling ESF (...);

– (...)

– dat de Projectuitvoerder weet dat vooraf niet met zekerheid kan worden vastgelegd welk bedrag aan subsidie SOG via het Programma ontvangt en door SOG-FB ten behoeve van het Project kan worden uitgekeerd, en dat dit onder meer, doch niet uitsluitend, afhankelijk is van de realisatie van het Project en eventuele resultaatcorrecties op grond van artikel 10 lid 2 Subsidieregeling ESF 2007-2013.

(...)

Zijn als volgt overeengekomen:

Artikel 1 Dienstverlening: Programmamanagement

1. SOG-FB brengt bij de Projectuitvoerder een aandeel van de kosten van het management van het Programma in rekening deze toerekening bedraagt € [toevoeging rechtbank: bedrag X] (...).

Artikel 2 Dienstverlening: Projectmanagement en projectimplementatie

1. SOG-FB brengt bij de Projectuitvoerder kosten in rekening voor het projectmanagement en de projectimplementatie (...)

2. Het onder lid 1 van dit artikel genoemde bedrag bedraagt € [toevoeging rechtbank: bedrag Y] en is een aanneemsom gebaseerd op de projectbegroting.

(...)

Artikel 3 Subsidievaststelling

1. SOG-FB stelt na voltooiing van het project een einddeclaratie op. (...)

2. Indien en voor zover in de vaststellingsbeschikking (...) ten behoeve van het project subsidie wordt vastgesteld, keert SOG-FB namens SOG dit bedrag binnen twee weken na ontvangst daarvan uit aan de Projectuitvoerder, onder verrekening van eventuele openstaande bedragen op grond van artikel 1 en/of 2 van deze overeenkomst.

3. SOG-FB is, behoudens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen uit deze overeenkomst, niet aansprakelijk voor eventuele verschillen tussen het verwachte subsidiebedrag op basis van de projectbegroting en het verkregen subsidiebedrag op basis van de vaststellingsbeschikking.

Artikel 4 Betaling voorschot en facturatie

1. SOG-FB zal voorafgaand aan de start van de uitvoering van het project aan de Projectuitvoerder een factuur voor het totaal van de in artikel 1 lid 1 en artikel 2 lid 2 genoemde bedragen toesturen.

2. SOG-FB stelt namens SOG voorafgaand aan de start van de uitvoering van het project aan de Projectuitvoerder een voorschot op het subsidiebedrag ter hoogte van [toevoeging rechtbank: bedrag X + bedrag Y] ter beschikking. SOG-FB is bevoegd het totaalbedrag genoemd in de factuur zoals bedoeld in lid 1 van dit artikel te verrekenen met het voorschot op het subsidiebedrag dat SOG-FB namens SOG aan de Projectuitvoerder ter beschikking stelt.

3. Indien het ultimo te ontvangen subsidiebedrag op basis van de vaststellingsbeschikking lager is dan het bedrag dat als voorschot op basis van lid 2 van dit artikel is ontvangen door de Projectuitvoerder, verplicht de Projectuitvoerder zich het verschil binnen 14 dagen aan SOG-FB terug te betalen door de storting of overschrijving op de rekening van SOG-FB bij ABN-AMRO te Gouda.

(...)"

2.20. Tot 1 september 2009 heeft SOG FB subsidieaanvragen ingediend waarop werd beschikt en vervolgens een subsidievoorschot werd uitgekeerd. Na 1 september 2009 werd de controle op voorschotten strenger. Na de beschikking op de subsidieaanvraag werd een voorschot pas verstrekt na controle door het Agentschap van een liquiditeitsbehoefte. Voorts dienden een projectbegroting en getekende overeenkomsten met werkgevers te worden overgelegd.

2.21. In de periode 2007-2011 zijn aan de Fondsen voor de uitvoering van in totaal 80 scholingsprojecten ESF-subsidies toegekend. Voor deze projecten hebben de Fondsen in totaal ongeveer € 29 miljoen als voorschot ontvangen. De Fondsen hebben deze voorschotten op grond van de tussen hen en SOG FB gesloten overeenkomsten steeds doorbetaald aan SOG FB. SOG FB heeft hiervan een bedrag van € 17,2 miljoen doorbetaald aan De Administratie op grond van de overeenkomst tussen SOG FB en De Administratie.

2.22. Nadat het Agentschap, die de ingediende einddeclaraties van de Fondsen controleerde, in 2011 had geconstateerd dat die ingediende einddeclaraties in een aantal gevallen lager waren dan de uitgekeerde voorschotten, heeft zij in augustus en september 2011 een bedrag van ongeveer € 7,7 miljoen teruggevorderd van de Fondsen. De Fondsen hebben het Agentschap bericht niet tot terugbetaling in staat te zijn, omdat SOG FB en De Administratie niet in staat waren deze bedragen aan de Fondsen terug te betalen. Het Agentschap is vervolgens gestopt met het betalen van voorschotten.

2.23. De Fondsen hebben Deloitte Financial Advisory Services B.V. ("Deloitte") gevraagd een onafhankelijk onderzoek te doen naar het ontstaan van de betalingsonmacht van de Fondsen. Op 7 mei 2012 heeft Deloitte een rapport uitgebracht ("het Deloitte rapport"). In dit rapport is onder meer getracht om inzicht te geven in de risico's van het business model van SOG FB en De Administratie, en is een analyse gemaakt van (i) de inkomsten en kostenstructuur, (ii) de inkomende en uitgaande geldstromen en (iii) de liquiditeitspositie in de periode van 2007-2011. Het Deloitte-rapport is gebaseerd op (onder meer) de jaarrekeningen, balansen, overzichten van ESF-2 projecten en interviews met A. In het rapport is voorts vermeld dat het management van SOG FB en De Administratie schriftelijk hebben bevestigd:

"dat de meningen en uitspraken van hen en andere werknemers van SOG fb en DA toegeschreven in het rapport juist zijn en dat zij (naar hun beste eer en geweten) ons alle informatie van betekenis en relevant voor ons rapport beschikbaar hebben gesteld en verder dat (met uitzondering van de met een * aangegeven observatie op pagina 13 en de gehele observatie op pagina 14) ons rapport feitelijk correct is en alle zaken van betekenis bevat binnen de reikwijdte van onze opdrachtbevestigingsbrief en dat hierin geen materiële zaken ontbreken."

Financiële situatie De Administratie

2.24. In de jaarrekeningen van De Administratie over 2008 staat een winst van € 421.467 en die over 2009 vermeldt een winst van € 374.042. De concept-jaarrekening over 2010 vermeldt een verlies van € 345.257.

2.25. Over het jaar 2011 vermeldt het Deloitte-rapport een winst van € 1.731.000, met de kanttekening dat de resultaten over 2011 een eerste concept zijn en door het management van SOG FB en De Administratie zijn opgesteld ten behoeve van het onderzoek van Deloitte:

"De gepresenteerde groei over FY2011 is een inschatting van management welke gedeeltelijk afhankelijk is van nog te contracteren werkgevers onder lopende subsidie projecten (project periode eindigt uiterlijk 31 juli 2012)."

2.26. Het Deloitte rapport vermeldt dat De Administratie vanaf december 2009 diverse financieringen en leningen heeft verstrekt aan groepsmaatschappijen en derden tot een totaalbedrag eind 2010 van € 1.839.000 en eind 2011 van € 3.115.000. Dit rapport vermeldt daarnaast rekening-courantvorderingen tot een totaalbedrag eind 2010 van € 3.590.000 en eind 2011 van € 3.347.000. In totaal had De Administratie eind 2010 circa € 5.429.000 aan vorderingen uitstaan en eind 2011 circa € 6.500.000. Slechts een deel van deze vorderingen was gedekt door zekerheidstelling.

2.27. Eén van die rekening-courantvorderingen van De Administratie eind 2011 betrof een bedrag van in totaal € 2.682.000 op Stout B.V. De Administratie had een bedrag van € 2.100.000 aan Stout B.V. verstrekt als lening. Stout B.V. heeft dit bedrag vervolgens doorgeleend aan A (in privé) voor de financiering van de recreatiewoning van A in Renesse (hierna: de recreatiewoning). De lening aan Stout B.V. was aflossingsvrij en droeg een rente van 4,57% per jaar. De rente werd jaarlijks bijgeschreven op de rekening-courantpositie van Stout B.V. De Administratie heeft voor de aan Stout B.V. verstrekte lening deels zekerheid verkregen door een tweede door A gegeven hypotheek op de desbetreffende woning in Renesse.

Verdere afwikkeling ESF-Subsidies

2.28. Nadat SOG FB en De Administratie in staat van faillissement zijn verklaard, heeft het Agentschap de werkzaamheden voor de opstelling van eindafrekeningen voor aangevraagde ESF-subsidies van De Administratie overgenomen. Van het verstrekte voorschotbedrag van € 29,2 miljoen is een bedrag van € 14,8 miljoen op de juiste wijze verantwoord en door de Europese Commissie als subsidiebedrag uitgekeerd. In totaal dienen de Fondsen nog een bedrag van € 7,2 miljoen aan ontvangen voorschotten terug te betalen aan het Agentschap. Hiervan heeft het Agentschap inmiddels een bedrag van 3,6 miljoen kwijtgescholden, zodat een terug te betalen bedrag van € 3,6 miljoen resteert. Verder heeft de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in het kader van de verantwoording van de afwikkeling van de ESF-subsidies aan de Tweede Kamer (onder meer) vermeld dat het voorschotbeleid voor de nieuwe ESF-periode van 2014-2020 restrictiever zal worden toegepast, om vergelijkbare situaties in de toekomst te voorkomen (zie de brief aan de Tweede Kamer van 24 november 2014, "Eindbrief afwikkelen voorschotten SOG").

2.29. Het faillissementstekort in SOG FB belooft per datum van de dagvaarding ongeveer € 12,7 miljoen aan voorlopig erkende concurrente crediteuren, met name werkgevers en Fondsen.

2.30. Het faillissementstekort in De Administratie bedraagt per datum van dagvaarding € 1,8 miljoen, waarvan ruim € 250.000 aan boedel vorderingen (UWV en de verhuurder), ruim € 1,5 miljoen aan preferente vorderingen van de fiscus, het UWV en de werknemers, en ruim € 535.000 aan voorlopig erkende concurrente vorderingen (leasemaatschappij, schoonmaakdiensten en andere dienstverleners).

3. Het geschil

3.1. De curator vordert, na wijziging van eis – zakelijk weergegeven – bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

in de zaak van de curator in het faillissement van De Administratie: de hoofdelijke aansprakelijkheid van gedaagden vast te stellen:

primair op grond van artikel 2:248 lid 1 en/of lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW):

– om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de curator in het faillissement van De Administratie het bedrag van de het volledige faillissementstekort te betalen, voor zover dit tekort niet door vereffening van de overige baten kan worden voldaan;

– om bij wijze van voorschot aan de curator te betalen een bedrag van € 1.500.000, althans een bedrag door uw rechtbank in goede justitie te bepalen;

– voor het overige te bepalen dat het meerdere tekort nader kan worden vastgesteld en opgemaakt bij staat overeenkomstig artikel 2:248 lid 5 BW;

subsidiar op grond van artikel 2:9 BW:

– voor het geval in rechte niet komt vast te staan dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak vormt van het failleren van De Administratie, is de bestuurder en/of aandeelhouder aansprakelijk jegens De Administratie voor de aan de rechtspersoon toegebrachte schade op grond van artikel 2:9 BW in samenhang met artikel 2:11 BW,

respectievelijk artikel 2:8 BW in samenhang met artikel 2:11 BW, waarbij de schade door de rechtbank dient te worden vastgesteld in een schadestaatprocedure;

meer subsidiair op grond van artikel 6:162 BW:

- om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de curator te vergoeden de door de curator als gevolg van het onrechtmatig handelen van gedaagden geleden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- om bij wijze van voorschot aan de curator te betalen een bedrag van € 1.500.000, althans een bedrag door uw rechtbank in goede justitie te bepalen;

in de zaak van de curator in het faillissement van SOG FB de hoofdelijke aansprakelijkheid van gedaagden vast te stellen:

primair op grond van artikel 2:9 BW respectievelijk 2:8 in samenhang met 2:11 BW:

- om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de curator in het faillissement van SOG FB de schade te vergoeden die door de curator als gevolg van het kennelijk onbehoorlijk bestuur van gedaagden is geleden, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- om bij wijze van voorschot aan de curator te betalen een bedrag van € 5.000.000, althans een bedrag door uw rechtbank in goede justitie te bepalen;

subsidiair op grond van artikel 6:162 BW:

- om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de curator te vergoeden de door de curator als gevolg van het onrechtmatig handelen van gedaagden geleden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- om bij wijze van voorschot aan de curator te betalen een bedrag van € 5.000.000, althans een bedrag door uw rechtbank in goede justitie te bepalen;

in alle zaken:

- gedaagden hoofdelijk te veroordelen in de kosten van de procedure en in de nakosten, vermeerderd met de wettelijke rente met ingang van veertien dagen na de datum van het te wijzen vonnis.

3.2. De curator legt aan haar vorderingen het volgende ten grondslag.

primaire vorderingen voor wat betreft De Administratie en voor wat betreft SOG FB:

- SOG FB en De Administratie hebben een ontoereikend business model gehanteerd, waarbij de eigen organisatiekosten werden voldaan uit voor eerdere/afgeronde projecten ontvangen subsidies. Tevens werden systematisch te hoge voorschotten aangevraagd. De inherente risico's van dit business model, waarbij De Administratie en SOG FB afhankelijk waren van een constante stroom van voorschotten, vroegen om een strikte bewaking van de bedrijfskosten en het aanhouden van een toereikende financiële buffer. Dit is niet gebeurd, hetgeen een onbehoorlijke vervulling oplevert van de bestuurstaak.
- In de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement is voorts op vrijwel alle cruciale onderdelen van de administratie, informatie ontoereikend of ondeugdelijk en is voor beide faillieten niet voldaan aan de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW noch aan de verplichtingen van artikelen 2:394 en 2:298 BW. Nu aan deze verplichtingen niet is voldaan, heeft de bestuurder van De Administratie haar taak onbehoorlijk vervuld en wordt op grond van artikel 2:248 lid 2 BW vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van De Administratie. Daarnaast is de bestuurder van De Administratie op grond van artikel 2:249 (misleidende voorstelling van de toestand van de vennootschap) aansprakelijk jegens derden voor de dientengevolge door deze partijen geleden schade.

Voor SOG FB betekent de schending van artikelen 2:10 en 2:394 BW een onbehoorlijke taakvervulling van A jegens SOG FB, waarvan haar in de gegeven omstandigheden een ernstig verwijt kan worden gemaakt;

subsidiare vordering voor wat betreft De Administratie en primaire vordering voor wat betreft SOG FB:

– De Administratie heeft kredieten verstrekt in een periode dat zij beperkte winst behaalde en in één jaar (2010) zelfs een verlies leed, hetgeen in strijd is met het economisch belang van de faillieten. Bovendien waren deze kredieten niet afgedekt door (afdoende) zekerheden. Beide faillieten zijn door het verschaffen van de kredieten volstrekt inflexibel geworden, waardoor de ontstane rekening-courant schuld van De Administratie aan SOG FB niet op korte termijn kon worden afgelost, noch aan het tussentijdse verzoek om terugvordering van voorschotten door het Agentschap kon worden voldaan.

– A heeft, als indirect bestuurder van De Administratie, gehandeld in strijd met haar verplichtingen als bestuurder van SOG FB. Zij heeft De Administratie leningen laten verstrekken van aanzienlijke omvang, zonder afdoende waarborgen voor terugbetaling op korte termijn, hetgeen, mede gelet op de herkomst van de financiële middelen, niet valt binnen de doelomschrijving zoals opgenomen in de statuten van SOG FB. Daarmee heeft A zich schuldig gemaakt aan onbehoorlijke taakvervulling als bedoeld in artikel 2:9 BW. Hiervan kan haar ook een ernstig verwijt worden gemaakt. Bovendien is de aanwending van de subsidiegelden voor deze leningen in strijd met de voorwaarden voor subsidieverlening, hetgeen A met haar jarenlange ervaring heeft geweten, althans had behoren te weten. Daardoor heeft zij het risico laten ontstaan dat de subsidiegelden zouden worden teruggevorderd. Ook brengt dit handelen gevolgschade mee voor De Administratie, omdat zij voor haar inkomsten en voortbestaan afhankelijk was van de subsidieverlening.

meer subsidiare vordering jegens De Administratie en subsidiare vordering jegens SOG FB

– Op het moment van het verstrekken van de lening aan Stout B.V., was haar kredietwaardigheid twijfelachtig, waardoor de lening kwalificeert als een materiële uitkering. Door deze lening te aanvaarden handelden Stout B.V. en A als (indirect) bestuurder/aandeelhouder onrechtmatig jegens de gezamenlijke crediteuren.

3.3. Gedaagden voeren gemotiveerd verweer. Op de stellingen en verweren zal de rechtbank, voor zover relevant, hierna bij de beoordeling ingaan.

4. De beoordeling

In alle zaken

4.1. De rechtbank zal allereerst (A) ingaan op de bijzondere kenmerken van de ESF-Subsidieregeling en de inherente risico's van de (in 2007 opgezette) organisatiestructuur. Vervolgens komt aan de orde (B) de primaire vordering tot betaling van schadevergoeding door A als bestuurder van SOG FB wegens onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:9 BW. Daarna zal de rechtbank (C) de verwijten jegens Stout B.V. en A als (indirect) bestuurders van De Administratie beoordelen. Deze verwijten van de curator zijn gegrond op de antimisbruikbepalingen in faillissement als bedoeld in artikel 2:248 lid 1 BW en artikel 2:248 lid 2 BW (de wettelijke vermoedens). Tenslotte (D) zullen de overige vorderingen worden beoordeeld.

A. De ESF-Subsidieregeling en inherente risico's aan de constructie

4.2. De rechtbank stelt voorop dat het in deze zaak gaat om geldstromen die hun oorsprong vinden in ESF-subsidies. Door de curator wordt de wijze waarop A, als bestuurder van SOG FB en als indirect bestuurder van De Administratie, is omgegaan met die subsidiegeldstromen aan de kaak gesteld. Een belangrijke vraag die partijen verdeeld lijkt te houden is in hoeverre de in 2007 opgezette organisatiestructuur en de nauwe verwevenheid tussen de Fondsen, SOG FB en De Administratie de toets der kritiek kunnen doorstaan.

4.3. De rechtbank dient echter niet zozeer de vraag te beantwoorden of de opgezette organisatiestructuur is

“toegestaan”. Ter beoordeling ligt voor of A als bestuurder van SOG FB, en voorts als indirect bestuurder van De Administratie, binnen de opgezette structuur haar taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld en of zij uit hoofde daarvan aansprakelijk is jegens de (curator van de) failliete vennootschappen.

4.4. De constructie is lange tijd door alle betrokkenen “goed bevonden”: de Fondsen, de werkgevers en het Agentschap waren op de hoogte van de werkwijze, die in de verschillende overeenkomsten was vastgelegd. Het Agentschap had tot taak onder meer SOG FB te controleren met betrekking tot de uitvoering van de ESF-Subsidieregeling. Binnen het subsidiesysteem van de ESF-Subsidieregeling werden voorts jarenlang de aanvragen voor subsidievoorschotten (vrijwel) altijd gehonoreerd door het Agentschap, ook als die (slechts) werden onderbouwd met prognoses; dit is inmiddels door de Staatssecretaris in de nieuwe ESF-Subsidieregeling aangescherpt. Tenslotte was de subsidieverstrekking bij de sectoraanvragen zo geregeld dat de ESF-subsidies “in de markt” moesten worden gezet, omdat bij het indienen van de subsidieaanvragen door de Sectorfondsen nog geen werkgevers bekend waren die van de ESF-subsidies gebruik gingen maken. Uit de stukken kan voorts worden afgeleid dat A lange tijd op succesvolle wijze en naar tevredenheid van alle betrokkenen, heeft bijgedragen aan het in de markt zetten van de aan Nederland verstrekte ESF-subsidiebedragen, onder meer door het opzetten van een gestandaardiseerde digitale aanvraagomgeving voor werkgevers.

4.5. A heeft met betrekking tot de keuze voor de opgezette constructie toegelicht dat rond 2007 duidelijk werd dat de gedetailleerde verantwoording van de administratiekosten binnen de toen geldende ESF-Subsidieregeling vanuit het Agentschap zodanig strikt en arbeidsintensief (en daarmee duur) was geworden, dat vele kosten (van toen nog het fonds SOG) niet uit de subsidies of anderszins gedekt werden, terwijl die kosten wél door SOG (vervolgens uit eigen zak) werden voldaan. SOG factureerde de werkgevers toen nog op basis van de werkelijke kosten, en dit had als risico dat wanneer geen subsidie verleend werd, de kosten voor reeds verrichte werkzaamheden niet betaald werden. Om te voorkomen dat SOG in financiële problemen zou komen, moest er – vanuit het perspectief van SOG bezien – een oplossing komen, waarbij de gemaakte administratiekosten beter moesten kunnen worden verantwoord. De oplossing is uiteindelijk gevonden in het onderbrengen van de bedrijfskosten in een B.V., waarbij SOG FB als doorgeefluik voor de ESF-Subsidies van de Fondsen ging functioneren. De Administratie verrichtte, als ingeschakelde (commerciële) vennootschap, alle administratieve werkzaamheden voor de subsidieaanvraag en de afwikkeling ervan. Zij berekende daarvoor aan SOG FB, per deelnemend bedrijf, waarmee zij een (schriftelijke) overeenkomst had gesloten, een vast bedrag op basis van een vaste prijsafspraken tussen haar en SOG FB (de “aanneemsom”, zie artikel 3 lid 1 van de overeenkomst tussen De Administratie en SOG FB). SOG FB kon deze kosten als vaste prijs eenvoudig verantwoorden.

4.6. Er waren binnen de opgezette structuur onder meer de volgende geldstromen:

(a) Het Agentschap betaalde (op aanvraag en per project) voorschotten en subsidies aan de Fondsen ten behoeve van projecten bij de werkgevers;

(b) de Fondsen zorgden voor doorbetaling van die voorschotten en subsidies aan SOG FB op basis van de tussen hen gesloten samenwerkingsovereenkomsten;

(c) SOG FB stortte een gedeelte van de ontvangen voorschotten door naar De Administratie teneinde te voorzien in haar behoefte aan werkkapitaal (in totaal een bedrag van € 17,2 miljoen; zie onder meer pagina 9 van het Deloitte-rapport). De Administratie loste af op deze rekening-courant schuld door verrekening met de door haar aan SOG FB gestuurde facturen voor de aanneemsom. De Administratie diende aldus bij SOG FB een factuur in voor werkzaamheden die zij voor de werkgevers zou gaan verrichten en (groten)deels al verricht had;

(d) SOG FB belastte de aanneemsom door naar de werkgevers (ook wel projectuitvoerders genoemd) en verrekende de door haar hiervoor verstuurd facturen direct met door haar aan werkgevers verschuldigde subsidievoorschotten; en

(e) Daarnaast betaalde SOG FB een deel van de ontvangen voorschotten door naar de werkgevers (in totaal een bedrag € 2,2 miljoen – zie pagina 9 van het Deloitte rapport).

4.7. SOG FB was voor haar financiering volledig afhankelijk van subsidies en subsidievoorschotten die zij ontving van de Fondsen, zij had geen andere (externe) bron van financiering. SOG FB ging in haar bedrijfsvoering bovendien uit van een continue stroom van voorschotten op aangevraagde ESF-subsidies, waaruit alle bedrijfskosten van SOG FB werden voldaan. De gedachte was dat na afloop van het ESF-project de kasstroom van SOG FB met betrekking tot dat project op nul uitkwam. De kosten van SOG FB betroffen enerzijds haar bedrijfskosten en anderzijds de facturen voor de administratieve werkzaamheden van De Administratie. Die facturen van De Administratie werden door SOG FB voldaan uit de ontvangen voorschotten, die zij al had doorgestort naar De Administratie, door middel van een afboeking in de bestaande rekening-courantverhouding. Tegelijkertijd was het Agentschap niet verplicht om subsidievoorschotten aan de Fondsen ter beschikking te (blijven) stellen, en kon zij op basis van de ESF-Subsidieregeling ook subsidies terugvorderen en teveel ontvangen subsidies verrekenen.

4.8. Uit de door partijen beschreven gang van zaken volgt voorts dat door SOG FB en De Administratie namens de Fondsen steeds maximale ESF-subsidies en subsidievoorschotten werden aangevraagd, met de bijbehorende maximale administratiekosten. Dit was ook met zoveel woorden vastgelegd in de overeenkomsten: de Fondsen zouden alle mogelijkheden benutten tot het verkrijgen van voorschotten. Daarnaast werden de aangevraagde voorschotten ten behoeve van de sectorfondsen door het Agentschap jarenlang uitbetaald op basis van prognoses en geschatte projectkosten. Immers, in dat stadium waren (als het ging om zogenaamde sectoraanvragen) op het moment van de aanvraag van de ESF-subsidies veelal nog geen schriftelijke contracten afgesloten met werkgevers voor wie de ESF-subsidies bestemd waren. Pas na de indiening van de aanvraag zocht De Administratie zoveel mogelijk werkgevers bij de aanvraag en werden de subsidies op die manier in de markt gezet. Volgens de tot 2011 geldende ESF-regelgeving en door de opgezette constructie was dus een maximalisatie van ESF-subsidieaanvragen en voorschotbetalingen mogelijk, zonder dat daaraan op voorhand een uitgebreide verantwoording per projectaanvraag ten grondslag hoefde te liggen. Op deze wijze werden hoge subsidievoorschotten verkregen, die SOG FB zonder enige zekerheden, voor een groot deel heeft doorgestort naar De Administratie. Toen in de loop van 2011 in voorkomende gevallen bleek dat de verkregen voorschotten hoger waren (op dat moment een bedrag van € 7,7 miljoen) dan de in de, door De Administratie opgestelde, eindafrekening opgenomen subsidiebedragen, vorderde het Agentschap de te veel betaalde voorschotten terug van de Fondsen. Weliswaar bestond op dat moment voor SOG FB nog niet de contractuele verplichting om de te veel ontvangen voorschotten aan de Fondsen terug te betalen, maar omdat de Fondsen niet konden terugbetalen droogde de subsidiestroom op. Het Agentschap stopte immers met het betalen van voorschotten. Doordat er geen voorschotten meer werden betaald, konden de bedrijfskosten van SOG FB ook niet meer worden betaald.

4.9. De rechtbank stelt verder vast dat in de constructie besloten lag dat SOG FB zelf over weinig liquide middelen beschikte. SOG FB stortte vanuit haar liquiditeitspositie bedragen door naar De Administratie om te voorzien in haar behoefte aan werkkapitaal. De voorschotten op de ESF-subsidies werden (veelal) pas verstrekt aan de Fondsen en doorbetaald aan SOG FB tijdens de looptijd van een project, terwijl De Administratie haar administratieve werkzaamheden voor de betreffende ESF-projecten daarvoor al was gestart. Het werkkapitaal dat De Administratie daarvoor nodig had, werd door SOG FB voorgefinancierd vanuit de nog beschikbare liquiditeiten uit eerdere voorschotten (voor andere projecten), die zij immers (deels) in de rekening-courant met de Administratie had gestort. De reeds ontvangen ESF-subsidievoorschotten waren dus niet geormerkt of exclusief toegekend aan bepaalde projecten. Daarmee was SOG FB (en evenzeer De Administratie) voor de afwikkeling van bestaande ESF-subsidies afhankelijk (geworden) van steeds weer nieuwe ESF-subsidieaanvragen. Bovendien controleerde SOG FB niet of De Administratie de gelden nodig had voor de financiering van haar operaties (waarvoor het geld bestemd was, zoals contractueel was overeengekomen) en had SOG FB na vooruitbetaling aan De Administratie geen controle meer op de besteding van die gelden. De Administratie heeft die vooruitbetalingen niet alleen maar gebruikt om subsidieaanvragen voor te bereiden, maar zij heeft de kredietruimte in de rekening-courantverhouding ook gebruikt voor het verstrekken van leningen en kredieten aan groepsmaatschappijen en derden. Toen de Fondsen om terugbetaling van voorschotten vroegen, waren de liquide middelen, mede hierdoor, niet meer aanwezig bij De Administratie.

4.10. Op SOG FB rustte tenslotte een incassorisico met betrekking tot de uit de voorschotten betaalde facturen van De Administratie. In de overeenkomsten tussen SOG FB en de gecontracteerde werkgevers was vastgelegd dat SOG FB de kosten voor het programma- en projectmanagement en de projectimplementatie (lees: de kosten van De Administratie) in rekening zou brengen, en dat SOG FB deze kosten direct mocht verrekenen met een aan die

werkgever ter beschikking te stellen voorschot op het subsidiebedrag. De werkgevers hoefden dus op dat moment nog niets te betalen, vanuit de gedachte (zo begrijpt de rechtbank) dat werkgevers zo gemakkelijker en laagdrempeliger konden meedoen aan de ESF-subsidies. In artikel 4 lid 3 van de betreffende overeenkomsten is vervolgens bepaald dat, indien het uiteindelijk ontvangen subsidiebedrag in de Vaststellingsbeschikking lager is dan het ontvangen voorschot (dat reeds was verrekend met de kosten van De Administratie), de werkgever verplicht is om binnen veertien dagen het verschil aan SOG FB terug te betalen. Daarmee rustte dus op SOG FB een incassorisico ter zake het verschil tussen de ontvangen voorschotbedragen die waren aangewend voor de betaling van de administratiekosten en de uiteindelijke ESF-subsidie in de Vaststellingsbeschikking.

4.11. Dit incassorisico voor SOG FB werd vergroot door het grote tijdsverloop tussen de aanvraag en de Vaststellingbeschikking. Dit bracht ook onzekerheid mee over de definitieve (hoogte van de) subsidies en een eventuele terugbetalingsverplichting. Na het einde van het desbetreffende project kon het Fonds (binnen een termijn van dertien weken) een verzoek tot vaststelling van de subsidie indienen. Daarbij moest een einddeclaratie en een verantwoording zijn gevoegd. Pas na verloop van (soms ruim) twee jaar na ontvangst van het verzoek tot vaststelling werd duidelijkheid verkregen over de definitieve hoogte van de desbetreffende ESF-subsidie in de Vaststellingsbeschikking. Op dat moment hadden veel werkgevers geen rekening meer gehouden met een eventuele terugbetalingsverplichting jegens SOG FB. De curator heeft op dit punt (onweersproken) gesteld dat een groot aantal werkgevers thans weigert om deze bedragen terug te betalen en zich beroepen op wanprestatie.

4.12. Gezien het voorgaande kleefden – samengevat – aan de opgezette organisatiestructuur de volgende risico's, met name voor SOG FB:

- (i) SOG FB was (financieel) afhankelijk van een continue stroom aan subsidiegelden, terwijl die stroom niet zeker was, aangezien het Agentschap geen verplichting had om voorschotten te verstrekken;
- (ii) Omdat het Agentschap pas tijdens de looptijd van het project voorschotten – de enige inkomsten van SOG FB – uitbetaalde, moesten de werkzaamheden voor een project in eerste instantie worden gefinancierd uit voorschotten voor andere projecten, terwijl de uitbetaling van de voorschotten op basis van prognoses, het risico schiep – dat zich ook heeft gemanifesteerd – dat te hoge voorschotten werden uitgekeerd;
- (iii) SOG FB stortte grote bedragen in de rekening-courant met De Administratie, teneinde te voorzien in werkkapitaal, op een moment dat De Administratie daarvoor nog geen werkgevers had gecontracteerd of facturen had verstuurd, zonder te controleren of De Administratie deze bedragen nodig had om te voorzien in de financiering van haar operaties en zonder dat De Administratie hiervoor enige zekerheid had gegeven. Voorts betaalde SOG FB uit de door haar ontvangen voorschotten de administratiewerkzaamheden, die De Administratie voor de werkgevers in het kader van de subsidieaanvraag verrichtte. De facturen die De Administratie hiervoor stuurde, werden afgeboekt in de rekening-courant; en
- (iv) Op SOG FB rustte een incassorisico jegens De Administratie met betrekking tot het onder (iii) verschaftte werkkapitaal en jegens de werkgevers met betrekking tot de voorgeschoten facturen voor werkgevers. Het grote tijdsverloop tussen de aanvraag en de Vaststellingbeschikking en de onzekerheid over de definitieve (hoogte van de) subsidies en een eventuele terugbetalingsverplichting hebben het incassorisico vergroot.

4.13. Tegenover deze risico's voor SOG FB stond binnen het gehanteerde bedrijfsmodel een gegarandeerde vaste prijsafpraak voor De Administratie. Dit was hetzelfde bedrag dat SOG FB met de werkgevers als aanneemsom had afgesproken, en dat door de werkgevers hoe dan ook moest worden betaald: door verrekening bij definitieve uitbetaling van de subsidie, maar ook als er geen subsidie zou worden verstrekt. De Administratie was in het bedrijfsmodel niet afhankelijk van de betalingen door werkgevers, maar kreeg haar facturen uit de voorschotten voldaan door SOG FB. De Administratie was daarmee steeds verzekerd van (vooruit)betaling van haar facturen. Verder was in de verhouding tot SOG FB vastgelegd dat De Administratie niet aansprakelijk kon worden gehouden voor verschillen tussen de toegekende en vastgestelde subsidiebedragen.

In de zaak van de curator in het faillissement van SOG FB tegen A

B. Interne aansprakelijkheid A als bestuurder van SOG FB (2:9 BW)

4.14. Voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW is vereist dat A, gelet op alle omstandigheden van het geval, persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken bij de uitoefening van haar taken als bestuurder. Met ingang van 1 januari 2013 is deze ernstig-verwijtmaatstaf vastgelegd in de wet in artikel 2:9 lid 2 BW (met de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht, Stbl. 2011/275). Volgens vaste rechtspraak moet de maatstaf “ernstig verwijt” worden gehanteerd met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Daartoe behoren onder meer de aard van de door de rechtspersonen uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult (HR 10 januari 1997, («JOR» 1997/29; red.), NJ 1997, 360, *Staleman/Van de Ven*).

4.15. De rechtbank is van oordeel dat A haar taak als bestuurder van SOG FB onbehoorlijk heeft vervuld en dat haar daarvan een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. De rechtbank licht dit oordeel als volgt toe.

4.16. Allereerst was de taak van A als bestuurder van SOG FB om op een zorgvuldige manier uitvoering te (doen) geven aan de ESF-Subsidieregeling, in ieder geval op zodanige wijze dat de subsidiegelden die aan de Fondsen waren verstrekt overeenkomstig de daarvoor bestemde doelen zouden worden besteed. SOG FB was niets anders dan een doorgeefluik van subsidies. Zoals hiervoor is overwogen, kleefden aan de door De Administratie en SOG FB uitgeoefende activiteiten binnen de opgezette structuur een aantal risico's. Deze inherente risico's en het bijzondere karakter van het werkkapitaal van SOG FB (en van De Administratie) – namelijk: subsidievoorschotten – vragen onder meer om het begrenzen van additionele exploitatiekosten en het bewaken van de liquide middelen. Deze aan de structuur inherente risico's zijn daarmee van belang voor (de beoordeling van) de taakuitoefening van A als bestuurder van SOG FB.

4.17. Uit de vaststaande feiten volgt dat A in feite als (indirect) bestuurder van SOG FB en De Administratie de touwtjes in handen had en beslissingen in haar eentje kon nemen. Niet gesteld of gebleken is dat binnen SOG FB enig toezichthoudend orgaan was ingesteld. Het enkele feit dat A, zoals zij nog heeft aangevoerd, pas vanaf 2010 officieel statutair bestuurder was, doet aan haar aansprakelijkheid niet af. Tevens volgt uit de vaststaande feiten dat zij vanaf het begin bekend was met de gekozen constructie, dat zij hieraan heeft meegewerkt en ook de onder de feiten genoemde overeenkomsten vanuit SOG FB steeds heeft ondertekend “in haar hoedanigheid van statutair bestuurder van SOG FB”. Zoals uit het hiernavolgende blijkt, had A als (feitelijk) bestuurder juist haar verantwoordelijkheid kunnen en moeten nemen. Daarbij speelt een belangrijke rol dat SOG FB en De Administratie door de betrokkenheid van A als (indirect) bestuurder van beide rechtspersonen niet alleen bestuurlijk nauw verbonden waren, maar door de werkwijze en organisatiestructuur ook bedrijfsmatig nauw verweven waren. Gewezen wordt onder meer op de bestaande rekening-courantverhouding tussen SOG FB en De Administratie en de omstandigheid dat De Administratie alle kosten van SOG FB voldeed. Daar komt bij dat A als (indirect) bestuurder bij SOG FB en De Administratie in feite één beleid voerde, waarbij SOG FB en De Administratie in wezen samen één onderneming voerden. Binnen een dergelijke, inherent risicovolle, structuur is de manoeuvreerruimte voor A als bestuurder van SOG FB minder groot. Dat SOG FB werkte met op voorschot verstrekte gemeenschapsgelden maakt die manoeuvreerruimte nog kleiner.

4.18. Gezien de inherente risico's die kleefden aan de gekozen structuur (waaronder maar niet beperkt tot het aanvragen van grote voorschotten die later moesten worden terugbetaald), kan A een ernstig verwijt worden gemaakt dat zij onvoldoende oog heeft gehad voor de financiële stabiliteit en de continuïteit van SOG FB. Zij heeft binnen die inherent risicovolle structuur nagelaten maatregelen te nemen teneinde de risico's ten aanzien van de rekening-courant met De Administratie te verminderen en het incassorisico te verleggen. Daarnaast heeft A zelf actief bijgedragen aan het vergroten van de financiële risico's voor SOG FB ten gunste van haar “eigen vennootschap” De Administratie. Bij A ontbrak het in die opzichten aan inzicht en zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een stichtingsbestuurder die voor haar taak is berekend en deze nauwgezet vervult.

4.19. Allereerst heeft A als bestuurder van SOG FB de rekening-courantverhouding met De Administratie onverantwoord hoog laten oplopen, tot € 11,2 miljoen eind 2011, zonder dat zij enige zekerheid had bedongen ten

aanzien van terugbetaling door De Administratie indien zij op dit bedrag of een gedeelte daarvan geen recht zou blijken te hebben. Uit het rapport van Deloitte volgt dat SOG FB over de periode 2007 tot en met 2011 in totaal € 28,2 miljoen aan betalingen uit subsidievoorschotten van de Fondsen heeft ontvangen. SOG FB heeft hiervan in diezelfde periode een bedrag van € 17,2 miljoen aan De Administratie doorgestort. De hiervoor geschetste inherente risico's aan de bedrijfsvoering, en daarnaast de afhankelijkheid van een continue subsidiestroom, hebben A er aldus niet van weerhouden om de liquide middelen van SOG FB naar De Administratie te laten vloeien en daarmee de schuldpositie in rekening-courant te laten oplopen, met in dit geval een vergaande beperking van de solvabiliteit en liquiditeit van SOG FB tot gevolg. Dit terwijl van A juist mocht worden verwacht dat zij de rekening-courantverhouding met De Administratie strikt zou bewaken. A heeft nog aangevoerd dat SOG FB geen buffer mocht aanhouden van de ESF-regelgeving. De rechtbank is echter van oordeel dat de regelgeving een buffer niet zozeer verbood, maar dat het aanhouden van een zogenaamd "surplus" door het Agentschap werd verrekend met lopende subsidievoorschotten (zie r.o. 2.10).

4.20. Uit het Deloitte-rapport en uit de verklaringen van A volgt dat de rekening-courantpositie verstoord werd door het feit dat De Administratie voor een bedrag van € 6 miljoen (€ 7,3 miljoen inclusief BTW) nog niet aan SOG FB had gefactureerd, omdat De Administratie de omzetbelasting (BTW) vanuit haar liquiditeitspositie niet kon betalen. Volgens het Deloitte-rapport betrof dit omzet op projecten waarvan de project periode per 31 december 2011 nog niet was verlopen en welke nog niet geheel door middel van door werkgevers ondertekende contracten was onderbouwd. Er bestonden, volgens A, wel al mondelinge overeenkomsten, zodat facturering volgens haar wel mogelijk was. Gecorrigeerd voor deze post bedroeg de rekening-courantschuld van De Administratie aan SOG FB per 31 december 2011 totaal € 4 miljoen. Hiertegenover stond slechts een liquide middelensaldo van € 300.000 van De Administratie, zodat van de van SOG FB ontvangen subsidievoorschotten een bedrag van € 3,7 miljoen per 31 december 2011 door De Administratie was besteed aan "andere zaken". Dit betrof onder meer een verstrekte lening in privé van € 2,1 miljoen voor de recreatiewoning en startkapitaal en verliesfinanciering van gelieerde ondernemingen van € 2,3 miljoen.

4.21. Het voorgaande valt A temeer te verwijten, vanwege het – aan de opgezette structuur inherente – incassorisico voor SOG FB, dat gemoeid was met het voorschieten uit subsidievoorschotten van de administratiekosten voor de werkgevers. Dit had tot extra prudentie moeten leiden bij het bewaken van de rekening-courantpositie van SOG FB.

4.22. Een ander aspect van het onzorgvuldig handelen van A betreft het 'stapelen' van subsidies: de door SOB FB maximaal aangevraagde subsidies, die in veel gevallen werden aangevraagd voordat daarvoor een concreet projectvoorstel was, werden door De Administratie "dubbel weggezet" in de markt. Dit diende het ondernemingsbelang van De Administratie, die daarmee extra inkomsten genereerde in de vorm van de aanneemsommen voor de werkzaamheden in verband met deze "dubbel weggezette" subsidies. Zoals hiervoor is overwogen, lag het incassorisico – voor het geval de aanvragen niet of niet geheel werden gehonoreerd – echter geheel bij SOG FB. Het "dubbel wegzetten" van de subsidies verhoogde dit incassorisico.

4.23. Terecht verwijt de curator dat A als bestuurder van SOG FB ook een actieve rol heeft gespeeld bij het vergroten van het financiële risico voor SOG FB teneinde zoveel mogelijk omzet (en winst) te genereren voor het eigen bedrijf van A, De Administratie. Dat zij zich bij het opzetten van de constructie wellicht niet heeft gerealiseerd dat (vooral) de Fondsen en SOG FB de financiële risico's liepen in geval van een terugvordering en stopzetting van de bevoorschotting (zoals zij ter zitting heeft verklaard), doet hieraan niet af. De rechtbank is van oordeel dat zij hiermee wel degelijk rekening had moeten en kunnen houden.

4.24. De slechte financiële positie van SOG FB heeft A er voorts in 2007 tot en met 2011 niet van weerhouden om de bedrijfskosten voor SOG FB exponentieel te laten oplopen door € 1,4 miljoen aan extra kosten te maken voor de werkgevers voor het voeren van bezwaarprocedures tegen het Agentschap over (gedeeltelijke) afwijzing van de subsidieaanvragen. Een voorbeeld hiervan is een dispuut met het Agentschap over de einddeclaratie op een bepaald ESF-project waarbij het Agentschap de einddeclaratie van € 19 miljoen met bijna 91% naar beneden had bijgesteld. Het Agentschap voerde na september 2009 een strenger voorschotbeleid. A heeft aangevoerd dat er voortdurend verschil van mening was met het Agentschap over wat nodig was om subsidies definitief te krijgen en om de subsidiabele administratiekosten vergoed te krijgen. In dat geval moest SOG FB kosten maken – er zijn 23 procedures gevoerd – om alsnog het door haar ingediende bedrag betaald te krijgen, aldus A. Die kosten werden blijkens het Deloitte-rapport echter door SOG FB betaald uit voorschotten van het Agentschap op subsidieaanvragen. SOG FB

heeft deze kosten (van in totaal € 1,4 miljoen) aldus voor eigen rekening en risico gemaakt, zonder over de vergoeding ervan concrete afspraken te maken of anderszins zekerheden te bedingen.

4.25. De hiervoor omschreven handelwijze van A als bestuurder van SOG FB levert, in onderling verband en samenhang bezien, onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:9 BW op. A is dan ook op grond van die bepaling aansprakelijk jegens SOG FB voor de schade die kan worden toegerekend aan het onbehoorlijk bestuur.

4.26. A heeft betoogd dat het Agentschap geheel onverwachts is overgegaan tot terugvordering en stopzetten van voorschotbetalingen, en dat die omstandigheid heeft gezorgd voor het faillissement, en dus voor de schade. In de periode van 2007 tot november 2010 werden alle 43 voorschotverzoeken door het Agentschap gehonoreerd voor het volledige bedrag (ruim € 25 miljoen). Pas in november 2010 werd bij enkele projecten een lager voorschot toegekend dan was aangevraagd, maar na het indienen van bezwaar werd weer 100% van het gevraagde voorschot verstrekt. Volgens A hadden de lagere voorschotten te maken met een liquiditeitsprobleem bij het Agentschap. In augustus 2011 werd duidelijk dat het Agentschap niet alleen de voorschotten verlaagde, maar ook op een te vroeg moment de voorschotten ging terugvorderen. Volgens de regelgeving kon het Agentschap slechts terugvorderen bij de Vaststellingsbeschikking. Maar het Agentschap vorderde voorschotten terug van projecten waarvan de einddeclaratie wel was ingediend, maar waarbij de Vaststellingsbeschikking nog twee jaar op zich zou laten wachten, aldus nog steeds A. Om voornoemde reden, zo begrijpt de rechtbank, ontbreekt volgens A het causale verband met de gestelde schade.

4.27. De rechtbank verwerpt dit verweer. Allereerst volgt uit (het systeem van) de ESF-Subsidieregeling dat het Agentschap haar beleid kon wijzigen en over kon gaan tot terugvordering of stopzetten van subsidievoorschotten. Gezien haar eigen verklaringen dienaangaande, was A ervan op de hoogte dat het Agentschap haar beleid kon wijzigen, zowel ten aanzien van het blijven betalen van (hoge) voorschotten, alsook ten aanzien van het terugvorderen van teveel betaalde subsidies en het stadium waarin dat gebeurde. Vanaf september 2009 had het Agentschap haar beleid op dit punt al (deels) gewijzigd en was zij terughoudender met het verstrekken van voorschotten en moest sprake zijn van een uitvoerige specificatie van liquiditeitsbehoefte.

4.28. A heeft hierover het volgende vermeld (in haar emailbericht van 18 december 2012 aan de curator):

“(…) De terugvorderingen op zich was geen verrassing, maar het moment ervan wel. Echter was dit aanvechtbaar op basis van de regelgeving. Een groter probleem was dat het Agentschap aankondigde dat er geen voorschotten zouden worden verstrekt voordat de terugvorderingen voldaan zouden zijn. Tegen deze beleidsvrijheid van het Agentschap was niet te vechten aangezien de regelgeving bij voorschotverlening, in tegenstelling tot terugvordering, aardig wat ruimte bood.

Het Agentschap heeft in totaal 10 jaar de voorschotverzoeken beoordeeld op een uniforme manier, ondanks enkele regelwijzigingen. Pas na deze 10 jaar is los van een regelwijziging het uitvoerend beleid veranderd, waarmee het Agentschap haar eigen liquiditeitspositie wilde verbeteren. (…)”

Daarnaast is duidelijk geworden dat de reden voor het striktere beleid van het Agentschap ten aanzien van het vertrekken van voorschotten, was gelegen in een lage realisatie van subsidieaanvragen in de periode 2007-2013. Kortom: het Agentschap had teveel voorschotten verstrekt tegenover te weinig daadwerkelijke gerealiseerde projecten. Die onderbesteding leidde tot een terugbetalingsverplichting aan het ESF-fonds. Ook dit is naar het oordeel van de rechtbank voor A voorzienbaar geweest.

4.29. Indien A zou hebben gehandeld overeenkomstig hetgeen van een redelijk denkend en redelijk handelend bestuurder mocht worden verwacht, acht de rechtbank het in hoge mate aannemelijk dat SOG FB de terugvorderingen en het stopzetten van de bevoorschotting het hoofd had kunnen bieden. De rechtbank is op dit punt met de curator van oordeel dat SOG FB door het verstrekken van de hoge kredieten in rekening-courant aan De Administratie zo inflexibel was geworden, dat het inlopen van die rekening-courantvordering op De Administratie op korte termijn onmogelijk was. De Administratie had daarvoor niet de benodigde financiële middelen. Tegelijkertijd was het voor SOG FB evenmin mogelijk om op korte termijn de voorgeschoten bedragen bij de werkgevers terug te vorderen. Een beleidswijziging bij SOG FB was op korte termijn dus niet mogelijk. A heeft nog aangevoerd dat SOG FB op dat moment nog een

subsidieaanvraag en voorschotverzoek had lopen voor € 11,3 miljoen, en dat zij met de ontvangst daarvan het teruggevorderde bedrag van € 7,7 miljoen had kunnen voldoen. Ook dit verweer kan niet slagen, omdat juist het varen op een continue stroom aan subsidies één van de inherente risico's van de constructie was, waarmee A rekening had moeten houden. A had als bestuurder van SOG FB op dit punt een terughoudender beleid moeten voeren.

4.30. De curator heeft verwijzing naar de schadestaatprocedure gevorderd, en voorts een voorschot gevorderd van € 5 miljoen. Nu vast staat dat A aansprakelijk is voor de ontstane schade, en voorts dat voldoende aannemelijk is dat er enig causaal verband bestaat tussen het onbehoorlijk bestuur en het faillissement, zal de rechtbank A veroordelen tot het betalen van een voorschot op de schadevergoeding. Bij de bepaling van de hoogte van het voorschot houdt de rechtbank rekening met het feit dat het debat over de omvang van de schade nog niet heeft plaatsgehad, zodat partijen nog geen debat hebben gevoerd over onder meer (i) de mate waarin A als bestuurder heeft bijgedragen aan de gestelde schade, en over (ii) de hoogte van de door het onbehoorlijk bestuur van A veroorzaakte schade. De rechtbank bepaalt het voorschot op een bedrag van € 500.000.

In de zaak van de curator van SOG FB tegen beide gedaagden

4.31. Overigens heeft de curator niet gesteld op welke grondslag Stout B.V. hoofdelijk aansprakelijk zou moeten worden gehouden voor de ontstane schade bij SOG FB en nu dit ook niet uit de feiten volgt, zal de rechtbank Stout B.V. niet veroordelen tot betaling van de schade van SOG FB. Daarmee kan evenmin sprake zijn van de gevorderde hoofdelijke veroordeling van beide gedaagden.

In de zaak van de curator van De Administratie tegen beide gedaagden

C. Aansprakelijkheid Stout B.V. en A als (indirect) bestuurders van De Administratie – artikel 2:248 BW

4.32. Op grond van artikel 2:248 lid 1 BW is – in geval van faillissement van een vennootschap – iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien (i) het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en (ii) aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Van kennelijk onbehoorlijk bestuur kan slechts worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben (HR 7 juni 1996, («**JOR**» **1996/68**; red.), NJ 1996/695, *Van Zoolingen* en HR 8 juni 2001, «**JOR**» **2001/171**, *Panmo*). Uit de wetsgeschiedenis volgt bovendien dat de bestuurders moeten hebben gehandeld met de (objectieve) wetenschap dat de schuldeisers door het bestuurshandelen (nalaten daar onder begrepen) zouden worden benadeeld. Daarbij moet worden gedacht aan bestuurshandelen dat zich kenmerkt door onverantwoordelijkheid, ernstig verwijtbare nalatigheid, onbezonnenheid, roekeloosheid of schrijnende onbekwaamheid – kortom alle excessen van onverantwoordelijk bestuur. Het bestuur heeft aldus de beleidsvrijheid die nodig is om een bedrijf rendabel te kunnen exploiteren, zodat een bestuurder niet aansprakelijk is indien deze een normaal ondernemingsrisico heeft genomen waarna niettemin een faillissement is gevolgd.

4.33. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn boekhoudverplichtingen uit artikel 2:10 BW of publicatieplicht uit artikel 2:394 BW, staat op grond van artikel 2:248 lid 2 BW *onweerlegbaar* vast dat het bestuur zijn taak ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. In dat geval wordt *weerlegbaar* vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

4.34. Op grond van het navolgende is de rechtbank van oordeel dat de curator op grond van artikel 2:248 lid 1 BW voldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld die ertoe leiden dat sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, en voorts dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Om die reden slaagt de subsidiaire grondslag van de curator en zal de rechtbank de primaire grondslag van de curator (schending van de boekhoudplicht en artikel 2:248 lid 2 BW) onbesproken laten.

Kennelijk onbehoorlijk bestuur Stout B.V. en aansprakelijkheid A ex art. 2:11 BW

4.35. De curator heeft terecht gesteld dat De Administratie met de rekening-courantschuld aan Stout B.V., die vervolgens is “doorgeleend” aan A ten behoeve van de financiering van de bouw van haar recreatiewoning een

debiteurenrisico heeft genomen waarvan het zeer de vraag is of een onafhankelijke derde, zoals een bankinstelling bereid zou zijn geweest om dat te nemen omdat uit de jaarrekening 2009 van Stout B.V. blijkt dat Stout B.V. toen onvoldoende vermogen had voor verhaal en een negatieve waarde had (zie productie 10 bij de dagvaarding). Weliswaar bood de recreatiewoning enige zekerheidswaarde als onderpand (een tweede hypotheek van € 734.579 op de bouwgrond), maar dit was onvoldoende voor het geleende bedrag van € 2,1 miljoen.

4.36. Daarnaast kan gedaagden worden verweten dat De Administratie grote bedragen aan kredieten en leningen heeft verstrekt aan groepsmaatschappijen en andere derden. In 2010 stond voor een bedrag van ruim € 1,9 miljoen aan leningen uit en, op basis van een voorlopige berekening, in 2011 voor een bedrag van € 3,1 miljoen, onder meer aan Transvak B.V., Spider Logistics Beheer B.V. en Young Global People B.V. Het betrof veelal verliesfinanciering om deze vennootschappen overeind te houden. Aan Transvak heeft De Administratie onder meer startkapitaal van € 584.000 verstrekt en aan Spider werkkapitaal van € 1.800.000. Van het aan Spider verstrekte bedrag is in 2011 een bedrag van € 1.000.000 ter beschikking gesteld. Vervolgens is eind november 2011 de uitstaande rekening-courantschuld van Spider van € 1.500.000 omgezet in een achtergestelde lening van € 1.300.000 (tien jaar aflossingsvrij).

4.37. Tot slot heeft De Administratie onder meer leningen verstrekt aan de directeur van een werkmaatschappij in verband met zijn huwelijk, met als onderpand de overwaarde van zijn huis (€ 88.000), aan de eigenaar van een kunstuitleen, voor het opzetten van een designer meubelzaak (€ 150.000) en aan de broer van A voor het terugkopen van zijn huis uit een echtscheiding (40.000). De curator heeft terecht gewezen op het ontbreken van duidelijke afspraken over het binnen afzienbare tijd terugbetalen van de leningen, waarvoor in de meeste gevallen geen of niet afdoende onderpand was verkregen.

4.38. Alles bij elkaar had De Administratie eind 2011 in totaal bijna € 6.500.000 uitstaan aan rekening-courantschulden bij groepsmaatschappijen en aan leningen bij groepsmaatschappijen en derden. Gelet op de door De Administratie gemaakte terugbetalingsafspraken konden deze bedragen niet gemakkelijk op korte termijn door De Administratie worden geïnd, terwijl bovendien voor de meeste leningen geen zekerheden waren gesteld en de wel verstrekte zekerheden niet afdoende zijn gebleken. Gezien de hiervoor genoemde bestemmingen van een groot deel van deze leningen en van de in rekening-courant verstrekte bedragen kan niet worden gezegd dat deze leningen het ondernemingsbelang van De Administratie dienden, terwijl de liquiditeitspositie van de onderneming door het verstrekken van deze leningen in gevaar werd gebracht. De onderneming beschikte ook niet over (voldoende) extra eigen vermogen die het toeliet dat deze leningen onder deze voorwaarden werden verstrekt met voldoende zekerheid dat de langlopende verplichtingen niet in gevaar werden gebracht. Dat geldt eens te meer, nu de winsten terugliepen en de door A voor 2011 en 2012 geprognoseerde winst was gebaseerd op nog niet gerealiseerde omzet.

4.39. Daarmee komt de rechtbank aan het volgende verwijt. A heeft ten onrechte een voorschot genomen op winst, die De Administratie zou gaan maken. Volgens A was de omzet – gelet op de constructie – voor De Administratie zeker gesteld en daarmee ook de winst die uit die omzet zou worden behaald. De rechtbank verwerpt dit standpunt van A. Uit het Deloitte rapport volgt dat niet voor alle omzet en daarmee voor alle winst die De Administratie voor 2011 in haar boeken had opgenomen, een getekende overeenkomst met een werkgever voorhanden was. Bovendien is niet gesteld, en evenmin gebleken dat A – met betrekking tot de omzet waarvoor wél een getekende overeenkomst beschikbaar was – een betrouwbare inschatting heeft gemaakt van de nog te maken kosten voor de administratieve begeleiding van de projecten. De rechtbank wijst op het Deloitte-rapport en op een memo van dhr. E. Gerritsma van PriceWaterhouseCoopers Accountants N.V. (hierna PwC) van 17 juni 2013 (door de curator overgelegd). Uit deze stukken volgt – samengevat – dat de gefactureerde en nog te factureren bedragen door De Administratie juist niet direct als winst konden worden genomen. Er moesten immers gedurende het gehele traject (in een tijdspanne van twee jaar) kosten worden gemaakt uit die omzet voor de administratieve werkzaamheden, en die opbrengsten moesten dan ook worden gealloceerd naar rato van de voortgang van de werkzaamheden van die projecten. In het memo van PwC is dit als volgt toegelicht:

“(…) Wij bespraken dat SOG fb weliswaar facturen verstuurde aan de werkgevers voor de gecontracteerde dienstverlening, en dat DA dezelfde bedragen in rekening kon brengen voor de uitvoering van de werkzaamheden bij SOG fb, maar dat daarvoor nog wel de administratieve werkzaamheden voor de projecten moesten worden verricht. Dat betekent dat de opbrengsten niet direct als ‘winst’ kunnen worden aangemerkt.

Op basis van zijn omvang moet DA voldoen aan de richtlijnen voor kleine rechtspersonen. Volgens richtlijn B13 paragraaf 105 wordt de opbrengst met betrekking tot een dienst verwerkt naar rato van de verrichte tegenprestaties. Aangezien de administratieve begeleiding van de projecten het gehele traject betroffen van aanvraag tot en met eindbeschikking kan ook de omzet van DA pas als gerealiseerd worden beschouwd naar rato van de voortgang van de werkzaamheden voor de projecten. In september 2011 moest een belangrijk deel van de administratieve werkzaamheden voor ESF-projecten van de fondsen nog worden uitgevoerd, zoals declaraties indienen en begeleiden van de controles door het AgSZW.

Dezelfde richtlijn B13 geeft in paragraaf 107 aan dat indien het resultaat van een bepaalde opdracht niet op betrouwbare wijze kan worden bepaald, slechts een opbrengst wordt verwerkt tot het bedrag van de kosten van de dienstverlening. Met andere woorden er wordt dan nog geen winst genomen.

Op basis van het voorgaande kunnen de ontvangen voorschotten in het kader van de ESF-projecten niet één op één als 'winst' voor DA worden gezien. Daar is minimaal een betrouwbare inschatting voor nodig van de opbrengsten en (nog te maken) kosten van de opdrachten voor de administratieve begeleiding van de projecten. (...)"

4.40. Voorts verwijt de curator gedaagden terecht dat De Administratie de facturering voor (deels al) verrichte werkzaamheden heeft uitgesteld (in verband met de BTW-afdracht, waarvoor onvoldoende liquide middelen aanwezig waren), waardoor de schuld van De Administratie in de rekening-courantverhouding met SOG FB niet is teruggelopen. Die schuld betrof in 2008 bijna € 2,6 miljoen, in 2009 € 7,8 miljoen, in 2010 € 11,3 miljoen en eind 2011 € 11,2 miljoen. De Administratie factureerde aan SOG FB een vaste prijs voor de te verrichten administratieve werkzaamheden. Op enig moment was kennelijk duidelijk dat De Administratie geen liquide middelen meer had om de BTW-afdracht te voldoen op de facturen, en is besloten om de facturering uit te stellen. Niettemin heeft De Administratie de subsidievoorschotten die SOG FB van de Fondsen kreeg en die in de rekening-courantverhouding met De Administratie werden bijgeboekt, wél gebruikt voor de financiering van andere lopende of nieuwe projecten. Ook zijn de van SOG FB verkregen gelden gebruikt voor de betaling van de maandelijkse doorlopende operationele kosten van De Administratie van € 600.000 (waaronder ook de operationele kosten van SOG en SOG FB), en, in 2011, voor het verstrekken van een maandelijkse lening van € 100.000 aan Spider.

Tussenconclusie onbehoorlijk bestuur

4.41. Al deze omstandigheden in onderlinge samenhang bezien, rechtvaardigen de conclusie dat sprake is van onverantwoord en onbezonnen bestuurshandelen. Stout B.V. heeft als bestuurder van De Administratie haar medewerking verleend door het bevorderen van de besluitvorming en het op geen enkele wijze tegenwicht bieden tegen het nemen van de besluiten tot verstrekking van de leningen. Daarbij heeft Stout B.V., in de persoon van A, waar het gaat om de verstrekking van de lening van € 2,1 miljoen voor een recreatiewoning, haar belangen als (uiteindelijke) aandeelhouder boven de vennootschappelijke belangen bij een behoorlijke taakvervulling van het bestuur van De Administratie laten prevaleren. Bovendien zijn de – veelal niet zakelijke en/of risicovolle – financieringen verstrekt tegen de achtergrond van een onzeker werkkapitaal dat bestond uit subsidievoorschotten en (deels) gebaseerd op te vroeg genomen en daarmee nog onzekere winsten. De hiervoor geschetste handelwijze brengt in de gegeven omstandigheden mee dat Stout B.V. als bestuurder van de vennootschap, haar taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Geen redelijk handelend bestuurder zou – onder dezelfde omstandigheden – zich zo hebben gedragen.

4.42. Gedaagden hebben nog aangevoerd dat het hen vrijstond om te investeren in een diversiteit van bedrijfsactiviteiten. Het ESF-programma liep tot en met 2013 en was eindig, terwijl De Administratie meer dan 100 mensen in dienst had, die zij aan het werk moest houden. De rechtbank is echter van oordeel dat die betreffende investeringen juist, in het licht van de overige omstandigheden, getuigen van een onverantwoord en lichtvaardig bestuurshandelen.

4.43. Deze aansprakelijkheid werkt door naar A als bestuurder van Stout B.V. op grond van artikel 2:11 BW. Hetgeen A (in haar antwoordakte) heeft aangevoerd over de aard van de investeringen, maakt het voorgaande niet anders nu de financiële positie van De Administratie geen ruimte bood voor deze investeringen.

Belangrijke oorzaak van het faillissement

4.44. De rechtbank is, gelet op de hiervoor geschetste gang van zaken, van oordeel dat de curator het gelijk aan haar zijde heeft met haar betoog dat de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling door gedaagden een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Gelet op het bijzondere karakter van het werkkapitaal van De Administratie (dat door SOG FB uit subsidievoorschotten werd verstrekt, zoals ook is vastgelegd in de overeenkomst met SOG FB), lieten de financiële positie van De Administratie en de lopende verplichtingen niet toe dat (al) deze leningen werden verstrekt. Als bestuurders van De Administratie hadden gedaagden ervoor moeten zorgdragen dat De Administratie over voldoende financiële middelen beschikte om zelf de groei van haar activiteiten te kunnen financieren, zodat dit niet bij vooruitbetaling uit voorschotten moest worden gefinancierd, althans hadden zij, bij deze wijze van financiering, veel voorzichtiger moeten omgaan met de aanwezige liquide middelen. Dat De Administratie er juist goed voorstond, zoals A heeft aangevoerd en toegelicht aan de hand van stukken van haar accountant, gaat niet op gezien hetgeen hiervoor in 4.39 e.v. is overwogen over de onjuiste berekening van de winstneming door A. De prognoses over 2012 en 2013 zijn aldus gebaseerd op hetzelfde onjuiste uitgangspunt, terwijl bovendien in die prognose geen bedrijfskosten meer zijn doorberekend (terwijl die kosten er naar verwachting nog wel zouden zijn).

4.45. Gedaagden hebben nog aangevoerd dat De Administratie, toen het Agentschap geen voorschotten meer verschafte, op zoek is gegaan naar andere financiering en dat De Administratie aan een bedrag van € 2.541.000 genoeg had gehad om, ondanks het stopzetten van de bevoorschotting, een “doorstart” te kunnen maken. Indien de Ontvanger van de Belastingen zou hebben meegewerkt aan een uitstel van betalingsverplichtingen, was kennelijk naast het beschikbare bedrag van € 1.500.000, zelfs een extra bedrag van € 1.500.000 voldoende geweest, zo stellen gedaagden.

4.46. A heeft zich als middellijk bestuurder in de loop van 2011 nog ingespannen om financiering te verkrijgen via een lening van de Stichting Financieel Beheer Opleidingsfondsen van € 1 miljoen (om de salariskosten en crediteuren voor de maanden november en december 2011 te voldoen) en heeft de personeelskosten trachten te verlagen. Deze inspanningen – die het faillissement niet hebben weten te voorkomen – waren echter niet nodig geweest als Stout B.V. en A voorzichtiger waren omgegaan met de bij De Administratie aanwezige liquide middelen, zoals van hen verwacht mocht worden; dan was immers van een tekort nooit sprake geweest.

4.47. Nu de rechtbank van oordeel is dat gedaagden kan worden verweten dat zij hun taak als (middellijk) bestuurder van De Administratie kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en dat dit een belangrijke oorzaak is geweest voor het faillissement van De Administratie, zijn gedaagden hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort in het faillissement van De Administratie. De rechtbank zal, als gevorderd, gedaagden veroordelen tot het betalen van een voorschot van € 1,5 miljoen en voorts bepalen dat het meerdere tekort nader kan worden vastgesteld en opgemaakt bij staat overeenkomst artikel 2:248 lid 5 BW.

4.48. Gelet op dit oordeel kunnen de overige stellingen van de curator onbesproken blijven.

C. Overige vorderingen en verweren

Misbruik van recht

4.49. A heeft nog aangevoerd dat de curator misbruik van recht maakt (in de zin van artikel 3:13 BW) door een procedure jegens A te voeren om “princiële redenen”, wetende zij geen enkel verhaal biedt, en voorts omdat het Agentschap aan de curator daartoe financiële middelen heeft verschaft.

4.50. De rechtbank verwerpt dit verweer. A heeft kennelijk het oog op misbruik van bevoegdheid door de curator. Hiervan is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake, bij gebreke van enige aanwijzing dat de curator met de door haar ingediende vorderingen de haar als curator toekomende bevoegdheid om deze vorderingen in te stellen voor een ander doel heeft gebruikt dan waarvoor zij gegeven is. In het bijzonder blijkt niet dat de curator in deze zaken niet het belang van de boedels en de gezamenlijke schuldeisers in de faillissementen van SOG FB en De Administratie dient. Het enkele feit dat het Agentschap de huidige procedure voor een deel zou hebben gefinancierd (voor een bedrag van € 30.000) is onvoldoende om dit te kunnen concluderen; het staat de curator vrij om in overleg met een (in dit geval: indirecte) schuldeiser afspraken te maken over de voldoening van de proceskosten. Dit maakt nog niet dat er

jegens gedaagden sprake is van misbruik van recht. Dat A zoals zij stelt (op dit moment) geen verhaal zou bieden, kan evenmin de conclusie dragen dat de curator misbruik van recht maakt met deze procedure.

Proceskosten

4.51. Gedaagden zullen als de in het ongelijk gestelde partijen worden veroordeeld in de proceskosten, als gevorderd, vermeerderd met de wettelijke rente. (...; *red.*).

5. De beslissing

De rechtbank:

5.1. veroordeelt A tot betaling van schadevergoeding aan de curator in het faillissement van SOG FB die als gevolg van het onbehoorlijk bestuur van A is geleden, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

5.2. veroordeelt A tot betaling van een voorschot op de in 5.1 genoemde schadevergoeding ter hoogte van € 500.000;

5.3. veroordeelt Stout B.V. en A hoofdelijk tot betaling van het volledige faillissementstekort in het faillissement van De Administratie, voor zover dit tekort niet door vereffening van de overige baten kan worden voldaan;

5.4. bepaalt dat het faillissementstekort nader kan worden vastgesteld en opgemaakt bij staat overeenkomstig artikel 2:248 lid 5 BW;

5.5. veroordeelt Stout B.V. en A hoofdelijk tot betaling van een voorschot op de in 5.3 genoemde schadevergoeding ter hoogte van € 1,5 miljoen;

5.6. veroordeelt gedaagden hoofdelijk tot betaling van de proceskosten (...; *red.*);

5.7. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.8. wijst het meer of anders gevorderde af.

Noot

1. Een "inherent risicovolle structuur". Twaalf keer komen we die term tegen in deze uitspraak van de Rechtbank Den Haag, en toch geen enkele verwijzing naar het Comsys-arrest waarin de Hoge Raad deze vorm van onrechtmatig handelen voor het eerst erkende (HR 11 september 2009, [«JOR» 2009/309](#), m.nt. Spinath (*Van den End q.q./Comsys*)). Het gaat hier eigenlijk om twee procedures in één. De curator in kwestie stelde de bestuurder zowel in het faillissement van Stichting Opleidingsfonds Groothandel Facilitair Bedrijf (hierna: "SOG FB") aansprakelijk, als in het faillissement van De Administratie BV (hierna: "De Administratie"). In deze annotatie zal ik mij concentreren op het "Comsys"-element van de zaak, in het bijzonder op de door de curator van SOG FB gekozen grondslagen voor haar vordering (primair art. 2:9 BW, subsidiair art. 6:162 BW).

2. De feiten die ten grondslag liggen aan deze uitspraak zijn complex. De rechtbank heeft maar liefst zeven pagina's nodig om deze uit te werken. Ik vat ze – voor zover relevant – kort samen. De Stichting Opleidingsfonds Groothandel (hierna: "SOG"), SOG FB en De Administratie zijn medio 2012 failliet verklaard. In alle faillissementen is dezelfde curator benoemd. De bestuurder in kwestie (hierna: "de bestuurder") was in loondienst als algemeen directeur bij SOG. Bij SOG FB was zij ook in loondienst als algemeen directeur en werd zij per 19 februari 2010 statutair bestuurder. Daarnaast is de bestuurder sinds de oprichting enig aandeelhouder en bestuurder van Stout BV (hierna: "Stout"), die op haar beurt enig aandeelhouder en enig bestuurder is van De Administratie (r.o. 2.1 t/m 2.4).

3. Het draait in deze zaak om subsidies die de Europese Commissie tussen 2007 en 2013 verstrekke op basis van de subsidieregeling van het Europees Sociaal Fonds (hierna: "ESF-subsidies"). De subsidies werden door het Agentschap Sociale Zaken en Werkgelegenheid uitbetaald (hierna "het Agentschap"). ESF-subsidies werden verstrekt

voor projecten op het gebied van verbetering van zwakten op de arbeidsmarkt (zoals scholingsprogramma's). Alleen door de Minister van SZW aangewezen en geregistreerde aanvragers konden hiervoor subsidie aanvragen (art. 3 Subsidieregeling ESF 2007-2013). Hieronder vielen, naast bijvoorbeeld gemeenten en het UWV, ook de zogenaamde Opleidings- en Ontwikkelingsfondsen die in het leven zijn geroepen door de werkgevers- en werknemersorganisaties, ook wel Sectorfondsen genoemd. SOG was een Sectorfonds. De zaak is overigens uitgebreid in de publiciteit geweest (zie bijvoorbeeld het Financieel Dagblad, <https://fd.nl/frontpage/economie-politiek/72397/mogelijk-wanbeleid-met-esf-subsidies>) en ik begrijp uit een bericht van het OM dat de bestuurder ook strafrechtelijk wordt aangepakt (www.om.nl/actueel/nieuwsberichten/@88906/doorzoeken).

4. Na een uitgebreide uiteenzetting van hoe het proces van aanvragen en verkrijgen van de ESF-subsidies werkt (r.o. 2.5 t/m 2.23), legt de rechtbank bloot hoe de constructie tussen SOG, SOG FB en De Administratie was opgezet (r.o. 4.1 t/m 4.6.). SOG FB was de uitvoeringsinstantie die namens sectorfondsen (zoals SOG) ESF-subsidies aanvroeg. De bij de sectorfondsen aangesloten werkgevers konden van deze subsidies gebruikmaken. Ter bekostiging van alle administratieve werkzaamheden rondom de subsidieaanvragen stortten de fondsen de ontvangen voorschotten op de ESF-subsidies door naar SOG FB. Het ging hierbij telkens om miljoenen euro's. SOG FB heeft de administratieve werkzaamheden op haar beurt uitbesteed aan De Administratie, die hiervoor circa 100 werknemers in dienst had. Omdat voorschotten voor projecten pas tijdens de looptijd van het project werden verkregen, werd de bedrijfsvoering van De Administratie voorgefinancierd met de door SOG FB verkregen voorschotten uit eerder (reeds afgeronde) projecten. Op deze manier is ruim € 17 miljoen naar De Administratie doorgestort, zonder enige zekerheden. De Administratie loste deze schuld aan SOG FB af door aan SOG FB een vaste aanneemsom voor haar werkzaamheden te factureren en die facturen te verrekenen met de door SOG FB doorgestorte voorschotten. SOG FB belastte de aanneemsom van De Administratie op haar beurt door aan de werkgevers die gebruik wilden maken van de ESF-subsidies. Deze werd dan verrekend met de voorschotten die SOG FB aan de werkgevers doorstortte voor de hiervoor genoemde projecten.

5. De gekozen constructie bracht inherente risico's met zich mee voor SOG FB (r.o. 4.7 t/m 4.13). Zij was in feite een doorgeefluik van subsidies, beschikte zelf nauwelijks over liquide middelen en liep een groot incassorisico. Dat risico vond zijn oorzaak in het feit dat de verstrekte voorschotten op ESF-subsidies later konden worden teruggevorderd en was aanzienlijk, omdat altijd de maximale subsidies en maximale voorschotten werden aangevraagd, met de bijbehorende maximale administratiekosten tot gevolg, terwijl uiteindelijk vaak lagere bedragen werden toegekend. In dat geval diende SOG FB een te veel betaald voorschot zélf weer bij de werkgevers terug te vorderen om het te kunnen terugbetalen aan het Agentschap. Een ander probleem was dat de voorschotten voor een groot deel al waren doorgestort naar De Administratie ter bekostiging van haar werkzaamheden. SOG FB controleerde echter niet hoeveel De Administratie nodig had ter bekostiging van haar werkzaamheden en had geen controle op de besteding van de aan De Administratie doorgestorte gelden. De Administratie bleek die gelden op onzakelijke voorwaarden te hebben doorgeleend aan derden (r.o. 2.24 t/m 2.30 en 4.32 t/m 4.40).

6. Bovendien liep SOG FB het risico dat de subsidiestroom zou opdrogen; haar bedrijfsvoering werd volledig afhankelijk gemaakt van een te verwachten continue stroom van voorschotten op subsidies terwijl de verstrekking daarvan nooit zeker was. Toen eerder te veel betaalde voorschotten als gevolg van de gekozen constructie niet konden worden terugbetaald, ging het Agentschap nieuwe voorschotten daarmee verrekenen, waardoor de subsidiestroom opdroogde. Tegenover deze grote risico's voor SOG FB stond een vrij risicoloos bedrijfsmodel voor De Administratie. Zij was immers gegarandeerd van de betaling van haar aanneemsom (die werd verrekend met doorgestorte voorschotten op subsidies) en partijen hadden vastgelegd dat zij niet verplicht was om de voorschotten terug te betalen aan SOG FB wanneer uiteindelijk een lager subsidiebedrag werd vastgesteld.

7. De bestuurder in kwestie werd door de curator in het faillissement van SOG FB aansprakelijk gesteld vanwege de hiervoor beschreven constructie, die tot gevolg had dat de risico's bij SOG FB werden weggezet en dat het (commerciële) bedrijf van de bestuurder, De Administratie, nauwelijks risico liep (r.o. 3.1 t/m 3.3). De bestuurder, die zowel bij SOG, SOG FB, Stout als De Administratie "de touwtjes in handen had", heeft hiermee volgens de curator de op haar rustende bijzondere zorgplicht jegens de schuldeisers van SOG FB geschonden. Dat een dergelijke "concernzorgplicht" jegens de schuldeisers van verschillende concernentiteiten bestaat, zeker wanneer bij de leiding sprake is van een "personele unie", heeft de Hoge Raad herhaaldelijk erkend (vgl. HR 12 juni 1998, **«JOR» 1998/107**, m.nt. Van den Ingh (*Coral/Stalt*), HR 21 september 2001, **«JOR» 2002/59** (*Sobi/Hurks c.s.*), HR 23 mei 2014,

«**JOR**» 2014/229, m.nt. Van Bekkum (*Kok Bouwbedrijf*) en Van den End q.q./Comsys voornoemd. Zie voor een heldere, uitgebreide analyse F. van Liere, 'De reikwijdte van de zorgplicht binnen concernverhoudingen', *O&F* 2015, 23, nr. 3).

8. Opmerkelijk is de door de curator van SOG FB gekozen grondslag voor haar "Comsys"-vordering (primair art. 2:9 BW, subsidiair art. 6:162 BW). Bij art. 2:9 BW gaat het om de aansprakelijkheid van het bestuur jegens de rechtspersoon zélf (intern), terwijl het bij art. 6:162 BW gaat om de aansprakelijkheid van het bestuur jegens de schuldeisers van de rechtspersoon (extern). In beide gevallen dient de curator aan te tonen welke concrete schade de rechtspersoon c.q. de gezamenlijke schuldeisers hebben geleden en wat het causaal verband is met het gepleegde onbehoorlijke bestuur. Deze discussie heeft de curator van SOG FB kennelijk willen vermijden door een voorschot van € 1,5 miljoen te vorderen (r.o. 3.1). Daarvan kent de rechtbank op grond van de primaire grondslag (art. 2:9 BW) echter slechts € 500.000,- toe, omdat een inhoudelijk debat over de hoogte van de schade en het causale verband nog moet plaatsvinden (r.o. 4.30). Hierdoor komt de rechtbank aan de behandeling van de subsidiaire vordering van de curator (art. 6:162 BW) niet meer toe.

9. Zoals reeds opgemerkt, vertoont deze zaak gelijkenis met de zaak die ten grondslag ligt aan het Comsys-arrest. In die zaak baseerde de curator zijn vordering op art. 6:162 BW en begrootte hij de schade op het boedeltekort. Volgens de curator was een "inherent risicovolle structuur" opgezet waarbij – kort gezegd – inkomsten bij de moeder terecht kwamen, terwijl risico's en kosten ten laste van de dochter kwamen. Op enig moment is de moeder gestopt met de financiering van de dochter, waardoor de dochter faillieerde. Hierdoor had de moeder het faillissement van de dochter zélf bewerkstelligd en had zij haar bijzondere zorgplicht jegens de schuldeisers van de dochters geschonden. De moeder werd uiteindelijk op grond van art. 6:162 BW veroordeeld voor het boedeltekort van de dochter: "*met uitzondering van de aan de afwikkeling van het faillissement verbonden kosten*" (Comsys-arrest, beslissing onder 8). In de onderhavige zaak bedroeg het boedeltekort in het faillissement van SOG FB "ongeveer" € 12,7 miljoen (r.o. 2.29). Gelet op het Comsys-arrest, had dat bedrag in dit geval dus kunnen worden toegewezen, voor zover het niet uit faillissementskosten bestond. Daarvoor had de curator haar vordering dan wel primair op art. 6:162 BW moeten baseren.

10. Zowel Spinath («**JOR**» 2009/309) als Van Schilfgaarde (*NJ* 2009/565) merkten in hun annotaties bij het Comsys-arrest al op dat de curator in die zaak hetzelfde resultaat had kunnen bereiken als hij zijn vordering op art. 2:138/248 BW had gegrond. Dat lijkt mij juist. De heersende opvatting in literatuur en rechtspraak is dat de externe aansprakelijkheid van bestuurders ex art. 2:138/248 BW en art. 6:162 BW zo dicht tegen elkaar aan liggen, dat van een echt onderscheid niet meer kan worden gesproken (vgl. Huizink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid, een pot nat?', *O&F* 2009, 1, p. 100 e.v. en Asser 2-I*, nr. 208). Bovendien is algemeen aanvaard dat de mate van verwijtbaarheid voor het intreden van aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW, art. 2:138/248 BW en art. 6:162 BW inhoudelijk niet van elkaar verschillen (vgl. L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid', *WPNR* 2016/7105; Asser 2-II, nr. 440 e.v.; Parl. Gesch. *Kamerstukken II*, 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 3-4). Wanneer de hiervoor genoemde bijzondere zorgplicht jegens schuldeisers is geschonden, zoals in een zogeheten "Comsys"-situatie, kan de curator zijn "Comsys"-vordering dus zowel op art. 2:9 BW als op art. 2:138/248 BW of art. 6:162 BW baseren.

11. Er zijn goede redenen om dan juist primair voor art. 2:138/248 BW te kiezen. Ten eerste omdat bij een vordering ex art. 2:138/248 BW gebruik kan worden gemaakt van de bewijsvermoedens van lid 2 (schending van de administratie- en/of deponeringsplicht). Ten tweede om de reden die ik zojuist al even aanstipte; op grond van art. 6:162 BW is in het Comsys-arrest slechts het boedeltekort met uitzondering van de faillissementskosten toegewezen, terwijl bij aansprakelijkheid op grond van art. 2:138/248 BW het gehele boedeltekort kan worden toegewezen. Ten derde omdat bij een vordering op grond van art. 2:9 BW juist niet het boedeltekort kan worden gevorderd, maar de schade van de rechtspersoon (die lager, maar in sommige gevallen ook hoger dan het boedeltekort kan zijn). Vgl. F. Ortiz Aldana en J. van Bekkum, 'De curator, de schade van de rechtspersoon en het boedeltekort', *MvO* 2017, 3-4.

12. Bovendien draagt de curator in beide gevallen (art. 2:9 en art. 6:162 BW) de bewijslast ter zake de hoogte van de schade en het causaal verband (vgl. Rb. Oost-Brabant 30 maart 2016, «**JOR**» 2016/153, r.o. 2.9). De schade die op grond van art. 2:9 BW kan worden gevorderd, dient te worden vastgesteld door een vergelijking te maken tussen de daadwerkelijke financiële positie van de rechtspersoon en de financiële positie die de rechtspersoon zou hebben gehad in de hypothetische situatie dat het onbehoorlijk bestuur niet zou hebben plaatsgevonden (HR 26 maart 2010,

LJN: **BL0539**). Vgl. Van Zanten & Assink, 'Art. 2:9 BW in faillissement: tijd voor herwaardering!', *TvI* 2008/25. Dat is geen eenvoudige opgave. Juist om een debat over de hoogte van de schade te voorkomen en het de curator makkelijker te maken, heeft de wetgever voor een vordering ex art. 2:138/248 BW de schade die het gevolg is van onbehoorlijk bestuur gefixeerd op het boedeltekort (Parl. Gesch. *Kamerstukken II*, 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 3-4).

13. Had de curator zich in deze zaak ook (primair) op art. 2:138/248 BW kunnen baseren? Daarvoor is vereist dat SOG FB was onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting (art. 2:300a BW) en dat was zij kennelijk niet. De curator van SOG FB kon daardoor niet gebruikmaken van de bewijsvermoedens van lid 2, ondanks dat bij SOG FB zowel de administratieplicht (art. 2:10 BW) als de deponeringsplicht (art. 2:394 BW) waren geschonden (r.o. 3.2). In het algemeen kan het voor curatoren die met een "Comsys"-situatie te maken hebben echter interessant zijn om deze vordering primair op art. 2:138/248 BW te baseren, en als dat niet kan, dan primair op art. 6:162 BW. Overigens heb ik begrepen dat de bestuurder inmiddels hoger beroep heeft ingesteld.

mr. F. Ortiz Aldana, advocaat en curator bij Dekker en Smits advocaten te Rosmalen
