

Bestuurdersaansprakelijkheid. Misbruik van eigen faillissementsaanvraag door omzeiling arbeidsrechtelijke bescherming werknemers?

Hof Arnhem-Leeuwarden 17-07-2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6549

Essentie

Misbruik van faillissementsaanvraag. Bestuurdersaansprakelijkheid. Persoonlijk ernstig verwijt. Wanneer kan de eigen aanvraag van een faillissement waarbij werknemers worden ontslagen, leiden tot aansprakelijkheid van bestuurder jegens werknemers? Ontkomt de bestuurder aan aansprakelijkheid als de financiële situatie van het bedrijf aanleiding geeft tot de aanvraag?

Samenvatting

Werknemer is vanaf 1988 werkzaam in een motorschadeherstel- en motordesignbedrijf (hierna "bedrijf 1"). X B.V. is bestuurder van bedrijf 1 en 2. De andere in deze zaak aangesproken partijen zijn indirect bestuurders van X B.V. In 2004 wordt door bedrijf 1 een vergunning voor het ontslag van werknemer en de enige andere werknemer van het bedrijf aangevraagd. UWV weigert toestemming, enkel vanwege het ontbreken van het afspiegelingsbeginsel. Vervolgens spreken partijen over een overname van bedrijf 1 door werknemer. Partijen komen daar niet uit. Er wordt in de tussentijd niet opnieuw een vergunning aangevraagd. Werknemer meldt zich korte tijd later ziek. Omdat salarisbetaling uitblijft, besluit werknemer via een kort geding (achterstallig en toekomstig) loon te vorderen. Op de dag dat die vordering wordt toegewezen, is bedrijf 1 op eigen aanvraag in staat van faillissement verklaard. Dit faillissement wordt bij gebrek aan baten opgeheven. Werknemer, van wie inmiddels vaststaat dat hij aan de schildersziekte leidt, spreekt X B.V. aan en stelt zich op het standpunt dat sprake is van misbruik van de eigen faillissementsaanvraag. Volgens werknemer is het faillissement aangevraagd met het enige, althans noodzakelijke doel, om op een oneigenlijke manier van hem af te komen. De indirect bestuurders van X B.V. worden op grond van art. 2:11 BW eveneens aangesproken voor de schade van werknemer. In eerste aanleg worden de vordering van werknemer afgewezen. Werknemer kan zich daarmee niet verenigen en stelt hoger beroep in.

Hof: Het hof stelt allereerst vast dat in rechtspraak en literatuur wordt aangenomen dat misbruik van faillissementsrecht zich kan voordoen indien de failliet de betalingsonmacht heeft gearrangeerd c.q. georkestreerd alsook dat een zestal indicatoren erop kunnen wijzen dat sprake is van bedoeld misbruik. Het gaat hierbij om de omstandigheid dat (a) de onderneming haar eigen faillissement aanvraagt, (b) de financiële noodzaak, indien aanwezig, (onder meer) voortvloeit uit een overschot aan personeel, (c) de aanvraag van het faillissement plaatsvindt kort nadat ontslagvergunningen of collectief ontslag zijn geweigerd of kort na het intrekken van ontbindingsverzoeken, (d) op het moment van de faillietverklaring reeds een uitgebreid plan voor een doorstart klaarligt, (e) de bedrijfsactiviteiten van de onderneming worden voortgezet in een andere rechtspersoon of personenvennootschap door de bestuurders of verwante rechtspersonen of er op andere wijze nauwe banden tussen de verkrijger en de vervreemder zijn en (f) de verkrijger de onderneming alleen in afgeslankte vorm wil overnemen. Het hof merkt - onder verwijzing naar het Digicolor-arrest (ECLI:NL:HR:2004:AP0084) - op dat de Hoge Raad uitgaat van de zogenoemde ruime leer. Die houdt in dat ook als de financiële situatie van het bedrijf aanleiding geeft tot aanvraag van het faillissement er sprake kan zijn van misbruik van bevoegdheid.

Het hof komt tot het feitelijke oordeel dat de handelwijze van de (indirect) bestuurder(s) de resultaten van bedrijf 1 in substantiële mate negatief hebben beïnvloed en dat dit mede heeft geleid tot de betalingsonmacht en het faillissement van bedrijf 1. Daartoe acht het hof onder meer redengevend dat de laatste jaren sprake was van een substantiële managementfee. Sommige inkomsten bleken niet in de jaarrekening te zijn opgenomen. Bovendien waren de inventaris en de twee belangrijkste klanten van bedrijf 1 overgeheveld naar bedrijf 2 en bracht bedrijf 2 voor werk dat zij voor bedrijf 1 verrichtte een drie keer zo hoog tarief in rekening dan andersom.

Het hof toetst ook aan de hiervoor genoemde indicatoren. Indicatoren a en c zijn volgens het hof niet in geding. Het hof volgt de rechtbank in haar redenering dat ook indicator b aan de orde is. Wat betreft de andere indicatoren, is het hof allereerst van oordeel dat er vóór het faillissement meer lag dan een enkel plan voor een doorstart; de facto was bedrijf 1 immers al doorgestart in bedrijf 2. Het hof stelt verder nog vast dat de (indirect) bestuurder(s) op dezelfde manier als bij bedrijf 1 (indirect) bestuurder(s) van bedrijf 2 zijn en dat de activiteiten in bedrijf 2 in afgeslankte vorm zijn voortgezet. Zo is alleen de enige andere werknemer van bedrijf 1 overgenomen.

Het hof oordeelt het aannemelijk dat de betalingsonmacht door de (indirect) bestuurder(s) van bedrijf 1 is georkestreerd. Daarom acht het hof het gerechtvaardigd om aan te nemen dat het verlies van arbeidsrechtelijke bescherming het

uitsluitende of hoofdzakelijke doel is geweest van de eigen faillissementsaanvraag van bedrijf 1. Het effect daarvan is geweest dat de onderneming feitelijk op de oude voet werd voortgezet, evenwel zonder werknemer en zonder dat hem de normale arbeidsrechtelijke bescherming werd geboden. De bestuurder van bedrijf 1 kan daar volgens het hof een persoonlijk ernstig verwijt van worden gemaakt. Daarmee is door X B.V. onrechtmatig jegens werknemer gehandeld. Nu de indirect bestuurders niet hebben aangeboden te bewijzen dat hen geen persoonlijk ernstig verwijt treft, geldt datzelfde voor hen. De schade van werknemer wordt integraal toegewezen, op de gevorderde buitengerechtelijke kosten na.

Verwant oordeel

Zie ook:

- HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0084, NJ 2006/4 (*Digicolor*);
- Conclusie A-G De Bock 28 oktober 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1079: algemene beschouwing over misbruik van de bevoegdheid het eigen faillissement aan te vragen door omzeiling van de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers.

Zie anders:

- HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2880 en Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1079, RI 2015/81: misbruik van bevoegdheid bij eigen faillissementsaanvraag niet aan de orde.

Wenk

Het gaat in deze zaak om de vraag of de bestuurder van bedrijf 1 onrechtmatig heeft gehandeld jegens werknemer door zelf het faillissement van het bedrijf aan te vragen. Het faillissementsrecht biedt via art. 40 Fw een aanmerkelijk versoepelde regeling voor het ontslaan van werknemers. Het is echter niet de bedoeling dat het aanvragen van faillissement wordt gebruikt als middel om de arbeidsrechtelijke (ontslag)bescherming van werknemers te omzeilen. Inmiddels is duidelijk dat voor misbruik van faillissement niet nodig is dat het faillissement is aangevraagd met geen ander doel dan ontslagbescherming te ontlopen. Er kan ook sprake zijn van misbruik als het faillissement is aangevraagd met het *hoofdzakelijke* doel om ontslagbescherming te omzeilen. Dat ligt volgens A-G De Bock besloten in het *Digicolor*-arrest (zie onder 'Zie ook'). Zij duidt dit aan met "de ruime leer"; ook als de financiële situatie van het bedrijf aanleiding geeft tot aanvraag van het faillissement, kan er sprake zijn van misbruik van bevoegdheid. A-G Langemeijer had zich in zijn conclusie voor HR 29 juni 2001 (ECLI:NL:HR:2001:AB2388) al achter deze ruime leer geschaard, onder verwijzing naar het argument dat faillissementsmisbruik anders slechts zeer moeilijk aan te tonen is. Dat is volgens Langemeijer onwenselijk. De ruime leer vindt navolging in onderhavig arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden. Deze leer werd ook toegepast door het Hof 's-Hertogenbosch in zijn arrest van 26 maart 2015 (zie onder 'Zie anders'). In die laatste zaak kwam het hof overigens tot het eindoordeel dat voldoende aannemelijk was dat het zelf aanvragen van faillissement de enige uitweg voor het bedrijf was. Persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder werd in het verlengde daarvan niet aangenomen.

De vraag naar mogelijk faillissementsmisbruik moet worden beantwoord met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Bij deze feitelijke beoordeling dient met name acht te worden geslagen op omstandigheden waaruit al dan niet volgt dat de failliet de betalingsonmacht (en het faillissement) zelf heeft georkestreerd, alsmede een zestal in de literatuur en jurisprudentie ontwikkelde indicatoren. In de rechtspraak lijkt een tendens zichtbaar dat de bestuurder met name een risico loopt als al eerder is geprobeerd van werknemers af te komen, de bedrijfsactiviteiten worden voortgezet of al zijn voortgezet, en het doorstartende bedrijf nauwe banden heeft met het bedrijf dat zijn eigen faillissement aanvraagt. Als de eerstegraadsbestuurder aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad, zijn de tweedegraadsbestuurders dat in beginsel ook. Dit volgt uit recente rechtspraak van de Hoge Raad (vgl. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, RAV 2017/42). De indirect bestuurders hadden zich wel kunnen disculperen door te stellen en zo nodig te bewijzen dat hen van de gedragingen van X B.V. geen persoonlijk ernstig verwijt kon worden gemaakt. Dat is niet gebeurd.

Partij(en)

Arrest in de zaak van:

Appellant, in eerste aanleg: eiser, adv.: mr. R.T. Profijt,
tegen

Geïntimeerde 1 t/m 3, geïntimeerden, in eerste aanleg: gedaagden, adv.: mr. D.P. Kant.

Uitspraak

Hof, locatie Arnhem:

1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

1.1

Het hof neemt de inhoud van het tussenarrest van 26 september 2017 hier over.

1.2

Ingevolge het tussenarrest heeft er op 31 mei 2018 een meervoudige comparitie van partijen plaatsgevonden. Daarbij hebben partijen hun standpunt mede aan de hand van spreekantekeningen nader toegelicht.

1.3

Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

2. De vaststaande feiten

Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.7 van het (bestreden) vonnis van 4 mei 2016.

3. De motivering van de beslissing in hoger beroep

3.1

Appellant heeft vanaf 3 oktober 1988 op grond van een arbeidsovereenkomst voor X. gewerkt in de functie van spuitser/bedrijfsleider voor een brutosalaris van laatstelijk € 3.138,05 per maand. X. exploiteerde een motorschadeherstel- en motordesignbedrijf. De belangrijkste werkzaamheden bestonden uit motorschadeherstel en motordesign in het algemeen. B. B.V. was enig aandeelhouder en bestuurder van X. en van Y. Z. was en is enig aandeelhouder en bestuurder van B. B.V. en geïntimeerden waren en zijn bestuurder van Z.

Op 5 februari 2014 heeft X. aan het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (hierna: UWV) een ontslagvergunning voor appellant (en de enige andere werknemer van X., A.) aangevraagd. Het UWV heeft de gevraagde vergunning geweigerd. Het heeft op basis van X. financiële onderbouwing geconcludeerd dat X. in redelijkheid, dat wil zeggen weloverwogen, zorgvuldig en gebaseerd op een bedrijfseconomische noodzaak, tot de voorgenomen beslissing heeft kunnen komen. Nu X. echter geen berekening aan de hand van het afspiegelingsbeginsel had overgelegd, heeft het UWV niet kunnen vaststellen of appellant terecht voor ontslag is voorgedragen. Om die reden heeft het UWV de aanvraag van X. afgewezen. De ontslagaanvraag voor A. is eveneens afgewezen.

Na deze afwijzing van de ontslagvergunning hebben partijen gesproken over een overname van X. door appellant. Partijen zijn het daarover niet eens geworden. X. heeft niet opnieuw een ontslagvergunning aangevraagd bij het UWV.

Op 24 juni 2014 heeft appellant zich ziek gemeld. Nadat (volledige) salarisbetaling uitbleef heeft appellant in kort geding betaling van zijn (zowel achterstallige als toekomstige) salaris gevorderd. Bij vonnis van 7 oktober 2014 is de vordering van appellant in kort geding toegewezen. Op dezelfde dag is X. door de rechtbank Gelderland, zittingsplaats Zutphen, op eigen aanvraag in staat van faillissement verklaard. Op 29 september 2015 is dit faillissement opgeheven bij gebrek aan baten. Inmiddels is gebleken dat appellant lijdt aan de zogenaamde schildersziekte. Hij ontvangt een WIA-uitkering.

3.2

Appellant stelt zich op het standpunt dat B. B.V. in haar hoedanigheid van (enig aandeelhouder en) zelfstandig bevoegd bestuurder van X. misbruik heeft gemaakt van het recht om het faillissement van X. aan te vragen, omdat het faillissement is aangevraagd met het enkele, althans hoofdzakelijke doel om (de zieke) appellant te lozen en de onderneming van X. op de oude voet te kunnen voortzetten in Autoschade. Het doel, dan wel hoofdzakelijke doel, is geweest om via het faillissement de ontslagregels te omzeilen.

Appellant stelt dat daarnaast ook de wijze waarop de financiële situatie van X. tot stand is gekomen, op grond waarvan uiteindelijk het faillissement van X. is aangevraagd, tot het oordeel dient te leiden dat B. B.V. als enig en zelfstandig bevoegd bestuurder van X. misbruik heeft gemaakt van faillissementsrecht.

B. B.V. kan van deze handelswijze een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt. Geïntimeerden zijn als (indirect) bestuurders op grond van artikel 2:11 BW jegens appellant hoofdelijk aansprakelijk voor het onrechtmatig handelen van B. B.V. Appellant stelt door het handelen van geïntimeerden schade te hebben geleden. Deze schade bestaat uit het inkomensverlies van appellant als gevolg van het verlies van zijn baan en zijn arbeidsongeschiktheid, de verdragingsvergoeding op grond van artikel 7:625 Burgerlijk Wetboek (BW) en de (door appellant niet ontvangen) transitievergoeding op grond van artikel 7:673 BW. Daarnaast vordert appellant de wettelijke rente over deze bedragen, de buitengerechtigde kosten en veroordeling van geïntimeerden in de proceskosten.

3.3

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis de vorderingen van appellant afgewezen en hem veroordeeld in de

proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf veertien dagen na betekening van het vonnis en in de nakosten.

3.4

Appellant kan zich in het bestreden vonnis niet vinden en heeft daartegen zes grieven aangevoerd. Hij heeft bewijs aangeboden en, indien en voor zover het hof zou oordelen dat appellant zelf nader bewijs zal moeten leveren, verzocht om op grond van artikel 162 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) aan geïntimeerden en/of Y. de openlegging van boeken en bescheiden te bevelen (zoals nader gespecificeerd in punt 7.7 van de memorie van grieven).

3.5

Het hof stelt voorop dat in rechtspraak en literatuur wordt aangenomen dat misbruik van faillissementsrecht zich kan voordoen indien de failliet de betalingsonmacht heeft gearrangeerd/georkestreerd alsook dat de navolgende indicatoren er op kunnen wijzen dat sprake is van misbruik van faillissementsrecht:

- a. de onderneming vraagt haar eigen faillissement aan;
- b. de financiële noodzaak — indien aanwezig — vloeit (onder meer) voort uit een overschot aan personeel;
- c. de aanvraag van het faillissement vindt plaats kort nadat ontslagvergunningen of collectief ontslag zijn geweigerd of kort na het intrekken van ontbindingsverzoeken;
- d. op het moment van de faillietverklaring ligt reeds een uitgebreid plan voor doorstart klaar;
- e. de bedrijfsactiviteiten van de onderneming worden voortgezet in een andere rechtspersoon of personenvennootschap door de bestuurders of verwante rechtspersonen of er zijn op andere wijze nauwe banden tussen de verkrijger en de vervreemder;
- f. de verkrijger wil de onderneming alleen in afgeslankte vorm overnemen.

Het hof merkt daarbij op dat, zoals Advocaat Generaal De Bock in haar conclusie ECLI:NL:PHR:2016:1079 ook overweegt, uit het arrest van de Hoge Raad van 29 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0084 (*Digicolor*), kan worden afgeleid dat de Hoge Raad uitgaat van de zogenoemde ruime leer: ook als de financiële situatie aanleiding geeft tot aangifte van het faillissement kan er sprake zijn van misbruik van bevoegdheid.

Is de betalingsonmacht gearrangeerd (grief 1)?

3.6

Grief 1 richt zich tegen r.o. 5.5 van het bestreden vonnis. Volgens appellant heeft de rechtbank te gemakkelijk aangenomen dat X. verkeerde in een toestand van hebben opgehouden te betalen. Appellant stelt dat X., althans B. B.V., de betalingsonmacht c.q. faillissementssituatie heeft gecreëerd, althans onvoldoende heeft gedaan om het tijt te keren. Het hof oordeelt op dit punt als volgt.

3.7

Uit de door geïntimeerden overgelegde jaarstukken over de jaren 2010 tot en met 2013 kan inderdaad, zoals geïntimeerden stellen, worden afgeleid dat de financiële situatie van X. in die jaren steeds slechter werd. De overgelegde jaarstukken 2010 tot en met 2013 vermelden een negatief bedrijfsresultaat over 2010 van € 19.027, over 2011 van € 23.951, over 2012 van € 28.842 en over 2013 van € 42.116. De jaarrekeningen vermelden verder rekening-courantschulden aan de groepsmaatschappijen van € 48.299 in 2010 tot € 112.023 in 2013 aan (uiteindelijk alleen) B. B.V.

3.8

Het hof is van oordeel dat zijn vragen bij de jaarrekeningen door geïntimeerden niet afdoende zijn beantwoord. Zo is het niet duidelijk geworden hoe het komt dat de financiële situatie in de jaren 2010-2013 zo verslechterde. Uit hetgeen ter zitting in hoger beroep namens geïntimeerden naar voren is gebracht blijkt dat er in die jaren meer dan voldoende werk was voor de twee werknemers van X. (appellant en A.) en dat appellant meerdere avonden per week overwerkte. Appellant wordt door geïntimeerden omschreven als een uitmuntende spuitser.

Het is ook niet zo dat de omzet in de loop der jaren verslechterde. In de jaren 2007 en 2012 fluctueerde de omzet tussen de € 125.000 en € 143.000. Op de vraag van het hof ter zitting waarom er in 2007 ongeveer € 5.000 winst werd behaald bij een omzet van € 142.547 en in 2011 bij een vergelijkbare omzet bijna € 24.000 verlies werd geleden, is namens geïntimeerden geantwoord dat dat waarschijnlijk te maken had met de stijgende (loon-) kosten.

3.9

Wat die stijgende kosten betreft heeft het hof ter zitting enkele vragen gesteld. Desgevraagd is van geïntimeerden echter geen duidelijkheid verkregen over de vraag waarom de managementfee voor B. B.V. die in 2009 nog € 2.600 bedroeg vanaf 2010 fors meer bedroeg, te weten in 2010 en 2011 € 12.600, in 2012 € 13.000 en in 2013 € 10.800. Evenmin is duidelijk geworden waarom er op de rekening-courantverhouding tussen de groepsmaatschappijen eerst geen rente werd berekend en vanaf 2012 ineens 5%. Namens geïntimeerden is ter zitting verklaard dat dat laatste waarschijnlijk iets met eisen van de

fiscus te maken had.

Dat de managementfee substantieel was blijkt hieruit dat ter zitting in hoger beroep namens geïntimeerden is verklaard dat, als de managementfee ertussen uit gehaald zou worden, appellant bij overname van X. daaruit zijn salaris gewoon zou hebben kunnen betalen.

3.10

Het hof constateert dat er ook enkele inkomsten niet zijn opgenomen in de jaarrekeningen. Geïntimeerden hebben niet betwist dat X. over 2012 en 2013 in verband met een ongeval van A. ongeveer € 23.000 aan (verzekerings-)geld heeft ontvangen. Niet betwist is dat deze inkomsten niet in de jaarrekening zijn verwerkt.

Geïntimeerden hebben ook niet betwist dat X. huurinkomsten uit de verhuur van een woning bij het bedrijfspann niet in de jaarrekeningen heeft verwerkt/opgenomen. Welk bedrag hiermee gemoeid is, is niet duidelijk geworden.

Ten slotte blijkt uit de faillissementsverslagen dat voorafgaand aan het faillissement de twee belangrijkste klanten van X., R. en Q., zijn overgeheveld naar Y., evenals een (groot) deel van de inventaris van X. Y. heeft voor een bedrag van € 17.000 rechtstreeks aan klanten van X. gefactureerd. Deze inkomsten kwamen daardoor niet aan X. ten goede, maar aan een andere (dochter)vennootschap van geïntimeerden

3.11

Ten slotte heeft het hof ter zitting in hoger beroep nog enkele vragen gesteld over het beleid van geïntimeerden hebben niet gemotiveerd betwist dat X. en Y. over en weer voor elkaar werk verrichtten, maar dat daarbij voor de werkzaamheden die X. voor Y. verrichtte een lager tarief in rekening werd gebracht dan andersom. Appellant heeft ter zitting gesteld dat de verhouding in tariefstelling ongeveer 1 op 3 was (€ 20 per uur tegenover € 60/€ 70 per uur). Namens geïntimeerden is op zichzelf niet betwist dat de tariefstelling verschillend was. Namens geïntimeerden is wel verklaard dat de omvang van die werkzaamheden beperkt was en dat de ene werknemer tegen een ander tarief werkte dan de andere. Concreter is die toelichting echter niet geworden, terwijl niet aannemelijk lijkt dat een werknemer bij Y. meer dan drie keer zou "kosten" dan een werknemer bij X.

Verder is niet duidelijk geworden waarom X., na de weigering van de ontslagvergunning voor appellant, niet opnieuw een ontslagvergunning heeft aangevraagd, maar dan met inachtneming van het afspiegelingsbeginsel. Dat een nieuwe aanvraag enkele maanden zou hebben geduurd lijkt in dit verband niet redengevend. Gelet op het standpunt dat het UWV innam zou er in dat geval waarschijnlijk voor een van de werknemers van Y. dan wel X. een ontslagvergunning zijn verleend en zouden de loonkosten van X. dan wel Y. (die inmiddels in elkaar zijn opgegaan) zijn verlaagd.

Nu X. in de jaren 2010-2013 ruim € 25.000 tot iets meer dan € 30.000 per jaar aan huisvestingskosten had, is ook niet duidelijk waarom zij niet eerder, zoals na de ziekmelding van appellant daadwerkelijk is gebeurd, de werkzaamheden van X. vanuit/in de bedrijfsruimte van Y. heeft laten verrichten. Desgevraagd is namens geïntimeerden ter zitting in hoger beroep verklaard dat de reden daarvoor was dat appellant niet bij Y. wilde werken. Nog los van het feit dat appellant dit heeft ontkend, is het niet aan de werknemer, maar aan het bedrijf om te bepalen op welke locatie de werkzaamheden worden verricht.

3.12

Het hof acht het aannemelijk dat de hiervoor vermelde feiten en omstandigheden (in de r.o. 3.8 tot en met 3.11) de bedrijfsresultaten van X. zoals weergegeven in de jaarrekeningen substantieel negatief hebben beïnvloed en (mede) hebben geleid tot de betalingsonmacht, en daarmee tot het faillissement.

3.13

Op zichzelf heeft appellant niet betwist dat het concern sinds het najaar van 2013 onder verscherpt toezicht stond van de afdeling bijzonder beheer van huisbankier Rabobank. Dat de bank in dat verband heeft gezegd dat X. diende te worden afgestoten hebben geïntimeerden echter niet met stukken onderbouwd, terwijl een dergelijk advies bovendien niet in tegenspraak is met de aanname in r.o. 3.12.

De stelling van geïntimeerden dat appellant voor eigen gewin werk heeft verricht in bedrijfspann van X. dat niet in de boeken kan worden teruggevonden, hebben zij, tegenover de betwisting door appellant, niet gemotiveerd onderbouwd. Desgevraagd hebben zij ter zitting in hoger beroep verklaard dat appellant 's avonds vaak overwerkte, terwijl de door hen overgelegde werkbonden er juist geen blijk van geven dat appellant buiten de boeken om werk verrichtte.

Aannemelijk is dat de ziekte van appellant wel negatief heeft bijgedragen aan de financiële positie van X. Nu de B. B.V. echter geld van de verzekering ontving in verband met de ziekte van appellant (zoals ter zitting in hoger beroep namens geïntimeerden verklaard), terwijl zij de loondoorbetaling aan appellant (zo blijkt uit het kort geding vonnis van de voorzieningenrechter van 7 oktober 2014:) ten onrechte hadden stopgezet, waardoor feitelijk slechts de werkgeverslasten voor haar rekening kwamen, terwijl het werk van X. door werknemers van Y. werd verricht, acht het hof niet aannemelijk dat de ziekte van appellant per eind juni 2014 een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.

3.14

Het hof blijft daarom bij zijn oordeel dat het aannemelijk is dat de handelwijze van geïntimeerden de resultaten van X. (in de jaarrekeningen) in substantiële mate negatief heeft beïnvloed, en dat dit mede heeft geleid tot de betalingsonmacht en het faillissement.

Zijn de (onder 3.5 vermelde) indicatoren aanwezig (grievens 2 tot en met 4)?

3.15

De rechtbank heeft geoordeeld dat de onder 3.5 onder a en c vermelde indicatoren zich in het onderhavige geval voordoen. Op zichzelf is dat niet in geschil tussen partijen.

Wat betreft indicator b sluit het hof zich aan bij de overwegingen en het oordeel van de rechtbank in r.o. 5.7 en maakt deze tot de zijne.

3.16

De *grievens* 2 tot en met 4 richten zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de onder 3.5 vermelde indicatoren onder d, e en f zich in het onderhavige geval niet voordoen.

3.17

Het hof zal eerst indicator d bespreken. Zoals hiervoor onder 3.10 al is overwogen waren zowel de inventaris van X. als de twee belangrijkste klanten, Q. en R., vóór faillissement al overgeheveld naar Y. De curator maakt daarvan ook melding in zijn faillissementsverslagen en heeft daarvoor de executiewaarde (en niet de going-concern-waarde) in rekening gebracht. Uit de producties 15 en 16 (bij conclusie van antwoord) van appellant blijkt dat A., werknemer van Y., vóór het faillissement al bij Y. de motorspuitwerkzaamheden voor de klanten van X. verrichtte. Geïntimeerden hebben daarnaast niet betwist dat A. na het faillissement van X. een aantal keer is aangeboden om bij Y. te werken (wat hij niet heeft gedaan) noch dat Y. eind januari 2015 een advertentie/advertenties (productie 10 bij conclusie van antwoord) heeft geplaatst voor een "ervaren voorbewerker/autospuiters/motorspuiters". Men zocht kennelijk (ook) iemand voor het werk dat voorheen door het inmiddels failliete X. werd verricht.

Uit het proces-verbaal van bevindingen (productie 36 bij memorie van grieven) blijkt ook dat de website van X. nog steeds volledig online en actief is.

Ter zitting in hoger beroep is namens geïntimeerden erkend dat er binnen Y. nog steeds werkzaamheden van X. worden uitgevoerd. De omvang van deze werkzaamheden bedraagt volgens geïntimeerden een kwart tot een derde deel van de werkzaamheden die voorheen bij X. werden uitgevoerd. Appellant stelt dat uit de verklaring van A. blijkt dat dit veel meer is. Wat daarvan ook zij, vast staat dat de werkzaamheden van X. vóór faillissement al waren overgeheveld naar Y. Daaruit volgt dat er vóór het faillissement meer lag dan een plan voor een doorstart: X. was vóór het faillissement de facto al doorgestart binnen Y. *Grief 2* treft op deze gronden doel.

3.18

Het hof is van oordeel dat zich ook de situatie voordoet dat "de bedrijfsactiviteiten van de onderneming worden voortgezet in een andere rechtspersoon of personenvennootschap door de bestuurders of verwante rechtspersonen" (indicator onder 3.5 sub e). De bedrijfsactiviteiten van de X. zijn immers voortgezet binnen Y., van wie geïntimeerden op dezelfde manier als bij X. de (indirect) bestuurders/aandeelhouders zijn. *Grief 3* treft op deze gronden eveneens doel.

3.19

Ook indicator f doet zich in het onderhavige geval voor. De facto heeft Y. het bedrijf van X. in afgeslankte vorm overgenomen. De inventaris en de twee belangrijkste klanten van X. zijn vóór faillissement overgegaan en na het faillissement heeft Y. A. (met instemming van de curator) aangeboden om bij Y. te komen werken en heeft zij een advertentie voor een motorspuiters geplaatst. Aan appellant is niet aangeboden om bij Y. te komen werken en/of daar te re-integreren. Überhaupt is de re-integratie van appellant niet ter hand genomen door X. Het hof merkt daarbij op dat het destijds nog niet bekend was dat appellant lijdt aan de zogenoemde schildersziekte. Zoals ook blijkt uit de verklaringen van partijen op de zitting in hoger beroep leek er sprake te zijn van een arbeidsconflict. De bedrijfsarts heeft in dat verband herhaald geadviseerd een mediator in te schakelen. Dat is echter niet gebeurd. Gebleken noch gesteld is dat X. en/of voor haar geïntimeerden enige aanzet tot het oplossen van dat conflict heeft gemaakt, terwijl het op de weg van de werkgever ligt om in dergelijke gevallen in ieder geval het initiatief te nemen om tot een oplossing te komen.

X. is daarentegen na de ziekmelding opgehouden met het betalen van het loon van appellant, ondanks het feit dat zij wel (behoudens de werkgeverslasten) verzekerd was voor zijn ziekte en op die verzekering — met succes — een beroep had gedaan. X. heeft A. wel doorbetaald, zoals namens geïntimeerden ter zitting in hoger beroep is verklaard.

Uit deze omstandigheden kan naar het oordeel van het hof moeilijk anders worden afgeleid dan dat Y. het bedrijf van X. wilde overnemen, met A., maar zonder appellant. Op deze gronden acht het hof ook indicator onder 3.5 sub f aanwezig. *Grief 4* treft op deze gronden doel.

3.20

Nu aannemelijk is dat de handelwijze van geïntimeerden de resultaten van X. (in de jaarstukken) in substantiële mate negatief heeft beïnvloed en (mede) heeft geleid tot de betalingsonmacht en het faillissement en nu alle in 3.5 vermelde indicatoren zich in het onderhavige geval voordoen, is het gerechtvaardigd om aan te nemen dat het verlies van arbeidsrechtelijke bescherming (door het faillissement van X.) het uitsluitende of hoofdzakelijke doel is geweest van de faillissementsaanvraag van X. Het effect van het handelen van geïntimeerden is geweest dat de onderneming van X. bij Y. feitelijk op de oude voet werd voortgezet, evenwel zonder appellant als werknemer en zonder dat hem de normale arbeidsrechtelijke bescherming werd geboden. *Grief 5* treft op deze gronden ook doel.

3.21

B. B.V. kan als bestuurder van X. van dit handelen een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt. Zij heeft daarmee onrechtmatig jegens appellant gehandeld en is aansprakelijk jegens appellant voor de daardoor door hem geleden schade. Op grond van artikel 2:11 BW rust die aansprakelijkheid tevens hoofdelijk op de heer en geïntimeerde 3 (zie Hoge Raad, 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275). De Hoge Raad heeft in dit arrest echter overwogen dat uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW volgt dat als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op die grond, een bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk op grond van art. 2:11 BW (alsnog) kan voorkomen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd. Geïntimeerden hebben op dit punt niets specifiek gesteld of te bewijzen aangeboden.

3.22

Op zichzelf hebben geïntimeerden de vorderingen van appellant niet bestreden, met uitzondering van de vordering tot vergoeding van de buitengerechtelijke kosten. Het verweer met betrekking tot de buitengerechtelijke kosten treft doel. Appellant heeft (in de dagvaarding, punt 36 tot en met 38) onvoldoende gesteld en onderbouwd dat er meer kosten zijn gemaakt dan ter voorbereiding van de gedingstukken en ter instructie van de zaak. Deze vordering zal daarom worden afgewezen. Voor het overige zullen de vorderingen van appellant worden toegewezen.

4. De slotsom

4.1

De *grievens 1* tot en met *5* slagen. *Grief 6* heeft geen zelfstandige betekenis. Het bestreden vonnis zal daarom worden vernietigd. Opnieuw recht doende zal het hof de vorderingen van appellant toewijzen, behoudens de vordering met betrekking tot de buitengerechtelijke kosten.

4.2

Als de in het ongelijk te stellen partij zal het hof geïntimeerden in de kosten van beide instanties veroordelen.

De kosten voor de procedure in eerste aanleg aan de zijde van appellant zullen worden vastgesteld op:

— exploitkosten € 105,90

— griffierecht € 876

totaal verschotten € 981,90

— salaris advocaat € 1.788 (2 punten x tarief IV)

De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van appellant zullen worden vastgesteld op:

— exploitkosten € 134,77

— griffierecht € 718

totaal verschotten € 852,77

— salaris advocaat € 3.918 (2 punten x tarief IV)

4.3

Als niet weersproken zal het hof ook de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten toewijzen zoals hierna vermeld.

5. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de rechtbank Gelderland, zittingsplaats Zutphen, van 4 mei 2016 en doet opnieuw recht;

verklaart voor recht dat geïntimeerden onrechtmatig hebben gehandeld jegens appellant;

veroordeelt geïntimeerden hoofdelijk, des dat de een betalende de ander zal zijn bevrijd, om aan appellant te betalen:

- I. € 2.322,24 netto ten titel van schadevergoeding, vermeerderd met een bedrag van € 464,48 per maand vanaf 1 mei 2015 tot 24 juni 2016;

- II. € 40.951,55 bruto ter zake van transitievergoeding;
- III. de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW van 50% over het salaris van € 3.138,05 bruto per maand vanaf 1 juni 2014 tot 27 november 2014;
- IV. de wettelijke rente over de onder I tot en met III gevorderde bedragen vanaf de dag van opeisbaarheid tot aan de dag der voldoening;

veroordeelt geïntimeerden in de kosten van beide instanties, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van appellant wat betreft de eerste aanleg vastgesteld op € 981,90 voor verschotten en op € 1.788 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en tot aan deze uitspraak wat betreft het hoger beroep vastgesteld op € 852,77 voor verschotten en op € 3.918 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en — voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt — te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

veroordeelt geïntimeerden in de nakosten, begroot op € 157, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 82 in geval geïntimeerden niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden;

verklaart dit arrest ten aanzien van de daarin vervatte veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

(enz.)