

# ECLI:NL:GHARN:2008:BG1270

Instantie	Gerechtshof Arnhem
Datum uitspraak	13-05-2008
Datum publicatie	23-10-2008
Zaaknummer	104.002.414
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Een onverplichte betaling van 419.535,33 op 30 december 2002 leidt, bij de onder 4.9 genoemde cijfers, tot de conclusie dat de solvabiliteit van de onderneming die al niet groot was welbewust verder wordt aangetast. Op grond daarvan is onmiskenbaar sprake van onbehoorlijk bestuur door [appellant sub 1] en [persoon A] (via Mazza B.V.) in de hiervoor onder 4.7 bedoelde zin en is, gelet op de genoemde cijfers en bij gebreke van een gemotiveerde betwisting van de stellingen van de curator op dit punt, aannemelijk dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het op 4 juni 2003 uitgesproken faillissement van Mazza Opleidingen is.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl RI 2009, 2 JRV 2009, 109

## Uitspraak

13 mei 2008

eerste civiele kamer

zaaknummer 104.002.414

rolnummer (oud) 2006/724

GERECHTSHOF TE ARNHEM

Arrest

in de zaak van:

1. [appellant sub 1],  
wonende te [woonplaats],
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Omanista B.V.,  
gevestigd te Kampen,  
appellanten,  
procureur: mr. J. M. Bosnak,

tegen:

mr. Ernestus Antonius Maria Claassen, in zijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van de besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid Mazza Holding B.V., Mazza Opleidingen B.V. en [B.V. 1], alle voorheen gevestigd te Zwolle,

kantoorhoudende te Zwolle,  
geïntimeerde,  
procureur: mr. P.M. Wilmink.

## 1 Het geding in eerste aanleg

Voor de procedure in eerste aanleg wordt verwezen naar de inhoud van de vonnissen van 3 november 2004 en 14 juni 2006 die de rechtbank Zwolle-Lelystad tussen appellanten (hierna te noemen: [appellant sub 1] en Omanista) respectievelijk [persoon A] en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Mazza B.V. (hierna: Mazza B.V.) als gedaagden en geïntimeerde (hierna te noemen: de curator) als eiser heeft gewezen. Van die vonnissen is een fotokopie aan dit arrest gehecht.

## 2 Het geding in hoger beroep

2.1 [appellant sub 1] en Omanista hebben bij exploit van 6 juli 2006 aangezegd van het eindvonnis van 14 juni 2006 in hoger beroep te komen, met gelijktijdige dagvaarding van de curator voor dit hof.

2.2 Bij memorie van grieven hebben [appellant sub 1] en Omanista vier grieven tegen het bestreden eindvonnis aangevoerd en toegelicht, hebben zij bewijs aangeboden en twee producties in het geding gebracht. Zij hebben gevorderd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, bij arrest, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de curator niet-ontvankelijk zal verklaren in zijn vorderingen, althans hem deze zal ontzeggen, met zijn veroordeling in de proceskosten van beide instanties.

2.3 Bij memorie van antwoord heeft de curator de grieven bestreden, en heeft hij bewijs aangeboden en een aantal producties in het geding gebracht. Hij heeft geconcludeerd dat het hof [appellant sub 1] en Omanista niet-ontvankelijk zal verklaren in het ingestelde hoger beroep, althans de ingestelde grieven zal afwijzen met bekrachtiging van het bestreden vonnis, voor zoveel nodig met verbetering van gronden en met veroordeling van [appellant sub 1] en Omanista in de proceskosten van het hoger beroep.

2.4 Daarna hebben [appellant sub 1] en Omanista bij akte op de door de curator overgelegde producties gereageerd.

2.5 Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd.

## 3 De vaststaande feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.14 feiten vastgesteld. Met uitzondering van het onder 2.6, laatste zin, vastgestelde feit zijn daartegen geen grieven aangevoerd of bezwaren geuit, zodat het hof in zoverre in hoger beroep ook van die feiten zal uitgaan.

## 4 De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1 Op grond van de vaststaande feiten gaat het hof van het volgende uit.

4.2 Mazza Holding B.V. (hierna: Mazza Holding), Mazza Opleidingen B.V. (hierna: Mazza Opleidingen) en [B.V. 1] (hierna: [B.V. 1]) zijn op 4 juni 2003 in staat van faillissement verklaard. De bestuurders van Mazza Holding zijn Mazza B.V. en Omanista. De bestuurder van Mazza B.V. is [persoon A] (hierna: [persoon A]) en de bestuurder van Omanista is [appellant sub 1]. De bestuurders van Mazza Opleidingen zijn Mazza B.V. en [appellant sub 1] en de bestuurder van [B.V. 1] is [appellant sub 1]. Mazza B.V. is op 25 april 2003 als bestuurder van [B.V. 1] uitgeschreven met ingang van 1 januari 2002.

4.3 Op 30 december 2002 hebben, voor zover van belang, de volgende betalingen plaatsgevonden:

a. van Mazza Opleidingen naar Mazza Holding een bedrag van 419.535,33 (bijlage 19 Akte overlegging producties curator):

- 277.537,-- met omschrijving: interne boeking vrsht fee en fac bedr i.a.v. afrekening;

- 141.998,33 met omschrijving interne boeking vereffening rekening courant;

b. van [B.V. 1] naar Mazza Holding een bedrag van 152.906,90 (bijlage 15 Akte overlegging producties curator):

- 72.000,-- met omschrijving interne boeking vrsht fee en fac bedr i.a.v. afrekening;

- 64.841,90 met omschrijving interne boeking vereffening rekening courant;

- 16.065,- met omschrijving interne boeking voorschot fac;

c. van Mazza Holding naar Mazza B.V. een bedrag van 762.932,56 met omschrijving interne boeking vereffening rekening courant (bijlage 7 Akte overlegging producties curator).

Deze betalingen zijn namens Mazza Opleidingen, [B.V. 1] en Mazza Holding gedaan door [persoon A].

4.4 De curator heeft in eerste aanleg, zakelijk weergegeven en voor zover van belang, de volgende vorderingen ingesteld tegen [persoon A], Mazza B.V., [appellant sub 1] en Omanista:

1. betaling door Mazza B.V. van 762.932,56 op grond van de artt. 42 49 Fw;

2. betaling door Mazza B.V. en Omanista van (na eisvermindering) 11.000,-- uit hoofde van de verplichting tot volstorting van aandelen;

3. primair: op grond van artikel 2:180 lid 2 BW juncto art. 2:11 BW hoofdelijke voldoening door [persoon A], Mazza B.V., [appellant sub 1] en Omanista van de geldelijke verplichtingen uit de tijdens het bestuur van Mazza B.V. en Omanista verrichte rechtshandelingen waardoor Mazza Holding B.V. vóór de volstorting van de aandelen is verbonden, voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, op te maken bij staat; subsidiair: veroordeling van [persoon A], Mazza B.V., [appellant sub 1] en Omanista op grond van art. 2:248 BW juncto art. 6:162 BW en art. 2:11 BW tot betaling van alle schulden van Mazza Holding voor zover deze niet uit de overige baten kunnen worden voldaan, op te maken bij staat;

4. veroordeling van [appellant sub 1] tot betaling ex art. 2:248 BW juncto art. 6:162 BW van de schulden van [B.V. 1] voor zover deze niet uit de overige baten kunnen worden voldaan, op te maken bij staat;

5. hoofdelijke veroordeling van Mazza B.V., [appellant sub 1] en [persoon A] tot betaling ex art. 2:248 BW juncto art. 6:162 BW en art. 2:11 BW van de schulden van Mazza Opleidingen, voor zover deze niet uit de overige baten kunnen worden betaald, op te maken bij staat.

4.5 De rechtbank heeft de hiervoor in 4.4 onder 1, 2, 3 subsidiair en 5 genoemde vorderingen toegewezen, en heeft, wat betreft de onder 4 genoemde vordering, [appellant sub 1] veroordeeld tot betaling van het bedrag van de schulden van [B.V. 1], voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, en heeft het meer of anders gevorderde afgewezen.

4.6 In hoger beroep gaat het nog om de, door de grieven I, II en III aan de orde gestelde, vraag of de onder 4.3 genoemde, door [persoon A] verrichte, betalingen de conclusie wettigen dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en, in het verlengde daarvan, of [appellant sub 1] en Omanista op die grond jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. Grief IV stelt de vraag aan de orde of [appellant sub 1] en Omanista een beroep op matiging toekomt.

4.7 Van kennelijk onbehoorlijk bestuur is sprake als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben. Nu de curator op de grondslag van artikel 2:248 lid 1 BW juncto 2:11 BW vergoeding vordert van het faillissementstekort in de faillissementen van Mazza Holding,

Mazza Opleidingen en [B.V. 1], geldt als uitgangspunt dat het op zijn weg ligt om te stellen, en bij voldoende gemotiveerde betwisting te bewijzen, dat het bestuur van van Mazza Opleidingen, [B.V. 1] respectievelijk Mazza Holding zijn taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Op [appellant sub 1] en Omanista rust vervolgens de verplichting deugdelijk en onderbouwd verweer te voeren, temeer omdat zij als gewezen bestuurders beter dan de curator in staat moeten worden geacht de nodige feitelijke informatie te verschaffen.

4.8 Ten aanzien van de onder 4.3 (a) genoemde betaling van 419.535,33 van Mazza Opleidingen aan Mazza Holding heeft de curator gesteld dat deze onbehoorlijke taakvervulling door de bestuurders van Mazza Opleidingen oplevert en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Hij heeft in dat verband aangevoerd dat er op 30 december 2002 geen rechtsplicht bestond voor Mazza Opleidingen om een vordering in rekening-courant van Mazza Holding van 141.998,33 te voldoen, terwijl evenmin een opeisbare verplichting bestond om ter zake van fee en facilitair bedrijf een bedrag van 277.537,-- aan Mazza Holding te voldoen. Daarmee heeft de curator vooralsnog aan zijn stelplicht voldaan, omdat hij kennelijk niets heeft aangetroffen dat er op duidt dat wel sprake was van verplichte rechtshandelingen. Volgens [appellant sub 1] en Omanista zijn deze betalingen echter niet onverplicht geschied. Wat betreft de betaling van de vordering in rekening-courant hebben zij aangevoerd dat huisbankier ABN Amro Bank in verband met kredietoverschrijdingen om egalisering van de rekeningen-courant van Mazza Opleidingen, [B.V. 1] en Mazza B.V. had verzocht (conclusie van antwoord sub 48 e.v. /dupliek sub 3 e.v.). Daaruit volgt echter nog niet het bestaan van een rechtens afdwingbare verplichting tot betaling (in het kader van de door de bank gewenste egalisering) van 141.998,33 terwijl [appellant sub 1] en Omanista voor het overige geen concrete feiten hebben gesteld waaruit kan blijken van een contractuele verplichting van Mazza Opleidingen tot egalisering van de rekeningen-courant, en niet slechts van een wens of een advies van de bank. Zij hebben weliswaar aangevoerd dat dit in hun ogen uit het contract voortvloeide, maar het bedoelde contract is niet overgelegd, noch is anderszins het bestaan van een dergelijke contractuele verplichting concreet onderbouwd. Ook hebben zij geen concrete stellingen betrokken die licht werpen op de vraag welke afspraken tussen de vennootschappen werden gemaakt omtrent omvang en aflossing van de onderhavige rekening-courant verhoudingen en/of de vraag hoe die rekening-courant standen zich voorafgaand aan het faillissement ontwikkeld kunnen hebben. De stelling van de curator dat de betaling van 277.537,-- onverplicht is geschied is in het geheel niet (gemotiveerd) bestreden, terwijl het op de weg van [appellant sub 1] en Omanista had gelegen uit te leggen waarop deze betaling ter zake van interne boeking vrstht fee en fac bedrijf i.a.v. afrekening precies betrekking had en op grond waarvan op Mazza Opleidingen een verplichting rustte tot betaling daarvan aan Mazza Holding. De stellingen van de curator zijn op dit punt derhalve onvoldoende gemotiveerd weersproken, en staan daarmee vast.

4.9 Als in hoger beroep niet bestreden staat verder vast dat blijkens de concept-jaarrekening 2002 het eigen vermogen van Mazza Opleidingen per 31 december 2002 12.818,-- bedroeg, dat de omzet in dat jaar 725.232,-- bedroeg en dat het resultaat na belastingen 77.331,-- negatief was.

4.10 Een onverplichte betaling van 419.535,33 op 30 december 2002 leidt, bij de onder 4.9 genoemde cijfers, tot de conclusie dat de solvabiliteit van de onderneming die al niet groot was welbewust verder wordt aangetast. Op grond daarvan is onmiskenbaar sprake van onbehoorlijk bestuur door [appellant sub 1] en [persoon A] (via Mazza B.V.) in de hiervoor onder 4.7 bedoelde zin en is, gelet op de genoemde cijfers en bij gebreke van een gemotiveerde betwisting van de stellingen van de curator op dit punt, aannemelijk dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het op 4 juni 2003 uitgesproken faillissement van Mazza Opleidingen is.

4.11 Daaraan doet niet af dat het positieve banksaldo van Mazza Opleidingen vlak vóór de gewraakte overboeking op 30 december 2002 589.290,71 zou hebben bedragen (Antwoordakte tevens Akte uitlaten producties [appellant sub 1] en Omanista sub 16) omdat dit op zichzelf zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt - niets zegt over de op dat moment bestaande omvang van de opeisbare verplichtingen van de onderneming.

4.12 Ook het verweer dat, indien Mazza Opleidingen als gevolg van de betaling aan Mazza Holding minder goed in staat zou zijn haar betalingsverplichtingen jegens externe schuldeisers na te komen, Mazza Holding dergelijke verplichtingen kon nakomen, kan [appellant sub 1] en Omanista niet baten. Er is immers niet gesteld, noch is daarvan anderszins gebleken, dat, en op grond waarvan, op Mazza Holding een verplichting zou rusten externe schuldeisers van Mazza Opleidingen te voldoen.

4.13 Ook met betrekking tot de onder 4.3 (b) genoemde betaling van 152.906,90 heeft de curator gesteld dat deze onbehoorlijke taakvervulling door de bestuurders van [B.V. 1] oplevert en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

4.14 Volgens de curator was de rekening-courantvordering van Mazza Holding op 30 december 2002 niet opeisbaar en bestond derhalve geen rechtsplicht tot betaling. Evenmin bestond een opeisbare verplichting tot betaling van voorschot fee en facilitair bedrijf. Het verweer dat huisbankier ABN Amro Bank om egalisering van de rekeningen-courant had verzocht moet afstuiten op hetgeen daarover onder 4.8 is overwogen, en evenmin is in dit verband onderbouwd waarop de betalingen met de omschrijving interne boeking voorschot fac bedrijf ( 16.065,--) respectievelijk interne boeking vrstht fee en fac bedrijf i.a.v. afrekening ( 72.000,--) precies betrekking hebben en grond waarvan op [B.V. 1] een verplichting rustte tot betaling daarvan aan Mazza Holding. Daarmee is gegeven dat ook het bedrag van 152.906,90 onverplicht is betaald op 30 december 2002.

4.15 Als in hoger beroep niet bestreden staat verder vast dat blijkens de concept-jaarrekening 2002 het eigen vermogen van [B.V. 1] per 31 december 2002 152.686,-- negatief bedraagt, dat de omzet in dat jaar 297.161,-- bedroeg en dat het resultaat na belastingen 48.991,-- negatief was.

4.16 Ook op dit punt geldt dat een onverplichte betaling van 152.906,90, gelet op de onder 4.15 genoemde cijfers van de onderneming, als onverantwoord is aan te merken omdat als gevolg daarvan de solvabiliteit van de onderneming welbewust en in belangrijke mate (verder) is aangetast. Dat wettigt de conclusie dat ook in zoverre sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur terwijl voorts, gelet op de hiervoor genoemde cijfers en bij gebreke van een gemotiveerde betwisting van de stellingen van de curator op dit punt, aannemelijk is dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het op 4 juni 2003 uitgesproken faillissement van [B.V. 1]. Het verweer dat externe betalingsverplichtingen ook door Mazza Holding konden worden nagekomen strandt op hetgeen daaromtrent onder 4.12 is overwogen.

4.17 Er resteert dan nog de onder 4.3 (c) genoemde betaling van 762.932,56 door Mazza Holding aan Mazza B.V. Niet gebleken is dat aan die betaling een verplichting ten grondslag ligt. Voor zover uit de stukken naar voren komt dat een deel van dat bedrag ( 363.930,73) betrekking heeft op betaling van de koopsom voor de aandelen van Mazza Holding in Mazza Opleidingen, en dat een ander deel ( 399.001,83) ziet op betaling van de (vermeende) rekening-courantschuld van de Mazza Holding aan Mazza B.V., kan daaruit niet worden afgeleid dat die betalingen geen onverplicht karakter hebben.

4.18 Met betrekking tot de betaling van de koopsom van de aandelen geldt dat partijen het er over eens zijn dat enige rechtsplicht daartoe op 30 december 2002 ontbrak. Volgens [appellant sub 1] en Omanista was tussen Mazza Holding als koper en Mazza B.V. als verkoper van de aandelen nader, en in afwijking van het bepaalde in de akte levering aandelen van 14 februari 2002, overeengekomen dat de koopprijs op nihil zou worden gesteld zodat Mazza Holding uit dien hoofde niets meer aan Mazza B.V. verschuldigd was. Wat betreft de betaling ter zake van de rekening-courantschuld geldt dat [appellant sub 1] en Omanista hebben opgemerkt dat zij met de curator van mening zijn dat het niet mogelijk is dat Mazza B.V. op 30 december 2002 een vordering in rekening-courant op Mazza Opleidingen had van 399.001,83. [appellant sub 1] en Omanista hebben geen concrete aanknopingspunten verschaft waaruit kan worden afgeleid dat hoe dan ook een (lager) bedrag door Mazza Holding uit hoofde van een rekening-courantschuld aan Mazza B.V. verschuldigd was en zo ja: welk bedrag. Voor zover [appellant sub 1] en Omanista van mening zijn dat ook deze betaling is gedaan in het kader van de door de bank gewenste egalisering van de rekeningen-courant, moet dat afstuiten op hetgeen daarover onder 4.8 is overwogen. Het hof gaat er

daarom vanuit dat de betaling van 762.932,56 op 30 december 2002 volledig onverplicht door Mazza Holding is gedaan.

4.19 Als in hoger beroep niet bestreden staat verder vast dat blijkens de concept-jaarrekening 2002 van Mazza Holding het eigen vermogen per 31 december 2002 28.429,-- , de omzet 710.178,-- en het resultaat na belastingen 10.429,-- bedragen. Gelet reeds op deze cijfers is zonneklaar dat betaling van een bedrag van 762.932,56 de solvabiliteit van de onderneming in belangrijke mate aantast, zoals door [appellant sub 1] en Omanista ook wordt erkend. De enkele omstandigheid dat de liquiditeit van de onderneming door de gewraakte betaling niet direct en acuut in gevaar zou zijn gekomen doet daaraan, gelet op de omvang van het betaalde bedrag, het geheel onverplichte karakter daarvan en het geringe eigen vermogen en netto resultaat over 2002, niet af. Op grond van het voorgaande is de conclusie gerechtvaardigd dat ook in dit opzicht onmiskenbaar sprake is van onbehoorlijk bestuur. Partijen zijn het er over eens dat deze betaling een belangrijke oorzaak van het faillissement van Mazza Holding is.

4.20 Het hof verwerpt het betoog dat de onder 4.3 genoemde betalingen niet aangemerkt kunnen worden als handelingen van het bestuur, nu deze buiten medeweten en tegen de wil van [appellant sub 1] en/of Omanista onbevoegd door [persoon A] op 30 december 2002 zijn geschied, en [appellant sub 1] noch Omanista bij de betaling van Mazza Holding aan Mazza B.V. gebaat waren. De gewraakte betalingen zijn door [persoon A] als (middellijk) bestuurder verricht en zij zijn, zoals uit het voorgaande volgt, als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door haar aan te merken. Zij moeten op grond van de wettelijke regeling van artikel 2:248 BW aan het bestuur worden toegerekend, en daarmee is tevens sprake van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, waarvoor iedere bestuurder afzonderlijk (hoofdelijk) aansprakelijk is.

4.21 [appellant sub 1] en Omanista doen op dezelfde gronden een beroep op de disculpatiemogelijkheid van artikel 2:248 lid 3 BW en zij wijzen er daarbij verder op dat [persoon A] [appellant sub 1] en Omanista ook achteraf niet over de betalingen heeft geïnformeerd. Het hof oordeelt daarover als volgt.

4.22 Op grond van artikel 2:248 lid 3 BW is niet aansprakelijk de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem is te wijten en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Blijkens de stellingen van [appellant sub 1] en Omanista hadden de beide bestuurders in de Mazzagroep de taken onderling zodanig verdeeld, dat [persoon A] het financiële reilen en zeilen van de verschillende vennootschappen voor haar rekening nam, terwijl [appellant sub 1] de daarin te verrichten commerciële activiteiten verzorgde. Het beroep op een interne taakverdeling als disculpatiegrond stuit af het collectieve karakter van de bestuurdersaansprakelijkheid van art. 2:248 BW. Daarbij komt dat het hof belangrijke betekenis toekent aan het volgende. Volgens de stellingen van de curator was [appellant sub 1] op de hoogte van het feit dat het met de vennootschappen slecht ging, hetgeen door [appellant sub 1] zelf ook wel min of meer wordt erkend (zij het, dat hij vermeldt dat er altijd wel problemen waren met betalingen). Dat het slecht ging blijkt ook wel uit de cijfers en uit het feit dat betalingen soms niet werden uitgevoerd. Daarvan uitgaande kan [appellant sub 1] zich niet verschuilen achter de door hem aangedragen taakverdeling: voor een succesvol beroep op de disculpatiegrond had van hem minst genomen verwacht mogen worden dat hij zou aangeven op grond van welke omstandigheden hij er vanuit mocht gaan dat de door hem bestuurde vennootschappen zodanig financieel gezond waren en zodanig goed beheerd werden dat hij zich als bestuurder kon veroorloven dit alles geheel aan anderen over te laten, zonder daarop enige controle uit te (hoeven) oefenen. Daarbij komt dat de stelling van [appellant sub 1] dat hij pas tijdens de onderhavige procedure op de hoogte kwam van deze betalingen impliceert dat hij zelfs op het moment dat een eigen faillissementsaanvraag als enig mogelijke oplossing resteerde nog steeds zodanig onwetend was van het financiële reilen en zeilen van de vennootschappen dat hij de zeer substantiële overboekingen nog steeds niet had opgemerkt. Indien die - weinig geloofwaardige stelling al juist is, onderstreept zij slechts dat [appellant sub 1] kennelijk niet wilde weten hoe de vennootschappen er precies voor stonden en wat daarvan de oorzaak was. Een en ander impliceert dat [appellant sub 1] zich niet op deze disculpatiegrond kan beroepen.

4.23 Op grond van een en ander is naar het oordeel van het hof gegeven dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en voorts dat dit onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van de faillissementen van [B.V. 1], Mazza Opleidingen en Mazza Holding is geweest. Daaruit volgt dat Omanista op grond van artikel 2:248 lid 1 BW aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden van Mazza Holding voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. Deze aansprakelijkheid rust krachtens artikel 2:11 BW tevens hoofdelijk op [appellant sub 1] omdat hij ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van Omanista bestuurder was van Mazza Holding, de rechtspersoon die bestuurder was van Omanista. Voorts is [appellant sub 1] op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW aansprakelijk voor het bedrag van de schulden van [B.V. 1] respectievelijk van Mazza Opleidingen voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan.

4.24 De grieven I,II en III falen derhalve.

4.25 In het kader van grief IV doen [appellant sub 1] en Omanista ten slotte nog een beroep op het matigingsrecht van artikel 2:248 lid 4 BW. Uit de memorie van grieven onder 7.2 leidt het hof af dat het hen daarbij uitsluitend gaat om het collectief werkend matigingsrecht. Op grond daarvan heeft de rechter een discretionaire bevoegdheid om het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn te verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement en de wijze waarop dit is afgewikkeld.

4.26 Bij gebreke van voldoende aanknopingspunten op grond waarvan zelfs maar een globale inschatting kan worden gemaakt van de omvang van het faillissementstekort van Mazza Opleidingen, [B.V. 1] en Mazza Holding acht het hof zich onvoldoende in staat om het bedrag waarvoor [appellant sub 1] en Omanista aansprakelijk zijn reeds in de onderhavige appelprocedure vast te stellen. Op grond daarvan dient de vraag of, en zo ja: in welke omvang, aanleiding bestaat tot matiging als door [appellant sub 1] en Omanista bepleit niet in de onderhavige procedure, maar in de schadestaatprocedure aan de orde te worden gesteld. Hetzelfde geldt voor de door [appellant sub 1] en Omanista nog opgeworpen vraag of sprake is van bijzondere omstandigheden die kunnen meebrengen dat onverkorte toepassing van artikel 2:248 lid 1 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art 6:2 lid 2 BW).

4.27 Ook grief IV kan derhalve niet slagen.

Slotsom

4.28 Het bestreden vonnis dient te worden bekrachtigd. Het bewijsaanbod van [appellant sub 1] en Omanista wordt als niet ter zake dienend gepasseerd. [appellant sub 1] en Omanista zullen als de in het ongelijk gestelde partijen worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Zwolle-Lelystad van 14 juni 2006;

veroordeelt [appellant sub 1] en Omanista in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van de curator begroot op 894,-- voor salaris van de procureur en op 396,-- voor griffierecht.

Dit arrest is gewezen door mrs. A. Smeeïng-van Hees, V. van den Brink en R.A. van der Pol en in tegenwoordigheid van de griffier uitgesproken ter openbare terechtzitting van 13 mei 2008.