

I.1 Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2022

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

I.1.1 Inleiding I.1.2 Algemene ontwikkelingen I.1.3 Interne aansprakelijkheid – art. 2:9 BW I.1.4 Externe aansprakelijkheid – art. 6:162 BW I.1.5 Aansprakelijkheid in faillissement – art. 2:138/248 BW I.1.6 Sociale zekerheids- en belastingwetgeving I.1.7 Tot slot

Voetnoten

[1]

De auteurs zijn werkzaam als advocaat bij Stek Advocaten B.V. Zij bedanken Rachel van Houwelingen voor haar ondersteunende werkzaamheden bij het schrijven van deze kroniek.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.1

I.1.1 Inleiding

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Voor u ligt de kroniek bestuurdersaansprakelijkheid voor het jaar 2022. Een veel bewogen jaar, dat wordt gekenmerkt door een overvloedig gebruik van het woord 'crisis'. Van stikstofcrisis tot toeslagencrisis en van asielcrisis tot klimaatcrisis: de voorpagina's van de kranten stonden er vol mee.

Om positief te beginnen: de coronacrisis is inmiddels redelijk onder controle. De anderhalve meter afstand, de mondkapjes en de lockdowns zijn inmiddels verleden tijd. Wij zien ons (enkel) nog geconfronteerd met de juridische nasleep daarvan. Zo moest de Rechtbank Amsterdam zich buigen over de vraag of het aanwenden van overbruggingskrediet, dat specifiek was verstrekt in het kader van de coronaproblematiek, voor beleggingsdoeleinden tot aansprakelijkheid van de bestuurder kon leiden. In diverse faillissementen werd dit jaar een beroep gedaan op de coronapandemie als belangrijke oorzaak van het faillissement van de vennootschap. Verder diende bij de Rechtbank Gelderland een bestuurdersaansprakelijkheidszaak die betrekking had op de verkoop van sneltesten. Deze uitspraken waren uiteraard beduidend minder spectaculair dan de mondkapjesaffaire waarbij de Stichting Hulptroepen Alliantie en de Nederlandse overheid betrokken waren. Wij zullen hier in de volgende paragraaf kort bij stilstaan.

Het jaar 2022 is met name ook het jaar dat Rusland buurland Oekraïne binnenviel. Miljoenen Oekraïners zijn hun land ontvlucht en veelal elders in Europa terecht gekomen. Europa zag zich door de oorlog (of: 'speciale militaire operatie') niet alleen geconfronteerd met een humanitaire en politieke crisis, maar ook met een van de ergste energiecrises uit de afgelopen decennia. Gas- en elektriciteitsprijzen explodeerden en stuwden de inflatie naar recordhoogtes, met als piek 17,1% in september 2022.

Tegen de achtergrond van deze gebeurtenissen zou de vrees kunnen bestaan dat de ontwikkelingen op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid in dit kroniekjaar wellicht wat onbeduidend zijn geweest. Wij kunnen u geruststellen: dat valt reuze mee. Voor ons vakgebied zorgen in ieder geval de Nederlandse en Europese initiatieven om de klimaatcrisis te bezweren voor interessante discussies op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid. Enkele daarvan zullen in de volgende paragraaf aan de orde komen. Verder heeft de verwachte golf van turboliquidaties als gevolg van de coronapandemie geleid tot de Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie die hierna eveneens aan bod zal komen. Voor wat betreft de uitspraken op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid geldt dat feitenrechters zich weer hebben gebogen over de meest uiteenlopende zaken: van de 'Godfather van de garnalenhandel' die aansprakelijk kon worden gehouden voor een Europese kartelboete tot een bestuurder van de lokale voetbalvereniging die zwarte betalingen had verricht: 2022 *has it all*. Verhelderend was ook het arrest van de Hoge Raad waarin de vraag is beantwoord of de matigingsgronden in art. 2:248 lid 4 BW (eerste volzin) limitatief zijn. Bovendien heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie enige duidelijkheid gegeven over bepaalde IPR-perikelen rondom de *Peeters/Gatzen*-vordering. Kortom, genoeg boeiende onderwerpen om over te schrijven.

Traditiegetrouw zullen wij hierna eerst enkele algemene ontwikkelingen bespreken. Vervolgens zullen wij per thema de uitspraken signaleren die ons het meeste opvielen. Gelet op het aantal uitspraken dat in 2022 op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid is geweest, beogen wij geenszins volledig te zijn.

I.1.2 Algemene ontwikkelingen

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

In dit hoofdstuk gaan wij allereerst in op de ontwikkelingen rondom *Environmental*, *Social* en *Governance* (ESG) thema's. Daarna komt het wetsvoorstel Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie aan de orde. Tot slot bespreken wij kort het civielrechtelijk bestuursverbod.

I.1.2.1 ESG I.1.2.2 Wetsvoorstel Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie I.1.2.3 De civielrechtelijke bevoegdheden van het OM en het civielrechtelijk bestuursverbod

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.2.1

I.1.2.1 ESG

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Het kan niemand zijn ontgaan dat *Environmental*, *Social* en *Governance* thema's hoog op de agenda staan. Het is met name de *E* uit de inmiddels ingeburgerde Engelse afkorting die de nodige kopzorgen voor bestuurders met zich brengt. *Climate change litigation* is een wereldwijde trend waarbij bestuurders niet worden ontzien. Tijdens het schrijven van deze kroniek werd bekend dat ClientEarth de bestuurders van Shell voor de Engelse rechter heeft gedaagd, omdat zij verkeerd zouden zijn omgegaan met de klimaatrisico's en geen strategie zouden hanteren die in lijn is met het Klimaatakkoord van Parijs uit 2015.^[1] ClientEarth is niet de enige organisatie die dergelijke stappen onderneemt. Milieudefensie deed in april 2022 een dringende oproep aan de bestuurders en commissarissen van Shell (maar in algemene zin ook die van andere grote ondernemingen) om meer prioriteit te geven aan het milieuvraagstuk.^[2] En ook binnen Tata Steel ligt het handelen van het bestuur onder een vergrootglas. Het OM is na aangifte van strafrecht advocate Bénédicte Ficq gestart met een strafrechtelijk onderzoek naar milieuovertredingen waarbij ook de rol van de leidinggevendenden wordt onderzocht.^[3] Van bestuurders wordt dan ook in toenemende mate verwacht dat zij aandacht besteden aan risico's die verband houden met klimaat en milieu en dat zij stappen nemen om deze risico's te verkleinen.

Dit kroniekjaar kwam de Europese Commissie met een voorstel voor een richtlijn inzake Corporate Sustainability Due Diligence ('CSDD-voorstel'), waarin nader vorm wordt gegeven aan de 'due diligence' verplichtingen voor ondernemingen.^[4] Het CSDD-voorstel is onderdeel van de Europese 'Green Deal', een reeks beleidsinitiatieven van de Commissie-Von Der Leyen met als overkoepelende doelstelling om Europa tegen 2050 klimaatneutraal te maken. Het CSDD-voorstel introduceert onder andere voor bepaalde ondernemingen een zorgvuldigheidsverplichting op het gebied van mensenrechten en milieu, en een civiele aansprakelijkheid voor het niet betrachten van de gepaste zorgvuldigheid. Op 1 december 2022 heeft de Raad van de Europese Unie een akkoord bereikt over haar standpunt ten aanzien van het CSDD-voorstel (de 'algemene oriëntatie').^[5] De algemene oriëntatie vormt het beginpunt voor de onderhandelingen met het Europees Parlement en bevat, in vergelijking met het oorspronkelijke CSDD-voorstel, een aantal belangrijke afwijkingen. Zo is het toepassingsbereik van het CSDD-voorstel aangescherpt en zijn de voorgestelde bepalingen omtrent civielrechtelijke aansprakelijkheid verduidelijkt.

Voor deze kroniek is met name van belang dat in de algemene oriëntatie de eerder in het CSDD-voorstel geïntroduceerde zorgplicht voor bestuurders en commissarissen is geschrapt. Deze zorgplicht kwam erop neer dat bestuurders bij de vervulling van hun taak, rekening dienen te houden met de gevolgen van hun beslissingen voor duurzaamheidskwesties, mensenrechten, klimaatverandering en milieu, steeds op de korte, middellange en lange termijn (art. 25 CSDD-voorstel). Zij waren bovendien verplicht om zorgvuldigheidsmaatregelen op te stellen en hierop toezicht te houden en om de bedrijfsstrategie aan te passen om rekening te houden met de vastgestelde negatieve effecten en de genomen zorgvuldigheidsmaatregelen (art. 26 CSDD-voorstel). De voorgestelde verplichtingen leidden echter tot '*ernstige bezorgdheid*' bij verschillende lidstaten, waaronder Nederland,^[6] die deze regelingen beschouwden als een "*ongepaste inmenging in de nationale bepalingen betreffende de zorgplicht van bestuurders en commissarissen en als een mogelijke ondermijning van de plicht van bestuurders en commissarissen om in het belang van de onderneming te handelen*."^[7] In Nederland werd met name gewezen op de mogelijkheid dat deze verplichtingen een grondslag zouden vormen voor persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders.^[8] In de algemene oriëntatie van de Raad komen deze verplichtingen dan ook niet meer terug. Dit betekent overigens niet dat bestuurders in het geheel niet meer hoeven te vrezen voor persoonlijke aansprakelijkheid als een onderneming haar (ESG-gerelateerde) zorgvuldigheidsverplichtingen niet meer nakomt. Daarvoor zullen echter de 'gewone' vereisten en drempels voor bestuurdersaansprakelijkheid gelden.^[9]

Het CSDD-voorstel is complementair aan de *Corporate Sustainability Reporting Directive* ('CSRD'), die op 5 januari 2023 in werking is getreden. Op grond van de CSRD zullen beursgenoteerde ondernemingen op relatief korte termijn een uitgebreid

duurzaamheidsverslag moeten opstellen aan de hand van Europese standaarden voor duurzaamheidsverslaggeving (*European Sustainability Reporting Standards*).^[10] In de CSRD is vastgelegd op welke wijze ondernemingen dienen te rapporteren op het gebied van duurzaamheid.^[11] Hoewel de bepalingen uit de CSRD zich primair richten tot ondernemingen valt ook hier niet uit te sluiten dat zij het risico op bestuurdersaansprakelijkheid kunnen vergroten, bijvoorbeeld ingeval van misleidende duurzaamheidsverslaggeving (art 2:139/249 BW). Voor een uitgebreide bespreking van de CSRD verwijzen wij naar de daarover verschenen literatuur.^[12]

Voetnoten

[\[1\]](#)

'ClientEarth files climate risk lawsuit against Shell's Board with support from institutional investors' (persbericht ClientEarth), 9 februari 2023.

[\[2\]](#)

Brief van 25 april 2022 van (de advocaten van) Milieudefensie aan het bestuur van Shell plc.

[\[3\]](#)

C. Stooker, 'Bestuurder die grenzen milieuwetgeving opzoekt kan persoonlijk aansprakelijk zijn', *FD* 6 februari 2022.

[\[4\]](#)

Voorstel COM(2022) 71 final 2022/0051 (COD) voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937. Het voorstel is onderdeel van de Fit for 55-pakket en de European Green Deal die tot doel hebben om in 2030 broeikasgassen met 55% te hebben verminderd en in 2050 klimaatneutraal te zijn.

[\[5\]](#)

Raad van de Europese Unie 30 november 2022, 15024/1/22 REV 1, met als bijlage: Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van richtlijn (EU) 2019/1937 (2022/0051 (COD)).

[\[6\]](#)

Kamerbrief van 16 december 2022 van de minister voor Buitenlandse handel en Ontwikkelingssamenwerking (BZDOC-1741240905-19), te raadplegen via: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/12/16/kamerbrief-inzake-uitkomst-van-de-onderhandelingen-in-de-raad-omtrent-het-eu-voorstel-imvo>.

[\[7\]](#)

Raad van de Europese Unie 30 november 2022, 15024/1/22 REV 1, punt 31.

[\[8\]](#)

L. Timmerman, 'Een groene bom op het vennootschapsrecht?', *WPNR* 7396 en H.J. de Kluiver, 'Ondernemingsrecht, mensenrechten en klimaat. Doen we de goede dingen en doen we ze goed?', *NJB* 2022 p. 1181 e.v.

[\[9\]](#)

H.J. de Kluiver, 'Onderneming en duurzaamheid. Over ondernemen, mensenrechten, milieu en klimaat mede in Europees perspectief', *WPNR* 7407, p. 311 en 312.

[\[10\]](#)

De eisen uit de CSRD zullen gefaseerd van toepassing worden, afhankelijk van het type onderneming.

[\[11\]](#)

Richtlijn (EU) 2022/2464 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 537/2014, Richtlijn 2004/109/EG, Richtlijn 2006/43/EG en Richtlijn 2013/34/EU, met betrekking tot duurzaamheidsrapportering door ondernemingen (CSRD).

[\[12\]](#)

Een greep uit de literatuur over de CSRD: L.J.M. Baks e.a., 'Reuzenstappen op het terrein van duurzaamheidsverslaggeving: de Europese CSRD en oprichting van de ISSB', *Ondernemingsrecht* 2022/36; L.K. van Dijk & J.B.S. Hijink, 'Finalisering van de Europese CSRD: een mijlpaal voor duurzaamheidsverslaggeving met grote impact op het ondernemingsrecht vanaf 2025', *Ondernemingsrecht* 2022/87; E.V.A. Eijkelenboom, 'European Sustainability Reporting Standards – Een overzicht van Europese duurzaamheidsrapportageverplichtingen', *TvOB* 2022/5.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.2.2

I.1.2.2 Wetsvoorstel Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

De turboliquidatie is in deze kroniek al jaren een veelbesproken onderwerp. Het gaat daarbij om een ontbinding van een vennootschap zonder vereffening. De turboliquidatie is gebaseerd op de bepaling dat indien de rechtspersoon op het tijdstip van zijn ontbinding geen baten meer heeft, hij alsdan ophoudt te bestaan (art. 2:19 lid 4 BW). Hoewel de bepaling bestuurders veel ruimte en flexibiliteit biedt om een rechtspersoon zonder baten relatief eenvoudig en snel te beëindigen,

bestaan er ook zorgen over misbruik. De ‘automatische beëindiging’ stelt malafide bestuurders namelijk in staat om toe te werken naar een situatie waarin baten ontbreken op het moment van ontbinding om te bewerkstelligen dat de rechtspersoon ophoudt te bestaan zonder verantwoording te hoeven afleggen. De bestuurders kunnen de activiteiten vervolgens ongehinderd voortzetten in een nieuwe rechtspersoon, terwijl schuldeisers worden geconfronteerd met een schuldenaar die niet meer bestaat.^[1] De Minister voor Rechtsbescherming achtte (mede om deze reden) al langere tijd gewenst dat de regeling zou worden verbeterd. Deze verbetering heeft urgentie gekregen door een verwachte toename van het gebruik van de regeling op korte termijn. Volgens de MvT bij het wetsvoorstel zijn er ‘signalen’ dat een aanzienlijk aantal ondernemers, mede als gevolg van de economische gevolgen van de COVID-19-uitbraak, (alsnog) gebruik zal maken van deze beëindigingswijze.^[2] Om deze reden is op 7 juli 2022 het wetsvoorstel Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie ingediend bij de Tweede Kamer. De Eerste Kamer heeft het wetsvoorstel op 14 maart 2023 aangenomen. Het wetsvoorstel zal naar verwachting op 1 juli 2023 in werking treden.

Het wetsvoorstel probeert met name de (informatie)positie van schuldeisers te verbeteren, zodat misbruik beter kan worden tegengegaan. In dat kader bevat het wetsvoorstel een verplichting voor het bestuur om als de rechtspersoon door turboliquidatie ophoudt te bestaan, een aantal stukken openbaar te maken door deze te deponeren bij de registers waar de rechtspersoon is ingeschreven (de ‘verantwoordingsplicht’).^[3] Dit betreft stukken waarin het bestuur financiële verantwoording aflegt en de oorzaak zal moeten beschrijven van het ontbreken van baten op het tijdstip van ontbinding en, indien aan de orde, de redenen waarom een schuldeiser geheel of gedeeltelijk onbetaald is gebleven. Vervolgens dient het bestuur van de deponering onverwijld mededeling te doen aan de schuldeisers. Als er gronden zijn om te veronderstellen dat de verantwoordingsverplichting niet is nageleefd, kunnen schuldeisers met machtiging van de kantonrechter inzage krijgen in de administratie van de ontbonden rechtspersoon. In het geval waarbij schulden achterblijven, maakt dit wetsvoorstel het mogelijk om bestuurders langs civielrechtelijke weg een bestuursverbod op te leggen. De naleving van de verantwoordingsplicht wordt bovendien versterkt door niet-naleving van voornoemde verantwoordingsplicht strafbaar te stellen in de Wet op de economische delicten.

Hoewel er in de literatuur kritische kanttekeningen worden geplaatst bij het wetsvoorstel,^[4] denken wij dat hiermee in ieder geval een stap in de goede richting wordt gezet voor een betere bescherming van schuldeisers. Jammer genoeg gelden de maatregelen uit het wetsvoorstel in beginsel slechts voor een periode van twee jaar. De effectiviteit van de maatregelen zal echter gemonitord worden. Mocht het wenselijk blijken om de maatregelen structureel in te voeren, dan kan de toepasselijkheid van de maatregelen bij koninklijk besluit worden verlengd.^[5]

Voetnoten

[\[1\]](#)

Kamerstukken II 2021/22, 36172, nr. 3 (MvT), p. 1.

[\[2\]](#)

Kamerstukken II 2021/22, 36172, nr. 3 (MvT), p. 2 en 3.

[\[3\]](#)

Het voorgestelde art. 2:19b BW.

[\[4\]](#)

S. Rensen, ‘De Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie: een doekje voor het bloeden’, *MvO* 2022, afl. 11, p. 339-346.

[\[5\]](#)

De reden hiervan is gelegen in het feit dat het wetsvoorstel budget-technisch is gekoppeld aan de COVID-19-pandemie. Het bijzondere budget is beschikbaar voor twee jaar. Vgl. *Kamerstukken II* 2021/22, 36172, nr. 3 (MvT), p. 3.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.2.3

I.1.2.3 De civielrechtelijke bevoegdheden van het OM en het civielrechtelijk bestuursverbod

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Dit kroniekjaar is ook het jaar waarin het Openbaar Ministerie (‘OM’) actief gebruik heeft gemaakt van haar civielrechtelijke juridische bevoegdheden. De civielrechtelijke acties tegen Stichting Hulptroepen Alliantie (Sywert van Lienden), Stichting Viruswaarheid (Willem Engel) en ICT-bedrijf Centric (Gerard Sanderink) hebben volop het nieuws gehaald.^[1]

Voor deze kroniek wijzen wij met name op de door het OM tegen (de bestuurders van) Stichting Hulptroepen Alliantie (‘SHA’) aangespannen procedure bij de Rechtbank Amsterdam.^[2] Sywert van Lienden en zijn compagnons bleken

miljoenen te hebben verdiend aan de verkoop van mondkapjes aan de Nederlandse overheid, terwijl zij deden voorkomen dat zij zich belangeloos inzetten namens SHA. De rechtbank wijst het verzoek van het OM tot ontslag van Van Lienden e.a. toe, omdat zij met deze 'Mondkapjesdeal' in strijd hebben gehandeld met de statuten van SHA. Bovendien is SHA gebaat bij een onafhankelijk civielrechtelijk en strafrechtelijk onderzoek, zonder de betrokkenheid van Van Lienden e.a. Op grond van art. 2:298 lid 3 BW brengt het ontslag van een bestuurder of commissaris door de rechtbank van rechtswege een bestuursverbod van vijf jaar met zich, tenzij de bestuurder mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. De rechtbank overweegt dat deze disculpatiegrond zich niet voordoet en legt Van Lienden en zijn medebestuurders ook een civielrechtelijk bestuursverbod op. Het is hen voor een periode van vijf jaren verboden om nog bestuurder en/of commissaris van een rechtspersoon of meerdere rechtspersonen te zijn.

Hoewel curatoren nog in redelijk beperkte mate gebruik lijken te maken van het civielrechtelijk bestuursverbod,^[3] verwachten wij dat de rol van het OM verder gaat toenemen.^[4] Met ingang van 1 januari 2022 is het civielrechtelijk bestuursverbod verder uitgebreid met de Wet verruiming mogelijkheden tot het verbieden van rechtspersonen. Deze wet voegt in art. 2:20 en 2:20a BW (nieuw) de mogelijkheden toe om te komen tot een verbod op radicale organisaties die tot doel hebben om de democratische rechtsstaat omver te werpen of af te schaffen. De wet biedt de mogelijkheid radicale of extremistische organisaties waarvan het doel of de activiteiten in strijd zijn met de openbare orde aan te pakken. Voor het OM wordt de bewijslast verlicht om (i) rechtspersonen die de samenleving ontwrichten, te verbieden en te ontbinden en (ii) aan te tonen dat een organisatie aanzet tot haat en geweld of een bedreiging vormt voor de nationale veiligheid. Daarnaast kan op grond van deze wet leidinggevenden een bestuursverbod van drie jaar of meer worden opgelegd wanneer een rechtspersoon verboden wordt verklaard.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Bij Stichting Viruswaarheid ging het om een civielrechtelijk onderzoek van het OM (inmiddels beëindigd); bij Centric heeft het OM de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van verschillende Centric-vennootschappen en (onder andere) Sanderink te schorsen als bestuurder van Centric Holding B.V.

[\[2\]](#)

Rb. Amsterdam 28 april 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2315.

[\[3\]](#)

Zie dit kroniekjaar bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6971; Rb. Gelderland 12 oktober 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5993.

[\[4\]](#)

Zie bijvoorbeeld ook het interview met twee officieren van justitie in 'Opportuun', het tijdschrift van het Openbaar Ministerie: P. Vermaas, 'Het OM in civiele procedures. "Het maakte diepe indruk"', *Opportuun* 6 december 2022.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.3

I.1.3 Interne aansprakelijkheid – art. 2:9 BW

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

I.1.3.1 Inleiding I.1.3.2 Art. 2:9 BW: vordering van de rechtspersoon I.1.3.3 Onderscheid tussen art. 2:9 BW en art. 2:248 BW I.1.3.4 Collectieve aansprakelijkheid en disculpatie I.1.3.5 Décharge I.1.3.6 Verjaring I.1.3.7 Onbehoorlijk bestuur en de rol van adviseurs I.1.3.8 Onbehoorlijk bestuur: kartelschade

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.3.1

I.1.3.1 Inleiding

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

De belangrijkste wettelijke norm waarop de interne aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen kan worden gebaseerd, is opgenomen in art. 2:9 lid 2 BW. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Een bestuurder die zijn taak niet behoorlijk vervult, is (hoofdelijk) aansprakelijk tegenover de vennootschap, tenzij hij kan aantonen dat hem geen 'ernstig verwijt' kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

Ook dit jaar zijn er verschillende situaties naar voren gekomen waarin sprake is geweest van onbehoorlijk besturen waarvan

de bestuurder(s) een ernstig verwijt valt te maken. Te denken valt aan het vervreemden van alle activa van een vennootschap zonder overleg met de aandeelhouder,^[1] het maken van verboden kartelafspraken^[2] of het niet voeren van een deugdelijke administratie en het niet naleven van de fiscale wet- en regelgeving.^[3]

Wij beperken ons in dit hoofdstuk tot bespreking van een aantal voor art. 2:9 BW relevante of soms meer illustratieve uitspraken.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Hof Den Haag 30 augustus 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1562.

[\[2\]](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:10497.

[\[3\]](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3006; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 oktober 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:9111.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.3.2

I.1.3.2 Art. 2:9 BW: vordering van de rechtspersoon

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Art. 2:9 BW kan alleen worden ingeroepen door de rechtspersoon (of de curator namens de rechtspersoon). In een procedure bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden probeert een aandeelhouder hier toch via een creatieve constructie een beroep op te doen. De aandeelhouder heeft alle aandelen in twee vennootschappen gekocht en geleverd gekregen van drie verkopers. De aandeelhouder stelt dat een aantal van de garanties uit de koopovereenkomst zijn geschonden en vordert schadevergoeding van de verkopers. De aandeelhouder vordert diezelfde schadevergoeding ook van de voormalig (middellijk) bestuurders van de vennootschappen (waarvan een aantal tevens verkoper zijn) op grond van door de vennootschappen aan hem gecedeerde vorderingen uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:9 BW in verbinding met art. 2:11 BW). Ter onderbouwing van deze aan hem gecedeerde vorderingen stelt de aandeelhouder dat sprake is geweest van misleiding met betrekking tot de omzet en dat het bestuur ten onrechte tot een dividenduitkering is overgegaan. Dit zou hebben geleid tot schendingen van de garanties uit de koopovereenkomst. Vermoedelijk wil de aandeelhouder hiermee betogen dat de bestuurders hun taak onbehoorlijk hebben vervuld en dat hen hiervan een ernstig verwijt valt te maken. Het hof kan de aandeelhouder hier echter niet in volgen en bekrachtigt het vonnis van de Rechtbank Overijssel. De verweten gedragingen hebben immers betrekking op de verhouding koper-verkoper van de aandelen. Het hof voegt hier voor de volledigheid nog aan toe: *“Als de verkoper van de aandelen, die tevens bestuurder is, niet voldoet aan de bepalingen van de koopovereenkomst, raakt dit niet [aan zijn] interne rol van bestuurder van de vennootschap, maar is mogelijk sprake van een externe aansprakelijkheid. Ter onderbouwing van aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW (en 2:11 BW) kan dit niet dienen.”*^[1]

Voetnoten

[\[1\]](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden 11 januari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:162, r.o. 5.10.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.3.3

I.1.3.3 Onderscheid tussen art. 2:9 BW en art. 2:248 BW

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Een bestuurder is op grond van art. 2:9 BW slechts aansprakelijk tegenover de rechtspersoon als hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De ernstig verwijt-maatstaf van art. 2:9 lid 2 BW is inmiddels ook aanvaard voor externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW, maar vooralsnog niet voor de externe aansprakelijkheid op grond van art. 2:248 lid 1 BW. Voor de bestuurdersaansprakelijkheid in de zin van art. 2:248 lid 1 BW is het criterium of de redelijk denkende bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben, zo volgt uit het *Panmo*-arrest.^[1] Bij art. 2:9 BW staat de vraag centraal of de bestuurder heeft gehandeld zoals mag worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Of sprake is van een ernstig verwijt, dient te worden beoordeeld aan

de hand van de omstandigheden van het geval.^[2] Handelingen in strijd met wettelijke, statutaire of andere regels die de rechtspersoon beogen te beschermen zullen in beginsel tot aansprakelijkheid leiden.^[3]

In de literatuur bestaat discussie over de vraag in hoeverre de ernstig verwijt-maatstaf uit art. 2:9 lid 2 BW nu wezenlijk verschilt van de maatstaf van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van art. 2:248 lid 1 BW. A-G Timmerman concludeerde in zijn conclusie bij het *Geocopter*-arrest dat deze maatstaven niet wezenlijk van elkaar verschillen, maar vond het wel verstandig om vast te houden aan beide formuleringen.^[4] Het onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:9 BW resp. 2:248 BW hoeft volgens Timmerman namelijk niet noodzakelijkerwijs steeds samen te vallen. Hoewel wij over het algemeen groot voorstander zijn van een pragmatische benadering, zijn wij het op dit punt met Timmerman eens. De (juridische) context en systematiek waarin art. 2:248 BW moet worden toegepast, verschilt wezenlijk van die van 2:9 BW. Wij hebben dit kroniekjaar herhaaldelijk voorbij zien komen dat partijen (of rechters) onzorgvuldig omgaan met dit onderscheid, met een afwijzing van de vorderingen tot gevolg. Zo overweegt de Rechtbank Rotterdam dat de in art. 2:9 BW en art. 2:248 BW beoogde gedragsnormen en regels om schending van die gedragsnormen te toetsen niet van elkaar verschillen. Dit brengt volgens de rechtbank met zich mee dat *“als er geen kennelijk onbehoorlijk bestuur is in de zin van artikel 2:248 BW, er ook geen ernstig verwijtbare onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:9 BW is.”*^[5] Dit standpunt lijkt ons wel heel kort door de bocht en miskent naar onze mening de verschillende contexten en maatstaven van beide grondslagen.

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden is op dit punt minder stellig, maar lijkt beide maatstaven wel door elkaar te gebruiken.^[6] In deze zaak zijn de bestuurders van de failliete thuiszorgorganisatie Solace door de curator op grond van art. 2:248 BW en art. 2:9 BW aangesproken voor het boedelttekort van Solace. De Rechtbank Overijssel wijst de vorderingen van de curator af, omdat de bestuurders met succes hebben aangevoerd dat de invoering en (bezuinigings)gevolgen van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 een belangrijke oorzaak van het faillissement van Solace was. In hoger beroep verzoekt de curator het hof om eerst zijn vordering op grond van art. 2:9 BW te beoordelen en daarna pas de vordering op grond van art. 2:248 BW. Het hof gaat hier in mee, maar toetst de aansprakelijkheid van de bestuurders op grond van art. 2:9 BW aan de hand van de maatstaf van art. 2:248 BW. Onder verwijzing naar de *Panmo*- en *Geocopter*-arresten van de Hoge Raad overweegt het hof dat *“van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling slechts [kan] worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden op dezelfde wijze gehandeld zou hebben.”*^[7] Het hof laat in het midden of hier sprake van is, omdat de curator enkel betaling van (een voorschot op) het tekort in het faillissement heeft gevorderd. Dit is uiteraard niet voldoende: bij een vordering op grond van art. 2:9 BW gaat het om de daadwerkelijk geleden schade.^[8] Het hof wijst de vordering op grond van art. 2:9 BW dan ook af. Anders dan de rechtbank wijst het hof de vorderingen op grond van art. 2:248 BW wel toe. Volgens het hof hadden de bestuurders onvoldoende inzicht in de financiële stand van zaken van Solace en is dit aldus een belangrijke oorzaak geweest van het faillissement op grond van art. 2:248 lid 1 BW.^[9]

Dat de schade die op grond van art. 2:9 BW en het boedelttekort ex art. 2:248 BW kan worden gevorderd niet per definitie aan elkaar gelijk zijn, ondervond ook de curator van Stichting Voetbal Promotie Achterberg (de ‘Stichting’) en Voetbal Vereniging Achterberg 1971 (‘VVA’).^[10] De curator betoogde met succes dat de bestuurder zijn bestuurstaak onbehoorlijk heeft vervuld, omdat hij ‘zwarte’ betalingen heeft gedaan en de administratie van de Stichting en VVA niet op de juiste wijze heeft gevoerd, met schending van de fiscale regels en belastingontduiking tot gevolg. De curator kon alleen niet onderbouwen waarom deze vorm van onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur in causaal verband stond tot het gevorderde faillissementstekort. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden houdt de bestuurder dan ook enkel aansprakelijk voor het ontstaan van de naheffingsaanslagen waarvan de curator het causaal verband wel heeft weten te onderbouwen.^[11]

Voetnoten

[1]

HR 9 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053 (*Panmo*).

[2]

HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243 (*Staleman/Van de Ven*).

[3]

HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011 (*Berghuizer Papierfabriek*).

[4]

Concl. A-G Timmerman van 20 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1139 bij HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370 (*Geocopter*), ov. 3.4.

[5]

Rb. Rotterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6628, r.o. 5.5.

[6]

Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6167.

[7]

[8]

HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3654. Vgl. ook: Rb. Midden-Nederland 16 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1182, Rb. Rotterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6628 en Hof 's-Hertogenbosch van 28 juni 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2099.

[9]

Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6167, r.o. 3.10 en 3.19.

[10]

Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3006.

[11]

Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3006, r.o. 3.37 e.v.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.3.4

1.1.3.4 Collectieve aansprakelijkheid en disculpatie

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Bij een meerhoofdig bestuur is het uitgangspunt van art. 2:9 BW dat bestuurders collectief verantwoordelijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur behoudens de mogelijkheid van de disculpatie. De gedachte daarachter is dat de hoofdlijnen van het bestuursbeleid steeds moeten berusten op beslissingen van het gehele bestuur.^[1] Vanwege dit uitgangspunt van collegialiteit zullen bestuurders (en/of de rechtspersoon) niet snel overgaan tot het instellen van een rechtsvordering tegen hun zittende medebestuurders.^[2] Toch zag de (indirecte) bestuurder van de vastgoedonderneming Grand Relocation zich geconfronteerd met een dergelijke vordering.^[3] De bestuurder had een bemiddelingsprovisie geïncasseerd die eigenlijk aan Grand Relocation moest toekomen. De andere bestuurder en Grand Relocation spreken hem aan en stellen dat de provisie toekomt aan de gezamenlijke onderneming. De Rechtbank Amsterdam komt wegens een vertegenwoordigingsgebrek niet toe aan een inhoudelijke beoordeling van de vordering van Grand Relocation. De vordering van de bestuurder wijst zij op inhoudelijke gronden af. Het Gerechtshof Amsterdam komt tot andere beslissingen. Grand Relocation is ontvankelijk en de aangesproken bestuurder aansprakelijk. Het hof voegt hier ten overvloede aan toe dat – ook als wel sprake zou zijn van een gezamenlijke vertegenwoordigingsbevoegdheid – de aangesproken bestuurder hier geen beroep op kan doen. Dat zou naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn: een bestuurder zal immers nooit instemmen met een procedure tegen zichzelf.

Als een bestuurder op grond van art. 2:9 BW (mede-)aansprakelijk wordt gehouden, kan hij een beroep doen op de mogelijkheid van disculpatie. De desbetreffende bestuurder moet dan kunnen aantonen dat hem geen 'ernstig verwijt' kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Dit zijn twee cumulatieve vereisten. Een bestuurder kan zich ter disculpatie niet zonder meer op een bij of krachtens de wet of de statuten vastgelegde taakverdeling beroepen, of stellen dat hij '*nooit enige bestuurstaak heeft uitgevoerd*'.^[4] Uitgangspunt is nu eenmaal dat het algemene beleid van de vennootschap, waartoe met name ook het financiële beleid behoort, een zaak is van het gehele bestuur.^[5] De bestuurder uit de hiervoor besproken zaak van Stichting Voetbal Promotie Achterberg en Voetbal Vereniging Achterberg 1971 kon zich dus niet disculperen met het argument dat niet hij, maar de penningmeester verantwoordelijk was voor de financiën, het betalingsverkeer en de administratie.^[6] Ook het beroep van de bestuurder van Stichting Agnie, die haar taken als penningmeester volledig had overgelaten aan de oprichter van de stichting, werd niet gehonoreerd.^[7] Het feit dat zij zich nimmer bezig heeft gehouden met administratieve taken, zoals het openen van bankafschriften, verwerken van bonnen en opmaken van facturen en jaarverslagen, hielp haar niet.^[8] Van een bestuurder mag immers worden verwacht dat hij (of in dit geval: zij) op zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.^[9] Mist hij het inzicht of de bekwaamheid die van iemand in zijn positie mag worden verwacht, dan kan hij zich ter disculpatie daar niet op beroepen. Op de voet hiervan kon de bestuurder van Stichting Agnie zich er evenmin op beroepen dat zij haar taak als penningmeester overliet aan andere bestuurders zonder daarop enige controle uit te oefenen, zoals het bekijken van de bankafschriften (die aan haar woonadres waren geadresseerd). Daarvan was niet gebleken, wat volgens het Gerechtshof Den Haag betekent dat de bestuurder ook nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden.^[10]

Voetnoten

[1]

Asser/Kroeze 2-I 2021/194. Voor de NV en BV: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/203, 445.

[2]

Zie in dit kader ook de verjaringsregeling uit art. 3:321 lid 1, aanhef en onder d BW, waarover de Hoge Raad in het arrest van 11 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1413 opmerkte dat deze “*onder meer samen[hangt] met de collegiale verhoudingen binnen het bestuur, die het treffen van rechtsmaatregelen tegen een collega-bestuurder kunnen bemoeilijken.*”

[3]

Hof Amsterdam 1 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:244.

[4]

Rb. Midden-Nederland 16 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1182, r.o. 3.18.

[5]

Zie in dit kader: Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3006, r.o. 3.32.

[6]

Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3006.

[7]

Hof Den Haag 2 augustus 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1377.

[8]

Hof Den Haag 2 augustus 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1377, r.o. 5.14 en 5.15.

[9]

HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243.

[10]

Hof Den Haag 2 augustus 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1377, r.o. 5.15.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.3.5

I.1.3.5 Décharge

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Bestuurders die op grond van art. 2:9 BW aansprakelijk worden gesteld door de rechtspersoon, voeren geregeld aan dat hen décharge is verleend voor het door hen gevoerde bestuur. De redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW kunnen echter aan een geslaagd beroep op décharge in de weg staan. Deze situatie deed zich voor in een procedure tegen de (voormalig) bestuurder, tevens aandeelhouder, van het Megahome-concern.^[1] De curator van het Megahome-concern heeft de bestuurder aansprakelijk gehouden vanwege paulianeuze dan wel onrechtmatige rechtshandelingen en onbehoorlijke taakvervulling. De bestuurder verweert zich door onder andere te wijzen op de décharge die hem is verleend voor het door hem gevoerde bestuur. De Rechtbank Overijssel onderkent dat het besluit om een bestuurder te déchargeren voor handelingen waarbij aan de vennootschap door opzettelijk of onzorgvuldig handelen nadeel is toegebracht in beginsel geldig is, mits het déchargerende orgaan volledig bekend was met dat handelen.^[2] Dit neemt niet weg dat een dergelijk tussen de rechtspersoon en de bestuurder geldend déchargebesluit, niet van toepassing kan zijn voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (ex art. 2:8 lid 2 BW). Daarvan is naar het oordeel van de rechtbank sprake, nu de bestuurder als enig bestuurder en aandeelhouder volledig op de hoogte was van zijn onrechtmatig handelen en het nadeel dat hij daarmee zou berokkenen aan zowel de Megahome vennootschappen als aan hun schuldeisers. Het zou volgens de rechtbank naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn als de bestuurder aansprakelijkheid voor zijn eigen onrechtmatig handelen bij voorbaat zou kunnen ontlopen door een beroep te doen op een feitelijk aan zichzelf verleende kwijting.^[3] De rechtbank voegt hier aan toe: “*Daarbij heeft [de bestuurder] het vennootschappelijk belang verwaarloosd ten gunste van zijn persoonlijk belang. [De bestuurder] heeft met zijn handelen namelijk (ook) schade bij schuldeisers van de vennootschap veroorzaakt, zodat het vennootschappelijk belang niet enkel wordt bepaald door de (daarmee mogelijk te vereenzelvigen) belangen van [de bestuurder] als bestuurder, maar mede door de belangen van de getroffen schuldeisers.*” De rechtbank komt daarmee tot de conclusie dat de bestuurder geen beroep toekomt op de déchargebesluiten ter afweer van de aanspraken door de curator op grond van art. 2:9 c.q. 6:162 BW.

Hoewel het ons hier niet onlogisch voorkomt dat de rechtbank het beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid honoreert, hebben wij moeite om deze ietwat cryptische redenering van de rechtbank te volgen. De rechtbank lijkt de omstandigheid dat de bestuurder de décharge(s) feitelijk aan zichzelf heeft verleend eigenlijk al voldoende te vinden voor een beroep op art. 2:8 lid 2 BW. In het arrest *Ellem/De Bruin* heeft de Hoge Raad echter uitgemaakt dat deze omstandigheid niet aan rechtsgeldige décharge in de weg staat, zelfs niet als met de handelingen opzettelijk of onzorgvuldig nadeel aan de vennootschap is toegebracht. Het verschil met *Ellem/De Bruin* lijkt te zijn dat in de Megahome-situatie ook schade is geleden door derden. In zijn annotatie bij het arrest merkte Maeijer indertijd al op dat niet uitgesloten moet zijn dat

de gedéchargeerde bestuurder zich in die situatie niet op de décharge kan beroepen.^[1] Vermoedelijk is dit de reden dat de rechtbank het beroep op art. 2:8 lid 2 BW plaatst in de sleutel van de belangen van getroffen schuldeisers die (binnen de band van het vennootschappelijk belang, zoals de rechtbank terecht opmerkt) door het handelen van de bestuurder zijn geraakt. Als dat inderdaad de bedoeling is geweest, had de rechtbank wellicht ook kunnen volstaan met een eenvoudigere redenering.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Rb. Overijssel 23 maart 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:775(*Megahome*).

[\[2\]](#)

HR 20 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0915(*Ellem/De Bruin*).

[\[3\]](#)

Rb. Overijssel 23 maart 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:775(*Megahome*), r.o. 5.34-5.36.

[\[4\]](#)

Zie zijn noot onder HR 20 oktober 1989, *NJ* 1990, 308 (*Ellem/De Bruijn*).

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.3.6

I.1.3.6 Verjaring

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

De vordering ex art. 2:9 BW verjaart op grond van art. 3:310 BW door verloop van vijf jaar nadat de benadeelde rechtspersoon zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Indien die verjaringstermijn zou aflopen terwijl de bestuurder nog in functie is, loopt de verjaringstermijn op grond van art. 3:320 jo. 3:321 lid 1 sub d BW door totdat zes maanden zijn verstreken na het defungeren van de bestuurder. De verjaringstermijn voor een vordering op grond van art. 2:248 BW gaat pas lopen op de dag, volgende op die waarop de curator zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Deze verschillende regelingen kunnen ertoe leiden dat voor verschillende bestuurders en voor verschillende feiten een andere verjaringstermijn geldt of kan gelden.

In een door de Rechtbank Overijssel behandelde zaak had de curator deze termijnen onvoldoende scherp voor ogen, waardoor de vorderingen op grond van art. 2:9 BW waren verjaard.^[1] De stellingen van de curator dat toepassing van de hoofdregel van art. 3:310 BW tot een onrechtvaardige uitkomst zou leiden en dat de kennis van de bestuurder niet kan worden toegerekend aan de vennootschap, kunnen hem niet baten. De rechtbank erkent dat op het uitgangspunt dat wetenschap van de bestuurder moet worden toegerekend aan de vennootschap uitzonderingen mogelijk zijn, maar meent dat deze situatie zich hier niet voordoet.^[2] Dat het onrealistisch zou zijn om te veronderstellen dat het bestuur de rechtspersoon enige actie tegen haarzelf laat instellen, maakt dat volgens de rechtbank niet anders.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Rb. Overijssel 16 februari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:541.

[\[2\]](#)

Rb. Overijssel 16 februari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:541, r.o. 6.15 onder verwijzing naar HR 11 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1413.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.3.7

I.1.3.7 Onbehoorlijk bestuur en de rol van adviseurs

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Een tweetal uitspraken is noemenswaardig vanwege de rol van adviseurs in bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures.

Feitenonderzoek door (eigen) advocaat

De eerste zaak draait (onder andere) om de vraag in hoeverre de vennootschap haar stellingen kan onderbouwen met een feitenonderzoek verricht door haar eigen advocaat. In de zomer van 2018 is metaalbedrijf Jewometaal slachtoffer geworden

van zogenoemde CEO-fraude.^[1] Een crimineel die zich voordeed als de CEO van het Duitse moederbedrijf van Jewometaal had een administratief medewerker via (nep-)e-mails en telefoongesprekken herhaaldelijk onder druk gezet om bepaalde betalingen uit te voeren. In een periode van krap twee weken tijd, boekte de medewerker voor meer dan 11 miljoen euro over naar de bankrekening van de fraudeurs. Na ontdekking van de fraude werden de medewerker en twee bestuurders van de vennootschap ontslagen. De bestuurders werd daarnaast verweten ernstig verwijtbaar te hebben gehandeld, door de instructies van de aandeelhouder omtrent betaalprocessen en inrichting van het CRM-systeem niet te hebben opgevolgd. Jewometaal baseerde zich daarbij grotendeels op een onderzoeksrapport dat het door haar ingeschakelde advocatenkantoor had opgesteld.

De Rechtbank Gelderland kent aan het onderzoeksrapport echter '*nauwelijks betekenis*' toe. Volgens de rechtbank heeft Jewometaal het advocatenkantoor niet alleen opdracht gegeven tot het doen van feitenonderzoek naar de CEO-fraude, maar ook gevraagd te adviseren over onder meer het opleggen van sancties en het verhalen van de schade, waarbij specifiek is verzocht te reflecteren op de handelswijze van onder meer de bestuurders in relatie tot de fraudeurs. Het onderzoeksrapport was daarmee het resultaat van een gerichte opdracht tot het vaststellen van aansprakelijkheid van de bestuurders. Dit, in combinatie met selectief citeren, het weglaten van ontlastende verklaringen en het feit dat geen hoor en wederhoor zou zijn toegepast, maakt dat de rechtbank het gehele rapport terzijde schuift.^[2] De vorderingen tegen de bestuurders wijst de rechtbank af.

Beroep op advisering door advocaat

Een hele andere situatie deed zich voor in een arrest van het Gerechtshof Den Haag.^[3] De bestuurders van schoonmaakbedrijf NoordWest hebben kort voor het faillissement van NoordWest de orderportefeuille overgedragen, zonder daarvoor feitelijk een koopsom te ontvangen. Zij zijn bij de uitvoering van deze (paulianeuze) transactie geadviseerd door een advocaat. Volgens de bestuurders kan hen daarom geen ernstig verwijt worden gemaakt. Het hof overweegt dat bestuurders die zich laten adviseren door daartoe ingeschakelde (deskundige) derden, in beginsel ook mogen vertrouwen op een advies dat aan hen door deze deskundige derden is verstrekt. Dit behoudens de situatie dat de bestuurders aan de zorgvuldige taakvervulling van de door hen ingeschakelde (deskundige) derden hebben moeten twifelen. Anders dan de Rechtbank Den Haag komt het hof tot het oordeel dat het advies van de advocaat de bestuurders in dit geval echter niet ontslaat van aansprakelijkheid, omdat de advocaat de bestuurders heeft gewezen op het risico dat de transactie paulianeus kon zijn. De bestuurders hebben dit risico bewust genomen. Tegen deze achtergrond valt de bestuurders een ernstig verwijt te maken van hun onbehoorlijke taakvervulling.^[4]

Voetnoten

[\[1\]](#)

Rb. Gelderland 16 februari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:630.

[\[2\]](#)

Rb. Gelderland 16 februari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:630, r.o. 4.9 en 4.10.

[\[3\]](#)

Hof Den Haag 1 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:866.

[\[4\]](#)

Hof Den Haag 1 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:866, r.o. 6.7.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.3.8

I.1.3.8 Onbehoorlijk bestuur: kartelschade

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

In de kroniek van 2020 is een vonnis behandeld van de Rechtbank Noord-Nederland waarin de voormalig bestuurder van het Heiploeg-concern op grond van art. 2:9 BW aansprakelijk werd gehouden voor de schade van enkele (gefaillieerde) Heiploeg-vennootschappen als gevolg van een door de Europese Commissie opgelegde boete vanwege een kartelinbreuk.^[1] Dit kroniekjaar heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in diezelfde zaak arrest gewezen.

Heiploeg is een van de grootste handelaren in Noordzee-garnalen. De bestuurder van het concern – in de media aangeduid als de 'Godfather van de garnalenhandel' – voerde in de periode 1996 tot en met 2004 het bewind over de groep. Volgens de curatoren heeft de bestuurder in zijn hoedanigheid van bestuurder van Heiploeg Beheer en dochtervennootschap Heiploeg tussen 2000 en 2004 mededingingsbeperkende prijsafspraken gemaakt die hebben geleid tot de oplegging van een kartelboete door de Europese Commissie van ca. 27 miljoen euro. In eerste aanleg is de bestuurder veroordeeld tot

betaling van een bedrag van ca. 13 miljoen euro. In hoger beroep vorderen de curatoren vrijwel het volledige boetebedrag. De bestuurder werpt vervolgens verschillende verweren op, die onder andere zien op de vraag (1) of de normschending van art. 2:9 BW wel ziet op kartelafspraken die bestuurders hebben gemaakt en (2) of de Europese regelgeving toelaat dat vennootschappen de schade die zij door dergelijke afspraken lijden op bestuurders afwentelen. Het hof beantwoordt deze vragen bevestigend: “het hof ziet niet in waarom de curator geen regresvordering zou kunnen instellen, feitelijk ten behoeve van schuldeisers van de onderneming die niet bij de kartelafspraken betrokken zijn geweest en ten laste van bestuurders voor wie dat wel geldt, laat staan dat het instellen van een dergelijke vordering het nuttig effect van artikel 101 VWEU zou ondermijnen.”^[2] Het hof gaat ook niet mee in het betoog van de bestuurder dat de kartelboete niet als schade kan worden gevorderd. De onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder bestaat uit het handelen in strijd met het mededingingsrecht. De schade bestaat volgens het hof uit de toename van het passief van de vennootschap als gevolg van de boete. Hieraan doet niet af dat deze boete niet betaald wordt of dat het faillissement intreedt. Dat geldt ook nadat de schade op de bestuurder is verhaald en vervolgens geen (volledige) uitkering op de concurrente boetevordering plaatsvindt. Het hof houdt het arrest van de rechtbank dan ook grotendeels in stand en veroordeelt de bestuurder tot betaling van een bedrag van ruim 13 miljoen euro aan de curatoren vanwege onbehoorlijk bestuur.^[3]

Wij kunnen het hof in deze specifieke omstandigheden wel volgen. Het uitgangspunt is dat het bestuur zich aan de wet dient te houden. Een bestuurder die het voortouw neemt in het opzetten van een kartel en daarmee bewust de wet overtreedt, handelt ernstig verwijtbaar en is in beginsel verplicht om de schade van de vennootschap te vergoeden. Op dit uitgangspunt bestaan uitzonderingen.^[4] Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat de overtreden wettelijke norm eraan in de weg staat dat (een deel van) de schade door de vennootschap wordt verhaald op de bestuurder. De bestuurder van het Heiploeg-concern had aangevoerd dat deze uitzondering zich hier voordeed. Hij beriep zich daarbij op een uitspraak van het Landgericht Saarbrücken, waarin was bepaald dat een opgelegde boete niet kan worden verhaald op de bestuurders die de verboden afspraken feitelijk hebben gemaakt, omdat dat zou indruisen tegen het doel en nuttig effect van art. 101 VWEU. Bij dit effectiviteitsbeginsel past het niet als de boete geheel of gedeeltelijk terecht zou komen bij een ander dan de vennootschap.^[5] Dit is overigens anders in het Nederlandse mededingingsrecht, waar het wel mogelijk is om feitelijk leidinggevendenden te beboeten voor hun betrokkenheid bij een kartelovertreiding (art. 56 Mededingingswet).

Het grote verschil met de Duitse situatie lijkt hier te zijn dat het Heiploeg-concern in staat van faillissement verkeerde. Zij was niet in staat om de boete geheel of in enig deel te betalen. Er was dus geen sprake van dat de vennootschap de boete wenste te verhalen of op anderen wilde afwentelen. De vordering van de vennootschap zou direct ten goede komen aan de schuldeisers van de vennootschap. Het hof oordeelt daarom dat het effectiviteitsbeginsel van art. 101 VWEU niet in de weg staat aan de door de curatoren ingestelde regresvordering. Er is in deze specifieke context immers geen sprake van enige materiële lastenverlichting van de boeteverplichting van de vennootschap. Het hof lijkt hiermee wel de deur te openen voor bestuurdersaansprakelijkheidsclaims na schending van mededingingsrechtelijke normen. Wij vragen ons af of dit een wenselijke ontwikkeling is. Het lijken ons bij uitstek kwesties waar de Hoge Raad of het Hof van Justitie zich over zou kunnen uitlaten.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Y. Borrius e.a., ‘Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2020’, in: J. van Bekkum e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021* (VDHI nr. 172), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 8 en 9 onder verwijzing naar Rb. Noord-Nederland 23 september 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3292.

[\[2\]](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:10497, r.o. 6.6.

[\[3\]](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:10497.

[\[4\]](#)

Vgl. J.S. Kortmann, ‘De bewuste wetsovertreding; geen “onbehoorlijk bestuur”?’, *Ondernemingsrecht* 2013/84.

[\[5\]](#)

Vgl. B.J. Drijber, ‘Doorwerking in interne bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:9 BW)’, in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze’s ‘bange bestuurders’* (Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017/II.7.7.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.4

I.1.4 Externe aansprakelijkheid – art. 6:162 BW

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

I.1.4.1 Inleiding

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Behalve tegenover de vennootschap kan een bestuurder aansprakelijk zijn tegenover derden op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). De Hoge Raad heeft de vereisten voor persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van art. 6:162 BW gespecificeerd in het arrest *Ontvanger/Roelofsen*. De Hoge Raad onderscheidt daarin twee type van gevallen waarin naast de vennootschap ook een bestuurder aansprakelijk kan zijn: de zogenoemde 'Beklamel-gevallen' en de gevallen van 'verhaalsfrustratie'.^[1] In beide gevalstypen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Uit het persoonlijke karakter van het ernstige verwijt, volgt dat voor het aannemen van aansprakelijkheid in beginsel voor iedere bestuurder afzonderlijk moet worden vastgesteld dat hij in zijn hoedanigheid onrechtmatig heeft gehandeld en dat dit handelen aan hem kan worden toegerekend.^[2]

Wij zullen in dit hoofdstuk de meest opvallende uitspraken bespreken die betrekking hebben op deze twee hoofdcategorieën. Vervolgens gaan wij in op de *Peeters/Gatzen*-vordering en andere onrechtmatige daad-situaties, zoals de Comsys-situatie, turboliquidatie en prospectusaansprakelijkheid.

Voetnoten

[\[1\]](#)

HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

[\[2\]](#)

HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, JOR 2018/234, m.nt. Kraaiapoel.

I.1.4.2 In hoedanigheid van bestuurder?

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van een bestuurder moet onderscheid worden gemaakt tussen het handelen van de bestuurder bij zijn taakvervulling als bestuurder en tussen zijn handelen in een andere hoedanigheid. In dat laatste geval kan hij op grond van de 'gewone regels' van onrechtmatige daad aansprakelijk worden gehouden. De ernstig verwijtmaatstaf is dan niet van toepassing.^[1]

Het komt met enige regelmaat voor dat niet duidelijk is in welke hoedanigheid de aangesproken persoon heeft gehandeld of welke maatstaf is toegepast. Op de valreep van dit kroniekjaar boog de Hoge Raad zich over de vraag of het Gerechtshof Den Haag een verrassingsbeslissing heeft genomen door te oordelen dat sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid.^[2] De zaak betreft een stukgelopen samenwerking tussen Small Bite en OCS. De afspraken daarvoor zijn vastgelegd in een samenwerkingsovereenkomst, die de bestuurder van Small Bite mede heeft getekend voor één (voor het geschil niet relevante) bepaling. Eind 2016 is de samenwerking geëindigd. In de procedure vordert OCS schadevergoeding van Small Bite en haar bestuurder wegens een tekortkoming in de nakoming van de samenwerkingsovereenkomst. De Rechtbank Den Haag wijst de vorderingen toe. In hoger beroep vernietigt het hof de uitspraak van de rechtbank voor zover is geoordeeld dat de bestuurder is tekortgeschoten in de nakoming van de samenwerkingsovereenkomst, omdat hij slechts voor één bepaling heeft meegetekend. Het hof acht de bestuurder wel aansprakelijk, maar dan op grond van onrechtmatige daad (in de vorm van externe bestuurdersaansprakelijkheid). Volgens het hof heeft Small Bite de samenwerking (verder) gefrustreerd doordat de bestuurder zich steeds beledigend, grof, lasterlijk en mede daardoor oncoöperatief heeft uitgelaten tegenover de (indirect) bestuurder van OCS en naar derden (zoals Follow the Money).^[3] Dit handelen heeft een onwerkbaar situatie gecreëerd, waardoor de samenwerking uiteindelijk is ontspoord. Hiermee heeft de bestuurder ernstig verwijtbaar gehandeld. Volgens het hof kan hij daarom persoonlijk (hoofdelijk naast Small Bite) aansprakelijk worden gehouden voor de schade die OCS heeft geleden als gevolg van de niet-nakoming door Small Bite van haar verplichtingen uit hoofde van de samenwerkingsovereenkomst.

In cassatie klaagt de bestuurder dat het hof een verrassingsbeslissing heeft genomen door zijn oordeel op bestuurdersaansprakelijkheid te baseren. De Hoge Raad wijst het cassatieberoep af. Door te oordelen dat de bestuurder ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, heeft het hof enkel invulling gegeven aan de voor bestuurdersaansprakelijkheid geldende norm. Ook faalt de klacht dat het hof de hoge drempel zou hebben miskend die geldt voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid, omdat het de aansprakelijkheid van de bestuurder uitsluitend grondt op de beledigende, grove en lasterlijke uitingen van de bestuurder. Volgens de Hoge Raad heeft het hof onderzocht of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt treft van het tekortschieten in de nakoming van de samenwerkingsovereenkomst door Small Bite. Deze oordelen van het hof geven geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn voldoende gemotiveerd. De Hoge Raad doet de rest van de klachten af op art. 81 RO en verwerpt het principale beroep.

Met dit oordeel wijkt de Hoge Raad af van de conclusie van A-G Hartlief, die concludeerde tot vernietiging en verwijzing.^[4] Hartlief meent dat het hof hetzij een ontoelaatbare verrassingsbeslissing heeft gegeven, hetzij een onjuiste maatstaf heeft aangelegd. Hartlief stelt vast dat het partijdebat niet op bestuurdersaansprakelijkheid zag, maar enkel op de vraag of Small Bite en de bestuurder toerekenbaar tekort zijn geschoten in de nakoming van de samenwerkingsovereenkomst. Het hof had daarom, voordat het ambtshalve de rechtsgronden zou aanvullen, partijen in de gelegenheid moeten stellen om zich over de rechtsgrond bestuurdersaansprakelijkheid uit te laten. Dat is niet gebeurd. Hartlief vindt het oordeel van het hof bovendien onjuist dan wel onbegrijpelijk, omdat het hof niet (op juiste wijze) de verzwaarde maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid heeft toegepast. Hij merkt op dat het hof spreekt van 'ernstig verwijtbaar' handelen van de bestuurder. Daarmee lijkt het hof zijn oordeel te baseren op een 'gewone' onrechtmatige daad. Het hof gaat er bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de bestuurder echter vanuit dat de bestuurder handelde bij zijn taakvervulling als bestuurder van Small Bite. Het hof had in dat geval de verzwaarde maatstaf van bestuurdersaansprakelijkheid moeten aanleggen (namelijk dat de bestuurder in zijn hoedanigheid van bestuurder van Small Bite persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt), aldus Hartlief. De Hoge Raad besliste dus anders. Daarmee blijkt eens te meer hoe belangrijk het is dat de aangevoerde grondslagen en de omvang van het partijdebat duidelijk zijn.

Ook in een procedure bij de Rechtbank Gelderland was niet geheel duidelijk in welke hoedanigheid de bestuurder handelde. De procedure ging over een post M&A-geschil over de (ver)koop van aandelen in het kapitaal van de vennootschap Compact Lodge.^[5] De bestuurder/aandeelhouder van de verkoper werd door de koper (als bestuurder en in privé) aansprakelijk gesteld omdat hij bewust onjuiste (financiële) informatie zou hebben verstrekt. De rechtbank concludeert dat dit inderdaad het geval is en dat de bestuurder daarmee in strijd heeft gehandeld met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichtingen jegens de koper. Door dit handelen c.q. nalaten is de bestuurder volgens de rechtbank persoonlijk aansprakelijk jegens de koper. Opvallend genoeg weigert de rechtbank om in de gevorderde verklaring voor recht op te nemen dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt treft '*omdat sprake is van zelfstandig onrechtmatig handelen door [de bestuurder]*'.^[6] Daarmee lijkt de rechtbank te veronderstellen dat het handelen van de bestuurder bij de transactie niet in het kader van de bestuurlijke taakvervulling zou zijn geschied. Dit is een opvallende conclusie. Wij zouden menen dat de relevante gedragingen van de bestuurder juist in zijn hoedanigheid van bestuurder (van de verkoper) plaatsvonden, in welk geval de rechtbank de maatstaf van het 'persoonlijk ernstig verwijt' had moeten toepassen. Hoewel de uitkomst waarschijnlijk niet anders zou zijn geweest, lijkt het ons wel zo zuiver om dit onderscheid scherp voor ogen te houden.^[7]

Voetnoten

[1]

HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881 (*Spaanse Villa*); HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, *JOR* 2014/296, m.nt. Kroeze (*Tulip Air*), r.o. 3.5.3 en 3.5.4.

[2]

HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1848.

[3]

Hof Den Haag 4 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1669.

[4]

Concl. A-G Hartlief van 20 mei 2022, ECLI:NL:PHR:2022:497 bij HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1848, ov. 3.10-3.11.

[5]

Rb. Gelderland 26 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:405.

[6]

Rb. Gelderland 26 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:405, r.o. 4.18.

[7]

Zie ook A. Karapetian, annotatie bij Rb. Gelderland zp Zutphen 26 januari, ECLI:NL:RBGEL:2022:405, *JOR* 2022/170.

I.1.4.3 Beklamel-norm

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Voor de eerste categorie uit *Ontvanger/Roelofsen* geldt de *Beklamel*-norm als maatstaf.^[1] De bestuurder is op grond van de *Beklamel*-norm aansprakelijk wanneer hij bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden. In deze kroniekperiode deden zich geen opmerkelijke *Beklamel*-uitspraken voor, al verwierp de Hoge Raad wel een cassatieberoep over de te strenge toepassing van de *Beklamel*-norm met toepassing van art. 81 RO.^[2] Wij volstaan daarom met een selectie van uitspraken die illustratief zijn voor de diverse aspecten van de *Beklamel*-norm.

I.1.4.3.1 Voorzienbaarheid I.1.4.3.2 Bekendheid met de financiële situatie van de vennootschap I.1.4.3.3 Toepassing van de *Beklamel*-norm bij een betalingsregeling I.1.4.3.4 Toepassing van de *Beklamel*-norm bij duurovereenkomsten

Voetnoten

[\[1\]](#)

HR 6 oktober 1989, ECLI:HR:1989:AB9521, r.o. 3.2. Wellicht ten overvloede merken wij op dat het *Beklamel*-verwijt gaat om de aansprakelijkheid jegens individuele schuldeisers. Mede om deze reden strandde het *Beklamel*-verwijt van een curator, zie hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:2977.

[\[2\]](#)

HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:857.

I.1.4.3.1 Voorzienbaarheid

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

De *Beklamel*-norm houdt in de kern de eis in dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou lijden. Dit veronderstelt een zekere mate van voorzienbaarheid. Het gaat daarbij om de geobjectiveerde wetenschap van de bestuurder.^[1]

In de procedure die aanleiding gaf tot voornoemd art. 81 RO-arrest van de Hoge Raad, werd geklaagd dat aan dit voorzienbaarheids criterium reeds is voldaan als de bestuurder '*ernstig rekening ermee moest houden*' dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen jegens de desbetreffende schuldeiser zou kunnen voldoen en die schuldeiser evenmin verhaal zou bieden. Dit is een minder strenge toets dan de vraag of een bestuurder '*wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen*' dat schuldeisersbenadeling zou plaatsvinden, zoals de *Beklamel*-norm thans luidt. Daarmee zou de drempel voor het kunnen aannemen van een ernstig verwijt dus verlaagd worden. In zijn conclusie bij het art. 81 RO-arrest sluit A-G Assink niet uit dat in een bepaald geval, bij wege van uitzondering van een aan de aangesproken bestuurder te maken '*Beklamel*'-verwijt ook (reeds) sprake kan zijn als hij bij het namens de vennootschap aangaan van de desbetreffende verbintenis '*ernstig rekening ermee moest houden*' dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen jegens die schuldeiser zou kunnen voldoen en die schuldeiser evenmin verhaal zou bieden. Deze mogelijkheid geldt volgens Assink echter niet in algemene zin, omdat deze afwijkt van vaste rechtspraak van de Hoge Raad.^[2] De Hoge Raad volgt Assink en doet de zaak af op grond van art. 81 RO.

Ook in de feitenrechtspraak komt het voorzienbaarheids criterium dit kroniekjaar regelmatig terug. In een procedure bij het Gerechtshof Amsterdam werd de (indirect) bestuurder van de gefailleerde vennootschap Scope Group verweten dat deze namens de vennootschap een verplichting was aangegaan waarvan zij wist of behoorde te weten dat Scope Group deze niet zou kunnen nakomen.^[3] Het ging hier om de verplichting tot het leveren van broncodes van bepaalde software die Scope Group in opdracht van (de rechtsvoorganger van) de schuldeiser zou ontwikkelen. De schuldeiser voerde aan dat Scope Group enkele maanden na de totstandkoming van de verplichting betalingsproblemen had, twee dochtervennootschappen van Scope Group in staat van faillissement waren komen te verkeren en Scope Group zelf eveneens failliet was gegaan. Het hof overweegt echter dat uit deze omstandigheden niet kan worden afgeleid dat ten tijde van het aangaan van de overeenkomst voor de bestuurder voorzienbaar was dat Scope Group geen verhaal zou bieden voor (mogelijke) schade als gevolg van de niet-nakoming van de overeenkomst. Het hof kent aan de omstandigheid dat

Scope Group zelf in faillissement is komen te verkeren geen betekenis toe, nu dit faillissement pas twee jaar na het aangaan van de Koopovereenkomst is uitgesproken.^[4]

De vordering van een schuldeiser van Nationale Bedrijvencheck B.V. ('NBC'), een start-up die zich bezighield met het afnemen van gezondheidstesten bij werknemers van bedrijven, ketste eveneens af op het voorzienbaarheids criterium. De Rechtbank Noord-Holland stelt vast dat de financiële situatie waarin NBC vanaf medio augustus 2017 verkeerde niet optimaal was, omdat kapitaal ontbrak en nog geen betalingen vanuit de zorgverzekeraars waren gedaan. Dit maakt echter niet dat op dat moment benadeling van de schuldeiser viel te voorzien. Hiervoor is volgens de rechtbank nodig dat *“de vennootschap zich bij het aangaan van de verplichtingen feitelijk in een uitzichtloze situatie moest bevinden en over onvoldoende continuïteitsperspectief beschikte.”*^[5]

Wij wijzen ten slotte nog op een zaak bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch waarin de bestuurder werd verweten dat de vennootschap bij het aangaan van een geldlening de verplichting zou hebben aanvaard tot het verstrekken van een eerste pandrecht, terwijl de bestuurder wist dat de vennootschap daaraan niet zou kunnen voldoen vanwege een ouder pandrecht dat reeds was gevestigd.^[6] Het hof herhaalt de rechtsregel uit het arrest *RCII/Kastrop* dat de enkele omstandigheid dat een schuldeiser, anders dan was overeengekomen, geen eerste maar een tweede pandrecht heeft verkregen, nog niet meebrengt dat de pandhouder tweede in rang dientengevolge schade leidt.^[7] Het had daarom op de weg van de schuldeiser gelegen om voldoende concreet te stellen dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat de vennootschap haar verplichtingen uit hoofde van de geldlening niet zou nakomen en daarvoor ook geen verhaal zou bieden. De algemene stelling dat er ten tijde van het aangaan van de geldlening en de gestelde toezegging tot het vestigen van een eerste pandrecht, grote financiële problemen waren is daarvoor volgens het hof niet voldoende.^[8]

Voetnoten

[\[1\]](#)

HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0468, r.o. 4.4-4.6.

[\[2\]](#)

Concl. A-G B.F. Assink van 21 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:72 bij HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:857, randnummer 3.5. Vgl. ook de verwijzingen in voetnoot 19 van de conclusie.

[\[3\]](#)

Hof Amsterdam 22 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:550.

[\[4\]](#)

Hof Amsterdam 22 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:550, r.o. 4.7.

[\[5\]](#)

Rb. Noord-Holland 16 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:1338, r.o. 4.22 t/m 4.26.

[\[6\]](#)

Hof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:3092.

[\[7\]](#)

HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627.

[\[8\]](#)

Hof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:3092, r.o. 3.5.4 en 3.6.1 t/m 3.6.5.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.4.3.2

1.1.4.3.2 Bekendheid met de financiële situatie van de vennootschap

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

De gedachte achter de Beklamel-norm is dat de bestuurder van de vennootschap ten opzichte van de contracterende wederpartij een informatievoorsprong heeft met betrekking tot de financiële situatie van de vennootschap. Wanneer de crediteur echter bekend is met de slechte financiële situatie van de vennootschap, kan hij zelf een afweging maken. Als de crediteur er dan toch voor kiest om met de vennootschap te contracteren, zal hij niet snel met succes een Beklamel-vordering tegen de bestuurder kunnen instellen.^[1] Dit was bijvoorbeeld het geval in de zaak van de nationale IJshockeybond die een procedure had aangespannen tegen de bestuurders van een stichting wegens het onbetaald blijven van contributie.^[2] De IJshockeybond verweet de bestuurders dat zij met een niet-sluitende begroting de stichting als lid hebben ingeschreven, en het team hebben laten (blijven) deelnemen aan de eredivisie. Volgens de IJshockeybond verwijt de bestuurders daarom, of moesten zij althans weten, dat de stichting haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen. De

bestuurders verweren zich door onder andere te wijzen op het feit dat de IJshockeybond bij aanvang van de competitie de beschikking heeft gekregen over de begroting van de stichting. Uit die begroting bleek dat de stichting bij aanvang van het seizoen voor de begrote uitgaven nog geen volledige dekking had in de vorm van gegarandeerde sponsorbijdragen of andere zekere financiering. Tegen deze achtergrond komt het Gerechtshof Den Haag tot de conclusie dat de IJshockeybond onvoldoende heeft onderbouwd dat zij niet op de hoogte was van de financiële situatie van de stichting.

Informatie omtrent de financiële situatie van de vennootschap werd ook geacht aanwezig te zijn bij de crediteur die contracteert met een vennootschap die speciaal was opgericht ten behoeve van de uitvoering van een nieuw (gezamenlijk) project in Portugal voor 'lifestyle retraites'.^[1] Boeking bleven echter uit, waardoor de vennootschap niet aan haar verplichtingen kon voldoen en ook geen verhaal bood. Het beroep van de crediteur – die zelf had aangegeven dat de investeringen zouden moeten worden terugverdiend met de activiteiten van de vennootschap en daar alle vertrouwen in had – op de Beklamel-norm faalde. Volgens het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden valt niet in te zien dat de bestuurder – die al wel haar bedenkingen kenbaar had gemaakt, maar nog wel vertrouwde op een goede afloop – de crediteur had moeten bewegen met deze investeringen te stoppen.^[4]

Voetnoten

[\[1\]](#)

HR 5 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3362.

[\[2\]](#)

Hof Den Haag 2 augustus 2022, ECLI:NL:GHDHA:1340, r.o. 5.6.

[\[3\]](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4583.

[\[4\]](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4583, r.o. 4.10.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.4.3.3

1.1.4.3.3 Toepassing van de Beklamel-norm bij een betalingsregeling

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

De Beklamel-norm vereist dat de bestuurder bij het aangaan van de overeenkomst wist of redelijkerwijze behoorde te weten dat de vennootschap niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden.^[1] Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in 2017 al dat er geen sprake kan zijn van Beklamel-aansprakelijkheid bij het aangaan van een betalingsregeling, omdat in dat verband geen nieuwe schulden ontstaan.^[2] Dit betekent niet dat een betalingsregeling nooit een Beklamel-situatie zou kunnen opleveren.^[3] De bestuurder van Puur Interieur werd dit kroniekjaar aansprakelijk geacht jegens een opdrachtnemer van de vennootschap, omdat hij een betalingsregeling was aangegaan voor openstaande rekeningen en de opdrachtnemer heeft bewogen tot verdere leveringen die vervolgens ook niet zijn betaald.^[4] De Rechtbank Overijssel stelt daartoe eerst vast dat de financiële situatie in de periode dat de bestuurder de betalingsregeling trof bijzonder slecht was. De schuldenlast oversteeg de verwachte baten ruimschoots, terwijl er geen uitzicht was op nieuwe inkomsten. Dat betekent volgens de rechtbank dat de bestuurder op dat moment wist dat een faillissement van Puur Interieur en een tekort daarin onafwendbaar was. De bestuurder wist, althans hij had moeten begrijpen, dat het in de gegeven omstandigheden overeenkomen van een betalingsregeling met de opdrachtnemer en het laten uitvoeren door opdrachtnemer van nog meer werkzaamheden, tot gevolg zou hebben dat Puur Interieur haar betalingsverplichtingen daaruit niet zou nakomen en zij ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Door hier toch gevolg aan te geven, handelde de bestuurder onrechtmatig.^[5]

Voetnoten

[\[1\]](#)

HR 6 oktober 1989, ECLI:HR:1989:AB9521, r.o. 3.2.

[\[2\]](#)

Zie ook hof Arnhem-Leeuwarden 31 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:700, r.o. 5.8.

[\[3\]](#)

Vgl. in dit verband ook J. van Bakkum e.a., 'Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2017' in: Borrius e.a. (red), *Vereniging Corporate Litigation 2017-2018* (VDHI nr. 152) 2018/I.1.6.6, waarin de auteurs opmerken dat deze mogelijkheid door het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in voornoemd

[4]

Rb. Overijssel 30 maart 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:882.

[5]

Rb. Overijssel 30 maart 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:882, r.o. 5.5 t/m 5.8.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.4.3.4

I.1.4.3.4 Toepassing van de Beklamel-norm bij duurovereenkomsten

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

De vraag of sprake is van een nieuwe verplichting van de vennootschap kan ook spelen bij duurovereenkomsten, zoals arbeidsovereenkomsten. In een zaak bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch spreekt een ex-werknemer de (uiteindelijke) bestuurders van een gefailleerde vennootschap aan omdat hij als schuldeiser niet betaald krijgt. De ex-werknemer verwijt de bestuurder – kort gezegd – dat hij niet op zoek is gegaan naar oplossingen voor de werknemer op het moment dat voor hem duidelijk werd dat de vennootschap de loonbetalingsverplichtingen aan de ex-werknemer niet meer kon voldoen. De kantonrechter heeft in dit kader overwogen dat de verplichting tot loonbetaling elke maand opnieuw ontstaat (gelet op art. 7:623 lid 1 BW), hetgeen zou betekenen dat steeds sprake is van een schending van de Beklamel-norm door de bestuurder jegens de ex-werknemer. Volgens het hof is dit bij duurovereenkomsten niet aan de orde. Gekeken moet worden naar de toestand ten tijde van het sluiten van de overeenkomst en niet naar het moment dat de daaruit voortvloeiende verbintenis opeisbaar wordt. Gesteld noch gebleken is dat de vennootschap toen al niet aan haar verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst zou kunnen voldoen. Het levert de bestuurder een pyrrusoverwinning op. Het hof oordeelt namelijk ook dat uit het vonnis van de kantonrechter blijkt dat de aansprakelijkheid van de bestuurder tevens was gebaseerd op de tweede categorie uit *Ontvanger/Roelofsen* (zie par. 4.3 hierna) en dat er geen grieven zijn gericht tegen dit deel van het vonnis.^[1]

Voetnoten

[1]

Hof 's-Hertogenbosch 23 augustus 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2923, r.o. 3.9.1.1 en 3.9.1.2.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.4.4

I.1.4.4 Verhaalsfrustratie

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Bij de tweede categorie uit *Ontvanger/Roelofsen* gaat het om situaties waarbij de bestuurder bewerkstelligt of toelaat dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. De bestuurder is in die situaties in elk geval aansprakelijk als “*komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.*”^[1] Het is dus van belang dat de eiser niet alleen stelt en bewijst dat (a) de vennootschap is tekortgeschoten, maar ook dat (b) de vennootschap geen verhaal biedt en (c) de bestuurder wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap geen verhaal zou bieden. Dit lijkt een open deur, maar in de praktijk gaat het nogal eens mis.^[2] In dit kader merken wij op dat het niet ter zake doet of een bestuurder in deze situatie ‘kwade bedoelingen’ had.^[3] In dit hoofdstuk belichten wij een aantal relevante of soms meer illustratieve uitspraken.

I.1.4.4.1 Verhaalsfrustratie door een herstructureringI.1.4.4.2 Verhaalsfrustratie met een bestaande

vennootschapsstructuurI.1.4.4.3 Verhaalsfrustratie door dividenduitkeringenI.1.4.4.4 Onzekere en latente verplichtingen

Voetnoten

[1]

HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5.

[2]

Hof Arnhem-Leeuwarden 8 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:982 (m.b.t. (c)); Rb Rotterdam 23 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1435 (m.b.t.

I.1.4.4.1 Verhaalsfrustratie door een herstructurering

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

In een zaak bij de Rechtbank Rotterdam probeerde de bestuurder van Brachium de verhaalsmogelijkheden van de provincie Gelderland te frustreren door een herstructurering door te voeren.^[1] Brachium stond aan het hoofd van een groep vennootschappen die zich bezighielden met personenvervoer. Zij heeft na een Europese aanbestedingsprocedure verschillende overeenkomsten gesloten met de provincie Gelderland voor regiotaxivervoer en openbaar vervoer in de provincie. De vervoersovereenkomsten bleken verlieslatend voor Brachium en het was duidelijk dat Brachium op allerlei manieren onder de overeenkomsten probeerde uit te komen. Brachium is vervolgens (onherroepelijk) veroordeeld tot betaling van een bedrag aan de provincie Gelderland van in totaal ruim 3 miljoen euro (bestaande uit contractuele boetes en betaalde voorschotten). Toen duidelijk werd dat op Brachium deze omvangrijke (terug)betalingsverplichtingen kwamen te rusten, heeft de bestuurder een herstructurering binnen het Brachium-concern doorgevoerd waarmee een sterfhuisconstructie werd gecreëerd. De provincie is bij die herstructurering op geen enkele wijze betrokken.

De provincie Gelderland vordert bij de rechtbank vergoeding van de door haar geleden schade. Brachium verweert zich door te stellen dat de herstructurering nodig was om een faillissement af te wenden. De rechtbank stelt echter vast dat sprake is van betalingsonwil. Volgens de rechtbank hebben de bestuurder en zijn adviseurs met de herstructurering bewerkstelligd dat Brachium de tenuitvoerlegging van de vervoersovereenkomsten in februari 2015 kon stoppen, terwijl de onderneming feitelijk *going concern* werd voortgezet vanuit een nieuwe structuur (met dezelfde UBO). De rechtbank neemt hierbij ook in aanmerking dat het hier niet gaat om een vordering van 'gewone' commerciële schuldeiser, maar van een overheidslichaam. De provincie heeft rekening te houden met derden, te weten inschrijvers op de aanbestedingsprocedure aan wie de opdracht niet is gegund, met de belangen van de betrokken gemeenten en met het algemeen belang, en dient zorgvuldig om te gaan met gemeenschapsgeld. Die bijzondere positie brengt volgens de rechtbank mee dat aan de provincie inzicht gegeven diende te worden in de financiële positie van de vennootschap. Met het in de gegeven omstandigheden toepassen van – in feite – een sterfhuisconstructie heeft de bestuurder gepoogd zichzelf ten nadele van de provincie te bevoordelen. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de bestuurder hiermee zodanig onzorgvuldig gehandeld, dat hem hiervan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.^[2]

In een wenk bij de uitspraak merkt Bakker op dat hieruit zou kunnen worden afgeleid dat het belangrijk is dat in een situatie van (daadwerkelijke) betalingsonmacht de bestuurder van de vennootschap oog blijft houden voor schuldeisers met een dergelijke bijzondere positie (wellicht in zeker mate vergelijkbaar met de positie van de Belastingdienst of het bedrijfstakpensioenfonds) teneinde bestuurdersaansprakelijkheid te voorkomen.^[3] Wij kunnen ons inderdaad voorstellen dat de positie en hoedanigheid van een schuldeiser (in dit geval: de provincie die een subsidie heeft verstrekt) een belangrijk gezichtspunt kan zijn bij de vraag of van ernstige verwijtbaarheid in het kader van art. 6:162 BW sprake is, maar wij vragen ons af of de vergelijking met de Belastingdienst of het bedrijfstakpensioenfonds hier helemaal opgaat. Zoals in hoofdstuk 6 hierna aan de orde komt zijn bestuurders (naast de vennootschap) tegenover de Belastingdienst of het bedrijfstakpensioenfonds gehouden om een melding te doen van betalingsonmacht als de onderneming niet langer in staat is om belastingen en premies te betalen. Doet een bestuurder dit niet, dan kan hij direct aansprakelijk worden gesteld voor de onbetaald gebleven belastingen en premies, waarbij wettelijk wordt vermoed dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. De gedachte achter het systeem van de meldingsplicht is dat de bonafide bestuurder zich hierdoor gedwongen zou voelen om zorgvuldig te handelen en in een zeer vroeg stadium betalingsonmacht te melden (en dus niet zozeer dat deze bestuurder de Belastingdienst of het bedrijfstakpensioenfonds met voorrang moet betalen).^[4] Het zou wat ons betreft te ver gaan om een dergelijke verplichting – zonder enige wettelijke grondslag – ook te verlangen van bestuurders die handelen met (semi-)publiekrechtelijke schuldeisers.

Een herstructurering, met een vermindering van verhaalsmogelijkheden tot gevolg, hoeft niet in alle gevallen te leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid. De bestuurder van TPG, een vennootschap die deurwaardersdiensten verrichtte, wist zich wel met succes te verdedigen tegen het verwijt dat hij de verhaalsmogelijkheden van een schuldeiser door middel van een herstructurering zou hebben gefrustreerd.^[5] TPG was een joint venture tussen een gerechtsdeurwaarder (51%, tevens indirect zelfstandig bevoegd bestuurder) en een exploitant van verschillende incassobureaus (49%, hierna: het incassobureau). Na verloop van tijd krijgen de twee onenigheid met elkaar, waardoor TPG niet langer aan de (verplichte) solvabiliteitsratio voldoet die het Bureau Financieel Toezicht aan gerechtsdeurwaarderskantoren stelt. Om de praktijk te

kunnen blijven uitvoeren komt de gerechtsdeurwaarder met herstelplannen, die erop neerkomen dat de aandelen die worden gehouden door het incassobureau worden overgedragen aan de gerechtsdeurwaarder. Een gerechtsdeurwaarderspraktijk mag namelijk alleen worden uitgeoefend door een bij koninklijk besluit benoemde gerechtsdeurwaarder. Het incassobureau weigert mee te werken aan deze overdracht. Om de deurwaarderswerkzaamheden toch te kunnen blijven verrichten, hevelt de gerechtsdeurwaarder de activiteiten van TPG over naar een nieuw opgerichte vennootschap. Het incassobureau stelt de gerechtsdeurwaarder als bestuurder van het oude gerechtsdeurwaarderskantoor persoonlijk aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad voor de schade die het incassobureau heeft geleden. Het incassobureau voert aan dat de gerechtsdeurwaarder ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, door zijn verhaal op het oude gerechtsdeurwaarderskantoor te frustreren. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelt in tegenstelling tot de Rechtbank Limburg dat de gerechtsdeurwaarder geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het hof baseert zich daarbij onder andere op de (aard van) de bijzondere activiteiten van TPG en voornoemd handelen van het incassobureau. Ook is volgens het hof onvoldoende gebleken dat de overeengekomen koopsom die TPG heeft ontvangen voor de overdracht van de lopende dossiers zich niet zou verhouden tot de waarde van deze activa.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Rb. Rotterdam 4 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4734.

[\[2\]](#)

Rb. Rotterdam 4 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4734, RO 2022/67.

[\[3\]](#)

Rb. Rotterdam 4 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4734, RO 2022/67.

[\[4\]](#)

Handelingen II 2003/04, nr. 99, p. 6318.

[\[5\]](#)

Hof 's-Hertogenbosch 3 mei 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1410.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.4.4.2

1.1.4.4.2 Verhaalsfrustratie met een bestaande vennootschapsstructuur

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Verhaalsfrustratie kan ook plaatsvinden door misbruik te maken van een bestaande vennootschapsstructuur. In een procedure bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch vordert de erfgenaam van een werknemer, die een onbetaalde vordering heeft op zijn ex-werkgever uit hoofde van een schadevergoeding wegens onregelmatig ontslag, betaling van deze vordering door de (in)directe bestuurders van de werkgever.^[1] Volgens de erfgenaam hebben de bestuurders bewerkstelligd dan wel toegelaten dat de vordering van de erfgenaam niet werd betaald, door misbruik te maken van een vooropgezette vennootschapsstructuur. In deze vennootschapsstructuur werden gelden door de vennootschap afgedragen aan de moedermaatschappij en weer geleend voor zover dat nodig was om crediteuren te betalen. Het hof geeft de erfgenaam hierin gelijk. Het al dan niet kunnen beschikken over voldoende financiële middelen om de vordering van de erfgenaam te voldoen, ligt volgens het hof binnen de invloedssfeer van de (indirect) bestuurders van de vennootschap. Vanwege de gekozen vennootschapsstructuur konden de bestuurders niet volstaan met de enkele stelling dat er geen of onvoldoende financiële middelen beschikbaar waren. Door de bestuurders is ook niet toegelicht waarom de vordering van de erfgenaam niet kon worden betaald, terwijl wel werd afgelost op de rekening-courantverhouding van de moedermaatschappij. Het hof oordeelt daarom dat bestuurders hebben bewerkstelligd dan wel toegelaten dat de vordering van de erfgenaam niet werd betaald, hetgeen onrechtmatig is tegenover de erfgenaam.^[2]

Voetnoten

[\[1\]](#)

Hof 's-Hertogenbosch 30 augustus 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:3014.

[\[2\]](#)

Hof 's-Hertogenbosch 30 augustus 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:3014, r.o. 5.6.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.4.4.3

1.1.4.4.3 Verhaalsfrustratie door dividenduitkeringen

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

In een zaak bij het Gerechtshof Amsterdam werden de (voormalig) bestuurders van twee vennootschappen aangesproken door Allgo c.s. vanwege verhaalsfrustratie, omdat zij uitvoering hebben gegeven aan een aandeelhoudersbesluit tot kapitaalvermindering en dividenduitkering in natura door cessie van regresvorderingen aan de aandeelhouder.^[1] De bestuurders voeren (onder andere) aan dat voorafgaand aan de cessies een uitkeringstest is uitgevoerd door de accountant en dat uit het door de accountant uitgebrachte rapport blijkt dat de continuïteit van de vennootschappen door de uitkering niet in gevaar zou worden gebracht. De bestuurders betogen daarnaast dat, nu de uitkeringstest de uitkeringen mogelijk maakte, zij hun medewerking aan de uitvoering van het aandeelhoudersbesluit niet mochten weigeren. Daarmee miskennen de bestuurders volgens het hof dat dit niet wegneemt dat de bestuurders door uitvoering te geven aan het besluit, onder omstandigheden, onrechtmatig kunnen hebben gehandeld. Omdat na de cessie nagenoeg geen actief meer in de vennootschappen resteerde, zijn de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers in beginsel gefrustreerd. Dat geldt in het bijzonder voor de schuldeiser Allgo in deze procedure, aan wie de vennootschappen wegens een lopende arbitrageprocedure mogelijk nog bedragen zouden moeten betalen. Volgens het hof was voorzienbaar dat de vennootschappen, na de cessies, daarvoor geen verhaal zouden bieden. Dat de bestuurders in de gegeven omstandigheden hebben meegewerkt aan de cessie valt hen aan te rekenen en levert een ernstig persoonlijk verwijt op met betrekking tot de frustratie van het verhaal.^[2]

Voetnoten

[\[1\]](#)

Hof Amsterdam 22 maart 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:876.

[\[2\]](#)

Hof Amsterdam 22 maart 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:876, r.o. 4.16.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.4.4.4

1.1.4.4.4 Onzekere en latente verplichtingen

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

De tweede categorie uit *Ontvanger/Roelofsen* heeft niet alleen betrekking op reeds bestaande verplichtingen van de vennootschap, maar ook op onzekere, of latente, verplichtingen. Uit het *Air Holland* arrest volgt dat bestuurders ernstig rekening dienen te houden met deze onzekere verplichtingen.^[1] Doen zij dit niet (voldoende) dan kan dat leiden tot aansprakelijkheid wanneer de onzekere verplichting zich daadwerkelijk verwezenlijkt en de crediteur zijn vordering niet kan verhalen.^[2] Zo kon de bestuurders van de vennootschap C4Y een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt, omdat zij tijdens een arbitrageprocedure die een schuldeiser (mede) tegen C4Y had aangespannen waren overgegaan tot de onverplichte verkoop van de activa van C4Y aan een derde.^[3] In plaats van een bedrag te reserveren, stemden de bestuurders in met en bewerkstelligden zij dat de verkoopopbrengst via dividenduitkeringen aan groepsvennootschappen en andere crediteuren werd betaald. Toen de vordering eenmaal werd toegewezen, bleek deze oninbaar te zijn. Het verweer van de bestuurders dat zij geen, althans onvoldoende, rekening hebben gehouden met de vordering omdat zij hun kansen zeer positief inschatten kon niet baten. Volgens de Rechtbank Oost-Brabant hadden de bestuurders er op enig moment rekening mee moeten houden dat de vordering van de crediteur geheel of gedeeltelijk toegewezen zou kunnen worden en dat C4Y dan een omvangrijk bedrag zou moeten betalen.^[4]

Een onzekere of latente verplichting kan ook zijn grondslag vinden in het bestuursrecht. Het bestuur van Your Finance verkeerde in de wetenschap dat de AFM voornemens was een boete op te leggen, maar keurde toch dividenduitkeringen goed, waarmee het gehele vermogen aan de vennootschap werd onttrokken.^[5] Met de Rechtbank Den Haag is het Gerechtshof Den Haag van oordeel dat de bestuurder daarmee onrechtmatig heeft gehandeld jegens de AFM, omdat hij heeft veroorzaakt dat de op te leggen boete niet kon worden betaald en geen verhaal kon worden geboden. De bestuurder kan daarvan persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt. Dit geldt temeer nu de onverplichte dividenduitkeringen plaatsvonden in het kader van een transactie waarvan de bestuurder persoonlijk heeft geprofiteerd in de vorm van een winstrecht. Volgens het hof heeft hij daarmee zijn eigen (privé)belang boven dat van de AFM als crediteur van Your Finance laten prevaleren.

[1]

HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:829 (*Air Holland*).

[2]

Zie ook concl. A-G G. Snijders, ECLI:NL:PHR:2022:681, bij HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1645 (art. 81 RO) en. A-G B.F. Assink, ECLI:NL:PHR:2022:72, bij HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:857 (art. 81 RO).

[3]

Rb. Oost-Brabant 19 januari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:93.

[4]

Rb. Oost-Brabant 19 januari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:93, r.o. 5.16.

[5]

Hof Den Haag 22 februari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:194.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.4.5

I.1.4.5 Selectieve betaling

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Ook bij selectieve betalingen is het uitgangspunt dat voor aansprakelijkheid van de bestuurder slechts ruimte is wanneer zijn handelen of nalaten ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.^[1] Het staat een bestuurder in beginsel vrij op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zullen worden voldaan.^[2] Die vrijheid is beperkter, wanneer de vennootschap heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen, of wanneer het faillissement van de vennootschap onafwendbaar is geworden.^[3]

Waar in het verleden nog wel eens is getracht om de *Coral/Stalt*-norm verder uit te breiden,^[4] is in de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 25 november 2022 (art. 81 RO) juist een poging gewaagd om het toepassingsbereik van die norm te beperken.^[5] In deze zaak werden twee oud-bestuurders op grond van art. 6:162 BW persoonlijk aansprakelijk gehouden voor het verrichten van onrechtmatige selectieve betalingen voorafgaand aan de ontbinding van de vennootschap Cuckoo. Inno Nautic Holding (INH), de crediteur van Cuckoo, verweet de bestuurders te hebben bewerkstelligd of toegelaten dat Cuckoo haar vordering niet heeft betaald en geen verhaal bood doordat de activa van Cuckoo zijn overgedragen aan een derde. Volgens INH is Cuckoo bewust leeggehaald en is de voor de activa overeengekomen koopprijs volledig besteed aan andere betalingen (waaronder intercompany schulden), zonder rekening te houden met en/of een voorziening te treffen voor de vorderingen van INH. Nadat de vordering in eerste aanleg is verworpen, oordeelt het Gerechtshof Den Haag dat inderdaad sprake is van onrechtmatige selectieve betalingen. Het hof overweegt dat de bestuurders geen bijzondere omstandigheden hebben aangevoerd die rechtvaardigen dat de opbrengsten van een activaverkoop niet zijn gereserveerd om de vordering van de eiser te betalen en/of waarom eventuele intercompany vorderingen met voorrang zijn betaald. Het hof is van oordeel dat de oud-bestuurders daarvan een persoonlijk ernstig verwijt valt te maken en dat zij aansprakelijk zijn voor de door de eiser als gevolg daarvan geleden schade.

In cassatie klagen de bestuurders dat het hof een onjuist criterium heeft gehanteerd voor de beoordeling of de bestuurders een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt door dat oordeel te baseren op 'de Coral/Stalt-jurisprudentie'.^[6] Volgens de bestuurders heeft de Hoge Raad in het Coral/Stalt arrest een strikt criterium geformuleerd voor bestuurdersaansprakelijk wegens selectieve betaling, in die zin dat (i) de derde moet kwalificeren als 'handelscrediteur' van de vennootschap, (ii) deze handelscrediteur een (ook in omvang) gegeven, 'opeisbare' of 'liquide' vordering op de vennootschap moet hebben en (iii) de handelscrediteur 'bewust en op subjectieve gronden' is achtergesteld bij haar andere handelscrediteuren. A-G Assink is hier kort over en concludeert dat deze opvatting geen steun vindt in het recht.^[7] De Hoge Raad wijst, onder verwijzing naar art. 81 RO en in lijn met de conclusie van Assink, alle cassatiemiddelen af en verwerpt het beroep.^[8]

[1]

HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73 (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*) en (eerder) HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*).

[2]

HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9654 (*Zandvliet/ING*).

[3]

A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2019 /8.3.2.2.

[4]

HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73 (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*).

[5]

HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1743.

[6]

Concl. A-G B.F. Assink van 2 september 2022, ECLI:PHR:2022:785, bij HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1743, par. 3.17 e.v.

[7]

Concl. A-G B.F. Assink van 2 september 2022, ECLI:PHR:2022:785, bij HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1743, par. 3.20 en 3.21 e.v.

[8]

Wij wijzen in dit kader op nog een art. 81 RO-arrest dat op 11 november 2022 is gewezen en (mede) betrekking had op selectieve betaling (ECLI:NL:HR:2022:1645). Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en A-G Snijders waren tot de conclusie gekomen dat er geen sprake was geweest van onrechtmatige selectieve betalingen, omdat er niet was gebleken van bijkomende omstandigheden waaruit de onrechtmatigheid zou voortvloeien.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.4.6

1.1.4.6 Peeters/Gatzen-vordering

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Een faillissementscurator is bevoegd om voor de belangen van de *gezamenlijke schuldeisers* op te komen door tegen een derde die bij de benadeling van schuldeisers betrokken was een vordering tot schadevergoeding in stellen op grond van art. 6:162 BW.^[1] Deze zogenoemde *Peeters/Gatzen-vordering* kan alleen worden ingesteld als sprake is geweest van een onrechtmatige daad jegens de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschap, met als gevolg dat die gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld.^[2]

Rechtsmacht en toepasselijk recht

De internationale aspecten van een *Peeters/Gatzen-vordering* houden al enige tijd de gemoederen bezig. Sinds het *Rosbeek/Fortis*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) is duidelijk dat een *Peeters/Gatzen-vordering* niet onder de reikwijdte van de Insolventieverordening valt.^[3] Concreet betekent dit dat de Nederlandse rechter niet steeds bevoegd is om van een door een Nederlandse curator ingestelde *Peeters/Gatzen-vordering* kennis te nemen, enkel omdat de faillissementsprocedure in Nederland is geopend.^[4] De rechtsmacht van een Nederlandse rechter moet dus worden bepaald aan de hand van de (herschikte) EEX-verordening (EEX-Vo II).

Op 10 maart 2022 heeft het HvJ EU prejudiciële vragen beantwoordt over (onder andere) art. 7 sub 2 EEX-Vo II en art. 4 Rome II bij een *Peeters/Gatzen-vordering*.^[5] In de procedure die aanleiding gaf tot de prejudiciële vragen heeft de curator van het gefailleerde BMA NL een *Peeters/Gatzen-vordering* ingesteld tegen de in Duitsland gevestigde BMA AG, de grootmoedermaatschappij van BMA NL. Het verwijt dat aan de *Peeters/Gatzen-vordering* ten grondslag ligt, is dat BMA AG haar zorgplicht zou hebben geschonden door de financiering van BMA NL te staken, waardoor het faillissement van BMA NL onafwendbaar werd. Omdat BMA AG de bevoegdheid van de Rechtbank Midden-Nederland heeft betwist, verzoekt de rechtbank het HvJ EU om een beslissing te nemen op verschillende prejudiciële vragen over (de bepaling van) rechtsmacht en toepasselijk recht bij de onderhavige *Peeters/Gatzen-vordering*.

In antwoord op de prejudiciële vraag van de rechtbank waar het schadetoebrengende feit in de zin van art. 7 sub 2 EEX-Vo zich in het voorliggende geval voordoet, overweegt het HvJ EU dat (in casu) slechts de rechter van de plaats van vestiging van de vennootschap bevoegd is, zonder aan te geven of deze rechter als de rechter van het *Handlungsort* dan wel van het *Erfolgsort* moet worden aangemerkt. Het HvJ EU wijst erop dat het bij een aansprakelijkheidsvordering tegen een bestuurder of een aandeelhouder van een vennootschap gaat om de plaats waarmee de door die vennootschap verrichte werkzaamheden en de financiële situatie met betrekking tot die werkzaamheden verband houden. Dat is in dit geval de plaats van de zetel van die vennootschap. Op die plaats is immers de informatie beschikbaar over de afwikkeling van de financiële toestand van de vennootschap. Aan de hand van deze informatie kan worden beoordeeld of de grootmoedervenootschap door het opzeggen van de financieringsovereenkomst de daarbij te betrachte zorgplicht heeft geschonden.^[6]

Wat betreft de vraag naar het toepasselijke recht op de *Peeters/Gatzen-vordering*, overweegt het HvJ EU dat deze vordering uit hoofde van onrechtmatig handelen onder Rome II valt. Omdat de vordering is gebaseerd op de schending van

de algemene zorgplicht geldt op grond van art. 4 Rome II het recht van het land waar de vennootschap is gevestigd die geen verhaal biedt voor de schade die haar schuldeisers lijden als gevolg van de schending van de zorgplicht door de grootmoedermaatschappij van deze vennootschap. Ook hier komt het HvJ EU dus uit bij het land van vestiging van de vennootschap; door de schending van de zorgplicht door de (indirect) aandeelhouder van de vennootschap biedt de vennootschap immers geen verhaal.^[7]

In haar annotatie bij het arrest van het HvJ EU concludeert Beunk dat de 'verloren gewaande' *Peeters/Gatzen*-vordering voor even terug is in Nederland. De vraag is alleen: voor hoe lang? In de literatuur is men verdeeld over de vraag of het arrest van het HvJ EU nu betekent dat alle *Peeters/Gatzen*-vorderingen kunnen worden ingesteld bij de rechter van de vestigingsplaats van de gefailleerde vennootschap. Beunk benadrukt dat de plaats van vestiging geen algemene regel is, in de zin dat het niet automatisch voor alle *Peeters/Gatzen*-vorderingen opgaat. Het dictum van het arrest van het HvJ EU kan volgens haar niet ruimer worden uitgelegd dan dat de plaats van vestiging de relevante aanknopingsfactor is in geval van een schending van een zorgplicht door een (groot)moedermaatschappij en een vennootschap daardoor geen verhaal biedt. Bij andersoortige verwijten zal opnieuw moeten worden onderzocht waar het 'schadetoebrengende feit' zich heeft voorgedaan.^[8] Welling-Steffens is optimistischer gestemd. Ze verwacht dat curatoren in de meeste gevallen een *Peeters/Gatzen*-vordering kunnen instellen bij de rechtbank in het arrondissement waar de gefailleerde de statutaire zetel heeft, ondanks het feit dat de Insolventieverordening niet van toepassing is.^[9] Zo ook Zilinsky en Knigge, die in dit verband nog wijzen op de bijkomstigheid dat de plaats van vestiging voor alle betrokkenen voorzienbaar is waardoor deze voldoende verband houdt met een goede rechtsbedeling en nuttige procesinrichting.^[10]

Naar aanleiding van het arrest van het HvJ EU, heeft de rechtbank rechtsmacht aangenomen op grond van art. 7 lid 2 EEX-Vo II en geoordeeld dat de vorderingen naar Nederlands recht beoordeeld dienen te worden.^[11] Na een discussie van ruim vier jaar is dit voor de curator van BMA NL een zeer wenselijke uitkomst.^[12]

Verweer tegen *Peeters/Gatzen*-vorderingen

Wij signaleren in het kader van de *Peeters/Gatzen*-vordering ook het arrest van de Hoge Raad van 9 september 2022.^[13] Hoewel dit arrest geen betrekking heeft op de aansprakelijkheid van een bestuurder, is het wel relevant voor het type verweer dat de aangesproken derde (waaronder bestuurders) kan voeren tegen een *Peeters/Gatzen*-vordering.

In deze zaak heeft de curator van zeven gefailleerde vennootschappen een *Peeters/Gatzen*-vordering ingesteld jegens een gespecialiseerd insolventieadviseur vanwege zijn rol bij de sanering van deze vennootschappen. Onder begeleiding van deze insolventieadviseur zijn alle activa van de vennootschappen verkocht en is de opbrengst verdeeld onder de drie grootste financiers (die overigens geen zekerheden hadden bedongen ten aanzien van de opbrengst van de verkoop van de) activa. De overige schuldeisers, waaronder de Belastingdienst, zijn onbetaald gebleven.^[14] In 2016 heeft het Gerechtshof Amsterdam de vorderingen van de curator grotendeels toegewezen, waarna de curator en de insolventieadviseur een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten. Begin 2019 krijgt de insolventieadviseur echter de beschikking over de fysieke administratie van de vennootschappen. Daaruit zou zijn gebleken dat de gefailleerde vennootschappen ten tijde van hun faillietverklaringen geen materiële belastingschulden hadden en er verder ook nauwelijks andere crediteuren waren, buiten de grote financiers om. De insolventieadviseur is van oordeel dat hieruit volgt dat hij de Belastingdienst niet heeft benadeeld en er dus geen sprake kon zijn van onrechtmatig handelen jegens de gezamenlijke crediteuren. De insolventieadviseur weigert vervolgens om de vaststellingsovereenkomst verder na te komen en stelt een vordering tot herroeping ex art. 382 Rv in. Deze vordering wordt door het hof afgewezen. Volgens het hof hadden de naheffingsaanslagen op datum faillissement al formele rechtskracht; de bezwaartermijn was ruimschoots verstreken. De aanslagen stonden dus vast. De Hoge Raad gaat hier niet in mee. De Hoge Raad overweegt dat de *Peeters/Gatzen*-vordering van de curator is gebaseerd op het onbetaald gebleven zijn van de naheffingsaanslagen. Indien deze aanslagen materieel niet zouden bestaan, zou dat in deze zaak tot het oordeel kunnen leiden dat de vordering van de curator niet toewijsbaar is. De formele rechtskracht van de aanslagen staat er dus niet aan in de weg dat de insolventieadviseur de juistheid van de aanslagen ter discussie kan stellen.

Voetnoten

[1]

HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521, NJ 1983/597 (*Peeters q.q./Gatzen*).

[2]

HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:201. Zie tevens V.R. Vroom & L.J.J. Kerstens, 'De stelplicht van de curator bij de *Peeters/Gatzen*-vordering', *FIP* 2013/5, p. 169.

[3]

HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96. (*Rosbeek/BNP Paribas*).

[4]

[5]

HvJ EU 10 maart 2022, C-498/20, ECLI:EU:C:2022:173 (*BMA*). Het HvJ EU gaat tevens kort in op de uitleg van art. 8 lid 2 EEX-Vo II. De conclusie van het HvJ EU – namelijk dat een gerecht haar rechtsmacht ten aanzien van een tussenkomende partij niet (langer) kan handhaven als de rechtsmacht ten aanzien van de oorspronkelijke vordering komt te vervallen – lijkt ons een evidente.

[6]

HvJ EU 10 maart 2022, C-498/20, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 32 en 33.

[7]

HvJ EU 10 maart 2022, C-498/20, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 52-55.

[8]

D. Beunk, annotatie bij HvJ EU 10 maart 2022, C-498/20, ECLI:EU:C:2022:173, *JOR* 2022/190.

[9]

L.F.A. Welling-Steffens, commentaar bij HvJ EU 10 maart 2022, C-498/20, ECLI:EU:C:2022:173, *Ondernemingsrecht* 2022/75.

[10]

M. Zilinsky en A. Kigge, annotatie bij HvJ EU 10 maart 2022, C-498/20, ECLI:EU:C:2022:173, *JBPR* 2022/33.

[11]

Rb. Midden-Nederland 13 juli 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2816.

[12]

Zie Rb. Midden-Nederland 23 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2163, waarin de rechtbank aanvankelijk rechtsmacht had aangenomen op grond van de Insolventieverordening.

[13]

HR 9 september 2022, ECLI:HR:2022:1188.

[14]

HR 9 september 2022, ECLI:HR:2022:1188, r.o. 3.2.2.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.4.7

I.1.4.7 Overige onrechtmatige daad-situaties

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

I.1.4.7.1 Comsys-situatie I.1.4.7.2 Turboliquidatie I.1.4.7.3 Prospectusaansprakelijkheid I.1.4.7.4 Art. 6:166 BW I.1.4.7.5 Feitelijke beleidsbepalers

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.4.7.1

I.1.4.7.1 Comsys-situatie

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

In het *Comsys*-arrest heeft de curator met succes een moedervernootschap die tevens bestuurder was van de dochtervernootschap op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk gesteld voor het tekort in de boedel van de failliete dochter. Het betrof een bijzondere situatie waarin de dochter door de opzet van het concern waarvan zij deel uitmaakte steeds verliesgevend was geweest, maar kon voortbestaan doordat haar moeder de tekorten steeds aangezuiverd had. Op de moeder rustte daarom als bestuurder van haar dochter een bijzondere zorgplicht jegens de schuldeisers van die dochter, die maakte dat zij de belangen van hen diende aan te trekken.¹¹ Dit kroniekjaar deed deze vorm van verhaalsfrustratie zich voor in een procedure bij de Rechtbank Amsterdam waarin transportbedrijf Qlog en haar moeder tekortschoten jegens een (indirect) minderheidsaandeelhouder (X).¹² X was in het verleden 100% aandeelhouder van Qlog. In 2018 heeft zij 51% van haar belang in Qlog verkocht aan een vennootschap (Y), waarvan Z enig aandeelhouder en bestuurder was. Het doel van deze meerderheidsovername was dat Qlog zou gaan samenwerken met een van de vennootschappen van Z. Feitelijk kwam de samenwerking er echter op neer dat Qlog als onderdeel van de groep van Z financieel geheel afhankelijk werd van de andere groepsvennootschappen binnen zijn concern. Y werd na de overname bestuurder van Qlog.

Onderdeel van de afspraken was dat Qlog na de overname een lening zou aflossen die X aan Qlog had verstrekt. Y stelde zich daarbij garant voor terugbetaling van deze vordering. Na verkoop lost Qlog niet af op de lening en blijkt Y geen verhaal

meer te bieden. X spreekt daarom Z aan als (indirect) bestuurder van Qlog en Y. X baseert haar vordering onder andere op verhaalsfrustratie. De rechtbank stelt vast dat Z met de overname van Qlog – kort gezegd – een risicovolle structuur heeft opgezet. Z had daarom een bijzondere zorgplicht jegens X om te voorkomen dat zij van de groepsafhankelijkheid van Qlog de dupe zou worden. Volgens de rechtbank heeft Z deze zorgplicht geschonden en juist bewerkstelligd dat genoemde risico's zich hebben verwezenlijkt. De rechtbank komt tot de conclusie dat Z terzake een persoonlijk ernstig verwijt treft en aansprakelijk is voor de door de X geleden schade.^[3]

Voetnoten

[\[1\]](#)

HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033.

[\[2\]](#)

Rb. Amsterdam 13 april 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2054.

[\[3\]](#)

Rb. Amsterdam 13 april 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2054, r.o. 4.32.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.4.7.2

I.1.4.7.2 Turboliquidatie

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

In paragraaf 2.2 van deze kroniek zijn wij al ingegaan op het onderwerp turboliquidatie. Ook dit kroniekjaar hebben zich verschillende gevallen voorgedaan waarin bestuurders na turboliquidatie aansprakelijk worden gehouden door schuldeisers die menen dat zij door de turboliquidatie zijn benadeeld. Wij bespreken hierna drie voorbeelden.^[1] Daarnaast gaan wij in op de kwalificatie van een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering als mogelijke bate bij een faillissementsverzoek na turboliquidatie.

Bij een (beoogde) turboliquidatie, zullen bestuurders niet alleen na moeten gaan of de rechtspersoon op het moment van ontbinding nog baten heeft, maar dienen zij ook rekening te houden met vonnissen waaruit voor de rechtspersoon (toekomstige) gerechtvaardigde claims kunnen voortvloeien. Een schuldeiser stelde de bestuurder van de vennootschap Perfect Housing hiervoor met succes aansprakelijk.^[2] De schuldeiser heeft aan de vennootschap Perfect Housing bemiddelingskosten betaald, die later onverschuldigd blijken te zijn omdat Perfect Housing in strijd met de wet twee heren heeft gediend. Als de schuldeiser bemiddelingskosten wil terugvorderen, blijkt Perfect Housing te zijn opgehouden te bestaan. De schuldeiser houdt de bestuurder van Perfect Housing onder meer aansprakelijk voor het bewerkstelligen en/of toelaten van deze ontbinding terwijl hij wist of behoorde te begrijpen dat de ontbinding het verhaal van onverschuldigd betaalde bemiddelingskosten door huurders zoals de schuldeiser zou frustreren. Volgens de schuldeiser heeft de bestuurder welbewust als bestuurder toegestaan dat Perfect Housing in strijd met de wet zowel aan de verhuurder als aan de huurder bemiddelingskosten in rekening bracht bij de totstandkoming van de huurovereenkomst en dat hij er geen rekening mee heeft gehouden dat deze moesten worden terugbetaald. De schuldeiser verwijst daarbij naar soortgelijke procedures waarin Perfect Housing reeds was veroordeeld tot terugbetaling van de bemiddelingskosten.

Volgens de kantonrechter van de Rechtbank Amsterdam is het enkel verwijzen naar een vonnis in een andere procedure waarin een oordeel is gegeven over bestuurdersaansprakelijkheid echter onvoldoende om aansprakelijkheid in dit geval aan te nemen, omdat de schuldeiser onvoldoende heeft gesteld dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt treft. Het Gerechtshof Amsterdam ziet dit anders en overweegt dat het gelet op deze veroordelingen ten tijde van de ontbinding van Perfect Housing redelijkerwijs voorzienbaar was dat er meer claims tot terugbetaling van bemiddelingskosten zouden volgen in gevallen waarin Perfect Housing een vergelijkbare werkwijze had gehanteerd. De bestuurder wist of had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde en/of toegelaten ontbinding van Perfect Housing het verhaal van op dat moment voorzienbare gerechtvaardigde claims ter zake van onverschuldigd betaalde bemiddelingskosten van huurders (en hun rechtsopvolgers/medehuurders) zou frustreren. De bestuurder treft daarvan persoonlijk een ernstig verwijt. De slotsom luidt dan ook dat de bestuurder persoonlijk aansprakelijk is voor de schade van de schuldeiser, ten bedrage van de aan Perfect Housing betaalde bemiddelingskosten.^[3]

Bestuurdersaansprakelijkheid kan ook ontstaan als door toepassing van de turboliquidatie slechts één of meer specifieke schuldeisers worden benadeeld.^[4] Deze situatie deed zich voor in een procedure bij de Rechtbank Den Haag. Eiser Paddock en de bestuurder hebben samen een webshop opgericht, bedoeld om de door Paddock te leveren reclameproducten te verhandelen aan derden. Paddock heeft de oprichtingskosten voor de vennootschap en de kosten voor de constructie van de webshop voor zijn rekening genomen. De bestuurder zou vervolgens de bedrijfsvoering op zich

nemen en was zodoende enig (indirect) bestuurder en aandeelhouder van de vennootschap. Het was de bedoeling dat Paddock haar investeringen in de vennootschap zou terugverdienen doordat zij de grootste leverancier van de vennootschap was. Twee jaar later is de vennootschap echter ontbonden en hield zij wegens gebrek aan baten op te bestaan, zonder dat Paddock hierover is geïnformeerd. Paddock verwijt de bestuurder onder andere dat hij zou hebben bewerkstelligd dat de vennootschap crediteuren op selectieve wijze heeft betaald en dat Paddock daarbij volledige buiten beschouwing is gelaten. De rechtbank ziet dat de bestuurder – kort gezegd – zijn best heeft gedaan om zoveel mogelijk aan de belangen van alle overige schuldeisers van de vennootschap tegemoet te komen, door hen te betalen met gelden die hij vanuit privé heeft bijgestort op de bankrekening van de vennootschap. Dit neemt volgens de rechtbank niet weg dat de bestuurder Paddock onrechtmatig heeft benadeeld door op het moment dat hij besloot met de vennootschap te stoppen geen acht te slaan op de belangen van zakenpartner en schuldeiser Paddock, Paddock ook niet te informeren én Paddock niet te laten delen in de bedragen die hij via het vermogen van de vennootschap aan schuldeisers uitbetaalde. Daarvan valt gedaagde een persoonlijk ernstig verwijt te maken.

De rechtbank hecht dus veel waarde aan de ‘bijzondere aard van de handelsrelatie’ tussen Paddock en de vennootschap. Het blijft dan ook gissen waarom de bestuurder geen rekening heeft willen houden met de belangen van Paddock; hij heeft andere schuldeisers immers wel voldaan. Misschien zag gedaagde Paddock niet als een gewone schuldeiser, maar als een samenwerkingspartner. Dat zou ook verklaren waarom de schuld aan Paddock op de balans van de vennootschap volledig ontbreekt, terwijl Paddock de grootste schuldeiser van de vennootschap was. Het is in ieder geval duidelijk dat de bestuurder geen oog had voor de belangen van Paddock. Daarmee valt het vonnis van de rechtbank goed te begrijpen.

Wij wijzen ten slotte nog op de procedure bij de Rechtbank Noord-Holland, waarin de accountant de bestuurder van een vijftal ontbonden vennootschappen aanspreekt vanwege onbetaald gebleven facturen.^[5] De accountant was in staat aan te tonen dat in de laatste jaarrekeningen (waar de accountant geen werkzaamheden voor had verricht) bepaalde activaposten om onverklaarbare redenen waren gereduceerd. De bestuurder slaagde er niet in om te onderbouwen waarom dit was gebeurd. Dit lag volgens de rechtbank wel op zijn weg, omdat de benodigde informatie zich in zijn domein bevindt. De rechtbank acht het voldoende aannemelijk dat er in (een aantal) vennootschappen nog baten waren, terwijl de accountant nog vorderingen op die vennootschappen had. Dat maakt de ontbinding zonder vereffening onrechtmatig jegens de accountant. De bestuurder kan persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt van het feit dat de vereffening na de ontbinding van de vennootschappen achterwege is gelaten, terwijl er op dat moment nog baten waren. De rechtbank verwijst de zaak naar een schadestaatprocedure voor een verdere discussie over de schade.

Faillissement na turboliquidatie

Als een vennootschap is ontbonden via een turboliquidatie, kan het faillissement worden uitgesproken als summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn en aan de overige vereisten voor faillietverklaring is voldaan.^[6] Het begrip ‘bate’ lijkt door de Hoge Raad ruim te worden uitgelegd. Aan de bewijslast is voldaan wanneer het bestaan van een potentiële bate kan worden aangetoond.^[7] De jurisprudentie is niet eenduidig over de vraag of een mogelijke vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid als bate kan worden aangemerkt, zeker niet als het gaat om een vordering op grond van art. 2:248 BW.^[8]

Een voorbeeld waarin een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering wel als bate werd aangemerkt, is het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 25 juli 2022.^[9] De Veense Bouwer is begin 2022 via een turboliquidatie ontbonden. Voorafgaand aan de ontbinding heeft De Veense Bouwer met de resterende baten haar schuldeisers zoveel als mogelijk betaald volgens een met verschillende schuldeisers gesloten betalingsregeling. Eén van de onbetaald gebleven schuldeisers van De Veense Bouwer kon zich niet vinden in deze betalingsregeling en heeft vervolgens een faillissementsverzoek ingediend. Het hof is anders dan de Rechtbank Midden-Nederland van oordeel dat het verzoek van appellant tot faillietverklaring van De Veense Bouwer toewijsbaar is. Volgens het hof is summierlijk gebleken van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat De Veense Bouwer nog potentiële baten heeft: er is sprake van een mogelijke vordering op grond van aansprakelijkheid van de (indirect) bestuurders(s) van De Veense Bouwer. Het hof acht het aannemelijk dat het voor de bestuurder eerder duidelijk had moeten zijn dat de onderneming niet meer levensvatbaar was en dat hij deze had moeten beëindigen. In plaats daarvan heeft de bestuurder de onderneming voortgezet. Aannemelijk is dat door de onderneming onder de gegeven omstandigheden voort te zetten de schuldenlast verder is opgelopen. Verder doet de gang van zaken rond de turboliquidatie vragen rijzen over het handelen van de bestuurders tegenover (bepaalde) schuldeisers van de vennootschap. Het hof weegt mee dat aan de crediteuren – en het hof – geen enkel inzicht is geboden in de aard en hoogte van de schulden, de herkomst en hoogte van het te verdelen bedrag en de wijze waarop de betalingsregeling vorm werd gegeven. Er is bijvoorbeeld geen crediteurenlijst overgelegd aan de schuldeisers. Door het gebrek aan transparantie hebben schuldeisers zich daardoor geen (geïnformeerd) oordeel kunnen vormen over de redelijkheid van dit voorstel en zijn zij ook niet in de gelegenheid gesteld om hun correcties of eventuele bezwaren naar voren te brengen. Het hof merkt de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering dus aan als potentiële bate en verklaart De Veense Bouwer alsnog in staat van faillissement.

[1]

Zie verder ook: Hof Amsterdam 2 augustus 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2344; Rb. Midden-Nederland 23 november 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:4610; Rb. Rotterdam 10 augustus 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7451; Rb. Noord-Holland 18 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:4677; en Rb. Noord-Nederland 2 maart 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:870.

[2]

Hof Amsterdam 2 augustus 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2343.

[3]

Hof Amsterdam 2 augustus 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2343, r.o. 4.10-4.12.

[4]

Rb. Den Haag 30 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:2973.

[5]

Rb. Noord-Holland 18 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:4677.

[6]

HR 27 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1631 (*APHI/Söderqvist*).

[7]

Zie bijv.: HR 11 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0366; concl. van A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2004:AO2779, bij HR 26 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2779; Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5015. In het kader van heropening via een faillissementsaanvraag: Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX7085; Hof 's-Gravenhage 2 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1846; Hof 's-Hertogenbosch 26 november 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:3638.

[8]

Vgl. S. Renssen, 'Perikelen rondom de onterechte – en soms zelfs onrechtmatige – turboliquidatie', *TvOB* 2021-3, p. 83.

[9]

Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6385.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.4.7.3

I.1.4.7.3 Prospectusaansprakelijkheid

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

De Hoge Raad heeft op 11 november 2022 een art. 81 RO-arrest gewezen dat zeer relevant is voor het leerstuk van prospectusaansprakelijkheid.^[1] De zaak draait in de kern om de vereisten voor externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW wegens een misleidend prospectus (althans misleidende 'brochures') en om de betekenis van (subjectieve of objectieve) wetenschap van benadeling van obligatiehouders van de vennootschap in dat verband. Het arrest van de Hoge Raad is een vervolg op een uitspraak van het Gerechtshof Den Haag van 15 juni 2021. Het hof heeft daarin geoordeeld dat een bestuurder niet rechtstreeks persoonlijk aansprakelijk kan zijn voor een misleidend prospectus op basis van art. 6:193a e.v. BW.^[2] Daarover bestond in het verleden enige onduidelijkheid.^[3]

In cassatie klaagt de bestuurder dat het hof (i) buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden en/of art. 24 Rv heeft geschonden en (ii) blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de vereiste wetenschap van benadeling. A-G Lindenberg gaat uitvoerig in op deze (sub)onderdelen. Met name de preliminaire opmerkingen over deze variant van bestuurdersaansprakelijkheid zijn lezenswaardig.^[4] Lindenberg onderschrijft vervolgens de opvatting van het hof dat een bestuurder tegenover beleggers c.q. schuldeisers van de vennootschap persoonlijk aansprakelijk kan zijn voor een misleidend prospectus op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), mits hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Voor een persoonlijk ernstig verwijt is volgens Lindenberg vereist dat *“de bestuurder wist, althans behoorde te weten dat de onjuiste en/of onvolledige mededelingen in het prospectus tot een misleidende voorstelling van zaken zouden leiden en voor hem voorzienbaar was dat de beleggers c.q. schuldeisers door deze mededelingen nadeel zouden ondervinden.”*^[5] Lindenberg komt tot de slotsom dat de middelen falen. De Hoge Raad wijst, onder verwijzing naar art. 81 RO en in lijn met de conclusie van de A-G, alle cassatiemiddelen af en verwerpt het beroep.^[6]

[1]

HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1601.

[2]

Hof Den Haag 15 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1235, JOR 2021/267.

[3]

Zo heeft de Rechtbank Overijssel in het verleden getoetst aan art. 6:193a BW (Rb. Overijssel 21 juli 2017, ECLI:NL:RBZLY:2011:BV6739), terwijl het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en de Rechtbank Noord-Nederland uitgingen van de toepassing van art. 6:162 BW (Hof Arnhem-Leeuwarden 24 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9213; Rb. Noord-Nederland 13 december 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4769). Zie verder: J.R. Hurenkamp, 'Bestuurdersaansprakelijkheid voor een misleidend prospectus – een (nieuwe) tussenstand?', *MvO* 2019/10.2.

[4]

Concl. A-G Lindenberg van 10 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:541, bij HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1601, ov. 4.1-4.8.

[5]

Concl. A-G Lindenberg van 10 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:541, bij HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1601, ov. 4.10 en 4.16.

[6]

HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1601.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.4.7.4

I.1.4.7.4 Art. 6:166 BW

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

In art. 6:166 BW is de aansprakelijkheid van de individuele deelnemer aan het groepsoptreden geregeld. Groepsaansprakelijkheid kent een aantal voordelen voor de benadeelde ten opzichte van de 'gewone' per individu te bewijzen onrechtmatige daad. Zo is eenheid van tijd en plaats van de gedragingen niet vereist om aansprakelijkheid op grond van die bepaling aan te nemen.^[1] Als aansprakelijkheid wordt aangenomen, zijn de deelnemers hoofdelijk aansprakelijk waardoor de benadeelde zijn schade makkelijker zal kunnen verhalen. Art. 6:166 BW kan voor een benadeelde ook een interessante grondslag bieden in gevallen waarin personen in verschillende hoedanigheden (bestuurder, commissaris, aandeelhouder) ieder aan het ontstaan van de schade hebben bijgedragen.^[2]

Voor het aannemen van groepsaansprakelijkheid op grond van art. 6:166 BW is vereist dat de onrechtmatige gedragingen in groepsverband hebben plaatsgevonden. Daarvoor is meer nodig dan dat gedragingen van verschillende personen min of meer toevallig samenlopen. Er moet zowel objectief (tussen de gedragingen) als subjectief (tussen de personen) een zekere samenhang bestaan. Veel vorderingen gebaseerd op art. 6:166 BW stranden dan ook wegens gebrek aan onderbouwing. Voor zover wij hebben kunnen achterhalen, zijn er in het jaar 2022 zes uitspraken gewezen waarin in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid art. 6:166 BW als grondslag is aangevoerd. In drie uitspraken stuitte de vordering direct af wegens gebrek aan onderbouwing.^[3] In één uitspraak werd aan eiser een bewijsopdracht gegeven.^[4]

In ieder geval in één zaak bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden was de eiser succesvol, met dien verstande dat het hof de groepsaansprakelijkheid van de bestuurders enkel heeft beoordeeld in de context van een inzagevordering ex art. 843a Rv.^[5] De procedure draait om een inzagevordering in kort geding van de vennootschap WFC. WFC heeft haar drie voormalige bestuurders aansprakelijk gesteld omdat zij tijdens hun dienstverband een (indirect) belang zouden hebben genomen in concurrerende vennootschappen. Daarnaast zouden de bestuurders bedrijfsvertrouwelijke gegevens aan een van die concurrenten hebben doorgespeeld en – ook na beëindiging van het dienstverband – op ongeoorloofde wijze werknemers en klanten van WFC hebben geworven. WFC vordert inzage in en afschrift van bepaalde bewijsmiddelen, waarop zij onder de bestuurders conservatoir bewijsbeslag heeft gelegd. WFC heeft over de rechtsbetrekking (als voorwaarde voor toewijzing van de 843a-vordering) gesteld dat de bestuurders wanprestatie uit hoofde van hun arbeidsovereenkomsten hebben gepleegd en dat zij ieder individueel onrechtmatig hebben gehandeld, alsmede als groep onrechtmatig hebben gehandeld zoals bedoeld in art. 6:166 BW. Net als de voorzieningenrechter oordeelt het hof dat voorshands (ook) sprake is van onrechtmatige gedragingen in groepsverband (art. 6:166 BW) en dat de inzagevordering ook op die grondslag kan worden toegewezen.^[6]

Voetnoten

[1]

HR 2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2914.

[2]

P.D. Olden, annotatie bij Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao 29 november 2021, ECLI:NL:OGEAC:2021:215, JOR 2022/112. Zie ook: A. Haan, 'Tumult in de Bestuurskamer', in: G. van Solinge e.a., *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021* (VDHI nr. 172), Deventer: Wolters Kluwer 2021 voor een uitvoerige uiteenzetting over de toepassing van art. 6:166 BW.

[3]

Rb. Rotterdam 11 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5039; Hof Den Haag 29 november 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2340; Rb. Amsterdam 14 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:7520.

[4]

Hof Den Haag 8 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:399.

[5]

Hof Arnhem-Leeuwarden 29 november 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:10268.

[6]

Hof Arnhem-Leeuwarden 29 november 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:10268. In het vonnis van Rb. Limburg 16 maart 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:2144 was een verklaring voor recht gevorderd dat de (indirect) bestuurders '*als bestuurders dan wel handelend in groepsverband*', hoofdelijk aansprakelijk waren voor de door eisers geleden schade. De rechtbank lijkt niet toe te komen aan de groepsaansprakelijkheid, omdat zij vaststelt dat de (indirect) bestuurders een 'persoonlijk en ernstig verwijt' kan worden gemaakt (zie r.o. 4.44 e.v.).

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.4.7.5

I.1.4.7.5 Feitelijk beleidsbepalers

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

De Rechtbank Amsterdam heeft op 4 mei 2022 uitspraak gedaan in een al decennia voortslepend conflict tussen Felix en Stefan Grovit – de vermogende ondernemers achter de Chequepoint-keten – en zakenman Henk Jan Janssen.^[1] Janssen heeft een (onherroepelijk toegewezen) vordering op de op Curaçao gevestigde vennootschap Carigna van ruim 3,8 miljoen euro. Omdat verhaal op Carigna onsuccesvol was, heeft Janssen zijn pijlen gericht op vader en zoon Grovit.^[2] In deze procedure vordert Janssen een verklaring voor recht dat gedaagden onrechtmatig jegens hem hebben gehandeld omdat zij als feitelijk beleidsbepalers van Carigna en de Chequepoint-groep hebben bewerkstelligd dat Carigna haar betalingsverplichtingen jegens Janssen niet nakomt.^[3] Hij vordert daarnaast een hoofdelijke veroordeling tot betaling van schadevergoeding.

De rechtbank is het met Janssen eens dat vader en zoon Grovit als feitelijk beleidsbepalers van Carigna kunnen worden beschouwd. Daarbij hecht de rechtbank veel waarde aan een bestuursrechtelijke uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven gewezen tussen DNB en Carigna waarin is geoordeeld dat vader en zoon Grovit kwalificeerden als feitelijk beleidsbepalers in de zin van de destijds geldende Wet op de geldtransactiekantoren.^[4] De rechtbank komt uiteindelijk tot het oordeel dat vader en zoon Grovit als feitelijk beleidsbepalers jegens Janssen onrechtmatig hebben gehandeld door toe te laten of te bewerkstelligen dat Carigna niet aan haar (betalings)verplichtingen jegens Janssen heeft voldaan. Hiervan kan hen persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt. Zij zijn daarom aansprakelijk voor de schade die eiser als gevolg hiervan heeft geleden.

Voetnoten

[1]

Rb. Amsterdam 4 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2144. In deze zaak speelden ook vragen met betrekking tot rechtsmacht en toepasselijk recht. Voor een bespreking daarvan verwijzen wij naar de noot van Roest in JOR 2023/36.

[2]

Zie voor verdere feitelijke achtergrond: V. van der Boon, 'Nederlandse ondernemer jaagt op miljoenen van Chequepoint-keten – Britse eigenaar geldwisselkantoren zou verstoppertje spelen voor zijn schuldeiser', *FD* 17 mei 2013.

[3]

Zowel Janssen als Felix Grovit zijn tijdens de procedure overleden. De procedure is op hun naam voortgezet.

[4]

Roest gaat hier in haar annotatie bij Rb. Amsterdam 4 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2144, JOR 2023/36 uitgebreider op in.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.4.8

I.1.4.8 Stelplicht en bewijslast

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

In een eerdere kroniek merkten de chroniqueurs op dat het voor het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht van groot praktisch belang is hoe de rechter omgaat met de stelplicht en bewijslast.^[1] Dit kunnen wij alleen maar beamen. In beginsel rust de stelplicht en de bewijslast bij de eisende partij. In de praktijk blijkt dat eisers vaak moeite hebben om aan hun stelplicht en bewijslast te voldoen. Vorderingen jegens bestuurders worden dan ook regelmatig om die reden afgewezen.^[2] Dit heeft niet alleen te maken met het feit dat de lat voor het aantonen van een persoonlijk ernstig verwijt erg hoog ligt. Het is tevens een gevolg van het feit dat een eiser regelmatig een informatieachterstand heeft ten opzichte van de aangesproken bestuurder. De bestuurder zal immers over meer informatie beschikken ten aanzien van hetgeen hij bijvoorbeeld wel en niet wist op het moment dat de vennootschap een verplichting aanging. Wanneer de eiser in bewijsnood verkeert, kan de rechter hem tegemoetkomen. Het Gerechtshof Den Haag heeft wel eens aanleiding gezien om de bewijslast geheel om te keren.^[3]

In dit kroniekjaar heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden de voorkeur gegeven aan de toepassing van art. 22 Rv toen bleek dat de bestuurder cruciale stukken die van belang waren voor de beoordeling van de aannemelijkheid en geloofwaardigheid van zijn verweer niet in het geding had gebracht. Dit pakte gunstig uit voor eiser, want het hof kwam vervolgens tot de voorlopige conclusie dat de Beklamel-norm was geschonden bij het aangaan van de desbetreffende overeenkomst (in dit geval een *charter party*).^[4]

In een andere zaak die bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden diende, trachtte de eisende partij ook aan te sturen op omkering van de bewijslast, of in ieder geval op een verzwaarde stelplicht van gedaagden.^[5] Het hof was in dit geval strenger. Het hof overwoog dat aan eiser – die meende dat overlegging van bepaalde stukken uit de financiële administratie van de vennootschap noodzakelijk was – ook andere middelen ten dienste stonden om zijn bewijsnood op te heffen, zoals een vordering op grond van art. 843a Rv of een (voorlopig) deskundigen onderzoek. Maar zelfs al zou eiser toegang hebben gekregen tot de financiële administratie, dan vraagt het hof zich af of eiser in staat zou zijn geweest haar stellingen nader te onderbouwen. Het lijkt in de praktijk dan ook vooral af te hangen van de geloofwaardigheid van de stellingen van eiser of een rechter geneigd is om eiser te hulp te schieten.

Voetnoten

[1]

W.A. Westenbroek, M. Mussche, D. Beunk, 'Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2018-2019', in: B. Bier e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2018-2019* (VDHI nr. 157), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

[2]

Hof Arnhem-Leeuwarden 8 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:982; Hof Amsterdam 15 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:376; Hof 's-Hertogenbosch 15 februari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:473; Hof 's-Hertogenbosch 15 februari 2022, ECLI:NL:GHSE:2022:476.

[3]

Hof Den Haag 27 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:641.

[4]

Hof Arnhem-Leeuwarden 11 januari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:114. Zie voor nog een voorbeeld van de toepassing van art. 22 Rv: Hof Arnhem-Leeuwarden 18 oktober 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:8968.

[5]

Hof Arnhem-Leeuwarden 29 maart 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:2443.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.5

I.1.5 Aansprakelijkheid in faillissement – art. 2:138/248 BW

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

I.1.5.1 Inleiding I.1.5.2 Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling (lid 1) I.1.5.3 Bewijsvermoedens (lid 2): administratieplicht I.1.5.4 Bewijsvermoedens (lid 2): deponeringsplicht I.1.5.5 Ontzenuwen bewijsvermoedens I.1.5.6 Disculpatie I.1.5.7 Matiging I.1.5.8 Feitelijk beleidsbepaler I.1.5.9 Overdraagbaarheid van een vordering ex art. 2:248 BW

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.5.1

I.1.5.1 Inleiding

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

In geval van faillissement van de vennootschap kan iedere bestuurder op grond van art. 2:138/248 BW jegens de boedel

hoofdelijk aansprakelijk worden gehouden voor het boedelttekort, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Hierbij moet aannemelijk worden gemaakt dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De curator zal het causaal verband moeten aantonen. Deze bewijslast wordt in art. 2:138/248 lid 2 BW met bewijsvermoedens verlicht. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit art. 2:10 BW (administratie) of art. 2:394 BW (publicatie jaarrekening), heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Het eerste vermoeden dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld is onweerlegbaar. Het tweede vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling geacht wordt een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn is wel weerlegbaar. Om het vermoeden te ontzenuwen is voldoende dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Daarbij kan vooral kunnen worden gedacht aan van buiten komende oorzaken, maar dat hoeft niet.^[1] Een bestuurder kan ook wijzen op het handelen of nalaten van een of meer bestuurders, mits dat handelen op zichzelf beschouwd geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.^[2] Slaagt de bestuurder in het ontzenuwen van het vermoeden, dan ligt het op de weg van de curator om op de voet van art. 2:138/248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.^[3]

Uit empirisch onderzoek dat over de periode 2016 t/m 2021 is gedaan naar de bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement van art. 2:248 BW volgt dat zaken die worden aangespannen door de curator redelijk succesvol zijn.^[4] In 62% van de (gepubliceerde) lagere rechtspraak wordt een bestuurder aansprakelijk geacht. Daarbij speelt het bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW een belangrijke rol. In 83,5% van de procedures waarin de curator een of meer bestuurders aansprakelijk heeft gesteld op grond van art. 2:248 BW, is een beroep gedaan op het bewijsvermoeden in lid 2 van dat artikel. In circa 63% van de gevallen is een dergelijk beroep succesvol, hetgeen ongeveer overeenkomt met de succesratio van curatoren over de gehele breedte van dit soort zaken. In de geschillen waarin het bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW werd aangenomen, was in slechts 18% van de gevallen de bestuurder in staat om het bewijsvermoeden te ontzenuwen.^[5]

Wij hebben het onderzoek van Hekman en Vos voor dit kroniekjaar aan de hand van de door hen geformuleerde criteria voortgezet en komen tot enigszins vergelijkbare conclusies.^[6] In 60% van de gevallen werd een bestuurder aansprakelijk geacht. In 88% van de procedures waarin de curator een of meer bestuurders aansprakelijk heeft gesteld op grond van art. 2:248 lid 1 BW, is een beroep gedaan op het bewijsvermoeden in lid 2 van dat artikel. Een opvallende uitschieter is het aantal gevallen waarin bestuurder(s) het aangenomen bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW hebben kunnen ontzenuwen.

In maar liefst 31% van de gevallen was een dergelijk beroep succesvol.^[7] Wij bespreken in paragraaf 5.5 een aantal situaties.

Voetnoten

[\[1\]](#)

HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773.

[\[2\]](#)

HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099 (*Mobile Services*).

[\[3\]](#)

Zie HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916.

[\[4\]](#)

T. Hekman & B.W. Vos, 'Een empirisch onderzoek naar de bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement van artikel 2:248 BW', *FIP* 2022/10. Het empirisch onderzoek omvat alle gepubliceerde lagere rechtspraak in de periode 2016 tot en met 2021.

[\[5\]](#)

Volgens de auteurs was hierbij doorgaans het doorslaggevende argument voor ontzenuwing het aannemelijk maken door de bestuurder dat andere feiten en omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement waren geweest. Ook kwam voor dat de curator een schending van de administratieplicht onvoldoende had bewezen of dat het niet-tijdig publiceren van de jaarrekening door de rechtbank werd aangemerkt als onbelangrijk verzuim als bedoeld in de slotzin van art. 2:248 lid 2 BW.

[\[6\]](#)

Wij verwijzen hiervoor naar de onderbouwing van het empirisch onderzoek van Hekman en Vos, p. 7 en 8. Ons onderzoek strekt zich uit tot de gepubliceerde lagere rechtspraak over art. 2:248 BW in het jaar 2022. Wij hebben daarbij gebruik gemaakt van het zoeklemma '2:248 BW'. Dit heeft geleid tot 42 unieke uitspraken. Net als Hekman en Vos hebben wij uitspraken waarin meerdere bestuurders tegelijk aansprakelijk zijn gesteld als één uitspraak geteld, ook al betreffen dit formeel juridisch afzonderlijke procedures. Vervolgens hebben wij de uitspraken individueel bekeken om te beoordelen of de uitspraken daadwerkelijk over bestuurdersaansprakelijkheid gaan. Wij zijn gekomen tot een selectie van 26 geschikte uitspraken. De auteurs danken Janneke Verstappen die tijdens haar student-stage heeft geholpen met het onderzoek.

[\[7\]](#)

Vgl. Rb. Zeeland-West-Brabant 12 januari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:108; Rb. Gelderland 9 maart 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1256; Rb. Midden-

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.5.2

I.1.5.2 Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling (lid 1)

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Aan het door art. 2:248 lid 1 BW vereiste causale verband tussen de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement van de vennootschap, wordt in de rechtspraak en literatuur relatief weinig aandacht besteed. In een zaak die de Hoge Raad uiteindelijk heeft afgedaan op basis van art. 81 RO komt dit onderwerp wel aan de orde. De relevante achtergrond is kort gezegd de volgende. De curator van Welsec Schilders- en Classificeerbedrijf (hierna: Welsec) heeft de bestuurder en feitelijk beleidsbepaler c.q. commissaris aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort op grond van art. 2:248 BW jo. 2:259 BW (gezamenlijk aangeduid als de 'betrokkenen'). De curator verwijt de betrokkenen dat zij geen voorziening hebben getroffen voor een al jaren bekende en uiteindelijk in een procedure vastgestelde vordering van de Staat van (afgerond) 1,2 miljoen euro, terwijl zij wel uitvoering hebben gegeven aan dividendbesluiten tot uitkering van het volledige bedrijfsresultaat van ruim 1,3 miljoen euro. Welsec heeft uiteindelijk haar eigen faillissement aangevraagd, omdat zij niet in staat was om de vordering van de Staat te betalen. De Rechtbank Leeuwarden heeft de vorderingen van de curator toegewezen. In hoger beroep heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het cassatieberoep spitst zich toe op de stelplicht en bewijslast van de curator met betrekking tot de aansprakelijkheidsvorderingen. De bestuurders klagen onder andere dat het hof de bewijslastverdeling uit art. 2:248 lid 1 BW had miskend. A-G Assink gaat hier in zijn conclusie echter niet in mee.^[1]

Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van art. 2:248 BW en relevante literatuur gaat Assink in op de toepassing van art. 2:248 lid 1 BW. Volgens Assink kunnen voor toepassing van art. 2:248 BW verschillende belangrijke oorzaken van het faillissement bestaan. De curator kan ook een samenstel van (kennelijk onbehoorlijke taakvervulling opleverende) handelingen en/of nalatigheden aanvoeren als een belangrijke oorzaak van het faillissement. Een door de curator gedaan beroep op dit causaal verband is vatbaar voor betwisting door de aangesproken persoon of personen. De zware sanctie van hoofdelijke aansprakelijkheid voor het gehele boedeltekort brengt met zich dat niet (te) licht over de causaliteitshorde in art. 2:248 lid 1 BW heen gesprongen mag worden. Niettemin bestaat er voor de rechter enige ruimte bij de beoordeling van het hier vereiste causale verband. Het moet aannemelijk zijn dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Het is onvoldoende om enkel vast te stellen dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een voorwaarde voor het faillissement was, maar de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling hoeft ook niet dé belangrijkste oorzaak van het faillissement te zijn. Volgens Assink is dit in het systeem van art. 2:248 BW logisch verklaarbaar, waarbij hij onder andere wijst op de wetsgeschiedenis en systematiek van art. 2:248 BW.^[2] Na een uitvoerige bespreking van de feiten concludeert Assink dat het hof terecht heeft kunnen aannemen dat de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling in causaal verband staat tot het faillissement. Zo was in de eigen faillissementsaangifte van Welsec bijvoorbeeld aangegeven dat de oorzaak van de faillissementsaanvraag was gelegen in het arrest waarin de vordering van de Staat werd toegewezen. Het oordeel van het hof geeft volgens Assink geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Ook de overige klachten van de bestuurders falen. De conclusie van Assink strekt dan ook tot verwerping van het cassatieberoep. De Hoge Raad wijst, onder verwijzing naar art. 81 RO en in lijn met de conclusie van de A-G, alle cassatiemiddelen af en verwerpt het beroep.

Periode van kennelijk onbehoorlijk bestuur

Het kennelijk onbehoorlijke bestuur moet ingevolge art. 2:248 lid 6 BW hebben plaatsgevonden in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement. In sommige situaties zal het eenvoudig zijn om deze grens vast te stellen, maar dat is niet altijd het geval. In een zaak bij de Rechtbank Overijssel verwijt de curator de bestuurders dat zij ten onrechte jarenlang kosten voor onderzoek en ontwikkeling als immateriële activa hebben geactiveerd.^[3] De rechtbank constateert echter dat deze handelingen grotendeels hebben plaatsgevonden vóór de periode van drie jaar voorafgaand aan het faillissement. Volgens de rechtbank zou slechts het niet terugdraaien van deze handelingen door het bestuur in de periode drie jaar voorafgaand aan het faillissement als grondslag kunnen dienen voor een vordering op grond van art. 2:248 BW. Gelet op de 'strengere maatstaf' van art. 2:248 BW zal dat volgens de rechtbank niet al te snel het geval zijn.^[4] De rechtbank komt tot de conclusie dat het standpunt van de curator onvoldoende gemotiveerd is en wijst de vorderingen dan ook af.

De omgekeerde situatie deed zich voor in een zaak bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.^[5] Daar vonden de verweten handelingen plaats toen het faillissement van de vennootschap al onvermijdelijk was. Volgens het hof betekent dit dat de verweten handelingen niet als belangrijke oorzaak van het faillissement kunnen worden aangemerkt en daarmee niet voldaan is aan de eisen van art. 2:248 BW voor de aansprakelijkheid van de bestuurder. Dat laatste neemt volgens het hof overigens niet weg dat het handelen wel op een andere rechtsgrond aansprakelijkheid kan opleveren voor schade die de

Beoordeling van kennelijk onbehoorlijk bestuur

Van kennelijk onbehoorlijk bestuur kan volgens het *Panmo*-arrest alleen sprake zijn als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden op dezelfde wijze gehandeld zou hebben.^[7] Daarbij moet gekeken worden naar de totaliteit en samenhang van alle gedragingen, zonder wijsheid achteraf.^[8] In een art. 81 RO-arrest van de Hoge Raad van 25 november 2022 klagen de bestuurders dat het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dit heeft miskend.^[9] In deze zaak heeft de curator van het gefailleerde VRT vijf (on)middellijke bestuurders aansprakelijk gesteld wegens onbehoorlijk bestuur, omdat de vennootschap reeds vanaf haar aanvang onvoldoende gefinancierd werd en de bestuurders de onderneming met onvoldoende perspectief hebben voortgezet. In hoger beroep heeft het hof, in navolging van de Rechtbank Midden-Nederland, geoordeeld dat het voortzetten van VRT, onder andere door slechte marktomstandigheden en beperkte financieringsmogelijkheden wegens de groepsstructuur, leidt tot aansprakelijkheid op de voet van art. 2:248 BW jo. art. 2:11 BW. In cassatie klagen de bestuurders dat het hof heeft miskend dat van onbehoorlijk bestuur slechts sprake kan zijn als geen redelijk denkende bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – zo gehandeld zou hebben, nu de bestuurders zich hebben ingespannen, en niets hebben nagelaten, om de onderneming te redden, al maakten deze inspanningen geen verschil. A-G Assink concludeert dat het hof de juiste maatstaf voor kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:248 lid 1 BW vooropstelt en vervolgens ook toepast.^[10] Het hof heeft volgens hem terecht geoordeeld dat VRT vanaf de aanvang niet over voldoende liquiditeit beschikte voor een verantwoorde voortzetting van de onderneming en dat tevens geen concreet zicht bestond op verbetering van de financiële positie. Volgens Assink blijkt ook nergens uit dat het hof een aan de bestuurders toekomende mate van handelingsvrijheid heeft genegeerd, heeft aangenomen dat het lijden van verlies door de vennootschap al wetenschap van benadeling oplevert, of is uitgegaan van een onterechte (resultaat)verplichting van de bestuurders op straffe van bestuurdersaansprakelijkheid.

Bij de beoordeling van het handelen van de bestuurders is het dus niet de bedoeling dat zij worden afgerekend op gevoerd beleid dat achteraf als niet succesvol, minder gelukkig of onjuist kan worden aangemerkt. Dit uitgangspunt wordt wederom benadrukt in een arrest van het Gerechtshof Den Haag van 22 maart 2022.^[11] De curator van het gefailleerde Telerepair Holding maakt de bestuurders verschillende verwijten, die grotendeels neerkomen op tekortkomingen bij het leidinggeven aan Tsjechische dochtervennootschappen van Telerepair Holding. Volgens de curator is het de gehele Telerepair-groep niet in voldoende mate gelukt om mee te bewegen in een veranderende markt, waardoor eerst de Tsjechische dochtervennootschappen failliet zijn gegaan en daarna Telerepair Holding zelf. De curator verwijt Telerepair Holding dus feitelijk dat zij als aandeelhouder nalatig is geweest bij het geven van sturing aan haar Tsjechische dochtervennootschappen, van welk nalaten vervolgens de bestuurders (als bestuurders van Telerepair Holding) het verwijt kan worden gemaakt dat zij hun taken kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld. Het hof constateert dat het beroep van de curator in de kern genomen een beroep op 'concern-aansprakelijkheid' betreft.^[12] Het hof acht een dergelijk beroep niet principieel onmogelijk, maar stelt vast dat hier in dit geval geen sprake van is. De bestuurders hebben namelijk onderbouwd maatregelen te hebben genomen, alleen hebben die het tij niet kunnen keren. De mogelijkheid dat een andere bestuurder daar wel in geslaagd zou zijn, maakt nog niet dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling.^[13]

Voetnoten

[\[1\]](#)

Concl. A-G B.F. Assink, ECLI:NL:PHR:2021:739, bij HR 4 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:117.

[\[2\]](#)

Concl. A-G B.F. Assink, ECLI:NL:PHR:2021:739, bij HR 4 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:117, par. 3.4.

[\[3\]](#)

Rb. Overijssel 16 februari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:541.

[\[4\]](#)

Rb. Overijssel 16 februari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:541, r.o. 6.47.

[\[5\]](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:2977, r.o. 6.14.

[\[6\]](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:2977, r.o. 6.15.

[\[7\]](#)

HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053; HR 7 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2096.

[\[8\]](#)

HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6017.

[9]

HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1736.

[10]

Concl. A-G B.F. Assink, ECLI:NL:PHR:2022:803, bij HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1736, par. 3.15.1.

[11]

Hof Den Haag 22 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:863. Vergelijk ook Rb. Limburg 29 september 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:7275.

[12]

Hof Den Haag 22 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:863, r.o. 6.24.

[13]

Hof Den Haag 22 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:863, r.o. 6.17 en 6.27.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.5.3

1.1.5.3 Bewijsvermoedens (lid 2): administratieplicht

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Het bestuur is op grond van art. 2:10 BW verplicht een administratie te voeren van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden. Dit brengt mee dat de inrichting van de administratie niet voor iedere rechtspersoon aan dezelfde eisen zal hoeven te voldoen. Die eisen hangen mede af van de aard en opzet alsmede de organisatie van de onderneming van de rechtspersoon en haar werkzaamheden.^[1] Zo kon een vennootschap die zich bezighield met het verbouwen van oude boorplatforms, waarin 'miljoenen euro's omgingen via een tamelijk complexe structuur'^[2] bijvoorbeeld niet volstaan met het verwerken van betalingen in enkel een Excelsheet.^[3] Het bestuur van een vennootschap die nauwelijks activiteiten had, kon daarentegen niet worden verweten dat zij (nog) geen bankrekening of kasboek had of pintransacties niet administreerde.^[4] Ook de Rechtbank Overijssel was betrekkelijk coulant. In de projectadministratie van de vennootschap waren fouten gemaakt waardoor bepaalde subsidievoorwaarden waren geschonden en (een deel van) het verstrekte subsidiebedrag werd teruggevorderd. Volgens de rechtbank leiden deze fouten 'niet automatisch' tot de conclusie dat de administratieplicht van art. 2:10 BW is geschonden.^[5] Dat zou anders zijn geweest als de curator zou hebben gesteld en onderbouwd dat de 'structureel gebrekkige projectadministratie' tot onjuiste balansposten heeft geleid of in een situatie waarin het ontbreken aan een eenduidig en getrouw beeld van de rechten en verplichtingen van de vennootschap, maar daarvan is geen sprake.

Verloren administratie

De administratieplicht kan tevens inhouden dat het bestuur maatregelen neemt om de beschikking (terug) te krijgen over de administratie. De bestuurder van de gefailleerde vennootschap MKD leek te erkennen dat belangrijke boekhoudkundige stukken ontbraken, maar stelde dat hij daarover de beschikking was verloren na deze bij een derde te hebben opgeslagen.^[6] De Rechtbank Amsterdam overweegt onzes inziens terecht dat dit geheel in de risicosfeer ligt van de bestuurder; het is zijn verantwoordelijkheid om de administratie op zodanige wijze te bewaren dat deze voor hem toegankelijk is en blijft. Het argument dat de administratie zou zijn weggemaakt door de voormalig bestuurder van de vennootschap zal opvolgende bestuurders doorgaans ook niet baten, in ieder geval niet als zij geen duidelijke pogingen hebben ondernomen om de administratie terug te krijgen of op te maken.^[7]

Voormalig bestuurders krijgen inzicht in de faillissementsadministratie

Als de administratie wel beschikbaar is, maar de bestuurders deze niet meer voor handen hebben, kunnen zij de curator verzoeken om inzage te krijgen in de faillissementsadministratie van de vennootschap. In de zaak bij de Rechtbank Rotterdam heeft de curator de bestuurders aangesproken voor het faillissementstekort, waarbij hij gebruik maakte van het bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW. In een 843a-incident vorderen de bestuurders van Abengoa Bioenergy Netherlands primair verstrekking van een ongecensureerde kopie van de volledige pre-faillissementsadministratie tegen vergoeding van redelijke kosten, dan wel subsidiair bepaalde in de processtukken vermelde bescheiden.^[8] De rechtbank toetst deze vorderingen aan de vereisten van art. 843a Rv en wijst de primaire vordering toe. De verplichtingen uit de AVG vormen volgens de rechtbank geen gewichtige reden in de zin van art. 843a lid 4 Rv. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat de bestuurders al voorafgaand aan het instellen van de inzagevordering bereid waren om een geheimhoudingsovereenkomst te ondertekenen waarin waarborgen waren opgenomen die het voor de curator mogelijk maakten om de administratie aan de bestuurders te verstrekken zonder inbreuk te maken op de AVG. Deze geheimhoudingsovereenkomst is uiteindelijk niet tot stand gekomen omdat de bestuurders weigeren om hun (internationale) adresgegevens met de curator te delen. De bestuurders zijn wel bereid om woonplaats te kiezen aan het adres van hun

Nederlandse advocaat. De rechtbank is van oordeel dat daarmee de bezwaren van de curator voldoende zijn weggenomen en veroordeelt de curator om een kopie van de pre-faillissementsadministratie aan de bestuurders te verstrekken.

Het oordeel van de rechtbank komt ons in dit geval niet onlogisch voor, zeker nu partijen feitelijk al tot een geheimhoudingsovereenkomst waren gekomen. Daarmee is helaas nog niet uitgemaakt of de verplichtingen uit hoofde van de AVG een gewichtige reden kunnen opleveren, en dan in het bijzonder in een 843a-incident dat is ingesteld door de bestuurders van de gefailleerde vennootschap.^[9] De curator is, bij de uitvoering van zijn taak als beheerder en vereffenaar van de boedel, ook gehouden om de AVG na te leven.^[10] De afwikkeling van het faillissement moet derhalve plaatsvinden op met de AVG verenigbare wijze. Dit betekent bijvoorbeeld dat een curator klantenbestanden niet zomaar mag overdragen als hij daarvoor geen grondslag heeft, geen persoonsgegevens in het faillissementsverslag mag zetten zonder grondslag, en dat hij de rechten van betrokkenen moet respecteren. Hoewel een veel aangehaald argument, staat de AVG in algemene zin niet in de weg aan (iedere vorm van) informatie-uitwisseling in een faillissement. De pre-faillissementsadministratie bevat immers óók veel gegevens die niet kwalificeren als persoonsgegevens in de zin van de AVG. Waar het wel om persoonsgegevens gaat, verzet de AVG zich niet geheel tegen de verwerking daarvan, maar zal eenvoudigweg moeten worden geborgd dat persoonsgegevens met inachtneming van de beginselen en de verplichtingen in de AVG, zoals op grond van een wettelijke grondslag ex art. 6 AVG, worden verwerkt. Daaronder wordt mede verstaan dat het verstrekken of inzichtelijk maken daarvan aan (oud-)bestuurders van de failliet of andere derden conform de AVG zal moeten plaatsvinden. Het argument van de curator dat hij de volledige pre-faillissementsadministratie niet kan verstrekken omdat deze veel persoonsgegevens bevat, behoeft dus enige nuancering. Ons gevoel is dat de curator de AVG met name als gelegenheidsargument heeft aangevoerd om de pre-faillissementsadministratie maar niet te hoeven delen.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Zie voor enkele recente voorbeelden: Rb. Overijssel 12 oktober 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:3050; Rb. Noord-Holland 16 maart 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2388; Rb. Oost-Brabant 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4668.

[\[2\]](#)

Rb. Amsterdam 31 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5429.

[\[3\]](#)

Rb. Amsterdam 31 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5429.

[\[4\]](#)

Rb. Gelderland 7 september 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5238.

[\[5\]](#)

Rb. Overijssel 18 mei 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2529, r.o. 5.10.

[\[6\]](#)

Rb. Overijssel 12 oktober 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:3059.

[\[7\]](#)

Rb. Amsterdam 31 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5429.

[\[8\]](#)

Rb. Rotterdam 28 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11471.

[\[9\]](#)

Rb. Rotterdam 28 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11471, r.o. 3.10-3.12.

[\[10\]](#)

Dit wordt tevens benadrukt in het wetsvoorstel Verzamelwet gegevensbescherming, *Kamerstukken II* 2022-2023, 36264, nr. 2.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.5.4

I.1.5.4 Bewijsvermoedens (lid 2): deponeringsplicht

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Naast de administratieplicht kan een curator in het kader van de bewijsvermoedens van art. 2:248 lid 2 BW ook een beroep doen op schending van de deponeringsplicht uit art. 2:394 BW. Curatoren maken hier graag gebruik van. Mogelijkerwijs kan dit worden verklaard doordat de deponeringsplicht betrekkelijk vaak wordt geschonden. Dit kroniekjaar werd in meer dan de helft van de uitspraken van rechtbanken (ex art. 2:138/248 BW) vastgesteld dat de deponeringsplicht was geschonden.

[1]

Daarbij ligt de focus met name op de termijnoverschrijding voor de openbaarmaking van de jaarrekeningen.^[1] Het is immers eenvoudig vast te stellen of een rechtspersoon in de drie jaren voorafgaande aan het faillissement de jaarrekening tijdig heeft gedeponereerd of niet.^[2] Wij zullen ons in dit hoofdstuk beperken tot enkele opvallende uitspraken.

Bestuurswisseling

In het faillissement van Waterwerken.nl stelde de curator een voormalig bestuurder ('de bestuurder') en haar opvolger ('de echtgenoot') aansprakelijk voor het boedeltekort wegens (onder meer) schending van de deponeringsplicht.^[3] Vanaf de datum van oprichting tot 1 augustus 2016 was de bestuurder enig statutair bestuurder en aandeelhouder van Waterwerken.nl. Na die datum is de echtgenoot van de bestuurder enig statutair bestuurder geworden. In januari 2017 ging de vennootschap failliet. In eerste aanleg komt de Rechtbank Noord-Nederland tot het oordeel dat het bestuur niet heeft voldaan aan haar verplichting om tijdig een jaarrekening over de boekjaren 2014 en 2015 te publiceren conform art. 2:394 BW. De bestuurders gaan in hoger beroep. Volgens de bestuurders heeft de rechtbank voor de aansprakelijkheid die volgt uit art 2:248 lid 1 en lid 2 BW ten onrechte geen onderscheid gemaakt tussen de bestuurder en de echtgenoot en tussen de boekjaren 2014 en 2015.

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden stelt allereerst vast dat de jaarrekening over het boekjaar 2014 niet tijdig is vastgesteld door de algemene vergadering van aandeelhouders en door de bestuurder niet tijdig is gepubliceerd. Voor de jaarrekening over het boekjaar 2015 overweegt het hof: *"De stelling van de curator dat de jaarrekening over 2015 te laat is gepubliceerd omdat er geen rechtsgeldig verlengingsbesluit is genomen – als gevolg waarvan [de bestuurder] de jaarrekening binnen twee maanden na het einde van het boekjaar had moeten opmaken, vervolgens laten vaststellen en publiceren, hetgeen ruim voor de datum van haar aftreden was."*^[4] Wij kunnen het hof hierin niet goed volgen. Het bestuur moet de jaarrekening binnen vijf maanden (en niet twee maanden) na afloop van het boekjaar opmaken, met een verlengingsmogelijkheid van nog eens vijf maanden (art. 2:210 lid 1 BW). Is de jaarrekening niet binnen twee maanden na afloop van de voor het opmaken voorgeschreven termijn overeenkomstig de wettelijke voorschriften vastgesteld, dan maakt het bestuur onverwijld de opgemaakte jaarrekening openbaar (art. 2:394 lid 2 BW). Voor de vraag of de termijn voor de openbaarmaking van de jaarrekening al dan niet is geschonden, gaat het uiteindelijk echter om de vraag of de jaarrekening uiterlijk twaalf maanden na afloop van het boekjaar is openbaar gemaakt, zo heeft de Hoge Raad bepaald.^[5] Ook wanneer er geen verlengingsbesluit ex art. 2:210 BW is genomen of er geen bijzondere omstandigheden waren die de verlenging rechtvaardigden, is er voor de toepassing van art. 2:248 lid 2 BW dus sprake van een schending van de openbaarmakingsplicht, wanneer de jaarrekening niet uiterlijk twaalf maanden na afloop van het boekjaar is openbaar gemaakt. Vermoedelijk haalt het hof (of eigenlijk: de curator) hier dus de termijnen van art. 2:210 lid 1 BW en 2:394 lid 2 BW door de war.

Het maakt voor de uitkomst van het arrest uiteindelijk niet uit. Het hof stelt namelijk ook vast dat voor het geval wel van een rechtsgeldig verlengingsbesluit zou worden uitgegaan, de curator – eveneens onvoldoende betwist – heeft gesteld dat de jaarrekening over het boekjaar 2015 niet rechtsgeldig is vastgesteld wegens het ontbreken van een daartoe strekkend besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders. De bestuurder was als enig aandeelhouder niet ter vergadering van 1 december 2016 aanwezig. Als gevolg hiervan heeft het bestuur daarom ook niet voldaan aan de publicatieplicht ten aanzien van een vastgestelde jaarrekening over 2015.

Onbelangrijk verzuim

In de literatuur is al jarenlang kritiek op de strenge bewijsregel van art. 2:248 lid 2 BW dat bij het schenden van de administratie- en publicatieplicht onbehoorlijk bestuur onweerlegbaar vaststaat.^[6] De kritiek richt zich met name op de koppeling in art. 2:248 lid 2 BW van de bestuurdersaansprakelijkheid aan de (tijdige) openbaarmaking van de jaarrekening. Het al dan niet naleven van die verplichtingen zegt volgens critici weinig over de vraag of bestuurders wel of niet bonafide zijn en of de schuldeisers wel of niet op onbehoorlijke wijze zijn geschaad.

Met de 'onbelangrijk verzuim-exceptie' wordt de werking van art. 2:248 lid 2 BW enigszins gemitigeerd, met name in de context van termijnoverschrijdingen. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft zich dit jaar verschillende keren gebogen over de vraag of de overschrijding van de termijn voor openbaarmaking van een jaarrekening kwalificeert als een onbelangrijk verzuim.^[7] In een procedure over de aansprakelijkheid van een accountantskantoor was de jaarrekening 19 dagen te laat gepubliceerd, omdat de jaarrekening nog niet was opgemaakt. Hiervoor was geen plausibele verklaring. Volgens het hof kan op basis van de thans geldende jurisprudentie op dit punt niet worden geoordeeld dat, gezien de reden van de termijnoverschrijding, de te late publicatie door de rechter zonder meer als een gering verzuim zou worden aangemerkt.^[8] In een andere procedure erkende de bestuurder een jaarrekening ruim 7 maanden na de geldende maximumtermijn gedeponereerd te hebben. Deze jaarrekening werd echter gevolgd door twee wél tijdig gedeponeerde jaarrekeningen. Volgens de bestuurder moest de termijnoverschrijding daarom als een gering verzuim worden beschouwd, omdat de crediteuren daardoor voldoende waren geïnformeerd en er bovendien geen onbetaalde crediteuren waren die dateerden vanuit dat boekjaar of eerder. Deze argumenten gaan helaas niet op. Volgens het hof miskent de bestuurder met deze toelichting *"het geheel eigen systeem van de misbruikwetgeving in relatie tot het faillissement van de onderneming, waarbij*

– gelet op het gewicht dat aan de nakoming daarvan toekomt – het niet tijdig deponeren van een jaarrekening betekent dat als vaststaand moet worden aangenomen dat de bestuurder zijn taak ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld.”^[9]

Voetnoten

[\[1\]](#)

Zie in dit verband het arrest van Hof 's-Hertogenbosch 13 september 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:3141, waarin de belangrijkste termijnen van art. 2:394 en 2:210 BW aan de orde komen.

[\[2\]](#)

De verplichtingen uit art. 2:394 BW omvatten echter meer dan het openbaar maken van de jaarrekening. Ook een schending van de andere verplichtingen uit art. 2:394 BW kan het vermoeden van art. 2:138/248 lid 2 BW opleveren.

[\[3\]](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6134.

[\[4\]](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6134, r.o. 6.19.

[\[5\]](#)

HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713 (*Brens q.q./Sarper*), r.o. 3.3.

[\[6\]](#)

Boschma & Wezeman, 'Bestuurdersaansprakelijkheid bij BV's tien jaar later', WPNR 2022/7390, p. 789 onder verwijzing naar J.B. Wezeman, 'Het mechanisme van art. 2:248 lid 2 BW', in: B.F.J. Assink (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 463-470. Zie ook: Y. Borrius, 'Schending publicatieplicht: bewijsvermoeden te beteugelen?', in: P.W. Schreurs e.a. (red.), *De Gereedschapskist van de Curator. Insolad Jaarboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 23; Holtzer e.a. (red.), *Vereniging Corporate Litigation 2016-2017* (VDHI nr. 141) 2017, p. 12.

[\[7\]](#)

Hof 's-Hertogenbosch 22 februari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:535; Hof 's-Hertogenbosch 28 juni 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2099; Hof 's-Hertogenbosch 13 september 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:3141.

[\[8\]](#)

Hof 's-Hertogenbosch 13 september 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:3141, r.o. 3.44.

[\[9\]](#)

Hof 's-Hertogenbosch 28 juni 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:535, r.o. 9.4.2.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.5.5

1.1.5.5 Ontzenuwen bewijsvermoedens

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Voor het ontzenuwen van het bewijsvermoeden, dient de aangesproken bestuurder aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Daarbij is het niet van belang of een curator aan de bestuurder(s) heeft gevraagd om feiten en omstandigheden aan te dragen die aannemelijk kunnen maken dat er andere oorzaken zijn voor het faillissement dan het kennelijk onbehoorlijk bestuur.^[1] Het is immers aan de bestuurder(s) om het bewijsvermoeden te ontzenuwen. Pas als de bestuurder daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator om op de voet van art. 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.^[2]

In de praktijk wordt deze systematiek niet altijd op de juiste wijze toegepast.^[3] In het in paragraaf 3.3 genoemde arrest over de failliete thuiszorgorganisatie Solace verschuift het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden de bewijslast voor het kennelijk onbehoorlijk bestuur ten onrechte naar de curator.^[4] Het hof stelt eerst vast dat de deponeringstermijn van art. 2:394 BW van de jaarrekeningen 2012 en 2013 is overschreden.^[5] In plaats van te beoordelen of de bestuurders dit bewijsvermoeden hebben kunnen ontzenuwen, bespreekt het hof de stellingen van de curator dat de bestuurders hun taak (ook voor het overige) kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld zoals bedoeld in art. 2:248 lid 1 BW.^[6] Hoewel de curator er uiteindelijk in slaagt om te bewijzen dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, lijkt het hof de systematiek en verhouding van art. 2:248 lid 1 en lid 2 BW duidelijk te miskennen.

Ook in de lagere rechtspraak gaan rechters hierin nog wel eens (te) kort door de bocht. Zo laat de Rechtbank Rotterdam in het midden of het bestuur heeft voldaan aan de administratieplicht van art. 2:10 BW, omdat de bestuurders al onderbouwd

hebben gesteld dat het faillissement van de vennootschap haar oorzaak vond in het mislukken van drie van haar vastgoedprojecten als gevolg van de vastgoedcrisis die in 2008 wereldwijd uitbrak.^[7] Volgens de rechtbank heeft de curator dit onvoldoende gemotiveerd betwist. Een soortgelijke situatie doet zich voor in de procedure bij de Rechtbank Limburg.^[8] De rechtbank wijst de vorderingen van de curator af zonder in te gaan op de gestelde schendingen van de administratie- en deponeringsplicht, omdat de bestuurders reeds een andere belangrijke oorzaak van het faillissement aannemelijk hebben gemaakt. Hoewel de eindconclusie waarschijnlijk niet anders was geweest bij een juiste toepassing van de systematiek van art. 2:248 lid 2 BW, lijkt het ons wel zo zuiver als rechters hier zorgvuldig mee om blijven gaan.

Belangrijke oorzaak van het faillissement

In de introductie van dit hoofdstuk vermeldde wij al dat dit jaar opvallend veel bestuurders erin zijn geslaagd om het bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW te ontzenuwen. Naast 'gebruikelijke' feiten en omstandigheden, zoals onverwachte tegenvallers, mislukte projecten, verslechterde marges en de kredietcrisis,^[9] waren er ook een aantal bijzondere gevallen.^[10] De bestuurder van een vennootschap die zich toelegde op het installeren van (verwarmings)installaties in gebouwen had binnen korte tijd wel heel veel tegenslagen. Hij voerde met succes aan dat het faillissement het gevolg is van het uitbranden van het oorspronkelijke, onverzekerde, bedrijfspand in februari 2019, het vertrek van zijn grootste opdrachtgever met een omzetverlies van 60% tot gevolg en het afbranden van de vervangende bedrijfsloods naast zijn woning in mei 2019. Door de branden zijn de administratie, de voorraden en het gereedschap verloren gegaan. Bovendien dekte de verzekering de schade van de laatstgenoemde brand (ook) niet. Tot slot zou de ex-vriendin van de bestuurder de reputatie van hem en het bedrijf aangetast hebben met negatieve uitingen. De rechtbank oordeelt dat met deze omstandigheden het bewijsvermoeden voldoende is ontzenuwd.^[11]

Vermeldenswaardig is ook een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam, waarin de rechtbank het recent gewezen *Mobile Services*-arrest van de Hoge Raad toepast.^[12] In dit arrest heeft de Hoge Raad verduidelijkt dat naast van buiten komende oorzaken, ook handelen of nalaten van een of meer bestuurders dat op zichzelf beschouwd geen kennelijk onbehoorlijke taakvervulling oplevert voldoende kan zijn voor ontzenuwing van het in art. 2:248 lid 2 BW bedoelde bewijsvermoeden. De (indirect) bestuurder van Energie der Nederlanden ('EdN') maakte dankbaar gebruik van deze mogelijkheid.^[13] EdN was (samen met een andere vennootschap) hoofdelijk veroordeeld tot betaling van een bedrag van 11,5 miljoen euro aan Warmtekracht OndersteuningsMaatschappij CVBA ('WOM'). De rechtbank stelt vast dat sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, omdat de deponeringsplicht en administratieplicht waren geschonden. Volgens de bestuurder is de veroordeling jegens de WOM echter een belangrijke oorzaak van het faillissement van EdN. Deze vordering vindt haar basis in een onjuiste inschatting van de energiemarkt; de inkoop van energie werd niet goed afgestemd op de verkoop daarvan. De rechtbank erkent dat het maken van een inschattingsfout in het algemeen niet voldoende is om te oordelen dat sprake is van onbehoorlijk bestuur. Ook het niet-aanstonds betalen van de vordering van WOM kan geen onbehoorlijk bestuur opleveren. De rechtbank komt dan ook tot de conclusie dat de bestuurder het bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW met succes heeft weten te ontzenuwen.

De hierboven weergegeven uitspraken zijn uiteraard de succesverhalen. In het merendeel van de gevallen slaagden bestuurders er niet in om feiten en omstandigheden aan te dragen ter ontzenuwing van het bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW. Noemenswaardig zijn nog wel de pogingen van bestuurders om de coronapandemie aan te dragen als belangrijke oorzaak van het faillissement.^[14] Voor zover wij hebben kunnen nagaan is geen enkele bestuurder hier tot nu toe in geslaagd.^[15] De enkele omstandigheid dat de coronapandemie in negatieve zin heeft bijgedragen aan de bedrijfsvoering van een vennootschap, wordt door rechters op zichzelf als onvoldoende beschouwd om het vermoeden te weerleggen dat onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.^[16] De coronapandemie kan wel aanleiding geven om het (nog vast te stellen) boedelttekort te matigen.^[17]

Ongetwijfeld zal de coronapandemie ook in volgende kronieken terugkomen bij de ontzenuwing van het bewijsvermoeden. In dit verband is tevens interessant wat rechters zullen doen met de aansprakelijkheid van bestuurders in faillissement die (mede) zijn veroorzaakt door de hoge energieprijzen. Als schot voor de boeg wijzen wij alvast op voornoemde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in het faillissement van EdN (inschattingsfout op de energiemarkt) en een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland (waarin een bestuurder zich onder meer beriep op een stijging van de brandstofkosten).^[18] Uit beide zaken blijkt dat de weerlegging van het bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW valt of staat met de onderbouwing daarvan, en in het bijzonder van de concrete gevolgen van deze crises voor de bedrijfsvoering van de desbetreffende vennootschap.

Voetnoten

[1]

Hof 's-Hertogenbosch 28 juni 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2099, r.o. 9.4.4.

[2]

HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773; HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916.

[3]

Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6167; Rb. Overijssel 16 februari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:541.

[4]

Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6167.

[5]

Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6167, r.o. 3.4.

[6]

Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6167, r.o. 3.5 en 3.10.

[7]

Rb. Rotterdam 28 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11461, r.o. 5.6.

[8]

Rb. Limburg 29 september 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:7275.

[9]

Vgl. Rb. Zeeland-West-Brabant 12 januari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:108; Rb. Midden-Nederland 16 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1182 en Rb. Overijssel 18 mei 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2529.

[10]

Zie naast het beschreven voorbeeld ook: Rb. Midden-Nederland 29 juni 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2769, waarin de directe aanleiding voor het faillissement is geweest dat de koper van de vennootschap de onderneming niet heeft voortgezet, maar de vennootschap heeft gebruikt voor onverklaarbare financiële transacties.

[11]

Rb. Gelderland 9 maart 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1256.

[12]

Rb. Rotterdam 6 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5954, r.o. 4.10 onder verwijzing naar HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099.

[13]

Rb. Rotterdam 6 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5954, r.o. 4.10.

[14]

Rb. Overijssel 12 oktober 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:3059; Rb. Oost-Brabant 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4668; Rb. Gelderland 21 december 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:7123.

[15]

Rb. Overijssel 12 oktober 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:3059; Rb. Oost-Brabant 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4668; Rb. Gelderland 21 december 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:7123. In Rb. Amsterdam 22 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:886 heeft de rechtbank in het kader van de beoordeling van een homologatieverzoek van een akkoord het beroep op de coronapandemie en de daarmee gepaard gaande maatregelen als belangrijke oorzaak van het faillissement wel voldoende aannemelijk geacht.

[16]

Rb. Oost-Brabant 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4668, r.o. 5.33.

[17]

Rb. Oost-Brabant 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4668, r.o. 5.33.

[18]

Rb. Rotterdam 6 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5954; Rb. Midden-Nederland 16 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1182.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.5.6

I.1.5.6 Disculpatie

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Art. 2:248 lid 3 BW biedt een individuele bestuurder de mogelijkheid zich te disculperen voor de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur als bedoeld in art. 2:248 lid 1 en 2 BW. Ook een (mede)beleidsbepaler in de zin van art. 2:248 lid 7 BW kan een beroep op de disculpatieregeling doen, aldus A-G Assink in zijn conclusie van 4 november 2022.¹¹

Om in aanmerking te komen voor disculpatie moet een bestuurder stellen en zo nodig bewijzen dat die onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten is geweest en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. De taakverdeling tussen bestuurders kan een rol spelen bij het beroep op disculpatie, maar

neemt niet weg dat medebestuurders toezicht op elkaar moeten uitoefenen.^[2] De bestuurders van 't Twentse Kozijnen Huis ('TKH') hadden de bestuurlijke taken aldus verdeeld dat de ene bestuurder verantwoordelijk was voor de financiële administratie, terwijl de andere bestuurder zich bezighield met technische zaken (onder andere de installatie van kozijnen). Deze laatste bestuurder stelde ter onderbouwing van zijn beroep op disculpatie dat hij toezicht had gehouden op zijn medebestuurder, maar dat er op basis van de informatie die hij ontving geen aanleiding was om nader onderzoek te verrichten en dat hij op de informatie van zijn medebestuurder mocht vertrouwen. De Rechtbank Overijssel erkent dat een bestuurder in beginsel mag afgaan op de informatie die hem door de andere bestuurder tot wiens takenpakket de informatie behoort, is verstrekt, mits die informatie geen aanleiding geeft om zelfstandig onderzoek uit te voeren en die aanleiding er ook anderszins niet is.^[3] Dat de bestuurder meermalen om cijfers heeft gevraagd, maar deze niet kreeg, maakt volgens de rechtbank dat er juist aanleiding was om nader onderzoek te doen.

Bij de vraag in hoeverre een bestuurder mag afgaan op de informatie die hem door een andere bestuurder over diens taakvervulling wordt verstrekt, spelen ook de achtergrond en ervaring van de bestuurder een rol. De omstandigheid dat de bestuurder van TKH geen voorervaring als bestuurder had en niet daartoe was opgeleid of anderszins een hoge opleiding had genoten, betekende volgens de rechtbank dat van hem minder vergaand toezicht op zijn medebestuurder mocht worden gevergd, maar neemt niet weg dat hij wel enig toezicht had moeten houden.^[4] Van een bestuurder zonder bestuurlijke voorervaring of relevante opleiding, mag op zijn minst verwacht worden dat hij zich vergewist van de inhoud van documenten die hij ondertekent, waaronder de inschrijving bij de KvK. Het had dan ook op de weg van de bestuurder gelegen om zich in ieder geval tot op zekere hoogte te informeren over zijn verantwoordelijkheden als bestuurder, aldus de rechtbank.^[5]

Voetnoten

[\[1\]](#)

Concl. B.F. Assink, ECLI:NL:PHR:2022:1023, bij HR 4 november 2022, 21/04876, par. 3.10.3.

[\[2\]](#)

Concl. B.F. Assink, ECLI:NL:PHR:2020:1012, bij HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099.

[\[3\]](#)

Rb. Overijssel 8 juni 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1768, r.o. 3.13.

[\[4\]](#)

Rb. Overijssel 8 juni 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1768, r.o. 3.15.

[\[5\]](#)

Rb. Overijssel 8 juni 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1768, r.o. 3.17.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.5.7

I.1.5.7 Matiging

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Art. 2:248 lid 4 BW geeft de rechter de bevoegdheid om het bedrag waarvoor bestuurders aansprakelijk zijn – ambtshalve of op verzoek van partijen – te matigen indien hem dat bovenmatig voorkomt. In de praktijk wordt zelden gebruik gemaakt van deze ambtshalve matigingsbevoegdheid. Uit het empirisch onderzoek van Hekman en Vos volgt dat in de afgelopen vijf jaar slechts in één zaak ambtshalve matiging is toegepast. Als de bestuurder al een beroep doet op matiging, wordt dit zelden toegewezen. De auteurs constateren dat slechts in 9% van de zaken een dergelijk beroep wordt gehonoreerd.^[1] Dat is voor het kroniekjaar 2022 overigens niet anders: slechts in één zaak heeft een rechtbank het (nog vast te stellen) boedeltekort gematigd.^[2]

Lange tijd bestond onduidelijkheid over de vraag of de matigingsgronden van art. 2:248 lid 4 BW al dan niet limitatief zijn. De heersende opvatting in de jurisprudentie en literatuur leek te zijn dat de gronden voor matiging limitatief zijn, in die zin dat er geen ruimte is voor de algemene civielrechtelijke matigingsregeling van art. 6:109 BW.^[3] Voor de collectieve matigingsgronden uit art. 2:248 lid 4 BW, eerste volzin, is deze duidelijkheid er nu wel gekomen.

In het arrest van 13 mei 2022 oordeelt de Hoge Raad dat de opgesomde matigingsgronden in art. 2:248 lid 4 BW eerste volzin (de collectieve matiging) limitatief zijn.^[4] Volgens de Hoge Raad blijkt dit zowel uit de tekst van de wet als uit de parlementaire geschiedenis van art. 2:248 lid 4 BW. De Hoge Raad volgt daarmee de conclusie van A-G Assink, die uitvoerig ingaat op de wettekst en de strekking van de parlementaire geschiedenis van art. 2:248 lid 4 BW. Volgens Assink volgt uit de parlementaire geschiedenis dat de wetgever art. 2:248 lid 4, eerste zin BW bewust zo heeft geformuleerd, en dus wenselijk heeft geacht zoals het luidt, als uitgebalanceerd onderdeel van een stelsel dat praktisch werkbaar is, waarbij

zowel het doel van het wetsvoorstel (versterking van de positie van de ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschap optredende faillissementscurator) als de bescherming van het bestuur tegen bovenmatige aansprakelijkheid wordt gediend. Tegen deze achtergrond verbaast het niet dat volgens de heersende leer in de literatuur de rechter wat betreft de collectieve matigingsvariant gebonden is aan de in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW vervatte matigingsgronden en dat aan de algemene civielrechtelijke gronden niet wordt toegekomen, aldus nog steeds Assink. Hij wijst er nog op dat moet worden bedacht dat in het bijzonder de in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW genoemde gronden ook gecombineerd toepasbaar zijn in een concreet geval en dat het gezien de functie van lid 4 als een waarborg tegen onredelijke consequenties niet in de rede ligt het toepassingsbereik van ieder van deze matigingsgronden in onevenredig vergaande mate te beperken via een in algemene zin geldende, zo restrictief mogelijk invulling daarvan, al zijn deze gronden daar dus uitputtend opgesomd.^[5]

Het arrest van de Hoge Raad is in de literatuur positief ontvangen.^[6] Annotator Scholten acht de conclusie van de Hoge Raad gezien de door Assink aangehaalde wetsgeschiedenis terecht.^[7] Art. 2:248 lid 4 BW fungeert als een *lex specialis* van art. 6:109 BW. Anders had de wetgever kunnen volstaan met een verwijzing naar art. 6:109 BW. Ook annotator Lennarts is positief, al vraagt zij zich wel af wat dit nu concreet betekent voor het bestuur dat een beroep doet op de collectieve matigingsgronden.^[8] Bovendien is volgens haar nog altijd niet duidelijk of er naast de individuele matiging op grond van art. 2:248 lid 4, tweede volzin BW ruimte is voor matiging op grond van art. 6:109 BW. Dat is een terechte observatie. De Rechtbank Overijssel wees op 23 februari 2022 nog een vonnis waarin zij het boedeltekort op grond van art. 6:109 BW heeft gematigd (de individuele matigingsgronden van art. 2:248 lid 4, tweede volzin, boden geen soelaas). De bestuurder in kwestie was 78 jaar oud, ziek en had onweersproken aangevoerd dat hij door het faillissement zijn gehele oudedagsvoorziening, die hij in de vennootschap had geïnvesteerd, in rook had zien opgaan.^[9] De rechtbank overweegt dat uit de parlementaire geschiedenis niet valt af te leiden dat de wetgever heeft beoogd dat bestuurders die op grond van art. 2:248 BW aansprakelijk worden gesteld, verstoken blijven van de algemene bescherming die art. 6:109 BW voor uitzonderlijke gevallen beoogt te bieden tegen onaanvaardbare uitkomsten. Volgens de rechtbank doen deze bijzondere omstandigheden zich hiervoor, waardoor het onaanvaardbaar is om de bestuurder aansprakelijk te houden voor het volledige boedeltekort.

Het is dus goed mogelijk dat de Hoge Raad de komende jaren wederom een arrest zal moeten wijzen over de uitleg van art. 2:248 lid 4, tweede volzin BW. De in de vorige paragraaf besproken uitspraak over de bestuurders van TKH kan hiervoor wellicht aanknopingspunten bieden. De bestuurder die een beroep deed op disculpatie, verzocht de rechtbank eveneens om het bedrag waarvoor hij aansprakelijk kon worden gehouden te matigen.^[10] De rechtbank ziet geen aanleiding om dit verzoek te honoreren, maar doet (wederom) een opvallende uitspraak. De rechtbank overweegt eerst, onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 13 mei 2022 dat de in art. 2:248 lid 4, eerste volzin BW genoemde gronden limitatief zijn, maar gecombineerd kunnen worden toegepast, waarbij het niet in de rede ligt de matigingsgronden restrictief in te vullen. Vervolgens overweegt de rechtbank dat de (collectieve) matigingsgronden daarom ook individueel kunnen worden toegepast. Dit betekent volgens de rechtbank dat naast de beperkte tijd waarop een bestuurder in functie was, ook kan worden gekeken naar de aard en ernst van de handelingen van een individuele bestuurder ten aanzien van de onbehoorlijke taakvervulling.^[11] Deze overweging is zeker in het licht van voornoemd arrest van de Hoge Raad en de conclusie van A-G Assink opvallend. Uit de wetsgeschiedenis volgt juist dat de wetgever deze matigingsgrond voor een individuele bestuurder bewust niet heeft opgenomen. Niet alleen omdat dit onnodig werd geacht, maar ook omdat dit van het beginsel van de hoofdelijke aansprakelijkheid weinig zou overlaten.^[12] Wij kunnen dan ook niet anders dan met annotator Lennarts concluderen: het bloed kruipt hier waar het volgens de wetgever niet gaan kan.

Voetnoten

[1]

Vgl. in dit verband ook het onderzoek van T.V.J. Bil & J.F. Fliek, 'De matigingsbevoegdheid van art. 2:248 lid 4 BW', *Tv* 2019/19. Uit hun analyse is naar voren gekomen dat tussen 1 januari 2008 en 28 februari 2019, 105 uitspraken zijn gepubliceerd waarin (ambtshalve) matiging aan de orde is gekomen. Slechts in 18 gevallen werd daadwerkelijk gematigd.

[2]

Rb. Oost-Brabant 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4668.

[3]

Rb. Overijssel 23 februari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:580, r.o. 4.26.

[4]

Zie de verwijzingen in voetnoot 29 van r.o. 3.9 van concl. A-G B.F. Assink, ECLI:NL:PHR:2022:47, bij HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691.

[5]

Concl. A-G Assink 21 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:47, bij HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, par. 3.13.

[6]

Vgl. in dit verband C.J. Scholten, annotatie bij HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, *JOR* 2022/198; M.L. Lennarts, annotatie bij HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, *Tv* 2022/29, par. 3.4; L. Visser, wenk bij HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, *RO* 2022/39; B.T. Berends, 'Hoe limitatief zijn de matigingsgronden van art. 2:248 lid 4 BW nu écht?', *MvV* 2022-12.

[7]

C.J. Scholten, annotatie bij HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, *JOR* 2022/198.

[8]

M.L. Lennarts, annotatie bij HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, *Tv* 2022/29, par. 3.4.

[9]

Rb. Overijssel 23 februari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:580, r.o. 4.27.

[10]

Rb. Overijssel 8 juni 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1768.

[11]

Rb. Overijssel 8 juni 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1768, r.o. 3.25.

[12]

Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 19.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.5.8

I.1.5.8 Feitelijk beleidsbepaler

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Voor toepassing van art. 2:248 lid 7 BW is vereist dat het beleid van de rechtspersoon bepaald of mede- bepaald is door iemand die niet formeel bestuurder van de vennootschap is. Om iemand als 'beleidsbepaler als ware hij bestuurder' aan te merken, moet volgens de wetsgeschiedenis enerzijds een directe bemoeienis met het bestuur zijn en anderzijds het formele bestuur feitelijk terzijde zijn gesteld.^[1] Over het vereiste van feitelijke terzijdestelling van het bestuur bestaat al enige tijd discussie in de literatuur. Daarin zijn twee stromingen te onderscheiden: enerzijds een enge opvatting waarin voor medebeleidsbepaling vereist is dat het bestuur daadwerkelijk terzijde wordt gesteld en een ruimere leer waarin voldoende wordt geacht dat de statutair bestuurder gedooft dat de feitelijke bestuurder het beleid (mede) bepaalt.^[2] In zijn conclusie van 4 november 2022 sluit A-G Assink zich aan bij de ruime leer. Zonder te veel gras voor de voeten van de volgende chroniqueurs weg te maaien, kunnen wij alvast verklappen dat dat de Hoge Raad deze mening eveneens is toegedaan.^[3]

In de lagere rechtspraak wordt het vereiste van feitelijke terzijdestelling al langer gerelativeerd.^[4] Zo acht het Gerechtshof 's-Hertogenbosch het niet noodzakelijk dat het statutaire bestuur daadwerkelijk terzijde werd geschoven.^[5] Volgens het hof is enkel vereist dat blijkt van daden die betrekking hebben op het bestuur van de vennootschap en dat het bestuur deze daden toelaat.^[6] Daarvan is volgens het hof – in dit geval – geen sprake, omdat niet vaststaat dat de vader van de statutair bestuurder zich bemoeide met het bestuur van de vennootschap, in de zin dat hij het beleid daarvan bepaalde of mede bepaalde. Dat de vader de bedrijfsvoering van de vennootschap op onderdelen heeft gefaciliteerd of daarvan heeft geprofiteerd is volgens het hof wat anders dan het feitelijk besturen van de vennootschap en dus niet voldoende.

In soortgelijke zin overweegt de Rechtbank Midden-Nederland dat het bij beleidsbepaling erom gaat of de betrokkene daadwerkelijk typische bestuurshandelingen heeft verricht, en meer in het bijzonder de bestuurstaak als bedoeld in art. 2:239 BW heeft uitgeoefend.^[7] Een sterke of zelfs beslissende invloed hebben op het beleid van het bestuur is onvoldoende om te spreken van een feitelijk beleidsbepaler. De betrokkene in kwestie was CEO van een aantal dochtervennootschappen en heeft vanuit die functie de dochtervennootschappen ook vertegenwoordigd. Zij was tevens verantwoordelijk voor de operationele gang van zaken. De rechtbank is het met de betrokkene eens dat uit de aard van de functie van CEO en de voornoemde werkzaamheden niet zonder meer voortvloeit dat er sprake is van beleidsbepaling. Ook de omstandigheid dat de betrokkene bij veel van de in de procedure overgelegde e-mails in de cc is meegenomen, maakt haar volgens de rechtbank nog geen feitelijke beleidsbepaler. ^[8]

Voetnoten

[1]

Concl. A-G B.F. Assink, ECLI:NL:PHR:2022:1023, bij HR 4 november 2022, 21/04876, par. 3.8.3. onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 6, p. 24.

[2]

J. Roest, annotatie bij hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:256, *JOR* 2021/2, waarin wordt verwezen naar: J.N. Schutte-

Veenstra, 'Formeel of feitelijk bestuurder: wat maakt het verschil?', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 133 en J.B. Huizink, *GS Rechtspersonen*, art. 2:248 BW, aant. 28.3.1, die ook verwijst naar de iets afwijkende indeling van W.A. Westenbroek, 'De beleidsbepaler van artikel; 2:138/248 lid 7 BW onder de loop genomen', *Ondernemingsrecht* 2014/119.

[3]

HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:445.

[4]

Concl. A-G B.F. Assink, ECLI:NL:PHR:2022:1023, bij HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:445, par. 3.9.

[5]

Hof 's-Hertogenbosch 1 februari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:243; Hof 's-Hertogenbosch 1 februari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:243.

[6]

Hof 's-Hertogenbosch 1 februari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:243, r.o. 8.5.

[7]

Rb. Midden-Nederland 4 mei 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2901.

[8]

Rb. Midden-Nederland 4 mei 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2901, r.o. 3.19-3.24.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.5.9

1.1.5.9 Overdraagbaarheid van een vordering ex art. 2:248 BW

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Lange tijd werd aangenomen dat een vordering ex art. 2:138/248 BW als zodanig niet overdraagbaar is. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden brengt hier dit jaar enige nuancering in.^[1] In deze zaak heeft de curator van het gefailleerde IJK Totaal Onderhoud een vordering uit hoofde van een onherroepelijk geworden uitspraak uit hoofde van art. 2:248 BW op de drie (feitelijk) bestuurders van de vennootschap gecedeerd aan een derde partij genaamd Koekoek Invest. Koekoek Invest was nog een bedrag verschuldigd aan (een van) de bestuurders en kon de door haar verworven vordering dus met haar schuld verrekenen. In een executiegeschil tussen een van de bestuurders en Koekoek Invest stelt de bestuurder zich op het standpunt dat art. 2:248 BW zich tegen cessie door de curator verzet, zodat Koekoek Invest de vordering niet heeft kunnen verkrijgen en zodoende ook geen beroep op verrekening kon doen. De bestuurder verwijst daarbij naar de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak *Den Toom/De Kreek*, waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat de aard van het in art. 2:248 BW aan de curator verleende vorderingsrecht zich tegen cessie van de vordering aan een ander verzet.^[2] Een schuldeiser zou daardoor de aan de curator toekomende ruime bevoegdheid te eigen bate en los van de afwikkeling van het faillissement kunnen uitoefenen, zonder de waarborg van toezicht door de rechter-commissaris.

Naar het voorlopig oordeel van de Rechtbank Gelderland en het hof gaat de door de Hoge Raad omschreven ratio voor het aannemen van niet overdraagbaarheid van een vordering ex art. 2:248 BW in dit geval echter niet op. De curator heeft de vordering op de bestuurders op grond van art. 2:248 BW al tot in de hoogste instantie uitgeprocedeerd. De curator heeft daarbij op eigen verantwoordelijkheid gehandeld ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en onder toezicht van de R-C, en met de mogelijkheid van matiging door de rechter. Naar het voorlopig oordeel van het hof verzet niets zich ertegen dat de curator de verworven executoriale titel ten gunste van de boedel te gelde maakt door verkoop en cessie, uiteraard onder toezicht en met goedkeuring van de R-C, die zal toetsen of die wijze van te gelde maken het meest in het belang van de boedel is.^[3] Het hof lijkt Koekoek Invest vervolgens ook toe te staan om deze aan haar gecedeerde vordering te verrekenen: het beroep van de bestuurder op misbruik van recht dan wel strijd met de openbare orde of goede zeden passeert het hof als onvoldoende onderbouwd.

De uitkomst van dit arrest lijkt ons in dit specifieke geval juist. De overdracht van de uitgeprocedeerde en onherroepelijke art. 2:248-vordering op de bestuurder(s) behelst feitelijk niet meer dan de verkoop en overdracht van een executoriale titel. De vordering behoeft slechts verzilverd te worden. Of dit plaatsvindt door de curator of door een derde, is daarmee eigenlijk niet meer relevant, althans niet voor de waarborgen van art. 2:248 BW. Het arrest lijkt ons voor de (curatoren)praktijk dan ook zeer wenselijk en zou een vlotte afwikkeling van het faillissement moeten kunnen bespoedigen.

Voetnoten

[1]

Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3009.

[2]

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.6

I.1.6 Sociale zekerheids- en belastingwetgeving

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

I.1.6.1 InleidingI.1.6.2 Art. 23 Wet Bedrijfstakpensioenfonds 2000I.1.6.3 Art. 36 Invorderingswet 1990

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.6.1

I.1.6.1 Inleiding

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Naast de hierboven beschreven (en meest voorkomende) grondslagen voor bestuurdersaansprakelijkheid, bestaat er een aantal overige grondslagen. Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen aansprakelijkheid van bestuurders ten opzichte van de rechtspersoon en aansprakelijkheid ten opzichte van crediteuren.^[1] De procedures die dit kroniekjaar het meest in het oog sprongen, gingen net als in het vorige kroniek jaar over art. 23 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 en art. 36 Invorderingswet 1990. In de navolgende paragrafen beperken wij ons dan ook tot het bespreken van de noemenswaardige uitspraken die die betrekking hebben op deze grondslagen.

Voetnoten

[1]

De gronden voor aansprakelijkheid ten opzichte van de rechtspersoon zijn o.a.: art. 2:95 lid 2 BW, art. 2:207 lid 3 BW, art. 2:98a BW/art. 2:207a lid 2 en 3 BW, art. 2:98d BW/art. 2:207d lid 2 en 3 BW, art. 2:208 lid 6 BW, art. 2:216 lid 3 BW en art. 2:354 BW. De gronden voor aansprakelijkheid ten opzichte van (bijzondere) crediteuren zijn bijvoorbeeld: art. 36 Invorderingswet 1990 en art. 23 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, art. 2:69 BW/art. 2:180 lid 2 BW, art. 2:98a BW/art. 2:207a lid 1 BW en art. 2:139 BW/art. 2:249 BW.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.6.2

I.1.6.2 Art. 23 Wet Bedrijfstakpensioenfonds 2000

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Inleiding

Nederland kent meer dan veertig verplichte bedrijfstakpensioenfondsen ('Bpf'). Dit zijn pensioenfondsen waarin de deelneming voor een of meer bepaalde groepen van personen die in een bepaalde bedrijfstak werkzaam zijn, verplicht is gesteld door de bevoegde minister. Een groot aantal werknemers heeft een pensioenaanspraak op een verplichte Bpf. Deze pensioenaanspraken worden gefinancierd uit de pensioenbijdragen die werkgevers iedere maand voor hun werknemers verplicht moeten afdragen. Als deze bijdragen niet (volledig) worden afgedragen, blijft de pensioenaanspraak van de deelnemer bestaan.^[1] De wetgever achtte het daarom 'onaanvaardbaar' als de bijdragen niet zouden worden betaald.^[2] Om dit tegen te gaan, heeft de wetgever het Bpf instrumenten gegeven om de pensioenbijdragen bij de werkgevers of hun bestuurders te kunnen incasseren. Een van de instrumenten is neergelegd in art. 23 van de Wet verplichte deelname aan een Bedrijfstakpensioenfonds 2000 ('Wet Bpf'). Op grond van dit artikel kunnen – kort gezegd – de bestuurders van een lichaam hoofdelijk aansprakelijk worden gehouden voor niet betaalde premies door het lichaam.^[3]

De hoofdelijke aansprakelijkheid

De Hoge Raad heeft dit jaar een noemenswaardig arrest gewezen over (het tenietgaan van) deze uit art. 23 Wet Bpf voortvloeiende hoofdelijke aansprakelijkheid.^[4] In deze procedure heeft het Bpf Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn ('PFZW') de bestuurder van een vennootschap aansprakelijk gehouden voor het niet afdragen door de vennootschap van pensioenpremies. De vennootschap heeft haar activa inmiddels overgedragen aan een stichting. De schuld van de vennootschap uit hoofde van de pensioenpremieachterstand is daarom als gevolg van overgang van onderneming van de

vennootschap overgegaan op de stichting. De vennootschap blijft echter (ingevolge art. 7:663 BW) gedurende een jaar naast de stichting hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de schuld.^[5] Anders dan de Rechtbank Utrecht, afdeling kanton, wijst het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden de vordering af wegens het verstrijken van de vervalt termijn van art. 7:663 BW. Het hof oordeelt dat het vorderingsrecht op de hoofdelijk aansprakelijke bestuurder afhankelijk is van het vorderingsrecht op de betalingsplichtige vennootschap. Door het vervallen van het vorderingsrecht op de vennootschap, is volgens het hof dus ook het vorderingsrecht op de bestuurder teniet gegaan.^[6] Het hof stoelt het oordeel, dat de bestuurder niet aansprakelijk is, daarnaast op het feit dat de betalingsonmacht tijdig is gemeld, althans dat PFZW voldoende op de hoogte was. Tegen deze oordelen keert PFZW zich in cassatie.

De Hoge Raad laat het oordeel van het hof dat tijdig mededeling van betalingsonmacht is gedaan, althans dat PFZW voldoende op de hoogte was, in stand (art. 81 RO). Ten aanzien van het vorderingsrecht op de hoofdelijk aansprakelijke bestuurder overweegt de Hoge Raad – anders dan het hof – dat het uitgangspunt is dat de vorderingsrechten jegens hoofdelijke schuldenaren zelfstandig zijn. De zelfstandigheid van vorderingsrechten betekent onder meer dat verjaring of verval van het vorderingsrecht jegens de ene hoofdelijke schuldenaar geen verjaring of verval van het vorderingsrecht jegens de andere hoofdelijke schuldenaar meebrengt. De Hoge Raad vervolgt dat uit de tekst van art. 23 lid 1 en 5 Wet Bpf niet kan worden afgeleid dat aansprakelijkheid van een bestuurder van een overdragende rechtspersoon voor premieschulden die zijn ontstaan in de periode dat hij bestuurder was, eindigt met het verstrijken van de termijn van een jaar als bedoeld in art. 7:663 BW. De vervalt termijn in die laatste bepaling berust immers op een afweging van de belangen van de werknemer en van de oude werkgever en houdt geen verband met de positie van een bestuurder die op grond van art. 23 Wet Bpf hoofdelijk aansprakelijk is voor achterstallige premie.^[7] De Hoge Raad acht daarmee een van de cassatieonderdelen gegrond. Dit leidt echter niet tot cassatie, omdat het oordeel van het hof dat de bestuurder niet aansprakelijk is zelfstandig wordt gedragen door het in cassatie te vergeefs bestreden oordeel dat betalingsonmacht tijdig was gemeld, althans dat het pensioenfonds voldoende op de hoogte was.

Informatieverplichting op last van dwangsom

Een lichaam is op grond van art. 23 lid 2 Wet Bpf verplicht om op verzoek van het Bpf nadere inlichtingen te verstrekken en stukken over te leggen. Doet het lichaam dit niet, dan kan een Bpf in bepaalde omstandigheden een (aansprakelijke) bestuurder van dat lichaam middels een dwangbevel overhalen om de informatie te verstrekken, zo volgt uit een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam.^[8] In deze zaak had het Bpf een aansprakelijke bestuurder ook dwangsommen opgelegd. Dit is voor de rechtbank een stap te ver. Het opleggen van dwangsommen is, als daarvoor een grondslag ontbreekt, voorbehouden aan de rechter die in een met waarborgen omklede procedure kan toetsen of een dwangsom kan worden opgelegd, aldus de rechtbank. Zo'n met waarborgen omklede procedure heeft in dit geval niet plaatsgevonden. De wijze waarop Bpf in deze zaak heeft gehandeld, is dan ook niet zorgvuldig.^[9]

De melding van betalingsonmacht

Als een lichaam niet (meer) in staat is om de pensioenbijdragen af te dragen, dient het lichaam hier onverwijld melding van te maken bij het Bpf (art. 23 lid 2 Wet Bpf). In de vorige kroniek is uitgebreid stilgestaan bij het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021, waarin de Hoge Raad de meldingsplicht uit art. 23 lid 2 Wet Bpf heeft genuanceerd.^[10] Het lichaam hoeft de betalingsonmacht niet te melden als het Bpf al op andere wijze op de hoogte is geraakt van de betalingsonmacht van het lichaam en de omstandigheden die hiertoe hebben geleid.

De vraag of bepaalde wetenschap van het Bpf gelijkgesteld kan worden met een melding betalingsonmacht kwam dit jaar aan de orde in een procedure bij de kantonrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant. In deze procedure vordert de bestuurder van twee vennootschappen vernietiging dan wel buiteneffectstelling van een dwangbevel tot betaling van achterstallige premies van stichting Pensioenfonds Horeca & Catering ('PHC'). Volgens de bestuurder heeft hij voor wat betreft de pensioenpremie over 2019 tijdig een melding betalingsonmacht gedaan. Voor de pensioenpremies over 2017 en 2018 was deze melding niet gedaan. Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021 betoogt de bestuurder dat het voor PHC vanaf juni 2015 al kenbaar was dat de vennootschappen een achterstand in de premiebetaling hebben gehad, omdat hij financiële stukken en een concept crediteurenakkoord aan PHC heeft gestuurd. De kantonrechter gaat hierin mee. De stukken zijn volgens de kantonrechter voldoende specifiek voor wat betreft de betalingsonmacht en de redenen daarvoor. ^[11] PHC heeft daarop ook niet aan de vennootschap verzocht om nadere informatie of op enig moment aangegeven dat zij niet langer van betalingsonmacht uitgaat. De vennootschap en haar bestuurders mochten er volgens de kantonrechter dan ook op vertrouwen dat PHC voldoende was geïnformeerd.^[12] De kantonrechter concludeert dat het dwangbevel moet worden vernietigd.

Onbehoorlijk bestuur

Ook als een lichaam wel op de juiste wijze heeft voldaan aan de meldingsplicht, kan een bestuurder jegens het Bpf aansprakelijk zijn voor onbetaald gebleven pensioenbijdragen. Lid 3 van art. 23 Wet Bpf bepaalt dat een bestuurder aansprakelijk is indien aannemelijk is dat het niet betalen van de bijdragen het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk

onbehoorlijk bestuur in de drie jaar voorafgaande aan het tijdstip van de mededeling. In de hiervoor besproken PHC-uitspraak deed het Bpf ook een beroep op kennelijk onbehoorlijk bestuur omdat de bestuurder andere bedragen ten onrechte met voorrang zou hebben betaald. De kantonrechter oordeelt dat het Bpf hiermee onvoldoende heeft gesteld en onderbouwd om onbehoorlijk bestuur vast te kunnen stellen. Het dwangbevel moet dan ook worden vernietigd.^[13]

Het Gerechtshof Amsterdam komt eveneens tot het oordeel dat er geen sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. In deze zaak werden de (indirect) bestuurders van Argos Logistics door het bedrijfstakpensioenfonds Rijn- en Binnenvaart ('BPRB') aansprakelijk gesteld voor de betaling van achterstallige pensioenpremiën over de jaren 2013 tot en met 2015.^[14] De relevante feiten zijn als volgt. Argos Logistics maakte onderdeel uit van de Reggeborgh Groep. Begin 2015 heeft de Reggeborgh Groep besloten om Argos Logistics te liquideren. Ter voorbereiding daarvan is in de loop van 2015 een financiële analyse gemaakt en een dividenduitkering gedaan. Eind december 2016 is Argos Logistics via een turboliquidatie ontbonden. Na de ontbinding van Argos Logistics heeft de pensioenuitvoerder namens BPRB herziene pensioenpremiën naar Argos Logistics verstuurd. Omdat Argos Logistics was ontbonden, heeft BPRB zich tot de (voormalig) bestuurders gewend en hen hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de betaling van de achterstallige pensioenpremiën over de jaren 2013 tot en met 2015 (totaal € 149.841,88).

In de procedure staat de vraag centraal of de bestuurders in de periode waarin zij bestuurders waren van Argos Logistics redelijkerwijs hadden behoren te weten dat er sprake was van achterstallige premies en maatregelen hadden moeten treffen om ervoor te zorgen dat Argos Logistics alsnog op juiste wijze aan haar premieplicht kon voldoen. Volgens BPRB hadden de bestuurders zich er voorafgaand aan de dividenduitkering persoonlijk van moeten vergewissen dat de vóór hun bestuursperiode aan BPRB verstrekte loongegevens juist en volledig waren, ook al was dit uitbesteed aan een extern, professioneel bureau en waren er geen indicaties dat er onjuiste opgaven waren gedaan en herziene premienota's te verwachten waren. Het hof is, met de kantonrechter, van mening dat op de bestuurders in de gegeven omstandigheden geen dermate verstrekende onderzoeksplicht rustte.^[15] Het hof komt tot de slotsom dat het onbetaald gebleven zijn van de herziene premienota's niet is te wijten aan kennelijk onbehoorlijk bestuur van de bestuurders. Daarom kan volgens het hof evenmin worden geoordeeld dat hun handelen onrechtmatig is geweest. Van het onbetaald gebleven zijn van de herziene premienota's kan hen niet persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt.^[16] De bestuurders zijn niet aansprakelijk voor betaling van de herziene premienota's.

Matiging van de aansprakelijkheid.

Lange tijd was onduidelijk of een bestuurder die op grond van art. 23 Wet Bpf aansprakelijk is voor de verschuldigd en onbetaald gebleven pensioenbijdragen, zich kan beroepen op de (civiel)rechtelijke matigingsbevoegdheid van art. 6:109 BW. Dit kroniekjaar heeft het Gerechtshof Den Haag hier enige duidelijkheid over gegeven. In deze zaak gaat het over de vraag of een feitelijk (mede)beleidsbepaler van een schoonmaakbedrijf hoofdelijk aansprakelijk is jegens het pensioenfonds vanwege het niet melden van de betalingsonmacht van het bedrijf. De feitelijk beleidsbepaler stelt in hoger beroep onder andere dat Rechtbank Rotterdam het beroep op matiging ex art. 6:109 BW ten onrechte heeft afgewezen. Het hof gaat hier niet in mee, zij het op andere gronden dan de rechtbank (die in het midden liet of een bestuurder bij aansprakelijkheid op grond van art. 23 lid 1 Wet Bpf een beroep op art. 6:109 BW kan toekomen). Volgens het hof is de vordering van het pensioenfonds geen vordering tot schadevergoeding waarop art. 6:109 BW van toepassing is, maar een vordering ex art. 23 lid 1 Wet Bpf dat bepaalt dat een bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is voor bijdragen die een 'lichaam' verschuldigd is aan een Bpf. De feitelijk beleidsbepaler komt dus geen beroep toe op art. 6:109 BW. Hij is – naast het schoonmaakbedrijf – hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de verschuldigde pensioenpremiën. Het arrest van het hof sluit goed aan bij de annotatie die Tekstra eerder schreef bij het vonnis van de rechtbank. Hij stelde dat een aansprakelijke bestuurder geen beroep op de matigingsbevoegdheid van art. 6:109 BW behoort toe te komen. Redengevend hiervoor achtte hij dat de wetgever de rechter in art. 23 Wet Bpf – in tegenstelling tot in art. 2:138 en 2:248 lid 4 BW – geen expliciete matigingsbevoegdheid heeft gegeven.^[17] De uitspraak van het hof is wat ons betreft dan ook niet geheel verrassend. Wij wijzen in dit kader ook op de regeling over fiscale bestuurdersaansprakelijkheid (art. 36 Invorderingswet 1990), ten aanzien waarvan de Hoge Raad in 2009 al tot een soortgelijk oordeel is gekomen.^[18]

Voetnoten

[1]

Zie hierover ook M.P. Waninge, 'Meld of ik schiet: over bestuurders en pensioenpremiën', *FIP* 2022/266, afl. 8, p. 13-18.

[2]

Kamerstukken II 1980/81, 16530, nr. 3, p. 22.

[3]

Op grond van art. 1 sub h Wet Bpf wordt onder een 'lichaam' verstaan: rechtspersonen, maat- en vennootschappen, samenwerkingsvormen zonder rechtspersoonlijkheid die met verenigingen maatschappelijk gelijk kunnen worden gesteld, ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen en doelvermogens. In art. 23 lid 6 Wet Bpf wordt een ruimere definitie van het begrip *bestuurder* gehanteerd, namelijk de formele bestuurder, de gewezen

bestuurder, de beleidsbepaler, de vereffenaar (met uitzondering van de door de rechter benoemde vereffenaar) en indien de bestuurder van een lichaam een lichaam is, de bestuurder van dat lichaam.

[4]

HR 14 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:13.

[5]

HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375.

[6]

Hof Den Haag 3 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:269, r.o. 2.17 (onder punt 10 en 11).

[7]

HR 14 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:13, r.o. 3.2.4.

[8]

Rb. Amsterdam (vzr.) 21 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4265, r.o. 3.2.

[9]

Rb. Amsterdam (vzr.) 21 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4265, r.o. 4.5.

[10]

HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1976. Zie hierover O.J.W. Schotel e.a., 'Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2021', in: J. van Bakkum e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2021-2022* (VDHI nr. 178), Deventer: Wolters Kluwer 2022/6.4.1.

[11]

Rb. Zeeland-West-Brabant 11 mei 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:2966, r.o. 2.14.

[12]

Rb. Zeeland-West-Brabant 11 mei 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:2966, r.o. 2.14.

[13]

Rb. Zeeland-West-Brabant 11 mei 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:2966, r.o. 2.17-2.18.

[14]

Hof Amsterdam 13 december 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3534.

[15]

Hof Amsterdam 13 december 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3534, r.o. 3.7.

[16]

Hof Amsterdam 13 december 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3534, r.o. 3.9.

[17]

Vgl. randnummer 5 van A.J. Tekstra, annotatie bij Rb. Rotterdam 4 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:9621, *JOR* 2020/105.

[18]

Vgl. HR 15 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3747, r.o. 3.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.6.3

I.1.6.3 Art. 36 Invorderingswet 1990

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

Inleiding

Art. 36 Invorderingswet 1990 ('IW') bevat een regeling op basis waarvan bestuurders van kort gezegd commerciële rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden voor het onbetaald laten van bepaalde belastingsschulden.^[1] De systematiek van deze regeling vertoont grote gelijkenissen met de regeling van art. 23 Wet Bpf (zie paragraaf 6.2).

De melding betalingsonmacht

Als een rechtspersoon niet (meer) in staat is om bepaalde belastingen te voldoen (zogenoeten betalingsonmacht), dient de rechtspersoon dit 'onverwijld' te melden aan de Ontvanger (art. 36 lid 2 IW). De Hoge Raad heeft deze meldingsplicht genuanceerd door te overwegen dat eveneens aan de meldingsplicht is voldaan als de Ontvanger reeds op een andere wijze op de hoogte is geraakt van de betalingsonmacht van de rechtspersoon en de omstandigheden die hiertoe hebben

[2]

Het antwoord op de vraag of de wetenschap van de Ontvanger gelijkgesteld kan worden met een melding betalingsonmacht hangt zeer nauw samen met de specifieke feiten en omstandigheden van het geval. Niet iedere melding kan gelijkgesteld worden met een melding betalingsonmacht. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak van de Rechtbank Gelderland, waarin het ging om de vraag of een bij de inspecteur ingediend bezwaarschrift tegen opgelegde naheffingsaanslagen gelijk kon worden gesteld met een melding van betalingsonmacht.^[3] De rechtbank overweegt dat (in dit geval) het bezwaarschrift tegen opgelegde naheffingsaanslagen niet kwalificeert als een melding betalingsonmacht, omdat het bezwaarschrift was gericht aan de inspecteur en niet aan de Ontvanger.^[4] Ook kon uit de inhoud van het bezwaarschrift niet worden opgemaakt dat sprake is van betalingsonmacht bij de vennootschap.

Interne taakverdeling / uitbesteding van taken

Als de Ontvanger niet tijdig een melding betalingsonmacht heeft ontvangen en hij niet op andere wijze op hoogte van de betalingsonmacht is geraakt, wordt vermoed dat de betalingsonmacht aan de bestuurders te wijten is.^[5] De bestuurders zijn dan in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor de verschuldigde en onbetaald gebleven belastingschulden (art. 36 lid 4 IW). Iedere bestuurder kan dit wettelijke vermoeden individueel weerleggen, door aannemelijk te maken dat het ontbreken van een tijdige melding hem persoonlijk niet kan worden verweten. Als de bestuurder hierin slaagt, wordt hij vervolgens toegelaten om het vermoeden dat de niet-betaling van de belastingschulden aan hem te wijten is te weerleggen.

Bij het weerleggen van het wettelijke vermoeden dat de betalingsonmacht aan de bestuurders te wijten is, zal een beroep op de interne taakverdeling of de delegatie van taken aan een derde niet snel succesvol zijn. Dit blijkt uit twee vrijwel identieke uitspraken van de Rechtbank Gelderland.^[6] In beide procedures draaide het om de aansprakelijkheid van de bestuurders van een ICT-bedrijf. De ene procedure ging om de aansprakelijkheid van de bestuurder die zich op basis van de interne taakverdeling bezighield met acquisitie en administratie en in de andere procedure ging het om de aansprakelijkheid van de uitvoerend bestuurder. In deze laatste procedure werd door de bestuurder aangevoerd dat het feit dat niet tijdig aan de meldingsplicht was voldaan hem niet kon worden verweten, omdat de boekhouder had gefaald en zijn medebestuurder in beginsel het contact met de boekhouder onderhield. In lijn met bestendige rechtspraak,^[7] overweegt de rechtbank dat het feit dat de taken tussen de bestuurders intern zo waren verdeeld dat de medebestuurder in beginsel de contacten met de boekhouder onderhield, er niet aan af doet dat de bestuurder mede verantwoordelijk is voor het tijdig en juist doen van de aangiften omzetbelasting en de suppletieaangiften.^[8] In de andere procedure voerde de bestuurder eveneens aan dat het schenden van de meldingsplicht hem niet kon worden verweten vanwege het falen van de boekhouder. De rechtbank acht het echter niet aannemelijk dat de bestuurder op dit punt niets te verwijten valt. De rechtbank neemt daarbij in aanmerking dat de bestuurder op de zitting heeft toegelicht dat de boekhouder hem ondersteunde als hij zelf geen tijd had voor de administratie, maar dat hij zelf de aangiften omzetbelasting verzorgde en ook zorg droeg voor de betaling van de omzetbelasting. Volgens de rechtbank kan om die reden niet worden gezegd dat de bestuurder geen verwijt kan worden gemaakt. De rol van de boekhouder was, vergeleken met de rol van de bestuurder, immers van ondergeschikte betekenis.^[9] Beide bestuurders zijn dan ook niet toegelaten om het wettelijke vermoeden dat de niet-betaling van de belastingschulden aan hen te wijten was te weerleggen.

Onbehoorlijk bestuur

In het geval de rechtspersoon tijdig aan haar meldingsplicht heeft voldaan, kan een bestuurder alleen aansprakelijk zijn voor de verschuldigde en onbetaald gebleven pensioenbijdragen als het Bpf aannemelijk weet te maken dat dit het gevolg is van aan de bestuurder te wijten onbehoorlijk bestuur in de drie jaren voorafgaand aan de melding (art. 36 lid 3 IW). Hiervan is sprake als geen redelijk denkend handelend bestuurder in de gegeven omstandigheden hetzelfde zou hebben gehandeld.^[10] In een zaak die de Hoge Raad uiteindelijk heeft afgedaan op basis van art. 81 RO, was een advocaat aansprakelijk gehouden voor de belastingschuld van de vennootschap waarvan hij bestuurder was.^[11] De advocaat gaat hiertegen in cassatie, maar de Hoge Raad verklaart het beroep in cassatie zonder nadere motivering ongegrond (art. 81 lid 1 RO).^[12]

Aansprakelijkheid voor naheffingsaanslagen en boetes van vóór de bestuursperiode

In een procedure bij de Rechtbank Gelderland ging het afgelopen jaar om de vraag of een bestuurder op grond van art. 36 IW aansprakelijk kon worden gehouden voor naheffingsaanslagen en boetes die het gevolg waren van door de externe accountant foutief gedane belastingaangiften. De aan de bestuurder opgelegde boetes en aanslagen hadden onder meer betrekking op de periode voorafgaand aan de bestuursperiode van de bestuurder. De bestuurder meende dat haar ter zake van deze boetes en aanslagen in ieder geval geen persoonlijk verwijt kon worden gemaakt, omdat zij toen nog geen bestuurder van de vennootschap was en dus geen invloed op het aangiftegedrag/meldingsgedrag van de vennootschap kon uitoefenen. De Ontvanger zag dit anders en voerde aan dat uit de Leidraad invordering 2008 (een door de Belastingdienst opgesteld beleidsdocument) zou volgen dat een bestuurder ook aansprakelijk kan worden gehouden voor naheffingsaanslagen en boetes die zien op de periode waarin een bestuurder nog geen bestuurder was. De rechtbank

oordeelt dat de regel in dit beleidsdocument geen wettelijke grondslag heeft en zelfs in strijd is met de jurisprudentie van de Hoge Raad.^[13] De bestuurder valt volgens de rechtbank geen persoonlijk verwijt te maken ten aanzien van deze foutief gedane aangiftes in deze periode, omdat zij geen invloed heeft kunnen uitoefenen op het aangiftegedrag van de vennootschap voordat zij als bestuurder aantrad. De rechtbank komt in haar tussenuitspraak dan ook tot het oordeel dat de bestuurder niet aansprakelijk kan zijn voor naheffingsaanslagen en boetes die zijn opgelegd met betrekking tot de periode dat zij nog geen bestuurder van de vennootschap was.

Voetnoten

[\[1\]](#)

In art. 36 lid 5 IW wordt een ruimere definitie van het begrip *bestuurder* gehanteerd. Op grond van art. 32 IW strekt deze hoofdelijke aansprakelijkheid zich eveneens uit tot bedragen die verband houden met de belasting (inclusief boete en belastingrente).

[\[2\]](#)

HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:417.

[\[3\]](#)

Rb. Gelderland 14 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2955, r.o. 51.

[\[4\]](#)

Rb. Gelderland 14 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2955, r.o. 51.

[\[5\]](#)

In art. 36 lid 5 IW wordt een ruimere definitie van het begrip *bestuurder* gehanteerd.

[\[6\]](#)

Rb. Gelderland 13 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:117; Rb. Gelderland 13 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:118.

[\[7\]](#)

Vgl. Rb. Zeeland-West-Brabant 20 februari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:1131, r.o. 4.4-4.5; Rb. Haarlem 2 juni 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD3364, r.o. 4.5.

[\[8\]](#)

Rb. Gelderland 13 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:117 en ECLI:NL:RBGEL:2022:118, r.o. 30.

[\[9\]](#)

Rb. Gelderland 13 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:117 en ECLI:NL:RBGEL:2022:118, r.o. 29-30.

[\[10\]](#)

HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576. Zie voor een ouder voorbeeld HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB:2053.

[\[11\]](#)

Hof Amsterdam 30 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4429 (gepubliceerd op 18 mei 2022), r.o. 4 (onder punt 10), r.o. 5.3.

[\[12\]](#)

HR 3 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:153.

[\[13\]](#)

Vgl. Rb. Gelderland 13 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:117, r.o. 37. De rechtbank doelt specifiek op HR 8 augustus 2014, ECLI:NL:HR:2014:2149, r.o. 3.4.2. en HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:480, r.o. 3.2.3 en 3.2.4.

Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I.1.7

I.1.7 Tot slot

mr. M.C. Leijten, mr. B.C. Elion, mr. J. Wind, datum 01-05-2023

In deze kroniek hebben wij de meest actuele ontwikkelingen op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid belicht. Hoewel het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid sterk casuïstisch is, valt als algemene lijn te ontwaren dat de rechtspraak zich redelijk bestendig ontwikkelt, met hier en daar een uitschieter. Onze indruk is dat de Hoge Raad de in de feitenrechtspraak en literatuur uitgezette lijnen en opvattingen veelal lijkt te volgen en te bevestigen, zoals bijvoorbeeld het geval is ten aanzien van de matigingsgronden van art. 2:248 lid 4 BW, eerste volzin.

Zoals in de inleiding en op diverse plaatsen in de kroniek signaleerd, verwachten wij dat de komende jaren verder in het teken zullen staan van ESG-gerelateerde vraagstukken, zoals duurzaam en maatschappelijk verantwoord ondernemen. De rol van bestuurders en de daarmee gepaard gaande verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden zijn op dit gebied nog

lang niet uitgekristalliseerd. Juist vanwege het feitelijke karakter van bestuurdersaansprakelijkheidszaken verwachten wij dat wij de komende jaren nog veel zullen terugzien van de vele (andere) crises en uitdagingen waar onze samenleving op dit moment mee te maken heeft.