

## **Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2013**

Paul Olden<sup>1</sup> en Jos Beckers<sup>2</sup>

### **1. INLEIDING**

De "klapper van het jaar 2013" was ongetwijfeld de Landis-uitspraak<sup>3</sup>. De Rechtbank Utrecht (inmiddels Rechtbank Midden-Nederland genaamd) heeft na de uitspraken in Ceteco en Fortis opnieuw een belangrijke en lijvige uitspraak gewezen over bestuurdersaansprakelijkheid. Die uitspraak komt hierna verschillende keren aan bod, omdat we net als in de vorige bundel, hebben gekozen voor een thematische bespreking van de rechtspraak.

2013 was ook het jaar van Imtech, dat na het bekend worden van een steeds omvangrijker fraude in het buitenland haar bestuurders verzocht om hun bonussen terug te geven. Die hebben vrijwillig aan het verzoek gehoor gegeven. De Wet "Claw Back" was nog niet van kracht.

Deze kroniek laat echter vooral door een bonte casuïstiek zien dat bestuurdersaansprakelijkheid aan alle kanten loert, maar ook dat vrijwel elke uitspraak het rechtsgevoel wel bevredigt. We bedoelen maar: wie een procedure begint namens een niet bestaande rechtspersoon, als "bestuurder" van die niet bestaande rechtspersoon een getuigenverklaring aflegt, het toewijzende vonnis namens die niet bestaande rechtspersoon ten uitvoer legt en de wederpartij uiteindelijk opzadelt met een niet executabel arrest na een verloren hoger beroep, verdient het wel een beetje om ook zelf aansprakelijk te zijn.

We hebben er niet naar gestreefd om alle uitspraken uitputtend te noemen en te bespreken. Er is dus "meer van hetzelfde". We hopen wel dat we geen uitspraak hebben gemist die van enig belang is.

### **2. WETGEVING**

Op 1 januari 2013 trad de Wet bestuur en toezicht in werking. Artikel 2:9 BW werd gewijzigd. In de kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2012 is het nieuwe artikel 2:9 BW al besproken en we zullen dat niet opnieuw doen.

De Wet "Claw Back"<sup>4</sup> trad in werking op 1 januari 2014. De Wet leidde tot wijziging van artikel 2:135 BW. De RvC van de N.V. is thans bevoegd bonussen van bestuurders aan te passen indien uitkering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De vennootschap is bevoegd uitgekeerde bonussen terug te vorderen voor zover de uitkering heeft plaatsgevonden op basis van onjuiste informatie over het bereiken van de aan de bonus ten grondslag liggende doelen of over de omstandigheden waarvan de bonus afhankelijk was gesteld. Tenslotte voorziet het nieuwe

---

<sup>1</sup> Paul Olden is advocaat bij NautaDutilh in Amsterdam.

<sup>2</sup> Jos Beckers is wetenschappelijk medewerker bij NautaDutilh in Amsterdam en tevens verbonden aan het Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen.

<sup>3</sup> Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *JOR* 2013/237 m.nt. U.B. Verboom (Landis).

<sup>4</sup> Wet van 11 december 2013 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het financieel toezicht in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen en winstdelingen van bestuurders en dagelijks beleidsbepalers en deskundigheidstoetsing van commissarissen (*Stb.* 2013, 563).

artikel 2:135 BW in een regeling om - kortweg - winst op aandelen af te romen die behaald zou worden door of rondom een openbaar bod.

Bij brief van 26 november 2012<sup>5</sup> kondigde de Minister een aantal maatregelen aan om faillissementsfraude effectiever te kunnen bestrijden. Een van deze maatregelen betreft de invoering van het civielrechtelijk bestuursverbod. Op 29 maart 2013 werd een voorontwerp van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod<sup>6</sup> ter consultatie openbaar gemaakt. Het voorstel voorziet in de mogelijkheid voor de rechter om op vordering van de curator en op verzoek van het OM een bestuursverbod op te leggen aan een bestuurder die zijn taak tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Daarvan is in ieder geval sprake als is voldaan aan de voorwaarden van artikel 2:138/248 BW, als een rechtshandeling op grond van pauliana is vernietigd, als een bestuurder geen gehoor geeft aan verzoeken van de curator tot informatie of als de bestuurder de laatste drie jaar twee keer betrokken is geweest bij een faillissement. De curator zal een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod kunnen combineren met een vordering tot vergoeding van het tekort in het faillissement wegens bestuurdersaansprakelijkheid. In de consultatie<sup>7</sup> is er door onder anderen de NOvA op gewezen dat het bestuursverbod reeds gegeven kan worden bij kennelijk onbehoorlijk bestuur, terwijl het doel van de wet volgens de toelichting is het bestrijden van faillissementsfraude. Dat is niet hetzelfde. Van verschillende kanten werd er ook op gewezen dat een punitieve sanctie (en dat lijkt het bestuursverbod te zijn) niet in het civiele recht thuishoort en het *nemo tenetur* beginsel geschonden wordt door aan de weigering om met de curator mee te werken een strafsanctie in een civielrechtelijk jasje te verbinden.

### 3. STATISTIEK RECHTSPRAAK<sup>8</sup>

Wij hebben een beperkt onderzoek gedaan om ook wat kwantitatieve uitkomsten te kunnen presenteren. In het onderzoek zijn betrokken alle einduitspraken van feitenrechters die (i) in 2013 geweest zijn; (ii) zijn gepubliceerd in de *JOR* en/of "rechtspraak.nl" voor sluitingsdatum van deze kroniek; en (iii) waarin het lemma "bestuurdersaansprakelijkheid" en/of "2:248" voorkwam. Wij vonden op deze manier 107 relevante einduitspraken. De rechtbanken wezen samen 69 eindvonnissen; 41 keer oordeelde de rechtbank dat bestuurders aansprakelijk waren, in 28 vonnissen werd geen bestuurdersaansprakelijkheid aangenomen. De hoven wezen 38 keer eindarrest; 16 keer werden bestuurders alsnog aansprakelijk geacht of werd een eerder veroordelend vonnis bekrachtigd. In 22 arresten kwamen de hoven tot het oordeel dat bestuurders niet of alsnog niet aansprakelijk waren. Het loont voor bestuurders om in hoger beroep te gaan is onze voorzichtige conclusie.

In 39 uitspraken was een curator als partij betrokken. 35 keer deed een curator (mede) een beroep op 2:248/2:138 BW. 26 keer werd een vordering op die grondslag toegewezen, 3 keer op andere grondslagen. Curatoren zijn dus nogal succesvol: bijna driekwart van de acties slaagt. Dat gebeurde vrijwel steeds met een beroep op lid 2 (schending van publicatie- of boekhoudplicht). In 20 uitspraken werd het beroep op lid 2 gehonoreerd en in 17 gevallen leidde dat ook tot aansprakelijkheid; tegenbevijs tegen het vermoeden dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak was van het faillissement werd 3 keer met succes geleverd. Opvallend was dat in de 35 uitspraken waarin de curator een beroep deed op artikel 2:248/2:138 BW, een disculpatieverweer maar 9 keer werd gevoerd. Alle 9

<sup>5</sup> *Kamerstukken II* 2012-13, 29 911, nr. 74.

<sup>6</sup> Voorontwerp Wet wijziging van de faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een bestuursverbod (Wet civielrechtelijk bestuursverbod).

<sup>7</sup> <http://www.internetconsultatie.nl/civielbestuursverbod>.

<sup>8</sup> Onze dank gaat uit naar Lars Blokstra, die een grote inspanning heeft geleverd door deze uitspraken te onderzoeken en te rubriceren.

keren werd het beroep op disculpatie afgewezen. Een beroep op matiging ex lid 4 van artikel 2:248 BW was meer populair; dat werd 18 keer gedaan, maar met bijna even weinig succes. Het werd één keer gehonoreerd.

#### 4. INTERNE AANSPRAKELIJKHEID

Het Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>9</sup> hield, net als eerder de Rechtbank Zutphen, een bestuurder aansprakelijk voor het aangaan van financiering namens de vennootschap onder de voorwaarde dat de aandelen in de vennootschap aan hemzelf zouden worden overgedragen, terwijl de aandeelhouders met zo'n overdracht niet hadden ingestemd. Geen aansprakelijkheid op grond van 2:9 BW bestond voor het toekennen van een afvloeiingsregeling aan een werknemer met wie de bestuurder vriendschappelijke betrekkingen onderhield. Deze uitspraak is met name van belang om het oordeel dat de arbeidsovereenkomst van de bestuurder en de daarin afgesproken bezoldiging nietig is bij gebreke van een onderliggend aandeelhoudersbesluit.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>10</sup> bekrachtigde goeddeels een vonnis van de Rechtbank Leeuwarden, waarbij bestuurders op de voet van artikel 2:9 BW aansprakelijk werden geacht voor - kortweg - het optuigen van een stelsel van (onderaannemings)overeenkomsten, waarmee de winst op een bouwproject werd weggesluisd naar een "eigen" vennootschap. In twee instanties was niet artikel 2:9 BW, maar artikel 6:162 BW aan de vordering ten grondslag gelegd. Het hof past artikel 2:9 BW (en 7:661 BW) toe onder verwijzing naar Westland/Schieke<sup>11</sup>. Hoewel de vennootschap de bestuurders verweet haar een "corporate opportunity" te hebben onthouden, lijkt het te gaan om meer dan een "opportunity", nu de winst uit een reeds gesloten overeenkomst werd afgeroomd.

De Rechtbank Oost-Brabant<sup>12</sup> moest oordelen over de bestuurder van woningstichting Servatius na het uit de hand gelopen campus-project. De rechtbank passeerde een beroep op finale kwijting die was overeengekomen bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Hoewel partijen niets meer te vorderen hadden terzake van die beëindiging "noch anderszins", werd het betoog dat de "dubbele binding" meebracht dat ook vorderingen uit bestuurdersaansprakelijkheid onder de kwijting vielen, niet gehonoreerd en de rechtbank beoordeelt de gedragingen van de betrokken bestuurder. Die bestuurder had namens Servatius garanties verstrekt in weerwil van een uitdrukkelijke aanwijzing van de Minister. De statutair vereiste goedkeuring van de raad van toezicht voor het stellen van die garanties was evenmin onvoorwaardelijk verkregen. De rechtbank past de regel uit Berghuizer Papierfabriek<sup>13</sup> toe, dat een schending van statutaire bepalingen die de vennootschap beogen te beschermen, als zwaarwegende omstandigheid geldt die in beginsel aansprakelijkheid vestigt. De rechtbank behandelt uitvoering de omstandigheden die de bestuurder aanvoert om zich te disculperen en verwerpt die. De rechtbank rekent tenslotte de schade toe. Door de beslissing van Servatius om het project te stoppen heeft de schade zich weliswaar gemanifesteerd, maar dat doorbreekt niet de causale keten, omdat - kortweg - de bestuurder van Servatius het risico op grote verliezen in het leven heeft geroepen.

In dezelfde kwestie hief de Rechtbank Oost-Brabant<sup>14</sup> het conservatoir derdenbeslag dat door Servatius gelegd was onder de D&O verzekeraar gedeeltelijk op (artikel 223 Rv.). Het belang van Servatius bij het voorkomen dat op de verzekerde som wordt ingeteerd weegt minder zwaar dan het

<sup>9</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 15 januari 2013, *JOR* 2013/331 m.nt. Bulten, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ1981.

<sup>10</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 7 november 2013, *JOR* 2013/304 m.nt. Holtzer, ECLI:NL:GHARL:2013:5348.

<sup>11</sup> HR 2 maart 2007, *JOR* 2007/137 m.nt. Olden (Westland/Schieke).

<sup>12</sup> Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6455.

<sup>13</sup> HR 29 november 2002, *JOR* 2003/2 m.nt. Bartman, ECLI:NL:HR:2002:AE7011 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek).

<sup>14</sup> Rb. Oost-Brabant 24 juli 2013, *JOR* 2013/323 m.nt. Kalff, ECLI:NL:RBOBR:2013:4147.

belang van verzekerden om zich juist op de verzekering te kunnen beroepen ter dekking van hun kosten van verweer:

*"Aangenomen moet worden dat de verzekering is afgesloten ter bescherming van de bestuurders en toezichthouders, en niet, althans niet in de eerste plaats, om verhaalsmogelijkheden te bieden aan Servatius in geval van aansprakelijkheid van de bestuurder en/of toezichthouders jegens Servatius."*

Het lijkt erop dat beslag op de polis door de vennootschap zelf minder clementie ontmoet dan beslag door een buitenstaander, bijvoorbeeld een crediteur.

Dan Landis. Hoewel de Landis-uitspraak goeddeels in de sleutel van artikel 2:138 BW werd beslist, zijn enkele onderdelen in het bijzonder relevant voor de toepassing van artikel 2:9 BW. Allereerst de "klachtplicht" van artikel 6:89 BW. In HR 21 april 2006, *NJ* 2006, 272 (Inno Holding/Gemeente Sluis) en HR 23 november 2007, *NJ* 2008, 552 (Ploum/Smeets) was geoordeeld dat de klachtplicht geldt "voor iedere rechtsvordering van de koper die — en ieder verweer van de koper dat — feitelijk gegrond is op het niet-beantwoorden van de afgeleverde zaak aan de overeenkomst, ook indien door de koper op deze grondslag een rechtsvordering uit onrechtmatige daad wordt gebaseerd." De bestuurders voerden aan dat de curatoren niet tijdig hadden geklaagd. De rechtbank besliste dat de klachtplicht wel van toepassing is op een vordering uit hoofde van artikel 2:9 BW, maar niet op de vordering ex artikel 2:138/248 BW (zie hierna). Een klachttermijn van vier jaar werd i.c. toelaatbaar geacht (de periode tussen de faillissementsdatum en het moment waarop de uitkomsten van het oorzakenonderzoek in concept aan de bestuurders werden voorgelegd). Die concept-rapporten waren negatief en golden als "klacht". Omdat het ging om een zeer omvangrijk en ingewikkeld feitencomplex dat een uitgebreid deskundigenonderzoek vergde en de bestuurders tussentijds op de hoogte zijn gehouden faalde *in dit geval* het beroep van de bestuurders op 6:89 BW. Zo'n beroep zou in voorkomend geval nog wel eens kunnen slagen en waakzaamheid is geboden.

De curatoren hoopten met hun vordering op de voet van artikel 2:9 BW meer binnen te halen dan het tekort in het faillissement. Zij vorderden "verdampingsschade", het verschil tussen het eigen vermogen in 1999 en het eigen vermogen op datum faillissement. De rechtbank verdaagt de beslissing op deze vordering tot de schadestaatprocedure, en overweegt op voorhand (r.o. 11.3):

*"Er moet immers van worden uitgegaan dat de primaire taak van de curatoren is dat zij de failliete boedel afwickelen en daarbij trachten een zo hoog mogelijk boedelsaldo te realiseren, opdat de schulden van de failliet zoveel als mogelijk worden voldaan. Dat er daarnaast in deze zaak grond bestaat waarop zij dat meerdere van de bestuurders en commissarissen kunnen vorderen (feitelijk ten behoeve van Landis' aandeelhouders), is op voorhand niet gebleken. De desbetreffende deelvordering hangt, naar bij de huidige stand van zaken geldt, niet samen met het voornemen Landis na afwikkeling van het faillissement voort te zetten en daartoe haar eigen vermogen te "herstellen", nu van een dergelijk voornemen niet is gebleken en dat voornemen ook niet aannemelijk is aangezien de activa van Landis door de curatoren goeddeels zijn verkocht. Daarvan uitgaande moet de vordering ten aanzien van dat meerdere bedrag feitelijk worden beschouwd als een vordering ten behoeve van de aandeelhouders van Landis."*

Het vonnis is tenslotte illustratief voor de manier waarop de rechtbank aankijkt tegen de taakverdeling die binnen het bestuur van Landis bestond. Twee bestuurders trachtten tevergeefs zich te disculperen met een beroep op deze taakverdeling. De rechtbank:

*"Een taakverdeling binnen het bestuur kan relevant zijn voor de vraag of een individuele bestuurder aansprakelijk is. Zoals de rechtbank hiervoor heeft overwogen behoren het algemene beleid en het financiële beleid echter tot de kerntaken van het gehele bestuur van een vennootschap. Een taakverdeling waarbij het acquisitiebeleid is toebedeeld aan één bestuurder (in dit geval Kuiken) en*

het financiële beleid aan een andere bestuurder (in dit geval Bus), brengt dan ook niet zonder meer mee dat Ofman en Clemens zich kunnen disculperen louter omdat zij andere taken hadden. Ook ondanks die taakverdeling mag van een bestuurder van een vennootschap worden verwacht dat hij zich rekenschap geeft van de feiten en omstandigheden die van belang zijn voor (de gerechtvaardigheid van) voorgenomen besluiten op het vlak van de genoemde kerntaken en dat hij zich op grond daarvan een weloverwogen oordeel vormt als basis voor de besluitvorming die daarover in bestuursverband plaatsvindt."

## **5. EXTERNE AANSPRAKELIJKHEID**

### **5.1 Inleiding**

We zullen de rechtspraak over situaties waarin derden, doorgaans crediteuren, een bestuurder hebben aangesproken op grond van artikel 6:162 BW voor schulden van de vennootschap zoveel mogelijk categoriseren volgens de indeling die de Hoge raad heeft aangelegd in Ontvanger/ Roelofsen<sup>15</sup>. De relevante overweging citeren we nog maar eens integraal:

*"Het gaat in een geval als het onderhavige om benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering. Ter zake van deze benadeling zal naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen 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 voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 18 februari 2000, nr. C98/208, NJ 2000, 295 (New Holland/Belgium Oosterhof)). Voor de onder (i) bedoelde gevallen is in de rechtspraak de maatstaf aanvaard dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, 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 de onder (ii) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn 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. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen."*

### **5.2 Beklamel ("de onder (i) genoemde gevallen")**

---

<sup>15</sup> HR 8 december 2006, JOR 2007/38 LJV AZ0758 (Ontvanger/Roelofsen).

Er is enig begrip voor ondernemers "in de crisis" die het hoofd boven water proberen te houden. Clementie in twee instanties<sup>16</sup> voor de bestuurder van Green-Fish die mosselen bleef bestellen terwijl de vennootschap al in een slechte financiële situatie verkeerde en het steeds slechter ging. In het licht van de gestelde overlevingskansen en getroffen maatregelen stelde de crediteur onvoldoende om aan te nemen dat de bestuurder wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. De crediteur voerde nog aan dat de overige crediteuren verdergaand waren geïnformeerd dan zij, maar vergeefs:

*"Een verplichting om crediteuren omtrent de financiële situatie van de vennootschap als bestuurder uitgebreid te informeren en deze daarvan op de hoogte te houden kan overigens niet zonder meer worden aangenomen, evenmin als een verplichting om ervoor zorg te dragen dat alle crediteuren in dezelfde mate over de financiële situatie van de vennootschap op de hoogte zijn en worden gehouden."*, aldus het hof.

In een tussenarrest liet het Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>17</sup> een feitelijk beleidsbepaler toe tot het tegenbewijs van de voorshands aangenomen stelling dat hij het beleid bepaalde en wist althans redelijkerwijs behoorde te weten dat de vennootschap (ook) haar betalingsverplichtingen tegenover de crediteur niet meer zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Belangrijk voor deze aanname was dat de vennootschap uitweek naar deze leverancier, nadat een eerdere leverancier de leveranties had stopgezet omdat haar facturen onbetaald bleven.

### **5.3 Ernstig verwijtbare onzorgvuldigheid ("de onder (ii) genoemde gevallen")**

#### **5.3.1 Algemeen**

Deze categorie omvat heel veel verschillende casusposities.

Het Hof Amsterdam<sup>18</sup> bekrachtigde een veroordelend vonnis tegen een bestuurder die "zijn" vennootschap een appartement had laten verkopen onder een ontbindende voorwaarde, waarvan hij de vervulling voor een belangrijk deel in eigen hand had. De voorwaarde werd op het laatste moment in de overeenkomst gezet en werd gepresenteerd als een formaliteit. De overeenkomst was een "lokkertje" om de koper - destijds de huurder van hetzelfde appartement - te bewegen om het appartement zonder vergoeding te verlaten. Een beroep op de ontbindende voorwaarde werd in rechte verworpen, hetgeen de crediteur aanspraak gaf op een contractuele boete. De vennootschap was echter leeg en bood geen verhaal. Het geheel werd als ernstig onzorgvuldig beoordeeld.

Fa-med had (indirect) twee vennootschappen als bestuurders en als aandeelhouders. De ene vennootschap stond op afstand, de andere vennootschap hield zich bezig met de dagelijkse gang van zaken. De "actieve" rechtspersoon-bestuurder verkocht Fa-med zonder onvoorwaardelijke toestemming van de "passieve" rechtspersoon-bestuurder in weerwil van een toestemmingsvereiste op grond van een aandeelhoudersovereenkomst. De bestuurder van de actieve bestuurder-vennootschap treft terzake een ernstig verwijt en is aansprakelijk, aldus het Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>19</sup>. De begroting van de schade heeft nogal wat om het lijf. Die wordt gemaximeerd op het verschil tussen de ontvangen koopprijs en de prijs die de passieve rechtspersoon-bestuurder als minimum had gesteld.

Een Renault-dealer verbond zich tot het vestigen van een eerste pandrecht op voorraden en vorderingen jegens RCI, een financier uit het Renault-concern. Die voorraden en vorderingen waren

---

<sup>16</sup> Hof 's-Hertogenbosch 10 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4181.

<sup>17</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ813.

<sup>18</sup> Hof Amsterdam 19 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1778.

<sup>19</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 12 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8550.

echter al aan de bank verpand en de vennootschap kwam haar verplichting tot het verlenen van een eerste pandrecht niet na. De vennootschap failleerde. RCI grondde haar vordering tegen de bestuurder op de "Beklamel-norm" en stelde dat de bestuurder wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen tot het vestigen van een eerste pandrecht zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Het Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>20</sup> worstelt met het feit dat de schade het gevolg is van het niet terugbetalen van de financiering en niet primair van het niet vestigen van een eerste pandrecht, terwijl het eerste wel een gevolg is van het tweede. Het hof besluit het geheel als ernstig verwijtbare onzorgvuldigheid af te doen (niet als Beklamel-geval) en veroordeelt de bestuurder tot het vergoeden van de schade.

Op de dag dat het faillissement van de vennootschap "met spoed" was aangevraagd, betaalde een bestuurder ten laste van een creditsaldo bij de bank nog de salarissen. Het faillissement bleek al op de dag van de aanvraag te zijn uitgesproken. De curator sprak de bank aan, de bank sprak de bestuurder aan. Zij stelde dat de bestuurder rekening had moeten houden met behandeling dezelfde dag. Tevergeefs. Het Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>21</sup> stelt vast dat de bank opkomt als debiteur en niet als crediteur. De bank had bovendien niet gesteld dat de bestuurder op de hoogte was van de terugwerkende kracht tot 00:00 uur van een faillissement. Evenmin schending van een zorgplicht (direct ouderschap).

Twee voormalige vennoten besloten hun samenwerking te beëindigen. Ze werden het niet eens over de verdeling van het vermogen van hun VOF. De rechtbank sprak een verdeling uit onder het toekennen van compensatie aan de onderbedeelde vennoot. De overbedeelde vennoot, een vennootschap, betaalde niet en haar bestuurder werd aangesproken. Met succes: het hof 's-Hertogenbosch<sup>22</sup> oordeelde dat niet pas op het moment waarop de verdeling door de rechter werd uitgesproken, maar op het moment dat tot beëindiging werd besloten, sprake was van "een verplichting, althans een gereede kans daarop" die voorzienbaar was.

Een "klassiek"<sup>23</sup> geval van een voorzienbare verplichting tot restitutie na een rechterlijke uitspraak was aan de orde bij het Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>24</sup>. Conservatrix werd door de rechtbank tot betaling veroordeeld bij voorraad. Conservatrix betaalde en de eiser, een vennootschap, sluisde het geld weg. Het vonnis ging onderuit in hoger beroep en de vennootschap bood geen verhaal meer. Conservatrix sprak de bestuurder aan. In eerste aanleg werd de vordering afgewezen, maar het hof oordeelde anders: de bestuurder had rekening moeten houden met de vernietiging van het vonnis, hij wist of had ernstig rekening moeten houden met de mogelijkheid dat in geval van vernietiging van het vonnis de vennootschap niet in staat was aan Conservatrix het haar verschuldigde bedrag te restitueren en in de gegeven omstandigheden kon aan de bestuurder worden verweten dat hij desondanks gelden aan de vennootschap had onttrokken met verwaarlozing van het belang van Conservatrix.

Een vergelijkbare kwestie leidde tot een arrest van het Hof Den Haag<sup>25</sup>, dat per afzonderlijke onttrekking toetst of van verwijtbare verwaarlozing van de belangen van de crediteur sprake was.

Twee echtelieden zijn bestuurder van een B.V. De man tekende een wisselbrief en stond aldus borg voor de verplichtingen van de vennootschap jegens een leverancier/crediteur. Zijn echtgenote vorderde vernietiging van de wisselbrief met een beroep op artikel 1:88 BW en werd in 2010 in het gelijk gesteld. De Rechtbank Zeeland-West-Brabant<sup>26</sup> oordeelt dat de vrouw als bestuurder onrechtmatig handelde door de wissel te vernietigen, "aangezien deze zekerheden zijn afgegeven in het be-

<sup>20</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4088.

<sup>21</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6712.

<sup>22</sup> Hof 's-Hertogenbosch 1 oktober 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4440.

<sup>23</sup> HR 8 februari 2002, NJ 2002/ 196 (Maarssens Bouwbedrijf).

<sup>24</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 2 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6228.

<sup>25</sup> Hof Den Haag 12 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ1158.

<sup>26</sup> Rb. Zeeland-West-Brabant 20 maart 2013, JOR 2013/200 m.nt. Borrius, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ4984.

lang van de vennootschap". Bijkomende gronden zijn kennelijk dat zij belang had bij de betalingsafpraak met de crediteur, medeverantwoordelijk was voor het beleid en geen eigen belang had bij vernietiging doordat zij op huwelijkse voorwaarden gehuwd was. Dit is wel streng: het beroep op 1:88 BW was door de rechtbank immers gehonoreerd en hoger beroep was kennelijk nog aanhangig. Waaruit de "medeverantwoordelijkheid voor het beleid" bestond, liet de rechtbank in het midden. De vordering tegen de bestuurder werd echter afgewezen, omdat de man volgens de eigen stellingen van de crediteur geen verhaal bood en de wissel de crediteur niet had gebaat als zij in stand was gebleven. Ook tevergeefs beroep op Kloosterbrink/ Eurocommerce<sup>27</sup>.

Een bestuurder beweegt een leverancier om door te leveren nadat de vennootschap zekerheden heeft gesteld. De mededelingen over reeds aan derden verstrekte zekerheden zijn onwaar en de bestuurder is aansprakelijk<sup>28</sup>.

De Rechtbank Midden-Nederland<sup>29</sup> veroordeelde op vordering van werknemers een bestuurder die de afdracht van pensioenpremie voor die werknemers van de vennootschap had gestaakt (terwijl hij intussen wel het werknemersdeel inhield). Dat de betrokken pensioenverzekeraar onduidelijkheid zou hebben laten bestaan over de premieachterstand levert hiervoor geen rechtvaardiging.

### 5.3.2 Lege vennootschap

Het Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>30</sup> bekrachtigde een eerdere veroordeling van een bestuurder die namens een lege projectvennootschap ten onrechte een overeenkomst ontbond. De bestuurder was "*verplicht om voldoende financiële middelen aan de vennootschap te verstrekken om de schade (...) te voldoen*" aldus de rechtbank met instemming van het hof.

Datzelfde hof<sup>31</sup> is aanmerkelijk minder streng voor bestuurders die niet zelf ontbonden, maar geconfronteerd werden met de ontbinding door de opdrachtgever van een contract met "hun" vennootschap. Hoewel de vennootschap schadeplichtig was, waren de bestuurders dat niet, kennelijk bij gebreke van begrijpelijke stellingen.

De Rechtbank Midden-Nederland<sup>32</sup> houdt de bestuurder voor wat hij wel en niet had behoren te doen, in een situatie waarin hij de onderneming beëindigde, maar de geledigde vennootschap nog twee jaar liet huren. De huur werd intussen betaald door een derde, die daartoe niet gehouden was en op zeker moment met betalen stopte. De bestuurder handelde onrechtmatig door de verhuurder niet te informeren en door aldus een situatie te laten ontstaan, waarin de verhuurder zonder waarschuwing ineens een lege vennootschap tegenover zich vond.

Een bestuurder ontbindt de vennootschap. Of vereffening daadwerkelijk heeft plaatsgevonden blijft ongewis, maar de bestuurder negeert als vereffenaar een schuld uit hoofde van borgtocht die hij zelf was aangegaan tot zekerheid van betaling van een schuld van een groepsvennootschap. De bestuurder is hiervoor als vereffenaar aansprakelijk, aldus de Rechtbank Amsterdam<sup>33</sup>.

### 5.3.3 Dividenduitkeringen

---

<sup>27</sup> HR 26 juni 2009, NJ 2009/418 m.nt. Van Schilfgaarde (Kloosterbrink/Eurocommerce Holding).

<sup>28</sup> Rb. Amsterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8497.

<sup>29</sup> Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7229.

<sup>30</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2013, CLI:NL:GHARL:2013:5405.

<sup>31</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 12 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8515.

<sup>32</sup> Rb. Midden-Nederland 23 oktober 2013, ECLI:NL:RBMNL:2014:4941.

<sup>33</sup> Rb. Amsterdam 3 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3712 en voor een vergelijkbare casus: Rb. Rotterdam 20 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10377.



De Rechtbank 's-Gravenhage hield een bestuurder aansprakelijk jegens een crediteur voor een dividenduitkering, ook als is die uitkering niet in strijd met artikel 2:216 BW (oud), op grond van Nimox<sup>34</sup>.

De Rechtbank Midden-Nederland<sup>35</sup> komt na een zeer gedetailleerde bedrijfseconomische analyse tot de conclusie dat overwegend geen onrechtmatige dividenduitkeringen hebben plaatsgevonden.

Een poging om het bestuur in kort geding te dwingen tot het doen van een dividenduitkering strandde voor Rechtbank Rotterdam<sup>36</sup>.

#### 5.3.4 Betalingsonwil en selectieve betaling

Het Hof Amsterdam<sup>37</sup> vernietigde na verwijzing, net als eerder het Hof Den Haag, een veroordelend vonnis van de Rechtbank Rotterdam (uit 1998!) en stelt vast dat geen sprake is van betalingsonwil of selectieve betaling. Het bedrijf was "materieel aan zijn einde" en kon niet betalen.

Het "Visschersbanket" verkeerde in zwaar weer, draaide op leverancierskrediet en betaalde toch haar "participanten". Onrechtmatig, aldus het Hof Den Bosch<sup>38</sup>.

De Rechtbank Noord-Nederland<sup>39</sup> wees een vordering op grond van betalingsonwil af, omdat *"geen sprake [was] van een situatie waarin de bestuurders om principiële redenen consequent hebben verhinderd dat de vennootschap tot betaling van een bepaalde crediteur overging."* Ook de selectieve betaling werd in casu aanvaard: *"De (wettelijke) rangorde van de vennootschapscrediteuren is van belang bij de beoordeling van voorkeursbehandelingen. Immers, bij afwijkende rangorde is geen sprake van in gelijke omstandigheden verkerende crediteuren, zodat voor ongelijke behandeling van die crediteuren dan een in beginsel afdoende grondslag bestaat."*

#### 5.3.5 Misbruik van identiteitsverschil/ vereenzelviging

Net als de rechtbank acht het Hof Amsterdam<sup>40</sup> een bestuurder aansprakelijk voor het misbruik maken van het identiteitsverschil van rechtspersonen. De bestuurder in kwestie liet "zijn" vennootschap de onderneming verkopen voor één euro aan een in het buitenland woonachtige "katvanger" en kocht die in een andere vennootschap weer terug. De crediteur van de oorspronkelijke vennootschap had het nakijken.

"Echte" vereenzelviging werd door de Rechtbank Utrecht<sup>41</sup> *"de aangewezen vorm (...) om het misbruik maken van het identiteitsverschil ongedaan te maken"* bevonden omdat het gemaakte misbruik "als dermate ernstig" moest worden aangemerkt. Twee bestuurders hadden een concurrentiebeding aanvaard. De twee bestuurders richtten een vennootschap op die de verboden activiteiten voortzette. De nieuwe vennootschap werd gebonden geacht aan het concurrentiebeding en was schadeplichtig wegens de schending ervan, hoofdelijk, met een van de bestuurders (de ander was niet in rechte betrokken).

#### 5.3.6 Comsys-zaken

Een moedermaatschappij heeft als enig aandeelhouder en bestuurder die de gang van zaken in haar dochterondernemingen bepaalt een zorgplicht jegens de crediteuren van haar dochter om zich

<sup>34</sup> Rb. 's-Gravenhage 9 januari 2013, *JOR* 2013/96.

<sup>35</sup> Rb. Midden-Nederland 22 mei 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA0803.

<sup>36</sup> Rb. Rotterdam 30 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1979.

<sup>37</sup> Hof Amsterdam 17 september 2013 ECLI:NL:GHAMS:2013:2992.

<sup>38</sup> Hof 's-Hertogenbosch 2 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ6711.

<sup>39</sup> Rb. Noord-Nederland, 24 april 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ8656.

<sup>40</sup> Hof Amsterdam 11 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1737.

<sup>41</sup> Rb. Utrecht 28 maart 2012, *JOR* 2013/297 m.nt. Van Thiel, ECLI:NL:RBUTR:2012:3942.

de belangen van de — bestaande en toekomstige — schuldeisers van haar dochter aan te trekken, welke zorgplicht berust(te) op de door de moeder opgezette structuur met inherente risico's voor crediteuren van de dochter, in samenhang met haar keuze om de activiteiten van haar dochter 'going concern' voort te zetten hoewel zij wist dat door de gevolgde wijze van handelen binnen haar groep de crediteuren van de dochter zouden worden benadeeld zodra de financiering in rekening-courant door de moeder en de andere dochter zou worden beëindigd<sup>42</sup>.

Het Hof Amsterdam<sup>43</sup> paste - impliciet - een variant van het Comsys-criterium toe door te overwegen:

*"Van [appellanten] als degenen die in de relevante periode het beleid en de gang van zaken bij Etirc hebben kunnen bepalen, mag worden verlangd dat zij aannemelijk maken dat de vennootschap ook zonder dat de facturering en inning van de kosten van de Consultants plaatsvond in staat was haar crediteuren te betalen of verhaal te bieden. Dat hebben zij niet gedaan."* en hield de bestuurder aansprakelijk.

Het "initiatief" lag hier bij de dochter en haar bestuurders, die kennelijk verzuimden om een groepsvennootschap te factureren en daardoor de crediteuren van de dochter benadeelden.

De Rechtbank Amsterdam<sup>44</sup> paste het Comsys-criterium toe, maar wees de vordering af, omdat - kortweg - de eiser onvoldoende heeft weersproken dat de dochter in kwestie *"een op zich levensvatbaar bedrijf was met een goede orderportefeuille en voldoende toekomstperspectief"*.

Evenmin succesvol waren de crediteuren in twee Comsys-zaken voor de Rechtbank Noord-Nederland<sup>45</sup>. De bestuurder in de eerste zaak ging vrijuit, omdat hij onweersproken had aangevoerd dat hij maatregelen getroffen had en diverse mogelijkheden had onderzocht om de noodlijdende situatie te keren. In de tweede zaak ontsnapte de bestuurder, doordat niet de opgezette vennootschappelijke structuur van invloed was op de verhaalspositie van de crediteur, maar de sterke positie van de huisbank.

### 5.3.7 Direct ouderschap

Het Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>46</sup> verwierp een beroep op direct ouderschap. Een aandeelhouder betreurde zijn kapitaaldeelname in een skicentrum en sprak de bestuurder aan als "andersoortige vertegenwoordiger" maar niet als bestuurder, zodat op hem de zwaardere maatstaf niet van toepassing zou zijn. Het hof: "In de literatuur is er, naar het oordeel van het hof terecht, op gewezen dat het in het aan de Hoge Raad voorgelegde geval ging om schending van een zorgvuldigheidsnorm die verband hield met de beroepsmatige deskundigheid van de aangesproken bestuurder, een makelaar, en dat deze norm gold ongeacht de organisatorische wijze waarop de beroepsbeoefenaar zijn beroep uitoefende. Wanneer de norm die zou zijn geschonden betrekking heeft op het besturen van een vennootschap, gelden niet de normale regels van aansprakelijkheid, maar is vereist dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt." Deze benadering veronderstelt dat onderscheid te maken is tussen normen die "betrekking hebben op" bestuursactiviteiten en normen die "verband houden met" beroepsmatige activiteiten. Scherp is dat onderscheid niet. De veronderstelling is ook dat de demarcatielijn voor toepassing van een "gewone" en een "zware" norm voor aansprakelijkheid tussen die activiteiten behoort te liggen. Beperking van aansprakelijkheid is echter juist een van de redenen om een

<sup>42</sup> HR 11 september 2009, JOR 2009/309 m.nt. Spinath, ECLI:NL:HR:2009:BH4033 (Comsys).

<sup>43</sup> Hof Amsterdam 3 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4258.

<sup>44</sup> Rb. Amsterdam 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6590.

<sup>45</sup> Rb. Noord-Nederland 3 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ6198 en Rb. Noord-Nederland 4 december 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7316.

<sup>46</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 28 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA1538.

onderneming in een vennootschap uit te oefenen. Komt aan bepaalde beroepen een dergelijke bescherming niet toe en welke zijn dat dan?

Dat dit onderscheid nogal arbitrair is, laat een uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland<sup>47</sup> zien. Deze zaak werd beoordeeld als een "geval (ii)" volgens Ontvanger/ Roelofsen. De bestuurder is aansprakelijk omdat hem een ernstig verwijt gemaakt wordt van - kortweg - zijn betrokkenheid bij wijze waarop de vennootschap uitvoering gaf aan een bemiddelingsovereenkomst als scheepsmakelaar en als opdrachtnemer het geld van de opdrachtgever had beheerd. Dat geld was weg. De opdrachtgever bracht Van de Riet/Hofmann niet in stelling, maar stelde - kortweg - dat sprake was van ernstig verwijtbare onzorgvuldigheid van de bestuurder. Het vergt echter weinig fantasie om ook hier een norm aan te wijzen die verband houdt met de beroepsmatige activiteit van de bestuurder in kwestie.

De Rechtbank Oost-Brabant<sup>48</sup> wees een vordering af tegen bestuurders die mede was gegrond op het "direct ouderschap". Een werknemer bestelde jarenlang audioapparatuur en betaalde die frauduleus vanaf de rekening van zijn werkgever. De werkgever sprak de bestuurders aan van de audiolverancier. "Er is geen zorgvuldigheidsnorm die meebrengt dat (indirect) bestuurders moeten controleren of ontvangen betalingen daadwerkelijk afkomstig zijn van de partij waarmee zaken wordt gedaan." aldus de rechtbank.

Direct ouderschap werd evenmin aangenomen door de Rechtbank Amsterdam<sup>49</sup>, omdat de verwijten steeds betrekking hadden op handelen of toelaten in hoedanigheid van bestuurders.

### 5.3.8 Varia

Het Hof Amsterdam<sup>50</sup> verwierp een beroep van een crediteur op een beding in algemene voorwaarden dat beoogde persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders naast de vennootschap te vestigen. De bestuurder had die algemene voorwaarden in hoedanigheid aanvaard en niet (ook) namens zichzelf, aldus het hof.

Hof 's-Hertogenbosch<sup>51</sup> moest oordelen over een vordering van de curator die stelde dat sprake was van een onrechtmatige schending van het steunverbod van artikel 2:207c BW. Die bepaling was intussen afgeschaft (met onmiddellijke werking), maar de curator paste zijn stelling(en) niet aan. Het hof toetste buiten de verdwenen bepaling om of het handelen van de bestuurder ernstig verwijtbaar was, doordat de steun de belangen van de vennootschap had geschaad. Dat was niet het geval.

Twee personen geven zich ten onrechte uit voor bestuurders van de niet bestaande rechtspersoon Marmolux International en leggen in die hoedanigheid een getuigenverklaring af. In werkelijkheid zijn zij bestuurder van Marmolux. Marmolux International wint in eerste aanleg, maar moet na een verloren hoger beroep terugbetalen wat haar wederpartij inmiddels heeft voldaan onder het vonnis. Het arrest is niet te executeren nu het gewezen is tegen een niet bestaande vennootschap. De wederpartij zoekt verhaal op beide "bestuurders". Met succes. Het hof<sup>52</sup>: "Een dergelijk optreden moet worden gekwalificeerd als een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Het is immers onzorgvuldig om op naam van een niet bestaande rechtspersoon een gedaagde in een gerechtelijke procedure te betrekken (...)."

<sup>47</sup> Rb. Noord-Nederland 13 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:BZ7200.

<sup>48</sup> Rb. Oost-Brabant 11 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6830.

<sup>49</sup> Rb. Amsterdam 25 september 2013, HA ZA 12-389.

<sup>50</sup> Hof Amsterdam 9 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1151.

<sup>51</sup> Hof 's-Hertogenbosch 23 april 2013, JOR 2013/169 m.nt. Van Thiel, LJV BZ8546, JOR 2013/169.

<sup>52</sup> Hof 's-Hertogenbosch 5 november 2011, ECLI:NL:GHSHE:2013:5204.

## 6. ARTIKEL 2:138/248 BW

### 6.1 Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling

Voor onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:138/248 lid 1 BW is vereist dat geen redelijk denkend bestuurder in dezelfde omstandigheden tot dezelfde handelwijze zou zijn gekomen<sup>53</sup>. Tenzij de curator wordt geholpen door een van de vermoedens van lid 2, vormt deze maatstaf een vrij hoge drempel voor aansprakelijkheid<sup>54</sup>.

In geval van toewijzing gaat het meestal om bewuste benadeling van de vennootschap of zelfbevoordeling. De Rechtbank Oost-Nederland<sup>55</sup> beschouwde als "wanbestuur" - deels gegrond op art. 6:162 BW en deels op art. 2:248 lid 1 BW - aangemerkt de toe-eigening van klanten, onderhanden werk en de materiële activa<sup>56</sup> alsmede het uit handen geven van de controle over de bedrijven aan een "bedrijvendokter"<sup>57</sup>. Het Hof 's-Hertogenbosch<sup>58</sup> kwam tot het oordeel kennelijk onbehoorlijk bestuur ten aanzien van bestuurders die niet hadden gezorgd voor een zorgvuldige liquidatie van de vennootschappen maar die hadden afgestoten met vrijwel alle aanwezige schulden en verplichtingen onder het achterhouden van datgene dat voor een voortzetting van de bedrijfsvoering van nut kon zijn ten behoeve van de andere vennootschappen uit het concern. In een zaak bij de Rechtbank Den Haag<sup>59</sup> werd het kroonjuweel van het concern "leeggetrokken" door de verkoopopbrengst grotendeels te besteden aan andere concernvennootschappen en hun schuldeisers, zonder te waarborgen dat die vennootschap zonder achterlating van schuldeisers zou worden vereffend en ontbonden, of bij voortzetting van bedrijfsactiviteiten in sterk afgeslankte vorm in ieder geval ruim voldoende geld in kas hield of afdoende zekerheden had om aan haar verplichtingen jegens haar schuldeisers te kunnen (blijven) voldoen. Rechtbank Noord-Nederland<sup>60</sup> merkte als kennelijke onbehoorlijk bestuur aan het kort voor een faillissement oprichten van een vennootschap en het door middel van bekrachtiging van de in de oprichtingsfase gestelde rechtshandelingen "volladen" van die vennootschap met een negatief vermogen<sup>61</sup>.

In sommige gevallen was kennelijk onbehoorlijk bestuur minder evident, maar ging het om - zoals het ergens werd genoemd - "een te weinig kritisch optimisme over de te verwachten toekomstige resultaten"<sup>62</sup>. De Rechtbank Rotterdam<sup>63</sup> moest oordelen over een bestuurder die voor meer dan EUR 500.000 investeringen had gedaan zonder dekking of reële terugverdienmogelijkheden. De rechtbank oordeelde dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur oplevert nu immers van een statutair bestuurder mag worden verwacht dat hij de vennootschap ervoor behoedt ongedekte investeringen aan te gaan van een dergelijke omvang, althans dergelijke investeringen die niet binnen afzienbare termijn

<sup>53</sup> HR 8 juni 2001, NJ 2001, 454 m.nt. Maeijer (Panmo).

<sup>54</sup> Vgl. voor een vergelijking met de andere aansprakelijkheidsnormen Assink, Enige gedachten omtrent interne bestuurdersaansprakelijkheid, *Ondernemingsrecht* 2005, 141.

<sup>55</sup> Rb. Oost-Nederland 27 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5100.

<sup>56</sup> Met betrekking tot deze feiten spreekt de rechtbank van "een in groepsverband gepleegde onrechtmatige daad" (zonder overigens op art. 6:166 BW in te gaan).

<sup>57</sup> Zie over dat aspect van de zaak ook Smetsers, Katvangers en bestuurders in het nauw: over BV-dokters en aansprakelijke bestuurders, *Jutd* 2013/09.

<sup>58</sup> Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2013, *JOR* 2013/302 m.nt. Bartman.

<sup>59</sup> Rb. Den Haag 13 maart 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:8336.

<sup>60</sup> Rb. Noord-Nederland 5 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:4821.

<sup>61</sup> Klaarblijkelijk verkoos de curator deze route boven art. 2:203 lid 3 BW, waarin laatstgenoemde bepaling overigens voorziet (zin 1, slot).

<sup>62</sup> Hof 's-Hertogenbosch 28 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA1491, r.o. 14.3.2.

<sup>63</sup> Rb. Rotterdam 12 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3346.

kunnen worden terugverdiend. Het bestaan van een aandeelhouderstoezegging om extra te investeren werd niet aannemelijk geoordeeld. Dit oordeel is vrij streng. Budgetoverschrijdingen zijn in de dagelijkse praktijk bepaald niet zeldzaam. Twijfelachtig is of een redelijk denkend bestuurder in dezelfde omstandigheden tot een andere handelwijze was gekomen. In ieder geval is daarvoor vereist dat er voorzienbaar schade zou ontstaan, hetgeen de rechtbank kennelijk niet van belang acht.

## 6.2 Schending boekhoudplicht en publicatieplicht

Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit art. 2:10 BW (administratie) of art. 2:394 BW (publicatie jaarrekening) staat onweerlegbaar vast dat het zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, aldus art. 2:138/248 lid 2 BW. Vanwege dit "dubbele vermoeden"<sup>64</sup> doen curatoren veelvuldig een beroep op lid 2, zo ook in 2013 (zie de empirische uitkomsten genoemd in par. 3). Hierna bespreken wij interessante ontwikkelingen in de rechtspraak aangaande het beroep op het vermoeden door de curator. Centraal daarin staat de boekhoudplicht; bij de publicatieplicht rijzen vooral vragen rond de verweermiddelen tegen een succesvol beroep op schending.

### 6.2.1 Maatstaf

In een aantal gevallen hield de vraag of de boekhoudplicht geschonden was, partijen verdeeld. Uit het standaardarrest uit 1993 valt op te maken dat het er om gaat dat snel inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en dat deze posities en stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie<sup>65</sup>. Latere rechtspraak legt nog sterker de nadruk op de specifieke kenmerken van de desbetreffende onderneming<sup>66</sup>. De eisen die aan de boekhouding gesteld worden, hangen mede af van de aard en opzet, alsmede de organisatie van de onderneming van de rechtspersoon en haar werkzaamheden. Daarbij gaat het erom dat het bestuur op verantwoorde wijze beslissingen kan nemen op basis van betrouwbare informatie over de financiële positie van de vennootschap en dat uit die informatie, ook voor een faillissementscurator, een eenduidig en getrouw beeld volgt van de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon<sup>67</sup>. In twee zaken voor de Rechtbank Noord-Nederland<sup>68</sup> <sup>69</sup> en de Rechtbank Oost-Nederland werd respectievelijk aan de hand van een deskundigenrapport en een accountantsrapport vastgesteld dat de boekhoudplicht was geschonden<sup>70</sup>. Beide uitspraken passen binnen de hiervoor genoemde nieuwe lijn in de rechtspraak, ook al bewees laatstgenoemde lippendienst aan de Hoge Raad-uitspraak uit 1993<sup>71</sup>.

### 6.2.2 Boekhoudplicht in concernverband

---

<sup>64</sup> Deze aanduiding is gangbaar maar eigenlijk fout, omdat het onbehoorlijk bestuur vast staat zonder dat tegenbewijs geleverd kan worden. Tegenbewijs is alleen mogelijk tegen het verband tussen onbehoorlijk bestuur en faillissement.

<sup>65</sup> HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713 (Brens/Sarper).

<sup>66</sup> Zie ook de noot van Harmsen onder Rb. Oost-Nederland 27 maart 2013, *JOR* 2013/201.

<sup>67</sup> Hof Leeuwarden 3 april 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW0725.

<sup>68</sup> Rb. Noord-Nederland 4 december 2013, *JOR* 2014/64 m.nt. Van Thiel; Rb. Oost-Nederland 27 maart 2013, *JOR* 2013/201 m.nt. Harmsen.

<sup>69</sup> Niet alleen het bestuur, maar ook de commissarissen werden aangesproken uit hoofde van art. 2:248 BW jo art. 2:259 BW. Wij laten dit verder buiten beschouwing.

<sup>70</sup> In een andere zaak werd schending van de boekhoudplicht gesubstantieerd aan de hand van gegevens van de belastingdienst, zie Hof den Bosch 10 december 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5969, r.o. 4.8.6.

<sup>71</sup> Zie daarover de eerder reeds genoemde noot van Harmsen.

Een terugkerend thema is ook nu weer de boekhoudplicht in concernverband.

De Rechtbank Midden-Nederland<sup>72</sup> paste de regel toe uit het arrest Faas/Luchtman<sup>73</sup>. In dat arrest was bepaald dat het voor een holding, wil zij als topholding de centrale leiding kunnen uitoefenen, noodzakelijk is dat zij uit haar administratie ook snel een voldoende betrouwbaar inzicht kan verkrijgen in de vermogenspositie van haar dochters<sup>74</sup>. Expliciet dan in de Bossche uitspraak werd thans geoordeeld dat dit ook voor een buitenlandse dochter geldt, ook al is artikel 2:10 BW op die dochter niet van toepassing.

Afgezien van rechtsvragen kunnen ook meer feitelijk getinte discussies ontstaan rond de boekhoudplicht in concernverhoudingen. De Rechtbank Rotterdam<sup>75</sup> stelde vast dat sprake was van schending van de boekhoudplicht wegens het feit dat een aantal grote vorderingen was geïnd door groepsmaatschappijen van de failliete vennootschap en die vorderingen niet als omzet bij die groepsmaatschappijen waren geboekt. De Rechtbank Oost-Nederland<sup>76</sup> nam schending van de boekhoudplicht aan omdat onvoldoende inzichtelijk was hoeveel uur het door de failliete vennootschap ingeleende personeel aan andere vennootschappen ter beschikking werd gesteld en welke huurverplichtingen de vennootschap had. Ten aanzien van beide omstandigheden nam de rechtbank in overweging dat er nauwe verwevenheid bestond tussen de verschillende groepsmaatschappijen.

### 6.2.3 Cumulatieve schending boekhoud- en publicatieplicht

In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat indien alleen de publicatieplicht is verwaarloosd, de bestuurders gemakkelijker het in art. 2:248 lid 2 BW bedoelde tegenbewijs kunnen leveren dan indien tevens de boekhoudplicht is geschonden.<sup>77</sup> De curator heeft derhalve een zelfstandig belang bij de beantwoording van de vraag of er ook sprake is van schending van de boekhoudplicht, aldus met juistheid overwogen door de Rechtbank Noord-Nederland<sup>78</sup>, die uiteindelijk oordeelt dat daarvan geen sprake was<sup>79 80</sup>.

### 6.2.4 Boekhoudplicht en stortingsplicht

Met het niet-voldoen aan de stortingsplicht is schending van de boekhoudplicht gegeven, zo oordeelde de Rechtbank Oost-Nederland<sup>81</sup>. Bestuurdersaansprakelijkheid wegens het niet storten is voor de curator een geschikt alternatief voor de uit art. 2:180 lid 2 BW geschrapte "stortingsaansprakelijkheid", met dien verstande dat er enige verschillen in reikwijdte zijn<sup>82</sup>.

## 6.3 Onbelangrijk verzuim

---

<sup>72</sup> Landis.

<sup>73</sup> Hof Den Bosch 13 juli 2004, *JOR* 2004/292 (Faas/Luchtman).

<sup>74</sup> Onduidelijk blijft of ook op dochterniveau sprake was van schending van de boekhoudplicht en of daaraan voor het bestuur van Landis Holding/Group gevolgen zijn verbonden, vgl. de annotatie van Verbunt, nrs. 37-39.

<sup>75</sup> Rb. Rotterdam 4 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9721.

<sup>76</sup> Rb. Oost-Nederland 27 maart 2013, *JOR* 2013/201 m.nt. Harmsen.

<sup>77</sup> *Kamerstukken EK* 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 13.

<sup>78</sup> Noord-Nederland 3 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ6198.

<sup>79</sup> Anders: Rb. Oost-Nederland 30 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ1102, waar wordt overwogen dat met de vaststelling van het onbehoorlijk bestuur wegens ontijdige publicatie, de overige aangevoerde gronden, waaronder de schending van de boekhoudplicht, geen bespreking meer behoeven (r.o. 4.7).

<sup>80</sup> In Rb. Rotterdam 22 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2987 werd de gecumuleerde schending van boekhoud- en publicatieplicht meegewogen bij de toets of er sprake was van een onbelangrijk verzuim, zie r.o. 4.4.

<sup>81</sup> Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0445.

<sup>82</sup> Voor de volledigheid: de curator kan ook via art. 2:193 BW nog de verschuldigde storting incasseren.

Een onbelangrijk verzuim in de administratie- en publicatieplicht wordt niet in aanmerking genomen (art. 2:138/248 lid 2 BW slot). Een succesvol beroep door de bestuurder leidt ertoe dat de vermoedens uit lid 1 geneutraliseerd worden. In de praktijk wordt hier veelvuldig over geïncideerd, in twee gevallen tot aan de Hoge Raad.

De Hoge Raad<sup>83</sup> moest oordelen over een overschrijding van de publicatieplicht met 28 dagen. De bestuurders voerden aan dat i.c. slechts een betrekkelijk belang bestond bij openbaarmaking van de jaarrekening omdat de desbetreffende vennootschap geen of weinig activiteiten verrichtte en geen of weinig relaties had. De Hoge Raad volgde de bestuurders niet; ook een dergelijke vennootschap moet haar jaarrekening tijdig openbaar maken<sup>84</sup>. Het hof had eerder geoordeeld dat geen sprake was van een onbelangrijk verzuim, omdat de omstandigheden die de bestuurders aanvoerden om de overschrijding te rechtvaardigen voor hun eigen rekening kwamen en dat de bestuurders maatregelen hadden moeten treffen om de nakoming van de openbaarmakingsverplichting te waarborgen. In cassatie werd daartegen onder meer aangevoerd dat ook omstandigheden die tot de risicosfeer van het bestuur behoren, grond kunnen opleveren om een onbelangrijk verzuim aan te nemen en dat niet valt in te zien waarom in dit geval geen sprake is van een onbelangrijk verzuim. Voorts, met een beroep op de totstandkomingsgeschiedenis van de slotzin van art. 2:248 lid 2 BW, dat het in dit verband erom gaat of de overtuiging bestaat dat de ondernemer een bonafide instelling heeft en een redelijke verklaring kan geven voor het verzuim<sup>85</sup>. Anders dan het hof - en de AG - was de Hoge Raad het daarmee eens. Onder aanhaling van de standaardarresten HR 2 februari 1996, *NJ* 1996/406 en HR 20 oktober 2006, *NJ* 2007/2<sup>86</sup> overwoog hij:

*"3.6.3. Tegen de achtergrond van het in 3.6.2 overwogene is het onderdeel gegrond. Beslissend is of de door Bobo c.s. aangevoerde omstandigheden – die niet door de curator zijn weersproken – een aanvaardbare verklaring opleveren voor de te late publicatie, op grond waarvan dat verzuim in dit geval niet valt aan te merken als een blijk van een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Dat die omstandigheden tot de risicosfeer behoren van Bobo, zoals het heeft geoordeeld, is daarbij als zodanig niet van belang.*

*De door Bobo c.s. aangevoerde omstandigheden komen erop neer dat de te late openbaarmaking valt terug te voeren op een misverstand. Daarvan uitgaande valt niet zonder meer in te zien dat in aanmerking is te nemen dat Bobo maatregelen had moeten treffen om haar verplichting tot tijdige publicatie na te komen, zoals het hof heeft gedaan. De enkele omstandigheid dat Bobo zodanige maatregelen vooraf had kunnen treffen, brengt nog niet mee dat geen sprake is van een aanvaardbare verklaring."*

In HR 1 november 2013, *JOR* 2013/336 m.nt. Van Andel en *NJ* 2014/7 m.nt. Van Schilfgaard stond de vraag centraal of het Hof in zijn oordeel dat een overschrijding van de uiterste datum voor publicatie van de jaarrekening met ruim zes maanden een onbelangrijk verzuim vormde in aanmerking had mogen nemen dat die overschrijding maar voor drie weken samenviel met de periode dat de

<sup>83</sup> Hoge Raad 12 juli 2013, *JOR* 2013/300 m.nt. Van Andel (Apeldoornse Asbestsanering).

<sup>84</sup> In Rb. Rotterdam 25 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:8190 werd dit oordeel van de Hoge Raad aangehaald ter afwijzing van de stelling van de aangesproken bestuurder "dat het een feit van algemene bekendheid is dat uit de publicatiebalans nagenoeg niets kan worden afgeleid ter zake de rechten en verplichtingen van een vennootschap zodat onduidelijk is welk belang een crediteur heeft bij inzage in de situatie van dertien maanden eerder" (r.o. 4.3).

<sup>85</sup> *Kamerstukken II*, 1983/84, 16 631, nr. 9, p. 16.

<sup>86</sup> Uit deze arresten volgt dat het antwoord op de vraag of een overschrijding als een onbelangrijk verzuim kan gelden, afhangt van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid, waarbij opmerking verdient dat hogere eisen moeten worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is en dat stelplicht en bewijslast op de aangesproken bestuurder rusten.

aangesproken (indirect) bestuurder in functie was<sup>87</sup>. De Hoge Raad meende van niet. Artikel 2:248 lid 2 BW heeft betrekking op de vraag of sprake is geweest van een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en niet op het aandeel in die onbehoorlijke taakvervulling van de individuele bestuurder. Volgens de Hoge Raad had het hof zich bij zijn oordeel dat sprake is van een onbelangrijk verzuim dan ook niet kunnen beperken tot de genoemde drie weken, maar had het de gehele periode van de overschrijding van de publicatietermijn van ruim zes maanden in zijn beoordeling moeten betrekken.

### **6.3.1 Relevante omstandigheden**

Uit de reeds aangehaalde standaardarresten van de Hoge Raad volgt dat voor de vraag of een verzuim onbelangrijk is, moet worden gekeken naar de omstandigheden van het geval, in het bijzonder naar de redenen voor het verzuim. In de lagere rechtspraak kwamen verschillende voorbeelden voorbij. De Rechtbank Noord-Nederland<sup>88</sup> verwierp een beroep op "openstaande posten bij een groepsmaatschappijen die in een rekening-courant verhouding stonden tot de vennootschap" en zag een overschrijding van 26 dagen niet door de vingers. De Rechtbank Midden-Nederland<sup>89</sup> sauveerde een termijnoverschrijding van iets meer dan twee maanden met de overweging dat het ging om een menselijke onoplettendheid waarvan gesteld noch gebleken is dat enige (onvoldane) crediteur hierdoor nadeel had geleden, die na ontdekking direct is hersteld, en dat geen andere schendingen van art. 2:394 BW zijn gesteld of gebleken. Voor toepassing van de onbelangrijk verzuim-uitzondering kan ten slotte ook aanleiding bestaan indien de rechter uit het geheel van de omstandigheden de overtuiging krijgt dat de ondernemer een bonafide instelling heeft en een redelijke verklaring kan geven voor het verzuim. In Rechtbank Den Haag, 9 januari 2013, *JOR* 2013/96 m.nt. Barneveld werd, zo lijkt het, een eigen draai aan deze formule gegeven.

### **6.4 Weerlegging van het vermoeden dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement**

In geval van schending van de publicatie- of boekhoudplicht, welke niet als een onbelangrijk verzuim heeft te gelden, staat onweerlegbaar vast dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Tegelijk wordt weerlegbaar vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Volgens vaste rechtspraak<sup>90</sup> (met name *Blue Tomato*<sup>91</sup>) brengt een redelijke uitleg van art. 2:248 lid 2 BW het volgende mee:

- i) voor het ontzenuwen van het daarin neergelegde vermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.
- ii) stelt de bestuurder daartoe een van buiten komende oorzaak en wordt de bestuurder door de curator verweten dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zal de bestuurder (tevens) feiten en omstandigheden moeten stellen en zonodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.

---

<sup>87</sup> De andere kwestie in cassatie betrof het oordeel van het Hof dat bij twee andere groepsmaatschappijen een termijnoverschrijding van 10 dagen als een onbelangrijk verzuim moest worden gezien.

<sup>88</sup> Rb. Noord-Nederland 3 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ6198.

<sup>89</sup> Rb. Midden-Nederland 22 mei 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA0803.

<sup>90</sup> HR 23 november 2001, *JOR* 2002/4 m.nt. Blanco Fernández en HR 20 oktober 2006, *NJ* 2007, 2 m.nt. Maeijer.

<sup>91</sup> HR 30 november 2007, *JOR* 2008/29 m.nt. Borrius.



iii) als hij daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator op de voet van het eerste lid van art. 2:248 BW aannemelijk te maken dat nochtans sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling die een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

#### **6.4.1 Externe feiten en omstandigheden (ad i)**

Opvallend is dat de Rechtbank Rotterdam<sup>92</sup> enkele van de door bestuurders gestelde externe oorzaken afdeed als "gebruikelijk ondernemersrisico", waarmee de rechtbank wilde zeggen dat deze omstandigheden voor hun rekening en risico kwamen en niet konden worden aangemerkt als een van buiten komende oorzaak van het faillissement. In een uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch<sup>93</sup> van 3 juli 2012 pakte de kwalificatie als normaal risico van bedrijfsvoering nog juist ten faveure van de bestuurder uit.

Indien een bestuurder aanvoert dat hij niet de hand heeft gehad in de door hem gestelde alternatieve oorzaak van het faillissement, moet aan de hand van het criterium van art. 2:138/248 lid 1 BW worden beoordeeld of hem te dien aanzien een onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten. Aldus oordeelde met juistheid Hof 's-Hertogenbosch<sup>94</sup>.

Voor de goede orde: indien (tegen)bewijslevering evident zinloos is, in die zin dat dat niet tot de beslissing van de zaak kan leiden als bedoeld in art. 166 lid 1 Rv, staat het de rechter vrij een bewijsaanbod van de bestuurder niet te honoreren<sup>95</sup>.

#### **6.4.2 Geen onbehoorlijke taakvervulling (ad ii)**

De bestuurder moet ter weerlegging van het vermoeden een van buiten komende belangrijke oorzaak van het faillissement aannemelijk maken. Als de curator hem vervolgens verwijt dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, moet hij (tevens) feiten en omstandigheden stellen en zo nodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. In zekere zin zal inherent zijn aan een "van buiten komende oorzaak" dat die intreedt ongeacht de manier waarop de taak is vervuld, dus er is in zekere zin sprake van communicerende vaten.

Het gaat er niet om of de bestuurder aannemelijk maakt dat er een belangrijkere oorzaak was. Dat neemt niet weg dat geregeld geprocedeerd wordt over de vraag wat de belangrijkste oorzaak was, zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam<sup>96</sup> en Rechtbank Oost-Nederland<sup>97</sup>.

In de praktijk leidt de stel- en bewijsplicht van de bestuurder bij de ontzenuwing van het vermoeden nog wel eens tot problemen, met name aan de motiveringskant. Ten overstaan van het Hof Amsterdam<sup>98</sup> beriep de curator zich op het vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW en wierp in het verlengde de bestuurder tegen dat hij bij de door hem ter ontzenuwing van het vermoeden aangevoerde andere feiten en omstandigheden zelf betrokken was, dan wel had nagelaten maatregelen te treffen. Het hof oordeelde dat voor de weerlegging van het vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW niet is vereist dat de bestuurder een 'externe' of 'van buiten komende oorzaak' van het faillissement aannemelijk maakt die de bestuurder niet is toe te rekenen. Volgens het hof volstaat het dat de bestuurder aanne-

<sup>92</sup> Rb. Rotterdam 22 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2987.

<sup>93</sup> Hof 's-Hertogenbosch 3 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX0422.

<sup>94</sup> Hof 's-Hertogenbosch 10 december 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5969.

<sup>95</sup> Vgl. Stein/Rueb, *Compendium Burgerlijk Procesrecht*, Kluwer 2013, nr. 7.5.1. Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Nederland 5 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:4821, r.o. 5.8 en Rb. Noord-Nederland 4 december 2013, *JOR* 2014/64 m.nt. Van Thiel, r.o. 2.40.

<sup>96</sup> Rb. Rotterdam 19 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6573 (r.o. 6.7).

<sup>97</sup> Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0445 (r.o. 2.14).

<sup>98</sup> Hof Amsterdam 7 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1474.

melijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Dat lijkt niet te rijmen met Blue Tomato. Daarbij geldt, aldus nog steeds het hof, dat pas sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur als de bestuurder heeft gehandeld zoals geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden gehandeld zou hebben. Dit oordeel is te minder begrijpelijk omdat het hof verderop - dit maal wel correct - overweegt:

*"3.7 [...] Nu hem door de curator wordt verweten dat hij bij die opsplitsing als bestuurder was betrokken, dan wel heeft nagelaten maatregelen te treffen om die oorzaak te voorkomen, dient [geïntimeerde] niet alleen die andere oorzaak aannemelijk te maken (voor zover die is betwist), maar tevens feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig aannemelijk te maken waaruit blijkt dat zijn aandeel in die oorzaak geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Daartoe is het volgende door [geïntimeerde] aangevoerd."*

Uit de veelheid aan rechtspraak van het afgelopen jaar op dit punt distilleerden wij onderstaande omstandigheden-catalogus:

- verslechterde marktomstandigheden<sup>99</sup>;
- gestegen loonkosten<sup>100</sup>;
- terugvallende omzet en andere tegenslagen<sup>101</sup>;
- afspraken met de fiscus<sup>102</sup>;
- latere gedragingen van een derde aan wie de onderneming is overgedragen<sup>103</sup>.

In de meeste gevallen spitste de discussie tussen curator en aangesprokene zich toe op de vraag of laatstgenoemde een aandeel had in de door hem aangevoerde andere oorzaak van het faillissement. Incidenteel komt ook wel voor dat de curator betwist dat de door de bestuurder(s) genoemde andere oorzaken een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. De Rechtbank Oost-Nederland<sup>104</sup> "vertaalde" zo'n verweer in Blue Tomato-termen.

#### **6.4.3 Herkansing via lid 1 (Ad iii)**

Als de bestuurder het vermoeden van een causaal verband tussen (de fictie van) onbehoorlijk bestuur en faillissement weerlegt, moet de curator op de voet van art. 2:248 lid 1 BW stellen en aan-

<sup>99</sup> Een beroep op dit soort omstandigheden werd zelden of nooit gehonoreerd. Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland, 19 juni 2013, *JOR* 2013/237 m.nt. U.B. Verboom. In Rb. Rotterdam 12 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3346 werd overwogen dat, hoewel het starten van nieuwe projecten is aan te merken als goed ondernemerschap, een daling van omzet (en dus ook van de beschikbare liquiditeiten) en het zoeken naar een oplossing daarvoor echter ook betekenen dat de statutaire bestuurder dient te bewaken dat er voldoende liquiditeiten voorhanden blijven om operationele kosten en de investeringen te kunnen blijven betalen. Zie voor een succesvol beroep op marktomstandigheden Rb. Noord-Nederland 3 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ6198.

<sup>100</sup> In Rb. Noord-Nederland 4 december 2013, *JOR* 2014/64 m.nt. Van Thiel werd het beroep afgewezen aan de hand van een vergelijking van sectorgemiddelden.

<sup>101</sup> In Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ3807 werd overwogen dat hiermee de stelling van curator was ontzenuwd dat een belangrijke oorzaak van het faillissement was gelegen in het gebruiken van de vennootschap als bank van lening.

<sup>102</sup> In Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ2603 werd het beroep hierop verworpen omdat het ging om niet-betaalde aanslagen. Ook in de overige aangevoerde "externe" omstandigheden had de aangesproken bestuurder zelf de hand (afbreken illegaal gebouwde garage).

<sup>103</sup> In Rb. Oost-Brabant 27 februari 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ2909 verwierp het beroep op gedragingen van een katvanger als alternatieve oorzaak van het faillissement.

<sup>104</sup> Rb. Oost-Nederland 23 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0638.

nemelijk maken dat nochtans kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Hoewel die suggestie als gezegd nog wel eens wordt gewekt in de rechtspraak (zie eerder ad ii)), hoeft de curator niet aan te tonen dat de onbehoorlijke taakvervulling de belangrijkste oorzaak was. Hij kan gelet op lid 1 volstaan met aannemelijk te maken dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak was<sup>105</sup>. Het is moeilijk voor te stellen dat na het debat dat inmiddels heeft plaatsgevonden over alternatieve oorzaken van het faillissement en de rol van de bestuurder daarin de curator met succes aannemelijk weet te maken dat de bestuurder de vennootschap desalniettemin kennelijk onbehoorlijk heeft bestuurd. Daarvan troffen we ook geen voorbeeld aan.

## **6.5 Disculpatie (art. 2:138/248 lid 3 BW)**

Op grond van art. 2:138/248 lid 3 BW is niet aansprakelijk de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Hiervoor geldt hetzelfde kader als ten aanzien van art. 2:9 BW, ook al is laatstgenoemde bepaling gewijzigd als gevolg van de Wet Bestuur en Toezicht<sup>106 107</sup>. Een beroep op disculpatie slaagt niet snel (zie par. 3).

In HR 1 november 2013, *JOR* 2013/336 m.nt. Van An del en *NJ* 2014/7 m.nt. Van Schilf gaarde, waarin het ging om de vraag of de ontijdige publicatie van de jaarrekening een onbelangrijk verzuim vormde (zie eerder onder 6.3), overwoog de Hoge Raad dat de individuele bestuurder zich kan disculperen ex art. 2:248 lid 3 BW door aan te tonen dat hem van de late publicatie geen verwijt valt te maken. Of dat betekent dat een succesvolle disculpatie in dit kader enkel leidt tot bevrijding van de lid 2-vermoedens of "ook voor het overige" van ieder onbehoorlijk bestuur, is niet duidelijk.

## **6.6 Matiging (art. 2:138/248 lid 4 BW)**

De rechter kan het bedrag waarvoor bestuurders aansprakelijk zijn verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld (art. 2:138/248 lid 4 eerste zin BW). Bovendien heeft de rechter een beperkte individuele matigingsbevoegdheid ex art. 2:138/248 lid 4 tweede zin BW.

### **6.6.1 Casuïstiek**

Van de zeer levendige casuïstiek waartoe het onderwerp matiging aanleiding geeft getuige weer de Landis-uitspraak. Uiteindelijk werd het op een groot aantal omstandigheden gestoelde beroep op het collectieve matigingsrecht enkel toegewezen voor zover dat zag op een door de curator ten onrechte niet geïnde vordering (r.o. 12.13). Interessant is dat de rechtbank in de draagkracht van de aangesproken bestuurder geen grond zag voor matiging. De motivering daarvan doet vermoeden dat de rechtbank uitgaat van een limitatieve opsomming van matigingsgronden (r.o. 12.10). Dat lijkt niet

---

<sup>105</sup> Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\*458 en - met verwijzingen - S.M. Bartman, Het sneeuwbaaleffect van een winstuitkering in de Flex-BV, in: Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2012/2013 (Serie VHI, deel 115), p. 155.

<sup>106</sup> *Idem* Van Schilf gaarde/Winter, Van de BV en de NV, Kluwer 2013, nr. 48.

<sup>107</sup> In Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *JOR* 2013/237 m.nt. U.B. Verboom werd het disculpatieberoep terzake van beide normen tegelijk behandeld (en afgewezen).

in lijn met literatuur en andere rechtspraak<sup>108</sup> en vormt een contrast met het algemene matigingsrecht van art. 6:109 BW. De rechtbank kwam niet toe aan het matigingsverzoek voor zover dat is gegrond op de eigen schuld van de zijde van een aantal schuldeisers. Mogelijk komt in een eventueel hoger beroep aan de orde of dit beroep kan worden geschaard onder "de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld". Daaronder viel in ieder geval het matigingsberoep op de te hoog opgelopen onderzoekskosten in de enquêteprocedure wegens de (aanvankelijke) weigering van curatoren om die te voldoen, zij het dat dit - op grond van een wat moeizame redenering - werd verworpen. Ten slotte is nog vermeldenswaard dat het beroep op het individuele matigingsrecht door twee van de bestuurders werd toegewezen (r.o. 13.1-3). De motivering daarvan is begrijpelijk, zij het dat de vaststelling van het percentage wat willekeurig is.

Een ander voorbeeld was aan de orde bij het hof 's-Hertogenbosch<sup>109</sup> dat matigde op grond van de overweging dat de curator niet aannemelijk kon maken dat er niet ook andere oorzaken van het faillissement waren, dat het aandeel in de onbehoorlijke taakvervulling die een belangrijke oorzaak van het faillissement was "eerder uit onkunde dan onwil" was voortgevloeid en dat de afwikkeling van de onderhavige aansprakelijkheidsstelling "weinig voortvarend" was.

De Rechtbank Rotterdam<sup>110</sup> zag zich geconfronteerd met een beroep op matiging dat was gegrond op het feit dat de curator ervoor verantwoordelijk werd gehouden dat de bestuurders de aansprakelijkheidsverzekering niet konden invoeren. De rechtbank verwierp dit betoog omdat in de vrijwaringsprocedure tussen gedaagde en de aansprakelijkheidsverzekeraar vast was komen te staan dat sowieso geen dekking bestond wegens het niet melden van een in het verleden plaatsgevonden zeggenschapswijziging.

## 6.6.2 Matiging en schadestaatprocedure

Op het moment dat de rechter beslist op het beroep op matiging zal in de regel de omvang van het tekort nog moeten worden vastgesteld. Om te voorkomen dat de rechter de zaak (enkel) om die reden moet aanhouden, is in de parlementaire geschiedenis overwogen dat een eventuele matiging ook in een percentage kan worden uitgedrukt<sup>111</sup>.

In de praktijk lijkt een zekere aarzeling te bestaan om vooruit te lopen op de matigingsvraag. De Rechtbank Noord-Nederland<sup>112</sup> wilde de matigingsvraag bewaren voor de schadestaatprocedure en stelde mede gelet daarop voorzichtigheidshalve een lager voorschot vast dan gevorderd. In een andere zaak leek diezelfde rechtbank<sup>113</sup> wat uit het oog te hebben verloren dat er wel preliminair beslist mag worden: "In de schadestaatprocedure zal aandacht kunnen zijn voor het door gedaagden aangekondigde verweer dat de curator zich onvoldoende heeft ingespannen om vorderingen te innen, zodat vanwege 'eigen schuld' slechts een gedeelte van het boedeltekort kan worden verhaald. Ook het op het vierde lid van art. 2:248 BW gebaseerde beroep van gedaagden op matiging, kan aan de orde worden gesteld in de schadestaatprocedure; daar is thans geen kader voor." (r.o. 5.12)

## 6.7 Kwalificatie feitelijk beleidsbepaler (art. 2:138/248 lid 7 BW)

---

<sup>108</sup> Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\*/464 en de rechtspraak geciteerd in Groene Serie Rechtspersonen, art. 138, aant. 15.4.

<sup>109</sup> Hof 's-Hertogenbosch 10 december 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5969.

<sup>110</sup> Rb. Rotterdam 12 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3346.

<sup>111</sup> *Kamerstukken II*, 1984/85, 16 631, nr. 6, p. 29.

<sup>112</sup> Rb. Noord-Nederland 4 december 2013, *JOR* 2014/64 m.nt. Van Thiel.

<sup>113</sup> Rb. Noord-Nederland 15 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:4821.

In de praktijk komt vaak de vraag aan de orde of een persoon die intensieve bemoeienis heeft met het beleid zonder formeel bestuurder te zijn, als medebeleidsbepaler in de zin van art. 2:138/248 lid 7 BW heeft te gelden. Als dat zo is, zijn de bepalingen uit art. 2:138/248 BW op die persoon van overeenkomstige toepassing. Algemeen wordt aangenomen dat het in essentie moet gaan om feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur dan wel een door het formele bestuur gedoogde feitelijke beleidsbepaling<sup>114</sup>. In de rechtspraak wordt meestal aan dit criterium getoetst.

De Rechtbank Oost-Brabant<sup>115</sup> lijkt aan dat criterium een eigen invulling te hebben gegeven met de overweging dat er sprake dient te zijn van "een zodanige machtspositie dat [gedaagde 2] het beleid (mede) kon bepalen en dat haar handelingen moeten worden geacht te zijn gedaan in het kader van het door haar zelf bepaalde beleid in plaats van conform instructies van het formele bestuur of onder de paraplu van het formele bestuur." Van een zekere autonomie op dit punt getuigde ook Rechtbank Amsterdam 6 maart 2013, HA ZA 11-2355, *JOR* 2013/132 m.nt. Kuipers. Vanzelfsprekend liet de rechtbank de "feitelijke terzijdestelling van of een gedogen door" het formele bestuur buiten beschouwing voor de periode waarin zich een zogeheten bestuursvacuüm voordeed. Maar ook in de daaropvolgende periode, waar er wel een formeel bestuurder was, passeerde de rechtbank meer genoemd criterium. Ten slotte wijzen wij op een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam<sup>116</sup> waarin een persoon niet als feitelijk bestuurder werd aangemerkt omdat - althans zo begrijpen wij - de twee periodes gedurende welke de desbetreffende persoon werkzaam was geweest binnen de vennootschap te kort waren, terwijl de tweede periode bovendien niet in verhouding stond tot de totale bestaansduur van de vennootschap van 22 maanden.

## **6.8 Bestuurders-pauliana (art. 2:138/248 lid 9 BW)**

De bijzondere pauliana van art. 2:138/248 lid 9 BW wordt "in het wild" maar weinig aangetroffen<sup>117</sup>. Krachtens die regeling kan de curator een rechtshandeling van de aansprakelijke bestuurder vernietigen, die ertoe heeft geleid dat de curator voor zijn vordering minder verhaal heeft<sup>118</sup>. Het hof 's-Hertogenbosch<sup>119</sup> relativeerde het wettelijke vereiste dat de bestuurder in kwestie aansprakelijk is ingevolge artikel 2:138/248 BW: de dreiging van aansprakelijkheid volstond (r.o. 4.2). Hoewel de bestuurder zich volgens het hof op het moment van de gewraakte rechtshandeling "enige zorgen moest maken" over een mogelijke privéaansprakelijkheid, waren er in zijn ogen onvoldoende (andere) aanwijzingen om het op grond van art. 2:138/248 lid 9 BW vereiste oogmerk van verhaalsvermindering te kunnen aannemen.

## **6.9 Overig**

### **6.9.1 Klachtplicht (art. 6:89 BW)**

Hiervoor (par. 4) kwam al aan de orde het beroep van een bestuurder op een gestelde schending van de klachtplicht van artikel 6:89 BW ten aanzien van een vordering op grond van artikel 2:9 BW. In het kader van art. 2:138/248 BW is de klachtplicht van art. 6:89 BW niet van toepassing, aldus de Rechtbank Midden-Nederland in het Landis-vonnis. De rechtbank meende dat de verbintenis

<sup>114</sup> Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\*/465b.

<sup>115</sup> Rb. Oost-Brabant 27 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6700.

<sup>116</sup> Rb. Rotterdam 22 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2987.

<sup>117</sup> In de literatuur wordt slechts een tweetal gevallen genoemd, zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\*/466 en Groene Serie Rechtspersonen, art. 138, aant. 24.

<sup>118</sup> Zie uitgebreid daarover F.P. van Koppen, *WPNR* 1991/6009.

<sup>119</sup> Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5667.

waarom het ging (die tot nakoming van de boekhoudplicht) "niet geldt jegens de (onder het boedeltekort lijdende) schuldeisers van de failliet (en dus ook niet jegens de curatoren die met de onderhavige vordering de belangen van die schuldeiseres behartigen)" zodat derhalve "niet [kan] worden gezegd dat de vordering – hoewel op onrechtmatig handelen berustend – in feite is gebaseerd op het gestelde niet beantwoorden van een prestatie die de bestuurders en commissarissen verrichtten krachtens een verbintenis met de genoemde schuldeisers, aan hetgeen de laatstgenoemden daarvan mochten verwachten" <sup>120</sup>.

### 6.9.2 Voorschot

In de parlementaire geschiedenis is de mogelijkheid erkend een voorschot op het boedeltekort toe te kennen aan de curator, ook al is de definitieve omvang van het tekort nog niet bekend <sup>121</sup>. In de praktijk doen curatoren meestal een hiertoe strekkend verzoek.

Een beslissing op het voorschot vereist niet dat het geding wordt aangehouden voor een definitieve beoordeling van wat de aangesproken bestuurders hoofdelijk verschuldigd zijn. Onjuist - of in ieder geval onvoldoende gemotiveerd - is de beslissing van Rechtbank Oost-Nederland <sup>122</sup> dat een voorschot niet kan worden toegewezen omdat zij besluit het geding niet aan te houden. Wel denkbaar is dat de vordering om een voorschot toe te wijzen wordt afgewezen omdat de rechter zich op dat moment nog geen beeld kan vormen van het bedrag dat de aangesproken bestuurder(s) hoogstwaarschijnlijk zal moeten betalen <sup>123</sup>.

De curator doet er goed aan zijn verzoek om een voorschot te motiveren. Het enkele belang van de crediteuren bij snelle voldoening van hun vorderingen stuit af op het restitutierisico van de bestuurders (zie hierna), aldus de Rechtbank Noord-Nederland <sup>124</sup>. De reden voor toewijzing en de hoogte van het voorschot plegen mager te worden gemotiveerd <sup>125</sup>. Kenmerkend is een overweging van de Rechtbank Rotterdam <sup>126</sup>, die er op neerkomt dat het voorschot wordt toegewezen omdat het tekort het dubbele bedraagt.

### 6.9.3 Uitvoerbaarverklaring bij voorraad

Geregeld vordert de curator ex art. 233 lid 1 en 2 Rv de uitvoerbaarverklaring bij voorraad van het vonnis tot voldoening van het boedeltekort en/of de betaling van een voorschot daarop. Bij verweer daartegen moeten de belangen worden afgewogen in het licht van de omstandigheden van het geval <sup>127</sup>.

Centraal in die belangenafweging staat het restitutierisico van de aangesproken bestuurder, i.e. het risico dat de bestuurder na een voor hem gunstige uitkomst in hoger beroep een vordering op de boedel uit onverschuldigde betaling zou verkrijgen die weliswaar als boedelvordering dient te worden aangemerkt, maar die als concurrente boedelvordering (HR 7 juni 2002, *NJ* 2002, 608) niet de hoogste in rang is <sup>128</sup>.

---

<sup>120</sup> Zie r.o. 6.5.

<sup>121</sup> *Kamerstukken II*, 1984/85, 16 631, nr. 6, p. 29.

<sup>122</sup> Rb. Oost-Nederland 23 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0638.

<sup>123</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ2603 (r.o. 4.11).

<sup>124</sup> Rb. Noord-Nederland 5 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:4821.

<sup>125</sup> Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 12 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3346 (r.o. 5.15) en Rb. Den Haag 13 maart 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:8336 (r.o. 4.8).

<sup>126</sup> Rb. Rotterdam 25 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:8190 (r.o. 4.7).

<sup>127</sup> Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering, art. 233, aant. 3d.

<sup>128</sup> Aldus Rb. Amsterdam 3 mei 2013, *JOR* 2013/132 m.nt. Kuipers, r.o. 4.25.

Volgens Rechtbank Oost-Nederland<sup>129</sup> is het bestaan van een restitutierisico op zichzelf genomen geen reden om de gevorderde<sup>130</sup> uitvoerbaar bij voorraadverklaring af te wijzen.

In de Landis-zaak verzochten de curatoren om de uitvoerbaar-bij-voorraad-verklaring van de beslissing op het voorschot en het boedeltekort. Geen restitutierisico volgens de rechtbank, omdat vast stond dat de curatoren alle boedelcrediteuren en preferente crediteuren hadden betaald en zij hadden toegezegd dat zij de van de bestuurders en commissarissen te ontvangen bedragen op een aparte bankrekening zouden zetten en daar zouden laten staan totdat in deze zaak onherroepelijk was beslist. Het voorschot werd echter geweigerd, omdat het motief (beperking van niet verifieerbare renteschade) minder zwaar woog dan de belangen van de bestuurders.

De Rechtbank Amsterdam<sup>131</sup> tilde niet zwaar aan het restitutierisico en verklaarde haar veroordeling tot voldoening van het boedeltekort uitvoerbaar bij voorraad vanwege de aanwezigheid van "enig boedelactief" waarop de bestuurder zich na een eventueel voor hem gunstig hoger beroep zou kunnen verhalen<sup>132</sup>.

#### 6.9.4 Wettelijke rente

Onduidelijk is of de procedure van art. 2:138/248 BW ruimte biedt voor toewijzing van wettelijke rente over het boedeltekort. Het Arnhemse Gerechtshof ging er in de Apeldoornse Asbestsanering-zaak voetstoots vanuit dat dat kan<sup>133</sup>. In de lagere rechtspraak wordt zo'n rentevordering overwegend afgewezen<sup>134</sup>.

#### 6.10 Art. 36 IW 1990

Krachtens vaste rechtspraak van de Hoge Raad<sup>135</sup> hoeft geen melding betalingsonmacht in de zin van art. 36 lid 2 Iw 1990 te worden gedaan als de Ontvanger reeds op de hoogte is of kan zijn van de betalingsonmacht bij de belastingschuldige<sup>136</sup>. Het begrip betalingsonmacht is in 2011 verruimd<sup>137</sup>. Tegen die achtergrond oordeelde het Hof Amsterdam<sup>138</sup> in de eerste plaats dat het enkele uitbrengen van een hernieuwd bevel tot betaling van omzetbelasting over één tijdvak en de daarop volgende beslaglegging niet meebrengt dat de Ontvanger in het algemeen, ook met betrekking tot andere belastingmiddelen en andere tijdvakken, op de hoogte moet zijn geweest van betalingsonmacht bij belanghebbende zodat belanghebbende zou kunnen afzien van een melding van betalingsonmacht. In de tweede plaats oordeelde het hof dat er geen nieuwe melding betalingsonmacht hoefde te geschieden in

<sup>129</sup> Rb. Oost-Nederland 30 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ1102.

<sup>130</sup> Uit het vonnis blijkt niet ten aanzien van welke onderdelen van het vonnis de curator uitvoerbaarverklaring bij voorraad had gevorderd.

<sup>131</sup> Rb. Amsterdam 6 maart 2013, *JOR* 2013/132 m.nt. Kuipers.

<sup>132</sup> Zie in kritische zin over deze motivering nr. 8 van de *JOR*-noot van Kuipers. Volgens Kuipers hadden de aangesproken bestuurders beter voor het anker van art. 233 lid 3 Rv (uitvoerbaarverklaring bij voorraad onder zekerheidsstelling) kunnen gaan liggen.

<sup>133</sup> Zie Hof Arnhem 29 november 2011, *JOR* 2012/38 (Apeldoornse Asbestsanering). Na cassatie door HR 17 juli 2013, *JOR* 2013/300 m.nt. Van Andel zal het Hof 's-Hertogenbosch zich hierover een oordeel moeten vormen.

<sup>134</sup> Zie Rb. Rotterdam 19 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6573, r.o. 6.14 (onder aanhaling van Rb. Rotterdam 20 januari 2010, *JOR* 2010/212) en Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *JOR* 2013/237 m.nt. U.B. Verboom. Anders Rb. Oost-Nederland 23 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0638, al is niet helemaal duidelijk of de curator rente vordert over de boedelkosten of het boedeltekort.

<sup>135</sup> Zie de hierna genoemde annotatie van Tekstra.

<sup>136</sup> HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3927.

<sup>137</sup> Zie de noot van Tekstra onder Hof Arnhem 27 maart 2012, *JOR* 2012/207.

<sup>138</sup> Hof Amsterdam 28 maart 2013, *JOR* 2013/296 m.nt. Tekstra.

geval van een door de Ontvanger gelegd bodembeslag. Daarbij nam het hof in overweging dat er reeds eerder beslag was gelegd, het aantal naheffingsaanslagen waarvoor beslag was gelegd en de hoogte van de desbetreffende aanslagen.

In een voorkomend geval kan zich samenloop voordoen tussen de bestuurdersaansprakelijkheid<sup>90</sup> en de werknemersaansprakelijkheid van art. 38 Iw 1990. Volgens Hof Den Haag<sup>139</sup> wordt de keuzevrijheid van de Ontvanger enkel beperkt door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zonder deze maatstaf vervolgens expliciet te hanteren oordeelde het hof aan de hand van een aantal omstandigheden, waaronder het feit dat beide bepalingen een disculpatiemogelijkheid bevatten, dat de keuze van de Ontvanger voor art. 38 Iw 1990 gerechtvaardigd was.

## 7. WANBELEID EN AANSPRAKELIJKHEID

De verhouding tussen enquêteprocedure en een (eventueel) daar op volgende aansprakelijkheidsprocedure leidt tot interessante inzichten en vragen van verschillende aard.

Aan de Landis-uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland ging een enquêteprocedure vooraf. Bij beschikking van 15 december 2011 heeft de Ondernemingskamer vastgesteld dat sprake is geweest van wanbeleid van Landis voor wat betreft een aantal onderdelen van het financiële beleid, het acquisitiebeleid, de externe verslaglegging, de administratie en het functioneren van de RvC, in de periode van 11 maart 1998 tot en met 10 april 2002. Zoals te verwachten heeft de rechtbank bij de beoordeling uitgebreid geput uit het onderzoeksverslag, met name voor de toetsing van het door de rechtbank gelaakte solvabiliteitsbeleid van Landis rond de Detron-overname (zie bijvoorbeeld r.o. 8.10.6) en de verwijten in het kader van art. 2:9 BW (hoofdstuk 9). Het wanbeleid-oordeel zelf wordt door de rechtbank niet - althans niet als zodanig - tot uitgangspunt genomen, ook niet waar de verantwoordelijkheid daarvoor door de OK was "geïndividualiseerd" in het kader van het kostenverhaal (art. 2:354 BW). Klaarblijkelijk uit strategisch oogpunt hebben - op een commissaris na - bestuurders en commissarissen geen verweer gevoerd bij de OK<sup>140</sup>. Of zij hieraan verstandig hebben gedaan, is lastig in te schatten en valt bovendien buiten het bestek van deze kroniek.

In de Landis-zaak is onderzoek gedaan door de enquêteurs, een "Onderzoekscommissie" in opdracht van de curatoren en door BDO. De bestuurders en de commissarissen stelden dat de aanvankelijke weigering van de curatoren om het voorschot op de onderzoekskosten van de enquêteurs te voldoen tot onnodige dubbele werkzaamheden had geleid. Een beroep op matiging op die grond werd echter verworpen, mede omdat de curatoren ten aanzien van die weigering door de Hoge Raad in het gelijk waren gesteld en de mogelijkheid van een regeling met VEB zich niet reeds bij aanvang had aangediend (r.o. 12.17).

Net als de Landis-enquête werd ook de Fortis-enquête gevolgd door een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen oud-functionarissen, waaronder de bestuurders. Eisers in die procedure (VEB c.s.) verzochten de Ondernemingskamer machtiging om de niet openbare bijlagen bij het onderzoeksverslag te gebruiken in die aansprakelijkheidsprocedure. De Ondernemingskamer wees dat verzoek toe<sup>141</sup>. Het voorwaardelijk tegenverzoek van de desbetreffende oud-functionarissen van Fortis om respectievelijk als belanghebbende te worden aangemerkt en om eveneens gemachtigd te worden

<sup>139</sup> Hof 's-Gravenhage 23 juli 2013, *JOR* 1014/29 m.nt. Tekstra.

<sup>140</sup> Zie daarover onder meer Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\*/443.

<sup>141</sup> Hof Amsterdam 6 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4737.



de niet openbare bijlagen in hun verweer in de aansprakelijkheidsprocedure te gebruiken, werd eveneens toegewezen<sup>142 143</sup>.

Een voorafgaande enquêteprocedure kan ook van invloed zijn op de vaststelling van het partijdebat in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure. Het Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>144</sup> honoreerde een vermeerdering van eis, inhoudende verlenging van de periode waarin het beweerdelijk onrechtmatige handelen heeft plaatsgevonden, omdat het partijdebat bij de Ondernemingskamer zich ook tot die verlengde periode uitstrekte.

## 8. VARIA

### 8.1 Art. 2:11 BW

#### 8.1.1 Internationale doorbraak

De Hoge Raad heeft definitief bevestigd dat de doorbraakregel van art. 2:11 BW slechts van toepassing is op een buitenlandse bestuurder voor zover de door hem bestuurde vennootschap een Nederlandse rechtspersoon(-bestuurder) is<sup>145</sup>. In 2011 besliste hij al in die zin<sup>146</sup>, maar dit hinderde de Rechtbank Den Bosch niet een prejudiciële vraag te stellen<sup>147</sup>. Volgens enkele auteurs was deze vraag ingegeven door de zorg dat het oordeel uit 2011 aanleiding tot misbruik kon geven<sup>148</sup>. Anderen zochten het in het verschillende feitencomplex<sup>149</sup>. Hoe dat ook zij, de Hoge Raad is duidelijk: het antwoord is reeds in 2011 is gegeven. De naar aanleiding van deze uitspraak gerezen misbruikzorgen worden niet gedeeld door de Minister van Justitie, zo blijkt uit de beantwoording van enige Kamervragen naar aanleiding van deze uitspraak<sup>150,151</sup>. Wel is hierin - voor wat het waard is - de voorzichtige toezegging gedaan om ook in Europees verband over dit vraagstuk van gedachten te wisselen.

#### 8.1.2 Voorwaarden aansprakelijkheid tweedegraadsbestuurder

Volgens Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>152</sup> moet - in afwijking van de letterlijke tekst van art. 2:11 BW - aan iedere tweedegraadsbestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kunnen worden gemaakt voor aansprakelijkheid via art. 2:11 BW jo. art. 6:162 BW<sup>153</sup>. Daartoe vond het inspiratie bij de parlementaire geschiedenis, waar de wetgever nadrukkelijk heeft erkend dat de tweedegraads bestuurder

---

<sup>142</sup> Hof Amsterdam 7 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4736 en Hof Amsterdam 8 november 2013 ECLI:NL:GHAMS:2013:4735.

<sup>143</sup> Genoemde uitspraken zijn kenbaar uit *JOR* 2014/7 m.nt Bulten.

<sup>144</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8106.

<sup>145</sup> HR 21 juni 2013, *JOR* 2013/238 m.nt. Verhagen (MyGuide).

<sup>146</sup> HR 18 maart 2011, *NJ* 2011/132 (D Group/mr. Schreurs q.q.).

<sup>147</sup> Rb. Oost Brabant 24 oktober 2012, *JOR* 2013/3 m.nt. Assink.

<sup>148</sup> Zie bijvoorbeeld C.D.J. Bulten, *Ondernemingsrecht* 2014, 4 en Knigge en Van der Veen in de vorige kroniek, p. 57 (Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2012-2103, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 115, Kluwer 2013).

<sup>149</sup> Zie daarover de noot van Verhagen onder *JOR* 2013/238.

<sup>150</sup> *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, nr. 63. Een uitgebreide analyse of dat terecht is, valt buiten het bestek van een kroniek.

<sup>151</sup> Wij beperken ons tot de kanttekening bij het noemen van art. 10:121 BW als mogelijkheid voor grensoverschrijdend redres dat deze bepaling een zeer beperkte strekking kent (vgl. Brandsma, Bestuurdersaansprakelijkheid en de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder, TOP 2011, p. 233). In de casussen D Group en MyGuide zou deze bepaling in ieder geval geen toepassing hebben gevonden.

<sup>152</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, *JOR* 2014/3 m.nt. Bartman en Van Leeuwen.

<sup>153</sup> Vanzelfsprekend moet aan de eerstegraadsbestuurder wel een persoonlijk verwijt gemaakt kunnen worden. In Hof 's Hertogenbosch 28 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2900, r.o. 4.3.1 werd dit ons inziens onnodig moeizaam geformuleerd.

zich, net als de eerstegraads bestuurder, wel kan beroepen op de disculpatiegronden van art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW<sup>154</sup>. Na geoordeeld te hebben dat de grondslag voor aansprakelijkheid ook in art. 6:162 BW kan zijn gelegen, oordeelt het hof dat "het in zodanig geval voor de hand [ligt] om te oordelen dat voor aansprakelijkheid van de tweedegraads bestuurder nog steeds moet worden geëist dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt." Deze redenering wordt (deels) door praktische motieven ingegeven: "Van de antimisbruikbepaling van artikel 2:11 BW kan niet de bedoeling zijn dat alle tweedegraads bestuurders zonder meer aansprakelijk zijn op de enkele grond dat één van hun collega bestuurders persoonlijk een voldoende verwijt kan worden gemaakt". Wij vragen ons af of deze benadering juist is. In de eerste plaats omdat zij in strijd is met de wettekst. Bovendien kan men zich afvragen waarom de mogelijkheid van disculpatie (aansprakelijk, tenzij) dwingt tot de positieve eis van persoonlijke verwijtbaarheid (aansprakelijk, mits). Het is zuiverder om als uitgangspunt (hoofdelijke) aansprakelijkheid te aanvaarden met de mogelijkheid van disculpatie indien de desbetreffende bestuurder geen ernstig verwijt valt te maken.

### 8.1.3 Reikwijdte

In de literatuur wordt aangenomen dat artikel 2:11 BW beperkt is tot bestuurder-rechtspersonen van rechtspersonen (zo staat dat letterlijk in de wet tenslotte)<sup>155</sup>. De Rechtbank Noord-Nederland<sup>156</sup> paste de bepaling toe op een bestuurder-rechtspersoon die een CV bestuurde. "Artikel 2:11 BW heeft het oog op de situatie dat de bestuurder van de handelende vennootschap, in dit geval Investments, een rechtspersoon is en strekt ertoe te voorkomen dat natuurlijke personen door tussenschakeling van die rechtspersoon aan bestuurdersaansprakelijkheid zouden ontkomen. Niet vereist is dat Investments zèlf als bestuurder van een rechtspersoon handelde.", aldus de rechtbank.

## 8.2 Peeters/Gatzen-vordering

### 8.2.1 Ontvankelijkheid

De omstandigheid dat de curator voornemens is de opbrengst van de door hem ingestelde vordering in de boedel te laten vallen, is niet van belang voor de beoordeling van de bevoegdheid van de curator om een Peeters/Gatzen-vordering<sup>157</sup> in te stellen (HR 14 januari 2011, NJ 2011, 366 m.nt. Verstijlen). In de casus die aanleiding gaf tot dit oordeel was niet voldaan aan de voorwaarden voor een Peeters/Gatzen-vordering. De curator probeerde - vergeefs dus - met een beroep op de bestemming van de opbrengst toch bevoegdheid te creëren.

Andersom kan ter betwisting van de bevoegdheid tot het instellen van een Peeters/Gatzen-vordering niet worden aangevoerd dat de boedel niet toereikend is voor alle schuldeisers, zodat de curator niet kan opkomen voor het schuldeiserscollectief. De Rechtbank Rotterdam<sup>158</sup> stelde eerst vast dat de curator klaarblijkelijk beoogde de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen door eerst alle mogelijke baten, waaronder de onderhavige vordering, te incasseren. Hiermee vergroot de curator immers de kans dat een uitkering aan (pre-faillissements)crediteuren kan worden gedaan. Volgens de rechtbank is dat voldoende voor ontvankelijkheid in een Peeters q.q./Gatzen-vordering.

### 8.2.2 Samenloop

<sup>154</sup> Zie onder meer *Kamerstukken I*, 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 22.

<sup>155</sup> Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\*/476a.

<sup>156</sup> Rb. Noord-Holland 18 september 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:9458.

<sup>157</sup> HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (Peeters q.q./Gatzen).

<sup>158</sup> Rb. Rotterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10378.

Bij samenloop van de Peeters/Gatzen-vordering van de curator met de onrechtmatige daad-vordering van individuele crediteuren kan een behoorlijke afwikkeling van het faillissement meebrengen dat eerst op de vordering van de curator wordt beslist<sup>159</sup>. De omstandigheden moeten daar wel naar zijn. Het Hof 's-Hertogenbosch<sup>160</sup> zag - nu de procedure van de curator in het faillissement door de rechtbank ambtshalve was doorgehaald - geen reden om een vordering van een crediteur aanstonds toe te wijzen (r.o. 4.4.2). Uit de proceshouding van de curator maakte het hof op dat er bij de curator kennelijk geen belang bestond om zijn vordering als eerste afgedaan te zien worden.

In het kader van de samenloop van de Peeters/Gatzen-vordering van de curator met het "eigen" vorderingsrecht van de benadeelde crediteuren overwoog de Hoge Raad in Lunderstädt/de Kok I:

*"Hierbij kan nog worden opgemerkt dat de omvang van de door een individuele faillissementsschuldeiser geleden schade wegens (gehele of gedeeltelijke) onverhaalbaarheid van zijn vordering eerst kan worden bepaald als duidelijk is hoeveel hij uit het faillissement zal ontvangen. Hij zal dan ook voor het volle bedrag van zijn vordering in het faillissement moeten opkomen terwijl bij de vaststelling van zijn schade rekening moet worden gehouden met hetgeen hij uit het faillissement ontvangt."*

Iets vergelijkbaars doet zich voor als een crediteur een zogeheten Beklamel-vordering jegens een bestuurder in stelt en die vordering bovendien indient ter verificatie, hetgeen zich voordeed in een zaak aan de orde bij het Hof Den Haag<sup>161</sup>. De rechtbank had die vordering onvoorwaardelijk toegewezen, omdat onweersproken was gesteld dat de failliete boedel leeg was. Het hof gaat daar enerzijds in mee door te oordelen dat uit de faillissementsverslagen niet blijkt dat de crediteur enige uitkering kan verwachten en onvoldoende gemotiveerd is gesteld dat de curator ook zelf een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid kan instellen, te meer nu dit zes jaar na faillietverklaring nog steeds niet is gebeurd<sup>162</sup>. Anderzijds betekent dit volgens het hof niet dat er in de formulering van een uit te spreken veroordeling geen rekening mee behoeft te worden gehouden dat deze weinig waarschijnlijk voorkomende mogelijkheid zich toch zou realiseren. Om te voorkomen dat crediteuren een voor ten uitvoerlegging vatbare veroordeling zou worden onthouden zolang het faillissement niet volledig is afgewikkeld en omdat zich i.c. geen rechtmatig belang daartegen verzet, komt het hof tot een geclausuleerde veroordeling.

## 8.3 IPR

### 8.3.1 Toepasselijk recht (art. 3 lid 1 jo. art. 5 WCOD)

In een aantal zaken kwam aan de orde welk recht van toepassing is op een onrechtmatige daad-vordering tegen de bestuurder van een rechtspersoon onder het regime van de per 1 januari 2012 vervallen WCOD. Volgens de algemene conflictregel van art. 3 lid 1 WCOD (waarvoor in de plaats is gekomen art. 4 lid 1 Rome II-Verordening) worden verbintenissen uit onrechtmatige daad beheerst door het recht van de Staat op welks grondgebied de daad plaatsvindt. Daarop geldt ex art. 5 WCOD (thans art. 4 lid 3 Rome II) een uitzondering indien een onrechtmatige daad nauw verbonden is met een tussen dader en benadeelde bestaande of gewezen rechtsverhouding, in welk geval het recht kan

<sup>159</sup> HR 21 december 2001, NJ 2005, 95 (Lunderstädt/De Kok I).

<sup>160</sup> Hof 's-Hertogenbosch 2 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ6711.

<sup>161</sup> Hof Den Haag 15 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ0087.

<sup>162</sup> Voor de volledigheid merken wij op dat de stelling van de crediteur dat de aangesproken bestuurders daarbij geen belang meer hadden, nu hun verzekeraar de vordering had voldaan, door het Hof werd verworpen (r.o. 4.3).

worden toegepast dat die andere rechtsverhouding beheerst. Onduidelijk is in hoeverre een dergelijke accessoire aanknopng kan worden gebaseerd op de overeenkomst tussen de benadeelde en de vennootschap waarvan de bestuurder uit onrechtmatige daad wordt aangesproken, zonder dat die bestuurder daarbij (zelf) partij was<sup>163</sup>. In twee rechtbankvonnissen<sup>164</sup> werd accessoire aanknopng vrij losjes gebaseerd op de contractuele context. In twee vonnissen van de Rechtbank Rotterdam<sup>165</sup> is de overeenkomst tussen de benadeelde en de vennootschap waarvan de bestuurder wordt aangesproken geen grond voor accessoire aanknopng<sup>166</sup>.

### 8.3.2 Bevoegde rechter (art.1 lid 2 sub b EEX-Vo)

Het Hof 's-Hertogenbosch<sup>167</sup> kenschetste een Peeters/Gatzen-vordering als een uit de faillissementsprocedure voortvloeiende en daarmee nauw samenhangende vordering die op grond van art. 1 lid 2 sub b EEX-Vo niet valt binnen het toepassingsgebied van de EEX-Vo (maar binnen de Insolventieverordening). Tegen de achtergrond van de relevante rechtspraak van het Europese Hof legde het hof aan dit oordeel - samengevat - ten grondslag dat: i) de Peeters/Gatzen-vordering zijn grondslag uitsluitend vindt in het faillissement; ii) de curator ook zonder machtiging van de crediteuren en uitsluitend op grond van zijn taak in het faillissement (zie art. 68 lid 1 Fw) bevoegd is ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers een derde aan te spreken voor een door die derde jegens de gezamenlijke schuldeisers gepleegde onrechtmatige daad; iii) een dergelijke vordering strekt tot herstel van de verhaalsmogelijkheden van de gezamenlijke schuldeisers binnen het kader van het faillissement; en iv) de opbrengst in de boedel valt en via de uitdelingslijst moet worden verdeeld. Hieraan doet, aldus het hof, noch af dat individuele schuldeisers bevoegd blijven zelf rechtstreeks een vordering op grond van onrechtmatige daad jegens de derde in te stellen<sup>168</sup>, noch dat de Peeters/Gatzen-vordering - zoals de Hoge Raad eerder heeft geoordeeld<sup>169</sup> - niet zonder machtiging van alle crediteuren aan een derde gecedeerd kan worden.

### 8.3.3 Art. 5 sub 3 EEX-Vo

Het Europese Hof<sup>170</sup> oordeelde dat de "plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen" als bedoeld in art. 5 sub 3 EEX-Vo voor een OD-vordering tegen een bestuurder en een aandeelhouder de plaats is waarmee de door die vennootschap verrichte werkzaamheden en de financiële situatie met betrekking tot die werkzaamheden verband houden<sup>171</sup>. Een latere overdracht van de vordering uit onrechtmatige daad is volgens het hof niet van invloed op de bevoegdheidsregels.

<sup>163</sup> Hierover P. Vlas, *Rechtspersonen*, Praktijkreeks IPR 9, Maklu 2009, p. 204.

<sup>164</sup> Rb. Noord-Nederland 27 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ6207 en Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0415.

<sup>165</sup> Rb. Rotterdam 13 februari 2013, *JOR* 2013/131 en Rb. Rotterdam 27 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ3287

<sup>166</sup> Hier van belang zijn enkel r.o. 5-18-5.20 voorzover toegepast op de bestuurders/feitelijk beleidsbepalers van de hedgefondsen; vaststaat dat tussen de benadeelde en de overige aangesproken partijen, waaronder de bestuurder van die fondsen, geen contractuele band bestond.

<sup>167</sup> Hof 's-Hertogenbosch 4 juni 2013, *JOR* 2013/318.

<sup>168</sup> HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95 (Lunderstädt/De Kok I).

<sup>169</sup> HR 24 april 2009, *JOR* 2010/22 m.nt. NEDF (Dekker/Lutèce).

<sup>170</sup> HvJ EU 18 juli 2013, C-147/12, *JOR* 2013/303 mnt. Knigge en Zilinsky

<sup>171</sup> Annotatoren zijn kritisch omdat het zich in gevallen waarin de te verrichten prestatie een "minder fysieke verschijningsvorm" heeft, minder goed zou laten toepassen.

Ook in Nederland noopte art. 5 sub 3 EEX-Vo tot nadere uitleg. Het Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>172</sup> oordeelde dat uit de considerans bij de EEX-Vo, alsmede uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt, dat het niet de bedoeling is dat zuivere vermogensschade rechtsmacht creëert. Bij de voorgeschreven strikte uitleg van artikel 5 lid 3 EEX-Vo past niet, dat *in casu* rechtsmacht wordt ontleend aan het feit dat de financiële schade in Nederland kan worden gelokaliseerd, terwijl voor het overige iedere band met Nederland ontbreekt, temeer nu het lokaliseren van vermogen onder omstandigheden beïnvloedbaar is.<sup>173</sup>

## 8.4 Procesrecht overig

### 8.4.1 Verjaring

Het Hof Arnhem-Leeuwarden moest twee keer oordelen over de verjaring van een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. In Hof Arnhem-Leeuwarden (zp Arnhem) 12 februari 2013, *JOR* 2013/163 oordeelde zij - conform HR 9 juli 2010, *NJ* 2012/194 m.nt. Du Perron<sup>174</sup> - dat de verjaringstermijn aanvangt als benadeelde voldoende zekerheid heeft verkregen dat schade is veroorzaakt door handelen van betrokken persoon. Van een afgeleide aansprakelijkheid, in die zin dat benadeelde pas schade leed en/of de bestuurders daarvoor pas aansprakelijk kon houden nadat het tekortschieten van de failliete rechtspersoon definitief was vastgesteld, wilde het niet weten. In Hof Arnhem-Leeuwarden (zp Leeuwarden) 19 februari 2013, *JOR* 2013/164 m.nt. Borrius stond centraal of de verjaring van de onrechtmatige daad-vordering van de crediteur was gestuit doordat de curator zich had gevoegd in de strafzaak tegen de bestuurder dan wel een aansprakelijkheidsprocedure tegen de bestuurder was begonnen. Volgens het hof kon de bedoelde voeging in de strafzaak niet leiden tot stuiting, reeds omdat de curator daarin niet-ontvankelijk werd verklaard. Het beroep op de aansprakelijkheidsprocedure in dit verband faalde eveneens omdat volgens het hof "de onderhavige vordering" van de crediteur (het ging o.m. om een Beklamel-vordering) "niet door de curator was ingesteld" en ook niet kon worden ingesteld omdat de curator nu eenmaal niet kan ageren namens een bepaalde (groep) schuldeiser(s)<sup>175</sup>. Vooralsnog onbeslist is de vraag of de curator in gevallen waarin wel een match bestaat tussen de vordering van de individuele crediteur en de curator, hetgeen zich voordoet bij generieke schuldeisersbenadeling, ex art. 3:316 lid 1 BW ten behoeve van een of meerdere crediteuren de verjaring kan stuiten.

Ook in de Landis-zaak werd door bestuurders en commissarissen een beroep op verjaring gedaan<sup>176</sup>. Voor wat betreft de vorderingen gebaseerd op art. 2:138 BW (bestuurders) jo art. 2:149 BW (commissarissen) liep dat stuk omdat de rechtbank als aanvangsmoment nam het beschikbaar komen van de concept-onderzoeksrapporten in de enquêteprocedure in juni 2006 (de dagvaarding was eind juni 2008 uitgebracht). Op dat moment hebben de curatoren immers het standpunt kunnen innemen dat er sprake was van onbehoorlijke taakvervulling. De rechtbank verwierp daarvoor reeds het betoog dat het peilmoment eerder lag:

*"Bij het faillissement van een grote, beursgenoteerde, onderneming zoals Landis hoeft de curator er echter niet onmiddellijk van uit te gaan dat de bestuurders en commissarissen hun taak ken-*

<sup>172</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 15 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY8880.

<sup>173</sup> Tegen deze uitspraak is cassatieberoep ingesteld.

<sup>174</sup> Het "staartje" van wat ook wel bekend staat als het "Reinders-Didam-staartje" waarover Barneveld, Financiering van de flex-BV en de aansprakelijkheid van derden, in: Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2012-2013 (Serie VHI deel 115), Kluwer 2013, p. 171 e.v.

<sup>175</sup> Annotator Borrius verwoordt het aldus dat stuiting in rechte betrekking dient te hebben op dezelfde feiten en juridische grondslag als de aan verjaring onderworpen rechtsvordering.

<sup>176</sup> Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *JOR* 2013/237 m.nt. U.B. Verboom (Landis).

*nelijk onbehoorlijk hebben vervuld. Ook kan bij een dergelijk faillissement niet van de curator worden verlangd dat hij onmiddellijk een onderzoek instelt naar eventuele aansprakelijkheid van de bestuurders en commissarissen voor de schade van de gezamenlijke crediteuren en van de vennootschap, gelet op de omvang en complexiteit van de werkzaamheden die de curator moet verrichten."*

Dan het verjaringsberoep van bestuurders en commissarissen inzake de door de curator ingestelde art. 2:9-vordering. De rechtbank verwierp de stelling van curatoren dat ook te dien aanzien de aanvangsdatum juni 2006 was omdat Landis door belangenverstrengeling bij bestuurders en commissarissen niet eerder een rechtsvordering had kunnen instellen. Volgens de rechtbank geeft art. 3:321 lid 1 BW aanhef en onder d jo art. 3:320 BW voor de positie van bestuurders een regeling die toepasselijkheid van de in het algemeen geldende verjaringsregels veronderstelt (Hoge Raad 4 mei 2012, *JOR* 2012/349 m.nt. Leijten). Dit wordt niet anders, aldus de rechtbank, indien veronderstellenderwijs wordt aangenomen dat sprake is van belangenverstrengeling tussen de bestuurders en de commissarissen. Na te hebben vastgesteld dat vanaf begin 2000 wetenschap over de schade bestond bij bestuurders en commissarissen - en als gevolg van toerekening bij Landis - oordeelde de rechtbank dat Landis gedurende de periode vanaf begin 2000 sinds verschillende momenten daadwerkelijk in staat is geweest rechtsvorderingen tot vergoeding van de door haar geleden schade tegen de bestuurders en commissarissen in te stellen. Curatoren hadden evenwel tijdig stuitingshandelingen verricht, behalve ten aanzien van twee bestuurders. Gelet op die latere stuiting oordeelde de rechtbank dat de 2:9-vordering jegens hen is verjaard ten aanzien van de schade die Landis heeft geleden in de periode van 1 januari 2000 tot de datum van stuiting minus vijf jaar.