

**Art. 2:9 BW in faillissement: tijd voor herwaardering!**<sup>1</sup>

Onze indruk uit de praktijk is dat curatoren geen prominente plek toebedelen aan art. 2:9 BW in het arsenaal van strijdmiddelen dat hun ten dienste staat. Typerend is dat als curatoren art. 2:9 BW al in stelling brengen, dit nogal eens de vorm heeft van een – meer – subsidiaire stelling waarbij ter onderbouwing wordt terugverwezen naar het primair in stelling gebrachte art. 2:138/248 BW en/of art. 6:162 BW.<sup>2</sup> Dit doet geen recht aan de mogelijkheden die art. 2:9 BW de curator welbeschouwd biedt. Het is tijd voor een herwaardering van art. 2:9 BW in faillissement. Wij illustreren dit aan de hand van de volgende drieslag.

**1. Bepalingen die de vennootschap beogen te beschermen**

Onder omstandigheden biedt art. 2:9 BW de curator de mogelijkheid betrekkelijk makkelijk te scoren.<sup>3</sup> Zoals bekend vereist aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW dat aan de bestuurder een ‘ernstig verwijt’ kan worden gemaakt, wat afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval.<sup>4</sup> De omstandigheid dat gehandeld is in strijd met statutaire bepalingen die de vennootschap beogen te beschermen moet in dit verband als een zwaarwegende omstandigheid worden aangemerkt die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt.<sup>5</sup> Als het gaat om in de wet en/of interne richtlijnen neergelegde bepalingen met een dergelijke strekking geldt naar onze mening niets anders. In wezen is hier, net als in art.

2:138/248 lid 2 BW, sprake van een bewijsvermoeden. Anders dan bij art. 2:138/248 lid 2 BW is dit mechanisme niet tot twee wettelijke bepalingen beperkt. Te denken valt onder meer aan art. 2:7, 2:10, 2:107a, 2:130/240, 2:137/247, 2:146/256 en 2:164/274 BW, alsmede aan de bepalingen omtrent kapitaal- en vermogensbescherming.<sup>6</sup>

**2. Uit de schaduw van art. 2:138/248 BW**

Art. 2:9 BW onderscheidt zich van art. 2:138/248 BW, en biedt in die zin voordelen, op ten minste vier punten.

- (i) Er is geen beperking tot drie jaar voorafgaand aan het faillissement.
- (ii) Enig verband met het intreden van het faillissement is niet vereist.
- (iii) De art. 2:9 BW-vordering kan wél worden gecedeerd.<sup>7</sup>
- (iv) ‘Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’ in de zin van art. 2:138/248 lid 1 BW vereist, in de woorden van de wetgever, ‘dat onverantwoordelijk is gehandeld met de wetenschap – objectief te bepalen – dat de schuldeisers daarvan de dupe zouden kunnen worden’.<sup>8</sup> Mogelijke crediteurenbenadeling is niet vereist voor ‘onbehoorlijke taakvervulling’ ex art. 2:9 BW. Dat geen sprake is van art. 2:138/248 BW-aansprakelijkheid betekent dus niet dat art. 2:9 BW-aansprakelijkheid tevens is uitgesloten. Hieruit volgt ook dat ‘onbehoorlijke taakvervulling’ ex art. 2:9 BW niet min of meer standaard leidt tot ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’ ex art. 2:138/248 lid 1 BW. In de praktijk wordt dit niet steeds onder ogen gezien. De volgende overweging in een recente uit-

1. Gelieve dit artikel aan te halen als: T.T. van Zanten en B.F. Assink, ‘Art. 2:9 BW in faillissement: tijd voor herwaardering!’, *TvI* 2008, 25, p. 165. De auteurs zijn beiden advocaat bij Nautaditil NV te Amsterdam.

2. Daaraan kleven gevaren. Vgl. Hof Leeuwarden 30 januari 2008, *JOR* 2008/89 (*Roodhof q.q./Bokma Beheer Drachten*), r.o. 20.

3. Let wel: wij bepleiten niet een aanscherping van art. 2:9 BW-aansprakelijkheid, maar een betere positionering van art. 2:9 BW binnen het genoemde arsenaal. Soms bestaat er juist alle reden voor de rechter het bestuur-

lijk gedrag zeer terughoudend te toetsen. Vgl. B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag* (diss.), Deventer: Kluwer 2007, wat betreft art. 2:9 BW met name nr. 3 en nr. 42.

4. Deze aansprakelijkheidsbeperking zal overigens in – zeer – veel gevallen niet kunnen worden omzeild door in plaats van art. 2:9 BW simpelweg op de voet van art. 6:162 BW te ageren. Zie HR 2 maart 2007, *Nf* 2007, 240 (*Holding Nutsbedrijf Westland/S*), r.o. 3.4.3-3.4.6.

5. Zie HR 29 november 2002, *Nf* 2003, 455 (*Schwanndt/Berghuizer Papierfabriek*), r.o. 3.4.5.

6. Curatoren lijken dit niet steeds te onderkennen. Vgl. o.a. Hof Arnhem 20 november 2007, *JOR* 2008/57 (*Sijthoff Multimedia Holding/Princen q.q.*).

7. Vgl. Hof ‘s-Gravenhage 6 april 1999, *JOR* 1999/142 (*Verto/Drnth*). Getuige HR 2 september 1990, *Nf* 1991, 52 (*Den Toom Onroevend Goed/Kreek q.q.*), r.o. 3.2 verzet de aard van het in art. 2:138/248 BW aan de curator verleende vorderingsrecht zich tegen cessie.

8. Memorie van antwoord, *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 6, p. 4, 13. Vgl. Assink (2007), nr. 42.d.

spraak van de Rechtbank Arnhem<sup>9</sup> illustreert dat: 'Artikel 2:9 BW verplicht de bestuurder jegens de rechtspersoon tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. (...) Artikel 2:248 BW gebruikt het begrip kennelijk onbehoorlijk bestuur. (...) In de regel zal bij schending van de norm van behoorlijke taakvervulling uit artikel 2:9 BW tevens sprake zijn van onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:248 BW.'<sup>10</sup>

### 3. De strijd tegen een verliesgevende voortzetting

Wanneer een bestuurder in een periode van onafwendbare discontinuïteit de verliezen verder laat oplopen, veroorzaakt hij schade, niet alleen bij de schuldeisers die in deze periode een – grotere – vordering op de vennootschap krijgen, maar – onder omstandigheden – ook bij de overige schuldeisers. Dit laatste doet zich voor wanneer één of meer schuldeisers uiteindelijk in faillissement een lagere uitkering ontvangen doordat zij het beschikbare actief met de 'nieuwe' schuldeisers moeten delen. Deze nieuwe schuldeisers kunnen op grond van vaste jurisprudentie de door hen geleden schade (i.e. het bedrag dat zij niet op hun vordering uit het faillissement ontvangen) zelf op de betrokken bestuurder verhalen, indien aan de eisen van art. 6:162 BW in deze context is voldaan.<sup>11</sup> Maar hoe zit het met de door de overige schuldeisers geleden schade?

Naar huidig recht is onzeker hoe dit nadeel kan worden geredresseerd.<sup>12</sup> In de lagere rechtspraak is wel geoordeeld dat hier de door de Hoge Raad aan de curator toebedeelde 'Peeters q.q./Gatzen-vordering'<sup>13</sup> in stelling kan worden gebracht. De Hoge Raad heeft zich hierover nog niet – expliciet – uitgelaten. De literatuur is verdeeld. Zo wordt wel betoogd dat de curator hier geen taak

heeft, omdat geen sprake zou zijn van 'rechtstreekse benadeling'.<sup>14</sup> Onder de voorstanders bestaat onenigheid over de hoogte van het bedrag dat door de curator van de betrokken bestuurder kan worden gevorderd. Dient – slechts – de schade aan uitkeringspercentage ongedaan te worden gemaakt<sup>15</sup> of dient de balans weer in de oorspronkelijke toestand te worden gebracht?<sup>16</sup> Niet ondenkbaar is dat de 'oude' schuldeisers op individuele basis trachten de door hen geleden schade via art. 6:162 BW te verhalen. Hieraan kleven echter grote nadelen. Zo zullen in veel gevallen de individuele schades dusdanig gering zijn dat zij op zichzelf een procedure niet rechtvaardigen (zogeheten strooischade).<sup>17</sup> En wanneer daarvan geen sprake is, kan dit juist leiden tot een veelheid aan procedures over hetzelfde feitencomplex. Efficiënt is dit natuurlijk allerminst.

In het voorontwerp Insolventiewet wordt de 'Peeters q.q./Gatzen-vordering' gecodificeerd onder de noemer 'vordering tot herstel van de boedel' (art. 3.2.8). Deze vordering staat blijkens de Toelichting niet open bij een vermeerdering van passief.<sup>18</sup> Betekent dit dat onder het Voorontwerp de schuldeisers zich de hier aan de orde zijnde benadeling maar moeten laten welgevalen? Naar onze mening hoeft dat niet de conclusie te zijn. In art. 8.1 Voorontwerp krijgt ook de vordering van de nieuwe schuldeiser een wettelijke grondslag. Uit deze bepaling lijkt te volgen dat de bestuurder jegens de nieuwe schuldeiser een eigen aansprakelijkheid krijgt naast de rechtspersoon (vergelijk het mechanisme van art. 2:69/180 lid 2 BW). In dat geval zal bij een succesvolle actie door de nieuwe schuldeiser ook het nadeel voor de overige schuldeisers zijn geëcarteerd. Het is echter de vraag of dit door de Commissie insolventierecht zo is bedoeld. Wanneer men de toelichting erop naslaat, specifiek de pagina's 416-418, lijkt

9. Rb. Arnhem 5 maart 2008, *IJN* BC6873 (*Hebstrijd q.q./Verwijen*), r.o. 4.1. Rb. Arnhem 19 januari 2005, *IJN* AS5804 (*Witland q.q./Mens&Data Holding*), r.o. 38 geeft blijk van een juistere benadering.

10. Een ander voordeel van de art. 2:9 BW-vordering kan zijn dat de voor verhaal vatbare schade niet beperkt is tot het boedeltekort. De principiële vragen die in dit verband kunnen rijzen ten aanzien van de taak van de curator laten wij hier rusten.

11. Zie recentelijk HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvaenger/Roelofsen*), r.o. 3.5 over o.a. de zogeheten 'Beklamel-vordering'.

12. Art. 2:138/248 BW zal de curator

hier in ieder geval niet kunnen baten, gelet op het vereiste verband tussen de 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' en het faillissement. Vgl. Hof Leeuwarden 30 januari 2008 (*Roodhof q.q./Bokma Beheer Drachten*), r.o. 15.5.

13. HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597 (*Peeters q.q./Gatzen*), r.o. 3.3.

14. Zie o.a. P. van Schilligaarde in zijn noot sub 4 bij HR 16 september 2005, *NJ* 2006, 311 (*De Bont/Binnenberg q.q.*).

15. Zie o.a. W.J.M. van Andel, 'De Peeters/Gatzen-vordering', in: W.J.M. van Andel en F.M.J. Verstijlen, *Materieel Faillissementsrecht, de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement*,

Preadviezen 2006 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006, p. 43-56.

16. Zie L.J. van Eëghen, *Het schemergebied vóór faillissement* (diss.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 163-239.

17. Zie I.N. Tzankova, *Strooischade*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005.

18. Zie S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet, voorontwerp Insolventiewet*, serie Onderneming en Recht, deel 2-IV, Deventer: Kluwer 2007, p. 228, waar overigens de visie van Van Andel niet adequaat wordt weergegeven.

veeleer – slechts – codificatie van de zogeheten ‘Beklamel-jurisprudentie’ beoogd. Daar komt bij dat ook indien de Commissie wél heeft bedoeld een eigen aansprakelijkheid van de bestuurder in het leven te roepen, daarmee niet is gezegd dat de individuele schuldeiser in kwestie die aansprakelijkheid steeds geldend maakt. Blijft deze stilzitten, dan manifesteert het nadeel voor de overige schuldeisers zich onverkort.

Maar er is – nu en in de toekomst – een alternatief: art. 2:9 BW. Op grond van art. 2:9 BW dient een bestuurder zijn taak jegens de vennootschap ‘behoorlijk’ te vervullen. Een centrale notie daarbij is dat de bestuurder in ‘het belang van de vennootschap’ dient te handelen. Dit vennootschapsbelang omvat meer dan alleen de belangen van de aandeelhouders: ook de belangen van schuldeisers en werknemers kunnen daarin een rol spelen.<sup>19</sup> Illustratief in dit verband is de memorie van toelichting bij de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht.<sup>20</sup> Hierin wordt het voorgestelde aansprakelijkheidsregime van art. 2:216 BW gebaseerd op ‘de (interne) aansprakelijkheid van de bestuurders tegenover de vennootschap’ ex art. 2:9 BW, waarbij wordt opgemerkt dat een zekere samenloop met door derden jegens bestuurders ingestelde vorderingen ex art. 6:162 BW niet valt te vermijden ‘omdat de regeling in artikel 216 in de eerste plaats dient *ter bescherming van de crediteuren van de vennootschap*’ (cursivering toegevoegd). De achterliggende gedachte bij deze regeling is ‘dat als de vennootschap in de situatie verkeert dat de betaling van de opeisbare schulden tegenover de crediteuren onzeker wordt, de vorderingen van de crediteuren voorrang hebben boven de rechten van de aandeelhouders op uitkeringen uit het vermogen van de vennootschap’. Schending van de belangen van de schuldeisers resulteert hier dus in aansprakelijkheid van de bestuurder *jegens de vennootschap*.

19. Vgl. HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 434, *RI* 2007, 69 (*ABN AMRO*), r.o. 4.5 en HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 519 (*Duplicado/Goedkoop q.q.*), r.o. 3.4.2.

20. Memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3, p. 32-34.

21. Vgl. T.T. van Zanten, ‘Het actie-

recht van de faillissementscurator’, *VrA* 2006-3, p. 99 en Assink (2007), p. 514-515.

22. Vgl. Van Andel (2006), p. 56.

23. Deze voordelen laten natuurlijk onverlet dat art. 6:162 BW van betekenis kan zijn. Wij geven als voorbeeld de mogelijkheid (i) dat decharge in de weg staat

Mede gezien het voorgaande lijkt ons de conclusie gerechtvaardigd dat zodra het moment aanbreekt waarop een faillissement realistisch gezien niet meer valt te vermijden, het vennootschapsbelang doorgaans sterk van kleur verschieft en de norm van art. 2:9 BW – gelet op dat stadium van insolventie – met name strekt tot bescherming van de belangen van de schuldeisers van de vennootschap.<sup>21</sup> De art. 2:9 BW-vordering is in onze optiek dan ook aangewezen om benadeling van schuldeisers door een verliesgevende voortzetting na de hiervoor bedoelde ‘peildatum’ tegen te gaan. Deze benadering biedt een aantal voordelen.

- (i) Van de gesignaleerde haken en ogen die kleven aan art. 6:162 BW kan worden geabstraheerd.
- (ii) Wanneer de curator – of de ‘bewindvoerder’ onder het Voorontwerp – in dit kader een vordering ex art. 2:9 BW instelt, kan over de omvang van de te vergoeden schade weinig discussie bestaan: evenals bij ‘onbehoorlijke taakvervulling’ in tijden van solventie dient de gehele schade aan het vermogen van de vennootschap ongedaan te worden gemaakt, hetgeen neerkomt op herstel van de balans in de oorspronkelijke toestand.<sup>22</sup>
- (iii) Bij een meerhoofdig bestuur vestigt een succesvol beroep op art. 2:9 BW, anders dan bij aansprakelijkheid op de voet van art. 6:162 BW, in beginsel de hoofdelijke aansprakelijkheid van iedere bestuurder.<sup>23</sup>

Hoewel over art. 2:9 BW in faillissement meer te zeggen valt, laten wij het hier nu bij. Ons punt is gemaakt: art. 2:9 BW biedt de curator een toegevoegde waarde, die de praktijk nog onvoldoende lijkt te onderkennen. Tijd voor herwaardering!

aan aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW, (ii) dat de bij benadeling betrokken derde niet tot de kring van personen behoort die onder art. 2:9 BW vallen en (iii) dat de schuldeisers zijn benadeeld als gevolg van selectieve betaling na de peildatum.