



Kwartaalupdate

Bestuurdersaansprakelijkheid

Q2 2021

Introductie

Auteurs: [Vincent Terlouw](#), [Suzanne van Aalst](#) en [Boaz van Honk](#)

In het tweede kwartaal van 2021 zijn op www.rechtspraak.nl 52 uitspraken gepubliceerd waarin de ingestelde vordering gegrond was op bestuurdersaansprakelijkheid. Het betrof 3 uitspraken van de Hoge Raad, 6 conclusies van de advocaat-generaal bij de Hoge Raad, 15 uitspraken van de gerechtshoven en 28 van rechtbanken.

In deze Kwartaalupdate Bestuurdersaansprakelijkheid voor Q2 2021 is een selectie gemaakt uit deze uitspraken. De navolgende onderwerpen komen aan bod:

- 01. Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege het nalaten van een deugdelijk due diligence onderzoek naar de over te nemen onderneming.**
(Gerechtshof Den Haag 20 april 2021) 2
- 02. Ambtshalve bevel tot overlegging van stukken aan bestuurder van een vennootschap in een procedure gebaseerd op een Beklamel-verwijt.**
(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 mei 2021) 6
- 03. Staat een door de curator met belanghebbende ter beëindiging van het geschil gesloten vaststellingsovereenkomst in de weg aan latere aansprakelijkstelling door de Ontvanger?**
(Parket bij de Hoge Raad 28 mei 2021) 9
- 04. Paulianeuze rechtshandelingen en bestuurdersaansprakelijkheid in de zin van betalingsonwil ex artikel 6:162 BW.**
(Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 juni 2021) 12
- 05. Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW. Kennelijk onbehoorlijk bestuur van bestuurders van gefailleerde transportonderneming. Geen gronden voor disculpatie.**
(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 juni 2021) 14

01

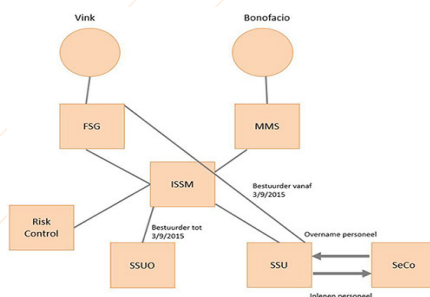
Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege het nalaten van deugdelijk due diligence onderzoek naar de over te nemen onderneming.

([Gerechtshof Den Haag 20 april 2021](#))

In deze zaak staat de overname van (een deel van) de onderneming van Security Control B.V. ("SeCo") door Security Control Uitzend Bureau B.V. ("SSU") centraal.

SeCo was een verlieslatend beveiligingsbedrijf met een grote klantenportefeuille en een ruim bestand aan beveiligingspersoneel. In het kader van haar reorganisatie – welke werd gefinancierd door een financier – onderzocht zij de mogelijkheid om haar personeel te outsourcen. Na enkele gesprekken vond SeCo de heren Vink en Bonofacio bereid tot samenwerking. Deze samenwerking hield in dat

Vink en Bonofacio met een nog op te richten onderneming het personeelsbestand van SeCo per 1 juli 2015 zou overnemen, waarna SeCo haar klanten zou blijven bedienen door het personeel tegen betaling in te lenen.



Ten behoeve van deze overname is NB Legal in opdracht van Vink en Bonofacio een due diligence onderzoek gestart naar de onderneming van SeCo. Nog voor de afronding van het due diligence onderzoek hebben Vink en Bonofacio de onderneming SSU opgericht die kort na haar oprichting het personeelsbestand van SeCo (60 personeelsleden) heeft overgenomen. Vink en Bonofacio werden aangesteld als bestuurders van SSU ("de bestuurders"). Op verzoek van de bestuurders heeft de accountant de financiële situatie van SeCo geanalyseerd en medegedeeld dat SeCo sinds haar oprichting ieder jaar verlieslatend is geweest, haar eigen vermogen negatief is en aanzienlijke rekening-courant schulden heeft.

Ongeveer een half jaar later deed de financier de mededeling dat zij geen nieuwe investering zal

doen in SeCo. Hierdoor werd SeCo kort daarna in staat van faillissement verklaard. Omdat de activiteiten van SSU zodanig nauw samenhangen met de activiteiten van SeCo volgde het faillissement van SSU twee weken later ook. De aangestelde curator in het faillissement van SSU heeft vervolgens de administratie van SSU onderzocht. Uit dit onderzoek bleek dat de boekhoudplicht was geschonden. Dit betekent dat op grond van artikel 2:248 lid 2 BW de bestuurders hun taak onbehoorlijk hebben vervuld en dat wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Om dit vermoeden te ontzenuwen wijzen de bestuurders als oorzaak van het faillissement van SSU het faillissement van SeCo aan. Daar maakt de rechtbank korte metten mee:

"r.o. 4.28:

De rechtbank is van oordeel dat [appellanten] het onder r.o. 4.24 bedoelde vermoeden niet hebben ontzenuwd door te wijzen op het faillissement van SeCo als oorzaak van het faillissement van SSUB. Daartoe wordt als volgt overwogen. [...]

"r.o. 4.36:

Samenvattend moet de rechtbank vaststellen dat [appellanten] hebben bewerkstelligd dat SSUB kort na haar oprichting, toen hen bekend was dat SeCo al geruime tijd ernstig verlieslatend was, het personeelsbestand, inclusief alle bestaande personele lasten, van SeCo heeft overgenomen zonder voorafgaand deugdelijk onderzoek naar de gevolgen en risico's daarvan voor SSUB en zonder dat daarvoor door SeCo is betaald en/of zekerheid tot betaling aan SSUB is verstrekt. Van die risicovolle beslissing van [appellanten] kon objectief gezien verwacht worden dat die uiteindelijk de schuldeisers van SSUB zou duperen. Gegeven de aard en ernst van die beslissing is niet slechts sprake geweest van enkel onzakelijk, ondoordacht of onverstandig bestuur, maar hebben [appellanten] zich [...] gedragen op een onverantwoorde wijze die als onbehoorlijk moet worden aangemerkt, in het bijzonder ten aanzien van de schuldeisers van SSUB. Geen redelijk denkend bestuurder zou onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld hebben."

De bestuurders hebben in de eerste aanleg ter verdediging ook aangevoerd dat zij 'een uitvoerig *due diligence* hebben laten verrichten naar de onderneming van SeCo, althans het deel ervan dat zij zouden overnemen, te weten door kantoor NB Legal'. Dit argument is door de rechtbank verworpen; in r.o. 4.32 van het vonnis wordt overwogen dat niet is komen vast te staan dat de

bestuurders een 'deugdelijk *due diligence* onderzoek' hebben laten verrichten.

De bestuurders voeren vervolgens in hoger beroep – zonder een als zodanig kenbare grief – aan dat een *due diligence* onderzoek overigens ook niet relevant is in deze procedure, omdat de enige oorzaak van het faillissement enkel is gelegen in de wanbetaling van SeCo.

Naar het oordeel van het hof kan deze zienswijze niet als juist worden aanvaard. Een *due diligence* onderzoek in het kader van een overname strekt er onder meer toe om vóór de overname in kaart te brengen welke bestaande en latente risico's aan die overname kleven. Aan de hand van de onderzoeksbevindingen kan dan worden beoordeeld of en zo ja welke (extra) waarborgen en garanties in een koopovereenkomst dienen te worden opgenomen ter afdekking van eventuele, bij het *due diligence* onderzoek vastgestelde risico's. Daarmee voorkomt de koper dat hij achteraf voor verrassingen komt te staan. De bestuurders betoogden namelijk ter comparitie ook dat uiteindelijk bleek dat zij een kat in de zak hadden overgenomen. Naar het oordeel van het hof is mitsdien niet gebleken van een deugdelijk en tijdig *due diligence* onderzoek. Het standpunt van de bestuurders dat er weliswaar geen (schriftelijk) *due diligence* rapport is, maar dat NB Legal wel het *due diligence* onderzoek heeft verricht en in dat kader met name de arbeidscontracten heeft beoordeeld en haar onderzoek mondeling heeft medegedeeld aan de bestuurders kan hieraan niet afdoen. Evenmin is gebleken dat de bestuurders voldoende inzicht hebben verworven in de kredietwaardigheid van SeCo waar de accountant in het bijzonder op had gewezen.

Voorts gaat het hof in op de totstandkoming van en garanties in de overnameovereenkomst. De bestuurders stellen dat zij bij de overnameovereenkomst een weloverwogen en gecalculeerd risico hebben genomen, waarvan juist wenselijk is dat bestuurders dit nemen. Volgens hen was de financiële toestand van SeCo weliswaar een punt van aandacht, maar heeft SeCo de zorgen daaromtrent kunnen wegnemen door de mededeling dat zij nog recht heeft op een investering van de financier van EUR 500.000. Bovendien zou de financier zich garant stellen voor de nakoming van de verplichtingen van SeCo jegens SSU uit hoofde van de overname. Van het recht van SeCo op een investering van de financier van EUR 500.000 is echter niet gebleken. Voorts heeft het hof enkel een niet-ondertekende borgtochtovereenkomst op basis waarvan SSU geen rechten kon ontlenen aangetroffen. Gelet op de (reeds jarenlange) verlieslatende onderneming van SeCo had het op de weg van de bestuurders gelegen om in de overnameovereenkomst meer garanties op te nemen om SSU in te dekken voor eventueel daaruit

voortvloeiende risico's, zoals een faillissement van SeCo.

Samenvattend moet (ook) in hoger beroep worden vastgesteld dat de bestuurders op onverantwoorde wijze te werk zijn gegaan door onder andere:

1. Mee te werken aan de overname van het personeelsbestand, inclusief alle daaraan verbonden lasten, van het tot dan toe verlieslijdende SeCo;
2. Geen deugdelijk due diligence onderzoek te doen in het kader van de voorgenomen overname (waarmee zij zich hadden kunnen en moeten indekken tegen de gevolgen van het door hen als verrassing ervaren/gepresenteerde faillissement van SeCo);
3. Geen deugdelijke, goed uitgewerkte overnameovereenkomst af te sluiten;
4. Geen afkoopprijs/vergoeding voor de overname te incasseren ("badwill") en geen zekerheid voor betaling daarvoor af te spreken en vast te leggen (in de vorm van een borgstelling en/of garantie) en
5. Geen zekerheid te bedingen met betrekking tot de (beweerdelijke) financiering van SeCo en/of andere waarborgen in te bouwen om te voorkomen dat SeCo als haar belangrijkste klanten/inlener niet aan haar verplichtingen zou (kunnen) voldoen. Voor elk van deze gedragingen/nalatigheden, en eens te meer voor de gedragingen/nalatigheden in samenhang, geldt dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus te werk zou zijn gegaan.

Het vonnis van de rechtbank Den Haag wordt – terecht – bekrachtigd.

Ambtshalve bevel tot overlegging van stukken aan bestuurder van een vennootschap in een procedure gebaseerd op een Beklamel-verwijt.

([Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 mei 2021](#))

In deze zaak beveelt het hof de aangesproken bestuurder bepaalde stukken in het geding te brengen ex artikel 22 Rv nadat het hof eerst een incidentele 843a-vordering tot het in het geding brengen van stukken door deze bestuurder heeft afgewezen.

IISP is een vennootschap die actief is op de internationale offshore markt. Deze vennootschap sluit een huurovereenkomst met OSV. Deze huurovereenkomst is de grondslag voor de huur van een schip door IISP. Het schip, de VOS Triton, werd door IISP gebruikt voor de uitvoering van werkzaamheden ten behoeve van Cairn. Het schip deed dienst als support vessel voor de winning van olie door Cairn. Geheel onverwacht beëindigde Cairn de overeenkomst. De vergoeding die IISP ontving voor het leveren van de diensten was de enige inkomstenbron van de vennootschap. Op het moment van het beëindigen van de overeenkomst heeft IISP twee huurbetalingen gedaan aan OSV. De overige door IISP aan OSV verschuldigde huurvergoedingen worden niet voldaan en IISP biedt geen verhaal. OSV spreekt de bestuurder van IISP aan op grond van de zogenoemde Beklamel-norm.

De Hoge Raad heeft zich meermaals uitgesproken over deze vorm van bestuurdersaansprakelijkheid, waarbij een persoonlijk ernstig verwijt aan de zijde van de bestuurder, de maatstaf is. Een richtinggevend arrest betreft [HR 20 oktober 2006, ECLI:N-L:HR:2006:AY7916](#) waarin twee gedragingen zijn benoemd die tot bestuurdersaansprakelijkheid kunnen leiden. Het betreft (i) het geval waarin de bestuurder bij het aangaan van verbintenissen namens de vennootschap wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden (*Beklamel-norm*), en (ii) het geval waarin de bestuurder heeft bewerkstelligd, dan wel toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt (*frustratie van verhaal*).

OSV vordert in eerste aanleg een verklaring voor recht dat de bestuurder van IISP in de vervulling van zijn taken is tekortgeschoten, dat hem daarvan een ernstig verwijt valt te maken en dat hij daarnaast onrechtmatig tegenover OSV heeft gehandeld, met veroordeling van de bestuurder tot vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Bij de rechtbank strandt deze vordering van OSV.

In hoger beroep speelt het navolgende.

OSV heeft tegelijk met het nemen van de memorie van grieven een incident 843a Rv opgeworpen, om de bestuurder te veroordelen diverse bewijsstukken over te leggen. OSV heeft echter niet duidelijk kunnen maken welk belang zij op dit moment heeft bij toewijzing van die incidentele vordering in het licht van het feit dat zij haar memorie van grieven al heeft genomen en in hoger beroep de tweeconclusie-regel geldt, die (onder meer) meebrengt dat de appellant in beginsel al zijn grieven dient te formuleren in de memorie van grieven. De vordering ligt dan ook voor afwijzing gereed.

Het hof gaat vervolgens inhoudelijk op de zaak in en stelt eerst het Beklameelvizier op scherp door in r.o. 4.11 te overwegen:

“Anders dan OSV in dit verband heeft gesteld, gaat het er daarbij niet om of de bestuurder op die momenten wist of behoorde te weten dat IISP haar verplichtingen niet tijdig zou nakomen, maar of hij op die momenten wist of behoorde te weten dat ze die verplichtingen niet (volledig) zou nakomen, wat eveneens door OSV is gesteld.”

Het hof gaat er vervolgens, gelet op de stellingen van partijen, de ouderdom van de schuld en het uitblijven van verdere betalingen van uit dat IISP niet tot verdere betalingen aan OSV in staat is en geen verhaal op IISP mogelijk is. Verder staat volgens het hof vast dat IISP bij het aangaan van de overeenkomst niet beschikte over banktegoeden, een kredietfaciliteit of (vooruitzichten) op geldstromen uit andere projecten dan de door de bestuurder van IISP gestelde overeenkomst met Cairn.

Gelet op de feiten en omstandigheden is het hof van oordeel dat, hoewel de stelplicht en bewijslast rusten op OSV, van de bestuurder van IISP meer mag worden verwacht ter documentatie van zijn verweer dan hij tot dusverre heeft gedaan. De bestuurder van IISP heeft cruciale stukken die van belang zijn voor de beoordeling van de aannemelijkheid en

geloofwaardigheid van zijn verweer niet in het geding gebracht. Op grond van artikel 22 Rv verplicht het hof de bestuurder van IISP die stukken alsnog in het geding te brengen. Het betreft stukken die zien op de relatie tussen IISP en Cairn.

Uit het arrest blijkt niet of de in het geding te brengen stukken dezelfde zijn als de stukken die onderwerp waren van de 843a-vordering zoals die is opgeworpen door OSV. Mijns inziens ligt dit wel voor de hand. Het hof wijst de 843a-vordering op formele gronden af, maar voorziet zelf in de zaak door op grond van artikel 22 Rv de bestuurder van IISP de relevante stukken (toch) in het geding te brengen.

Staat een door de curator met belanghebbende ter beëindiging van het geschil gesloten vaststellingsovereenkomst in de weg aan latere aansprakelijkstelling door de Ontvanger?

(Parket bij de Hoge Raad 28 mei 2021)

De Hoge Raad dient in deze zaak een oordeel te vellen over de vraag of het feit dat belanghebbende met de curator tot overeenstemming over afkoop van zijn aansprakelijkheid is gekomen, eraan in de weg staat dat de Ontvanger hem op enig later moment eveneens – en dus nogmaals - op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur, aansprakelijk kan stellen voor bepaalde fiscale schulden. De uitkomst van deze procedure is van groot belang voor toekomstige schikkingen tussen bestuurders en curatoren.

Het betreft hier het beroep in cassatie van de Staatssecretaris van Financiën tegen de uitspraak van Gerechtshof Den Haag van 19 juni 2020, nrs. BK-19/00784 en BK-19/00785. Voorligt of het feit dat belanghebbende met de curator tot overeenstemming over afkoop van zijn aansprakelijkheid is gekomen, eraan in de weg staat dat de Ontvanger hem na de beëindiging van de faillissementen van de beide vennootschappen, eveneens op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur, aansprakelijk kan stellen voor de aan de vennootschappen opgelegde naheffingsaanslagen loonheffingen.

De curator heeft belanghebbende verweten dat hij zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld en dat dit een belangrijke oorzaak is van de faillissementen. Daarom heeft de curator belanghebbende gehouden geacht tot schadevergoeding jegens de boedel. Tot een civiele procedure daarover is het niet gekomen, omdat de curator met belanghebbende, als bestuurder, een vaststellingsovereenkomst heeft gesloten die behelst dat de curator van verdere aansprakelijkstelling afziet tegen betaling door belanghebbende van EUR 31.000 aan de boedels. Dit bedrag heeft belanghebbende betaald.

Na afwikkeling en beëindiging van de faillissementen heeft de Ontvanger een onderzoek ingesteld naar de aansprakelijkheid van belanghebbende als bestuurder op grond van artikel 36 van de Invorderingswet voor de onbetaald gebleven naheffingsaanslagen. Daarop heeft de Ontvanger belanghebbende wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijk gesteld voor de naheffingsaanslagen tot bedragen van EUR 35.713 en EUR 31.185.

Belanghebbende heeft zich op het standpunt gesteld dat de door hem eerder met de curator gesloten vaststellingsovereenkomst eraan in de weg staat dat de Ontvanger hem nadien op zijn beurt ook aansprakelijk kan stellen wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur. Daartoe heeft belanghebbende zich met name beroepen op artikel 36.1 van de Leidraad Invordering: Als een rechtspersoon waarop dit artikel van toepassing is, faillieert en de ontvanger is voornemens de bestuurder(s) van de gefailleerde rechtspersoon aansprakelijk te stellen, neemt hij contact op met de curator om te overleggen over de vraag wie tot aansprakelijkstelling zal overgaan. Aansprakelijkstelling door de curator geniet de voorkeur, tenzij blijkt dat de bewijspositie van de ontvanger sterker is.

Het Hof heeft dat standpunt van belanghebbende onderschreven. Volgens het Hof geldt dat, gelet op de duidelijke tekst van artikel 36.1 van de Leidraad, de Ontvanger, die van de faillissementen op de hoogte is gebracht en ook de in geding zijnde naheffingsaanslagen als vorderingen heeft ingebracht, niet nog het recht heeft ook zelf nog belanghebbende aansprakelijk te stellen voor het als bestuurder onbehoorlijk handelen.

A-G IJzerman geeft aan dat onderhavige problematiek de kwestie behelst van de (mogelijke) samenloop van de beide bestuurdersaansprakelijkheidsbepalingen, t.w. de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (WBA) en de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement (WBF). Er wordt door de A-G uitgebreid ingegaan op de wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur om uiteindelijk met als antwoord op de vraag of de Ontvanger na de curator ook nog over kan gaan tot het aansprakelijk te stellen van de bestuurder te komen:

“r.o.5.24

Overigens wil ik opmerken dat in de wetsgeschiedenis tot uitgangspunt is genomen: ‘in goed overleg met de uitvoeringsorganen moeten afspraken kunnen worden gemaakt wie in een voorkomend geval het voortouw voor aansprakelijkstelling neemt.’ Met dat uitgangspunt strookt naar mijn mening niet dat een ontvanger die passief blijft gedurende het faillissement

na afloop daarvan alsnog met een eigen aansprakelijkstelling zou kunnen komen.

5.25

Het lijkt mij dan meer voor de hand te liggen het te laten bij de eerdere aansprakelijkstelling door de curator. De door het Hof in dit kader gemaakte afwegingen acht ik niet onbegrijpelijk."

Kort gezegd geeft de A-G aan dat de Ontvanger tijdens het faillissement zich actiever had moeten opstellen om haar positie te beschermen. Zo had de Ontvanger zich als schuldeiser tot de curator moeten wenden en met deze contact moeten blijven houden. Dit heeft de Ontvanger nagelaten. Had de Ontvanger er wel dichter op gezeten door bijvoorbeeld die contacten met de curator wel te leggen en/of de faillissementsverslagen te lezen, dan had zij bij de rechter-commissaris ook kunnen opkomen tegen de (voorgenomen) schikking. Eigenlijk geeft de A-G hier gewoon aan dat de Ontvanger haar beurt heeft laten voorbijgaan.

Of de Hoge Raad met de A-G meegaat waag ik nog wel te betwijfelen. Kun je van de Ontvanger verwachten dat – zeker in drukke insolventietijden – zij in al die duizenden faillissementen actief de dialoog zoekt met de curator om op de hoogte te zijn van eventuele schikkingen die haar positie kunnen raken? Ik denk het niet.

In de Rotterdamse curatorenpraktijk wordt dit overigens (in enige mate) ondervangen door bij schikkingen die de curator met bestuurders treft en waarbij de schikking vooral gevolgen heeft voor de (omvang van de) uitkering op preferente vorderingen van de belastingdienst, naast de wettelijk vereiste toestemming van de rechter-commissaris ook (onverplicht) instemming van de belastingdienst met die schikking te vragen. Daarbij zoeken curatoren dus zelf actief het contact met de Ontvanger.

Het is afwachten wat de Hoge Raad gaat beslissen. Uiteraard wordt door ons in de eerstvolgende update na de uitspraak van de Hoge Raad hier uitgebreid bij stilgestaan.

04

Paulianeuze rechtshandelingen en bestuurdersaansprakelijkheid in de zin van betalingsonwil ex artikel 6:162 BW.

(Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 juni 2021)

In deze zaak gaat het om de vraag of er sprake is van paulianeuze rechtshandelingen en of er sprake is van betalingsonwil ex artikel 6:162 BW. Het hof oordeelt, net als de rechtbank, dat er sprake was van paulianeuze rechtshandelingen en aansprakelijkheid van de bestuurder wegens betalingsonwil.

Verkort en versimpeld weergegeven komt het op het volgende neer. ABC exploiteert een architectenbureau en een onderneming op het gebied van projectontwikkeling. De bestuurder van ABC was ook bestuurder van ATI. ATI was een naamloze vennootschap naar Belgisch recht. In mei 2008 hebben geïntimeerden hun boerderij met een aantal omliggende percelen en opstallen aan ABC verkocht voor EUR 990.000. Daarbij is afgesproken dat de levering zal plaatsvinden op 31 december 2008. Op 11 juli 2008 hebben ABC en ATI een schriftelijke overeenkomst gesloten, waarin, ABC aan ATI heeft toegezegd EUR 3.000.000 te investeren als bijdrage in de research, ontwikkeling, aankoop, vercommercialisering en verkoop van race simulatoren. Verder is in de overeenkomst bepaald dat ABC een aantal onroerende zaken aan ATI 'verpand' tot zekerheid van onder meer de toegezegde leningen/investeringen. Partijen verschillen van mening over de nakoming van de verschillende overeenkomsten. In deze bijdrage ligt de focus op het paulianeuze handelen en de aansprakelijkheid van de bestuurder van ABC bij de totstandkoming en nakoming van de verschillende overeenkomsten.

Dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Door de paulianeuze handelingen te verrichten heeft de bestuurder bewust de verhaalspositie van één schuldeiser, ATI, vergroot ten opzichte van de verhaalspositie van andere schuldeisers, terwijl daarvoor geen verplichting bestond. Er is minst genomen sprake van een vermoeden dat die bevoorrechte positie van ATI tot benadeling van de overige schuldeisers leidt.

Het hof merkt op dat de bestuurder geen grieven heeft gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat de hypotheek die door ABC aan ATI zijn verleend en de tussen hen gemaakte afspraken, paulianeuze rechtshandelingen in de zin van artikel 3:45 BW zijn. De bestuurder voert ook niet aan dat de rechtbank ten onrechte ervan is uitgegaan dat is voldaan aan alle vereisten die in artikel 3:45 BW worden gesteld aan een geslaagd beroep op de pauliana. Dat brengt mee dat het hof in hoger beroep ervan uit dient te gaan dat de hypotheek en de door de bestuurder gemaakte afspraken paulianeuze rechtshandelingen in de zin van artikel 3:45 BW zijn, die vernietigbaar zijn en dat deze vernietigingsgrond in beginsel door geïntimeerden kan worden ingeroepen.

Bij het oordeel dat de bestuurder de nakoming door ABC zonder terechte grond heeft verhinderd, gaat het hof er voorts van uit dat er geen sprake was van betalingsonmacht. De bestuurder heeft dit niet voldoende concreet gesteld. Het hof concludeert dat tot aan de paulianeuze handelingen, in ieder geval geen sprake was van betalingsonmacht, en dat voor zover daarvan later wel sprake was die betalingsonmacht mede door de bestuurder is bewerkstelligd.

Het hof concludeert dat bij de bestuurder van ABC sprake is geweest van betalingsonwil en dat dat hij verhaal door geïntimeerden (bewust) heeft gefrustreerd door het vestigen van hypotheek ten gunste van ATI. Naar het oordeel van het hof heeft de bestuurder niet alleen bewerkstelligd dat ABC haar verplichtingen jegens geïntimeerden structureel niet nakomt, maar ook dat de vorderingen van geïntimeerden onverhaalbaar blijven. De bestuurder wist althans had redelijkerwijze behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde handelwijze van ABC tot gevolg zou hebben dat ABC haar verplichtingen jegens geïntimeerden niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.

Het handelen van de bestuurder levert een persoonlijk ernstig verwijt op. De bestuurder kan dan ook persoonlijk aansprakelijk worden gehouden voor de schade die geïntimeerden lijden door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van hun vorderingen op ABC als gevolg van de (mede) door hem bewerkstelligde handelwijze van ABC.

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW. Kennelijk onbehoorlijk bestuur van bestuurders van gefailleerde transportonderneming. Geen gronden voor disculpatie.

(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 juni 2021)

In deze zaak staat de aansprakelijkheid van de bestuurders van een gefailleerde transportonderneming centraal.

Het gaat in deze zaak om een wegtransportbedrijf dat vele decennia werd gedreven in de vorm van een eenmanszaak. Na het overlijden van de ondernemer besluit zijn echtgenote een deel van de activa en passiva van de onderneming onder te brengen in de daartoe opgerichte vennootschap. Vanuit die vennootschap heeft zij samen met haar neven (de broers) de onderneming voortgezet. De onderneming wordt gestart in de naweeën van de economische crisis die in 2011 ook de transportbranche trof. In 2011 viel bovendien een grote klant weg die goed was voor ongeveer 10% van de omzet. De financiële situatie was zodanig dat zij van meet af aan niet heeft kunnen voldoen aan onder meer haar afdrachtverplichting voor de loonbelasting. De bestuurders hebben in februari 2012 het faillissement van de vennootschap aangevraagd.

De curator heeft de bestuurders aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW. Bij de grondslag voor die vordering kan eigenlijk een driedeling worden gemaakt. De curator betoogt ten eerste dat de inbreng van de schulden vanuit de eenmanszaak en het buiten de inbreng laten van de belangrijkste vermogensobjecten (de panden) maken dat de bestuurders niet op deze wijze de onderneming hadden mogen aanvangen. Ten tweede baseert de curator zijn vordering erop dat na aanvang van de onderneming het gevoerde beleid schulden heeft doen ontstaan en voortbestaan en dat geen adequate maatregelen zijn getroffen in ieder geval nadat de omzet van een grote klant wegviel. Ten derde stelt de curator dat de boekhoudverplichting als bedoeld in artikel 2:10 BW is geschonden.

De rechtbank heeft (met verwijzing naar de schadestaatprocedure) de vorderingen van de curator toegewezen, op de tweede grond, door dat de bestuurders kort gezegd onvoldoende passende maatregelen hebben genomen om het financiële tekort dat tot het faillissement heeft geleid te beperken c.q. te voorkomen.

Ter beoordeling ligt in hoger beroep opnieuw de vraag voor of de bestuurders kennelijk onbehoorlijk hebben bestuurd en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Artikel 2:248 lid 1 BW houdt in dat in geval van faillissement van de vennootschap iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden van de vennootschap voor zover deze niet door de vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Deze regel strekt tot bescherming van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschap. Van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:248 lid 1 BW kan slechts worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben ([ECLI:NL:HR:2001:AB2053 \(Panmo\)](#); [ECLI:NL:HR:2018:2370](#)). Daarbij dient de rechter alle ter zake dienende omstandigheden van het geval in totaliteit en in onderling verband en samenhang in zijn beoordeling te betrekken.

Het gaat bij aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW om een collectieve aansprakelijkheid. Handelt de ene bestuurder onbehoorlijk, dan treft dat ook de andere bestuurders, omdat zij deel uit maken van een collectief bestuur. Alleen disculpatie en matiging op grond van artikel 2:248 lid 3 en lid 4 BW kunnen de aansprakelijkheid van de individuele bestuurder wegnemen of de gevolgen daarvan verzachten.

Het voortzetten van de onderneming onder de gegeven omstandigheden wordt door het hof als kennelijk onbehoorlijk bestuur (in de zin van artikel 2:248 lid 1 BW) aangemerkt. De bestuurders hadden moeten voorzien dat door hun handelen schuldeisers van de onderneming zouden worden benadeeld en hebben niet gehandeld zoals van redelijk denkend bestuurders – onder dezelfde omstandigheden – verwacht mocht worden.

De bestuurders hebben nog gewezen op het wegvallen van de omzet door werkzaamheden voor een grote klant. Dat die omzet is weggefallen valt op zich niet aan de bestuurders te verwijten. Het feit dat de afspraken met deze grote klant niet op schrift zijn gesteld acht het hof (ander dan

dan de rechtbank) daarvoor geen relevante factor. Dat laat echter onverlet dat die omzet slechts 10% van de totale omzet bedroeg. De bestuurders hebben niet aannemelijk gemaakt hoe die weggevallen omzet de financiële positie van de vennootschap zodanig had kunnen verbeteren dat deze aan al haar financiële verplichtingen had kunnen voldoen. Daarnaast hebben de bestuurders betoogd dat de transportwereld door een crisis vanaf 2008 in een moeilijke fase zat. Dat gold volgens hen eind 2010/begin 2011 ook voor de vennootschap. Juist die omstandigheid maakt volgens het hof echter dat de verwachting dat de omzet van de vennootschap zou kunnen stijgen niet goed begrijpelijk. Dat de onderneming ook werd voortgezet om werkgelegenheid te behouden, zoals de bestuurders stellen heeft het hof ook in zijn beoordeling betrokken. Dat motief dient echter, hoe nobel ook, te worden gewogen tegenover het geheel van alle omstandigheden en belangen. Het hier bedoelde argumenten snijdt daarom al geen hout omdat het voortzetten van een onderneming die het hoofd financieel niet boven water zal kunnen houden uiteindelijk ook de werkgelegenheid niet dient.

Een van de bestuurders heeft zich ook beroepen op disculpatie. Het hof verwerpt dat beroep. Deze bestuurder heeft onvoldoende onderbouwd dat het onbehoorlijk bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Het beroep op disculpatie wordt gebaseerd op het feit dat hij slecht kort bestuurder zou zijn geweest. Het hof overweegt dat hoewel de bestuurder wellicht in mindere mate betrokken is geweest dat niet wegneemt dat hij welbewust de keuze heeft gemaakt bestuurder te worden van een grotendeels uitgekleed en verlieslijdend vennootschap. Bovendien geldt ook voor deze bestuurder dat na de start van de onderneming het nodige valt aan te merken op de gang van zaken waarvoor hij verantwoordelijk was. Dat zijn bestuurderschap kort heeft geduurd is geen gevolg van een vrijwillig genomen ontslag, maar van het feit dat de onderneming relatief kort na haar oprichting failliet is gegaan. Het beroep op disculpatie slaagt niet.

Een vraag over bestuurders-aansprakelijkheid?

Neem contact op met een van onze specialisten



Vincent Terlouw

Partner / Advocaat

+31 6 5112 0296

v.terlouw@ploum.nl



Maurice Verhoeven

Partner / Advocaat

+31 6 2036 4060

m.verhoeven@ploum.nl



Thomas Munnik

Advocaat

+31 6 2248 1755

t.munnik@ploum.nl



Suzanne van Aalst

Advocaat

+31 6 1255 6802

s.vanaalst@ploum.nl



Annerieke Meerkerk

Advocaat

+31 6 1117 6305

a.meerkerk@ploum.nl



Boaz van Honk

Advocaat-stagiair

+31 6 3008 0195

b.vanhonk@ploum.nl