



Kwartaalupdate

Bestuurdersaansprakelijkheid

Q3 2021

Introductie

Auteurs: [Thomas Munnik](#) en [Annerieke Meerkerk](#)

In het derde kwartaal van 2021 zijn op www.rechtspraak.nl 55 uitspraken gepubliceerd waarin de ingestelde vordering gegrond was op bestuurdersaansprakelijkheid. Het betrof 1 uitspraak van de Hoge Raad, 2 conclusies van de advocaat-generaal bij de Hoge Raad, 15 uitspraken van de gerechtshoven en 37 van rechtbanken.

In deze Kwartaalupdate Bestuurdersaansprakelijkheid voor Q3 2021 is een selectie gemaakt uit deze uitspraken. De navolgende onderwerpen komen aan bod:

- 01. Kan het handelen van een medebestuurder een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn?**
(Hoge Raad 9 juli 2021) 2
- 02. Het onbetaald laten van één schuldeiser: onrechtmatig?**
(Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 juli 2021) 6
- 03. Bestuurders aansprakelijk vanwege verdwenen waarborgsom?**
(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 augustus 2021) 9
- 04. Bestuurders aansprakelijk voor niet afdragen pensioenpremie?**
(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 augustus 2021) 12
- 05. Bestuurdersaansprakelijkheid wegens misleiding van de bank bij het verkrijgen van een financiering?**
(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31 augustus 2021) 15
- 05. Bestuurder aansprakelijk bij niet nakoming betalingstoezegging als gevolg van de coronacrisis?**
(Rechtbank Gelderland 21 juli 2021) 19

01

Kan het handelen van een mede-bestuurder een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn?

([Hoge Raad 9 juli 2021](#))

Indien een bestuurder van een vennootschap niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit artikel 2:10 BW (boekhoudplicht) of artikel 2:394 BW (publicatieplicht jaarrekening), wordt op grond van artikel 2:248 lid 2 BW onweerlegbaar vermoed dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Deze onbehoorlijke taakvervulling wordt weerlegbaar vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement van de vennootschap te zijn.

Een redelijke uitleg van artikel 2:248 lid 2 BW brengt mee dat voor het ontzenuwen van het daarin neergelegde vermoeden (de belangrijke oorzaak van het faillissement) volstaat dat de bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Stelt de bestuurder daartoe een van buiten komende oorzaak en wordt hem 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 zo nodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Als hij daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator om op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat nochtans de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest ([HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA 6773](#)).

In deze zaak staat de vraag centraal of het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW ontzenuwd kan worden door aannemelijk te maken dat handelingen van een (mede)bestuurder, die op zichzelf geen kennelijk onbehoorlijk bestuur opleveren, een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

Feiten

Een holding en twee werkmaatschappijen ("de Vennootschap") zijn in 2005 opgericht. De Vennootschap had vier (indirect) bestuurders: A, B, C en D. A en B waren eindverantwoordelijk voor de uitvoerende taken in de buitendienst, C verzorgde de dagelijkse administratie en D had de dagelijkse leiding op kantoor.

In de loop van 2009 is tussen de (indirecte) bestuurders onenigheid ontstaan over het te voeren bedrijfsbeleid van de Vennootschap. Daarom hebben A en B eind 2009 meegedeeld te willen stoppen met de onderneming, waarna begin januari 2010 een gesprek heeft plaatsgevonden tussen de vier indirect bestuurders. In maart 2010 heeft D een e-mail verzonden aan klanten van de Vennootschap inhoudende dat bestuurders A en B uit de onderneming zouden stappen. Vervolgens is op 25 mei 2010 een bedrag van ruim EUR 32.000 van de Vennootschap overgemaakt naar de bankrekening van de persoonlijke holding van D, waarna D op 26 mei 2010 het personeel van de Vennootschap bijeen heeft geroepen en heeft meegedeeld dat het bedrijf in financieel zwaar weer verkeerde. In juni 2010 is de persoonlijke holding van D uitgeschreven als bestuurder van de Vennootschap en in de eerste helft van 2011 zijn de faillissementen van de holding en de werkmaatschappijen uitgesproken en is een curator aangesteld.

De curator is vervolgens een procedure gestart tegen de (indirect) bestuurders A, B en C en heeft een verklaring voor recht gevorderd dat de administratie vanaf juni 2010 niet voldeed aan de eisen voortvloeiend uit artikel 2:10 BW en dat de bestuurders op grond van artikel 2:248 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het bedrag van de schulden van de Vennootschap. De rechtbank heeft de vordering van de curator afgewezen, waarna de curator hoger beroep heeft ingesteld.

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zet in haar arrest eerst de jurisprudentie ten aanzien van artikel 2:248 BW uiteen.¹ Aan de hand daarvan oordeelt het hof dat de rechtbank in strijd met dit systeem heeft geoordeeld. schending van artikel 2:10 BW impliceert dat "over de gehele linie sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur". Het is volgens het hof dan aan eisers om aannemelijk te maken dat andere feiten en omstandigheden dan die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het

¹ Zie de toelichting in alinea 1 en alinea 2 bij deze uitspraak in onderhavige kwartaalupdate.

faillissement is geweest. De onttrekking van een bedrag van ruim EUR 32.000 door bestuurder D kan volgens het hof echter niet worden aangevoerd als belangrijke oorzaak van het faillissement, aangezien bestuurder D op dat moment zelf één van de indirecte bestuurders van de Vennootschap was. Om die reden valt volgens het hof “niet in te zien hoe laakbaar handelen van een medebestuurder kan meebrengen dat een ander feit dan kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.”. Daarbij benadrukt het hof dat artikel 2:248 BW een collectieve aansprakelijkheid behelst en dat eventueel onderling regres van bestuurders de curator niet regardeert. Bovendien hebben eisers, volgens het hof, onvoldoende weersproken dat na de voornoemde onttrekking ook nog substantiële bedragen in de onderneming zijn gevloeid. Ook de overige stellingen van eisers, waaronder de stelling met betrekking tot de e-mail van bestuurder D aan de klanten, miskennen het uitgangspunt van collectieve aansprakelijkheid. Indien deze e-mail al zou kunnen worden gezien als belangrijke oorzaak van het faillissement, dan was volgens het hof ook deze actie afkomstig van een medebestuurder.

Kortom, het handelen of nalaten van een medebestuurder kan volgens het hof niet als alternatieve oorzaak van een faillissement worden aangevoerd om het bewijsvermoeden uit artikel 2:248 lid 2 BW te ontzenuwen.

De bestuurders komen in cassatie op tegen dit oordeel van het hof. De bestuurders stellen dat het oordeel van het hof heeft miskend dat ook handelingen van een medebestuurder die op zichzelf niet zijn aan te merken als onbehoorlijk bestuur “een andere belangrijke oorzaak van het faillissement” kunnen opleveren, waarmee het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW in beginsel is uitgewerkt.

De Hoge Raad overweegt allereerst dat een aangesproken bestuurder ter weerlegging van het vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW aannemelijk moet maken dat andere feiten en omstandigheden dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Slaagt hij daarin, dan moet de curator aannemelijk maken dat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Naast van buiten komende oorzaken, kan volgens de Hoge Raad ook het handelen of nalaten van één of meer bestuurders, dat

geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert (en waarvan dus niet kan worden gezegd dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zo zou hebben gehandeld), worden aangevoerd ter weerlegging van het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW.

De Hoge Raad heeft het arrest van het hof dan ook vernietigd en geoordeeld dat het verwijzingshof dient te beoordelen of onder meer de e-mail van D aan de klanten van de Vennootschap geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert en of dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

De Hoge Raad verruimt hiermee de mogelijkheid van bestuurders om een andere belangrijke oorzaak van het faillissement aannemelijk te maken. Ook het handelen of nalaten van één of meer (mede)bestuurders als belangrijke oorzaak van het faillissement kan worden aangevoerd om het wettelijk vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW te ontzenuwen. Daarvoor is echter wel vereist dat het desbetreffende handelen of nalaten op zichzelf beschouwd niet is aan te merken als onbehoorlijk bestuur.

02

Het onbetaald laten van één schuldeiser: onrechtmatig?

(Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 juli 2021)

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft zich in deze zaak gebogen over de mogelijke persoonlijke aansprakelijkheid van (indirect) bestuurders tegenover een schuldeiser van de vennootschap waarvan zij (indirect) bestuurder waren (Nedstars). De vordering van de schuldeiser van Nedstars (Real Estate) – ontstaan uit hoofde van een huurovereenkomst – is onbetaald gelaten. De overige schuldeisers van Nedstars zijn echter wel voldaan. Nedstars is inmiddels een lege vennootschap, die geen verhaal biedt voor de vordering van Real Estate (ruim EUR 450.000). Van een pluraliteit van schuldeisers – en daarmee de mogelijkheid voor Real Estate om een verzoek tot faillietverklaring van Nedstars in te dienen – is evenmin sprake. De vraag is of de (indirect) bestuurders een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt van het onbetaald blijven van de vordering van Real Estate op Nedstars, en of zij in persoon aansprakelijk zijn jegens Real Estate.

Onder verwijzing naar jurisprudentie van de Hoge Raad benadrukt het hof allereerst dat het onbetaald laten van één schuldeiser, terwijl andere schuldeisers wel zijn voldaan, gecombineerd met het verkopen van activa door het bestuur zonder dat de waarde daarvan terugvloeit naar de vennootschap, onrechtmatig jegens deze (resterende) schuldeiser kan zijn. Het staat een schuldeiser volgens het hof in beginsel wel vrij te bepalen in welke rangorde schuldeisers worden betaald. Zolang er geen sprake is van een faillissement, is de schuldenaar (aldus het hof) in beginsel heer en meester over zijn geld.

De discussie spitst zich in deze zaak vooral toe op het tweede aspect dat hierboven is benoemd: het verkopen van activa zonder dat de waarde daarvan terugvloeit naar de vennootschap. Het draait dan dus om het verkopen van activa tegen een te lage prijs. Daarvan is in deze zaak sprake volgens het hof: activa met een waarde van meer dan EUR 200.000 zijn voor een symbolische prijs van EUR 1 vervreemd. Het moet in

een dergelijke situatie voor een bestuurder duidelijk zijn dat een resterende schuldeiser met lege handen achterblijft. Een bestuurder heeft in die situatie volgens het hof wetenschap van benadeling, wat een persoonlijk ernstig verwijt oplevert.

Voor de beantwoording van de vraag of het handelen van de bestuurders onrechtmatig is – het hof was in een tussenuitspraak van oordeel dat daarvan voorshands kon worden uitgegaan – zijn de bestuurders toegelaten om tegenbewijs te leveren. Door hen is betoogd dat Nedstars ook zonder de vervreemding van de activa niet in staat zou zijn geweest de vordering van Real Estate te voldoen. Real Estate zou geen schade hebben geleden als gevolg van het handelen van de bestuurders. Zij hebben in dit verband een deskundigenrapport in het geding gebracht, waarin de vermogenspositie van Nedstars is uiteengezet. Hieruit zou volgens de bestuurders volgen dat de liquiditeitspositie van Nedstars eind december 2012 (het moment dat de vordering van Real Estate diende te worden voldaan) door hoge kosten dusdanig was dat Real Estate hoe dan ook niet betaald had kunnen worden.

Het hof gaat niet mee in de stellingen van de bestuurders. Zo zouden de aangevoerde kosten – afschrijving op materiële activa en een voorziening debiteuren – geen invloed hebben op de liquiditeit. Dit betrof slechts boekhoudkundige voorzieningen. Ook na het wegvallen van een tweetal grote klanten (met een aanzienlijke daling van de winst van Nedstars tot gevolg) zouden de liquiditeit en solvabiliteit van Nedstars nog op peil zijn gebleven. Het hof overweegt daarbij bovendien dat Nedstars tot oktober 2012 draaide zonder noemenswaardig krediet – het eigen vermogen was ruim vier keer zo hoog als het kort vreemd vermogen. Voor deze vennootschap had het volgens het hof mogelijk moeten zijn geweest krediet aan te trekken indien zij in een financiële noodsituatie terecht zou komen.

Gelet op het voorgaande kan de bestuurders volgens het hof een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt worden van het onbetaald laten van de vordering van Real Estate op Nedstars.

Het hof verduidelijkt ten slotte nog – naar aanleiding van grieven ten aanzien van de hoofdelijke veroordeling van de bestuurders in eerste aanleg – dat de hoofdelijke verbondenheid volgt uit artikel 6:102 BW. Omdat de directe bestuurders van Nedstars alle rechtspersonen waren, zijn de indirect bestuurders op grond van artikel 2:11 BW

eveneens hoofdelijk aansprakelijk. Dit zou slechts anders zijn indien de indirect bestuurders geen persoonlijk ernstig verwijt zou kunnen worden gemaakt. Daartoe dienen de betreffende bestuurders wel voldoende relevante feiten en omstandigheden te voeren om aan hun stelplicht te voldoen. Volgens het hof is daaraan in deze zaak niet voldaan.

Deze uitspraak illustreert dat een bestuurder weliswaar zelf mag kiezen in welke volgorde schuldeisers van de vennootschap worden voldaan, maar dat hij wel rekening moet houden met de belangen van alle schuldeisers. Doet hij dat niet, en weet hij dat een schuldeiser met lege handen achterblijft (omdat de vennootschap geen verhaal kan bieden), dan kan dit tot persoonlijke aansprakelijkheid leiden.

03

Bestuurder aansprakelijk vanwege verdwenen waarborgsom?

(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 3 augustus 2021)

Een voorgenomen transactie rondom de verkoop van percelen grond in Suriname (bedoeld om luxe woningen op te realiseren) leidt bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden tot de vraag of bestuurders in persoon aansprakelijk zijn. Ook de mogelijk onbevoegde vertegenwoordiging van de vennootschap speelt in deze zaak een rol.

Op 16 juli 2013 wordt de koopovereenkomst voor de koop van de percelen gesloten. Onderdeel van de koopovereenkomst betrof de verplichting van verkopers (bestaande uit vier rechtspersonen ("MIDD c.s.") en twee natuurlijke personen, die allebei de indirect bestuurders van deze rechtspersonen waren) om een bedrag van EUR 600.000 in escrow te storten, uiterlijk op 25 juli 2013. Omdat verkopers niet aan deze verplichting konden voldoen, zijn enkele partijen door MIDD c.s. benaderd om dit bedrag aan hen uit te lenen. Een van deze partijen betrof Business4Breakfast N.V. ("B4B"). B4B heeft een bedrag van EUR 350.000 ter beschikking gesteld. De leningsovereenkomst is namens MIDD c.s. ondertekend door een van de (indirect) bestuurders ('Bestuurder 1').

Omstreeks 4 december 2013 is het bedrag van EUR 600.000 in escrow geplaatst. Nadien is, op 16 december 2013, tussen MIDD c.s. en de koper een 'Promissory Note' opgemaakt, waarin is overeengekomen dat koper een bedrag van EUR 938.000 zou lenen aan MIDD c.s., om MIDD c.s. in de gelegenheid te stellen aan hun verplichtingen uit de koopovereenkomst te voldoen. In de 'Promissory Note' is bovendien een bepaling met betrekking tot de waarborgsom opgenomen: het bedrag in escrow zou worden verplaatst naar een andere rekening die door de escrow agent werd aangehouden.

Bij e-mail van 7 april 2014 heeft Bestuurder 1 aan de escrow agent en aan de koper verzocht te berichten waar de waarborgsom zich bevond. De escrow agent heeft hierop geantwoord te hebben gehandeld in overeenstemming met de wensen van partijen. Als partijen niet de 'Promissory Note' hadden ondertekend, zou de door de verkopers gestorte waarborgsom nog op zijn rekening hebben gestaan.

In mei 2014 wordt ten slotte duidelijk dat geen uitvoering is gegeven aan de koopovereenkomst. De koper heeft nagelaten betalingen te doen.

Omdat MIDD c.s. de door hen gestorte waarborgsom niet hebben ontvangen, ziet ook B4B – dat EUR 350.000 heeft uitgeleend – zich ermee geconfronteerd dat terugbetaling uitblijft. Haar vordering op MIDD c.s. is onverhaalbaar geworden. Zij verwijt dit aan Bestuurder 1, omdat hij de nadere afspraken met de koper heeft gemaakt die tot verplaatsing van de waarborgsom zou hebben geleid. Dit zou een persoonlijk ernstig verwijt opleveren. Bovendien zou Bestuurder 1 hebben nagelaten om B4B hiervan op de hoogte te stellen, waardoor zij geen maatregelen heeft kunnen treffen ten behoeve van haar vordering op MIDD c.s. Door Bestuurder 1 wordt hiertegen aangevoerd dat B4B welbewust een enorm risicovolle lening is aangegaan. De escrow agent zou een oplichter zijn, die de waarborgsom aan de koper zou hebben doorgestort.

Het hof overweegt dat voor aansprakelijkheid van Bestuurder 1 vereist is dat sprake is van causaal verband tussen het aan Bestuurder 1 toegeschreven handelen namens MIDD c.s. en de schade van B4B (bestaande uit het onverhaalbaar blijven van haar vordering). Dat causaal verband ontbreekt volgens het hof: de lening van B4B aan MIDD c.s. was (zoals terecht door Bestuurder 1 opgemerkt) zeer risicovol. Daaraan doet niet dat B4B dacht enige zekerheid te kunnen ontlenen aan het feit dat de waarborgsom in escrow was gestort. Van belang is bovendien dat de betalingen van de koopsom niet zijn voldaan en dat de grondverkoop niet is doorgegaan. Volgens het hof is de vordering van B4B daardoor niet ontstaan. Enig verband met de 'Promissory Note' zou niet zijn gesteld. Omdat causaal verband ontbreekt, hoeft volgens het hof de vraag of Bestuurder 1 een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt niet te worden beantwoord.

B4B beroept zich daarnaast op onbevoegde vertegenwoordiging van MIDD c.s. door Bestuurder 1. Bestuurder 1 zou slechts tezamen met zijn medebestuurder bevoegd zijn MIDD c.s. te vertegenwoordigen. Niettemin heeft slechts Bestuurder 1 de leningsovereenkomst namens MIDD c.s. ondertekend. Volgens B4B zou Bestuurder 1 dan ook jegens haar dienen in te staan voor de vertegenwoordiging. B4B zou niet op de hoogte zijn geweest van de beperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid van Bestuurder 1. Ondanks vermelding van deze beperking in het Handelsregister, mocht B4B er volgens haar eigen stellingen op vertrouwen dat MIDD c.s. bevoegdelijk werden vertegenwoordigd.

Bestuurder 1 stelt hier enkele omstandigheden tegenover waaruit zou volgen dat B4B wél op de hoogte was van de beperkte bevoegdheid van Bestuurder 1. Dat onderdeel van de verklaring van Bestuurder 1 is niet door B4B betwist, evenals de stelling dat de beperkte bevoegdheid reeds uit het Handelsregister volgde. Gelet hierop komt B4B volgens het hof geen beroep toe op de wettelijke bepalingen omtrent vertegenwoordiging.

Deze uitspraak illustreert dat bij het aannemen van een eventuele persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder niet slechts draait om de eventuele verwijtbaarheid van het handelen (of nalaten) van de bestuurder, maar juist ook om de causaliteit: maakte dit handelen van de bestuurder uit voor het intreden van de uiteindelijke schade? In dit geval niet. In dergelijke situaties kan een gerechtelijk oordeel over de verwijtbaarheid van het handelen achterwege blijven.

04

Bestuurder aansprakelijk voor niet afdragen pensioenpremie?

(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 augustus 2021)

In onze kwartaalupdates over bestuurdersaansprakelijkheid behandelen we veelal de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder die gebaseerd is op bepalingen uit Boek 2 BW (bijvoorbeeld de artikelen 2:9 en 2:248 BW) en Boek 6 BW (artikel 6:162 BW). De uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden behandelt een andere grond voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van een vennootschap: de aansprakelijkheid op grond van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (Wet Bpf). Wanneer bestuurders nalaten om tijdig pensioenpremies af te dragen, kunnen zij op grond van artikel 23 Wet Bpf hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor afdracht van deze pensioenpremies. Een dergelijke civiele procedure kan door het betreffende bedrijfstakpensioenfonds tegen de bestuurders worden ingesteld.

In deze zaak zijn de voormalig (indirect) bestuurders van twee inmiddels gefailleerde vennootschappen (actief in de transportsector) door het pensioenfonds voor het Be-roepsvervoer over de Weg ("het Pensioenfonds") aangesproken tot betaling van de niet door de vennootschappen afgedragen pensioenpremies. De bestuurders (vader en dochter) zouden hebben nagelaten om tijdig een melding van betalingsonmacht ten aanzien van beide vennootschappen te doen.

Voor de vraag of sprake is van betalingsonmacht sluit het hof aan bij een uitspraak van de Hoge Raad, waaruit volgt dat niet slechts sprake is van betalingsonmacht wanneer tijdelijk of blijvend in zijn geheel geen geld aanwezig is om de pensioen-premies af te dragen. Betalingsonmacht is ook aan de orde als wel voldoende liquide middelen voorhanden zouden zijn, maar dat die middelen voor betaling van andere verplichtingen zijn gebruikt. Wanneer vervolgens sprake is van betalingsonmacht, dient een melding daarvan te worden gedaan binnen twee weken nadat betaling had dienen te zijn verricht. Daarbij dient eveneens inzicht te worden gegeven in de omstandigheden die hebben geleid tot het uitblijven van betaling. Een (expliciete)

melding van betalingsonmacht kan achterwege blijven indien het pensioenfonds reeds binnen de genoemde termijn van twee weken wist of redelijkerwijs moest begrijpen dat sprake was van betalingsonmacht. Bij het uitblijven van een dergelijke melding is een bestuurder aansprakelijk voor de niet afgedragen pensioenpremie, en wordt vermoed dat de niet-betaling aan hem te wijten is. Slechts de bestuurder die kan aantonen dat het niet doen van een tijdige melding niet aan hem te wijten is, wordt toegelaten in tegenbewijs van het hiervoor genoemde vermoeden (artikel 23 lid 4 Wet Bpf). Wanneer wél sprake is van een tijdige melding van betalingsonmacht is een bestuurder slechts aansprakelijk indien aannemelijk is dat het niet afdragen van pensioenpremies het gevolg is van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaand aan de mededeling (artikel 23 lid 3 Wet Bpf). Deze regeling vertoont enige gelijkenis met de situatie dat een bestuurder jegens de curator van een gefailleerde vennootschap aansprakelijk is voor het gehele boedeltekort.

Het hof zet vervolgens voor de verschillende facturen die het Pensioenfonds aan de vennootschappen heeft verzonden in de periode tussen 2011 en 2016, en de meldingen die daarop door de vennootschappen aan het Pensioenfonds zijn gedaan, uiteen of sprake is van rechtsgeldige meldingen van betalingsonmacht (en daarmee of is voldaan aan de verplichting van artikel 23 Wet Bpf). Uit een brief van 26 februari 2014 had het Pensioenfonds volgens het hof niet hoeven af te leiden dat premiebetaling niet mogelijk was. Een brief van 27 juni 2016 kon echter wel worden aangemerkt als een melding van betalingsonmacht voor dan nog toekomstige facturen. Ten aanzien van die facturen kan het Pensioenfonds zich niet beroepen op het bewijsvermoeden van artikel 23 lid 4 Wet Bpf. Het Pensioenfonds heeft ten aanzien van deze facturen bovendien onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd ter onderbouwing van het verwijt dat sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Ten aanzien van deze facturen zijn de bestuurders dan ook niet persoonlijk aansprakelijk.

Een van de bestuurders (de vader) verwijst nog naar zijn leeftijd (79 jaar) en zijn gezondheidsproblemen, ter onderbouwing van zijn verweer dat hij in werkelijkheid geen (indirect) bestuurder meer was van de vennootschappen. Bovendien zou hij geen feitelijke bemoeienis met (de communicatie met) het Pensioenfonds hebben gehad.

Het hof volgt de bestuurder niet in dit verweer. Bij de aansprakelijkheid op grond van artikel 23 Wet Bpf is gekozen voor collectieve aansprakelijkheid van het gehele bestuur, waarbij een taakverdeling niet relevant is. De bestuurder heeft volgens het hof niet aannemelijk gemaakt dat leeftijd en/of gezondheidstoestand zouden hebben belet om het bestuurschap neer te leggen. De bestuurder heeft bovendien onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het achterwege laten van tijdige meldingen van betalingsonmacht niet aan hem te wijten zouden zijn. Het hof concludeert dat, als de betreffende bestuurder om medische redenen niet in staat was om een melding aan het Pensioenfonds te doen, het onbegrijpelijk is dat hij niettemin is aangebleven als bestuurder.

Deze uitspraak illustreert dat een bestuurder niet slechts rekening dient te houden met de 'gewone' bestuurdersaansprakelijkheid uit Boek 2 en Boek 6 BW. De wetgever heeft ook specifieke wetgeving ingevoerd waaruit een bijzondere aansprakelijkheidsnorm volgt, in dit geval voor het niet tijdig afdragen van pensioenpremie. Bij een onmogelijkheid om pensioenpremies af te dragen, doet een bestuurder er in elk geval goed aan daarvan tijdig melding te doen bij het betreffende pensioenfonds.

05

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens misleiding van de bank bij het verkrijgen van een financiering?

([Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31 augustus 2021](#))

Van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:248 lid 1 BW kan slechts worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de bestuurder moet hebben gehandeld met de – objectief te bepalen – wetenschap dat de schuldeisers zullen worden benadeeld. Dat betekent dat het moet gaan om handelingen waarvan objectief gezien verwacht kan worden dat zij uiteindelijk de schuldeisers zullen duperen. Het gaat dus niet om onzakelijk, ondoordacht of onverstandig bestuur, maar om gedrag dat in het bijzonder ten aanzien van de schuldeisers als onbehoorlijk moet worden aangemerkt.

Of de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, moet worden beoordeeld naar wat de bestuurder voorzag of kon voorzien op het moment dat hij de taak vervulde. Artikel 2:248 BW heeft dus geen betrekking op achteraf gezien onjuiste calculaties, verkeerde inschattingen van economische factoren, het bewust nemen van bepaalde risico's of het zich onvoldoende hebben ingedekt tegen economische tegenslagen, of andere bestuursdaden die wellicht tot het faillissement hebben geleid, maar waarvan niet kan worden gezegd dat zij op het moment dat ze werden verricht als onbehoorlijk bestuur konden worden beschouwd.

In dit arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden staat het kennelijk onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:248 BW van appellante (als bestuurder en als feitelijk beleidsbepaler) centraal.

Appellante, een registeraccountant, is enig bestuurder van de Stichting. Op 20 januari 2014 is Red Dragon opgericht door de Stichting en derden. Sinds 24 december 2014 is

appellante enig bestuurder van Red Dragon. Red Dragon had als doel om een groot restaurant met een “all you can eat-concept” te exploiteren. Hiervoor zou zij een bedrijfspand laten bouwen in Duiven. Rabobank was bereid om uitsluitend voor de bouw van het bedrijfspand een financiering te verstrekken van ruim EUR 3 miljoen onder de voorwaarde dat Red Dragon zelf ook een bedrag van EUR 4,9 miljoen zou inbrengen. Voor de bouw van het bedrijfspand is Red Dragon op 2 juli 2014 een aanneemovereenkomst aangegaan met Bouwbedrijf Kreeft, maar deze overeenkomst is na enkele dagen ontbonden. In november 2014 heeft Rabobank de financiering verstrekt op basis van (achteraf gebleken) vervalste stukken, waaruit volgde dat de facturen van de aannemer waren voldaan waardoor de eigen inbreng zou hebben plaatsgehad. Uiteindelijk is voor de bouw van het bedrijfspand Bouwbedrijf De Haas ingeschakeld. Toen Rabobank heeft ontdekt dat bepaalde voorwaarden van de financieringsovereenkomst niet werden nagekomen, heeft Rabobank op 2 september 2016 de financiering opgeëist, waarna Red Dragon op 6 december 2016 in staat van faillissement is verklaard.

De curator heeft een verklaring voor recht gevorderd dat appellante haar taak als bestuurder c.q. feitelijk beleidsbepaler van Red Dragon kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld in de zin van artikel 2:248 lid 1 en 2 BW en deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De rechtbank heft de vordering tegen appellante toegewezen, waarna appellante hoger beroep heeft ingesteld.

Appellante stelt zich allereerst op het standpunt dat haar geen onbehoorlijk bestuur kan worden verweten, omdat zij tot 24 december 2014 geen statutair bestuurder was van Red Dragon en zij ook niet als feitelijk beleidsbepaler kan worden aangemerkt. Dit verweer van appellante slaagt niet. Uit de gedragingen van appellante volgt volgens het hof immers simpelweg dat zij dusdanig vergaande bemoeienis had met de gang van zaken binnen Red Dragon ten aanzien van de financieringsovereenkomst dat daaruit de gevolgtrekking gerechtvaardigd is dat zij met een bestuurder gelijk te stellen is (artikel 2:248 lid 7 BW). Appellante parafeerde immers facturen van Red Dragon, deed voorstellen over de termijn van betalen, wijzigde het adres van Red Dragon in haar privéadres en heeft de bankrekening van Red Dragon laten koppelen aan de bankrekening van de Stichting.

Daarnaast voert appellante aan dat zij slechts een doorgeefluik was en niet wist dat de stukken vervalst waren. Ook dit verweer slaagt niet. Het had voor appellante, die nota bene registeraccountant was, duidelijk moeten zijn dat de stukken vals waren. Bovendien heeft appellante zelf meegedeeld dat zij de betreffende (vervalste) facturen van Bouwbedrijf Kreeft heeft gescand en is het onbegrijpelijk hoe zij had kunnen denken dat Bouwbedrijf Kreeft nog zou gaan bouwen, terwijl de aanneemovereenkomst enkele dagen na ondertekening al was ontbonden. Ook de stelling dat Rabobank wist van de vervalsingen, wordt niet gevolgd.

Het hof stelt vervolgens nog vast dat geen sprake was van een volledige administratie en dat ook de boekhoudplicht is geschonden. In de balansen van 2014 tot en met 2016 is immers een nooit verstrekte lening van de Stichting aan Red Dragon opgenomen en er is ten onrechte gesuggereerd dat is voldaan aan de stortingsplicht. Daarbij merkt het hof nog op dat met de balansen is geprobeerd te verhullen dat de door Rabobank verlangde kapitaalverstrekkingen – op basis waarvan Rabobank bereid was leningen te verstrekken – nooit hadden plaatsgevonden.

Verder was ook jaarrekening 2014 ruimschoots te laat gedeponeerd, waardoor ook de publicatieplicht is geschonden. De stelling dat sprake zou zijn van een onbelangrijk verzuim is volgens het hof op geen enkele wijze deugdelijk onderbouwd, waardoor ook dit verweer van appellante niet slaagt.

Tot slot heeft de curator nog verschillende andere gronden aangevoerd dat appellante zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke onbehoorlijke taakvervulling. Zo verwijt de curator appellante dat zij heeft meegewerkt aan het op fraudeleuze wijze bewegen van Rabobank tot het verstrekken van de financiering. Met het opstellen van vervalste jaarcijfers is immers de indruk gewekt dat Red Dragon voldoende gekapitaliseerd was. Ook zijn er valse facturen en daarmee corresponderende rekeningafschriften opgesteld om de indruk te wekken dat er investeringen ten behoeve van Red Dragon zouden zijn gedaan. Zonder eigen inbreng, kwam het risico op deze wijze grotendeels voor Rabobank. Daarnaast heeft appellante niet bestreden dat zij omzet van Red Dragon heeft omgeleid en van toestemming van Rabobank voor de omleiding is niet gebleken. Gelet op het voorgaande, komt het hof tot de conclusie dat de curator appellante terecht verwijt dat zij een belangrijke rol heeft gespeeld bij het misleiden

van Rabobank en daarom is ook op deze gronden sprake van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling.

Appellante heeft verder nog tevergeefs aangevoerd dat het faillissement is veroorzaakt doordat Red Dragon werd geconfronteerd met een aanzienlijke schadepost als gevolg van het toerekenbaar tekortschieten van bouwbedrijf De Haas alsmede met een post aan omzetverlies in verband met herstelmaatregelen. Volgens het hof heeft de curator deze stellingen gemotiveerd betwist en doen bovendien niet af aan het feit dat de onderneming van Red Dragon vanaf de oprichting 'ondergekapitaliseerd' is geweest. De aangevoerde tegenvallers hadden – indien de afspraken met Rabobank waren nagekomen - normaal gesproken in de reguliere bedrijfsvoering opgevangen kunnen worden. Volgens het hof was de onderneming op “arglistige wijze” met slechts één bankfinanciering gefinancierd en die financiering was volledig gebruikt. Iedere tegenslag bracht zo de liquiditeit en daarmee de voortgang in gevaar, waardoor een faillissement steeds op de loer lag, aldus het hof.

Het hof oordeelt dan ook dat appellante aansprakelijk is voor het tekort in het faillissement. Anders dan de rechtbank, ziet het hof vanwege de ernst van de aan appellante, naast bestuurder ook registeraccountant, te maken verwijten, geen enkele aanleiding om het door de curator gevorderde bedrag te matigen. Het hof benadrukt in dit verband nogmaals dat indien Red Dragon behoorlijk gekapitaliseerd was geweest, de tegenvallers normaal gesproken had kunnen opvangen. taakvervulling.

06

Bestuurder aansprakelijk bij niet nakoming betalingstoezegging als gevolg van de coronacrisis?

([Rechtbank Gelderland 21 juli 2021](#))

Wie had begin 2020 verwacht dat de coronacrisis voor een lange periode gevolgen zou hebben voor vrijwel iedereen en iedere sector? Vermoedelijk niemand. In ieder geval de bestuurder in onderhavige zaak niet.

In deze kwestie waren Vennootschap A en Vennootschap B een overeenkomst aangegaan in verband met de Nationale Carrièrebeurs, die door Vennootschap A zou worden georganiseerd op 20 en 21 maart 2020. In het kader van de overeenkomst heeft Vennootschap B een voorschotfactuur van EUR 36.300 verzonden aan Vennootschap A. Ondanks een betalingsherinnering werd de factuur niet voldaan. Daarom hebben de bestuurder van Vennootschap A en de bestuurder van Vennootschap B ("de Bestuurder") op 3 maart 2020 telefonisch overleg gehad over de betaling van de voorschotfactuur. Vennootschap A heeft toen de voorwaarde gesteld dat het voorschot zou worden terugbetaald als de beurs niet door zou gaan. De Bestuurder is namens Vennootschap B akkoord gegaan met deze voorwaarde, waarna Vennootschap A het voorschot aan Vennootschap B heeft voldaan.

Nadien, op 12 maart 2020, is een landelijk verbod op evenementen ingesteld in verband met de coronacrisis, waardoor de beurs niet door kon gaan. Vennootschap A heeft hierover de Bestuurder ingelicht en verzocht om terugbetaling van het voorschot. Vennootschap B heeft vervolgens wel een creditfactuur gestuurd, maar het voorschot niet teruggestort.

Op 12 mei 2020 is Vennootschap B in staat van faillissement verklaard. Op 6 augustus 2020 heeft Vennootschap A de Bestuurder aansprakelijk gesteld voor de door haar geleden schade, waarna Vennootschap A een procedure is gestart.

Vennootschap A voert in de procedure aan dat de Bestuurder aansprakelijk is voor de door haar geleden schade, omdat de Bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van de toezegging tot terugbetaling van het voorschot. Volgens Vennootschap A wist de Bestuurder dat Vennootschap B die toezegging niet zou kunnen nakomen en dat Vennootschap B in voorkomend geval ook geen verhaal zou bieden. Daarbij stelt Vennootschap A dat de Bestuurder ook zou hebben bewerkstelligd, althans zou hebben toegelaten, dat Vennootschap B het voorschot niet heeft terugbetaald.

De Bestuurder betwist dat hij op 3 maart 2020 (datum toezegging) al wist dat Vennootschap B de toezegging niet zou nakomen of geen verhaal zou bieden. Ook betwist de Bestuurder dat er sprake zou zijn van verhaalsfrustratie, aangezien niemand (anders dan het personeel) is betaald in de periode voorafgaand aan het faillissement.

In onderhavige zaak staat dus de vraag centraal of de Bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een persoonlijk ernstig verwijt kan sprake zijn indien 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). Daarnaast kan van bestuurdersaansprakelijkheid ook sprake zijn indien de bestuurder heeft bewerkstelligd, dan wel toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt (frustratie van verhaal).

Onder verwijzing naar de Beklamel-norm geeft de rechtbank aan dat in deze zaak de vraag dient te worden beantwoord of de Bestuurder de toezegging kon doen toen hij hem deed. Daarvoor is volgens de rechtbank van belang of de Bestuurder op het moment van de toezegging al wist of behoorde te weten dat Vennootschap B de toezegging niet zou kunnen nakomen. De rechtbank benadrukt daarbij dat het niet gaat om met kennis achteraf (het ingetreden faillissement) het handelen van de bestuurders te beoordelen, “maar om wat de situatie was op het moment dat de overeenkomst werd aangegaan, waarbij bijvoorbeeld ook moet worden gelet op de orderportefeuille, marktontwikkelingen, de kasstromen, kredietmogelijkheid enzovoorts.” ([Hof Arnhem-Leeuwarden 21 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7490](#)).

De rechtbank overweegt vervolgens dat het op 3 maart 2020 voor niemand voorzienbaar was dat de coronacrisis tot zodanig verregaand overheidsingrijpen zou leiden dat alle evenementen voor een zodanig lange periode zouden worden afgelast, dat Vennootschap B daardoor haar complete orderportefeuille zou zien wegvallen en haar kasstromen volledig zou zien opdrogen. Daarom was volgens de rechtbank op het moment van toezegging geen sprake van een situatie dat de Bestuurder wist of behoorde te worden dat Vennootschap B de toezegging niet kon nakomen. Daarbij benadrukt de rechtbank nog dat “het bestaan van een negatief eigen vermogen en het lijden van verlies nog niet wil zeggen dat het punt bereikt is waarop het onverantwoord is de onderneming te continueren en nog verdere verbintenissen met derden aan te gaan (of in dit geval: een toezegging tot terugbetaling te doen)”. De rechtbank oordeelt dan ook dat aan de Bestuurder geen of een onvoldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een schending van de beklamel-norm is dan ook geen sprake.

Verder voert Vennootschap A nog aan dat de Bestuurder selectieve betalingen heeft verricht door met de NOW-gelden loonbetalingen te doen. Ook dit verweer slaagt niet. De rechtbank oordeelt dat de loonbetalingen met de NOW-gelden niet als selectief kunnen worden aangemerkt, omdat de NOW-gelden niet voor andere doeleinden dan de loonbetalingen mogen worden aangewend. Ook van overige selectieve betalingen is niet gebleken. De rechtbank benadrukt daarbij nog dat in onderhavig geval geen sprake was van vrije keuze of betalingsonwil, maar van betalingsonmacht. Degenen van wie Vennootschap B nog geld moest ontvangen, waren immers gestopt met betalen. Hierdoor had Vennootschap B geen inkomsten meer om haar eigen schulden aan anderen te voldoen. Ook op deze grond kan bestuurdersaansprakelijkheid niet worden aangenomen, aldus de rechtbank.

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

+31 6 3008 0195

b.vanhonk@ploum.nl