



# Kwartaalupdate

Bestuurdersaansprakelijkheid

Q1 2021

# Introductie

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

In het eerste kwartaal van 2021 zijn op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) 32 uitspraken gepubliceerd waarin de ingestelde vordering gegrond was op bestuurdersaansprakelijkheid. Het betrof geen uitspraken van de Hoge Raad, wel 1 conclusie van de advocaat-generaal bij de Hoge Raad, 13 uitspraken van de gerechtshoven en 18 van rechtbanken.

In deze Kwartaalupdate Bestuurdersaansprakelijkheid voor Q1 2021 is een selectie gemaakt uit deze uitspraken. De navolgende onderwerpen komen aan bod:

- 01. Aansprakelijkheid curator in faillissement wegens verkoop verpande bedrijfsvoorraad?**  
Daartegenover: aansprakelijkheid (direct en indirect) bestuurder wegens onbehoorlijke taakvervulling jegens de boedel?  
(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021) 2
- 02. Leverancier spreekt middellijk bestuurder aan wegens frustreren van het eigendomsvoorbehoud. Middellijk bestuurder niet aansprakelijkheid op grond van de Beklamel-norm. Bestuurder heeft niet onzorgvuldig gehandeld.**  
(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021) 5
- 03. Bestuurders niet aansprakelijk uit hoofde van artikel 2:248 BW. Bestuurders wel (persoonlijk) aansprakelijk jegens de gezamenlijke schuldeisers wegens selectieve betaling.**  
(Rechtbank Rotterdam 20 januari 2021) 7
- 04. Bestuurders aansprakelijk voor verkoop van de activa van de gefailleerde vennootschappen aan gelieerde vennootschappen, onder verrekening van de koopsom met niet-opeisbare intercompanyvorderingen.**  
(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 februari 2021) 9
- 05. Bestuurder stelt dat sprake is van onrechtmatig handelen van haar medebestuurders en houdt hen aansprakelijk voor de geleden schade.**  
(Gerechtshof Den Haag 2 maart 2021) 13

# 01

## Aansprakelijkheid curator in faillissement wegens verkoop verpande bedrijfsvoorraad?

### Daartegenover: aansprakelijkheid (direct en indirect) bestuurder wegens onbehoorlijke taakvervulling jegens de boedel?

(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021)

In deze gevoegde hoger beroepsprocedures liggen enerzijds de vragen voor of de curator pro se (persoonlijk) of (subsidiar) q.q. (in hoedanigheid van curator) aansprakelijk is jegens de direct bestuurder van zijn failliet vanwege onrechtmatig handelen en anderzijds de vraag of de direct en indirect bestuurder wegens onbehoorlijke taakvervulling aansprakelijk zijn jegens de faillissementsboedel.

In deze kwartaalupdate bestuurdersaansprakelijkheid zal de beroepsaansprakelijkheidsvordering jegens de curator pro se en qq kort besproken worden om vervolgens uitgebreider stil te staan bij de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering. De liefhebber wordt graag naar de Ploum Kwartaalupdate Beroepsaansprakelijkheid Q1 2021 verwezen voor een uitgebreidere bespreking van de beroepsaansprakelijkheidsvordering.

Kort en goed deed zich hier het navolgende voor.

Groothandel Import Cooperation Europe B.V. ("Import") is op 8 november 2016 in staat van faillissement verklaard met aanstelling van een curator ("de Curator"). Op enig moment wordt de direct bestuurder en de natuurlijke-persoon indirect bestuurder van Import door de Curator aansprakelijk gesteld wegens onbehoorlijke taakvervulling ex artikel 2:248 BW. Dit (voornamelijk) vanwege het feit dat zowel de boekhoudverplichting als de deponeringsverplichting zou zijn geschonden. Bij de rechtbank wordt deze aansprakelijkheid van de bestuurders aangenomen.

In eerste aanleg liep er een separate procedure waarin de direct bestuurder van Import de curator zowel q.q. als pro se aansprakelijk hield wegens onrechtmatig handelen.

Dit onrechtmatig handelen zou zich voorgedaan hebben bij de verkoop van verpande roerende zaken door de Curator. Kort gezegd werd de Curator verweten (i) de zaken verkocht te hebben wetende dat er een pandrecht op rustte van de direct bestuurder, (ii) de zaken voor een te laag bedrag verkocht te hebben en (iii) de rechter-commissaris te hebben misleid. Deze vorderingen werden net als in eerste aanleg ook in hoger beroep afgewezen. Ik verwijs nogmaals naar de Ploum Kwartaalupdate Beroepsaansprakelijkheid Q1 2021 voor een uitgebreidere bespreking van deze (afgewezen) vorderingen. Dan de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering.

De bestuurders van Import bestrijden in hoger beroep het oordeel van de rechtbank dat er sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid in de zin van artikel 2:248 BW (jo 2:11 BW) door schending van de boekhoudverplichting (artikel 2:10 BW) en de deponeeringsverplichting (artikel 2:394 BW).

De bestuurders weten de schending van de boekhoudverplichting van tafel te krijgen. Kort gezegd stellen zij (onderbouwd) dat Import wel beschikte over een over een deugdelijke voorraadadministratie en ook overigens over een accurate administratie. De voorraden werden volgens de bestuurders bijgehouden aan de hand van de inkoopfacturen van Import en verkoopfacturen die vervolgens aan haar afnemer TTGro werden verstuurd. Daarnaast werden de voorraden regelmatig handmatig geteld en die aantallen werden bijgehouden in het online boekhoudprogramma Atrium Syntess. De Curator weerspreekt niet, althans onvoldoende, dat een voorraadadministratie door Import werd bijgehouden in Syntess. Dat de Curator deze (digitale) administratie niet heeft gekregen, zoals zij betoogt, is een andere kwestie. Dat de bestuurders wellicht niet (tijdig) hebben voldaan aan hun informatieverplichting (art. 105 Fw), betekent immers niet dat die administratie er in het geheel niet is en daarom niet is voldaan aan de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW.

Nu de bestuurders (ook) weten aan te tonen dat zij de overige administratie – weliswaar laat – hebben aangeleverd en de Curator onvoldoende gemotiveerd heeft wat zij nog aan administratie miste en waarom met de aanwezige administratie niet wordt voldaan aan de boekhoudplicht, is het gerechtshof van oordeel dat niet is gebleken dat de administratieplicht is geschonden.

Tussen partijen is echter niet in geschil dat de jaarrekeningen van Import over de jaren 2014 en 2015 te laat zijn gedeponneerd. De bestuurders hebben ook niet gegriefd tegen de overweging van de rechtbank dat die termijnoverschrijding geen onbelangrijk verzuim is, zodat (ook) voor het gerechtshof vaststaat dat de publicatieplicht is geschonden en dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur op grond van artikel 2:248 lid 2 jo 2:11 BW. Daardoor wordt bovendien vermoed dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Import. Om dit vermoeden te weerleggen wijzen de bestuurders op andere omstandigheden (r.o. 3.26 en 3.27) die volgens hen een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn. Zulks tevergeefs.

Interessant is nog dat er onder andere gesproken wordt over dat afnemer TTGro met chronische liquiditeitstekorten kampte en dat dit de reden is dat de rekening-courantvordering op TTGro is opgelopen en Import daardoor ook met liquiditeitstekorten kampte. Bestuurders waren evenwel ook middellijk aandeelhouder en bestuurder van TTGro en hadden daarmee invloed op zowel het betaalgedrag van TTGro als het debiteurenbeleid van Import. Bestuurders hebben in hoger beroep niet toegelicht hoe een en ander zich verhoudt tot elkaar en wat zij hebben gedaan om TTGro alsnog te laten betalen aan Import, dan wel waarom Import niet is gestopt met inkopen en leveren aan TTGro. *'Daarmee is ook niet duidelijk dat dit een van buiten komende oorzaak van het faillissement van Import zou zijn', aldus het gerechtshof in r.o. 3.26.*

Het is goed om te (blijven) realiseren – zie ook Ploum Kwartaalupdate bestuurdersaansprakelijkheid Q3 2019 - dat het weerlegbare vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW niet alleen weerlegd kan worden doordat de aangesproken bestuurder een van buiten komende, niet aan hem toe te rekenen belangrijke oorzaak van het faillissement aannemelijk maakt. Wel verlangt artikel 2:248 lid 2 BW dat de bestuurder door het aanvoeren van bepaalde feiten en omstandigheden aantoont dat er zich een andere belangrijke oorzaak van het faillissement dan het onbehoorlijk bestuur heeft voorgedaan. Die andere belangrijke oorzaak kan en mag ook gelegen zijn in fouten of misrekeningen van de bestuurder zelf, zolang ten aanzien van die fouten of misrekeningen maar niet geoordeeld kan worden dat geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben. Vgl. [HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233](#).

## 02

### Leverancier spreekt middellijk bestuurder aan wegens frustreren van het eigendomsvoorbehoud. Middellijk bestuurder niet aansprakelijkheid op grond van de Beklamelnorm. Bestuurder heeft niet onzorgvuldig gehandeld.

(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021)

In deze zaak spreekt de leverancier de bestuurder van een gefailleerde webshop aan voor onbetaald gelaten leveringen op grond van schending van de Beklamelnorm dan wel van een zorgvuldigheidnorm, door het frustreren van het eigendomsvoorbehoud. Anders dan de rechtbank oordeelt het hof dat de bestuurder op het peilmoment van de laatste levering niet wist of had moeten weten dat dat een faillissement onafwendbaar was. Ook is er geen reden om aan te nemen dat de bestuurder op andere wijze onzorgvuldig heeft gehandeld.

X is bestuurder en enig aandeelhouder van Y beheer B.V., Y beheer B.V. is statutair bestuurder en enig aandeelhouder van Z B.V. De B.V. hield zich bezig met online verkopen van sport gerelateerde artikelen. Deze producten kocht zij in bij de leverancier. De leverancier heeft in maart en april 2018 nog sportartikelen geleverd aan de B.V., deze levering zijn nooit meer betaald. Eind juni 2018 heeft de B.V. haar bedrijfsactiviteiten beëindigd en haar faillissement aangevraagd. Het faillissement is op 2 juli 2018 uitgesproken.

De leverancier verwijt de bestuurder dat hij bij het aangaan van de overeenkomsten met de leverancier wist of behoorde te weten dat de B.V. haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de door de leverancier geleden schade (*Beklamelnorm*). Ook stelt de leverancier dat de bestuurder op grond van een onrechtmatige daad aansprakelijk is wegens het schenden van een zorgvuldigheidnorm.

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:NL: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*).

Het hof gaat in op de vraag tegen welke peildata de aansprakelijkheid moet worden beoordeeld. De bestuurder stelt dat de overeenkomsten voor de producten al in maart 2018 zijn gesloten. Het hof volgt hierbij de stelling van de leverancier dat de data waarop de producties zijn besteld, uitgeleverd en zijn gefactureerd aan de leverancier tot uitgangspunt moet worden genomen. Het hof neemt 16 april 2018 als het peilmoment.

Vervolgens gaat het hof in op de vraag of op de peildatum (16 april 2018) de vereiste wetenschap aan de zijde van bestuurders aanwezig was. Het hof constateert dat de financiële situatie en ondernemingsactiviteiten van de B.V. op 16 april 2018 onder druk stonden. Op dat moment was zij echter nog in gesprek met investeerders. Van een relevante vermindering van de werkzaamheden was op dat moment geen sprake. Daarom mocht de bestuurder er op dat moment redelijkerwijs van uitgaan dat de B.V. door de investering in staat zou zijn haar onderneming draaiende te houden en haar crediteuren te voldoen. Het hof stelt vast dat pas na het peilmoment zich relevante ontwikkelingen hebben voorgedaan die de continuïteit van de B.V. ernstig in gevaar brachten.

Het hof concludeert dat de bestuurder op het peilmoment van de laatste levering niet wist of had moeten weten dat dat een faillissement onafwendbaar was. Ook is er geen reden om aan te nemen dat de bestuurder op andere wijze onzorgvuldig heeft gehandeld.

# 03

## Bestuurders niet aansprakelijk uit hoofde van artikel 2:248 BW. Bestuurders wel (persoonlijk) aansprakelijk jegens de gezamenlijke schuldeisers wegens selectieve betaling.

(Rechtbank Rotterdam 20 januari 2021)

In deze zaak stelt de curator dat zowel de directe als de indirecte bestuurders van failliet (TSE) aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:248 BW en artikel 6:162 BW. TSE hield zich bezig met onderhoud van installaties in de (petro)chemische industrie. De rechtbank oordeelt dat de bestuurders ten tijde van de betalingen ernstig rekening mee moesten houden dat TSE niet alle schuldeisers kon voldoen. Daarmee stond het de bestuurders niet langer vrij een gelieerde schuldeiser volledig te voldoen en is sprake van selectieve betaling.

De curator stelt op grond van artikel 2:248 BW dat sprake is van een schending van de administratieplicht (art. 2:10 BW). De rechtbank oordeelt dat zo'n schending niet is komen vast te staan. De rechtbank overweegt dat de administratieplicht moeten worden onderscheiden van de vraag of de bestuurders fouten hebben gemaakt bij het uitvoeren van de werkzaamheden. Het enkele feit dat de bestuurders steken hebben laten vallen, maakt nog niet dat de administratieplicht is geschonden. Een ander oordeel op dit punt zou de administratieplicht van artikel 2:10 BW te veel oprekken met als gevolg dat de drempel voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid lager komt te liggen dan voortvloeit uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad.

Daarnaast stelt de curator dat de bestuurders fouten hebben gemaakt bij het aannemen van een groot onderhoudsproject voor een Zweedse oliemaatschappij en dat die fouten kennelijk onbehoorlijk bestuur opleveren in de zin van artikel 2:248 lid 1 BW. De bestuurders zouden te veel risico hebben genomen door het (voor TSE) zeer omvangrijke project aan te nemen en zich daarop onvoldoende hebben voorbereid. De rechtbank komt tot het oordeel dat de bestuurders verwijten vallen te maken.



Bij de uitvoering van het project hebben de bestuurders (te) veel vertrouwd op hun ervaring. Toch oordeelt de rechtbank dat het gestelde onvoldoende is om kennelijk onbehoorlijk bestuur aan te nemen omdat er niet gezegd kan worden dat geen redelijk denkend bestuurder – in gelijke omstandigheden – gehandeld zou hebben zoals de bestuurders in deze situatie hebben gedaan (vgl. [HR 8 juni 2001, ECLI:N:L:HR:2001:AB2053](#)). In deze situatie acht de rechtbank relevant dat de bestuurders veel ervaring hadden in de branche en dat de keuzes die zij, op basis van deze ervaring hebben gemaakt, niet geheel ongegrond waren.

De vordering van de curator op grond van artikel 6:162 BW ziet op selectieve betaling. De curator stelt dat TSE tussen november en december 2011 betalingen heeft gedaan aan een aan TSE gelieerd uitzendbureau, dit terwijl begin november duidelijk was geworden dat de oliemaatschappij de facturen niet zonder meer zou betalen. De curator stelt dat gelet op de houding van de oliemaatschappij de bestuurders er ten tijde van de betalingen aan het uitzendbureau ernstig rekening mee moeten hebben houden dat TSE niet alle schuldeisers kon voldoen.

De rechtbank oordeelt ook dat de bestuurders, vanwege het feit dat de houding van de oliemaatschappij, vanaf begin november ernstig rekening moesten houden met de mogelijkheid dat TSE niet al haar schuldeisers zou kunnen voldoen. Daarmee stond het hun niet langer vrij een aan TSE gelieerde schuldeiser volledig te voldoen en andere schuldeisers niet. In de gegeven omstandigheden moet ieder van hen daarvan in ernstige mate een verwijt worden gemaakt.

De rechtbank oordeelt dat de bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van TSE wegens selectieve betalingen en de bestuurders worden veroordeeld tot betaling aan de curator van een bedrag ter vergoeding van de schade die de gezamenlijke schuldeisers van TSE hebben geleden.

# 04

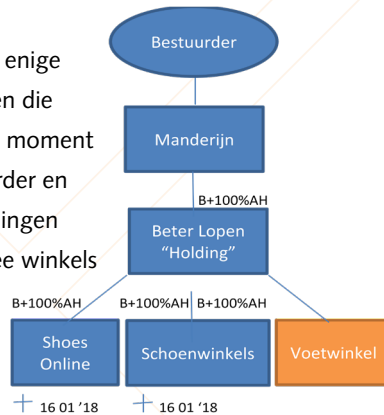
## Bestuurders aansprakelijk voor verkoop van de activa van de gefailleerde vennootschappen aan gelieerde vennootschappen, onder verrekening van de koopsom met niet-opeisbare intercompanyvorderingen.

(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 februari 2021)

Shoes Online huurde een winkelpand in Apeldoorn en onderverhuurde deze aan Schoenwinkels. Shoes Online exploiteerde zelf geen activiteiten, haar enige inkomstenbron waren de huurpenningen die zij ontving van Schoenwinkels. Op enig moment ontstond een conflict tussen de verhuurder en Shoes Online waardoor zij de huurbetalingen staakte. Schoenwinkels huurde ook twee winkels in de ziekenhuizen van ZGT. ZGT verwees haar patiënten door naar de schoenwinkels van Schoenwinkels.

Op enig moment zegde zij echter deze

samenwerking op. Als gevolg daarvan staakte Schoenwinkels de huurbetalingen waardoor Schoenwinkels werd veroordeeld tot ontruiming.



Na de opzegging van de samenwerking, maar vóór de veroordeling tot ontruiming

- i) is de onderneming van *Schoenwinkels* die zij exploiteerde in Apeldoorn overgenomen door een daartoe door de Holding opgerichte vennootschap, Voetwinkel. Voldoening van de koopsom heeft plaatsgevonden door overname van de rekening-courant schuld van *Schoenwinkels* aan Beter Lopen;
- ii) heeft *Schoenwinkels* al haar andere voorraden verkocht aan de Holding, onder verrekening met het uit hoofde van de overeenkomst van geldlening verschuldigde, maar niet-opeisbaar bedrag;

- iii) is door *Shoes Online* de winkelruimte in Apeldoorn aan Voetwinkel in gebruik gegeven zonder daarvoor een vergoeding te vragen.

Vervolgens zijn Schoenwinkels en Shoes Online in staat van faillissement verklaard met aanstelling van dezelfde curator. De curator stelt de (middellijk) bestuurders primair aansprakelijk voor het faillissementstekort op grond van artikel 2:248 BW en subsidiair op grond van onbehoorlijke taakvervulling en/of onrechtmatig handelen ingevolge artikel 2:9 BW en/of 6:162 BW.

### **Shoes Online**

Het verwijt dat de curator in het faillissement van Shoes Online aan zijn vorderingen ten grondslag legt, is dat de winkelruimte in Apeldoorn op enig moment aan Voetwinkel in gebruik is gegeven zonder dat daarvoor een vergoeding is gevraagd.

Het hof oordeelt dat – gelet op het feit dat in Shoes Online geen activiteiten verrichte en de huurpenningen van Schoenwinkels haar enige inkomstenbron was – geen redelijk denkend bestuurder de winkel zonder vergoeding aan Voetwinkel in gebruik zou geven. Nu Shoes Online voor haar inkomsten volledig afhankelijk was van de onderverhuurpenningen, is het aannemelijk dat dit handelen een belangrijke oorzaak van het faillissement is (geweest). Het enkele argument van de (middellijk) bestuurders dat sprake was van aanhoudende verliezen is een onvoldoende gemotiveerd verweer tegen de stelling van de curator dat het zonder vergoeding in gebruik geven een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Die situatie bestond immers al een aantal jaren zonder dat dit tot het faillissement van Shoes Online had geleid. De middellijk bestuurders zijn mitsdien volgens het hof aansprakelijk voor het faillissementstekort ex artikel 2:248 BW.

### **Schoenwinkels**

Ten aanzien van Schoenwinkels onderbouwt de curator zijn vorderingen als volgt. Allereerst is voor de verkoop van de onderneming van Schoenwinkels geen koopsom ontvangen en ten tweede heeft verkoop van de voorraad aan de Holding plaatsgevonden onder verrekening van de niet-opeisbare schuld aan de Holding.

### *Artikel 2:248 BW*

De (middellijk) bestuurders hebben betwist dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, maar ook dat de verkoop van de onderneming en voorraad een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn. De oorzaak van het faillissement was juist het gevolg van de opzegging van de samenwerking door ZGT. Daarnaast hadden twee schoenmakers kort na de beëindiging van de samenwerking ontslag genomen en was de verkochte onderneming (vestiging Apeldoorn) verlieslatend, zodat het juist goed was dat deze activiteit werd afgestoten. Het hof stelt in dat kader voorop dat tussen partijen niet in geschil is dat met de beëindiging van de samenwerking door ZGT de belangrijkste inkomstenbron van Schoenwinkels wegviel. Gelet daarop en de gemotiveerde betwisting van de (middellijk) bestuurders is volgens het hof niet aannemelijk geworden dat de verkoop van de onderneming en voorraad een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement en slaagt de vordering van de curator op grond van artikel 2:248 BW niet.

### *Artikel 2:9 BW*

Naar het oordeel van het hof is door de curator niet nader onderbouwd in hoeverre de verkoop van de onderneming en voorraad tot het oordeel moeten leiden dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling van de (middellijk) bestuurders jegens Schoenwinkels in de zin van artikel 2:9 BW. Een op artikel 2:9 BW gebaseerde vordering betekent dat de curator ook de schade van de gefailleerde vennootschappen wil vorderen. De curator licht echter niet toe dat en zo ja, welke schade de gefailleerde vennootschappen geleden zouden hebben. De curator onderbouwt alleen de schade van de gezamenlijke schuldeisers.

### *Artikel 6:162 BW*

De curator voert op dit punt aan dat sprake is van paulianeus handelen ter zake van de verkoop van de onderneming en voorraad en dat de (middellijk) bestuurders, door deze handelingen te bewerkstelligen, onrechtmatig hebben gehandeld. Verder heeft curator aangevoerd dat bij deze handelingen sprake is van een onrechtmatige opzet om een sterfhuisconstructie op te tuigen, waarmee alle activa uit Schoenwinkels werd gehaald ten gunste van de Holding terwijl redelijkerwijs voorzienbaar was dat de belangrijkste inkomensbron voor Schoenwinkels – als gevolg van de opzegging van de samenwerking door ZGT – zou wegvallen en de overige lasten bleven doorlopen.

Het hof oordeelt dat de (middellijk) bestuurders vanaf het moment dat ZGT de samenwerking had opgezegd, serieus rekening hadden moeten houden met de mogelijkheid dat een faillissement van Schoenwinkels op (korte) termijn zou volgen. Niettemin is de voorraad door Schoenwinkels aan de Holding verkocht onder verrekening van een niet-opeisbare vordering van de Holding op Schoenwinkels. Daardoor konden de schuldeisers van Schoenwinkels zich niet meer op de voorraad verhalen en is hen een verhaalbaar actief ontgaan. Daarnaast werden de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers verder verminderd door de overdracht van de onderneming aan Voetwinkel. Door deze verkoop werd het actief van Schoenwinkels verminderd zonder dat daarvoor een opbrengst waarop de schuldeisers zich konden verhalen is teruggekomen.

Tegen de achtergrond hiervan moeten de handelingen die veel weg hebben van een sterfhuisconstructie en feitelijk hebben geleid tot een (substantiële) betaling aan de bestuurder tevens moedervenootschap (de Holding), volgens het hof als onrechtmatig worden gekwalificeerd waarvan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Door deze handelingen zijn de schuldeisers benadeeld; er is vermogensactief uit de vennootschap gehaald waarvoor geen vermogensactief is teruggekomen waarop de schuldeisers verhaal kunnen nemen (enkel het passief is ingevolge de transacties afgenomen). Daarmee hebben de (middellijk) bestuurders onrechtmatig gehandeld.

Het hof stelt ten aanzien van de schade – anders dan de curator die stelt dat de schade gelijk is aan de waarde van beide transacties – dat het gaat om de benadeling van de schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden. Om de benadeling vast te stellen moet een vergelijking worden gemaakt tussen de hypothetische situatie waarin de handeling niet heeft plaatsgevonden en de situatie waarin de schuldeisers zich nu bevinden.

# 05

## Bestuurder stelt dat sprake is van onrechtmatig handelen van haar medebestuurders en houdt hen aansprakelijk voor de geleden schade.

(Gerechtshof Den Haag 2 maart 2021)

In deze zaak stelt (de bestuurder van) Fashion Holding dat op diverse punten sprake is geweest van onrechtmatig handelen/onbehoorlijk bestuur van haar medebestuurders. Fashion Holding houdt hen aansprakelijk voor de geleden schade. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank en oordeelt dat de medebestuurders niet onrechtmatig hebben gehandeld jegens Fashion Holding.

Fashion Holding vormde samen met Shoot Holding en Urban Trends Holding B.V. het bestuur van enkele door hen gezamenlijk opgerichte vennootschappen. Eén van die vennootschappen was Urban Trends Trading B.V. (Trading). Op een gegeven moment is de onderlinge relatie verslechterd. In oktober/november 2010 is Fashion Holding als bestuurder geschorst en vervolgens met onmiddellijke in gang ontslagen. Tevens is de managementovereenkomst van Fashion Holding met Trading ontbonden. Inmiddels is Trading failliet, als gevolg waarvan Fashion Holding is achtergebleven met diverse onbetaalde vorderingen, die ten aanzien van de andere aandeelhouders wel betaald zijn.

Fashion Holding stelt dat door haar medebestuurders op diverse punten sprake is geweest van onrechtmatig handelen/onbehoorlijk bestuur (artt. 2:9 jo. 2:11, 2:8 en 6:162 BW). Fashion Holding verwijt hen dat zij haar zonder legitieme grond hebben geschorst en ontslagen als bestuurder en vervolgens de managementovereenkomst van Fashion Holding met Trading hebben ontbonden. Daarnaast hebben zij volgens Fashion Holding willens en wetens bewerkstelligd dat aan Fashion Holding toekomende betalingen niet zijn verricht en hebben zij op onrechtmatige wijze, bewust en opzettelijk, het (vermogens)belang van Fashion Holding in Trading, Urban Trends Vastgoed uitgehold. Dit alles hebben zij volgens Fashion Holding gedaan met geen ander doel dan Fashion Holding te benadelen.

De rechtbank heeft geoordeeld dat het feit dat Trading (althans haar andere twee bestuurders) haar bestuurder Fashion Holding verdacht van frauduleus handelen, op zichzelf een voldoende rechtvaardiging vormde voor ontbinding van de managementovereenkomst. De verdenkingen van Trading jegens Fashion Holding waren volgens de rechtbank niet volledig uit de lucht gegrepen. De andere twee bestuurders konden in het najaar van 2010 op basis van de op dat moment bekende feiten het besluit nemen om Fashion Holding als bestuurder te schorsen en te ontslaan, zodat voor de gevolgen van deze besluiten geen persoonlijk ernstig verwijt valt te maken. Ook als juist is dat het besluit tot schorsing van Fashion Holding als bestuurder van (onder meer) Trading en het daaropvolgende ontslagbesluit nietig zijn omdat niet aan de daarvoor vereiste formaliteiten is voldaan, betekent dit nog niet dat de medebestuurders hiervan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Het hof verenigt zich met het oordeel van de rechtbank dat de verdenkingen van fraude jegens Fashion Holding in beginsel een voldoende rechtvaardiging vormden voor de besluiten van Trading tot schorsing en ontslag van Fashion Holding als bestuurder, en tot ontbinding van de managementovereenkomst. De stelling dat het schorsings- en ontslagbesluit nietig zijn omdat deze besluiten zijn genomen zonder dat Fashion Holding is gekend in het aandeelhoudersbesluit strekkende tot schorsing van Fashion Holding als statutair bestuurder van de vennootschappen, of in enig bestuursbesluit tot het bijeenroepen van een algemene vergadering van aandeelhouders wordt verworpen. Deze verwijten zien op gebreken in de totstandkoming van de besluiten. In een dergelijke situatie is een besluit ingevolge artikel 2:15 lid 1 sub a BW echter niet nietig maar vernietigbaar. Gelet op het bepaalde in artikel 2:15 lid 5 BW, waarin een vervaltermijn van een jaar is vermeld met betrekking tot de bevoegdheid om vernietiging van het besluit te vorderen, gaat het hof er bij gebreke van een andersluitende toelichting op dit punt vanuit dat deze besluiten inmiddels onaantastbaar zijn.

Als er in het besluitvormingsproces al sprake is geweest van onzorgvuldig handelen en/of het niet opvolgen van wettelijke formaliteiten door Trading, dan kan de medebestuurders daarvan naar het oordeel van het hof bovendien geen persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt. De stelplicht en bewijslast van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de medebestuurders wel een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, rust op Fashion Holding. Fashion Holding voert in dit verband met name

aan dat de medebestuurders op het moment van de schorsing en het ontslag van Fashion Holding als bestuurder en de ontbinding van de managementovereenkomst wisten dat de verdenkingen van fraude onterecht en niet reëel waren, en dat sprake was van een vooropgezet plan.

Daarbij overweegt het hof dat de bestuurder en Fashion Holding dermate nauw met elkaar verbonden zijn dat de medebestuurders geen ernstig verwijt kan worden gemaakt dat zij met betrekking tot de fraudeverdenkingen geen onderscheid heeft gemaakt tussen de bestuurder in privé en Fashion Holding. De medebestuurders kan geen persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt dat Trading de managementovereenkomst heeft ontbonden zonder inachtneming van een opzegtermijn.



# 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](mailto:v.terlouw@ploum.nl)



**Maurice Verhoeven**  
Partner / Advocaat

+31 6 2036 4060

[m.verhoeven@ploum.nl](mailto:m.verhoeven@ploum.nl)



**Thomas Munnik**  
Advocaat

+31 6 2248 1755

[t.munnik@ploum.nl](mailto:t.munnik@ploum.nl)



**Suzanne van Aalst**  
Advocaat

+31 6 1255 6802

[s.vanaalst@ploum.nl](mailto:s.vanaalst@ploum.nl)



**Annerieke Meerkerk**  
Advocaat

+31 6 1117 6305

[a.meerkerk@ploum.nl](mailto:a.meerkerk@ploum.nl)



**Boaz van Honk**  
Advocaat-stagiaire

+31 6 3008 0195

[b.vanhonk@ploum.nl](mailto:b.vanhonk@ploum.nl)