



Kwartaalupdate

Bestuurdersaansprakelijkheid

Q3 2024



Introductie

Auteurs: [Thomas Munnik](#), [Annerieke Meerkerk](#) & [Daan de Bruin](#)

In het derde kwartaal van 2024 zijn op www.rechtspraak.nl verschillende uitspraken gepubliceerd waarin de ingestelde vordering gegrond was op bestuurdersaansprakelijkheid.

In deze Kwartaalupdate Bestuurdersaansprakelijkheid voor Q3 2024 is een selectie gemaakt uit deze uitspraken. De navolgende onderwerpen komen aan bod:

- 01. Feitelijk beleidsbepaler (ook) aansprakelijk voor boedeltekort?**
(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2024) _____ 2
- 02. Hebben de bestuurders succesvol aannemelijk gemaakt dat andere feiten en omstandigheden mede een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest?**
(Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 juli 2024) _____ 5
- 03. Zijn de bestuurders aansprakelijk voor het boedeltekort wegens onbehoorlijk bestuur?**
(Rb Amsterdam 24 juli 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:4662) _____ 11
- 04. Kunnen de bestuurders een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt bij het beëindigen van de onderneming via een turboliquidatie?**
(Rechtbank Noord-Holland 28 augustus 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:8639) _____ 17

01

Feitelijk beleidsbepaler (ook) aansprakelijk voor boedeltekort?

(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2024)

In faillissementssituaties beoordeelt de curator op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid in eerste instantie het handelen (en nalaten) van statutaire bestuurders. Wanneer de curator van oordeel is dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, wat bovendien als belangrijke oorzaak van het faillissement heeft te gelden, kunnen deze bestuurders worden veroordeeld in het boedeltekort.

Via artikel 2:248 lid 7 BW is het ook mogelijk om feitelijk beleidsbepalers, naast de formele bestuurders, hoofdelijk aan te spreken tot betaling van het boedeltekort. Lange tijd is discussie geweest over de vraag of het voor de aansprakelijkheid van feitelijk beleidsbepalers noodzakelijk is dat het statutaire bestuur in zijn geheel terzijde is geschoven door een niet-bestuurder, en dat alle bestuurstaken dus door deze 'buitenstaander' worden verricht. Sinds het arrest Red Dragon uit 2023 is duidelijk dat feitelijk beleidsbepalers ook aansprakelijk kunnen zijn indien zij naast het statutaire bestuur bestuurshandelingen verrichten, als ware zij zelf bestuurder. Van een daadwerkelijke terzijdestelling van het statutaire bestuur hoeft geen sprake te zijn.

Deze materie staat centraal in deze uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden inzake het faillissement van zorgverlener Stichting Social Care 24/7 ("de Stichting"). In de periode voorafgaand aan het faillissement, op 24 april 2018, vinden verschillende inspecties van de Inspectie voor de Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) plaats. De IGJ constateert meermaals dat de zorgverlening van de Stichting aan (jong-)volwassenen met een verstandelijke beperking en/of psychische problemen tekort schiet. De bevindingen van de inspectiebezoeken worden gedeeld met de Stichting. Uit die bevindingen volgt dat de IGJ meent dat sprake is van ernstige tekortkomingen. Ook na het opleggen van aanwijzingen en een last onder dwangsom vindt geen verbetering plaats. Volgens de IGJ is er ook geen zicht op verbetering. In een op 30 november 2017 opgelegde aanwijzing wordt aan de Stichting opgelegd om binnen twee weken de zorgverlening aan een andere zorgaanbieder over te dragen.

Op verschillende momenten in oktober en november 2017 zet zorgverzekeraar Zilveren Kruis de persoonsgebonden budgetten van cliënten van de Stichting stop.

Naar het oordeel van de curator is sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur bij de Stichting, en is dit kennelijk onbehoorlijk bestuur bovendien een belangrijke oorzaak van het faillissement. De curator verwijst daarbij naar verschillende bevindingen van de gemeente Zwolle en de IGJ. Een greep uit deze bevindingen: (i) er zouden opzettelijk en structureel meer uren zorg zijn gedeclareerd dan feitelijk geleverd, (ii) zorgafspraken zijn niet nageleefd, (iii) originele handtekeningen van cliënten zijn gedigitaliseerd en op verschillende documenten aangetroffen, (iv) nieuwe facturen zijn geknipt en geplakt aan de hand van bestaande facturen en (v) tijdens de vakanties van bestuurders van de Stichting is een aanzienlijk aantal uren zorg verantwoord.

Al met al meent de curator dat een redelijk denkend en redelijk handelend bestuurder van een zorgstichting zou zorgdragen voor het doorvoeren van de gevraagde verbetermaatregelen. Omdat dat niet is gebeurd, heeft de Stichting haar cliënten moeten overdragen en zijn de inkomsten van de Stichting weggefallen. Een faillissement werd daardoor onvermijdelijk, aldus de curator. Het hof volgt de curator in de stellingen dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, en dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. De aangedragen andere belangrijke oorzaken van het faillissement worden door het hof terzijde geschoven. Daarmee is sprake van aansprakelijkheid van de bestuurders voor het boedeltekort. De vraag of (ook) sprake is van schending van de administratieplicht kan volgens het hof vervolgens onbesproken worden gelaten.

Interessant is het antwoord op de vraag wie dan aansprakelijk zijn voor het boedeltekort. De curator spreekt zowel de statutair bestuurders als een feitelijk beleidsbepaler aan. Een van de statutair bestuurders (de dochter van de andere bestuurder) betwist dat zij daadwerkelijk officieel is benoemd als bestuurder. Volgens haar is geen sprake van een geldig benoemingsbesluit en blijkt ook uit niets dat zij de benoeming zou hebben aanvaard. Haar inschrijving als bestuurder in het Handelsregister zou onterecht zijn. Het hof gaat niet mee in deze verweren. Het hof overweegt dat de vrouw zichzelf in een zorgovereenkomst heeft aangeduid als bestuurder, en dat zij zich ook in een gesprek met de IGJ heeft gepresenteerd als bestuurder. Volgens het hof kan de vrouw als statutair bestuurder worden aangemerkt. Ook als dat niet zo

zou zijn, volgt volgens het hof uit verschillende omstandigheden dat zij in elk geval ook als feitelijk beleidsbepaler kan worden aangemerkt.

Ook haar partner wordt door de curator aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler. Volgens de curator heeft de man mede beleidsbepalende activiteiten verricht bij de Stichting, waaronder (i) zichzelf voordoen als directeur van de Stichting (ook in zijn arbeidsovereenkomst met de Stichting), (ii) het beschikken over een van beide bankrekeningen van de Stichting en (iii) het onderhouden van contact met, en het namens de Stichting ondertekenen van een overeenkomst met, een zorgverlener.

De slotsom is dat zowel de vader als de dochter en haar partner als bestuurder en/of feitelijk beleidsbepaler aansprakelijk zijn voor het boedeltekort. Een beroep op matiging wordt afgewezen. Volgens het hof zijn de gronden voor matiging, zoals opgenomen in artikel 2:138 lid 4 BW (te weten: de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling, andere oorzaken van het faillissement, en de afwikkeling van het faillissement) uitputtend, en bestaat geen grond voor toepassing van andere (in het verbintenissenrecht gangbare) gronden voor matiging.

Het door de curator gevorderde voorschot wordt wel afgewezen. De curator heeft reeds conservatoire beslagen gelegd, die tot ongeveer EUR 300.000 doel hebben getroffen. De curator heeft met het oog hierop volgens het hof onvoldoende onderbouwd waarom dan nog een afzonderlijk belang zou kunnen bestaan bij betaling van een voorschot van EUR 375.000.

Dit is een van de eerste uitspraken over de mogelijke aansprakelijkheid van een feitelijke beleidsbepaler na het Red Dragon arrest van de Hoge Raad uit 2023. Deze uitspraak laat goed zien dat een feitelijk beleidsbepaler zich niet zomaar kan verschuilen achter het feit dat hij/zij geen statutair bestuurder is. Ook wanneer het statutair bestuur 'in functie' is, en in staat is tot besturen, kan sprake zijn concrete omstandigheden waardoor ook een niet-bestuurder met succes kan worden aangesproken tot betaling van het boedeltekort.

02

Hebben de bestuurders succesvol aannemelijk gemaakt dat andere feiten en omstandigheden mede een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest?

([Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 juli 2024](#))

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](#)). Uit het arrest van de [Hoge Raad van 9 juli 2021](#) volgt verder dat: *“Naast van buiten komende oorzaken, kan ook handelen of nalaten van een of meer bestuurders dat op zichzelf beschouwd geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert – en waarvan dus niet gezegd kan worden dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus*

zou hebben gehandeld – voldoende zijn voor ontzenuwing van het in art. 2:248 lid 2 BW bedoelde vermoeden.”

In deze zaak dient het hof te beoordelen of de (indirect) bestuurders erin zijn geslaagd om aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

Feiten

De heer A en de heer B, beiden werkzaam op het gebied van interieurbouw, hebben hun krachten gebundeld en hebben samen Y BV en X BV opgericht. Via hun persoonlijke holdings hielden zij aandelen in Y BV en waren zij ook bestuurders van Y BV. Y BV was op haar beurt weer enig aandeelhouder en bestuurder van X BV. De heer A, de heer B en hun persoonlijke holdings worden hierna gezamenlijk **“Geïntimeerden”** genoemd.

Y BV en X BV hebben een boekhouder verzocht om werkzaamheden voor hen te verrichten. Op een gegeven moment hebben Y BV en X BV besloten om vanwege de kosten van boekhouder te wisselen.

Y BV en X BV hebben de jaarrekeningen van 2018 en 2019 te laat gedeponereerd. Op 30 juni 2020 is X BV op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard en op 7 juli 2020 is ook Y BV op eigen verzoek failliet verklaard. De curator heeft nadien Geïntimeerden aansprakelijk gesteld. Nu Geïntimeerden deze aansprakelijkheid van de hand hebben gewezen, is de curator een procedure gestart.

De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen.

Hoger beroep

De curator heeft hoger beroep ingesteld en 24 grieven geformuleerd. In deze kwartaalupdate zal alleen het deel van de uitspraak ten aanzien van de bestuurdersaansprakelijkheid worden behandeld.

Tussen partijen staat vast dat niet is voldaan aan de boekhoudplicht (artikel 2:10 BW) en de publicatieplicht (artikel 2:294 BW). Gelet op artikel 2:248 lid 2 BW staat dan vast dat sprake is van onbehoorlijk bestuur en wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Aan de hand van de maatstaf, zoals hiervoor is uitgewerkt, beantwoordt het hof de vraag of Geïntimeerden erin zijn geslaagd om aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan hun onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de Geïntimeerden hierin zijn geslaagd. Uit het vonnis volgt dat Geïntimeerden in dat kader hebben aangevoerd dat i) de eerste boekhouder voor de oprichting hoge kosten in rekening heeft gebracht, ii) dat al snel na het aannemen van het personeel in mei 2018 problemen met het personeel zijn ontstaan, en iii) dat het in de tweede helft van 2019 beter ging met de onderneming maar dat de coronacrisis uiteindelijk de reden is geweest dat deze stijgende (financiële) lijn zich niet heeft kunnen doorzetten vanwege het wegvallen van opdrachten. Hoewel X BV uiteindelijk wel coronasteun heeft gekregen, heeft de curator niet betwist dat desondanks in mei/juni 2020 geen geld was om salarissen en vakantiegeld te betalen. Volgens de rechtbank vraagt een goed bestuurder dan het faillissement aan. Daarom heeft de rechtbank geoordeeld dat andere feiten of omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement van Y BV en X BV zijn geweest en heeft de curator onvoldoende aannemelijk gemaakt dat deze onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

De curator betwist in hoger beroep dat de hoge kosten van de boekhouder mede heeft geleid tot het faillissement. Ook voert de curator aan dat het verlies in 2019 veel groter was dan in 2018.

Stijgende financiële lijn in 2019?

Het hof gaat allereerst in op de stijgende financiële lijn in 2019. Geïntimeerden hebben volgens het hof gemotiveerd gesteld dat het tij voor de onderneming in de loop van 2019 in gunstige zin aan het keren was, vanwege dalende personeelskosten bij een gelijkblijvende of zelfs hogere omzet. Het had volgens het hof vervolgens

op de weg van de curator gelegen om dat aan de hand van de stukken gemotiveerd te betwisten. Zeker nu de curator beschikt ver de administratie. Dit heeft de curator niet gedaan en daarom staat vast dat sprake was van een financiële stijgende lijn in 2019.

Opdrachten weggevallen?

Vervolgens gaat het hof in op de stelling van de curator dat de rechtbank ten onrechte zou hebben geoordeeld dat tijdens de eerste lockdown in maart 2020 opdrachten zijn weggevallen en dat X BV niet zou hebben geprofiteerd van de gevolgen van corona. In dat verband wijst de curator op een verklaring van een bedrijf, die klant was bij X BV, waaruit volgt dat zij geen opdrachten zou hebben ingetrokken. Daarbij voert de curator aan dat de coronamaatregelen er juist aan hebben bijgedragen dat ondernemingen niet failliet gingen en ondernemingen, zoals X BV, juist hebben geprofiteerd van de *“overvloed aan financiële middelen die bij de gezinnen overbleef doordat mensen veel thuis werkten, niet op vakantie konden en de horeca was gesloten”*. Ook voert de curator aan dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat een goed bestuurder het faillissement aanvraagt als het salaris niet meer kan worden betaald terwijl de bestuurders zelf de keuze hebben gemaakt om zes weken voor de faillissementsaanvraag geen werk meer aan te nemen en zij dit ook hebben medegedeeld aan een opdrachtgever. Verder heeft de curator volgens eigen zeggen aangetoond dat het gebrek aan financieel inzicht en de keuzes die zijn gemaakt om ondanks coronasteun de handdoek in de ring te gooien mede een belangrijke oorzaak van de faillissementen zijn geweest.

Geïntimeerden betwisten de stellingen van de curator en verbazen zich dat een bedrijf heeft verklaard dat opdrachten zouden zijn ingetrokken. Dit bedrijf had namelijk 19 inmetingen geregeld voor X BV, maar deze inmetingen hebben niet plaatsgevonden omdat mensen tijdens de eerste lockdown hun spaargeld niet wensten te besteden aan een dure verbouwing. Ook was er geen zekerheid over een NOW-uitkering. Daarnaast toont de curator volgens Geïntimeerden op geen enkele wijze aan dat in de eerste maanden van de coronaperiode ook opdrachten of aanvragen zouden zijn binnengekomen, terwijl de curator blijft volharden in haar stelling dat corona een *“geschenk uit de hemel”* zou zijn. Daarbij hebben Geïntimeerden aangevoerd dat de curator met de kennis van nu handelt, terwijl tijdens Covid-19 niemand wist

waar hij aan toe was. Het was uitzichtloos en daarom zijn de faillissementen, nadat al het lopende werk was uitgevoerd, aangevraagd, aldus Geïntimeerden.

Het hof overweegt dat het aannemelijk is dat als gevolg van de eerste lockdown opdrachten zijn weggefallen. Dat een bedrijf verklaart dat hij zijn opdrachten niet heeft ingetrokken, maakt dit niet anders. Geïntimeerden hebben namelijk uiteengezet dat inmetingen zijn ingetrokken en twee opdrachtgevers zijn weggefallen. Dit heeft de curator onvoldoende betwist. Het hof overweegt daarbij dat consumenten en bedrijven in de coronaperiode terughoudend zijn geweest met het verstrekken van opdrachten aan timmerlieden. Hoewel achteraf wellicht kan worden gesteld dat de coronaperiode lucratief is geweest voor bouwbedrijven en mogelijk voor timmerlieden, was dit niet bekend aan het begin van de coronaperiode. Dit verwijt kan dan ook niet met succes voor de voeten van Geïntimeerden worden geworpen. Dat te vroeg het faillissement zou zijn aangevraagd, is eveneens een stelling die de curator inneemt met de wijsheid van nu. Het hof benadrukt in dat kader nog dat een beslissing om het faillissement aan te vragen dient te worden gezien in de context van de situatie waarin de onderneming zich op dat moment bevond. Aannemelijk is dat het resultaat van de onderneming in de tweede helft van 2019 weer beter was, terwijl het daarvoor als gevolg van te veel en te weinig productieve werknemers verlieslatend was. Bovendien was sprake van een startende onderneming die nog bezig was met aflossen van schulden. Daarom oordeelt het hof dat ook dit met de andere oorzaken een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Kosten boekhouder

Verder oordeelt het hof nog dat Geïntimeerden voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat de hoge kosten van de boekhouder mede een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Zo overweegt het hof dat het verstandig is dat deze timmerlieden een boekhouder erbij wilde betrekken en dat hen niet kan worden verweten dat deze post opeens aanzienlijk hoger is geworden. De kosten waren namelijk door de boekhouder begroot op EUR 16.000, maar hij factureerde uiteindelijk EUR 53.000. Het is daarom logisch dat Geïntimeerden op zoek zijn gegaan naar een andere boekhouder, maar de factuur bleef verschuldigd.

Het hof oordeelt dan ook dat Geïntimeerden aannemelijk hebben gemaakt dat andere feiten en omstandigheden dan hun onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. De curator is er niet in geslaagd om aannemelijk te maken dat de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Het vonnis wordt derhalve bekrachtigd.

03

Zijn de bestuurders aansprakelijk voor het boedeltekort wegens onbehoorlijk bestuur?

[\(Rb Amsterdam 24 juli 2024,](#)

[ECLI:NL:RBAMS:2024:4662\)](#)

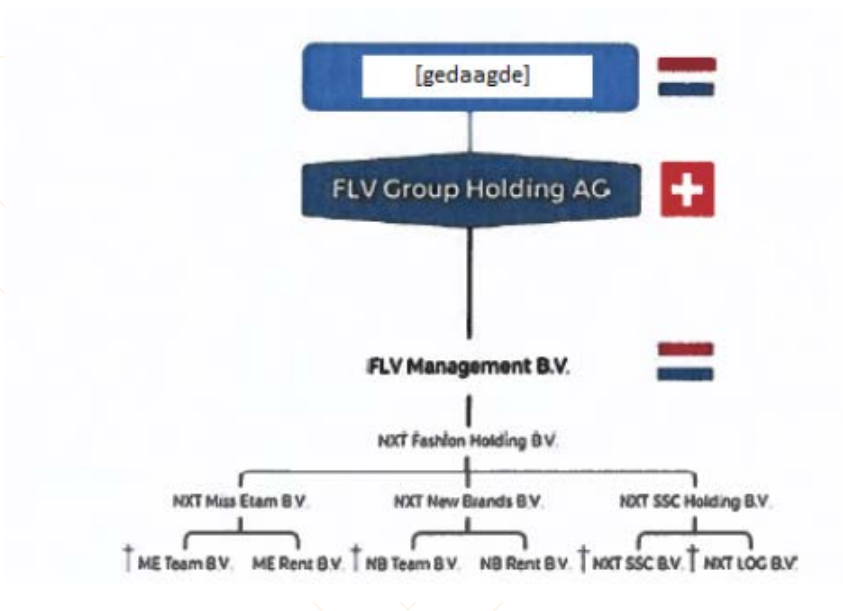
Deze procedure gaat over de faillissementen van de NXT-vennootschappen. Daarbij draait het om de vraag of de gedaagden aansprakelijk zijn voor de boedeltekorten in de faillissementen van de NXT-vennootschappen vanwege onbehoorlijk bestuur of onrechtmatige daad. De curator beroept zich hierbij op verschillende juridische grondslagen, namelijk artikel 2:248 BW (aansprakelijkheid bij faillissement door onbehoorlijk bestuur), artikel 2:9 BW (interne bestuurdersaansprakelijkheid), en artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad).

De feiten

FNG-groep exploiteerde modeketens zoals Miss Etam, Promiss, Steps, Claudia Sträter en Espresso. Verschillende vennootschappen binnen FNG-groep zijn in staat van faillissement verklaard, waarna de curator gesprekken heeft gevoerd met de bestuurder van MFG Licensing GmbH (“**MFG**”) over een doorstart van de verschillende modeketens. Op 4 september 2020 is deze doorstart gerealiseerd. MFG heeft vervolgens verschillende vennootschappen opgericht. Zo werden de overhead-werkzaamheden voor de NXT-groep uitgevoerd door de opgerichte vennootschappen NXT SSC B.V. en NXT LOG B.V., en werd het winkelpersoneel ingebracht in de nieuw opgerichte vennootschappen, ME Team B.V. en NB Team B.V. Voornoemde vennootschappen worden hierna ook de “**NXT-vennootschappen**” genoemd. De activa zijn niet ingebracht in de NXT-vennootschappen maar in MFG.

De gedaagden, onder wie een Nederlandse man (“**de Bestuurder**”) en meerdere bestuurdersvennootschappen, waren (indirect) bestuurders van de

NXT-vennootschappen. De bestuursstructuur was complex en kan in een organogram als volgt worden weergegeven:



Het winkelpersoneel werd door ME Team B.V. en NB Team B.V. uitgeleend aan verschillende andere vennootschappen. Uit de uitspraak volgt niet of dit winkelpersoneel werd uitgeleend aan vennootschappen binnen de NXT-groep en/of ook aan MFG. De vennootschappen aan wie het winkelpersoneel werd uitgeleend hadden onderling geen afspraken gemaakt over het uitlenen van het personeel. Daardoor was het niet duidelijk wanneer, tegen welke voorwaarden en aan welke vennootschap het personeel werd uitgeleend.

Daarnaast hadden de NXT-vennootschappen geen eigen bankrekening. Volgens gedaagden was het verkrijgen van een bankrekening niet mogelijk voor de NXT-vennootschappen. De omzet uit de exploitatie van de winkels werd daarom overgemaakt naar de bankrekening van NLS B.V. ("NLS"). De Bestuurder was middels MFG bestuurder en enig aandeelhouder van NLS. Volgens de Bestuurder zou NLS de verplichtingen van de NXT-vennootschappen (zoals de salarisbetalingen van het winkelpersoneel) voldoen. De NXT-vennootschappen waren hierdoor dus volledig afhankelijk van de betalingen door NLS.

Kort na de overname verkocht MFG de retailformules Espresso en Claudia Sträter (en de daarmee samenhangende activa) zonder overleg met het voormalig FNG-management (die bij de doorstart waren betrokken) door aan een derde partij. Mede hierdoor zijn zorgen ontstaan bij het voormalig FNG-management over de continuïteit van de doorstart. Daarom hebben zij op 25 september 2020 een brandbrief aan de curatoren van de FNG-groep en de Bestuurder toegestuurd, waarin deze zorgen werden geuit.

De NXT-vennootschappen kregen vervolgens in oktober 2020 te maken met een gedeeltelijke lockdown vanwege COVID-19, gevolgd door een volledige lockdown in december 2020, waardoor alle niet-essentiële winkels moesten sluiten. Dit zorgde ervoor dat de financiële problemen toenamen bij de NXT-vennootschappen. Uiteindelijk volgde het faillissement van NXT SSC B.V en NXT Log B.V. op 28 december 2020.

Door de NXT-vennootschappen was ook nog een verzoek gedaan voor toekenning van de NOW-subsidie (financiële ondersteuning tijdens de coronacrisis). Dit verzoek is op 29 december 2020 afgewezen. Ook het bezwaar tegen de afwijzing is ongegrond verklaard. Op 17 februari 2021 zijn ook ME Team B.V. en NB Team B.V. in staat van faillissement verklaard.

Als gevolg van de faillissementen heeft de curator vragen gesteld aan de Bestuurder over de administratie dat werd gevoerd ten aanzien van de NXT-vennootschappen. Uit de antwoorden van de Bestuurder bleek, kort gezegd, dat MFG de eigenaar was van de activa en dat de activiteiten waren ingebracht in nieuwe vennootschappen zonder dat duidelijke afspraken of overeenkomsten waren gemaakt tussen MFG, de NXT-vennootschappen en andere betrokken (rechts)personen. Volgens de Bestuurder zouden nog afspraken gemaakt worden, maar is het niet zover gekomen.

In september 2021 heeft de curator zijn voorlopige bevindingen over het gevoerde bestuur en de oorzaken van het faillissement weergegeven en het bestuur in de gelegenheid gesteld om daarop te reageren. Gedaagden hebben hier nog op gereageerd, maar niet naar tevredenheid van de curator. Om die reden heeft de curator een procedure aanhangig gemaakt.

De procedure

Omdat de Bestuurder in Zwitserland woont en de vennootschap FLV Group Holding AG, statutair in Zwitserland is gevestigd, heeft de zaak een internationaal karakter. De rechtbank oordeelde in dat kader dat in ieder geval op de vordering op grond van artikel 2:248 BW Nederlands recht van toepassing is.

De rechtbank zet allereerst de betekenis van artikel 2:248 BW uiteen. Zo volgt uit dit artikel dat bestuurders aansprakelijk kunnen zijn voor het tekort in de boedel als zij hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Van kennelijk onbehoorlijk bestuur kan slechts worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden op die manier gehandeld zou hebben. Bovendien moet zijn gehandeld met de objectieve wetenschap dat de schuldeisers zullen worden benadeeld.

In lid 2 van artikel 2:248 BW zijn in dat kader bewijsvermoedens opgenomen. Indien niet aan de administratieplicht of aan de deponeringsplicht is voldaan staat onweerlegbaar vast dat onbehoorlijk is bestuurd en wordt vermoed dat dit onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

In deze zaak stelt de curator dat de bestuurders van de NXT-vennootschappen hun taken onbehoorlijk hebben vervuld, omdat zij de administratieplicht (artikel 2:10 BW) hebben geschonden. Die administratieplicht houdt in dat het bestuur een zodanige administratie moet voeren dat op ieder moment de rechten en verplichtingen van de vennootschap kunnen worden gekend.

In dat kader overweegt de rechtbank dat niets is vastgelegd over het uitlenen van het personeel van de NXT-vennootschappen dat werd ingezet voor de verkoop van kleding in de winkels. Ook zijn er geen schriftelijke documenten of facturen waaruit enige afspraak volgde over de doorbelasting van het uitgeleende personeel. Ook op de balansen en winst- en verliesrekeningen zijn geen vermeldingen van omzet of vorderingen met betrekking tot het uitlenen van personeel. Het gevolg hiervan is dat de NXT-vennootschappen personeel hebben uitgeleend zonder vastgelegde voorwaarden. Dit betekent dat de rechten van de NXT-vennootschappen niet duidelijk zijn en dat niet voldaan is aan de administratieplicht.

Daarnaast heeft de curator slechts digitale administratie ontvangen. Onderliggende bescheiden, zoals bankafschriften en facturen die nodig zijn om transacties en kosten te verifiëren, zijn niet aangetroffen of verstrekt. Zonder deze onderliggende stukken kan de financiële situatie van de vennootschap niet goed worden vastgesteld. Daarom oordeelt de rechtbank dat ook op dit punt niet aan de administratieplicht is voldaan.

Naast de schending van de administratieplicht, zijn er volgens de rechtbank nog andere gronden voor onbehoorlijk bestuur. Zo hadden de NXT-vennootschappen aanzienlijke loonbetalingsverplichtingen, aangezien al het personeel daarin was ingebracht, maar beschikte zij niet over eigen activa. Daardoor waren de NXT-vennootschappen afhankelijk van het genereren van omzet of betalingen van NLS om haar kosten te blijven dekken. Dit blijkt ook uit het feit dat de NXT-vennootschappen niet beschikten over een eigen bankrekening en voor de financiering geen afdwingbare afspraken waren gemaakt met NLS. Het had op de weg van de (indirect) bestuurders gelegen om hierover afspraken te maken. Toen NLS de betalingen voor de NXT-vennootschappen beëindigde, hadden de NXT-vennootschappen geen andere inkomstenbronnen en konden zij hun verplichtingen niet nakomen. Dit heeft geleid tot de faillissementen.

De verplichtingen jegens personeel en andere crediteuren zijn derhalve aangegaan zonder dat sprake was van voldoende zekerheid. Nu voorzienbaar was dat de vennootschappen in problemen zouden komen zodra NLS de financiering zou beëindigen, kwalificeert de rechtbank dit als onbehoorlijk bestuur.

De bestuurders hebben in het kader van artikel 2:248 lid 2 BW nog aangevoerd dat de lockdown van december 2020 de oorzaak was van het faillissement, omdat de omzet volledig wegviel en er geen NOW-subsidie werd verkregen. De rechtbank oordeelt echter dat de oorzaak van het faillissement niet de lockdown was, maar het feit dat er geen afdwingbare afspraken waren gemaakt over de financiering en dat er geen dekking was voor de aangegane verplichtingen. Het bewijsvermoeden dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement is om die reden niet succesvol weerlegd.

De rechtbank concludeert vervolgens dat de (indirect) bestuurders aansprakelijk zijn. De curator heeft een bedrag van ruim EUR 4 miljoen gevorderd, alsmede een voorschot op dit bedrag. De rechtbank wijst de vordering deels toe door een voorschot van EUR 2 miljoen vast te stellen, omdat aannemelijk is dat dit bedrag ten minste het gevolg is van het onbehoorlijk bestuur. De exacte omvang van het boedeltekort en de schadevergoeding moet in een latere schadestaatprocedure worden vastgesteld.

Deze uitspraak benadrukt de strikte eisen waaraan bestuurders moeten voldoen bij hun administratie en financiering. Als een onderneming failliet gaat kan een bestuurder namelijk aansprakelijk worden gehouden voor het boedeltekort als zij hun administratieplicht of andere essentiële verplichtingen hebben verwaarloosd.

04

Kunnen de bestuurders een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt bij het beëindigen van de onderneming via een turboliquidatie?

[\(Rechtbank Noord-Holland 28 augustus 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:8639\)](#)

Deze procedure bij de rechtbank Haarlem betreft een geschil tussen de bestuurders (“**de Bestuurders**”) van de inmiddels ontbonden vennootschap Vonkels B.V. (“Vonkels”) en de verhuurder van een pand (“**de Verhuurder**”), waarin Vonkels een horecagelegenheid exploiteerde genaamd: Vonkels Food & Wine Bar.

Vonkels is op 1 januari 2021 met de Verhuurder een huurovereenkomst overeengekomen voor 5 jaar. Het beheer van het pand heeft de Verhuurder overgedragen aan een beheerbedrijf (“**de Beheerder**”).

De exploitatie van Vonkels Food & Wine Bar liep helaas niet zoals gepland en daarom hebben de Bestuurders eind 2022 besloten om de activiteiten van Vonkels te beëindigen. Vervolgens is nog geprobeerd om de onderneming te verkopen, maar zonder succes.

In mei 2023 heeft Vonkels aan de Beheerder medegedeeld dat de activiteiten waren beëindigd en dat een verkooptraject was ingegaan met een horecamakelaar. Daarnaast is voorgesteld om een afspraak te maken om de beëindiging van de huurovereenkomst af te stemmen. De Beheerder heeft vervolgens laten weten dat de Verhuurder slechts met Vonkels in gesprek zal gaan als de helft van de huurachterstand, een bedrag van EUR 17.078,64, zou worden voldaan. Dit bedrag heeft Vonkels voldaan. Nadien, op 30 oktober 2023, heeft Vonkels de huurovereenkomst opgezegd

per 15 november 2023.

Nu de onderneming niet werd verkocht, is op de algemene vergadering van Vonkels van 13 november 2023 besloten om Vonkels te ontbinden middels een liquidatiebesluit. De Verhuurder heeft vervolgens betaling van de huurachterstand gevorderd en medegedeeld dat de opzegging van de huurovereenkomst niet rechtsgeldig was.

Op dezelfde dag heeft Vonkels de Beheerder per aangetekende brief op de hoogte gesteld en medegedeeld dat alle bestaande verbintenissen werden beëindigd. Vonkels heeft in die brief tevens medegedeeld dat de aanwezige inventaris was verkocht voor een bedrag van EUR 13.500, waardoor Vonkels een totaal vermogen had van EUR 13.491,11. Dit bedrag werd evenredig verdeeld onder de schuldeisers (waaronder de Bestuurders) waardoor de Verhuurder een bedrag van EUR 642,15 zou toekomen. Als gevolg hiervan heeft de Verhuurder de Bestuurders op 29 februari 2024 aansprakelijk gesteld voor de schade van de Verhuurder op grond van onrechtmatig handelen, waarna onderhavige procedure aanhangig is gemaakt.

De Verhuurder stelt dat de Bestuurders ten onrechte het faillissement niet hebben gevraagd. Volgens de Verhuurder was sprake van schulden die de baten overstegen en hadden de Bestuurders om die reden op grond van artikel 2:23a lid 4 BW het faillissement moeten aanvragen. In dat geval zou namelijk een curator zijn aangewezen, die ervoor had kunnen zorgen dat de rechten van schuldeisers, zoals de Verhuurder, werden gewaarborgd. Door de turboliquidatie, waarbij Vonkels zonder vereffening is opgeheven, hebben de Bestuurders volgens de Verhuurder deze waarborgen ontnomen. De Verhuurder betoogt verder dat hij schade heeft geleden als gevolg van de handelwijze van de Bestuurders. Ten eerste zou de opzegging van de huurovereenkomst in strijd zijn met de bepaling van die overeenkomst. Indien Vonkels failliet zou zijn verklaard, had de curator de huur kunnen opzeggen met inachtneming van de opzegtermijn van drie maanden, waardoor deze huurtermijnen als boedelschuld zouden zijn gekwalificeerd. De Verhuurder zou in dat geval een bevoorrechte positie hebben gehad ten opzichte van andere schuldeisers. De Bestuurders hebben echter de resterende baten evenredig verdeeld. Dit heeft geleid tot benadeling van de Verhuurder, aangezien hij bij faillissement in een betere positie zou hebben verkeerd om zijn vorderingen te verhalen.

De Bestuurders betwisten de stellingen van de Verhuurder en stellen dat zij rechtmatig gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid tot turboliquidatie. Zij betogen dat de opbrengst van de verkoop van de inventaris evenredig is verdeeld onder de schuldeisers, waarna Vonkels geen baten meer had op het moment van ontbinding. Bovendien bestaat er geen rechtsregel die bestuurders verplicht om het faillissement aan te vragen. Verder wijzen zij erop dat de Verhuurder zich niet kan beroepen artikel 2:23a lid 4 BW, omdat de Bestuurders niet handelden als vereffenaars, maar als bestuurders van een vennootschap die via turboliquidatie werd opgeheven. De verplichting om faillissement aan te vragen als de schulden de baten overstijden, op grond van artikel 2:23a lid 4 BW, ziet alleen op de vereffeningprocedure. Door de turboliquidatie heeft er geen vereffening plaatsgevonden.

Verder betwisten de Bestuurders dat de Verhuurder daadwerkelijk schade heeft geleden. Zij voeren aan dat in geval van faillissement eerst het salaris van de curator zou moeten worden voldaan, waardoor nauwelijks of geen baten over zouden blijven voor de schuldeisers, waaronder de Verhuurder. Daarnaast stellen zij dat zij hun uiterste best hebben gedaan om de onderneming te verkopen en zo de schade voor de Verhuurder hebben geprobeerd te beperken. Volgens de Bestuurders heeft de Verhuurder echter onvoldoende medewerking verleend aan dit proces, waardoor sprake is van eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW.

De rechtbank overweegt dat, indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, de vennootschap in beginsel aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade. Alleen in bijzondere omstandigheden kan ook de bestuurder persoonlijk aansprakelijk worden gehouden. Voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid is vereist dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. De rechtbank vervolgt met de welbekende rechtsoverweging van het Ontvanger/Roelofsen arrest. Van een ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou

bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Daarbij merkt de rechtbank nog op dat van een dergelijk persoonlijk ernstig verwijt in het algemeen geen sprake zal zijn als sprake is van betalingsonmacht van de rechtspersoon.

In dit geschil draait het om de verantwoordelijkheden van een bestuurder bij een turboliquidatie. Een turboliquidatie houdt in dat een vennootschap kan worden ontbonden zonder vereffening, op voorwaarde dat er geen baten zijn of verwacht worden, zelfs als er schulden zijn. Een turboliquidatie leidt niet zonder meer tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder. Pas wanneer de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt voor het onbetaald laten van een schuldeiser, kan hij persoonlijk aansprakelijk worden gesteld. Voor het juist toepassen van een turboliquidatie is het dus van belang of er sprake was van (potentiële) baten op het moment van de ontbinding.

De Bestuurders stellen in deze procedure dat geen sprake meer was van baten, aangezien Vonkels al enige maanden geen omzet genereerde. De verkoop van de inventaris heeft daarnaast slechts EUR 13.500 opgeleverd en dit bedrag is verdeeld onder de schuldeisers. De Verhuurder heeft volgens de rechtbank onvoldoende onderbouwd dat nog (potentiële) baten aanwezig waren. Daarom oordeelt de rechtbank dat, in afwezigheid van baten, turboliquidatie de juiste weg was om de vennootschap af te wikkelen. De rechtbank verwerpt daarnaast het standpunt van de Verhuurder dat de Bestuurders verplicht waren faillissement aan te vragen. Artikel 2:23a lid 4 BW ziet, zoals de Bestuurders terecht hebben aangevoerd, op de plichten van vereffenaars. Om die reden is dat artikel niet van toepassing.

De rechtbank overweegt verder dat bestuurders van een vennootschap in beginsel de vrijheid hebben om op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers worden voldaan. Deze betaalautonomie is echter niet onbeperkt, vooral niet wanneer een vennootschap insolvent is en een faillissement dreigt. Deze vrijheid wordt echter beperkt wanneer betalingen worden gedaan aan schuldeisers die aan de bestuurder zijn gelieerd of waarbij de bestuurder een persoonlijk belang heeft. Dit geldt met name wanneer andere schuldeisers geen betalingen ontvangen en er geen rechtvaardiging is door bijzondere omstandigheden.

In deze zaak is niet gebleken dat de Bestuurders selectieve betalingen hebben gedaan of dat zij enkel aan hen gelieerde schuldeisers hebben voldaan. De baten zijn evenredig verdeeld onder de dertien schuldeisers. Hoewel de Verhuurder nog betoogt dat zijn vordering hoger was dan hetgeen in de verdeling is meegenomen, oordeelt de rechtbank dat dit, zelfs als het zo zou zijn, niet betekent dat zijn belangen dusdanig zijn geschonden dat er sprake zou zijn van onrechtmatig handelen door de Bestuurders.

De rechtbank oordeelt vervolgens dat de door de Bestuurders verrichte betalingen binnen de beleidsvrijheid van een bestuurder vallen. Hoewel de Verhuurder wellicht nadeel heeft ondervonden vanwege het feit dat de huurtermijnen niet kunnen worden gekwalificeerd als boedelschulden, treffen de Bestuurders volgens de rechtbank geen persoonlijk ernstig verwijt. Bovendien blijkt uit de evenredige betaling aan alle schuldeisers dat sprake was van betalingsonmacht en niet van betalingsonwil. Gelet op deze overwegingen faalt het beroep van de Verhuurder op bestuurdersaansprakelijkheid en worden zijn vorderingen afgewezen.

Deze uitspraak benadrukt het belang van zorgvuldige besluitvorming voorafgaand aan een turboliquidatie. Zolang daarbij echter de belangen van de gezamenlijke schuldeisers centraal stellen, zijn de risico's voor bestuurdersaansprakelijkheid beperkt.

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



Willem van der Mersch

Advocaat

+31 6 1017 4333

w.vandermersch@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



Cédric Betjes

Advocaat

+31 6 3022 5881

c.betjes@ploum.nl



Daan de Bruin

Advocaat

+31 6 3096 6241

d.debruin@ploum.nl