



Kwartaalupdate

Bestuurdersaansprakelijkheid

Q3 2022

Introductie

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

In het derde kwartaal van 2022 zijn op www.rechtspraak.nl uitspraken gepubliceerd waarin de ingestelde vordering gegrond was op bestuurdersaansprakelijkheid. Het betrof 1 uitspraak van de Hoge Raad (81 RO), 3 conclusies van de advocaat-generaal bij de Hoge Raad, 27 uitspraken van de gerechtshoven en 28 van rechtbanken.

In deze Kwartaalupdate Bestuurdersaansprakelijkheid voor Q3 2022 is een selectie gemaakt uit deze uitspraken. De navolgende onderwerpen komen aan bod:

01. Verhaalfrustratie leidt tot bestuurdersaansprakelijkheid (Gerechtshof Amsterdam 2 augustus 2022)	2
02. Interne bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW (Gerechtshof Den Haag 2 augustus 2022)	5
03. Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege betalingsonwil? (Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 augustus 2022)	10
04. Schending administratieplicht en ontzenuwing bewijsvermoeden? (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2022)	13
05. Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement: disculpatie en feitelijk bestuurderschap? (Rechtbank Overijssel 6 juli 2022)	16

01

Verhaalsfrustratie leidt tot bestuurdersaansprakelijkheid

(Gerechtshof Amsterdam, 2 augustus 2022)

Feiten

B was op zoek naar een woning en heeft zich daarom via een website van A BV aangemeld en zijn wensen voor een huurwoning doorgegeven. Vervolgens heeft A BV aan B een e-mail gestuurd, waarin de services en de fee van A BV werden vermeld. Naar aanleiding van de ingevulde woonwensen van B, heeft A BV een drietal woningen toegestuurd aan B. In deze e-mail werd alleen de straatnaam van de betreffende woning genoemd. B heeft vervolgens interesse getoond in een woning, waarna A BV een bevestigingsformulier heeft toegestuurd aan B, dat B heeft ondertekend. In dit formulier werd vermeld dat door ondertekening van het formulier akkoord werd gegaan met betaling van een fee van EUR 1.650 en dat A BV optreedt namens huurder en niet namens verhuurder. A BV heeft vervolgens de bezichtiging geregeld en ook de concept-huurovereenkomst en facturen voor de verschuldigde bedragen toegestuurd aan B. Vervolgens heeft A BV voor haar werkzaamheden een bedrag van EUR 1.996,50 als commissie in rekening gebracht bij B, waarna B de betaling heeft verricht. Nadien heeft A BV zorggedragen voor de sleuteloverdracht en de controle bij oplevering.

A BV is door de kantonrechter veroordeeld tot terugbetaling van de bemiddelingskosten. A BV is nadien ontbonden. Na ontbinding heeft F BV, een zusje van A BV, de website gebruikt voor haar onderneming. B heeft vervolgens geïntimeerde als indirect bestuurder van A BV aansprakelijk gesteld. B stelt zich in de procedure op het standpunt dat geïntimeerde de ontbinding van A BV heeft bewerkstelligd c.q. toegelaten, terwijl hij wist of behoorde te begrijpen dat de ontbinding de verhaalsmogelijkheden van B zou frustreren. De kantonrechter heeft de vordering van B afgewezen.

Procedure

Het hof beoordeelt allereerst of de bemiddelingskosten onverschuldigd zijn betaald door B. Het hof overweegt daartoe dat A BV – in strijd met de wet – twee heren (de huurder en verhuurder) heeft gediend en verwijst in dat verband naar de gegeven antwoorden van de Hoge Raad op prejudiciële vragen in 2015 ([ECLI:NL:HR:2015:3099](#)). Hierin heeft de Hoge Raad verduidelijkt dat het aanbieden van woonruimte op een website, ook als daar niet voor wordt betaald, impliceert dat de verhuurder daartoe opdracht heeft gegeven, zodat sprake is van het dienen van twee heren. Dit is anders indien de website fungeert als elektronisch prikbord. Uit stukken volgt dat A BV woningen uit zijn eigen portefeuille aanbood, A BV de bezichtiging en de opleveringskeuring heeft geregeld, A de concept-huurovereenkomst heeft opgesteld en die concept-huurovereenkomst en de sleutel aan B heeft overhandigd. Bovendien heeft A BV niet alleen de fee maar ook de huur in rekening gebracht. Gelet hierop, heeft het hof geoordeeld dat A BV niet alleen bemiddelingsdiensten verleende aan de huurder, maar ook aan de verhuurder van de woning. A BV heeft derhalve twee heren gediend en in strijd met artikel 7:417 lid 4 BW van de huurder een vergoeding bedongen. Hierdoor heeft B zonder rechtsgrond aan A BV betaald.

B heeft aangevoerd dat geïntimeerde persoonlijk een ernstig verwijt treft ten aanzien van de onrechtmatige ontbinding van A BV, waardoor B zijn vordering niet meer kan verhalen op A BV. Deze grief slaagt. Het hof zet in dat verband eerst de maatstaf van bestuurdersaansprakelijkheid uiteen. Van persoonlijke aansprakelijkheid kan sprake zijn indien de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de rechtspersoon tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden. Vast staat in deze kwestie dat geïntimeerde als indirect bestuurder van A BV de ontbinding van A BV heeft bewerkstelligd en/of toegelaten. A BV was veroordeeld tot terugbetaling van bemiddelingskosten in verband met het dienen van twee heren.

Daarom was het volgens het hof ten tijde van de ontbinding van A BV redelijkerwijs voorzienbaar dat er meer claims tot terugbetaling van bemiddelingskosten konden volgen in gevallen waarin A BV een vergelijkbare werkwijze had gehanteerd. Dit moet geïntimeerde als bestuurder van A BV hebben geweten of behoren te begrijpen.

B heeft ook nog aangevoerd dat A BV ten tijde van de ontbinding nog beschikte over baten en in staat was actief te verwerven, aangezien F BV de website van A BV nu gebruikt en A BV haar activiteiten met een aangepaste werkwijze dus ook had kunnen voortzetten. Het hof overweegt in dat verband dat F BV inderdaad de website heeft gebruikt om inkomsten te genereren en om die reden niet kan worden aangenomen dat het gebruiksrecht van de website geen waarde vertegenwoordigde en dat A BV niet langer in staat was inkomsten te verwerven. Ook heeft geïntimeerde de stelling dat er nog voldoende baten waren onvoldoende gemotiveerd betwist.

Het hof oordeelt dan ook dat geïntimeerde wist of had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde en/of toegelaten ontbinding van A BV het verhaal van op dat moment voorzienbare gerechtvaardigde claims zou frustreren. Geïntimeerde kan dan ook persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt en dient een bedrag, ter hoogte van de bemiddelingskosten, aan B te voldoen.

Uit deze uitspraak volgt dat bij een ontbinding van rechtspersoon rekening moet worden gehouden met voorzienbare claims. Indien daarmee geen rekening wordt gehouden, bestaat de kans dat de (indirect) bestuurder van de betreffende rechtspersoon succesvol aansprakelijk wordt gesteld.

02

Interne bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW

(Gerechtshof Den Haag, 2 augustus 2022)

Bij de stichting zijn de navolgende personen betrokken geweest:

- geïntimeerde: vanaf de oprichting tot mei 2013 als secretaris in het bestuur daarna als tweede secretaris en sinds medio 2015 als enig bestuurder
- oprichter: vanaf oprichting tot 29 mei 2015 als voorzitter van het bestuur
- appellante: van 1 januari 2014 tot 10 mei 2013 als tweede penningmeester van het bestuur en van 1 augustus 2013 tot 6 juli 2015 als secretaris/penningmeester.

In de periode van februari 2011 tot 17 mei 2015 zijn er verschillende opnames gedaan van de rekening van de stichting en zijn er diverse bedragen overgemaakt naar de rekeningen van oprichter en appellante. Bij een deel van de bedragen aan oprichter is vermeld 'lening u/g'. Appellante en oprichter waren met elkaar gehuwd. Naar aanleiding van een verdelingskwestie tussen appellante en oprichter, heeft appellante op 13 juni 2015 een bedrag van EUR 27.500 overgemaakt naar de stichting. Later op die dag heeft de stichting dit bedrag overgemaakt naar de dochter van de oprichter en appellante met de omschrijving 'lening/u.g'. Hiervoor is een geldleningsovereenkomst opgesteld, die namens de stichting door appellante en de moeder van appellante, die voor korte tijd was benoemd tot bestuurder, is ondertekend. Op 17 juni 2015 is een bestuursbesluit genomen, die eveneens door appellante en haar moeder is ondertekend. Uit dit bestuursbesluit volgt dat de dochter slechts een bedrag van EUR 3.500 hoeft terug te betalen en dat de resterende rente en hoofdsom wordt kwijtgescholden, waarna dit bedrag is voldaan door de dochter.

De stichting meent een vordering te hebben op appellante en oprichter. Tegen oprichter is in eerste aanleg verstek verleend, waardoor de vordering van de stichting op appellante centraal staat. Deze vordering bestaat uit verschillende onderdelen. De relevante onderdelen zullen hieronder worden besproken.

Vorderingen – leningen en opnames van bankrekening

Een van de grieven richt zich tegen de overwegingen van de rechtbank dat appellante aansprakelijk is uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid wegens onbehoorlijk bestuur en tegen het afwijzen van haar beroep op disculpatie.

Tussen partijen staat vast dat bij de stichting i) de wettelijke en statutaire besluitvormingsprocedures niet gevolgd zijn, ii) geen (bestuurs)vergaderingen werden belegd, en iii) de financiële administratie niet op orde was. Het hof zet in dit verband eerst het juridisch kader uiteen, waarbij het hof verwijst naar artikel 2:10 BW waaruit samengevat volgt dat een rechtspersoon een deugdelijke administratie dient te voeren. Vervolgens benadrukt het hof dat deze verplichting op het gehele bestuur rust en dat iedere bestuurder de verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken en voor het geheel aansprakelijk is ter zake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hij zich kan disculperen (artikel 2:9 BW). Nu de administratie ontbreekt bij de stichting, overweegt het hof dat sprake is van onbehoorlijk bestuur. Dit betekent dat appellante aansprakelijk is voor de door de stichting geleden schade, tenzij appellante zich kan disculperen.

Appellante heeft aangevoerd dat zij zich nimmer heeft beziggehouden met de administratieve taken. Zo maakte appellante de bankafschriften niet open, werden bonnen niet aan haar verstrekt, maakte appellante geen boekstukken en geen jaarverslagen en had appellante ook geen bankpas. Volgens appellante treft haar daarom geen ernstig verwijt en is zij ook niet nalatig geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

Dit verweer slaagt niet. Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad uit 1997 (HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243) benadrukt het hof dat van een bestuurder mag worden verwacht dat hij op zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Wordt een dergelijk inzicht of bekwaamheid gemist die van iemand in zijn positie mag worden verwacht, dan kan hij zich niet daarop beroepen. Daarom kan appellante, die haar taak als penningmeester dus liet uitvoeren door andere bestuurders zonder enig toezicht te houden, hierop niet beroepen. Ook is niet gebleken dat appellante maatregelen heeft genomen.

Appellante heeft vervolgens gesteld dat indien en voor zover sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid, dit geldt voor het gehele bestuur. Appellante voert dan ook aan dat het hele bestuur onbehoorlijk heeft gehandeld. Ook heeft appellante zich op het standpunt gesteld dat zij de indruk heeft dat geïntimeerde zichzelf wil vrijwaren van aansprakelijkheid. Geïntimeerde is als medebestuurder medeverantwoordelijk voor het reilen en zeilen binnen de stichting en nu houdt geïntimeerde zichzelf, als enig achtergebleven bestuurder, volledig buiten schot, terwijl hij wist van de leningen. Daarom heeft appellante verzocht geïntimeerde in vrijwaring te mogen oproepen c.q. zich te beroepen op matiging van de vordering.

Het hof oordeelt in dat kader dat alle bestuursleden hun wettelijk en statutaire taken ernstig hebben verzaakt en de stichting onbehoorlijk hebben bestuurd. De stichting heeft echter alleen appellante en oprichter, en dus niet geïntimeerde, aansprakelijk gesteld voor de schade van de stichting. Hiervoor is geen overtuigende verklaring gegeven, aldus het hof. Het hof overweegt vervolgens dat geïntimeerde een even groot verwijt kan worden gemaakt nu i) geïntimeerde in strijd met de statuten enig bestuurder is, ii) heeft nagelaten om een volledig bestuur te benoemen en vanaf het begin van de stichting onderdeel is geweest van het bestuur. Ook al zou geïntimeerde niet hebben geweten van de handelwijze van oprichter. Het was immers geïntimeerde, die heeft verzaakt vergaderingen bijeen te roepen. Ook heeft geïntimeerde nagelaten zorg te dragen voor een behoorlijke administratie en verslaglegging van de besluiten.

Het hof gaat vervolgens verder en overweegt dat het besluit om appellante en oprichter te dagvaarden is genomen door geïntimeerde, als enig bestuurder van de stichting. Volgens het hof is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (artikel 2:8 BW) dat geïntimeerde buiten schot blijft nu de stichting met geïntimeerde als enig bestuurslid slechts appellante en oprichter heeft gedagvaard, terwijl hij ook schuldig is aan onbehoorlijk bestuur van de stichting. Het hof oordeelt dan ook dat de stichting de betreffende vorderingen op dit moment niet op appellante mag verhalen.

Vordering – lening aan dochter

De stichting heeft aangevoerd dat aan appellante een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van het verstrekken van de lening aan de dochter en de kwijtschelding daarvan. Appellante heeft zich op het standpunt gesteld dat sprake was van een geldleningsovereenkomst, die namens de stichting was ondertekend door appellante en de moeder van appellante, die voor korte tijd als bestuurder was ingeschreven. Ook wijst appellante op het bestuursbesluit tot kwijtschelding en op de procedure tussen de stichting en de dochter, waarin de stichting heeft geprobeerd betaling te verkrijgen van de dochter. Deze vordering is door de kantonrechter afgewezen.

Het hof volgt appellante niet in haar verweer. Ten aanzien van de procedure tussen de stichting en de dochter benadrukt het hof dat deze zaak geen gezag van gewijsde heeft. Het hof is dus niet gebonden aan dat resultaat. Indien en voor zover het hof de kantonrechter al zou volgen dat de besluiten tot het verstrekken van de lening en kwijtschelding geldig en onaantastbaar zouden zijn, wijst het hof op het volgende. Volgens het hof i) betreffen de rechtshandelingen een aanzienlijk bedrag, ii) zijn deze rechtshandelingen verricht in het voordeel van een familielid van beide bestuurders, waarbij het bestuurslid dat geen familie was (geïntimeerde) niet in de besluitvorming is betrokken, iii) hebben de rechtshandelingen geen relatie met de doelstelling van de stichting, en iv) bestond er geen verplichting van de stichting om de lening te verstrekken. Daarom was sprake van een onverplichte rechtshandeling en dit had ook de dochter duidelijk moeten zijn. Dit geldt volgens het hof eveneens voor het besluit tot kwijtschelding.

Appellante heeft nog aangevoerd dat er een voornemen bestond om de stichting te ontbinden. Het hof overweegt met betrekking tot dit verweer dat het in dat geval voor de hand zou liggen om baten in de kas te houden, de vorderingen te innen om schulden te voldoen en een eventueel batig saldo uit te keren. Het hof oordeelt dan ook dat geen redelijk handelend bestuurder zou hebben gehandeld als appellante. Ook indien de dochter een vordering zou hebben op de stichting, hetgeen de stichting heeft betwist, maakt dit het oordeel van het hof niet anders. Appellante is dan ook als bestuurder aansprakelijk jegens de stichting voor de verstrekte lening en de kwijtschelding.

Ook het verweer van appellante dat de lening zou zijn verrekend met een vordering die de stichting nog aan haar dochter had, waardoor de stichting geen schade zou hebben geleden, slaagt niet. Deze stelling heeft de stichting namelijk voldoende gemotiveerd betwist, aldus het hof. Appellante is dan ook aansprakelijk en dient een schadevergoeding te voldoen. Het hof oordeelt nog dat geïntimeerde ten aanzien van deze vordering geen verwijt kan worden gemaakt. Appellante streefde er namelijk naar om zo veel als mogelijk buiten geïntimeerde om te regelen.

03

Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege betalingsonwil?

([Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 30 augustus 2022](#))

In een richtinggevend arrest uit 2006 heeft de Hoge Raad een maatstaf gegeven voor de beoordeling van bestuurdersaansprakelijkheid tegenover derden (HR 8 december 2006, [ECLI:NL:HR:2006:AZ0758](#)). Het uitgangspunt is dat een bestuurder van een besloten vennootschap in beginsel niet persoonlijk aansprakelijk is voor de schulden van de vennootschap. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast de aansprakelijkheid van een vennootschap, ook ruimte voor bestuurdersaansprakelijkheid. In dat geval dient de bestuurder, mede gelet op zijn wettelijke verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening, een persoonlijk ernstig verwijt te kunnen worden gemaakt.

Van een persoonlijk ernstig verwijt kan sprake zijn indien de bestuurder heeft bewerkstelligd, dan wel toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade (HR 8 december 2006, [ECLI:NL:HR:2006:AZ0758](#)). Dit bewerkstelligen of toelaten kan betrekking hebben op het schenden van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (HR 5 september 2014, [ECLI:NL:HR:2014:2627](#)), bijvoorbeeld door een onrechtmatige selectieve betaling, als gevolg waarvan de rechtspersoon haar verplichtingen niet nakomt. Het staat een vennootschap in beginsel echter vrij een eigen afweging te maken welke schuldeisers worden voldaan. Dit is anders indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden dezelfde afweging had gemaakt (HR 12 april 2019, [ECLI:NL:HR:2019:576](#)).

Feiten

In onderhavige uitspraak staat ook de bestuurdersaansprakelijkheid centraal. De feiten zijn als volgt.

Een werknemer is een procedure gestart tegen zijn voormalig werkgever, Y BV, wegens onregelmatig ontslag. Y BV is in dat verband veroordeeld tot een betaling van een transitievergoeding. Nadien is Y BV in staat van faillissement verklaard. Geïntimeerde, in hoedanigheid van enig erfgenaam van de werknemer, is vervolgens een procedure gestart tegen appellanten, die indirect bestuurders waren van Y BV.

Aansprakelijkheid direct bestuurder Y BV

Geïntimeerde voert in de procedure aan dat appellanten onrechtmatig hebben gehandeld tegenover geïntimeerde door te bewerkstelligen dan wel toe te laten dat de vordering van geïntimeerde niet werd betaald (betalingsonwil). Geïntimeerde stelt in dat verband dat misbruik is gemaakt van een vooropgezette vennootschapsstructuur, waarbij Y BV diende als een kostenvehikel dat geen verhaal bood voor crediteuren omdat Y BV niet beschikte over eigen vermogen en geen verhaalsobjecten had. De inkomsten van Y BV werden namelijk dagelijks of wekelijks afgedragen aan haar aandeelhouder, Detailhandelgroep, die tevens bestuurder was van Y BV. Volgens geïntimeerde konden de (indirecte) bestuurders zo bepalen wie wel en wie niet zou worden betaald en werden bewust alle crediteuren, behalve geïntimeerde, betaald, terwijl er voldoende financiële middelen waren. Op deze wijze werd volgens geïntimeerde Y BV volledig afhankelijk gemaakt van Detailhandelgroep, waardoor Detailhandelgroep een bijzondere zorgplicht tegenover de crediteuren had in de zin dat Detailhandelgroep er voor moest zorgen dat de crediteuren zouden worden betaald.

Appellanten hebben aangevoerd dat Y BV onvoldoende middelen ter beschikking had om de vordering van geïntimeerde te voldoen en dat van Detailhandelgroep niet kan worden verwacht dat zij nog meer geld zou lenen aan Y BV. Gelet op de structuur, kunnen appellanten volgens het hof niet volstaan met dit verweer nu het beschikken over gelden binnen de invloedssfeer van de (indirect) bestuurders van Y BV lag. Bovendien, zo oordeelt het hof, hebben appellanten ook geen inzage gegeven in financiële gegevens.

Ook de stelling dat in de jaren voor het faillissement alleen de belangrijkste crediteuren zijn betaald om de bedrijfsvoering voort te kunnen zetten en om te voorkomen dat het faillissement zou worden aangevraagd, is onvoldoende onderbouwd.

Dit verweer wordt ook verworpen, aangezien geïntimeerde ook het faillissement had kunnen aanvragen.

Het hof oordeelt vervolgens dat de stelling dat Y BV voldoende middelen had dan wel voldoende middelen had kunnen verkrijgen, onvoldoende is betwist door appellanten. De bestuurder van Y BV, Detailhandelgroep, heeft derhalve bewerkstelligd dan wel toegelaten dat de vordering van geïntimeerde niet werd voldaan.

Aansprakelijkheid indirect bestuurder Y

Vervolgens oordeelt het hof dat op grond van artikel 2:11 BW de aansprakelijkheid van Detailhandelgroep tevens hoofdelijk rust op de rechtspersoon-bestuurder, een holding, en op haar bestuurders, appellanten. Voor de vestiging van een dergelijke aansprakelijkheid geldt niet de eis dat een schuldeiser nog stelt en bewijst dat ook die bestuurders persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Om aansprakelijkheid te kunnen voorkomen, dient een indirect bestuurder te stellen en zo nodig te bewijzen dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. Appellanten hebben aangevoerd dat zij niet het beleid zouden hebben bepaald, maar deze stelling wordt verder niet nader onderbouwd. Het hof oordeelt dan ook dat de appellanten als indirect bestuurders van Y BV onrechtmatig hebben gehandeld tegenover geïntimeerde.

04

Schending administratieplicht en ontzenuwing bewijsvermoeden

(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2022)

In deze uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden staat de aansprakelijkheid van (indirect) bestuurders van de failliete vennootschap Solace Algemene Thuiszorg Combinatie B.V. ("Solace") centraal. Deze onderneming, actief in de thuiszorg, was op 22 december 2008 opgericht. Op 19 juli 2016 is Solace failliet verklaard. De bestuurder, Partnership Solutions Holding B.V., "PSH", en haar indirect bestuurder (een natuurlijk persoon die bestuurder en enig aandeelhouder van PSH is) worden door de curator aansprakelijk gesteld voor het tekort in het faillissement.

Volgens de curator zijn zowel de publicatie- als de administratieplicht geschonden bij Solace. Als gevolg daarvan zou kennelijk onbehoorlijk bestuur vaststaan en zou dit kennelijk onbehoorlijk bestuur bovendien worden vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement van Solace te zijn. Hiertoe voert de curator aan dat de jaarrekeningen over de boekjaren 2012 en 2013 te laat zouden zijn gedeponeed. Ten aanzien van de administratieplicht voert de curator aan dat het bestuur onvoldoende zicht zou hebben gehad op de financiële situatie bij Solace. Vanaf 2010 zou de onderneming "in dichte mist" zijn bestuurd en "toen de mist optrok, vanaf eind 2015, bleek Solace al reddeloos verloren".

Ter onderbouwing van de beweerde schending van de administratieplicht wijst de curator op een aantal omstandigheden: (i) vorderingen van het Pensioenfonds omdat te weinig premie zou zijn afgedragen, te weinig premie zou zijn afgedragen, (ii) aanzienlijke naheffingen die door de Belastingdienst zijn opgelegd omdat ten onrechte premiekortingen werden toegepast en (iii) de overgang van een aantal werknemers van Solace, zonder dat Solace daarvoor een vergoeding ontving.

Ten aanzien van de laatste hierboven genoemde omstandigheid heeft de curator volgens het gerechtshof te weinig feiten en omstandigheden aangevoerd (en de wel aangevoerde feiten zouden te laat, namelijk pas bij de mondelinge behandeling in hoger beroep, voor het eerst zijn genoemd). Hieruit leidt het gerechtshof dus geen schending van de administratieplicht af. Dat is wel het geval bij de vorderingen van het Pensioenfonds en de Belastingdienst op Solace. Volgens de curator was de balans van Solace in 2014 te rooskleurig. Indien de daarin opgenomen cijfers juist waren geweest, zou Solace in staat zijn geweest voldoende in te spelen op de invoering van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning ("WMO"). De pensioenschuld van Solace bleek in 2015 volgens de curator EUR 730.000 te zijn, terwijl deze in de jaarrekening op nihil stond, en hiervoor bovendien geen voorziening was getroffen.

Het gerechtshof oordeelt dat de bestuurders de stelling van de curator, dat zij een te rooskleurig beeld hadden van de financiële situatie van de onderneming, onvoldoende hebben betwist. Daarmee heeft de curator bewezen dat dit op basis van artikel 2:248 lid 1 BW een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

Het is op deze plaats goed om op te merken dat op de curator inderdaad de bewijslast rust en dat de schending van de administratieplicht, als daarvan sprake is, heeft te gelden als een bewijsvermoeden. De aangesproken bestuurder kan feiten en omstandigheden aandragen ter ontzenuwing van dit bewijsvermoeden. Ter ontzenuwing van het bewijsvermoeden wijzen de (indirect) bestuurders van Solace op een aantal feiten en omstandigheden. Zo zou Solace problemen hebben ondervonden als gevolg van het faillissement van payroll-bedrijf Aquisto in 2010. Als gevolg van dit faillissement zou Solace tweemaal zijn aangeslagen voor diverse kosten, wat zij als beginnende thuiszorgorganisatie niet zou hebben kunnen opvangen. Omdat de hiermee gemoeide bedragen niet duidelijk zijn geworden, beantwoordt het gerechtshof in zijn arrest niet de vraag of hiermee het bewijsvermoeden zou kunnen worden ontzenuwd.

Deze duidelijkheid geeft het gerechtshof wel bij de overige feiten en omstandigheden die de (indirect) bestuurders hebben aangedragen. Uit het crediteurenakkoord dat Solace in 2012 heeft bereikt (in de nasleep van de problemen met Aquisto), kon het bestuur volgens het gerechtshof in elk geval niet het vertrouwen ontlenen dat de gehele schuld aan het Pensioenfonds (ontstaan doordat gedurende acht maanden geen premies waren afgedragen) zou zijn gekweten. Ten slotte baat ook de verwijzing naar problemen met softwareleverancier Unit4 de (indirect) bestuurders niet. Het is niet gebleken dat Unit4 door Solace zou zijn aangesproken op een mogelijke fout door een medewerker van Unit4. Een aansprakelijkstelling of enige nadere communicatie met Unit4 is niet overlegd in deze procedure.

Al met al oordeelt het gerechtshof dat op het moment van invoering van de WMO al sprake was van aanzienlijke schulden van Solace jegens het Pensioenfonds en jegens de Belastingdienst. Hierop hadden de bestuurders onvoldoende zicht. De onderneming zou draaiende zijn gehouden op een te hoge liquiditeit. De bestuurders hebben het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW niet kunnen ontkrachten. Zij worden veroordeeld tot betaling van een bedrag van EUR 750.000 als voorschot op de voldoening van het boedeltekort.

05

Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement: disculpatie en feitelijk bestuurderschap?

(Rechtbank Overijssel, 6 juli 2022)

In deze procedure bij de rechtbank Overijssel, locatie Almelo, staat de mogelijke aansprakelijkheid van een drietal personen in het kader van vennootschap A centraal.

Vennootschap A is in mei 2009 opgericht en in oktober 2020 in staat van faillissement verklaard. A verrichtte werkzaamheden op het gebied van de koop en verkoop van onder andere bedden en slaapkamermeubels. A werd bestuurd door vennootschap B, die op haar beurt werd bestuurd door gedaagde 2 en gedaagde 3. Uit de uitspraak volgt dat dit een echtpaar betrof. Hun zoon, gedaagde sub 1, was gedurende enkele jaren (tot januari 2019) medeaandeelhouder van B, maar stond niet ingeschreven als bestuurder. Gedaagde sub 1 heeft nadien een tweetal andere vennootschappen C en D opgericht.

De curator stelt zich op het standpunt dat sprake is geweest van schending van de administratieplicht bij A. Er zou nagenoeg geen boekhouding over het jaar 2020 zijn bijgehouden. Pinbetalingen zouden al sinds 2015 niet mogelijk zijn geweest, en sinds dat moment werd ook geen kasadministratie meer gevoerd. Ook zou de jaarrekening over 2015 niet tijdig zijn gepubliceerd, en zijn nadien in zijn geheel geen jaarrekeningen van A meer gepubliceerd. Daarmee zou ook de publicatieplicht zijn geschonden.

Opvallend aan de uitspraak is dat geen van de gedaagden betwist dat sprake is van schending van de administratieplicht. Voor het overige is wel sprake van verschillende verweren.

Zo stelt gedaagde sub 2 dat het faillissement van A aan andere oorzaken te wijten zou zijn. Gedaagde sub 2 wijst op het feit dat ING op enig moment de financiering aan A heeft opgezegd, en dat A vervolgens in betaalproblemen terecht is gekomen.

Daarnaast moest gedaagde sub 2 in 2019 een hartoperatie, leverde de echtscheiding van gedaagde sub 3 de nodige stress op en zorgde de terugval aan inkomsten als gevolg van de coronacrisis in het voorjaar van 2020 voor het faillissement. Er zou geen andere mogelijkheid zijn geweest dan het aanvragen van het faillissement van A.

De rechtbank overweegt ten aanzien van deze verweren dat hiermee niet kan worden ontzenuwd dat de schending van de administratieplicht een belangrijke oorzaak van het faillissement van A is geweest. De rechtbank wijst hierbij op het feit dat de gebrekkige administratie ertoe heeft geleid dat het zicht op de financiële situatie van A onvoldoende was. Omdat gedaagde sub 2 geen beroep heeft gedaan op disculpatie of matiging, wijst de rechtbank de vorderingen van de curator jegens hem integraal toe (waaronder betaling van een voorschot op de boedelschuld van EUR 330.000).

Ten aanzien van gedaagde sub 1, die zoals gezegd geen formeel bestuurder van A was, stelt de curator dat sprake was van feitelijk bestuurderschap. Gedaagde sub 1 zou daarmee op grond van artikel 2:248 lid 7 BW met een bestuurder kunnen worden gelijkgesteld. Daartoe voert de curator aan dat gedaagde sub 1 verstreckende bevoegdheden had binnen A (waaronder inkoop en administrerende taken). De rechtbank overweegt dat dit echter niet zonder meer tot de conclusie kan leiden dat gedaagde sub 1 hiermee zijn wil aan de formele bestuurder zou hebben opgelegd en het formele bestuur terzijde zou hebben gesteld. Ook uit het aansturen van personeel kan dit volgens de rechtbank niet worden afgeleid, nu dergelijke taken ook aan (management-)personeel kunnen worden toegekend. Ook het feit dat gedaagde sub 1 op enig moment – toen zijn vader, gedaagde sub 2, vanwege ziekte uitviel – meer taken op zich nam, maakt volgens de rechtbank niet dat gedaagde sub 1 hiermee het formele bestuur terzijde zou hebben gesteld. Zo stemde hij zijn werkzaamheden ook nog steeds met zijn vader af. Omdat gedaagde sub 1 naar het oordeel van de rechtbank niet heeft te gelden als feitelijk bestuurder, worden de vorderingen ten aanzien van hem afgewezen.

De rechtbank staat ten slotte stil bij de rol van gedaagde sub 3, (indirect) bestuurder, (inmiddels) ex-echtgenote van gedaagde sub 2, en inmiddels ook onder bewind geplaatst. Ook gedaagde sub 3 betwist niet dat sprake is van schending van de administratieplicht. Zij stelt voorts dat zij zich kan disculperen en doet subsidiair een beroep op matiging (tot nihil). Overigens heeft de curator ter zitting te kennen gegeven zijn vordering ten aanzien van gedaagde sub 3 te verlagen tot veroordeling in de boedelschuld tot een bedrag van EUR 10.000.

Voor wat betreft het beroep op disculpatie, beroept gedaagde sub 2 zich erop dat zij geen bestuurstaken in de onderneming had en slechts bijkomende taken uitvoerende, zoals schoonmaak en het opmaken van de bedden in de winkel. Zij had ten opzichte van haar (ex-)man en zoon een ondergeschikte rol als 'huisvrouw', zonder al te veel zelfbeschikking. Zij zou zich ook niet bewust zijn geweest van haar inschrijving als bestuurder.

Deze laatste omstandigheid is volgens de rechtbank niet van belang bij de beoordeling van het beroep op disculpatie. Van ieder persoon die stukken ondertekent mag volgens de rechtbank worden verwacht dat zij zich tot op zekere hoogte informeert over de inhoud daarvan. Het lag dan ook op de weg van gedaagde sub 3 om zich te informeren over haar verantwoordelijkheden als bestuurder.

Niettemin slaagt het beroep van gedaagde sub 3 op disculpatie. Omdat zij feitelijk geen bestuurstaken verrichtte, kan haar volgens de rechtbank geen persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt van de schending van de administratieplicht. Ook kan haar onder de specifieke omstandigheden niet worden tegengeworpen dat zij zich niet informeerde over de taakuitoefening door gedaagde sub 2. Ten slotte heeft gedaagde sub 2 in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement van A last gehad van PTSS en van uitval na een TIA. In zoverre kan haar volgens de rechtbank niet worden tegengeworpen dat zij zich niet heeft uitgeschreven als bestuurder. Zij diende zich juist te richten op haar herstel.

Ook ten aanzien van gedaagde sub 3 worden de vorderingen afgewezen. Daarmee wordt slechts gedaagde sub 2 aansprakelijk geacht voor het boedeltekort.

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