



‘Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement’

Toetsing van: Afstudeeronderzoek HBR-4-AS17-AS

Aantal woorden: 14.896

Hogeschool Leiden	Opleiding HBO-Rechten
D.A.M. (Demi) van Steekelenburg	afstudeerbegeleider: mr. J. Boonman
1102490	onderzoeksdocent: mevr. M. Rietmeijer
RE4C	
Periode 2019-2020	
Opdrachtgever	
Flynth adviseurs en accountants B.V.	mr. I. Lalisang
Inleverdatum	
16 juni 2020	Eerste kans

Voorwoord

Voor u ligt het onderzoeksrapport ‘Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement’. Het onderzoeksrapport is geschreven in opdracht van Flynth Adviseurs & Accountants. Het onderzoek bestaat uit een wet-en regelgeving-, literatuur- en jurisprudentieonderzoek naar wanneer het bestuur aansprakelijk kan worden gesteld door kennelijk onbehoorlijk bestuur. Uit het onderzoek is een advies voortgekomen met een checklist die Flynth kan gebruiken bij het adviseren van haar cliënten.

De afgelopen maanden bij Flynth heb ik een goede begeleiding gehad van mr. I. Lalisang (senior juridisch adviseur bij Flynth). Ondanks de moeilijke periode heeft hij veel tijd en moeite gestoken in mijn afstudeertraject bij Flynth. Ik wil hem graag bedanken voor de goede begeleiding en samenwerking tijdens dit traject.

Daarnaast wil ik mijn onderzoeksdocent mevr. M Rietmeijer en mijn afstudeerbegeleider mr. J. Boonman bedanken voor de begeleiding vanuit school. Zonder hun medewerking had ik dit onderzoek nooit kunnen voltooien.

Naaldwijk, 16 juni 2020

Samenvatting

Uit de vorige economische crisis is gebleken dat veel failliete ondernemers minder bescherming in hun privévermogen hadden dan verwacht, ondanks de BV structuur. Dit kwam vaak, omdat overeenkomsten niet schriftelijk waren vastgelegd, niet correct waren opgesteld of dat bestuurders aansprakelijk werden gehouden. De opdrachtgever, Flynth adviseurs en accountants B.V., is in 2019 naar aanleiding van het voorgaande een project gestart, genaamd 'Veilige Haven'. Het doel van het project is het risico bij faillissement van de cliënten op verlies van het vermogen te beperken en de cliënten beter voor te bereiden op mogelijk ongunstige gebeurtenissen in de toekomst. Zoals de uitbraak van het Covid-19 virus begin dit jaar. Hierdoor hebben de cliënten van Flynth het momenteel financieel zwaar en bestaat de mogelijkheid zij failliet zullen gaan. In geval van faillissement kan het bestuur hoofdelijk aansprakelijk worden gehouden, indien er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en het aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het is van belang voor Flynth een duidelijk beeld te hebben welk risico het bestuur loopt op bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement. De kennis van het onderzoek kan Flynth gebruiken om haar cliënten te adviseren.

Het doel van het onderzoek is een advies te formuleren over bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement op grond van art. 2:248 BW. Het onderzoek beoogt een helder kader te scheppen over handelingen die tot aansprakelijkheid kunnen leiden. Flynth kan haar cliënten hierover adviseren, zodat zij een beter beeld hebben van de mogelijke risico's, indien de vennootschap failliet gaat. De centrale vraag van het onderzoek is: *“Welk advies kan Flynth aan haar cliënten geven over de vraag wanneer het bestuur aansprakelijk kan worden gesteld voor kennelijk onbehoorlijk bestuur in geval van faillissement krachtens art. 2:248 BW op grond van wet- en regelgeving-, literatuur- en jurisprudentieonderzoek?”* Het onderzoek is tot stand gekomen door middel van een onderzoek naar de wet- en regelgeving, de literatuur en jurisprudentie.

Uit onderzoek naar wet- en regelgeving en literatuurstudie is gebleken dat het bestuur dient te handelen in het belang van de vennootschap en de aan haar verbonden vennootschappen. Het bestuur vertegenwoordigt de vennootschap en is in ieder geval verantwoordelijk voor de dagelijkse gang van zaken, alsook het nastreven van de doeleinden, strategisch beleid en het financiële beleid. Er dient een deugdelijke administratie te worden gevoerd, die te allen tijde inzicht geeft in de debiteuren- en crediteurenpositie en de vermogenspositie van de vennootschap. Tevens dient het bestuur de jaarrekeningen tijdig te publiceren. Het niet voldoen aan deze fundamentele verplichtingen van het bestuur, wijst erop dat het bestuur zijn taak voor het overige en dus in het algemeen niet behoorlijk heeft vervuld en duidt op een weinig betrouwbaar en serieus ondernemerschap.

Het bestuur heeft een gezamenlijke verantwoordelijkheid en is in beginsel gezamenlijk hoofdelijk aansprakelijk indien er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Er is sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur indien het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Naast de formele bestuurders, kan ook de feitelijke beleidsbepaler aansprakelijk worden gesteld op grond van art. 2:248 BW. De rechter oordeelt of er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur als geen ander redelijk denkende bestuurder in dezelfde omstandigheden zo zou hebben gehandeld in samenhang van alle omstandigheden van het geval. Hiervan is sprake als het bestuur onverantwoordelijke, onbezonnen, lichtzinnige of roekeloze beslissingen neemt. De positie van de gezamenlijke schuldeisers speelt hierbij een essentiële rol. Het bestuur handelt onbehoorlijk indien komt vast te staan dat de belangen van de schuldeisers zijn geschaad en het bestuur wist of behoorde te weten dat zijn handelen de gezamenlijke schuldeisers zou benadelen. Met name het handelen met de wetenschap dat de schuldeisers de dupe zouden zijn, levert kennelijk onbehoorlijk bestuur op. Dit is het geval bij het nemen van onverantwoordelijke financiële beslissingen met als gevolg onvoldoende liquide middelen in de vennootschap. Kennelijk onbehoorlijk bestuur staat automatisch onweerlegbaar vast indien er niet is voldaan aan de administratie- (art. 2:10 BW) of publicatieplicht (art. 2:394 BW). Een ondeugdelijke, niet inzichtelijke of geheel ontbrekende administratie zonder adequate verklaring ziet op een schending van de administratieplicht. Zonder twijfel staat kennelijk onbehoorlijk bestuur vast bij het verzuimen van de publicatieplicht zonder adequate verklaring. Het bestuur blijft te allen tijde verantwoordelijk voor het bijhouden van de administratie en het tijdig publiceren van de jaarrekening en niet bijvoorbeeld de externe accountant of de adviseur. Het bestuur kan andere feiten en omstandigheden aannemelijk maken die het faillissement hebben veroorzaakt. Dit kan onder meer liggen in de economische crisis met als gevolg verslechterde marktomstandigheden, maar ook het wegvallen van een belangrijke financierder of franchisegever. Het is wel van belang dat het bestuur maatregelen heeft genomen om deze (externe) omstandigheden te voorkomen of het effect daarvan te beperken.

Aan de hand van het onderzoek kan geconcludeerd worden dat de benadeling van de schuldeisers de meest zwaarwegende factor is in het oordeel van de rechter of er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het nemen van onverantwoordelijke beslissingen met als gevolg een slechte liquiditeitspositie van de vennootschap, komt voor de rekening van het bestuur. Daarnaast is het van belang te voldoen aan de fundamentele verplichtingen: het bijhouden van de administratie en het tijdig publiceren van de jaarrekening. Aan Flynnth wordt geadviseerd haar cliënten te adviseren aan de hand van een checklist bestuurdersaansprakelijkheid. Hierin staat waaraan het bestuur moet voldoen om het risico op aansprakelijkheid te beperken of voorkomen. Daarnaast wordt geadviseerd bij cliënten na te gaan of zij het financiële beleid op orde hebben en dus voldoen aan de fundamentele verplichtingen. Als laatste wordt aanbevolen om maandelijks de rechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement in de gaten te houden en eventueel samen te vatten.

Inhoudsopgave

Samenvatting	3
Afkortingenlijst	7
Hoofdstuk 1 Inleiding.....	8
1.1. Aanleiding en probleemstelling.....	8
1.2. Doelstelling	11
1.3. Centrale vraag.....	11
1.4. Deelvragen.....	11
1.5. Onderzoeksmethoden	12
1.6. Leeswijzer	14
Hoofdstuk 2 Besturen van de vennootschap	15
2.1. Inleiding.....	15
2.2. Redelijkheid en billijkheid	15
2.3. De taken van het bestuur	15
2.4. Collectiviteit en taakverdeling.....	17
2.5. Disculpatie.....	19
2.6. Vormen van bestuurdersaansprakelijkheid.....	19
2.6.1. Interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid.....	19
2.6.2. Doorgeefluik van art. 2:11 BW	21
2.7. Tussenconclusie.....	21
Hoofdstuk 3 Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement	22
3.1. Inleiding.....	22
3.2. De parlementaire geschiedenis van art. 2:248 BW.....	22
3.3. De vereisten van art. 2:248 lid 1 BW	23
3.3.1. Kennelijk onbehoorlijk bestuur	24
3.3.2. Een belangrijke oorzaak van het faillissement	26
3.4. Wettelijke vermoedens	27
3.4.1. Administratieplicht ex. art. 2:10 BW	28
3.4.2. Publicatieplicht ex. art. 2:394 BW	29
3.4.3. Onbelangrijk verzuim.....	29
3.5. Disculpatie.....	30
3.6. Tussenconclusie.....	30
Hoofdstuk 4 Gevallen van kennelijk onbehoorlijk bestuur in geval van faillissement	32

4.1. Inleiding.....	32
4.2. Voorbeelden van kennelijk onbehoorlijk bestuur.....	32
4.3. Dividenduitkering.....	33
4.4. Onbetaalde schulden.....	33
4.5. Het verzuimen van de meldingsplicht	34
4.6. Selectieve betalingen	34
4.7. Tussenconclusie.....	35
Hoofdstuk 5 Resultaten	36
5.1. Inleiding.....	36
5.2. Kennelijk onbehoorlijk bestuur op grond van art. 2:248 lid 1 BW	37
5.2.1. Wel aansprakelijk	37
5.2.2. Niet aansprakelijk.....	39
5.3. Schending van de boekhoud- en/of publicatieplicht.....	42
5.3.1. Administratie	42
5.3.2. Publicatie van de jaarrekening.....	43
5.3.3. Onbelangrijk verzuim	43
5.3.4. Andere feiten en omstandigheden	44
5.4. Tussenconclusie.....	45
Hoofdstuk 6 conclusie en aanbevelingen	47
6.1. Inleiding.....	47
6.2. Conclusie	47
6.3. Aanbevelingen.....	48
Literatuurlijst.....	50

Afkortingenlijst

Algemene vergadering	→ AV
Besloten vennootschap	→ BV
Ernstigverwijtmaatstaf	→ Ernstig verwijt
Flynth adviseurs & accountants B.V. Naaldwijk	→ Flynth
Naamloze vennootschap	→ NV
Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement	→ WBF

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1. Aanleiding en probleemstelling

De opdrachtgever voor het onderzoek is Flynth adviseurs en accountants B.V. Naaldwijk (hierna: Flynth). Flynth is in 2019 een project gestart, genaamd ‘Veilige Haven’. Dit project is bedoeld om een situatie te creëren voor haar cliënten waarbij zij goed voorbereid zijn op mogelijke ongunstige toekomstige gebeurtenissen. De aanleiding van het project is gebaseerd op de vorige crisis. Hier kwam naar voren dat ondernemers niet goed waren voorbereid op mindere tijden. Ondanks de BV structuur hadden de ondernemers minder bescherming van hun gescheiden vermogen dan verwacht door het ontbreken van of niet juist opgestelde overeenkomsten. Het doel van het project ‘Veilige Haven’ is om het vermogen van de vennootschap(pen onderling indien er meerdere vennootschappen in een groep zijn) en het privévermogen van de eigenaar te scheiden. Hiermee wordt het risico bij faillissement op verlies van het vermogen beperkt en is de ondernemer beter voorbereid op de toekomst. Dit project is tevens de aanleiding van het onderzoek. De cliënten van Flynth bestaan voor een belangrijk deel uit de sector glas-en tuinbouw. Deze cliënten zitten momenteel in zwaar weer door de uitbraak van het virus Covid-19. Er is een kans dat de cliënten van Flynth hierdoor failliet zullen gaan. Het bestuur kan aansprakelijk worden gehouden indien er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en wat wettelijk wordt gezien als belangrijke oorzaak van het faillissement. Flynth wil graag een duidelijk beeld welk risico het bestuur loopt. Het is van belang voor Flynth haar cliënten te kunnen informeren over bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement en op welke wijze deze kan worden voorkomen. Uit de kennis van het onderzoek is een advies tot stand gekomen met een checklist die Flynth kan gebruiken bij het adviseren van haar cliënten.

De rechtspersoon

Voor het onderzoek is gekozen voor de besloten vennootschappen (hierna: BV’s), een ondernemingsvorm met rechtspersoonlijkheid. De cliënten van Flynth bestaan voornamelijk uit BV’s. Naast de BV’s, komt ook de naamloze vennootschappen (hierna: NV’s) in Nederland voor. Voor de BV en de NV gelden nagenoeg dezelfde rechtsregels. Het onderzoek beperkt zich verder tot de BV’s. Een vennootschap is een drager van rechten en plichten en kan als zodanig deelnemen aan het rechtsverkeer. Een vennootschap wordt namelijk gelijkgesteld aan een natuurlijk persoon, aldus art. 2:5 BW.¹

Bij een vennootschap kunnen er drie organen voorkomen, te weten de algemene vergadering (hierna: AV), het bestuur en eventueel de raad van commissarissen. De AV vertegenwoordigt het kapitaal of

¹ F.K. Buijn & P.M. Storm 2013

het eigenaarsbelang, neemt beslissingen over de structuur van de vennootschap, besluit over de jaarrekening en heeft het recht tot benoeming van bestuurders en commissarissen. Dit is het hoogste orgaan van een vennootschap.² De raad van commissarissen is het toezichthoudende orgaan. Zij houdt toezicht op het beleid van het bestuur, met name op het financiële beleid. De raad van commissarissen wordt in dit rapport verder niet behandeld. Het bestuur bestuurt (art. 2:239 BW) en vertegenwoordigt (art. 2:240 BW). Dit houdt in dat het bestuur de dagelijkse leiding binnen de vennootschap heeft en bevoegd is verbintenissen aan te gaan voor de vennootschap. Het bestuur kan bestaan uit één of meer natuurlijke- of rechtspersonen.³

Bestuurdersaansprakelijkheid

De vennootschap heeft rechtspersoonlijkheid en dus een afgescheiden vermogen. Het bestuur is in beginsel niet aansprakelijk met zijn privévermogen voor verrichte rechtshandelingen in naam van de vennootschap. Hierop bestaan uitzonderingen.

Elke bestuurder is op grond van art. 2:9 BW tegenover de vennootschap gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Dit wordt de interne aansprakelijkheid genoemd. Het gaat hier om de bestuurdersaansprakelijkheid ten opzichte van de vennootschap.⁴ De interne aansprakelijkheid is een inspanningsverplichting en geen resultaatverplichting.⁵ Elke bestuurder is in ieder geval verantwoordelijk voor de algemene gang van zaken. Hieronder valt onder andere het algemene beleid, het financiële beleid en de strategie.⁶ Art. 2:9 BW geeft de mogelijkheid om taken te verdelen onder de bestuurders. Ondanks dat aan elke bestuurder een specifieke taak is opgelegd, worden besluiten genomen door het hele bestuur als collectief. Dit vloeit voort uit het collegialiteitsbeginsel.⁷ Het bestuur heeft een collectieve verantwoordelijkheid voor het besturen en vertegenwoordigen van de vennootschap. De collectieve verantwoordelijkheid resulteert in een collectieve aansprakelijkheid. Het bestuur is in beginsel in zijn geheel hoofdelijk aansprakelijk voor onbehoorlijk bestuur.⁸

Voorts bestaat er een regeling die ziet op bestuurdersaansprakelijkheid in het geval van faillissement van de vennootschap. Het gaat hier om bestuurdersaansprakelijkheid voor het boedeltekort tegenover derden. Dit wordt de externe bestuurdersaansprakelijkheid genoemd. Deze regeling is voor de BV wettelijk neergelegd in art. 2:248 BW. De curator is exclusief bevoegd het bestuur aansprakelijk te stellen op grond van art. 2:248 BW. Om het bestuur aansprakelijk te stellen dient de curator aan te tonen dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Zodra dit vaststaat, dient de

² Van Schilfgaarde 2017, p. 24-25

³ F.K. Buijn & P.M. Storm 2013

⁴ Raaijmakers 2017, p. 4

⁵ P. van Schilfgaarde 2013

⁶ Westenbroek 2016, p. 177

⁷ Westenbroek 2016, p. 177

⁸ Olaerts 2012, p. 170

curator vervolgens aannemelijk te maken dat de tekortkoming een belangrijke oorzaak is van het faillissement.⁹

Kennelijk onbehoorlijk bestuur

Er wordt in ieder geval aangenomen dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichting de jaarrekening tijdig openbaar te maken (art 2:394 BW) en als het bestuur niet heeft voldaan aan de administratieplicht (art. 2:10 BW). Deze gevallen zijn vastgelegd in lid 2 van art. 2:248 BW. Het gaat hier om een vermoeden dat de schending van de administratie- en publicatieplicht een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het bestuur kan het vermoeden proberen weg te nemen door dit te betwisten. Als het vermoeden blijft bestaan is het bestuur hoofdelijk aansprakelijk.¹⁰ Het bestuur kan zich ook beroepen op dat de schending een onbelangrijk verzuim is.

Daarnaast dient het bestuur een ernstig verwijt te kunnen worden gemaakt. De Hoge Raad heeft de ernstigverwijtmaatstaf (hierna: ernstig verwijt) voor interne aansprakelijkheid geïntroduceerd in het arrest *Staleman/Van de Ven*¹¹. Dit is per 1 januari 2013 gecodificeerd in art. 2:9 BW op grond van de Wet Bestuur en Toezicht. In 2006 heeft de Hoge Raad in het arrest *Ontvanger/Roelofsen* bepaald dat ernstig verwijt ook als voorwaarde bij de externe bestuurdersaansprakelijkheid geldt. Ernstig verwijt dient als een hoge drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid te worden gezien.¹² Met de hoge drempel wordt beoogd dat het bestuur beleidsvrijheid behoudt en dat zij zich niet alleen maar risico-avers hoeft op te stellen.¹³

De Hoge Raad spreekt van kennelijk onbehoorlijk bestuur als ‘geen redelijk bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld’.¹⁴ De grens tussen behoorlijk en onbehoorlijk bestuur is in veel gevallen moeilijk te bepalen. Of er sprake is van onbehoorlijk bestuur wordt beoordeeld naar het moment waarop de desbetreffende bestuurshandelingen hebben plaatsgevonden. In het arrest *Staleman/van de Ven* stelt de Hoge Raad dat er steeds rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval.

Disculpatiemogelijkheid

Elke individuele bestuurder heeft de mogelijkheid om zich te disculperen van aansprakelijkheid. Art. 2:248 lid 3 BW bepaalt dat een bestuurder niet aansprakelijk is als hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het

⁹ Raaijmakers 2017, p. 11-13

¹⁰ Raaijmakers 2017, p. 12

¹¹ HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 (*Staleman/van de Ven*)

¹² HR 20 juni 2008, NJ 2009/21 (*Willemsen/NOM*)

¹³ Westenbroek 2016, p. 181-184

¹⁴ HR 8 juni 2001, NJ 2001/454 (*Panmo*)

kennelijk onbehoorlijk bestuur af te wenden. Volgens de wetgever is de systematiek van art. 2:248 BW dat eerst het kennelijk onbehoorlijk bestuur moet zijn vastgesteld. Als dit is vastgesteld, dient de bestuurder te bewijzen dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt.¹⁵

Of en in welke gevallen het bestuur aansprakelijk kan worden gehouden in geval van faillissement beoordeelt de rechter aan de hand van alle omstandigheden van het geval. In deze scriptie is onderzocht in welke gevallen het bestuur van een failliete vennootschap wel of niet aansprakelijk is voor het boedeltekort.

1.2. Doelstelling

Het doel van dit onderzoek is een advies aan Flynth te formuleren over de aansprakelijkheid van het bestuur van vennootschappen in geval van faillissement op grond van art. 2:248 BW. Met het onderzoek wordt beoogd een helder kader te scheppen over handelingen die tot bestuurdersaansprakelijkheid kunnen leiden. Dit advies zal bestaan uit een checklist die Flynth kan gebruiken bij de advisering over bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement aan haar cliënten. De checklist moet bestaan uit een duidelijk kader van de eisen, criteria en handelsvrijheid, zodat de cliënten van Flynth een beter beeld hebben van de mogelijke risico's op bestuurdersaansprakelijkheid indien de vennootschap failliet gaat. De doelgroep van het onderzoek betreft de BV's, een ondernemingsvorm met rechtspersoonlijkheid. Het onderzoek komt tot stand door middel van een onderzoek naar wet-en regelgeving, literatuur en jurisprudentie.

1.3. Centrale vraag

“Welk advies kan Flynth aan haar cliënten geven over de vraag wanneer het bestuur aansprakelijk kan worden gesteld voor kennelijk onbehoorlijk bestuur in geval van faillissement krachtens art. 2:248 BW op grond van wet- en regelgeving-, literatuur- en jurisprudentieonderzoek?”

1.4. Deelvragen

Hieronder zijn deelvragen geformuleerd die beantwoord zullen worden in het onderzoeksrapport. De deelvragen zijn van belang om de centrale vraag te beantwoorden. De deelvragen zijn gesplitst in theoretische en praktijkgerichte onderzoeksvragen.

¹⁵ Westenbroek 2016, p. 176

Theoretische onderzoeksvragen:

1. Wat zijn de taken van het bestuur op basis van wet- en regelgeving, literatuur en vaste jurisprudentie?
2. Wat houdt de bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:248 BW in op grond van wet- en regelgeving, literatuur en vaste jurisprudentie?
3. In welke gevallen kan er sprake zijn van kennelijk onbehoorlijk bestuur in geval van faillissement volgens wet- en regelgeving, literatuur en vaste jurisprudentie?

Praktijkgerichte onderzoeksvragen:

4. Onder welke feiten en omstandigheden is het bestuur van een vennootschap wel of niet hoofdelijk aansprakelijk ex art. 2:248 BW op grond van jurisprudentie?

1.5. Onderzoeksmethoden

Deelvraag 1: *‘Wat zijn de taken van het bestuur op basis van wet- en regelgeving, literatuur en vaste jurisprudentie?’*

Het bestuur kan aansprakelijk worden gesteld indien het zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. De rechter beoordeelt in hoeverre de bestuurstaken onbehoorlijk zijn vervuld, of een bestuurder aansprakelijk is. Allereerst is het van belang om de (algemene) bestuurstaken uiteen te zetten, omdat die het kader scheppen waaraan het bestuur moet voldoen krachtens art. 2:248 BW. Zodra duidelijk is wat de taken zijn van het bestuur, kan het kennelijk onbehoorlijk bestuur criterium beter worden begrepen. Voor de beantwoording van deelvraag 1 zijn de bronnen uit de literatuurlijst bestudeerd. Om de betrouwbaarheid en validiteit te waarborgen is er gebruik gemaakt van juridische vakbladen en boeken, die onder andere geschreven zijn door hoogleraren/professors die zich bezighouden met bestuurdersaansprakelijkheid (in geval van faillissement). Voorts is er gebruik gemaakt van overheidsstukken, te weten Kamerstukken van de Eerste Kamer en Tweede Kamer en de wet, te weten Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Als laatste is (vaste) jurisprudentie van de Hoge Raad, Gerechtshoven en rechtbanken bestudeerd ter onderbouwing van de geschreven teksten. Door het bestuderen van de voorgaande bronnen is er een duidelijk beeld van het onderwerp tot stand gekomen.¹⁶

Deelvraag 2: *‘Wat houdt de bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:248 BW in op grond van wet- en regelgeving, literatuur en vaste jurisprudentie?’*

Deelvraag 2 zal worden beantwoord aan de hand van een studie naar de relevante wet- en regelgeving, vakliteratuur en vaste jurisprudentie. Voor het resultaat is het van belang om de

¹⁶ De waarborging van de betrouwbaarheid en validiteit geldt ook voor deelvraag 2 en deelvraag 3

bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement te onderzoeken. Aan de hand van deze deelvraag zal duidelijk zijn wat de bestuurdersaansprakelijkheid inhoudt voor het bestuur van een vennootschap. Er zal dieper in worden gegaan op art. 2:248 BW en de bijhorende vereisten.

Deelvraag 3: 'In welke gevallen kan er sprake zijn van kennelijk onbehoorlijk bestuur in geval van faillissement volgens wet- en regelgeving, literatuur en vaste jurisprudentie?'

Om deze deelvraag te beantwoorden zal er de wet, literatuur en vaste jurisprudentie worden onderzocht. Over het begrip 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' bestaan onduidelijkheden. Kennelijk onbehoorlijk bestuur is één van de twee factoren voor het aansprakelijk stellen van de bestuurder. Het is dan ook van belang voor het onderzoek een duidelijk beeld te schetsen wat de literatuur onder het begrip 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' verstaat. Aan de hand van voorbeelden zal duidelijk worden gemaakt in welke gevallen er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. De bronnen uit de literatuurlijst zullen worden bestudeerd.

Deelvraag 4: 'Onder welke feiten en omstandigheden is het bestuur van een vennootschap wel of niet hoofdelijk aansprakelijk in geval van faillissement ex art. 2:248 BW op grond van jurisprudentie?'

Bij beantwoording van deze deelvraag wordt uiteengezet welke feiten en omstandigheden de rechter van belang acht om het bestuur wel of niet aansprakelijk te stellen op grond van art. 2:248 BW. Voor de jurisprudentieanalyse zijn 25 uitspraken gekozen. Bij de gekozen uitspraken is er sprake van zowel lid 1 van art. 2:248 BW (kennelijk onbehoorlijk bestuur als oorzaak van het faillissement) als lid 2 van art. 2:248 (schending van de administratie-/publicatieplicht).

Elk van de uitspraken is geanalyseerd op basis van de volgende topics:

- er is sprake van kennelijk (on)behoorlijk bestuur;
- de tekortkoming is een belangrijke oorzaak van het faillissement.

Of

- er is sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur en dit is een belangrijke oorzaak is van het faillissement;
- er is sprake van onbelangrijk verzuim;
- er is sprake van andere feiten en omstandigheden dan kennelijk onbehoorlijk bestuur als oorzaak van het faillissement;
- het bestuur heeft wel of niet nagelaten deze andere oorzaken te voorkomen.

De geanalyseerde uitspraken zijn terug te vinden in de literatuurlijst. Bij de gekozen uitspraken is dus een onderscheid gemaakt tussen art. 2:248 lid 1 BW en art. 2:248 lid 2 BW. Er zijn 15 uitspraken geanalyseerd, waarbij sprake is van lid 1 en er zijn 10 uitspraken geanalyseerd waarbij sprake is van lid 2. De reden hiervoor is dat de gevallen op grond van lid 1 veel meer divers zijn dan lid 2. Immers

lid 2 ziet alleen op de gevallen waarbij er sprake is van schending van de boekhoud- of publicatieplicht. Er ontstaat een beter overzicht van de verschillende bestuurdersaansprakelijkheidsgevallen in geval van faillissement door 15 verschillende uitspraken bij lid 1 te analyseren. De geanalyseerde uitspraken komen uit de periode 2016-2020. Deze uitspraken betreffen omstreeks de meest recente uitspraken met betrekking tot de bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement. Hierbij bevat de jurisprudentieanalyse uitspraken van zowel de Hoge Raad, de Gerechtshoven en de rechtbanken, waardoor een helder beeld wordt geschetst hoe de rechter van de verschillende instanties de vereisten uit art. 2:248 BW toetst.

1.6. Leeswijzer

In hoofdstuk 2 worden de taken van het bestuur en de algemene beginselen vormgegeven. In hoofdstuk 3 wordt het juridische kader verder uiteengezet. Hierin wordt uitgelegd welke wet-en regelgeving van toepassing is bij bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement. Eerst wordt er ingegaan op de wetsgeschiedenis en vervolgens worden de vereisten uit art. 2:248 BW behandeld. Hoofdstuk 4 gaat in op de verschillende voorbeelden van bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement uit de literatuur en jurisprudentie. De verschillende situaties worden kort weergegeven. In hoofdstuk 5 wordt de theorie omgezet in de praktijk. In dit hoofdstuk zijn de resultaten uit de jurisprudentieanalyse uiteengezet. Hoofdstuk 6 geeft de conclusie van het onderzoek weer. Hierin wordt antwoord gegeven op de centrale vraag. De scriptie eindigt met de aanbevelingen aan de Flynth.

Hoofdstuk 2 Besturen van de vennootschap

2.1. Inleiding

Het bestuur dat zijn taak (kennelijk) onbehoorlijk vervuld, kan hiervoor aansprakelijk worden gesteld. In dit vereiste voor bestuurdersaansprakelijkheid komt de ‘taakvervulling van het bestuur’ naar voren. In dit hoofdstuk zal worden beschreven wat onder deze ‘taakvervulling’ valt. Er wordt allereerst ingegaan op het beginsel van redelijkheid en billijkheid en de algemene taken van het bestuur. Voorts zal de collectiviteit van het bestuur en de taakverdeling worden besproken. Als laatste worden de verschillende vormen van bestuurdersaansprakelijkheid behandeld.

2.2. Redelijkheid en billijkheid

Een vennootschap en degene die bij de vennootschap betrokken zijn moeten zich ten opzichte van elkander gedragen naar de eisen van redelijkheid en billijkheid krachtens art. 2:8 BW. Alle organen binnen de vennootschap zijn gehouden aan deze norm.¹⁷ Redelijkheid en billijkheid is geen vaststaand begrip. Bij de bepaling moet per geval naar alle omstandigheden en feiten worden gekeken. De rechter dient daarnaast in zijn oordeel mee te nemen dat ondernemen een riskant vak is, beslissingen vaak snel moeten worden genomen en de grens tussen gedurfd ondernemerschap en roekeloos en onverantwoordelijk handelen vaak moeilijk te bepalen is.¹⁸

2.3. De taken van het bestuur

Voor het bestuur van een vennootschap geldt als grondslag dat hij gehouden is tot een behoorlijke vervulling van de aan hem opgedragen bestuurstaak. Niet elke handeling van het bestuur kan worden aangemerkt als handelen van het bestuur van de vennootschap. Bijvoorbeeld een bestuurder die onderweg naar een zakelijke afspraak een verkeersongeluk veroorzaakt. Een dergelijk geval valt onder handelen als een gewone deelnemer aan het verkeer. Om onder de regeling van bestuurdersaansprakelijkheid te vallen is het van belang dat het bestuur handelingen verricht in de taakvervulling als bestuurder van een vennootschap en niet als gewone burger, zoals het nemen van ondernemingsbeslissingen.¹⁹

¹⁷ Van Schilfgaarde 2017, p. 25-25

¹⁸ *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 9, p. 5 en Strik 2010, p. 73

¹⁹ Van Solinge 2017, p. 28 en Timmerman 2016, p. 11-12

Het besturen

Het bestuur heeft de leiding over de vennootschap. Art. 2:239 BW stelt dat behoudens beperkingen in de statuten, het bestuur belast is met het besturen van de vennootschap. Uit de literatuur blijkt dat het besturen beleidsvoorbereiding, beleidsbepaling en uitvoering omvat. Het beleid strekt zich niet alleen tot de vennootschap zelf, maar ook tot de daaraan verbonden vennootschappen. Onder ‘besturen’ in de zin van art. 2:239 BW valt in ieder geval de verantwoordelijkheid over de dagelijkse gang van zaken.²⁰ In de wetsgeschiedenis wordt niet aangeduid wat onder de dagelijkse gang van zaken valt. Uit de literatuur blijkt dat hieronder wordt verstaan: de realisatie van de doelstellingen, het strategisch beleid²¹, het financiële beleid en kwesties met betrekking tot risicobeleid.²² Daarnaast is het bestuur verantwoordelijk voor de naleving van alle relevante wet- en regelgeving, zoals de administratieplicht krachtens art. 2:10 BW en de publicatieplicht krachtens art. 2:394 BW.²³

Tevens is het bestuur bevoegd de zogenoemde secundaire handelingen te verrichten. Hieronder valt onder andere het aangaan van borgtochten en leningen, alsook het beheer van het vermogen van de vennootschap. Denk bij het laatste aan het verzekeren van bepaalde zaken en het verhuren van onroerend goed.²⁴ Daarnaast heeft het bestuur als taak de inwendige structuur van de vennootschap goed te laten functioneren. Deze taak omvat handelingen, zoals het oproepen van de AV, het geven van inlichtingen aan de AV en het voorbereiden van vergaderingen.²⁵

Het bestuur dient zich bij de vervulling van zijn taak te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden vennootschap(en) op grond van art. 2:239 lid 5 BW. Het bestuur wordt aan de hand van dit artikel begrensd in zijn taakvervulling. Het handelen van het bestuur mag niet in strijd zijn met de wet, de statuten, de goede zeden, de openbare orde en de normen van redelijkheid en billijkheid.²⁶

Vertegenwoordigen

Voorts is het bestuur bevoegd om de vennootschap te vertegenwoordigen.²⁷ Via het bestuur neemt de vennootschap op doelmatige en effectieve manier deel aan het rechtsverkeer.²⁸ De bevoegdheid tot vertegenwoordiging is dwingend van recht.²⁹

²⁰ Art. 2:9 lid 2 BW

²¹ HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 (*ABN AMRO*)

²² Stolp 2013, p. 2; Schild & Timmerman 2014, p. 4; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 390 e.v.; Strik 2010, p. 275-276 en Olaerts 2012, p. 173-174

²³ Westenbroek 2017, p. 72-74

²⁴ Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/391

²⁵ Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/392

²⁶ Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/394

²⁷ Art. 2:130/2:240 BW

²⁸ Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/390

²⁹ Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/396

2.4. Collectiviteit en taakverdeling

Collectieve verantwoordelijkheid en het collegialiteitsbeginsel

Het bestuur is gehouden aan het collegialiteitsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat het bestuur als één college de vennootschap dient te besturen. Uit dit beginsel vloeit de collectieve verantwoordelijkheid en de collectieve aansprakelijkheid van het bestuur voort. Bij een meerhoofdig bestuur geldt het uitgangspunt van art. 2:9 BW³⁰ dat het bestuur gezamenlijk verantwoordelijk is voor een behoorlijke taakvervulling. Indien er sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling is het bestuur gezamenlijk aansprakelijk, behoudens disculpatie.³¹ Dit geldt ook als taken tussen de bestuurders zijn verdeeld. Ondanks dat een bestuurder niet is belast met de bestuurstaak die onbehoorlijk is vervuld, bevrijdt dit hem niet van de collectieve aansprakelijkheid.³² Ter verduidelijking: indien één van de bestuurders zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, wordt dit aan het hele bestuur toegerekend. De collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur geldt als fundamenteel en waardevol beginsel van het vennootschapsrecht.³³

Daarnaast heeft het bestuur onderling een algemene controletaak op het takenpakket van de medebestuurders. Een bestuurder is verplicht in te grijpen wanneer hij wist of behoorde te weten dat een medebestuurder de opgedragen taken niet goed vervult en onbehoorlijk bestuur dreigt. Het kan zelfs van belang zijn dat de bestuurder de taak naar zich toetrekt.³⁴ Onder de toezichtfunctie van het bestuur wordt volgens Westenbroek verstaan:

- zich voldoende te laten informeren;
- actief de benodigde informatie te halen;
- kritisch te zijn naar de medebestuurders;
- in te grijpen wanneer vermoed wordt dat een medebestuurder zijn taak onbehoorlijk vervult.³⁵

In de memorie van antwoord stelt de Minister dat het in algemene zin wenselijk is dat het bestuur onderling elkaar periodiek op de hoogte stelt van de taakuitoefeningen.³⁶

Algemene gang van zaken

Binnen het bestuur zijn er besluiten die uitsluitend genomen kunnen worden door het bestuur als college. Dit omdat het belang of verstrekkendheid van deze besluiten behoren tot de taak van het bestuur als geheel.³⁷ Denk aan het algemene beleid, financiële beleid, de strategie, transacties,

³⁰ Zie bijlage 3

³¹ Westenbroek 2017, p. 79 en Westenbroek 2016, p. 176-177

³² *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, nr. 3

³³ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6

³⁴ *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. c, p. 15; Olaerts 2012, p. 173 en Westenbroek 2017, p. 87

³⁵ Westenbroek 2017, p. 88-91

³⁶ *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. c, p. 16

³⁷ Art. 2:9 lid 2 BW

overnames, afstoting en samenwerkingsverbanden van relatief grote waarde.³⁸ De rechter heeft in de *Landis*-uitspraak geoordeeld dat het algemene en financiële beleid behoren tot de kerntaken van het gehele bestuur, ongeacht de taakverdeling.³⁹ Het gehele bestuur is verantwoordelijk en hoofdelijk aansprakelijk bij onbehoorlijk bestuur van het algemene of financiële beleid.⁴⁰

Taakverdeling

Op grond van art. 2:9 BW⁴¹ is het mogelijk om binnen het bestuur de taken te verdelen. Op grond van dit artikel kunnen bevoegdheden bij of krachtens de wet of statuten specifiek aan een bepaalde bestuurder worden opgedragen.⁴² Taken die niet zijn toebedeeld, behoren tot de taak van alle bestuurders. Wat de specifieke taken van de bestuurders zijn wordt in de statuten vastgelegd, waardoor er veel vrijheid aan de bestuurders wordt gegeven om tot een taakverdeling te komen.⁴³ Timmerman en Schild stellen dat het vastleggen van de taakverdeling belangrijk is. Dit kan een professionele en efficiënte besturing bevorderen, mede gelet op de individuele kennis en deskundigheid van de afzonderlijke bestuurders.⁴⁴

De taakverdeling doet niets af van de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur.⁴⁵ De memorie van toelichting stelt: *“Iedere bestuurder blijft verantwoordelijk voor de taakuitoefening door het bestuur en voor de besluiten die door het orgaan worden genomen.”* Dit geldt ook voor de bestuurder die niet aan de dagelijkse gang van zaken deelneemt.⁴⁶ Daarentegen kan de taakverdeling wel een rol spelen bij de individuele disculpatie.⁴⁷ De taakverdeling is één van de feiten en omstandigheden die van belang kan zijn voor de rechter bij zijn oordeel of er sprake is van onbehoorlijk bestuur.⁴⁸ Timmerman en Schild stellen dat een vastgelegde statutaire taakverdeling meer houvast geeft voor een bestuurder in zijn disculpatieverweer, omdat hij dan bewijs kan leveren die zijn verwijtbaarheid kan wegnemen.⁴⁹

³⁸ Westenbroek 2017, p. 81-82

³⁹ Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, JOR 2013/237 (*Landis*)

⁴⁰ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 19

⁴¹ Zie bijlage 3

⁴² Olaerts 2012, p. 196

⁴³ *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, nr. 3, p. 7-8

⁴⁴ Westenbroek 2017, p. 84

⁴⁵ Olaerts 2012, p. 170; Van Solinge 2017, p. 404 en Westenbroek 2016, p. 177

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8

⁴⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8; Westenbroek 2017, p. 58; Schild & Timmerman 2014, p. 4; Asser/Maeijer

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8

⁴⁹ Schild & Timmerman 2014, p. 4

2.5. Disculpatie

De collectieve verantwoordelijkheid leidt in beginsel tot hoofdelijk aansprakelijkheid van het gehele bestuur bij een onbehoorlijke taakvervulling. Een bestuurder heeft echter wel de mogelijkheid tot individuele disculpatie. Disculpatie betekent een beroep doen op het ontbreken van schuld. Voor een geslaagd beroep dient de bestuurder aan te tonen⁵⁰ dat hij, mede gelet op de taakverdeling, 1) geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en 2) hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.⁵¹ Of de bestuurder geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, moet beoordeeld worden aan de hand van alle omstandigheden van het geval, aldus de Hoge Raad in het *Staleman/Van de Ven*.⁵² Een bestuurder kan alsnog verwijt worden gemaakt, indien hij nalatig is geweest in zijn toezichthoudende functie op de medebestuurder, waardoor er niet tijdig maatregelen zijn genomen om het onbehoorlijk bestuur af te wenden.⁵³

2.6. Vormen van bestuurdersaansprakelijkheid

Een vennootschap is een rechtspersoon met rechtspersoonlijkheid. Dit betekent dat de vennootschap een afgescheiden vermogen heeft. Het bestuur is in beginsel niet aansprakelijk met zijn privévermogen voor verrichte rechtshandelingen in naam van de vennootschap. Hierop bestaan uitzonderingen. Het bestuur kan immers op verschillende wijzen privé-aansprakelijk worden gesteld voor de schulden van de vennootschap. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid.⁵⁴

2.6.1. Interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid

Interne bestuurdersaansprakelijkheid

Bij interne aansprakelijkheid gaat het om aansprakelijkheid van het bestuur tegenover de vennootschap.⁵⁵ Elke bestuurder is op grond van art. 2:9 BW⁵⁶ tegenover de vennootschap gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Dit is de centrale gedragsnorm voor het bestuur⁵⁷ en ziet op een inspanningsverplichting en geen resultaatverplichting.⁵⁸ Het bestuur is aansprakelijk bij een onbehoorlijke taakvervulling. Voor aansprakelijkheid is vereist dat het bestuur een ernstig verwijt kan

⁵⁰ Olaerts 2012, p. 171

⁵¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8

⁵² HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven*)

⁵³ *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. c, p. 15-16

⁵⁴ Raaijmakers 2017, p. 2

⁵⁵ Raaijmakers 2017, p. 4

⁵⁶ Zie bijlage 3

⁵⁷ Schild & Timmerman 2014, p. 1

⁵⁸ Van Schilfgaarde 2013

worden gemaakt. Ernstig verwijt voor interne aansprakelijkheid is in 1997 door de Hoge geïntroduceerd in het arrest-*Staleman/Van de Ven*. Per 1 januari 2013 is dit gecodificeerd in art. 2:9 BW op grond van de Wet Bestuur en Toezicht.

Externe bestuurdersaansprakelijkheid

Externe bestuurdersaansprakelijkheid betreft aansprakelijkheid van het bestuur tegenover derden. Externe bestuurdersaansprakelijkheid omvat verschillende categorieën.⁵⁹ De meest algemene vorm is de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van een onrechtmatige daad ex. art. 6:162 BW. Indien een vennootschap failliet is kan het bestuur door de curator aansprakelijk worden gesteld op grond van art. 2:248 BW. Deze vorm van aansprakelijkheid geldt tegenover de gezamenlijke schuldeisers.⁶⁰ Ook geldt sinds 2006 het ernstig verwijt vereiste bij externe bestuurdersaansprakelijkheid.⁶¹ Ernstig verwijt moet als een hoge drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid moet worden gezien, zodat het bestuur zich niet alleen maar risico-avers/defensief hoeft op te stellen.

Verband interne en externe aansprakelijkheid

De interne aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW ziet op de rechtsverhouding tussen het bestuur en de vennootschap en spreekt over ‘onbehoorlijk bestuur’. De externe aansprakelijkheid betreft de rechtsverhouding tussen het bestuur en derden en spreekt over ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’. Deze twee begrippen houden verband.

De toevoeging van het begrip ‘kennelijk’ in art. 2:248 BW maakt volgens de Minister geen verschil tussen de interne en externe aansprakelijkheid. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat art. 2:248 BW aansluit bij art. 2:9 BW waarin *“het grondbeginsel van de bestuurdersaansprakelijkheid is geformuleerd als een gehoudenheid van het bestuur tegenover de rechtspersoon tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak”*. Er dient wat betreft de rechtsgrond geen onderscheid te worden gemaakt tussen situaties in en buiten faillissement.⁶² Met deze toevoeging beoogde de minister uitsluitend de vrees van de Tweede Kamer dat bestuurdersaansprakelijkheid ex. art. 2:248 te snel zou worden aangenomen, weg te nemen.⁶³ Ook uit de literatuur blijkt dat art. 2:9 BW en art. 2:248 BW betrekking hebben op dezelfde gedragsnorm. Huizink merkte op dat bij beide vormen een gelijke aansprakelijkheidsmaatstaf dient te worden gehanteerd.⁶⁴ Ook Strik kwam tot de conclusie dat

⁵⁹ Raaijmakers 2017, p. 2

⁶⁰ Raaijmakers 2017, p. 8

⁶¹ HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*)

⁶² *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, nr. 3, p. 3-4

⁶³ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 3-4

⁶⁴ J.B. Huizink, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid, een pot nat?’, O&F 2009/17, p. 112.

dezelfde gedragsnorm wordt aangeduid, ook al verschilt de terminologie van art. 2:9 BW en art. 2:248 BW.⁶⁵

2.6.2. Doorgeefluik van art. 2:11 BW

Art. 2:11 BW⁶⁶ is ingevoerd als onderdeel van de derde anti-misbruikwet. De strekking van dit artikel is dat het bestuur (natuurlijk persoon) van een rechtspersoon-bestuurder zich niet kan verschuilen achter de rechtspersoonlijkheid wanneer er sprake is van een kennelijk onbehoorlijk bestuur. Als het ware wordt er door de rechtspersoon-bestuurder heen gekeken. Op deze manier heeft de minister beoogd misbruik te voorkomen.⁶⁷ De verplichtingen uit art. 2:9 BW die gelden voor de rechtspersoon-bestuurder worden krachtens art. 2:11 BW doorbelast op de natuurlijke persoon als het bestuur van die rechtspersoon-bestuurder.⁶⁸

2.7. Tussenconclusie

Bij of krachtens de statuten kunnen taken aan de bestuurders worden opgelegd. Er wordt hiermee veel vrijheid aan het bestuur gegeven. De vrijheid wordt beperkt doordat het bestuur bij de taakvervulling dient te handelen in het belang van de vennootschap en de aan haar verbonden vennootschappen. Het bestuur mag niet in strijd handelen met de wet, statuten, goede zeden, openbare orde en de normen van redelijkheid en billijkheid. De belangrijkste bestuurstaken zijn het algemene en het financiële beleid. Het nemen van besluiten met betrekking tot deze belangrijke beleidsgebieden kunnen uitsluitend worden genomen door het bestuur als collectief. Op grond van het collegialiteitsbeginsel is het bestuur collectief verantwoordelijk voor het besturen van de vennootschap. Bij een onbehoorlijke taakvervulling door één of meerdere bestuurders is het gehele bestuur hoofdelijk aansprakelijk, behoudens individuele disculpatie. De algemene vorm van bestuurdersaansprakelijkheid is de interne aansprakelijkheid. Daarnaast heb je de externe aansprakelijkheid, die onder te verdelen is in de onrechtmatige daad en bestuurdersaansprakelijkheid tegenover de schuldeisers in geval van faillissement. In hoofdstuk 3 wordt dieper ingegaan op de bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement.

⁶⁵ Strik 2010, p. 56 e.v.

⁶⁶ Zie bijlage 3

⁶⁷ *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 2-3

⁶⁸ Westenbroek 2017, p. 453

Hoofdstuk 3 Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:248 BW in kaart gebracht. Het gaat hier om de aansprakelijkheid van het bestuur in het geval van faillissement. Allereerst wordt er ingegaan op de totstandkoming van de wettelijke bepalingen, waarna wordt ingegaan op de vereisten van bestuurdersaansprakelijkheid.

3.2. De parlementaire geschiedenis van art. 2:248 BW

Het bestuur is in beginsel niet aansprakelijk met zijn privévermogen voor verrichte rechtshandelingen in naam van de vennootschap. Om misbruik hiervan te voorkomen is van 1982 tot 1987 de anti-misbruikwetgeving tot stand gebracht.⁶⁹ De anti-misbruikwetgeving bestaat uit drie antimisbruikwetten. Deze hebben als doel misbruik van kapitaalvennootschappen te bestrijden, met in het bijzonder misbruik van de BV's.⁷⁰ De eerste anti-misbruikwet wordt ook wel de Wet Ketenaansprakelijkheid genoemd.⁷¹ De tweede anti-misbruikwet is gericht op de fiscale bestuurdersaansprakelijkheid.⁷² De eerste en tweede antimisbruikwet worden verder niet behandeld. Enkel de derde anti-misbruikwet is van belang voor het onderzoek.

Het bestuur is in geval van faillissement aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap door kennelijk onbehoorlijk bestuur. Deze aansprakelijkheidstelling is van toepassing op grond van de derde anti-misbruikwet. Deze wet wordt ook wel de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement (hierna: WBF) genoemd.

Alvorens de totstandkoming van de WBF bestond er een andere regeling voor bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement. Per 1 april 1929 kon het bestuur aansprakelijk worden gesteld op grond van art. 47a Wet van Koophandel:

“Niettegenstaande aan een bestuurder ter zake van zijn beheer verleende kwijting kan, ingeval van faillissement der naamloze vennootschap, de curator, wanneer de toestand der vennootschap geheel of gedeeltelijk te wijten is aan grove schuld of grove nalatigheid van een bestuurder, ten behoeve van

⁶⁹ *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 2

⁷⁰ Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/452

⁷¹ Raaijmakers 2017, p. 3

⁷² Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/474

den boedel van dezen schadevergoeding vorderen, zonder dat echter uit dien hoofde aan aandeelhouders enige bate kan toekomen.”⁷³

Deze bepaling werd niet tot weinig gebruikt, omdat de curator een zware bewijslast had⁷⁴: *“Hij moest aantonen dat de toestand van de vennootschap te wijten is aan de grove schuld of grove nalatigheid van de bestuurder die hij wil aanspreken en hij moet bovendien de omvang aantonen van de schade, die daardoor is veroorzaakt”*.⁷⁵ Op 1 januari 1987 is deze bepaling op grond van de WBF omgezet naar de huidige bepaling in art. 2:248 BW onder leiding van de toenmalige Minister van Justitie, J. de Ruiter.⁷⁶ De stel- en bewijsplicht van art. 2:248 BW ligt bij de curator. Hij moet aantonen dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur door feiten en omstandigheden te stellen. Indien bewezen is dat het bestuur zijn taak niet naar behoren heeft vervuld, dan is het vervolgens voldoende dat de curator aannemelijk maakt dat de tekortkoming door het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. In tegenstelling tot de oude regeling hoeft de curator geen strikt bewijs hiervoor te leveren. De zware bewijslast van de curator is zodoende vergemakkelijkt, wat de toenmalige minister had beoogd met het wetsvoorstel.⁷⁷ Het bestuur zal verantwoordelijker te werk gaan, nu zij weten dat zij door de curator daadwerkelijk aangesproken kunnen worden.⁷⁸

3.3. De vereisten van art. 2:248 lid 1 BW

De huidige bepaling van bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement op grond van art. 2:248 lid 1 BW luidt als volgt:

“In geval van faillissement van de vennootschap is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.”

Voor bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement gelden twee vereisten, te weten:

- er is sprake van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en
- het is aannemelijk dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

⁷³ Strik 2010, p. 8

⁷⁴ Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/453

⁷⁵ *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 3

⁷⁶ *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 1, p. 1

⁷⁷ *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 1

⁷⁸ *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 3

3.3.1. Kennelijk onbehoorlijk bestuur

De verplichting van het bestuur om zijn taak behoorlijk te vervullen betreft een inspanningsverplichting en geen resultaatsverplichting.⁷⁹ Van kennelijke onbehoorlijk bestuur kan alleen worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden op dezelfde wijze gehandeld zou hebben.⁸⁰ Daarbij moet gekeken worden naar de totaliteit en samenhang van alle gedragingen.⁸¹ Verder moet er gekeken worden naar wat het bestuur voorzag of kon voorzien.⁸² Het is niet vereist dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling de enige oorzaak van het faillissement is. Overigens geldt de bestuurdersaansprakelijkheid ook voor een persoon die weliswaar formeel geen bestuurder van de vennootschap is, maar wel het beleid van de vennootschap (mede) heeft bepaald als ware een bestuurder op grond van art. 2:248 lid 7 BW. Een dergelijk persoon wordt ook wel aangeduid als ‘feitelijke beleidsbepaler’ of ‘feitelijke leidinggevende’ en wordt dus aan een bestuurder gelijkgesteld.⁸³ Voor de aansprakelijkheidstelling gaat het erom dat de feitelijke beleidsbepaler daadwerkelijk bestuurshandelingen heeft verricht. De formele bestuurders dienen opdrachten van de feitelijke beleidsbepaler te ontvangen.⁸⁴

Bij de beoordeling van kennelijk onbehoorlijk bestuur dient de rechter de volgende punten in acht te nemen:

- Het besturen impliceert beleidsruimte. Het bestuur moet zich niet alleen maar defensief/risicomijdend opstellen.⁸⁵ De Minister stelt: *‘Er moet ruimte blijven voor creativiteit, vernuft en durf. De samenleving is niet gediend met regelgeving die ondernemers stimuleert om telkens de voorkeur te geven aan risicomijdende beslissingen met weinig economisch voordeel.’*⁸⁶
- Een verstandige ondernemer in dezelfde of aanverwante branche zou de taakvervulling ook als onbehoorlijk beschouwen.
- De vraag moet zonder wijsheid achteraf worden beantwoord.⁸⁷ Als het kennelijk onbehoorlijk bestuur toentertijd niet aangemerkt kon worden als onbehoorlijk, dan kan dit achteraf bij faillissement niet ineens wel als onbehoorlijk worden aangeduid. Er dient getoetst te worden naar het moment dat de bestuurstaken zijn verricht.⁸⁸

⁷⁹ Olaerts 2012, p. 179

⁸⁰ HR 8 juni 2001, NJ 2001/454 (*Gilhuisq.q./Panmo*) en HR 7 juni 1996, NJ 1996/695 (*Van Zoolingen*)

⁸¹ HR 14 oktober 2005, JOR 2006/61 (*Ontvanger/Van Burgeler*)

⁸² *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 3-4

⁸³ ECLI:NL:GHSHE:2020:256, r.o. 3.8

⁸⁴ Huizink GS, aant. 28.3 en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/465

⁸⁵ HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*Willemsen/NOM*)

⁸⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 9

⁸⁷ *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 9, p. 2 en Westenbroek 2016, p. 178

⁸⁸ Westenbroek 2017, p. 138

Ondernemersrisico en ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’

De aard van de functie als bestuurder neemt het nemen van risico's met zich mee. Het bestuur moet niet gestraft kunnen worden voor onopzettelijke domheden of beleidsfouten, die tot de ‘normale’ ondernemingsrisico's vallen. Slechts in het oog springende onbehoorlijkheden van de taakvervulling vallen onder kennelijk onbehoorlijk bestuur.⁸⁹ Er mag een bestuurder geen ernstig verwijt worden gemaakt ingeval van fouten, misrekeningen of achteraf beschouwde onjuiste beoordelingen die van belang zijn voor het voeren van beleid.⁹⁰ Aansprakelijkheid komt pas naar voren als er sprake is van onverantwoordelijke risico's.⁹¹

Kennelijk onbehoorlijk bestuur impliceert fraude en bedrog, alsook onverantwoordelijk, onbezonnen, lichtzinnig en roekeloos handelen.⁹² Het moet duidelijk zijn dat het bestuur onder de maat zit van zijn kwaliteiten en bekwaamheden als bestuurder.⁹³ Voor kennelijk onbehoorlijk bestuur is nodig dat er onverantwoordelijk is gehandeld en dat schuldeisers de dupe hiervan zijn of kunnen zijn. De minister stelt het begrip ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ gelijk aan ‘misbruik’. Bij misbruik speelt steeds een element van onverantwoordelijkheid, schuld en verwijtbare nalatigheid een rol.⁹⁴ De minister heeft beoogd dat niet elk gebrekkig bestuur leidt tot een onbehoorlijke taakvervulling door het begrip ‘kennelijk’ toe te voegen in art. 2:248 BW.⁹⁵ In geval van twijfel moet het bestuur het voordeel krijgen.⁹⁶

Benadeling schuldeisers

De kern van art. 2:248 BW ziet op de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschap. Immers is de strekking van dit artikel het bestrijden van misbruik.⁹⁷ Het bestuur handelt onbehoorlijk indien komt vast te staan dat de belangen van de schuldeisers zijn geschaad en het bestuur wist of behoorde te weten dat zijn handelen de gezamenlijke schuldeisers zou benadelen.⁹⁸

Drie jaren termijn

Het kennelijk onbehoorlijk bestuur dient op grond van art. 2:248 lid 6 BW binnen drie jaar voorafgaand het faillissement van de vennootschap te hebben plaatsgevonden. Als het hierbuiten valt, kan de curator nog een vordering doen op art. 2:9 BW.⁹⁹

⁸⁹ Lennarts T&C 2019, commentaar op art. 2:248 BW

⁹⁰ *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 6, p. 20-21 en Olaerts 2012, p. 179

⁹¹ Westenbroek 2017, p. 159-160

⁹² HR 8 juni 2001, NJ 2001/454 (*Gilhuisq.q./Panmo*)

⁹³ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 9, p. 14

⁹⁴ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 21

⁹⁵ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 21

⁹⁶ HR 8 juni 2001, NJ 2001/454 (*Gilhuisq.q./Panmo*)

⁹⁷ Huizink GS, aant. 8.3

⁹⁸ HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370

⁹⁹ Lennarts T&C 2019, commentaar op art. 2:248 BW

Ernstig verwijt

Aansprakelijkheid kan slechts gelden indien het bestuur een ernstig verwijt kan worden gemaakt.¹⁰⁰ De oorsprong van het ernstig verwijt criterium komt uit het arbeidsrecht. De Hoge Raad oordeelde in het *Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek*-arrest¹⁰¹ en vervolgens in het *Debrot*-arrest¹⁰² dat de werknemer jegens de werkgever aansprakelijk is voor de door hem toegebrachte schade aan de werkgever, indien hem een ernstig verwijt valt te maken, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. In 2006 heeft de Hoge Raad in het arrest *Ontvanger/Roelofsen*¹⁰³ gesteld dat voor externe bestuurdersaansprakelijkheid vereist is dat het bestuur een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of er sprake is van ernstig verwijt van het bestuur, moet beoordeeld worden aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Volgens de Hoge Raad valt hieronder: “...de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico’s, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover het bestuur beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissing of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.”¹⁰⁴

3.3.2. Een belangrijke oorzaak van het faillissement

De curator dient te bewijzen dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Indien dit door rechter bewezen wordt geacht, is het aan de curator om aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is.¹⁰⁵ Ofwel de curator dient het causale verband tussen het kennelijk onbehoorlijk bestuur en het faillissement van de vennootschap aannemelijk te maken.¹⁰⁶ Als de curator het causale verband aannemelijk heeft gemaakt en het bestuur de aannemelijkheid niet kan weerleggen, is het gehele bestuur aansprakelijk voor het boedeltekort van de vennootschap tegenover de schuldeisers.¹⁰⁷

Het kan zijn dat het bestuur schuldig risico’s heeft genomen waarvan schuldeisers de dupe zouden kunnen worden, maar dat niet aannemelijk is dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Of kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is, is afhankelijk van de mate waarin andere omstandigheden hebben bijgedragen

¹⁰⁰ Westenbroek 2016, p. 182

¹⁰¹ HR 27 juni 1975, NJ 1976/81 (*Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek*)

¹⁰² HR 4 februari 1983, NJ 1983/543 (*Debrot*)

¹⁰³ HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*)

¹⁰⁴ HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven*)

¹⁰⁵ HR 8 juni 2001, NJ 2001/454 (*Gilhuisq.q./Panmo*)

¹⁰⁶ HR 24 januari 2014, NJ 2014/177 (*Magista BV*)

¹⁰⁷ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 22

aan het faillissement.¹⁰⁸ Blijkt dat deze andere omstandigheden in overwegende mate het faillissement heeft veroorzaakt, dan geldt het kennelijk onbehoorlijk niet als belangrijke oorzaak.¹⁰⁹ Dit kan het geval zijn als het faillissement is veroorzaakt door een van buiten komende oorzaak, zoals een economische tegenslag, het wegvallen van een buitenlandse markt door oorlogsomstandigheden of persoonlijke omstandigheden van de bestuurders¹¹⁰, alsook het niet kunnen behalen van de verwachte omzet of de hoge personeelskosten.¹¹¹

3.4. Wettelijke vermoedens

Indien het bestuur niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht ex. art. 2:10 BW¹¹² en de publicatieplicht ex. art. 2:394 BW¹¹³ heeft het bestuur (onweerlegbaar) zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt (weerlegbaar) vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement op grond van art. 2:248 lid 2 BW¹¹⁴.

Deze plichten worden beschouwd als fundamentele verplichtingen van het bestuur.¹¹⁵ Het niet naleven van deze verplichtingen wijst erop dat het bestuur zijn taak voor het overige en dus in het algemeen niet behoorlijk heeft vervuld. Daarnaast duidt een dergelijke schending op een weinig betrouwbaar en serieus ondernemerschap. Het ontbreken van een behoorlijk bijgehouden boekhouding en een niet tijdig gepubliceerde jaarrekening resulteert automatisch in kennelijk onbehoorlijk bestuur. Dit vermoeden is onweerlegbaar. Het gaat hier om een vermoeden, omdat het voor de curator moeilijk is bewijs te leveren door het ontbreken van die behoorlijke boekhouding en jaarrekening en heeft hiervoor dan ook geen bewijslast.

Voorts wordt door de schending van de publicatie-en administratieplicht het vermoeden geschept dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.¹¹⁶ Dit laatstgenoemde vermoeden kan door het bestuur worden ontzenuwd.¹¹⁷ Dit is een omkering van bewijslast. Het bestuur dient aannemelijk te maken dat andere feiten en omstandigheden dan het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.¹¹⁸ Het moet gaan om externe oorzaken, zoals economische

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 26

¹⁰⁹ GH 27 april 2006, JOR 2006/260 (*Palland*)

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 4-5; *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 26 en 38; *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 9, p. 22 e.v.

¹¹¹ Rb. Roermond 12 februari 2003, JOR 2003/83 (*Adrians Machinebouw BV*)

¹¹² Zie bijlage 3

¹¹³ Zie bijlage 3

¹¹⁴ Zie bijlage 3

¹¹⁵ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 27 en Stolp 2013, p. 1

¹¹⁶ *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 4

¹¹⁷ HR 5 juni 1998, NJ 1998, 668 (*Stainless Products Holland BV*)

¹¹⁸ HR 23 november 2001, NJ 2002/95 (*Mefigro*) en HR 20 oktober 2006, NJ 2007/2 (*Van Schilt*)

tegenslag, persoonlijke omstandigheden of anderszins.¹¹⁹ Deze andere feiten en omstandigheden kunnen ook gelegen zijn in fouten of misrekeningen van het bestuur, zolang maar voldaan wordt aan de maatstaf dat een redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden op dezelfde manier zou hebben gehandeld.¹²⁰ Stelt de curator dat het bestuur heeft nagelaten deze externe oorzaken te voorkomen, dient het bestuur voorts aannemelijk te maken dat dit nalaten geen kennelijk onbehoorlijk bestuur oplevert.¹²¹ Als het bestuur hierin slaagt, is het vervolgens weer aan de curator om aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur toch mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.¹²²

3.4.1. Administratieplicht ex. art. 2:10 BW

Art. 2:10 BW¹²³ verplicht het bestuur een behoorlijke administratie te voeren en jaarlijks binnen zes maanden na afloop van het boekjaar de balans en de staat van de baten en lasten van de vennootschap op te maken. Er geldt een bewaarplicht van zeven jaar.¹²⁴ Aan een behoorlijk administratie is voldaan indien de boekhouding van zodanig niveau is dat: “men snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en dat deze posities en stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de vennootschap een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie”. Er kunnen ook andere elementen dan de crediteuren-en debiteurenpositie en de stand van liquiditeiten van belang zijn.¹²⁵ Het bijhouden van de administratie is een hulpmiddel voor het besturen en het beheersen van een vennootschap. Een adequate administratie bevordert een goede besturing van de vennootschap. De administratie moet bestaan uit betrouwbare informatie over de financiële positie, zodat het bestuur op verantwoorde wijze beslissingen kan nemen voor het (toekomstige) te voeren beleid. Ook moet de administratie voor de curator een eenduidig en getrouw beeld geven van de rechten en de verplichtingen van de vennootschap.¹²⁶

Inhoud van de administratie

De wijze van de inrichting van de administratie hangt af van de aard, de omvang en de complexiteit van de vennootschap.¹²⁷ Het voeren van een administratie wordt gezien als het systematisch verzamelen, vastleggen en verwerken van gegevens van alle activiteiten van de vennootschap. Of de

¹¹⁹ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 26

¹²⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9858, r.o. 5.4.

¹²¹ ECLI:NL:GHDHA:2019:3299, r.o. 2.24

¹²² HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773

¹²³ Zie bijlage 3

¹²⁴ Art. 2:10 lid 3 BW

¹²⁵ HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2932

¹²⁶ Harmsen 2019, p. 170-172

¹²⁷ HR 11 juni 1993, NJ 1993/713 (*Kempers en Sarper*)

administratie van een vennootschap voldoende is, moet er gekeken worden naar de doelen van de administratie. Een adequate administratie moet de volgende doelen bevatten:

- het besturen en beheersen van de vennootschap;
- het doen functioneren van de vennootschap;
- het afleggen van verantwoording over de gang van zaken van de vennootschap.¹²⁸

3.4.2. Publicatieplicht ex. art. 2:394 BW

Art. 2:394 BW¹²⁹ verplicht het bestuur de jaarrekening binnen acht dagen na vaststelling openbaar te maken. De jaarrekening dient binnen vijf maanden na afloop van het boekjaar te zijn opgemaakt. Dit termijn kan door de AV worden verlengd. Sinds 1 januari 2016 is de uiterste termijn voor openbaarmaking van de jaarrekening binnen twaalf maanden na afloop van het boekjaar.¹³⁰ Voor de vraag of de jaarrekening tijdig is gepubliceerd, oordeelde de Hoge Raad dat het niet relevant is of deze termijn op de juiste manier is verlengd. Het bestuur moet in elk geval rekening houden met de door de wet toegestane uiterste publicatietermijn van twaalf maanden.¹³¹

3.4.3. Onbelangrijk verzuim

Verder geeft art. 2:248 lid 2 BW aan dat een onbelangrijk verzuim niet in aanmerking wordt genomen. Dit houdt in dat het verzuim van de publicatie-en/of boekhoudplicht zo onbelangrijk is dat dit niet wordt aangemerkt als kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het hangt van de omstandigheden van het geval af of er sprake is van onbelangrijk verzuim.¹³² Dit hangt met name af of er voor het onbelangrijk verzuim een aanvaardbare verklaring bestaat. Voorbeelden van een dergelijk onbelangrijk verzuim zijn:

- Het overschrijden van de uiterste termijn voor het openbaar maken van de jaarrekening met enkele dagen¹³³, te meer als gevolg van een computerstoring.¹³⁴
- Achterstand van de boekhouding door een tijdelijke zieke boekhouder.¹³⁵
- Door omstandigheden die in de risicosfeer van het bestuur behoren, zoals een dyslectische bestuurder.¹³⁶

¹²⁸ Harmsen 2019, p. 176-177

¹²⁹ Zie bijlage 3

¹³⁰ Art. 2:394 lid 3 BW

¹³¹ HR 11 juni 1993, NJ 1993/713 (*Kempers en Sarper*)

¹³² HR 20 oktober 2006, NJ 2007/2 (*Van Schilt*)

¹³³ HR 11 juni 1993, NJ 1993/713 (*Kempers en Sarper*)

¹³⁴ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 9, p. 16

¹³⁵ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 9, p. 16

¹³⁶ HR 12 juli 2013, NJ 2013/401; RO 2013/69 (*Apeldoornse Asbestsanering*)

Termijnoverschrijding

Bij overschrijding van de termijn op grond van art. 2:394 lid 3 BW voor het openbaar maken van de jaarrekeningen hangt het in het bijzonder af van de redenen van deze termijnoverschrijding. Zoals uit het hiervoor gegeven voorbeeld blijkt dat volgens de minister sprake kan zijn van onbelangrijk verzuim, indien de termijnoverschrijding is veroorzaakt door een computerstoring. Naarmate de termijnoverschrijding langer is, worden er hogere eisen gesteld aan de redenen die hebben geleid tot deze overschrijding.¹³⁷

3.5. Disculpatie

Een individuele bestuurder heeft de mogelijkheid zich te bevrijden van aansprakelijkheid. Art. 2:2:248 lid 3 BW luidt: *“Niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.”*

Uit de memorie van toelichting blijkt dat een bestuurder voldoende is gedisculpeerd, indien:

- hij zich verzet tegen de besluitvorming of handelingen met betrekking tot onbehoorlijke taakvervulling;
- die kennelijk onbehoorlijke taakvervulling aanduidt;
- hij aftreedt om zich te onthouden aan verdere meewerking.¹³⁸

Het kan zijn dat de desbetreffende besluiten of handelingen buiten zijn toedoen zijn genomen of dat aan hem verkeerde informatie is verstrekt. De bestuurder moet dan aantonen dat er bij hem geen vermoeden kon bestaan dat de medebestuurders hun taken kennelijk onbehoorlijk vervulden. Daarnaast kan de bestuurder afwezig zijn bij besluitvorming door vakantie of besprekingen in het buitenland. Ook deze situatie kan de bestuurder ontlasten van het verwijt, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval.¹³⁹

3.6. Tussenconclusie

Het bestuur is aansprakelijk in geval van faillissement indien er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en het is aannemelijk dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Van kennelijk onbehoorlijk bestuur kan alleen worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden op dezelfde wijze zou hebben gehandeld. Daarbij moet gekeken worden naar de totaliteit en samenhang van alle gedragingen. De rechter dient ook rekening te houden met de

¹³⁷ ECLI:NL:GHDHA:2019:3299, r.o. 2.21

¹³⁸ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 19 en Huizink GS, aant. 14.1

¹³⁹ Huizink GS, aant. 14.1

omstandigheden van het geval, dat besturen samengaat met het nemen van ondernemingsrisico's en dient zonder wijsheid achteraf te oordelen. Het bestuur is in veel gevallen aansprakelijk als het onverantwoordelijke, onbezonnen, lichtzinnige en roekeloze besluiten neemt en de schuldeisers de dupe hiervan (kunnen) zijn. Bij schending van de administratie –of publicatieplicht staat automatisch onweerlegbaar vast dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en er wordt weerlegbaar vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Dit wijst er namelijk op dat het bestuur zijn taak voor het overige en dus in het algemeen niet behoorlijk heeft vervuld en dit duidt op een weinig betrouwbaar en serieus ondernemerschap.

Hoofdstuk 4 Gevallen van kennelijk onbehoorlijk bestuur in geval van faillissement

4.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk is onder andere ingegaan op het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’-vereiste. In dit hoofdstuk wordt nader uiteengezet in welke gevallen er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. De rechter neemt hierbij het vereiste in acht dat geen redelijk ander denkende bestuurder in dezelfde omstandigheden op die manier zou hebben gehandeld en of het bestuur wist of behoorde te weten dat zijn handelen de gezamenlijke schuldeisers zou benadelen. Ook kijkt de rechter naar de ernstigverwijtbaarheid van het bestuur in samenhang met alle omstandigheden van het geval. Allereerst worden hieronder een aantal voorbeelden weergegeven die in de literatuur naar voren komen. Vervolgens worden er voorbeelden van kennelijk onbehoorlijk bestuur besproken die zijn onderbouwd met praktijkgevallen.

4.2. Voorbeelden van kennelijk onbehoorlijk bestuur

Van Solinge en Nieuwe Weme benoemen in hun boek een aantal gevallen van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Deze luiden als volgt:

- het nemen van beslissingen met grote financiële gevolgen zonder behoorlijke voorbereiding;
- het nalaten van een onderzoek naar de kredietwaardigheid van contractspartners waarmee belangrijke zaken worden gedaan;
- het zich niet (tijdig) indekken tegen duidelijk voorzienbare risico's;
- het verlenen van medewerking aan een zodanige dividenduitkering in het eigen belang van de enige aandeelhouder dat de vennootschap haar activiteit moest stoppen met achterlating van onbetaalde crediteuren;
- het handelen in strijd met het vennootschappelijk belang, zoals het doen van privé-uitgaven ten laste van de vennootschap waardoor de bestuurder zich verrijkt en schuldeisers de dupe worden;
- het missen van de kwaliteit om als bestuurder op te treden.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/457

4.3. Dividenduitkering

De AV is bevoegd een besluit tot dividenduitkering aan de aandeelhouders vast te stellen op grond van art. 2:216 lid 1 BW. Lid 2 stelt dat het bestuur de dividenduitkering moet weigeren indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.¹⁴¹ De Hoge Raad oordeelde dat een dergelijk besluit, ook indien deze is goedgekeurd, kennelijk onbehoorlijk bestuur kan opleveren.¹⁴² Een bestuurder die zijn medewerking heeft verleend aan het voorbereiden en uitvoeren van een onverantwoordelijke dividenduitkering heeft zijn taak kennelijk onbehoorlijk bestuurd, indien redelijkerwijs te verwachten is dat de schuldeisers door de uitkering de dupe zijn.¹⁴³

In de zaak *Reinders Didam* bracht het Hof onder meer naar voren dat ook bij de beoordeling van kennelijk onbehoorlijk bestuur inzake onverantwoordelijke dividenduitkeringen is vereist dat geen redelijk denkend bestuur onder dezelfde omstandigheden tot een dergelijk besluit komt.¹⁴⁴ In deze zaak had de bestuurder meegewerkt aan de voorbereiding en uitvoering van een bedrijfseconomisch onverantwoordelijk besluit tot dividenduitkering. Hierdoor werd de uitkerende vennootschap enorm beperkt in haar liquiditeitspositie, waarna zij niet meer kon voldoen aan haar verplichtingen. De schuldeisers waren hiervan de dupe. Het hof oordeelde dat de bestuurder zijn persoonlijke belangen boven het vennootschappelijk belang had laten gaan, wat resulteerde in een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. De Hoge Raad oordeelde niet anders.¹⁴⁵

4.4. Onbetaalde schulden

De minister benoemd in de memorie van antwoord bij de derde anti-misbruikwet dat er sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling als het bestuur welbewust de premie- en belastingschulden onbetaald laat met als gevolg het faillissement van de vennootschap. De minister ziet ook als misbruik het door het bestuur namens de vennootschap schulden aangaan zonder voldoende rekenschap te houden of de vennootschap die schulden wel kan aflossen. Of zelfs het bewust aangaan van schulden terwijl de vennootschap niet over voldoende middelen beschikt om aan deze schulden te voldoen.¹⁴⁶

Het Hof oordeelde in een zaak dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur door het niet betalen van de belastingschulden. Geen redelijk denkend bestuurder zou in dezelfde omstandigheden

¹⁴¹ Art. 2:216 lid 2 BW

¹⁴² HR 30 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2382 (*Van Essen/Aalbrecht en Looman*)

¹⁴³ HR 6 februari 2004, JOR 2004/67 (*Reinders Didam*)

¹⁴⁴ Hof Arnhem 19 februari 2002, LJN AD9640, JOR 2002/56 (*Reinders Didam*)

¹⁴⁵ HR 6 februari 2004, JOR 2004/67 (*Reinders Didam*)

¹⁴⁶ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 13

(voortdurende betalingsachterstanden bij de Belastingdienst) een managementvergoeding van € 45.000,- p/m in rekening brengen. De vennootschap zat in een financieel kwetsbare positie, terwijl er elke maand een managementvergoeding werd overgeboekt ten goede van de bestuurder. Het Hof vond dat de bestuurder voor een ander financieel beleid had moeten kiezen.

4.5. Het verzuimen van de meldingsplicht

Op grond van art. 36 lid 2 van de Invorderingswet 1990 is de vennootschap verplicht onverwijld nadat is geconstateerd dat zij niet in staat is de loonbelasting of omzetbelasting te voldoen, daarvan schriftelijk mededeling te doen aan de Belastingdienst. Het betreft hier een melding van betalingsonmacht. Indien de vennootschap niet of niet op juiste wijze de desbetreffende mededeling heeft gedaan, is het bestuur hiervoor hoofdelijk aansprakelijk, met dien verstande dat wordt vermoed dat de niet betaling aan hem is te wijten en dat de periode van drie jaren wordt geacht in te gaan op het tijdstip waarop de vennootschap in gebreke is. Het bestuur dient aannemelijk te maken dat het niet mededelen van de betalingsonmacht niet aan hem te wijten is.¹⁴⁷

4.6. Selectieve betalingen

Er bestaat geen algemene regel op grond waarvan de schuldenaar selectieve betalingen mag doen. Het uitgangspunt is dat het bestuur in beginsel vrij staat op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden worden voldaan.¹⁴⁸

Het bij voorrang voldoen van een bepaalde schuldeiser wordt aangemerkt als kennelijk onbehoorlijk bestuur als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zo zou hebben gehandeld. Hierbij moet rekening worden gehouden met alle feiten omstandigheden van het geval. Geen redelijk ander denkende bestuurder zou bewerkstelligen dat de belastingschulden onbetaald blijven, terwijl hij wist of redelijkerwijs had moeten begrijpen dat deze handelwijze dit als gevolg zou hebben.¹⁴⁹

De vrijheid voor het doen van selectieve betalingen is beperkter indien de vennootschap heeft besloten haar activiteiten te beëindigen. In die situatie staat het bestuur in beginsel niet vrij schuldeisers die aan de vennootschap zijn gelieerd met voorrang boven andere schuldeisers, onder wie de belastingdienst, te voldoen, tenzij die betaling door bijzondere omstandigheden wordt

¹⁴⁷ Art. 36 lid 4 Invorderingswet 1990

¹⁴⁸ HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9654 (*Zandvliet/ING*), r.o. 4.1.2

¹⁴⁹ HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:530, r.o. 3.2.2

gerechtvaardigd.¹⁵⁰ Ook staat het de bestuurder in deze situatie niet vrij niet-gelieerde schuldeisers voorrang te geven indien hij daarbij een persoonlijk belang heeft.¹⁵¹

4.7. Tussenconclusie

Het bestuur heeft beleidsvrijheid om te besturen. Vaak is het bestuur in beginsel bevoegd op eigen afweging een beslissing te nemen tot bijvoorbeeld het doen van een dividenduitkering of bepaalde schuldeisers met voorrang te betalen. Echter zodra geen redelijk ander denkende bestuurder in dezelfde omstandigheden zo zou hebben gehandeld, heeft het bestuur zijn taak onbehoorlijk vervuld. Vaak zijn de schuldeisers de dupe als gevolg van het kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het bestuur wordt in deze gevallen aansprakelijk gehouden. In het volgende hoofdstuk is te zien in welke gevallen en op grond van welke vereisten de rechter de afgelopen jaren het bestuur aansprakelijk heeft gesteld.

¹⁵⁰ HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669 (*Coral/Stalt*), r.o. 3.4.3

¹⁵¹ HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576, r.o. 3.5.1-3.5.2

Hoofdstuk 5 Resultaten

5.1. Inleiding

Het bestuur is aansprakelijk indien het zijn taak kennelijk onbehoorlijke heeft vervuld en het aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is krachtens art. 2:248 BW. Indien er niet is voldaan aan de verplichtingen uit art. 2:10 (boekhoudplicht) en art. 2:394 BW (publicatieplicht), staat automatisch vast dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Tevens wordt er vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

De wet, kamerstukken, literatuur en de vaste jurisprudentie zijn in de voorgaande hoofdstukken uiteengezet. Opeenvolgend wordt in dit hoofdstuk uitgewerkt hoe de rechter de afgelopen jaren heeft geoordeeld inzake de bestuurdersaansprakelijk in geval van faillissement. Bij de jurisprudentieanalyse is onderscheid gemaakt tussen lid 1 en lid 2 van art. 2:248 BW. Er is gekozen voor 15 uitspraken op grond van lid 1 en 10 uitspraken op grond van lid 2, wat brengt op een totaal van 25 geanalyseerde uitspraken. Deze zullen apart worden besproken.

Voorwaarden bij de beoordeling namens de rechter

Jurisprudentieanalyse ex art. 2:248 lid 1 BW

In deze gevallen oordeelt de rechter of het bestuur aansprakelijk is aan de hand van de volgende voorwaarden:

- Voorwaarde 1: er is sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur.
- Voorwaarde 2: het kennelijk onbehoorlijk bestuur is een belangrijke oorzaak van het faillissement.

Jurisprudentieanalyse ex art. 2:248 lid 2 BW

In geval van lid 2 oordeelt de rechter aan de hand van de volgende voorwaarden:

- Voorwaarde 1: de boekhoudplicht ex art. 2:10 BW en/of de publicatieplicht ex. art. 2:394 BW is geschonden.
- Voorwaarde 2: er is sprake van een onbelangrijk verzuim.
- Voorwaarde 3a: het is niet aannemelijk dat er andere feiten en omstandigheden/van buitenkomende oorzaken, dan kennelijk onbehoorlijk bestuur, het faillissement hebben veroorzaakt.
- Voorwaarde 3b: het bestuur heeft nagelaten deze andere van buitenkomende oorzaken te voorkomen.

De uitspraken zijn onderverdeeld in lid 1 en lid 2 van art. 2:248 BW. Deze zullen apart worden besproken. Hierbij worden de gevallen waarbij het bestuur wel of niet aansprakelijk is beide besproken. Binnen deze categorieën zijn subcategorieën gemaakt. Deze subcategorieën zijn uitgekozen op grond van de verschillende situaties. Voorafgaand dient er een opmerking te worden gemaakt dat de rechter de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling toetst in totaliteit en samenhang van alle gedragingen en in het licht van alle omstandigheden van het geval.¹⁵²

5.2. Kennelijk onbehoorlijk bestuur op grond van art. 2:248 lid 1 BW

De rechter oordeelt het kennelijk onbehoorlijk bestuur aan de hand van het vereiste ‘dat geen ander redelijk denkende bestuurder in dezelfde omstandigheden op die manier zou hebben gehandeld’¹⁵³ en er is sprake van benadeling van de gezamenlijke schuldeisers. In zijn oordeel kijkt hij naar alle bestuurshandelingen in samenhang met elkaar met het oog op alle omstandigheden van het geval.

5.2.1. Wel aansprakelijk

Uit de jurisprudentieanalyse is gebleken dat het bestuur in diverse gevallen kennelijk onbehoorlijk heeft bestuurd. De volgende gevallen zijn naar voren gekomen: het doen van selectieve betalingen (o.a. met als gevolg het onbetaald laten van belastingschulden), aanvragen van het eigen faillissement, overdragen van de gehele activa naar een andere vennootschap en geldonttrekkingen uit de vennootschap ten gunste van persoonlijke belangen. De gevallen worden hieronder apart besproken. Hierbij houdt de rechter rekening met alle omstandigheden van het geval. In 12 van de 15 gevallen is het bestuur hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor kennelijk onbehoorlijk bestuur en is het aannemelijk dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement.¹⁵⁴

Selectieve betalingen

Van de 12 gevallen is het bestuur in 3 gevallen aansprakelijk gesteld voor het ten onrechte doen van selectieve betalingen. Selectieve betalingen zijn onrechtmatig als het gaat om een onverplichte rechtshandeling, waarbij de schuldeisers worden benadeeld. Indien het bestuur een schuld *kort voor het faillissement* verrekent met één crediteur en daarmee voorrang geeft ten nadele van de andere crediteuren, worden de gezamenlijke schuldeisers benadeeld.¹⁵⁵ Geen redelijk ander denkende bestuurder zou in dezelfde situatie zo hebben gehandeld. In deze situatie vervult het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk.

¹⁵² HR 14 oktober 2005, JOR 2006/61 (*Ontvanger/Van Burgeler*)

¹⁵³ HR 8 juni 2001, NJ 2001/454 (*Gilhuisq.q./Panmo*)

¹⁵⁴ Zie bijlage 1

¹⁵⁵ Rb Rotterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10169, r.o. 4.8-4.15

Nog nader worden onderzocht

In twee gevallen heeft het bestuur bewerkstelligd dat de belastingschulden onbetaald zijn gebleven door het met voorrang voldoen van andere schuldeisers. Volgens de Hoge Raad staat het de bestuurder in beginsel vrij op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers eerst worden voldaan. Dit mag alleen indien de activiteiten van de vennootschap nog niet zijn gestaakt en het faillissement niet onvermijdelijk is. Het bestuur mag echter geen schuldeisers met voorrang voldoen met de wetenschap dat hij de belastingschulden onbetaald laat.¹⁵⁶

In een zaak was de aflossing van de schuld aan de bank met voorrang voldaan, waardoor de Belastingdienst onbetaald was gebleven. De bank had op alle bankrekeningen van de vennootschap een pandrecht gevestigd, waardoor de binnenkomende betalingen meteen door de bank werden verrekend. Het bestuur had hierover geen keuze en kon dit ook niet tegenhouden. Indien het bestuur niet bij machte is de gewraakte bestuurshandelingen niet te verrichten of tegen te houden, kan hem geen kennelijk onbehoorlijk bestuur worden aangemerkt.¹⁵⁷

Onrechtmatige eigen faillissementsaanvraag

In 2 van de 12 gevallen heeft het bestuur ten onrechte een eigen faillissement aangevraagd. Ook al heeft het bestuur de bevoegdheid om het faillissement van de vennootschap aan te vragen, dan wordt nog wel van hem verwacht alvorens de aanvraag in te dienen, zelf enig onderzoek te verrichten.¹⁵⁸ Van een zorgvuldig handelend bestuurder mag worden verwacht dat hij de laatste financiële stand van zaken verifieert en overleg pleegt met de betrokkenen, voordat hij zulke drastische stappen als het aanvragen van het faillissement neemt.¹⁵⁹ Zeker al hebben de betrokkenen de continuïteit van de vennootschap voor ogen.¹⁶⁰ Een dergelijke situatie levert kennelijk onbehoorlijk bestuur op. Als voorwaarde geldt wel dat de schuldeisers hierdoor daadwerkelijk zijn benadeeld.¹⁶¹

Gelden onttrekken uit de vennootschap

Geldonttrekkingen uit de vennootschap levert kennelijk onbehoorlijk bestuur op, indien het bestuur heeft gehandeld met het oog op het behartigen van de persoonlijke belangen en er is een liquiditeitstekort ontstaan. Door de slechte liquiditeitspositie blijven de schuldeisers bewust of onbewust onbetaald. Van belang voor de vaststelling van bestuurdersaansprakelijkheid is dat aan de ene kant sprake is van een aanzienlijke schuldenpositie van de vennootschap, terwijl aan de andere kant sommen geld zijn onttrokken aan de bankrekening van de vennootschap, zonder dat hier enige

¹⁵⁶ HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576, r.o. 3.6 en 3.7

¹⁵⁷ HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:530, r.o. 3.3.4

¹⁵⁸ Hof 's-Hertogenbosch 19 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4030, r.o. 3.4.7

¹⁵⁹ Hof 's-Hertogenbosch 19 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4030, r.o. 3.4.6

¹⁶⁰ Hof 's-Hertogenbosch 19 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4030, r.o. 3.4.4

¹⁶¹ HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, r.o. 3.5.2

vorm van zekerheid aan ten grondslag ligt.¹⁶² Onttrekkingen uit de vennootschap voor privé-uitgaven, zoals bezoek aan sportevenementen, etentjes en vliegtickets worden als onrechtmatig gekwalificeerd.¹⁶³ Voorts wordt het doen van een dividenduitkering op het moment dat de vennootschap geen winst meer maakt of onvoldoende reserves heeft zonder een deugdelijke financiële toelichting aangemerkt als kennelijk onbehoorlijk bestuur.¹⁶⁴

Er is sprake van misbruik door het doelbewust handelen met de wetenschap dat de schuldeisers benadeeld zullen worden door geldonttrekkingen uit de vennootschap naar de privérekening van de bestuurder. Ook onttrekken aan het vermogen van de vennootschap door pinbetalingen om te leiden naar een andere BV, is misbruik indien hieraan geen deugdelijke onderbouwing ten grondslag ligt.¹⁶⁵ Een redelijk denkende bestuurder zou niet zo hebben gehandeld.¹⁶⁶ Met deze kennis zou de financierder dan ook de financiering stopzetten, wat uiteindelijk zal resulteren in het niet meer kunnen betalen van de schuldeisers met als gevolg het faillissement.¹⁶⁷

Overhevelen van activa naar een andere vennootschap

Het bestuur vervult zijn taak kennelijk onbehoorlijk in het geval de gehele of nagenoeg gehele vennootschap (goodwill, klantenbestanden, etc.) voorafgaand aan het faillissement wordt overgeheveld naar een andere B.V., zonder dat daar een reële vergoeding tegenover staat. Gelet op het voorgaande genereert de vennootschap vervolgens geen omzet meer en blijft het achter met alleen schulden.¹⁶⁸ De schuldeisers zijn hiervan de dupe, omdat zij onbetaald zullen blijven. Het vervolgens ook ‘uitvaren’ van de andere B.V. uit het groepsverband zorgt ervoor dat elke verhaalsmogelijkheid op en verdien capaciteit van de failliet verdwijnt. Zulke situaties levert volgens de rechter kennelijk onbehoorlijk bestuur op en is het aannemelijk dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.¹⁶⁹

5.2.2. Niet aansprakelijk

Uit de jurisprudentieanalyse is gebleken dat het bestuur in 3 van de 15 gevallen niet aansprakelijk is gesteld op grond van art. 2:248 lid 1 BW.¹⁷⁰ In deze gevallen is naar voren gekomen dat er andere feiten en omstandigheden het faillissement hebben veroorzaakt, namelijk de economische crisis met

¹⁶² Rb Noord-Holland 7 maart 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2055, r.o. 4.6

¹⁶³ Rb Noord-Holland 7 maart 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2055, r.o. 4.16

¹⁶⁴ Rb Overijssel 24 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:245, r.o. 4.8

¹⁶⁵ Rb Gelderland 10 juli 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3164, r.o. 5.6 en 5.7

¹⁶⁶ Rb Gelderland 10 juli 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3164, r.o. 3.2

¹⁶⁷ Rb Gelderland 10 juli 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3164, r.o. 5.7

¹⁶⁸ Rb Gelderland 18 mei 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2709, r.o. 4.2

¹⁶⁹ Rb Overijssel 17 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:840, r.o. 4.3 en 4.4

¹⁷⁰ Zie bijlage 1

als gevolg verslechterde marktomstandigheden, niet voorzienbare financiële problemen van de vennootschap, interne tegenslagen, het nemen van maatregelen door het bestuur en niet benadeelde schuldeisers.

De economische crisis als oorzaak van het faillissement

Door de financiële crisis, zijn de marktomstandigheden in bepaalde branches verslechterd met als gevolg verliesgevende vennootschappen.¹⁷¹ Als gevolg van de crisis kregen ondernemingen te maken met een gebrek aan nieuwe opdrachten en hoge loonkosten.¹⁷² De economische crisis is op zichzelf staand onvoldoende om de bestuurdersaansprakelijkheid weg te nemen. Het bestuur dient aan te tonen dat het maatregelen heeft genomen ten aanzien van de continuïteit van de vennootschap, zoals het aanvragen van een aanbesteding of afspraken maken over een lager inhuurtarief.¹⁷³

Niet voorzienbare financiële problemen

Een dividenduitkering kan onrechtmatig zijn als zich ten tijde van de uitkering omstandigheden voordoen die ernstig te vrezen geven dat de vennootschap, na de uitkering, op afzienbare termijn door gebrek aan middelen niet haar betalingsverplichtingen kan voldoen. Het hof achtte in een zaak de dividenduitkering niet onzorgvuldig, omdat het besluit tot uitkering was genomen op een tijdstip dat er in geringe mate nog voor de opdrachtgever werd gewerkt en er dus nog een geringe winst werd gemaakt. Het bestuur hoefde niet op afzienbare termijn rekening te houden met dreigende betalingsproblemen.¹⁷⁴

Het overhevelen van de vennootschap/failliet is rechtmatig indien het bestuur de continuïteit voor ogen had en zij erop mochten vertrouwen dat de vennootschap beheersbaar leek ten tijde van de overname. Het bestuur mag afgaan op de liquiditeitsbegroting die is opgesteld door haar vaste financieel adviseur. Indien het voor het bestuur op basis van de beschikbare cijfers niet voorzienbaar was dat de vennootschap op korte termijn in grote financiële problemen zou komen, zijn zij niet aansprakelijk voor het boedeltekort.¹⁷⁵

Interne tegenslagen

Interne tegenslagen kunnen ervoor zorgen dat het voor vennootschap moeilijk is het hoofd boven water te houden. Denk bijvoorbeeld aan kleine vennootschappen met een klein aantal werknemers, waar een werknemer door een hartoperatie meer dan een jaar eruit ligt.¹⁷⁶ Ook het vertrekken van de

¹⁷¹ Rb Den Haag 11 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4944, r.o. 4.15 en r.o. 4.5

¹⁷² Rb Rotterdam 27 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2935, r.o. 4.10

¹⁷³ Hof Den Haag 3 mei 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1238, r.o. 4.28 en r.o. 4.31

¹⁷⁴ Hof Den Haag 3 mei 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1238, r.o. 4.28 en r.o. 4.23

¹⁷⁵ Rb Midden-Nederland 2 augustus 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3529, r.o. 4.17-4.18

¹⁷⁶ Rb Den Haag 11 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4944, r.o. 4.5

algemeen directeur met jarenlange ervaring en het langere tijd ziek zijn van een hoofd productiemanager kunnen een rol spelen bij het faillissement van een vennootschap. Door het moeten betalen van de hoge (loon)kosten wordt het voor een vennootschap steeds moeilijker om de vennootschap staande te houden, met faillissement als gevolg.¹⁷⁷

Voorts is het verliezen van grote opdrachtgever niet bevorderlijk voor het voortbestaan van de vennootschap. Doordat de belangrijkste opdrachtgevers voorafgaand aan het faillissement zijn betalingen opschort, kan het gevolg zijn dat een vennootschap niet meer in staat is haar eigen leveranciers te betalen. Het faillissement is onvermijdelijk door een zwakke liquiditeitspositie in combinatie met het gebrek aan opdrachten, het wegvallen van de belangrijkste opdrachtgevers of ervaren werknemers. In deze gevallen kunnen de omstandigheden niet aan het bestuur worden verweten.¹⁷⁸

Genomen maatregelen

Het nemen van voldoende maatregelen levert geen kennelijk onbehoorlijk bestuur op. In een zaak heeft de bestuurder de winkeloppervlakte verkleind, waardoor de huur aanzienlijk werd verlaagd en geen nieuwe medewerkers in dienst genomen, maar hijzelf en zijn echtgenote meer gingen werken zonder daarvoor salaris te ontvangen. Ook werd de bestuurder lid van een retailorganisatie, werden er flyers verspreid en werd er een nieuwe internetverkoopafdeling gestart. Deze feiten en omstandigheden ziet de rechter in het voordeel van de bestuurder.¹⁷⁹ Daarbij heeft de bestuurder maatregelen genomen om tot bedrijfsbeëindiging te komen, te weten opzegging van de huurovereenkomst, starten van een uitverkoop en aanvragen van ontslagvergunningen.¹⁸⁰

Geen benadeling van de schuldeisers

Indien de gezamenlijke schuldeisers niet zijn benadeeld door het handelen van het bestuur, kan het hiervoor niet aansprakelijk worden gesteld. Bijvoorbeeld bij het overhevelen van de vennootschap, waarbij de nieuwe vennootschap dezelfde activiteiten verricht en dus dezelfde schuldeisers heeft. Met of zonder overname had de vennootschap failliet gegaan. De schuldeisers zouden dus hoe dan ook te maken krijgen met een failliete schuldenaar.¹⁸¹ Ook is het bestuur niet aansprakelijk indien de schuldeisers niet zijn benadeeld door het besluit tot dividenduitkering.¹⁸²

¹⁷⁷ Rb Rotterdam 27 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2935, r.o. 4.10

¹⁷⁸ Rb Rotterdam 27 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2935, r.o. 4.10

¹⁷⁹ Rb Den Haag 11 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4944, r.o. 4.5

¹⁸⁰ Rb Den Haag 11 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4944, r.o. 4.15

¹⁸¹ Rb Midden-Nederland 2 augustus 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3529, r.o. 4.22-4.23

¹⁸² Rb Rotterdam 27 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2935, r.o. 4.7

5.3. Schending van de boekhoud- en/of publicatieplicht

Indien het bestuur niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht ex. art. 2:10 BW en/of de publicatieplicht ex. art. 2:394 BW heeft het bestuur (onweerlegbaar) zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt (weerlegbaar) vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement op grond van art. 2:248 lid 2 BW. In 10 van de 25 uitspraken is niet voldaan aan deze plichten. Eerst wordt besproken wanneer er deze fundamentele verplichtingen zijn geschonden. Vervolgens is uitgewerkt wanneer het bestuur wel of niet succesvol het vermoeden heeft kunnen ontzenuwen. Het bestuur heeft in 3 van de 10 gevallen het vermoeden weten te ontzenuwen. In de andere 7 gevallen is het bestuur aansprakelijk gesteld.

5.3.1. Administratie

In 5 van de 10 geanalyseerde uitspraken is er niet voldaan aan de administratieplicht op grond van art. 2:10 BW.¹⁸³ In de meeste gevallen wordt de schending hiervan vrij snel door de rechter aangenomen.

Ondeugdelijke administratie

Aan de eisen van art. 2:10 BW is voldaan indien de boekhouding van een zodanig niveau is dat men snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en deze posities en de stand van de liquiditeiten gezien de aard en de omvang van de vennootschap een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie.¹⁸⁴ Uit de uitspraken is gebleken dat er in de volgende gevallen sprake is van een ondeugdelijke administratie van de vennootschap:

- Er kan niet snel inzicht worden verkregen in de debiteuren-/crediteurenpositie nu het niet duidelijk is voor welke bedragen de participanten verschuldigd zijn aan de vennootschap. In het bijzonder verklaren de schuldeisers deze betreffende vorderingen ook niet verschuldigd te zijn. Dit vindt de rechter opmerkelijk en geeft er blijk van dat er sprake is van een ondeugdelijke administratie.¹⁸⁵
- Het bestuur heeft geen adequate verklaring voor het enorme verschil tussen de het gewaardeerde bedrag van de voorraad en het gewaardeerde bedrag van de voorraad door de curator.¹⁸⁶
- Het bestuur dient een zodanige controle te hebben van de administratie dat hij valsheden (van mutaties) had moeten hebben opgemerkt.¹⁸⁷

¹⁸³ Zie bijlage 2

¹⁸⁴ Rb Overijssel 24 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:245, r.o. 4.4

¹⁸⁵ Hof 's-Hertogenbosch 6 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2949

¹⁸⁶ Hof 's-Hertogenbosch 6 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2949

¹⁸⁷ Rb Limburg 25 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:7061, r.o. 4.1.1

Beschikbaarheid van de boekhouding

Het geheel ontbreken van de boekhouding (waaronder bank-, crediteuren- en debiteurenadministratie) van de jaren voorafgaand aan het jaar van het faillissement, komt voor de rekening en risico van het bestuur.¹⁸⁸ Het niet beschikbaar kunnen stellen aan de curator van een deugdelijke administratie na herhaaldelijke verzoeken acht de rechter ernstig verwijtbaar.¹⁸⁹

De stelling dat de administratie buiten het bestuur zijn schuld om verkeerd of verloren is gegaan, gaat in alle gevallen niet op.¹⁹⁰ Het is aan het bestuur om er voor te zorgen dat de boekhouding op orde is en bijvoorbeeld niet aan een boekhouder of adviseur.¹⁹¹

5.3.2. Publicatie van de jaarrekening

In 8 van de 10 zaken is de publicatieplicht op grond van art. 2:394 BW geschonden.¹⁹² Het bestuur dient uiterlijk binnen 12 maanden na afloop van het boekjaar de jaarrekening te publiceren. In de 8 gevallen is er sprake van een aanzienlijke termijnoverschrijding. De overschrijdingen schommelen tussen de twee en de tien maanden. Hierbij worden er hogere eisen gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is. In alle gevallen zijn de jaarrekeningen zodanig laat gepubliceerd, dat er zonder twijfel sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Ook het geheel verzuimen van de deponeringsplicht wordt zonder twijfel onweerlegbaar vermoed dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld.¹⁹³ De rechter acht het bestuur hiervoor ernstig verwijtbaar, omdat de publicatieplicht een fundamenteel vereiste voor een goed bestuur is.

5.3.3. Onbelangrijk verzuim

Indien het bestuur een aanvaardbare verklaring voor de schending van de administratie –of publicatieplicht heeft, kan dit aansprakelijkheid wegnemen. De schending is dan zodanig onbelangrijk dat het ‘door de vingers’ wordt gezien. Opvallend is dat bij 3 van de 10 uitspraken het ‘onbelangrijk verzuim’ niet wordt besproken.¹⁹⁴ In deze gevallen wordt na vaststelling van kennelijk onbehoorlijk bestuur als belangrijke oorzaak van het faillissement, meteen overgegaan naar de weerlegging daarvan

¹⁸⁸ Rb Overijssel 24 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:245, r.o. 4.4 en Hof Den Haag 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:259, r.o. 3.6

¹⁸⁹ Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:256, r.o. 3.17 en Rb Overijssel 24 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:245, r.o. 4.2

¹⁹⁰ O.a. Rb Overijssel 24 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:245, r.o. 4.4

¹⁹¹ Rb Limburg 25 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:7061, r.o. 4.3.2

¹⁹² Zie bijlage 2

¹⁹³ Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:256, r.o. 3.13 en r.o. 3.16

¹⁹⁴ Zie bijlage 2

namens het bestuur. Daarbij komt het onbelangrijke verzuim niet ter sprake. Opvallend is dat de administratieplicht in deze gevallen is geschonden. Zie hierover de volgende alinea.

In de 7 andere gevallen oordeelt de rechter dat er geen sprake is van onbelangrijk verzuim.¹⁹⁵ Het valt het op dat in alle gevallen de rechter dit onderbouwt met het feit dat de publicatietermijn ruimschoots is overschreden. De rechter benoemt in zijn oordeel of er sprake is van onbelangrijk verzuim de schending van de administratieplicht geen enkele keer. Hieruit blijkt dat schending van de publicatieplicht een omstandigheid is waaraan de rechter het onbelangrijk verzuim toetst.

5.3.4. Andere feiten en omstandigheden

Het bestuur kan het bewijsvermoeden weerleggen door aannemelijk te maken dat andere feiten en omstandigheden dan kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. In 3 van de 10 gevallen heeft het bestuur dit voldoende aannemelijk gemaakt.¹⁹⁶ Om het vermoeden te ontzenuwen geldt wel dat het bestuur maatregelen neemt om deze andere feiten en omstandigheden weg te nemen, dan wel in ieder geval goede pogingen hiertoe doet.¹⁹⁷ Het bestuur heeft in één zaak onvoldoende maatregelen genomen, waardoor het bestuur alsnog aansprakelijk is gesteld.¹⁹⁸

Verslechterde marktomstandigheden

De verslechtering/wijziging van de marktomstandigheden kan een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn. Denk bijvoorbeeld aan de kredietcrisis. De crisis heeft bepaalde sectoren ernstig geraakt. Het gevolg van de slechte marktomstandigheden is dat de vennootschap weinig tot geen omzet meer genereert. Opdrachtgevers en klanten zijn terughoudender door de crisis met als gevolg weinig bestellingen en opdrachten.¹⁹⁹ Indien deze ontwikkelingen zich buiten de invloedssfeer van het bestuur heeft voorgedaan, wordt dit hem niet aangerekend, behoudens er maatregelen zijn genomen om deze situatie zo veel mogelijk af te wenden.²⁰⁰

Een verslechterde markt kan ook gelegen zijn in een sterke omzetsdaling door plotseling sterk groeiende concurrentie (bijvoorbeeld door stijging van internetverkopen). De omzetsdaling op zichzelf is onvoldoende om aan te nemen dat andere feiten en omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Ook hier mag van het

¹⁹⁵ Zie bijlage 2

¹⁹⁶ Zie bijlage 2

¹⁹⁷ Hof 's-Hertogenbosch 6 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2949; Rb Rotterdam 21 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6785, r.o. 4.20-4.27

¹⁹⁸ Zie bijlage 2

¹⁹⁹ Hof Den Haag 12 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3299, r.o. 2.25

²⁰⁰ Rb Rotterdam 21 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6785, r.o. 4.21

bestuur verwacht worden dat er maatregelen worden genomen bij een teruglopende omzet, zoals een analyse van de redenen van de omzetsdaling of het innen van vorderingen op participanten.²⁰¹

De strekking van art. 2:248 BW is niet om achteraf het bestuur te straffen voor onopzettelijke domheden en beleidsfouten. Bijvoorbeeld in de situatie dat het wenselijk was geweest dat de failliet eerder was gestopt met het maken van vermijdbare kosten. In een zaak werden kosten gemaakt in pogingen om voldoende alternatieve omzet te verwerven.²⁰² Dat het bestuur in het verleden anders had kunnen handelen en dat daarmee misschien het faillissement had kunnen worden voorkomen acht de rechter in die situatie niet relevant.²⁰³

Wegvallen belangrijke franchisegever of financierder

Het aangaan van een franchiseovereenkomst door reeds bestaande aanzienlijke schulden, zodat aansluiting bij een franchiseorganisatie nodig is om de continuïteit in de verkopen te waarborgen en het vervolgens wegvallen daarvan, kan ervoor zorgen dat het onvermijdelijk is dat een vennootschap failliet zal gaan. Zonder garantie dat orders uitgeleverd worden, kan de vennootschap geen nieuwe orders meer aannemen. De rechter ziet dit als een belangrijke oorzaak van het faillissement.²⁰⁴

Ook het wegvallen van een belangrijke financierder van de vennootschap kan een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn. In deze gevallen zal het de continuïteit van de vennootschap aantasten en is het faillissement onvermijdelijk. Het bestuur is in deze situatie niet aansprakelijk voor het boedeltekort.²⁰⁵ Dat de vennootschap door de beëindiging van de financiering haar activiteiten heeft gestaakt ziet de rechter niet als een (mede) oorzaak van het faillissement. Het staken van de activiteiten is immers een logisch gevolg van de beëindiging van de financiering en is dus gerechtvaardigd.²⁰⁶

5.4. Tussenconclusie

Het bestuur kan in verschillende gevallen aansprakelijk worden gesteld tegenover de gezamenlijke schuldeisers voor het boedeltekort. De rechter kijkt in zijn oordeel naar alle bestuurshandelingen in samenhang met elkaar met het oog op alle omstandigheden van het geval. De rechter oordeelt aan de hand van het vereiste dat ‘geen redelijk ander denkende bestuurder in dezelfde omstandigheden op die manier zou hebben gehandeld’ en de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers. Het bestuur die

²⁰¹ Hof 's-Hertogenbosch 6 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2949, r.o. 5.19

²⁰² Rb Rotterdam 21 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6785, r.o. 4.31

²⁰³ Rb Rotterdam 21 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6785, r.o. 4.24-4.25

²⁰⁴ Hof Den Haag 12 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3299, r.o. 2.26

²⁰⁵ Rb Midden-Nederland 20 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:635, r.o. 4.8

²⁰⁶ Rb Midden-Nederland 20 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:635, r.o. 4.22

heeft gehandeld met de wetenschap dat de schuldeisers onbetaald blijven, rekent de rechter het bestuur zwaar aan. Zodra de schuldeisers niet de dupe zijn geweest van het kennelijk onbehoorlijk bestuur, is het bestuur niet aansprakelijk. Het bestuur dat onverantwoordelijke of onzorgvuldige beslissingen neemt met als gevolg een slechte liquiditeitspositie, levert kennelijk onbehoorlijk bestuur op. Met name handelingen die kort voor het faillissement zijn verricht, waardoor de vennootschap de gezamenlijke schuldeisers niet meer kan voldoen, zoals het doen van selectieve betalingen, overhevelen van activa en het onttrekken van gelden uit de vennootschap. Het bestuur moet echter wel bij machte zijn de betreffende handelingen te verrichten om aansprakelijk gesteld te kunnen worden. Indien het voor het bestuur op basis van de beschikbare cijfers niet voorzienbaar was dat door de betreffende handelingen de vennootschap op korte termijn in financiële problemen zou raken, is het bestuur niet aansprakelijk. Ook interne tegenslagen, zoals het wegvallen van ervaren werknemers of belangrijkste opdrachtgevers, kunnen de oorzaak zijn van het faillissement. Het bestuur dat voldoende maatregelen heeft genomen om het faillissement te voorkomen, wordt niet aansprakelijk gesteld.

Een ondeugdelijke of een geheel ontbrekende administratie en een aanzienlijke termijnoverschrijding van de publicatieplicht zonder een adequate verklaring levert onweerlegbaar kennelijk onbehoorlijk bestuur op. Het bestuur heeft het vermoeden weten te ontzenuwen door aan te tonen dat de vennootschap failliet is gegaan door andere externe oorzaken. Deze oorzaken kunnen gelegen zijn in de economische crisis met als gevolg verslechterde marktomstandigheden. Hierbij dient het bestuur aan te tonen dat hij voldoende maatregelen hiertegen heeft genomen. Ook kan het wegvallen van belangrijke opdrachtgevers, ervaren werknemers en enige/belangrijke financierder een externe omstandigheid zijn die de aansprakelijkheid van het bestuur wegneemt.

Hoofdstuk 6 conclusie en aanbevelingen

6.1. Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is het juridisch kader uitgebreid geschetst en zijn de resultaten uit de jurisprudentieanalyse weergegeven. In dit hoofdstuk wordt de centrale vraag van het onderzoeksrapport beantwoord en worden de aanbevelingen aan de opdrachtgever uitgewerkt. De centrale vraag luidt als volgt:

“Welk advies kan Flynth aan haar cliënten geven over de vraag wanneer het bestuur aansprakelijk kan worden gesteld voor kennelijk onbehoorlijk bestuur in geval van faillissement krachtens art. 2:248 BW op grond van wet- en regelgeving-, literatuur- en jurisprudentieonderzoek?”

6.2. Conclusie

Uit het onderzoek is gebleken dat het onzorgvuldig handelen door het bestuur van de vennootschap kennelijk onbehoorlijk bestuur oplevert. Indien geen redelijk ander denkende bestuurder in dezelfde omstandigheden op die manier zou hebben gehandeld en de schuldeisers hiervan de dupe zijn, brengt dit aansprakelijkheid met zich mee. Het bestuur handelt als collectief. Ondanks een taakverdeling is het bestuur gezamenlijk verantwoordelijk voor de dagelijkse gang van zaken, met name het financiële beleid. Zij zijn dan ook als collectief hoofdelijk aansprakelijk voor de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Bij het handelen dient het belang van de vennootschap voorop te staan. Het bestuur heeft tevens een algemene controletaak op elke bestuurder.

Het is van belang dat het bestuur een deugdelijke administratie voert en de jaarrekeningen tijdig deponeert. Het voldoen aan deze fundamentele verplichtingen wijst op dat het bestuur zijn taak voor het overige en dus in het algemeen niet behoorlijk heeft vervuld en duidt op betrouwbaar en serieus ondernemerschap. Van kennelijk onbehoorlijk bestuur kan alleen worden gesproken indien voldaan is aan het vereiste: ‘geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden op dezelfde wijze gehandeld zou hebben’, in samenhang met alle omstandigheden van het geval. Het nemen van onverantwoordelijke, onbezonnen, lichtzinnige en roekeloze beslissingen levert kennelijk onbehoorlijk bestuur op. De positie van de gezamenlijke schuldeisers speelt hierbij een essentiële rol. Het benadelen van de schuldeisers in hun vorderingen op de vennootschap door kennelijk onbehoorlijk bestuur, waardoor zij niet voldaan kunnen worden, kan aansprakelijkheid met zich meebrengen. Dit is vaak het geval bij onzorgvuldige beslissingen met als gevolg dat de vennootschap niet over voldoende liquide middelen beschikt. Het bestuur dat heeft gehandeld met de wetenschap dat de schuldeisers zouden worden benadeeld, is voor de rechter in zijn oordeel een zwaarwegende omstandigheid die leidt tot

bestuurdersaansprakelijkheid. (Externe) feiten en omstandigheden kunnen de aansprakelijkheid wegnemen. Deze omstandigheden liggen in: de economische crisis met verslechterde marktomstandigheden als gevolg, waarbij het bestuur maatregelen heeft genomen om dit te voorkomen; er niet op een afzienbare termijn na de bestuurshandelingen rekening had moeten worden gehouden met dreigende betalingsproblemen en de continuïteit voor ogen had; een zwakke liquiditeitspositie in combinatie met het wegvallen van belangrijke opdrachtgevers en/of ervaren werknemers; niet door de betreffende bestuurshandelingen benadeelde gezamenlijke schuldeisers; en voldoende genomen maatregelen door het bestuur tegen de slechte vooruitzichten van de vennootschap.

Bij een schending van de administratie-en/of publicatieplicht staat het kennelijk onbehoorlijk bestuur onweerlegbaar vast. Een ondeugdelijke, onvolledige en geheel ontbrekende administratie zonder een adequate verklaring, betekent een schending van de administratieplicht. De publicatieplicht is geschonden door aanzienlijke termijnoverschrijding van twee maanden of meer zonder adequate verklaring. Het bestuur kan dit vermoeden ontzenuwen door andere feiten en omstandigheden aan te tonen als oorzaak van het faillissement in plaats van het kennelijk onbehoorlijk bestuur. Uit de jurisprudentieanalyse is gebleken dat het bestuur dit vermoeden heeft weten te ontzenuwen door aan te tonen dat de oorzaak van het faillissement gelegen ligt in de economische crisis met als gevolg verslechterde marktomstandigheden. Hierbij dient het bestuur wel maatregelen hebben genomen om deze externe omstandigheid te voorkomen. Ook het wegvallen van de belangrijke financierder of franchisegever ontzenuwt het vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur.

Al met al blijkt uit het onderzoek dat de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers de meest zwaarwegende factor is in het oordeel van de rechter of er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het nemen en uitvoeren van besluiten die de liquiditeitspositie van de vennootschap zodanig verslechteren dat de gezamenlijke schuldeisers niet meer voldaan kunnen worden komt voor de rekening van het bestuur. Het faillissement is onvermijdelijk. Hieruit volgt in de meeste gevallen bestuurdersaansprakelijkheid. De schending van de administratie- en/of publicatieplicht neemt de rechter snel aan. De weerlegging namens het bestuur dat dit geen oorzaak is van het faillissement slaagt in veel gevallen niet, omdat dit fundamentele verplichten zijn van het bestuur.

6.3. Aanbevelingen

De deelvragen en de centrale vraag zijn beantwoord in de voorgaande hoofdstukken. In deze paragraaf worden aanbevelingen gedaan aan Flynth.

Ik adviseer Flynth gebruik te maken van de concept checklist, die terug is te vinden in de bijlagen.²⁰⁷ De concept checklist bestaat uit de voorwaarden waaraan het bestuur dient te voldoen. Flynth kan de checklist gebruiken bij het adviseren van haar cliënten met betrekking tot de bestuurdersaansprakelijkheid. Zie voor verdere motivatie bijlage 4.

Daarnaast adviseer ik Flynth om bij de cliënten na te gaan of zij het financiële beleid op orde hebben en zij dus voldoen aan de fundamentele verplichtingen (administratie en publicatieplicht). Bij het zoeken naar uitspraken voor de jurisprudentieanalyse kwam naar voren dat de curator in veel gevallen bestuurdersaansprakelijkheid vordert op grond van art. 2:248 lid 2 BW. Het idee hierachter is om de cliënten van Flynth nog eens actief naar de administratie en de jaarrekening van de vennootschap te laten kijken. Flynth kan hierbij de cliënten adviseren aan de hand van dit onderzoek. Flynth kan de volgende vragen stellen aan haar cliënten:

- Heeft u een deugdelijke administratie, die te allen tijde inzicht geeft in de debiteuren- en crediteurenpositie en de vermogenspositie van de vennootschap?
- Publiceert u de jaarrekeningen elk jaar tijdig (uiterlijk binnen 12 maanden na afloop van het boekjaar)?
- Heeft u alle verplichte betalingen voldaan (aan de Belastingdienst)?
- Is alles schriftelijk vastgelegd, zodat u dit kan onderbouwen met stukken in het geval de curator u aansprakelijk stelt?

Op deze manier kunnen de cliënten met behulp van Flynth hun administratie aanscherpen indien dat nodig blijkt te zijn. Het doel is de cliënten te motiveren om de fundamentele verplichtingen na te komen en voorbereid te zijn op mogelijk toekomstige ongunstige gebeurtenissen (zoals momenteel de coronacrisis).

Als laatste beveel ik Flynth aan om maandelijks de rechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement in de gaten te houden. Bestuurdersaansprakelijkheid is een onderwerp waar al langere tijd en nog steeds regelmatig over geprocedeerd wordt. Er zijn dan ook veel uitspraken te vinden over dit onderwerp en er zullen er dan ook nog veel volgen. Door de rechtspraak maandelijks te bekijken, kan Flynth op de hoogte blijven van nieuwe ontwikkelingen/argumenten over het onderwerp. Gedacht kan worden aan rechtspraak.nl, recht.nl of het Tijdschrift voor Ondernemingsrecht. Ik raad aan een korte samenvatting te maken van de relevante uitspraken en deze vervolgens op de Flynth site te zetten, zodat alle collega's dit kunnen bekijken.

²⁰⁷ Zie bijlage 4

Literatuurlijst

Wet- en regelgeving

Kamerstukken II 1980/81, 16 631, nr. 1

Kamerstukken II 1980/81, 16 631, nr. 3

Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6

Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 9

Kamerstukken II 2008/09, 31763, nr. 3

Kamerstukken I 2010/11, 31 763, nr. c

Literatuur

Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II*. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009

Strik 2010

D.A.M.H.W. Strik, *GRONDSLAGEN BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID. Een maatpak voor de board room*. Deventer: Kluwer 2010

Buijn & Storm 2013

F.K. Buijn & P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2013

Van Solinge 2017

G. van Solinge, e.a., *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140), Deventer: Kluwer 2017.

Raaijmakers 2017

J.H.P.M. Raaijmakers, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2017

Huizink GS

J.B. Huizink, *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer

Harmsen 2019

K. Harmsen, *Administratieplicht en aansprakelijkheid voor het boedeltekort*, (Serie Onderneming en Recht deel 115), Deventer: Kluwer 2019)

Lennarts T&C 2019

M.L. Lennarts, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Van Schilfgaarde 2013

P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, bewerkt door J. de Winter en J.B. Wezeman, Deventer: Kluwer 2013 (zestiende druk)

Van Schilfgaarde 2017

P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, bewerkt door J. de Winter, J.B. Wezeman en J. Schoonbrood, Deventer: Kluwer 2017 (zeventiende druk)

Westenbroek 2017

W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie*, (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 108), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Vak tijdschriftartikelen**Schild & Timmerman 2014**

A.J.P. Schild & L. Timmerman, 'Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders', *WPNR* 2014/7011

Timmerman 2016

L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid', *WPNR* 2016/7105

Olaerts 2012

M. Olaerts, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het vernieuwde (BV-)recht', *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2012/6168.

Stolp 2013

M. Stolp, 'Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht', *NJB* 2013/1344

Westenbroek 2016

W.A. Westenbroek, 'Artikel 2:9 BW en de 'ernstig verwijt'-maatstaf bij bestuurdersaansprakelijkheid', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2016-4

Vaste jurisprudentie

Rb. Roermond 12 februari 2003, JOR 2003/83 (*Adrians Machinebouw BV*)

Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, JOR 2013/237 (*Landis*)

Hof Arnhem 19 februari 2002, LJN AD9640, JOR 2002/56 (*Reinders Didam*)

Hof Den Haag 27 april 2006, JOR 2006/260 (*Palland*)

HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 (*ABN AMRO*)

HR 12 juli 2013, NJ 2013/401; RO 2013/69 (*Apeldoornse Asbestsanering*)

HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669 (*Coral/Stalt*)

HR 4 februari 1983, NJ1983/543 (*Debrot*)

HR 8 juni 2001, NJ 2001/454 (*Gilhuisq.q./Panmo*)

HR 11 juni 1993, NJ 1993/713 (*Kempers en Sarper*)

HR 24 januari 2014, NJ 2014/177 (*Magista BV*)

HR 23 november 2001, NJ 2002/95 (*Mefigro*)

HR 8 december 1991, NJ 1992, 174 (*Nimox/Van den End*)

HR 14 oktober 2005, JOR 2006/61 (*Ontvanger/Van Burgeler*)

HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*)

HR 6 februari 2004, JOR 2004/67 (*Reinders Didam*)

HR 27 juni 1975, NJ 1976/81(*Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek*)

HR 29 november 2002, NJ 2003, 543 (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*)

HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven*)

HR 30 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2382 (*Van Essen/Aalbrecht en Looman*)

HR 20 oktober 2006, NJ 2007/2 (*Van Schilt*)

HR 7 juni 1996, NJ 1996/695 (*Van Zoolingen*)

HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*Willemsen/NOM*)

HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9654 (*Zandvliet/ING*)

Jurisprudentie praktijkonderzoek

Art. 2:248 lid 1 BW

1. Rb Gelderland 10 juli 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3164
2. Rb Rotterdam 27 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2935
3. HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576
4. HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370
5. HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:530
6. Rb Midden-Nederland 2 augustus 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3529
7. Rb Overijssel 24 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:245
8. Rb Overijssel 2 mei 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1717
9. Rb Noord-Holland 7 maart 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2055

10. Hof 's-Hertogenbosch 19 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4030
11. Rb Rotterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10169
12. Rb Gelderland 18 mei 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2709
13. Hof Den Haag 3 mei 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1238
14. Rb Den Haag 11 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4944
15. Rb Overijssel 17 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:840

Art. 2:248 lid 2 BW

16. Rb Rotterdam 21 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6785
17. Hof Den Haag 12 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3299
18. Hof 's-Hertogenbosch 6 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2949
19. Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:256
20. Rb Midden-Nederland 20 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:635
21. HR 21 december 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1184/ECLI:NL:HR:2018:2367
22. Rb Limburg 25 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:7061
23. Rb Overijssel 24 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:245
24. Hof Den Haag 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:259
25. Rb Rotterdam 11 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3150