

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift [Juridisch up to Date](#). Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).

Jutd 2018/0162 Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement: leiden alle wegen naar Rome?

Jutd 2018/0162 d.d. 21-12-2018

Auteur(s): Mr. H.J.M. (Dineke) van Dal en mr. A.C.M. (Anna) Kitslaar, advocaten bij Van Iersel Luchtman N.V. te 's-Hertogenbosch.

Inleiding

Als de curator de bestuurder van een failliete rechtspersoon aanspreekt, brengt hij meestal drie wettelijke bepalingen in stelling: artikel 2:9 BW (onbehoorlijke taakvervulling), artikel 2:248 / 2:138 BW (kennelijk onbehoorlijk bestuur)¹ en artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad). Vaak wordt de procedure ingestoken op primair artikel 2:248 BW, subsidiair artikel 2:9 BW en meer subsidiair artikel 6:162 BW. De drie grondslagen worden hierbij niet altijd goed van elkaar onderscheiden. Dat is in zoverre begrijpelijk omdat de verschillende maatstaven dicht tegen elkaar aanliggen (alle drie kennen zij een hoge drempel voor aansprakelijkheid) en hetzelfde feitencomplex nogal eens onder alle drie de grondslagen kan worden geschaard. Daar komt bij dat de rechter op grond van artikel 25 Rv verplicht is om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Zolang de curator derhalve het juiste feitelijke kader levert, mag en moet de rechter daaraan de juiste rechtsgrond koppelen, mits hij binnen de grenzen van de rechtsstrijd blijft.

In sommige situaties kunnen de materiële en formele verschillen echter wel degelijk tot andere uitkomsten leiden. Dat blijkt bijvoorbeeld uit een recente conclusie van A-G Timmerman d.d. 20 september 2018², waarnaar wij in dit artikel meermaals zullen verwijzen. In deze procedure werd de bestuurder verweten dat hij het faillissement van de vennootschap had aangevraagd (en bij die aanvraag had gepersisteerd) zonder (deugdelijke) toestemming van de algemene vergadering. Volgens A-G Timmerman heeft de curator - en vervolgens ook de rechtbank en het Hof - de verschillende contexten van de vorderingen (in deze procedure: artikel 2:9 BW en artikel 2:248 BW) onvoldoende onderscheiden. Nu hoeft de rechter niet per se te verwijzen naar de (juiste) maatstaf, zolang uit de uitspraak maar blijkt dat de juiste maatstaf is toegepast. En dat is volgens A-G Timmerman hier niet gebeurd.

Deze recente conclusie vormt daarmee een mooie aanleiding om de belangrijkste gelijkenissen en verschillen tussen deze drie grondslagen uiteen te zetten.

Onbehoorlijke taakvervulling (artikel 2:9 BW)

Op grond van artikel 2:9 lid 1 BW is elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Het gaat om aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de rechtspersoon zelf, de zogenaamde *interne aansprakelijkheid*. In geval van faillissement wordt de rechtspersoon ter zake artikel 2:9 BW vertegenwoordigd door de curator, maar dat neemt niet weg dat het nog steeds gaat om bescherming van het belang van de rechtspersoon zelf (waaronder ook de belangen van de aandeelhouders kunnen vallen).

In het arrest *Staleman/Van de Ven* uit 1997³ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat voor aansprakelijkheid op de voet van deze bepaling is vereist dat aan de bestuurder "een ernstig verwijt" kan worden gemaakt. Dit levert dus een verhoogde drempel voor aansprakelijkheid op. Of

die drempel in een concrete situatie wordt gehaald, hangt af van alle omstandigheden van het geval, zoals 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 en de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissing of gedraging. De vraag daarbij is of de bestuurder heeft gehandeld zoals mag worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.⁴

In het arrest Schwandt/Berghuizer Papierfabriek⁵ uit 2002 gaf de Hoge Raad een belangrijke vuistregel ter invulling van dit 'ernstig verwijt'-criterium. De Hoge Raad overwoog dat de omstandigheid dat is gehandeld in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen (de bestuurder had optierechten verleend zonder de statutair voorgeschreven goedkeuring van de raad van commissarissen), een zwaarwegende omstandigheid is die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt.

Als sprake is van een ernstig verwijtbare onbehoorlijke taakvervulling, is de bestuurder gehouden de schade die de rechtspersoon als gevolg daarvan lijdt, te vergoeden. De rechtspersoon moet dus schadeloos worden gesteld, waarbij de schade wordt vastgesteld volgens de regels van titel 6.1.10 BW. Daarbij moet een vergelijking worden gemaakt tussen enerzijds de daadwerkelijke financiële situatie van de rechtspersoon en anderzijds de financiële situatie waarin de rechtspersoon zou hebben verkeerd indien artikel 2:9 BW niet zou zijn geschonden. Een eventueel boedeltekort in het faillissement (en de hoogte daarvan) speelt hierbij op zich geen rol. Ortiz Aldana en Van Bekkum wijzen erop dat er situaties denkbaar zijn waarin de schade het boedeltekort overstijgt, bijvoorbeeld omdat de als gevolg van de onbehoorlijke taakvervulling misgelopen inkomsten meer belopen.⁶ In zo'n geval is het dus onverstandig om primair een 2:248-vordering in te stellen en subsidiair een 2:9-vordering.

Curatoren dienen erop bedacht te zijn dat verleende décharge een rol kan spelen bij deze grondslag. Indien aan een bestuurder décharge is verleend, kan in beginsel namelijk geen interne aansprakelijkheidsvordering meer volgen ter zake hetgeen waarvoor décharge is verleend. Hierbij zal goed gekeken moeten worden naar de strekking en reikwijdte van de eventueel aanwezige déchargeverklaring.⁷

Tot slot de verjaringstermijn van deze rechtsvordering. Artikel 2:9 BW kent geen bijzondere verjaringsregel zodat wordt teruggevallen op de algemene regel van artikel 3:310 BW. Dit betekent dat de vordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaar nadat de vennootschap bekend is geworden met zowel de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon (en in ieder geval door verloop van 20 jaar na de schadeveroorzakende gebeurtenis).⁸ Door de Hoge Raad is overwogen dat de vijfjaarstermijn ook aanvangt wanneer de bestuurder kennis heeft van de schade maar zelf de aansprakelijke persoon is.⁹ Om te voorkomen dat een bestuurder de schade vijf jaar lang onder de pet houdt en vervolgens vrijuit gaat, is in artikel 3:320 jo. 3:321 lid 1 sub d BW een verlengingsgrond opgenomen. Deze verlenging houdt in dat de verjaringstermijn ter zake een vordering van de rechtspersoon (en de curator) op de bestuurder niet eerder afloopt dan zes maanden nadat de bestuurder is gedefungeerd. Deze verjaringstermijn kan derhalve niet aflopen terwijl de bestuurder nog in functie is.

Tot zover over artikel 2:9 BW.

Kennelijk onbehoorlijk bestuur (artikel 2:248 BW)

In geval van een faillissement speelt artikel 2:248 BW een belangrijke rol. Deze bepaling is ingevoerd bij de zogenaamde Derde Antimisbruikwet¹⁰. Op grond van lid 1 is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort, indien (i) het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld én (ii) aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. In lid 2 zijn bepaalde bewijsvermoedens neergelegd voor schending van de administratieplicht en de publicatieplicht, maar deze worden in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten.

Het betreft geen aansprakelijkheid jegens de (gefailleerde) rechtspersoon zelf maar jegens de boedel. Het gaat dus niet om de belangen van de vennootschap maar om de belangen van de gezamenlijke crediteuren in het faillissement. Uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat van kennelijk onbehoorlijk bestuur pas sprake is als de bestuurder "*heeft gehandeld op een wijze zoals geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden gehandeld zou hebben*".¹¹ Volgens de minister impliceert kennelijk onbehoorlijk bestuur steeds "*onverantwoordelijkheid, onbezonnenheid, roekeloos handelen, kortom dingen doen die een behoorlijk bestuurder niet zou mogen doen. Steeds moet het gaan om handelingen die uiteindelijk de schuldeisers duperen. Het besef hiervan moet bij het bestuur aanwezig zijn. De bestuurders zouden dat besef in elk geval moeten hebben gehad bij enig doordenken van hun handelen of hun nalaten.*"¹² Hoewel hierin natuurlijk ook een element van persoonlijke verwijtbaarheid zit, speelt strikt genomen niet de 'ernstig verwijt'-maatstaf. Overigens is volgens A-G Timmerman de Panmo-maatstaf niet strenger dan de 'ernstig verwijt'-maatstaf.

In de zaak die tot de conclusie van 20 september jl. heeft geleid, lag de vraag voor of de bestuurder door het aanvragen van het faillissement - in strijd met artikel 2:246 BW door zonder toestemming van de algemene vergadering of in strijd met de voorwaarden die aan deze toestemming waren gesteld - kennelijk onbehoorlijk bestuur kan worden verweten. Volgens A-G Timmerman zou die situatie in beginsel aansprakelijkheid in de zin van artikel 2:9 BW opleveren. De bestuurder zou namelijk een wettelijke bepaling hebben geschonden die de rechtspersoon beoogt te beschermen, vergelijkbaar met de vuistregel uit Schwandt/Berghuizer Papierfabriek. Daarmee is volgens de A-G echter nog niet gezegd dat het aanvragen van het faillissement ook zonder meer kwalificeert als kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het impliceert immers nog niet een handeling waarvan de schuldeisers de dupe zijn geworden.

In casu had de bestuurder overigens aangevoerd dat hij door het doen van en persisteren bij de aangifte (verdere) schade voor crediteuren heeft (willen) voorkomen. Juist door (tijdig) aan de noodrem te trekken, dacht de bestuurder in het belang van zowel de vennootschap als de crediteuren te handelen. Dit handelen wordt hem nu echter door zowel de curator, als de rechtbank en het Hof tegengeworpen. Deze casus toont de soms uiterst precaire positie van een bestuurder van een vennootschap in zwaar weer en de spagaat waarin deze bestuurder zich kan bevinden. Gaat een bestuurder immers 'te lang' door met een materieel failliete vennootschap, dan verricht hij al snel handelingen die hem achteraf kunnen (en zullen) worden verweten.

Om aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW te kunnen aannemen, moet ook nog een causaliteitshorde worden genomen: het moet aannemelijk zijn dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Ook al biedt het woord 'aannemelijk' de nodige speelruimte aan de rechter en is het voldoende als de curator het causaal verband 'aannemelijk' maakt, moet volgens Timmerman niet (te) makkelijk over deze horde worden heen gesprongen. De

zware sanctie van hoofdelijke aansprakelijkheid voor het boedeltekort hangt immers boven het hoofd van de bestuurder.¹³ In lijn hiermee concludeert Timmerman dat, als een omstandigheid kwalificeert als onbehoorlijk bestuur en beschouwd kan worden als een voorwaarde voor het faillissement, daarmee nog niet gegeven is dat dit ook een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Een ander verschil met artikel 2:9 - en artikel 6:162 BW - is dat bij kennelijk onbehoorlijk bestuur het boedeltekort kan worden gevorderd. De wetgever heeft de schade hierop gefixeerd. Het boedeltekort komt overeen met het totaal aan ingediende vorderingen van crediteuren die niet uit het gerealiseerde boedelactief kunnen worden voldaan. Wel bevat lid 4 van artikel 2:248 BW een matigingsgrond. Op grond van de eerste volzin kan de rechter het bedrag waarvoor de bestuurder aansprakelijk is matigen indien dit bedrag hem bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling, de andere oorzaken van het faillissement alsmede de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld. Volgens de minister geeft deze matigingsbevoegdheid de rechter een grote mate van beleidsvrijheid.¹⁴ In de parlementaire stukken wordt in verband met dit matigingsrecht opgemerkt dat het niet redelijk is een bestuurder aansprakelijk te stellen voor een hoger bedrag dan de schade die door het onbehoorlijke bestuur kan zijn ontstaan.¹⁵ Volgens A-G Timmerman betreft het hier een bijzondere grond tot matiging ten opzichte van de algemene matigingsbevoegdheid van artikel 6:109 BW en geldt bij de afwijzing van een beroep op artikel 2:248 lid 4 BW een iets zwaardere motiveringsplicht dan voor artikel 6:109 BW.

Lid 6 van artikel 2:248 BW brengt nog twee verschillen met zich mee ten opzichte van de andere aansprakelijkheidsgronden. Allereerst kan décharge, in tegenstelling tot bij de interne aansprakelijkheid, geen rol spelen bij deze grondslag. Een aan de bestuurder verleende kwijting staat dus niet in de weg aan het instellen van deze vordering, aldus lid 6. Daarnaast dient de verwijtbare handeling plaats te hebben gevonden in de periode van drie jaren voorafgaand aan het faillissement. Dientengevolge is bij deze grondslag niet enkel de (standaard) verjaringstermijn¹⁶ van belang, maar moet ook gekeken worden naar wanneer de verweten gedraging heeft plaatsgevonden. De verlengingsgrond van artikel 3:320 jo. 3:321 lid 1 sub d BW geldt hier niet.

Onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW)

De curator kan in faillissement ook de onrechtmatige-daadsactie in stelling brengen tegen de bestuurder. Deze mogelijkheid is gecreëerd in het arrest Peeters/Gatzen¹⁷ uit 1983. Bij de Peeters/Gatzen-vordering gaat het om de uit artikel 68 Fw voortvloeiende bevoegdheid van de curator om een vordering tot schadevergoeding in te stellen tegen een derde - zoals een bestuurder - die betrokken is bij benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden, ook al komt een dergelijke vordering niet toe aan de gefailleerde zelf.

Ook hier geldt een tot terughoudendheid nopende zware maatstaf voor aansprakelijkheid. Voor het aannemen van deze vorm van bestuurdersaansprakelijkheid is namelijk vereist dat de bestuurder persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.¹⁸ Daarbij geldt dat het enkele feit dat een genomen risico later verkeerd uitpakt, een bestuurder niet zonder meer kan worden verweten. Deze hoge drempel wordt gerechtvaardigd door het feit dat primair sprake is van handelingen van de rechtspersoon en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate laten bepalen door defensieve overwegingen¹⁹, wat ten koste zou gaan van daadkrachtig bestuurshandelen.

Een belangrijk ander vereiste is dat de curator daadwerkelijk optreedt namens de gezamenlijke schuldeisers en dus niet slechts namens een bepaalde groep schuldeisers, ongeacht of de opbrengst via de boedel wordt verdeeld.²⁰ Er moet sprake zijn van zogenaamde 'generieke schuldeisersbenadeling'. De curator komt geen exclusieve bevoegdheid toe om te ageren uit hoofde van de Peeters/Gatzen-vordering. Individuele schuldeisers behouden hun eventuele vorderingsrecht jegens de derde, maar de Peeters/Gatzen-vordering gaat wel voor.²¹

De benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden kan diverse vormen aannemen. Denk allereerst aan een vermindering van het actief. Daarnaast kan het volgens veel auteurs ook gaan om een vermeerdering van het passief²² of een verstoring van de gelijkheid van crediteuren.²³

Conclusie

Al lijken de drie grondslagen soms één pot nat, dat blijkt toch niet altijd het geval. Voor zowel curatoren als rechters is er dan ook alle reden om scherp te zijn op de verschillende grondslagen en de bijbehorende maatstaven. Voor procespartijen luidt ons advies dan ook: ben je bewust van de verschillende paden die moeten worden bewandeld en stem je stellingen daar ook specifiek op af. Bewandel het juiste pad, op weg naar Rome!

- NOOT 1 In het vervolg zal alleen worden ingegaan op artikel 2:248 BW.
- NOOT 2 ECLI:NL:PHR:2018:1139. Het arrest van de Hoge Raad is op het moment van schrijven van dit artikel nog niet gewezen.
- NOOT 3 HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997/360.
- NOOT 4 Zie HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997/360 (Staleman/Van de Ven).
- NOOT 5 HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011, NJ 2003/455 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek).
- NOOT 6 F. Ortiz Aldana en J. van Bekkum, De curator, het boedeltekort en de schade van de rechtspersoon, MvO 2017-3/4, p. 75-80.
- NOOT 7 Zie bijv. HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2332, NJ 2010/373 (De Rouw/Dingemans q.q.), waarin is bepaald dat de statutaire décharge die verbonden is aan de vaststelling van de jaarrekening zich niet uitstrekt tot feiten en omstandigheden die de algemene vergadering uit andere hoofde dan de voorgelegde en vastgestelde jaarrekening bekend waren.
- NOOT 8 De Hoge Raad heeft bepaald dat voor de aanvang niet is vereist dat de benadeelde daadwerkelijk bekend is met de juridische beoordeling van de feiten en omstandigheden (Hoge Raad 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739, NJ 2006/115) en evenmin met de (exacte) oorzaak en / of de exacte hoogte van de schade (HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8903, NJ 2006/113).
- NOOT 9 Hoge Raad 4 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6769, NJ 2016/197, r.o. 3.4.3.
- NOOT 10 Wet van 16 mei 1986, Stb. 1986, 275.
- NOOT 11 Zie voor het eerst in HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, NJ 2001/454 (Panmo).
- NOOT 12 Handelingen II 1984/1985, 16631, p. 6337.
- NOOT 13 Zie ECLI:NL:PHR:2018:1139, onder 3.26.
- NOOT 14 Kamerstukken II 1983/1984, 16631, nr. 6, p. 42.
- NOOT 15 Kamerstukken II 1980/1981, 16631, nr. 3, p. 5.
- NOOT 16 Ook bij deze grondslag geldt een verjaringstermijn van vijf jaar. Deze termijn begint pas te lopen zodra de curator met de schade en de daarvoor aansprakelijke bestuurder(s) bekend is geworden.
- NOOT 17 HR 14 januari 1983, ECLI:NL:PHR:1983:AG4521, NJ 1983/597.
- NOOT 18 HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen).

- NOOT 19 HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21 (Tulip Air).
NOOT 20 HR 16 september 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT7997, NJ 2006/311 (De Bont/Bannenberq q.q.).
NOOT 21 HR 21 december 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AD2684, NJ 2005/95 (Lunderst adt/De Kok-Neptunus).
NOOT 22 Rb. Utrecht 12 december 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9709, JOR 2008/10 (Ceteco).
NOOT 23 HR 8 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0401, NJ 1992/174 (Nimox/Van den End q.q.).