

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift VAST. 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).

De aansprakelijkheid van bestuurders na feitelijke insolventie. Gebeten worden door de hond (de curator) en de kat (de individuele schuldeisers)

20 augustus 2020

Het enkele feit dat de toekomst van een vennootschap onzeker is, impliceert nog niet dat het bestuur van die vennootschap gehouden is om de activiteiten te staken en geen nieuwe verplichtingen namens de vennootschap aan te gaan. Wanneer echter sprake is van een onomkeerbare crisissituatie en de situatie van de vennootschap dus uitzichtloos is, dan heeft het bestuur de verplichting de activiteiten te staken en is zij bij gebreke daarvan aansprakelijk voor de dientengevolge door schuldeisers te lijden schade. De Rechtbank Noord-Holland heeft over deze materie op 17 juni 2020 een lezenswaardig vonnis gewezen (ECLI:NL:RBNHO:2020:4451).

Achtergrond

Op 6 september 2016 wordt een aannemersbedrijf op eigen aangifte failliet verklaard. Dit aannemersbedrijf had sinds 22 juli 2016 Y als enig aandeelhouder en bestuurder. Eerder, van 1 april 2011 tot 22 juli 2016, was X enig aandeelhouder en bestuurder van het aannemersbedrijf. Enig aandeelhouder en bestuurder van zowel X en Y is de natuurlijk persoon Z. De curator kwam na zijn rechtmatigheidsonderzoek tot de conclusie dat het bestuur de onderneming te lang had voortgezet. Het bestuur was doorgestaan met het aangaan van verplichtingen terwijl het bestuur wist of behoorde te weten dat het aannemersbedrijf deze verplichtingen niet meer zou kunnen nakomen, aldus de curator. De curator heeft het bestuur hiervoor aansprakelijk gesteld. Het bestuur heeft uiteindelijk aan de boedel € 120.000 betaald tegen finale kwijting over en weer. Daarna is het faillissement vereenvoudigd afgewikkeld. Uit de slotuitdelingslijst volgt dat de concurrente crediteuren geen uitkering in het faillissement hebben ontvangen.

Enkele door het aannemersbedrijf ingeschakelde onderaannemers (concurrente crediteuren in het faillissement) laten het er niet bij zitten. Zij stellen X, Y en Z aansprakelijk en vinden dat de handelwijze van het bestuur na de door hen genoemde peildatum (1 april 2016) onrechtmatig (ex artikel 6:162 BW) is geweest op grond van de normen zoals geformuleerd in Hoge Raad Ontvanger/Roelofsen.

Oordeel rechtbank

De rechtbank bespreekt in haar vonnis de twee hoofdcategorieën van externe aansprakelijkheid van een bestuurder die uit het Ontvanger/Roelofsen-arrest te onderscheiden zijn: te weten de aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag volgens de Hoge Raad in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in artikel 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Voor de onder (i) bedoelde gevallen geldt dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder

van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk ter zake van de benadeling geen ernstig verwijt gemaakt kan worden. In de onder (ii) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.

De rechtbank concludeert na bespreking van alle aangevoerde feiten en omstandigheden dat de peildatum – het moment waarop een faillissement voor het aannemersbedrijf onafwendbaar was – gelegen was op 3 juni 2016 (derhalve drie maanden voor datum faillissement). Vanaf die peildatum waren er onvoldoende financiële middelen om lopende en nieuwe verplichtingen te voldoen. Niet gesteld of gebleken is dat het aannemersbedrijf met een reddingsplan bezig was of anderszins mogelijkheden onderzocht om uit de financiële problemen te komen. De rechtbank constateert bovendien dat na 3 juni 2016 sprake is geweest van een bestuurderswissel waarbij kennelijk een kapitaalkrachtige bestuurder (te weten X) per 22 juli 2016 heeft plaatsgemaakt voor Y, een kapitaalarme bestuurder (een sinds 2015 nagenoeg lege vennootschap). Voor X moet daarom vanaf 3 juni 2016 – en voor Y vanaf 22 juli 2016 – duidelijk zijn geweest, althans behoorde voor hen duidelijk te zijn, dat het aannemersbedrijf bestaande of nieuwe verplichtingen niet meer zou kunnen nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er was dus sprake van een onomkeerbare crisissituatie. Dit geldt voor de gehele periode ook voor Z op grond van artikel 2:11 BW, als bestuurder van zowel X en Y. De rechtbank concludeert dat zowel X, Y als Z aansprakelijk zijn voor de schade die de onderaannemers hebben geleden na de peildatum (te weten de onbetaald gebleven facturen van na de peildatum).

Afronding

Gezien de in het vonnis geschetste feiten en omstandigheden lijkt me dit een juiste uitspraak. Uiteraard kan het oordeel in hoger beroep anders uitvallen indien het bestuur feiten en omstandigheden aanvoert – als die er zijn – waaruit blijkt dat sprake was van een omkeerbare crisissituatie.

Wat verder uit dit vonnis blijkt, is dat je je als bestuurder niet rijk moet rekenen als je overeenstemming hebt bereikt met de curator. Een dergelijke overeenstemming laat immers onverlet dat een individuele schuldeiser nog bij het bestuur kan aankloppen op grond van een onrechtmatige daad. Een curator kan een dergelijke actie van een individuele crediteur immers niet uitsluiten (tenzij dat expliciet met individuele crediteuren wordt afgesproken). Het is dan ook noodzakelijk om daar als advocaat van een bestuurder bij stil te staan en daarover te adviseren en – indien mogelijk – met de curator afspraken te maken.

Dat een individuele crediteur na afwikkeling van het faillissement nog een dergelijke actie start gebeurt niet heel vaak vanwege (i) tijdsverloop (het afwickelen van een faillissement neemt nu eenmaal veel tijd in beslag waardoor individuele crediteuren afhaken), (ii) informatieachterstand (een individuele crediteur beschikt in eerste instantie immers niet over de administratie van de failliet) en (iii) beperkte verhaalsmogelijkheden bij de aansprakelijke partij.

In het onderhavige geval had de curator echter aan de advocaat van betreffende individuele crediteuren per e-mailbericht dat de bestuurder eerder de stekker uit de onderneming had moeten trekken. Dat bleek vervolgens ook uit een door de curator ontvangen accountantsrapport van een door de boedel ingeschakelde accountant. Na afwikkeling van het faillissement hadden de betreffende individuele crediteuren via een kort geding jegens de curator met succes afgifte afgedwongen van de relevante administratie van het failliete aannemersbedrijf. De informatieachterstand was dus op het moment van het starten van de procedure ingelopen. Uiteindelijk hebben de betreffende individuele crediteuren de eerste slag gewonnen. Het is nog niet bekend of er door het bestuur hoger beroep is ingesteld.