

Kwartaalupdate Bestuurdersaansprakelijkheid – Q4 2018

Auteur: [Thomas Munnik](#)

In het vierde kwartaal van 2018 zijn er op www.rechtspraak.nl 34 uitspraken gepubliceerd waarin de ingestelde vordering gegrond was op bestuurdersaansprakelijkheid. Het betrof 5 uitspraken van de Hoge Raad¹, 15 uitspraken van gerechtshoven, 12 van rechtbanken en 2 van het Gerecht in eerste aanleg in Curaçao. In deze Kwartaalupdate Bestuurdersaansprakelijkheid voor Q4 2018 is een selectie gemaakt uit deze uitspraken. De navolgende onderwerpen komen aan bod:

1. Kennelijk onbehoorlijk bestuur van bestuurder bij aanvraag eigen faillissement (Hoge Raad 21 december 2018)	2
2. Geen verklaring waarom bankrekening vennootschap leeg was – nadere invulling Beklamel-norm (Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 oktober 2018).....	3
3. Verhaalsfrustratie: leeghalen en ontbinden vennootschap (Rechtbank Limburg 28 november 2018)	5
4. Aansprakelijkheid bestuurder - Beroep op matiging weinig succesvol (Gerechtshof Den Haag 16 oktober 2018).....	6
5. Aansprakelijkheid bestuurder naar aanleiding van betalingstoezegging? (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2018).....	7
6. Vordering tot oplegging bestuursverbod (Rechtbank Rotterdam 14 november 2018).....	8

¹ De Hoge Raad heeft slechts in 1 zaak een inhoudelijk oordeel gegeven. In de overige 4 zaken is het cassatieberoep afgewezen met een beroep op artikel 81 RO.

1. Kennelijk onbehoorlijk bestuur van bestuurder bij aanvraag eigen faillissement ([Hoge Raad 21 december 2018](#))

Deze zaak draait om de vennootschap GeoCopter B.V. (“GeoCopter”), die zich bezig houdt met de ontwikkeling, productie en verkoop van onbemande helikopters. GeoCopter is in 2007 opgericht door eiser in cassatie en RBH Holding, die beide alle aandelen houden en bovendien allebei bestuurder worden van GeoCopter.

In april 2010 wordt een participatieovereenkomst gesloten tussen GeoCopter, haar beide bestuurders en een drietal investeerders die ieder een bedrag van EUR 150.000 aan GeoCopter ter beschikking stellen². In augustus 2011 zijn problemen ontstaan tussen eiser en de bestuurder / aandeelhouder van RBH Holding, waarop de management overeenkomst tussen GeoCopter en RBH Holding is opgezegd. Hierop zijn ook de aandelen van RBH Holding in GeoCopter overgedragen aan de resterende aandeelhouders. Op 30 september 2011 heeft tussen hen overleg plaatsgevonden over de ontstane problemen (waarbij ook een eventuele faillissementsaanvraag van GeoCopter aan de orde is gekomen). Op dezelfde dag heeft eiser de aandeelhouders uitgenodigd voor een algemene vergadering van aandeelhouders, die op 17 oktober 2011 zou plaatsvinden. Tijdens deze vergadering hebben de aandeelhouders unaniem aan eiser de goedkeuring verleend om (“indien dat noodzakelijk zou blijken”) het faillissement van GeoCopter aan te vragen.

De faillissementsaanvraag volgt pas twee maanden later, op 27 december 2011. In de tussentijd hebben nog een aantal algemene vergaderingen van aandeelhouders plaatsgevonden en is gesproken over een aanvullende financiële bedrage van de aandeelhouders (door middel van een lening). Uiteindelijk zou – zo volgt uit de faillissementsaanvraag – het vertrouwen in GeoCopter onvoldoende zijn.

Op 11 januari 2012 wordt GeoCopter failliet verklaard, met de benoeming van een curator. De curator stelt eiser bij brief van 8 april 2013 aansprakelijk voor de door GeoCopter geleden schade op grond van artikel 2:9 jo. 2:48 Burgerlijk Wetboek.

In cassatie staat vooral de relatie tussen artikel 2:248 Burgerlijk Wetboek en artikel 2:246 Burgerlijk Wetboek centraal. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat een bestuurder van een vennootschap niet zonder toestemming van de algemene vergadering van aandeelhouders het faillissement mag aanvragen. In hoger beroep had het hof in relatie hiertoe overwogen dat in de periode tussen oktober 2011 en 27 december 2011 alle betrokkenen zich intensief hebben bemoeid met de continuïteit van GeoCopter. Volgens

² Hoewel dit niet met zoveel woorden in de uitspraak van de Hoge Raad staat vermeld, blijkt uit het verloop van de uitspraak dat de investeerders hierbij eveneens aandeelhouder van GeoCopter zijn geworden.

het hof gaf het besluit van de ava van 17 oktober 2011 daardoor niet langer de bevoegdheid aan eiser om het faillissement van GeoCopter aan te vragen. Voorts overwoog het hof dat eiser de financiële toestand van GeoCopter beter had moeten verifiëren en onderzoek had moeten doen naar een mogelijke samenwerking met een Braziliaanse vennootschap.

In cassatie oordeelt de Hoge Raad dat – anders dan eiser beweerde – een schending van artikel 2:246 Burgerlijk Wetboek wel degelijk tot bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 Burgerlijk Wetboek kan leiden. Ook artikel 2:246 Burgerlijk Wetboek kan onder omstandigheden dienen ter bescherming van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschap (en een faillissementsaanvraag in strijd met dit artikel kan kennelijk onbehoorlijk bestuur opleveren). De Hoge Raad volgt eiser wel in zijn klacht dat het hof heeft miskend dat sprake moet zijn van objectieve wetenschap van benadeling van schuldeisers bij de bestuurder. Ook had het hof de stellingen van eiser, dat een faillissementsaanvraag diende tot het voorkomen van verdere schade, moeten beoordelen.

Deze uitspraak laat duidelijk het belang zien van het op correcte wijze aanvragen van het faillissement van een vennootschap. Onder omstandigheden kan dit leiden tot het oordeel dat een bestuurder de vennootschap kennelijk onbehoorlijk heeft bestuurd. Bij twijfel doet een bestuurder er, gelet op deze uitspraak, verstandig aan om waar mogelijk overleg te (blijven) voeren met aandeelhouders over een voorgenomen faillissementsaanvraag.

2. Geen verklaring waarom bankrekening vennootschap leeg was – nadere invulling Beklamel-norm ([Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 oktober 2018](#))

In het vierde kwartaal 2018 is een aantal uitspraken geweest over het (vermeend) wegsluizen van gelden en/of overige activa van een vennootschap, waardoor de betreffende vennootschap geen verhaal zou kunnen bieden voor de nakoming van verplichtingen.

In deze uitspraak geeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch een nadere invulling van de Beklamel-norm. De bestuurders van een tweetal vennootschappen hadden volgens het hof geen verklaring voor het feit dat de bankrekeningen van de vennootschappen leeg waren, en daardoor geen verhaal kon worden geboden voor de vordering van een derde.

Deze zaak draait om de samenwerking tussen een vennootschap en een tweetal andere vennootschappen, Patents en Energy. De in deze zaak aangesproken bestuurders zijn allebei bestuurder van Patents en Energy.

In juli 2014 hebben de vennootschap enerzijds en Patents en Energy anderzijds een raamovereenkomst gesloten. Daarnaast is eveneens in 2014 een term sheet gesloten. Kern van de samenwerking was dat de vennootschap bedragen zou voldoen aan Patents en Energy voor de ontwikkeling van een nieuw product. Partijen spraken af dat de vennootschap vervolgens een exclusieve licentie verkrijgen voor het op de markt brengen van dit product. Wanneer partijen geen overeenstemming zouden bereiken over een te sluiten licentieovereenkomst, zouden alle bedragen die de vennootschap uit hoofde van de term sheet had betaald als onverschuldigd betaald worden aangemerkt. De term sheet zou bovendien per 31 maart 2015 eindigen.

In de periode vanaf het aangaan van de term sheet tot aan september 2015 heeft de vennootschap ruim EUR 1,6 miljoen aan Energy en Patents betaald. Betalingen werden derhalve ook na de beoogde einddatum van de term sheet nog verricht. Een licentieovereenkomst is echter niet gesloten, waardoor de vennootschap aan Energy en Patents heeft verzocht de betaalde bedragen aan haar terug te betalen. Betalingen bleven echter uit.

De vennootschap heeft vervolgens Patents en Energy gedagvaard. Daarnaast zijn ook de beide bestuurders door de vennootschap gedagvaard omdat Patents en Energy verhaal boden. De rechtbank heeft de vorderingen ten aanzien van de bestuurders afgewezen.³

In hoger beroep overweegt het hof allereerst dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat Patents en Energy op grond van de gemaakte afspraken gehouden waren de door de vennootschap betaalde bedragen aan haar te voldoen. Het hof komt vervolgens – met een verwijzing naar onder meer de Beklamel-norm – toe aan de beoordeling van een eventuele aansprakelijkheid van de bestuurders.

In het kort bepaalt de Beklamel-norm (uit het arrest uit 1989) dat de bestuurder van een rechtspersoon op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek) aansprakelijk kan worden gehouden op het moment dat hij namens de rechtspersoon een overeenkomst met een derde aangaat, en hij weet (of behoort te weten) dat de

³ In dezelfde uitspraak heeft de rechtbank de vorderingen ten aanzien van Energy en Patents wel toegewezen. Hierop hebben Energy en Patents hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak. Het gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft eveneens op 2 oktober 2018 de uitspraak van de rechtbank ten aanzien van Energy en Patents bekrachtigd.

rechtspersoon de verplichtingen, die uit de overeenkomst voortvloeien, niet kan nakomen en dat de rechtspersoon bovendien geen verhaal kan bieden.

In deze zaak overweegt het hof dat de bestuurders niet hebben betwist dat de bank-saldi van Patents en Energy waren teruggebracht tot EUR 0,--. Zij hebben op dit punt ook geen verweer gevoerd. Volgens het hof hebben de bestuurders hiermee bewerkstelligd dat Patents en Energy hun verplichtingen jegens de vennootschap niet zouden kunnen nakomen.

Gelet op het voorgaande vernietigt het hof het vonnis van de rechtbank en worden de bestuurders veroordeeld tot terugbetaling van de door de vennootschap aan Patents en Energy betaalde bedragen.

3. Verhaalsfrustratie: leeghalen en ontbinden vennootschap ([Rechtbank Limburg 28 november 2018](#))

In een uitspraak van de rechtbank Limburg staat ook een vermeend wegsluizen van activa door de bestuurder van een vennootschap centraal, waardoor de vennootschap haar betalingsverplichtingen jegens de eiser (een installatiebedrijf) niet nakomt.

De gedaagde in deze procedure was de bestuurder van de handelsonderneming, waarmee eiser een overeenkomst heeft gesloten. Facturen voor een bedrag van ongeveer EUR 30.000 (verzonden in de periode tussen juni 2015 en april 2016) worden door de handelsonderneming onbetaald gelaten. In augustus 2016 richt gedaagde een aantal nieuwe vennootschappen op, waaronder een holdingvennootschap (waarin gedaagde alle aandelen houdt), welke holding vervolgens alle aandelen in de handelsonderneming houdt.

Eiser dagvaardt de handelsonderneming in september 2016, waarna de rechtbank in mei 2017 de vorderingen van eiser toewijst. In de tussentijd is de handelsonderneming in maart 2017 ontbonden en uitgeschreven uit het handelsregister. Vervolgens dagvaardt eiser gedaagde (de bestuurder/aandeelhouder van de holding en bestuurder van de handelsonderneming) op grond van bestuurdersaansprakelijkheid.

De gedaagde wordt verweten dat hij de handelsonderneming heeft leeggehaald en heeft ontbonden. Gedaagde stelt hierover dat leeghalen niet mogelijk zou zijn geweest omdat de handelsonderneming hoe dan ook niet over activa beschikte. Dat laatste vindt de rechtbank ongeloofwaardig, te meer nu gedaagde in een e-mailbericht in augustus 2016 (toen gepoogd werd beslag te leggen op een auto van de handelsonderneming) zelf heeft aangegeven dat alle bedrijfsmiddelen van de handelsonderneming waren overgedragen aan de holding. De rechtbank concludeert dat de handelsonderneming in augustus 2016 (ten tijde van de oprichting van de holding) is leeggehaald. Gedaagde kan

hiervan, evenals van het feit dat de handelsonderneming gedurende een tegen haar lopende procedure is ontbonden, naar het oordeel van de rechtbank een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt. De betwisting van (de hoogte van) de schade alsmede de gestelde eigen schuld van de eiser worden door de rechtbank gepasseerd.

Deze uitspraak laat, tezamen met de hierboven besproken uitspraak, zien dat de bestuurder van een vennootschap een risico op bestuurdersaansprakelijkheid loopt wanneer hij geen (of in elk geval een weinig geloofwaardig) verhaal heeft waarom de vennootschap waarvan hij bestuurder is niet in staat is vorderingen van contractspartijen te voldoen.

4. Aansprakelijkheid bestuurder - Beroep op matiging weinig succesvol ([Gerechtshof Den Haag 16 oktober 2018](#))

In een uitspraak van het gerechtshof Den Haag komt onder meer het beroep op matiging aan de orde. Wanneer de bestuurder van een gefailleerde vennootschap uit hoofde van kennelijk onbehoorlijk bestuur (artikel 2:248 Burgerlijk Wetboek) door de curator wordt aangesproken, kan de bestuurder een beroep doen op matiging ex artikel 2:248 lid 4 Burgerlijk Wetboek. De rechter kan de hoogte van het door de bestuurder te betalen bedrag beperken, bijvoorbeeld omdat het gevorderde bedrag hem bovenmatig voorkomt of omdat het faillissement ook door andere factoren zou zijn veroorzaakt.

In deze zaak staat het faillissement van de vennootschap Axis Diensten B.V. ("Axis") centraal (welke vennootschap een uitzendbureau dreef). De oorspronkelijke (sinds november 2006) aandeelhouder van Axis heeft zijn aandelen in Axis in mei 2012 voor een bedrag van EUR 12.500 verkocht en overgedragen aan een koper. Minder dan twee maanden later is in juli 2012 Stichting Hitech Ondersteuning ("Hitech") (waarvan appellant de enig bestuurder is) enig aandeelhouder geworden. Vervolgens heeft in augustus 2012 ook binnen Hitech een bestuurswissel plaatsgevonden. Al met al zijn vanaf mei 2012 in totaal vier verschillende personen/entiteiten actief geweest als bestuurder van Axis.

In mei 2013 is een naheffingsaanslag van ruim EUR 500.000 opgelegd aan Axis (omdat in de periode tussen 1 juli 2012 en 31 augustus 2012 geen aangifte omzetbelasting zou zijn gedaan). Axis is in februari 2014 failliet verklaard, waarna de rechtbank de curator heeft benoemd. Laatstgenoemde constateert al snel dat twee betrokkenen in het dossier (overigens niet de appellant) meerdere failliete vennootschappen op hun naam hebben staan en bekend staan als "katvangers".

De curator spreekt alle (voormalig) bestuurders aan op grond van schending van de boekhoudplicht van artikel 2:10 Burgerlijk Wetboek en van de publicatieplicht van artikel 2:394 Burgerlijk Wetboek (nu de jaarrekeningen over de boekjaren 2008, 2011 en 2012 niet zijn gedeponneerd en de jaarrekening over 2012 te laat is gedeponneerd, en nu een administratie van Axis ontbrak).

In hoger beroep staat de aansprakelijkheid van appellant centraal, en dan vooral de door de rechtbank toegepaste matiging van de aansprakelijkheid tot 50% van het boedeltekort. Volgens appellant gaat deze matiging niet ver genoeg, volgens de curator moet appellant juist aansprakelijk worden gehouden voor het gehele boedeltekort.

Volgens het hof heeft appellant onvoldoende aangetoond welke acties hij zou hebben ondernomen om de administratie van Axis op orde te brengen. Ten aanzien van het beroep op matiging overweegt het hof dat de naheffingsaanslag van de Belastingdienst betrekking had op transacties die plaatsvonden gedurende de bestuursperiode van appellant. Gelet daarop komt de aansprakelijkheid voor het gehele boedeltekort het hof niet bovenmatig voor. Het beroep op redelijkheid en billijkheid slaagt evenmin. Volgens het hof is niet gebleken van bijzondere omstandigheden die een dergelijk beroep kunnen rechtvaardigen. Dat appellant te goeder trouw was is volgens het hof in dit geval niet een dergelijke bijzondere omstandigheid, nu het hof eveneens heeft overwogen dat appellant niet inzichtelijk heeft gemaakt welke acties ten aanzien van de administratie van Axis zouden zijn ondernomen.

Het hof vernietigt de uitspraak van de rechtbank voor zover het de matiging van de aansprakelijkheid van appellant betreft. Het hof veroordeelt appellant (evenals de overige voormalig bestuurders) tot betaling van het gehele faillissementstekort.

5. Aansprakelijkheid bestuurder naar aanleiding van betalingstoezegging? ([Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2018](#))

Deze zaak draait om de bestuurder van een inmiddels gefailleerde vennootschap, die door de advocaat van de vennootschap wordt aangesproken tot betaling van facturen voor verrichte werkzaamheden. De hoogte van de betreffende facturen is bijna EUR 17.000 voor werkzaamheden die gedurende een periode van vijf maanden zijn verricht.

In eerste aanleg heeft de kantonrechter de vordering van het advocatenkantoor afgewezen, waarna hoger beroep wordt ingesteld. In hoger beroep komt onder meer de vraag aan de orde of, naast de vennootschap, ook haar bestuurder Roeter B.V. ("Roeter") en/of de bestuurder van Roeter zich zou hebben verbonden tot betaling van de facturen. Het gerechtshof verwijst hierbij naar het zogeheten "*Kribbebijter-criterium*", naar een arrest uit de Hoge Raad uit 1977, dat kort gezegd bepaalt dat de vraag of iemand bij het sluiten van een overeenkomst in eigen naam heeft opgetreden (en niet slechts namens de vennootschap die hij vertegenwoordigt) afhangt van hetgeen hij daarover heeft verklaard en wat de andere partij redelijkerwijs uit de gedragingen van deze persoon heeft mogen afleiden.

In deze zaak kon, volgens het gerechtshof (evenals de kantonrechter in eerste aanleg) de opmerking “*jij betaalt mijn facturen*” gelet op de eerder gevoerde correspondentie niet redelijkerwijs worden begrepen als een persoonlijke verbintenis van de bestuurder om zorg te dragen voor betaling van de facturen. Op deze grond was de bestuurder dus niet zelfstandig gehouden zorg te dragen voor betaling.

Wel volgt het gerechtshof het advocatenkantoor in de stellingen dat de bestuurder uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid (artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek) gehouden was de facturen aan haar te voldoen. Hierbij was volgens het advocatenkantoor van belang dat de bestuurder ten tijde van het verlenen van de opdracht (het voorbereiden van een getuigenverhoor) in november 2015, bij het verrichten van de werkzaamheden en bij een expliciete toezegging tot betaling in maart 2016 wist dat de vennootschap in financieel zwaar weer verkeerde en niet in staat zou zijn aan haar verplichtingen te voldoen. Ook daags voor het getuigenverhoor is nog een expliciete toezegging tot betaling gedaan, waarna opnieuw betaling is uitgebleven. De bestuurder heeft bovendien niet weersproken dat hij op dat moment wist dat de vennootschap niet langer zelfstandig aan haar betalingsverplichtingen zou kunnen voldoen. Het een en ander leidt er naar het oordeel van het gerechtshof toe dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

6. Vordering tot oplegging bestuursverbod ([Rechtbank Rotterdam 14 november 2018](#))

Een uitspraak van de rechtbank Rotterdam laat zien dat een bestuurder in uitzonderlijke gevallen niet ‘slechts’ bevreesd hoeft te zijn voor civielrechtelijke aansprakelijkheid. Ook bestaat (sinds 2016) de mogelijkheid van het opleggen van een bestuursverbod. Op grond van artikel 106a Faillissementswet kan de rechtbank een bestuursverbod opleggen aan een bestuurder voor een periode van maximaal vijf jaar, onder andere op de grond dat de bestuurder kennelijk onbehoorlijk bestuur (in de zin van artikel 2:248 Burgerlijk Wetboek) heeft gepleegd. Een bestuursverbod kan slechts worden opgelegd na een vordering daartoe van de curator of op verzoek van het openbaar ministerie. Indien de rechtbank een bestuursverbod oplegt, zal dit verbod (zodra de uitspraak onherroepelijk is geworden) in het handelsregister dienen te worden geregistreerd.

In deze zaak is de bestuurder van CSH Uitzendbureau door de curator gedagvaard op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur (artikel 2:248 Burgerlijk Wetboek). De jaarrekening over het boekjaar 2013 is te laat (namelijk op 19 juni 2015) gedeponneerd; de jaarrekeningen over de boekjaren 2014 en 2015 zijn niet gedeponneerd. CSH Uitzendbureau is vervolgens op 27 september 2016 failliet verklaard.

De rechtbank volgt de curator in zijn stellingen dat de te late publicatie van de jaarrekeningen (uit hoofde van artikel 2:248 lid 2 Burgerlijk Wetboek) tot gevolg heeft dat vaststaat dat sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling en dat dit wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. De rechtbank oordeelt vervolgens dat de algemene verwijzing van de bestuurder naar 'de wereldwijde crisis' (zonder nadere onderbouwing op welke wijze deze crisis de bedrijfsvoering van CSH Uitzendbureau heeft beïnvloed) onvoldoende weerlegging vormt van het hiervoor bedoelde bewijsvermoeden. Ook de verwijzing naar vermeend beëindigde samenwerkingsovereenkomsten is hiertoe volgens de rechtbank onvoldoende.

De curator vordert vervolgens de oplegging van een bestuursverbod voor een periode van vijf jaar. In de uitspraak wordt in dit verband verwezen naar het feit dat de bestuurder eveneens bestuurder is geweest van een drietal andere vennootschappen, waarvan twee vennootschappen eveneens zijn gefailleerd. Volgens de curator heeft de bestuurder zich schuldig gemaakt aan onbehoorlijk bestuur en heeft hij onvoldoende medewerking verleend aan de curator (wat de bestuurder vervolgens overigens betwist).

De rechtbank is van oordeel dat de bestuurder heeft nagelaten de volledige digitale administratie aan de curator ter beschikking te stellen. Gelet op het eveneens door de rechtbank vastgestelde onbehoorlijk bestuur, legt de rechtbank inderdaad een bestuursverbod op, echter voor een kortere periode dan gevorderd (namelijk twee jaar). De rechtbank overweegt dat de schending van de informatieverplichting door de bestuurder weliswaar ernstig was, maar beperkt bleef in duur en omvang. Omdat de schending van de publicatieplicht plaatsvond vóór 1 juli 2016 (de datum waarop het bestuursverbod in de wet is opgenomen), wordt deze schending niet meegewogen door de rechtbank. De duur van het bestuursverbod wordt dus op twee jaar vastgelegd.