

# Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid - kennelijk onbehoorlijk bestuur (deel 3)

René van de Klift

---

## 1. Inleiding

Het bestuur is verantwoordelijk voor het bepalen van het beleid en de dagelijkse leiding van de vennootschap. De wijze waarop het bestuur zijn taak heeft uitgevoerd kan tot gevolg hebben dat de vennootschap en één of meer van haar schuldeisers schade hebben geleden. In dat geval rijst de vraag of een bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan zijn voor deze schade.

In deze kroniek zal ik uitspraken van Nederlandse rechters bespreken over de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders, die zijn geweest in

de periode vanaf januari 2022 tot en met mei 2023.

In het eerste deel van deze kroniek heb ik uitspraken besproken waarin de vraag aan de orde komt of een bestuurder wegens onbehoorlijke taakvervulling persoonlijk aansprakelijk is voor de schade van de vennootschap. In het tweede deel van deze kroniek heb ik uitspraken besproken waarin de vraag aan de orde komt of een bestuurder uit hoofde van onrechtmatige daad persoonlijk aansprakelijk is voor de schade van schuldeisers van de vennootschap. Tot slot zal ik in dit derde deel van deze kroniek uitspraken bespreken waarin de vraag aan de orde komt of een bestuurder wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur persoonlijk aansprakelijk is voor het boedeltekort in het faillissement van de vennootschap.

## 2. Kennelijk onbehoorlijk bestuur

### 2.1. Inleiding

In geval van faillissement van de vennootschap is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort, indien het bestuur zijn taak in de



periode van drie jaar voorafgaande aan het faillissement kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. De rechtsvordering tot betaling van het boedeltekort kan worden ingesteld door de curator van de vennootschap.

Van kennelijk onbehoorlijk bestuur kan slechts worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld. De vraag of het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, moet beoordeeld worden naar hetgeen het bestuur voorzag of kon voorzien op het moment dat het zijn taak vervulde. Hierbij is het niet de bedoeling bestuurders te straffen voor onopzettelijke domheden en beleidsfouten. Door het woord 'kennelijk' wordt uitgedrukt dat slechts een in het oog springende, bij wijze van spreken elke twijfel uitsluitende onbehoorlijkheid van de taakvervulling in aanmerking moet worden genomen. De bestuurders moeten hebben gehandeld met de (objectieve) wetenschap dat de schuldeisers van de vennootschap zullen worden benadeeld.

## *2.2. Doorstart onderneming uit faillissement*

In een procedure waarin het Hof Den Bosch op 6 december 2022 uitspraak heeft gedaan, hadden twee bestuurders de activa van een gefailleerde vennootschap gekocht. Vervolgens hebben zij de aan deze activa verbonden onderneming in twee vennootschappen doorgestart. Deze twee vennootschappen zijn amper twee jaar na de doorstart failliet verklaard. De curator verweet de bestuurders dat zij hun bestuurstaak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld, omdat zij de doorstart van de onderneming zonder voldoende financiering hebben uitgevoerd gelet op de voorzienbare financieringsbehoefte van de onderneming.

Volgens het hof moet eerst worden vastgesteld of voor de bestuurders bij aanvang van de doorstart een liquiditeitstekort en daarmee een financieringsbehoefte voorzienbaar was. Op basis van een destijds door de bestuurders opgesteld kasstroomoverzicht oordeelde het hof vervolgens dat bij een betalingstermijn van leveranciers van 60 dagen bij aanvang van de doorstart voor de bestuurders een aanzienlijk liquiditeitstekort en daarmee een aanzienlijke financieringsbehoefte van de

onderneming voorzienbaar was.

Vervolgens oordeelde het hof dat de bestuurders bij aanvang van de doorstart niet ervan uit mochten gaan dat in de financieringsbehoefte van de onderneming werd of kon worden voorzien, omdat zij bij aanvang van de doorstart geen afspraken hadden gemaakt met leveranciers over een langere betalingstermijn dan 60 dagen. Ook hebben de bestuurders duidelijk gemaakt met hoeveel en welke leveranciers zij later afspraken hebben gemaakt over langere betalingstermijnen. Laat staan wat de inhoud van de afspraken was en hoe structureel deze afspraken waren. Dat leveranciers in de praktijk niet strikt de hand hielden aan geldende betalingstermijn en latere of gefaseerde betalingen accepteerden, was volgens het hof niet voldoende om in de financieringsbehoefte van de onderneming te kunnen voorzien gelet op de omvang en het structurele karakter van het verwachte liquiditeitstekort. De vennootschappen konden deze latere of gefaseerde betalingen namelijk niet afdwingen.

Volgens de bestuurders kon wel in de financierings-

behoefte van de onderneming worden voorzien, omdat de vennootschappen in rekening-courant door groepsvennootschappen werden gefinancierd. Het hof passeerde dit argument, omdat geen sprake was van een intra-groep rekening-courant krediet waarop naar believen door de vennootschappen een beroep kon worden gedaan. Wat er in de praktijk gebeurde is dat groepsvennootschappen soms betalingen voor de vennootschappen voorschoten voor zover zij zelf over voldoende liquide middelen beschikten. Deze praktijk bood volgens het hof onvoldoende zekerheid en continuïteit en was daarom niet toereikend als oplossing om in het verwachte omvangrijke en structurele liquiditeitstekort te voorzien.

In het licht van het voorgaande heeft het hof geoordeeld dat er bij aanvang van de doorstart geen financiering beschikbaar was en dat de bestuurders er ook niet op mochten vertrouwen dat deze financiering kort daarna beschikbaar zou komen. Dit betekent volgens het hof dat de bestuurders verplichtingen zijn aangegaan waarvan vaststond dat de vennootschappen deze niet zouden

kunnen nakomen. De vennootschappen waren afhankelijk van de bereidheid van leveranciers om af te wijken van de geldende betalingstermijnen, de welwillendheid van groepsvennootschappen en de beschikbaarheid van liquide middelen bij deze groepsvennootschappen. Dit terwijl de markt waarin de vennootschappen actief waren, bij aanvang van de doorstart te maken had met een zwak economisch tij, een krimpende vraag en stijgende inkoopkosten en BTW. In deze omstandigheden zou geen redelijk denkend bestuurder volgens het hof de doorstart hebben uitgevoerd. Daarom hebben de bestuurders volgens het hof hun bestuurstaak kennelijk onbehoorlijk uitgevoerd en zijn zij in beginsel aansprakelijk voor het boedeltekort in het faillissement.

### *2.3. Feitelijk beleidsbepaler*

Degene die het beleid van een vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder, kan ook aansprakelijk zijn voor het boedeltekort, indien het bestuur zijn taak in de periode van drie jaar voorafgaande aan het faillissement kennelijk onbehoorlijk

heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

In een uitspraak van 24 maart 2023 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een feitelijk beleidsbepaler niet in plaats en met uitsluiting van het formele bestuur moet hebben bestuurd om als feitelijk beleidsbepaler te kunnen worden aangemerkt. Voldoende is dat een feitelijk beleidsbepaler zich ten minste een deel van de bestuursbevoegdheden heeft toegeëigend, en op die manier het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. Uit het woord 'mede' kan volgens de Hoge Raad worden afgeleid dat van zodanige beleidsbepaling ook sprake is in de situatie dat daarnaast één of meer formele bestuurders hun taken als bestuurder van de vennootschap bleven uitoefenen.

#### *2.4. Collectieve matiging aansprakelijkheid boedeltekort*

Een rechter kan het bedrag waarvoor alle bestuurders aansprakelijk zijn verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere

“*Van feitelijk beleidsbepaling kan ook sprake zijn als één of meer formele bestuurders hun taken als bestuurder van de vennootschap blijven uitoefenen.*”

oorzaken van het faillissement, en ook de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld.

Op 13 mei 2022 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat deze collectieve matigingsgronden limitatief in de wet zijn opgenomen. Kortom, een rechter mag het bedrag waarvoor bestuurders aansprakelijk zijn niet op basis van andere matigingsgronden verminderen.

In een procedure waarin de Hoge Raad op 21 april 2023 uitspraak heeft gedaan, moest de Hoge Raad zich uitspreken over de wijze waarop het hof in hoger beroep de aansprakelijkheid van de bestuurders voor het boedeltekort had gematigd. In dit hoger beroep had het hof geoordeeld dat de bestuurders van een groep van vennootschappen al een geruime tijd essentiële onderdelen van hun bestuurstaak hadden verwaarloosd, terwijl de verslechterende financiële situatie van de vennootschappen juist om alertheid en ingrijpen vroeg. Ondertussen hadden de bestuurders een herstructurering uitgevoerd, welke tot gevolg had dat alle tegoeden en voordelen van de vennootschappen terecht waren

gekomen bij andere vennootschappen die aan de bestuurders gelieerd waren. Als gevolg hiervan was de liquiditeit, solvabiliteit en de financiële weerbaarheid van de vennootschappen op een kritiek moment verder verslechterd. Het hof vond het handelen van de bestuurders ernstig verwijtbaar. Desondanks heeft het hof alle omstandigheden in aanmerking nemende – waaronder de op zichzelf geringe beloning van de bestuurders, het ontbreken van concrete aanwijzingen dat de bestuurders zich hebben verrijkt en de beperkte winstgevendheid van de onderneming van de vennootschappen – de aansprakelijkheid van de bestuurders gematigd tot slechts 10% van het boedeltekort.

Het wekt geen verbazing dat de Hoge Raad het matigingsoordeel van het hof gelet op zijn uitspraak van 13 mei 2022 heeft gecasseerd. De collectieve matigingsgronden zijn limitatief in de wet opgenomen. Daarom kon het hof zijn matigingsoordeel niet baseren op alle omstandigheden van het geval. Ook valt “de geringe beloning van de bestuurders” niet onder één van

de collectieve matigingsgronden. Verder vond de Hoge Raad het matigingsoordeel van het hof onbegrijpelijk gelet op het oordeel van het hof dat de organisatie niet 'in control' was, waardoor tijdig en adequaat ingrijpen achterwege was gebleven, en juist in die penibele financiële situatie een herstructurering was uitgevoerd, waarvan het resultaat was dat tegoeden of voordelen terecht waren gekomen bij andere aan de bestuurders gelieerde vennootschappen, en dat de bestuurders daarom ernstig verwijtbaar hadden gehandeld. Dan ligt het immers niet in de rede om de aansprakelijkheid te matigen. Ook vond de Hoge Raad het onbegrijpelijk dat er volgens het hof geen concrete aanwijzingen waren dat de bestuurders zich persoonlijk hadden verrijkt. Van ongerechtvaardigde verrijking kan volgens de Hoge Raad ook sprake zijn als bestuurders via een constructie van vennootschappen op indirecte wijze persoonlijk voordeel genieten, zoals in deze zaak was gebeurd.

Tot slot heeft de Hoge Raad geoordeeld dat matiging niet alleen mogelijk is in gevallen waarin het boedeltekort groter is dan de schade die door het onbehoorlijk bestuur

is veroorzaakt. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt namelijk dat aan de matigingsbevoegdheid onder meer ten grondslag ligt dat het niet redelijk is de bestuurders aansprakelijk te houden voor een hoger bedrag dan de schade die door het onbehoorlijk bestuur kan zijn ontstaan, en ook dat de rechter het bedrag dat de bestuurders moeten betalen kan verminderen waardoor het in redelijke verhouding komt te staan tot de aard en de ernst van de tekortkomingen van het bestuur. Hierbij moet ook worden gelet op het aandeel van het onbehoorlijk bestuur in het totaal van de oorzaken van het faillissement en met de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld. Dit laat volgens de Hoge Raad ruimte voor matiging ook indien het boedeltekort niet groter is dan de door de onbehoorlijke taakvervulling veroorzaakte schade, zonder dat die ruimte is beperkt tot gevallen waarin zich bijzondere omstandigheden voordoen.

In de uitspraak van het Hof Den Bosch van 6 december 2022 over de doorstart van een onderneming zonder voldoende financiering, heeft het hof de aansprakelijkheid van de bestuurders tot 25% van het boedeltekort

gematigd, omdat marktomstandigheden ook een belangrijke oorzaak van het faillissement waren. Uit analyses van banken bleek namelijk dat de markt waarop de gefailleerde vennootschappen actief waren, te maken had met een zwak economisch tij, een krimpende vraag en stijgende inkoopkosten en BTW. Vanwege deze omstandigheden was de kans volgens het hof groot dat de vennootschappen ook zouden zijn gefailleerd als de bestuurders wel bij aanvang van de doorstart van de onderneming in de financieringsbehoefte hadden voorzien. Daarnaast vindt het hof het van belang dat niet is gebleken dat de bestuurders zich persoonlijk hebben verrijkt.

#### *2.5. Individuele matiging aansprakelijkheid boedeltekort*

De rechter kan het bedrag van de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuurder ook matigen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling heeft plaatsgevonden.

In een procedure waarin de Rechtbank Overijssel op 23 februari 2023 uitspraak heeft gedaan, kon een bestuurder geen beroep doen op deze individuele matigingsgrond omdat hij tot betrekkelijk kort voor het faillissement als bestuurder in functie was gebleven. Vervolgens rees de vraag of de rechtbank de aansprakelijkheid voor het boedeltekort op grond van een algemene in de wet opgenomen matigingsbevoegdheid toch mocht matigen als de veroordeling van de bestuurder tot betaling van het volledige boedeltekort in de gegeven omstandigheden kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou hebben.

De rechtbank heeft deze vraag positief beantwoord ondanks het feit dat de collectieve en individuele matigingsgronden limitatief in de wet zijn opgenomen. Uit de parlementaire geschiedenis valt volgens de rechtbank namelijk niet af te leiden dat de wetgever heeft beoogd dat bestuurders bij aansprakelijkheid voor het boedeltekort verstoken blijven van de bescherming die de algemene matigingsbevoegdheid voor uitzonderlijke gevallen beoogt te bieden tegen onaanvaardbare uitkomsten. In dit geval was de aansprakelijkheid van de



bestuurder voor het volledige boedeltekort volgens de rechtbank onaanvaardbaar, omdat de bestuurder wegens ernstige ziekte al geruime tijd voor het faillissement al niet meer betrokken was geweest bij het beleid van de vennootschap. Hij had een ander gevraagd om het bestuur van de vennootschap over te nemen en verkeerde ten onrechte in de veronderstelling dat die ander hem als bestuurder had uitgeschreven, zoals hij had verzocht. Verder was de oudedagsvoorziening van de 78-jarige bestuurder als gevolg van het faillissement in rook opgegaan en tot slot had de bestuurder omvangrijke leningen aan de vennootschap verstrekt. De rechtbank heeft daarom de aansprakelijkheid van deze bestuurder tot 50% van het boedeltekort gematigd.

### 3. Ter afronding

In het derde deel van deze kroniek heb ik uitspraken besproken over de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur. Hierin kwam aan de orde de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders bij een doorstart van een onderneming uit faillissement zonder in de

voorzienbare financieringsbehoefte te voorzien, de persoonlijke aansprakelijkheid van feitelijk beleidsbepalers en de collectieve en individuele matiging van de aansprakelijkheid van bestuurders voor het boedeltekort.

**Mocht u vragen hebben over bestuurders-aansprakelijkheid, dan kunt u contact opnemen met René van de Klift.**

[vandeklift@dvdw.nl](mailto:vandeklift@dvdw.nl)