

## Kwartaalupdate Bestuurdersaansprakelijkheid – Q1 2019

Auteurs: [Vincent Terlouw](#) en [Jurgen Breeman](#)

Het afgelopen kwartaal zijn er op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) 49 uitspraken gepubliceerd waarin de ingestelde vordering gegrond was op bestuurdersaansprakelijkheid. Het betrof 3 uitspraken van de Hoge Raad, 22 uitspraken van gerechtshoven en 24 uitspraken van rechtbanken.

In deze Kwartaalupdate Bestuurdersaansprakelijkheid voor Q1 2019 is een selectie gemaakt uit deze uitspraken. De navolgende onderwerpen komen aan bod:

- 
1. Geen externe bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW van bestuurder en feitelijk bestuurder jegens derde. Maatstaf aansprakelijkheid feitelijk leidinggevende. Geen persoonlijk ernstig verwijt (Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19 februari 2019). ..... 2
  2. Onrechtmatige selectieve non-betaling. Bestuurder valt een persoonlijk ernstig verwijt te maken (Rechtbank Rotterdam, 20 februari 2019). ..... 3
  3. Het rechtsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW, bewijs- en stelplicht en de vraag of het rechtsvermoeden van lid 2 ook van toepassing is op het bestuur van een buitenlandse vennootschap (o.a. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 19 februari 2019). ..... 4
  4. Onjuiste toepassing Beklamel-norm en is de norm van collegiale verantwoordelijkheid ex artikel 2:9 BW mede bepalend bij bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162? (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 26 maart 2019). ..... 5
  5. Afwijzing aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van artikel 2:8 BW en overigens ook geen Beklamel en Ontvanger/Roelofsen-aansprakelijkheid (Rechtbank Midden-Nederland, 20 februari 2019). ..... 6
  6. Aansprakelijkheid zorgbestuurder op voorhand aangenomen wegens PGB-fraude ex artikel 6:162 BW, het tweede geval uit Ontvanger/Roelofsen (Rechtbank Gelderland 6 februari 2019). ..... 7
-

1. **Geen externe bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW van bestuurder en feitelijk bestuurder jegens derde. Maatstaf aansprakelijkheid feitelijk leidinggevende. Geen persoonlijk ernstig verwijt ([Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19 februari 2019](#)).**

In deze zaak is er sprake van dat een vennootschap is tekortgeschoten in haar verplichtingen uit hoofde van een aannemingsovereenkomst. De opdrachtgever van deze vennootschap leidt een schade van EUR 123.176,54. Alvorens dit bedrag wordt toegewezen in een vonnis van de rechtbank te Verviers (België), wordt de vennootschap failliet verklaard. De opdrachtgever blijft met lege handen achter.

De opdrachtgever richt haar pijlen vervolgens op de bestuurder en de gevolmachtigde en feitelijk leidinggevende van de vennootschap. Kort gezegd stelt de opdrachtgever dat zij (i) onvoldoende instructie bij de bouw hebben gegeven, (ii) onvoldoende toezicht op de bouw hebben gehouden en (iii) op onjuiste gronden de aannemingsovereenkomst hebben beëindigd en de bouwplaats hebben ontruimd zonder adequate beschermingsmaatregelen te nemen. De rechtbank wijst de vorderingen in eerste aanleg af net als het hof dat in hoger beroep doet.

De aardigheid van deze uitspraak zit hem in r.o. 3.4.5. Daarin stelt het hof voorop dat het hier gaat om de eventuele externe aansprakelijkheid van bestuurder van een besloten vennootschap jegens een derde. Terecht constateert het hof dat anders dan artikel 2:248 BW bepaalt ten aanzien van kennelijk onbehoorlijk bestuur, artikel 6:162 BW voor haar toepassing niet voorziet in gelijkstelling van een feitelijk bestuurder met een formele bestuurder. Hoe hiermee om te gaan? Het hof geeft aan: *“Niettemin kan ook een feitelijk bestuurder aansprakelijk worden gehouden op grond van artikel 6:162 BW, maar dat is dan op grond van alle concrete omstandigheden van het geval ten aanzien van zijn handelen of nalaten, en niet louter op grond van een gesteld feitelijk bestuurderschap. Ten aanzien van de toerekening van onrechtmatig handelen of nalaten aan een feitelijk bestuurder hanteert het hof evenwel dezelfde verhoogde aansprakelijkheidsdrempel als ware hij formeel bestuurder geweest, namelijk dat hem van dat handelen of nalaten persoonlijk een ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt.”*

Mijns inziens wordt deze hoge drempel terecht ook van toepassing verklaard op de feitelijk bestuurder. Het feit dat hij formeel geen bestuurder is, rechtvaardigt niet dat hij wat betreft zijn aansprakelijkheid het zou moeten doen met een lagere drempel voor aansprakelijkheid dan de formeel bestuurder.

2. **Onrechtmatige selectieve non-betaling. Bestuurder valt een persoonlijk ernstig verwijt te maken ([Rechtbank Rotterdam, 20 februari 2019](#)).**

Een in de praktijk met enige regelmaat voorkomende casus. Een vennootschap wordt ontbonden zonder liquidatie (via een zogeheten “turbo-liquidatie”) en één schuldeiser – vaak degene waarmee het bestuur nu net niet op goede voet staat - blijft met lege handen achter. Wat is hier de concrete casus?

Een voormalig werknemer heeft een in 2009 in rechte toegewezen vordering van EUR 27.937,50 op zijn oud-werkgever Rock-Solid Marketing & Sales B.V. (“Rock Solid”). Ondanks diverse pogingen krijgt deze werknemer zijn vordering niet betaald. In maart 2018 besluit hij om de vordering te verkopen aan een opkoper van vorderingen. Deze partij schrijft op 4 april 2018 Rock Solid aan. Twee dagen later is Rock Solid blijkens het handelsregister opgehouden te bestaan omdat de vennootschap is ontbonden en er geen bekende baten meer aanwezig waren.

De opkoper van de vordering laat het er niet bij zitten en spreekt de (indirect) bestuurders van Rock Solid aan voor de dientengevolge door haar geleden schade. Aan die vordering tot schadevergoeding heeft zij – onder meer – ten grondslag gelegd dat er onrechtmatig jegens haar is gehandeld vanwege selectieve non-betaling dan wel betalingsonwil.

De rechtbank begint met de standaardoverweging in dit soort zaken dat het uitgangspunt voor de beoordeling van persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder gevonden wordt in de maatstaf zoals geformuleerd door de Hoge Raad in zijn arrest van 8 december 2006 ([ECLI:NL:HR:2006:AZ0758](#) (Ontvanger/Roelofsen)). Van het daarin genoemde aan de bestuurder te maken persoonlijke ernstig verwijt is in ieder geval sprake wanneer er onrechtmatig wordt gehandeld door een bestuurder wanneer hij uit betalingsonwil weigert om een verbintenis van de vennootschap te voldoen. In dit geval was hiervan volgens de rechtbank sprake.

Relevant zijn de navolgende constatering.

Uit de cijfers van Rock Solid blijkt ten eerste dat zij gedurende de periode 2010-2016 een rekening-courant vordering had op een gelieerde vennootschap van EUR 510.674,00. Dit weersprekt de stelling van de bestuurders dat er vanaf medio 2009 geen geld was om de oud-werknemer te voldoen. Ten tweede hebben de bestuurders tijdens de mondelinge behandeling toen hen gevraagd is door de rechter waarom zij de voormalig werknemer niet hebben betaald, verklaard dat deze werknemer niets heeft uitgevoerd en de boel belazerde, om daar vervolgens na ingrijpen van haar advocaat aan toe te voegen dat er geen geld was om hem te betalen. Tenslotte is uit de beschikbare cijfers gebleken dat de andere externe schuldeisers van

Rock Solid door de moedervenootschap wel zijn betaald en dat voorafgaand aan de ontbinding er een 'vereffening' heeft plaatsgevonden waarbij groepsvennootschappen wel zijn betaald door middel van verrekening en de oud-werknemer als enige externe schuldeiser niet.

Daarmee staat de onrechtmatigheid van deze selectieve non-betaling vast en dus de aansprakelijkheid van de bestuurders.

3. **Het rechtsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW, bewijs- en stelplicht en de vraag of het rechtsvermoeden van lid 2 ook van toepassing is op het bestuur van een buitenlandse vennootschap** ([o.a. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 19 februari 2019](#)).

Afgelopen kwartaal zijn er zowel door het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, als door de [Rechtbank Midden-Nederland op 29 januari 2019](#) en op [20 februari 2019](#) uitspraken gewezen over artikel 2:248 BW, het rechtsvermoeden van lid 2 en de bewijs- en stelplicht zoals die dan bestaat tussen de curator en de aangesproken bestuurder.

Het tweede lid van artikel 2:248 BW bevat de fictie dat bij schending van de administratieplicht (artikel 2:10 BW) of de publicatieplicht (artikel 2:394 BW) onweerlegbaar wordt vermoed dat het bestuur zijn taak *ook voor het overige* onbehoorlijk heeft vervuld. In dat geval wordt ook, wel weerlegbaar, vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Het bestuur van een failliete vennootschap kan in de eerste plaats onder aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 lid 2 BW uitkomen door aannemelijk te maken dat sprake is van een onbelangrijk verzuim bij schending van de administratie- of publicatieplicht. Als er geen sprake is van een onbelangrijk verzuim kan de bestuurder het vermoeden, dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, ontzenuwen door aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling kunnen worden beschouwd als een belangrijke oorzaak van het faillissement (HR 23 november 2001, NJ 2002/95).

Stelt de bestuurder een van buiten komende oorzaak én verwijt de curator aan de bestuurder dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zal de bestuurder ook feiten en omstandigheden moeten stellen en zo nodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Slaagt de bestuurder erin een andere belangrijke oorzaak van het faillissement aannemelijk te maken, dan ligt het op de weg van de curator om op voet van het

eerste lid van artikel 2:248 BW aannemelijk te maken dat het kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (HR 30 november 2007, NJ 2008/91).

In de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden weet de bestuurder niet voldoende te onderbouwen dat andere feiten of omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. In de twee rechtbankuitspraken weet de bestuurder dat wel. 2-1 voor de bestuurders tegen de curatoren dus.

Tenslotte de vraag of het rechtsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW ook kan worden toegepast op een buitenlandse failliete vennootschap. Deze vraag deed zich voor ten aanzien van een Engelse vennootschap in [Rechtbank Overijssel, 16 januari 2019](#).

De rechtbank stelt zich in deze uitspraak in r.o. 4.7 e.v. de vraag of de rechtsnormen waarnaar het tweede lid van artikel 2:248 BW (artikel 2:10 BW en artikel 2:394 BW) verwijst en welke rechtsnormen de curator in deze procedure aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd, op het bestuur van de Engelse limited van toepassing zijn. De rechtbank oordeelt onder verwijzing naar de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (WFBV) en de bekende uitspraak Inspire-Art van het Hof van Justitie EG 30 september 2003, C-167/01, van niet.

4. **Onjuiste toepassing Beklamel-norm en is de norm van collegiale verantwoordelijkheid ex artikel 2:9 BW mede bepalend bij bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162? ([Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 26 maart 2019](#)).**

Een schuldeiser wordt bijgestaan door een advocaat van advocatenkantoor E. De advocaat maakt een beroepsfout en legt vervolgens – in overleg met de bestuurder van het advocatenkantoor - diens opdracht neer, als gevolg waarvan de schuldeiser schade leidt. Advocatenkantoor E gaat vervolgens failliet.

De schuldeiser spreekt de bestuurder van het advocatenkantoor E ex artikel 6:162 BW aan op de grond dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt door de opdracht neer te leggen.

In eerste aanleg oordeelt de rechtbank dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt nu de bestuurder wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat advocatenkantoor E zou gaan tekortschieten jegens de schuldeiser op het moment dat de bestuurder (mede) besloot dat het advocatenkantoor de opdracht van de schuldeiser zou neerleggen. De rechtbank komt tot het oordeel dat de bestuurder op grond van de Beklamelnorm ex artikel 6:162 BW persoonlijk aansprakelijk is. Dat is opmerkelijk. Daarover zo meer.

In appel is door de schuldeiser gesteld dat de norm van collegiale verantwoordelijkheid uit artikel 2:9 BW ook van toepassing zou moeten zijn bij de beoordeling van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW.

Het hof overweegt eerst dat slechts onder bijzondere omstandigheden plaats is voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder naast aansprakelijkheid van de vennootschap. Vervolgens overweegt het hof dat voor iedere bestuurder afzonderlijk moet worden vastgesteld of hij in hoedanigheid onrechtmatig heeft gehandeld en dat dit aan hem kan worden toegerekend. Bij de vaststelling van een persoonlijk ernstig verwijt past het – aldus het hof - niet om de norm van collegiale verantwoordelijkheid uit artikel 2:9 BW aan die beoordeling mede vorm te laten geven.

Het hof stelt vervolgens vast dat de rechtbank had moeten toetsen of de bestuurder – bij het neerleggen van de opdracht door de vennootschap - heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar verplichtingen jegens de schuldeiser niet nakomt, het tweede geval uit het arrest Ontvanger/Roelofsen. De rechtbank heeft echter ten onrechte getoetst aan de Beklamel-norm: of het voorzienbaar was voor de bestuurder bij het aangaan van de overeenkomst dat de vennootschap haar verplichtingen jegens de schuldeiser niet zou kunnen nakomen en ook overigens geen verhaal biedt. De bestuurder is niet aansprakelijk op deze grond.

Het hof oordeelt dat de schuldeiser onvoldoende heeft gesteld en onderbouwd dat de bestuurder betaling door de vennootschap aan de schuldeiser heeft gefrustreerd: de schuldeiser stelt dat slechts ongemotiveerd, het verwijt van de schuldeiser is eerder gericht op (onterecht) neerleggen van de opdracht door de bestuurder. Het hof wijst de vorderingen van de schuldeiser af.

**5. Afwijzing aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van artikel 2:8 BW en overigens ook geen Beklamel en Ontvanger/Roelofsen-aansprakelijkheid ([Rechtbank Midden-Nederland, 20 februari 2019](#)).**

In deze zaak schiet een vennootschap tekort uit hoofde van een contra-garantie die is verstrekt aan een aandeelhouder tevens financier. De schade van deze aandeelhouder wordt in rechte toegewezen, de vennootschap biedt echter geen verhaal. Vervolgens spreekt de aandeelhouder de (indirect) bestuurder van de vennootschap aan, onder meer op grond van artikel 2:8 BW.

Op grond van artikel 2:8 BW dienen alle bij een rechtspersoon - krachtens de wet en statuten – betrokkenen zich tegenover elkaar gedragen zoals door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Dit betreft dan ook aansprakelijkheid waar externe schuldeisers geen beroep op kunnen doen.

De rechtbank wijst aansprakelijkheid van de bestuurder op deze grond af omdat de bestuurder als indirect bestuurder geen rechtstreekse betrokkenheid heeft bij de vennootschap. Ook de vorderingen op grond van de Beklamel-norm (i) en het tweede geval uit Ontvanger/Roelofsen (ii) worden door de rechtbank afgewezen. De bestuurder kan geen persoonlijk, ernstig verwijt worden gemaakt want:

Bij het aangaan van de herfinanciering in 2009 van de vennootschap was voor de bestuurder niet voorzienbaar dat de vennootschap deze verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Daarnaast acht de rechtbank relevant dat de economische crisis op dat moment niet voorzienbaar was en heeft ook de aandeelhouder in 2009 EUR 15.000.000,00 geleend aan (onder meer) de vennootschap. De rechtbank overweegt dat ook de aandeelhouder op dat moment veronderstelde dat de vennootschap aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen.

De stelling van de aandeelhouder dat er (ook) sprake zou zijn geweest van verhaalsfrustratie, selectieve betaling en betalingsonwil wordt door de rechtbank niet gevolgd. De dividenduitkering heeft niet te gelden als verhaalsfrustratie omdat deze heeft plaatsgevonden voorafgaand aan het tot stand komen van de contragarantie, aldus de rechtbank. Evenmin wordt de aandeelhouder gevolgd in haar stelling dat de vennootschap voor de contragarantie gebruik had kunnen maken van haar eigen kredietfaciliteit, onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0564.

**6. Aansprakelijkheid zorgbestuurder op voorhand aangenomen wegens PGB-fraude ex artikel 6:162 BW, het tweede geval uit Ontvanger/Roelofsen ([Rechtbank Gelderland 6 februari 2019](#)).**

Een zorginstelling verleent zorg aan (onder meer) vier cliënten op grond van zorgovereenkomsten. Ten aanzien van deze cliënten heeft de zorginstelling aanzienlijk meer zorgtijd gedeclareerd bij de SVB (gefinancierd door de gemeente Nijmegen) dan zij daadwerkelijk aan zorgtijd heeft verleend. De rechtbank oordeelt dat de zorginstelling hiermee onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gemeente en aansprakelijk is voor de aldus door de gemeente geleden schade.

De rechtbank oordeelt vooralsnog dat de zorginstelling zo onzorgvuldig en opzettelijk onjuist heeft gehandeld, dat sprake is van fraude met PGB-gelden. Van dit handelen door de zorginstelling kunnen de bestuurders – vooralsnog - een voldoende persoonlijk, ernstig verwijt worden gemaakt in de zin van artikel 6:162 BW, aldus de rechtbank.

Meer in het bijzonder verwijst de rechtbank in dit kader naar de uitspraak van het hof Den Haag van 31 juli 2018 ([ECLI:NL:GHDHA:2018:1802](#)) waarin voor zorgbestuurders is bepaald dat zij dienen te beschikken over elementaire kennis van het declaratieproces. Als een zorgbestuurder:

- i. zich intensief bezighield met de bedrijfsvoering;
- ii. wist van malversaties in het declaratiegedrag;
- iii. daarbij betrokken is geweest, en;
- iv. heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de zorginstelling heeft gehandeld in strijd met haar wettelijke of contractuele verplichtingen;

kan de zorgbestuurder naast de vennootschap aansprakelijk zijn voor de daaruit ontstane schade. Dit is het tweede geval voor bestuurdersaansprakelijkheid uit het arrest van de Hoge Raad Ontvanger/Roelofsen.

Uit verklaringen van (ex-)medewerkers van de zorginstelling en gelieerde vennootschappen volgt dat een van de bestuurders bij (vrijwel) alle financiële kwesties binnen de zorginstelling betrokken was: deze bestuurder was het financiële hart van de zorginstelling en diende voor alle financiële beslissingen goedkeuring te geven. Daarnaast volgt uit e-mails van de gemeente dat deze bestuurder zich ook intensief en op detailniveau bemoeide met het declaratieproces, aldus de rechtbank.

Ook uit dit tussenvonnis – de zorginstelling en de bestuurders wordt gelegenheid geboden tegenbewijs te leveren - volgt dat er in “zorgland” steeds meer aandacht is voor onregelmatigheden in het facturatieproces bij zorginstellingen en het vervolgens doorpakken naar de (verantwoordelijk) bestuurders. Deze onregelmatigheden kunnen – onder omstandigheden – zelfs leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van zorgbestuurders.