



Kwartaalupdate

Bestuurdersaansprakelijkheid

Q1 2020

Introductie

In het eerste kwartaal van 2020 zijn op www.rechtspraak.nl 45 uitspraken gepubliceerd waarin de ingestelde vordering gegrond was op bestuurdersaansprakelijkheid. Het betrof 1 uitspraak van de Hoge Raad, 2 conclusies van de advocaat-generaal bij de Hoge Raad, 20 uitspraken van de gerechtshoven, 20 van rechtbanken en 2 van het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao.

In deze Kwartaalupdate Bestuurdersaansprakelijkheid voor Q1 2020 is door [Suzanne van Aalst](#) en [Vincent Terlouw](#) een selectie gemaakt uit deze uitspraken.

- 01. Ondanks selectieve betalingen verricht na faillissementsaanvraag géén bestuurdersaansprakelijkheid (Hoge Raad 17 januari 2020)** 2
- 02. Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege een turboliquidatie en selectieve betaling (Rechtbank Gelderland 21 januari 2020)** 4
- 03. Aansprakelijkheid voor het boedeltekort vanwege schending van de publicatieplicht (Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 februari 2020)** 7
- 04. Onjuiste uitlatingen of betalingstoezeggingen door de bestuurder leiden niet zonder meer tot een persoonlijk ernstig verwijt (Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 februari 2020)** 9
- 05. Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege uitvoering geven aan dividendbesluiten (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 maart 2020)** 12

01

Ondanks selectieve betalingen verricht na faillissementsaanvraag géén bestuurders-aansprakelijkheid

([Hoge Raad 17 januari 2020](#))

In deze zaak stond de vraag centraal of de bestuurder die het faillissement van de vennootschap had aangevraagd en nadien selectieve betalingen verrichtte onrechtmatig handelde tegenover de onbetaald gebleven schuldeisers. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend.

Als uitgangspunt geldt dat selectieve betalingen zijn toegestaan. Onder omstandigheden leidt dit beginsel echter tot uitzondering. Daarvoor is vereist dat de handelwijze van de bestuurder ten opzichte van de niet-betaalde schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is, dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien de bestuurder wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat de selectieve betalingen tot gevolg zouden hebben dat de andere schuldeisers onbetaald zouden blijven en de vennootschap geen verhaal zou bieden. Selectieve betalingen zijn dus in beginsel niet onrechtmatig, tenzij deze leiden tot betalingsonwil van de vennootschap ten aanzien van de andere schuldeisers.

Dat is anders wanneer de vennootschap heeft besloten om haar activiteiten te beëindigen en onvoldoende middelen heeft om al haar schuldeisers te voldoen. In dat geval staat het de vennootschap niet zonder meer vrij om aan de vennootschap gelieerde schuldeisers te betalen ([Hoge Raad 12 juni 1998, Coral/Stalt](#)) of aan niet-gelieerde schuldeisers als de bestuurder daarbij een persoonlijk belang heeft ([Hoge Raad 12 april 2019](#)). In dat geval is sprake van omkering van de bewijslast; in deze gevallen staat de aansprakelijkheid in beginsel vast behoudens rechtvaardigingsgrond.

In de onderhavige zaak was sprake van selectieve betalingen ná de eigen aangifte tot faillietverklaring. Niet kon worden vastgesteld dat de selectieve betalingen werden verricht aan gelieerde vennootschappen of niet-gelieerde vennootschappen waarbij de bestuurder een persoonlijk belang had. De Hoge Raad moest dus oordelen over de vraag of de enkele omstandigheid dat de bestuurder het faillissement van de vennootschap reeds had aangevraagd vóór het verrichten van de selectieve betalingen voldoende was om de omkeringsregel toe te passen. Dat zou betekenen dat de aansprakelijkheid van de bestuurder met de aanvraag van het faillissement zou zijn gegeven, behoudens rechtvaardigingsgrond. De Hoge Raad wil daar echter niks van weten en beantwoordt de vraag ontkennend. De curator zal dus moeten stellen en zo nodig bewijzen dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat door de selectieve betaling andere schuldeisers onbetaald zouden blijven en dat de vennootschap geen verhaal zou bieden. De curator was daarin niet geslaagd.

Voor de praktijk is relevant dat de lat voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid vanwege selectieve betalingen verricht aan een niet-gelieerde schuldeiser of een schuldeiser waarbij geen persoonlijk gewin bestaat voor de bestuurder, nog steeds hoog ligt. Een eigen faillissementsaanvraag – waarmee het faillissement onafwendbaar lijkt – is onvoldoende voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van na de faillissementsaanvraag verrichtte selectieve betalingen. Dat zou anders kunnen zijn wanneer de selectieve betalingen na de faillissementsaanvraag zouden zijn verricht aan gelieerde schuldeisers of een schuldeiser waarbij de bestuurder een persoonlijk gewin heeft. In dat geval wordt aansprakelijkheid van de bestuurder aangenomen en is het aan de bestuurder om aan te tonen dat sprake is van een rechtvaardigingsgrond voor de gedane betalingen.

02

Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege een turboliquidatie en selectieve betaling

([Rechtbank Gelderland 21 januari 2020](#))

In deze zaak was sprake van een stichting die was verwickeld in een procedure met een aannemingsbedrijf. Het aannemingsbedrijf trok eerst aan het kortste eind en werd bij verstek veroordeeld tot betaling aan de stichting. De stichting had ter executie van het verstekvonnis executoriale beslagen gelegd. Het aannemingsbedrijf ging in verzet. Tussentijds – bij kortgedingvonnis – werden de gelegde beslagen reeds onrechtmatig bevonden. Vervolgens werd de stichting – bij vonnis in de verzetprocedure – veroordeeld tot betaling aan het aannemingsbedrijf. Het probleem was echter dat de stichting toen niet meer bestond. Na betaling van de openstaande schulden van de bestuurders was besloten om de stichting door middel van een turboliquidatie te ontbinden.

Het aannemingsbedrijf spreekt de bestuurders aan op grond van onrechtmatige daad. De onrechtmatige daad bestaat volgens het aannemingsbedrijf uit a) selectieve betalingen, en b) het ten onrechte ontbinden via turboliquidatie.

Bij selectieve betaling gaat het er om of de bestuurder wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de selectieve betaling tot gevolg zou hebben dat de vennootschap andere verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.

De stelling dat de bestuurders veel eigen geld hadden gestoken in de stichting, maakt volgens de rechtbank niet dat zij gerechtigd waren enkel zichzelf te betalen en de overige schuldeisers onbetaald te laten.


De rechtbank verwerpt ook de stelling van de bestuurders dat er op het moment van het doen van de betalingen nog geen vorderingsrecht van het aannemingsbedrijf op de stichting bestond. De bestuurders wisten immers op het moment van de betalingen

en de turboliquidatie dat de stichting geen verhaal meer zou bieden voor de schade die het aannemingsbedrijf leed. Daarbij acht de rechtbank van belang dat de bestuurders al voor die tijd op de hoogte waren van de gepretendeerde vordering van het aannemingsbedrijf, dat de stichting door haar aansprakelijk was gesteld voor de schade die het aannemingsbedrijf leed als gevolg van de beslaglegging boven het bedrag waartoe zij in het verstekvonnis was veroordeeld, dat een deel van de schade van eiseres al bij het verstekvonnis vaststond en dat er een kortgeding tot schorsing van de executie van het verstekvonnis aanhangig was gemaakt.

De bestuurders wisten dus op het moment van de besluit tot het verrichten van de (selectieve) betalingen en het besluit tot turboliquidatie dat de stichting geen verhaal meer zou bieden voor de schade die het aannemingsbedrijf leed en meende te hebben geleden door de handelwijze van de stichting. Vast staat dat als gevolg van de handelwijze van de bestuurders de stichting haar verplichtingen jegens het aannemingsbedrijf niet meer kon nakomen. Geconcludeerd wordt dan ook dat de bestuurders hiervan een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Tot slot oordeelt de rechtbank ten aanzien van de schade dat de omvang wordt bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals deze (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de schadeveroorzakende gebeurtenis (lees: de selectieve betaling en de turboliquidatie) niet zou hebben plaatsgevonden. De rechtbank treedt vervolgens als een soort van vereffenaar op. Zij stelt de vordering van het aannemingsbedrijf vast, telt daar de vorderingen van andere schuldeisers bij op, stelt de baten van de stichting vast en neemt de vorderingen allen pro rata mee.

Graag merken wij hier nog op dat een argument van de bestuurder dat van hem niet kan worden geveerd dat hij ervoor zorgt dat de vennootschap voldoende verhaal biedt voor verplichtingen waarvan – ten tijde van de verweten gedragingen – niet vaststond dat zij (in de betreffende omvang) zouden bestaan, maar waarvan slechts met de mogelijkheid van bestaan (tot die omvang) rekening gehouden zou kunnen worden, door de rechtbank over het algemeen zal worden verworpen. Ook indien de nakoming van een “onzekere” verplichting, zoals een vordering van een derde die nog niet vaststaat, door de bestuurder wordt gefrustreerd kan van een persoonlijk



ernstig verwijt sprake zijn. Voldoende is dat de bestuurder ten tijde van het hem verweten handelen of nalaten ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat ondanks de gestelde tegenvordering een vordering op de vennootschap zou resterem ([Hoge Raad 4 april 2014](#)).

03

Aansprakelijkheid voor het boedeltekort vanwege schending van de publicatieplicht

(Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 februari 2020)

In deze zaak werd de (middellijk) bestuurder van de gefailleerde vennootschap door de curator aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort vanwege schending van de publicatieplicht.

In geval van faillissement van de vennootschap is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Als het bestuur niet heeft voldaan aan zijn administratie- of publicatieplicht, heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld (onweerlegbaar vermoeden) en wordt vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement (weerlegbaar vermoeden).

Vaststond in deze zaak dat de jaarrekening over 2010 tien maanden te laat was gedeponereerd en de jaarrekening over 2011 twee maanden. Het bestuur deed een beroep op onbelangrijk verzuim. De wet bepaalt dat een onbelangrijk verzuim niet in aanmerking wordt genomen als het gaat om het vestigen van het onweerlegbaar vermoeden dat er sprake van onbehoorlijke taakvervulling is geweest.

Van een onbelangrijk verzuim is sprake als het niet voldoen aan de administratie- of publicatieplicht in de omstandigheden van het geval er niet op wijst dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Als het gaat om overschrijding van de termijn voor openbaarmaking van de jaarrekening, heeft te gelden dat het afhangt van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid, of die overschrijding als een onbelangrijk verzuim moet worden aangemerkt. Naarmate de termijnoverschrijding langer is moeten hogere eisen worden gesteld aan de door de bestuurder te stellen (en zo nodig te bewijzen)

redenen die aan de termijnoverschrijding ten grondslag hebben gelegen.

Het bestuur heeft voor wat betreft de reden voor de termijnoverschrijdingen gesteld dat het aan het verzuim van haar accountant heeft gelegen dat de jaarrekeningen – die tijdig gereed waren – niet tijdig gedeponereerd zijn. Het hof wijst deze stelling van de hand. Niet alleen is onvoldoende gesteld dat het de taak was van haar accountant om de jaarrekening te deponeren, maar ook was het allereerst de verantwoordelijkheid van het bestuur om zorg te (doen) dragen voor tijdige publicatie en behoorde daartoe ook dat zij erop toezag dat die publicatie ook daadwerkelijk tijdig plaatsvond.

Daarnaast heeft het bestuur nog als reden aangevoerd dat de jaarstukken wel tijdig gereed waren, dat de resultaten positief waren en dat er geen sprake is geweest van benadeling van crediteuren. Het hof is van oordeel dat deze omstandigheden, zo al juist, geen rechtvaardiging opleveren voor de termijnoverschrijdingen en niet leiden tot de conclusie dat er sprake was van een onbelangrijk verzuim. Bij de nakoming van het publicatievoorschrift is niet in de eerste plaats van belang wat de staat van de onderneming is. Het gaat erom dat door derden tijdig vastgesteld kan worden wat die staat is.

Omdat door het hof geen onbelangrijk verzuim werd aangenomen werd de onbehoorlijke taakvervulling (schending publicatieplicht) relevant geacht en vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn geweest. Het bestuur was niet in staat dit vermoeden te weerleggen.

04

Onjuiste uitlatingen of betalingstoezeggingen door de bestuurder leiden niet zonder meer tot een persoonlijk ernstig verwijt

([Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 februari 2020](#))

Deze zaak speelde zich af in de farmaceutische branche.

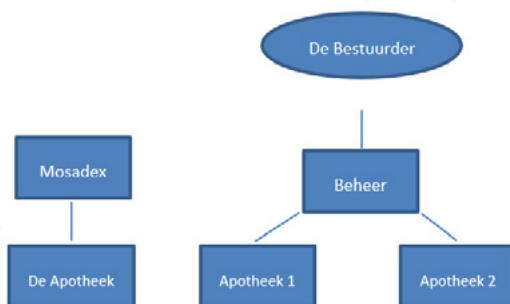
De relevante feiten betroffen kortgezegd de volgende.

Mosadex en haar dochteronderneming leverden geneesmiddelen aan Beheer en haar dochterondernemingen.

Op enig moment verkeerde Beheer c.s. in financiële moeilijkheden en werd niet voldaan aan de betalingsverplichting jegens

Mosadex c.s. In dat kader is Mosadex, bij een aanzienlijke betalingsachterstand een garantieovereenkomst met Beheer en de Bestuurder aangegaan. In deze garantieovereenkomst werd opgenomen op welke wijze Beheer zou gaan voldoen aan haar betalingsverplichting. Niettemin voldeed Beheer niet aan haar betalingsverplichting.

Mosadex stelt dat de Bestuurder aansprakelijk is voor de schade die Mosadex c.s. lijden als gevolg van het onbetaald laten van de vorderingen op Beheer c.s. Zij legt diverse verwijten aan haar vordering ten grondslag. De rechtbank wijst de vordering van Mosadex gedeeltelijk toe en overweegt dat de Bestuurder een voldoende persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt omdat hij Mosadex niet adequaat heeft geïnformeerd over de daadwerkelijke verhaalspositie van Beheer. Niettemin gaat Mosadex in hoger beroep. In hoger beroep vernietigt het gerechtshof het vonnis in eerste aanleg en wijst de vordering van Mosadex in zijn geheel af. Enkele voor de praktijk relevante verwijten inclusief het oordeel van het hof daarop zullen hieronder




worden besproken.

1 Uitgangspunt. Het hof stelt voorop dat indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, het uitgangspunt is dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

2 Niet nakomen betalingsverplichting. Het hof oordeelt dat het niet nakomen van betalingsverplichtingen als zodanig niet leidt tot aansprakelijkheid van de Bestuurder. Dit zou anders zijn indien komt vast te staan dat de Bestuurder bij het doen van bestellingen in de bewuste periode wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat beide apotheken niet aan hun verplichtingen zouden kunnen voldoen en geen verhaal zouden bieden (de zogeheten Beklamel maatstaf). Daarvan was geen sprake volgens het hof. Het werd immers eerst ná het plaatsen van de bestellingen duidelijk dat Beheer beide apotheken (van de bank) moest verkopen waardoor zij geen inkomsten meer zouden genereren.

3 Het doen van een onjuiste uitlating. De Bestuurder had bij het aangaan van de garantieovereenkomst aangegeven dat hij ten behoeve van Beheer een hypotheekrecht zou hebben verstrekt op zijn woning. Achteraf bleek dat niet het geval te zijn. Mosadex stelt dat de Bestuurder hem op dit punt bewust onjuiste informatie heeft gegeven, terwijl dit voor Mosadex van groot belang was. De Bestuurder heeft gemotiveerd toegelicht waarom hij meende dat hij een hypotheek aan Beheer had verstrekt. Omdat de Bestuurder per abuis onjuiste informatie op dit punt had verstrekt kan de Bestuurder ten aanzien van de onjuist verstrekte informatie geen persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt.

4 Bekendheid met prangende financiële situatie. Mosadex verwijt de Bestuurder dat hij op het moment van het aangaan van de garantieovereenkomst namens Beheer verplichtingen is aangegaan, terwijl hij wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat Beheer deze niet kon nakomen. In dat kader stelt Mosadex dat zij de garantie-



overeenkomst nooit zou zijn aangegaan als zij had geweten dat Beheer een “lege” vennootschap was. Dat verwijt gaat volgens het gerechtshof niet op. Mosadex beschikte immers over de (concept)jaarrekening van Beheer. Zij was dan ook bekend met de prangende financiële situatie van Beheer. Voorts is door Mosadex onvoldoende gesteld dat het ten tijde van het aangaan van de garantieovereenkomst voor de Bestuurder voorzienbaar was dat de vorderingen van Mosadex niet konden worden voldaan.

5 Het doen van (een) enkele toezegging(en). Het hof oordeelt dat voor zover de toezegging van de Bestuurder tot betaling is gedaan vóór het sluiten van de garantieovereenkomst, niet kan worden geoordeeld dat Mosadex op basis van de toezegging is blijven doorleveren. In de garantieovereenkomst zijn partijen immers afspraken overeengekomen op basis waarvan Mosadex zou doorleveren. Voorts oordeelt het hof dat het bericht waarin de Bestuurder aan Mosadex heeft laten weten dat hij zich het belang van gehele aflossing realiseert en tot algehele aflossing “hoopt” over te gaan, iets anders is dan het toezeggen van volledige betaling.

Van belang voor de praktijk is dat onjuiste uitlatingen of het doen van (betalings) toezeggingen door een bestuurder niet zonder meer een persoonlijk ernstig verwijt opleveren hetgeen nodig is voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. De onjuiste uitlatingen c.q. betalingstoezeggingen dienen altijd in de context te worden gezien en beoordeeld.

05

Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege uitvoering geven aan dividendbesluiten

(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 maart 2020)

In deze zaak werd het bestuur door de curator op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort omdat zij had nagelaten een voorziening te treffen en uitvoering hadden gegeven aan dividendbesluiten.

Het ging hier allereerst om een aansprakelijkstelling door de Staat der Nederlanden jegens de vennootschappen Welsec en Welgelegen voor de kosten van sanering van de Industriehaven. In 2005 veroordeelde de rechtbank Welsec c.s. hoofdelijk tot betaling aan de Staat van de saneringskosten. In hoger beroep overwoog het hof bij tussenarrest dat niet kon worden uitgesloten dat een deel van de verontreiniging was veroorzaakt door andere bronnen dan door Welsec c.s. Dat leidde tot een deskundigenbenoeming.

In het deskundigenrapport uit 2009 werden Welsec c.s. aangewezen als de veroorzakers van de vervuiling. Niettemin gaf het bestuur van Welsec c.s. vervolgens uitvoering aan de dividendbesluiten van de aandeelhouder. In 2011 veroordeelde het hof Welsec en Welgelegen tot betaling van de saneringskosten.

In 2012 werden Welsec c.s. op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard. De aangestelde curator maakte vervolgens een procedure tegen het bestuur aanhangig waarin het bestuur aansprakelijk werd gesteld voor het boedeltekort.

Het hof oordeelt met de rechtbank dat het bestuur vanaf het deskundigenrapport er ernstig rekening mee had moeten houden dat een veroordeling in hoger beroep niet meer te voorkomen was en dat maatregelen getroffen hadden moeten worden. Hieraan kan op geen enkele manier afdoen dat zij het fundamenteel oneens waren met het rapport van de deskundigen. Het rapport lag er, en was afkomstig van drie

door het hof benoemde deskundigen. Het lag voor de hand dat de uitkomsten door het hof zouden worden gevolgd.

Het bestuur deed echter in het geheel niets om de gevolgen daarvan te kunnen opvangen. Het kan het bestuur daarom worden verweten dat zij bij het opmaken van de jaarrekening over 2008 en 2009 geen voorziening hebben getroffen voor de claim van de Staat. Als zij dat hadden gedaan, dan zou de aandeelhouder over die jaren geen dividendbesluiten hebben kunnen nemen waarmee zij het resultaat van Welsec c.s. naar zich toe trok.

Daarnaast geldt dat de bestuurders uitvoering hebben gegeven aan dividendbesluiten zonder de aandeelhouder te waarschuwen, en zonder deze vennootschap te wijzen op het feit dat door die dividenduitkeringen de ruimte ontbrak om op termijn de vordering van de Staat te voldoen; zij hadden hun medewerking aan die dividendbesluiten moeten onthouden, omdat zij wisten dat het Welsec c.s. daardoor aan liquiditeit zou komen te ontbreken om aan de claim van de Staat te voldoen.

Dat klemt temeer als wordt gekeken naar de data van de dividendbesluiten, de data waarop de uitkeringen zijn voldaan en de omvang van de dividenduitkeringen. In de jaren 2008 en 2009 zijn de cumulatieve bedragen van een zodanige omvang dat daarmee de vordering van de Staat in hoofdsom kon worden voldaan als die bedragen beschikbaar waren gebleven voor Welsec c.s.

Het hof concludeert dan ook dat zowel het niet treffen van een voorziening nadat het deskundigenrapport in 2009 was afgegeven als het uitvoering geven aan de dividendbesluiten over de jaren 2008 en 2009 onder de gegeven omstandigheden maakt dat het bestuur zodanig onzorgvuldig heeft gehandeld dat zij hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.

Een vraag over bestuurders-aansprakelijkheid?

Neem contact op met een van onze specialisten



Vincent Terlouw
Partner / Advocaat

 +31 6 5112 0296

 v.terlouw@ploum.nl



Maurice Verhoeven
Partner / Advocaat


 +31 6 2036 4060

 m.verhoeven@ploum.nl



Lennard van den Berg
Advocaat

 +31 6 8396 7265

 l.vandenberg@ploum.nl



Thomas Munnik
Advocaat

 +31 6 2248 1755

 t.munnik@ploum.nl



Suzanne van Aalst
Advocaat

 +31 6 1255 6802

 s.vanaalst@ploum.nl