

JOR 2019/2, Gerechtshof 's-Gravenhage 16-10-2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2595, 200.204.207 (met annotatie van mr. S.C.M. van Thiel) Bestuurdersaansprakelijkheid na faillissement, Schending van administratieplicht, Onbehoorlijke taakvervulling, Bestuursperiode van slechts zes weken, Geen sprake van onbelangrijk verzuim, Geen reden tot matiging ex art. 2:248 lid 4 BW voor bestuur als geheel noch op individuele grondslag, Beroep op derogerende werking van redelijkheid en billijkheid slaagt evenmin, Verband met Hof Den Haag 13 maart 2018, «JOR» 2018/119, m.nt. Van Thiel

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:GHDHA:2018:2595, JIN 2019/6, INS-Updates.nl 2018-0242

JOR 2019/2, Gerechtshof Den Haag, 16-10-2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2595, 200.204.207 (annotatie)

Inhoudsindicatie

Bestuurdersaansprakelijkheid na faillissement, Schending van administratieplicht, Onbehoorlijke taakvervulling, Bestuursperiode van slechts zes weken, Geen sprake van onbelangrijk verzuim, Geen reden tot matiging ex art. 2:248 lid 4 BW voor bestuur als geheel noch op individuele grondslag, Beroep op derogerende werking van redelijkheid en billijkheid slaagt evenmin, Verband met Hof Den Haag 13 maart 2018, «JOR» 2018/119, m.nt. Van Thiel

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Gegevens

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	16-10-2018
Publicatie	JOR 2019/2 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 1, 2019
Annotator	• mr. S.C.M. van Thiel
ECLI	ECLI:NL:GHDHA:2018:2595
Zaaknummer	200.204.207
Overige publicaties	• ECLI:NL:GHDHA:2018:2595 • JIN 2019/6 met annotatie van J.R. Everhardus

Rechtsgebied	Ondernemingsrecht
Rubriek	Ondernemingsrecht
Rechters	<ul style="list-style-type: none">• mr. Van der Ven• mr. Van Kooten• mr. Van Dorp
Partijen	X, appellant in het principaal appel, geïntimeerde in het incidenteel appel, advocaat: mr. J.W. Aartsen, tegen mr. H. Rijken van Olst q.q te Veenendaal, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Axis Diensten BV, geïntimeerde in het principaal appel, appellant in het incidenteel appel, hierna te noemen: de curator, advocaat: mr. D.C.J. Bogerd.
Regelgeving	<ul style="list-style-type: none">• BW - 2:10 lid 1• BW - 2:248• BW - 6:248 lid 2

Samenvatting

Vaststaat dat in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement van Axis en ook tijdens de bestuursperiode van appellant geen deugdelijke administratie bestond – appellant verklaart zelf dat hij geen administratie heeft gezien –, zodat moet worden geoordeeld dat de opvolgend bestuurders, waaronder appellant, de administratieplicht ingevolge art. 2:10 lid 1 BW hebben geschonden. De omstandigheid dat de bestuursperiode van appellant maar kort was (zes weken), doet hieraan niet af. De plicht een deugdelijke administratie te voeren geldt immers te allen tijde, zodat reeds op die grond niet kan worden gezegd dat sprake is van een onbelangrijk verzuim als bedoeld in de slotzin van art. 2:248 lid 2 BW. Bovendien waren op het moment dat appellant daarvoor verantwoordelijk werd, de termijnen voor het publiceren van de jaarrekeningen over 2008 en 2011 reeds ruimschoots verstreken, zodat ook op dat punt niet kan worden gesproken van een onbelangrijk verzuim. Dit betekent ingevolge het bepaalde in art. 2:248 lid 2 BW dat het bestuur in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement zijn taken onbehoorlijk heeft vervuld en dat weerlegbaar wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Het hof ziet geen aanleiding tot matiging van de aansprakelijkheid van het gehele bestuur, daar het bedrag waarvoor het bestuur als geheel aansprakelijk is, gezien de aard van de aansprakelijkheid en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling als geheel, het hof niet bovenmatig voorkomt. De in art. 2:248 lid 4 BW opgenomen mogelijkheid tot individuele matiging dient blijkens de tekst van dat artikellid en de parlementaire wetsgeschiedenis limitatief te worden opgevat. Dit betekent dat die mogelijkheid beperkt is tot de situatie waarin een bestuurder slechts een deel van de tijd gedurende welke de (kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond, in functie is geweest.

Weliswaar is appellant slechts gedurende een deel van de tijd waarin de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond bestuurder geweest, maar dat leidt niet tot het oordeel dat het bedrag van de aansprakelijkheid bovenmatig is: de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur heeft plaatsgevonden in een periode waarin de vennootschap werd bestuurd door achtereenvolgens vijf verschillende (rechts)personen, waarbij het (opeenvolgend) bestuur door respectievelijk [koper], [naam 1] en appellant telkens slechts (ongeveer even) kort heeft geduurd. Appellant neemt dus in zoverre geen bijzondere positie in. Daarbij komt dat de fiscale schulden die tot de naheffingsaanslag hebben geleid, uitgerekend in appellants bestuursperiode zijn ontstaan. In dit licht komt het bedrag van de aansprakelijkheid van appellant het hof niet bovenmatig voor en bestaat er geen aanleiding voor vermindering daarvan.

Aangezien de wetgever kennelijk heeft gewenst de individuele matigingsbevoegdheid te beperken tot één specifieke situatie, ligt de honorering van een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid vanwege het ontbreken van een andere dan de door de wetgever genoemde situatie niet spoedig in de rede. Bijzondere omstandigheden die dit anders maken zijn door appellant niet gesteld en zijn ook niet gebleken. Die bijzondere omstandigheden kunnen in dit geval niet zijn gelegen in het feit dat appellant te goeder trouw is geweest, nu hij geen enkele concrete invulling heeft weten te geven aan zijn stelling dat hij nog wel heeft geprobeerd de administratie in handen te krijgen.

Uitspraak

(...; red.)

Beoordeling van het hoger beroep

1. De door de rechtbank in het bestreden vonnis (Rb. Den Haag 17 augustus 2016, zaaknr. C/09/489647; red.) vastgestelde feiten zijn door partijen niet bestreden, zodat ook het hof daarvan zal uitgaan.
2. Met inachtneming van deze feiten en hetgeen overigens als onbestreden is komen vast te staan, gaat het in deze zaak om het volgende.
 - 2.1. Op 15 november 2006 is [aandeelhouder] (verder: [aandeelhouder]) aandeelhouder en bestuurder van Holding Duko B.V. geworden, van welke vennootschap de naam op 4 december 2006 is gewijzigd in Axis Diensten B.V. (hierna: Axis). Axis dreef een uitzendbureau.
 - 2.2. In april 2011 heeft een controle door de Arbeidsinspectie plaatsgevonden, waarbij twee overtredingen zijn geconstateerd van de Wet arbeid vreemdelingen. Daarna heeft de opdrachtgever van Axis de opdracht ingetrokken. Nadien hebben geen (uitzend)werkzaamheden meer plaatsgevonden in Axis.
 - 2.3. Op 22 mei 2012 heeft [aandeelhouder] de door hem gehouden aandelen in Axis verkocht en overgedragen aan [koper] (verder: [koper]), voor de koopsom van € 12.500,-.
 - 2.4. Op 5 juli 2012 heeft [appellant] Stichting Hitech Ondersteuning (verder: Hitech) opgericht.
 - 2.5. Op 16 juli 2012 is Hitech enig aandeelhouder geworden van Axis. In de akte van aandelenoverdracht van 16 juli 2012 is onder meer het volgende bepaald:

“DOEL TRANSACTIE/ONDERBOUWING KOOPSOM.

De onderneming is door de vorige eigenaar stilgelegd. Verkoper kreeg een en ander niet aan de praat. Koper gaat de onderneming op dezelfde voet voortzetten. Van de cijfers van de vennootschap is de koper volledig op de hoogte. Deze cijfers wijken af van de laatst gepubliceerde jaarrekeningen.

BETALING KOOPSOM.

1. De koopsom is door koper rechtstreeks betaald aan verkoper.

2. Verkoper verleent koper bij deze kwitantie voor de betaling van de koopsom.”

2.6. Blijkens de inschrijving bij de Kamer van Koophandel was [appellant] ten tijde van de koop van de aandelen van Axis enig bestuurder van Hitech. Op 30 augustus 2012 is [appellant] afgetreden als bestuurder van Hitech en is [koper] voorzitter geworden en op 31 januari 2013 M.C. Klein (verder: Klein) secretaris.

2.7. Sinds de verkoop van de aandelen in Axis door [aandeelhouder] zijn de volgende (rechts)personen blijkens de inschrijving bij de Kamer van Koophandel bestuurder geweest van Axis:

- van 22 mei tot 13 juli 2012: [koper];
- van 1 juni tot 23 juli 2012: [naam 1];
- van 19 juli tot 30 augustus 2012: [appellant]; en
- vanaf 30 augustus 2012: Hitech.

2.8. Uit bankafschriften van Axis blijkt dat in de periode van 19 juli 2012 tot en met 31 juli 2012 negen grote betalingen (in totaal voor een kleine miljoen euro) naar het buitenland hebben plaatsgevonden.

2.9. Bij e-mail van 2 november 2012 schreef [appellant] aan de notaris die Hitech heeft opgericht, onder meer het volgende:

“Op 5 juli heeft u voor mij Stichting Hitech Ondersteuning opgericht.

Het was de bedoeling hieraan een BV te koppelen, namelijk Eurotech Nederland BV.

Ik kreeg van u een brief dat die BV i.o. was waarmee ik een huurcontract met Regus afgesloten heb voor een kantoorruimte in Utrecht.

Ik ging met uw brief en het huurcontract naar de KvK en heb Eurotech Nederland BV i.o. ingeschreven. (...)

Ik had mondelinge afspraken gemaakt met een investeerder die de oprichting van de Stichting en BV en de operationele kosten zou financieren.

Hij heeft toen voorgesteld een schone BV over te nemen in plaats van eentje op te richten.

Op 19 juli 2012 werd de overname door u geregeld, namelijk van Axis diensten BV en ik heb op dezelfde datum Eurotech Nederland BV i.o. bij de KvK uitgeschreven.

Uiteindelijk kwam er niks van de beloftes van de investeerder. Zelfs de huur van het kantoor werd niet betaald.

Er restte mij maar uit de Stichting en Axis BV te treden. De Stichting is nu overgenomen door iemand anders.

(...)

Voorhet zo ver kwam, heb ik Regus gevraagd het contract over te laten nemen door Axis Diensten Bv aangezien de BV i.o. niet meer bestond.

(...)”

2.10. Op 27 mei 2013 heeft de Inspecteur van de Belastingdienst een naheffingsaanslag van

€ 541.856 opgelegd aan Axis. Deze naheffingsaanslag is voortgevloeid uit een boekenonderzoek. Daarbij is gebleken dat in de periode van 1 juli 2012 tot en met 31 augustus 2012 Axis voor

€ 3.431.405 aan intracommunautaire verwervingen heeft verricht en voor € 3.434.442 aan goederen heeft verkocht, zonder aangifte te doen voor de omzetbelasting.

2.11. Bij vonnis van de rechtbank Den Haag van 11 februari 2014 is Axis in staat van faillissement verklaard, met benoeming van de curator als zodanig.

2.12. De curator constateerde dat geen administratie aanwezig was. Volgens hem zijn [koper] en [naam 1] in de faillissementspraktijk bekende personen, die beiden meerdere failliete vennootschappen op hun naam hebben staan. Beiden zouden bovendien bij de Belastingdienst bekend staan als “katvangers”.

2.13. Uit het handelsregister is gebleken dat de jaarrekeningen van Axis over de boekjaren 2008, 2011 en 2012 niet zijn gedeponereerd en de jaarrekening over 2009 te laat is gedeponereerd.

2.14. Bij brieven van 13 mei 2015 van zijn advocaat heeft de curator [aandeelhouder], [koper], [naam 1], [appellant] en Hitech op de hoogte gesteld van zijn voornemen hen als ex-bestuurders van Axis hoofdelijk aansprakelijk te houden voor het boedeltekort van (op dat moment) € 682.906.

2.15. Daar een adequate reactie uitbleef, heeft de curator genoemde (rechts)personen gedagvaard en gevorderd hen hoofdelijk te veroordelen tot betaling van het faillissementstekort, te vermeerderen met de boedelkosten ten gevolge van onbehoorlijke taakvervulling. Aan deze vordering heeft de curator onder meer ten grondslag gelegd dat de opvolgend bestuurders [aandeelhouder], [koper], [naam 1], [appellant], Klein en Hitech geen van allen hebben voldaan aan de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW en de publicatieplicht ex artikel 2:394 BW. Op grond van artikel 2:248 lid 2 BW staat daarmee vast dat zij hun taak als bestuurder onbehoorlijk hebben vervuld, terwijl daarnaast het vermoeden geldt dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.

2.16. Bij het bestreden vonnis heeft de rechtbank de vordering jegens [aandeelhouder], [koper], [naam 1] en Hitech toegewezen, en de vordering jegens [appellant] voor 50%. De vordering tegen Klein werd afgewezen.

2.17. Ten aanzien van [appellant] overwoog de rechtbank daartoe – voor zover in dit hoger beroep relevant – dat [appellant] niet aan de administratieverplichting uit artikel 2:10 lid 1 BW heeft voldaan, zodat sprake is van onbehoorlijk bestuur. Daarmee staat onweerlegbaar vast dat

[appellant] zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en bestaat het weerlegbare vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dit vermoeden heeft [appellant] niet weten te weerleggen, aldus de rechtbank. De rechtbank oordeelde echter dat er wel aanleiding was om het bedrag van de aansprakelijkstelling te matigen, omdat [appellant] weliswaar bijzonder naïef is geweest door bestuurder van Axis te worden zonder te onderzoeken of daadwerkelijk sprake was van een "lege B.V." en zonder te controleren of er een administratie was, maar dat daaruit niet kan worden afgeleid dat [appellant] nimmer van plan is geweest het bestuur van Axis serieus uit te voeren, laat staan dat hij op de hoogte was of behoorde te zijn van de kwade bedoelingen van de feitelijk bestuurder(s) van Axis.

3.1. In het principaal hoger beroep vordert [appellant] de vernietiging van het bestreden vonnis voor zover tussen partijen gewezen en afwijzing van de inleidende vordering van de curator.

De grieven zijn gericht tegen het oordeel dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling omdat er geen administratie aanwezig was, tegen het oordeel dat [appellant] niet aannemelijk heeft gemaakt dat andere feiten en omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling oorzaak waren van het faillissement, en tegen de matiging tot 50% van het bedrag waarvoor [appellant] aansprakelijk is. Naar de mening van [appellant] zou matiging tot nul, dan wel een veel lager percentage in de rede liggen.

3.2. In het incidenteel hoger beroep vordert de curator de vernietiging van het bestreden vonnis voor zover tussen partijen gewezen en volledige toewijzing van zijn inleidende vordering jegens [appellant]. In de incidentele grief voert de curator aan dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat er aanleiding bestond tot matiging.

3.3. [appellant] stelt dat hem geen verwijt kan worden gemaakt vanwege het schenden van artikel 2:10 BW, omdat hij een horecamaan was die te goede trouw ervan uitging dat hij bestuurder werd van Axis met het doel in horecaproducten te gaan handelen. Hij is, zodra hij bestuurder was geworden, achter de administratie van Axis aangegaan om aan de slag te kunnen met de in- en verkoop van horecaproducten. Toen bleek dat de investeerder andere plannen had, heeft hij zich teruggetrokken. Hij is zo kort bestuurder geweest, dat het niet aan hem was om jaarstukken op te maken of aangifte te doen bij de belastingdienst. [appellant] meent dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat hij te goeder trouw was, zodat het inconsequent is hem wel een verwijt te maken van het feit dat hij niet wist van het bestaan van een administratie (vol met schulden). [appellant] erkent dat hij naïef is geweest, maar dat is te weinig om hem – met de wijsheid achteraf – een verwijt te maken, laat staan een ernstig verwijt. Daarom kan ook niet worden uitgegaan van de vermoedens van artikel 2:248 lid 2 BW, aldus [appellant].

3.5. Het hof overweegt hierover als volgt.

3.6. Ingevolge artikel 2:10 lid 1 BW is het bestuur verplicht van de vermogenstoestand van een vennootschap op zodanige wijze een administratie te voeren, dat deze *te allen tijde* inzicht geeft in de vermogenspositie van die vennootschap. Vaststaat dat in de drie jaren voorafgaande aan het faillissement van Axis en ook tijdens de bestuursperiode van [appellant] geen deugdelijke administratie bestond – [appellant] verklaart zelf dat hij geen administratie heeft gezien –, zodat moet worden geoordeeld dat de opvolgend bestuurders, waaronder [appellant], de administratieplicht hebben geschonden. De omstandigheid dat de bestuursperiode van [appellant] maar kort was (zes weken), doet hieraan niet af. De plicht een deugdelijke administratie te voeren geldt immers te allen tijde, zodat reeds op die grond niet kan worden gezegd dat sprake is van een onbelangrijk verzuim als bedoeld in de slotzin van het tweede lid van artikel 2:248 BW. Bovendien waren op het moment dat [appellant] daarvoor verantwoordelijk werd, de termijnen voor het publiceren van de jaarrekeningen over 2008 en 2011 reeds ruimschoots verstreken, zodat ook op dat punt niet kan worden gesproken van een onbelangrijk verzuim. Dit betekent ingevolge het bepaalde in het tweede lid van artikel 2:248 BW dat het bestuur in de drie jaar voorafgaande aan

het faillissement zijn taken onbehoorlijk heeft vervuld en dat weerlegbaar wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

3.7. Bij deze stand van zaken begrijpt het hof het betoog van [appellant] dat hem geen onbehoorlijk bestuur kan worden verweten, aldus dat hij zich tevens beroept op het derde lid van artikel 2:248 BW, dat bepaalt dat een individuele bestuurder aan aansprakelijkheid kan ontkomen, indien hij bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem is te wijten en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

3.8. Dit beroep faalt. [appellant] stelt weliswaar dat hij net nadat hij bestuurder was geworden achter de administratie is aan gegaan, maar hij geeft daarbij niet aan welke concrete acties hij daartoe heeft ondernomen. Evenmin geeft hij aan dat hij heeft onderzocht of Axis nog over een bankrekening beschikte en, zo ja, welke stappen hij vervolgens heeft ondernomen om het beheer over die rekening te verkrijgen. Dit klemmt temeer nu het op grond van de hiervoor in rechtsoverweging 2.5 weergegeven verklaring in de akte van aandelenoverdracht ervoor moet worden gehouden dat [appellant] in elk geval op 16 juli 2012 ervan op de hoogte was dat er met de cijfers van Axis het nodige aan de hand was en dat Axis wellicht helemaal geen "schone B.V." was. Gelet hierop heeft [appellant] onvoldoende gesteld om een beroep op de disculpatiemogelijkheid van het derde lid van artikel 2:248 BW te rechtvaardigen. Dat [appellant] vrij snel nadat hij begon te beseffen "dat de zaak stonk" eruit is gestapt, is bij die stand van zaken niet meer dan een vlucht naar voren, die hem bij gebreke aan andere concrete acties niet kan baten.

3.9. Grief 1 faalt derhalve.

3.10. Met zijn tweede grief komt [appellant] op tegen het oordeel van de rechtbank dat hij niet aannemelijk heeft gemaakt dat andere feiten en omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling oorzaak zijn geweest van het faillissement. Hij wijst er daarbij op dat blijkens stellingen van de curator in de inleidende dagvaarding de grootste belastingschuld is ontstaan tijdens de bestuursperiode van zijn voorgangers. Niet zijn gesteld onbehoorlijke taakvervulling, maar het laten vollopen van de vennootschap met (fiscale) schulden is de oorzaak van het faillissement en daarmee heeft [appellant] naar eigen zeggen niets van doen. Hij heeft als bestuurder geen kennis gehad van de bankafschriften van Axis, daar deze bankafschriften – ook na het aftreden van [naam 1] als bestuurder van Axis – werden verstuurd naar een adres van een winkel in Zeist die werd gedreven door [naam 1].

3.11. Ook deze grief faalt. Hoewel het hof niet ondenkbaar acht dat [appellant] geen actieve betrokkenheid had bij het ontstaan van de fiscale schulden en dat deze vooral zijn te wijten aan het handelen van [naam 1] – de curator betwist dit – laat dit onverlet dat deze schulden in de bestuursperiode van [appellant] zijn ontstaan. Er hebben in die periode blijkens de bankafschriften van Axis immers grote (niet verklaarde) bij- en afschrijvingen plaatsgevonden onder meer naar het buitenland, die nu juist hebben geleid tot de (onbetaald gebleven) naheffingsaanslag omzetbelasting. Indien deze betalingen hebben kunnen plaatsvinden buiten medeweten van [appellant], kan dat niet zonder meer los worden gezien van de schending van zijn administratieplicht. Als [appellant] zich naar behoren op de hoogte had gesteld van de vermogenstoestand van Axis, had hij deze betalingen mogelijk kunnen voorkomen. Daar komt bij dat ook het handelen van [naam 1] (evenals van de andere bestuurders in de driejaarstermijn) is te kwalificeren als onbehoorlijke taakvervulling. Onder deze omstandigheden heeft [appellant] te weinig gesteld voor het oordeel dat sprake was van een andere oorzaak voor het faillissement dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Met andere woorden: [appellant] heeft de andere oorzaak niet/onvoldoende aannemelijk gemaakt, met als gevolg dat hij het (weerlegbare) vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, niet heeft ontzenuwd.

3.12. Daarmee komt het hof toe aan de derde principale grief, waarin [appellant] bepleit dat de matiging van aansprakelijk tot 50% te gering is, en de incidentele grief, waarin de curator zich op het standpunt stelt dat voor enige matiging geen grond bestaat.

3.13. [appellant] betoogt dat hij te goeder trouw heeft willen handelen in horecaproducten, hij slechts kort bestuurder is geweest en er direct uit is gestapt toen hij doorkreeg dat er dingen niet klopten en hij een baan als kok had gevonden. Hij acht het onbestaanbaar dat hij voor zijn naïviteit de rest van zijn leven moet bloeden. Hijzelf was geheel te goede trouw: hij wilde daadwerkelijk een onderneming in horecaproducten oprichten. Dit blijkt wel uit het feit dat hij (op naam van Eurotech Nederland B.V. i.o.) kantoorruimte is gaan huren.

3.14. De curator meent daarentegen dat de rechtbank ten onrechte tot (flinke) matiging is overgegaan. Hij wijst er daarbij op dat [appellant] bestuurder was in de periode waarin de grootste belastingschuld is ontstaan, en dat deze belastingschuld voorkomen had kunnen worden indien [appellant] had gehandeld zoals een behoorlijk bestuurder betaamt. Ook in de (correcte) wijze waarop het faillissement is afgewikkeld, kan geen aanleiding worden gevonden voor matiging, aldus de curator.

3.15. Het hof overweegt hierover als volgt.

Ingevolge het bepaalde in het vierde lid van artikel 2:248 BW kan de rechter het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld. De rechter kan voorts het bedrag van de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuurder verminderen 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 plaatsvond.

3.16. Het hof ziet geen aanleiding tot matiging van de aansprakelijkheid van het gehele bestuur, daar het bedrag waarvoor het bestuur als geheel aansprakelijk is, gezien de aard van de aansprakelijkheid en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling als geheel, het hof niet bovenmatig voorkomt. De in het vierde lid opgenomen mogelijkheid tot individuele matiging dient blijkens de tekst van dat artikellid en de parlementaire wetsgeschiedenis limitatief te worden opgevat. Dit betekent dat die mogelijkheid beperkt is tot de situatie waarin een bestuurder slechts een deel van de tijd gedurende welke de (kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond, in functie is geweest.

3.17. Weliswaar is [appellant] slechts gedurende een deel van de tijd waarin de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond bestuurder geweest, maar dat leidt niet tot het oordeel dat het bedrag van de aansprakelijkheid bovenmatig is: de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur heeft plaatsgevonden in een periode waarin de vennootschap werd bestuurd door achtereenvolgens vijf verschillende (rechts)personen, waarbij het (opeenvolgend) bestuur door respectievelijk [koper], [naam 1] en [appellant] telkens slechts (ongeveer even) kort heeft geduurd. [appellant] neemt dus in zoverre (ten opzichte van [koper] en [naam 1]) geen bijzondere positie in. Daarbij komt dat de fiscale schulden die tot de naheffingsaanslag hebben geleid, uitgerekend in [appellant]'s bestuursperiode zijn ontstaan. In dit licht komt het bedrag van de aansprakelijkheid van [appellant] het hof niet bovenmatig voor en bestaat er geen aanleiding voor vermindering daarvan. Voor zover [appellant] meent dat hij toch niet aansprakelijk kan worden gehouden voor het gehele tekort omdat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, gelet op de overige omstandigheden van het geval (met name het – anders dan bij de overige bestuurders – ontbreken van kwade trouw), faalt dit verweer. Daar de wetgever kennelijk heeft gewenst de individuele matigingsbevoegdheid te beperken tot één specifieke situatie, ligt de honorering van een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid vanwege het ontbreken van een andere dan de door de wetgever genoemde situatie niet spoedig in de rede. Bijzondere omstandigheden die dit in het onderhavige geval anders maken zijn

door [appellant] niet gesteld en zijn ook niet gebleken. Die bijzondere omstandigheden kunnen in dit geval niet zijn gelegen in het feit dat [appellant] te goeder trouw is geweest, nu hij, zoals hiervoor reeds werd overwogen, geen enkele concrete invulling heeft weten te geven aan zijn stelling dat hij nog wel heeft geprobeerd de administratie in handen te krijgen.

3.18. Bij gebreke van stellingen die, indien bewezen, tot een ander oordeel zouden leiden, wordt aan bewijslevering niet toe gekomen.

3.19. Dit betekent dat het principale hoger beroep faalt en het incidentele hoger beroep slaagt. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd voor zover daarbij de aansprakelijkheid van [appellant] is beperkt tot 50%. [appellant] zal worden veroordeeld tot hoofdelijke betaling van het faillissementstekort, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf de faillissementsdatum. Voor een toewijzing van wettelijke handelsrente is geen plaats, daar het hier niet gaat om een handelsovereenkomst als bedoeld in artikel 6:119a lid 1 BW. [appellant] zal als de in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de kosten van zowel het principale als het incidentele hoger beroep. In de omstandigheid dat het incidenteel appel het spiegelbeeld vormt van grief 3 in het principaal appel, ziet het hof aanleiding de kosten van het incidenteel appel te begroten op nihil.

Beslissing

Het hof:

– vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 17 augustus 2016, voor zover daarbij de aansprakelijkheid van [appellant] is beperkt tot 50% van het faillissementstekort, vermeerderd met rente,

en in zoverre opnieuw rechtdoende:

– veroordeelt [appellant] hoofdelijk (samen met [aandeelhouder], [koper], [naam 1] en Hitech) tot betaling van het faillissementstekort ad

€ 682.906,30, en de boedelkosten, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf de datum van het faillissement;

– bekrachtigt het vonnis voor het overige;

– veroordeelt [appellant] in de kosten van het geding in zowel het principaal als het incidenteel hoger beroep (...; red.);

– verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. In deze 2:248 BW-uitspraak wordt een bestuurder van Axis Diensten BV die slechts zes weken bestuurder was, veroordeeld tot vergoeding van het gehele boedeltekort. Anders dan de rechtbank, ziet het hof geen grond voor matiging. De bestuurder krijgt in het hoger beroep het lid dus op de neus.

2. Axis Diensten BV was actief als uitzendbureau. In 2011 heeft de Arbeidsinspectie haar een forse boete opgelegd wegens overtredingen van de Wet arbeid vreemdelingen. De grootste klant haakte vervolgens af waarop de onderneming werd gestaakt. De enig aandeelhouder en bestuurder (A) verkocht de vennootschap vervolgens aan B, die hij amper kende. Het bleek een malafide persoon,

een zogenoemde katvanger, te zijn. De vennootschap werd door deze B en opvolgers misbruikt als een “BTW-carrousel”, wat uitmondde in het faillissement van de vennootschap.

3. De curator heeft alle betrokken (formele en feitelijk) bestuurders voor het boedeltekort gedaagd, inclusief aandeelhouder/bestuurder A, die de onderneming aan de katvanger had overgedragen. De rechtbank wees de vordering jegens allen geheel of gedeeltelijk toe. A werd voor het volledige tekort veroordeeld omdat hij onvoldoende onderzoek had gedaan naar zijn opvolger B (de katvanger) als bestuurder (Rb. Den Haag 17 augustus 2016, niet gepubliceerd). A is tegen die veroordeling in hoger beroep gegaan. Het hof toonde coulance en liet hem de dans uiteindelijk ontspringen. Zie Hof Den Haag, 13 maart 2018, «JOR» 2018/119. In mijn annotatie bij dat arrest heb ik uitgeweid over het gebruik van art. 2:138/248 BW in de situatie waarin een vennootschap aan een katvanger wordt overgedragen. Hoewel de overdracht zelf strikt genomen een aandeelhouderskwesitie is, zal er in de meeste gevallen wel degelijk óók ruimte voor bestuurdersaansprakelijkheid zijn wegens het onzorgvuldig (dat wil zeggen met gevaar voor de huidige en toekomstige crediteuren) overdragen van het bestuur. Dat raakt immers aan de kern van het misbruik dat art. 2:138/248 BW beoogt te bestrijden.

4. Het onderhavige arrest heeft betrekking op C, de persoon die op zijn beurt Axis Diensten van “katvanger” B overnam. De bestuursperiode van C was zoals vermeld maar kort, slechts zes weken. In die periode vonden echter wel de financiële wandaden plaats, waaronder aan- en verkopen ter waarde van € 3,4 miljoen waarvoor geen aangifte omzetbelasting werd gedaan (de eerdergenoemde “BTW-carrousel”). C verweerde zich in beide instanties met zijn goede trouw; hij had oprechte intenties met de vennootschap en zou niet hebben geweten dat B, van wie hij de vennootschap overnam, op de achtergrond met de vennootschap bleef handelen. C zou bijvoorbeeld niet hebben geweten dat de vennootschap de bankrekening aanhield waarover de gewraakte betalingen verliepen. De bankafschriften werden aan een ander adres gezonden. Net als in eerste aanleg, kon dit verweer C in het hoger beroep niet baten. Het hof vindt het “niet ondenkbaar” dat C niet wist van het ontstaan van de fiscale schulden en dat deze vooral aan B te wijten zijn, maar rekent C af op de schending van de administratieplicht van art. 2:10 BW. C trof bij aantreden namelijk geen enkele administratie aan en is daar toen ook niet achteraan gegaan. De redenering van het hof is dat een bestuurder op die manier toestaat dat dit soort misbruik kan plaatsvinden. Daar lijkt me weinig tegenin te brengen. Eén van de kernfuncties van de administratieplicht is het bestuur in staat te stellen de onderneming op verantwoorde wijze te besturen (“beheersingsmacht”, vgl. H. Beckman en E.A. Marseille, *Hoofdlijnen van het jaarrekeningsrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013, p. 30). Door het bestuur aan te gaan zonder administratie, handelde C onverantwoord. Daarbij komt dat C wél wist dat de bv niet “schoon” was, wat het feit dat de administratie geheel ontbrak nog nijpender maakte. Voorts wist C dat recente jaarrekeningen niet waren gedeponereerd. Al met al dus begrijpelijk dat het hof, net als de rechtbank, oordeelt dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur van C.

5. De enige “life line” in een dergelijke situatie is een beroep op matiging in de zin van art. 2:138/248 lid 4 BW. Lid 4 voorziet in twee soorten matiging, een collectieve en een individuele. Beide kunnen ambtshalve door de rechter worden toegepast.

6. Voor collectieve matiging kan volgens de wettekst aanleiding zijn gelet op (a) de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, (b) de andere oorzaken van het faillissement, en (c) de wijze van afwikkeling van het faillissement. Hoewel causaliteit in de regeling van art. 2:138/248 BW formeel slechts speelt in relatie tot het faillissement en niet tot de omvang van het tekort, lijkt het doel van de collectieve matiging toch óók te zijn enige causaliteit te waarborgen: “[Het boedeltekort] kan de schade die door het onbehoorlijk bestuur is veroorzaakt overtreffen. Het is niet redelijk de bestuurder aansprakelijk te stellen voor een hoger bedrag dan de schade die door het onbehoorlijk bestuur kan zijn ontstaan” (*Kamerstukken II 1980/81*, 16 631, nr. 3, p. 5) en “Voorts zal moeten worden onderscheiden welk deel van het tekort rechtstreeks is toe te rekenen aan wanbeheer van het bestuur” (*Kamerstukken II 1983/84*, 16 631, nr. 6, p. 3). De collectieve matiging biedt de rechter dus een mechanisme om scherpe kanten van de verstrekkende gevolgen van art. 2:138/248 BW te vijlen, bijvoorbeeld in gevallen als de

onderhavige, waarin de schending van de administratie- en/of publicatieplicht onomstotelijk vaststaat.

7. De individuele matiging biedt de rechter de mogelijkheid rekening te houden met de tijd gedurende welke de bestuurder in functie was in de periode waarin het onbehoorlijke bestuur plaatsvond. "Het zou ook onjuist zijn, dat de gewezen bestuurder zou zijn gehouden tot betaling van het bedrag waarmee het tekort is toegenomen, indien die toename voornamelijk moet worden toegeschreven aan de voortgezette tekortkomingen van het bestuur in de periode dat hij daarin geen zitting meer had" (*Kamerstukken II 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 5*). Zoals het hof in het onderhavige arrest terecht opmerkt, heeft de wetgever slechts ruimte gegund voor specifiek één individuele omstandigheid: het tijdvak van bestuur (r.o. 3.16). Er is destijds in het parlement wel aangedrongen op een meer algemene, individuele matigingsbevoegdheid, maar daarvoor is uiteindelijk bewust niet gekozen (zie o.m. *Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6, p.19*).

8. Zowel bij collectieve als individuele matiging heeft de rechter een grote mate van beleidsvrijheid (*Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 42*), wat tot uitdrukking komt in de bewoording "indien hem dit bovenmatig voorkomt". Het blijft daardoor een van de casus en rechter(s) afhankelijk oordeel, met (dus) wisselende en soms verrassende uitkomsten. Dat toont ook deze uitspraak. De rechtbank matigde de verplichting van C tot 50% van het boedeltekort. Ze vond C naïef maar te goeder trouw in zijn intenties met de bv (r.o. 2.1.7). Dat oordeel doet denken aan het hiervoor genoemde "soepele" oordeel van het Hof Den Haag in verband met de laakbare bestuursoverdracht door A aan "katvanger" B. Zie ook de welwillende matiging die plaatsvond in de uitspraak van het Hof Den Bosch van 26 juli 2016, «JOR» 2017/3 en mijn annotatie daarbij. Het hof daarentegen is streng voor C en oordeelt dat er géén reden tot matiging bestaat. Over de collectieve matiging is het kort; het bedrag waarvoor het bestuur aansprakelijk is, is gelet op de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling naar zijn oordeel niet bovenmatig. Daar wordt de verschillende kijk van rechters en hun beleidsvrijheid op het punt van matiging goed zichtbaar. Het hof is wat uitgebreider over de individuele matiging en waarom het ook dáárvoor geen aanleiding ziet. Zoals vermeld, ziet het hof in dat dit alleen betrekking kan hebben op het tijdvlak waarin C bestuurder was. Die periode was weliswaar kort, maar dat van de voorgaande en opvolgende bestuurders ook en de fiscale schulden zijn uitgerekend in de bestuursperiode van C ontstaan. C's bestuursperiode liep dus nagenoeg parallel met de periode waarin het kennelijk onbehoorlijke bestuur zich afspeelde, zoals in art. 2:138/248 lid 4 BW bedoeld. Dat het hof daarom geen grond ziet voor individuele matiging, begrijp ik wel. Tot slot deed C een beroep op matiging op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik neem aan dat C hierbij doelde op art. 6:2 lid 2 BW. Ik vermoed dat C dit deed omdat lid 4 geen ruimte laat voor matiging in verband met een bestuurder te goeder trouw. Interessant is dat het hof in algemene zin niet uitsluit dat een dergelijk beroep zou kunnen slagen. Maar in dit geval slaagt het in elk geval niet. C deed geen enkele poging om de administratie in handen te krijgen en was daarom in de ogen van het hof niet te goeder trouw (r.o. 3.17).

mr. S.C.M. van Thiel, advocaat bij Evers Soerjatin