

verwijt. X lijkt hier juist te handelen conform wat advocaat-generaal Timmerman in zijn conclusie bij HR 12 juli 2013 (RvdW 2013/952) betoogt in zijn conclusie bij het arrest. In die zaak werd een bestuurder juist verweten dat hij een koopovereenkomst was aangegaan zonder een financieringsvoorbehoud te bedingen en zonder de wederpartij te informeren over de onzekere financiële positie van de kopende vennootschap.

10. Indien X wel heeft getracht financiering te verkrijgen, maar dit simpelweg niet is gelukt, zal het niet verkrijgen van die middelen niet snel als een ernstig verwijt kwalificeren. Een andere uitleg zal tot voor de transactiepraktijk volstrekt onwenselijke uitkomsten leiden. Het laatste feit dat het hof in haar overwegingen had betrokken was dan vervolgens de vraag of het niet op een juiste wijze een beroep doen op het financieringsvoorbehoud een ernstig verwijt jegens Altea c.s. oplevert. Daarbij is mede van belang om de huidige situatie van verkopers te vergelijken met de situatie waarin zij zouden verkeren als door X wel op een juiste wijze een beroep op het financieringsvoorbehoud zou zijn gemaakt. In dat geval zou Crane Services zijn bevrijd van haar verplichtingen en had er geen transactie plaatsgevonden. Verkopers zouden dan precies hetzelfde af zijn als nu.

11. Hoewel denkbaar is dat de vormfouten van X een onbehoorlijke vervulling van zijn bestuurstaak opleveren en daarmee tot interne aansprakelijkheid jegens de vennootschap leiden (die eindigt immers met een verplichting waar zij wellicht eenvoudig van had kunnen worden bevrijd), zie ik niet direct hoe dit tot externe bestuurdersaansprakelijkheid jegens verkopers zal leiden. Ingevolge de Beklamel-norm dient er immers sprake te zijn van een persoonlijk onrechtmatige daad jegens verkopers waarvoor X een ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt. Diverse elementen die voor het aannemen van een dergelijke onrechtmatige daad dienen te worden gesteld lijken op het eerste gezicht niet snel aannemelijk te maken. En conform HR 10 juni 1994, NJ 1994/766 (Romme/Bakker) zullen Altea c.s. in beginsel gehouden zijn het daartoe benodigde bewijs te leveren.

12. De onderhavige zaak bewijst nog maar weer eens hoe het Spaanse Villa-arrest ook de rechtsprekende instanties in dit land in verwarring heeft gebracht ten aanzien van het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid. Met haar arresten van 5 september 2014 heeft de Hoge Raad deze verwarring al goeddeels weggenomen. Met het onderhavige arrest gaat de Hoge Raad verder met het verrichten van de noodzakelijke herstelwerkzaamheden.

P. Haas

AKD advocaten en notarissen

58

Hoge Raad
6 maart 2015, nr. 13/05837
ECLI:NL:HR:2015:522
ECLI:NL:PHR:2014:2352
(mr. Van Buchem-Spapens, mr. Drion, mr. Tanja-van den Broek)
(concl. A-G mr. Timmerman)
Noot F. Oostlander

Bestuurdersaansprakelijkheid. Onbehoorlijke taakvervulling bestuur. Disculpatie bestuurder? Art. 2:248 lid 3 BW?

Het oordeel van het hof geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting omdat het hof niet heeft vastgesteld dat de bestuurder zich heeft gedisculpeerd ex art. 2:248 lid 3 BW.

[BW art. 2:248 lid 3]

De curatoren vorderen in dit geding, voor zover in cassatie van belang, de veroordeling van [verweerster] tot betaling van het tekort in de faillissementen van ZHG Beheer en de werkmaatschappijen. Zij hebben daaraan ten grondslag gelegd dat [verweerster] – naast de andere bestuurders – aansprakelijk is wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur althans anderszins onrechtmatig handelen.

De rechtbank heeft de bestuurders hoofdelijk veroordeeld tot betaling van het tekort in de faillissementen van ZHG Beheer en de werkmaatschappijen, met dien verstande dat [verweerster] slechts gehouden is tot betaling van 14% van het totale faillissementstekort. De rechtbank heeft, kort gezegd, vastgesteld dat met betrekking tot de jaarrekeningen over 2003 en 2004 niet is voldaan aan art. 2:394 BW, dat de door het bestuur van ZHG Beheer aan de Holding toegekende managementvergoedingen een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest en dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur van ZHG Beheer (r.o. 5.31-5.37). Met betrekking tot [verweerster] heeft de rechtbank vastgesteld dat zij van 1 november 2005 tot 31 maart 2006 het beleid van ZHG Beheer mede heeft bepaald en derhalve voor de toepassing van art. 2:248 BW wordt gelijkgesteld met een bestuurder. De rechtbank heeft het beroep van [verweerster] op disculpatie als bedoeld in art. 2:248 lid 3 BW verworpen. Zij heeft daartoe, samengevat, overwogen dat [verweerster] niet alle maatregelen heeft getroffen die tot haar mogelijkheden behoorden om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden en dat niet is gebleken dat zij zich heeft ingespannen om ervoor te zorgen dat met betrekking tot de jaarrekeningen over 2003 en 2004 werd voldaan aan art. 2:394 BW. Wel heeft de rechtbank het beroep van [verweerster] op matiging als bedoeld in art. 2:248 lid 4 BW gehonoreerd op de grond dat zij slechts gedurende een klein gedeelte van de in het kader van de faillissementen relevante periode feitelijk beleidsbepaler is geweest (r.o. 5.53-5.55).

Het hof heeft het vonnis van de rechtbank gedeeltelijk vernietigd en de vordering tegen [verweerster] alsnog afgewezen. Het heeft daartoe onder meer het volgende overwogen.

“2.34 Grief 10 betreft het subsidiaire verweer van [verweerster] dat zij zich op grond van art. 2:248 lid 3 BW kan disculperen.

Anders dan de rechtbank, acht het hof dat verweer gegrond.

Daarbij is van betekenis dat de curatoren als voornaamste oorzaak van de faillissementen de managementvergoedingen noemen. Deze vergoedingen waren op het moment dat [verweerster] met haar werkzaamheden voor [ZHG Beheer en de werkmaatschappijen] aanving, al een feit. Voor de eerdere besluitvorming daaromtrent

heeft zij geen enkele verantwoordelijkheid gehad. In deze situatie en gelet op hetgeen [verweerster] omtrent haar functioneren heeft gesteld, had het op de weg van de curatoren gelegen om het verweer van [verweerster] te weerleggen met argumenten die ten minste aannemelijk maken dat [verweerster] als feitelijk bestuurder verwijtbaar zodanige steken heeft laten vallen dat als gevolg daarvan de faillissementen (mede) zijn ontstaan, althans het boedelttekort onnodig is vergroot. Dergelijke argumenten ontbreken. Meer in het bijzonder valt niet in te zien dat [verweerster] als feitelijk bestuurder van [ZHG] Beheer in staat was, of zich in staat had moeten achten, om te bevorderen dat de Holding haar vordering jegens [ZHG] Beheer zou achterstellen, of ten behoeve van de bank zekerheid zou verstrekken.”

De onderdelen 2 en 3 klagen dat het oordeel van het hof dat [verweerster] zich op grond van art. 2:248 lid 3 BW kan disculperen, blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting dan wel ontoereikend is gemotiveerd.

Ingevolge art. 2:248 lid 3 BW is een bestuurder niet aansprakelijk indien hij bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van die onbehoorlijke taakvervulling af te wenden.

Het hof heeft niet vastgesteld dat [verweerster] heeft bewezen dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan haar te wijten is geweest en dat zij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden. Het oordeel van het hof geeft derhalve blijkt van een onjuiste rechtsopvatting. De onderdelen 2 en 3 slagen dus. Dit brengt mee dat het bestreden arrest niet in stand kan blijven en dat de overige klachten geen behandeling behoeven.

1. Wytze Van Leuveren,
wonende te Rotterdam,
2. Mark Aukema,
wonende te Leiden,
beiden in hun hoedanigheid van curator in de faillissementen van:

- Zuid-Hollandse Glascentrale Beheer B.V.,
- Zuid-Hollandse Glascentrale Glasinal B.V.,
- Zuid-Hollandse Glascentrale Handel B.V.,
- Zuid-Hollandse Glascentrale Nieuwbouw B.V.,
- Zuid-Hollandse Glascentrale Renovatie B.V.,
- Zuid-Hollandse Glascentrale Nijverheid B.V.,
- Goudse Glascentrale B.V. en
- Goudse Glascentrale Mijdrecht B.V.,

Eisers tot cassatie,
advocaat: mr. S.M. Kingma,
tegen
[verweerster],
wonende te [woonplaats],
Verweerster in cassatie,
niet verschenen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als de curatoren en [verweerster].

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

1 Feiten en procesverloop

1.1 Het gaat in de onderhavige zaak, kort samengevat, om het volgende (zie rov. 2.2):

- De vennootschappen die in de kop van deze conclusie vermeld zijn onder (a) t/m (h), zijn bij vonnissen van 31 maart 2006 / 5 april 2006 in staat van faillissement verklaard, dit met aanstelling van de curatoren als zodanig.

- De onder (b) t/m (h) genoemde vennootschappen waren werkmaatschappijen (hierna: de werkmaatschappijen). De aandelen in de werkmaatschappijen werden gehouden door de onder (a) vermelde vennootschap en tussenholding Zuid-Hollandse Glascentrale Beheer B.V. (hierna: Beheer) (Beheer en de werkmaatschappijen worden hierna gezamenlijk tevens aangeduid als: de groep).

- De aandelen in Beheer worden gehouden door [A] B.V. (hierna: Holding). Holding is niet failliet verklaard.

- De aandelen in Holding werden gehouden door [betrokkene 1] en diens broer [betrokkene 2]. [betrokkene 1] is op 2 mei 2008 overleden.

- In de loop der jaren zijn in elk geval [betrokkene 1] en [betrokkene 2] statutair bestuurder van één of meer van de werkmaatschappijen en/of Beheer geweest.

- In de visie van de curatoren hebben [betrokkene 3] en verweerster in cassatie [verweerster], de echtgenote van [betrokkene 2], als feitelijk bestuurder gefungeerd.

- [betrokkene 3] is een neef (oomzegger) van wijlen [betrokkene 1] en van [betrokkene 2]. [betrokkene 3] heeft sedert omstreeks 1996 de dagelijkse leiding van Beheer en de werkmaatschappijen gekregen.

1.2 De curatoren hebben op 15 maart 2007 [betrokkene 1], [betrokkene 2], [betrokkene 3] en [verweerster] gedagvaard voor de Rechtbank 's-Gravenhage. De curatoren achten de genoemde personen aansprakelijk voor het boedelttekort in de faillissementen van Beheer en de werkmaatschappijen, dit op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur althans anderszins onrechtmatig handelen.

1.3 De rechtbank heeft bij vonnis van 11 mei 2011 de vier genoemde gedaagden hoofdelijk veroordeeld tot betaling van het tekort in de faillissementen van Beheer en de werkmaatschappijen, met dien verstande dat de aansprakelijkheid van [verweerster] gematigd is tot 14% van het totale faillissementstekort (zie rov. 2.3) (Rb 's-Gravenhage 11 mei 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ6042).

1.4 Ten aanzien van de vordering tegen [verweerster] overwoog de rechtbank in haar vonnis onder meer als volgt (rov. 5.52 t/m 5.56):

“[verweerster]

5.52. De curatoren hebben [verweerster] eveneens aansprakelijk gesteld, als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW in de periode vanaf 1 november 2005 tot en met 31 maart 2006. [verweerster] heeft daartegen het verweer gevoerd dat zij slechts handelde als gevolmachtigd vertegenwoordiger van [betrokkene 2]. Volgens [verweerster] handelde zij daarbij niet krachtens een algemene volmacht, maar had zij voor elke bestuurshandeling een expliciete volmacht van haar man.

5.53. De rechtbank overweegt hierover als volgt. Blijkens de in 3.15. beschreven brief, is [verweerster] op 1 januari 2006 door [betrokkene 2] benoemd tot directeur zonder statutaire titel. Voorts heeft [verweerster] in het gesprek dat zij met de curatoren heeft gevoerd, blijkens het in 3.17. geciteerde verslag daarvan en de aanvullingen en correcties die zij daarop heeft gemaakt, duidelijk te kennen gegeven dat zij degene was die vanaf november 2005 de feitelijke leiding op zich heeft genomen, niet haar man. Zij heeft zelfs te kennen gegeven dat het geen toegevoegde waarde had dat haar man bij een gesprek met de curatoren aanwezig was, omdat hij niet meer actief was binnen [de groep] en [Holding]. Blijkens de aanvullingen van [verweerster] op het gespreksverslag, zou [betrokkene 2] niet in staat zijn geweest de leiding op zich te nemen. Die verklaringen zijn niet te rijmen met de stelling van [verweerster] dat zij uitsluitend krachtens specifieke volmachten van haar man heeft gehandeld. De rechtbank komt derhalve niet toe aan het bewijsaanbod van [verweerster] ter zake en stelt vast dat zij in de periode

tussen 1 november 2005 en 31 maart 2006 het beleid van [de groep] mede heeft bepaald. Zij wordt derhalve gelijkgesteld met een bestuurder voor de toepassing van artikel 2:248 BW.

5.54. [verweerster] beroept zich eveneens op disculpatie op grond van artikel 2:248 lid 3 BW. Naar het oordeel van de rechtbank is het onbehoorlijke bestuur echter mede aan [verweerster] te wijten. Net als [betrokkene 2] moet zij geacht worden reeds bij haar aantreden volledig op de hoogte te zijn geweest van de precare situatie van [de groep]. Niettemin heeft zij, zonder gedegen kennis van zaken omtrent het leiden van een bedrijf, de dagelijkse leiding van [de groep] op zich genomen. Daarbij heeft ook zij niet alle maatregelen getroffen die tot haar mogelijkheden behoorden om de gevolgen van het onbehoorlijke bestuur af te wenden door niet alle mogelijke maatregelen te nemen om de solvabiliteitspositie van [de groep] te verbeteren en ervoor te zorgen dat de onderneming over voldoende liquide middelen bleef beschikken. Daarnaast is niet gebleken dat zij maatregelen heeft genomen om te bewerkstelligen dat de vordering van [Holding] werd achtergesteld of dat [Holding] extra hypothecaire zekerheid zou stellen. Voorts is niet gebleken dat zij zich heeft ingespannen om ervoor te zorgen dat de jaarrekening 2004 tijdig werd gedeponereerd en de jaarrekeningen 2002 en 2003 alsnog in definitieve vorm werd gedeponereerd. Dat zij wel het hoofd heeft geboden aan de eveneens aanwezige problemen van organisatorische en commerciële aard, althans met de beste intenties gepoogd heeft daaraan het hoofd te bieden, doet aan het voorgaande niet af. De rechtbank passeert derhalve het beroep van [verweerster] op disculpatie.

5.55. Meer subsidiair heeft [verweerster] een beroep gedaan op matiging van het bedrag waarvoor zij aansprakelijk is, omdat zij slechts een klein gedeelte van de relevante periode feitelijk beleidsbepaler is geweest. Dit verweer treft doel. Het door de rechtbank vastgestelde onbehoorlijk bestuur heeft zich groten-deels voorgedaan in de periode waarin [verweerster] nog geen feitelijk beleidsbepaler was. Tussen partijen is niet in geschil dat [de groep] op het moment dat [verweerster] feitelijk beleidsbepaler werd, door het voorheen gevoerde onbehoorlijk bestuur al in grote financiële moeilijkheden verkeerde. De rechtbank gaat er vanuit dat [verweerster], evenals haar man [betrokkene 2], daarvan op de hoogte is geweest toen zij haar taak als (niet titulair) directeur aanvaardde. Zij heeft echter niet de functie van statutair bestuurder aanvaard en in tegenstelling tot [betrokkene 2] voor november 2005 ook niet in een andere statutaire functie invloed op het beleid van [Beheer] kunnen uitoefenen. Tegen deze achtergrond vormt de korte periode waarin [verweerster] mede het beleid heeft bepaald aanleiding voor de rechtbank om het bedrag waarvoor [verweerster] aansprakelijk is, te matigen. Een matiging naar rato van de periode waarin [verweerster] feitelijk leiding heeft gegeven aan [de groep] in de relevante periode van 3 jaar voor het faillissement, komt de rechtbank daarbij redelijk voor. Dat betekent dat [verweerster] slechts aansprakelijk is tot een bedrag ter hoogte van 5/36 deel, derhalve afgerond 14%, van het schadebedrag waarvoor de overige bestuurders aansprakelijk zijn.

5.56. Voor verdere matiging van de aansprakelijkheid van [verweerster] ziet de rechtbank geen aanleiding, op dezelfde gronden als hiervoor in 5.39. overwogen ten aanzien van [betrokkene 1]. Voor verdere matiging op grond van de goede trouw ziet de rechtbank, in het licht van de reeds toegepaste matiging, evenmin grond.”

1.5 [verweerster] en [betrokkene 2] hebben gezamenlijk beroep ingesteld tegen het vonnis van 11 mei 2011.¹ Het Hof Den Haag heeft bij arrest van 20 augustus 2013 het vonnis van de rechtbank gedeeltelijk vernietigd, en heeft de vordering tegen [verweerster] alsnog afgewezen. De toewijzing van de vordering tegen [betrokkene 2] heeft in hoger beroep goeddeels standgehouden.

1.6 Het hof overwoog ten aanzien van de vordering tegen [verweerster] onder meer (rov. 2.32 t/m 2.36):

“de vordering tegen [verweerster]

2.32 Omtrent de aansprakelijkheid van [verweerster] wordt het volgende overwogen.

2.33 [verweerster] is nooit statutair bestuurder van een van de failliet verklaarde vennootschappen geweest. In de visie van de curatoren is zij wel in de periode dat haar echtgenoot [betrokkene 2] statutair bestuurder van Beheer was – dus vanaf 1 november 2005 – feitelijk bestuurder van Beheer (en daarmee indirect feitelijk bestuurder van de werkmaatschappijen) geweest. Dat feitelijk bestuur zou ongeveer 5 maanden – tot de faillissementen – hebben geduurd.

2.34 Grief 10 betreft het subsidiaire verweer van [verweerster] dat zij zich op grond van artikel 2:248, lid 3, BW kan disculperen.

2.35 Anders dan de rechtbank, acht het hof dat verweer grond. Daarbij is van betekenis dat de curatoren als voornaamste oorzaak van de faillissementen de managementvergoedingen noemen. Deze vergoedingen waren op het moment dat [verweerster] met haar werkzaamheden voor de groep aanving al een feit. Voor de eerdere besluitvorming daaromtrent heeft zij geen enkele verantwoordelijkheid gehad.

In deze situatie en gelet op hetgeen [verweerster] omtrent haar functioneren heeft gesteld, had het op de weg van de curatoren gelegen om het verweer van [verweerster] te weerleggen met argumenten die ten minste aannemelijk maken dat [verweerster] als feitelijk bestuurder verwijtbaar zodanige steken heeft laten vallen dat als gevolg daarvan de faillissementen (mede) zijn ontstaan, althans het boedeltekort onnodig is vergroot. Dergelijke argumenten ontbreken. Meer in het bijzonder valt niet in te zien dat [verweerster] als feitelijk bestuurder van Beheer in staat was, of zich in staat had moeten achten, om te bevorderen dat Holding haar vordering jegens Beheer zou achterstellen, of ten behoeve van de bank zekerheid zou verstrekken.

2.36 Dit houdt in dat, ook als [verweerster] als bestuurder in de zin van artikel 2:248, lid 7, BW moet worden aangemerkt, de vordering tegen haar moet worden afgewezen. De beantwoording van de vraag of zij als een zodanige bestuurder kan worden aangemerkt, kan daardoor onbeantwoord blijven. Bij de bespreking van de desbetreffende en andere grieven heeft zij geen belang.”

1.7 De curatoren hebben bij dagvaarding van 19 november 2013 tijdig en regelmatig cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het hof van 20 augustus 2013. Tegen [verweerster] is in cassatie verstek verleend. De curatoren hebben hun standpunt vervolgens nog schriftelijk toegelicht.

2 Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 Het cassatiemiddel richt zich tegen het oordeel van het hof (in rov. 2.35, 2.36 en 2.38 en het dictum) dat de vordering van curatoren tegen [verweerster] afgewezen dient te worden. De klachten van het middel zijn ondergebracht in acht onderdelen

1 Het hof vermeldt in rov. 2.4 van zijn arrest dat de erven van [betrokkene 1] alsmede [betrokkene 3] ‘los van de onderhavige zaak’ hoger beroep hebben ingesteld.

(onderdelen 1 t/m 8). Deze onderdelen houden onder meer het volgende in:

- Onderdeel 1: Het hof heeft in rov. 2.35 ten onrechte de grondslag van het verweer van [verweerster] aangevuld door ten nadele van de curatoren betekenis toe te kennen aan de omstandigheid dat de curatoren als voornaamste oorzaak van de faillissementen de managementvergoedingen noemen. [verweerster] heeft juist uitdrukkelijk betwist dat het faillissement veroorzaakt is door de managementvergoedingen.

- Onderdeel 2: Het oordeel van het hof (in rov. 2.35) dat [verweerster] zich met succes beroept op de disculpatie zoals bedoeld in art. 2:248 lid 3 BW, geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof heeft immers niet vastgesteld dat [verweerster] bewezen heeft dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan haar te wijten is en dat zij (bovendien) niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Het oordeel is in elk geval onvoldoende gemotiveerd. De enkele verwijzing naar “hetgeen [[verweerster]] omtrent haar functioneren heeft gesteld” vormt geen toereikende motivering voor het oordeel dat [verweerster] het genoemde bewijs geleverd heeft.

- Onderdeel 3: Het voorgaande geldt temeer nu [verweerster] ook niet heeft bewezen dat zij – in tegenstelling tot hetgeen de rechtbank (in rov. 5.54) geoordeeld heeft – alle maatregelen heeft getroffen die tot haar mogelijkheden behoorden om de gevolgen van het onbehoorlijke bestuur af te wenden. Het oordeel geeft ook op dit punt blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is althans onvoldoende gemotiveerd.

- Onderdeel 4: Indien en voor zover het hof zijn oordeel in rov. 2.35 omtrent het ontbreken van aansprakelijkheid van [verweerster] gegrond heeft op het ontzenuwd zijn van het bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW, is het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden. De ontzenuwing van dat vermoeden wordt door de in rov. 2.34 genoemde ‘grief 10’ namelijk niet aan de orde gesteld (en evenmin door ‘grief 7’, waar ‘grief 10’ naar verwijst).

- Onderdeel 5: Indien het hof zijn oordeel (in rov. 2.35) gebaseerd heeft op de vaststelling dat het bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW ontzenuwd is en het hof daarmee niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden is, dan heeft het hof miskend dat art. 2:248 lid 2 BW meebrengt dat voor het ontzenuwen van dat vermoeden nodig is dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Indien het hof dit niet heeft miskend, is zijn oordeel daaromtrent in elk geval onvoldoende gemotiveerd.

- Onderdeel 6: Het oordeel van het hof (in rov. 2.35) dat argumenten ontbreken die ten minste aannemelijk maken dat [verweerster] als feitelijk bestuurder verwijtbaar zodanige steken heeft laten vallen dat als gevolg daarvan de faillissementen (mede) zijn ontstaan, althans het boedelttekort onnodig is vergroot, geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting of is in elk geval onvoldoende gemotiveerd. De curatoren hebben namelijk een beroep gedaan op onder meer de volgende “aan [betrokkene 2] en/of [[verweerster]] toe te rekenen omstandigheden in de periode van november 2005 - maart 2006 waarin [[verweerster]] volgens de curatoren feitelijk bestuurder was met terzijdestelling van haar echtgenoot [betrokkene 2]”: (a) gebrek aan kennis en ervaring en het niet nemen van financiële maatregelen; (b) arbeidsonrust en het ontslag van de belangrijkste leden van het managementteam; en (c) verwaarlozing van de boekhoudverplichting en de publicatieverplichting. Daarbij is van belang dat de rechtbank (in rov. 5.54) het beroep van [verweerster] op disculpatie, wegens de onder (a) en onder (c) vermelde omstan-

digheden had verworpen, en het hof in zijn arrest geen andersluidende waardering van de stellingen van de curatoren met betrekking tot deze omstandigheden heeft gegeven.

- Onderdeel 7: In elk geval is het hof er ten onrechte althans zonder toereikende motivering aan voorbijgegaan dat de curatoren aan hun vorderingen ook ten grondslag hebben gelegd dat het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit art. 2:10 BW.

- Onderdeel 8: Gegrondbevinding van een of meer van de voorgaande klachten vitiesert onder meer het oordeel (in rov. 2.36) “dat, ook als [verweerster] als bestuurder in de zin van artikel 2:248, lid 7, BW moet worden aangemerkt, de vordering tegen haar moet worden afgewezen”.

2.2 De klachten van het cassatiemiddel zijn gegrond. Het hof heeft de afwijzing van de vordering tegen [verweerster], gebaseerd op het oordeel dat [verweerster] zich met grief 10 met succes beroept op de disculpatiemogelijkheid van art. 2:248 lid 3 BW (jo. art. 2:248 lid 7 BW) (zie rov. 2.34 t/m en 2.36). Deze disculpatiemogelijkheid houdt in dat een bestuurder niet aansprakelijk is indien hij bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij ook niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan (van die onbehoorlijke taakvervulling) af te wenden.

2.3 Het cassatiemiddel wijst er terecht op dat uit het bestreden arrest niet blijkt dat aan deze door art. 2:248 lid 3 BW gestelde vereisten voor disculpatie is voldaan. Indien het hof is uitgegaan van een juiste rechtsopvatting omtrent de maatstaf van art. 2:248 lid 3 BW, dan is zijn oordeel daarover in elk geval onvoldoende gemotiveerd. Zo blijkt uit het bestreden arrest niet dat, en op welke grond, door het hof geoordeeld zou zijn dat – in tegenstelling tot hetgeen de rechtbank in eerste aanleg uitdrukkelijk en gemotiveerd geoordeeld heeft (zie rov. 5.54 van het vonnis van 11 mei 2011; zie hierboven onder 1.4) – bewezen moet worden geacht dat [verweerster] niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur af te wenden².

2.4 Het voorgaande betekent dat de klachten van het cassatiemiddel doel treffen en dat het arrest van het hof niet in stand kan blijven. Het middel behoeft hier voor het overige om die reden ook geen bespreking.

3 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest.

Hoge Raad:

(...; *Red.*)

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De Zuid-Hollandse Glascentrale Beheer B.V. (hierna: ZHG

2 Ik verwijs voor het vereiste van het treffen van maatregelen om de gevolgen van kennelijk onbehoorlijk bestuur af te wenden met het oog op een succesvolle disculpatie: Assink/Slagter, Compendium van het Ondernemingsrecht, deel 1, p. 1077-1078 met een uitgebreid, voor deze zaak relevant citaat uit de wetsgeschiedenis en P. van Schilfgaarde, Misbruik van rechtspersonen, Deel 3, p. 59-61 (1986) met ook een relevant citaat uit de wetsgeschiedenis. Ik citeer nog Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 460: “Ook hier is het rationeel en passend in de systematiek, te aanvaarden dat de bestuurder kan volstaan met te bewijzen dat hem terzake geen ernstig verwijt kan worden gemaakt; daarnaast moet hij echter aantonen dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van de nodige maatregelen”.

Beheer) is enig aandeelhouder van een zevental werkmaatschappijen.

(ii) [A] B.V. (hierna: de Holding) is enig aandeelhouder van ZHG Beheer. [betrokkene 1] en [betrokkene 2] waren de aandeelhouders van de Holding. Zij zijn in de loop der jaren statutair bestuurder geweest van ZHG Beheer

en/of van een of meer van de hiervoor bedoelde werkmaatschappijen. [verweerster] is de echtgenote van [betrokkene 2].

(iii) Op 31 maart 2006 is het faillissement van ZHG Beheer uitgesproken. Op diezelfde datum dan wel op 5 april 2006 zijn ook de werkmaatschappijen failliet verklaard.

3.2.1 De curatoren vorderen in dit geding, voor zover in cassatie van belang, de veroordeling van [verweerster] tot betaling van het tekort in de faillissementen van ZHG Beheer en de werkmaatschappijen. Zij hebben daaraan ten grondslag gelegd dat [verweerster] – naast de andere bestuurders – aansprakelijk is wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur althans anderszins onrechtmatig handelen.

3.2.2 De rechtbank heeft de bestuurders hoofdelijk veroordeeld tot betaling van het tekort in de faillissementen van ZHG Beheer en de werkmaatschappijen, met dien verstande dat [verweerster] slechts gehouden is tot betaling van 14% van het totale faillissementsstekort. De rechtbank heeft, kort gezegd, vastgesteld dat met betrekking tot de jaarrekeningen over 2003 en 2004 niet is voldaan aan art. 2:394 BW, dat de door het bestuur van ZHG Beheer aan de Holding toegekende managementvergoedingen een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest en dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur van ZHG Beheer (rov. 5.31-5.37). Met betrekking tot [verweerster] heeft de rechtbank vastgesteld dat zij van 1 november 2005 tot 31 maart 2006 het beleid van ZHG Beheer mede heeft bepaald en derhalve voor de toepassing van art. 2:248 BW wordt gelijkgesteld met een bestuurder. De rechtbank heeft het beroep van [verweerster] op disculpatie als bedoeld in art. 2:248 lid 3 BW verworpen. Zij heeft daartoe, samengevat, overwogen dat [verweerster] niet alle maatregelen heeft getroffen die tot haar mogelijkheden behoorden om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden en dat niet is gebleken dat zij zich heeft ingespannen om ervoor te zorgen dat met betrekking tot de jaarrekeningen over 2003 en 2004 werd voldaan aan art. 2:394 BW. Wel heeft de rechtbank het beroep van [verweerster] op matiging als bedoeld in art. 2:248 lid 4 BW gehonoreerd op de grond dat zij slechts gedurende een klein gedeelte van de in het kader van de faillissementen relevante periode feitelijk beleidsbepaler is geweest (rov. 5.53-5.55).

3.2.3 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank gedeeltelijk vernietigd en de vordering tegen [verweerster] alsnog afgewezen. Het heeft daartoe onder meer het volgende overwogen.

“2.34 Grief 10 betreft het subsidiaire verweer van [verweerster] dat zij zich op grond van art. 2:248 lid 3 BW kan disculperen.

2.35 Anders dan de rechtbank, acht het hof dat verweer grond. Daarbij is van betekenis dat de curatoren als voornaamste oorzaak van de faillissementen de managementvergoedingen noemen. Deze vergoedingen waren op het moment dat [verweerster] met haar werkzaamheden voor [ZHG Beheer en de werkmaatschappijen] aanving, al een feit. Voor de eerdere besluitvorming daaromtrent heeft zij geen enkele verantwoordelijkheid gehad. In deze situatie en gelet op hetgeen [verweerster] omtrent haar functioneren heeft gesteld, had het op de weg van de curatoren gelegen om het verweer van [verweerster] te weerleggen met argumenten die ten minste aannemelijk maken dat [verweerster] als feitelijk bestuurder verwijtbaar zodanige steken heeft laten vallen dat als gevolg daarvan de faillissementen (mede) zijn ontstaan, althans het boedeltekort onnodig is vergroot. Dergelijke argumenten ontbreken. Meer in het bij-

zonder valt niet in te zien dat [verweerster] als feitelijk bestuurder van [ZHG] Beheer in staat was, of zich in staat had moeten achten, om te bevorderen dat de Holding haar vordering jegens [ZHG] Beheer zou achterstellen, of ten behoeve van de bank zekerheid zou verstrekken.”

3.3.1 De onderdelen 2 en 3 klagen dat het oordeel van het hof dat [verweerster] zich op grond van art. 2:248 lid 3 BW kan disculperen, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting dan wel ontoereikend is gemotiveerd.

3.3.2 Ingevolge art. 2:248 lid 3 BW is een bestuurder niet aansprakelijk indien hij bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van die onbehoorlijke taakvervulling af te wenden.

3.3.3 Het hof heeft niet vastgesteld dat [verweerster] heeft bewezen dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan haar te wijten is geweest en dat zij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden. Het oordeel van het hof geeft derhalve blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De onderdelen 2 en 3 slagen dus. Dit brengt mee dat het bestreden arrest niet in stand kan blijven en dat de overige klachten geen behandeling behoeven.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 20 augustus 2013;

verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt [verweerster] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de curatoren begroot op € 483,= aan verschotten en € 2600,= voor salaris.

NOOT

De casus is als volgt. Aanvankelijk hielden twee broers de aandelen in de holding, totdat een van beide in 2008 overleed. Een neef van de beide broers heeft sedert 1996 de dagelijkse leiding over de holding en over de daaronder hangende werkmaatschappijen. De werkmaatschappijen zijn in maart/april 2006 allen gefailleerd, de holding niet. Gedurende vele jaren zijn door het bestuur hoge managementvergoedingen uitbetaald, óók in de drie jaar voorafgaand aan de faillissementen, toen de situatie in de onderneming al precar was. Deze managementvergoedingen worden door de curatoren aangemerkt als de belangrijkste oorzaak van de faillissementen. Gedurende een periode van vijf maanden voorafgaande aan de faillissementen van de werkmaatschappijen heeft – althans in de visie van de curatoren – de tante (echtgenote van de langstlevende broer) samen met de neef gefungeerd als feitelijk bestuurder.

Deze zaak spitst zich in cassatie toe op de aansprakelijkheid van de tante op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur.

Feitelijk beleidsbepaler

De rechtbank heeft in eerste aanleg geoordeeld dat de tante (mede) de feitelijke leiding op zich heeft genomen en derhalve voor de toepassing van art. 2:248 BW gelijk moet worden gesteld met een bestuurder.¹ Volgens lid 7 van dat artikel is een dergelijke gelijkstelling aan de orde als de betrokkene het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald. Het hof heeft in hoger beroep in het midden gelaten of de tante als bestuurder

1 Rb. 's-Gravenhage 11 mei 2011, ECLI:NL:RBSHR:2011:BQ6042.

in de zin van art. 248 lid 7 BW moet worden aangemerkt, nu het hof het vonnis van de rechtbank op het hierna te bespreken onderdeel van de disculpatie heeft vernietigd en aldus niet is toegekomen aan de vraag naar het feitelijk besturen van de onderneming. Omdat de Hoge Raad op zijn beurt juist ten aanzien van de disculpatie-beslissing van het hof casseert, zal (na verwijzing) het Hof Amsterdam zich in hoger beroep (mogelijk) alsnog moeten uitlaten over de vraag of de tante inderdaad kan worden gelijkgesteld aan een bestuurder. Uit het feitenoverzicht in het vonnis van de rechtbank blijkt in elk geval dat de tante per 1 januari 2006 voor onbepaalde tijd tot directeur zonder statutaire titel is benoemd. Uit gespreksverslagen met de curatoren is voorts onder meer gebleken dat mevrouw heeft verklaard dat zij sinds november 2005 de feitelijke leiding had, zij het “noodgedwongen” (omdat haar man daartoe niet in staat was) en “bedoeld als tijdelijk”. De rechtbank heeft het verweer van de tante verworpen dat zij niet krachtens algemene volmacht handelde, maar dat zij voor elke bestuurshandeling een expliciete volmacht van haar man had. De rechtbank acht dat niet verenigbaar met de verklaringen van mevrouw in het verslag van de curatoren inhoudende dat zij de feitelijke leiding op zich had genomen (niet haar man), dat haar man niet meer actief was in de groep en in de holding en dat de aanwezigheid van haar man bij het gesprek met de curatoren geen toegevoegde waarde zou hebben. Het lijkt er op basis van die verklaringen inderdaad op dat mevrouw feitelijk de formele bestuurstaak van haar man terzijde heeft gesteld, althans dat haar man en de andere formele bestuurder dit hebben dedoogd.

Onbehoorlijke taakvervulling

De rechtbank heeft in eerste instantie vastgesteld dat het bestuur niet heeft voldaan aan de voorschriften van art. 2:394 BW (tijdige openbaarmaking van de vastgestelde en volledige jaarrekening). Dientengevolge wordt op de voet van art. 2:248 lid 2 BW vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling de oorzaak is van het faillissement. Op het verweer dat niet het verzuimen van de publicatieverplichtingen, maar de managementvergoedingen de belangrijkste oorzaak van het faillissement zijn “onderschrijft” de rechtbank dat de managementvergoedingen en de daardoor veroorzaakte ernstige ondermijning van de solvabiliteit van de onderneming een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Volgens de rechtbank bevestigt dit slechts dat het bestuur haar taak onbehoorlijk heeft vervuld. Met de constatering dat de managementvergoedingen een belangrijke oorzaak van het faillissement is, ontzenuwt de rechtbank naar mijn mening dus niet het wettelijke vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW. Indien een bestuurder niet heeft voldaan aan zijn verplichting tot het bijhouden van een boekhouding als bedoeld in art. 2:10 BW of aan zijn uit art. 2:394 BW voortvloeiende verplichting tot tijdige publicatie van de jaarrekening geldt het onweerlegbare vermoeden dat de aangesproken bestuurder zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld. Onweerlegbaar betekent dat tegenbewijs niet mogelijk is. “*Het vermoeden doet vaststaan dat ieder van de bestuurders zijn taak ook voor het overige onbehoorlijk heeft vervuld. De aangesproken bestuurders hebben niet de mogelijkheid te stellen en aannemelijk te maken dat zij weliswaar in gebreke zijn gebleven bij de naleving van hun administratie- en publicatieverplichting, maar dat hun voor het overige geen onbehoorlijk bestuur kan worden verweten.*”²

Lid 2 van art. 248 BW kent evenwel nog een tweede vermoeden,

namelijk ten aanzien van de vraag of de onbehoorlijke taakvervulling geacht wordt een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Dit vermoeden is wel weerlegbaar.³ Naar mijn mening stelt onderdeel 5 van het middel terecht dat daartoe nodig is dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.⁴

De rechtbank heeft in eerste aanleg onderschreven dat de managementvergoedingen een belangrijke oorzaak van het faillissement waren, maar ook (gemotiveerd) geoordeeld dat het verzuimen van de administratie- en publicatieverplichtingen geen onbelangrijke verzuimen zijn. Met dit laatste oordeel houdt de rechtbank het eerste vermoeden in stand.

Voor wat betreft het tweede vermoeden komt het oordeel van de rechtbank erop neer dat (ook) de managementvergoedingen een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn. Art. 2:248 lid 1 BW vereist niet dat ‘de’ belangrijkste oorzaak moet komen vaststaan, maar er moet ‘een’ belangrijke oorzaak worden aangewezen. Als dat een andere oorzaak is dan de op grond van het eerste (onweerlegbare) vermoeden aanwijsbare oorzaak, dan staat de aansprakelijkheid van de individuele bestuurder niettemin vast, tenzij hij zich op grond van het derde lid van art. 2:248 BW kan disculperen.

Disculpatie

Anders dan de rechtbank acht het hof het beroep van de tante op disculpatie gegrond, omdat zij voor de vaststelling van de managementvergoedingen (die het hof naar het lijkt veronderstellenderwijs als belangrijke oorzaak van het faillissement beoordeelt) geen enkele verantwoordelijkheid heeft gehad. Bovendien was mevrouw naar het oordeel van het hof – opnieuw veronderstellenderwijs, namelijk ervan uitgaande dat zij als feitelijk bestuurder veel aan te merken – niet in staat concrete maatregelen ter verbetering van de solvabiliteit te bevorderen. De procureur generaal mr. L. Timmerman wijst er in zijn conclusie⁵ op dat uit het bestreden arrest niet blijkt dat aan de door art. 2:248 lid 3 BW gestelde vereisten voor disculpatie is voldaan. Een bestuurder moet immers bewijzen dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is én dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van die onbehoorlijke taakvervulling af te wenden. Dat heeft het hof niet vastgesteld, waarmee het hof blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, aldus de P-G en met hem de Hoge Raad.

De Rechtbank Utrecht oordeelde in 2011 m.i. wél correct dat naar aanleiding van het disculpatieverzoek van de individuele bestuurder niet alleen moest worden gekeken naar de aanvangsdatum van zijn bestuurschap – die was gelegen ná de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur – maar dat voorts óók moest worden beoordeeld of hij had bewezen niet nalatig te zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van dat onbehoorlijke bestuur af te wenden.⁶

367

2 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 459, met verwijzing naar het daar genoemd arrest HR 20 mei 1988, NJ 1980/676 (Koster/Van Nie).

3 Aldus ook recent Rb. Gelderland 4 december 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6467.

4 Vgl. Rb. Utrecht 21 december 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BV2943, waar de rechtbank de maatstaf hanteert dat het in dit verband moet gaan om “een andere oorzaak van het faillissement (...) welke losstaat van onbehoorlijk bestuur”. Overigens werd in dit vonnis het beroep op disculpatie van de individuele bestuurder – uitvoerig gemotiveerd – gehonoreerd.

5 Conclusie P-G mr. L. Timmerman 28 november 2014, ECLI:NL:PHR:2014:2352.

6 Rb. Utrecht 9 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU4413, m.nt. C.M. Harmsen «JOR» 2012/73.

In plaats van vast te stellen dat de disculperende bestuurder geslaagd is in haar bewijs, heeft het hof in het hier bestreden arrest overwogen dat het op de weg van de curatoren zou hebben gelegen aannemelijk te maken dat zij als feitelijk bestuurder “verwijtbaar zodanige steken heeft laten vallen dat als gevolge daarvan de faillissementen (mede) zijn ontstaan”. Dat lijkt mij niet verenigbaar met de in art. 2:248 lid 3 BW gegeven bewijslast. Overigens wijst de P-G erop dat het hof in het bestreden arrest niet alleen getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, maar dat het hof (in elk geval) ook onvoldoende gemotiveerd heeft weerlegd hetgeen de rechtbank in eerste aanleg ten aanzien van de disculpatie “uitdrukkelijk en gemotiveerd” had overwogen. De rechtbank overwoog dat mevrouw moet worden geacht bij haar aantreden volledig op de hoogte te zijn geweest van de precare situatie van de onderneming. Niettemin heeft zij – aldus de rechtbank – zonder gedegen kennis van zaken omtrent het leiden van een bedrijf de dagelijkse leiding op zich genomen. Inderdaad mag van een (feitelijk) bestuurder worden verwacht dat hij op zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult. Mist hij het inzicht of de bekwaamheid die van iemand in zijn positie mag worden verwacht, dan kan hij zich niet ter disculpatie daarop beroepen.⁷ De rechtbank overweegt voorts dat mevrouw niet alle maatregelen heeft getroffen die tot haar mogelijkheden behoorden om de gevolgen van het onbehoorlijke bestuur af te wenden door niet alle mogelijke maatregelen te nemen om de solvabiliteits- en liquiditeitspositie van de onderneming te verbeteren. Ook is niet gebleken dat zij zich heeft ingespannen teneinde alsnog te voldoen aan de administratie- en publicatieplicht. Op dit laatste feitelijke punt verschilt het hof kennelijk van mening met de rechtbank, door te overwegen dat “niet valt in te zien” dat zij als feitelijk bestuurder in staat was, of zich in staat had moeten achten, om te bevorderen dat de holding jegens de onderneming zou achterstellen of ten behoeve van de bank zekerheid zou stellen.

Matiging aansprakelijkheid

Tot slot het door de rechtbank gehonoreerde beroep van mevrouw op matiging van het bedrag waarvoor zij aansprakelijk is, omdat zij slechts een klein gedeelte van de relevante periode feitelijk beleidsbepaler is geweest. De tweede volzin van het vierde lid van art. 2:248 BW voorziet in de mogelijkheid van rechterlijke matiging indien het bedrag van de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuurder hem bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond. De relevante periode in dit verband bedraagt drie jaar voorafgaand aan het faillissement (art. 2:248 lid 6 BW). De rechtbank matigde daarom naar rato van de periode van vijf maanden waarin zij feitelijk leiding heeft gegeven (5/36e deel van het schadebedrag waarvoor de overige bestuurders aansprakelijk zijn).

Daarnaast kan de rechter ten aanzien van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders slechts een collectief werkende algemene matiging toepassen,⁸ gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de

andere oorzaken van het faillissement, alsmede op de wijze waarop dit is afgewikkeld (eerste volzin van art. 2:248 lid 4 BW).

F. Oostlander
Smeets Advocaten

59

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
21 oktober 2014, nr. 200.116.306-01
ECLI:NL:GHARL:2014:8067
(mr. Van der Pol, mr. Janse, mr. Assink)
Noot A.M. Dumoulin-Siemens

Bestuurdersaansprakelijkheid.

Aansprakelijkheid van (in)directe bestuurders van de (inmiddels gefailleerde) dochtervennootschappen ex art. 2:9 BW jo. art. 2:11 BW voor schending van de administratieplicht (art. 2:10 BW) en gebrektoezicht op de administratievoering gedurende vele jaren door één administrateur. Het hof beziet allereerst of vastgesteld kan worden dat op de holding als direct bestuurder van de dochtervennootschappen aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW rust (vgl. HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204, NJ 2014/325, (K/Maas q.q.) r.o. 3.3.2). Vereisten voor aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW. Maatstaven van ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997/360, Staleman/Van de Ven en HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011, NJ 2003/455, Schwandt/Berghuizer Papierfabriek. Maatstaf toetsing aan art. 2:10 lid 1 BW: HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2932 (Rosbeek q.q./X) r.o. 3.5.1-3.5.3. De bestuurders kunnen zich niet verschuilen achter taakverdeling, en de accountantscontrole is zodanig beperkt gebleven dat de (in)directe bestuurders zich niet ontslagen konden achten van hun verplichting tot adequaat toezicht en controle op de administratievoering door de administrateur. Vraag naar de bewijsrechtelijke doorwerking van het wabeleids oordeel van de Ondernemingskamer beantwoordt het hof ontkenkend. Beroepen op disculpatie en matiging afgewezen. Verwijzing naar de schadestaatprocedure.

[BW art. 2:9, 2:10, 2:11, 2:235]

Op grond van art. 2:9 BW (oud) is iedere bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werking van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk ter zake van een tekortkoming, tenzij deze niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Deze bepaling is per 1 januari 2013 gewijzigd, maar nu de aan [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] gemaakte verwijten zich hebben voorgedaan ruim voor de inwerkingtreding van het nieuwe art. 2:9 BW gaat het hof uit van art. 2:9 BW zoals die bepaling gold tot 1 januari 2013. Voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is vereist dat aan

7 Vgl. HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 ten aanzien van de behoorlijke taakvervulling als bedoeld in art. 2:9 BW.

8 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, no. 464, p. 572 wijst er tevens op dat de disculpatiemogelijkheid van art. 2:248 lid 4 BW een lex specialis is ten opzichte van art. 6:109 BW.