



# Kwartaalupdate

Bestuurdersaansprakelijkheid

Q2 2024

# Introductie

Auteurs: [Vincent Terlouw](#), [Willem van der Mersch](#), [Boaz van Honk](#) en [Cédric Betjes](#)

In het tweede kwartaal van 2024 zijn er op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) weer verschillende uitspraken gepubliceerd waarin een civiele vordering tegen een bestuurder wordt ingesteld.

In deze Kwartaalupdate Bestuurdersaansprakelijkheid voor Q2 2024 is een selectie gemaakt uit deze uitspraken. De navolgende onderwerpen komen aan bod:

- 01. De klachtplicht bij een artikel 2:9 BW-vordering tegen de bestuurder (Hoge Raad 26 april 2024)** 2
- 02. Bestuurders van zorginstelling aansprakelijk vanwege onterechte declaraties bij zorgverzekeraar (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2024)** 5
- 03. Persoonlijk ernstig verwijt: bepaling van de omvang van de schade bij bestuurdersaansprakelijkheid (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 april 2024)** 9
- 04. Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege onrechtmatige selectieve betalingen (Gerechtshof Den Haag 30 april 2024)** 12
- 05. Bestuurders aansprakelijk voor harde omzetgroeierversnelling en onverantwoorde voortzetting van de onderneming? (Gerechtshof Den Haag 14 mei 2024)** 16

# 01

## De klachtplicht bij een artikel 2:9 BW-vordering tegen de bestuurder

[\(Hoge Raad 26 april 2024\)](#)

In deze zaak verweert een bestuurder zich tegen een vordering die is gebaseerd op artikel 2:9 BW (interne bestuurdersaansprakelijkheid) met een beroep op een schending van de klachtplicht door de schuldeiser. De Hoge Raad oordeelt in deze zaak dat de klachtplicht zoals die is neergelegd in artikel 6:89 BW niet van toepassing is op vorderingen uit hoofde van interne bestuurdersaansprakelijkheid.

### Feiten

Op 24 februari 2016 is een bestuurder van de vennootschap Parkdale teruggetreden, waarbij hem algehele decharge is verleend voor het gevoerde beleid tot aan die datum. De bestuurder is ook werkzaam als advocaat. Nadien stelt Parkdale een onderzoek in naar het gevoerde beleid van de bestuurder ten aanzien van een delvingsproject in Kazachstan. Op 28 maart 2018 brengt een onderzoeker een rapport uit waarin zeer kritisch wordt geoordeeld over een aantal verstrekte leningen door Parkdale en door de (maatschap van de) bestuurder gefactureerde bedragen aan Parkdale. Parkdale vordert terugbetaling van (i) de door de bestuurder verstrekte en niet-terugbetaalde leningen en (ii) bedragen die de maatschap van de bestuurder aan Parkdale in rekening heeft gebracht.

### Eerste aanleg

In eerste aanleg wijst de rechtbank Noord-Nederland de vorderingen grotendeels toe.

### Hoger beroep

In hoger beroep stelt de bestuurder – voor zover relevant – dat de vorderingen van Parkdale moeten worden afgewezen omdat er niet is voldaan aan de klachtplicht van artikel 6:89 BW. Volgens dat artikel kan een schuldeiser geen beroep meer doen op een prestatie als hij niet binnen bekwame tijd heeft geklaagd nadat hij een gebrek heeft ontdekt of had moeten ontdekken. Het hof wijst het beroep op de klachtplicht

af, omdat de grondslag die Parkdale voor haar vordering gebruikt (interne bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW) een beroep op de schending van de klachtplicht niet kan rechtvaardigen. Verder bekrachtigt het hof de uitspraak van de rechtbank.

## Hoge Raad

De bestuurder stelt in cassatie een aantal middelen in tegen de uitspraak van het hof. De Hoge Raad gaat met name in op de klacht van de bestuurder dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de klachtplicht niet van toepassing is op vorderingen uit hoofde van interne bestuurdersaansprakelijkheid. Als eerste zet de Hoge Raad de maatstaf uiteen uit het arrest Staleman/Van de Ven (HR 10 januari 1997, [ECLI:NL:HR:1997:ZC2243](#), rov. 3.3.1.) ten aanzien van interne bestuurdersaansprakelijkheid: tussen een bestuurder en een rechtspersoon bestaat een bijzondere rechtsverhouding die – onder meer – meebrengt dat de bestuurder is gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak zoals voortvloeit uit art. 2:9 lid 1 BW. Een bestuurder die zijn taak als bestuurder niet behoorlijk vervult, is daarvoor aansprakelijk als hem daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

De Hoge Raad vervolgt door een verbinding met de klachtplichtbepaling van art. 6:89 BW te maken:

*“3.4 Een redelijke wetsuitleg brengt mee dat aan een bestuurder ter afwering van zijn aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW jegens de rechtspersoon, geen beroep kan toekomen op art. 6:89 BW. Dit vloeit voort uit de aard van de rechtsverhouding tussen bestuurder en rechtspersoon (...) en uit de omstandigheid dat een rechtspersoon bezwaarlijk kan worden tegengeworpen dat de bestuurder tijdens zijn aanstelling ter zake van onbehoorlijke taakvervulling door hemzelf als bestuurder tegenover de rechtspersoon, nalaat namens die rechtspersoon te protesteren bij zichzelf. Het voorgaande geldt eveneens voor de ingevolge art. 2:9 lid 2 BW hoofdelijk met die bestuurder verbonden medebestuurders nu onder meer de collegiale verhoudingen binnen het bestuur kunnen bemoeilijken dat binnen bekwame tijd wordt geprotesteerd tegen onbehoorlijke taakvervulling van een medebestuurder.”*

De Hoge Raad maakt duidelijk dat er geen beroep kan worden gedaan op schending van de klachtplicht bij een vordering uit hoofde van interne bestuurdersaansprakelijkheid omdat dat (i) niet in lijn is met de bijzondere aard van de rechtsverhouding tussen bestuurder en rechtspersoon en (ii) dat van een rechtspersoon niet hoeft te worden verwacht dat het een klacht indient tegen haar eigen bestuurder. Ook van medebestuurders kan dit niet worden verwacht, omdat de collegiale verhoudingen daarmee op het spel kunnen worden gezet.

Dit is voor de bestuurdersaansprakelijkheidspraktijk een zeer interessante uitspraak. Bij arrest van 8 februari 2013 ([ECLI:NL:HR:2013:BY4600](#)) oordeelde de Hoge Raad dat artikel 6:89 BW van toepassing is op alle verbintenissen. Vrij snel daarna kwam – voor zover ons bekend – voor het eerst in de Landis-uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 19 juni 2013 ([ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225](#)) de klachtplicht aan de orde als verweer tegen een vordering uit hoofde van artikel 2:9 BW (en artikel 2:248 BW). Zulks overigens tevergeefs, maar de geest was uit de fles. Afgelopen tien jaar is als verweer tegen bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen de klachtplicht veelvoudig naar voren gebracht. Overigens met weinig succes. Dit arrest van de Hoge Raad geeft eindelijk duidelijkheid. In geval van een artikel 2:9 BW-vordering, komt een bestuurder géén beroep toe op de klachtplicht.

# 02

## Bestuurders van zorginstelling aansprakelijk vanwege onterechte declaraties bij zorgverzekeraar

(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2024)

Stichting Indra is een zorginstelling die wijkverpleging aanbiedt. Wijkverpleging is sinds 1 januari 2015 een aanspraak ingevolge een zorgverzekering als bedoeld in de Zorgverzekeringswet (Zvw). Geïntimeerde is van 2 juni 2010 tot 1 juni 2018 bestuurder van Stichting Indra geweest. In 2016 spreekt Stichting Indra met Zilveren Kruis af dat de zorg die Stichting Indra verleent aan verzekerden van Zilveren Kruis, rechtstreeks bij Zilveren Kruis kan worden gedeclareerd.

Stichting Attifa is ook een zorginstelling die wijkverpleging aanbiedt. Stichting Attifa verleent – via een overeenkomst van onderaanneming – zorg via Stichting Indra. In tegenstelling tot Stichting Indra, heeft Stichting Attifa in 2016 echter nog geen WTZi-toelating. Deze toelating is vereist om zorg aan te bieden die op grond van de Zvw voor vergoeding in aanmerking komt. Desondanks spreken de stichtingen af dat Stichting Attifa zorg verleent overeenkomstig de Zvw.

In 2017 zegt Stichting Attifa de onderaannemingsovereenkomst op, omdat zij zelf een WTZi-toelating heeft gekregen en een betaalovereenkomst met Zilveren Kruis heeft gesloten.

Vanaf 2017 tot en met 2019 heeft Zilveren Kruis onderzoek gedaan naar de declaraties van Stichting Indra over de jaren 2016 en 2017. Daar kwam het volgende uit:

- a. Uit de materiële controle is gebleken dat Stichting Indra ten onrechte zorg heeft gedeclareerd. Zilveren Kruis zal een totaalbedrag van € 188.756,59 terugvorderen.
- b. Uit het fraudeonderzoek is gebleken dat in elk dossier dat door Stichting Attifa is opgesteld ten onrechte declaraties zijn ingediend. Zilveren Kruis zal het volledige

bedrag van € 469.711,37 terugvorderen.

In juni 2018 treedt geïntimeerde als bestuurder van Stichting Indra af. Met de nieuwe bestuurder spreekt zij af dat zij het bedrag zal ontvangen dat gereserveerd is voor de kosten van Zilveren Kruis (ten hoogste van het bedrag dat Zilveren Kruis vordert) minus het bedrag dat daadwerkelijk aan Zilveren Kruis wordt terugbetaald, afhankelijk van de vraag of Stichting Indra de zaak tegen Zilveren Kruis wint. Ook sluiten geïntimeerde en de nieuwe bestuurder een overeenkomst van opdracht af, waarin staat dat geïntimeerde voor een jaar consultancywerkzaamheden voor Stichting Indra zal blijven verrichten.

Stichting Indra heeft geïntimeerde op 5 juli 2019 aansprakelijk gesteld voor de door de stichting geleden schade als gevolg van het handelen van geïntimeerde in verband met de zorgverlening door Stichting Attifa en de vorderingen van Zilveren Kruis op de stichting.

De rechtbank heeft voor recht verklaard dat geïntimeerde aansprakelijk is voor de schade van Stichting Indra in verband met de vordering van Zilveren Kruis die voortvloeit uit de materiële controle van het jaar 2016 tot een bedrag van € 188.756,59. De vordering die voortvloeit uit het fraudeonderzoek ten hoogste van een bedrag van € 469.711,37 is afgewezen.

In hoger beroep vordert Stichting Indra dat de vordering in verband met het fraudeonderzoek alsnog wordt toegewezen. Daarnaast vordert Stichting Indra veroordeling van geïntimeerde tot betaling van een bedrag van € 31.494,46, zijnde het bedrag dat Stichting Indra reeds aan Zilveren Kruis heeft betaald inzake de vordering voortvloeiende uit de materiële controle. Ook vordert Stichting Indra een verklaring voor recht dat geïntimeerde aansprakelijk is voor de vorderingen van Zilveren Kruis inclusief wettelijke rente.

Geïntimeerde vordert een verklaring voor recht dat zij aanspraak heeft op uitkering van een bedrag van in totaal € 450.000,-. Ook vordert zij dat Stichting Indra verschillende stukken aan haar verstrekt.

Stichting Indra beroept zich op artikel 2:9 BW. Het hof begint met het uitgangspunt dat hiervoor vereist is dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Ten aanzien van de vordering inzake de materiële controle oordeelt het hof – net als de rechtbank – dat geïntimeerde een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Geïntimeerde heeft nagelaten om op juiste wijze de voor de bedrijfsvoering van Stichting Indra essentiële overeenkomsten met zorgverzekeraars af te sluiten, een degelijke administratie te voeren en zorgdossiers op gestructureerde wijze te administreren. Van geïntimeerde had verwacht mogen worden dat zij op de hoogte was van relevante wijzigingen in de toepasselijke wet- en regelgeving en de gevolgen daarvan.

Voorts oordeelt het hof dat geïntimeerde onvoldoende heeft onderbouwd dat Stichting Indra over de door haar verzochte stukken beschikt, waardoor de exhibitievordering niet slaagt. Ook het beroep van geïntimeerde op decharge gaat niet op. Deze zou volgens geïntimeerde impliciet voortvloeien uit de goedkeuring van de jaarrekening over 2016. Maar volgens het hof kan het ontslag van aansprakelijkheid – nog daargelaten of Stichting Indra de decharge überhaupt heeft verleend – niet verder strekken dan tot hetgeen uit de jaarrekening en de verslaglegging blijkt. Niet staat dus vast dat decharge is verleend ter zake van de vordering inzake de materiële controle.

Het hof wijst de verklaring voor recht in dit kader toe en veroordeelt geïntimeerde tot betaling van een bedrag van € 31.494,46.

Ten aanzien van de fraudevordering oordeelt het hof dat geïntimeerde als bestuurder van Stichting Indra verantwoordelijk was voor de door onderaannemer Stichting Attifa uitgevoerde zorg. Zij had moeten controleren of werd voldaan aan contractuele voorwaarden en aan wet- en regelgeving. Temeer nu Stichting Attifa een nieuwe en onervaren zorgaanbieder was. Ook maakt het hof uit ondervragingen van de raadsheer-commissaris en geïntimeerde op dat geïntimeerde niet de reikwijdte overzag van haar verantwoordelijkheden als bestuurder ten aanzien van de van haar te vergen controle op de dossiers van Stichting Attifa. Dat geïntimeerde naar beste kunnen gehandeld zou hebben en geen sprake zou zijn van kwade opzet of bewuste nalatigheid maakt dit niet anders. Door geen enkele vorm van controle toe te passen



is geïntimeerde zodanig tekortgeschoten in haar kerntaak binnen de zware verantwoordelijkheid die zij als bestuurder had, dat haar een persoonlijk ernstig verwijt valt te maken.

Het hof zal de gevorderde verklaring voor recht daarom alsnog toewijzen.

De vordering van geïntimeerde voor de verklaring van recht dat zij aanspraak heeft op uitkering van een bedrag van €450.000,00 wordt om verschillende redenen afgewezen. Onder andere omdat deze uitkering in strijd zou zijn met het wettelijke uitkeringsverbod (artikel 2:285 lid 3 BW). Ook staat de ANBI-status van Stichting Indra aan uitkering in de weg.

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en verklaart voor recht dat geïntimeerde aansprakelijk is voor de schade in het kader van de vorderingen tot terugbetaling van Zilveren Kruis, veroordeelt geïntimeerde tot betaling van een bedrag van € 31.494,46 en veroordeelt geïntimeerde tot betaling van de proceskosten.

Ons valt op dat wij in een toenemende mate aansprakelijkstellingen van bestuurders van zorginstellingen voorbij zien komen. Deels vanwege de fraudegevoeligheid van deze branche en deels vanwege het feit dat we nog al eens zien dat de onderneming gerund wordt door een bestuurder met een groot hart voor de zorg, maar iets minder oog voor de administratieve kant. Dit arrest maakt opnieuw duidelijk dat het voeren van een deugdelijke administratie en in control zijn ook – of misschien zelfs juist in een administratief complexe omgeving als de zorgwereld – van groot belang is.

# 03

## Persoonlijk ernstig verwijt: bepaling van de omvang van de schade bij bestuurders- aansprakelijkheid

(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 april 2024)

Dan een uitspraak in het spraakmakende faillissement van kantorenbouwer Eurocommerce. Eurocommerce Holding was enig aandeelhouder en bestuurder van paardenstalexploitant Gevi Gorssel. Geïntimeerde (hierna: de Zoon) is de zoon van de indirect bestuurder (hierna: de Vader) van Eurocommerce Holding.

Eurocommerce Holding had een vordering van ruim € 38 mln. op Gevi Gorssel. Rabobank had een pandrecht op deze vordering. Op 1 december 2011 heeft Eurocommerce Holding een agiostorting van ruim € 38 mln. gedaan op de aandelen in Gevi Gorssel, onder verrekening van haar gehele vordering op Gevi Gorssel. Op dezelfde dag heeft Eurocommerce Holding alle aandelen in Gevi Gorssel overgedragen aan Gevi International, waarvan de Zoon de indirect aandeelhouder en bestuurder was, en een sponsorovereenkomst gesloten uit hoofde waarvan Eurocommerce Holding jaarlijks € 1 mln. aan Gevi Gorssel zou betalen. De koopsom werd omgezet in een geldlening.

Rabobank heeft vervolgens haar pandrecht openbaar gemaakt en een verklaring voor recht gevorderd om de voornoemde agiostorting, de verkoop en levering van de aandelen, de verrekening en sponsorovereenkomst op grond van de Pauliana te vernietigen, welke vordering later is toegewezen. Na openbaarmaking van het pandrecht heeft Gevi Gorssel nog een agio-uitkering van € 5 mln. aan Gevi International gedaan, terwijl tegelijkertijd activa aan Gevi Gorssel zijn onttrokken. Rabobank houdt thans de Zoon, als indirect bestuurder van Gevi International, aansprakelijk onder meer omdat hij als bestuurder van Gevi Gorssel heeft bewerkstelligd dat zij haar contractuele verplichtingen jegens Rabobank als openbaar pandhouder c.q. schuldeiser niet nakwam. Rechtbank Gelderland heeft de vorderingen

van Rabobank in eerste aanleg afgewezen.

Tussenarrest [ECLI:NL:GHARL:2023:1715](#)

Het hof komt in het tussenarrest van 28 februari 2023 tot de conclusie dat de Zoon als (indirect) bestuurder van Gevi Gorssel een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt kan worden. Naar het oordeel van het hof kan Rabobank als openbaar pandhouder een vordering op grond van art. 6:162 BW instellen indien de Zoon, als (indirect) bestuurder van Gevi Gorssel een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt van handelingen waardoor Rabobank is belemmerd in het uitoefenen van haar rechten als openbaar pandhouder. Daarover stelt het hof vast dat Rabobank haar pandrecht openbaar heeft gemaakt, zodat Gevi Gorssel slechts nog aan Rabobank bevrijdend kon betalen. Ook staat vast dat Eurocommerce Holding nog een vordering op Gevi Gorssel heeft. Nadat Rabobank haar pandrecht aan Gevi Gorssel bekend had gemaakt, is Gevi Gorssel volledig leeggetrokken. De vorderingen van Rabobank als pandhouder konden daarna niet meer worden betaald.

Met voornoemd handelen heeft de Zoon niet met de belangen van Rabobank rekening gehouden, terwijl hij kon voorzien dat Rabobank daardoor zou worden benadeeld. Hij heeft daarmee onrechtmatig jegens Rabobank gehandeld en hem treft een persoonlijk ernstig verwijt. Omdat de Zoon vóór de openbaarmaking van het pandrecht niet bekend was met de positie van Rabobank kan zij, zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, in die periode niet onrechtmatig jegens Rabobank hebben gehandeld.

Het arrest van 2 april 2024 is het eindarrest waarbij de bepaling van de omvang van de schade in deze bestuurdersaansprakelijkheidskwestie centraal staat.

De begroting van de schade wordt vertroebeld door een aantal bijzondere omstandigheden, waaronder met name dat Gevi Gorssel geen eigen bankrekening had. Gevi Gorssel en Gevi International gebruikten ieder dezelfde bankrekening (op naam van Gevi International), die door Rabobank in deze zaak als 'hutspot-rekening' wordt aangeduid. Gedurende het hele jaar vonden op die rekening transacties plaats. Pas aan het einde van het jaar werden door de boekhouder alle inkomsten en uitgaven gesorteerd naar de vennootschap op wie deze betrekking

hadden. Het saldo daarvan werd in de jaarrekening opgenomen als rekeningcourantvordering/schuld.

Onderliggende documenten of berekeningen waaruit blijkt hoe dat elk jaar is gegaan zijn door Rabobank niet in het geding gebracht. Ook op andere punten ontbreekt informatie wat de schadevaststelling door het hof bemoeilijkt.

De Zoon heeft verweer gevoerd tegen de door de Rabobank aangedragen schadeposten. Voor het verweer van de Zoon per schadepost zie rechtsoverwegingen 2.16 tot en met 2.32. Het hof volgt de Zoon op een aantal punten in zijn verweer. Dat zorgt ervoor dat de schade aanzienlijk lager uitvalt dan hetgeen de Rabobank vorderde. Het hof stelt de schade vast op een totaalbedrag van EUR 615.534,23 in plaats van de gevorderde EUR 1.229.090,85.

Dit arrest leert ons precies hoe de omvang van de schade in een bestuurdersaansprakelijkheid kwestie wordt vastgesteld. Elke schadepost wordt uitvoerig langsgelopen en gereconstrueerd waar mogelijk. Het vaststellen van de schade werd in dit geval dus bemoeilijkt door een gebrek aan gescheiden financiële administratie en duidelijke onderliggende documentatie. Ook een gezamenlijke bankrekening zonder gedetailleerde transactiespecificatie kan leiden tot verwarring en complicaties – met name voor de eisende partij - bij de schadebegroting.

# 04

## Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege onrechtmatige selectieve betalingen

(Gerechtshof Den Haag 30 april 2024)

Appellante is tot 1 maart 2019 op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst geweest van Royprop Amsterdam B.V. ("Royprop"). Royprop is een trustkantoor. Naast appellante had Royprop nog twee andere werknemers.

Verweerder was vanaf 15 september tot 28 mei enig (middellijk) bestuurder van Royprop. Hij heeft deze werkzaamheden verricht op basis van een managementovereenkomst tussen Royprop en zijn management B.V. Midstaete B.V. ("Midstaete"). Enig aandeelhouder van Royprop was Udacha Holding B.V., waarvan verweerder enig aandeelhouder en bestuurder is geweest.

Op 7 september 2018 heeft de algemene vergadering van aandeelhouders van Royprop het besluit genomen tot liquidatie van de vennootschap. Medio november 2018 heeft Royprop haar trust-licentie ingeleverd bij De Nederlandsche Bank. Royprop heeft daarna nog diverse schuldeisers voldaan.

Royprop is uiteindelijk niet geliquideerd en zij bestaat nog steeds. Tot en met maart 2019 zijn er nog managementfees voldaan aan Midstaete. Op 28 mei 2019 zijn de aandelen in Royprop en Udacha overgedragen aan een derde.

Na toestemming van het UWV, heeft Royprop de arbeidsovereenkomst met appellante opgezegd per 1 maart 2019. Appellante is daarop naar de kantonrechter gestapt. De kantonrechter heeft Royprop vervolgens veroordeeld in betaling van verschillende kosten voortvloeiende uit de arbeidsovereenkomst. Royprop heeft niet voldaan aan de veroordelingen.

Appellante heeft verweerder vervolgens gedagvaard en gevorderd dat hij zal worden veroordeeld tot betaling van de hiervoor genoemde kosten. De rechtbank oordeelde kort gezegd dat verweerder een persoonlijk ernstig verwijt valt te maken, door bedragen onrechtmatig aan de vennootschap te hebben onttrokken. Op het moment van het liquidatiebesluit was namelijk al voorzienbaar dat er onvoldoende geld in de kast was om schuldeisers te voldoen. Diverse bedragen die naar Midstaete zijn gegaan, kunnen de toets der kritiek aldus de rechtbank niet doorstaan. Het gaat dan om een werkgeversaandeel sociale lasten en een tweetal bonustoeslagen. Appellante gaat tegen het vonnis van de rechtbank in hoger beroep, omdat zij vindt dat de rechtbank een hoger bedrag had moeten toewijzen.

Het hof begint met het benoemen van de hoge drempel die geldt bij bestuurdersaansprakelijkheid en gaat vervolgens in op de regels omtrent (onrechtmatige) selectieve betaling.

De eerste grief richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de omstandigheid dat Royprop met andere werknemers wel, maar met appellante geen regeling heeft getroffen geen onrechtmatige daad van verweerder meebrengt. Deze grief faalt. Appellante is een regeling aangeboden en zij heeft onvoldoende geconcretiseerd dat dit aanbod onredelijker is dan het aanbod de andere werknemers ontvingen.

In de tweede grief beweert appellante dat er – toen het besluit tot liquidatie werd genomen – voldoende geld beschikbaar was om alle schuldeisers te betalen. Het hof acht deze grief echter in het nadeel van appellante, aangezien bij het slagen van deze grief niet meer kan worden betoogd dat de betalingen van Royprop aan Midstaete op en rond de datum van voornoemd besluit onrechtmatig waren. Er zou dan immers voldoende geld beschikbaar zijn. Het hof overweegt derhalve dat appellante geen belang heeft bij deze grief.

Vervolgens grieft appellante dat de rechtbank ook kritisch had moeten kijken naar betalingen van Royprop aan Midstaete vóór het liquidatiebesluit. Verweerder zou namelijk al ruim vóór dit besluit bezig zijn met het leeghalen van Royprop, door onder meer zijn andere vennootschappen kosten te laten doorbelasten aan Royprop. Deze stellingen van appellante zijn echter te vaag en appellante heeft de verklaringen van

verweerder omtrent het leeghalen onvoldoende weersproken.

De vierde grief klaagt erover dat de rechtbank geen oordeel heeft gegeven over het feit dat de pensioenvoorziening voor appellante nooit is uitgekeerd aan een pensioenfonds, dat nooit betalingen zijn verricht en dat het geld is verbruikt om andere kosten te dekken.

Het hof gaat hier niet in mee. Het enkele feit dat Royprop tekort is geschoten hierin, betekent niet dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken. Een wettelijke grondslag op grond waarvan een bestuurder betalingsonmacht moet melden aan werknemers en bij het nalaten daarvan persoonlijk voor de pensioenverplichtingen aansprakelijk is, ontbreekt, in tegenstelling tot de melding van de betalingsonmacht bij pensioenfondsen.

Met de vijfde grief verwijt appellante verweerder dat hij bij de verkoop van de aandelen van Royprop geen onderzoek heeft gedaan naar de koper en dat hij middels de verkoop aanzienlijk de kans heeft vergroot dat appellante geen verhaal meer zou kunnen verkrijgen op Royprop. Het hof overweegt dat verweerder de aandelen verkocht als bestuurder van Udacha. Voor aansprakelijkheid moet verweerder als bestuurder van Udacha een persoonlijk ernstig verwijt moeten worden gemaakt. Appellante heeft nagelaten dit aannemelijk te maken.

Grief zes klaagt dat de rechtbank geen oordeel heeft gegeven over het feit dat verweerder tegenover UWV ten onrechte heeft verklaard dat Royprop alle schuldeisers kon voldoen. Hierdoor heeft appellante geen WW-uitkering ontvangen. Appellante heeft echter verzuimd toe te lichten dat en waarom de WW-uitkering zou zijn geweigerd.

Ten slotte klaagt appellante met grief zeven dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de betaling van Royprop aan Midstaete onder de noemer "fee vacation allowance" niet onrechtmatig is.

Deze laatste grief slaagt. Ten tijde van het liquidatiebesluit stond vast dat de inkomsten van Royprop op korte termijn zouden opdrogen. Op het tijdstip van

dit besluit was het voorzienbaar dat er onvoldoende geld in kas was om appellante en de andere schuldeisers te voldoen. Door toch de fee vacation allowance uit te keren, was volgens het hof sprake van onrechtmatige selectieve betaling. Nadat een vennootschap heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te doen, staat het de vennootschap immers niet langer vrij schuldeisers die aan de vennootschap zijn gelieerd met voorrang boven andere schuldeisers te voldoen, tenzij die betaling door bijzondere omstandigheden wordt gerechtvaardigd. Verweerder heeft onvoldoende aangetoond dat sprake is van dergelijke bijzondere omstandigheid.

Het hof concludeert dat het hoger beroep deels slaagt. Het vonnis van de rechtbank wordt vernietigd en verweerder wordt veroordeeld tot betaling waarvoor hij door de rechtbank al was veroordeeld, vermeerderd met de vacation allowance fee.

Een beperkt succes voor de werknemer. Uit deze casus blijkt – zoals vaker – dat het voor een eiser in een procedure als deze enorm lastig is om bij gebrek aan informatie en administratie aan de bewijslast te kunnen voldoen.



# 05

## Bestuurders aansprakelijk voor harde omzetgroei versnelling en onverantwoorde voortzetting van de onderneming?

(Gerechtshof Den Haag 14 mei 2024)

In deze zaak gaat het om bestuurdersaansprakelijkheid in een faillissement. De curator heeft de bestuurders van de failliete vennootschap Tellus B.V. ("Tellus") aangesproken wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur en op grond van onrechtmatige daad. Tellus is een onderneming die zich richtte op het genereren van leads op internet en was in hoge mate afhankelijk van Google. Tellus werd gefinancierd door een rekening-courantkrediet bij Rabobank.

In 2010 werd door Tellus besloten in te zetten op een groei versnelling in 2011. In het voorjaar van 2011 is het rekening-courantkrediet bij de Rabobank dan ook verhoogd en worden de groeiplannen gedeeld met Google.

Begin 2012 werd het rekening-courantkrediet bij Rabobank wederom verhoogd. In mei 2012 zijn betalingsproblemen ontstaan. Er was onder andere een flinke met betaling bij Google. Na een betalingsregeling met Google, doet Tellus in juni 2012 een melding betalingsonmacht bij de Belastingdienst. Ook met de Belastingdienst wordt een betalingsregeling getroffen.

In februari 2013 wordt het gebruik van het rekening-courantkrediet opgeschort. In juli 2013 heeft de Rabobank laten weten dat de financiering werd voortgezet, maar dat het kredietmaximum langzaam werd gereduceerd. Ook verlangde Rabobank extra zekerheden. In oktober heeft Google haar dienstverlening gestaakt en heeft Rabobank het rekening-courantkrediet opgezegd. Op 3 december 2013 is het faillissement van Tellus uitgesproken.

## **Procedure bij de rechtbank**

De curator vordert primair dat voor recht wordt verklaard dat de bestuurders aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:248 lid 1 BW. Subsidiair en meer subsidiair beroept de curator zich respectievelijk op artikel 6:162 BW en artikel 2:9 BW. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen, aangezien de verwijten feitelijke grondslag ontberen. De curator gaat in hoger beroep.

## **Beoordeling in hoger beroep**

Centraal in het hoger beroep staat de vraag of de bestuurders op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk zijn jegens de boedel voor het boedeltekort. De curator maakt de bestuurders een tweetal verwijten.

### Het veroorzaken van liquiditeitsproblemen

Dit verwijt valt uiteen in twee deelverwijten. Als eerst verwijt de curator de bestuurders dat zij eind 2011 de beslissing namen om in 2012 een harde groeiversteviging van de omzet uit te voeren, zonder Tellus behoorlijk voor te bereiden. Het hof gaat met de stelling van de curator mee dat het nemen van beslissingen met vergaande financiële consequenties zonder behoorlijke voorbereiding in beginsel kan worden aangemerkt als onbehoorlijk bestuur. De curator miskent echter dat hier ex-tunc getoetst moet worden. Gekeken moet dus worden naar de vraag of de bestuurders eind 2011 hebben nagelaten om hun voorgenomen beslissing om in 2012 in te zetten op een groeiversteviging deugdelijk te evalueren. Het hof beantwoordt deze vraag ontkennend.

Vervolgens verwijt de curator de bestuurders dat zij de omzetgroeiversteviging in de eerste helft van 2012 ongecontroleerd hebben uitgevoerd, waardoor er in mei 2012 al serieuze liquiditeitsproblemen bij Tellus ontstonden. Het hof stelt voorop dat niet alleen de beslissing om verder te groeien, maar ook de manier waarop aan die beslissing uitvoering wordt gegeven, behoren tot het ondernemen. Hierbij heeft de bestuurder de beleidsvrijheid om te bepalen wat naar zijn inzicht in het belang van de onderneming is. Daarbij geldt dat groei een doel is dat een bestuurder mag, om soms zelf moet, nastreven in het belang van de onderneming. Dit gold ook voor Tellus, nu groei een bestaansvoorwaarde was op de innovatieve markt waarop Tellus zich begaf. In het bijzonder voor Tellus omdat zij de eerste grote speler op deze markt was.

Volgens het hof hielden de bestuurders wel degelijk een vinger aan de pols gedurende de groei van de onderneming en stuurden zij zo nodig bij. Bovendien miskent de curator volgens het hof dat ondernemen geen exacte wetenschap is en dat groei "geen knop is waar je aan kunt draaien".

Het hof gaat derhalve niet mee met dit eerste verwijt van de curator.

#### Onverantwoorde voortzetting Tellus na oktober 2012

Voorts verwijt de curator de bestuurders dat zij de onderneming van Tellus vanaf oktober 2012 onverantwoord hebben voortgezet omdat zij op dat moment geen realistisch en concreet uitzicht hadden op verbetering van de financiële positie van Tellus. Ook dit verweer van de curator slaagt niet. De curator heeft – zo geeft het hof aan – namelijk zelf gesteld dat het uitkeringspercentage aan de schuldeisers per september 2012 121% bedroeg. Bovendien kan niet worden gezegd dat een faillissement destijds onafwendbaar was. Ook miskent de curator dat het bestuur voldoende bewegingsruimte toekomt om bij financiële moeilijkheden van de onderneming maatregelen te nemen om te proberen de onderneming naar rustiger vaarwater te geleiden en een faillissement te voorkomen.

#### **Conclusie**

Het hof concludeert dat geen sprake is van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:248 BW. Hierdoor slagen ook de vorderingen gegrond op artikel 2:9 BW en 6:162 BW niet, aldus het hof. Het hof wijst het hoger beroep af en bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

# 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](mailto:v.terlouw@ploum.nl)



**Maurice Verhoeven**

Partner / Advocaat

+31 6 2036 4060

[m.verhoeven@ploum.nl](mailto:m.verhoeven@ploum.nl)



**Thomas Munnik**

Advocaat

+31 6 2248 1755

[t.munnik@ploum.nl](mailto:t.munnik@ploum.nl)



**Suzanne van Aalst**

Advocaat

+31 6 1255 6802

[s.vanaalst@ploum.nl](mailto:s.vanaalst@ploum.nl)



**Annerieke Meerkerk**

Advocaat

+31 6 1117 6305

[a.meerkerk@ploum.nl](mailto:a.meerkerk@ploum.nl)



**Boaz van Honk**

Advocaat

+31 6 3008 0195

[b.vanhonk@ploum.nl](mailto:b.vanhonk@ploum.nl)



**Cédric Betjes**

Advocaat

+31 6 3022 5881

[c.betjes@ploum.nl](mailto:c.betjes@ploum.nl)