

Blog

Casus

Verwijten

De curator stelt het bestuur van de failliete vennootschap aansprakelijk voor het tekort in de boedel wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 BW). Daarnaast baseert hij zijn vorderingen ook op bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:9 BW), onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en de faillissementspauliana (art. 42 Fw).

Verweer

Het bestuur stelt dat er geen sprake was van opzet en dat de verliezen het gevolg waren van onvoorziene externe omstandigheden, zoals de coronapandemie, de Suez-crisis en de energiecrisis. Daarnaast voert het bestuur aan dat de risicovolle structuur al in 2016/2017 was opgezet en daarom buiten de driejaarsperiode van artikel 2:248 lid 6 BW valt. Het bestuur wijst bovendien op de jaarlijkse déchargeverlening en betoogt zij dat de transacties binnen de groep niet benadelend zouden zijn voor de crediteuren. Zij voert daarbij aan dat juist door verrekening van de koopsom, het vermogen van de bv gelijk is gebleven. Het bestuur benadrukt dat het alles heeft gedaan om de onderneming te laten slagen, onder meer door eigen middelen in te zetten en afspraken met de belastingdienst te maken.

Beoordeling rechtbank

Driejaarsperiode

De rechtbank oordeelt dat het voortzetten van de activiteiten van de bv als 'stroppenvennootschap' wordt gezien als een bewuste keuze van het bestuur die aanzienlijke en voorzienbare risico's voor de crediteuren met zich meebracht. De rechtbank constateert dat de verlieslatende structuur vanaf 2017 tot het faillissement is voortgezet en daarmee wél binnen de relevante driejaarsperiode valt. Het bestuur heeft daarbij nagelaten maatregelen te treffen om de crediteuren te beschermen.

Decharge en pauliana

De rechtbank oordeelt verder dat décharge het bestuur niet ontslaat van aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW (zie lid 6) en dat de transacties tussen de bv en de zustermaatschappij, ondanks dat het vermogen van de bv niet veranderde, paulianeus waren en terecht door de curator zijn vernietigd op grond van artikel 42 Fw.

Kennelijk onbehoorlijk bestuur

Volgens de rechtbank is het vennootschappelijke belang van de bv opgeofferd aan het belang van de groepsmaatschappijen en heeft het bestuur zich daarmee schuldig gemaakt aan kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Niet externe factoren, maar juist het kennelijk onbehoorlijk bestuur heeft volgens de rechtbank geleid tot het faillissement van de bv.

Het bestuur wordt op grond van artikel 2:248 BW hoofdelijk veroordeeld om het tekort in het faillissement van de bv te voldoen. De omvang van het tekort wordt nader opgemaakt bij staat, waarbij de rechtbank een voorschot op de veroordeling toewijst van € 2.000.000. Het uiteindelijke tekort lijkt op te lopen in de miljoenen. Overige vorderingen zijn niet meer beoordeeld omdat artikel 2:248 BW al toewijzing rechtvaardigt.

Comsys

De rechtbank volgt in haar oordeel de lijn uit de eerdere *Comsys*-uitspraak ([ECLI:NL:HR:2009:BH4033](#)). In *Comsys* werd een moedermaatschappij aansprakelijk gehouden voor de schulden van haar dochter op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Hierbij was sprake van een doorbraak van aansprakelijkheid waardoor de moeder niet werd aangesproken als bestuurder, maar de onderliggende risicostructuur vertoont duidelijke overeenkomsten met de huidige zaak: de dochter leed continu verlies, had een negatief eigen vermogen en was volledig afhankelijk van financiering door de moedermaatschappij. Daarnaast voerde de dochter de kostenkant van de activiteiten uit, terwijl de moeder de inkomsten ontving en contracten met derden afhandelde. Hierdoor konden crediteuren alleen worden voldaan dankzij voortdurende kapitaalinjecties vanuit de groep. De moeder nam daarbij geen maatregelen om de crediteuren te beschermen.

Conclusie

Waar de *Comsys*-uitspraak de aansprakelijkheid voor risico's die structureel in een dochter of zustermaatschappij zijn ingebakken baseert op onrechtmatige daad, breidt de huidige uitspraak dit uit naar de faillissementsspecifieke bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW. Opvallend, want hoewel dit artikel de aansprakelijkheid beperkt tot de drie jaar vóór faillissement, oordeelt de rechtbank dat een veel eerder opgezette structuur onder kennelijk onbehoorlijke taakvervulling kan vallen als het bestuur deze bewust voortzet.

De kern van de aansprakelijkheid ligt in de bescherming van crediteuren. Binnen een concern kunnen verliezen bewust worden geconcentreerd in één vennootschap, terwijl andere groepsmaatschappijen profiteren van de winsten. Voor de afzonderlijke vennootschap betekent het dat zij structureel wordt uitgehold. Crediteuren van die vennootschap hebben dan geen verhaal, tenzij het bestuur ingrijpt. Het nalaten van adequate maatregelen ter bescherming van crediteuren en het bewust in stand houden van een financieel risicovolle structuur kan dus leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid. Het is daarbij niet relevant of het huidige bestuur de risicovolle structuur zelf heeft opgetuigd.

Deze uitspraak onderstreept dat passiviteit bestuurders duur kan komen te staan: wie toekijkt terwijl verliezen oplopen en crediteuren onbeschermd blijven, loopt een reëel risico uiteindelijk zelf de rekening te moeten betalen.

Keywords

Bestuurdersaansprakelijkheid
Boedeltekort
Faillissement
Kennelijk onbehoorlijk bestuur
Ondernemersrisico
Privaatrecht

Auteur(s)

Melissa van der Meij

Advocaat bij [Van Iersel Luchtman Advocaten](#) te 's-Hertogenbosch

[LinkedIn](#)