

ANNOTATIE

# Hoe limitatief zijn de matigingsgronden van art. 2:248 lid 4 BW nu écht?

**B.T. Berends**

Annotatie bij Hoge Raad, 13-05-2022, ECLI:NL:HR:2022:691 (OR-2022-0120, INS-2022-0136)

***Een bespreking van het arrest Import/Boersen q.q. en hoe feitenrechters (toch) tot matiging komen.***

## **1 Matiging**

Wanneer een rechter van oordeel is dat een bestuurder van een failliete BV vanwege kennelijk onbehoorlijke taakvervulling aansprakelijk is voor het faillissementstekort kan diezelfde rechter het bedrag waarvoor de bestuurder aansprakelijk is matigen, aldus art. 2:248 lid 4 BW. Lid 4 noemt vier gronden voor matiging die de rechter naar eigen inzicht kan gebruiken. De eerste drie gronden betreffen *collectieve* matigingsgronden, op basis waarvan de rechter het bedrag waarvoor het bestuur als collectief aansprakelijk is, kan verminderen. De vierde grond is een *individuele* matigingsgrond. Met toepassing van deze grondslag kan de rechter het bedrag waarvoor een individuele bestuurder aansprakelijk is verminderen.

Maar wat als er sprake is van een omstandigheid die niet onder een van de vier in het artikel genoemde grondslagen valt? Biedt lid 4 van art. 2:248 BW de rechter de ruimte om ook andere gronden voor vermindering van het bedrag waarvoor bestuurders aansprakelijk zijn in ogenschouw te nemen? Of geeft lid 4 een limitatieve opsomming van de mogelijke gronden? Over die vraag sprak de Hoge Raad zich uit in zijn arrest van 13 mei 2022 (Import/Boersen q.q.).<sup>[1]</sup>

In dit artikel bespreek ik eerst kort de achtergrond van het arrest (par. 2). Hierna ga ik dieper in op de matigingsbevoegdheid van art. 2:248 lid 4 BW (par. 3), de conclusie van A-G Assink

en het arrest van de Hoge Raad (par. 4). Vervolgens komen de mogelijke implicaties van het arrest aan bod en bespreek ik een aantal recente matigingsoordelen uit de lagere rechtspraak (par. 5 en 6).

## **2 Import/Boersen q.q.**

De feitelijke achtergrond van dit arrest is gelegen in het faillissement van Import Cooperation Europe B.V. (hierna: Import). Import hield zich bezig met het inkopen van bepaalde technische producten, om deze vervolgens door te verkopen aan steeds dezelfde afnemer: TTGro Gelderland B.V. (hierna: TTGro). Import werd bestuurd door haar enig aandeelhouder Beheer B.V. Deze Beheer B.V. is eveneens (indirect) bestuurder en enig aandeelhouder van TTGro. De aandelen in Beheer B.V. worden gehouden door haar enig bestuurder (hierna: de Bestuurder).

Op verzoek van een ex-werknemer wordt Import op 1 november 2016 in staat van faillissement verklaard, met aanstelling van mr. Boersen als curator. Op de dag dat het faillissement wordt uitgesproken, neemt de curator contact op met de (indirect) bestuurder van Import en verzoekt hem om allerhande informatie aan te leveren, waaronder eventuele pandakten, de voor de onderneming essentiële overeenkomsten en de debiteuren- en crediteurenlijsten. Een week na de faillietverklaring heeft de Bestuurder twee geregistreerde pandlijsten overhandigd aan de curator, waaruit zou volgen dat Beheer B.V. een pandrecht had op alle huidige en toekomstige activa van Import.[2]

Om de rechtsgeldigheid van de voor de verpanding vereiste titel te kunnen beoordelen vraagt de curator de Bestuurder om ook de onderliggende pandakte aan te leveren. Omdat de Bestuurder deze pandakte niet aanlevert, betwist de curator het pandrecht en verkoopt een maand later, met goedkeuring van de rechter-commissaris, de voorraad en inventaris aan een derde. Nadat de Bestuurder is opgeroepen door de rechter-commissaris komt de pandakte toch boven tafel. Beheer B.V. stelt vervolgens de curator zowel q.q. als pro se aansprakelijk voor de betaling van haar vorderingen op Import.

Het valt te bezien of deze ‘vlucht naar voren’ van Beheer B.V. nu wel zo verstandig was. In reconventie stelt de curator een vordering in tot hoofdelijke veroordeling van Beheer B.V. en de Bestuurder (samen: de Bestuurders) tot vergoeding van het faillissementstekort wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur op grond van art. 2:248 BW. Zowel de rechtbank als het hof wijst de vorderingen van Beheer B.V. af, maar stelt vervolgens wel vast dat de jaarrekeningen van Import in de twee jaar voorafgaand aan het faillissement te laat zijn gedeponneerd. Nu ook wordt vastgesteld dat de termijnoverschrijding geen onbelangrijk verzuim betreft, resulteert het voorgaande in een schending van de publicatieplicht, waardoor onweerlegbaar vaststaat

dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur door de Bestuurders.[3] Zowel bij de rechtbank als bij het hof blijken de Bestuurders niet in staat om een andere belangrijke oorzaak van het faillissement aannemelijk te maken. In lijn met art. 2:248 BW wijst daarom zowel de rechtbank als het hof de vorderingen van de curator toe.[4]

Het interessante van het Hoge Raad-arrest zit hem echter in het matigingsoordeel. De Bestuurders voerden in de procedure aan dat het bedrag waarvoor zij eventueel aansprakelijk zouden zijn, gematigd moest worden gelet op:

1. andere oorzaken van het faillissement. Zo zou er onder meer sprake zijn geweest van algemene nadelige ontwikkelingen in de groothandelbranche waar Import last van had, een structureel te lage omzet en een slechte liquiditeitspositie;
2. het handelen van de curator. Zij zou de belangen van de boedel niet optimaal in acht hebben genomen door de opbrengsten voor de boedel niet te maximaliseren, waardoor het boedeltekort groter is geworden;
3. de omstandigheid dat de groepsmaatschappijen van Import de grootste gedupeerden van het faillissement van Import zouden zijn, omdat zij hun *intercompany* vorderingen hebben moeten afschrijven; en
4. de omstandigheid dat voldaan zou zijn aan de boekhoud- en administratieplicht.

Ook het beroep op matiging van de Bestuurders is in twee instanties verworpen.[5] Het cassatiemiddel van de Bestuurders richt zich specifiek tegen het oordeel van het hof over matiging.

### **3 Een gekanaliseerde uiting van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid**

Voordat ik de conclusie van de A-G en het oordeel van de Hoge Raad over matiging bespreek, zet ik eerst de achtergrond van het huidige art. 2:248 BW op hoofdlijnen uiteen.[6] Al tientallen jaren hebben curatoren de mogelijkheid om namens de faillissementsboedel schadevergoeding te vorderen van bestuurders die door verwaarlozing van hun taak het faillissement in de hand hebben gewerkt. Toch werd er vóór 1987 veel minder van deze mogelijkheid gebruik gemaakt. Tussen 1929 en 1987 luidde de tekst van (de voorganger van) art. 2:248 BW, behoudens enkele stilistische verbeteringen, als volgt:[7]

*‘Niettegenstaande een aan een bestuurder ter zake van zijn beheer verleende kwijting kan de*

*curator in geval van faillissement der vennootschap, wanneer de toestand der vennootschap geheel of gedeeltelijk te wijten is aan grove schuld of grove nalatigheid van die bestuurder, van deze ten behoeve van de boedel schadevergoeding vorderen, zonder dat echter uit dien hoofde aan de aandeelhouders enige bate kan toekomen.'*

De bewijslast waar de curator in het kader van dit artikel aan moest voldoen, was zwaar. Ten eerste moest de curator aantonen dat de toestand van de vennootschap te wijten was aan grove schuld of nalatigheid van de bestuurder die hij wilde aanspreken. Had de curator deze hobbel genomen, dan diende hij daarna inzichtelijk te maken wat de omvang was van de schade die door het handelen van de aangesproken bestuurder was veroorzaakt. Vanwege deze zware bewijslast werd het oude art. 2:248 BW door curatoren weinig (succesvol) van stal gehaald.[8]

Omdat het regelmatig voorkwam dat vennootschappen door onbehoorlijk bestuur in staat van faillissement raakten en schuldeisers met hoge vorderingen bleven zitten, meende de wetgever dat het gewenst was om de curator een sterkere uitgangspositie te geven. Het accent van de regeling moest meer worden gelegd op de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschap als gevolg van het onbehoorlijk bestuur. Ook stuurde de wetgever aan op een verscherpte aansprakelijkheidsregeling. Daarvan moest een preventieve werking uitgaan op bestuurders.[9] De huidige tekst van art. 2:248 lid 1 BW luidt derhalve sinds de invoering van de zogenoemde 'Derde Misbruikwet' als volgt:[10]

*'In geval van faillissement van de vennootschap is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.'*

Op grond van het huidige art. 2:248 BW hoeft de curator, wanneer hij heeft bewezen dat er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling, daarna slechts aannemelijk te maken dat deze tekortkoming van het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Daarvoor hoeft hij blijkens de parlementaire geschiedenis geen strikt bewijs te leveren.[11] Ook op het punt van de onbehoorlijke taakvervulling wordt het de curator niet al te moeilijk gemaakt. In lid 2 van art. 2:248 BW wordt de curator geholpen door het bewijsvermoeden dat daarin is opgenomen: onbehoorlijke taakvervulling ligt onweerlegbaar vast als het bestuur de boekhoudplicht (art. 2:10 BW) of de publicatieplicht (art. 2:394 BW) niet is nagekomen.

De door de wetgever doorgevoerde aanscherping van art. 2:248 BW, die uit meer onderdelen bestaat dan enkel die hiervoor besproken, heeft grote gevolgen gehad voor bestuurders. Verstijlen omschrijft dit in zijn recente noot bij het Mobile Services-arrest als volgt:

*'In de drang naar fraudebestrijding in de jaren tachtig is art. 2:248 BW nogal streng uitgevallen. Met name het bewijsvermoeden in het tweede lid gaat ver. Het koppelt aan de schending van de administratie- en publicatieplicht het onweerlegbare vermoeden dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en het weerlegbare vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Behoudens weerlegging van dat laatste vermoeden, leidt dat tot een hoofdelijke aansprakelijkheid van alle bestuurders voor het gehele boedeltekort. Een relatief geringe misslag kan zo een bestuurder tot de bedelstaf brengen.'*[12]

Dat een relatief geringe misslag een bestuurder 'tot de bedelstaf' kan brengen, zoals Verstijlen schrijft, komt mede doordat met de invoering van voornoemde Derde Misbruikwet ook de veroordeling van het bestuur tot betaling van het faillissementstekort is ingevoerd. De curator hoeft nu enkel nog aan te tonen hoe groot het tekort is. Van hem wordt niet verlangd de omvang van de ontstane schade te bewijzen.[13] Hiermee heeft de wetgever het vereiste van een causaal verband tussen het onbehoorlijk bestuur en (enige) schade losgelaten.

Daarnaast heeft de wetgever geabstraheerd van de concrete schadeomvang. Nu een bestuurder kan worden veroordeeld tot betaling van het faillissementstekort, loopt hij immers het risico dat hij wordt aangesproken voor een hoger bedrag dan de daadwerkelijke schade die door zijn onbehoorlijk bestuur kan zijn veroorzaakt. Om dit risico te ondervangen werd een wettelijke regeling overwogen waarin de bestuurder werd opgedragen te bewijzen dat de ontstane schade geringer was dan het bedrag van het tekort. Dit zou volgens de wetgever echter tot een gecompliceerde procedure hebben geleid, waarin de bestuurder een bewijslast zou worden opgelegd waaraan hij lastig zou kunnen voldoen. Daarom is gekozen voor een discretionaire matigingsbevoegdheid van de rechter, in te zetten wanneer het bedrag dat de bestuurder moet betalen hem bovenmatig voorkomt.[14] Deze bevoegdheid is neergelegd in het huidige lid 4 van art. 2:248 BW:

*'De rechter kan het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op:*

- i. de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur,*
- ii. de andere oorzaken van het faillissement, alsmede*
- iii. 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:*

*iv. de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond.*'[15]

De eerste zin van lid 4 bevat een *collectieve* matigingsbevoegdheid en identificeert drie gronden waarop matiging kan worden gebaseerd. Ten eerste kan de rechter rekening houden met de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling. In dit kader wordt door rechtbanken bijvoorbeeld relevant geacht of een bestuurder zichzelf al dan niet heeft beoordeeld,[16] of strafrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld.[17] Verder kan de rechter rekening houden met andere oorzaken van het faillissement. Dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, wil immers nog niet zeggen dat het gehele tekort daaraan valt toe te schrijven. Met deze matigingsgrond keert de causaliteit tussen het handelen van de bestuurder en het tekort in de gedaante van een matigingsgrond terug. Ook kan de rechter het bedrag matigen gelet op de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld door de curator, bijvoorbeeld door het ten onrechte erkennen van vorderingen of door het niet op de meest lucratieve wijze te gelde maken van de activa.[18]

De tweede zin van lid 4 bevat verder nog een *individuele* matigingsbevoegdheid, die inhoudt dat de rechter mag matigen gelet op de tijd gedurende welke de betreffende bestuurder in functie is geweest. Het zou volgens de wetgever niet juist zijn een nieuwe bestuurder aansprakelijk te houden voor het gehele bedrag van het tekort, indien die bestuurder in functie is getreden in een periode waarin het bestuur zijn taak al niet behoorlijk vervulde.[19]

Het overgrote deel van de auteurs meent dat de voornoemde gronden voor matiging limitatief in de wet zijn opgesomd.[20] In dit kader wordt vaak verwezen naar de memorie van toelichting, waar de verschillende matigingsgronden als limitatief zouden worden gepresenteerd.[21] Ook de opmerking van de wetgever dat aan de algemene civielrechtelijke matigingsregeling van art. 6:109 BW niet zou worden toegekomen, zou een aanwijzing zijn dat de matigingsgronden limitatief zijn bedoeld. Uit het stelsel van de wet zou volgen dat de curator na de inwerkingtreding van de Derde Misbruikwet niet langer hoeft aan te tonen wat de door het bestuur veroorzaakte schade is. De kennelijk onbehoorlijk besturende bestuurder is simpelweg aansprakelijk voor het faillissementstekort. Om niet af te doen aan de bescherming die dit systeem biedt aan de gezamenlijke schuldeisers, zijn er limitatieve matigingsgronden geformuleerd. Op grond hiervan heeft de rechter de ruimte om te beoordelen of het bedrag waarvoor de bestuurder uiteindelijk aansprakelijk is, nog wel als rechtvaardig heeft te gelden. Maeijer noemt de matigingsbevoegdheid daarom ook een 'reeds door de wet zelf nader geconcretiseerde, of zo men wil gekanaliseerde, uiting van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid'.[22]

Er zijn in de literatuur echter ook andere geluiden te horen. Het als limitatief hanteren van

deze opsomming zou problematisch zijn wanneer een causaal verband tussen onbehoorlijk bestuur en de omvang van het tekort ontbreekt in een andere situatie dan in art. 2:248 lid 4 BW genoemd. Het is immers mogelijk dat een omstandigheid wél heeft bijgedragen aan het tekort, maar geen oorzaak vormt van het faillissement. Een voorbeeld is als goederen uit de boedel, na het faillissement, buiten toedoen van de curator tenietgaan. Deze omstandigheid kan bijdragen aan het tekort, maar is geen oorzaak van het faillissement.[23] Een dergelijke omstandigheid zou aanleiding geven voor matiging, terwijl art. 2:248 lid 4 BW limitatief uitgelegd daarvoor echter geen grondslag biedt. Daarnaast zou het limitatief uitleggen van de gronden ertoe kunnen leiden dat de rechter ook in andere gevallen niet mag matigen, terwijl daarvoor misschien wel aanleiding bestaat omdat het onbehoorlijk bestuur niet het hele tekort heeft veroorzaakt. Bovendien zou een limitatieve opsomming zich volgens sommige auteurs niet goed verhouden met het feit dat het gaat om een discretionaire bevoegdheid van de rechter, gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid. Het past niet bij een dergelijke bevoegdheid dat die zou worden ingekaderd.[24]

Bij laatstgenoemd argument zij overigens opgemerkt dat de redelijkheid en billijkheid als opgenomen in art. 6:2 lid 2 BW in voornoemde situaties blijven gelden. Er kan dus sprake zijn van een situatie waarin onverkorte toepassing van art. 2:248 lid 4 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, gelet op de concrete omstandigheden van het geval. In de rechtspraak zijn voorbeelden te vinden waar de redelijkheid en billijkheid aanleiding geven tot matiging,[25] maar ook waarin wordt geconcludeerd dat toewijzing van de vorderingen van de curator naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet kennelijk onaanvaardbaar is.[26]

#### **4 Conclusie A-G Assink en het arrest van de Hoge Raad**

Terug naar het oordeel van de Hoge Raad inzake Import/Boersen q.q. Rechtbank en hof hebben het beroep op matiging van de Bestuurders verworpen. Het hof overwoog hiertoe:

*'3.27 [eisers] doet in (...) grief 4 een beroep op matiging van het bedrag waarvoor zij aansprakelijk is op grond van artikel 2:248 lid 4 BW. Evenals de rechtbank ziet het hof echter geen aanleiding om over te gaan tot matiging. Er is sprake van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en er is geen sprake van een onbelangrijk verzuim. Het is niet aannemelijk geworden dat er andere belangrijke oorzaken van het faillissement zijn geweest en er zijn evenmin aanwijzingen dat de boedel onjuist is afgewikkeld door de curator. Grief 4 slaagt daarom niet.'*

De Bestuurders klagen in cassatie dat het hof heeft miskend dat de opsomming van de collectieve matigingsgronden in art. 2:248 lid 4 BW niet limitatief is. Volgens de Bestuurders verhoudt een limitatieve opsomming zich niet goed met het feit dat de matigingsbevoegdheid

van de rechter een discretionaire, op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde bevoegdheid is, waarbij de rechter beoordeelt of de veroordeling tot vergoeding van het gehele boedeltekort hem 'bovenmatig voorkomt'. Een limitatieve uitleg zou volgens de Bestuurders niet stroken met de bedoeling van de wetgever om de bewijspositie van de curator te verlichten bij het vestigen van aansprakelijkheid en het causaal verband tussen gedraging en schade een rol te laten spelen over de band van de matiging. Het hof had dus niet mogen volstaan met de constatering dat er geen sprake is van een onbelangrijk verzuim, en dat niet aannemelijk is geworden dat er andere oorzaken van het faillissement zijn geweest en dat de curator de boedel onjuist heeft afgewikkeld. Het hof had volgens de Bestuurders ook gemotiveerd in moeten gaan op de overige door de Bestuurders aangevoerde omstandigheden.[27]

In zijn conclusie gaat A-G Assink in op de tekst van het vierde lid van art. 2:248 BW, alsook op de parlementaire geschiedenis van deze bepaling. Hij merkt op dat de formulering van de bepaling scharniert rond de woorden 'gelet op'. Deze woorden, zonder een toevoeging als 'in het bijzonder' of 'bijvoorbeeld', wijzen volgens de A-G op een daaropvolgende limitatieve opsomming.[28]

Ook uit de parlementaire geschiedenis valt volgens de A-G op te maken dat de wetgever is uitgegaan van een limitatieve opsomming. De A-G citeert in zijn conclusie rijkelijk passages uit de memorie van toelichting en de memorie van antwoord, en concludeert dat de wetgever het vierde lid van art. 2:248 BW bewust zo heeft geformuleerd, om daarmee een uitgebalanceerd onderdeel van een praktisch werkbaar stelsel vorm te geven. Dit stelsel dient het doel van de Derde Misbruikwet (gericht op versterking van de positie van de curator) en zorgt tegelijkertijd voor bescherming van het bestuur tegen bovenmatige aansprakelijkheid. Bezien tegen deze achtergrond verbaast het volgens de A-G niet dat, volgens de heersende leer in de literatuur, de rechter gebonden is aan de gronden opgesomd in art. 2:248 lid 4 BW, en dat aan de algemene civielrechtelijke matigingsregeling van art. 6:109 BW niet wordt toegekomen.

Dit doet volgens de A-G niet af aan de functie van art. 2:248 lid 4 BW als waarborg tegen onredelijke consequenties. Volgens de A-G moet immers in het achterhoofd worden gehouden dat uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de in art. 2:248 lid 4 BW genoemde matigingsgronden gecombineerd toepasbaar zijn in een concreet geval, en dat de matigingsgronden niet restrictief ingevuld hoeven te worden. Tot slot wijst de A-G erop dat art. 2:248 BW ook andere onderdelen kent die ten gunste van de aangesproken bestuurders kunnen werken, waaronder de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel, de onbelangrijk-verzuimexcepcie, het weerlegbare karakter van het vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW en de disculpatieregeling. Al met al zijn ook de belangen van de bestuurder binnen dit stelsel voldoende gewaarborgd.



De A-G concludeert dan ook dat de rechter gebonden is aan de matigingsgronden opgenomen in art. 2:248 lid 4 BW. De wetgever heeft dit artikel bewust zo geformuleerd, als een onderdeel van een praktisch werkbaar stelsel waarmee zowel de positie van de curator als de bescherming van het bestuur tegen bovenmatige aansprakelijkheid is gediend. Deze gebondenheid laat echter onverlet dat de matigingsbevoegdheid van de rechter een discretionaire, op de redelijkheid gebaseerde bevoegdheid is. Dat maakt dat de rechter de ruimte heeft om tot matiging te komen, ter vermijding van een voor de aangesproken bestuurder onrechtvaardig te achten resultaat. Kennelijk heeft zowel de rechtbank als het hof in de onderhavige zaak geen aanleiding gezien om van deze bevoegdheid gebruik te maken.

De Hoge Raad vaart dezelfde koers als A-G Assink en verwierpt het betoog van de Bestuurders dat de opsomming van de collectieve matigingsgronden niet limitatief is, en dat het hof om die reden ook gehouden was om gemotiveerd in te gaan op andere door de Bestuurders aangedragen omstandigheden. De Hoge Raad verwijst expliciet naar de tekst van de wet en de door de A-G geciteerde parlementaire geschiedenis, en oordeelt dat daaruit volgt dat de gronden voor vermindering van het bedrag waarvoor bestuurders aansprakelijk zijn, limitatief zijn opgesomd in lid 4 van art. 2:248 BW.[29]

De uitspraak van de Hoge Raad, onder verwijzing naar de opsomming van de relevante parlementaire geschiedenis door de A-G, lijkt mij juist. Wat mij betreft blijkt uit de parlementaire geschiedenis voldoende duidelijk dat de in art. 2:248 lid 4 BW geformuleerde gronden limitatief moeten worden opgevat. Duidelijk is echter ook dat de wetgever aangesproken bestuurders tot zekere hoogte heeft willen beschermen:

*'Ik kan het er mee eens zijn, dat het matigingsrecht de rechter een grote mate van beleidsvrijheid geeft en dat de onzekerheid over het praktisch functioneren van de voorgestelde wetsbepalingen daardoor wordt vergroot. Dit bezwaar kan evenwel niet opwegen tegen het voordeel, dat de aangesproken bestuurders zo nodig kunnen worden beschermd tegen bovenmatig grote claims en dat de toepassing van de wet niet tot onrechtvaardige resultaten leidt. De conclusie dat het matigingsrecht niet kan worden gemist, onderschrijf ik dan ook.'*[30]

De functie van art. 2:248 lid 4 BW als waarborg tegen een voor de bestuurder onrechtvaardige beslissing loopt wat mij betreft als een rode draad door de relevante parlementaire geschiedenis. De wetgever heeft de gronden waarop gematigd kan worden, willen inperken, om zo de positie van de (voor de gezamenlijke schuldeisers optredende) faillissementscurator (in zekere mate) te versterken, maar als puntje bij paaltje komt, gaat de bescherming van een natuurlijk persoon tegen onrechtvaardige en bovenmatig grote claims voor. In gelijke zin begrijp ik ook de opmerkingen van de A-G dat de in lid 4 vervatte matigingsgronden 'onderling gecombineerd toepasbaar kunnen zijn', en dat het niet in de rede ligt het

toepassingsbereik van de matigingsgronden in onevenredige mate te beperken via een in algemene zin geldende restrictieve invulling daarvan.[31]

De verschillende matigingsgronden lijken mij vrij ruim en kunnen derhalve op verschillende manieren worden ingevuld, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In mijn optiek bieden de matigingsgronden van lid 4 de rechter tot op zekere hoogte een hekwerk waarbinnen hij dient te acteren, maar als hij tot de conclusie komt dat hij binnen het omheinde gebied een onrechtvaardige beslissing zal moeten geven, dan heeft hij in de praktijk alsnog de mogelijkheid de klim over het hek te maken door de matigingsgronden 'niet-restrictief toe te passen'. Ik acht het waarschijnlijk dat, zolang een bestuurder aannemelijk weet te maken dat hem een onrechtmatig oordeel boven het hoofd hangt, de rechter altijd wel een matigingsgrond zal kunnen vinden die hem in dat geval passend voorkomt. Zoals hierna ook zal blijken, kunnen (feiten)rechters derhalve creatief met de matigingsgronden omgaan, om zo bovenmatige aansprakelijkheid te voorkomen.

## **5 Observaties bij uitspraken gedaan na Import/Boersen q.q.**

De Hoge Raad heeft gesproken. Het is duidelijk dat de opsomming in lid 4 van art. 2:248 BW limitatief is. Hoe nu verder? Annotator Lennarts acht het arrest van de Hoge Raad bondig en duidelijk.[32] Daarnaast schrijft zij:

*'Met dit arrest heeft de Hoge Raad het terrein van de collectieve matigingsbevoegdheid afgebakend. Het is de taak van wijze lagere rechters om het (verder) te ontginnen.'*[33]

Ik vraag mij af in welk tempo feitenrechters met deze ontginning aan de slag zullen gaan. Bil en Fliet schreven eerder dat rechters slechts in beperkte mate gebruik lijken te maken van hun matigingsbevoegdheid.[34] Uit hun analyse is naar voren gekomen dat tussen 1 januari 2008 en 28 februari 2019 105 uitspraken zijn gepubliceerd waarin (ambtshalve) matiging aan de orde is gekomen. Slechts in 18 gevallen werd er ook daadwerkelijk gematigd.

Ik maakte een korte ronde langs de velden om te bezien hoe het deze 'wijze lagere rechters' is vergaan in de periode tussen het arrest van de Hoge Raad en de datum van dit artikel. In de zeven door mij bestudeerde uitspraken, gewezen na de datum van het oordeel van de Hoge Raad inzake Import/Boersen q.q., wordt het bedrag waarvoor het bestuur aansprakelijk wordt gehouden tweemaal gematigd.[35] In twee uitspraken wordt expliciet verwezen naar het oordeel van de Hoge Raad in Import/Boersen q.q.

### *5.1 Rb. Overijssel 20 juli 2022*

De eerste uitspraak waarin matiging werd toegepast, betreft die van de rechtbank Overijssel

van 20 juli 2022.[36] De curator heeft in deze procedure gevorderd dat de bestuurders van een failliete zorgstichting worden veroordeeld tot betaling van het tekort in het faillissement. De rechtbank oordeelde dat twee van de drie door de curator aansprakelijk gestelde bestuurders hun taak als bestuurder van een zorgstichting onbehoorlijk hebben vervuld, en dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.[37] De overige bestuurders beroepen zich op matiging.

De rechtbank overweegt in de sleutel van ‘de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling’ dat (1) de bestuurders hun taak onbehoorlijk hebben vervuld bij een relatief kleine zorgonderneming, (2) niet is gebleken dat de bestuurders schuldeisers hebben willen benadelen of zichzelf hebben willen verrijken, en (3) niet is vastgesteld dat sprake is geweest van zogeheten zorgfraude. Daarnaast oordeelt de rechtbank dat het tekort in het faillissement nog niet vaststond op het moment dat de rechtbank over de matiging diende te oordelen. De rechtbank overweegt:

*‘Het tekort in het faillissement staat nog niet vast. De vorderingen van Zilveren Kruis en de gemeente maken ongeveer driekwart deel uit van het totaal aan voorlopig erkende vorderingen. Een veroordeling in het gehele faillissementstekort, met de omvang zoals dat door de curator wordt gepresenteerd, komt de rechtbank, gelet op hetgeen in deze procedure is komen vast te staan, bovenmatig voor. Nu de rapporten van Zilveren Kruis en de gemeente buiten beschouwing blijven acht de rechtbank termen aanwezig om het beroep op matiging te honoreren voor zover het tekort in het faillissement ziet op de vorderingen van Zilveren Kruis en de gemeente. Deze vorderingen zijn immers gebaseerd op conclusies waarvan de juistheid vooralsnog en in het kader van deze procedure niet is komen vast te staan.’*[38]

Het voorgaande leidt ertoe dat de rechtbank de twee bestuurders veroordeelt tot betaling van het faillissementstekort, waarbij de rechtbank het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn, matigt met een bedrag gelijk aan de vorderingen die Zilveren Kruis en de gemeente in het faillissement hebben ingediend.[39] Uit de uitspraak van de rechtbank volgt dat deze vorderingen zijn gebaseerd op (geanonimiseerde) rapporten van Zilveren Kruis en de gemeente waarop gedaagden geen invloed hebben kunnen uitoefenen en waarover in de procedure geen debat heeft kunnen plaatsvinden, nu Zilveren Kruis en de gemeente geen partij zijn. De rechtbank laat deze rapporten daarom buiten beschouwing.

De wijze waarop de rechtbank in deze uitspraak matigt, is opmerkelijk. Ik lees deze uitspraak zo dat de rechtbank matigt in verband met de opportunistische en niet-onderbouwde vorderingen van Zilveren Kruis en de gemeente, die desondanks voorlopig zijn erkend door de curator. Dit is opvallend, omdat de rechter hiermee in wezen een oordeel geeft over de onderbouwingen van vorderingen van derden op de boedel, als ware de rechter een rechter in

een renvooiprocedure. De matigingsgrond die de rechter hiervoor in dit geval van stal haalt, is ‘de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling’. Gezien het voorgaande had de rechter wellicht ook gebruik kunnen maken van de grond ‘de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld’. Desalniettemin lijkt de matigingsbevoegdheid hier goed haar werk te doen; de rechter matigt het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn om een in zijn ogen onrechtvaardige uitkomst voor de aangesproken bestuurders te voorkomen.

#### 5.2 Rb. Oost-Brabant 26 oktober 2022

De tweede uitspraak waarin een beroep op matiging slaagde, is van de rechtbank Oost-Brabant van 26 oktober 2022.[40] In deze zaak werden (indirect) bestuurders van een failliete vennootschap aangesproken door de curator op grond van art. 2:248 BW. De rechtbank is van oordeel dat vaststaat dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, nu geen duidelijke boekhouding is bijgehouden en de jaarrekeningen niet tijdig zijn gepubliceerd. Een van de bestuurders doet een beroep op matiging van het bedrag waarvoor hij aansprakelijk is. Daartoe wijst hij op de omstandigheid dat de onderneming veel last zou hebben gehad van de coronacrisis en dat hij, na ernstig te zijn mishandeld, niet meer de kracht zou hebben gehad om de onderneming naar een nieuw plan te trekken. Ook wijst de bestuurder erop dat hij niet moedwillig op het faillissement heeft aangestuurd en zich niet heeft verrijkt ten koste van de gezamenlijke crediteuren.[41]

De rechtbank overweegt:

*‘De rechtbank ziet in de omstandigheden van dit geval aanleiding om de aansprakelijkheid van [gedaagde sub 2] voor de gevolgen van het faillissement enigszins te matigen. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat de coronacrisis en het letsel dat [gedaagde sub 2] heeft opgelopen als gevolg van de zware mishandeling, zijn aan te merken als oorzaken die buiten de macht van [gedaagde sub 2] vielen en die mede (zij het niet in belangrijke mate) hebben bijgedragen aan het faillissement. Verder betreft de rechtbank in haar oordeel dat er geen reden is om aan te nemen dat [gedaagde sub 2] moedwillig heeft aangestuurd op een faillissement, of zichzelf ten koste van de crediteuren heeft verrijkt. Dit alles neemt echter niet weg dat hij als (indirect) bestuurder van [gefaillierde] zijn taken jarenlang ernstig heeft veronachtzaamd, en (mede) daardoor een situatie heeft laten ontstaan en voortbestaan waarin [gefaillierde] geen goed zicht had op haar eigen financiële situatie en zij haar verplichtingen tegenover een flink aantal schuldeisers niet meer kon nakomen. Al met al ziet de rechtbank in de omstandigheden van dit geval grond om het bedrag waarvoor [gedaagde sub 2] aansprakelijk is (het totale, nog vast te stellen, bedrag aan boedeltekort), te matigen met 25%. Dit betekent dat 75% van dat bedrag toewijsbaar is.’*

In dit geval schrijft de rechtbank haar matigingsoordeel toe naar de tweede in art. 2:248 lid 4

BW opgenomen grond, 'de andere oorzaken van het faillissement'. De rechtbank betreft echter ook in haar oordeel dat de bestuurder niet heeft aangestuurd op een faillissement en zichzelf niet lijkt te hebben verrijkt. Voorgaande argumenten lijken dogmatisch dan weer beter te kunnen worden geplaatst in de sleutel van 'de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling'. Nu de limitatieve gronden van lid 4 in de woorden van A-G Assink 'in een concreet geval onderling gecombineerd toepasbaar kunnen zijn', lijkt de rechtbank hier haar matigingsbevoegdheid correct toe te passen. De vraag blijft wel waar het door de rechtbank genoemde percentage vandaan komt. Het lijkt er niet op dat gedaagden hebben gesteld dat een matiging van 25% hier op zijn plaats zou zijn. Kennelijk acht de rechtbank het redelijk om het bedrag van het tekort met een kwart te matigen, maar onduidelijk is waarom dit niet de helft of een tiende zou moeten zijn.

5:3 Rb. Overijssel 8 juni 2022

Een laatste opvallende uitspraak is (opnieuw) van de rechtbank Overijssel van 8 juni 2022.[42] In deze zaak werden de bestuurders van 't Twentse Kozijnen Huis B.V. (hierna: TKH) door de curator aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort. Duidelijk is dat de boekhouding niet is bijgehouden en dat in ieder geval één van de bestuurders grote bedragen heeft onttrokken aan TKH. De rechtbank oordeelt daarom, op het eerste gezicht niet geheel verrassend, dat er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Een van de bestuurders van TKH heeft zich op het standpunt gesteld dat, indien hij zich niet kan disculperen, de feiten en omstandigheden van de zaak in ieder geval moeten leiden tot matiging. De bestuurder voert hiertoe onder meer aan dat hij zich enkel bezighield met de technische kant van het bedrijf, geen bestuurlijke voorervaring had en niet hooggeschoold was. De rechtbank ziet in deze zaak geen reden om het bedrag, waarvoor gedaagde aansprakelijk is, te matigen, maar doet wel een opvallende uitspraak. De rechtbank overweegt eerst, onder verwijzing naar het arrest *Import/Boersen q.q.*, dat de in art. 2:248 lid 4 BW genoemde gronden limitatief zijn, maar gecombineerd kunnen worden toegepast, waarbij het niet in de rede ligt de matigingsgronden restrictief in te vullen. Vervolgens overweegt de rechtbank:

*'Naar het oordeel van de rechtbank kunnen de (collectieve) matigingsgronden van de eerste volzin daarom ook individueel worden toegepast. Dit betekent dat naast de beperkte tijd waarop een bestuurder in functie was, ook kan worden gekeken naar de aard en ernst van de handelingen van een individuele bestuurder ten aanzien van de onbehoorlijke taakvervulling.'*[43]

Deze overweging is opvallend. Waar over de vraag of de *collectieve* matigingsgronden limitatief zijn opgesomd enige discussie bestond in de literatuur, ontbreekt die discussie ten aanzien van de *individuele* matigingsgrond volledig. Iedereen lijkt het erover eens dat de bedoeling van de wetgever is geweest dat slechts op één grond individueel gematigd kan worden.[44] Dit

past binnen het wettelijk systeem, waarin het uitgangspunt van collectieve verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van het bestuur geldt, behoudens de mogelijkheid van disculpatie. De reis die de rechtbank in deze uitspraak op het punt stond te ondernemen, was waarschijnlijk dan ook rijp geweest voor cassatie. De rechtbank ziet echter geen aanleiding om tot matiging over te gaan, omdat de bestuurder die zich op matiging beriep weliswaar minder betrokken was bij de zakelijke en financiële kant van de onderneming, maar ook geen enkel toezicht heeft uitgeoefend op de taakuitoefening van zijn medebestuurder, terwijl dit als (mede)bestuurder wel op zijn weg had gelegen.[45]

## **6 Besluit**

Het arrest van de Hoge Raad in de procedure tussen Import en Boersen q.q. zal waarschijnlijk niet direct veel stof doen opwaaien. De Hoge Raad verwerpt de cassatieklachten van de Bestuurders en bevestigt dat de in lid 4 van art. 2:248 BW genoemde gronden voor vermindering van het bedrag waarvoor bestuurders aansprakelijk zijn, inderdaad limitatief zijn opgesomd.

Ondanks het limitatieve karakter van de matigingsgronden blijken feitenrechtters vooralsnog de ruimte te nemen om creatief met deze gronden om te gaan. Dat lijkt mij terecht, en in lijn met de bedoeling van de wetgever. Een strakke en restrictieve toepassing van art. 2:248 lid 4 BW zou ertoe kunnen leiden dat een relatief geringe misslag van een bestuurder direct tot onevenredige en onrechtvaardige consequenties leidt. Dat heeft de wetgever blijkens de parlementaire geschiedenis niet gewild.

## **Noten**

[1] HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, NJ 2022/184 (Import/Boersen q.q.).

[2] Concl. A-G Assink 21 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:47, par. 1.

[3] Op grond van art. 2:248 lid 2 jo. art. 2:11 BW.

[4] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:193, RI 2021/21.

[5] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:193, RI 2021/21, r.o. 3.27.

[6] Zie in dit verband ook de beknopte uiteenzetting van T.V.J. Bil & J.F. Fliet, De matigingsbevoegdheid van artikel 2:248 lid 4 BW, TvI 2019, afl. 3, p. 147-148.

[7] Huizink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:248 BW, aant. 1.1.

[8] Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 3. Zie ook concl. A-G Assink 21 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:47, par. 3.3.

[9] Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 3.

[10] De Wet van 16 mei 1986, houdende wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen (Stb. 1986, 275).

[11] Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 4.

[12] Noot Verstijlen bij HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099, NJ 2021/375 (Mobile Services).

[13] Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 4.

[14] Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 5.

[15] De nummering in dit citaat is aangebracht door de auteur.

[16] Zie bijv. Rb. Gelderland 6 juli 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3353, r.o. 4.26, Rb. Amsterdam 31 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5429, r.o. 4.21, Rb. Gelderland 12 oktober 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5993, r.o. 6.8, Rb. Oost-Brabant 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4668, r.o. 5.26 en Rb. Overijssel 20 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2932, r.o. 5.28.

[17] Zie bijv. Rb. Oost-Brabant 17 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4350, r.o. 4.10 en de door Westenbroek, Mussche en Beunk besproken jurisprudentie in W.A. Westenbroek, M. Mussche & D. Beunk, Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2018, in: Y. Borrius e.a. (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2018-2019 (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 157), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 39.

[18] Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7338, JONDR 2018/845, r.o. 4.26.

[19] Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 5.

[20] Zie bijv. Huizink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:248 BW, aant. 21.6.1 en J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998, p. 346. Zie ook concl. A-G Assink 21 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:47, par. 3.8, met uitgebreide verdere verwijzing in voetnoot 29. Als vertolkers van het minderheidsstandpunt dat de collectieve gronden niet als limitatief moeten worden beschouwd, worden in de literatuur, zo ook door mij, vaak Bil en Fliet aangewezen, zie Bil & Fliet 2019, p. 152-153.

[21] Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 5.

[22] Maeijer in zijn noot bij HR 10 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1053, NJ 1994/272 (Zilver Ster).

[23] Bil & Fliet 2019, p. 152.

[24] Bil & Fliet 2019, p. 153.

[25] Rb. Rotterdam 3 april 1992, JOR 1997/140 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Van der Veen BV). Zie ook Huizink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:248 BW, aant. 22.3.

[26] Rb. Rotterdam 15 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ3358, r.o. 5.23.

[27] Concl. A-G Assink 21 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:47, par. 3.12.

[28] Concl. A-G Assink 21 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:47, par. 3.13.

[29] HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, NJ 2022/184 (Import/Boersen q.q.).

[30] Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 42.

[31] Concl. A-G Assink 21 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:47, par. 3.9.

[32] Noot Lennarts bij HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, TvI 2022/29 (Import/Boersen q.q.), par. 2.

[33] Noot Lennarts bij HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, TvI 2022/29 (Import/Boersen q.q.), par. 3.4.



[34] Bil & Fliek 2019, p. 148-149.

[35] De door mij gevonden uitspraken waarin matiging een rol speelde, gewezen na HR Import/Boersen q.q., zijn (op volgorde van datum uitspraak): (1) Rb. Overijssel 8 juni 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1768, (2) Rb. Gelderland 6 juli 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3353, (3) Rb. Overijssel 20 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2932, (4) Rb. Rotterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6971, (5) Rb. Amsterdam 31 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5429, (6) Rb. Gelderland 12 oktober 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5993 en (7) Rb. Oost-Brabant 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4668.

[36] Rb. Overijssel 20 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2932.

[37] De derde gedaagde is geen formeel bestuurder en kan niet worden gekwalificeerd als feitelijk beleidsbepaler in de zin van art. 2:138 lid 7 BW. Hij ontspringt daardoor de dans.

[38] Rb. Overijssel 20 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2932, r.o. 5.29.

[39] Maar dus wel tot betaling van het overige deel van het tekort in het faillissement, zoals zal blijken na verificatie.

[40] Rb. Oost-Brabant 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4668.

[41] Rb. Oost-Brabant 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4668, r.o. 5.36.

[42] Rb. Overijssel 8 juni 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1768, RO 2022/50. Deze uitspraak is gewezen door een andere rechter dan de eerder beschreven uitspraak van de rechtbank Overijssel.

[43] Rb. Overijssel 8 juni 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1768, RO 2022/50, r.o. 3.25.

[44] Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 19 en 36. Zie ook par. 3.2 van de noot van Lennarts bij HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, TvI 2022/29 (Import/Boersen q.q.) en Bil & Fliek 2019, p. 153.

[45] Rb. Overijssel 8 juni 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1768, RO 2022/50, r.o. 3.26.